

التعهد بنقل ملكية عقار

دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني

الأردني والمدني العراقي

رؤية جديدة(*)

القاضي / فؤاد صالح درادكة

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوع التعهد بنقل ملكية عقار، الذي دار حوله جدل فقهي واسع، ولكن الفقه على الرغم من ذلك يجمع على ضرورة تعويض المتضرر في حالة الإخلال بهذا التعهد.

كما تضاربت بشأنه أحكام القضاء؛ فمنها ما قضى بالتعويض للمتضرر، ومنها ما لم يقض بالتعويض استناداً إلى عدم توافر الشكل الذي يتطلبه القانون في التعهد باعتباره تصرفاً قانونياً.

ونتيجة هذا الاختلاف رأينا من المناسب أن نعرض رؤية جديدة، نتناول فيها الأساس الذي نراه صالحاً لاعتبار التعهد بنقل ملكية عقار، عقداً صحيحاً وملزماً وغير مسمى، تأسيساً على مبدأ حسن النية المتطلب في المفاوضات وهي من المراحل السابقة للتعاقد، وعلى نظرية البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، حيث إن التعهد يتضمن شقين؛ شقاً متعلقاً بالحق الشخصي (التعويض) وهو صحيح، وشقاً آخر ناقلاً للحق العيني وهو باطل لعدم استيفائه الشكل المتطلب لقيامه.

(*) أجزى البحث بتاريخ ١٦/٥/٢٠٠٦م.

المقدمة:

من المعروف في القانون الحديث أنه بدأ يهجر قواعد الشكلية التي رسمها القانون الروماني^(١) آخذاً بمبدأ سلطان الإرادة في التصرف القانوني، هذا التصرف الذي يدين بكيانه للإرادة وحدها، باعتباره التعبير عن إرادة ترمي إلى إحداث أثر قانوني^(٢)، إزاء ذلك يتوجب علينا الاعتراف بأن للشكل وظيفة إقرارية فقط في التصرف القانوني لا تمس جوهره، أي ليس للشكل المطلوب للانعقاد وظيفة إنشائية، فإثبات الشكلية يقتصر على وظيفة مظهرية بحتة^(٣)، وهي الوظيفة المعتمدة للشكلية في التعهد بنقل ملكية عقار، مما يتطلب الفصل بين التصرف المنشئ للحق الشخصي والتصرف الناقل للحق العيني.

ومع ذلك نجد أن المشرع الأردني - سواء في القانون المدني الأردني أم في قانون تسوية الأراضي والمياه، أم في قانون التصرف بالأموال غير المنقولة - اتجه إلى إعطاء العقار أهمية كبيرة في التعامل، ولذلك حرص على أن تكون التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات شكلية، "لأن الإغفال عن هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون"^(٤)، على أن هناك بعض التصرفات لم يرد بشأنها نص صريح يقضي باعتبار الشكل متطلباً لقيامها، وهذا ما جعل أحكام القضاء متضاربة في شأنها، حيث ميزت بعض الأحكام بين التصرف المنشئ للحق الشخصي، واعتبرته صحيحاً وملزماً، في حين ذهبت أحكام أخرى إلى اعتبار الشكل ركناً لقيامها، لا ينشأ التصرف دونه، وكان آخرها قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الأردنية رقم ١٥٧٦/٢٠٠٣^(٥)

(١) د. محمود أبو عافية: التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٧، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) د. محمود أبو عافية: المرجع السابق، ص ٥٥.

(٣) د. محمود أبو عافية: المرجع السابق، ص ٥٩.

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين، عمان، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص ١١٤.

(٥) غير منشور في المجلات، منشور في برنامج عدالة للتشريعات القانونية والأحكام القضائية.

تاريخ ٣٠/١٠/٢٠٠٣، الذي رجعت فيه عن الاجتهادات السابقة حول التعهد بالفراغ للأموال غير المنقولة.

وقد ورد النص على التعهد بنقل ملكية عقار، في الفصل المتعلق بأسباب كسب الملكية من القانون المدني في المادة (١١٤٩)، المستقاة من نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي.

ومن الجدير بالذكر أن الفقه العربي تعرض لهذا الموضوع سواء في المؤلفات العامة أم في الأبحاث المتخصصة، ولم يتوصل فيه إلى رأي موحد سواء بخصوص التعهد ذاته أم بخصوص أساس التعويض المنصوص عليه في المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني، إلا أن الفقه مجمع على ضرورة تعويض المتضرر عن الإخلال بهذا التعهد.

وينبغي الإشارة إلى أن بعض التقنيات تفرّق بين العقد والاتفاق كالتقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني اللبناني، كما أبرزت بعض التقنيات صوراً خاصة للتعاقد أو للتراضي أو توافق الإرادتين أو لانعقاد العقد، ومن ضمنها الوعد بالتعاقد الذي يمهد للعقد النهائي. وقد توسع الفقه ولا سيما الفرنسي في التفرقة بين العقد والاتفاق لتصنيف أنواع التقاء الإرادات وتحديد في المراحل السابقة على التعاقد، وهذا قد يثير التساؤل: هل التعهد بنقل ملكية عقار اتفاق يمهد لإبرام عقد بيع العقار أو عقد تمهيدي لعقد بيع العقار المزمع إبرامه؟ وإذا كان اجتهاد محكمة التمييز الأردنية المشار إليه سابقاً قد ساوى بين التعهد والوعد، فهل هذه المساواة صحيحة؟ مع الأخذ بعين الاعتبار أن التعهد من "تعهد" والوعد من "وعد"، والمصطلح الأول أقوى من الثاني في الدلالة العرفية، وإن كان معناه اللغوي لا يعطي المعنى المستعمل في العرف والقانون، فهو يفيد معنى الالتزام، ذلك أن "تعهد" يعني "رعى"^(٦).

(٦) د. عبد المجيد الحكيم: الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، في العقد، القسم الأول، التراضي، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ٢٥٤.

ولهذا سنتعرض لموقف الفقه من هذا الموضوع، وكذلك اجتهادات القضاء حوله، ولا سيما بعد صدور قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الأردنية لما لهذا الاجتهاد من أهمية وأثر في التصرفات العقارية والاقتصاد العام، وهو ما دفعنا للكتابة في هذا الموضوع. وخلصنا بعد ذلك إلى أن التعهد بنقل ملكية عقار ما هو إلا تطبيق تشريعي لنظرية البطلان الجزئي في العقود والتصرفات القانونية.

وفي سبيل هذه الغاية أخذنا بالمنهج الوصفي والتحليلي المقارن بين القانونين الأردني والعراقي والقانون المقارن كلما استدعت الحاجة لذلك، منوهاً إلى أننا تعرضنا لنص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي قبل التعديل الذي أجاز في بعض الحالات التنفيذ العيني^(٧).

خطة البحث:

وانسجماً مع ما تقدم رأينا تقسيم البحث وفق الخطة التالية:

- المبحث الأول: التكيف القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار وأساس المسؤولية عن الإخلال به.

(٧) نتيجة ارتفاع قيمة العقار ارتفاعاً فاحشاً في العراق، ولكثرة حالات النكول عن تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل أصدر مجلس قيادة الثورة قراره رقم ١١٩٨ تاريخ ١٩٧٧/١١/٢ أضاف فقرات إلى المادة (١١٢٧) جاء فيه: (أولاً: أ - يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه على ألا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.....)

ب - إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيع للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول) منشور في الوقائع العراقية - العدد ٢٦٢١ تاريخ ١٩٧٧/١١/١٤، وتم تعديل هذا القرار بالقرار رقم ١٤٢٦ تاريخ ١٩٨٣/١٢/٢١ الذي يخص (حق التصرف والمغارة).

-
- المطلب الأول: موقف الفقه العراقي
 - المطلب الثاني: موقف الفقه الأردني.
 - المبحث الثاني: موقف القضاء العراقي والقضاء الأردني من التعهد بنقل ملكية عقار.
 - المطلب الأول: موقف القضاء العراقي.
 - المطلب الثاني: موقف القضاء الأردني.
 - المبحث الثالث: رأينا الخاص من التكييف القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار.
 - المطلب الأول: مبدأ حسن النية والتعهد بنقل ملكية عقار.
 - المطلب الثاني: البطلان الجزئي للعقد هو الأساس القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار.
 - الخاتمة: حيث أجملنا فيها النتائج التي توصلنا إليها.

المبحث الأول

التكييف القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار

وأساس المسؤولية عن الإخلال به

الأصل إذا فرض القانون شكلاً معيناً للتصرف، فإن ذلك يعني أن توافر هذا الشكل أصبح شرطاً لوجود التصرف ذاته. وهذا هو النهج الذي اتبعه المشرع العراقي والمشرع الأردني بشأن التصرفات العقارية، حيث نصت المادة (٩٠ م.ع) على أنه: "إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك". كما نصت المادة (٥٠٨ م.ع) على أن: "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون". ونصت المادة (١٢٦ م.ع) أيضاً على ما يلي: "١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار. ٢ - والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً". وأكدت هذا الأصل المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ في فقرتها الثالثة بقولها: "لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

في حين نصت المادة (٩٠ م.أ) على أنه: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"، كما نصت المادة (١٠٥/٢ م.أ) على ما يلي: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد"، وقضت المادة (١٦٨/١ م.أ) على أن: "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة" ونصت المادة (١٤٦ م.أ) على أنه: "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً لأحكام القانون". ونصت المادة (١٤٨) منه أيضاً على أنه: "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به".

وقد أكدت على ذلك المادة (١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ في فقرتها الثالثة إذ جاء فيها: "في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل..."، كما نصت المادة (٢) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٣ على أنه: "ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأموال والمسقفات والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي"، ونصت المادة (٣) من القانون ذاته على أنه: "يحظر على المحاكم الشرعية والنظامية وسائر دوائر الحكومة أن تسمع الدعوى أو تجري أية معاملة في الأموال غير المنقولة بما فيها الملك والأوقاف المضبوطة والملحقة التي أصدرت سندات تسجيل بأراضيها بمقتضى قانون أحكام قوانين تسوية الأراضي".

ويتضح من النصوص التي استعرضناها أن القانون العراقي يعلق انعقاد العقد ونقل الملكية في العقارات على التسجيل؛ أي أن عقد بيع العقار فيه عقد شكلي. أما القانون المدني الأردني فالأصل فيه رضائية العقود، إلا إذا اشترط القانون شكلية معينة لانعقاد عقد ما فيجب مراعاة ذلك وإلا كان العقد باطلاً، فالوعد بالبيع العقاري مثلاً يجب تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي المختصة، لأن عقد بيع العقارات التي تمت فيها التسوية عقد شكلي يجب تسجيله وإلا وقع باطلاً وهو ما استقر عليه القضاء لدينا^(٨).

(٨) وفي هذا الصدد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليقاً على نص المادة (٩٠) "وقد أضاف المشرع إلى تعريف الفقهاء (مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) نزولاً على ما قد يقرره القانون في بعض العقود من اشتراط القبض أو اشتراط التسجيل لانعقاد العقد..."، وتضيف تعليقاً على المادة (١٦٨م.أ) "فإذا توافرت للعقد هذه العناصر... وأن يتحقق القبض أو الشكل إذا لزم هذا أو ناك لانعقاد فإن العقد يكون قد اجتمع له ركنه وشرايطه، أما إذا تخلف عنصر منها فإن العقد لا ينعقد ويكون باطلاً". ج١، مصدر سابق، ص ٩٧ و ١٧٢.

وانظر من اجتهادات محكمة التمييز الأردنية: القرار رقم ٨٦/٨٥٠ هيئة عامة، ص ١١٩٠ لسنة ١٩٨٧ المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، ج٦، ص ١٨٣. والقرار رقم ٩٣/١٢١٧ تاريخ ٩٣/٢/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، =

ولكن ماذا لو وقع تصرف ما من التصرفات على عقار خارج دائرة التسجيل المختصة، هل يعتد به؟ الأصل كما بينا سابقاً أن مثل هذا التصرف، يعتبر باطلاً، لكننا مع ذلك نجد المشرع قد أجاز للمتضرر المطالبة بالتعويض، وهذا ما قرره المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي، حيث جاء فيها أن: "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلزام بالتعويض، سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط". وهو ما قرره المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني بقولها: "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهدة سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أو لم يشترط" (٩).

= سنة ٤٣، لعام ١٩٩٥، العدان الثالث والرابع، ص ٦٩٨. وانظر في الفقه الأردني بهذا الخصوص د. عبد المجيد الحكيم: الكافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٥٤. ود. محمد الزعبي: العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، ٩٣، ص ١٣٨. ود. عدنان السرحان ود. نوري خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٠، ص ٩٤ و ٩٥.

ويرى البعض - وهو الرأي الذي نؤيده - أن نص المادة (٢/١٠٥) تتطلب لانعقاد العقد الموعود به شكلاً معيناً، فإن عقد الوعد بهذا العقد الشكلي لا ينعقد ما لم يفرغ في ذلك الشكل، وهو ما يمكن استنتاجه من مفهوم المخالفة لنص المادة (٢/١٠٥)، وإذا لم يراعَ الشكل فإن الأثر ينعطف على المعنى الذي تقضي به الفقرة الأولى بقولها: "لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية..."، كما أشارت إلى ذلك المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه. ويمكن أن ندعم هذا الرأي بما ورد في المذكرات الإيضاحية التي أشرنا إليها في بداية هذا الهامش. انظر د. ياسين محمد الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٣٠٢ وما بعدها.

(٩) وهو النص الذي أثبتته قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة في المادة (١٢٧٨).

ونلاحظ مما تقدم أن هذين النصين يثيران سؤالاً كبيراً حول كيفية التوفيق بينهما وبين النصوص المتقدم ذكرها والتي تجعل من عقد بيع العقار شكلياً؛ أي لا ينعقد إلا بالتسجيل أمام دائرة تسجيل الأراضي المختصة، وكيف واجه الفقه والقضاء هذه المسألة.

للقوف على حقيقة هذا الخلاف نفرد المطلب الأول لموقف الفقه العراقي من تكييف التعهد وأساس المسؤولية فيه ونخصص الثاني لموقف الفقه الأردني من هذا الموضوع.

المطلب الأول موقف الفقه العراقي

انقسم الفقه العراقي وهو بصدد تكييف التعهد بنقل ملكية عقار إلى اتجاهات خمسة على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقد بيع العقار في القانون المدني العراقي عقد شكلي؛ إذ لا بد من استيفاء شرط التسجيل حتى يمكن الاحتجاج به، ومن ثم، فهو عقد باطل ما لم يستوف هذا الشرط، ويبطل ما في ضمنه من شروط مثل الشرط الجزائي. ويضيف أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام القضاء التي تقضي بمقدار الشرط الجزائي للمتضرر في مثل هذه التصرفات لا تستند إلى أساس قانوني سليم، فالشرط الجزائي التزام تبعي وبطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي الذي يتضمنه. وعليه، فإنه لا يجوز للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني القهري لإلزام خصمه بالتنفيذ، وإنما يقتصر حقه في المطالبة بالتعويض وفق أحكام المادة (١١٢٧) مدني عراقي.

وقد ذهب هذا الاتجاه إلى أن أساس التعويض في حالة النكول عن التعهد وفق أحكام المادة (١١٢٧) هو الفعل الضار؛ بمعنى أن مسؤولية من تعهد بنقل

ملكية عقار إذا نكل عن التسجيل هي مسؤولية تقصيرية لا تعاقدية، ولهذا قررت المادة السالفة الذكر أن التعويض لازم سواء اشترط في التعهد أم لم يشترط^(١٠).

وقد جدّد أحد أصحاب هذا الاتجاه رأيه بالقول: "إن التزام المتعهد الذي أخل بتعهده بنقل ملكية عقار (أو أي حق عيني آخر) بالتعويض أمر لا جدال فيه، ولكن السؤال الذي يثور هنا هو البحث عن أساس هذا التعويض؟ هل تقضي به المحكمة على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار التعهد باطلاً والنظر إليه على أنه (واقعة مادية) أدت إلى إلحاق الضرر بالغير؟... وقد كنا - ولا نزال - نذهب إلى أن الحكم بالشرط الجزائي هنا يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، فالقول بأن (التعهد) بنقل ملكية عقار يعتبر قبل تسجيله (عقداً غير مسمى) خروج صريح على نص القانون الذي يقرر صراحة (عدم انعقاد) العقد، فجزاء عدم تسجيل هذه العقود في التشريع العراقي هو (البطلان - أو عدم الانعقاد)، والقول بأن هذا التعهد يعتبر (عقداً غير مسمى) بقية من بقايا طغيان مبدأ سلطان الإرادة وكفايتها ومحاولة لإحياء فكرة (الخطأ عند تكوين العقد)، وهي فكرة لم تحظَ بالقبول لا من المشرع ولا من الفقه"^(١١).

في حين برر آخرون من أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بالقول: إن البيع الخارجي للعقار يعتبر بيعاً باطلاً؛ لأن النصوص المنظمة لمثل هذه التصرفات تدل على أن المشرع جعل التسجيل ركناً من أركان انعقاد العقد، فإذا لم يكن التصرف مسجلاً فلا مجال للحديث عن عقد، ومع ذلك أجاز المشرع في حالة نكل أحد الطرفين وإخلاله بتعهده أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض، وإن

(١٠) د. حسن الذنون: عقد البيع، بغداد، ١٩٥٣، ص (١٢٨-١٣٠)، وكذلك كتابه أحكام

الالتزام، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٥٢، ص (١٤-١٦).

(١١) د. حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، ١، الضرر، بغداد، شركة التايمس

للطباعة والنشر المساهمة، ١٩٩١، ص ٢٥٧.

أساس هذه المطالبة هي المسؤولية التقصيرية لا العقدية، فإذا كان الأصل باطلاً فإن كل ما يترتب عليه من التزام تبعية يبطل تبعاً للقاعدة المشهورة (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه)، ومن ثم، فإن الشرط الجزائي لا يكون معتبراً في هذه الحالة، وإن التعويض المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني إقرار من المشرع بالعمل به وفق أحكام المسؤولية التقصيرية^(١٢).

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد؛ إذ إن القول بإقامة التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يصطدم ويتعارض مع نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي التي سبق الإشارة إليها^(١٣)، بالإضافة إلى أن الأخذ بالاتجاه السابق يؤدي إلى عرقلة تداول العقارات بين الناس؛ ذلك أن بعض دواعي وضع نظام التسجيل كانت تهدف إلى حماية مصلحة المشتري، ومن ثم فإن القول بالمسؤولية التقصيرية أساساً لتعويض ما يلحقه من أضرار من جراء عدم قيام البائع بإجراء التسجيل، يضحى وبالأعلى على المشتري؛ لأنه كثيراً ما يحدث في الحياة العملية أنه لا يوجد لدى الأطراف الوقت الكافي أو أن يتيسر لهم أن

(١٢) الأستاذ شاكر ناصر حيدر: شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٥٩، ص ١٧٦ و ١٧٧ وكذلك كتابه الوجيز في الحقوق.....

..... العينية الأصلية، الجزء الأول، في حق الملكية، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٦٩، ص ١٢١ وما بعدها والهامش رقم (١). وكتابه الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بغداد، مطبعة أسعد، ١٩٧١، ص (٥٥-٥٧) ومن هذا الرأي أيضاً الأستاذ عبد الباقي البكري: شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، في أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، بغداد، مطبعة الزهراء، ١٩٧١، ص ٤٧ و ٤٨.

(١٣) د. عباس الصراف: شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة الأهالي، ١٩٥٦، ص ١٤٨ وبحته الموسوم بـ (بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي)، دراسة مقارنة، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية ١٩٧٦، ص ٣٩٣. ود. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، عقد البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، ص ٤٣٨ و ٤٣٩، هامش رقم (١).

يقوموا بالتسجيل الفوري المباشر لعقد بيع العقار، بل إن ذلك يكاد يكون ضرباً من ضروب المستحيل، فيضطر المشتري إلى أن يشترط على البائع شرطاً جزائياً، أو أن يدفع له عربوناً يضمن بموجبه قيام الطرف الآخر بالذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لنقل الملكية إليه، فعدم الاعتداد بمثل تلك الشروط يهدر مصلحة المشتري^(١٤).

على أن هذا الاتجاه، قريب من اتجاه جانب من الفقه الفرنسي الذي يفرّق بين الاتفاق المبدئي الممهّد لإبرام العقد النهائي والعقد الممهّد لإبرام مثل هذا العقد، وإذا كانت بعض التقنيات المدنية تميّز بين هذين النوعين من الاتفاقات التمهيدية لإبرام العقود فإنها تستند في ذلك إلى أمرين^(١٥):

الأول: نية الأطراف؛ حيث تتجه هذه النية إلى إبرام عقد تمهيدي تارة، وتارة أخرى تتجه إلى الاتفاق، بشكل مبدئي، على التفاوض تمهيداً للتعاقد، دون أن يكون لدى أي من هذه الأطراف نية التعاقد حالياً.

الثاني: يرتبط بالمسؤولية التي تترتب على عدم الاحترام أو عدم الالتزام بما تم التوصل إليه. فبحسب المرحلة التي توصل إليها الأطراف قد نكون أمام مسؤولية تقصيرية، وقد نكون أمام مسؤولية عقدية.

فالاتفاق المبدئي (L'accord de principe) ينشئ التزاماً عقدياً للتفاوض بحسن نية حول الأسس المتفق عليها^(١٦)، أو هو تعهد عقدي بتقديم إيجاب أو

(١٤) د. عباس الصراف: شرح عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص ١٤٨ وبحثه السابق الإشارة إليه ص ٩٤٠.

(١٥) د. جمال فاخر النكاس: العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقود والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، مارس، ١٩٩٦، ص ١٣٧.

(١٦) جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٣٥٧.

متابعة مفاوضات جارية من أجل الوصول إلى إبرام عقد، موضوعه غير محدد بعد إلا جزئياً، ولكنه غير كافٍ لتكوين العقد^(١٧).

ويقول كريستيان لاروميه في هذا الصدد^(١٨): إن العقد التمهيدي هو عقد مؤقت وسابق، غايته التهيئة لإبرام عقد نهائي، فالعقد التمهيدي يتضمن المواضيع التي اتفق الفريقان على أنها تشكل موضوعه، ولكنه لا يتضمن بنود العقد النهائي الذي وضع العقد التمهيدي تهيئة لها. فهو يميز بين عدة عقود تمهيدية، منها العقد المنظم للمفاوضات (Contrat de negociation)، وعقد التخصيص (Stipulation drune exclusivite)، وعقد الأفضلية (Pacte de preference). ويشير أيضاً إلى عقد الاتفاق المبدئي الذي ينظم مبدأ العقد المحتمل إبرامه (Contrats d'accord de principe) الذي يلزم التفاوض أو إمكانية إعادة التفاوض عندما يحلّ أجل انتهاء العقد السابق، فالاتفاق على بعض البنود التعاقدية يوجب على الفريقين التقدم بالمفاوضات للوصول إلى الاتفاق النهائي؛ ففي هذه الحالة يرتب الإخلال بالتزام التفاوض مسؤولية عقدية. ولكن الاتفاق المبدئي لا يلزم التعاقد النهائي إذا كان مقصوراً على التزام التفاوض فقط تبعاً لمبدأ حرية التعاقد.

I. Najjar: L'accord de principe- Dalloz - 1991 - XII- P. 57 et J. M. Mousseron: (١٧) La duree dans la formation des contrats. Melanges Jauffret- P. 510. ets.

Christian Larroumet: Droit civil - Tome: III - Economica - 1990 - P: 246 et.s. (١٨) le contrat preparatoire n'en serait plus un dans le cas ou tous les elements du contrat definitif auraient fait l'objet de l'accord des parties qui auraient soumis son existence a la realisation d'une condition.

En rasion de la retroactivite du principe de la condition, Le contrat serait cense conclu a la date de l'accord initial et non pas a celle de la realisation de la condition.

Contrat serait cense conclu a la date de l'accord initial et non pass a cell de la realisation de la condition.

Cependant, un contrat don't l'existence depend d'une condition n'est pas un avant-contrat, il s'agit du contrat definitif lui-meme don't l'existence est suspendue jusqu'a la realisation de l'evenement qui fait l'objet de la condition.....”

