

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ

إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة المائدة: الآية ٤٢

بسم الله الرحمن الرحيم

السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمون

م/ توصية المشرف

سبق وان تم تكليفي من قبل رئاسة محكمة استئناف منطقة أربيل وبموجب امرها الإداري المرقم (٤٨٧/١/٢) في (٢٠٢٤/٦/٢٧) لغرض الاشراف على البحث المقدم من قبل القاضي (خليل فتح الله خورشيد) لأغراض الترقية من الصنف القضائي (الرابع) الى الصنف القضائي (الثالث) من صنوف القضاة الموسوم بعنوان (التعهد بنقل ملكية عقار والاثار المترتبة عليها والمعززة بالتطبيقات القضائية) وبعد الاطلاع على خطة البحث ومضمونه فوجدته مستوفيا للشروط الشكلية والموضوعية ولاهمية موضوع البحث باعتباره استثناء من الأصل فيما يتعلق بالعقود الشكلية الخاصة بالعقارات عليه اجده جيداً بالقبول وارى ان الباحث قد اعطى البحث حقه وبذل جهداً لا بأس به في اعداده واصبح جاهزاً للمناقشة .

مع الشكر والتقدير

المشرف

القاضي عماد فارس رشيد

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة أربيل

٢٠٢٤/٧/٨

(ب)

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
١	المقدمة
الفصل الاول : النظرية العامة للتعهد بنقل ملكية العقار	
٤	المبحث الاول : ماهية التصرف العقاري والتعهد بنقل ملكية العقار
٤	المطلب الاول: مفهوم التصرف العقاري
٥	الفرع الأول: نطاق التصرف العقاري
٧	الفرع الثاني: الشكلية في التصرف العقاري
٨	المطلب الثاني: مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار
١٠	المبحث الثاني: سمات التعهد بنقل ملكية العقار و تمييزه عما يتشابه معه
١٠	المطلب الاول: خصائص التعهد بنقل ملكية العقار
١٢	المطلب الثاني: تمييز التعهد بنقل ملكية العقار عما يتشابه معه
الفصل الثاني : الاثار المترتبة على تعهد بنقل ملكية العقار	
١٥	المبحث الاول : تملك العقار باسم المتعهد له
١٥	المطلب الاول: شروط دعوى تملك العقار باسم المتعهد له
٢٦	المطلب الثاني: الخصومة في دعوى تملك العقار واجراءات الدعوى التملك
٢٧	الفرع الاول : الخصومة في دعوى تملك العقار
٢٩	الفرع الثاني : اجراءات دعوى التملك
٣٣	المبحث الثاني: التعويض والاساس القانوني للتعويض

٣٣	المطلب الاول : التعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد
٣٧	المطلب الثاني : الاساس القانوني للتعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد
٤١	الخاتمة
٤٣	قائمة المصادر

المقدمة

ان التصرفات القانونية التي ترد على العقار، سواء تلك التي يجب على المدين نقل الحق العيني الى شخص اخر ام تلك التي لا يجب فيها ذلك وانما تأشير الحق العيني التبعية كالرهن التأميني يلزم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري المختص، وهذا التسجيل اعتبرته الكثير من القوانين المدنية بمثابة ركن من اركان انعقاد التصرف او مسألة اساسية في التصرف القانوني وبدونه فالتصرف القانوني يكون باطلاً في بعض القوانين لانه عدم والعدم لا ينتج اثراً، او ان التصرف يكون صحيحاً الا ان الملكية لا تنتقل الا بعد التسجيل.

لقد الزم المشرع العراقي مراعاة الشكلية في بيع العقار واعتبرها ركناً من اركان انعقاد العقد وهي تسجيل التصرف القانوني في الدائرة المختصة لحماية الاطراف العقد و تنبيهاً لخطورته وتبصيراً بعواقبه، وبالتالي لا يكون هناك عقد ويبطل التصرف ولا تنتقل الملكية او الحق العيني اذا لم يتم التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، وهذه الشكلية وردت في الكتاب الثاني من القانون المدني الذي خصص للعقود المسماة حين نص في الباب الاول تحت عنوان العقود التي تقع على الملكية (التملكيات) على هذه الشكلية الى جانب صيغة العقد، ولا شك ان الشكلية هنا هي شكلية قانونية كتابية.

فالمادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث تنص على انه (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم. وذلك دون اخلال بالقواعد التسجيل)، كما نصت في المادة (٥٠٨) ايضاً (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)، وكذلك اوضحت المادة (١١٢٦) من القانون المدني العراقي على انه (١- تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار، ٢- والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً).

ونظراً لقصور نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي عن معالجة المشكلات الناجمة عن عدم مراعاة الشكلية في بيع العقار حيث اوجبت المادة المذكورة دفع التعويض عند النكول، ولغرض معالجة المشكلات القانونية الناجمة عن التصرف بالعقارات بالبيع دون مراعاة الشكلية المفروضة قانوناً اصدرت مجلس قيادة الثورة (المنحل) قراره المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ في ١١/٢/١٩٧٧، ثم عدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) في ١٢/٢١/١٩٨٣ الذي يخص بحق التصرف والمغارسة.

مشكلة البحث

ان المشرع العراقي قد قصر احكام التعهد بنقل ملكية العقار وحق التصرف فيه، دون شمولها الحقوق العينية العقارية الاخرى ولا يمكن استنتاج او قياس هذه الاحكام على الحقوق العينية الاخرى باعتبار ان نص القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ قرار خاص والاستثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي بنيت والزمتم تسجيل العقار في دوائر التسجيل العقاري باعتبار انه عقد شكلي ولا ينعقد الا باستيفاء هذه الشكلية، وبعبارة اخرى يترتب بطلان العقد، ولهذا سنحاول تسليط الضوء عليه على الصعيدين التشريعي والقضائي في جمهورية العراق واقليم كردستان من خلال هذا البحث .

أهمية موضوع البحث

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

سبب إختيار موضوع البحث

عدم امكان تعميم المعالجات الواردة في القانون العراقي بصدد التعهد بنقل ملكية العقار وحق التصرف فيه على بنقل الحقوق العينية العقارية الأخرى، وذلك بالنظر الى ان النصوص المنظمة لحالتي التعهد بنقل ملكية العقار وحق التصرف فيه قد وردت على نحو محدد، بحيث اقتصر في تنظيمها للموضوع على حق الملكية وحق التصرف دون سواهما، ولا يوجد في سياقها ما يسمح باستنتاج استيعاب حكمها لجميع حالات التعهد بنقل لبحق العيني العقاري، لكل تلك الاسباب ومن اجل هذا تولدت لديّ رغبة في دراسة موضوع البحث

نطاق البحث

يتحدد نطاق دراستنا بموضوع (التعهد بنقل ملكية عقار والاثار المترتبة عليها والمعززة بالتطبيقات القضائية) في اطار القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣، والقانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وبعض القوانين الخاصة وذلك لاثراء البحث .

منهجية البحث

سنعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي وذلك بوصف المفاهيم ذات العلاقة بموضوع البحث الواردة في المؤلفات الفقهية، كما ونعتمد على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة، و بيان موقف التشريع والقضاء العراقي و اقليم كوردستان حول هذا الموضوع.

خطة البحث

سنوزع هذا البحث الى مقدمة وفصلين وخاتمة، وسنتناول بالبحث في الفصل الأول موضوع (النظرية العامة للتعهد بنقل ملكية العقار) وفي الفصل الثاني موضوع (الاثار المترتبة على التعهد بنقل ملكية العقار) ونختتم الدراسة بأبرز الاستنتاجات والتوصيات المتوصل اليها.

الفصل الاول

النظرية العامة للتعهد بنقل ملكية العقار

ان التصرف الذي يتم بموجبه نقل ملكية العقار يعد من التصرفات العقارية، والتصرف العقاري لا ينعقد الا باتباع شكلية معينة في دائرة التسجيل العقاري ، وبذلك فان التصرف العقاري لا ينعقد الا باستيفاء هذه الشكلية، وبعبارة اخرى يترتب بطلان العقد، ولكن قد لا يكون الامر على صورة اجراء عقد نهائي لنقل ملكية العقار وانما يقتصر الامر بين طرفي التعاقد على تعهد احدهما بنقل ملكية العقار الى الطرف الاخر، وهذا يسمى بالتعهد بنقل ملكية العقار، وهو اتفاق يتعهد بموجبه كل من صاحب الملك والذي يسمى المتعهد بنقل ملكية العقار الى الطرف الاخر والذي يسمى المتعهد له، لدراسة التعهد بنقل ملكية العقار في القانون المدني خصصت هذا الفصل لبيان الجوانب النظرية لفكرة التعهد بنقل ملكية العقار، من خلال التعرف على ماهية التعهد، والتصرف العقاري، وسماته واخيرا تمييز التعهد عما يتشابهه معه و ذلك من خلال المبحثين، وفي المبحث الاول نتحدث عن ماهية التصرف العقاري والتعهد بنقل ملكية العقار، وفي المبحث الثاني نتكلم عن سمات التعهد بنقل ملكية العقار و تمييزه عما يتشابهه معه.

المبحث الاول

ماهية التصرف العقاري والتعهد بنقل ملكية العقار

ان دراسة مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار يقتضي في البدء بيان ماهية التصرف العقاري بالنظر الى ان التعهد بنقل ملكية يكون عادة تصرفاً عقارياً، وبناء على ذلك نخصص هذا المبحث الى مطلبين، يتضمن المطلب الاول مفهوم التصرف العقاري ونتطرق في المطلب الثاني الى مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار.

المطلب الاول

مفهوم التصرف العقاري

التصرف العقاري هو كل تصرف يؤثر في المركز القانوني للعقار من حيث حقوقه العينية، اي هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة^(١)، ويمكن القول انه ذلك التصرف المتعلق بانشاء او تغيير او زوال او

(١) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، الجزء الاول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٦.

تقرير حق عيني اصلي او تبعي على العقار، وقد عرف المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري بان (التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة)^(١)، تأسيساً على ذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين ، فنخصص الفرع الاول لنطاق التصرف العقاري، ونتطرق في الفرع الثاني لشكلية التصرف العقاري.

الفرع الأول

نطاق التصرف العقاري

ان التصرفات اما ان تكون مادية او قانونية ان بعض التصرفات المادية كالزرع مثلا لا تؤدي الى تغيير الحقوق العينية العقارية فلا تعد من التصرفات العقارية، وكذلك بعض التصرفات القانونية التي يمكن اجرائها بموجب السندات العادية كعقد الايجار مثلا ينشئ حقوقاً شخصية للمستأجر على العقار لا يعتبر تصرفاً عقارياً لانه لا يؤدي الى تغيير الحقوق العينية العقارية حيث ان المحل المباشر لهذا الحق هو ذمة مالك العقار. ولكن توجد التصرفات المادية الاخرى التي تؤدي الى تغيير في الحقوق العينية العقارية كتصحيح الجنس او الافراز والتوحيد فانها تعتبر تصرفاً عقارياً، وكذلك توجد التصرفات القانونية التي تؤدي الى تغيير في الحقوق العينية العقارية كالبيع والهبة والوقف وحقوق الارتفاق والرهن، فانها تعتبر من التصرفات العقارية^(٢).

الحقوق المالية تكون اما عينية او شخصية^(٣). والحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين^(٤)، والحقوق العينية في القوانين المدنية على نوعين هو اما حقوق عينية اصلية او حقوق عينية تبعية، وان لكل نوع من الحقوق العينية مميزاتة الخاصة، فاذا كانت السلطة التي يقررها القانون للشخص قد اكتسبها رأساً دون توسط شخص كانت هذه السلطة حقاً عينياً اصلياً كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، فحق الملكية يكتسبه صاحبه رأساً باحد اسباب كسب الملكية كالعقد او الارث او الاستيلاء^(٥).

(١) المادة (١/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (١٩٩٥) في ١٩٧١/٥/١٠.

(٢) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٣) المادة (٦٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٠١٥) في ١٩٥١/٩/٨.

(٤) الفقرة (١) من المادة (٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٥) محمد طه بشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، القسم الاول، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧، ص ٣٩.

وهذه الحقوق كما وردت في القانون المدني العراقي هي حق الملكية و حق التصرف وحق العقر و حقوق المنفعة والاستعمال و السكنى والمساحة و حقوق الارتفاق وحق الوقف و حق الاجارة الطويلة^(١). اما اذا كانت السلطة التي خولها القانون للشخص لم يكتسبها رأساً، بل بواسطة حق شخصي سابق، فهذه سلطة حق عيني تبعي، فالحق العيني التبعي لا يمكن ان يقوم بذاته، بل يستند في وجوده الى وجود حق اخر وهو حق شخصي يتقرر الحق العيني التبعي ضماناً للوفاء به و من اجل هذا سميت الحقوق العينية التبعية بالتأمينات العينية^(٢).

وهذه الحقوق كما وردت في القانون المدني العراقي هي الرهن التأميني و والرهن الحيازي و حقوق الامتياز^(٣). ان التصرفات العقارية المشمولة بحكم الفقرة (١) من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي قد جاء لفظ (التصرف) ، وبذلك فانه لكي يكون التصرف عقارياً في مفهوم قانون التسجيل العقاري العراقي فانه لا بد ان يؤثر في المركز القانوني للعقار من جهة الحقوق العينية، وهذا ما لا يتحقق من خلال تصرفات المادية وان ما جاء في فقرة (٢) من المادة (٣) من القانون ذاته والتي تنص (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)^(٤).

