

محاضرات في

العقود المسماة

(البيع، الإيجار، المقاوله)

إعداد الدكتور

زياد طارق جاسم

أستاذ القانون الخاص

2023-2022

ثالثاً: نقل ملكية العقار

لكي ينعقد بيع العقار في القانون المدني صحيحاً وتنتقل به الملكية للمشتري يجب أن يسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري، لذا فلا ينعقد العقد الوارد على نقل ملكية عقار إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وهذا من نصت عليه المادة (508) م.ع، بالقول إن: " بيع العقار لا ينعقد إلا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"، كما يستخلص ذلك من نصوص المواد (1126 و 90 و 191 و 1103 و 1324) م.ع، والتي تشير بأن بيع العقار أو أي حق عيني عقاري من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بل لا بد من استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون فاستيفاء الشكل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ركن من أركان الانعقاد في العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية وبدونه تكون العقود باطلة بطلاناً مطلقاً.

وقد نظم قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 الاجراءات الشكلية الواجب اتباعها لنقل ملكية العقار ويكون ذلك من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

ولعل الحكمة من اشتراط التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، هو حماية الأغيار وضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها، إذ عن طريق هذا النظام يتم إعلان التصرفات التي ترد على العقارات فيتيسر لكل ذي مصلحة العلم بالملكية أو بأي حق عيني آخر وبما قد ريد عليها وبالأشخاص الذين تثبت لهم.

ويترتب على بطلان العقود الواردة على العقار قبل تسجيله، أن الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، كما لا يستطيع أحد الطرفين إجبار الآخر على إجراء التسجيل أو دفع الثمن.

متى تنتقل ملكية العقار المبيع في المزادات الجبرية؟

تنص المادة (89) م.ع، على أنه: " لا يتم العقد في المزادات إلا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو ياقفال المزايدة دون أن ترسو على احد، هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى" ومفاد هذا النص أنه: -

أ- إن العقد لا يتم بالمزايدة إلا برسو المزداد، فبالرسو يعتبر العقد تاماً.

ب- يسقط العطاء بعطاء أزيد منه ولو وقع باطلاً، أو ياقفال المزايدة دون أن ترسو على احد.

ج- يعتبر المشتري الذي سدد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالكا للعقار بانتهاء مدة 10 أيام الممنوحة للمدين...، المادة (102) من قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980.

فملكية المبيع تنتقل للمشتري بمجرد تسديد الرسوم والمصاريف ومرور المدة حتى قبل تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري.

وللتمييز بين آثار العقد الوارد على عقار لابد من التعرف على آثار العقد في مرحلة قبل التسجيل ومرحلة بعد التسجيل على النحو الآتي: -

مرحلة ما قبل التسجيل

• أولاً

مرحلة ما بعد التسجيل

• ثانياً

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل التسجيل

إن العقود الواردة على الحقوق العينية قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري تعد باطلة بطلاناً مطلقاً، فلا ترتب أي أثر، إلا أن هذا لا يمنع من ترتيب الآثار الآتية: -

* أحكام التعهد لنقل ملكية العقار في قانون الكتاب العدول وقرار مجلس قيادة الثورة (1198).

* أساس المسؤولية عن النكول عن تسجيل العقار؟

1- مرحلة ما قبل التسجيل

إن العقود الواردة على الحقوق العينية قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري تعد باطلة بطلاناً مطلقاً، فلا ترتب أي أثر، وقد يجأ البعض نتيجة لذلك لتوثيق التعهد بنقل ملكية العقار لدى الكاتب العدل، فهل يعد ذلك الفعل صحيح، وهنا لا بد من بيان مجموعة من الأمر منها:-

• ان قانون الكتاب العدول رقم (33) لسنة 1988 لا يجيز للكاتب العدل تنظيم أو توثيق التصرفات العقارية مباشرة أو غير مباشرة، لذا فأى توثيق من الكاتب العدل للتعهد الوارد على العقار يعد مخالفة صريحة لاختصاصات الكاتب العدل.

• ان المادة (1127) من القانون المدني العراقي نصت على ان التعهد بنقل ملكية العقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا اخل احد الطرفين بتعده سواء اشترط التعويض أم لا، وهذا النص يدل على اقتصار النص على التعويض دون التنفيذ العيني دون بيان لأساس احتساب التعويض عن الإخلال بالتعهد.