وفيما عدا ذلك فإن الإخلال بالاتفاق المبدئي أو التمهيدي لا يثير إلا المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) في جانب الطرف المخل، مع ما يرتبه ذلك من آثار في إثبات وجود الالتزام وعناصر هذه المسؤولية وفي مدى التعويض^(١٩).

ونحن نرى أن هناك مسائل ثلاثاً جديرة بالاهتمام، بالإضافة إلى ما ذكر:

الأولى: توضيحية تتعلق بالنقد الذي وُجه إلى الاتجاه الذي نحن بصده، والذي مفاده أن القول بإقامة التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يصطدم ويتعارض مع المادة (١١٢٧) من القانون المدني؛ ذلك أنه ورد في عجز نص المادة المذكورة عبارة: "... سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط"، مما يعني أن المشرع اعتد بإرادة أطراف التعهد، ومن المعلوم أن الرضا والتقاء إرادات أطراف التعاقد تكاد تكون الركن الأوحيد للعقد^(٢٠). وهذا الرضا لا يمكن إهماله بأي حال.

الثانية: إن أنصار هذا الاتجاه يرون أن أساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، وتبعاً لذلك فإن الدعوى المقامة للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية واجبة الرد لعدم انعقاد العقد أو لبطلانه، ويقتضي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد... ونرى في رأيهم هذا شيئاً

I. Najjar: op. cit - P. 57 ets.

(١٩)

(٢٠) من هذا الرأي

Colin et capitant: Cours elementaire de droit civil Francais - T.2:- Pairs - 1942-
No.: 80.

ود. أحمد أبوستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص ٧٠. ود. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ٢١. ود. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة: بدون، ١٩٩١، ص ٨٥.

من التناقض؛ فهم يقررون وجوب التعويض... ويقبلون رد دعوى المتضرر عن الإخلال بالتعهد الذي أسس دعواه على المسؤولية العقدية، مع أن تكييف الدعوى من صلاحيات محكمة الموضوع ما دام المتضرر بسط في ادعائه الوقائع والأسانيد القانونية لاقتضاء التعويض الذي يستحقه^(٢١)، فإذا كانت شروط قيام المسؤولية العقدية متوافرة في الدعوى - وهي أشد فيما نرى وأدق من شروط قيام المسؤولية عن الفعل الضار - فمن باب أولى الحكم للمتضرر بالتعويض على أساس الفعل الضار. وإن عدم الأخذ بهذا المنطق يؤدي إلى تناقض في الأحكام وحرمان المتضررين من حقوقهم مع ما يستتبع ذلك من آثار، ففي حالة الحصول على حكم برد الدعوى استناداً إلى بطلان العقد، فإن ذلك يقتضي عدم تمكين المتضرر نفسه من إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض تأسيساً على الفعل الضار، لأنه سيكون عرضة للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه^(٢٢).

(٢١) انظر بشكل موسع حول هذا الموضوع: د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٢ وكذلك د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١. ويشير إلى النظرية الحديثة التي تبناها المشرع الفرنسي بمرسوم ١٩٧١/٩/٩ ليكون جزءاً من قانون المرافعات الذي صدر بعد ذلك عام ١٩٧٥، حيث اعتبر أن أساس الادعاء هو مجموعة من الوقائع غير مكيفة قانوناً. انظر في ذلك الصفحات ٤٨-٥٦ و ٢٢٩-٢٤٢، المرجع السابق.

(٢٢) لقد فضلنا ذكر اصطلاح "حجية الشيء المحكوم فيه" على ما جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية في الأردن؛ حيث أسماها "القضية المقضية"، لشيوع هذا الاصطلاح في التشريعات العربية، وفي أغلب شروحات الفقهاء العرب من جهة، ومن جهة أخرى لأن اصطلاح "الحجية" يطلق على الأحكام الصادرة في الدعاوى على خلاف اصطلاح "القضية المقضية" الذي يثير لبساً وغموضاً لأنه لا ينصرف إلى الحكم فقط، بل إلى الدعوى برمتها. وأياً كان الأمر فإن مناط ذلك هو عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. لمزيد من التفاصيل حول ذلك في الفقه المصري: د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها ود. أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١- ص ١٢٩ وما بعدها.

الثالثة: أن أصحاب هذا الاتجاه يرون في التعهد بنقل ملكية عقار، على أنه بيع خارجي للعقار، مع أن هذا التصور غير صحيح، فالتعهد هو مرحلة سابقة على عقد بيع العقار، وهو عملية قانونية هدفها الوصول إلى عقد البيع.

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن التعويض المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني يمكن تأسيسه على مبدأ التنفيذ العيني المنصوص عليه في المادة (٢٤٦) مدني.

فذهب جانب من الفقه إلى القول: "... إن العقد الواقع على الحق العيني قبل التسجيل لا يعني عدم وجود العقد، أو انعدام أي أثر قانوني له، إذ إن المشرع إنما قصد بتوقيف انعقاد العقد على التسجيل أن يكون هذا الانتقال انتقالاً تلقائياً إلى الملتزم له، أما آثاره الأخرى قبل التسجيل، فإنما هي آثار كاملة تولد مسؤولية عقدية كسائر العقود الواردة على الحقوق الشخصية. وذلك ما نص عليه القانون المدني في المادة (١/٢٤٦): "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً". والمادة (٢٥٣): "إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين

= وفي الفقه الأردني حول هذا الدفع: د. مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٤، ص ٢٧٦ وما بعدها. ود. عوض الزعبي: أصول المحاكمات المدنية: دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عمان، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٧٩٧ وما بعدها.

وللتوضيح يقصد "بحجية الشيء المحكوم فيه" أو "حجية الأمر المقضي" أو "كون القضية مقضية"، أن الأحكام التي صدرت عن المحاكم تعتبر حجة بما فصلت فيه، إذ تعتبر هذه الأحكام مطابقة للحقيقة حتى ولو لم تكن كذلك من حيث الواقع، وهذا يعني أن لهذه الأحكام حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة لذات الحق محلاً وسبباً. وللمزيد من التفاصيل انظر د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦، ص ١٥٤ و ١٦٣ وما بعدها. ود. عبد الودود يحيى: دروس في قانون الإثبات، بدون دار نشر، الطبعة: بدون، ص ١٣٤ و ١٣٥.

عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية أن بقي ممتنعاً عن ذلك"، ومن هذا امتناع العاقد عن التسجيل. وزادت المادة (٢٥٤)^(٢٣) بإنارة الطريق للمحكمة ببيان المعيار الذي يقوم عليه تقدير التعويض، وذلك ما نص عليه أيضاً فيما يتعلق بالبيع بالمادة (٥٣٥)^(٢٤)(٢٥).

ويضيف صاحب هذا الرأي "... متى كان التنفيذ ممكناً وجب أن يقع عيناً، أي أداء الشيء نفسه الذي التزم به لا شيء آخر غيره، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً وجب أداء التعويض" وذلك ما نصت عليه المادة (١٦٨): "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه". وهذا الاحتياط للتنفيذ قد يكون العاقدان قياده مقدماً بشكل العربون أو بغيره (م ٩٢)^(٢٦)، وقد لا يكون مقدراً فتقدره المحكمة بسلطتها الواسعة (م ٢/٢٤٦)^(٢٧)(٢٨).

(٢٣) نصت المادة (٢٥٤) مدني عراقي على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

(٢٤) نصت المادة (٥٣٥) مدني عراقي على أن: "يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً".

(٢٥) الأستاذ حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الملكية وأسبابها، ١٩٥٣، ص ٢٦٥ و ٢٦٦.

(٢٦) نصت المادة (٩٢) مدني عراقي على ما يلي: "١ - يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢ - فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً".

(٢٧) تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٦) مدني عراقي، على أنه "إذا كان في التنفيذ العيني، إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

(٢٨) الأستاذ حامد مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٦٦.

وبصدد التعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) يقول إن: "الشارع أراد بهذا النص علاج النقص الذي قرره في المادة (١١٢٦)^(٢٩)، حيث جعل ملكية العقار متوقفة على انعقاد العقد، ثم جعل هذا الانعقاد متوقفاً على التسجيل، ولكنه مع هذا لم يتلاف جميع وجوه النقص؛ ذلك أن الأمر يتصور فيه أربعة وجوه: أولها - ورود العقد على الوعد بنقل الملكية، وثانيها - ورود العقد على العقار خالياً من التعهد بنقل الملكية دون أن يقع التسجيل، وثالثها - وروده مقروناً بالتعهد بنقلها، ورابعها - وروده على العقار مقترناً بمراعاة الشكلية التي قررها القانون، وقد عالج القانون الحالتين الأخيرتين ولكنه لم ينص على الحالة الأولى والثانية، إذ قد يقع العقد بين طرفين يثق أحدهما بالآخر، أو بين طرفين اقترنت نية أحدهما بالسوء، ثم لا يقع نقل الملكية وفق الشكل الذي أقره القانون، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يقال إن هناك تعهداً بنقل الملكية، لأن القانون جعل التعهد موضوعاً لهذا العقد، على حين أن موضوع العقد في هاتين الحالتين هو نقل ملكية العقار المبيع... أو الوعد بنقل ملكيته، وإن كان للمحكمة مع هذا أن تقضي باعتبار الوعد بنقل الملكية أو العقد عليه دون أن ينتج أثره بالتسجيل في حكم التعهد بنقل الملكية، وعند ذلك ينطبق على الحالة نص المادة (١١٢٧)"^(٣٠).

ويضيف "ويعتبر الإخلال بالتعهد واقعاً في جميع الأحوال التي لا توصل إلى نقل الملكية، وذلك ينطبق على حالة من يعقد على عقار مملوك له، ثم ينكل عن القيام بالشكليات المقررة في القانون لنقل ملكيته بأي سبب كان غير الأسباب القانونية التي تعفى من الالتزام، كما أنه يشمل حالة من يعقد على

(٢٩) تنص المادة (١١٢٦) مدني عراقي على أنه: "١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار. ٢ - والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً".

(٣٠) الأستاذ حامد مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٢٩ و ٢٣٠.

عقار غير مملوك له، وعند ذلك تنطبق المادة (١٥١)^(٣١)، أو المادة (١٣٥)^(٣٢)، حسب الأحوال^(٣٣).

ويخلص صاحب هذا الاتجاه إلى القول: "ولما كان ورود العقد على التعهد بنقل الملكية ليس مقصوداً بذاته، وإنما المقصود هو نقل الملكية نفسها، فقد احتاط المشرع للعائد الملتزم له بهذا النقل، فوضع له ضماناً بنص القانون حماية لحسن النية أو الجاهل، أو المخدوع، فجعل له حق المطالبة بالتعويض عما يكون أصابه من الضرر بسبب نكول العائد عن التزامه، أو يكون قد فقده من المنافع المحققة لولا هذا النكول أو العجز عن تنفيذ الالتزام، فإذا لم يكن قد اشترط هذا الحق ثقة واطمئناناً، أو جهلاً فقد كفاه القانون ما فات به بقوله (سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط). وهذا التعويض يتأثر في تقديره

(٣١) تنص المادة (١٥١) على أنه: "١ - إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به إذا كان في استطاعته من غير أن يضر بالدائن. ٢ - أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد".

(٣٢) تنص المادة (١٣٥) على ما يلي: "١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك. ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطلب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العائد الآخر. ٣ - وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العائد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العائد الآخر أداه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. ٤ - إذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمته أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر".

(٣٣) الأستاذ حامد مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٣٠، ومؤلفه: الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٤، ص ١٧٧.

والحكم به بالقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (١٦٨) وما بعدها، وللمحكمة في ذلك السلطة الواسعة^(٣٤).

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد أيضاً، لأن إعمال قاعدة التنفيذ العيني يستوجب عقداً صحيحاً وتاماً، فعقد بيع العقار الذي لم يسجل، هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً، وفي هذا الاتجاه مخالفة صريحة لنصوص القانون المدني ونصوص قانون التسجيل العقاري، وفيه إنشاء لعقد لا وجود له أصلاً وترتيب لآثار على العدم، والعدم لا ينتج إلا عدماً، ومن ثم فالتمسك بحكم القواعد العامة في التنفيذ العيني غير صحيح^(٣٥).

وإذا كنا نشاطر من انتقد صاحب الاتجاه السالف الذكر من حيث المبدأ، فإننا مع ذلك لا نسايره في نقده؛ ذلك أن صاحب الاتجاه لم يبين لنا كيف توصل إلى وصف التعهد بنقل ملكية عقار بالعقد حتى يرتب عليه بعد ذلك آثار التنفيذ العيني وفقاً لأحكام المادة (٢٤٦) مدني. كما أن النقد الذي وجه إلى هذا الرأي غير كاف أو غير مُفصّل حيث اعترض على اعتبار التعهد عقداً واعتبره عقداً باطلاً دون أن يبين وجه بطلانه، وسنعرض لهذه المسألة بشكل موسع لاحقاً.

الاتجاه الثالث: وهو الذي يعتبر التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني عقداً صحيحاً وملزماً وأن المسؤولية العقدية فيه تقوم على أساس من نظرية تحول العقد.

ويوضح بعض الفقه رأيه هذا بالقول: "إننا بحاجة متى أسندنا المسؤولية العقدية إلى نص المادة (١١٢٧) مباشرة ضرورة الالتزام بسياقه بحيث لا يسعنا أن نحكم في حالة الإخلال بالعقد بسوى التعويض عن الضرر الذي

(٣٤) الأستاذ حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، ج١، المرجع السابق، ص ٢٣٠ و ٢٣١ ومؤلفه: الملكية العقارية في العراق، المرجع السابق، ص ١٧٧ و ١٧٨.

(٣٥) د. سالم حماد الدحود: الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٣٨٥.

يصيب المتعاقد من جراء نكول المتعاقد الآخر ولا يمكننا الحكم على الناكل بغير ذلك مما يرد في العقد من جزاءات أو شروط، ولكن فلنسارع إلى صحة ما قررناه ولنر فيما إذا كانت شروط انطباق نظرية التحول متوافرة في حالتنا هذه أم لا، لنعرض أولاً لشروط هذه النظرية على سبيل التذكير، وجود عقد باطل ويجمع في أحشائه عناصر عقد صحيح، ثم انصراف إرادة الطرفين المحتملة إلى هذا العقد لو علما ببطلان العقد الأول هي جماع تلك الشروط، فهل هذه الشروط موجودة في عقد بيع العقار قبل التسجيل؟ لا شك أبداً بوجود الإجابة بالإيجاب، فعقد بيع العقار عقد باطل لعدم استيفائه ركن الشكل وهو يحتوي على عناصر عقد غير مسمى، محله القيام بعمل هو الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء التسجيل، واحتمال اتجاه إرادة الطرفين إليه وارد تماماً فلا شبهة في أن المتعاقدين إنما يريدان الأخذ بهذا العقد الأخير لأنهما علما ببطلان العقد الأول.... أما إذا جرى التساؤل عن طبيعة العلاقة بين نظرية تحول العقد المأخوذ بها في المادة (١٤٠)^(٣٦) من قانوننا المدني وبين المادة (١١٢٧) فنحن نرى أن النص الأخير عبارة عن تطبيق تشريعي من تطبيقات تلك النظرية"^(٣٧).

وتعرض هذا الاتجاه إلى النقد أيضاً، حيث علّق المرحوم السنهاوري على ذلك بما يلي: "القول بأن هذا التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني عراقي يتحول من عقد باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليماً، ولسنا هنا في

(٣٦) نصت المادة (١٤٠) على أنه "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر بأن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

(٣٧) د. عباس الصراف: بحثه بيع العقار قبل التسجيل، مرجع سابق، ص ٩٤٥ و ٩٤٦ ومؤلفه شرح عقدي البيع والإيجار، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها. ومن هذا الرأي د. صاحب الفتاوى: تحول العقد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص ١٨٦ حيث لا يرى مانعاً من تطبيق نظرية التحول وفق الأسس الجديدة ويحدث ذلك، باعتماد هذه النظرية بالاستناد إلى حكم القانون وليس بالاستناد إلى إرادة الطرفين المحتملة.

حاجة إلى التحول، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً وملزماً، وليس عقد بيع باطلاً يتحول بعد ذلك إلى عقد غير مسمى^(٣٨).

ويضيف جانب من الفقه بأن القول بنظرية التحول هو قول محل نظر لعدة أمور، أهمها "أن الأخذ بنظرية التحول يقتضي اشتغال العقد الباطل على عقد آخر صحيح مستوفٍ لكافة عناصر وأركان قيامه، أن تكون الإرادة المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى إبرامه لو تنبها إلى بطلان عقدهما الأصلي، وليس الإرادة الحقيقية لهما، لأن الإرادة الحقيقية قد انصرفت منذ البداية إلى العقد الباطل وليس إلى العقد الآخر، والمتأمل لحالة المتعاقدين بموجب عقد بيع عقار باطل لعدم تسجيله يتبين له أن المتعاقدين كانا على علم مسبق ببطلان هذا العقد، ومع ذلك فقد أقدما على إبرامه، وأن إرادتهما الحقيقية قد اتجهت إلى إبرامه مما يعني قصدهما المتعمد على مخالفة أحكام التسجيل وهي أحكام أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، ومن ثم فلا مجال للقول بأن إرادتهما المحتملة قد كانت ستتنصرف إلى العقد الآخر لو كانا على علم ببطلان عقدهما غير المسجل، ومن ثم ينتفي أحد شروط تطبيق نظرية التحول. كذلك فإن نظرية التحول تقتضي اشتغال العقد الباطل على عقد آخر صحيح مستوفٍ أركان قيامه كافة، أن يكون مرتباً للالتزامات متبادلة على المتعاقدين، يجوز إجبار المدين بها على تنفيذها عيناً حال الإخلال بها وفقاً لقواعد التنفيذ العيني، وهو ما لا وجود له في ظل البيوع العقارية غير المسجلة وغير المتضمنة لتعهد بنقل ملكية العقار، كونها غالباً ما تصاغ بصيغة البتات القطعي دون اشتغالها على أية تعهدات تنصرف آثارها للمستقبل حتى يمكن القول باشتغال مثل هذه العقود على أركان عقود جديدة أخرى صحيحة يجوز إخضاعها لقواعد التنفيذ العيني، بل حتى لو كانت متضمنة للالتزامات وتعهدات تنصرف آثارها للمستقبل فإنه لا يجوز أن تنصرف إرادتا المتعاقدين إلى إنشاء عقود أو التزامات يترتب على تنفيذها الالتفاف على نصوص أمرة كالنصوص المتعلقة بالتسجيل للتصرفات

(٣٨) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، ص ٤٣٩، تكملة الهامش رقم (١)، صفحة ٤٣٨.

العقارية، وهذا ما يجعل قياس عقد بيع العقار غير المسجل على الكمبيالة غير المستوفاة للشكل المتطلب قانوناً لتمامها، وتحولها إلى سند دين عادي، قياساً غير صحيح؛ لأن القول بتحول عقد بيع العقار غير المسجل إلى عقد آخر غير صحيح أياً كان مسماه، سيؤدي في النهاية إلى إمكانية انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري والاحتجاج بهذا الانتقال في مواجهة الغير إذا ما لجأ الطرف الآخر مطالباً الطرف الأول بتنفيذ عين ما التزم به هذا الطرف بموجب هذا العقد الجديد. الأمر الذي يمثل التفاقاً صريحاً حول نصوص التسجيل الآمرة والتي لا يجوز للأفراد الخروج عليها ومخالفتها وإلا كانت اتفاقاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً^(٣٩).

كما تساءل بعض الفقه: إذا كان يصح وصف الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري بأنه التزام، فهل هذا العقد لا ينشئ سوى هذا الالتزام؟ فالذهاب إلى دائرة التسجيل ليس التزاماً خاصاً ينشأ عن عقد خاص، وإنما هو أمر لا بد منه لإتمام التصرف نفسه^(٤٠).

الاتجاه الرابع: وهو الذي نادى به العلامة السنهوري، حيث يرى أن البيع خارج دائرة التسجيل وإن كان باطلاً فإن الاتفاق أو التعهد يعتبر صحيحاً وملزماً، وعقداً غير مسمى، فيقول: "إن التعهد السابق على البيع - وهو المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني عراقي - عقد غير مسمى، فهو ليس إن بن عقد بيع ولكنه عقد ملزم، إذا أخل به المدين التزم بالتعويض، وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية، لأن مصدره هو هذا التعهد على مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي - جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو بعدم استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين

(٣٩) د. سالم الدحود: المرجع السابق، ص ٣٩٢ و ٣٩٣، الهامش رقم (٤٨).

(٤٠) د. غني حسون طه: التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤، ص ١٢٦.

أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائي (م ١٧٠)^(٤١) مدني. وإذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائي فإن هذا لا يمنع القاضي من تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه طبقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد (م ١٦٩ مدني)^(٤٢)، ومصدر هذا التعويض الذي يقدره القاضي هو كمصدر الشرط الجزائي المسؤولية العقدية دائماً وليس المسؤولية التقصيرية، ونخلص من ذلك إلى القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار والمنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي هو المسؤولية التقصيرية ليس بالقول السليم، إذ المصدر هو المسؤولية العقدية^(٤٣).

وهذا هو الاتجاه الذي أخذ به غالبية الفقه العراقي، حيث اعتبروا أن أساس المسؤولية في نص المادة ١١٢٧ مدني هي المسؤولية العقدية، وليس الفعل الضار^(٤٤).

(٤١) نصت المادة (١٧٠) على أنه: "١ - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض، بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨. ٢ - ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة. ٣ - أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

(٤٢) تنص المادة (١/١٦٩) على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالمحكمة هي التي تقدره".

(٤٣) د. السنهوري: الوسيط، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٤٣٨ و ٤٣٩، الهامش رقم (١).

(٤٤) من هذا الرأي: د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، في أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة ١٩٧٧، ص ٤٥-٤٨. ود. غني حسون طه: عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٢٢ وما بعدها. ود. سعدون العامري: الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، في البيع والإيجار، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧٤، ص ١٠٧. ود. كمال ثروت الوندائي: شرح أحكام عقد البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٢ والأستاذ صبري خاطر: بحثه = تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بتعهد نقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية =

غير أن جانباً من الفقه اعترض على ذلك بالقول: "بأنه لم يأخذ حقائق التعامل الجاري عندنا في العراق بنظر الاعتبار، فلو كان المتعاقدون يلجأون إلى استعمال نفس صيغة التعهد بأن يقرر طرفا العقد مثلاً بأن يلتزم أحدهما الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لنقل ملكية العقار مقابل التزام الطرف الآخر الذهاب معه إلى هناك ولدى اتمام نقل الملكية يدفع الطرف الثاني للطرف الأول الثمن المتفق عليه، وعند إخلال أحدهما بالتزامه يكون مسؤولاً عن أداء التعويض للطرف الآخر لكان رأي المرحوم السنهوري صحيحاً لا نزاع فيه، غير أن ما هو واقع في أكثر من تسعين بالمائة - في الأقل - من الحالات أن يتفق الطرفان المتعاقدان على إبرام عقد لبيع عقار حقيقي يقول فيه الطرف الأول بعت لك أيها الطرف الثاني عقاري الكائن في محلة كذا شارع كذا في مدينة كذا بوصف كذا بالثمن الفلاني ويوافق الطرف الثاني على الشراء بأن يقول اشتريت ثم إنهما قد يتفقان في نفس العقد على شروط البيع التفصيلية من إقامة الشرط الجزائي عند الإخلال بالبيع ومن أداء العربون وما إلى ذلك، وغالباً ما يكون العقد الذي يبرم فيما بينهما مطبوعاً وجاهزاً، ولا شك في أن فعل المتعاقدين على هذا النحو يجعل من العقد الذي جرت صياغته على هذه الصورة عقداً باطلاً لا خلاف على بطلانه" (٤٥).