وان مفهوم التصرف العقاري في ذلك القانون يقصد به التصرف القانوني دون التصرف المادي. عادة لا تخضع التصرفات القانونية لشكلية معينة، وانما يكفي لانعقاده مجرد ارتباط الارادتين على وجه المشروع، لان الاصل في العقود في القوانين الحديثة الرضائية ومع ذلك فان اكثر التشريعات لا تكتفي احيانا باظهار الرضا لانعقاد العقد، بل تشترط اظهار الارادة بشكل معين بالنسبة لبعض التصرفات القانونية المهمة^(٥)، اي ان الشكل ركن من اركان التصرف ولا يتم بدونه والا كان التصرف باطلاً، وتطلب القانون شكلاً في انعقاد التصرف امر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز للاطراف الاتفاق على خلافه^(٦).

(١) المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) محمد طه بشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٣) المادة (٢/٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤) المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٥) فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءاً، الجزء الثاني، مكتبة صباح القانونية، بغداد، طبعة الاولى، ٢٠١٧، ص ١٧١.

(٦) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار نارس للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦، ص ٥١.

الفرع الثاني

الشكلية في التصرف العقاري

القانون المدني العراقي ينص على التصرفات الواردة على بعض الحقوق العينية العقارية على كونها شكلية^(١) بحيث لا تتعد الا بتسجيلها لدى دائرة التسجيل العقاري^(٢)، اذ لا بد من توفر الشكلية المنصوص عليها قانوناً لانعقاد العقد وتستهدف الشكلية حماية اطراف العقد وتبصيرهم بأهمية العقد المراد ابرامه وخطورته وفي مقدمة العقود الشكلية، بيع العقار حيث يعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ركناً في الانعقاد^(٣)، وقد ورد في كثير من نصوص القانون المدني العراقي على ركن التسجيل العقود الواردة على العقارات، ان (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)^(٤)، و (اذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة)^(٥).

والدائرة المختصة بذلك هي دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية^(٦)، (ولا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)^(٧)، (والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً)^(٨)، (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)^(٩). وعلى هذا فان جميع العقود الناقلة لملكية العقار لا توجد اصلاً اذا لم يراع فيها تسجيل. والافراغ لا يكون معتبراً^(١٠) الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري^(١١)، والتصرفات الواردة على الحقوق العينية التبعية

(١) المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث تنص على ان (اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك).

(٢) المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٣) د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١١، ص ٧٩.

(٤) المصدر السابق، المادة (٥٠٨).

(٥) المصدر السابق، المادة (٦٠٢).

(٦) المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ حيث تنص على ان (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة في الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام).

(٧) المصدر السابق، المادة (٢/١٠٧١).

(٨) المصدر السابق، المادة (١١٢٦).

(٩) المصدر السابق، المادة (٢٤٧).

(١٠) قرار محكمة التمييز الاقليم كردستان المرقم (٢٣٣/الهيئة المدنية عقار/٢٠٠٧) في ٢٠/٦/٢٠٠٧، مشار اليه لدى القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، الجزء الرابع، مكتبة السهنوري، بيروت، ٢٠٢١، ص ٣٩٨-٣٩٩.

(١١) المصدر السابق، المادة (١٢٠٣)، حيث تنص على انه (لا يكون الافراغ معتبراً الا اذا جرى وسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاجراءات المقررة قانوناً).

كحق الرهن التاميني^(١) وحق الرهن الحيازي الوارد على العقار تعد تصرفات الشكلية ولا تتم الا بتسجيلها في السجل العقاري^(٢).

المطلب الثاني

مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار

ان المشرع العراقي لم يورد تعريفاً محدداً للتعهد بنقل ملكية العقار ولم ينظم الموضوع تنظيمياً شاملاً وإنما اكتفى بإيراد نص خاص لاحكام هذا التعهد ومنها ما جاء في القانون المدني الذي تضمن الزام المتعهد بدفع التعويض عند اخلاله بتنفيذ تعهده الخاص بنقل ملكية عقاره الى المتعهد له سواء اشترط التعويض في العقد ام لم يشترط^(٣)، ويلاحظ ان الحكم الوارد في المادة (١١٢٧) من القانون المدني يسري كذلك على التعهد بنقل حق التصرف في الاراضي الاميرية وذلك استناداً الى المادة (١٢٤٧) من القانون ذاته^(٤).

واقصر المشرع العراقي من خلال المادة المذكورة بان الاثر المترتب على الاخلال بهذا التعهد هو الزام الطرف المخل بالتعويض وليس الزامه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وكذلك لم تحدد مقدار التعويض اما بموجب اتفاق الطرفين او استعانة المحكمة باهل الخبرة في هذا الصدد^(٥).

إذا كان الأصل في بيع العقار في القانون المدني العراقي هو تسجيل عقد بيع العقار لانعقاده وانتقال الملكية، فالمشرع أورد استثناء على الأصل المتقدم، نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (١١٩٨) في ١١/٢/١٩٧٧^(٦) والمعدل بالقرار (١٤٢٦) في ١٢/٢١/١٩٨٣^(٧)، وهذا القرار يعني أن

(١) المادة (١/١٢٨٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث تنص على انه (لاينعقد الرهن التاميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري.....).

(٢) المصدر السابق، المادة (١٣٢٤)، حيث تنص على انه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً).

(٣) المصدر السابق، المادة (١١٢٧)، حيث تنص على انه (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط).

(٤) المصدر السابق، المادة (١٢٤٧)، حيث تنص على انه (الاحكام التي تسري على حق الملكية واسباب كسبه، تسري ايضاً على حق التصرف في الاراضي الاميرية فيما لم يرد فيه نص ولم يتعرض مع طبيعة حق التصرف).

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٤٢٨٤/الهيئة المدنية عقار/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٨/١٨ والمرقم (٤٥٧٩/الهيئة المدنية عقار/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٩/١٠، مشار اليه لدى القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، المصدر السابق، ص ٢٨٤-٢٨٦.

(٦) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨) في ١١/٢/١٩٧٧، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٢٦٢١) في ١٩٧٧/١١/١٤.

(٧) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٤٢٦) في ١٢/٢١/١٩٨٣، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٢٩٧٤) في ١٩٨٤/١/٢.

المشرع العراقي أقر بالتنفيذ العيني الجبري، بعد إنذار المتعهد بوجوب تنفيذ تعهده، وتوافر شروط معينة وردت على سبيل الحصر في القرار المذكور.

ومن الجدير بالذكر أن الاستثناء الذي أورده القرار (١١٩٨) لسنة (١٩٧٧) المعدل لا يعني أن عقد بيع العقار الخارجي (تعهد بنقل ملكية العقار) يعتبر عقداً صحيحاً، فلم يشر القرار المذكور إلى صحة التعهد من عدمه. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لم يغير من أركان عقد بيع العقار وشروطه^(١).

من الواضح أن نصوص المواد (٢/٩٠ و ٥٠٨ و ١١٢٦) من القانون المدني العراقي لا يمكن الالتفاف عليه. كما أن القرار (١١٩٨) المعدل آنف الذكر وضع معياراً لاحتساب التعويض الذي قرره المشرع (على الطرف المخل بتعهده) في المادة (١١٢٧) من القانون المدني، فالتعويض وفق القرار المذكور يتمثل في الفرق بين البديلين (قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه وقت النكول) وهو ما نصت عليه الفقرة (أ) من البند (١) من القرار (١١٩٨) لسنة (١٩٧٧) وبذلك فقد سد النقص الذي شاب نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني وصولاً إلى تحقيق العدالة، إذ كان تقدير التعويض خاضعة لتقديرات الخبراء الذين انتخبهم المحكمة والذي هو غير ملزم لها.

والحقيقة أن القرار المذكور وإن كان قد عالج المشكلة الناشئة عن الشكلية المطلوبة في عقد بيع العقار، والنكول عن إتمام نقل ملكية العقار علاجاً من الناحية الواقعية ومن الجانب الاجتماعي والاقتصادي، إلا أنه من الناحية القانونية كان علاجاً جزئياً.

(١) مكي ابراهيم لطفي، الشكلية المطلوبة والتعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية، بغداد، مطبعة الرشاد، ١٩٨٩، ص ١٧٥.

المبحث الثاني

خصائص التعهد بنقل ملكية العقار وتمييزه عما يتشابه معه

التعهد بنقل ملكية العقار يتسم بالعديد من السمات و الخصائص التي تحدد خصوصيته وتمييزه عما يتشابه معه من العقود والاوزاع القانونية، ولمعرفة سمات هذا العقد في ظل غياب تنظيم تشريعي شامل، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، سندرس في المطلب الاول خصائص التعهد بنقل ملكية العقار، ونتطرق في المطلب الثاني الى تمييز التعهد بنقل ملكية العقار عما يتشابه معه.

المطلب الاول

خصائص التعهد بنقل ملكية العقار

ان عدم وجود تنظيم تشريعي شامل في القانون المدني العراقي للتعهد بنقل ملكية العقار فسح المجال لظهور اتجاهات متعددة بصدد بعض خصائصه، اهم خصائص التعهد بنقل ملكية العقار هي:

اولاً: التعهد بنقل ملكية العقار من العقود الرضائية:

يعتبر التعهد بنقل ملكية العقار من العقود الرضائية وهي التي تتعقد بمجرد ارتباط الايجاب والقبول، بمعنى ان وجود التراضي وحده يكفي لانشاءها وتكوينها^(١). والعقد الرضائي يتم بمجرد اتفاق الطرفين ولا يشترط القانون لاتمامه شكلية خاصة^(٢). لذلك فان التعهد بنقل ملكية العقار ينعقد بمجرد التراضي بين المتعهد والمتعهد له، ولا يحتاج في انعقاده الى اجراء شكلي وان كان يأخذ شكلا تحريريًا عادة، الا ان الكتابة ليست ركنا فيه، وانما هي وسيلة لاثباته^(٣).

ثانياً: التعهد بنقل ملكية العقار من العقود الملزمة للجانبين:

ان التعريف الذي يقدمه الفقهاء للعقد الملزم للجانبين هو انه عقد ينشئ التزامات على عاتق طرفي العقد، اي انه ذلك العقد يعطي كل طرف فيه مقابلاً لما يأخذ ويأخذ مقابلاً لما يعطي ونجد في الغالبية من

(١) القاضي موفق البياتي، شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي، القسم الاول، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٤، ص ٣٤.

(٢) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٦.

(٣) د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، مصدر سابق، ص ٧٩.

الحالات يكون كل من العقد الملزم للجانبين وعقد المعاوضة متطابقين اي ان يكون كل عقد معاوضة عقدا ملزما للجانبين، فكما ان كل طرف يعطي وياخذ فانهما يلتزمان ايضاً^(١).

ويعتبر التعهد بنقل ملكية العقار من العقود الملزمة للجانبين وعلى الرغم من ان تسمية هذا العقد بالتعهد بنقل ملكية العقار في كل المادة (١١٢٧) من قانون المدني والقرار (١١٩٨) المعدل قد توحي بانه عقد ملزم لجانب واحد، وذلك على اعتبار ان التعهد لايمكن ان يترتب الا في ذمة الطرف المتعهد له، ولكن من المادة والقرار المذكورين اعلاه ان عقد التعهد بنقل ملكية العقار ملزمة للجانبين، وحيث وردت في كل منهما عبارة (... اذا اخل احد الطرفين بتعهده).

ثالثاً: التعهد بنقل ملكية العقار من العقود الفورية:

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وهو الذي يرد على اداء يمكن تنفيذه في الحال، ويظل العقد فورياً حتى ولو اجل تسليم الشيء المبيع او حتى لو كان الشيء المبيع شيئاً مستقبلاً، لان عنصر الزمن لا يلعب دوراً جوهرياً في العقد، وفي اغلب الاحيان في العقود الفورية الاعذار ضرورية لاستحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذه، اما العقد المستمر فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه مثال عقد الايجار^(٢). ويعتبر التعهد بنقل ملكية العقار من العقود الفورية، وبمجرد ابرامه تتحدد التزام طرفي كل من المتعهد والمتعهد له.

رابعاً: التعهد بنقل ملكية العقار من العقود المعاوضة:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما اعطاه، فالبيع عقد معاوضة بالنسبة الى البائع لانه يأخذ الثمن في مقابل اعطاء المبيع، وكذلك بالنسبة للمشتري لانه يأخذ المبيع في مقابل اعطاء الثمن، وعقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما اعطاه، ولا يعطي المتعاقد الاخر مقابلاً لما اخذه، فالهبة دون عوض عقد تبرع بالنسبة الى الواهب لانه لا يأخذ شيئاً من الموهوب له^(٣).

(١) د.سعدى اسماعيل برزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، الطبعة الاولى، مطبعة وزارة الزراعة، اربيل، ٢٠٠٧، ص ٣٨.

(٢) د.عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، ١٩٨٠، ص ٢٨.

(٣) د.عبدالرزاق احمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٧٤.

ويعتبر التعهد بنقل ملكية العقار من العقود المعاوضة اذا كان المتعهد (البائع) يتعهد بنقل ملكية العقار الى المتعهد له (المشتري) بمقابل، اي ان المتعهد يأخذ بدل المبيع من المتعهد له مقابل تسجيل العقار باسم المتعهد له، وفي المقابل المتعهد له يأخذ المبيع من المتعهد مقابل اعطاء بدل المبيع الى المتعهد، اما اذا كان المتعهد يتعهد بنقل ملكية العقار الى المتعهد له بدون مقابل فان التعهد في هذه الحالة يعتبر من عقود التبرع.