• إن قرار مجلس قيادة الثورة رقم (1198) لسنة 1982 بين كيفية احتساب مقدار التعويض عند النكول في التعهد بنقل ملكية العقار ويعد صدور القرار سداً للنقص في القانون المدني العراقي، حيث بين القرار إن التعويض يحسب على أساس الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمتها عند النكول دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. وقد اخذ القرار بالتنفيذ العيني في حالات مخصصة على سبيل الحصر في حال سكن المتعهد له في العقار أو احدث فيه ابيه ومنشآت اخرى دون معارضة تحريرية من المتعهد، فهذا يعد سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمتها المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور سلفاً.

• إن هذا الموقف الذي اختطه المشرع العراقي على ما يبدو سليماً ويهدف لحماية المتعهد له وتحقيقاً للعدالة، كما ان غرض النص على وجوب كون المعارضة تحريرية من المتعهد هو للحد من تعسفه أو ادعائه الكذب بحصول المعارضة، وهذا الموقف كان له صدى في الفقه العراقي فظهرت عدة نظريات بشأن اساس التعويض نوجزها بالاتي:-

* ما هو الأساس القانوني للتعويض عند نكول احد الطرفين عن تسجيل عقد العقار؟

الرأي الأول

يذهب رأي إلى أن أساس المسؤولية تقصيرية لا تعاقدية، أي مسؤولية من تعهد بنقل ملكية عقار ونكل عن تسجيل العقار

الرأي الثاني

يذهب رأي ثاني إلى أنه ليس من الصحيح وصف عقد بيع العقار غير المسجل عقد باطل ولا أثر، بل هو عقد صحيح ينتج اثره بين المتعاقدين (عقد غير مسمى)

الرأي الثالث

يذهب الرأي الثالث إلى أن العقد هو أساس التعويض وليس المسؤولية التقصيرية، وأن العقد الذي ينشئ المسؤولية ليس عقد البيع الباطل إنما هو التعهد السابق على البيع بنقل الملكية



❓ **يذهب الرأي الأول بأن الأساس هو المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية،** والتي تقوم على اساس العمل غير المشروع باعتباره احد مصادر الالتزام، أي إن مسؤولية من تعهد بنقل ملكية عقار ونكل عن تسجيل العقار، لأن المادة (1127) م.ع هي مسؤولية تقصيرية، يتقرر من خلالها لزوم التعويض سواء اشترط التعويض أم لم يشترط وذلك لأن بيع العقار لا يتم في التشريع العراقي إلا بالتسجيل في العقاري، فالعقد قبل التسجيل يعد معدوماً والمعدوم لا يصح التمسك به ولا ينتج أي أثر.



❓ **يذهب رأي ثاني إلى أنه ليس من الصحيح وصف عقد بيع العقار غير المسجل عقد باطل ولا أثر له،** فليس هناك ما يمنع من إنتاجه لبعض الآثار الشخصية بين المتعاقدين، إذ يمكن ان يتحول العقد لتصرف قانوني اخر متى تضمن عناصر ذلك التصرف، فيكون التصرف الاول قد انتج تصرفاً قانونياً عرضياً لا اصلياً، لا بوصفه واقعة قانونية بل عقد صحيح، لا كونه عقد بيع عقار بل عقد غير مسمى مقتضاه القيام بعمل هو الذهاب لتسجيل العقار في دائرة العقاري لأجل نقل الملكية، فعقد بيع العقار الباطل يمكن أن يتحول لعقد آخر صحيح. المادة (140) م.ع.



❓ **يذهب الرأي الثالث إلى أن العقد هو أساس التعويض والمسؤولية العقدية،** التي هي نتيجة الاخلال بالالتزام عقدي وأن العقد الذي ينشئ المسؤولية ليس عقد البيع الباطل إنما هو عقد ملزم هو التعهد السابق على البيع إذا خل به المدين التزم بالتعويض سواء اشترط ام لا كما بينت المادة (1127) من القانون المدني العراقي.



❓ **وهذا الرأي الأخير أخذت محكمة التمييز العراقية** إذ لا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي بعد مرور مدة طويلة على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري دون قيام احد الطرفين بتنفيذ التزامه. وتقدير المدة متروك للمحكمة تقدرها بحسب ظروف ووقائع كل قضية.

كما يترتب على النكول عن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري بعض الآثار والدعاوى هي:

أ- دعوى الاسترداد، يمكن لأحد الطرفين رفع هذه الدعوى لاسترداد ما سلم من مبيع أو ثمن، فللمشتري رغم البطلان إقامة دعوى استرداد الثمن على البائع مع المطالبة بالفوائد القانونية اعتباراً من تاريخ المطالبة القضائية حتى موعد تأديتها الفعلية، وله حبس المبيع حتى استيفاء الثمن، والمطالبة بالمصاريف التي صرفها على تعمیر المبيع وصيانتة ما لم يثبت انه صرفها بنية التبرع المادة (281) م.ع، للبائع دعوى استرداد المبيع كما له المطالبة بثماره ومنافعه التي استوفاهها المشتري طوال فترة حيازته للمبيع متى كان سيء النية، أما إذا كان المشتري حسن النية فيملكها المادة (1165-1166) م.ع.