لا شك في أن رأي العلامة السنهوري محل تقدير كبير، فهو لم يهمل إرادتي الطرفين في التعهد، وما دام أن المشرع اقتصر على حق المتضرر بالتعويض فقط،

= والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد السادس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٧- ص ٣٨٨ وما بعدها، ويذهب الدكتور وحيد الدين سوار إلى القول: إن التعهد المقصود في المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي هو التعهد الذي يستهدف الوعد بـ "نقل الملكية" لا التعهد الذي يستهدف "بيع العقار" لأن هذا الأخير شكلي لا يقوم إلا بالتسجيل، ويعتبر هذا النص ضماناً وحماية للمشتري حسن النية الذي يجهل أن البيع لا ينعقد إلا بالتسجيل فيجعل له الحق بالتعويض سواء اشترطه في التعهد أم لم يشترطه، بحثه "آثار عقد البيع العقاري غير المسجل" بدون دار نشر، طبعة ١٩٩٨، ص ٦٨، الهامش رقم (٩٠).

(٤٥) د. عباس الصراف: بيع العقار قبل التسجيل، مرجع سابق، ص ٩٤٤.

فإن القول بأن أساس التعويض في المادة ١١٢٧ هو المسؤولية العقدية أقرب إلى الحقيقة، ولكن الثابت قانوناً وفقهاً وقضاءً أن كل عقد على هذه الشاكلة يكون قابلاً للتنفيذ العيني، فهل العقد الذي نحن بصدده عقد من نوع خاص؟ أم أنه تطبيق تشريعي لإحدى النظريات المعروفة في فقه القانون المدني؟ هذا فيما نعتقد ما جعل الدكتور الصراف يذهب إلى القول بنظرية تحول العقد. سنناقش هذه الأفكار عند الإدلاء برأينا الخاص في هذه المسألة لاحقاً.

الاتجاه الخامس: على أثر الخلافات الفقهية على النحو الذي أشرنا إليه، يبدو أن جانباً من الفقه^(٤٦) قد عدل عن موقفه وعاد إلى القول بأن التزام نقل الملكية لا يمكن أن يكون له معنى إلا في ظل القوانين القديمة، كالقانون الروماني، إذ كان البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية وفق الأوضاع والإجراءات المقررة لنقلها، والالتزام بنقل الملكية لا يمكن تصويره إلا في العقود التي ترد على الملكية، فالمتبع هذه العقود في القانون المدني العراقي لا يجد لالتزام نقل الملكية أثراً... وإن ما نصت عليه المادة (٢٤٧)^(٤٧) أمر يدعو إلى الدهشة، لأنه من غير المعقول أن ينقل الالتزام من تلقاء نفسه حقاً، وبمعنى آخر كيف يمكن أن ينتج الالتزام وهو أثر، ومن ثم توصل إلى أن التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) ليس بعقد، بل لو كان عقداً فإنه غير ناقل للملكية ولا منشئ لالتزام نقلها؛ لأن ذلك غير متصور إلا في العقود الناقلة للملكية، فما المقصود بالتعهد إذن؟ وتأسيساً عليه فإن ما يوصف بالتعهد بنقل ملكية عقار لا معنى له، وإن الالتزام الذي رتبته القانون في المادة (١١٢٧) من القانون المدني ليس سوى تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية الذي يجب أن يحكم تصرفات القانونية جميعاً، فمبدأ حسن النية في نطاق التعهد الوارد على عقار يقتضي القيام بجميع الأعمال اللازمة لإتمامه، ومنها الذهاب إلى الدائرة المختصة لتسجيل العقار باسم المتعهد له لكي يستوفي هذا التصرف أركانه وتترتب عليه آثاره، ومن بينها انتقال الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه.

(٤٦) د. غني حسون طه: التعهد بنقل ملكية عقار، مرجع سابق، ص ١٣٠ و ١٣١.

(٤٧) نصت المادة (٢٤٧) على أن: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

المطلب الثاني

موقف الفقه الأردني

ثار خلاف في الفقه الأردني أيضاً حول التكيف القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في المادة (١١٤٩) من القانون المدني وأساس التعويض الوارد فيها، باعتبار أن أصل هذا النص يعود إلى المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي، التي ثار حولها الخلاف الفقهي كما بينا سابقاً، فكان طبيعياً أن يكون الخلاف الفقهي الأردني انعكاساً للخلاف الفقهي العراقي. وعلى الرغم من أهمية البحث في هذه المسألة من الناحيتين العلمية والعملية نجد بعض الدراسات الفقهية التي تناولت بالدراسة القانون المدني جاءت خالية من التعرض لهذه المسألة^(٤٨)، ويُعزى ذلك - من وجهة نظرنا - لسببين:

(٤٨) من ذلك على سبيل المثال: د. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانوني المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى / ١٩٨٧، ص ٦٠ وما بعدها. ود. وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، ٢ - أسباب كسب الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ١٢٣ وما بعدها و ١٤٦ وما بعدها. ود. عبد القادر الفار: أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني الأردني)، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٥٣ وما بعدها، ود. أمجد محمد منصور: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٨٧؛ إذ اكتفى بالإشارة إلى ما أورده في الهامش رقم (٢). ود. سعيد عبد الكريم مبارك: موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى (١٩٩٥/١٩٩٦)، ص ١١١ وما بعدها، حيث اكتفى بعرض رأي الفقه العراقي حول الأساس القانوني للتعويض دون بيان رأيه في هذا الأمر. ود. علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ١٦١ حيث اكتفى بالقول في معرض تعليقه على نص المادة (١١٤٩) "ونستنتج من هذا النص أنه اعتبر التصرفات العقارية الناقلة للملكية، كالبيع مثلاً، تصرفاً شكلياً.... وهذا الاتفاق لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها نظراً لبطلانه كبيع.... ويقتصر حق الطرف الآخر على مطالبة الطرف الذي أخل بتعده بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عن هذا الإخلال".

- الأول: تجنباً من الكتاب والشرح لهذه المسألة الخلافية.

- الثاني: استقرار الاجتهاد القضائي الأردني فيها من خمسينيات القرن الماضي وحتى صدور الاجتهاد الأخير الذي قلب الأمور رأساً على عقب، الصادر في أواخر عام ٢٠٠٣.

ومهما يكن من أمر، فإننا نجد أن الفقه الأردني اتخذ إزاء المسألة محل البحث اتجاهات ثلاثة على التفصيل التالي:

الاتجاه الأول - أن التعهد بنقل ملكية العقار ليس بعقد باطل:

لقد نادى بهذا الاتجاه الأستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي باعتباره أول من تناول بالشرح القانون المدني الأردني، وتعليقاً على صورة التعهد بنقل ملكية عقار يقول: "كانت هذه المسألة محل خلاف في الاجتهاد القضائي الذي جرد هذا النوع من التعاقد من وصف البيع الصحيح وقصره على صورة (التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل)، وهل يترتب على نكوله إلزامه التعويض أم يعد هذا التعهد باطلاً من كل الوجوه فلا يترتب عليه أي أثر؟

لا ريب في أن الجواب عن هذا السؤال يقتضي تكييف مثل هذا التعهد الموصوف بكونه تعهداً بنقل ملكية عقار يتم بين طرفين خارج دائرة التسجيل، فإن هذا التصرف ليس بيعاً تاماً؛ لأن بيع العقار في أرض تمت تسويتها يقتضي التسجيل لنقل ملكيته سواء بين الطرفين أم بالنسبة للغير بالنظر لنص المادة (١١٤٨) من القانون المدني على ذلك صراحة بقولها: "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به". وكما أن التصرف المذكور ليس ببيع تام فإنه ليس بوعد بالبيع لأن الوعد بالبيع يشترط فيه وجوب التسجيل لتمامه بالنظر لنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: "إذا اشترط القانون لتمام العقد (الموعود) استيفاء شكل معين (كالتسجيل في

دائرة التسجيل العقاري) فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد^(٤٩).

ويضيف صاحب هذا الرأي: "وهكذا يتضح أن التعهد بنقل ملكية عقار ليس ببيع تام ناقل للملكية بذاته ولا هو بوعده صحيح بذلك لتوقف تمام هذا الوعد على التسجيل فلا يبقى سوى التساؤل عن الوصف الحقيقي لهذا التعهد وهل هو تصرف باطل من جميع الوجوه أم هو تعهد بالقيام بعمل قاصر أثره على الضمان عند النكول؟

هذا ما وضحته المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني بنفيها البطلان عن هذا التعهد من جهة وقصرها أثره على الضمان (التعويض عن الضرر)... وبناء عليه فإن قيام أحد الطرفين بالتقرير لدى دائرة التسجيل العقاري لا يمكن كسره بحكم قضائي يقضي بوجوب قيامه بذلك لأن أقصى ما يترتب على مثل هذا التعهد هو التزام الناقل بالتعويض الاتفاقي أو القضائي. ولكن الوضع يتغير حيث يباشر المتعهد بتنفيذ تعهده بالحضور أمام الموظف المختص وإقراره بالبيع أو بالشراء إذا ما أعقب ذلك نكول عن التصديق، لأن التعهد القديم يتقوى بالتقدم بطلب التسجيل إذ لا يجوز لطالبه بعد ذلك النكول عن التصديق على توقيعه لتعلق حق الطرف الثاني بالطلب وإمكان حلول حكم المحكمة محل قيامه بالتصديق تطبيقاً لنص المادة (٣٥٧)^(٥٠) وهذا شبيه بما قيل في الفقه الإسلامي بأن الوقف الذي لا يعد ملزماً للواقف في نظر أبي حنيفة يعد ملزماً له إذا صدر به حكم القاضي، نظراً لتقوي الوقف الرضائي بحكم القاضي^(٥١).

(٤٩) د. صلاح الدين الناهي: أحكام الالتزام (دراسة تحليلية موازنة)، الملحق (١٩)، تصدره نقابة المحامين النظاميين في الأردن، كانون الأول ١٩٨٥، ص ٥٣.

(٥٠) نصت المادة (٣٥٧) على أن: "يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ إذا كان موضوع الحق عملاً وسمحت بذلك طبيعته".

(٥١) د. صلاح الدين الناهي: البحث السابق، ص ٥٤.

وما دام صاحب هذا الرأي توصل إلى أن التعهد بنقل ملكية عقار ليس ببيع تام ولا وعداً بالبيع، ووصفه ليس بالعقد الباطل... ولا ندري لماذا لم يصفه بالعقد الصحيح ما دام أن أثره قاصر على التعويض في حالة النكول!! ويمكننا القول على الرغم من عدم تصريح الدكتور الناهي بذلك فإن التعهد في رأيه عقد صحيح.

الاتجاه الثاني - أن التعهد بنقل ملكية عقار هو اتفاق أو عقد صحيح:

ذهب جانب من الفقه في معرض تعليقه على حكم العربون المرافق للتعهد بنقل ملكية عقار بعد أن تناول نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني ونص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي - التي هي الأصل للمادة في القانون الأردني -، أن التعويض مقرر في القانونين، وتساءل عن الأساس الذي يقوم عليه وجوب التعويض في حالة إخلال أحد الطرفين بتعهده، أهو المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية؟ وفي معرض إجابته عن هذا التساؤل يقول: "إن الاتفاق الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري هو اتفاق أو عقد صحيح، محله القيام بإجراء التسجيل، وهذا يتفق مع مبدأ الرضائية في العقود" (٥٢).

ويضيف: "الأصل في القانون المدني الأردني أن العربون هو المقابل للعدول عن العقد وفي هذه الحالة تتقدم قواعد الرضائية على قواعد الشكلية، عندئذ إذا عدل من دفع العربون فعليه أن يتركه، وإن عدل من قبضه رده ومثله معه... فالاتفاق خارج دائرة التسجيل العقاري على نقل ملكية عقار أو على ترتيب رهن تأميني عليه هو اتفاق صحيح وعندئذ يمكننا أن نأخذ به ونطبق حكم العربون" (٥٣).

(٥٢) د. عبد المجيد الحكيم: الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، المجلد الأول في العقد، القسم الأول: التراضي، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٣ - ص ٢٧٠.

(٥٣) د. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص ٢٧١.

وأيد بعض الفقه هذا الاتجاه بالقول: "إن التعهد بنقل ملكية عقار أو التعهد بالفراغ كما تسميه محكمة التمييز الأردنية أحياناً عقد ملزم للجانبين... ويعد عقداً غير مسمى يخضع للقاعدة العامة في الرضائية ولا يحتاج إلى شكلية معينة، لعدم وجود نص يفرضها، والشكلية استثناء لا يأتي إلا بنص أو اتفاق. ومما يؤكد صحة التعهد دون تسجيل أن المادة (١١٤٩) قد رتبت على نكول أحد طرفي التعهد عن تنفيذه التزاماً بالتعويض سواء اشترط ذلك في التعهد أم لم يشترط، والتعويض أثر يترتب على العقد الصحيح لا الباطل" (٥٤).

وتأييداً لهذا الاتجاه مع خلاف في الجزئيات ذهب بعضهم إلى القول: "وإننا وإن كنا نتفق مع هؤلاء الشراح في رأيهم فيما يتعلق بأن العقد صحيح وأنه غير مسمى، إلا أن المحل فيه ليس الذهاب إلى الدائرة المختصة لتسجيل التعهد وإنما المحل فيه نقل الملكية والوفاء بما التزم به المتعهد. أما اعتبار أن التعويض هو جزاء الإخلال بالتعهد بنقل الملكية - وهو كما يدعي هؤلاء الشراح - يؤكد أن التعهد بنقل ملكية عقار عقد صحيح، لأن أثر الإخلال بالتعهد هو التعويض، ولو أن التعهد بنقل الملكية عقد باطل لما رتب أي أثر. هذا القول، لا نتفق فيه معهم، لأن العقد لو كان باطلاً، فإنه يترتب بعض الآثار العرضية التي تنشأ عنه، لا باعتباره واقعة قانونية وإنما باعتباره واقعة مادية. ولو كان باطلاً لعدّ من قبيل الفعل الضار ولما كان هناك من حاجة للنص عليه، إذ ستغني عنه القواعد العامة؛ ذلك أن التعويض سيقرب عليه وسيحكم به ولكن ليس استناداً إلى التعهد وإنما استناداً إلى القواعد العامة التي تقضي بأن البيع الخارجي يعد فعلاً ضاراً ويتم التعويض بناء على المسؤولية عن الفعل الضار" (٥٥).

(٥٤) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ٩٦.

(٥٥) د. ياسين محمد الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٣٤٤.

ومما يجدر ذكره أننا تعرضنا لهذا الموضوع إبان دراستنا للشرط الجزائي، ومن ضمن ما قلناه في هذا الصدد: "يقتضينا القول ابتداءً بأن ما تقضي به العدالة هو أن ينفذ كل متعاقد ما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر، ولما كانت التصرفات العقارية ما هي إلا تصرفات إرادية (رضائية) بالدرجة الأولى، فإنه ينبغي القول بأن الشكل الذي تطلبه القانون (وهو التسجيل) ما هو إلا إجراء تنظيمي، وعليه يمكن القول وبالأستناد إلى نص المادة (١١٤٩)... بأن يكون للاتفاق الخارجي - فيما يتعلق بالتصرفات العقارية - أثر ما.

مما تقدم يتضح لنا أن العقد الوارد على عقار - التعهد بنقل ملكية عقار - يتضمن عقدين:

- الأول: يتعلق بالالتزامات الشخصية^(٥٦) وهو صحيح محله القيام بعمل وهو الذهاب إلى دائرة التسجيل لتوقيع العقد.
- الثاني: يتعلق بالالتزامات العينية، وهذا لا ينعقد إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل.

ومن ثم، فإن امتناع أحد الطرفين عن الذهاب إلى دائرة التسجيل، يعتبر من قبله إخلالاً بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد صحيح، ويستتبع مسؤوليته مسؤولية عقدية عن هذا الإخلال، وهذا ما أشار إليه نص المادة (١١٤٩) بصراحة، إذ لا ينشأ عن العقد الخارجي من الآثار الشخصية سوى الالتزام بالتعويض^(٥٧). إن ما قصدناه فيما تقدم أن التعهد بنقل ملكية عقار يتضمن شقين: الأول - يتعلق بالحق الشخصي وهو صحيح وملزم، والثاني - يتعلق بالحق العيني؛ أي لا تنتقل بموجبه الملكية إلا بعد التسجيل. كما عرضنا لهذه المسألة في بحث حديث لنا توصلنا فيه إلى ترجيح الرأي الذي يذهب إلى

(٥٦) كتابنا: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، مطابع دار الشعب، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ١٠٨، حيث ورد في متن كتابنا المشار إليه "عقد خارجي صحيح محله القيام..." لذا اقتضي التنويه.

(٥٧) كتابنا السابق الإشارة إليه، ص ١٠٨.

اعتبار الاتفاق السابق المصاحب لعقد بيع العقار غير المسجل (الباطل) اتفاقاً صحيحاً وعقداً غير مسمى، على أساس من نظرية انتقاص العقد (المادة ١٦٩ / ١)^(٥٨)، فالعقد العيني من حيث انتقال الملكية عقد باطل، ولكن الاتفاق أو العقد السابق فهو صحيح، فيبطل التصرف في الشق الأول ويبقى صحيحاً تترتب عليه آثاره في الشق الثاني"^(٥٩). أي أن الحق العيني لا تنتقل بموجبه الملكية إلا بتسجيله في دائرة تسجيل الأراضي المختصة، وما دام هذا الأمر لم يتم فهو باطل في هذا الشق.

ومما يلاحظ على الاتجاه الثاني أنه وإن كان يأخذ بالمسؤولية العقدية أساساً للتعويض المنصوص عليه في المادة (١١٤٩)، فإن التوصل إلى هذه المسؤولية مختلف عليه بين أصحاب هذا الاتجاه، فمنهم من أشار إلى أن الاتفاق أو العقد السابق صحيح وملزم، ومنهم من قال: إن محل التعهد هو الذهاب إلى دائرة التسجيل المختصة، ومنهم من قال: إن المحل هو نقل الملكية والوفاء بما التزم به، ومهما يكن من أمر فإننا سنعرض لرأينا في هذا الموضوع بشكل موسع في حينه.

الاتجاه الثالث - أن التعهد بنقل ملكية عقار هو وعد بالبيع العقاري:

ذهب جانب من الفقه تأييداً لهذا الاتجاه إلى القول: (إنه على الرغم من أن نص المادة ١٠٥ من القانون المدني الأردني قد أجاز الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، وهذا الجواز ينطبق على الأموال المنقولة والعقارية لعموم النص، وإن المادة ذاتها قد نصت على أنه إذا كان القانون قد اشترط لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل

(٥٨) نصت المادة (١/١٦٩) على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي".

(٥٩) بحث العربون، دراسة مقارنة: مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثامنة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠٤، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٤٧٨.

يجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد، وإن هذا القيد يتعلق أساساً بالعقارات، ويمكن أن يمتد للمنقولات التي تحتاج إلى تسجيل لانتقال ملكيتها، وعلى الرغم من أن المادة ١٠٦ من القانون المدني قد نصت على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد". وإن نص هذه المادة يتعلق أساساً بالوعد بالبيع العقاري كما هو واضح من نصها، وإن كان يمتد لبعض المنقولات التي تحتاج إلى تسجيل لانتقال ملكيتها، إلا أن نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الواردة في موضوع العقد باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية تنص على أن: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط). وهذا التعهد لا يعدو أن يكون أكثر من وعد بالبيع من قبل البائع أو وعداً بالشراء من قبل المشتري، وإن هذا التعهد يمكن التراجع عنه في أية لحظة إلى ما قبل التسجيل، على أن هذا التراجع يرتب للطرف الآخر فقط الحق بالتعويض عن الإخلال بتنفيذ الوعد، دون أن يكون هناك حق بالتنفيذ العيني، أو أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ^(٦٠).

ونحن نرى أن هذا الرأي منتقد؛ ذلك أنه ساوى بين التعهد بنقل ملكية عقار والوعد ببيع عقار^(٦١)، مع أن لكل منهما وضعه القانوني الخاص، ولم نجد

(٦٠) د. محمد يوسف الزعبي: العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ١٣١.

(٦١) التعهد أصلها الثلاثي في اللغة (عهد)، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٣٤). (العهد) كل ما عوهد الله عليه، وكل ما بين العباد من المواثيق، فهو عهد. والعهد: الوصية، أو التقدم إلى المرء في شيء، والعهد: الذي يكتب للولاة، والعهد: الحفاظ ورعاية الحرمة. والعهد: الأمان، أو الإلقاء، وتعهد الشيء وتعاهده واعتده: تفقده وأحدث العهد به. وتعهدت ضيعتي وكل شيء، وهو أقصح من قولك تعاهدته، لأن التعاهد يكون بين اثنين.

= أما الوعد فأصلها الثلاثي في اللغة (وعد): وعده الأمر وبه عدة ووعداً وموعداً وموعدةً وموعوداً وموعودة، وهو من المصادر التي جاءت في مفعول ومفعولة كالمحلولوف والمرجوع والمصدوقة والمكذوبة: قال ابن جني: ومما جاء من المصادر مجموعاً مُعملاً قوله: مَوَاعِيدٌ عُزُوقٌ أَخَاهُ بِيثْرِبَ، والوعد من المصادر المجموعة... قال أبو معاذ: واعدت زيدا إذا وعدك ووعدته. ووعدت زيدا إذا كان الوعد منك خاصة. انظر ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم): لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤ - (عهد، ص ٣١١) و(وعد، ص ٤٦١).

وجاء في التعريفات أن (العهد): حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال هذا أصله، ثم استعمل في الموثق الذي يلزم مراعاته وهو المراد. انظر الجرجاني (الشريف علي بن محمد الجرجاني): كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨ - ص ١٥٩.

ويبدو من المناسب أن نشير إلى أن جانباً من الشراح علّق على نص المادة (١٢٧٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقوله "... إن ظاهر نص المادة ١٢٧٨ تجعل من عقد بيع العقار عقداً شكلياً، فنرى وفقاً لمنطوق النص أنه لا يترتب على تعهد البائع بنقل الملكية أي التزام عليه سوى الضمان، أي التعويض المالي دون حق المشتري في إقامة دعوى ضد البائع بصحة العقد الذي بينهما، وقد بينا أن عقد الوعد بالبيع عقد ملزم لجانيه، فإذا وعد البائع مشتريه بأن يبيعه العقار فإن هذا العقد ملزم متى قبل المشتري هذا الوعد وطالب بآثاقه بتنفيذه، ويستطيع أن يسجل هذا العقد بالوعد وتنقل له الملكية عن طريق المعاونة من البائع أو بتسجيل عقد الوعد بالبيع.

فإذاً، الوعد بالبيع هو عقد ملزم وترتب عليه آثاره وفقاً لقانون المعاملات المدنية، وأصل هذا النص يطابق نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني، والمادة بذلك تعلن أن نقل الملكية يتم بمجرد العقد.

ومن ثم، نرى حمل هذا النص إما على أنه استثناء بالنسبة للوعد من البائع بحيث إن جميع الوعد ملزم للتعاقد في جميع العروض وإن نص المادة ١٢٧٨ خاص حيث إن وعد المالك بنقل الملكية إلى مشتري لا يطمئن له إلا التعويض في حالة رفضه بعد أن وعد بنقل الملكية أو حملة على أنه ليس الوعد من المالك إنما يكون في حالة تعهد غير من الأغيار لطالب الشراء لعقار على وجه الخصوص فإن تعهد الغير يحمل المالك على بيع عقاره لا يجعل المتعهد سوى ضامن لعدم تحقق ما تعهد به ولا يمكن اعتبار بيع العقار قبل التسجيل وعداً، ولذلك جاء النص بصورة لفظ الوعد؛ ذلك لأن القول بذلك يناقض ما ذكرنا، فإن الوعد ملزم جميعه، ولكن نحمله على إحدى صورتين السابقتين، مع رأينا بأن المشرع هنا لم يوفق في الصياغة وإيراد هذا النص". د. جاسم الشامسي: عقد البيع، مرجع سابق، ص ٤٠٢ و ٤٠٣.

في كتب الفقه التي اطلعنا عليها من ساوى بينهما^(٦٢). فالمشرع الأردني نص على أحكام الوعد بالتعاقد في المادة ١٠٥ من القانون المدني في حين أفرد نصاً للتعهد بنقل ملكية عقار في المادة ١١٤٩ منه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد اشترط المشرع في الوعد ببيع عقار استيفاء الشكل اللازم للعقد المراد إبرامه، في حين لم يشترط المشرع ذلك للتعهد بنقل ملكية عقار، ومن جهة ثالثة فإن الوعد ببيع عقار كما يظهر من اسمه عقد تمهيدي يتعلق ببيع العقار أساساً، ويلتزم فيه الواعد فقط، أما التعهد بنقل الملكية لا يمكن تكييفه بأي حال على أنه بيع عقار، وإن كان تمهيداً لإبرام عقد البيع النهائي إلا أن المشرع اعتد به كتصرف قانوني ملزم للجانبين ورتب على الناكث التعويض.