خامساً: التعهد بنقل ملكية العقار من العقود غير المسماة:

العقود غير المسماة هي التي لم يخضعها المشرع باسم معين لقلّة شيوعها بين الناس في معاملاتهم وهي تخضع للقواعد العامة^(١) التي وضعت لسائر العقود لان المشرع لم يرى ضرورة لتفصيل احكامها، والرأي السائد ان العقود غير المسماة لا حصر لها لان الارادة حرة تستطيع انشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام والاداب^(٢). بالنظر الى القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، تبين انه لم ينظم احكام التعهد بنقل ملكية العقار، لذلك فانه يعتبر من العقود غير المسماة.

المطلب الثاني

تمييز التعهد بنقل ملكية العقار عما يتشابه معه

ان التعهد بنقل ملكية العقار له احكام خاصة وتمييزه عما يتشابه معه من التصرفات والاوزاع القانونية، ولكن هناك احكام مشتركة بين الجانبين، وان بعض التصرفات والاوزاع القانونية متشابه بالتعهد بنقل ملكية العقار.

اولاً: التمييز بين التعهد بنقل ملكية العقار والوعد بالتعاقد:

وقد نصت المادة (٧٨) من القانون المدني العراقي على ان (صيغة الاستقبال التي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد الوعد وعدا ملزما اذا انصرف الى ذلك قصد المتعاقدين)^(٣) وكذلك تنص المادة (١/٩١) من

(١) المادة (١/٧٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث تنص على انه (تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل).

(٢) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٠.

(٣) المصدر السابق، المادة (٧٨).

القانون ذاته (الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها)^(١).

الوعد بالتعاقد هو اتفاق بين الواعد والموعود له على ابرام عقد معين في المستقبل على ان يتم تحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها ويظهر من هاتين المادتين ان الوعد بالتعاقد جائز قانونا، والوعد بالتعاقد من العقود غير المسماة التي لم يرد بشأنها تنظيم خاص في القانون المدني العراقي ويخضع للقواعد العامة^(٢)، من كل ذلك يتشابه الوعد بالتعاقد مع تعهد بنقل ملكية العقار .

الا ان هناك اختلاف بين تعهد بنقل ملكية العقار والوعد بالتعاقد، من حيث المحل فان محل عقد الوعد بالتعاقد في التزام الواعد بابرام عقد معين في المستقبل مع الموعود له وبالشروط المتفق عليها اذا ابدى الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المعينة ، ولكن محل تعهد بنقل ملكية العقار في التزام المتعهد والمتعهد له بالذهاب الى دائرة التسجيل العقاري واتمام الشكليات المطلوبة قانونا في نقل ملكية العقار من المتعهد الى المتعهد له، يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد تعيين المدة التي يجب فيها ابرام العقد النهائي، واذا لم تحدد هذه المدة او لم يمكن تحديدها بطل عقد الوعد بالتعاقد وتحلل الواعد من التزامه^(٣).

وفي المقابل فان تعيين المدة لا يعتبر شرطا من شروط انعقاد تعهد بنقل ملكية العقار، ومن حيث الشكل في عقد الوعد بالتعاقد واذا كان العقد المراد ابرامه شكليا فيجب ان يفرغ عقد الوعد المتعلق به الشكل المطلوب كذلك وهذا بموجب مادة (٢/٩١) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه (فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بابرام هذا العقد)^(٤)، الا ان القانون لم يتطلب في تعهد بنقل ملكية العقار، ان الوعد بالتعاقد عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد، ولكن هذا الالتزام ليس الا التزاما شخصياً ستقر على عاتقه وفي ذمته ولا يترتب للموعود له سوى حق شخصي احتمالي قبل الواعد^(٥)، الا ان التعهد بنقل ملكية العقار عقد ملزم للجانبين.

(١) المادة (١/٩١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) د.عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص٥٢ .

(٣) د.عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص٥٥ .

(٤) المصدر السابق، المادة (٢/٩١).

(٥) د.عبدالرزاق احمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٥٦ .

ثانياً: التمييز بين التعهد بنقل ملكية العقار والايجاب الملزم:

يعد الإيجاب الملزم من المفاهيم الأساسية في العقود والتعاقدات، حيث يمثل وعداً أو تصريحاً بقيام شخص بأداء معين، ويتعين عليه بموجب ذلك الالتزام بالعقد بأكمله. ويتألف الإيجاب الملزم من عدة مكونات أساسية، وهي الموضوع، والأجل، وشروط التنفيذ، والكفاءة القانونية للأطراف. يعتبر الموضوع هو الخدمة، أو المنتج، أو العمل الذي سيتم تقديمه أو إنتاجه بموجب العقد، ويشكل هذا المكون الأساسي في الإيجاب الملزم. كما يتطلب الإيجاب الملزم تحديد أجل تنفيذ الخدمة أو التسليم، وهو المكون الثاني المهم في تحديد الالتزامات الملزمة للأطراف. ويشمل الإيجاب الملزم أيضاً شروط التنفيذ المتفق عليها بين الأطراف، كما يجب التأكد من كفاءة الأطراف القانونية للقيام بالعقد والالتزامات المتفق عليها. ويتطلب تنفيذ الإيجاب الملزم الالتزام بالشروط والمتطلبات المتفق عليها في العقد، حيث يتحمل الملزم بالإيجاب مسؤولية تنفيذ الخدمة أو التسليم المتفق عليه، وفي حالة عدم الالتزام بالشروط والمتطلبات المتفق عليها فإن ذلك يعد انتهاكاً للإيجاب الملزم^(١).

وحيث تنص المادة (٨٤) من قانون المدني العراقي على انه (إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد)^(٢)، ويتشابه الايجاب الملزم مع تعهد بنقل ملكية العقار من حيث انهما يرتبان التزاما على عاتق الموجب والمتعهد، دون ان يكون لاي منهما ان يتخلص من ذلك الالتزام بارادته المنفردة، ولكن يختلف الايجاب الملزم مع تعهد بنقل ملكية العقار لان الايجاب الملزم تعبير عن ارادة طرف الواحد وهو الموجب، في حين ان التعهد تصرف قانوني يتم بارادة الطرفين، والايجاب الملزم يسقط بموت القابل قبل القبول، وكذلك يسقط الايجاب الملزم بموت الموجب او بفقد اهليته^(٣)، الا ان التعهد بنقل ملكية العقار لا يسقط بموت المتعهد وانما تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه الى الخلف العام.

(١) د. عبدالمجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٠-٤١.

(٢) المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٥٥.

الفصل الثاني

الاثار المترتبة على التعهد بنقل الملكية

ان التعهد بنقل ملكية العقار ينشيء الالتزام على كل من المتعهد والمتعهد له، واذا اخل احد الطرفين بتنفيذ التزامه، تحمل الطرفين للاثار القانونية الناجمة عن الاخلال بالتعهد سواء كان بدفع التعويض المتمثل بالفرق بين البدلين او بالتنفيذ العيني عند توافر شروطها، عليه سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين، وفي المبحث الاول نتحدث عن تملك العقار باسم المتعهد له ، وفي المبحث الثاني نتكلم عن التعويض والاساس القانوني للتعويض .

المبحث الاول

تمليك العقار باسم المتعهد له

ان تملك العقار باسم المتعهد له وفق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقرار المرقم ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ هو استثناء من احكام المادة ٥٠٨ من القانون المدني التي بينت ان بيع العقار يستلزم شكله معينه وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وبخلافه فان العقد يعتبر باطلا الا ان القرار اعلاه اوجد استثناء لهذه القاعده بالنسبة للعقارات والاراضي الزراعية التي وضعت تحت تصرف المتعهد له وسكنها واحداث منشآت فيها وغرس وزرع فيها بعد تاريخ الشراء فممكن المتعهد له من اقامة دعوى التمليك في محاكم البداية التي يتبع اليها العقار موضوع طلب التمليك^(١) ، وعلى ذلك نخصص هذا المبحث لمطلبين، ويتضمن المطلب الاول شروط دعوى تملك العقار باسم المتعهد له، ونتطرق في المطلب الثاني الى الخصومة في دعوى تملك العقار باسم المتعهد له.

المطلب الاول

شروط دعوى تملك العقار باسم المتعهد له

ان دعوى التمليك كبقية الدعاوي يجب ان تتوفر فيها مجموعة من الشروط لكي تصح اقامتها، ولا بد من توافر شروط لتطبيق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل للحصول على حكم بالتمليك وفق الفقرة (اولاً/ب) منه على انه اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احداث فيه ابنية او منشآت اخرى او

(١) القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية، الجزء الاول، مكتبة القانون المقارن، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠٢٠، ص ٣٤١.

مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد^(١)، ومن هذا النص يتضح ان الشروط التي يجب توفرها في طلب التملك هي:

اولاً: ان يكون هناك تعهد بنقل الملكية بين المتعهد والمتعهد له:

ومقتضى هذا الشرط ان يكون هناك عقد محرر بين الطرفين مشتملا على رقم العقار ونوعه وموقعه ومساحته وبذل البيع وعماء، اذا كان الثمن مقبوضاً من عدمه، ويجب بيان تاريخ عقد في التعهد وتحديد اطراف العقد وماهيته^(٢).

وهو ماذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (ان الورقة المبرزة لا يمكن ان تعتبر تعهدا بنقل ملكية عقار لانها جاءت خالية من رقم العقار وتسلسله وموقعه ومساحته وهناك جهالة فاحشة لانه في عقد البيع يجب ان يكون المبيع الذي هو محل العقد ومضمونه معينا تعينا نافيا للجهالة كما تتطلبه المادة ١/٥١٤ من القانون المدني والتالي لايمكن بناء حكم التملك عليه)^(٣)، وكذلك يجب ان يكون وجود عقد تحريري او شفهي بين الطرفين المتداعيين بخصوص العقار موضوع التعهد^(٤).

ولم يشترط القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل صيغة معينة للتعهد ويعتبر الاقرار الخطي الموقع من قبل المتعهد بتنازله عن حصته في العقار الذي عرض وصفاً لموقعه وبذل بيعه هو بمثابة التعهد بنقل الملكية^(٥)، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني^(٦)، وجاء التعهد واضحاً في البيع المتعهد للمتعهد له سهامه في العقار الذي اشار الى مساحته وايلولته من والده وافر بالتوقيع المنسوب اليه في التعهد^(٧).

(١) الفقرة (اولاً/ب) من قرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣.
(٢) القرار المرقم (٢٠١٧/ت/٢٠١٤) في ٢٠١٤/٧/١٧، القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية، القسم المدني، مكتبة هولير، اربيل، ٢٠١٧، ص ٨٠.
(٣) القرار المرقم (٢٠٠٥/ت/٢٦٦) في ٢٠٠٥/١/١٦، القاضي كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية لقرارات قضاء محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، مطبعة مناره، اربيل، ٢٠١٠، ص ٧٩.
(٤) القرار المرقم (٢٠١٦/ت/١٧٧) في ٢٠١٦/٩/٢٢، القاضي محمد مصطفى محمود، المصدر السابق، ص ٨٤.
(٥) القرار المرقم (٢٠١٣/م/١٧٨٧) في ٢٠١٣/١١/٢٨، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، تطبيقات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص ١٧٦.
(٦) المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
(٧) القرار المرقم (٢٠١٤/م/٨٤٥) في ٢٠١٤/٨/٢١، القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ١٣٠.

الا ان عدم وجود تعهد مكتوب بين الطرفين لا يحول دون التملك اذا توافر المانع الادبي الذي حال دون الحصول على دليل كتابي^(١)، ولم ينص القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل على تسليم بدل الشراء بتاريخ العقد ولا يعتبر شرطاً من شروطه، اذ بإمكان المحكمة تكليف المتعهد له بايداع بدل المبيع امانة في صندوق المحكمة^(٢)، ولا تعتبر استمارة فتح البيان في دائرة التسجيل العقاري بمثابة التعهد بنقل ملكية العقار، لانها تنظم لتمشية معاملة الكشف وتصديقات دوائر البلدية وضريبة عقار تمهيدا لاجراء معاملة التقرير في دائرة التسجيل العقاري^(٣)، ولا يمنع من ابرام التعهد من قبل الوكيل بوكالة ثبت صحة صدورها من الحكم بالتمليك حتى وان جرى عزل الوكيل بعد اكثر من عشر سنوات على ابرام التعهد^(٤).

ثانياً: ان يكون المتعهد مالكا للعقار وقت التعهد:

يجب ان يكون المتعهد مالكا للعقار وقت التعهد، وهذا الشرط اساسي لاقامة دعوى التملك، فاذا لم يكن المتعهد مالكا للعقار فان هذا التعهد لا يلزم المالك^(٥)، ومن تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك، فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا منه^(٦).

فاذا وعد شخص ببيع العقار هو ملزم به لان الوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد وهو الواعد، فليس هناك في الحقيقة اي التزام على عاتق الموعد له^(٧)، وهذا التزام ليس الا التزاماً شخصياً يستقر على عاتق الواعد وفي ذمته، ولا يترتب للموعد له سوى حق شخصي^(٨).