ب- أجرة المثل، لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بأجرة المثل، إذا كان قد أباح له التصرف في المبيع، ورغم بطلان بيع العقار الخارجي، فانه يمكن أن يتحول لعقد إباحة إذا توافرت أركانه (140) م.ع، ومثل هذا العقد أيده محكمة التمييز.

ومجرد تسليم البائع العقار للمشتري خارج دائرة التسجيل العقاري يعتبر إباحة منه للمشتري بالتصرف ويمتنع عليه المطالبة بأجرة المثل.

* ما حكم بين المشتري للعقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري إلى آخر؟

* بإمكان البائع الأول مطالبة المشتري الثاني بأجرة المثل، ولا يسوغ للثاني التمسك بالإباحة بأن البائع له (المشتري الأول) قد أبيع له التصرف في العقار وانه تلقى هذا الحق منه، لأن الإباحة صفة في الشخص المباح له ولا تثبت لغيره ولا يحق لمن أبيع له نقلها أو تحويلها للغير.

* ليس لمن اشترى العقار خارج دائرة التسجيل العقاري الحق بالمطالبة بما صرفه على العقار حتى لو كان البائع الأول قد أباح للمشتري الأول حق التصرف لأن هذا الحق لا ينتقل للغير المواد (91 و805 و1126) م.ع.

* إباحة المنفعة في هذه البيوع تنقطع بإنذار المشتري بعدم التصرف بالعقار المبيع مع إيداع الثمن لدى الكاتب العدل لتسليمه للمشتري أو من وقت المطالبة القضائية.

* يلزم المشتري بدفع أجرة المثل للبائع إذا كان تصرفه بالعقار المبيع خارج دائرة العقاري بدون سند رسمي، أي يزعم ويدعي حق التصرف.

* ج- التعويض، يجيز القانون المدني المطالبة بالتعويض في حالة نكول احد الطرفين وإخلاله بتعهدده بالتقرير في دائرة العقاري المادة (1127) م. عن والتي تنص على أن: " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، اذا اخل احد الطرفين بتعهدده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط "

* الفرق بين التشريع العراقي والمصري من حيث الأثر المترتب على تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري

القانون المصري	القانون العراقي	ت
"في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري" المادة (934) مدني مصري.	(508) "بيع العقار لا ينعقد إلا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"	1
يعتبر العقود الواردة على الملكية العقارية منعقدة حتى قبل تسجيلها في دائرة الشهر العقاري، إلا أنه يعلق نقل الملكية أو الحق العيني على إجراءات الشهر العقاري	العقد الناقل للملكية العقارية لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري	2
العقود قبل تسجيلها في الشهر العقاري لا تكون مجردة من كل أثر بل يترتب عليها التزامات شخصية تقضي بوجود إتمام التسجيل رضاءً أو قضاءً، ويبقى للعقد جميع آثاره منها التنفيذ العيني ولو جبراً على البائع.	إن العقود قبل تسجيلها لا ترتب أي التزام ويقتصر أثرها على التعويض ولا يمكن إجبار البائع على التسجيل، ويجوز للمشتري إذا كان قد سكن الدار أن يطلب من المحكمة تسجيلها باسمه، قرار مجلس قيادة الثورة.	3

2- مرحلة ما بعد التسجيل

تعد التصرفات الواردة على العقار باطلة ما لم تسجل في دائرة العقاري، فإذا سجلت انعقدت وأنتجت آثارها على الوجه الصحيح، ونتوقف عند بعض الأمور بهذا الشأن منها:

- أ • الأثر الرجعي للتسجيل
- ب • التسجيل والصورية
- ج • إبطال سندات التسجيل العقاري

أ- هل للتسجيل أثر رجعي، الأصل في القانون العراقي أنه ليس للتسجيل أثر رجعي ما لم يسجل في دائرة العقاري، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير، فالتصرفات الواردة على عقار لا تنشأ أو تنتقل أو تتغير إلا من تاريخ التسجيل في دائرة العقاري، ويستثنى من ذلك قسمة المال الشائع، إذ يكون للتسجيل أثر رجعي، فالحصة تؤول للشريك من لحظة الشروع لا من تاريخ القسمة.