والغريب في الأمر أن صاحب هذا الاتجاه أشار إلى قرارات محكمة التمييز الأردنية التي تؤيد وجهة نظره^(٦٣)، مع أن مفادها أن التعهد بذهاب المالك إلى دائرة التسجيل وتسجيل المبيع باسم المتعهد إليه عمل جائز قانوناً لأنه تعهد باتباع حكم القانون الذي يوجب إجراء التسجيل في دائرة التسجيل لكن هذا التعهد لا يلزمه إتمام البيع والتسجيل ونقل الملكية العقارية، وهذه الأحكام فيما نرى لا تساوي بين التعهد بنقل ملكية عقار كوضع قانوني مع الوعد بالبيع العقاري، ولكنها اقتصرت على الحكم للمتضرر بالتعويض، وهذا ما قصده فيما نعتقد.

وهذا الاتجاه قريب من موقف جانب من الفقه الفرنسي الذي يرى أن الاتفاق على بنود معينة في المفاوضات أو الاتفاق المبدئي يشكل عقداً تمهيدياً

(٦٢) د. علي نجيدة: النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى (١٩٩٣/١٩٩٤)، ص ١٤١؛ حيث ذكر تحت عنوان التعهد بالتعاقد ما يلي "التعهد بالتعاقد أو الوعد بالتعاقد كما يسميه بعض المشرعين" ونعتقد بأن ما ذكره بهذا الخصوص يتعلق بما يسمى بالوعد بالتعاقد في قانوننا المدني الأردني ولا ينصرف بأي حال إلى التعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في المادة (١١٤٩) التي تعتبر أصلاً للمادة (١٢٧٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي لم يتناولها بالتحليل.

(٦٣) د. محمد الزعبي: عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٣٢، الهامش رقم (١).

مكتمل العناصر وملزماً لأطرافه، وبعبارة أخرى فإن البنود التي تم الاتفاق عليها قد تكون قابلة للتنفيذ مباشرة بصورة مستقلة عن العقد النهائي، وسواء تم إبرام العقد أم لا. وإما أن يكون تنفيذ هذه البنود رهناً بإبرام العقد النهائي^(٦٤). فعقد محادثات بين طرفين يرغبان في إنشاء شركة بينهما توصلنا إلى الاتفاق كتابياً على موضوع الشركة ونوع التقدّمات وراتب المدير، إنما يشكل عقداً تمهيدياً ملزماً للطرفين، ولما كان محل الالتزام هو القيام بعمل، فإنه لا يمكن تنفيذه عيناً، ولا يحق للمتضرر إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به^(٦٥).

وينظر الفقه الفرنسي^(٦٦) إلى الوعد الملزم لجانب واحد المتعلق ببيع عقار إلى أنه العقد التمهيدي الأكثر استعمالاً بالبيع العقاري، فهو يلزم الواعد بصورة أساسية؛ لأنه تعهد ببيع العقار ويمنح المستفيد منه مهلة يقرر إذا ما كان يريد الشراء مقابل مبلغ يتعرض لخسارته بصفة تعويض تجميد عندما لا يقدم على اكتساب الملكية في النهاية.

وعقد الوعد بالصورة السابقة يجب أن يتضمن عناصر تكوين العقد النهائي من حيث تحديد الشيء والثمن وما إلى ذلك، ونص المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي يقضي بأن الوعد بالبيع يساوي بيعاً. ولا يعتبر مثل هذا الوعد صحيحاً

(٦٤) انظر - على سبيل المثال - للتفرقة بين البروتوكولات الاتفاقية ورسائل النوايا: I. Najjar: op. cit. P. 66 ets

(٦٥) Cass. Com. 7 mars 1989. JcP. 1989. 21316 Concl. Jeol. note Reinhard "Par application de l'article 1142 du code civil, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages - intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur".

(٦٦) جاك غستان: تكوين العقد، ص ٣٣٧ وما بعدها. وآلان بينابنت: القانون المدني، العقود الخاصة المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ٨٢ وما بعدها. وجيروم هوييه: العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ٤١٨ وما بعدها.

إذا تعلق بأموال أو بحقوق عقارية منذ قانون ١٣ كانون الأول ٢٠٠٠ إذا رافقها دفع مبالغ، إضافة إلى عقوبة جزائية^(٦٧).

ويرى جانب من الفقه^(٦٨) أنه يكفي توافر الشيء والتمن في الوعد؛ إذ لا يمكن فرض أي ضم أو تعديل على بنود عقد الوعد، فإذا حدث أن أحدهما جعل من شرط جديد عنصراً حاسماً لرضاه النهائي ورفض بدون ذلك أن يكرر البيع بموجب عقد موثق، فإنه يكون قد أخل بوعده ويتعرض للعقوبات المنصوص عليها في حالة عدم تنفيذ هذا الوعد: خسارة تعويض التجميد الملقى على عاتق المستفيد، أو التنفيذ الجبري وفقاً لمنطوق الوعد أو العطل والضرر على عاتق الواعد.

وفي ضوء ذلك فإن التعهد بنقل ملكية عقار - كما هو شائع في بلادنا - يتضمن تحديد العقار المزمع بيعه في العقد النهائي وثمانه أيضاً، أي أنه يتضمن عناصر تكوين العقد النهائي، ومن ثم فهو وفقاً لهذا المفهوم ليس أكثر من وعد بالعقد، ويتطلب الشكل الذي يتطلبه العقد النهائي، وسواء نظرنا للتعهد على أنه اتفاق مبدئي أو بروتوكول اتفاقي، فإن المسؤولية التي تثور بشأنه هي المسؤولية العقدية^(٦٩).

وإن موقف الفقه الفرنسي من هذه المسألة يتعلق بنص المادة (١٥٨٩) مدني فرنسي التي تساوي بين الوعد والبيع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص مشابه لنص المادة (١١٤٩م.أ)، ومن جهة ثالثة يمكن القول: إن رأيهم في هذا الصدد يرجع إلى القواعد العامة، أما في ظل وجود نص أمر رتب التعويض على الطرف المخل بتنفيذ تعهده دون أن يستلزم الشكل كما فعل في المادة (١٠٥م.أ)، فإن ذلك يعني اعترافاً من المشرع بهذا الاتفاق على أنه عقد التقت به إرادات أطرافه ولكنه قصر جزاؤه على التعويض، وهذا أثر من آثار العقد الصحيح.

Malaurie et Aynes: Les contrats speciaux - ed. 1991 - No. 130

(٦٧)

وآلان بينا بنت: المرجع السابق، ص ٨٤

(٦٨) جيروم هوييه: المرجع السابق، ص ٤٢٠.

I. Najjar: op. cit. P. 67.

(٦٩)

المبحث الثاني

موقف القضاء العراقي والقضاء الأردني من التعهد بنقل ملكية عقار

بعد ان استعرضنا موقف الفقه العراقي والفقه الأردني من التعهد بنقل ملكية عقار، وعلى الرغم من تشابه الموقفين إلى حد ما، فإننا نرى - واستجلاء للموقف - لابد من الإطالة على موقف القضاء من هذا الموضوع، لما للقضاء من دور بارز في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها على النزاعات التي تعرض أمامه، وتأسيساً عليه، نعرض إلى موقف القضاء العراقي في المطلب الأول، ونتناول موقف القضاء الأردني في المطلب الثاني.

المطلب الأول

موقف القضاء العراقي

لم نجد للقضاء العراقي ممثلاً في اجتهادات محكمة التمييز موقفاً ثابتاً مستقراً من مسألة تكييف التعهد بنقل ملكية عقار، فتارة يتبنى موقف الفقه وتارة أخرى لا يولي المسائل الموضوعية في النزاع المعروض الأهمية التي يتوجب عليه ذلك، فنراه متردداً في هذا الشأن^(٧٠).

(٧٠) انظر د. عباس الصراف: حيث يقول في هذا الصدد: "... لقد قضت طبيعة الأشياء على القاضي العراقي أن يتلمس الطريق إلى الحلول العملية التي يفرضها واقع المشاكل المنبثقة عن بيع عقار لم يسجل بعد في دائرة الشهر العقاري على مسرح المحاكم، ولكن القضاء عندنا كان يصدر في ذلك أكثر الأحيان لا عن أساس عميق من فهم نصوص القانون ولا عن تطبيق دقيق لأصول القواعد العامة فيه، ويصدق هذا بوجه خاص فيما يتعلق بالقانون المدني الجديد؛ ذلك أن قضاءنا يتناقض مع نفسه في كل جزئية من جزئيات القضايا والوقائع المتكررة". بحثه بيع العقار قبل التسجيل في القانوني العراقي، القسم الثالث، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٧، ص ٥. وكذلك مؤلفه شرح عقدي البيع والإيجار، مرجع سابق، ص ١٥٠.

ولبيان موقف القضاء العراقي من هذه المسألة بشيء من الإيضاح، يجدر بنا أن نعرض له في مرحلتين، الأولى قبل صدور القانوني المدني العراقي، والثانية بعد صدور هذا القانون على النحو التالي:

أولاً - موقف القضاء العراقي قبل صدور القانون المدني:

لقد كانت تحكم التصرفات العقارية في العراق قبل صدور القانون المدني قانون التصرف بالأموال غير المنقولة^(٧١)، حيث كانت تنص المادة الأولى منه على ما يلي "ينحصر إجراء المعاملات المختصة بالتصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة بدوائر الدفتر الخاقاني ويعطى المتصرفون سنداً خاقانياً ولا يجوز سماع الدعوى في المحاكم الشرعية والنظامية وإجراء أية معاملة كانت في دوائر الحكومة على الأراضي التي لم يكن فيها سند خاقاني. إن التصرف في الأموال غير المنقولة بلا سند ممنوع، وذلك في الأماكن التي يتم تحديدها وتسجيلها وفقاً للقانون، ويسري هذا الحكم على جميع الأملاك الصرفة والأوقاف".

واستناداً لهذا النص، اعتبر القضاء العراقي البيوع العقارية التي تتم خارج دائرة التسجيل العقاري (الطابو) باطلة، فقد قضى: "بأن البيوعات التي يعقدها الأطراف خارج دوائر الطابو للأموال غير المنقولة لا تفيد الحكم أصلاً ولا تحتاج إلى الفسخ لأن التسجيل في دائرة الطابو يعتبر ركناً لانعقادها"^(٧٢). وقد تواترت أحكام القضاء على هذا الحال، بحيث يعتبر التسجيل ركناً لانعقاد التصرفات العقارية^(٧٣).

(٧١) الصادر في جمادى الأولى ١٣٣١ هـ الموافق ١٩١٩ م.

(٧٢) القرار رقم ١٩٤٣/٢٠٤ تاريخ ١٩٤٤/٢/٢١، الأستاذ عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، بغداد، ١٩٥٧، ص ١٣٤.

(٧٣) القرار رقم ٩٤٥/٣٧٢ تاريخ ١٩٤٦/٦/٢٨، الأستاذ عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ص ١٢٢. وانظر القرارات التي أشار إليها الأستاذ شاكر ناصر حيدر: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، في حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩ ص ١١٧، الهامش رقم (١). وقد ذهب الأستاذ حامد مصطفى إلى القول: "... وظاهر من النص، نص المادة (٢) من قانون التصرف بالأموال المنقولة، أن المشرع قصد تمهيد =

ثانياً - موقف القضاء العراقي بعد صدور القانون المدني:

بعد استقراء موقف القضاء العراقي في هذه المرحلة، نجده اتخذ من تكييف التعهد بنقل ملكية العقار ثلاثة مواقف.

الموقف الأول - التعهد بنقل ملكية عقار عقد باطل:

لقد ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى اعتبار بيع العقار خارج دائرة التسجيل باطلاً وعديم الأثر^(٧٤). ولا يفيد الحكم أصلاً، ولا يجوز تنفيذه^(٧٥).

= الطريق لتطبيق قانون التحرير، وتسجيل جميع العقارات وإصدار سندات بها ليضمن بذلك استقرار المعاملات الواردة على عقارات الدولة والعقارات المملوكة. لهذا فهو قد حصر المعاملات بدوائر الطابو ومنع سماع الدعوى والتصرف إلا بالاستناد إلى السندات التي تعطيها هذه الدوائر لأصحاب الأملاك المحررة. وعلى هذا فالتصرف الممنوع هو تصرف ممن لا يحمل سنداً بما يتصرف أو بما يملك، أما من يحمل السند وهو قد حرر ملكه أو انتقل إليه من حرره فإن تصرفه لا يدخل في عموم المنع تطبيقاً لقوله (إن التصرف بالأموال غير المنقولة بلا سند ممنوع) " مؤلفه: الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦٤، ص ١٦٩. ويلاحظ على هذا الرأي أنه فرق بين الذي يحمل سنداً لمال غير منقول وأجاز له التصرف فيه ولو كان خارج دائرة الطابو، وبين من لا يحمل مثل هذا السند وشمله بالمنع فقط، ونرى أن هذا التقسيم لا محل له؛ ذلك أن العبرة بالتصرف في المال غير المنقول أن يكون في دائرة الطابو أو أمام الموظف المختص، وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز العراقية. انظر قرب ذلك الأستاذ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٧٤) القرار رقم ٢٥٣٩، حقوقية، ١٩٥٦ هيئة عامة تاريخ ١٩٥٧/٣/٧. وقد جاء فيه: "... إن إصرار المحكمة على حكمها المنقوض غير صحيح حيث إن البيع وقع على عقار خارج دائرة الطابو فهو عقد لا يفيد الحكم، ولكل من الطرفين الرجوع عنه منذ وقوع العقد". انظر الأستاذ سلمان بيات: القضاء المدني العراقي، ج٢، بغداد، ١٩٦٢، ص ٩.

(٧٥) القرار رقم ١٤٧/حقوقية غير منقول/ ١٩٦٨ تاريخ ١٩٦٨/٣/٢. وقد جاء فيه "...بيع العقار خارج الطابو لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً فلا يجوز تنفيذه" انظر الأستاذ إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، بغداد، ١٩٨٨، ص ١٨١.

كما اعتبرته في أحكام أخرى باطلاً لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده^(٧٦)، ومن ثم، لا يجبر البائع على نقل الملكية إلى المشتري كما لا يمكن إجباره على تسليم العقار للمشتري^(٧٧).

وتبعاً لذلك لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن^(٧٨)، بل من حق المشتري استرداد ما دفعه من الثمن^(٧٩)، كما قررت محكمة التمييز بطلان عقد البيع الخارجي ولو كان البائع وكيلاً دورياً للتسجيل^(٨٠)، ويترتب على بطلان

(٧٦) القرار رقم ٦٠٩/م/٤/١٩٧١ تاريخ ١٩٧١/٦/٢. ومن ضمن ما جاء فيه " ... بيع العقار خارج دائرة الطابو باطل ولا يعتد به لعدم استيفائه الشكل الذي عينه القانون " وانظر كذلك القرار رقم ٥٩/هيئة عامة/ ١٩٧١ تاريخ ١٩٧٢/١/٢٤. انظر هذين الحكمين لدى الأستاذ إبراهيم المشاهدي: المرجع السابق، ص ١٨٢ و ١٨٣.

(٧٧) القرار رقم ٢٥٠٢/حقوقية/١٩٥٦ حيث جاء فيه " ... وحيث إن البيع المذكور وقع على مال غير منقول فلا يجوز إلزام البائع بتنفيذه، ولهذا يكون الحكم المميز القاضي برد الدعوى موافقاً للقانون ". الأستاذ سلمان بيات: المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها. وانظر كذلك القرار رقم ١٦٦/هيئة عامة/١٩٧١ تاريخ ١٩٧١/١٠/٩. وقد جاء فيه " ... لا يترتب على بيع العقار خارج الطابو أية آثار قانونية؛ لأنه باطل بذاته (م ٥٠٨ مدني)، ويعتبر مثل هذا العقد تعهداً بنقل ملكية عقار يقتصر أثره على التزام التعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدده " الأستاذ إبراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(٧٨) القرار رقم ٩٦/م/٣/٩٧٢ تاريخ ١٩٧٢/٥/٢٤، حيث جاء فيه: " ليس لبائع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري أن يطالب ببقية الثمن لعدم انعقاد البيع المذكور قانوناً " الأستاذ إبراهيم المشاهدي: المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٧٩) القرار رقم ٩٩٧/م/٣/١٩٧٣ تاريخ ١٩٧٣/١٢/١٥، وقد جاء فيه " ... لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري حق استرداد ما دفعه من بدل بصرف النظر عن الناكل عن البيع من الطرفين ". وانظر القرار رقم ٥٣٦/م/٢/١٩٧٣ تاريخ ١٩٧٣/٢٥/١١/١٩٧٣ الأستاذ إبراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٨٠) القرار رقم ٦٦٣/م/٢/١٩٧٣ تاريخ ١٩٧٣/١٢/١٦ وقد جاء فيه: " ... إن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل ولو كان البائع وكيلاً دورياً للتسجيل ". الأستاذ إبراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

البيع إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد^(٨١)، ولا يحتاج مثل هذا البيع إلى دعوى لإبطاله^(٨٢).

يتضح من موقف القضاء العراقي، أنه كان يصف بيع العقار قبل التسجيل "بالعقد" إلا أنه لا يعترف بصحة هذا العقد وإن أي اتفاق يتعلق بالأموال غير المنقولة خارج دائرة التسجيل العقاري "الطابو" باطل ولا يترتب عليه أثر، أما الحكم بالتعويض المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني عراقي فيستند إلى المسؤولية التقصيرية، مادامت تُرفع للمطالبة به دعوى مستقلة وهو موقف الاتجاه الأول للفقهاء^(٨٣).

(٨١) القرار رقم ٣٢٩/م/١٩٧٥ تاريخ ١٧/٩/١٩٧٥، حيث جاء فيه " ... لذا فإن المشتري... لا يحق له سوى استرجاع المبلغ المدفوع من قبله... مع المبلغ الذي صرفه على البيانات والكشوفات لإعداد الأوراق لأجل التسجيل؛ لأن عقد بيع العقار لا ينقذ إلا إذا سجل في الدائرة المختصة وفقاً لأحكام المادة ٥٠٨ مدني، ويعتبر باطلاً ويعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد المادة ١٣٨/٢..... مدني... مجموعة الأحكام العدلية، قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل، العدد الثالث، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ٢٢.

(٨٢) القرار رقم ٩٣٠/م/١٩٧٧ تاريخ ٤/١٠/١٩٧٧ ومن ضمن ما جاء فيه: " ... وحيث إن بيع العقار لا ينقذ إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري، لذا يكون عقد البيع الذي تستند إليه الميزة في دعواها باطلاً لا يترتب عليه حكم، وعليه تكون دعوى الميزة قد أقيمت دون سند قانوني الأمر الذي يتعين معه ردها... لأن دعوى إبطال بيع العقار بسبب عدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.. لأنه باطل قانوناً ولا يستلزم إقامة الدعوى لإبطاله". مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل، العدد الرابع، السنة التاسعة ١٩٧٨، ص ١٣.

(٨٣) القرار رقم ٢٠١٧/حقوقية/١٩٦٤ تاريخ ٨/٤/١٩٦٥ وقد جاء فيه " ... المطالبة بالتعويض جزاء النكول عن تسجيل البيع تشكل دعوى مستقلة"، والقرار رقم ٥٩/هيئة عامة/١٩٧١ ومن ضمن ما جاء فيه " ... التعهد بنقل ملكية عقار والنكول عنه يقتصر على التعويض" والقرار رقم ٧٤٤/م/٢٠١٧ منقول ١٩٧٣ تاريخ ٢٨/٣/١٩٧٤ حيث ذهبت فيه محكمة التمييز إلى القول: " ... لا يعتبر العربون تعويضاً عن النكول إذ العربون لا يكون إلا في العقود الصحيحة وعقد البيع المذكور باطل لعدم تسجيله في الدائرة المختصة وللطرفين رفع دعوى مستقلة بالتعويض وفق أحكام المادة ١١٢٧ مدني". انظر هذه القرارات لدى الأستاذ إبراهيم المشاهدي، المرجع السابق، وعلى التوالي ص ١٨١ و ١٨٣ و ١٨٨.

والمتتبع لأحكام محكمة النقض الفرنسية يجد أنها تصرّ على أن الاتفاق المبدئي لا يمكن بأي حال أن يقوم مقام العقد^(٨٤). وفي قرار حديث نقضت الغرفة الاجتماعية بتاريخ ١٩/١٢/١٩٨٩ حكماً كان قد قرر أن الفريقين ارتبطا بالتزام بنتيجة، مع أن الشرط المنازع فيه في عقد المؤسسة لم يكن يحدد ضمن أي شروط معينة يتم بموجبها تخفيض مدة العمل الأسبوعية إلى خمس وثلاثين ساعة ولم يبين فيه آثار هذا التخفيض على مبلغ المكافآت مقابل العمل، ولم تكن تشكل سوى اتفاق مبدئي لإتمام الاتفاقية التي يزعم الفريقان إنشاءها بموجب عقد مفاوضة حول المدة الأسبوعية للعمل^(٨٥).

فالتعهد بنقل ملكية عقار وفقاً للمفهوم السابق هو اتفاق تمهيدي لإبرام عقد بيع العقار النهائي، وإذا لم تكتمل عناصره من حيث تحديد الأطراف وبيان العقار والثلث، فإننا نكون أمام اتفاق لا مجال لتنفيذه عيناً ولا يترتب على الطرف المخل إلا التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار).

الموقف الثاني - التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقد صحيح:

ذهبت محكمة التمييز في بعض أحكامها إلى اعتبار التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقداً صحيحاً، من ذلك قرار الهيئة العامة الذي جاء فيه: "... واضح من هذا العقد الخارجي أنه ولو انصب على بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري غير أنه اشتمل على التزامات أخرى يعتبرها القانون صحيحة وترتب آثارها القانونية، وهي التزامه بنقل ملكية دار سكناه إلى طالب التصحيح - المدعي - وإباحته له حق إشغالها والتصرف بها. وبما أن التزام

(٨٤) حكم الغرفة التجارية ١٩٨٠/٦/٩، مجلة قصر العدل، ١٩٨٠، ٢، الملخص، النشرة المدنية ١٧ رقم ٢٠٣ وحكم الغرفة المدنية الثالثة ١١/٢٧/١٩٨٤، النشرة المدنية - III رقم ٢٠٠، ص ١٥٤.

Daloz - 1991 - P.: 62 - note J. Schmidt - Szalewski

(٨٥)

المدين نقل ملكية الدار المتخذة مسكناً له إلى دائئه هو إسقاط من جانبه لحق التمسك بسكنى الدار هذا الحق المقرر بالفقرة ١٨ من المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات المدنية التي تستثني مسكن المدين من الحجز والبيع لاستيفاء الدين منه. كما أن إباحته لدائئه إشغال الدار والتصرف فيها هو الآخر تنازل عن حقه في سكنها. فلهذه الأسباب يكون طالب التصحيح المدعي - محقاً في طلب تصديق الحجز الاحتياطي الواقع على الدار ضماناً لاستيفاء الدين المدعى به من المطلوب التصحيح ضده - المدعى عليه - فكان على محكمة البداية أن تلاحظ هذه الجهة وتقرر تصديق الحجز المقرر عليها تطبيقاً للمادة ١٣٩ من القانون المدني باعتبار أن بيع الدار باطل والالتزام بنقل الملكية وإباحة الإشغال والتصرف صحيحان ليجيء قرارها متفقاً مع حكم المادة (١٥٠) منه، التي تستلزم تنفيذ الحق طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" (٨٦).

كما ذهب محكمة التمييز في بعض أحكامها إلى القول: " ... إذا نكل البائع عن تسجيل العقار المبيع في دائرة التسجيل العقاري فللمشتري أن يطالب بمبلغ العربون وبالتعويض الاتفاقي بعريضة واحدة لكونهما حقين شخصيين ناشئين من عقد واحد" (٨٧).

ويلحظ من هذه القرارات أن محكمة التمييز اتجهت إلى اعتبار التعهد بنقل ملكية عقار عقداً صحيحاً، ومن ثم تترتب عليه آثاره التي قصرها المشرع على التعويض فقط، لكنها مع ذلك لم تبين ماهية هذا العقد.