يشترط في البيوع الخارجية ان يكون المتعهد مالكا للعقار وقت التعهد^(٩)، ولا يشترط ان يكون المتعهد مالكا لتمام الملك وانما يكفي ان يكون له حصة او سهام شائعة في العقار والتي انصب التعهد عليها^(١٠)، لان كل شريك في الشيوغ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنه^(١١).

(١) القرار المرقم (٢٠١٤/م/٨٩٠) في ٢٠١٤/٩/٤، القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ١٣٠.
(٢) القرار المرقم (٢٠١١/م/١٣٠٧) في ٢٠١١/١٢/٢٧، القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ٤٩.
(٣) القرار المرقم (٢٠١٢/م/١٤٥٩) في ٢٠١٢/١١/١٢، القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ٤٧.
(٤) القرار المرقم (٢٠١٤/م/١٠٥٤) في ٢٠١٤/١١/٦، القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ٣٠٨.
(٥) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، الجزء الاول، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١٩، ص ٢٠٠.
(٦) المادة (١/١٣٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
(٧) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٥٤.
(٨) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٥٦.
(٩) القرار المرقم (٢٠١٣/م/٩١٩) في ٢٠١٣/٧/١٦، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، المصدر السابق، ص ١٤١.
(١٠) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٠١.
(١١) المصدر السابق، المادة (٢/١٠٦٢).

ان عدم تسجيل العقار باسم البائع في دائرة التسجيل العقاري وقت البيع لا يمنع من مطالبة المشتري لمورث البائع بتسجيل العقار باسمه استناداً للقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل مادام قد سجل باسمه بعد ذلك^(١).

وان شرط ان يكون المتعهد مالكا للعقار وقت ابرام التعهد لا يمنع من اقامة دعوى التملك اذا تم تسجيل العقار باسم شخص اخر بعد ذلك مادام العقار وقت التعهد مسجلاً باسم المتعهد اذ ان نقل ملكية العقار موضوع التعهد الى الغير لا يحول دون تطبيق القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل لان العبرة بسريانه هو تاريخ بيع المساحة موضوع الدعوى بشرط ان لا تكون هناك معارضة تحريرية من المتعهد^(٢)، الا اذا وجد نص بخلاف ذلك كما في حالة بيع العقار من قبل الوارث الوارد في المادة (١٨٩) من قانون التسجيل العقاري^(٣).

فاذا لم يكن المتعهد مالكا للعقار فيصار الى تطبيق المادة (١١٢٧) من القانون المدني^(٤)، وهناك قرار اخر من محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية بحيث اذا كان المتعهد ليس مالكا للعقار موضوع الدعوى فلا يمكن تطبيق احكام القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بل نكون امام حالة بيع مال الغير اذا لم يكن البائع مخلوفاً من المالك بالتصرف بيعاً بملكه^(٥) وتطبق احكام المادة (١٥١) من القانون المدني^(٦).

(١) القرار المرقم (٢٠١٢/م/٩٨٢) في ٢٥/٧/٢٠١٢، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، المصدر السابق، ص ٩٩.

(٢) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص ١٣.

(٣) المادة (١٨٩) من قانون التسجيل العقاري المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ حيث ينص على انه (يكتسب الوارث حق الملكية العقارية وما في حكمها من تاريخ وفاة المورث غير انه لا يمكنه التصرف به الا بعد تسجيله في السجل العقاري)..

(٤) القرار المرقم (٣٢٤٩/الهيئة المدنية/العقار/٢٠٠٨) في ٣/٨/٢٠٠٩، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية/ القسم المدني، المجلد ٣، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣، ص ٨٠.

(٥) القرار المرقم (٥٦/ت/ح/٢٠١٥) في ٧/٤/٢٠١٥ الصادر من محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية، المشار اليه القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، المصدر السابق، ص ١٥.

(٦) المصدر السابق، المادة (١/١٥١)، حيث ينص على انه (اذا وعد شخص بان يجعل الغير يلتزم بامر فانه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه. ويجب عليه ان يعوض من تعاقده معه اذا رفض الغير ان يلتزم، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك في استطاعته من غير ان يضر بالادان).

ثالثاً: احداث الابنية والمنشآت او السكن فيه او غراس:

يشترط في طالب التمليك ايضاً هو السكن بالنسبة لدار السكن او احداث الابنية والمنشآت وهذا الشرط له احكامه بالنسبة للعقارات السكنية، او المغروسات للاراضي الزراعية وسنبين كلا الحالتين فيما يلي:

١ - العقارات السكنية:

يجب توفر الاحد الشرطين اولهما هو السكن في العقار والاخر هو اقامة الابنية او احداث منشآت في العقار:

أ- السكن:

سكن يعني اشغال العقار محل التعهد والانتفاع به والتصرف به تصرف المالك من حيث استخدامه^(١)، او اشغال المتعهد له العقار بالسكن فيه وابعاحه من المتعهد سواء يسكن فيه المتعهد له شخصياً او ورثته بعد وفاته^(٢)، الا ان ذلك لا يعني الاقامة وانما يكفي ان يتخذ مقره لسكنه المؤقت عندما تقتضي طبيعة عمله التنقل او السفر، وهذا لا ينفي عنه صفة السكن المستمر طالما ان المتعهد له يعود اليه في اوقات متفاوتة من السنة^(٣).

الا ان شرط السكن يجب ان يتحقق عند اقامة الدعوى، فاذا تبين ان العقار محل التعهد كان خالياً من الشواغل عند اجراء الكشف فان الشرط السكن غير متحقق^(٤)، وانه يتقضي ان يمتد السكن لحين اقامة الدعوى^(٥)، وان السكن المتعهد له للعقار واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات من ضمنها الشهادة، والسكن يجب ان يكون من المتعهد له بالذات ولا يبيح التمليك سكن شخص اخر ولو كان من اقارب المتعهد له كاولاده او ذويه مادام المتعهد له على قيد الحياة، لذا يجب على المحكمة التأكد من حالة الاشغال الفعلي للعقار من قبل المتعهد له من خلال اجراء الكشف الموقعي على العقار لاستماع البيينة الشخصية من سكنه فيه^(٦).

(١) القاضي وائل ثابت الطائي، التعهد بنقل ملكية العقار، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠٢٣، ص ٥٤.

(٢) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ١٦.

(٣) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٤) القرار المرقم (٢٠١٣/م/٩٨٨) في ٢٠١٣/٨/٥، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(٥) القرار المرقم (٢٠١٤/م/٦٠٠) في ٢٠١٤/٦/١١، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

(٦) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ١٦.

ب- احداث الابنية والمنشآت:

ان المشرع لم يعتبر السكن فقط سببا لتملك العقار وانما احداث ابنية او منشآت فيه ايضا يعتبر سببا من التملك، واحداث مشيدات في العقار التي لم تكن قيد شيد فيها بناء اصلا قبل شراءها او اكمال منشآت لم تكن مكتملة عند ابرام التعهد، والبناء الذي يعتد به كشرط للتملك يجب ان يرقى الى مرتبة المشيدات التي يعينها القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل، اذ ان تشييد غرفة واحدة من البلوك ومسقفة بالجينكو او احداث سياج من اعمدة حديدية ومشبك وغرفة للحارس لا تكفي للتملك باعتبارها من المشيدات^(١).

وان اقامة بعض الترميمات والقواطع او التغليف الفرفوري او عمل فتحة و تبديل المجاري فهذه الامور كلها لا ترقى الى مفهوم الابنية والمنشآت المنصوص عليها في القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل^(٢)، ان حفر الاسس فقط من قبل المتعهد له لا يرقى الى اقامة الابنية والمنشآت^(٣)، والمشيدات التي شيدها المتعهد له بهول وحمام ومرافق صحية مشيدة بالبلوك وغير مسقفة، وهي بهذا الوصف تدل على عدم جدية المتعهد له في سكن العقار^(٤).

٢- الاراضي الزراعية:

ولما كان القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل قد اجاز تملك الاراضي الزراعية، اذا احداث فيها المتعهد له المنشآت الزراعية او غرس فيها مغروسات^(٥)، لذا كان لهذا الموضوع توفر احد امرين: غرس مزروعات دائمية مثمرة او انشاء منشآت ذات صلة بالنشاط الزراعي، و سنبينها فيما يلي:

أ- المغروسات:

الغرس هو زراعة العقار بالاشجار الدائمة سواء كانت الارض ملكاً صرفاً ام مملوكة للدولة وحق التصرف فيها للافراد^(٦)، ويقضي للحكم بتملك المتعهد له الارض ان يغرس فيها اشجار مثمرة، ولا يعد

(١) القرار المرقم (٢٠١٢/م/٦٦٣) في ٢٢/٥/٢٠١٢، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ٨٩.

(٢) القرار المرقم (٤٧٩-٤٨٨/ح/١٩٩٩) في ١٥/٩/١٩٩٩ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية، المشار اليه هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٠٥.

(٣) القرار المرقم (٢٩٧/حقوقية/١٩٩٩) في ٢٧/٢/١٩٩٩ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية، المشار اليه هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

(٤) القرار المرقم (١٤٣٨/مدنية/٢٠١٢) في ١٢/١١/٢٠١٢ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية، المشار اليه هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير، المصدر السابق، ص ٢١٢.

(٥) القاضي لفته هامل العجيلي، احكام دعاوي الاراضي الزراعية، مكتبة السنهوري، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠٢٠، ص ٧.

(٦) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ٢٣.

زرعها بالمحاصيل الشتوية والصيفية الموسمية من قبل الغرس الذي يتطلبه القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل، ولم يشترط القرار غرس عدد معين من الأشجار^(١).

وفي هذه الحالة يمكن الاستعانة بأحكام القرار (تحديد الحدود الاقتصادية للافراز في الأراضي الزراعية والبساتين) المرقم (٢٨٦) لسنة ١٩٨٧^(٢)، والمادة الثالثة عشرة فقرة (٣/ب) من قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠^(٣)، والتي حددت عدد الأشجار لغرض البستنة والتي يجب أن لا تقل عن (٤٠) شجرة دائمية في الدونم الواحد، وهو ما ذهبت إليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (عدم ورود التعهد على شكل بيعة تحريرية وعدم قيام المدعي بالبناء بالابنية الثابتة او الغراس بأشجار ثابتة (مثمرة او غير مثمرة) لان جنسها ارض زراعية تسقى مطرا فيجب القيام بالتصرفات الزراعية وانشاء منشآت زراعية لكي تكون سببا للتملك منها الغراس لأشجار لا تقل (٤٠) اربعون شجرة في الدونم الواحد وان الكبريات المقامة ليست لها صفة الدوام وبالتالي لا تعتبر سببا للتملك^(٤)).

ويجب على المحكمة التحقق من عدد الأشجار المغروسة في الارض وانواعها والمثمر منها وغير المثمر، كما يجب عليها ان تتوصل الى من قام بالغرس وهل ان الارض عند ايلولتها الى المتعهد له قد كانت مغروسة، ويتم التوصل الى ذلك من خلال عمر الأشجار وتاريخ التعهد^(٥)، وكما ذهبت اليه محكمة

(١) القاضي لفته هامل العجيلي، احكام دعاوي الاراضي الزراعية، المصدر السابق، ٢٠٢٠، ص ١٠١.
(٢) القرار المرقم (٢٨٦) لسنة ١٩٨٧، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣١٥٠) في ١٨/٥/١٩٨٧، حيث تنص على: أولاً: تكون الحدود المبينة ادناه هي الحدود الاقتصادية للافراز في الأراضي الزراعية والبساتين : - أ - خمسة دوانم في البساتين وهي كل أرض مغروسة بالأشجار المثمرة على أن لا يقل عددها في الدونم الواحد من أربعين شجرة.
ب - ثلاثة دوانم في الأراضي التي تزرع تبعا.
ج - عشرة دوانم في الأراضي المغروسة بالأشجار غير المغروسة.
د - عشرة دوانم في الأراضي التي تزرع شلبا وتروى سيجا.
هـ - خمسة عشر دونما في الأراضي التي تزرع شلبا وتروى بالواسطة.
و - ثلاثون دونما في الأراضي الزراعية الأخرى التي تروى سيجا أو بالواسطة غير المشمولة بالفقرات السابقة.
ز - مائة دونم من الأراضي الزراعية الدائمة.
ثانياً: يمتنع على دوائر التسجيل العقاري تسجيل معاملات الافراز لأقل من الحدود المبينة في الفقرة (أولاً) من هذا القرار بعد نفاذه.
ثالثاً: تختص المحاكم المدنية بالنظر في دعاوى ازالة الشبوع وفق أحكام القانون المدني، مع التقيد بالحدود الواردة في الفقرة (أولاً) من هذا القرار.
رابعاً: يلغى قانون الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل والتعليمات الصادرة بموجبه.
خامساً: تلغى كافة قرارات لجان تنظيم الحد الاقتصادي غير المكتسبة الدرجة القطعية الصادرة وفق أحكام القانون رقم ١٣٧/١٩٧٦ وتطبق بشأنها أحكام هذا القرار.
سادساً: ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.
(٣) قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (١٨٨٤) في ٣٠/٥/١٩٧٠.
(٤) القرار المرقم (٦٠/ت/٢٠٠٦) في ٢١/٢/٢٠٠٦، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٧٩.
(٥) القرار المرقم (٨٩٨/م/٢٠١٣) في ١٥/٧/٢٠١٣ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية، المشار اليه هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير، مصدر سابق، ص ٢١٤.