ب- التسجيل والصورية، إذا سجلت التصرفات الواردة على عقار فهل يجوز الطعن فيها بالصورية؟

تنص المادة (149) م.ع، صراحة على (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو)، فالمشرع يمنع هنا سماع دعوى الصورية بشأن التصرفات الواردة على العقار بعد تسجيلها في دائرة العقاري، فلو ادعى شخص بأن سجل داراً باسم شخص آخر بيعاً كان صورياً والحقيقة إنه أعطى الدار هبة، وبما أنه رجع عن هبته ويطلب بإبطال التسجيل وإعادة الدار باسمه وأبرز ورقة الضد (الورقة المستترّة) التي تؤيد دعواه، فلا تسمع دعواه بحجة أن تصرفه صوري، وله فقط حق شخصي تجاه المتعاقد معه، وهذا لا يمنع اتفاقهما على مراجعة دائرة التسجيل العقاري لتصحيح التصرف ما لم يخل ذلك بحقوق الغير.

* هل يسري هذا المنع على المتعاقدين والغير أم إنه قاصر على المتعاقدين فقط؟ هناك رأيين هما:-

الرأي الأول: يذهب إلى سريان المنع تجاه المتعاقدين والغير، لأن نص المادة (149) م.ع، جاءت مطلقة دون تمييز بين المتعاقدين والغير وإتاحة الطعن بالنسبة للغير يجعل التسجيل بالنسبة لهم واقعة مادية مما يتيح لهم إثبات الصورية ولو بالشهادة، وهو ما يخل بثبات التصرفات العقارية وعدم استقرارها.

الرأي الثاني: يذهب إلى سريان المنع تجاه الغير دون الغير، فالعدالة والقواعد العامة تقضي إعطاء غير المتعاقدين مكنة الطعن بالصورية ليمنع المتعاقدين من العبث بحقوقهم، وهذا الرأي هو الراجح، فيلزم الشفيع تبعاً لذلك واستناداً لنص المادة (1128) التي تنص بصراحة على أن الثمن الذي يجب أن يدفعه الشفيع هو الثمن الذي يدفعه المشتري، كما أن نص المادة (1140) تلزم صراحة الشفيع عند رفعه دعوى الشفعة إيداع نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع إلى صندوق المحكمة.

* ويبنى على ذلك أن لحق دائرة الضريبة أو دائرة التسجيل العقاري أن تثبت أن الثمن هو اقل من الثمن الحقيقي، وأنه ذكر لغرض التقليل من الضرائب ورسوم التسجيل، ويجوز للشفيع إثبات أن المبلغ أقل من الثمن المسجل في دائرة العقاري لغرض حرمانه من حق الشفعة.

ج- إبطال سندات التسجيل العقاري، إن سجلات دائرة العقاري الدائمة تعتبر حجة على الكافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير، ومجرد الطعن بالتزوير لا يؤثر على صحة هذه السندات ما لم يؤد إلى إبطالها بحكم صادر من القضاء يكتسب الدرجة القطعية.

وهناك بعض الحالات يمكن صورها في إبطال السند العقاري، هي على سبيل المثال: -

*** للموصي له بالعقار أن يقيم دعوى الاستحقاق على الورثة** بالاستناد للوصية واستصدار أمر قرار من المحكمة بإبطال السند الذي لدى الورثة وإصدار سند جديد باسمه.

*** للوارث الذي لم يدرج أسمة بالقسام الشرعي تصحيح القسام ودراج اسمه فيه مع الورثة الآخرين،** من ثم إقامة دعوى الاستحقاق بحصته استناداً إلى القسام الشرعي الجديد، وإبطال سند التسجيل الذي كان الورثة استحصوله وإصدار آخر جديد بأسمائهم جميعاً، ولا يمكن لأولئك الورثة رد هذه الدعوى بالتقادم، على أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بحقوق المشتري والمرتهن بحسن نية.

*** للشفيع إبطال سند المشتري وإصدار سند جديد باسم الشفيع في حال ثبوت حق الشفعة له.**

*** يجوز بنص قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 إبطال السند بقرار من الوزير** قبل اكتسابه الشكل النهائي، أما بعد اكتسابه الشكل النهائي، فلا يجوز إبطاله إلا بحكم قضائي حاز الدرجة القطعية.

*** يترتب على إبطال التسجيل العيني إبطال السند دون الحاجة للإثبات،** ويترتب على إبطال التسجيل العيني إبطال السند دون الحاجة إلى حكم قضائي بإبطاله.