(٨٦) القرار رقم ٢٤١/هيئة عامة أولى/٩٧٢ تاريخ ٢١/٤/١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، نيسان، مايس، حزيران، ١٩٩٣، ص ٥١ ومنشور لدى الأستاذ إبراهيم المشاهدي: المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٨٧) القرار رقم ٧٧٦، ٨١١/٣م/٩٧٤ تاريخ ٣١/١٠/١٩٧٤، الأستاذ إبراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص ١٩٠.

الموقف الثالث – التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقد غير مسمى:

لقد اعتبرت محكمة التمييز العراقية في بعض أحكامها التعهد بنقل ملكية عقار عقداً غير مسمى حيث قضت " ... إن بيع العقار لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من وقت التسجيل في دائرة الطابو، إلا أن التعهد السابق على العقد المبرم بين الطرفين المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع، وهو ملزم للطرفين إذا أخل به أحدهما التزم التعويض (الشرط الجزائي)، وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية، فإذا اتفق الطرفان على مقداره جاز للمحكمة الحكم به، ولها أن تخفضه إذا أثبت أحد الطرفين أن تقديره كان فادحاً وفق المادة ١٧٠ مدني وذلك بعد التعرف على الناكل عن تنفيذ العقد... " (٨٨).

كما قضت محكمة التمييز في أحكام أخرى: " ... أنه وإن كان بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة الطابو (م ٥٠٨ مدني) إلا أن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع، ولكنه عقد ملزم للطرفين، فإذا أخل أحد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية، ولهذا فلا محل للقول إن العقد موضوع الدعوى باطل وإن كل ما يبنى على العقد الباطل باطل أيضاً... " (٨٩).

(٨٨) القرار رقم ٢٢٣٧/حقوقية/١٩٦٥ تاريخ ٢١/٦/١٩٦٥، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة ٢١، بغداد، ١٩٦٦، ص ١٢٣.

(٨٩) القرار رقم ٩٨٧/حقوقية/١٩٦٨ تاريخ ١٥/١٢/١٩٩٨، قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٢٢. وبالمعنى نفسه أيضاً القرار، رقم بلا تاريخ ١٥/٣/١٩٧٠، النشرة القضائية ١٩٧٠، العدد الأول، السنة الأولى، ص ٤٧ حيث قضت بأن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد... لأن العقد صحيح وإن لم تنتقل به ملكية العقار.

إن ما يمكن استخلاصه من الأحكام المشار إليها، أن القضاء العراقي اعتبر التعهد بنقل ملكية عقار عقداً غير مسمى وهو عقد صحيح وملزم لطرفيه وإن اقتصر أثره على التعويض دون نقل ملكية العقار في حالة الإخلال به من قبل أحد الطرفين، وهو النهج الذي اتخذه غالبية الفقه العراقي.

المطلب الثاني

موقف القضاء الأردني

من استقراء اجتهادات محكمة التمييز المتعاقبة، نجد أنها لم تتبن اجتهاداً ثابتاً حول تحديد التكيف القانوني للتسجيل في القانون الأردني، وقد انعكس ذلك بدوره على اجتهادها من مسألة التعهد بنقل ملكية عقار.

ولبيان موقف القضاء الأردني من هذه المسألة بشيء من التفصيل، نتعرض له بالدرس في مرحلتين: مرحلة ما قبل صدور القانون المدني، ومرحلة ما بعد صدور هذا القانون على النحو التالي:

أولاً – مرحلة ما قبل صدور القانون المدني:

لقد كانت مجلة الأحكام العدلية مطبقة في الأردن إلى ما قبل صدور القانون المدني، وكانت هي بمنزلة القانون المدني، وجاءت نصوصها خالية من تنظيم البيوع والتصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات، تاركة ذلك إلى القوانين الخاصة مثل قانون تسوية الأراضي والمياه وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة اللذين أشرنا إليهما في بدايات هذا البحث.

ولكن الغريب في الأمر، أن قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى رقم (٤٢) لسنة ١٩٥٢^(٩٠)، الذي يحتوي في العادة على قواعد وإجراءات شكلية

(٩٠) نشر هذا القانون في الصفحة ٢٨٨ من العدد ١١١٣ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٦/١٦.

تضمن بعض النصوص الموضوعية في المواد (١٧٤-١٧٩)^(٩١)، الأمر الذي ساعد على تباين في اجتهادات محكمة التمييز من تحديد التكيف القانوني للتسجيل.

(٩١) نصت المادة (١٧٤) على ما يلي:

١ - تنفذ أحكام جميع العقود والتعهدات بحق عاقيديها وتكون ملزمة لهم ما لم تكن ممنوعة بقانون أو نظام خاص أو مخلة بالأداب أو النظام العام، أو مخالفة للقواعد والأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل أهلية المتعاقدين، والقواعد والأحكام المتعلقة بالإرث والانتقال والتصرف بالأموال غير المنقولة وبالنقود الموقوفة والعقارات الموقوفة على أن الادعاء ببطلان العقد أو التعهد يكون مسموعاً إذا كان المعقود عليه غير ممكن الحصول عليه.

٢ - كل شيء يعد مالاً منقولاً يمكن أن يكون معقوداً عليه وكل ما كان تداوله متعارفاً من الأعيان والمنافع والحقوق هو في حكم المال المتقوم والعقود التي تعقد على ما سيوجد في المستقبل هي معتبرة أيضاً.

٣ - متى اتفق العاقدان على نقاط العقد الأساسية يعتبر العقد تاماً ولو بقيت النقاط الفرعية مسكوتاً عنها. وإذا لم يتفق الطرفان على النقاط الفرعية تعيينها المحكمة بحسب ماهية القضية وغاية العاقدين والعرف والعدالة.

المادة (١٧٥):

إن التضمينات التي يدعى بها على متعهد ما لعدم إجرائه أحكام عقد اتفق عليه لأجل عمل أو شيء أو تسليم أشياء معينة في محل معين أو بسبب تأخره عن إجراء أحكام ذلك العقد لا تلزم ذلك المتعهد ما لم يكن العاقد الآخر قد نبهه وأبلغه بواسطة الكاتب العدل إخطاراً (بورتستو) يدعوه فيه لأن يقوم بإجراء ما تعهد به.

المادة (١٧٦):

إذا كان العقد يحتوي على شرط مقتضاه أنه لا حاجة إلى الإخطار إذا انقضت المدة ولم يقم المتعهد بالشيء الذي تعهد به، يعمل بهذا الشرط ويعتبر انقضاء المدة بمنزلة الإخطار ولا يكون هناك ضرورة للإخطار في إلزام المتعهد بضرر العاقد الآخر.

المادة (١٧٧):

إذا لم يقم المتعهد بإجراء ما تعهد به ينظر:

١ - إن كان عدم قيامه ناشئاً عن سبب اضطراري لا يمكن أن يعزى إليه وليس في وسعه دفعه فلا يلزم بشيء من العطل والضرر.

=

إذا كانت محكمة التمييز قد قضت في أغلب أحكامها بأن البيوع العقارية التي تتم خارج دائرة التسجيل هي بيع غير صحيحة، وباطلة بطلاناً مطلقاً^(٩٢)، فإنها ميزت من جانب آخر بين البيوع التي لم تستوف جميع إجراءات تسجيلها واعتبرتها بيعاً غير صحيحة، وجعلتها في مرتبة البيوع

- = ٢ - إن كان ناشئاً عن حيلة ودسيسة منه فالتضمينات التي تلزمه هي الأضرار والخسارة اللاحقة بالعقد الآخر والربح الذي أضحى محروماً منه.
- ٣ - إذا لم يكن ناشئاً عن احتيال منه فالتضمينات هي المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلاً بالعقد الآخر.

المادة (١٧٨):

إذا كان من شروط العقد أن كلاً من العاقدين إذا لم يجر ما تعهد به يدفع للعقد الآخر مبلغاً على سبيل العطل والضرر يحكم بدفع ذلك المبلغ إلا إذا ادعى المتعهد المدعى عليه أن المبلغ المتفق عليه فاحش بالنسبة للأضرار التي لحقت بالفريق الآخر وعجز هذا الفريق عن إثبات تضرره بنسبة المبلغ المذكور، يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تخفض ذلك المبلغ إلى المقدار الذي تعتبره كافياً بصورة معقولة للتعويض على الآخر، إلا إذا كان المتعهد إليه إحدى الدوائر الحكومية فإن العطل والضرر المذكور في العقد لا يخضع للتخفيض المنصوص عليه في هذه المادة.

المادة (١٧٩):

إذا كان المتعهد به تأدية نقود في وقت معين وامتنع المدين عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع. فإذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط وإن لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى أو بالادعاء بالحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة.

ويشترط في ذلك ألا تتجاوز الفائدة التي يحكم بها في كل حال الحد القانوني.

(٩٢) انظر على سبيل المثال: تمييز حقوق ٦٦/٥٠٧ تاريخ ١٢/٢/١٩٦٧ ص ٣٢١ من مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٧، وتمييز حقوق ٦٧/١٩٩ تاريخ ٢٩/٦/١٩٦٧ ص ٩٣٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٧، وتمييز حقوق ٧٢/٢٢٨ تاريخ ٢٤/٨/١٩٧٢، ص ١٣٢٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٢، وتمييز حقوق ١٢٩/٧٣، ص ١٠٢٩ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٣، وتمييز حقوق رقم ٣٧٤/٧٥، ص ١٢٥٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦.

الخارجية^(٩٣)، وبين البيوع العقارية التي يوقع عليها ذوو الشأن أمام المأمور المختص وتسجيلها في السجل الرسمي، وجعلتها في مرتبة البيوع الصحيحة^(٩٤).

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الأردني من التكييف القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار فإننا نجد أن الاجتهاد مستقر وثابت حول الحكم للمتضرر - وهو غالباً المشتري - بالتعويض من جراء نكول الطرف الآخر - وهو غالباً البائع -، إلا أننا مع ذلك لا نجد له موقفاً ثابتاً من إسباغ وصف محدد على مثل هذا التعهد، فتارة يعتبر الاتفاق على بيع قطعة الأرض خارج دائرة التسجيل من العقود المرعية والمعتبرة وليس فيه ما يخالف القانون أو النظام العام^(٩٥)،

(٩٣) تمييز حقوق ٩٧٥/١٨٤ تاريخ ١٧/٥/٧٥ ص ٢٢٨ من مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٧٥، ومن ضمن ما جاء فيه " ... إن البائع... والمشتريين... حضرا إلى دائرة التسجيل ووقعا عقد الفراغ الرسمي بتاريخ ١٩٧٢/٧/٢٩، وإن رسوم التسجيل دفعت بتاريخ ١٩٧٢/٨/٢، وإن المبيع كان آنذاك من الأراضي الأميرية، ولهذا فإن عقد الفراغ يعتبر تاماً بذلك التاريخ، أما كون نقل العقد إلى السجل قد وقع بتاريخ ١٩٧٤/١١/٢٢، فإن ذلك لا يعني أن البيع تم بهذا التاريخ، إذ العبرة في هذا الشأن بتاريخ توقيع الطرفين على العقد الرسمي ودفع الرسوم كما هو واضح من قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين بتاريخ ١٩٧٣/٣/٢٩ رقم (٣٠) المنشور في العدد (٢٣٦٧) الجريدة الرسمية".

(٩٤) تمييز حقوق رقم ١٩٧٩/٢٧٠ تاريخ ١٦/١/١٩٨٠ ص ٣٠٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٠. ومن ضمن ما جاء فيه: "إن العبرة في ملكية الأموال غير المنقولة التي نشأت عن البيع ثبوت واقعة البيع وليس مجرد تقرير البيع من الطرفين أمام مأمور التسجيل، كما هو واضح من نظام تسجيل الأراضي رقم (١) لسنة ١٩٥٣، وما ورد في قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم (١) لسنة ١٩٧١".

(٩٥) تمييز حقوق ١٩٥٦/٨٢ ص ٥٤٤ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٥٦ ومن ضمن ما جاء فيه: "الاتفاق على بيع قطعة أرض بعقد خارج دائرة التسجيل هو من العقود المرعية والمعتبرة بين المتعاقدين لأنه من العقود غير الممنوعة في القوانين والأنظمة وغير المخلة بالآداب وغير المخالفة لأحكام الأحوال الشخصية ولقوانين التصرف بالأموال غير المنقولة". وبهذا المعنى تمييز حقوق ١٩٦٣/٢٠١ تاريخ ١٩٦٣/٨/٥ ص ٤١٤ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٣. وتمييز حقوق ١٩٦٣/٣٢٦ تاريخ ١٩٦٣/١١/٩ ص ٨٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٤.

وتارة أخرى يعتبر الاتفاق عقداً صحيحاً^(٩٦)، وتارة ثانية يعتبره عقداً تمهيدياً^(٩٧).

ومهما يكن من أمر فإن الثابت من اجتهادات محكمة التمييز الأردنية أثناء سريان قانون أصول المحاكمات الحقوقية القديم (الملغى) أنها اعتبرت التعهد بنقل ملكية عقار اتفاقاً صحيحاً وإن لم يكن قابلاً للتنفيذ العيني، ورتبت على الناقل دفع التعويض للمتضرر وفق أحكام المادة ١٧٥ من قانون الأصول الحقوقية. كما أقرت في اجتهاداتها مسؤولية بائع الأرض خارجياً بموجب وكالة دورية تأسيساً على أن التوكيل إجراء تحضيري لإتمام الفراغ^(٩٨).

(٩٦) تمييز حقوق ٩٦٦/٣٩٨ تاريخ ١١/٦/١٩٦٦ ص ١٣٠٩ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٦ ومن ضمن ما جاء فيه: "إذا تضمن العقد تعهداً بأن يقوم المدعى عليه المتعاقد بتقديم المياه الكافية لسقي الموز وبأن كل من يخل ببند العقد يكون مسؤولاً نحو الفريق الآخر بالخطر والضرر فيعتبر هذا العقد صحيحاً وليس فيه أية مخالفة للنظام العام ويتفق مع الفقرة ٢ من المادة ١٧٤ من الأصول الحقوقية".

(٩٧) تمييز حقوق ٩٧٥/٢٣١ تاريخ ٦/٢٤/١٩٧٥ ص ٥٤٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦ ومن ضمن ما جاء فيه: "ليس في القوانين المتعلقة بالأموال غير المنقولة ما يمنع من إجراء عقد تمهيدي يتعهد فيه البائع تقرير البيع أمام الدائرة الرسمية، وإن مثل هذا التعهد يعتبر جائزاً لأنه تعهد بتطبيق أحكام القانون الذي يوجب إجراء البيع لدى دائرة التسجيل، فإذا تخلف المتعهد عن القيام بتعده يكون مسؤولاً تجاه الطرف الآخر بالتعويض عليه بقيمة الضرر الذي لحقه من جراء هذا النكول عملاً بالمادة ١٧٥ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية".

(٩٨) تمييز حقوق ١٩٥٦/٨٢ ص ٥٤٤ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٥٦ ومن ضمن ما جاء فيه بهذا الخصوص: "إن مجرد قيام بائع الأرض (خارجياً) بتنظيم وكالة دورية تخول الوكيل إجراء الفراغ المشار إليه لا يخله من المسؤولية؛ إذ إن هذا التوكيل لا يخرج عن كونه إجراء تحضيرياً لإتمام ذلك الفراغ وهو لا يعد تنفيذاً تاماً لمقتضيات العقد" وبالمعنى ذاته تمييز حقوق ٦٤/٣٨٤ تاريخ ٥/٢٣/١٩٦٥، ص ٩٥٥ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٥.

ثانياً - مرحلة ما بعد صدور القانون المدني:

لم يتغير موقف القضاء الأردني مثلاً باجتهادات محكمة التمييز من قضائه ببطلان البيوع العقارية التي تجرى خارج دائرة تسجيل الأراضي بطلاناً مطلقاً ولم يرتب عليها أية آثار قانونية^(٩٩).

أما بالنسبة إلى التعهد بنقل ملكية عقار، وبعد أن استقر اجتهاد محكمة التمييز على أن الاتفاق الذي يتضمن تعهداً بنقل الملكية اتفاق صحيح وملزم في غالبية أحكامها، فعدلت عن هذا الاجتهاد في أواخر عام ٢٠٠٣ وتفصيل ذلك في موقفين على النحو التالي:

الموقف الأول - التعهد بنقل ملكية عقار اتفاق صحيح وملزم:

ذهبت محكمة التمييز في اجتهاداتها المتعاقبة وبعد نفاذ القانون المدني الأردني^(١٠٠) إلى النهج ذاته الذي سارت عليه في ظل قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى، معتبرة التعهد بنقل ملكية عقار اتفاقاً لا يخالف القانون، وقصرت أثره على التعويض في حالة استنكاف المتعهد بإجراء الفراغ إعمالاً لحكم المادة (١١٤٩) من القانون المدني^(١٠١).

(٩٩) تمييز حقوق ٨٦/٨٥٠ ص ١١٩٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ وتمييز حقوق ١٩٦٩/١٨٢٢ ص ١٥٨٩ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٠.

(١٠٠) قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ونشر في الصفحة (٢) من العدد ٢٦٤٥ من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ وبدأ تطبيقه بتاريخ ١٩٧٧/١/١.

(١٠١) تمييز حقوق ٩٨٤/٣٥٦ ص ١٢٧ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ومن ضمن ما جاء فيه: "لقد استقر القضاء، وحتى قبل صدور القانون المدني، بأن التعهد بفراغ مال غير منقول هو اتفاق لا يخالف القانون إلا أن أثره يقتصر على التعويض في حالة استنكاف المتعهد بإجراء الفراغ".

وتمييز حقوق ٨٢/١٦٦ ص ١٢٧٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٣ وتمييز حقوق ٢٦٤/٨٧ ص ٧٩٦ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨ وتمييز حقوق ٩٦/٤٤١ هيئة عامة ص ١٧٥٩ لسنة ١٩٩٦، ومن ضمن ما جاء فيه: "يقتصر أثر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض عن إخلال أحد طرفيه بتعهدده سواء أكان التعويض متفقاً عليه أم لا عملاً بالمادة ١١٤٩ من القانون المدني، وعليه فإن إخلال المميز ضده بالتزامه بالعمل على نقل ملكية العقار المتفق عليه للمميز يلزمه بالضمان". وتمييز حقوق ٩٧/١٥٩٠ ص ١٠٥٥ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٧ وتمييز حقوق ٩٩/٥٤٤، العدد التاسع من المجلة القضائية ص ٢٧٠ لسنة ١٩٩٩.

وفي هذا الصدد نجد أن محكمة التمييز وفي أحكام كثيرة ميزت بين عقد البيع الباطل وبين التعهد بالفراغ على اعتبار أن الالتزام الأخير مستقل عن عقد البيع الباطل^(١٠٢)، لكنها مع ذلك لم تلتزم موقفاً ثابتاً، حيث فُرِّقَت بصدد البيع الذي يتم خارج دائرة التسجيل^(١٠٣)، بين البيع البات، وبين البيع الذي يتضمن تعهداً بنقل ملكية عقار، وبعبارة أخرى، فإن محكمة التمييز تفرّق بين الحالة التي وصل فيها عقد بيع العقار الخارجي إلى النهاية بحيث أصبح باتاً، وبين الحالة التي لم يصل فيها العقد إلى مرحلة البتات؛ أي ما زال في مرحلة التحضير أو ما يطلق عليه الاتفاق على بيع، فاعتبرت العقد في الحالة الأولى باطلاً لعدم استيفاء الشكل المطلوب^(١٠٤)، في حين اعتبرت

(١٠٢) انظر على سبيل المثال تمييز حقوق ٨٧/٢٦٤ ص ٧٩٦ لسنة ١٩٨٨ وقد جاء فيه: "إن عقد بيع الشقة هو عقد باطل إذا وقع خارج دائرة التسجيل، أما عقد التعهد بفراغ ذات الشقة فهو ملزم لعاقديه بحدود التعويض المنصوص عليه في المادة ١١٤٩ من القانون المدني". وتمييز حقوق ٨٧/٥٢٧ ص ٧٦٤ لسنة ١٩٨٨ حيث جاء فيه: "إن الادعاء بالتعويض عن التعهد بالفراغ هو التزام مستقل عن عقد البيع الباطل ويلزم الناكّل عن تنفيذه بالضمان عملاً بالمادة ١١٤٩ من القانون المدني إذا كان المتعهد له قائماً بالتزامه" وكذلك تمييز حقوق ٨٨/٤٢٥ ص ٢٤١٥ لسنة ١٩٨٩ وتمييز حقوق ٩٠/٨٤ ص ٩١٥ لسنة ١٩٩١.

(١٠٣) من هذا الرأي د. سالم الدحوي: مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(١٠٤) تمييز حقوق ٨١/١١٧ ص ١٤٧٣ تاريخ ١٨/٣/١٩٨١ من مجلة نقابة المحامين ٩٨١، وتمييز حقوق ٩٦/١٨٢٢ ص ٩٦ لسنة ١٥٨٩ وتمييز حقوق ٩٩/٢٧٧ ص ٢٥٧، العدد الثامن من المجلة القضائية لسنة ١٩٩٩، ومن ضمن ما جاء فيه: "حيث تبين من الاتفاقية الموقعة بين طرفي الدعوى أن المدعى عليه تعهد بنقل ملكية قطعة الأرض إلى المدعي مقابل مبلغ تسعة عشر ألفاً وخمسمائة دينار فإن مثل هذا الاتفاق في حقيقته هو عقد بيع لتلك القطعة، وحيث إن هذا العقد لم يسجل لدى الجهات المختصة وفقاً لما تقتضيه المادة ١٦ من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ التي تقتضي بأنه لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز في الأراضي إلا إذا كانت المعاملة قد جرت لدى دوائر التسجيل المختصة". وكذلك تمييز حقوق ٢٠٠٢/٥٤٧، ص ٤٧٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٤.

الثاني تعهداً مشروعاً^(١٠٥).

الموقف الثاني – التعهد بنقل ملكية عقار يعتبر باطلاً ما لم يتم تسجيله في دائرة التسجيل:

لقد عادت محكمة التمييز عن اجتهاداتها الثابتة والمستقرة حول الاعتراف بالتعهد بنقل ملكية عقار في قرار حديث لها صدر عن الهيئة العامة بتاريخ ٣٠/١٠/٢٠٠٣، واعتبرت فيه أن التعهد بنقل ملكية عقار يعتبر باطلاً ما لم يتم تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي المختصة، ونظراً لأهمية هذا الاجتهاد وخطورته سنعرض له بشيء من التفصيل.

قضت محكمة التمييز بأغلبية أعضائها في القرار الصادر عن الهيئة العامة بما يلي: ^(١٠٦) " ... وحيث إن مناط فصل النزاع في الدعوى يتحدد على بيان إذا

(١٠٥) انظر على سبيل المثال: تمييز حقوق ٩٩/٥٤٤ العدد التاسع من المجلة القضائية ص ٢٧٠ لسنة ١٩٩٩ و تمييز حقوق ٩٩/٥٤٦ ص ٣٨٧٢ من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠، ومن ضمن ما جاء فيه "إقامة المدعي دعواه للمطالبة بالمبلغ الذي دفعه ثمناً لقطعة الأرض والمطالبة بالتعويض نتيجة إخلال المدعى عليه بتعده بنقل وفراغ قطعة الأرض لاسم المدعي وذلك بعد إذاره وفقاً للمادة (٣٦١) من القانون المدني يوجب الحكم له بالمبلغ الذي دفعه والضمان عن الإخلال بتنفيذ التعهد عملاً بالمادتين ٢٧٩ و ١١٤٩ وبدلالة المادتين ٣٦٠ و ٣٦١ من القانون المدني".