استثناء منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (ان القطعة موضوعة الدعوى زراعية ولغرض تطبيق احكام البند (اولا/ب) من القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ ينبغي ان يقوم المتعهد له بغرس الجزء الذي يطلب تملكه بالمغروسات الزراعية الدائمة او ان يقيم منشآت زراعية ثابتة فيها وان مجرد استغلال الارض لا يعتبر سببا صحيحاً للملك) (١).

ب- احداث المنشآت في الاراضي الزراعية:

نظراً لطبيعة الارض الزراعية سواء كانت مملوكة ملكا صرفا او فيها حقوق تصرفية، والتي تقتضي ان تخصص لبناء منشآت زراعية ان لا تكون محلا للسكن، لان الغرض من السكن فيها هو لخدمة الارض الزراعية فقط، والمنشآت المقصودة هي حقول دواجن و حقول لتربية الحيوان والاسماك و مقفس ومشاريع زراعية اخرى، الا ان الامر قد جرى على خلاف ذلك لان ان هناك اتجاه في تغيير جنس الارض الزراعية الى سكنية بسبب الارتفاع المستمر في اسعارها، لان ثمن القطع التي تباع تفوق باضعاف ثمن الارض الزراعية اذا بيعت على اساس الدونم، وان طلب تملك حق التصرف عن طريق شراء مساحات صغيرة وتشييد دار عليها لا ينطبق عليه احكام التملك الواردة في القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل، لان القرار المشار اليه يتطلب ان يقيم المتعهد له المنشآت الزراعية او ان يغرس المطلوب تملكه (٢).

كما وان (المادة الثانية/اولاً) من قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ قد قيدت صاحب حق التصرف باستغلال الارض لأغراض الانتاج النباتي او الحيواني واجراء التصرفات التي تقتضيها تلك الاغراض (٣)،

رابعاً: عدم وجود معارضة تحريرية من قبل المتعهد:

المعارضة التحريرية هي أن يعارض المتعهد له في سكن العقار أو في إحداثه للأبنية او المنشآت أو الغراس، والغرض من النص على وجوب المعارضة التحريرية هي الحد من تعسف المتعهد وربما ادعائه الكاذب بحصول المعارضة، وعليه فإن المعارضة الشفهية وإن ثبتت فإنها لا تمنع المتعهد له من أن يكون له الحق في طلب تملك العقار، ولم يشترط القرار المذكور شكلاً معيناً للمعارضة التحريرية،

(١) القرار المرقم (٢٢٥/ت/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٨/٦، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٢) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٣) (المادة الثانية/اولاً) من قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٥٣١) في ١٩٧٦/٥/٣١ حيث تنص على انه (على صاحب حق التصرف استغلال الارض لاغراض الانتاج النباتي او الحيواني واجراء التصرفات التي تقتضيها تلك الاغراض، وفقا للقوانين المرعية).

فقد يكون بإنداز من المتعهد بواسطة الكاتب العدل لمنع المتعهد له من السكن أو البناء أو الغراس في العقار، أو بإقامة دعوى منع المعارضة، ويجب ان تكون المعارضة التحريرية بعد الاتفاق على البيع بموجب التعهد بدون فاصل زمني او ان يكون بعد تاريخ التعهد لفترة وجيزة^(١).

وان نص القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل لم يحدد مدة معينة يعلن فيها المتعهد معارضته للمتعهد له عند سكنه للعقار او احداث الابنية او قيامه بغرس المغروسات وانما ترك هذا الامر الى اجتهاد القضاء وتقدير كل حالة حسب ما تقتضيها^(٢).

وان المعارضة التحريرية التي تمنع تملك العقار يجب ان تكون متزامنة مع تاريخ التعهد بالبيع ولاعبرة للمعارضة التحريرية التي تقع بعد السنوات^(٣)، وهو ما ذهب اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (ان مفهوم المعارضة الوارد في الفقرة (أ و ب) من القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ ان تكون المعارضة تحريرية من المتعهد او ورثته من بعده وان تكون هذه المعارضة انية و متزامنة مع تاريخ العقد او سكن العقار او احداث الابنية والمنشآت الاخرى والثابت في هذه الدعوى ان المميز (المدعي) كان اشترى الدار موضوعة الدعوى من المدعى عليهم وسكن فيها بعد دفعه قسما من البديل و اودع باقي البديل في دائرة كاتب عدل اربيل بتاريخ لاحق وجاء انذار المدعى عليهم بعد ايداع باقي البديل فلا يمكن الاعتداد بمثل هذه المعارضة وكان المقتضى السير في الدعوى والتحقق من شرط التملك^(٤).

ولكن لا يشترط ان تكون تلك المعارضة بصورة كتاب او انذار بل قد تكون بصورة عمل قانوني كاقامة الدعوى منع المعارضة من قبل المتعهد على المتعهد له او ايداع البديل لدى كاتب العدل وغيرها مما يدل على معارضة المتعهد في قيام المتعهد له بالسكن او انشاء منشآت او غراس، وقد تكون المعارضة باستحصال قرار الحكم ولكن يجب ان يكون القرار صادرا قبل اقامة دعوى التملك^(٥).

(١) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٢) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٣) القرار المرقم (٢٠١١/م/١٤٨٤) في ٢٩/١٢/٢٠١١، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٤) القرار المرقم (٢٠٠٨/ت/٦٩) في ١٩/٢/٢٠٠٨، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٥) القرار المرقم (٢٠٠٥/١٧٢) في ٩/١٠/٢٠٠٥ والقرار المرقم (٢٠٠٥/٥٦) في ٢٩/٣/٢٠٠٥ والقرار المرقم (٢٠٠٧/١١٢) في ٧/٦/٢٠٠٧، الصادر من محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، وكذلك القرار المرقم (٢٠٠٤/ح/٦٢٠) في ٢٦/٦/٢٠٠٤ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية المشار اليه القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ٢٨.

خامساً: توجيه الانذار:

ان القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ لم تتضمن بيان مسألة الانذار لذلك شابها بعض الغموض^(١)، وإذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابينة او منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، والمقصود بدون المعارضة التحريرية هو عدم قيام البائع بتوجيه انذار الى المشتري يمانعه في السكن في العقار المباع او احداث الابنية او المنشآت الاخرى وذلك ممانعة تحريرية عن طريق توجيه الانذار اليه بهذا الشأن^(٢).

هذا من جانب، ومن جانب اخر كان على المتعهد له ان يوجه انذارا الى المتعهد يطلب منه الحضور الى دائرة التسجيل العقاري المختصة في اليوم الذي يعينه في الانذار لكي يتم اكمال عملية البيع والتسجيل في الدائرة اعلاه ويقوم المتعهد له باستحصال استشهاد من الدائرة المذكورة يؤيد فيه حضوره في الدائرة في ذلك اليوم وعدم حضور المتعهد، فهنا يتحقق النكول، لان توجيه الانذار للبائع وعدم حضوره في الموعد المحدد في الانذار في دائرة التسجيل العقاري لنقل ملكية العقار باسم المشتري يعتبر نكولاً من ذلك التعهد وان عدم توجيه الانذار للمتعهد يجعل من السهل على الاخير ان يدعي في حالة اقامة دعوى عليه من قبل المتعهد له انه غير ناكل فترد دعوى المدعي (المتعهد له) لانتهاء شرط اساسي فيها وهو نكول المتعهد، ويستفيد المتعهد له من هذا الانذار في اثبات حالة النكول، كما ايضا يستفيد المتعهد في توجيه هذا الانذار لاثبات حالة المعارضة التحريرية^(٣). ومن الاحسن ان يتم توجيه الانذار عن طريق الكاتب العدل باعتبار هي الجهة الرسمية المختصة بذلك ولكي لا يترك هذا الموضوع ماثرا للاجتهد والاثبات.

سادساً: عدم وجود الموانع القانونية:

العقار محل التعهد يجب ان يكون مما يصح التعامل فيه ويكون قابلاً للتصرف فيه وغير ممنوع قانوناً^(٤)، والمانع القانوني هو الذي يمنع تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري، وبشأن موانع التسجيل تنص المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ على انه (يراد بموانع التسجيل القيود القانونية التي تمنع اجراء التسجيل سواء تعلقت بالعقار نفسه او باصحاب الحقوق العقارية وتشمل ما يلي: ١- الحجز الواقع على العقار من سلطة قضائية او رسمية مخولة قانوناً، ٢- المحجورون لذاتهم او بقرار

(١) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٢) القاضي شوان محي الدين، نظرية الاعذار المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠١٩، ص ١٠٨.

(٣) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٤) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٦٤٦.

من المحكمة، ٣- الموانع القانونية الاخرى المثبتة في سجل العقار او بطاقته التي تمنع اجراء التصرفات القانونية الا اذا زالت تلك الموانع وفقا لاحكام القانون^(١).

والموانع التي تمنع تسجيل العقار عديدة وهي واردة في قوانين متعددة، فاذا حجز العقار ومنع التصرف به من قبل سلطة قضائية او رسمية، فلا يجوز التسجيل الا بزوال تلك الاسباب، لقدورد القانون بعض الموانع والقيود القانونية التي تمنع اجراء التسجيل، منها ما تتعلق بنفس العقار ومنها تتعلق باصحاب الحقوق العقارية، والاول مانع منها هو الذي ورد في الفقرة الاولى من المادة المشروحة وهو الحجز والحجز هو اجراء تحفظي الغرض منه ابتداء هو تقييد سلطة المالك لحماية حقوق دائئه، وان كان لبعض انواع الحجز اهداف اخرى ترمي اليها مباشرة كمنع التصرف في العقار المطلوب استملاكه^(٢).

وان الامور الواردة في الفقرة (٢) من المادة المذكورة تتعلق بموانع التسجيل بالنسبة لاصحاب الحقوق العقارية، وبما ان تصرفات هؤلاء مقيدة بحكم القانون^(٣) فلا يجوز اجراء اي تسجيل عقاري لهم الا بزوال تلك الصفة عنهم^(٤)، وعدا الحجز والحجر ان هناك موانع قانونية اخرى ترد على العقار او على اصحاب الحقوق العقارية تمنع اجراء وتسجيل التصرفات القانونية وبما ان هذه القيود كثيرة وردت في قوانين متعددة ولا يمكن حصرها لذا نورد على سبيل المثال بعضها منها:

١- حرمان المحكوم عليه من ادارة امواله او التصرف فيها^(٥).

٢- منع التصرف بالعقار المطلوب استملاكه بعد ورود اشعار بذلك من المحكمة^(٦).

(١) المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٦٤٦.

(٣) المواد (٩٤ و٩٥ و٩٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٤) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٦٤٨.

(٥) المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (١٧٧٨) في ١٩٦٩/٩/١٥.

(٦) المادة (١١/اولا) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٨١٧) في ١٩٨١/٢/١٦، حيث تنص على انه (تعين المحكمة موعدا للنظر في طلب الاستملاك خلال عشرة ايام ، من تاريخ تسجيله لديها ، وتطلب من دائرة التسجيل العقاري عدم اجراء اي تصرف على العقار ، واشعارها باية تصرفات سجلت على العقار ، بعد تاريخ تنظيم صورة السجل للجهة طالبة الاستملاك).

٣- احكام قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٨٦) لسنة ١٩٨٧^(١). هذا المانع حصرا على الاراضي الزراعية والبساتين دون غيرها من العقارات ذلك لان المشرع وبهدف المحافظة على الانتاجية قد حدد المساحات العمومية باعتبارها الحد الاقتصادي الادنى لملكية هذه العقارات وحق التصرف بها.

٤- حجز بموجب قرار مجلس الحكم المنحل المرقم (٨٨) لسنة ٢٠٢٣ حيث تنص على انه (١- حجز الاموال المنقولة وغير المنقولة العائدة الى المسؤولين في النظام السابق وكبار اعضاء حزب البعث المنحل والاجهزى الامنية وزوجاتهم واولادهم واقاربهم و وكلائهم، ٢- ايقاف العمل باحكام القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ بالنسبة للدعاوي المقامة او التي ستقام على المشمولين في الفقرة (١) اعلاه، ينفذ هذا القرار من تاريخ صدوره^(٢)، والحجز بموجب هذا القرار يعد مانعا من تملك العقار، وقضت محكمة استئناف بغداد/الرصافة من ان الذي يمنع من الحكم بنقل ملكية العقار بموجب القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل هو كون المتعهد (بنقل ملكية العقار) مشمول بالقرار رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣^(٣).

٥- مرور الزمن (التقادم المسقط) على التعهد بنقل ملكية عقار^(٤). التقادم نظام قانوني يؤدي الى عدم سماع الدعوى اذا كان من نوع التقادم المسقط والذي يتحقق بعد مضي خمس عشرة سنة، وفيما يخص بالتعهد بنقل ملكية العقار يمكن ان يكون التقادم مانعا من سماع دعوى تملك حتى وان توافرت شروطه^(٥)، ولكن هذا الامر لا يعتبر من النظام العام وبالتالي لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وانما يتطلب من الخصم ان يتمسك بهذا الدفع وقبل الدخول في اساس الدعوى.