(١٠٦) وتتلخص وقائع هذه القضية كما جاء في قرار محكمة بداية عمان رقم ٥٤٥٣/١٩٩٩ تاريخ ٣/٩/٢٠٠٢، غير منشور " ...أن المدعى عليه (ط.م) يملك قطعة الأرض رقم (٦٥) حوض رقم (٢) الشكارة في أراضي زينات الربوع وأبدت المدعية (ج.خ.م.ز) رغبتها بشراء قطعة الأرض المذكورة حيث نظم الطرفان اتفاقية بتاريخ ١٥/١٠/١٩٩٨ أسماها (اتفاقية تعهد بنقل ملكية عقار) وقبض المدعى عليه بموجبها مبلغ عشرة آلاف دينار عربوناً على أن يتعهد بالفراغ والتنازل عن قطعة الأرض بعد أن تحصل المدعية على الموافقات الرسمية اللازمة لإتمام عملية التنازل والفراغ ونقل الملكية، وأثناء قيام المدعية بتجهيز معاملة التنازل لدى الجهات المختصة وقد استغرقتها ذلك بعض الوقت تبلفت الإنذار العدلي رقم ٩٩/١٧٦٧٩ بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٩ الموجه لها من قبل المدعى عليه حيث يطالبها فيه بضرورة =

ما كان التعهد بالفراغ هو عقد صحيح يرتب الضمان على الناكل عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار أم هو عقد باطل لا يرتب أثراً.

وبالرجوع إلى أحكام المواد القانونية النازمة لهذا الموضوع نجد أن المادة ١٠٥/١ و ٢ من القانون المدني الباحثة في الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل قد قضت صراحة بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

وحيث إن المادة ١١٤٨/٢ من القانون المدني قد نصت صراحة على أنه عند تطبيقها أحكام هذا القانون تراعي أحكام القوانين الخاصة.

وبالرجوع إلى أحكام القوانين الخاصة التي تحكم عقد بيع العقار الذي تمت فيه التسوية نجد أن المادة الثالثة من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة التي قضت بأنه يحظر على المحاكم الشرعية والنظامية وسائر دوائر الحكومة أن تسمع الدعوى أو تجري أية معاملة في الأموال غير المنقولة... التي صدرت سندات تسجيل بأراضيها بمقتضى أحكام قوانين التسوية.

كما أن المادة ١٦ من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ قد اعتبرت معاملات البيع خارج دائرة التسجيل جريمة يعاقب عليها القانون.

= مراجعته خلال ثلاثة أيام لإتمام عملية التنازل وإلا فهو في حل من الاتفاقية، وقد ردت المدعية على هذا الإنذار بالجواب العدلي رقم ٩٩/١٨٥٧٧ حيث تبلغه المدعى عليه بتاريخ ١٦/٦/١٩٩٩ تشعره فيه بأنه لا مانع لديها من تنفيذ الاتفاقية وتطالبه أيضاً بإبراء ذمة العقار من الضرائب المستحقة عليه وتجهيز معاملة الانتقال علماً بأن المدعية كانت قد قامت بتجهيز عقد البيع لدى مديرية التسجيل المختصة (أراضي شمال عمان) بتاريخ ١٦/٦/١٩٩٩، ثم وجهت المدعية بعد ذلك الإنذار العدلي رقم ٩٩/٨٨٩٤ تاريخ ١٦/١٠/١٩٩٩ للمدعى عليه عن طريق نشره في صحيفتي الرأي والدستور تطلبه فيه استرداد مبلغ الرسوم التي تكبدتها وإعادة مبلغ العربون ومثله ودفع تعويض مادي ومعنوي لنكوله عن إتمام البيع مع أن بعض الشهود قاموا بمراجعته بهذا الشأن إلا أنه - أي المدعى عليه - أخذ يماطل ويتهرب، وتبين أنه باع قطعة الأرض لأشخاص آخرين؛ الأمر الذي اضطر المدعية إقامة هذه الدعوى".

وحيث إن بيع العقار موضوع الدعوى خارج دائرة التسجيل يعتبر باطلاً فإن الوعد بالبيع والتعهد بالفراغ يعتبر باطلاً بصراحة نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من القانون المدني والقوانين الخاصة الواجبة التطبيق المشار إليها.

أما ما تنذر به الجهة المميّزة من ضرورة تطبيقها أحكام المادة ١١٤٩ من القانون المدني فإن أحكام هذه المادة تطبق في حال تسجيل التعهد بالفراغ لدى دوائر التسجيل لأنه في هذه الحالة يعتبر التعهد عقداً صحيحاً والضمان لا يترتب إلا على العقد الصحيح، أما العقد الباطل فلا يترتب أثراً إعمالاً لأحكام المادة ١٦٨ من القانون المدني، وعليه فإن المطالبة بالضمان الذي يترتب نتيجة إخلال أحد العاقدين بالتزامه نقل ملكية عقار خلافاً لأحكام المادة ١١٤٩ يستلزم بدهة توافر شروط الشكلية المنصوص عليها في المادة ٢/١٠٥ من القانون نفسه؛ لأن نصوص القانون تقرأ معاً وحدة واحدة وليس بمعزل بعضها عن بعض.

لهذا، ورجوعاً عن أي اجتهاد سابق حول التعهد بالفراغ للأموال غير المنقولة التي تمت التسوية فيها نقرر بالأكثرية، رد التمييز وتأييد الحكم المميز^(١٠٧). ولنا على هذا القرار الملاحظات التالية:

١ - إن محكمة التمييز ساوت في المراكز القانونية بين أطراف الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادة (١٠٥) من القانون المدني وبين أطراف التعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في المادة (١١٤٩) من القانون ذاته. ومع أن هذه المساواة أو هذا القياس، قياس مع الفارق، إذ إن لكل منهما وضعه القانوني الخاص؛ فالوعد عقد ملزم لجانب واحد دائماً هو الواعد أما التعهد فهو عقد ملزم للجانبين^(١٠٨). وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة (١٠٥) نصت على أن "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما..."، فإنها نصت في فقرتها الثانية: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد

(١٠٧) تمييز حقوق ٢٠٠٣/١٥٧٦ هيئة عامة غير منشور، تاريخ ٣٠/١٠/٢٠٠٣.
(١٠٨) عكس ذلك د. يزيد نصير: بحثه السابق، نظرية الخطأ، ص ٢٣٢ حيث يرى أن التعهد أخص من العقد؛ فالعقد يتطلب توافق إرادتين، بينما التعهد قد يكون تصرفاً منفرداً.

بإبرام هذا العقد". مما يعني أن كلمة "تعهد" الواردة في الفقرة الأولى ليست مقصودة لذاتها وإنما قصد بها كلمة "الوعد" بدليل أنها وردت في عجز الفقرة الثانية المشار إليها أعلاه من جهة، ومن جهة أخرى إن أصل هذا النص مأخوذ عن المادة (١٠١) من القانون المدني المصري، التي جاء فيها "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين..." و"التعهد" أقوى من "الوعد" في الدلالة العرفية، ويفيد معنى الالتزام.

٢ - إن محكمة التمييز اعتبرت الشكل الذي يجب توافره في الوعد بالتعاقد وفق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٠٥)، يجب توافره أيضاً في التعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في المادة (١١٤٩) مع أن النص الأخير لم يشترط هذه الشكلية. وفي هذا تحميل للنص ما لا يحتمل، وافترض لم يقصده المشرع.

٣ - لم تبرر محكمة التمييز في حكمها سبب إيراد المشرع لنصي المادتين (١٠٥) و(١١٤٩) من القانون المدني ما دام أنها توصلت إلى وجوب توافر الشكل في هذين التصرفين.

مع أن النص في المادة (١٠٥) اشترط الشكل في حين لم يشترطه في المادة (١١٤٩)، وكان أولى بالمشرع إذن ألا يورد نص المادة (١١٤٩) ويكتفي بما ورد في المادة (١٠٥)، وعلى هذا لا يمكن تطبيق نص المادة (١١٤٩) متى ما علمنا أن نظام تسجيل الأراضي وقانون رسوم تسجيل الأراضي لم ينظم التعهد بنقل ملكية عقار من ضمن المعاملات الخاضعة للتسجيل في الجدول^(١٠٩).

٤ - إن ما أورده محكمة التمييز حول قانون التصرف في الأموال غير المنقولة

(١٠٩) نظام تسجيل الأراضي وتعديلاته رقم (١) لسنة ١٩٥٣ المنشور في العدد (١١٣٦) من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١٦/٣/١٩٥٣، وقانون رسوم تسجيل الأراضي وتعديلاته رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٨ المنشور في العدد رقم ١٣٨٥ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١/٦/١٩٥٨.

من الحظر على المحاكم الشرعية والنظامية من إجراء أية معاملة في الأموال غير المنقولة، وكذلك معاملات البيع خارج دائرة التسجيل في قانون تسوية الأراضي والمياه، إنما يتعلق بمعاملات البيع والمبادلة والإفراز؛ أي التصرفات الكاملة في الأموال غير المنقولة فقط، والتعهد بنقل ملكية عقار ليس بيعاً أو تصرفاً كاملاً لنقل ملكية أموال غير منقولة^(١١٠)، وإنما هو اتفاق تمهيدي لإبرام التصرف الكامل الذي اشترط المشرع تحقق الشكلية فيه.

٥ - إن أثر الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على التعويض وهو حق شخصي للمتضرر، وهو أثر يترتب على العقد الصحيح لا الباطل في حين أن عقود البيع والمبادلة والإفراز لا يجوز الرجوع عنها إذا ما تم تسجيلها في الدوائر المختصة ويصبح لمشتريها حق عيني عليها.

٦ - إن المادة (١١٤٨) من القانون المدني نصت على أنه "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى... إلا بالتسجيل...." في حين نصت المادة (١٣٢٣) منه على أنه: "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله...."، مما يعني أن المشرع لم يرتب البطلان على الحالة المنصوص عليها في المادة (١١٤٨) كما فعل بالنسبة للرهن التأميني.

٧ - إن العبارة التي وردت في النص "... وسواء اشترط هذا التعويض أم لم

(١١٠) ويؤيد ذلك قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم (١) لسنة ١٩٧١ تاريخ ٣/٣/١٩٧١ المتعلق بتفسير الفقرة (١٢) من المادة الثالثة من قانون رسوم تسجيل الأراضي التي تنص على ما يلي: "إن رسوم تسجيل الأراضي في كافة المعاملات المبينة في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذا القانون يدفعها من تمت المعاملة لصالحه إلا إذا اتفق الفرقاء على خلاف ذلك". وقد جاء فيه "وبالرجوع لأحكام القوانين الخاصة بالأموال غير المنقولة نجد أن الشارع اعتبر عقود التصرف بهذه الأموال من العقود الشكلية التي لا يتم العمل القانوني فيها إلا باستيفاء ركنها الشكلي الذي عينه القانون، وهو إجراء المعاملة في دائرة التسجيل والتوقيع عليها من ذوي الشأن أمام المأمور المختص وتسجيلها في السجل الرسمي بعد دفع الرسوم القانونية". منشور على الصفحة ٤٥٤ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٢٨٩ تاريخ ١٩٧١/٤/١.

يشترط"، تدل دلالة واضحة على أن المقصود في هذا التعويض غالباً هو الشرط الجزائي. والشرط الجزائي في أغلب حالاته يكون تابعاً لالتزام عقدي، وإن كان هذا لا يمنع من وجوده بمناسبة الفعل الضار، ولكن هذا لا يقع إلا نادراً.

٨ - إن المخالفة التي جاءت في هذا القرار والتي ذهبت إلى أن: ".... مصدر الالتزام هو الإخلال بالالتزام بنقل ملكية عقار طبقاً للمادة ١١٤٩ من القانون المدني^(١١١). وهذا ما يعزز أن المشرع اعترف بالتعهد كعقد ورتب على الناقل من طرفيه التعويض.

وحيث إن تعهد البائع بالذهاب إلى دائرة التسجيل وفراغ المبيع هو عمل جائز قانوناً وفق ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز لأنه تعهد باتباع حكم القانون الذي يوجب إجراء الفراغ في دائرة التسجيل فإن هذا التعهد يعتبر صحيحاً غير باطل....

أما ما ورد في المادة ١٦ من قانون تسوية الأراضي والمياه التي تقضي بأنه لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز في الأراضي إلا إذا كانت قد جرت لدى دوائر التسجيل فإن حكم هذه المادة إنما ينحصر في معاملات التصرف التي تقع خارج دائرة التسجيل"^(١١٢).

هذه المخالفة هي التي تتفق مع مبدأ الرضائية في العقود، الذي تبناه القانون المدني الأردني، كما تتفق مع المادة (١١٤٩) التي أوجبت التعويض في حالة النكول عن التعهد بنقل ملكية عقار سواء اشترط هذا التعويض أم لم يشترط. وهذا ما يقودنا إلى المبحث الثالث المتعلق ببيان رأينا الخاص من التكييف القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار.

(١١١) للمزيد حول هذا الموضوع انظر: فؤاد درادكة: الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص ٢٧٨ وما بعدها.

(١١٢) تمييز حقوق ١٥٧٦/٢٠٠٣ هيئة عامة/ غير منشور تاريخ ٣٠/١٠/٢٠٠٣.

ونرى من المفيد الإشارة إلى قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١١/٨^(١١٣) وخلاصته أن التعهد بنقل ملكية عقار متى حدد فيه المتعهد شخص المتعهد له (المشتري)، والعقار والتمن، إنما هو وعد بالتعاقد يلزم تسجيله تحت طائلة البطلان عند عدم القيام بذلك. ويلاحظ أن هذا الحكم يفرّق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان التعهد بنقل ملكية عقار يتضمن عناصر العقد النهائي المزمع إبرامه فإننا نكون أمام وعدٍ بالتعاقد يلزم تسجيله لوروده على عقار وإلا كان باطلاً لا يترتب عليه أثر.

الفرض الثاني: إذا كان التعهد بنقل ملكية عقار لا يتضمن كامل عناصر العقد النهائي، كعدم تحديد الثمن، أو العقار مثلاً، فإننا نكون أمام مجرد تعهد، لا مجال لتنفيذه عيناً، ولا يلزم تسجيله، ولا يولد إلا الحق بالتعويض عند إخلال المتعهد بتنفيذه استناداً إلى المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) تطبيقاً لأحكام المادة (١١٤٢) مدني فرنسي.

وهذا الحكم يعيدنا - فيما يبدو - إلى التمييز بين الاتفاقات المبدئية والاتفاقات الجزئية الممهدة لإبرام العقد النهائي^(١١٤). والتعهد بنقل ملكية عقار وفق التعامل الجاري في الأردن يتم تنظيمه بين طرفين باعتباره عقداً لا يمهد لنقل ملكية العقار وإنما لعقد بيع العقار، والغاية من تنظيمه هي تمكين المتعهد له بالكشف على واقع العقار وبيان إذا ما كان مثقلاً بتأمينات عينية أم لا أو منح الفرصة لتأمين الثمن اللازم، وما إلى ذلك. كما أن هذا التعهد يحمل في ثناياه كل عناصر العقد النهائي من حيث تحديد أطرافه والعقار والتمن، وينظر إليه على أنه تصرف قانوني من جانبين؛ أي يتوجب التقاء إرادات أطرافه على

Cass. Civ. 1995/11/8- Code civ. Fr. - Dalloz- ed - 2002- P. 1300 - Art: 1589 - (١١٣) No.: 4.

(١١٤) انظر للفرقة بين هذه الاتفاقات، جاك غستان: المرجع السابق، ص ٣٥٧ وما بعدها، وص ٣٥٩. ود. جمال فاخر النكاس: البحث السابق، ص ١٨٣ وما بعدها.

كل عناصره، وإزاء وجود نص المادة (١١٤٩م.أ) لا يمكن اعتباره وعداً بالعقد؛ ذلك أن المشرع نظم هذا العقد في المادة (١٠٥م.أ)، فلماذا أعاد تنظيمه مرة أخرى في المادة (١١٤٩م.أ)؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى وما دمنا أقررنا للتعهد بالصفة العقدية ورتب المشرع على المخل بتنفيذه تعويضاً، فإن ذلك إقرار منه بصحة هذا العقد، ولم يستلزم استيفاء الشكل كما فعل بالنسبة للوعد!! وإن حكم القضاء الفرنسي وإن استخدم اصطلاح التعهد فهو في حقيقته لا يخرج عن معالجة الوعد بالتعاقد، ولما لم ينظم المشرع لديهم التعهد بنقل الملكية - كما فعل مشرعنا - فإن من الطبيعي الرجوع للقواعد العامة لمعالجة هذا الوضع، في حين أنه إزاء وجود النص في قانوننا المدني لا نملك إلا تطبيقه تطبيقاً للقاعدة المعروفة "لا اجتهاد في مورد النص". فهو استثناء من التصرفات التي تقع على العقارات التي أوجب فيها القانون مراعاة الشكل.

المبحث الثالث

رأينا الخاص من التكييف القانوني

للتعهد بنقل ملكية عقار

على الرغم من عدم اتفاق الفقه على رأي موحد بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتعهد بنقل ملكية عقار، كما رأينا في المبحث الأول، فإن هناك شبه إجماع إن لم يكن إجماعاً على أن من حق المتضرر المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالتعهد.

ونحن كنا - ولا نزال - مع الرأي القائل بأن أساس التعويض المنصوص عليه في المادة (١١٢٧ م.ع) والمادة (١١٤٩ م.أ) هو المسؤولية العقدية، باعتبار أن التعهد عقد صحيح وملزم، وهو عقد غير مسمى، وبعبارة أخرى هو الاتفاق الذي يسبق إبرام عقد بيع العقار، الذي يلتزم بموجبه المُخل دفع التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) أو التعويض القضائي.

ومن نافلة القول، إن التقنيات المدنية وضعت قواعد عامة تسري على العقود كافة سواء أكانت مسماة أم غير مسماة، كما وضعت بعض القواعد التي تنفرد بها بعض العقود في الأحكام المعقودة لها، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٩) من القانون المدني، التي جاء فيها: "١ - تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢ - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررهما الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية"^(١١٥). فالوعد بالتعاقد - كما هو معلوم - من العقود المسماة التي نظمته التقنيات المدنية وبيئت أركانها وعناصرها، على خلاف التعهد بنقل ملكية عقار، الذي ورد النص عليه في الفصل الثاني (أسباب كسب الملكية) من الباب الأول (حق الملكية) من الكتاب الثالث من القانون المدني الأردني؛ أي أن

(١١٥) تقابل المواد: (٧٦) مدني عراقي، (١٢٨) معاملات مدنية إماراتي.

الوعد بالتعاقد ورد النص عليه في باب العقد، في حين ورد النص على التعهد بنقل ملكية عقار تحت الباب المتعلق بحق الملكية، ويعني ذلك خروجه عن الأحكام الخاضعة للعقود.

ومن ناحية أخرى فإن المشرع عندما نظم التعهد بنقل ملكية عقار لم يتطرق إلى لزوم توافر الشكلية كما فعل بالنسبة إلى البيوع والمبادلة والإفراز والقسمة التي تمت على عقارات تمت التسوية فيها، وهذا فيما نعتقد هو الذي جعل أثره مقتصرًا على التعويض فقط ولا يمتد إلى التنفيذ العيني.

وترجيحاً للرأي الذي نقول به نلقي بمزيد من الضوء على التعهد بنقل ملكية عقار باعتباره تطبيقاً من تطبيقات مبدأ حسن النية، كما أشار بعض الفقه^(١١٦)، وأثر توافق الإرادتين على التعهد، وننهي ذلك بالتساؤل عن هذا العقد (التعهد) إذا ما كان تطبيقاً تشريعياً لإحدى النظريات المعروفة في فقه القانون المدني، وذلك في مطلبين نخصص الأول لمبدأ حسن النية والتعهد بنقل ملكية عقار ونتناول في الثاني البطلان الجزئي باعتباره الأساس القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار.

المطلب الأول

مبدأ حسن النية والتعهد بنقل ملكية عقار

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ التي أخذت بها التقنيات المدنية واقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد^(١١٧). أما في المراحل السابقة للتنفيذ

(١١٦) د. غني حسون طه: التعهد بنقل ملكية عقار، مرجع سابق، ص ١٣٠ و ١٣١.
(١١٧) المواد: (٢٠٢) مدني أردني، (١١٣٤) مدني فرنسي، (١٤٨) مدني مصري (١٤٩) مدني سوري (٢٤٦) إماراتي، (١٩٧) كويتي. ولمزيد من التفاصيل انظر جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢٦٢.

فلا يتم تطبيقه، إلا أن الفقه والقضاء بدأ بتطبيق هذا المبدأ تدريجياً على المراحل السابقة لإبرام العقد حتى وصل الأمر إلى تطبيقه على عقود المفاوضات^(١١٨) عن طريق تفسير تكوين العقد، وهذا ما دفع البعض إلى القول: إن تطلب حسن النية في إبرام العقود وإن لم يكن مصوغاً في نص صريح فإنه يُلهم الاجتهاد منذ مدة طويلة، وأفضل إثبات على ذلك موقفه تجاه سير المفاوضات، وأضاف أن الاتفاقيات يجب أن تعقد وتنفذ بحسن نية^(١١٩).

القاعدة العامة في القانون المدني الأردني هي حرية التعاقد، وتبعاً لذلك فإن القاعدة التي تبناها في العقود الجواز والصحة، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٦٣) التي نصت على أنه: "١ - يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد. ٢ - فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً. ٣ -"^(١٢٠)، ولا يعتبر العقد منعقداً إلا بعد الاتفاق على كل المسائل الجوهرية^(١٢١).

لا يوجد لمبدأ حسن النية معنى ثابت ومحدد، وهذا يعود إلى طبيعته باعتباره أمراً نفسياً، ويستدل عليه من وقائع كل نزاع على حدة. وإن لهذا المبدأ

(١١٨) لمزيد من التفاصيل د. يزيد أنيس نصير: مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، مجلد ٩، عدد ٣ لعام ٢٠٠٣، ص ٣٤ وما بعدها. وباك غستان: المرجع السابق، ص ٢٦٧ و ٢٦٨ و ٣٣٢ وما بعدها.

وكذلك د. محمد حسين عبد العال: التنظيم القانوني للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١١٨ وما بعدها.

(١١٩) J. Mestre: L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat- Rev- trim. dro- 1989-P. 736 et 737.

(١٢٠) تقابل المواد: (١٢٦ و ١٣٠) مدني عراقي، (١٣٥) مدني مصري، (١٣٦) مدني سوري، (٢٠٥) إماراتي، (١٧٢) كويتي.

(١٢١) المادة (١٠٠) مدني أردني وتقابل المواد (٨٦) عراقي وفقرتها الثانية توافق المادة (٩٥) مصري، و(٩٦) سوري، و(١٤١) إماراتي، و(٥٢) كويتي، وانظر تعليق المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، نقابة المحامين، الطبعة الثانية، ١٩٨٨، ص ١٠٩.

معياراً ذاتياً ومادياً معاً^(١٢٢)، أي أنه يتطلب من كل متعاقد الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر، ويتم ذلك بتنفيذ المدين التزامه بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد على ألا يفوت مقصود الدائن عند إبرام العقد أو يكبده خسائر أكثر نتيجة التنفيذ، وهذا يعني - بأي حال - أن هذا المبدأ ليس له مدى أخلاقي فحسب، بل له مدى قانوني أيضاً؛ حيث يوجد في قوانيننا نقاط موازنة لقاعدة مضمرة يستطيع من خلالها الفقه والقضاء وعن طريق التفسير أن يكرس هذا المبدأ^(١٢٣).

عرض القانون المدني الأردني لمبدأ حسن النية، في بعض المواد أبرزها المادة (١/٢٠٢) حيث نصت على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"^(١٢٤). ومنها أيضاً المادة (١٥٦) والمادة (٢٩٩) التي تقضي بالسماح للدائن الذي يتجرد بحسن نية من الدين أو التأمينات أو يترك دعواه في حال وفاء دينه من غير المدين والاحتفاظ بما قبض، والمادة (٣٦٨) والمادتان (٦٧٥ و ٢/٦٧٧) المتعلقة بتنفيذ عقد الإيجار وقبض الأجور وأشارت إلى ذلك المادتان (٨٤١ و ٨٦٥) المتعلقة بتنفيذ الوكالة بشكل ضمني، وكذلك المادتان (١١٧٦، ١١٧٧) والمواد (١١٨٩ - ١١٩٦) المتعلقة بالحيازة باعتبارها شرطاً لاكتساب الحيازة^(١٢٥).

ويشير أغلب الفقه إلى أن لمبدأ حسن النية مفهومين^(١٢٦):

-
- (١٢٢) د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر: مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ٢٤٤ ود. يزيد نصير: المرجع السابق ص ٢٦. وبشكل أوسع انظر جاك غستان: المرجع السابق، ص ٢٦٩ و ٢٧٠.
- (١٢٣) جاك غستان: المرجع السابق، ص ٢٦٩.
- (١٢٤) تقابل المواد: (١٤٨) مدني مصري، (١٤٩) مدني سوري، (١/٢٤٦) إماراتي، و(١٩٧) كويتي.
- (١٢٥) أشار إلى عدد من المواد د. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٢، وأشار إلى العدد الآخر د. يزيد نصير: المرجع السابق، ص ٢٣.
- (١٢٦) د. يزيد نصير: المرجع السابق، ص ٢٣. ود. محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

١ - مفهوم شخصي ينصرف إلى النزاهة الحقيقية للشخص، وهو أمر نفسي من الصعب كشفه والوقوف عليه، ومثاله المواد المتعلقة بالحياسة.

٢ - مفهوم مادي (موضوعي) يتحدد بالخروج عن قواعد السلوك المعتاد وفق الظروف المحيطة، ومثاله ما نصت عليه المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني.

وقد بينت أحكام القضاء أن مبدأ حسن النية يهدف إلى أمرين^(١٢٧):

الأول: حماية الثقة والأوضاع الظاهرة، يملية واجب العدالة واستقرار المعاملات؛ فقد ذهبت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى القول: "إن المشرع اعتدّ في حكم المادة ١٩٤ من القانون المدني بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة واستقرار المعاملات ومؤدى ذلك أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور المتصرف بمظهر صاحبه مما يدفع غير حسن النية إلى التعاقد مع المتصرف للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، وينبغي على ذلك نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر وغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق تأسيساً على نظرية الوكالة الظاهرة"^(١٢٨).

الثاني: منح القاضي سلطة واسعة في تفسيره للعقد، وهو ما نصت عليه المادة (٢/٢٣٩) التي جاء فيها: "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"^(١٢٩).

(١٢٧) قرب ذلك د. محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٢٥.

(١٢٨) تمييز حقوق ١١٧٧/٩٦ ص ٣٥٣٢ من مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٧.

(١٢٩) تقابل المواد: (١٦٧) مدني عراقي، (١٥١) مدني مصري، (٢/٢٦٥) إماراتي (٢/١٩٣) كويتي.

وهذا ما جرت عليه أحكام محكمة التمييز الأردنية؛ حيث جاء في أحد أحكامها: "ذلك لا بد من مقتضى حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طبقاً لشروط العقد وكافة مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف" (١٣٠).

إن ما يمكن استخلاصه مما تقدم، أن هناك نوعاً من الخطأ التعاقدي الذي يمكن نسبته إلى أحد طرفي العقد: الأول يتعلق بالخطأ في تنفيذ العقد، وينظر إليه على أنه ركن أساسي للإخلال بالالتزام يترتب عليه مسؤولية تعاقدية، والثاني خطأ يرتكبه أحد طرفي العقد في مرحلة تكوين العقد، وهو الذي يثير خلافاً في الفقه حول المسؤولية التي تترتب عليه.

وقد صاغ هذه النظرية الفقيه الألماني (إيرنج (Rudolf von Jhering) وأطلق عليها نظرية الخطأ في التعاقد، وتجد هذه النظرية أساسها في انعقاد المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، استناداً إلى توافر خطأ يعقد مسؤولية من ينسب إليه عن التعويض لعدم تنفيذ عقد صحيح أو إبرام عقد أو إبطاله (١٣١) وطور هذه النظرية الفقيه الألماني (WINDSCHEID)؛ حيث اكتفى بحدوث ضرر لانعقاد مسؤولية من سعى للتعاقد، ما لم يكن وقوع الضرر ناشئاً عن خطأ الطرف الآخر (١٣٢).

(١٣٠) تمييز حقوق (٩٠/٨٠٢) ص ٩٩٩ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٢.

(١٣١) R. Jhering: Clupa in Contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen order nicht zur perfektion gelangten vertragen: Jherjb 4 (1861) 1-112.

ولمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية انظر د. محمد حسام لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٤ وما بعدها. وانظر أيضاً في هذا الصدد: جاك غستان: المرجع السابق، ص ٣٣٢، ود. يزيد نصير: مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول، نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد السابع، العدد الثالث، تشرين الأول، ٢٠٠١، ص ٢١٣ وما بعدها.

(١٣٢) ولمزيد من التفاصيل انظر د. محمد حسام لطفي: المرجع السابق، ص ٤٤ وما بعدها.

في حين صاغ المستشار الإيطالي (Gabrielle Faggella) نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض مؤسساً إياها على نظرية الفقيه (JHERING)، حيث تجنب المآخذ عليها وابتكر فكرة وجود اتفاق بالضمان عند الدخول في المفاوضات مستنداً على مبدأ حسن النية وقواعد العدالة. وقسم نظريته تقسيماً ثلاثياً لمراحل التعاقد ومبدأ الحق الكامل في الانسحاب والعدول حتى بعد تصدير الإيجاب والمزج بين الحق في العدول والمسؤولية بحيث تنعقد المسؤولية بدرجات متفاوتة عند العدول في كل مرحلة منها^(١٣٣).

كما أخذ القضاء الألماني بهذه النظرية^(١٣٤) ملزماً الطرف الذي يتصرف في أثناء المفاوضات تصرفاً من شأنه أن يحول دون انعقاد العقد بدفع تعويض للطرف الآخر نتيجة الإخلال بالثقة؛ لأن هناك التزاماً على الطرفين بالتقيد بمبدأ حسن النية في أثناء تعاملهما معاً، وذهب البعض^(١٣٥) إلى أن هذه النظرية تجد أساسها في المادة (٢٤٢) مدني ألماني.

وأخذ الفقه الفرنسي^(١٣٦) بهذه النظرية أيضاً، حيث اعتبر المسؤولية مبنية على إساءة استعمال الحق، وهي لا تتطلب نية الإضرار، ويكفي لقيامها توافر سوء النية، وإن مسؤولية قطع المفاوضات لأسباب غير مبررة لا يمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية، واستقر الاجتهاد القضائي^(١٣٧) على الأخذ بهذا الاتجاه.

(١٣٣) ولمزيد من التفاصيل انظر د. محمد حسام لطفي: المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.
(١٣٤) BGH. 12 June 1975. NJW 1975

(١٣٥) W. Ebke. & Steinheuer: The Doctrine of Good Faith in German law, in Good Faith and Fault in Contract law-Edit. J. Beatson and D. friedmann-Clarendon press- Oxford, 1995-P. 171, 178.

(١٣٦) H.L.J. Mazeaud et Tunc: Traite theorique et pratique de la responsabilite civile - T:1 - ed: 6-1965- No. 116, 148. et J. Schmidt: La sanction de la faute pricentractuelle - Rev. trim. dr.- 1974- P. 51-No: 7.

(١٣٧) انظر جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٣٣٢ وما بعدها والأحكام التي أشار إليها في الهامش رقم (٣) من الصفحة (٣٣٢).

كما أخذ بهذه النظرية أيضاً الفقه الإنجلوسكسوني على اعتبار أن أعمال التجارة ليست تصرفات قانونية منفصلة تتم بين أفراد يتمتعون بإرادة مستقلة، وإنما تتصف هذه التصرفات بالعمليات المتكاملة وتتطلب فرض نوع من المسؤولية في المراحل السابقة على إبرام العقد^(١٣٨). وأيد القضاء هذا التوجه^(١٣٩). وتم تطبيق هذا المبدأ في حال قطع المفاوضات بشكل يخالف مبدأ حسن النية وقضي بتعويض المتضرر نتيجة قطع المفاوضات^(١٤٠).

إن هناك اتفاقات مرحلية سابقة على التعاقد، تنصب على جزء من الغاية التي يرغب الطرفان بالوصول إليها من العقد النهائي، وقد تكون هذه الاتفاقات جزئية أو مؤقتة.

وقد تكون الاتفاقات الجزئية قابلة للانفصال^(١٤١)، إذا كانت العناصر التي تم الاتفاق عليها قابلة للانفصال عن العناصر التي ما زالت محل خلاف، فمثل هذه الاتفاقات تكون عقداً قائماً بذاته، إذ إن أي إخلال من قبل أحد المتعاقدين تقوم بمواجهته المسؤولية العقدية، ما دام محل الالتزام الناشئة عن العقد قابلة للانقسام أو التجزئة من الناحية المادية. فالتعاقد الذي يتم على جملة من الأشياء أو الأعمال التي لكل منها كيانه المادي المستقل كما هو الحال مثلاً في بيع العقار الذي يسبقه تعهد بنقل الملكية، وقد يصل الأمر إلى حد الاتفاقات

(١٣٨) Feinman: Promissory Estoppel & Judicial Method. 97 Harv. L. Rev. 1984- 678 -716.

(١٣٩) Hoffman v. Red Owl Stores 26 wis 2d-683 133 N.W.2d. 267-1067

(١٤٠) Watlon stores (interstate) Ltd v. Maher (1988) 164 C.L.R 381.

وحول نظرية الخطأ أثناء التفاوض في القانون المدني الأردني، انظر د. يزيد نصير: بحثه السابق الإشارة إليه، ص ٢٣٠ وما بعدها.

(١٤١) د. مصطفى الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠١، ص ٣١٧. وكذلك د. محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

المؤقتة^(١٤٢) سواء كانت محدودة المدة، أم اتفاقات فرعية ترتب التزامات متقابلة في حال عدم الاتفاق على العقد المنشود.

ويُلاحظ مما سبق بيانه أن الفقه والقضاء في الغرب أولاً وفي بعض البلدان الأخرى حسماً الأمر فيما يتعلق بالمفاوضات إذا ما وصلت إلى حد معين سواء تم بعد ذلك الوصول إلى عقد التفاوض بحسن نية، أم قطع المفاوضات بصورة تعسفية تجيز التعويض للمتضرر في مثل هذه الحالات أياً كان العقد النهائي الذي يزعم الأطراف عقده، شكلياً أو خلافه، والأمر لا يختلف عن ذلك في كل المراحل السابقة للتعاقد ما دام أنه قد تم التوصل إلى اتفاق جزئي أو مؤقت ريثما يصل الأمر إلى العقد النهائي المنشود.

والتعهد بنقل ملكية عقار، سواء نظرنا إليه على اعتبار أنه اتفاق تمهيدي، أم فرعي لإبرام العقد المنشود وهو (عقد البيع) لا يختلف عن هذه الاتفاقات ولا سيما أن محل الالتزام فيه بيّن واضح، سواء تمثل التزام المتعهد بنقل الملكية والوفاء بالالتزام، أم بالذهاب إلى دائرة التسجيل، في حين أن التزام المتعهد له يتمثل بتنفيذ شروط اتفاق التعهد من حيث الكشف على العقار واستخراج المستندات ودفع الرسوم والضرائب المتحققة على العقار، أو لقاء المتعهد في الدائرة المختصة حيث يقتضي مبدأ حسن النية التزام كل طرف بما رتبته عليه العقد، فلا أقل بعد هذا الاتفاق في حالة الامتناع أن يحكم للمتضرر بالتعويض في حال المطالبة بذلك؛ لأن الامتناع يمثل سوء نية من الطرف الممتنع، وهذا هو مفاد نص المادة (١١٤٩) السابق الإشارة إليها. والمسؤولية المدنية في قانوننا المدني تقوم على الضرر، سنداً لنص المادة (٢٥٦) من

(١٤٢) د. مصطفى الجمال: المرجع السابق، ص ٣٢٩ وما بعدها. وكذلك د. محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٦٢ وما بعدها.

القانون المدني، التي جاء فيها: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" فالضرر لا بد من جبره.

ومع كل هذا، يجب أن يتضمن الاتفاق على المسائل الأساسية لقيام أي عقد، وتعيين هذه المسائل ليس بالأمر السهل، فينظر الفقه لتحديد هذه المسائل إلى معيارين: موضوعي وشخصي، ويذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالمعيار الموضوعي: "ضرورة توافر الأركان اللازمة قانوناً لانعقاد العقد وهي التراضي والمحل والسبب، وبالإضافة إلى ذلك توافر الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة" (١٤٣).

بيد أن الأمر يبدو أكثر صعوبة في مجال العقود غير المسماة (١٤٤) - ما دام ينظر إلى التعهد بنقل ملكية عقار على أنه عقد غير مسمى -، فوجود العقود غير المسماة يرتبط بتطور الحالة الاقتصادية من جهة وبمبدأ الحرية التعاقدية من جهة أخرى، مما يصعب معه تحديد العناصر الأساسية للعقود غير المسماة بشكل عام، وإنما يجب تحليل كل حالة على حدة.

ومن الأمور التي يمكن إثارتها في هذا الصدد، هو دور الإرادة في تحديد المسؤولية، فلا شك أن للإرادة دوراً كبيراً في تحديد المسؤولية، ما دام أن هناك تعبيراً عن الإرادة يكون الإيجاب وتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بشكل ظاهر، ويلحق به القبول تعبيراً عن الإرادة، وبذلك يتم التطابق بين

(١٤٣) د. حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص ٩٣٨، وبحث لسيادته بعنوان المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثامنة والثلاثون، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٦، ص ٤٢٥.

(١٤٤) انظر جاك غستان: المطول في القانون المدني مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٤٥-١٥٠.

الإرادتين، وفي معزل عن الشكل المطلوب لقيام التصرف القانوني. وفي حالة التعهد بنقل ملكية عقار باعتباره تصرفاً قانونياً من جانبين فإنه يلزم توافق الإرادتين أو تطابقهما حول العقار الذي سيكون محلاً لعقد البيع اللاحق المراد إبرامه وكذلك بيان ثمنه، ويتم على إثر ذلك تنظيم اتفاق بين الطرفين دون انصراف نيتهما إلى الشكل تمهيداً لهذه الغاية لاستخراج المستندات ودفع الضرائب وما إلى ذلك، وقد يرافق ذلك دفع عربون ضماناً لتنفيذ الاتفاق مما ينبغي معه القول إن الإخلال بهذا الاتفاق أيّاً كان نوعه يوجب مسؤولية المُخلّ مسؤولية عقدية وفقاً لأحكام المادة (١٠٠ م.أ) التي نصت على أنه: "١ - يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة. ٢ - وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

إن هذا الأمر - كحد أدنى - يثير الشك حول الشكل إذا ما كان متطلباً لقيام التعهد بنقل ملكية عقار أم لا، لقد أغفل القانون المدني الأردني النص على حل لمثل هذا الأمر، تاركاً ذلك للاجتهاد. في حين نجد أن بعض القوانين حسمت الأمر؛ فالمادة (٦٧) من القانون المدني الكويتي نصت على ذلك، إذ جاء فيها: "إذا استلزم القانون شكلاً معيناً، أو اتفق المتعاقدان على وجوبه، وثار الشك حول ما إذا كان هذا الشكل متطلباً لقيام العقد أو لغير ذلك من أمور وجب عدم اعتباره متطلباً لقيام العقد". والأمر لا يختلف عن ذلك في التعهد، حيث إن الشكل ليس متطلباً لقيامه.

المطلب الثاني

البطلان الجزئي للعقد هو الأساس القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار

تبني التقنين المدني الأردني - شأنه في ذلك شأن التقنينات المدنية العربية - فكرة البطلان الجزئي في التصرف القانوني أو ما يسمى بانتقاص العقد، حيث نصت المادة (١٦٩) في فقرتها الأولى على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في العقد الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي" ^(١٤٥)، وجاء هذا النص استناداً لما جاء في المذهب الحنفي، مع أن هناك خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه، فعند أبي حنيفة يبطل العقد فيها مطلقاً، وعند الصحابين: إن بين ثمن كل واحد منهما جاز في الشق الصحيح وإلا فلا... وقد أخذ القانون برأي الصحابين ^(١٤٦).

ويُلخّص الفقه ^(١٤٧) شروط البطلان الجزئي للتصرف القانوني بما يلي:

أولاً - أن يكون التصرف القانوني قابلاً للتجزئة: يفترض البطلان الجزئي إمكانية الفصل بين الشق الباطل من التصرف والشق الصحيح ^(١٤٨)، بحيث

(١٤٥) تقابل الموالد (١٤٣) مدني مصري، (١٤٤) سوري، (١٣٩) عراقي، (٢١١) إماراتي و (١٩٠) كويتي.

(١٤٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين الأردنيين، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص ١٧٤ وما بعدها.

(١٤٧) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، ص ٥٠٠ وما بعدها؛ ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ١٨٥ وما بعدها، ود. عادل حسن علي السيد: أحكام إنقاص العقد الباطل، دار نهر النيل للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص ٩٩ وما بعدها.

(١٤٨) Ph. Simler: La nullite partielle des actes juridiques-these-paris- 1986 - P. 35 et 36-No.: 31.

يتحقق للشق الصحيح من التصرف الوجود الذاتي المستقل وينتج آثار التصرف الأصلي في حدود ما تبقى منه بعد إسقاط الشق الباطل دون تغيير، أما إذا تعذر الفصل بين شق التصرف الباطل وشقه الصحيح فعندئذ يبطل التصرف القانوني "العقد" كله، ويضرب الفقه^(١٤٩) مثلاً على ذلك، عقد البيع الذي يرد على عدة أشياء بثمان إجمالي وكان بيع أحد هذه الأشياء باطلاً، عندها يبطل البيع كله لعدم إمكانية تحديد ثمن الشيء الباطل.

ويفرّق الفقه^(١٥٠) قابلية التصرف للتجزئة، بين القابلية للتجزئة من الناحية الموضوعية، وبين قابليته من الناحية الشخصية.

وقابلية التصرف للتجزئة من الناحية الموضوعية، تشمل قابلية التصرف للتجزئة المادية البحتة، وقابليته للتجزئة من الوجهة القانونية، فإذا كان التصرف قابلاً للتجزئة المادية البحتة وغير قابل للتجزئة من الوجهة القانونية، فإن ما ينبني على ذلك بطلان التصرف.

وإننا نعني بقابلية التصرف للتجزئة المادية، أن إمكانية الفصل بين شق التصرف الباطل وشقه الصحيح قائمة، فإذا كان التصرف غير قابل للتجزئة المادية كما لو أن أحد الالتزامات التي يرتبها التصرف القانوني غير قابل للتجزئة بسبب طبيعة المحل مثلاً^(١٥١) مما يتعذر معه الفصل بين شقه الباطل وشقه الصحيح، فإن ذلك يمنع تطبيق الإنقاص. وعدم قابلية التصرف للتجزئة المادية لا يقتصر على التصرفات البسيطة، بل يتحقق أيضاً بالنسبة للتصرفات القانونية المركبة، مثل الوصايا والهبات المشتركة التي تتم في صورة تصرف

(١٤٩) Ph. Simler: op. cit. P. 338- Ne: 295et 296

(١٥٠) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٩٧ ود. عادل السيد، المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها.

(١٥١) تنص المادة (٤٤١) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يقبل التصرف التجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد العاقدین عدم جوازها"، تقابل المواد (٣٠٠) مدني مصري، (٣٣٦) مدني عراقي، (٣٦١) مدني كويتي، (٤٦٥) إماراتي.

واحد وفي سند أو محرر واحد، وكان أحد الموهوب لهم عديم التمييز بحيث يتعذر تحديد نصيبه من المال الموهوب، فلا مجال لتطبيق الإنقاص لأن التصرف يصبح باطلاً كله^(١٥٢).

في حين نعني بقابلية التصرف للتجزئة من الوجهة القانونية، أن تكون عناصر التصرف القانوني ذاتها قابلة للتجزئة، فبعض التصرفات القانونية لا تحتل بطبيعتها الإنقاص، فإذا شابها عيب جزئي امتد البطلان إلى التصرف كله وليس إلى الجزء المعيب فقط^(١٥٣).

ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها على ذلك المقايضة، فالعقد يُعدّ في هذه الحالة وفقاً لأحكام القضاء كلاً غير قابل للتجزئة، إذ لا يمكن اعتباره صحيحاً ومشروعاً بالنسبة إلى أحد طرفيه وباطلاً بالنسبة إلى الآخر^(١٥٤). والصلح كذلك فقد تتم المصالحة بالنسبة إلى عدة منازعات أو بين مجموعة من الأشخاص المتنازعين، فإذا شابت المصالحة البطلان في شق منها، فإن ذلك يعني بطلان المصالحة بكاملها، لأن الصلح لا يتجزأ^(١٥٥).

(١٥٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص ١٩٧.

(١٥٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص ١٩٧.

(١٥٤) د. إبراهيم أبو الليل: المرجع السابق، ص ١٩٨، وقد أشار إلى أحكام النقض الفرنسية نقض فرنسي اجتماعي، ١٣ نوفمبر ١٩٦٧، المجموعة ١٩٦٧، رقم ٧١٥، ص ٦٠٥، نقض فرنسي اجتماعي، ٢١ يونيو ١٩٦٩، المجموعة ١٩٦٦، رقم ٦٣١، ص ٥٢٥ ونقض فرنسي اجتماعي، ١٨ مايو ١٩٦٠، المجموعة ١٩٦٠، رقم ٥١٢، ص ٣٩٩.

(١٥٥) تنص المادة (٥٥٧) مدني مصري على أن: "١ - الصلح لا يتجزأ؛ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله. ٢ - على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض". تقابل المواد ٢٥٢ سوري، و ٥٦٠ مدني كويتي، ومع أن القانون الأردني، وسائره في ذلك الإماراتي، لم يورد نصاً مطابقاً للنص المذكور أعلاه، غير أن نصي المادتين ٦٥٣ و ٦٥٦ يتضمنان المعنى؛ حيث نصت المادة (٦٥٣) على أنه: "إذا صالح شخص على بعض العين المدعى بها أو على مقدار مما يدعيه في ذمة الآخر فقد أسقط حق ادعائه في الباقي" والمادة ٦٥٦ تنص على أنه: "يقتصر أثر الصلح على الحقوق التي تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها".

لا يكفي لتطبيق الإنقاص، قابلية التصرف القانوني للتجزئة من الناحية المادية، إذ لا بد أن يرافق ذلك قابليته للتجزئة من الوجهة الشخصية؛ أي أن يكون التصرف قابلاً للتجزئة في نية الطرفين وإرادتهما المشتركة^(١٥٦) منذ إبرام العقد، والحقيقة أن قابلية التصرف القانوني للتجزئة الشخصية ما هي إلا تعبير عن الشرط الأساسي لتطبيق الإنقاص، بمعنى ألا يكون الشق الباطل هو الشرط الدافع للتعاقد^(١٥٧).

وبالطالان الجزئي للتصرفات القانونية يستند إلى نية المتعاقدين وإرادتهما عن طريق تفسير لإرادتهما، ويعبر عن ذلك بعض الفقه بأن "كل من عدم قابلية التصرف للانقسام في نظر المتعاقدين وقصدهما والشرط أو الشق الدافع للتصرف ما هما سوى طريقتين للتعبير عن نية المتعاقدين وإرادتهما، فالشرط أو الشق الدافع هو هدف يقصده المتعاقدان، وعدم القابلية للانقسام الشخصي هي طريقة للوصول إلى هذا الهدف"^(١٥٨).

وتجد فكرة عدم قابلية التصرف للتجزئة من الناحية الشخصية، مجالها الرحب في التصرفات القانونية المركبة، فإذا كانت كل عملية قانونية يشتمل عليها التصرف القانوني المركب يمكن أن يكون لها كيانها الذاتي المستقل عن باقي العمليات القانونية المحررة في التصرف المركب إذا ما تم إبطال إحدى هذه العمليات القانونية وتعذر فصلها عن باقي العمليات^(١٥٩).

على أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد يتدخل ويفرض البطلان الكلي أو الجزئي للتصرف دون مراعاة لنيتي المتعاقدين وإرادتهما، حماية للنظام العام

(١٥٦) Ph. Simler: op. cit. P. 361-No.: 297.

و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(١٥٧) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(١٥٨) Ph. simler: Op cit. P. 315 No: 295.

(١٥٩) د. عادل السيد: المرجع السابق، ص ١٢٥ و ١٢٦، و د. إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها.

الاقتصادي والاجتماعي، وبذلك يكون الإنقاص مفروضاً وضرورياً^(١٦٠)، من ذلك مثلاً ما يفرضه المشرع كحد أقصى لسعر الفائدة.

وبالنظر إلى التعهد بنقل ملكية عقار، نجد أنه وإن كان هذا التصرف القانوني تمهيداً لعقد بيع العقار المزمع إبرامه، ولا يمكن اعتباره بأي حال عقد بيع، نراه قابلاً للتجزئة من الناحيتين الموضوعية والشخصية.