المطلب الثاني

الخصومة في دعوى تملك العقار واجراءات دعوى التملك

ان الدعوى وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص الى القضاء للحصول على تقرير حق له او حمايته او تمكينه من الانتفاع به او تعوضه من هذا الانتفاع^(٦)، للخصومة في الدعوى المدنية مكانه هامة وبارزة في

(١) قرار مجلس القيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٨٦) لسنة ١٩٨٧.

(٢) يلغى هذا القرار بموجب المادة (٦) من قانون حجز ومصادرة الاموال المنقولة و غير المنقولة العائدة الى اركان النظام السابق المرقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المنشور في وقائع العراقية المرقم (٤٤٦١) في ٢٠١٧/٩/١٨.

(٣) القرار المرقم (١١٢/م/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٤/٢ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصيقتها التمييزية المشار اليه القاضي لفترة هامل العجيلي، احكام دعاوي الاراضي الزراعية، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٤) المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، حيث تنص على انه (الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ماوردت فيه احكام خاصة).

(٥) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٦) عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الاول، المكتبة القانونية، ٢٠٠٥، ص ١٨.

اهتمام المشرع والفقهاء القانونيين المعاصر في قانون المرافعات المدنية الذي ينظم الخصومة ويعالج اثار الحكم فيها، تأسيساً على ذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين ، فنخصص الفرع الاول للخصومة في دعوى التمليك، وتعرض في الفرع الثاني اجراءات دعوى التمليك.

الفرع الاول

الخصومة في دعوى تمليك العقار

حيث لم يعرف غالبية الشراح العراقيين الخصومة بل تناولوا هذا المصطلح بوصفه يمثل الصفة في الدعوى وهي شرط من شروطها^(١)، والخصومة هي الوصف القانوني لما ينشأ عن مباشرة هذه الدعوى فالخصومة هي اثر للدعوى^(٢)، او الخصومة هي السلطة التي يمارس بمقتضاها شخص معين الدعوى امام القضاء، وهي تكون عادة لصاحب الحق المدعى به او لمن تلقى هذا الحق منه بالارث او باي طريق قانوني اخر^(٣)، او انها وسيلة التعبير عن عرض النزاع على القضاء^(٤).

والخصومة لا تقوم الا على عناصر ثلاثة، اذ لا يقوم الا حيث يوجد مدعي يرفعها الى القضاء، وان يكون هناك مدعى عليه توجيهه اليه الخصومة، ويجب ان يكون من توجهه اليه معنياً بشكل لا يقبل اللبس والغموض، ويلزم ان يطالب المدعي بشيء، اي ان يطلب حماية القضاء له وانتزاع حقه^(٥).

أن الدفع بعدم توجه الخصومة فهو ذو طبيعة خاصة، فلا هو من الدفوع الشكلية ولا من الدفوع الموضوعية إذ إنه من الدفوع التي توجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه لعدم توافر الشروط التي ينبغي توافرها لقبول الدعوى^(٦)، فقد أجاز القانون للخصم إبداء هذا الدفع في أي حال تكون عليه الدعوى^(٧)، ويمكن إبداءه حتى أمام محكمة التمييز^(٨).

(١) القاضي عقيل طارق محمد، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠، ص ١٩.

(٢) القاضي عباس زياد السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢، ص ٣٣.

(٣) القاضي لفته هامل العجيلي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص ٢١٧.

(٤) د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول المرافعات المدنية، منشورات جامعة جيهان الاهلية/اربيل، ٢٠١٣، ص ٢٧٧.

(٥) القاضي لفته هامل العجيلي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(٦) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٣٣.

(٧) ينظر المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، المنشور في الوقائع العراقية، العدد (١٧٦٦) في ١٠/٨/١٩٦٩.

(٨) المادة (٣/٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

يشترط لقبول الدعوى امام المحاكم ان يكون للمدعي صفة في اقامتها ويقصد بالصفة في اقامة الدعوى في الاصل ان يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق او المركز القانوني المعتدي عليه، لانه وحده صاحب الصفة في رفعها^(١)، او أن يكون المدعي هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه كالوكيل بالنسبة للموكل، والولي أو الوصي أو القيم بالنسبة للقاصر، يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً يترب على اقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه وان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى^(٢).

وفي دعوى التعهد بنقل ملكية عقار والمتمثلة في إحدى دعويين هما دعوى طلب التملك ودعوى التعويض عن النكول، بالنسبة الدعوى التملك فإن المدعي يكون هو المتعهد له أو ورثته إضافة إلى التركة إذا تحققت فيهم الشروط الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة (١٩٧٧) المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣، وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (... ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بانه صحيح وموافق للقانون للأسباب المعتمدة حيث ان الشقة موضوع الدعوى غير مسجلة باسم المدعى عليهم او مورثهم لذا لا ترد عليه احكام التملك الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل...)^(٣).

ولا يكون المتعهد مدعياً في دعوى تملك لأنه لا يمكنه إجبار المشتري على قبول البيع، لأن القرار (١١٩٨) المذكور أباح للمتعهد له فقط إذا توافرت فيه الشروط الواردة في القرار تملك العقار مبيع بإقامة دعوى بطلب التملك والحصول على حكم تنتقل به ملكية العقار وأشعار دائرة التسجيل العقاري المختصة لنقل ملكية العقار إلى المشتري دون تدخل البائع، اما في دعوى التعويض عن النكول فإن الصفة في إقامة دعوى التعويض تكون للمتعهد له (المشتري) أو ورثته إضافة إلى التركة، وقد يكون المدعي هو المتعهد (البائع) أو ورثته إذا أخل المشتري بتعهده أي لم يدفع الثمن المتفق عليه في التعهد عن قيمة العقار المبيع^(٤).

(١) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٣٠.

(٢) المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٣) القرار المرقم (٢٧/ت/٢٠٢٣) في ٢٠٢٣/٢/٢١ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، غير المنشور.

(٤) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ٣٤.

الفرع الثاني

اجراءات دعوى التمليك

ان دعوى التمليك وفق القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ هو استثناء من احكام المادة ٥٠٨ من القانون المدني التي بينت لان بيع العقار يستلزم شكله معينه وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وبخلافه فان العقد يعتبر باطلا الا ان القرار اعلاه اوجد استثناء لهذه القاعده بالنسبة للعقارات والاراضي الزراعية التي وضعت تحت تصرف المشتري وسكنها واحداث منشآت فيها وغرس وزرع فيها بعد تاريخ الشراء فممكن المشتري من اقامة دعوى التمليك في محاكم البداة التي يتبع اليها العقار موضوع طلب التمليك وان اهم خطوات هذه الدعوى.

١- توجيه الإنذار عن طريق كاتب عدل من قبل المتعهد الى المتعهد له الحضور في دائرة التسجيل العقاري لتسجيل الملك باسمه^(١).

٢- اقامة الدعوى من قبل المتعهد له امام محكمة بداة منطقة العقار بعريضة مستوفية للشروط الوارد ذكرها في المادة (٤٦) من قانون المرافعات وملصق عليها الطابع المالي وفق القانون وكذلك طابع المحاماة اذا كان مقدمها محامي^(٢).

٣- وضع اشارة عدم التصرف على العقار موضوع التعهد، وان وضع اشارة عدم التصرف على العقار في دعوى التمليك هو لضمان حقوق المتعهد له من تصرف المتعهد تصرفاً ضاراً بحقوقه^(٣).

٤- تقدير العقار موضوع التمليك من قبل هيئة التقدير لاغراض الرسوم والضرائب وفق القرار المرقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ الصادر من المجلس الوطني لكوردستان العراق^(٤) وتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ الصادر من وزارة عدل لحكومة اقليم كوردستان^(٥).

(١) القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٢) المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٣) القرار المرقم (٢٦٧٤/م/٢٠١٢) في ٢٠١٢/١٢/١٨، القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٤) القرار المرقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ الصادر من برلمان كوردستان، المنشور في وقائع كوردستان، العدد (٢٤) في ٢٠٠١/١٢/١٣، حيث ينص على انه (ولاً: لا يعتد بالقيمة المثبتة في التعهد للعقار المباع خارج دائرة التسجيل العقاري في دعاوي التمليك المنصوص عليها في القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل او المباع تنفيذاً ويتم تقديره بواسطة الخبراء ويكون هذا التقدير اساساً لاستيفاء الرسوم والضرائب، ثانياً: لذوي العلاقة الطعن في قرار التقدير امام محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التقدير ويكون قرار المحكمة باتاً، ثالثاً: على مجلس الوزراء تنفيذ احكام هذا القرار، خامساً: وينفذ هذا القرار اعتباراً من تاريخ نشره في وقائع كوردستان).

(٥) تعليمات المرقم (١) لسنة ٢٠٠٢ الصادر من وزارة العدل، المنشور في وقائع كوردستان، العدد (٣٤) في ٢٠٠٢/٨/٢٤.

وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضت على (ان المحكمة اغفلت تطبيق القرار المرقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ الصادر من المجلس الوطني لكوردستان العراق في اتخاذ القيمة المقدرة للعقار من قبل الخبراء اساسا لاستيفاء الرسوم والضرائب وان تكون هي المعول عليها في صلب القرار واكمال الرسم القانوني على اساسها وكذلك احتساب اتعاب المحاماة المستحق على ضوءها^(١).

وكما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضت على (... حيث كان يقتضي على المحكمة تقدير كامل العقار موضوع الدعوى عند تطبيق القرار المرقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ وربط نسخة من تقرير الخبير القضائي باضبارة الدعوى على ان يستخرج منه الحصص المطالب بتملكها لاغراض الرسوم والضرائب...)^(٢).

٥- يستوفى رسم الدعوى بنسبة ٢٪ من قيمة العقار التي يقدرها هيئة التقدير المذكور اعلاه على ان لا يزيد على خمسة وسبعون الف دينار^(٣).

٦- تكليف المحكمة المدعي باثبات عقد البيع وشرائه للعقار موضوع الدعوى في حالة كون الدعوى غيابية او المدعى عليه حاضر وانكر دعوى المدعي. ويثبت المدعي عقد التعهد بالبينة التحريرية المعتمدة وخلافه يعتبر عاجزا ويمنح حق توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه واذا حلفها المدعى عليه ردت دعوى المدعي، وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضى على (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح وسابق لاوانه حيث كان يقتضي ابتداء تكليف المميز (المدعي) باثبات عقد البيع المدعى به بالبينة القانونية المعتمدة وعند عجزه منحه حق تحليل المميز عليها (المدعى عليها) اليمين الحاسمة لذا قرر نقض الحكم...)^(٤). وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضى على (... ان المحكمة لم تكلف المدعي باثبات عقد البيع والشراء للملك موضوع الدعوى ولم تجري تحقيقاتها على ضوء القرار المرقم ١١٩٨ الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحل مما اخل بصحة حكمها...)^(٥)، وكما ان للمدعي ان يطلب اصدار الحكم غيابيا معلقا

(١) القرار المرقم (١٩٣/ت/٢٠٠٥) في ٢٠/١٢/٢٠٠٥، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢) القرار المرقم (٣٠٩/ت/٢٠١٤) في ٢٩/١٠/٢٠١٤، القاضي محمد مصطفى محمود، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٣) المادتين (١٧ و١٨/سادساً) من قانون الرسوم العدلية المرقم (١١٤) لسنة ١٩٨١، المنشور في وقائع العراقية، العدد (٢٨٥٨) في ١٦/١١/١٩٨١.

(٤) القرار المرقم (١٢١/ت/٢٠١٢) في ١٧/٢/٢٠١٣ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، غير المنشور.

(٥) القرار المرقم (١٥٥/ت/٢٠١٩) في ٢/١٢/٢٠١٩ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، غير المنشور.

على النكول عن حلف اليمين عند الاعتراض في حالة غياب المدعى عليه وعجز المدعي عن اثبات دعواه (اثبات عقد التعهد) وإذا ابرز المدعي ورقة بيع عرضية فاذا اقر بها المدعى عليه تجري المحكمة في اجراءات الدعوى الاخرى اما اذا انكرها تقوم المحكمة وبناء على طلب المدعي باجراء المضاهاة والاستكتاب بانتخاب خبراء من مكتب تحقيقات الادلة الجنائية، وإذا كانت الدعوى غيابية فيمكن للمدعى ان يطلب اصدار الحكم غيابيا معلقا على الاستكتاب والنكول على اليمين عند الاعتراض^(١).

وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضت على (...). ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين بانه صحيح وموافق للقانون حيث ان البيينة المقدمة حول واقعة شراء العقار غير مقنعة بالنظر لعمر الشاهدين المقدمين حيث انهما من مواليد ١٩٧٩ ويشهدان على واقعة حصلت سنة ١٩٩٤ اي كانوا بعمر (١٥) سنة عند التحمل الشهادة كما ان مسألة اصدار الحكم غيابيا معلقا على النكول عن اليمين عند الاعتراض امر جوازي متروك لسلطة القاضي طبقا لقناعته بالوقائع المعروضة عملاً بالمادة ١١٨ من قانون الاثبات سيما ان اضبارة الملك محروقة وان الواقعة المراد اثباتها تعود لسنة ١٩٩٤ اي قبل حوالي (٢٧) سنة...^(٢).

٧- تكلف المحكمة بعد اثبات عقد التعهد المدعي باثبات اشغاله للعقار، اذا كان دار للسكن او انشاءه فيها لمنشآت واحداثه تحسينات اما اذا كان ارض زراعية فيجب اثبات انه غرس الارض بالمغروسات وزرعها خلال الفترة التي تلت تاريخ شراؤه للعقار او قطعة الارض وان يكون الانشغال والتصرف والغراس بصورة مستمرة ودائمة ومستقرة وبدون معارضة المدعى عليه (المتعهد). حيث استلزم القانون ان لا تكون هناك معارضة تحريرية، ويكون اثبات التصرف والاشغال والسكن في العقارات (الدور) بالبيينة الشخصية التي تسمعها المحكمة موقعيا وبمعية خبير قضائي ومهندس زراعي لمعاينة المغروسات واعدادها وانواعها واعمارها وان تكون اعمار المغروسات تتطابق وتاريخ الشراء وان يكون الغرس بعد الشراء وان يكون الغرس بعد البيع. على ان تجري المحكمة الكشف في الحالتين اعلاه وبدلالة خبير فني ومساح ينظم مرتسم بالعقار او القطعة المراد تملكها^(٣).

(١) القاضي عدنان مايح بدر، النماذج العملية لدعوي المحكمة البداء، بدون مكان طبع، ٢٠٢٢، ص ١٥٦-١٥٧.
(٢) القرار المرقم (١٧١/ت/٢٠٢٣) في ٢٠٢٣/٨/٢١ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، غير المنشور.
(٣) القاضي عدنان مايح بدر، دعوي البداء واحكامها في القانون العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ١٥٥.

٨- التحقق من عدم وجود المانع القانوني، يجب على المحكمة ان تتحقق عدم وجود المانع القانوني يمنعها من الحكم بتمليك العقار موضوع الدعوى^(١).

ثامناً: يكون قرار تمليك العقار موضوع الدعوى باسم المدعي (المتعهد له) قابلاً للتمييز لدى رئاسة محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية التي تتبع اليها المحكمة وخلال ثلاثون يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار او اعتباره متبلغا به، وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار^(٢).

وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضت على (...). وجد ان الطعن التمييزي ينصب على الحكم المرقم (٣٧٦/ب/٢٠١٨) في ٢٠١٨/١٢/٢ وان وكيل المميز طعن فيه تمييزاً ودفع الرسم في ٢٠١٩/٦/٩ مما يكون واقعا خارج المدة القانونية وبما ان المدد المعينة قانوناً لا مورد لتجاوزها عليه ولما تقدم قرر رد الطعن التمييزي شكلاً...^(٣).

وكما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضت على (...). وجد ان طلب التصحيح ينصب على القرار التمييزي المرقم (١٢٩/ت/٢٠٢١) والصادر من هذه المحكمة بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٦ والذي يطلب فيه تصحيح القرار التمييزي المذكور وحيث ان القرارات الصادرة من هذه المحكمة في الطعون المقدمة في دعاوي التمليك وفق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ لا يجوز الطعن فيها عن طريق تصحيح القرار التمييزي لان القرار المذكور حصر طرق الطعن بالتمييز فقط وغير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح استناداً الى الفقرة (ثانياً/أ) من القرار المشار اليه اعلاه، عليه رد طلب التصحيح المقدم شكلاً...^(٤)

(١) القاضي عدنان مايح بدر، دعاوي البدأة واحكامها في القانون العراقي، المصدر السابق، ص ١٥٥.

(٢) ينظر الفقرة (ثانياً/أ) من قرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل.

(٣) القرار المرقم (٢٣/ت/٢٠١٩) في ٢٠١٩/١٠/٢١ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، غير المنشور.

(٤) القرار المرقم (٣/ت/٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٥/٢٥ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، غير المنشور.

المبحث الثاني

التعويض والاساس القانوني للتعويض

لم يكن القضاء العراقي استقر على الحكم بالتعويض بالنسبة لبيع العقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فقد بقي مترددا بين الاخذ باحكام المادة (١١٢٧) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وبين التقييد بالشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) الذي تضمنه التعهد بين الطرفين، الا ان هذا التردد كان قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل، ولم يعد للتردد من موجب في ظل النص الصريح على ان التعويض يتمثل بالفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمه عند النكول دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر^(١).

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث لمطلبين، ويتضمن المطلب الاول التعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد، ونتطرق في المطلب الثاني الى الاساس القانوني للتعويض.

المطلب الاول

التعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد

التعويض هو مبلغ من النقود او اية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات^(٢)، وينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون^(٣).

فان الطرف الذي اخل بتنفيذ التزامه سواء كان المتعهد بنقل ملكية العقار او حق التصرف، او المتعهد له، يلزم بدفع التعويض للطرف الاخر عند مطالبته، وجزاء الاخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار بموجب المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي يقتصر على التعويض^(٤)، وكذلك بموجب الفقرة (اولاً/أ) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل يرسم طريقة احتساب التعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار حيث ينص على انه: (يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا

(١) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقى البكري و محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، بدون السنة الطبع، ص ٤٣.

(٣) المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤) المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

اخذ أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد او لم يشترط فيه على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة وقيمتها عند النكول دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر^(١)، ومن هذا النص يتضح ان الشروط التي يجب توفرها في طلب التعويض هي:

أولاً: ان يكون هناك تعهد بنقل ملكية عقار:

أي ان يكون هناك عقد بيع عقار (تعهد بنقل ملكية عقار) وذلك لاثبات حق المتعهد او المتعهد له عند تحقق حالة النكول من قبل احدهما وتحقق الضرر بموجب ذلك النكول، لأن تلك العلاقة العقدية هي التي تمثل مصدر ذلك الحق بالتعويض رغم كل ما حدث من تناقضات وارئ مختلفة في تكيف الطبيعة القانونية لمثل هذه التعهدات. ويذهب جانباً من الفقه ان هذه التعهدات لا يشترط ان تكون مكتوبة وان جرى العمل المعتاد على ذلك ولكن هذا لا يحول دون اثبات هذه التعهدات في حالة تحقق المانع المادي او الادبي بطرق الاثبات الاخرى كالشهادة، ولمحكمة الموضوع القول الفصل في ذلك خصوصاً وان القانون لم يحدد المانع الادبي بدرجات القرابة ولكن الكتابة لتسهيل الاثبات وليس شرطاً للانعقاد.

وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي قضت (كان على المحكمة بعد ثبوت تصرف المدعي (المميز) بالقطعة موضوعة الدعوى (بناءً وغراساً) دون معارضة تحريرية من المدعى عليهم جميعاً عدا المدعى عليه الثامن الذي اقر في الجلسة المرافعة واذا ثبت وجود مانع ادبي بين الطرفين كون مورث المدعى عليهم كان اخاً للمدعي فيفسح له المجال لاثبات واقعة الشراء بالبينة الشخصية ايضاً تجاه المدعى عليهم المنكرين والغائبين وفي حالة عجزه عن الاثبات منحه حق توجيه اليمين الحاسمة لهم^(٢)).

كذلك قي قرار اخر قضت (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح وسابق لاوانه حيث كان يقتضي تكليف المميز عليه (المدعي) باثبات عقد البيع المؤرخ ٢٠٠٠/٢/٢٧ والمدعى به بالبينة القانونية المعتبرة نظراً لانتفاء المانع الادبي بين الطرفين المتداعيين...)^(٣).

(١) الفقرة (اولاً/أ) من قرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣.
(٢) القرار المرقم (٢٠٠٦/ت/٢١٢) في ٢٠٠٦/٦/٢٠، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٨٠.
(٣) القرار المرقم (٢٠١٣/ت/٣١٨) في ٢٠١٣/٦/٣٠، القاضي محمد مصطفى محمود، المصدر السابق، ص ٧٥.

ثانيا: تعيين قيمة العقار في التعهد:

للحكم بالتعويض لا بد من تعيين قيمة العقار في التعهد الذي هو الثمن الذي يحدده الطرفان لبيع العقار وهذا هو ركن في التعهد ومن ثم يبطل التعهد اذا لم يعين الثمن، كما ان الثمن شرط في تطبيق معيار التعويض فيفترض انه يتحقق بمجرد الحكم بصحة التعهد، فإن لم يكن هناك ثمن فلا يمكن تطبيق معيار التعويض كما لو ان الثمن المسمى في التعهد هو موازيا للقيمة الحقيقية لذلك العقار من عدمه، فكل ما تبحت عنه المحكمة هو وجود التعهد وتبحت عن القيمة التي سميت للعقار لكي يتسنى لها معرفة مقدار الضرر من خلال الفرق بين القيمتين المسماة في التعهد والمقدرة وقت النكول بموجب تقرير الخبراء. ولا يكفي وجود الثمن وحده في التعهد ولكن يجب ان يكون هذا الثمن معلوما سالما من عيب الجهالة الفاحشة التي تطرقت لها احكام المادة (١/٥١٤) من قانون المدني^(١).

ثالثا: نكول المتعهد او المتعهد له عن اتمام تصرفه:

وهذا يمثل ركن الاخلال او الخطأ الذي يوجب مسؤولية الناكل عند تحقق الضرر، وهو ارادة تصدر من جانب واحد ويحدد نشوءها بالتاريخ الذي تتخذ فيه مظهرها خارجيا وتحديد تاريخ النكول على قدر كبير من الاهمية لأن في تاريخه تقدر قيمة العقار التي يقاس الفرق بينها وبين قيمته المعينة في التعهد، ومن الملاحظ بهذا الخصوص ان النكول غالبا ما يكون من المتعهد (البائع) نظراً لكون اسعار العقارات في تزايد.

وجدنا ان في حالة تملك العقار باسم المتعهد له يشترط للحكم بالتملك جبرا على الناكل ان يكون المتعهد مالكا للعقار المتعهد ببيعه، ولكن لا نجد مثل هذا الشرط لاستحقاق التعويض، وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (ان طلب المدعي التعويض عن الفرق بين البدلين وفقا للقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل لنكول المدعى عليه عن تنفيذ بيعه الملك وظهر ان هذا الاخير لم يكن مالكا له فتكون مشمولة باحكام المادة (١٥١) من القانون المدني لانه وعدا بالبيع وعند عدم وجود الوعد فان البيع يعد باطلا لصدوره من فضولي وفي كلتا الحالتين فان التعويض يكون وفقا للمسؤولية العقدية وليس وفق القرار اعلاه)^(٢).

(١) المادة (١/٥١٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
(٢) القرار المرقم (٢٠٠٦/ت/٣٤٢) في ٢٠٠٦/١٢/٧، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٨٠.

رابعاً: ان يكون هناك فرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمه وقت النكول:

وتتمثل هذه الحالة بوجود فرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمه وقت النكول التي تمثل مقدار وحجم الضرر الذي لحق المدعي، وقد ذكرنا ان قيمة العقار في التعهد هي ما اتفقت ارادة الطرفين على تسميتها اما قيمته وقت النكول فهي قيمته السوقية وقت النكول بموجب تقدير الخبراء، لذلك يكون ارتفاع سعر السوق وانخفاضه سببا في احداث ذلك الفرق، وان النكول وان كان يحدث تارة بسبب ارتفاع العقارات من المتعهد يحدث، وتارة اخرى بسبب انخفاضها من المتعهد له وفي أي من الحالتين واي كان الناكل فعليه تعويض الطرف الآخر عما اصابه من ضرر، وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف منطقة اربيل بصفقتها التمييزية بقرار لها والذي نص على (... ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بانه صحيح وموافق للقانون لان المدعي لم يتضرر بسبب نكول المدعى عليه لكي يستحق التعويض كجزء للنكول حسب القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧^(١).

وان الحكم بالتعويض وفق معيار الفرق بين البديلين حين تحقق شروطه يعتبر من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته اذ ورد في نص القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل على انه (لا يعمل بأي نص قانوني او قرار او اتفاق يتعارض مع احكام هذا القرار ويؤدي الى التقليل من مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة)^(٢).

خامساً: عدم مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم):

ان القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل لم يقيد احكام القانون المدني الواردة بخصوص التقادم، وذلك لعدم ورود نص خاص فيه بخصوص التقادم وهذا يعني ترك الامر للاحكام العامة طبقا للمادة (٤٢٩) من قانون المدني^(٣)، ولكن هذا الأمر لا يعتبر من النظام العام وبالتالي لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وانما يتطلب من الخصم ان يتمسك بهذا الدفع وقبل الخوض في اساس الدعوى^(٤).

(١) القرار المرقم (٣٧/ت/٢٠٢١) في ٢٠٢١/١٢/١٥ الصادر من محكمة استئناف منطقة اربيل بصفقتها التمييزية، غير المنشور.

(٢) الفقرة (ثالثاً) من قرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣.

(٣) المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤) د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٣٤١.

المطلب الثاني

الاساس القانوني للتعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد

قد اختلف الفقه وشراح القانون المدني حول موقف المشرع العراقي على الاساس القانوني للتعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار، بهذا الصدد توجد عدة اتجاهات ويمكن حصرها في اتجاهين احدهما يذهب الى ان اساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية، وثانيهما يذهب الى ان اساس التعويض هو المسؤولية العقدية، فالمسؤولية التقصيرية تقوم على اساس الاخلال بالالتزام يفرضه القانون ينتج عنه ضرر يصيب الغير، اما المسؤولية العقدية فتقوم على اساس وجود عقد صحيح بين الطرفين وضرر قد ترتب على الاخلال بالالتزام الناشئ عن هذا العقد^(١).

ومن هذا يتضح بان كلا المسؤوليتين تقوم على اساس تحقق ضرر يصيب الغير يستوجب التعويض، فاذا لم يحصل مثل هذا الضرر فلا موجب للتعويض باعتبار التعويض يدور وجودا وعندما مع الضرر^(٢)، وبناء على ذلك سندرس الاتجاهين المذكورين اعلاه:

اولاً: التعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد على اساس المسؤولية التقصيرية:

ان المشرع العراقي يعتبر العقود الواردة على ملكية عقار او اي حق عيني عقاري عقوداً شكلية لا تتعقد الا بتسجيلها في دائرة تسجيل العقاري، ويترتب على هذا انه انصب العقد على ملكية عقارية وكان غير مسجل، فان الملكية لا تنتقل لان العقد يعتبر باطلاً او غير منعقد لانعدام ركن من اركانه، لذا فهو قبل ذلك عقد باطل وفي حكم العدم، ولا يمكن التمسك بما ورد فيه من شروط، وبما ان الشرط الجزائي الوارد في ذلك العقد ما هو الا التزام تبعي، وبذلك فان هذا الاتجاه يقيم اساس التعويض على الفعل الضار وان المسؤولية التي يترتبها التعهد في حالة نكول المتعهد هي مسؤولية تقصيرية وليس تعقادية بدليل ان المشرع العراقي في المادة (١١٢٧) من القانون المدني استلزم التعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط في التعهد او لم يشترط^(٣).

(١) د. عبدالرزاق احمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الاول، ص ٧٣٣.

(٢) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٣) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ١٤٦.

ثانياً: التعويض عن ضرر الاخلال بالتعهد على اساس المسؤولية العقدية:

المسؤولية العقدية هي جزء عدم قيام المتعاقد بالتزامه، وهي تؤدي الى تعويض الدائن عما اصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، وهذا ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض او التنفيذ بمقابل^(١).

ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان التعهد بنقل ملكية العقار دون مراعاة الشكلية المطلوبة قانوناً لا يعني عدم وجود العقد او انعدام اي اثر قانوني له، ان العقود الواردة على نقل الحق العيني العقاري قبل استيفاء الشكلية المطلوبة تنطبق عليها المادة (١/٢٤٦) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)^(٢).

والمادة (٢٥٣) من القانون ذاته حيث تنص على انه (اذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرار بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك)^(٣)، وكذلك المادة (٢٥٤) من القانون ذاته حيث تنص على انه (اذا تم التنفيذ العيني او اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين)^(٤).

وكذلك المادة (٥٣٥) من القانون ذاته حيث تنص على انه (يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري وان يكفل عن اي عمل من شأنه ان يجعل نقل الملكية مستحيلاً او عسيراً)^(٥). بموجب هذا الاتجاه فاذا كان التنفيذ العيني ممكناً وجب ان ينفذ الالتزام عينياً، اما اذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً حكم عليه بالتعويض^(٦).

(١) فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، الجزء الرابع، مكتبة صباح القانونية، بغداد، طبعة الاولى، ٢٠١٩، ص ١٠.

(٢) المادة (١/٢٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣) المصدر السابق، المادة (٢٥٣).

(٤) المصدر السابق، المادة (٢٥٤).

(٥) المصدر السابق، المادة (٥٣٥).

(٦) المصدر السابق، المادة (١٦٨)، حيث ينص على انه (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تاخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

فان الاخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار يقع في جميع الاحوال التي لا توصل الى نقل الملكية، وذلك ينطبق على حالة من يعقد على عقار غير مملوك له^(١)، والذي ينطبق فيها المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي^(٢)، او المادة (١٣٥) من القانون ذاته حسب الاحوال^(٣).

ويرى البعض الاخر من اصحاب هذا الاتجاه ان التعهد بنقل ملكية العقار يعد تطبيقاً لنظرية البطلان الجزئي للعقود المنصوص عليها في المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي^(٤)، وبموجب هذه المادة قبول الحكم الذي اسسته نظرية انتقاص العقود ومفادها ان العقد اذا تلبس بعدة امور وكان صحيحاً بالنظر الى بعضها وباطلاً بالنظر الى البعض الاخر، فان العقد لا يبطل في الجميع، بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر اليه، ويبقى عقداً مستقلاً صحيحاً بالنظر الى ما كان صحيحاً فيه، فكانه جاء الايتداء عقداً مستقلاً به، عملاً بقاعدة تصحيح العقود قدر الامكان، فالعقد لا يبطل بل ينتقص^(٥).

ويرى اخرون بان التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد غير مسمى طبقاً لنظرية تحول العقد، المنصوص عليها في المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي^(٦)، تقرر هذه المادة قبول الحكم الذي اسسته نظرية تحول العقد ومفادها ان العقد اذا وقع باطلاً، ولكن توافرت فيه عناصر عقد اخر، فانه يتحول الى هذا العقد

(١) القرار المرقم (٢٠٠٦/٣٤٢/ت) في ٢٠٠٦/١٢/٧، القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٨٠، حيث ينص على انه (ان طلب المدعي التعويض عن الفرق بين البديلين وفقاً للقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل لنكول المدعى عليه عن تنفيذ بيعه الملك وظهر ان هذا الاخير لم يكن مالكا له فتكون مشمولة باحكام المادة (١٥١) من القانون المدني لانه وعدا بالبيع وعند عدم وجود الوعد فان البيع يعد باطلاً لصدوره من فضوليوي غي كلتا الحالتين فان التعويض يكون وفقاً للمسؤولية العقدية وليس وفق القرار اعلاه).

(٢) المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، حيث ينص على انه (١ - اذا وعد شخص بان يجعل الغير يلتزم بامر فانه لا يلزم بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه ان يعوض من تعاقد اذا رفض الغير ان يلتزم، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك في استطاعته من غير ان يضر بالذائن).

٢ - اما اذا اقر الغير هذا الوعد فان اقراره لا ينتج اثراً الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة ان يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد).

(٣) المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، حيث ينص على انه (١ - من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقفاً على اجازة المالك).

٢ - فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبذل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر.

٣ - واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البذل فله الرجوع عليه به، فان هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.

٤ - واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر).

(٤) المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، حيث ينص على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً).

(٥) د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقى البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٦) المادة (١٤٠) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، حيث ينص على انه (اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد).

الاخراذا تبين من الظروف ان العاقدين كانت تتصرف نيتهما الى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصدها، وبمعنى اخر ينقلب عقداً صحيحاً، لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان بل من الذي توافرت فيه عناصره^(١).

(١) د. عبدالمجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص ١٢٦.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة (التعهد بنقل ملكية عقار والاثار المترتبة عليها والمعززة بالتطبيقات القضائية) وبعد استعراض جميع مواضيع هذه الدراسة المختلفة على وفق الخطة التي رسمتها لها والتي اشترت اليها في المقدمة فقد تمحضت جملة من الاستنتاجات وتبلورت جملة من التوصيات الخصها فيما يأتي:-

اولاً: الاستنتاجات

- ١- لم يضع المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ تعريفاً للتعهد بنقل ملكية العقار.
- ٢- لم ينظم المشرع العراقي في القانون المدني والقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ موضوع التعهد بنقل ملكية العقار تنظيمياً شاملاً.
- ٣- أن التعهد بنقل الملكية وفق القراري مجلس القيادة الثورة المنحل يعتبر عقداً رضائياً ولكن انتقال الملكية يكون جبراً على المتعهد.
- ٤- يكون انتقال الملكية للمتعهد له وفق القرار مجلس القيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ بأثر رجعي من وقت تحقق شروط التمليك.
- ٥- ان القرار مجلس القيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ قد وضع الية لاحتساب التعويض المتمثل في الفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمته وقت النكول.
- ٦- ان المشرع العراقي قد راعي مصلحة المتعهد له الى حد ما في طلب تمليك العقار او حق التصرف فيه موضوع تعهد.

ثانياً: التوصيات

- ١- اختلفت محاكم الاستئناف على مختلف مناطقها الاستئنافية في وصف التعهد فمنها ما توصف التعهد بعبارة (العقد الخارجي) او (السند) (المحرر) او (الورقة الخارجية او العرفية) وغيرها من المصطلحات ومن المفضل ان توحد جميع محاكم الاستئناف الوصف للتعهد بعبارة (التعهد) وهذا تطبيقاً دقيقاً لما ورد في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل.
- ٢- لا يخضع القرار الصادر من محكمة الاستئناف بصفقتها التمييزية لطريق الطعن عن طريق تصحيح القرار التمييزي. وان ذلك قد ولد تناقضاً في احكام محاكم الاستئناف بصفقتها التمييزية، حيث تصدر احكام مختلفة في قضايا متماثلة، وهذا يرجع الى ان القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل قد حصر قضايا التعهد.

بنقل ملكية عقار بمحاكم الاستئناف بصيغتها التمييزية للنظر فيها تمييزا وحجب الحق عن الاطراف الدعوى في الطعن بالقرار الصادر من محكمة الاستئناف عن طريق الطعن به بطريق تصحيح القرار التمييزي، بينما هذا الحق موجود في قضايا اقل اهمية من الدعاوى المشمولة بالقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل.

٣- وجعل الدعاوى المقامة على ضوء قراري مجلس القيادة الثورة المنحل المذكور اعلاه وقراراتها قابل للاستئناف امام محكمة الاستئناف بصفتها الاصلية ويكون قرارها الصادر قابلا للتمييز امام محكمة التمييز والقرار الصادر من محكمة التمييز قابلا للطعن به بطريق تصحيح القرار التمييزي وذلك دفعا للاجتهادات المتباينة وتحقيقا لاستقرار المعاملات، على ضوء ذلك مما يتطلب تعديل القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بهذا الاتجاه.

قائمة المصادر

• القرءآن الكريم

أولاً: الكتب القانونية

- ١- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٢- القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية، الجزء الاول، مكتبة القانون المقارن، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠٢٠.
- ٣- د. سعدي اسماعيل برزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، الطبعة الاولى، مطبعة وزارة زراعة، اربيل، ٢٠٠٧.
- ٤- القاضي شوان محي الدين، نظرية الاعذار المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت.
- ٥- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
- ٦- د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦.
- ٧- القاضي عباس زياد السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢.
- ٨- عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الاول، المكتبة القانونية، ٢٠٠٥.
- ٩- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٠- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١١- د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، بدون السنة الطبع.
- ١٢- د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، ١٩٨٠.
- ١٣- القاضي عدنان مايح بدر، النماذج العملية لدعاوي المحكمة البداء، بدون مكان طبع، ٢٠٢٢.
- ١٤- القاضي عدنان مايح بدر، حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨.
- ١٥- القاضي عدنان مايح بدر، دعاوي البداء واحكامها في القانون العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩.
- ١٦- د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول المرافعات المدنية، منشورات جامعة جيهان الاهلية/اربيل، ٢٠١٣.
- ١٧- د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١١.
- ١٨- القاضي عقيل طارق محمد، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠.

- ١٩- القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، الجزء الرابع ، مكتبة السهنوري، بيروت، ٢٠٢١.
- ٢٠- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءاً، الجزء الثاني، مكتبة صباح القانونية، بغداد، طبعة الاولى، ٢٠١٧.
- ٢١- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءاً، الجزء الرابع، مكتبة صباح القانونية، بغداد، طبعة الاولى، ٢٠١٩.
- ٢٢- القاضي كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية لقرارات قضاء محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية، مطبعة مناره، اربيل، ٢٠١٠.
- ٢٣- القاضي لفته هامل العجيلي، احكام دعاوي الاراضي الزراعية، مكتبة السهنوري، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠٢٠.
- ٢٤- القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، تطبيقات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، دار السهنوري، بيروت، ٢٠١٩.
- ٢٥- القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، الجزء الاول، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١٩.
- ٢٦- القاضي لفته هامل العجيلي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السهنوري، بيروت، ٢٠٢٠.
- ٢٧- د.محمد طه بشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، القسم الاول، مكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧.
- ٢٨- القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية، القسم المدني، مكتبة هولير، اربيل، ٢٠١٧.
- ٢٩- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٣٠- مصطفى مجيد، شرح قانون تسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، الجزء الاول، العاتك لصناعة المتاب، القاهرة، طبعة الثانية، ٢٠٠٨.
- ٣١- مكي ابراهيم لطفي، الشكلية المطلوبة والتعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية، بغداد، مطبعة الرشاد، ١٩٨٩.
- ٣٢- د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ثاراس لطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦.
- ٣٣- القاضي موفق البياتي، شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي، القسم الاول، مكتبة السهنوري، بيروت، ٢٠١٤.
- ٣٤- هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الخير، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٥.
- ٣٥- القاضي وائل ثابت الطائي، التعهد بنقل ملكية العقار، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠٢٣.

ثانياً: القوانين

- ١- قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
- ٣- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
- ٤- قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
- ٥- قانون الاصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠.
- ٦- قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦.
- ٧- قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١.
- ٨- قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١.
- ٩- قرار مجلس القيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧.
- ١٠- قرار مجلس القيادة الثورة المنحل رقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣.
- ١١- قرار مجلس القيادة الثورة المنحل رقم (٢٨٦) لسنة ١٩٨٧.
- ١٢- قرار مجلس الوطني لإقليم كردستان رقم (١٢) لسنة ٢٠٠١.
- ١٣- تعليمات وزارة العدل لحكومة إقليم كردستان رقم (١) لسنة ٢٠٠٢.