فمن الناحية الموضوعية وفي جانبها المادي - وحتى في نظر الذين يرون التعهد مرتبطاً بعقد البيع - يكون التعهد قابلاً للتجزئة؛ إذ يمكن بسهولة فصل الشق الباطل عن الشق الصحيح، ما دام المشرع رتب التعويض على من يُخلّ من الطرفين بالتعهد سواء اشترط أم لم يشترط؛ أي أن المشرع في نص المادة (١١٢٧ م.ع) والمادة (١١٤٩ م.أ) رتب حقاً شخصياً للمتضرر عن الإخلال بالتعهد، وأبطل الشق المتعلق بالحق العيني، وهو نقل الملكية لاشتراطه الشكل في الالتزام الأخير، كما أن التعهد قابل للتجزئة من الناحية القانونية؛ إذ اعتبر المشرع التعهد تصرفاً قانونياً له كيان ذاتي مستقل عن عقد البيع، فمحل التعهد هو القيام بعمل سواء أكان مقتضاه الوفاء بالتزام نقل الملكية، أم الذهاب إلى دائرة التسجيل المختصة لتنظيم عقد البيع والفراغ عن المبيع، في حين أنّ عقد البيع محله العقار موضوع العقد، ومن ثم، فإن تخلف الشكل يعتبر جزئياً فقط وبحدود الشق الأخير، ولا يستطيل إلى الشق الأول، فبطلان التصرف عندئذ يقتصر على التصرف الذي تخلف عنه الشكل، في حين يبقى صحيحاً في شقه الأول "التعهد"، فاقتضاء الحق الشخصي لا يتطلب الشكل.

ومن الناحية الشخصية، وعلاوة على أن المشرع قصر حق المتضرر بالتعويض فقط، وليس له حق المطالبة بالتنفيذ العيني، فإن التعهد باعتباره تصرفاً قانونياً قابلاً للتجزئة بقصد عاقيه وإرادتهما؛ ذلك أن المتعاقدين عندما اتفق أحدهما على بيع الآخر قطعة أرض ما لقاء ثمن معلوم قررا تنظيم اتفاقية تعهد بينهما ريثما يقوم المشتري - غالباً - بالكشف على العقار وتفقد صحيفة

العقار فيما إذا كان مثقلاً بتأمينات عينية أو لدفع الضرائب المستحقة وما إلى ذلك، وارتضى كل منهما في حالة الامتناع عن إتمام معاملة البيع دفع التعويض المقدر إن كان كذلك، أو التعويض القضائي، فإن ما يبني على ذلك أن نية المتعاقدين وإن انصرفت ابتداء إلى عقد بيع العقار، انصرفت أيضاً إلى هذا التعويض في حالة الإخلال بالالتزام الذي فرضه التعهد؛ أي أن نيتيهما وإرداتيهما المشتركة انصرفت أيضاً إلى التعويض في الوقت الذي تم فيه تنظيم التعهد؛ أي أن المتعاقدين يريدان هذا التصرف لو علما بأن العقد المتعلق بالتنفيذ العيني باطل^(١٦١).

وحتى تبدو الصورة أكثر وضوحاً نقول: إن المشرع الأردني ساير المشرع العراقي في اعتبار التصرفات العقارية شكلية؛ أي أن التسجيل في التصرفات العقارية، ركن انعقاد، والتعهد بنقل ملكية عقار ما دمنا اعتبرناه تصرفاً قانونياً، فلماذا نعتبره تصرفاً صحيحاً وملزماً؟

إجابة عن ذلك نقول: إن الشكل يعتبر في نظر القانون الحديث استثناء يجب عدم التوسع فيه أو القياس عليه، اعتداداً بمبدأ سلطان الإرادة، والمشرع العراقي وبعده المشرع الأردني وبنص القانون اعتدلاً بإرادة طرفي التعهد واقتصر أثر الإخلال بهذا التعهد على التعويض، في حين أبطل الشق المتعلق بالحق العيني، مما ينبغي معه القول استبعاد ضرورة توافر الشكل في التعهد.

ثانياً - عدم جوهرية الشق الباطل باعتباره ليس دافعاً للتعاقد:

ترجع فكرة الشرط الدافع إلى التعاقد إلى القضاء الفرنسي للتخفيف من حدة ووطأة الحلول التي نصت عليها المادتان ٩٠٠ و ١١٧٢ من القانون المدني الفرنسي، فالمادة (٩٠٠) قررت أن بطلان الشروط الملحقة بالتبرعات لا يؤثر فيها، فتبطل الشروط وتبقى التصرفات صحيحة، والمادة (١١٧٢) عكسها

(١٦١) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٥٠٢.

حيث رتبت على بطلان الشروط الملحقة بعقود المعاوضة بطلان العقود معها. ونتيجة الحلول الضيقة التي تبناها نصا المادتين المذكورتين، بدأ كل من القضاء والفقه الفرنسي بتضييق نطاق حكم هاتين المادتين عن طريق نظريتي السبب والغلط^(١٦٢).

ويوضح بعض الفقه هذه الفكرة بقوله: "والواقع أن فكرة الشق أو الشرط الدافع باعتبارها معياراً للإلحاق، ما هي إلا تعبير عن قصد المتصرف ونيته في جعل شرط أو (شق) في التصرف ذات أهمية خاصة لديه، هذه الأهمية لا تصل إلى حد اعتبار هذا الشرط أو الشق هو الباعث إلى تصرفه؛ أي سبباً لهذا التصرف، والتي يبرز بينها واحد فقط - ليس الشرط - ليكون السبب في التصرف. ومن هنا كان ارتباط الشق أو الشرط الدافع بنظرية السبب، فكلاهما يعد تعبيراً عن نية المتصرف وقصده؛ أي إرادته، وإلى هنا يقف التشابه بين الشق أو الشرط الدافع ونظرية السبب، أي السبب باعتباره باعثاً"^(١٦٣).

وعليه فإن فكرة الشرط الدافع ليست إلا تعبيراً عن مبدأ استقلال الإرادة من حيث تأثيره في مدى بطلان التصرف القانوني^(١٦٤).

ولقد عبرت التقنيات المدنية العربية عن الشرط الدافع بصور مختلفة؛ فالمشرع المصري عبر عنه في المادة (١٤٣) بأنه الشق الذي دونه ما كان ليتم العقد، في حين عبر عنه المشرع الكويتي في المادة (١٩٠) بأنه الشق الذي دونه ما كان أحد المتعاقدين ليبرم العقد، أما المشرع الأردني والمشرع العراقي فلم يوردا نصاً مشابهاً في القانون المدني، ولكن يمكن قبول الشرط الدافع وفقاً للقواعد العامة في التقنين الأردني والتقنين العراقي.

(١٦٢) للمزيد من التفاصيل: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها، والمراجع والأحكام التي أشار إليها، ود. عادل حسن السيد، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها والمراجع والأحكام التي أشار إليها.

(١٦٣) د. إبراهيم أبو الليل: المرجع السابق، ص ٢١٢.

Simler: Op.cit: P. 341-No.: 281.

(١٦٤)

وإذا كانت النصوص لا تشير إلى الشرط الدافع للتعاقد إذا ما كان جوهرياً للمتعاقدين فهل يكفي أن يكون شرطاً دافعاً لأحدهما؟

هذا التساؤل لا يثار ابتداء إلا في العقود الملزمة للجانبين، وقد أوضح النص في القانون المدني الكويتي (م ١٩٠) الاكتفاء بإرادة أحد المتعاقدين، وهو ما قيل بصدد القانون المدني المصري، إذ يكفي أن يكون الشرط الباطل دافعاً للتعاقد في قصد وإرادة أحد المتعاقدين فقط، فمن الناحية العملية نجد أن مصلحة طرفي العقد تتوافق بخصوص بطلان الشرط فبينما يكون من مصلحة الطرف الضعيف إبطال العقد كله، مما يتعذر معه في أغلب الحالات تطلب أن يكون الشق الباطل دافعاً للتعاقد بالنسبة إلى المتعاقدين^(١٦٥).

وإثبات عدم جوهريّة الشق الباطل، لا تخرج عن قواعد الإثبات بصفة عامة، فإذا افترض النص القانوني عدم جوهريّة الشق الباطل، فعلى من يدعي عكس ذلك إثباته. ولكن يوجد لهذه القاعدة استثناءات تتمثل في الحالات التي ورد فيها نص صريح في العقد يمنح الفريقين الحق بتعيين الشرط الذي يعد جوهرياً دافعاً للتعاقد، ولهذا اقترح بعض الفقه افتراض الصفة الجوهريّة الدافعة للتعاقد بالنسبة إلى بعض الشروط، نظراً لصعوبة الإثبات في هذا المجال، ففي عقد الصلح مثلاً قيل إن وراء عدم قابلية عقد الصلح للتجزئة وجود قرينة بسيطة على الصفة الجوهريّة الدافعة للشرط الباطل الذي يتضمنه^(١٦٦).

وبتطبيق هذا الشرط على التعهد بنقل ملكية عقار، نتساءل هل يعتبر التصرف الناقل للحق العيني شرطاً دافعاً للتعاقد وفق المفهوم الذي بيّناه؟

(١٦٥) د. إبراهيم أبو الليل: المرجع السابق، ص ٢٢٠ ود. عادل السيد: المرجع السابق، ص ١٠٨ و ١٠٩

Mazeud (H.L.J.): leçons de droit civil-T.3: No: 1649 (١٦٦)

وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر د. إبراهيم أبو الليل: المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.

ابتداء نقول: إن الغاية من تنظيم التعهد كاتفاق تمهيدي هي الوصول لعقد البيع؛ أي أن الشرط الدافع للتعاقد هو الوصول إلى هذه المرحلة، ولكن المشرع وفي المادة (١١٤٩ م.أ) فصل بين التصرف المنشئ للحق الشخصي المتمثل بالتعويض والتصرف الناقل للحق العيني؛ أي أنه لم يربط التزاماً بضرورة نقل الملكية، ولكن في الحالة التي يمتنع فيها تنفيذ هذا الالتزام يصار إلى المطالبة بالتعويض، ونعتقد بأن المشرع أجاز التعويض ضماناً للوصول إلى الغاية النهائية التي أرادها المتعاقدان، وهذا ما يطابق إرادتهما في حال الامتناع عن تنفيذ الالتزامات التي رتبها التعهد، كما أسلفنا.

وفي ضوء ذلك نرى أن التعهد باعتباره تصرفاً قانونياً فيه شرطان دافعان للتعاقد؛ أحدهما شرط بعيد نسبياً وهو نقل الملكية، وهذا لا يتأتى إلا أمام دائرة تسجيل الأراضي المختصة، وشرط آخر قريب نسبياً أيضاً هو التعويض في حالة الإخلال بالتعهد من قبل أحد الطرفين.

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن التعهد بنقل ملكية عقار، ما هو إلا تصرف قانوني يتكون من شقين: الشق الأول المتعلق بالتصرف الناقل للحق العيني، وهو شق باطل لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون في التصرفات العقارية، والشق الثاني المتعلق بالتصرف المنشئ للحق الشخصي وهو صحيح وملزم، وبناء عليه نقول: إن التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧ م.ع) والمادة (١١٤٩ م.أ)، ما هو إلا تطبيق تشريعي لنظرية البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية المنصوص عليها في المادتين (١٣٩ م.ع) و (١٦٩ م.أ).

الخاتمة

بعد أن استعرضنا في ثنايا هذا البحث موقف الفقه والقضاء في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني على اعتبار أن المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي هي الأصل لنص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني، فقد توصلنا إلى النتائج التالية:

أولاً: على الرغم من أن الفقه لم يتفق على بيان ماهية التعهد وتحديد عناصره، فإن هناك شبه إجماع، إن لم يكن إجماعاً على أن من حق المتضرر اقتضاء التعويض المنصوص عليه في المادتين محل البحث باعتباره حقاً شخصياً.

ثانياً: أن الفقه أيضاً لم يتفق على الأساس القانوني للتعويض، فذهب جانب إلى أن أساسه الفعل الضار، في حين ذهبت الأغلبية إلى أن أساسه التعهد، باعتباره عقداً صحيحاً وملزماً، وهو عقد غير مسمى. وقد أيدنا التوجه الأخير تأسيساً على مبدأ حسن النية، ونية المتعاقدين وإرادتهما من جهة، ونظرية البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية من جهة أخرى.

ثالثاً: أن اجتهاد محكمة التمييز الأخير المتعلق بعدم الاعتراف بأي قوة إلزامية للتعهد بنقل ملكية عقار ما دام لم يستوف الشكل المطلوب لقيامه، فيما نراه، لا يتفق والقواعد القانونية المنصوص عليها في القانون المدني. فالشكل في القانون الحديث له وظيفة إقرارية مظهرية بحتة فقط، ما دام هناك اتفاق بين الطرفين على المسائل الأساسية للتعهد وفق أحكام المادة (١٠٠) من القانون المدني. كما أن قياس التعهد على الوعد بالعقد قياس مع الفارق، فهما يختلفان من حيث الالتزامات التي يترتبها كل منهما على الطرفين، كما أن النص على التعهد جاء في الفصل المتعلق بأسباب كسب الملكية على خلاف الوعد الذي ورد النص عليه في باب العقد. وهذا يعني أن القواعد العامة في العقود تسري على الوعد ولكنها لا تسري بالضرورة على التعهد وفقاً لأحكام المادة (٨٩) من قانوننا المدني.

رابعاً: في ضوء الخلاف الفقهي والقضائي اللذين عرضنا لهما، أمكننا القول: إن المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني التي لم تفرض الشكل للتعهد، فإنه - كحد أدنى - يثير شكاً، فيما إذا كان مثل هذا الشكل متطلباً لقيامه أم لا، وفي هذه الحالة لا بد من إسقاط الشكل وبقاء التصرف قائماً صحيحاً. وقد أكدت ذلك بعض التشريعات، ومنها القوانين الجرمانية والقانون المدني الكويتي في المادة (٦٧).

خامساً: لقد عرضنا لمبدأ حسن النية وبيّنا بشكل موجز أثره في المفاوضات بشكل خاص، وهي من المراحل السابقة على التعاقد، بل تعتبر أولها، إذا ما أخذنا بنظرية العقد التدريجي، وتوصلنا إلى أنه طبقاً لهذا المبدأ تقوم مسؤولية من أحدث الضرر نتيجة قطع المفاوضات بصورة تعسفية، أو نتيجة عدم الاستقامة والنزاهة، ولا سيما إذا وصلت المفاوضات إلى حد الاتفاقات المؤقتة أو الجزئية، وتكون هذه المسؤولية "مسؤولية عقدية"، والتعهد بنقل ملكية عقار - كما أوضحنا - هو صورة متقدمة بالنسبة إلى المفاوضات؛ بمعنى أن المفاوضات تحتاج إلى فترة حتى تصل إلى مرحلة الاتفاق بين الطرفين كما في حالة التعهد، فمن باب أولى أن تكون مسؤولية الإخلال بهذا التعهد مسؤولية عقدية.

سادساً: لقد رأينا في النص المتعلق بالتعهد بنقل ملكية عقار، الفصل بين شقين، شق منشئ للحق الشخصي وهو المتعلق بالتعويض، صحيح وملزم ناشئ عن عقد غير مسمى، وشق آخر ناقل للحق العيني، وهذا الشق هو الذي ينقصه الشكل، مما يؤدي إلى بطلانه. ومن هنا رأينا أن نظرية البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية هي الأساس القانوني للتعهد بنقل ملكية عقار.

سابعاً: في ضوء ما أوردناه، فإننا نشاطر الشراح الذين أشاروا إلى أن نص المادة (١١٤٩) يعد هفوة من هفوات المشرع، نأمل في إلغائها أو على أقل تقدير تعديل نصها بحيث ينسجم مع باقي النصوص المتعلقة بالتصرفات العقارية القابلة للتنفيذ عيناً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،

الرموز والمختصرات

- ١ - م.أ: القانون المدني الأردني.
- ٢ - م.ع: القانون المدني العراقي.
- 3 - Rev. trim. dr. : Revue trimestrielle de droit civil.
- 4 - BGH : Bundesgerichtshof.
- 5 - N.J.W. : Neue Juristische wochenschrift.
- 6 - C.L.R. : Commonwealth Law Reports.
- 7 - Harv. L. Rev. : Harvard Law Review.
- 8 - Op. cit. : Opus. Citus (Reference precitee).

ثبت المصادر والمراجع

أولاً - الكتب ورسائل الدكتوراه:

أ- باللغة العربية والمعرّبة:

- ١ - إبراهيم، محمد محمود: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.
- ٢ - الأهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.
- ٣ - الأهواني، حسام الدين: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٩.
- ٤ - أبو عافية، محمود: التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٧.
- ٥ - أبو ستيت، أحمد: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤.
- ٦ - أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- ٧ - البكري، عبد الباقي: شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث في أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١.
- ٨ - بنت، آلان بينا: القانون المدني: العقود الخاصة المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- ٩ - الجبوري، ياسين محمد: المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول،

- مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- ١٠- الجمال، مصطفى أحمد: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ١١- الحكيم، عبد المجيد: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني في أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، ١٩٧٧.
- ١٢- الحكيم، عبد المجيد: الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، المجلد الأول، في العقد، القسم الأول: التراضي، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
- ١٣- حيدر، شاكِر ناصر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
- ١٤- حيدر، شاكِر ناصر: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول في حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.
- ١٥- حيدر، شاكِر ناصر: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة أسعد، بغداد، ١٩٧١.
- ١٦- الدحدوح، سالم حماد: الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- ١٧- درادكة، فؤاد صالح: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، مطابع دار الشعب، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
- ١٨- الذنون، حسن: شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٣.
- ١٩- الذنون، حسن: أحكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٢.

- ٢٠- الذنون، حسن: المبسوط في المسؤولية المدنية، ١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١.
- ٢١- الزعبي، عوض: أصول المحاكمات المدنية: دراسة مقارنة، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
- ٢٢- الزعبي، محمد يوسف: العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
- ٢٣- السرحان، عدنان إبراهيم. وخاطر، نوري حمد: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ٢٤- سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧.
- ٢٥- السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢.
- ٢٦- السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- ٢٧- سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، ٢، أسباب كسب الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
- ٢٨- السيد، عادل حسن: أحكام إنقاص العقد الباطل، دار نهر النيل للنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- ٢٩- الشامسي، جاسم: عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٩٨/١٩٩٧، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ٣٠- الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.

- ٣١- صاوي، أحمد السيد: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ٣٢- الصراف، عباس: شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦.
- ٣٣- طه، غني حسون: الوجيز في العقود المسماة: عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٣٤- العامري، سعدون: الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، في البيع والإيجار، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧٤.
- ٣٥- عبد العال، محمد حسين: التنظيم القانوني للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٣٦- عبد الفتاح، عزمي: أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ٣٧- العبيدي، علي هادي: الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ٣٨- غستان، جاك: المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ٣٩- غستان، جاك: المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ٤٠- الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩١.
- ٤١- الفتلاوي، صاحب: تحول العقد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

- ٤٢- القضاء، مفلح: أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٤.
- ٤٣- لطفي، محمد حسام: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٤٤- مبارك، سعيد عبد الكريم: موجز أحكام القانون المدني الأردني: الحقوق العينية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٩٩٦.
- ٤٥- مرقس، سليمان: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦.
- ٤٦- مصطفى، حامد: القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الملكية وأسبابها، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣.
- ٤٧- مصطفى، حامد: الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، معهد الدراسات العربية العالية، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦٤.
- ٤٨- منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ٤٩- نجيدة، علي: النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٩٣/١٩٩٤.
- ٥٠- هوييه، جيروم: العقود الرئيسية الخاصة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- ٥١- الوندائي، كمال ثروت: شرح أحكام عقد البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.
- ٥٢- يحيى، عبد الودود: دروس في قانون الإثبات، بدون دار نشر، الطبعة: بدون.

ب - باللغة الفرنسية:

- 1 - Colin et Capitant: Cours elementaire de droit civil Francais - T.2:- Pairs - 1942.
- 2 - Larroumet (Ch.): Droit Civil - Tome III - Economica-1990.
- 3 - Malurie et Aynes: Les contrats speciaux- ed. 1991.
- 4 - Mazeaud (H.L.J.): Lecons de droit civil - T: 3.
- 5 - Mazeaud (H.L.J.): et Tunc: Traite de la responsabilite civile- T: 1- ed - 1965.
- 6 - Mousseron (J.M.): La duree dans la formation des contrats; Melanges Juffaret, 1974.
- 7 - Simler (philippe): La nullite partielle des actes Juridiques - these - Paris - 1986.

ج - باللغة الإنكليزية:

- EBKE (Werner F.) & Steinheuer: The Doctrine of Good Faith in German law, in Good Faith and Fault in Contract law - Ed. Beatson (J.) and Friedmann-Clarendon press - Oxford 1995.

د - باللغة الألمانية:

- Jhering (R. von): Clup in contrachendo schadenersatz bei nichtigen order nicht zur perfektion gelangten vertragen - Jherjb 4 (1861).

ثانياً - الأبحاث والمقالات:

أ - باللغة العربية:

- ١ - الأهواني، حسام الدين: المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة ٣٨، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٦.
- ٢ - خاطر، صبري: تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بتعهد نقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، المجلد السادس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٧.
- ٣ - درادكة: فؤاد صالح: العربون، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثامنة والعشرون، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ديسمبر ٢٠٠٤.

- ٤ - سوار، محمد وحيد الدين: آثار عقد البيع غير المسجل، تم إصدار طبعة جديدة لهذا البحث بإشراف المحامين الأستاذين: محمد المناجرة وجمال مدغمش، ١٩٩٨.
- ٥ - الصراف، عباس: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، دراسة مقارنة، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٦. والعدد الأول، السنة الثانية، ١٩٧٧.
- ٦ - طه، غني حسون: التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مارس، ١٩٨٤.
- ٧ - الناهي، صلاح الدين: أحكام الالتزام (دراسة تحليلية موازنة)، ملحق الأبحاث (١٩)، تصدره نقابة المحامين الأردنيين، عمان، كانون الأول، ١٩٨٥.
- ٨ - نصير، يزيد أنيس: مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، مجلد (٩)، عدد (٣) لعام ٢٠٠٣.
- ٩ - نصير، يزيد أنيس: مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول، نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، مجلد (٧)، عدد (٣) لعام ٢٠٠١.
- ١٠ - النكاس، جمال فاخر: العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، مارس، ١٩٩٦.

ب - باللغة الفرنسية:

- 1 - Mestre (J.): L'exigence de bonne foi dans La conclusion du contrat. Rev. trim. dr. 1989.
- 2 - Najjar (I.): L'accord de principe- Dalloz- 1991 - XIII.
- 3 - Schmidt (J.): La sanction de La faute pricentractuelle. Rev. trim. dr. 1974.

ج - باللغة الإنجليزية:

- Feinman: Promissory Estoppel & Judicial Method. Harv. L. Rev. 1984.

ثالثاً - مجموعات الأحكام:

- ١ - قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة، ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١.
- ٢ - القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، بغداد، ١٩٦٢، الأستاذ سلمان بيات.
- ٣ - المبادئ القضائية، القسم المدني، بغداد، ١٩٥٧. الأستاذ عبد الرحمن العلام.
- ٤ - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، بغداد، ١٩٨٨، الأستاذ إبراهيم المشاهدي.
- ٥ - مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السادسة، بغداد، ١٩٧٥، تصدر عن قسم الإعلام القانوني، وزارة العدل في العراق.
- ٦ - مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة التاسعة، بغداد، ١٩٧٨، تصدر عن قسم الإعلام القانوني، وزارة العدل في العراق.
- ٧ - مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة، ٢١، بغداد، ١٩٦٦.
- ٨ - المجلة القضائية، يصدرها المعهد القضائي الأردني، وزارة العدل، عمان.
- ٩ - مجلة نقابة المحامين، تصدرها نقابة المحامين في الأردن، عمان.
- ١٠ - المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين، عمان، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
- ١١ - النشرة القضائية: يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية، العدد الثاني، السنة الرابعة، (نيسان، مايس، حزيران)، ١٩٧٣.
- ١٢ - النشرة القضائية: يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقي، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠.