مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: تأثير الشكلية على الوجود القانوني للوعد بالتعاقد (دراسة تطبيقية للوعد ببيع العقار)
اسم الكاتب: أ.م.د سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/486
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 09:26 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

تأثير الشكلية على الوجود القانوني للوعد بالتعاقد
(دراسة تطبيقية للوعد ببيع العقار)

أ.م. د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي
كلية القانون (الفلوجة) / جامعة الأنبار

ABSTRCT

Iraq civil condition to conclude the promise contract must be involve the Same formal which demand to conclude the original contract which Promise it . but the problem appeared in practise when the demeand Formal is official formal because the official officer ask to establish The formal before it will ban to make this formal (as registration) ،so The promise will not be conclude because one element to promise not Establish . so. how will be balance between the practice and the law Govern ?

This will be attempt to answer through this research.

الملخص

اشترط القانون المدني العراقي لأجل انعقاد الوعد بالتعاقد إن تتحقق فيه نفس الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد الأصلي الموعد به . لكن تظهر المشكلة في الواقع العملي عندما تكون الشكلية المطلوبة شكلية رسمية ، لأن الدوائر الرسمية المطلوب استيفاء الشكلية أمامها تمتنع عن إجراء هذه الشكلية (كالتسجيل) وبالتالي لا ينعقد الوعد لتخلف ركن من أركانه خاصةً بالنسبة للوعد ببيع العقار . فكيف إذن يتم التوفيق بين هذا الواقع العملي وبين حكم القانون ؟ هذا ما نحاول الإجابة عنهُ من خلال هذا البحث.

المقدمة

أولا : أهمية الموضوع وسبب اختياره:

قد يسبق إبرام العقد وصيرورته عقداً باتاً مرحلة تمهد لإبرامه هي مرحلة الوعد بالتعاقد. فالوعد بالتعاقد ما هو إلا عقداً يمهد لإبرام عقد في المستقبل ، إذ بالرغم من أن التعاريف المتعددة التي ساقها الفقه للوعد بالتعاقد مختلفة في الألفاظ إلا أنها متفقة على أن الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم به احد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل أذا ما أبدى الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة في الوعد. والوعد بالتعاقد وإن لم يكن هو العقد المقصود لذاته إلا انه يتمتع بأهمية لا تقل عن أهمية العقد الأصلي الموعود بإبرامه ، فهو مهم

وضروري لمعاملات كثيرة ، كونه يسهل وييسر لكثير من الناس الحصول على ما يحتاجون إليه بعد فترة معينة يمكن خلالها توفير الثمن أو تحقق الحاجة المرجوة من الشيء الموعود به . ولذلك اهتم القانون المدني العراقي والقانون المدني المقارن بتنظيم الوعد بالتعاقد(1) ورغم ذلك لم يحضَ موضوع الوعد بالتعاقد بالاهتمام الكافي من قبل الباحثين.

ولن نبحث الوعد بالتعاقد بكل تفصيلاته لأن ذلك لا يمكن الإلمام به في بحث واحد بل سوف نركز على بحث ركن واحد من أركان الوعد بالتعاقد هو ركن الشكلية لما يثيرهُ في الواقع العملي من إشكاليات تحول في بعض الأحيان دون انعقاد الوعد بالتعاقد.

ثانيا :ـ مشكلة البحث:

الأصل في العقود الرضائية، أي إن العقد ينعقد بارتباط إرادة الإيجاب مع إرادة القبول ارتباطاً متطابقاً على الأقل في المسائل الجوهرية للعقد ، مع استيفائهما لشروطهما القانونية من حيث صدور كل منهما عن شخص يتمتع بأهلية الأداء المطلوبة حسب نوع التصرف القانوني المراد إبرامهُ وخلوهما من عيوب الإرادة (الإكراه ، الغلط ، التغرير مع الغبن ، الاستغلال) . لكن أحياناً لايكفي وجود الرضا وبرائتهُ من العيوب وتعلقهُ بمحل موجود وقابل للتعامل ووجود باعث مشروع ، لا يكفي كل ذلك لأنعقاد العقد بل لابد من إستيفاء الشكلية التي فرضها القانون كركن لأنعقاد العقد لا مجرد وسيلة أو شرط لإثباتهِ . وبعبارة أخرى لا بد من أن يُعبر عن الإرادة بالشكل الذي حدده القانون والذي لا يمكن استبدالهُ بشكل آخر.

وبما أن الوعد بالتعاقد ما هو إلا عقد فهو كسائر العقود الرضائية يقوم على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب مع اشتراط المشرع بخصوص التراضي أن ينصب تطابق الإرادتين (إرادة الإيجاب وإرادة القبول) على المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه في المستقبل (المادة 91/ ف 1 مدني عراقي) كالثمن والمبيع إذا كان العقد الموعود بإبرامه بيعاً ، بالإضافة إلى الشروط المحددة بموجب القواعد العامة .وبالإضافة إلى هذه الأركان الثلاثة والتي هي أركان عامة لسائر العقود ، نص المشرع على ركنين خاصين لعقد الوعد هما : ركن المدة (المدة التي يجب إبرام العقد النهائي الموعود به خلالها) ، وركن الشكلية . وهذا الأخير استلزمهُ المشرع عندما يكون العقد الموعود بإبرامهِ شكلياً . أي أن عقد الوعد يصبح عقدا شكيا إّذا كان العقد الأصلي (الموعود به) عقداً شكلياً حيث أن القانون اشترط لكي ينعقد الوعد أن يتخذ نفس الشكل المطلوب لانعقاد العقد النهائي الموعود به (المادة 91/ ف 2 مدني عراقي)، وإذا كانت الأركان الأربعة (التراضي ، المحل ، السبب ، المدة) لاتثير أشكالاً ، فأن ركن الشكلية يثير إشكالاً ، وخاصةً إذا كانت الشكلية المطلوبة لإبرام عقد

معين شكلية رسمية أي أذا اشترط المشرع لأنعقاد عقد معين استيفاء صيغة وإجراءات معينة تتم على يد موظف مختص في دائرة من دوائر الدولة ، فأنه استناداً إلى نص القانون يجب توافر نفس هذه الشكلية في الوعد بإبرام هذا العقد . لكن من الناحية العملية هل بالفعل يمكن استيفاء هذه الإجراءات الرسمية بالنسبة للوعد بالتعاقد أم أن هناك ما يحول دون ذلك ؟ الجواب أن هناك في الواقع العملي في العراق ما يحول دون ذلك، لان الدوائر الرسمية المطلوب استيفاء الشكلية إمامها تمتنع عن إجراء هذه الشكلية (كالتسجيل) وبالتالي لا ينعقد الوعد لتخلف ركن من أركانهُ خاصةً بالنسبة للوعد ببيع العقار . الأمر الذي يؤدي إلى القول باستحالة إبرام وعد محلهُ إبرام عقد شكلي في المستقبل . فكيف إذاً يتم التوفيق بين هذا الواقع العملي وبين نص المادة(91/ ف2) مدني عراقي الذي استلزم أن يُراعى في عقد الوعد نفس الشكل المطلوب لانعقاد العقد الأصلي؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عنهُ من خلال بحث تأثير الشكلية عن الوجود القانوني للوعد بالتعاقد وسنختار كتطبيقي عملي لهذا التأثير الوعد ببيع العقار.

ثالثاً : منهج البحث

اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن. إذ سنقف بالتحليل الدقيق على نصوص القانون وآراء الفقه وأحكام القضاء بخصوص هذا الموضوع . وستكون المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وبقية القوانين المدنية العربية كلما تيسر الحصول على المصادر الخاصة بشرحها.

رابعاً :خطة البحث:

من اجل الوقوف على تأثير الشكلية على الوجود القانوني للوعد بالتعاقد وبالذات الوعد بيع العقار والإلمام به على نحو الذي يكفل توضيح حقيقتهُ ، والوقوف على موقف القانون والفقه والقضاء في هذا الموضوع ، فأننا قسمناهُ إلى ثلاثة مباحث .خُصص المبحث الأول منها لموقف القانون المدني العراقي والقانون المقارن من وجود وعد ببيع العقار . أما المبحث الثاني فقد كرسناهُ لبحث موقف الفقه من انعقاد الوعد ببيع العقار بذات الشكلية اللازمة لانعقاد العقد الأصلي. وتناولنا في المبحث الثالث موقف القضاء من اتخاذ الوعد ببيع العقار ذات الشكلية اللازمة لانعقاد العقد النهائي . لكن قبل كل ذلك كان ينبغي الوقوف على ماهية الشكلية والتي يُبحث تأثيرها على انعقاد ووجود الوعد بالتعاقد ، وهو ما خُصص له المبحث التمهيدي.

وعليه كانت خطة البحث على النحو الأتي.

المبحث التمهيدي: ماهية الشكلية

المبحث الأول : موقف القانون المدني والقانون المقارن من وجود وعد ببيع العقار .

المبحث الثاني: موقف الفقه من انعقاد الوعد ببيع العقار بذات الشكلية اللازمة لانعقاد العقد الأصلي.

المبحث الثالث: موقف القضاء من اتخاذ الوعد ببيع العقار ذات الشكلية اللازمة لأنعقاد العقد الأصلي.

ثم ختمنا البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات التي تمخض عنها البحث.

المبحث التمهيدي ماهية الشكلية

تقتضي الإحاطة بماهية الشكلية الوقوف أولاً على مفهومها ثم بيان أنواعها . وهو ما نبحثه في المطلبين الآتيين:ـ

المطلب الأول:ـ مفهوم الشكلية

للشكلية معنى لغوي يختلف عن معناها القانوني . مما يقتضي البدء بالمفهوم اللغوي للشكلية ثم الانتقال إلى تحديد مفهومها وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولاً : معنى الشكلية لغةً

الشكلية مشتقة من الشكل . والشكل بالفتح المِثْل والجمع (إشكال) و(شُكُول) . يُقال هذا أشكل بكذا أي أشبه . وقوله تعالى (قل كُلٌ يَعمل على شاكلتهِ .....) (الإسراء: 84) أي على جَديلتهِ وطريقتهِ وجهتهِ. والإشكال العقال والجمع شكُلٌ . وفي الحديث (إن النبي (صلى الله عليه وسلم) كره الإشكال في الخيل) وهوان تكون ثلاث قوائم محجلة وواحدة مطلقة وثلاث قوائم مطلقة وواحدة محجلة ولا يكون الشِكال إلا في الرجل، والفرس مشكول وهو مكروه . وأشُكُل الأمر التبس. وشَكلَ الطائر والفرس من باب نصر وكذا شكلَ الكتاب أذا قيدهُ بالإعراب ويُقال أيضا ً أشكلَ الكتاب كأنه أزالَ به إشكالهِ والتباسه . والمُشاكلة الموافقة والتشاكُل مثله(2).

والشكلِ بالكسر: الدلُّ يقال امرأة ذات شكل . والإشكال من الشاة الأبيض الشاكلة والأنثى شكلا بينة الشكل (3) وقد يراد بالشكل هيئة الشيء وصورته ويقال مسائل شكلية يهتم فيها بالشكل دون الجوهر(4).

ثانياً : المفهوم القانوني للشكلية

يختلف مفهوم الشكلية في القوانين القديمة . عن مفهومها في القوانين الحديثة وعليه ولأجل تحديد المعنى القانوني للشكلية فأننا سوف نبحث مفهوم الشكلية في القانون الروماني باعتباره من القوانين القديمة، ثم نوضح الشكلية في القوانين الحديثة .

وذالك على النحو الأتي :

أ ـ مفهوم الشكلية في القانون الروماني :

كانت الشكلية في القانون الروماني عبارة عن مجموعة من الإجراءات والطقوس التي يقررها القانون والتي يرتب على مباشرتها أثراً قانونياً معيناً من قيام عقد أو انهائهِ أو انتقال ملكية أو الانتفاع به.

كان المبدأ في القانون الروماني هو((أن الأنفاق المجرد لانتشأ عنه دعوى)) أي لايتولد عنه حق . ولذلك أنطبع هذا القانون بطابع

خاص من الشكلية التي سادت كل أنظمة القانون سواء ما تعلق منها بالأسرة والأشخاص أم بالملكية و الحقوق والالتزامات(5).

فلم يكن مبدأ الرضائية أصلاً من أصول هذا القانون لأن الإرادة كانت عاجزة عن أنشاء التصرف القانوني أو تحديد آثاره وشروطه ، إلا إذا تم التعبير عنها طبقاً للأوضاع والطقوس التي حددها القانون.

وان أي مساس بمراسيم الشكلية يجعل العقد باطلاً منعدم الأثر. فعلى سبيل المثال لم يكن بوسع العاقد أن يكتسب ملكية الشيء إلا بعد اللجؤ إلى إحدى الطرق الآتية(6).

1ـ طريقة التصرف بالسبيكة والميزان :ـ

حسب هذه الطريقة يحضر طرفي العقد وخمسة من الشهود الرومانيين الذكور البالغين ويتم إحضار ميزان وعامل للميزان والشيء المطلوب بيعه إذا كان منقولاً ثم تبدأ بقية المراسيم يقبض المشتري على الشيء المبيع ثم يُردد الألفاظ الرسمية بقوله (أن هذا الشيء لي بموجب الحقوق الوطنية الرومانية) ثم يضيف جملة رسمية أخرى بخصوص سبب الملكية مثل الشراء إذا كان السبب شراءً .

2ـ طريقة الصورية أو التنازل أمام القضاء :ـ

يحضر العاقدان أمام القاضي ويقبض المشتري على الشيء بيده ويقول أن هذا الشيء لي بمقتضى الحقوق الوطنية الرومانية . ثم يسأل القاضي البائع بقوله : هل لك اعتراض ، فأن وافق يُلحق القاضي المبيع بالمشتري .

3ـ طريقة الاشتراط الشفوي :

يتم أنشاء الالتزام وفق هذه الطريقة من خلال صيغة سؤال وجواب . وكان الالتزام في هذه الصورة ينشأ عن العبارة الصادرة من الملتزم فهي التي تجعل للالتزام وجود واثر معترف به قانوناً . وظل القانون الروماني في مختلف عصوره يميز بين الاتفاق والعمل الناقل للملكية ، حيث أن الاتفاق بذاته لا يكسب حق ، ودوره ينحصر في أنشاء الالتزامات أما لأجل كسب الملكية فكان لابد من اللجوء إلى إحدى الطرق التي قررها القانون لأكتساب الملكية . كما أن القانون الروماني لم يصل إلى إقرار الحرية التعاقدية أي مبدأ سلطان الإرادة ألا في القرن السادس عشر أما قبل ذلك فقد كان هو والقضاء الذي يحكم به يتمسكان بالإجراءات الشكلية لأجل اكتساب الحق وبالتالي نشوء الدعوى التي تحميه(7).

لكن لابد من التأكيد إن مبدأ الشكلية خلال هذه الفترة بدأ يخف بالتدريج ، حيث برزت الإدارة كوسيلة لإبرام العقود مع الاحتفاظ بالشكلية كأصل عام . فقد تطور المجتمع الروماني في القرن الثالث عشر قبل الميلاد (8) تطوراً كبيراً انعكس اثرهُ على أحكام القانون الروماني فظهرت أربعة عقود رضائية إستثناءاً عن القاعدة التي تقضي بأن الإتفاق المجرد لا ينشأ عنه حق . وهذه العقود هي البيع والإجارة

والشركة والوكالة . وظهرت لهذه العقود الأربعة دعأوى تحميها كانت تُعرف بدعأوى حسن النية باعتبارها قائمة على الثقة والامانة (9).

ب ـ مفهوم الشكلية في القوانين الحديثة:

بالرغم من إن الكثير من القوانين تضمنت بين طياتها نصوصاً تستلزم اتخاذ التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً لأجل انعقاد التصرف القانوني أو لأجل ترتيب آثره إلا إن ايا ً منها لم يُعرف الشكل باستثناء ما ورد من إشارة في الإعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بخصوص تساؤل احد أعضاء لجنة مناقشة مشروع القانون المدني المصري عن المقصود بالشكل المعين الوارد في المادة(101/ف2) ـ والتي نصت على انه (إذا أشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يَجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد) ــ فقيل له أن المقصود بالشكل هو الرسمية في عرف الفقه والقضاء .فمثلاً مادام عقد الهبة لايتم إلا إذا عُمل رسمياً طبقاً للأوضاع المقررة له ، فالوعد بالهبة لايصح إلا إذا عُمل رسمياً أيضا ً(10).

لكن ما ورد أعلاه لم يكن على قدر كبير من الدقة ، لأن الشكلية تختلف عن الرسمية من حيث إن الشكلية تكون أوسع نطاقاً من الرسمية فليس كل تصرف شكلي تصرفاً رسمياً. وهذا الخلط بين الشكلية والرسمية مردهُ إن اغلب التَصرفات الشكلية كانت تصرفات رسمية وهوما تؤكده نصوص القانون التي نشترط لتمام العقد استيفاء شكل معين(11).

وبالرغم من أن فقهاء القانون تصدوا لتحديد معنى الشكل الوارد في نصوص القانون إلا إنهم لم يتفقوا على رأي واحد بهذا الصدد ، بل اختلفوا حتى في تحديد طبيعته وما إذا كان مجرد تعبير عن الإرادة أو هو صورة خاصة من صور هذا التعبير . كما إمتد هذا الاختلاف إلى مدى حرية الإرادة في نطاق التصرف الشكلي.

وسوف نتخذ من السمات التي تطبع الشكل منطلقاً لتحديد معناهُ القانوني . فالشكل هو تعبير عن الإرادة يقع في صورة إجراء يفرضهُ المشروع وهذه هي السمة الأولى ، إما السمة الثانية فهي إن الإرادة لا يكون لها أي حرية في التعبير بغير هذا الإجراء . أي إن الشكل المفروض من قبل المشروع لا يمكن استبدالهُ بشكل آخر . ونبحث بالتفصيل هاتين السمتين لنتلمس من خلالهما المعنى القانوني للشكل . وعلى النحو الآتي:

1ـ الشكل تعبير عن الإرادة فرضه المشرع:

لإخلاف في إن الإرادة الكامنة في النفس لايعبأ القانون بها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس ، يجعل من الممكن فهمها وتقدير مدى جديتها في الانصراف إلى إحداث الأثر القانوني . ومن هنا كان التعبير عن الإرادة أمراً أساسياً لابد من توافره لوجود الإرادة وفاعليتها(12).

والقاعدة العامة في القوانين الحديثة إن للإرادة حرية اختيار الشكل الذي تظهر فيه إلى العالم الخارجي (شكل التعبير عنها)، فهي قد تبدو في صورة لفظ أو كتابة أو إشارة متدأولة عرفا ً أو معاطاة أو تتخذ مسلك لا يثير لبساً في دلالته عليها.(13) طالما إن القانون لم يفرض شكل معين للتعبير عنها لأنه عندئذ يجب إتباع هذا الشكل . ولكن الشكل الذي تختاره الإرادة بحرية.

للتعبير عن نفسها ليس هو ما نقصدهُ بالشكل بمعناه الدقيق . فحرية الإرادة في اختيار الشكل المعبر عنها في نطاق التعامل لا تُخرج التصرف من ميدان الرضائية إلى ميدان الشكلية بل إن حرية الأختيار هذه هي تجسيد لمبدأ الرضائية نفسه . فالشكل بمعناه الدقيق يمثل قيداً على الإرادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير عنها ، إذ يُفرض عليها أسلوباً معيناً لابد لها من اتخاذه وإلا كانت عديمة الأثر . وعليه فأن الشكل بمعناه القانوني الدقيق هو((صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع))(14) هو ما اسماهُ البعض (15) الشكل الغير الحر تمييزاً له من الشكل الحر الذي يُعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية ومن الأمثلة النموذجية على التصرفات الشكلية التي أوجب فيها القانون اتخاذ التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً (الشكل غير الحر) ، هي تلك التصرفات الواردة على عقار ، إذ يتطلب القانون لأنعقادها وترتيب آثارها استيفاء شكل معين هو تسجيلها في دائرة السجل العقاري (16) أي إن القانون تطلب لأعلان الإرادة والاعتداد بها إن تتخذ شكل رسمي وبانعدام هذا الشكل لا ينشأ التصرف القانوني في عالم القانون. وبناءً على ما تقدم فأن الشكل بمعناه الدقيق يرتبط أرتباطاً وثيقاً بالتعبير عن الإرادة إذ هو يُعد شرطاً لوجود هذا التعبير وليس مجرد شرط لفاعليته وتحقق أثرهُ . وعليه يكون التعبير عن الإرادة عدماً في نظر المشرع إذا لم يأتِ بالشكل المفروض على الرغم من حقيقة وجودهُ في الواقع ، فوجود التعبير عن الإرادة من الناحية القانونية يتحقق من لحظة استيفاء الشكل المفروض.أما قبل ذلك فلا يمكن القول بوجود تعبير عن الإرادة بالمعنى القانوني . فلو أبرم شخصان بيع عقار إلا أنها لم يُسجلا هذا العقد في دائرة التسجيل العقاري فلا يكون لهذا العقد وجوداً قانوناً، إذ لا وجود للتعبير عن أرادة المتعاقدين لأنه لم يستوفِ الشكل الذي حددهُ المشرع . فالتعبير عن الإرادة وان وقعَ فعلاً ، فانه لاتكون له قيمة إلا إذا استوفى الشكل المقرر قانوناً.(17) أي إن المشرع لايعتد بالإرادة ولا يعدها موجودة إلا إذا ظهرت إلى الواقع في الشكل الذي فرضهُ ،فإذا تخلف هذا الشكل فلا يكون ثمة وجود للتعبير ،وإذا غابَ التعبير تعذر الوصول إلى التراضي لعدم وجود الإرادة من وجهة نظر المشرع ، وبذلك فان

الشكل يؤثر في وجود العقد أي إن الشكل بهذا الوصف يكون ركناً من أركان العقد(18).

وهذا المعنى للشكل هو ما أكدتهُ محكمة التمييز العراقية في بعض قراراتها(19).

إن الصورة الشائعة للشكل المفروض من قبل المشرع هي الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية وهي تعد تعبيراً صريحاً عن الإرادة ولكن لا يكفي أن يتخذ التعبير عن الإرادة الشكل الذي فرضهُ القانون أي إن اتخاذ التعبير الشكل الرسمي (استيفاء إجراءات التسجيل إمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري) لا يكفي للقول بانعقاد التصرف القانوني ، إنما يجب إن تكون الإرادة المعبر عنها في هذا الشكل الرسمي أرادة جدية . والإرادة الجدية هي الإرادة التي تتجه بحزم إلى إحداث اثر قانوني، أي إلى إيجاد حالة قانونية جديدة . فإذا لم تكن الإرادة جدية فان القانون لايعبأ بها .مثال ذلك الإرادة الصادرة على سبيل المزاج أو الهزل ، وكذلك الإرادة الصادرة من شخص في حالة سُكر بين ، والإرادة المعلقة على شرط المشيئة ، والإرادة الصورية ، وكذلك الإرادة الصادرة على سبيل المجاملة.(20) فالإرادة في جميع هذه الصور لايأخذها القانون بنظر الاعتبار لأنها لم تتجه إلى إحداث اثر قانوني وان ظهرت بالشكل الذي فرضهُ القانون(21).

2ـ الشكل المفروض لا يُستبدل به شكل آخر:

قلنا إن الإرادة تكتسب وجودها القانوني، في التصرفات الشكلية، من اتخاذها الشكل الذي فرضهُ المشرع. مما يعني إن الإرادة تُعد غير موجودة عند تخلف الشكل. وبهذا فأن الشكل يسلب الإرادة حريتها في اختيار وسائل التعبير عن ذاتها، مادامت جميع وسائل التعبير تكون غير ذات نفع عند عدم استيفاء الشكل الإلزامي(22).

فالإرادة في التصرفات الشكلية تكون مقيدة باتخاذ الوسيلة التي فرضها المشرع للتعبير ولا تتمتع بأية حرية في هذا النطاق ،إذ يجب على الأفراد إتباع الصيغة أو الإجراء الذي فرضه المشرع . ولذلك فالإفراد لا يستطيعون تجأوز هذا الشكل أو استبدالهُ بشكل آخر ولو كان معادلاً له. فإذا أتفق أطراف التعاقد على استبدال الشكل المفروض قانوناً بشكل آخر ، فان البطلان سيكون جزاءً لتخلف الشكل وبالتالي لن يكون بإمكان المتعاقدين الاستناد إلى هذا العقد الباطل في الدعوى سواء بصورة كلية أوجزئية . فالسماح لإطراف التعاقد باستبدال الشكل المفروض بشكل آخر يعني ببساطة العودة إلى مبدأ الرضائية ،كما انه يعني من ناحية أخرى عدم تحقيق الأهداف التي استهدفها المشرع من وراء فرض شكلية معينة لإبرام بعض التصرفات القانونية إذ إن الإرادة قد تعجز عن تحقيق هذه الأهداف طالما إن كل متعاقد يعبر عن أرادته بالوسيلة التي تحلو لهُ ، الأمر الذي يؤدي إلى تضارب المصالح

وحماية مصالح على حساب مصالح أخرى.(23) فمثلاً استهدف المشرع من جعل الشكل الرسمي ، المتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، ركناً لإنعقاد التصرفات العقارية مايأتي :تنبيه المتعاقدين إلى خطورة ماهما مقدمان عليهِ لتجنب التسرع ، ضمان وتأمين إثبات التصرف القانوني عن طريق تزويد كل واحد من المتعاقدين بسند رسمي يُثبت حقهُ ، ومعروف إن السندات الرسمية حجة على الناس بما دوّن فيها من أمور قام بها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ولا ينتقص من هذه الحجية إلا ثبوت تزويرها بالطرق التي قررها القانون (المادة 21أثبات عراقي)، تحديد طبيعة العقد وتحديد آثاره بدقة وذلك في الحالات التي يستغرق فيها تنفيذ هذا العقد زمناً طويلاً كالرهن التأميني الضامن لقرض طويل الأجل إذ قد تنشب منازعات إثناء تنفيذ هذا العقد ومادام العقد موثق بكتابة رسمية فأن حسم هذه المنازعات سيكون سهلاً ، وأيضاً يستهدف المشرع من جعل الشكل الرسمي ركناً لانعقاد التصرفات العقارية حماية الغير وضمان الثقة في المعاملات إذ عن طريقه يتم إعلان التصرفات التي ترد على العقار فيتمكن كل ذي مصلحة من العلم بالملكية أو بأي حق عيني آخر والعلم أيضاً بما قد يرد على هذه الملكية من قيود . إذن قواعد الشكل في القوانين المدنية هي قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام ، ولذلك ليس باستطاعة المتعاقدين تجأوزها أو الاتفاق على خلافها سواء من حيث الإجراء الذي تتطلبه أو من حيث الحكم الذي تتضمنه . إذ يتضح من النصوص القانونية التي تلزم أطراف التعاقد بأتباع شكل معين عند إبرام العقد ، أنهم لا يستطيعون إن يستبدلوا بالشكل الذي فرضه القانون شكلاً آخر ولو كان معادلاً له (24). ولا يعد خروجاً على هذه السمة إن يجيز المشرع للافرد الاختيار بين أكثر من شكل لإبرام تصرف قانوني واحد مثل الوصية في القانون المدني الفرنسي الذي يمكن إبرامها في الشكل الرسمي حسب المادة (972) منه أو في الشكل الخطي العادي (الكتابة العرفية) حسب المادة (970)منه.

لكن ينبغي التأكيد على إن التصرف الشكلي لا يكفي فيه توافر ركن الشكل الذي تطلبه القانون دون توفر ركن الرضا . لأن الرضا هو الأساس في انعقاد التصرف سواء كان شكليا أم رضائياً ، فحتى التصرف الشكلي يعتمد في قيامهِ وصحتهِ على وجود أرادة سليمة خالية من العيوب إذ تسري نظرية عيوب الرضا على التصرفات الشكلية كسريانها على التصرفات الرضائية(25).

يتبين لنا مما تقدم إن الشكل هو بمثابة تنظيم قانوني للتعبير عن أرادة المتعاقدين . وان الشكل يُعد استثناءً على مبدأ الرضائية فرضه المشرع بالنسبة لتصرفات قانونية محددة واستنادا

ً إلى اعتبارات خاصة تقتضي عدم إعطاء الإرادة حرية اختيار شكل التعبير عن ذاتها ليُفرض عليها شكلاً محدداً لاخيار لها إلا إن تتقيد به لكي ينعقد التصرف الذي قصدته وتترتب عليه الآثار القانونية (الحقوق والالتزامات) .

المطلب الثاني :ـ أنواع الشكلية :

الشكلية ليست نوعاً واحداً إنما هي تتنوع بتنوع مصدرها . فإذا كان مصدرها القانون سُميت بالشكلية القانونية ، أما إذا كان مصدرها الاتفاق سُميت بالشكلية الاتفاقية .

ونكون بمواجهة الشكلية القانونية عندما يستلزم المشرع صراحةً إن يتم التعبير عن الإرادة بصيغة معينة (التسجيل في دائرة التسجيل العقاري مثلاً) وذلك كركن لازم لانعقاد التصرف القانوني أو كشرط لترتيب آثاره القانونية . ومن أمثلة هذه الشكلية ما جاء في المادة (91 / ف2) مدني عراقي والمادة (101/ ف2) مدني مصري بخصوص ضرورة استيفاء عقد الوعد لنفس الشكل الذي يستلزمه القانون في العقد الأصلي الموعود به . إما الشكلية الاتفاقية (الإرادية) بمعناها العام فتتمثل بقدرة الإرادة على اختيار شكل التعبير عنها وعلى اختيار دليل الإثبات الذي تطمئن إليه . وهي تعني باعتبارها شرطاً للأنعقاد الشكلية التي أتفق المتعاقدان على وجوب أتباعها عند أبرام عقدهما وبخلافهِ يكون العقد باطلاً إذا لم يستوفِ الشكل الذي حُدد ابتداءً من قبلهما(26) فمثلاً في عقد الإيجار وهو من العقود الرضائية يمكن إن يتفق المؤجر والمستأجر على إن الإيجار لاينعقد مالم يتم تحريرهُ بسند كتابي رسمي أو عادي ، وفي هذه الحالة يتحول عقد الإيجار من كونه عقداً رضائيا إلى عقد شكلي.

لكن هذا الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان لا يرقى إلى مرتبة الشكل بمعناهُ الدقيق ، الذي هو صورة خاصة للتعبير عن الإرادة مفروضة من قبل المشرع، لأن الشكل مادام مصدره اتفاق المتعاقدين فأن بإمكانهما العدول عنه قبل تمامه مادام العقد الذي أُستلزم فيه هذا الشكل كان بالأصل عقداً رضائياً(27).

فالشكل الذي يكون واجباً باتفاق الطرفين لا بحكم القانون لا يتمتع بصيغة الإلزام التي يتميز بها الشكل المفروض من قبل المشرع بموجب قاعد قانونية آمرة لا يجوز في جميع الأحوال الاتفاق على ما يخالفها، ولذلك قلنا إن المتعاقدين لا يستطيعان إن يستبدلا بالشكل القانوني الإلزامي شكلاً آخر ولو كان معادلاً له ، في حين إن للمتعاقدين حق التنازل عن الشكل الذي اتفقا عليه ابتداءً .

وإذا كان بإمكان الأفراد جعل العقد ألرضائي عقداً شكلياً فانه ليس باستطاعتهم جعل العقد الشكلي عقداً رضائيا لأنه لا يجوز لهم مخالفة إحكام القانون وسبق إن قلنا إن النصوص القانونية المتعلقة بالشكل هي نصوص آمرة وليست مفسرة.

وأن أهم ما يثار بشأن الشكلية الاتفاقية هو معرفة ما قصده المتعاقدان من اشتراطهما لشكل معين ، وما إذا كان هذا الشكل هو لانعقاد التصرف القانوني أم مجرد وسيلة لإثباته . فقد يصعب في كثير من الأحيان معرفة ما قصدهُ المتعاقدان باشتراطهما الشكل إذ قد لا تسعفنا عبارات التعاقد في تحديد هذا القصد . وفي هذه الحالة ، وعملاً بالقاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في العقود الرضائية وما الشكلية إلا استثناء نص عليه القانون ، فأن اشتراط الشكل يكون لأجل أثبات التصرف وليس لانعقاده(28).

ويتحدد الاختلاف بين الشكلية الاتفاقية كشرط لانعقاد العقد وبين الشكلية الاتفاقية كدليل إثبات بما يأتي(29).

1ــ تختلفان من حيث الوقت الذي ينبغي توافرها فيه :

إذا كانت الشكلية شرطاً لانعقاد العقد ، فأنه ينبغي إن تتوفر أو تباشر في مرحلة تسبق انعقاد العقد أو على الأقل تعاصره لا في مرحلة لاحقة للانعقاد . في حين إذا كانت الشكلية مجرد وسيلة للإثبات ، فيكفي توافرها في مرحلة لاحقة لانعقاد العقد وهي في الغالب مرحلة المنازعات حول العقد ، فيمكن إن يتم تحضير السند الثبوتي بعد إبرام العقد.

2ــ تختلفان من حيث الأثر المترتب على انعدامهما :

فإذا انعدمت الشكلية التي هي شرط للانعقاد ، أصبح العقد باطلاً . في حين إن انعدام الشكلية التي هي شرط للإثبات لا يُبطل العقد ، فيبقى العقد صحيحاً موجوداً بالرغم من صعوبة إثباته. إذ يمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى كالإقرار في حالة اعتراف المتعاقد بصدور التصرف (وجود العقد)، إما في حالة إنكار المتعاقد (المدعى عليه) فيمكن اللجوء إلى وسيلة أخرى هي توجيه اليمين الحاسمة إليه ،فأن نكل عن اليمين أعُتبر نكوله إقراراً منه بالحق وقام في الإثبات مقام الدليل الكتابي.

وينبغي التأكيد على إن الشكلية التي قصدناها في هذا البحث هي الشكلية القانونية وليست الشكلية الاتفاقية التي بحثناها لأجل تمييزها عن الشكلية القانونية وليتضح أكثر المقصود بهذه الأخيرة.

المبحث الأول

موقف القانون المدني العراقي والقانون المقارن من وجود وعد ببيع العقار

تقتضي الإحاطة بهذا الموضوع بحث موقف القانون المدني العراقي ابتداءً ثم الانتقال إلى بحث موقف القانون المقارن . وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :ـ

المطلب الأول: موقف القانون المدني العراقي من وجود وعد ببيع العقار

المطلب الثاني: موقف القانون المقارن من وجود وعد ببيع العقار

المطلب الأول:ـ موقف القانون المدني العراقي من وجود وعد بيع العقار :

أوجب القانون المدني العراقي كركن لإبرام الوعد بالتعاقد توفر نفس الشكل المطلوب لإبرام العقد الأصلي (الموعود به) . فقد نصت المادة (91 /2) مدني عراقي على (فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد). وواضح من هذه المادة إن المشرع استلزم الشكل كركن لإبرام عقد الوعد إذ نصت هذه المادة على ذلك بعبارة ((تجب)) والوجوب يعني إلزام المتعاقدين بإفراغ عقد الوعد في نفس الشكل اللازم لإبرام العقد الأصلي.

إن عقد بيع العقار (30)عقد شكلي إذ لا ينعقد إلا بعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وذلك حسب ما قضت به المادة (508) مدني عراقي بنصها على ((بيع العقار لاينعقد إلا إذا سُجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)) وأكدتهُ المادة (1126 ف1) مدني عراقي بنصها على ((العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روُعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً)) (31) . ثم أكُد كون التسجيل ركن في انعقاد بيع العقاري وفي غيره من التصرفات العقارية بنص جامع هو نص المادة (3 /ف2) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 والتي نصت على انه ((لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)). فحسب هذه النصوص التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ركن لانعقاد البيع ومن ثم ترتيب أهم آثاره وهو انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري . فبيع العقار لا ينعقد ولا يوجد من الناحية القانونية قبل التسجيل ،أي يكون باطلاً قبل التسجيل . ويترتب على هذا البطلان إن الحق العيني

(الملكية) لا ينتقل سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للأغيار. كما لا يستطيع أحد الطرفين إجبار آلاخر على إجراء التسجيل أو دفع الثمن(32).

وتتمثل إجراءات التسجيل ، حسب ما نصت عليه المواد (82، 83، 84، 85، 107، 108) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، بتقديم طلب تسجيل معاملة البيع على استمارة خاصة موقعة من المتعاقدين أو منْ ينوب عنهما قانوناً ، وتتضمن هذه الاستمارة بيانات تتعلق بالعقار محل البيع، وأسماء وهوية طالبي التسجيل الكاملة ، وحالتهم المدنية . ويرفق بطلب التسجيل السند وصورة السجل العقاري والوثائق القانونية التي تستند إليها المعاملة كالوكالة . وتسجل استمارة الطلب في سجل الواردة للمعاملات، ثم يقوم الموظف المسؤول في شعبة البطاقات بتدقيق بطاقة العقار

كما يقوم الموظف المختص في شعبة السجيلات بتدقيق السجل للتأكد من مطابقة البيانات المدرجة في الاستمارة للسجل وعدم وجود موانع تمنع من أجراء المعاملة ، ويثبت هذا الموظف نتائج تدقيقهِ في الاستمارة ويوقع على ذلك . ويقوم رئيس الدائرة أو منْ يخولهُ من معأونيه بتدقيق الوثائق المتعلقة بالتسجيل من حيث استيفاؤها الشكل المطلوب قانوناً. وتسجل معاملة البيع في السجل العقاري بعد إقرار المتعاقدين إمام الموظف المختص.ويؤخذ الإقرار من قبل مدير دائرة التسجيل العقاري أو منْ يخولهُ من المعأونين مع أحد الكتبة . ويشُترط أن لا يكون أحد إطراف العقد من أقارب أو أصهار الموظف القائم بأخذ الإقرار حتى الدرجة الرابعة(33) وبهذا التسجيل ينعقد البيع وكأثر لذلك تنتقل ملكية العقار إلى المشتري وهي تنتقل بحكم القانون سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير .(34)

وبما إن المادة (91/ ف2) مدني عراقي استلزمت لأجل انعقاد الوعد إن يستوفي نفس الشكل الذي يتطلبه القانون لانعقاد العقد الأصلي الموعود به وإلا وقع باطلاً ، لذا فأن الوعد ببيع العقار يجب تسجيلهُ في دائرة التسجيل العقاري ، وحسب الإجراءات ذاتها التي بيناها آنفاً، حالهُ حال العقد النهائي ببيع العقار . لكن من الناحية العملية تمتنع دوائر التسجيل العقاري عن تسجيل الوعد بالتعاقد المنصب على عقار سواء كان وعداً ببيع العقار أو برهنهِ أو بهبتهِ أو بأي تصرف قانوني آخر ، مما يحرم الوعد من الشكلية التي يتطلبها القانون المدني لإنعقادهِ مما يؤدي إلى بطلانهِ . ولذلك فأننا لا نعدو الحقيقة بالقول إن الوعد ببيع العقار أو بأي تصرف قانوني عقاري آخر يُعد باطلاً دوماً في العراق .

والسؤال الذي يطرح نفسه هو : لماذا تمتنع دوائر التسجيل العقاري في العراق عن تسجيل الوعد ببيع العقار ؟

السبب إن الوعد بالتعاقد وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي لايُرتب للموعود له حقاً عينياً (35)، بل يُرتب له فقط حقاً شخصياً في مواجهة الواعد. وله بمقتضى هذا الحق الشخصي إن يبدي رغبته بإبرام العقد النهائي خلال المدة المحددة لذلك (36) .وبالمقابل يلتزم الواعد بإبرام العقد النهائي . وإذا أخل الوعد بالتزامهِ هذا ، كأن يكون قد نقل ملكية الشيء الموعود ببيعه إلى الغير ، كان للموعود له إن يرجع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية . وبما إن الوعد بالتعاقد لايُرتب حقاً عينياً للموعود له وبما إن دائرة التسجيل العقاري تختص فقط بتسجيل التصرفات العقارية الواردة على الحقوق العينية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام (37) .

وبما إن قانون التسجيل العقاري يشترط لتسجيل التصرفات القانونية في دائرة التسجيل العقاري إن

تكون منشئة أو معدلة أو منهية أو مقررة لحقوق عينية عقارية (38)، وحيث إن الوعد ببيع العقار لايدخل ضمن مفهوم التصرف العقاري بالوصف المتقدم لأنه لايُنشيء ولا يقرر ولا يعدل ولاينهي حقاً عينياً عقارياً وإنما يُنشئ فقط التزامات شخصية ، فلذلك كلهُ فأن دائرة التسجيل العقاري تمتنع عن تسجيل الوعد ببيع العقار مما يعني بطلان هذا الوعد لتخلف ركن الشكل الذي أستلزمته المادة (91 ف2) مدني عراقي.

إذن تسجيل عقد الوعد ببيع العقار باعتباره منشئ لحق شخصي وليس عيني لا يدخل ضمن اختصاص دائرة التسجيل العقاري .كما إن دائرة التسجيل العقاري لا يمكنها تسجيلهُ احتياطاً لان قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ لم ينص على التسجيل الاحتياطي.

ويذكر الأستاذ مصطفى مجيد (39) (مدير التسجيل العقاري في بغداد /الرصافة سابقاً) إضافةً لما تقدم عدد من الأسباب التي تؤكد عدم جدوى تسجيل الوعد ببيع العقار في دائرة التسجيل العقاري أو تبرر الامتناع عن تسجيل عقد الوعد ببيع العقار، وهي كالأتي:ـ

1ـ أن هذا التسجيل ، على فرض حصوله ، لا يقيد حرية الواعد في التصرف بالعقار لأن الواعد يبقى مالكاً للعقار الموعود ببيعهِ لذا له أن يتصرف فيه كيف يشاء . ويعد تصرفهُ هذا رجوعاً منه عن الوعد مما يُعرض عملية التسجيل لخطر النقض والأبطال.

2ـ يرتب الوعد للموعود له حقاً شخصياً . والحق الشخصي بطبيعتهِ لايمنح صاحبه ميزة التتبع والأولوية . وعلى هذا الأساس لايجوز للموعود له أن يحول حقهُ الشخصي الناشئ عن الوعد بالبيع إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق لأن طبيعة هذا الحق تحول دون ذلك . كما أن الوعد يسقط بوفاة الواعد أو الموعود له مما يعرض التسجيل في هذه الحالة للنقض أيضاً.

3ـ يتحمل الواعد وحده تبعة هلاك الشيء الموعود بيعه خلال مدة الوعد سواء كان الهلاك حقيقياً أم حكمياً. وعلى هذا الأساس إذا نُزعت ملكية العقار الموعود ببيعهِ للمنفعة العامة، كان التعويض(بدل الاستهلاك) للواعد وليس للموعود له . كما أن التصرف الذي يرد خلال مدة الوعد على العقار الموعود ببيعهِ والذي يحول دون تمام عقد البيع الموعود به ، يتحمل الواعد تبعة القيام به (يتحمل التعويض)، لكن لاستطيع الموعود له الاحتجاج بعدم شرعية هذا التصرف أو منع أجرائهِ ليحقق لنفسهِ إتمام البيع عند رغبته بالشراء خلال مدة الوعد . ويتبين من ذلك إن تسجيل عقد الوعد ببيع العقار في السجل العقاري لايحمي حقوق الموعود له ، في حين يعطي القانون للسجل العقاري في ظل نظام التسجيل العيني قوة أثبات مطلقة ويُعد أساساً لإثبات الحقوق المسجلة فيهِ وحجة على الناس

كافة بما دون فيه . (40) ولذلك فأن تسجيل عقد الوعد ببيع العقار في دائرة التسجيل العقاري يخالف الهدف الأساس للتسجيل العقاري وهو حماية الحقوق الناشئة عن التصرفات العقارية ، مما أدى بقانون التسجيل العقاري الى عدم الأخذ بأحكامه والنص على تسجيله.

ورغم كل الحجج التي ذُكرت آنفاً لتبرير موقف دائرة التسجيل العقاري في الامتناع عن التسجيل عقد الوعد ببيع العقار ، فأن هذا الموقف يُعد خروجاً ومخالفةً صريحةً من قبل هذه الدائرة لحكم المادة (91 ف2) مدني عراقي الذي يوجب تسجيل الوعد مادام القانون يستلزم التسجيل لاحقاً لانعقاد عقد البيع الأصلي (الموعود به). وبما أن الشكل المتمثل بالتسجيل ركن في عقد الوعد ببيع العقار بنص القانون ، فأنه لابد من جزاء يترتب على تخلفهِ . وجزاء تخلف ركن الشكل في العقد حددته المادة (137 /3) مدني عراقي بنصها على ((ويكون باطلاً أيضاً (أي العقد) إذا أختلت بعض أو صافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة **أو يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون**)). فالجزاء وفقاً لهذا النص هو بطلان عقد الوعد ببيع العقار لعدم تسجيلهِ في دائرة التسجيل العقاري.

هذا عن موقف القانون المدني العراقي من استيفاء عقد الوعد ببيع العقار لنفس شكلية التسجيل المطلوبة لانعقاد البيع الأصلي الموعود به، فماذا عن موقف القانون المقارن من هذه المسألة ؟

هذا ما نفصلهُ في المطلب الآتي:

المطلب الثاني:ـ موقف القانون المقارن من ووجود وعد ببيع العقار

بالنسبة للقانون المدني المصري فأنه جاء بنص مشابه من حيث الصياغة لنص المادة (91 /ف2) مدني عراقي، استلزم أن يستوفي الوعد نفس الشكل الذي يتطلبه القانون لتمام العقد الأصلي الموعود به. إذ نصت المادة (101 / ف2) منه على ((وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاتهُ أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد)). والسؤال الذي يطرح نفسهُ : هل إن عقد الوعد ببيع العقار عقد رضائي أم عقد شكلي ؟ تقتضي الإجابة عن هذا السؤال الوقوف ابتداءً على توصيف عقد بيع العقار في القانون المصري ، هل هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة الشهر العقاري وبالتالي يكون الوعد ببيع العقار أيضاً عقداً شكلياً يتطلب التسجيل لانعقاده ، أم إن عقد بيع العقار عقد رضائي لا يتوقف انعقاده على إجراء التسجيل وبالتالي يكون الوعد ببيع العقار أيضاً عقداً رضائياً ؟.

استلزم القانون المصري تسجيل ببيع العقار (شهرهِ) في دائرة الشهر العقاري، لكن التسجيل ليس ركناً لانعقاد البيع أنما هو شرط لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة

الغير(41). أي إن بيع العقار حسب التشريع المصري ينعقد قبل تسجيلهِ في دائرة التسجيل العقاري لكن انتقال الملكية إلى المشتري يكون معلقاً على التسجيل(42). فباعتبار إجراءات الإشهار مجرد وسيلة لإعلام الغير بوجود العقد وما يتولد عنهُ من آثار وليست ركناً لإبرام العقد ، فأن اثر الإشهار بطريق التسجيل ينحصر في نفاذ آثار العقد في مواجهة الغير . إلا إن المشرع لكي يُحث المتعاقدين على تسجيل تصرفاتهم القانونية، فأنه علق نقل الحق العيني (الملكية) فيما بينهم على تسجيل التصرف (البيع) الذي أنصب عليه (43). وبالتالي فأن عقد بيع العقار ينعقد قبل تسجيلهِ لأن البيع حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة1946 ظل عقداً رضائياً ولم يصبح عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل . إذ ينحصر الجزاء المترتب على عدم تسجيل عقد بيع العقار في عدم انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير حيث لاتنتقل ملكية العقار إلى المشتري إلا بعد القيام بإجراءات الشهرِ . فيبقى عقد البيع صحيحاً ، رغم عدم إستيفاء إجراءات الإشهار، وينتج جميع آثاره عدا نقل الملكية . إذ يُنشئ البيع غير المسجل جميع التزامات البائع، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق . ويُنشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع(44).

والسؤال الذي يطرح نفسه : هل يجب ، في القانون المصري ، تسجيل عقد الوعد ببيع العقار رغم إن عدم التسجيل لايحول دون انعقاد عقد البيع الأصلي الموعود به ؟.

أختلف الفقه المصري بصدد هذه المسألة على النحو الذي سنبينهُ تفصيلاً عند بحث موقف الفقه من هذه المسألة في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

أما عن موقف القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976فانه كما هو حال القانون المدني العراقي استلزم إفراغ الوعد بالتعاقد بذات الشكل اللازم لإبرام العقد الأصلي. وهذا ماقضت به المادة (105 / ف2) (45) مدني أردني ـ مطابقة لنص المادة (91/ ف2) مدني عراقي ـ وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إن المقصود بالشكل في هذا النص هو الرسمية في عرف الفقه والقضاء. وبينت المذكرة الإيضاحية أيضاً إن الحكمة من تطلب استيفاء الوعد لذات الرسمية المطلوبة لانعقاد العقد الأصلي هي الحيلولة دون الاحتيال على القانون للإفلات من قيد الشكل الذي يفرضهُ القانون ركناً لانعقاد بعض العقود. فلو أن القانون لم يستلزم في الوعد بالتعاقد ذات الشكل المطلوب لإبرام العقد الأصلي ، لتمكن الأفراد عن طريق أبرام الوعد بالتعاقد من الوصول إلى إبرام العقد الأصلي

دون أستيفاء الأخير للشكل المطلوب لانعقادهِ . إذ يكفي إن يلجأ المتعاقدان إلى إبرام وعد بإبرام الوعد الأصلي (الذي تكون الرسمية ركناً في انعقادهِ في المستقبل) ثم ينكل الوعد عن تنفيذ التزامهِ بإبرام العقد النهائي بعد أبداء الموعود له لرغبته بالتعاقد (أبرام العقد النهائي) خلال المدة المتفق عليها في عقد الوعد ، خاصةً وان أبرام العقد النهائي يقتضي إن يتدخل الواعد شخصياً للقيام بعمل معين حتى يُعد العقد النهائي منعقداً وهو الحضور أمام الدائرة المختصة والقيام بإجراءات التسجيل ،فيلجأ الموعود له إلى القضاء لإجباره على تنفيذ التزامهِ عينياً باستصدار حكم يترتب عليه أتمام التعاقد بينهما. وبذلك يصلان وبطريق غير مباشر إلى أبرام عقد شكلي دون مراعاة الشكلية الرسمية التي يتطلبها القانون (46).

فمثلاً بموجب المادة (16 /ف3)(47) من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم (40) لسنة 1952 يُعد عقد البيع الوارد على عقارات تمت فيها التسوية عقد شكلي يجب تسجيلهُ في دائرة تسجيل الأراضي المختصة وإلا وقع باطلاً. ولو إن القانون المدني الأردني لم ينص في المادة (105/ ف2) منه على وجوب استيفاء الوعد لذات الشكل (التسجيل) اللازم لإبرام العقد الأصلي ولو لم تؤكد المادة (106) مدني أردني على إن يكون عقد الوعد صحيحاً مستوفياً لكافة أركانهِ وشروطه وأهمها الشكل المطلوب لإبرام العقد النهائي ، لأمكن إبرام عقد بيع الأرض التي تمت فيها التسوية رغم عدم استيفاء التسجيل الذي يعد ركناً في هذا العقد وذلك بالاستفادة من نص المادة (106)(48) الذي يعطي للموعود له ، عند إخلال الواعد بالتزامهِ بإبرام العقد النهائي برفضهِ القيام بإجراءات التسجيل ، حق اللجؤ إلى القضاء للحصول على حكم يستطيع بموجبه ،متى حاز هذا الحكم قوة الشيء المقضي فيه ، إن يرجع دائرة التسجيل العقاري لنقل ملكية الأرض باسمهِ دون حاجته إلى تدخل الواعد (49).

وأخيراً نعرض لموقف قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة 1930 والقانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949. وهذان القانونان انفردا بحكم مختلف عن حكم كل من القانون المدني العراقي والمصري وذلك بتوصيف الحق الناشئ للواعد من عقد الوعد بأنه حق عيني وليس حق شخصي كما هو الحال في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري. حيث نصت المادة (221) من القانون اللبناني على ((يتولد عن الواعد ببيع عقار ما حق عيني يخضع بهذه الصفة لجميع الإحكام الجارية على الحقوق العينية)).كما نصت المادة (222) من نفس القانون على إن ((الوعد ببيع عقار يمنع الواعد من بيع العقار أو من إنشاء حق عيني عليه غير التأمين وذلك أثناء المهلة المعطاة للموعود له لأجل تقرير الشراء)). وأورد القانون المدني

السوري نفس حكم المادتين أعلاه في المادتين (900 و901) منه. ومع انه يتولد عن هذا الوعد بموجب القانونين المشار إليهما حق عيني فأنه يُسجل تسجيلاً احتياطياً في السجل العقاري حسب إحكام المادة (224) من قانون الملكية العقارية اللبناني والمادة (903) مدني سوري .

ويرى الأستاذ مصطفى مجيد إن التسجيل بهذا الشكل لا ينسجم مع مفهوم القيد الاحتياطي المحدد في قوانين السجل العقاري في كل من لبنان وسوريا لان مدة القيد الاحتياطي للوعد بالبيع تستمر خمس عشر سنة في حين إن أطول مهلة لسائر القيود الاحتياطية هي ستة أشهر . كما إن تسمية القيد بأنه احتياطي يدعو إلى الظن بأن معاملة الوعد بالبيع مشوبة بنواقص تمنع تسجيلها كما هو الحال في القيود الاحتياطية المتعلقة بالمعاملات الأخرى.(50)

المبحث الثاني

موقف الفقه من انعقاد الوعد ببيع العقار بذات الشكلية اللازمة لانعقاد العقد الأصلي

بحث الفقه المصري بالتفصيل مسألة وجوب استيفاء الوعد لأجل انعقاده ذات الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد الأصلي الموعود به. أما الفقه العراقي فعرض لهذه المسألة بخصوص الوعد ببيع العقار وكيفية أمكانية تجنب بطلانه لعدم تسجيلهِ في دائرة التسجيل العقاري حسب ما تطلبته المادة (91/ف2) مدني عراقي، لامتناع دوائر التسجيل العقاري ـ كما سبق ان بينا ـ عن تسجيل الوعد ببيع العقار.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في أولهما موقف الفقه العراقي ونخصص ثانيهما لبحث موقف الفقه المصري.

المطلب الأول: ـ موقف الفقه العراقي:

أتفق الفقه العراقي على وجوب اتخاذ الوعد ذات الشكل المطلوب لإبرام العقد الموعود به. لكن للفقه العراقي موقف بخصوص الوعد ببيع العقار الذي لم يستوفِ ركن الشكل لامتناع دائرة التسجيل العقاري عن تسجيلهِ. حيث يرى جانب من الفقه العراقي انه يمكن إن يترتب على الوعد ببيع العقار الباطل لعدم التسجيل نفس الآثار التي تترتب على عقد بيع العقار الخارجي (غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري). وللإحاطة بموقف الفقه العراقي بجميع اتجاهاتهِ نعرض ابتداءً لرأي الفقه العراقي بخصوص بطلان الوعد ببيع العقار لعدم تسجيله ثم نقف على التكييف القانوني لعقد بيع العقار غير المسجل مادام إن نفس الآثار المترتبة على بيع العقار غير المسجل يمكن إن تترتب على الوعد ببيعهِ .وذلك في الفقرتين الآتيتين :

أولاً :ــ رأي الفقه العراقي بخصوص بطلان الوعد ببيع العقار لعدم التسجيل :

لأجل تلافي ما يترتب على بطلان الوعد ببيع العقار لامتناع دوائر التسجيل العقاري عن

تسجيلهِ للأسباب التي بيناها سابقاً ، فقد ذهب رأي في الفقه العراقي (51) إلى القول بأن الوعد ببيع العقار إذا لم يُسجل في دائرة التسجيل العقاري فأن هذا لا يعني انهُ لا يترتب أي التزام على عاتق الواعد.

إذ إن الوعد عقد تتوافر له قوته الملزمة من مجرد تلاقي إرادتي عاقديهِ لذلك فأنهُ ينشئ التزام شخصي على عاتق الواعد هذا الالتزام مؤداه وجوب قيام الواعد باتخاذ الإجراءات الضرورية لنقل ملكية العقار الموعود به إلى الموعود له متى أظهر رغبتهِ في شرائهِ . وفي حالة أخلال الواعد بالتزامهِ هذا يكون للموعود الحق في المطالبة بالتعويض عن الإضرار التي تصيبهُ من هذا الامتناع طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية. لكن التزام الواعد (البائع) هذا ينقضي إذا استحال عليه تسجيل البيع لدى دائرة التسجيل العقاري لأي سبب كان .(52)

تقييم هذا الرأي :ــ مع تقديرنا للرأي المتقدم إلا انه لا يمكن قبوله في ضوء إحكام القانون المدني العراقي (المادة 91/ ف2) . إذ لا يمكن القول بأن الوعد بالتعاقد ينعقد بمجرد تلاقي أرادتي طرفيه (تحقق الرضا). فهذا القول لا يصح إلا أذا كان العقد الموعود بإبرامهِ في المستقبل عقداً رضائياً لم يفرض المشرع فيه إن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلاً معنياً لأجل انعقادهِ. والحال غير ذلك في الحالة التي تعرض إليها الرأي المتقدم، وهي حالة الوعد ببيع العقار. فمادام بيع العقار عقداً شكلياً يقتضي لانعقادهِ استيفاء شكلية التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فأن عقد الوعد بإبرامهِ هو أيضاً عقد شكلي يجب لانعقاده حسب ما نصت عليه (م 91 ف 2 مدني عراقي) التسجيل في دائرة التسجيل العقاري. ومادام الوعد ببيع العقار لم يُسجل فهو لم ينعقد أصلاً وبالتالي لايترتب الالتزام الشخصي على عاتق الواعد باتخاذ الإجراءات لنقل ملكية العقار الموعود له الذي أظهر رغبته بالشراء . وبالتالي لا يمكن القول بإلزام الواعد بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية عند أخلاله بهذا الالتزام الذي لم يوجد أصلاً . إذ إن المسؤولية العقدية لاتقوم إلا عند الإخلال بالتزام ناشئ عند عقد صحيح في حين إن الوعد ببيع العقار باطل لأنه لم يُسجل في دائرة التسجيل العقاري .

وذهب رأي آخر في الفقه العراقي إلى القول بأنه إذا ابدي الموعود ببيع العقار رغبته في شرائه خلال المدة المتفق عليها ، فأنه لا يمكن القول بتحول الوعد إلى عقد بيع عقار لبطلان الوعد أصلاً بسبب امتناع دائرة التسجيل العقاري عن تسجيلهِ إلا انه بالإمكان القول بأننا نكون في مواجهة بيع عقار غير مُسجل (خارجي) الأمر الذي يقتضي خضوعهُ لأحكام هذا البيع غير المُسجل (53). والسؤال هو : ماهي الإحكام التي يخضع لها بيع عقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري ، والذي سماهُ القانون المدني

العراقي بالتعهد بنقل ملكية عقار ، والتي سوف تُطبق على الوعد ببيع العقار بعد إبداء الموعود له لرغبته بالشراء ؟.

الحكم الأساس الذي يخضع له بيع العقار غير المسجل (الخارجي) يتمثل بإلزام الناكل عن التسجيل (بائعاً كان أم مشترياً) بتعويض الطرف الآخر . وهذا الحكم تضمنته المادة (1127) مدني عراقي(54)، على إن لايقل مقدار هذا التعويض عن الفرق بين قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمتهِ عند النكول (حسب تقدير الخبراء). وهذا الحكم تضمنهُ قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 1198 لسنة 1977(55). ويرتبط أساس هذا التعويض بالتكييف القانوني لعقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري. الأمر الذي يقتضي الوقوف على هذا التكييف. وهو ما نبحثهُ في الفقرة الآتية:

ثانياً :ـ التكييف القانوني لعقد بيع العقار الغير مسجل:

لم تتفق كلمة الفقه العراقي على تكييف واحد لعقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري حيث أنقسم إلى ثلاثة أراء:ـ

الرأي الأول (56) :ـ يذهب إلى إن بيع العقار خارج التسجيل العقاري يكون باطلاً حتى لو كان هذا البيع صادراً من الحكومة في عقاراتها الخاصة لان المشرع جعل التسجيل ركناً من أركان انعقاد البيع وبناءً على ذلك يكون العقد قبل التسجيل باطلاً بطلاناً مطلقاً. ولما كان الأصل باطلاً فان كل مايترتب عليه من التزام تبعي يُبطل أيضا استناداً لقاعدة((إذا بطلَ الشيء بطلَ مافي ضمنهُ)) و((المبني على الباطل باطل)) . ولهذا فأن الشرط الجزائي الذي تضمنهُ هذا البيع يكون باطلاً أيضاً فلا يصح التمسك به . وبالتالي فأن أساس التعويض المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عراقي ، والذي يُلزم به منْ ينكل عن تعهدهِ بالتقرير في الدائرة المختصة ، هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية إذ لايوجد عقد أصلاً. ومما يدل على كون مسؤولية الناكل تقصيرية إن المادة (1127) مدني عراقي تُلزم الناكل بالتعويض حتى لو لم يُشترط التعويض في التعهد.

الرأي الثاني (57) :ـ يذهب إلى القول بأن عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري عقد باطل باعتبارهِ عقد بيع ،ولكنهُ وان كان باطلاً كعقد بيع إلا انهُ يُعد صحيحاً باعتبارهِ عقداً غير مسمى مقتضاهُ القيام بعمل هو ذهاب الطرفين المتعاقدين إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء معاملة نقل ملكية العقار . إذ يتحول عقد بيع العقار الباطل إلى هذا العقد الصحيح غير المُسمى استناداً للمادة (140) مدني عراقي (نظرية تحول العقد)(58). وان الإخلال بهذا العقد غير المُسمى ، وذلك بعدم الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لاستيفاء إجراءات التسجيل ونقل الملكية ، جزاءهُ الحكم

على المخل بالتعويض . وبناءً على ذلك فأن أساس التعويض المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عراقي هو المسؤولية العقدية لا التقصيرية لأنه يترتب على الإخلال بالتزام مصدره العقد وان لم يكن هذا العقد هو عقد البيع .

الرأي الثالث :ــ يتفق هذا الرأي مع الرأي الثاني في أننا أمام عقد غير مُسمى مقتضاه القيام بعمل هو استكمال إجراءات التسجيل ونقل الملكية في دائرة التسجيل العقاري ، وان أختلف معه في كيفية نشوء هذا العقد. إذ يذهب أنصار هذا الرأي (59) إلى اعتبار عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقداً غير مسمى ابتداءً وليس عن طريق تحول عقد البيع الباطل إلى عقد غير مسمى وفق نظرية تحول العقد. فلا يتمثل هذا العقد غير المسمى في عقد البيع الباطل أنما يتمثل في التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عراقي . وهذا العقد غير المسمى عقد صحيح يترتب على الإخلال به تعويض أساسه المسؤولية العقدية.

وقد استقرت أحكام القضاء العراقي على الأخذ بهذا الرأي الأخير أي أنها تكييف بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، والذي أسمتهُ المادة (1127) مدني عراقي بالتعهد بنقل ملكية عقار ، بأنهُ عقد غير مسمى يترتب التعويض عند الإخلال به . من ذلك ما قضت به محكمة التمييز ((إن بيع العقار لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من وقت التسجيل في دائرة الطابو إلا إن التعهد السابق على العقد المبرم بين الطرفين المنصوص عليه في المادة (1127) **هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع** وهو ملزم للطرفين إذا أخل به أحدهما التزم بالتعويض (الشرط الجزائي) . وهذا التعويض ينشأ من مسؤولية عقدية .

فإذا تفق الطرفان على مقدارهِ جاز للمحكمة الحكم به ولها إن تخفضه إذا اثبت احد الطرفين إن تقديره كان فادحاً وفق المادة (170) مدني وذلك بعد التعرف على الناكل عن تنفيذ العقد .....))(60) .

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز((.... وأن كان بيع العقار لاينعقد إلا إذا سُجل بدائرة الطابو المادة (508) مدني إلا إن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (1127) من القانون المدني **هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع** ، ولكنه عقد ملزم للطرفين إذا أخل به احد المتعاقدين التزم بالتعويض ألاتفاقي . وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية ، ولهذا فلا محل للقول بان العقد موضوع الدعوى باطل ، وأن كل ما بُني على الباطل فهو باطل أيضاً .....))(61) .

وأيضاً قرار محكمة التمييز الذي جاء فيه ((..... أن بطلان بيع العقار لايتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل الملكية في

الطابو والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن ، لان العقد صحيح وان لم تنتقل به ملكية العقار)) (62) .

وكذلك ما قضت به بأنه ((إذا تعهد بائع العقار خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقارهِ الى المشتري وحُدد في العقد مبلغ التعويض الذي يلتزم به في حالة نكولهِ ، فأنه يُلزم بالتعويض المحدد في العقد في حالة ثبوت أخلالهِ بتعهدهِ))(63).

الرأي الراجع :ـ

الراجع إن بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد غير مُسمى محلهُ تعهد بنقل ملكية عقار مقابل دفع مبلغ معين (الثمن) عند تنفيذ هذا التعهد. ولأجل تنفيذ هذا التعهد يُلزم كل من المتعهد (البائع) والمتعهد له (المشتري) بالقيام بعمل يتمثل باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيل العقار باسم المتعهد له في دائرة التسجيل العقاري . فإذا أخل المتعهد (البائع) بالتزامه هذا فأنه لا يمكن إجباره على التسجيل (التنفيذ العيني) (64) أنما يقتصر الجزاء على التعويض سواء كان التعويض مشترطاً فيه أو لم يكن مشترطاً فيه والذي يدعم هذا الرأي هو القراءة الدقيقة لنصوص المواد (508) و(1126) و(1127) من القانون المدني العراقي . فالمادة (508) تقرر بأن عقد البيع لاينعقد إلا إذا سُجل في دائرة التسجيل العقاري . ثم أكدت على هذا المادة (1126) التي نصت على إن كل عقد ناقل لملكية عقار (ويشمل هذا عقد البيع وكل عقد آخر ينقل ملكية العقار) لاينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً . ويقصد بالطريقة المقررة قانوناً التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . أما المادة (1127) فإنما لم تشير إلى عقد بيع العقار ، والذي يستلزم لانعقاده استيفاء شكلية التسجيل ، بل أشارت إلى عقد آخر سابق على عقد البيع هو عقد التعهد بنقل ملكية عقار .

أذن يتضح من نصوص المواد أعلاه إن المشرع العراقي يميز بين عقدين : الأول عقد البيع ، وهذا العقد يشترط لانعقاده الاتفاق على المسائل الجوهرية (العقار المبيع والثمن) واستيفاء الشكلية الرسمية المتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري . فاستيفاء هذه الشكلية هو الذي يؤدي إلى إنعقاد العقد كما انه يؤدي في ذات الوقت إلى انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري .أما العقد الثاني فهو عقد التعهد بنقل ملكية العقار وهو عقد سابق على عقد البيع . وفي هذا العقد تم الاتفاق على العقار المبيع والثمن وإلتزام المتعهد (البائع) بتسجيل العقار باسم المتعهد له (المشتري) في دائرة التسجيل العقاري . ويرتبط هذا العقد غير المسمى ارتباطاً وثيقاً بعقد البيع ، إذ إن تنفيذ المتعهد لما تعهد به بتسجيلهِ العقار باسم المتعهد له في دائرة التسجيل العقاري هو الذي يؤدي إلى انعقاد البيع وانتقال الملكية إلى المشتري . فاتفاق البيع الذي يتم بين الطرفين

دون إن يستوفي الشكل (التسجيل) الذي يتطلبهُ القانون لانعقاد التصرفات العقارية لا يعد بيعاً إنما هو عقد غير مُسمى يرتب التزاماً في ذمة طرفيه بالقيام بإجراءات التسجيل لأجل انتقال الملكية إلى المتعهد له . أما إذا تحقق في هذا الاتفاق الشكل الذي تطلبهُ القانون كان عقداً ناقلاً للملكية (بيع) لا مجرد تعهد بنقل ملكية عقار .إذن اتفاق بيع العقار المبرم خارج دائرة التسجيل العقاري وان كان باطلاً باعتباره عقد بيع إلا انه يُعد صحيحاً باعتبارهِ عقداً غير مُسمى محلهُ القيام بعمل هو الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء التسجيل وذلك استناداً إلى نص المادة (1127) مدني عراقي .وبدون هذا التكييف لا يمكن الحكم على الناكل عن التسجيل بما يرد في هذا الاتفاق من شرط جزائي وإيضاً لا يمكن إباحة منافع العقار للمشتري الذي تسلمه بعقد بيع غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري .

لكن هل يمكن قبول الرأي القائل بأنه رغم عدم تسجيل عقد الواعد ببيع العقار من قبل دائرة التسجيل العقاري ، فانه يمكن عدهُ بمثابة تعهد بنقل ملكية عقار يخضع لأحكام المادة (1127) مدني عراقي وذلك بعد إن يبدي الموعود له رغبته بالشراء خلال المدة المتفق عليها . وبالتالي هل يمكن التسليم بان الواعد يلتزم بتعويض الموعود له (المتعهد له) إذا نكل عن تسجيل العقار باسم الموعود له في دائرة التسجيل العقاري. وان الموعود له إذا سكن العقار المبيع أو أقام فيه أبنية أو منشأت أخرى أو غرس فيه مغروسات فأنه يستطيع رفع دعوى يطالب فيها بتمليكهِ العقار بالثمن المحدد ابتداءً في الوعد والإشعار إلى دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار باسمهِ .

أقول انه لا يمكن التسليم بان الوعد ببيع العقار غير المسجل يصبح بعد إبداء الرغبة بمثابة التعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عراقي لان في ذلك تحميل لهذه المادة أكثر مما تحتمل.فالتعهد الذي أشارتهِ إليه هذه المادة ، وكما اتضح من استعراض موقف الفقه، هو بيع عقار لم يُسجل بعد وليس وعد ببيع عقار والفارق واضح بين الأمرين . كما انه في التعهد بنقل ملكية العقار أحد الطرفين (وغالبا ًهو المتعهد البائع) يُخل بالتزامهِ بنكولهِ عن التسجيل ، أما في الوعد ببيع العقار فليس هناك نكول عن التسجيل أنما دائرة التسجيل العقاري هي التي تمتنع عن التسجيل . لذا فان الراجح هو إن تخلف الشكل (التسجيل) يؤدي إلى بطلان الوعد دون إن يترتب عليه أي أثر .

المطلب الثاني :ـ موقف الفقه المصري :

عرض الفقه المصري بالتفصيل لمسألة مدى استلزام اتخاذ الوعد نفس الشكل اللازم لإبرام العقد الموعود به ، ولمسألة آثار الوعد في حالة تخلف الشكل . وعليه نعرض لموقف الفقه المصري من هاتين المسألتين في الفقرتين الآتيتين:ـ

أولاً :ـ مدى الإلزام باتخاذ الوعد نفس شكل العقد الموعد بإبرامهِ :

لم تتفق كلمة الفقهاء المصريين بصدد مسألة استلزام تحقق الشكلية في الوعد بإبرام عقد شكلي ، وبعبارة أخرى وجوب اتخاذ الوعد نفس الشكل الذي يستلزمه المشرع لانعقاد العقد الأصلي ، فانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول:ـ يذهب هذا الفريق إلى إن الشكلية ليست ركناً في عقد الوعد وان الوعد بإبرام عقد شكلي يمكن إن يكون رضائياً. إلا إن فقهاء هذا الفريق تباينوا بينهم في هذا الصدد إذ يرى بعضهم عدم استلزام ارتداء الوعد ذات الشكل المفروض لانعقاد العقد الأصلي بالقول ((الأصل إن كل عقد شكلي يجوز إن يكون الوعد به مستوفياً شكل العقد الموعود به ، ويجوز أن يكون وعداً رضائياً ، مالم ينص القانون على غير ذلك . ولكنه في الحالة الأولى يمكن إن يؤدي إلى حكم قضائي يقوم مقام الموعود به .....))(65) . وواضح من القول أعلاه أن هذا الرأي يحتج بحجة مفادها إن الشكل المنصوص عليه في المادة (101 / ف1) مدني مصري ليس ركناً في عقد الوعد، بل انه حسب المادة (102) مدني مصري لايعدو إن يكون شرطاً للحصول على حكم يقوم مقام العقد المراد إبرامه ، ومن ثم فإن الوعد الرضائي بالعقد الشكلي يكون صحيحاً ومنشئاً لالتزام شخصي يمكن المطالبة بالتعويض عنه إذا استحال تنفيذه تنفيذاً عينياً (66) .

في حين يرى البعض الأخر من فقهاء هذا الفريق بان مدى الالتزام باتخاذ الوعد مايُشترط للعقد المراد إبرامه من شكل يقتضي التمييز بين ما إذا كان غرض المشرع من فرض الشكل في العقد المراد إبرامه هو حماية المتعاقدين أم حماية الغير . فإذا كان الشكل مقرراً لحماية المتعاقدين فان الوعد بمثل هذا العقد يجب إن يتخذ ذات الشكل ، ويترتب على تخلف هذا الشكل بطلان الوعد . أما إذا كان الغرض من الشكل في العقد المراد إبرامه هو حماية الغير من الغش وإبرازاً لإرادة المتعاقدين ، فان الوعد به يكون صحيحاً ولو كان رضائياً أي حتى ولو لم يستوفِ هذا الشكل ، ومن هنا لايعد الشكل ركناً في العقد .وحجة هذا الرأي إن الشكل اللازم توافره هو من فرض القانون فالقانون هو الذي يعين جزاء تخلفهُ. وينبغي إن يكون هذا الجزاء مرناً يتلائم مع ظروف كل حالة مادام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يغني عنها (67) .

وقد تعرض رأي هذا الفريق إلى انتقادات عديدة فقيل إن الرأي الأول منه لا يستند إلى أساس قانوني صحيح إذ انه يتجاهل نص المادة (101 / ف2) مدني مصري التي تضع قاعدة عامة تتعلق بالوعد بإبرام عقد شكلي ، إذ تشترط إن يتخذ هذا الوعد نفس الشكل الذي يجب إن يتخذه العقد الشكلي الموعود به (68) . وقيل

بالنسبة للرأي الثاني في هذا الاتجاه أنه ينطوي على تجاهل لحقيقة إن الشكل في القانون المصري لايُفرض لحماية الغير فقط وأنما يُفرض أساساً لحماية المتصرف ذاته ، وان كان هذا الشكل يمكن أن يؤدي إلى حماية الغير ويوفر له أيضا ًوسيلة للإثبات.والحقيقة أنه لاتوجد تصرفات شكلية اُشترط الشكل فيها بقصد حماية الغير بالذات (69).

الفريق الثاني: يذهب هذا الفريق الذي يضم غالبية الفقه المصري(70) إلى ضرورة توافر الشكل في عقد الوعد إذا كان العقد الموعود بإبرامهِ شكلياً مستندين إلى صراحة نص المادة (101 /ف2) مدني مصري التي توجب اتخاذ الوعد نفس الشكل المتطلب لأنعقاد العقد الموعود بإبرامهِ. مما يؤدي إلى عد الشكل ركناً في عقد الوعد يترتب على تخلفهِ بطلان الوعد مطلقاً . وأيضاً استند بعض منْ قال بهذا الرأي إلى حجة منطقية مفادها إن عقد الوعد هو الذي يؤدي إلى انعقاد العقد الأصلي في المستقبل إذا أبدى الموعد له رغبته بالتعاقد خلال المدة المحددة ، فإذا قيل بإمكانية انعقاد الوعد دون استيفاء الشكل المطلوب في العقد الأصلي ، فأن ذلك سينسحب على العقد الأصلي فيُبرم هو الآخر دون مراعاة الشكل المطلوب . وبذلك سُيصبح الوعد وسيلة للتحايل على أحكام القانون المتعلقة بالشكلية وهي أحكام آمرة لارتباطها بالنظام العام . وحجتهم في ذلك أنه إذا أمكن إن ينعقد الوعد بعقد شكلي دون إن يستوفي الشكل المطلوب لأنعقاد العقد الموعود به لأدى ذلك إلى إمكان انعقاد العقد الشكلي بالرغم من عدم استيفائه الشكلية التي يتطلبها القانون لأنعقادهِ ، لأن قبول الموعود له يؤدي إلى أبرام العقد الموعود به ، وحتى إذا نكل الواعد عن وعدهِ لأن بإمكان الموعود له الحصول على حكم يقرر التعاقد بينهما . وبهذا يكون العقد الأصلي قد أنعقد رغم عدم استيفائهِ للشكل الذي فرضهُ المشرع ركناً لانعقادهِ. ولهذا السبب كان لابد للمشرع من اشتراط الشكل لأنعقاد الوعد إذا كان العقد الأصلي الموعود به شكلياً .(71) ويذهب البعض إلى أنه إذا اشترط القانون شكلاً معينا لإبرام العقد فان الوعد بهذا العقد يجب إن يرد في الشكل المقرر ذاتهِ أو في شكل أكثر قوةً ، فمثلاً لو أشترط القانون إن يكون عقد الشركة مكتوباً في ورقة عرفية فيجوز الوعد به بموجب ورقة رسمية(72).

ثانياً :ـ آثار عقد الوعد في حالة تخلف الشكل:

فيما يخص آثار عقد الوعد غير المستوفي لشكل العقد الموعود به ، يرى بعض الفقهاء المصريين(73)، رغم إقرارهم ببطلان هذا الوعد ، إن البطلان لايمنع من إن يُرتب عقد الوعد التزامات شخصية في ذمة الواعد لا باعتبارهِ وعدا ً بعقد معين وإنما باعتبارهِ عقداً غير مُسمى استناداً لمبدأ سلطان الإرادة (74) . وقد برر

البعض وجود العقد غير المُسمى من خلال الاستناد إلى نظرية تحول العقد، فالوعد بعقد شكلي وان كان باطلاً لتخلف الشكل إلا انه يتحول إلى عقد صحيح استناداً لتلك النظرية. وتطبيقاً لذلك قيل إنه إذا كان الوعد بالرهن الرسمي باطلاً لتخلف الرسمية، فان يمكن إعمال نظرية تحول العقد في شأنهِ إذا توافرت شروطها ، فيقوم على أنقاضهِ عقد وعد بتقديم تأمين لضمان الدين دون تحديد لذاتيه هذا التأمين ، ويترتب على عدم تقديم هذا التأمين سقوط أجل الدين إذا كان الدين مؤجلاً(75) . وقد زاد البعض على سقوط الأجل أخذ حق اختصاص بمبلغ القرض(76) .

وعلى نقيض هذا الرأي ذهب جانب آخر من الفقه المصري إلى إن الوعد الرضائي بالعقد الشكلي لا يمكن إن يترتب عليه أي أثر وذلك لبطلانهِ بسبب عدم استيفائهِ لشكلية العقد الموعود به . وتطبيقاً لذلك قيل إن الوعد بالرهن الرسمي (التأميني) يكون باطلاً إذا لم يفرغ في ورقة رسمية ولا يترتب عليه أي أثر ، وعلى ذلك لا يمكن الحكم بأي تعويض لصالح الموعود له ، ولا يجوز أن يؤخذ له حق اختصاص . أي أنه لا يمكن تطبيق نظرية التحول على الوعد بالرهن الرسمي الذي شابه البطلان لأن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوعد بالرهن ولم تنصرف بأي صورة إلى أي عقد آخر ، فالوعد الباطل ، بسبب عدم استيفائه لشكلية العقد الأصلي الموعود به ، لا يمكن إن ينتج آثراً ما لعدم توافر شروط نظرية تحول العقد(77).

الرأي الراجح :ـ من استعراض مجمل أراء الفقه العراقي والمصري في مسألة الشكلية اللازمة للوعد بإبرام عقد شكلي ، نخلص إلى تأييد الرأي القائل بضرورة اتخاذ الوعد ذات الشكل اللازم تحققهُ في العقد الأصلي وذلك لوضوح النصوص القانونية بصدد هذه المسألة ، إذ جاءت هذه النصوص بعبارة ((فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً)) (78) . فهذه النصوص دلالتها صريحة على إن الشكل يلزم مراعاته إذا كان العقد الموعود به شكليا ولا مجال لتأويل دلالة هذه النصوص على نحو آخر إذ لاجتهاد في مورد النص . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فأن جعل الشكل ركناً في الوعد من شأنه حماية أطراف التعاقد جميعاً((الواعد والموعود لهُ)) . فتسجيل عقد الوعد ببيع العقار فيه ضمان للموعود له في الحصول على العقار الموعود به وفيه أيضاً ضمان للواعد في الحصول على التعويض إذا كان قد تضرر من بقائهِ على وعده المدة المحدد للوعد في حالة نكول الموعود له عن الشراء(79) .

ونتفق مع الرأي القائل بأنه لامبرر للتمييز في الحكم حسب الغرض من الشكل ، فيما إذا كان مقرراً لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير ذلك لأنه بالإضافة إلى إن الشكل يهدف أساساً إلى حماية المتعاقد نفسهُ فان النص (المادة

91/ ف2 مدني عراقي ، المادة 101 / ف2 مدني مصري) قد جاء عاماً دون أن يخصص بحالة معينة دون أخرى ، كما انهُ لا يوجد هناك دليل من النصوص القانونية يؤيد هذا التمييز(80).

أما فيما يتعلق بأثر الوعد الباطل لتخلف ركن الشكل فالراجح إن تخلف الشكل يؤدي إلى بطلان عقد الوعد دون أن يترتب عليه أي آثر لا باعتباره وعداً ولا باعتباره عقداً غير مُسمى . ولا نتفق مع رأي جانب من الفقه المصري القائل بان عقد الوعد الباطل لتخلف الشكل يمكن إن تترتب عليه بعض الالتزامات باعتبارهِ عقداً غير مُسمى طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ونظرية تحول العقد . فهذا قول غير دقيق لأن الشكل هو صورة خاصة للتعبير عن الإرادة ولا يوجد التعبير إلا إذا افُرغ في هذه الصورة ، وإذا لم يوجد التعبير عن الإرادة لا يمكن أن نتصور وجود تراضٍ ، وفي حالة عدم قيام التراضي لا يمكن افتراض وجود العقد . فالتعبير عن الأرادة فغياب الشكل المفروض يُعد إظهاراً مادياً للإرادة لايُعتد به المشرع . ولا يفيد في هذه الحالة الالتجاء إلى نظرية تحول العقد لأن المشرع نص على ((..... إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد)) (81) ، ومن هذا النص نجد إن المشرع يستلزم انصراف نية أطراف العقد الباطل إلى اعتباره عقداً غير مُسمى أي يستلزم وجود تراضي على العقد غير المسمى (المتحول إليه) . ولا يمكن الجزم بوجود هذا التراضي في حالة الوعد الباطل لتخلف الشكل ، إذ قد يكون إغفال الشكل من قبل أحد المتعاقدين تحايلاً على القانون للإضرار بالمتعاقد الآخر . أما ماينشأ من التزام بالتعويض على عاتق الواعد في حالة عدم إتمام الشكل فان أساسهُ المسؤولية التقصيرية إذا توافرت أركانها (الخطأ ، الضرر ، العلاقة السببية) لا المسؤولية العقدية . أما بالنسبة لمسألة سقوط أجل الدين الذي وعد المدين بتقديم رهن لضمان الوفاء به ـ ولم يستوفِ هذا الوعد شكلية التسجيل المطلوبة لانعقاد الرهن الرسمي ـ فهو ليس من آثار العقد غير المسمى الذي ينشأ في حالة تخلف شكل الوعد بل هو نتيجة طبيعية نص عليها المشرع في حالة عدم تقديم المدين مأوعد بتقديمهِ من تأمينات لضمان الوفاء بالدين(82) . وبناءً على ذلك فان ماقد ينشأ من آثار في حالة بطلان الوعد لتخلف الشكل يكون مصدرها القانون لا العقد (83) .

المبحث الثالث

موقف القضاء من اتخاذ الوعد ببيع العقار ذات الشكلية اللازمة لانعقاد العقد الأصلي

لأجل الإحاطة بموقف القضاء من مسألة اتخاذ الوعد ، وخاصةً الوعد ببيع العقار، شكل العقد النهائي الموعود بإبرامهِ ،نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في أولهما موقف القضاء

العراقي ونخصص ثانيهما لبحث موقف القضاء المقارن .

المطلب الأول :ـ موقف القضاء العراقي

بحثتُ في مجموعات ونشرات الأحكام القضائية وأيضاً حأولت البحث في الأحكام القضائية غير المنشورة ، للوقوف على موقف القضاء العراقي من مسألة لزوم تسجيل الوعد ببيع العقار في دائرة التسجيل العقاري باعتبار إن شكلية التسجيل مطلوبة لانعقاد بيع العقار حسب أحكام القانون العراقي ، لكني عثرت فقط على قرار حكم واحد بخصوص هذه المسألة ، وهذا القرار صادر عن محكمة بداءة بغداد عام 1959. وقد جاء في هذا القرار ((بيع المال غير المنقول خارج دائرة الطابو (التسجيل العقاري) باطل ، المادة (508) مدني ، ويعتبر بحكم العدم المادة (138) مدني . والمعدوم لا ينتج شيئاً . ولما كان الالتزام موضوع الدعوى هو من قبيل الاتفاقات الابتدائية المبحوث عنها في الفقرة الأولى من المادة (91) مدني ، وحيث لم يتم تسجيلهُ في الطابو ولم يستوفِ الشكل القانوني الذي أشترطهُ القانون ، فليس من حق المدعي المطالبة بالتعويض . إذ إن التعويض يُشترط أن يكون عن التزام ينشأ عن عقد صحيح (ف2 مادة 196 مدني) .....))(84) .

وعند سؤال أهل الخبرة عن سبب ندرة الإحكام القضائية بخصوص هذه المسألة أجمعوا على إن الوعد ببيع العقار لأوجود له من الناحية العملية بسبب امتناع دوائر التسجيل العقاري عن تسجيل الوعد ببيع العقار بحجة أنها لاتُسجل إلا التصرفات التي يترتب عليها أنشاء حق عيني أو زواله أو نقله أو تغييره وكذلك كل تصرف مقرر لحق من هذه الحقوق حسب ما نصت عليه المادة (3/ ف1) من قانون التسجيل العقاري النافذ . وحيث أن الوعد بإبرام تصرف قانوني معين كالوعد برهن العقار أو ببيعه لايترتب عليه أنساء حق عيني أو زوالهِ أو نقلهِ أو تغييره أو تقريره، فأن هذا الوعد لا يندرج ضمن التصرفات القانونية التي تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيلها وبالتالي تمتنع دوائر التسجيل العقاري عن تسجيل الوعد ببيع العقار ، مما فتح الباب للاحتيال وضياع الحقوق ، إذ يلجأ بعض التجار إلى أبرام وعد ببيع نفس العقار لأكثر من شخص مستفيدين من امتناع دائرة التسجيل العقاري عن تسجيل الوعد ببيع العقار .فضاعت بذلك حقوق كثير من الناس . وإن أستمرَ الوضع هكذا ستضيع حقوق أناس آخرين(85).

وواضح أن دوائر التسجيل العقاري في العراق بامتناعها عن تسجيل الوعد ببيع العقار تخالف نص المادة (91/ ف2) مدني عراقي الذي استلزم أفراغ الوعد في ذات الشكل المطلوب لإبرام العقد الأصلي الموعود به ، صحيح أنها بذلك تطبق حكم المادة (3/ف1) من قانون التسجيل العقاري إلا أن ذلك لا يبيح إهمال نص

المادة (91/ ف2) مدني عراقي وإلا أصبح هذا النص في حكم الملغي.

فبيع العقار في القانون العراقي لا ينعقد إلا إذا سُجل في دائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار ضمن منطقتها . وبالتالي فأن العقد المبرم خارج هذه الدائرة عقد باطل لتخلف الشكلية التي عدّها القانون ركناً من أركان الانعقاد(86). وهذا ماقررتهُ أحكام القضاء العراقي المتواترة في هذا الشأن(87). وتطبيقاً للمادة (91/ ف2) مدني عراقي فأن الوعد ببيع العقار لاينعقد إلا باستيفاء شكلية التسجيل المطلوبة لانعقاد البيع الأصلي (الموعود به).

المطلب الثاني :ـ موقف القضاء المقارن :

نعرض أولاً لموقف القضاء المصري ثم القضاء الأردني . وذلك في الفقرتين الآتيتين :ـ

أولاً :ـ موقف القضاء المصري :

التسجيل في القانون المصري ليس ركناً لانعقاد بيع العقار حيث أن البيع ينعقد رضائاً باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية (العقار المبيع والثمن) . لكن القانون المصري يستلزم التسجيل شرطاً لانتقال الملكية.إذن بيع العقار في القانون المصري هو عقد رضائي ، وهذا يعني أنه ينعقد قبل تسجيلهِ في دائرة الشهر ، ولكن انتقال ملكية العقار إلى المشتري يكون معلقاً على التسجيل ، فهو لا يتم إلا بالتسجيل، ومن هنا فأن المدين بنقل الملكية (البائع) يُجبر على التسجيل أي على التنفيذ العيني الجبري وذلك لأن الالتزام الشخصي يوجب في هذه الحالة أتمام إجراءات الشهر (التسجيل) رضاءً أو قضاءً أي التنفيذ العيني ولو جبراً على المدين (البائع). وهذا ما أكدتهُ محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتهم(88).

ونتمنى على المشرع العراقي أن يسلك بصدد بيع العقار مسلك المشرع المصري فيجعل من التسجيل شرطاً لانتقال الملكية لا ركناً للانعقاد. بحيث يقوم تسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد مقام التسجيل من حيث ترتيب الأثر المتمثل بنقل ملكية العقار إلى المشتري. وبذلك يعالج المشرع معالجةً جذريةً مشكلة النكول عن التسجيل التي طالما ولدت الكثير من المآسي(89).

إذن مادام بيع العقار في القانون المصري عقد رضائي فان الوعد به عقد رضائي أيضاً أي لايتطلب انعقادهِ تسجيله في دائرة الشهر العقاري ، وهذا بخلاف القانون المدني العراقي كما سبق أن بينا ، وإذا أمتنع الواعد عن تنفيذ وعدهِ (أي امتنع عن تسجيل العقار باسم الموعود له المشتري لكي تنتقل إليه الملكية) بعد أن أبدى الموعود له رغبته بالتعاقد (الشراء) خلال المدة المحددة(90) ، فأن هذا الأخير يستطيع بوصفهِ دائناً بحق شخصي أجبارالواعد طبقاً للقواعد العامة على تنفيذ التزامهِ تنفيذاً عينياً باللجؤ إلى القضاء وأستحصال حكم قضائي يقوم مقام العقد . وهو ما قضت به المادة (102)

مدني مصري بنصها على ((إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل قاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصةً مايتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى جاز قوة الشيء المقتضى به مقام العقد))(91).

ثانياً :ـ موقف القضاء الأردني

أكد القضاء الأردني موقف القانون الأردني في وجوب تسجيل الوعد ببيع العقار في دائرة تسجيل الأراضي المختصة لكي ينعقد لأن عقد البيع النهائي الوارد على عقارات تمت فيها التسوية هو عقد شكلي يجب تسجيلهُ وإلا وقع باطلاً (92). وموقف القضاء الأردني هذا يمكن أن نستخلصه من اتجاه محكمة التمييز الأردنية إلى اعتبار الوعد ببيع عقار خارج دائرة التسجيل باطلاً. إذ جاء في حكم لها ((يعتبر الوعد ببيع الأرض التي تمت تسويتها باطلاً. إذا لم يتم تسجيله لدى دائرة التسجيل عملاً بالمادة (2/105) من القانون المدني التي أوجبت مراعاة الشكل الذي فرضه القانون لتمام العقد عند أجراء الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد)) (93). وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية ((..... حيث أن المدعي بنك البتراء يملك الشقة موضوع الدعوى وأن المدعى عليها تشغل هذه الشقة دون سند قانوني فأن التكييف القانوني للدعوى التي يقيمها المدعي المالك ضد مشغل العقار بوجه غير قانوني هي دعوى منع معارضة . حيث أن محكمة الاستئناف قد قضت **ببطلان عقد الوعد بالبيع لعلة عدم تسجيله** وأن يد المميزة المدعى عليها على الشقة غير مشروعة فأنها تعتبر غاصبة من تأريخ المطالبة وهو تأريخ إقامة الدعوى وفق ما أستقر عليه أجتهاد محكمة التمييز)) .(94)

ورغم أن الرأي الراجح في الفقه الأردني يذهب إلى أن الوعد بالبيع العقاري باطل دوماً في الأردن وأن سبب بطلان الوعد ببيع العقار يعود من الناحية العملية إلى امتناع دوائر تسجيل الأراضي عن تسجيل هذا الوعد لأنها لا تسجل إلا العقود النهائية مما يحرم الوعد من الشكلية المطلوبة لانعقادهِ فيبطل (95) . إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على أطلاقه ، فقد تبين من احد قرارات محكمة التمييز الأردنية أن دوائر التسجيل يمكن أن تسجل الوعد ببيع العقار مما يستتبع صحتهِ وترتيبهِ لأثاره . فقد جاء في هذا القرار ((تبين أن العقد الذي يُحكم العلاقات بين الطرفين هو عقد رسمي منظم لدى مديرية تسجيل أراضي عمان الشرقية ومُسجل برقم 1 / 88 ماركا بتأريخ 10 / 8 / 1988 **يتضمن الاتفاق بين الطرفين على وعد من المدعي عليه المميز بإبرام عقد بيع حصته بعد إفرازها** .....))(96).

الخاتمة

نأمل في خاتمة هذا البحث أن يكون قد حقق الهدف المنشود منه وهو الإحاطة بتأثير

الشكلية على أنعقاد الوعد بالتعاقد ووجوده وبالذات الوعد ببيع العقار . وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج المتعلقة بهذا الهدف، وكذلك بعض المقترحات التي من شأنها الحيلولة دون أن تصبح الشكلية عائقاً أمام انعقاد الوعد ببيع العقار. ونبين هذه النتائج والمقترحات على النحو الآتي :ـ

أولاً : النتائج:

1ـ أن الشكلية بمفهومها القانوني الدقيق هي عبارة عن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرضهُ المشروع فرضاً إلزامياً بالنسبة لتصرفات قانونية محددة وأستناداً إلى اعتبارات خاصة تقتضي عدم إعطاء الإرادة حرية اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها . وهذا ما يميز التصرفات الشكلية من التصرفات الرضائية حيث يكون للإرادة مطلق الحرية في اختيار وسيلة التعبير عنها . ومن هنا يرتبط الشكل بالتعبير عن الإرادة ويعد شرطاً لوجود هذا التعبير وليس مجرد شرطاً لفاعليته أو آثره ، ولذلك يكون التعبير عن الإرادة عدماً في نظر المشرع إذا ما جاء خالياً من الشكل المفروض على الرغم من حقيقة وجوده في الواقع . ولهذا يجب على المتعاقدين أتباع الأجراء أو الوسيلة التي فرضها المشرع للتعبير، ولا يستطيعون تجأوز هذا الشكل أو استبداله بشكل آخر ولو كان معادلاً له، لكي ينعقد التصرف الذي قصدته الإرادة وتترتب عليه الآثار القانونية (الحقوق والالتزامات).

2ـ لا يكفي لانعقاد التصرف الشكلي أن يتخذ التعبير عن الإرادة الصيغة أو الإجراء الذي فرضهُ المشرع إنما يجب أن تكون الإرادة المعبرة عنها في هذا الشكل حقيقية وسليمة من العيوب . بمعنى أنه لايغني توافر الشكل عن توافر ركن الرضا لأن الرضا هو الأساس في أنعقاد التصرف . إذ يعتمد التصرف الشكلي في قيامه وصحته على وجود أرادة سليمة خالية من العيوب حيث تسري نظرية عيوب الرضا على التصرفات الشكلية كسريانها على التصرفات الرضائية .

3ـ أوجب القانون المدني العراقي (المادة 91 / ف2) ، وكذلك القانون المدني المصري (المادة 101 / ف2) ، وأيضاً القانون المدني الأردني (المادة 105 / ف2) ، أن يتخذ الوعد بالتصرف الشكلي ذات الشكل المشروط استيفاؤه لانعقاد التصرف الموعود بإبرامهِ . وبذلك يكون الشكل ركناً في انعقاد الوعد، ويكون البطلان جزاءً طبيعياً لتخلف هذا الشكل.

4ـ بما أن بيع العقار حسب القانون العراقي عقد شكلي لاينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري وفق الإجراءات التي حددها قانون التسجيل العقاري ، فأن الوعد ببيع العقار أيضا ًعقد شكلي يلزم لانعقاده تسجيله في دائرة التسجيل العقاري . لكن دوائر التسجيل العقاري تمتنع عن تسجيل الوعد ببيع العقار مما يحرمهُ من الشكلية التي يتطلبها القانون المدني لانعقاده

مما يؤدي إلى بطلانه . وبالتالي فأن الوعد بيع العقار يعد باطلاً دوماً في العراق .

أما في القانون المصري فأن بيع العقار عقد رضائي لأن التسجيل (الشهر) في دائرة الشهر العقاري ليس ركناً لانعقاد البيع أنما هو مجرد شرط لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير. وما دام بيع العقار في القانون المصري عقد رضائي فأن الوعد به يكون عقداً رضائياً أيضاً. أما في القانون المدني الأردني فبما أن البيع الوارد على عقارات تمت فيها التسوية هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة الأراضي المختصة ، فأن الوعد ببيع هذه العقارات هو أيضاً عقد شكلي ينبغي لأنعقادهِ تسجيله في دائرة التسجيل المختصة.

5ـ أن السبب الأساس لامتناع دوائر التسجيل العقاري في العراق عن تسجيل الوعد ببيع العقار ، وعن تسجيل الوعد بكل تصرف قانوني آخر محله عقار ، هو إن الوعد بالتعاقد وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي لا يرتب للموعود له حقاً عينياً بل يرتب له فقط حقاً شخصياً. وأن دوائر التسجيل العقاري تختص، حسب المادتين (2) و (1 / 3) من قانون التسجيل العقاري ، فقط بتسجيل التصرفات القانونية العقارية المنشئة أو المعدلة أو المنهية أو المقررة لحقوق عينية أصلية أو تبعية .

إذن تسجيل عقد الوعد ببيع العقار باعتباره منشئ لحق شخصي لا يدخل ضمن اختصاص دائرة التسجيل العقاري.

6ـ حاول الفقه العراقي التخفيف من وطأة بطلان الوعد بيع العقار لامتناع دوائر التسجيل العقاري عن تسجيله. إذ ذهب رأي في الفقه العراقي إلى القول بأن الوعد ببيع العقار ، بالرغم من عدم تسجيله ، يرتب التزاماً على عاتق الوعد مؤداه وجوب قيامه باتخاذ الإجراءات الضرورية لنقل ملكية العقار الموعود به الى الموعود له متى أظهر رغبته في شرائه . وفي حالة إخلال الواعد بالتزامه هذا يكون للموعود له حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من هذا الامتناع طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية على اعتبار أن الوعد ينعقد بمجرد تلاقي أرادتي عاقديه.

في حين ذهب رأي ثاني إلى القول بأنه يمكن أن تترتب على الوعد ببيع العقار الباطل لعدم تسجيله نفس الآثار التي تترتب على عقد بيع العقار الخارجي (غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري). أي عد هذا الوعد الباطل بمثابة تعهد بنقل ملكية عقار يخضع لأحكام المادة (1127) مدني عراقي ، المعدلة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 1198 لسنة 1977 ، التي تلزم الواعد بتعويض الموعود له (المتعهد له) إذا نكل عن تسجيل العقار باسم الموعود له في دائرة التسجيل العقاري

بعد أن أبدى الأخير رغبته بالشراء خلال المدة المتفق عليها . وأن الموعود له إذا سكن العقار أو أقام فيه أبنية أو منشآت أخرى أو غرس فيه مغروسات، فأن يستطيع رفع دعوى يطالب فيها بالحكم له بتملك العقار بالثمن المحدد ابتداءً في الوعد والأشعار إلى دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار باسمهِ.

وكلا الرأيين لا يمكن قبوله فالأول ،القائل بأن الوعد بيع ينعقد بمجرد تلاقي أرادتي طرفيه (تحقق الرضا) ويترتب عليه التزام الوعد باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار إلى الموعود له بعد أن أبدى رغبته بشرائه ، فيه مخالفة صريحة لنص المادة (91 / ف2) مدني عراقي التي تستلزم أن يتخذ الوعد بالتعاقد نفس الشكلية اللازمة لانعقاد العقد الأصلي الموعود به . أي يجب لانعقاد الوعد ببيع العقار تسجيله في دائرة التسجيل العقاري . وما دام أن دائرة التسجيل العقاري لا تسجيل هذا الوعد فهو لا ينعقد وبالتالي لا يترتب علي أي التزام شخصياً كان أم عينياً .

أما الرأي الثاني، القائل بأن الوعد ببيع العقار غير المسجل يصبح بعد أبداء الرغبة بمثابة التعهد بنقل ملكية العقار المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عراقي، فأن فيه تحميل لهذه المادة أكثر مما تحتمل لأن التعهد الذي أشارت إليه هذه المادة هو بيع عقار لم يُسجل بعد وليس وعد ببيع عقار . كما أنه في التعهد بنقل ملكية العقار أحد الطرفين (وغالباً هو المتعهد البائع) هو الذي يخل بالتزامهِ بنكوله عن التسجيل ، أما في الوعد ببيع العقار فليس هناك نكول عن التسجيل أنما دائرة التسجيل العقاري هي التي تمتنع عن التسجيل.

7ـ الرأي الراجح في الفقه العراقي والمصري هو وجوب اتخاذ الوعد ذات الشكل اللازم لانعقاد العقد الأصلي وبغض النظر عن الغرض من هذا الشكل سواء كان حماية المتعاقدين أم حماية الغير أم كلاهما ، إذ أن النصوص القانونية صريحة الدلالة على وجوب مراعاة الشكل في الوعد إذا كان العقد الموعود به شكلياً ولا مجال لتأويل دلالة هذه النصوص على نحو آخر .

8ـ الرأي الراجح أن تخلف الشكل يؤدي إلى بطلان عقد الوعد دون أن يترتب عليه أي آثر لا باعتبارهِ وعداً ولا باعتباره عقداً غير مُسمى . أما ما قد ينشأ من التزام بالتعويض على عاتق الواعد في حالة عدم إتمام الشكل فأن أساسه المسؤولية التقصيرية إذا توافرت أركانها (الخطأ ، الضرر، العلاقة السببية).

9ـ الوعد ببيع العقار في القانون المدني المصري عقد رضائي لا يتطلب انعقاده تسجيله في دائرة الشهر العقاري. وإذا أمتنع الواعد عن تنفيذ وعده بعد أن أبدى الموعود له رغبته بالتعاقد (الشراء) خلال المدة المحددة ، فأن الموعود له يستطيع أستناداً إلى المادة (102) مدني مصري إجباره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً باللجؤ إلى القضاء

واستحصال حكم قضائي يقوم مقام العقد . ولا مقابل لنص المادة (102) مدني مصري في القانون المدني العراقي. ولا يمكن القول أن حكم هذه المادة يمكن الأخذ به في القانون العراقي تطبيقاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني ، لأنه لكي يمكن تنفيذ عقد الوعد تنفيذاً عينياً يجب أن يكون عقد الوعد قد أنعقد صحيحاً ابتداءً باستيفائهِ لكافة أركانه وشروطه وأهمها الشكل المطلوب في العقد النهائي ، وبما أن الوعد ببيع العقار في العراق لا ينعقد أصلاً لامتناع دوائر التسجيل العقاري عن تسجيله ابتداءً فأنه لا محل للكلام عن تنفيذه تنفيذاً عينياً إذ يجب أن يرد التنفيذ العيني على عقد منعقد أصلاً .

10ـ لقد أقترب المشرع العراقي من مسلك المشرع المصري الذي يجعل التسجيل شرطاً لانتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري لا ركناً لانعقاد البيع ، وذلك بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 1198 لسنة 1977 الذي أجاز للمتعهد له (مشتري العقار بعقد غير مُسجل) تملك العقار بقيمتهِ المعينة في التعهد إذا كان قد سكن الدار أو الشقة السكنية المبيعة ، أو شيد على قطعة الأرض المبيعة داراً أو منشآت آخرى أو غرس في الأرض الزراعية أشجاراً أو أحدث فيها منشآت أخرى ، متى ما تم كل ذلك بدون معارضة تحريرية من المتعهد (البائع بعقد خارجي غير مسجل) .

ثانياً : المقترحات

1ـ بينا في النتائج أن دوائر التسجيل العقاري في العراق تمتنع عن تسجيل الوعد ببيع العقار لأن هذا الوعد وفق أحكام القانون العراقي يرتب للواعد حقاً شخصياً وليس حقاً عينياً . ويتحدد اختصاص دوائر التسجيل العقاري، حسب المادة (3 / ف1) من قانون التسجيل العقاري، بتسجيل التصرفات العقارية المنشئة أو المقررة أو المعدلة أو المنهية للحقوق العينية الأصلية أو التبعية . وبذلك لن تتحقق الشكلية التي تطلبتها المادة (91 / ف2) مدني عراقي مما يعني بطلان الوعد ببيع العقار. وهذا يؤدي إلى إرباك الحياة الاقتصادية التي تقتضي في كثير من الأحيان إبرام وعد ببيع العقار قبل أبرام عقد البيع النهائي لإشباع حاجات الأفراد . وللحيلولة دون هذا الإرباك لابد من ضمان تطبيق نص المادة (91 / ف2) مدني عراقي، وذلك من خلال أجراء تعديل بخصوص طبيعة الحق الناشئ عن الوعد ببيع العقار ، والأخذ بنفس الحكم الذي نص عليه كل من قانون الملكية العقارية اللبناني والقانون المدني السوري ، بجعل الحق الناشئ عن الوعد ببيع العقار حقاً عينياً وليس حقاً شخصياً وبالتالي لن تمتنع دائرة التسجيل العقاري عن تسجيلهِ.

أما بخصوص ما يقال من أن الوعد ببيع العقار حتى لو سُجل فليس هناك فائدة من هذا التسجيل لأنه لا يقيد حرية الواعد في التصرف بالعقار باعتبار أن الواعد يبقى مالكاً للعقار

الموعود ببيعهِ ولذا له أن يتصرف فيه كيف يشاء ، ويعتبر تصرفه هذا رجوعاً منه عن الوعد مما يعرض عملية التسجيل لخطر النقض والأبطال . فلأجل تلافي هذه النتيجة اقتراح الأخذ أيضاً بالحكم الذي نص عليه كل من قانون الملكية العقارية اللبناني والقانون المدني السوري ، والذي يمنع الواعد من بيع العقار أو من أنشاء حق عيني عليه وذلك أثناء المهلة المعطاة للموعود له لأجل أبداء رغبته بالشراء .

واقتراح صياغة الحكمين المقترحين أعلاه في مادة قانونية تضاف إلى مواد الفصل الخاص بإحكام عقد البيع في القانون المدني. وأن يكون نص هذه المادة على النحو الآتي ((1ـ يتولد عن الوعد ببيع العقار حق عيني يخضع بهذا الصفة لجميع الإحكام الجارية على الحقوق العينية وبالذات ما يخص التسجيل .

2ـ يُمنع الواعد من بيع العقار أو من إنشاء حق عيني عليه وذلك اثناء المهلة المعطاة للموعود له لأجل تقرير الشراء)) .

2ـ إضافة نص في القانون المدني العراقي إلى المواد الخاصة بإحكام الوعد بالتعاقد ، يشابه في مضمونة نص المادة (102) مدني مصري الخاصة بحالة نكول الواعد عن اتخاذ مايلزم لإبرام العقد النهائي بعد إبداء الموعود له لرغبته بالتعاقد . وأقترح أن يكون هذا النص بالصيغة الآتية ((إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصةً ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقتضي به مقام العقد ، وقام عند الاقتضاء تسجيل الحكم في الدائرة المختصة مقام تسجيل العقد)).

علماً أن المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي كان يحتوي على نص يقرر مثل هذا الحكم.

3ـ لأجل معالجة مشكلة النكول عن تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري معالجة جذرية، أقترح أن يأخذ المشرع العراقي بنفس حكم القانون المصري فيجعل من التسجيل شرطاً لانتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري لا ركناً لانعقاد البيع ، بحيث يقوم تسجيل حكم المحكمة النهائي (الحائز قوة الأمر المقضي به) بإثبات التعاقد مقام التسجيل من حيث ترتيب الأثر المتمثل بنقل ملكية العقار إلى المشتري.

وأخيراً أسال الله تعالى أن يكون هذا البحث قد حقق الغاية المرجوة منه عسى أن أنال به ولو أجر المجتهد المخطئ.

الهوامش

1- اختلفت هذه التشريعات في الموضع الذي نظمت فيه الوعد بالتعاقد . فقسم منها نصت عليه في باب النظرية العامة للالتزام ، وهذا هو حال القانون المدني العراقي (المادة 78) والقانون المدني المصري (المادة 101) والقانون المدني الكويتي (المادة 73) والقانون المدني الأردني (المادة 92) وقانون المعاملات المدنية الامارتي (المادة 146) . أما القسم الأخر من هذه التشريعات فاكتفت بالنص على الوعد بالبيع وذلك في باب البيع باعتباره ابرز تطبيقات الوعد بالتعاقد دون أيراد قاعدة عامة لعقد الوعد ، ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي (المادة 1589) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة 493) .

2- يُنظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط3 ، دار العلوم ، دمشق ، 1989م ـ 1409هـ ، ص223ـ224 .

3- ينظر : العلامة جمال الدين محمد الأنصاري المعروف بأن منظور ، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، حرف الشين ، مادة شكل.

والعلامة الشيخ عبد الله العلايلي ، الصحاح في اللغة والعلوم، ج1، تجديد صحاح العلامة الجوهري والمصطلاحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية، إعداد وتصنيف نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، دار الحضارة العربية ، بلا سنته طبع، صفحة 680

4- ينظر : صالح العلي الصالح ، المعجم الصافي في اللغة العربية، ط1، 1989، ص310.

5- ينظر : د. علي محيي الدين القرةداغي ، مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ج1، ط2، دار البشائر الإسلامية ، 2002، ص25.

6- ينظر في تفصيل هذه الطرق: د. عمر ممدوح مصطفى ،أصول تاريخ القانون ، مؤسسة المطوعات الحديثة ،مصر ،1996،ص302.

د.معروف الدواليبي ،الوجيز في الحقوق الرومانية ،ط2،جامعة دمشق،1961،ص226.

7- يُنظر د. صوفي أبو طالب ، الوجيزة في الحقوق الرومانية ، ط1، دار النهضة العربية ،مصر ، 1385هـ ، ص298.

8- يُنظر د.صوفي أبو طالب ،تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،دار النهضة العربية ،مصر،1986،ص334.

ينقسم تأريخ القانون الروماني إلى عصور مختلفة : عصر القانون القديم ويشمل الفترة الممتدة منذ نشأة روما حتى منتصف القرن الثاني قبل الميلاد ،والعصر العلمي الذي يبدأ من منتصف القرن الثاني قبل الميلاد حتى منتصف القرن الثالث قبل الميلاد ،وعصر الإمبراطورية السفلى ويبدأ من منتصف القرن الثالث قبل الميلاد ينتهي بوفاة الإمبراطور جستنيان.

9- يُنظر د. عباس العبودي ، تأريخ القانون في وادي الرافدين ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، 1988 ، ص172 ـ 175 .

10- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري،ج2: الالتزامات ،مصادر الالتزام (من المادة 89 إلى المادة 264)،الحكومة المصرية ،وزارة العدل ،مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص76 .وهذا مأورد أيضاً

في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني لسنة 1976،ج1،إعداد المحامي الأستاذ طارق شفيق نبيل والأستاذ توفيق سالم والأستاذ منير مزأوي ،المكتب الفني ، نقابة المحامين ،بلا سنة طبع ،ص114.

11- ينظر د.ياسر الصيرفي ،التصرف الشكلي في القانون المدني المعاصر ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1992، ص63 .

12- ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ،ج1 :انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد، 1967،ص118، 119 . د. وليم سليمان قلادة ،التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، ط1 ، المطبعة التجارية ، القاهرة 1955،ص8

13- نصت المادة (79) مدني عراقي على ((كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي)) . ونصت المادة(90) مدني مصري على ((1ـ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود 2ـ ويجوز إن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على إن يكون صريحاً.)) . ونصت المادة (93) مدني أردني على ((التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهود عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاًفي دلالته على التراضي)).

14- يُنظر : د. جميل الشرقأوي ، النظرية العامة للألتزام ، الكتاب الأول : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1981 ، ص310.

د. وليم سليمان قلادة ، المصدر السابق ، ص61، 62.

15- يُنظر Fathi Abdel- Rahim، Aspects nouveaux du formalisme dans Les contrats civils، le caire ، 1974 ، p 534.

16- المواد (580 ،603 ،1 2/107، 1126 ، 1286 / 2، 1324) مدني عراقي وكذلك المادة (2/3)من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل .

ومن الأمثلة أيضاًعلى التصرفات الشكلية عقد المرتب مدى الحياة فهذا العقد لاينعقد إلا إذا كان مكتوباً. المادة (979) مدني عراقي ، والمادة (742) مدني مصري .

17- يُنظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1: مصادر الالتزام ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـ لبنان ، بلا سنة طبع ، فقرة 48 ، ص152 .

د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1: مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية (العقد ،الإرادة المنفردة)، المجلد الأول :نظرية الالتزام ، تحليل العقد ،مطبوعات جامعة الكويت ـ كلية الحقوق ، مطبعة ذات السلاسل ،الكويت ،1982 ،فقرة 492 ، ص438 . د. ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ،ص59 .

18- عرف أستاذنا الدكتور مصطفى الزلمي الركن بقوله (الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وهو جزء من حقيقته وماهيته كالإيجاب والقبول في صيغ العقود ....).

د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجهِ الجديد ،ج1ـ2،ط10،مطبعة شركة الخنساء للطباعة المحدودة ،بغداد ، 2002، ص245.

19- قضت محكمة التمييز العراقية ((...لايصبح عقد بيع العقار باتاً إلا بتسجيلهِ في دائرة الطابو وفقاً لأحكام المادة (508) مدني ، ولما كان البيع لم يُسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)) القرار رقم 518 / مدنية ثالثة / 1973 في 21 / 11/ 1973 ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، 1973 ، ص65 .

وقضت في قرار آخر ((..... إن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لعدم استيفاءه الشكل الذي فرضه القانون ولفقدانه ركناً من أركانه. والعقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم أصلاً بموجب الفقرة (1)من المادة (138)مدني والمادة (508)والمادة (203)من قانون التسجيل العقاري ،لذا فلايُجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيلهِ باسمهِ في دائرة التسجيل العقاري وإنما يكون حقه استرداد المبلغ المدفوع منه للبائع المميز)). القرار رقم 787/مدنية أولى /1979في1980/7/3،منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنةالحادية عشر ،1980 ،ص26.

20- يُنظر : د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، مصدراً سابقاً، ص119ـ120 .

21- ينبغي التنبيه إن التصرفات الواقعة على عقار إذا اتخذت الشكل المطلوب قانوناً أي تم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، فأنه لايجوز الطعن فيها بالصورية (المادة 149) مدني عراقي .وعلة هذا الحكم هي انه عند تسجيل التصرف العقاري في دائرة التسجيل العقاري فأن الحق العيني ينتقل بقوة القانون بناءً على هذا التسجيل ، فلا يُقبل بعد ذلك الطعن في انتقاله بالصورية . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فأن نظام التسجيل العقاري في العراق ينطوي على إجراءات إشهار وقوة إثبات تقوم على إقرار وكتابة وإشهار بحيث يتضاءل أمامها أي دليل يفيد صورية التصرف. ولذلك ينبغي الركون إلى التصرف العقاري بعد تسجيله بكونه تصرفاً حقيقاًلاصورياً . وبعبارة أدق أن المشرع أقام قرينة على إن التصرف العقاري المُسجل في دائرة التسجيل العقاري هو التصرف الحقيقي الذي أرادهُ الإطراف.وهذه قرينة قاطعة لا يمكن دحضها لامن قبل المتعاقدين ولامن قبل الغير .

لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يُنظر : د.سعد حسين عبد ملحم ،الصورية في التصرفات القانونية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين ،2000، ص51 ـ60 .

22- يقول أيرنك في هذا المعنى ((إن الشكل لايتضمن حرية أو اختيار في طريقة التعبير ، ولا يملك المتصرف إن يختار سواه)) نقلاً عن

Fathi abdel op cit p 536.

23- يُنظر : جاك غستان ،المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو أثاره)، ترجمة منصور القاضي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ،2001، فقرة 434، ص440 .

د. ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ، ص56 .

24 – تنظر المواد ((508، 602، 979، 1071/ 2، 1126، 1203، 1286 / 1) مدني عراقي وكذلك المادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

25- ينظر د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ،ج1 : مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول : نظرية العقد ، القسم الثاني : مراتب العقد ،ط1 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 ، ص33 .

26- ينظر د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط ، ج1 ، القسم الثاني ، المصدر السابق ،ص34ـ36 .

27- ينظر د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الأاردة في القانون المدني المصري ، مصدر سابق ،ص66 .

28- ينظر : د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ط2 ، مـصر، 1988، ص20 .

د.سعدون العامري ، شرح العقود المسماة ، ج1في البيع والإيجار ، ط3، مطبعة العاني ،بغداد ، 1974 ،ص12

29- ينظر في أوجه الاختلاف هذه : د. ياسين محمد الجبوري ، المصدر السابق ، ص39 ـ40 .

30- عرفت المادة (62 /ف1) مدني عراقي العقار بأنه ((كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ويشمل الأرض والبناء والغراس والجسور .....)) .

31- لايقتصر وجوب التسجيل على بيع العقار ، بل إن شكلية التسجيل مطلوبة كركن في كل التصرفات العقارية منها على سبيل المثال لاالحصر : لانعقاد هبة العقار (م602) مدني عراقي ، ولانعقاد الرهن التأميني (م1286) مدني عراقي ، ولانعقاد الرهن الحيازي الوارد على عقار (م1324) مدني عراقي ، ولانعقاد عقد المساطحة الذي بموجبه يخول صاحب الأرض الغير بأن يقيم بناء أو منشات أخرى غير الغراس على هذه الأرض لمدة لاتزيد على خمسين سنة المادة (1266/ ف2) مدني عراقي والمادة(229/ 1) من قانون التسجيل العقاري التي نصت على ((ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وقفاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في السجل العقاري)) .

32- ينظر د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلأوي ، الموجز في العقود المسماة ، البيع ـ الإيجار ـ المقأولة ، دار الحكمة للطباعة والنشر ،بغداد ،1992 ـ1993 ،ص89 .

33- ينظر د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، ج3 ،ط1 ، مطبعة المعارف ،بغداد ،1979 ،ص13 وما بعدها .

34 - ينظر د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ،بغداد ، 1970 ،ص 218 .

35- الحق العيني هو سلطة مباشرة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين (م 67) مدني عراقي.

36- مدة الوعد قد تكون محددة صراحةً عندما يعلن الطرفان عن أرادة واضحة بأن أبرام العقد الأصلي يكون خلال فترة معينة أوبحلول تأريخاً معيناً . وقد تكون مدة الوعد محددة ضمناً بأن تستخلص من أركان العقد وعناصره التي هي الرضا والمحل والسبب. وكذلك يمكن التعرف على المدة الضمنية بالرجوع إلى أمور ووقائع خارج الرابطة التعاقدية ومن أبرز هذه الأمور الخارجية العرف. وفي حالة اختلاف المتعاقدين في تحديد المدة فللقاضي إن يستخلص من ظروف التعاقد المدة التي قصدا المتعاقدان (الواعد والموعود) تحديدها لإبرام العقد الأصلي. حيث أن للقاضي حق تحديد المدة في أي حالة من حالات الوعد بالتعاقد أذا لم تتوضح له حقيقة المدة ، وفي الوقت نفسه ثبت له إن الطرفين قصدا تحديد الوعد بمدة ، إذ يجوز له في هذه الحالة أن يعتبرهما قد اتفقا على المدة المعقولة .

وللواعد، في حالة عدم الاتفاق على المدة صراحةً ، أعذار الموعود له بتحديد مدة يلزمهُ خلالها بأن يبدي رغبتهُ في إبرام العقد بحيث إذا أنقصت هذه المدة سقط حق الموعود له في إبداء رغبته بالتعاقد وتحلل الواعد بالتالي من التزامهِ. وبالمقابل فأن للموعود له الحق في إن يرفض هذه المدة التي حددها الواعد واعذره بها إذا لم يقتنع بها. والمسألة بعد ذلك يحسمها تقدير

قاضي الموضوع .

للمزيد من التفصيل بشأن ركن المدة في الوعد بالتعاقد يُنظر: د . إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1966، ص141 . د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1988 ،ص69 ـ 77.

د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ـ2ـ في الالتزامات، المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ط4 ، بلا مكان طبع ، 1987 ، ص231 .

د. غني حسون طه ، المصدر السابق ،ص109 ـ110.

37- نصت المادة (2) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 على ((تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العينية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام)).

38- نصت المادة (1/3) من قانون التسجيل العقاري على((التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقلهُ أو تغييرهُ أو زوالهُ . وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة))

39- مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ص24 ـ 25 .

40- نصت المادة (10/ ف1) من قانون التسجيل العقاري العراقي على ((تعتمد السجلات الدائمية وسجلات التسوية وسجلات التأمينات العينية وصورها المصدقة وسنداتها أساساً لإثبات الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها مالم يُطعن فيها بالتزوير ، ولا يُقبل الطعن بالصورية في التصرفات المُسجلة فيها)) .

41- نصت المادة (934 /ف1) مدني مصري على ((في المواد العقارية لاتنتقل الملكية ولاالحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا أذا روعيت الإحكام المبينة في قانون الشهر العقاري)) .

ونصت المادة (9) من قانون التنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 على ((جميع التصرفات التي يكون من شأنها أنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلهِ أو تغييرهِ أو زوالهِ ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريقة التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل إن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولا تتغير ولا تزول، لابين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن)).

42- الحكم، حسب ماتبين لنا آنفاً، مختلف في القانون العراقي حيث أن التسجيل ركن لإبرام عقد بيع العقار بدونه يعد العقد باطلاً وكأن لم يكن.

43- ينظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، أصول القانون المدني ، الحقوق العينية (الأصلية والتبعية)، دار الجيل للطباعة ، الفجالة ، بلا سنة طبع ، ص340 .

44- للمزيد من التفاصيل بصدد شرح طبيعة التسجيل وإجراءاته وحكم بيع العقار قبل إن يُسجل وحكمهُ بعد إن يُسجل ، يُنظر : د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج4 : العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول : البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1960 ، ص481 وما بعدها .

45- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بصدد هذه المادة مانصه ((.....أما فيما يتعلق بالشكل فلا يُشترط وضع خاص إلا إذا كان القانون يُعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين، ففي هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدي نفسه)). المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني لسنة 1976 ، ج1 : إعداد المحامي الأستاذ طارق شفيق نبيل والأستاذ توفيق سالم والأستاذ منير مزأوي ، المكتب الفني ، نقابة المحامين ، عمان ، بلا سنة طبع ، ص114 .

46- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المصدر السابق ، ص114ـ115 .

47- نصت هذه المادة على ((في الأماكن التي تمت التسوية فيها لايعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض والماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل)).

48- نصت المادة (106) مدني أردني على ((إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد))

49- يُنظر : د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، 2000، ص95 وص99.

د.ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج1 ، مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول : نظرية العقد ، القسم الأول : انعقاد العقد ،ط1 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ،2002 ، ص332ـ333 .

50- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج3 ، مصدر سابق ، ص23ـ 24 .

51- قال بهذا الرأي د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع الإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956، ص60.

52- قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها بأنه لايلزم بائع العقارات خارج دائرة التسجيل العقاري بالتعويض إذا استحال عليه تسجيل البيع في الدائرة المذكورة بسبب عدم موافقة وزارة الإصلاح الزراعي ووجود دعوى إزالة الشيوع على قسم من القطع المبيعة)) القرار رقم 329 /مدنية أولى /1975 في 17 /9/ 1975 ، منشور في مجموعة الإحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975 ص22 .

53- يُنظر د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي (تأليف مشترك) ، الموجز في العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص39 .

54- نصت المادة (1127) مدني عراقي على ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدهِ ، سواء أشُترط التعويض في التعهد ام لم يُشترط)) .

55- عدّل هذا القرار المادة (1127) مدني عراقي. إذ نص في الفقرة (أ) من البند أولاً منه على ((تقصير التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا أخلَ أحد الطرفين بتعهدهِ سواء اُشترط التعويض في التعهد أم لم يُشترط فيه على إن لايقل عن الفرق بين قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمته عند النكول دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر)).

56- قال بهذا الرأي الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج1 : الملكية وحق التصرف ، ط1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1952 ، فقرة 132 ، ص125 . وللمؤلف نفسه ، الوسيط في شرح القانون المدني ، بغداد ، 1959 ، فقرة 191 ، ص176 . وقال بهذا الرأي أيضاً د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، 1953 ، فقرة 148 ،ص128 ـ 130 .

ويرى الدكتور حسن الذنون إن احترام بعض قرارات القضاء العراقي للشرط الجزائي الذي يدرجه الطرفان في عقد بيع العقار غير المسجل لايستند إلى أساس سليم من الناحية القانونية .

57- قال بهذا الرأي د. عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص146 ـ 149. وأكد عليه في بحثه الموسوم، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، 1976، ص913.

58- نصت المادة (140) مدني عراقي على ((أذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا ً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين إن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى أبرام هذا العقد)) .

59- قال بهذا الرأي : د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الأول في البيع والإيجار، ط3 ،مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ص105 .

د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي ، ج2 : إحكام الالتزام ، ط3 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1977 ، ص46 ـ 47 .

د. كمال قاسم ثرت ، شرح إحكام عقد البيع ، ط1 ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973 ، ص60.

د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج1: عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970،فقرة385 ، ص223 .

60- القرار رقم 2237 / حقوقية /1965 في 12/ 6/ 1965 ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنة الحادية والعشرون ، 1966 ، ص123 .

61- القرار رقم 987 / حقوقية / 1968 في 15 / 12/ 1968 ، منشور في : قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة 1968 ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1971 ، ص322 .

62- القرار رقم 111 / حقوقية ثانية / 1970 في 5/ 3/ 1970 ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الأولى ، 1970 ، ص47 .

63- القرار رقم 469 / مدنية ثانية / 1971 في 3/5 /1970 منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثانية ،1971 ، ص24 .

64- ينبغي التأكيد على انه بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 ، أصبح بإمكان المتعهد له (المشتري بعقد خارجي) إن يحصل على حكم قضائي بتمليك العقار له ليقوم هذا الحكم مقال التسجيل (التنفيذ العيني) . وذلك أذا كان هذا المتعهد له قد سكن العقار المبيع أو أقام فيهِ أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات . إذ إن المتعهد له في هذه الحالات مخير ، عند أخلال المتعهد (البائع) بتنفيذ تعهدهِ ، بين المطالبة بالتعويض أو اللجوء إلى التنفيذ العيني عن طريق الحصول على حكم قضائي بتمليكهِ العقار المبيع (البند أولاً / ب) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 .

65- ينظر د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ـ2ـ في الالتزامات ، مصدر سابق ، ص215 .

66- يضرب هذا الرأي مثلاً على ذلك الوعد بالرهن الرسمي (التأميني) فهو ينعقد صحيحاً وان لم يستوفِ الشكل اللازم لإبرام الرهن أي وان لم يفرغ في ورقة رسمية. وينشئ التزام شخصي في ذمة الواعد بإعطاء الرهن إلا إن هذا الالتزام يكون من المستحيل تنفيذه تنفيذاً عينيا بإجبار الواعد على إبرام الرهن لأن ذلك يقتضي تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل ممتنع . لذلك فان الذي يمكن إن يترتب عليه هو أحد أمرين: الحكم بالتعويض أو الحكم بإسقاط الأجل وإلزام المدين بالوفاء حالاً، وللدائن في الحالتين إن يحصل على اختصاص بعقار مملوك للمدين.

67- ينظر د. أبو عافية رسالته: التصرف القانوني المجرد، نسخة فرنسية، ص60 وما بعدها. نقلاً عن د. السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، ص211 ، هامش / 1.

وكذلك د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، فقرة 196، ص192.

68- د. ياسر كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1992 ، ص361 ـ 362 .

69- د. أكتم الخولي ، العقود المدنية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1957 ، فقرة 163 ، ص172 . د. ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ، ص365 .

70- ومنهم : د. السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، ص203 .

د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، فقرة 100، ص128. د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزامات، منشأه، المعارف، الإسكندرية، 1997، ص66 د. جميل الشرقأوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص293 .

د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1984، ص181ـ 182.

د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بلا مكان طبع، 1987 ، فقرة 77 ، ص91 .

71- يُنظر د. جلال علي العدوي، المصدر نفسهُ، ص277.

د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بلا مكان طبع ، 1984، ص103

د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص183 .

72- ينظر المستشار أنور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ، ج2 ، بلا مكان وسنة طبع ، ص420 .

73- ومنهم : د. السنهوري ، الوسيط ، ج1، المصدر سابق ، فقرة 135 ، ص253 . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، فقرة 100 ، ص128 . د. جلال العدوي، المصدر السابق، ص225 ـ 226 د. جميل الشرقأوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص293 .

74-أستند هؤلاء إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي جاء فيها ((ومع ذلك فان الوعد بإبرام عقد رسمي لايكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوفِ ركن الرسمية . فإذا صح إن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهو بهذا المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به)) . مجموعة الإعمال التحضيرية، ج2، ص75.

75- ينظر : د. جلال العدوي ، المصدر نفسهُ ، ص226 .

د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص182 ، هامش /1 .

د. عبد المنعم البدرأوي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج1 :مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص226 .

76- يقول د. السنهوري في هذا الصدد ((إذا لم يُستوفَ الشكل في الوعد بإنشاء رهن رسمي ، وتم هذا الوعد في ورقة عرفية مثلاً ، فانه يكون باطلاً . ولكنه يكون باطلاً كوعد بإنشاء رهن رسمي ، دون إن يكون باطلاً كاتفاق ملزم . يمكن بموجبه الحكم بتعويض على الواعد .....)) ثم يقول ((يجوز إن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ في ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين (غير مُسمى) تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذهُ عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يُحكم به على الواعد . ويجوز إن يؤخذ به حق اختصاص يؤدي عملاً إلى نتيجة قريبة من الرهن ، كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي يُراد ضمانهِ بالرهن وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض.)) د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج10 : التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1970 ، فقرة 130، 289 .

77- د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية ، ج1، ط1، مطبعة كرموز ، الإسكندرية ، 1980 ، ص274 ، ص276 .

78- نصت المادة (91 / ف2) مدني عراقي على ((.....فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)) . والمادة (101 / ف2) التي جاء فيها ((.. فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرامه هذا العقد)).

79- هذا في القانون المدني المصري حيث حسب المادة (102) منه إذا سُجل الوعد ببيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ثم نكل الواعد عن تسجيل العقد النهائي بعد إن أظهر الموعود له رغبته بالشراء ، فانه يجوز للموعود له أن يقاضيهِ طالباً تنفيذ الوعد . وفي هذه الحالة يقوم الحكم القضائي مقام العقد النهائي . علماً أنه لا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي .

80- ينظر حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى كلية القانون ـ جامعة بغداد ، 2004 ، ص173 .

81- المادة (140)مدني عراقي وهي تقابل المادة (144) مدني مصري .

82- نصت المادة (259)مدني عراقي على ((يسقط حق المدين في الأجل ... ج:ـ إذا لم يُقدم للدائن مأوعد في العقد بتقديمهِ من التأمينات)) . وهي تقابل المادة (273 /3) مدني مصري

83- رجح هذا الرأي أيضاً حسين عبد القادر معروف ، أطروحة دكتوراه ، المصدر السابق ، ص173 ـ 174

84- رقم الدعوى 4265 ـ 1959 ، قرار منشور عند المحامي عبد العزيز السهيل ، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، ج1 ، مطبعة أوفسيت ، دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر ، بغداد ، 1962 ، 115 .

85- حصلت على هذه المعلومات من مقابلة شخصية مع الأستاذ زيدان خلف مدير عام دائرة التسجيل العقاري سابقاً والمستشار في مجلس شورى الدولة حالياً. وكذلك اُكد لي كل من مدير التسجيل العقاري في منطقة أبي غريب ومدير التسجيل العقاري في منطقة العامرية ومدير التسجيل العقاري في منطقة الباب الشرقي ، بأن دوائرهم لا تُسجل عقود الوعد ببيع العقار لأنها تُسجل فقط عقود البيع النهائية حسب الصلاحيات المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري .

86 - نصت المادة (508) مدني عراقي على ((بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سُجل في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)) . وأيضاً نصت المادة (3/ ف2) من قانون التسجيل العقاري العراقي على ((لاينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)).

87- قضت محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها ((لا يترتب على بيع العقار خارج الطابو آثار قانونية لأنه باطل بذاته (المادة 508) مدني ....)) القرار رقم 166 هيئة عامة / 1971 في 9/ 1/ 1971 منشور بالنشرة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1973 ، ص33 . وأقرت محكمة التمييز ذلك في حكم آخر جاء فيه ((أن بيع العقار لاينعقد إلا أذا سُجل في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي ينص عليه القانون (المادة 508 مدني ....)) القرار رقم 2030 / مدنية ثالثة / 1975 في 5/18/ 1977 ، منشور في مجموعة الإحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1977 ، ص32ـ 33. وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز ((وجَد أن البيع الواقع على عقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة لاينعقد عملاً بأحكام المادتين 508 و1126 من القانون المدني لذا يلزم إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد)) القرار رقم 230 / أستئنافه / 1986 ـ 1987 في 7/21 /1987 (غير منشور) . وأكدت هذا المبدأ في قرار آخر جاء فيه ((إن عقد بيع العقار من العقود الشكلية التي تستوجب التسجيل في دائرة التسجيل العقاري (المادة 508 مدني) وحيث إن عقد بيع العقار الخارجي يعتبر باطلاً وأن العقد الباطل ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً (المادة 138 مدني ....)) القرار رقم 2376 / م2 /2005 (غير منشور). وبينت محكمة التمييز متى ينعقد بيع العقار إذ قضت ((ينعقد بيع العقار بتأريخ حصول الإقرار من البائع والمشتري أو منْ ينوب عنهما أمام دائرة التسجيل العقاري)) القرار رقم 543 ، مدنية ثانية ، عقار / 1974 في 22/ 2/ 1975 ، منشور في مجلة الإحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة السادسة ، 1975 ، ص30 .

88- قضت محكمة النقض المصرية ((أن مؤدى نص المادتين 19و17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بتنظيم الشهر العقاري أن الملكية لاتنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد ....)) . القرار رقم28/234في1963/3/14 ، نقلاً عن احمد سمير أبو شادي، مجموعة القواعد القانونية التي

قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والهيئة العامة للمواد المدنية في خمس سنوات يناير سنة 1961 ـ 1966 ، وزارة الثقافة ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع و ف481 ، ص287 . وأكدت محكمة النقض ذلك في قرار آخر جاء فيه ((عقد البيع العرفي لاتنتقل به ملكية العقار إلى المشتري ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيصبح المشتري مجرد دائن شخصي للبائع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد ..... كما لايجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد ملكيتهِ التي لم تنتقل إليه بعد إذ هي لا تنتقل إليه إلا بتسجيل عقدهِ أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذهِ أو التأشير به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى)) . الطعن رقم 234 لسنة 49 القضائية جلسة 17 فبراير 1983،منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 7، 1995 ، ص315 . وأقرت محكمة النقض نفس المبدأ في قرارها الصادر بالطعن رقم 19848 لسنة 47 ق40 جلسة 2003/6/14 منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 29، 2004، ص345.

89- لقد أقترب المشرع العراقي من المسلك المشرع المصري ، ولم يبقى إلا خطوات قليلة للأخذ بحكم القانون المدني المصري بجعل التسجيل شرطا لانتقال ملكية العقار إلى المشتري لا ركناً لانعقاد البيع ، وذلك بإصدار مجلس قيادة الثورة (المنحل) القرار رقم 1198 لسنة 1977 الذي حدَّ من ظاهرة النكول عن التسجيل بأجازته الحصول على حكم قضائي في حالة البيع غير المُسجل يبيح للمتعهد له (المشتري بعقد غير مسجل) تملك العقار بقيمتهِ المعينة في التعهد إذا كان قد شغل الدار أو الشقة السكنية المبيعة، أو شيد على قطعة الأرض السكنية المبيعة داراً أو شقة سكنية أو منشآت أخرى ، أو غرس في الأرض الزراعية المبيعة أشجاراً أو أحدث فيها منشآت أخرى، بشرط إن يكون كل ذلك بدون معارضة تحريرية من المتعهد (البائع بعقد بيع خارجي) . إذ نصت الفقرة (ب) من البند (أولاً) من هذا القرار على ((إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو احدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فأن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقاربقيمتهِ المثبتة بالتعهد أو المطالبة بالتعويض على النحو المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول)) . ونصت الفقرة (أ) من البند ثانياً من هذا القرار على ((تفصل محكمة البداءة في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القرار . ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محكمة الاستئناف التابعة لها هذه المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تأريخ التبليغ بهِ وقرار محكمة الإستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريح تصحيح القرار)).

يُنظر في تفصيل الشروط التي أوجب القرار توفرها عند طلب المتعهد له تملك العقار بدعوى يرافعها أمام محكمة البداءة: عبد الله غزاي العزاوي ، دراسات في قانون التسجيل العقاري ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2001 ، ص83 ـ 84 .

90- إن العقد النهائي يُعد منعقداً من لحظة أبداء الرغبة لا من لحظة أنعقاد الوعد إذ ليس لأعلان الرغبة آثر رجعي . وهذا يعني أن تصرفات الواعد لا تسري في مواجهة الموعود له إلا إذا كانت قد وقعت قبل أبداء الرغبة ، وكذلك الحال فيما يتعلق بالطعن بالغبن أو العيوب الخفية إذ لا يُنظر فيها إلى تأريخ الوعد وإنما إلى تأريخ أبداء الرغبة .

يُنظر د. عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، مصدر سابق، فقرة 251، ص199.

91- لا مقابل لهذا النص في القانون المدني عراقي . علماً إن المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي كان يحتوي على نص يقرر حكماً مشابهاً لنص المادة (102) مدني مصري هو نص المادة (26) من المشروع. حيث كانت المادة (26) قبل

تعديلها من قبل لجنة وضع المشروع تنص على ((إذا تعهد شخص بإبرام عقد ثم نكل جاز للمحكمة إن تحدد له آجلاً للتنفيذ أن طلب المتعاقد الآخر ذلك. فإذا لم يتم أبرام العقد في الأجل المحدد يقوم الحكم متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه مقام العقد)). وكانت قبلها المادة (25) من المشروع التمهيدي تنص على (الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لايكون صحيحاً إلا إذا حُددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يُبرم فيها العقد) وخلال مناقشات اللجنة (لجنة المشروع) قال رئيس اللجنة د. عبد الرزاق السنهوري ((تُحسن إضافة الفقرة الآتية للمادة (25) :(إذا أشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاتهُ أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)) . والسبب في هذه الإضافة انه مادمنا سنعطي للوعد بالتعهد هذه القوة الملزمة إلى حد أن حكم المحكمة يقوم مقام العقد الموعود بإبرامهِ. وجب إذاً أن يكون الوعد بعقد شكلي مستوفياً لنفس الشكل. ويمكن إيضاح ذلك بتمثيل عملي فبيع العقار في العراق يجب أن يكون في دائرة الطابو وكذلك الوعد بالبيع يجب حتى يكون ملزماً تسجيله في دائرة الطابو وفي هذا فائدة عملية كبرى فأن الواعد بالبيع إذا سجل وعده في دائرة الطابو لن يتمكن من البيع إلى شخص آخر لأن دائرة الطابو بعد أن سجلت عليه الوعد بالبيع تمتنع من تسجيل تصرف مناقض لهذا الوعد يصدر منه . فتكون النتيجة العملية أن الواعد بالبيع قفل يدهُ عن التصرف في العقار الذي وعد ببيعهِ إلى أن ينجز وعدهُ رضاءً أو قضاءً)).وبعد مناقشة طويلة أستقر رأي اللجنة، عدا السيد محمد حسن كبة الذي أصر على رأيهِ فيما يتعلق بأن الوعد غير ملزم، على تعديل المادتين 25و26 من المشروع التمهيدي بعد جعلهما المادتين 19و20 من المشروع على الوجه الآتي: المادة ـ 19ـ ((1ـ الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددتُ المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يُبرم فيها . 2ـ فإذا أشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)) .المادة ـ 20 ـ ((إذا تعهد شخص بإبرام عقد ثم نكل قضت المحكمة باعتبار العقد مبرماً ، وقام عند الاقتضاء تسجيل الحكم في الدائرة المختصة مقام تسجيل العقد)) .يُنظر القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج1 ، أعداد : ضياء شيت خطاب ، إبراهيم المشاهدي ، عبد المجيد الجنابي ، عبد العزيز الحساني ، غازي إبراهيم الجنابي، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1998 ، ص96 ـ 98.علماً أن المادة (19) من المشروع التمهيدي أصبحت (بنفس الصياغة) المادة (91)من القانون النافذ. لكن المادة(20) من المشروع التمهيدي لم تظهر في القانون النافذ رغم أقرارها في المشروع التمهيدي من قبل اللجنة ولم تبين الأعمال التحضيرية سبب ذلك . وبذلك خلا القانون المدني العراقي من حكم ، كحكم المادة(102) مدني مصري، يعطي للموعود له إذا نكل الواعد عن تنفيذ وعده ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد الموعود به وخاصةً مايتعلق منها بالشكل متوافرة،الحق في الحصول على حكم قضائي يقوم مقام العقد . ورغم ذلك قال بعض الفقه العراقي بأن هذا الحكم يمكن الأخذ به تطبيقاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني.

د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،بغداد ، 1980 ، ص53 . لكن لكي يمكن تنفيذ الوعد تنفيذاً عينياً ، كما يتضح من نص المادة (102) مدني مصري ، يجب أن يكون عقد الوعد قد أنعقد صحيحاً أبتداءً بأستيفائهِ لكافة أركان وشروطهِ وأهمها الشكل المطلوب في العقد النهائي حتى يحصل الموعود له على حكم من

المحكمة المختصة يستطيع بموجبه متى حاز قوة الشيء المقضي به ، أن يراجع دائرة التسجيل العقاري لنقل حق الملكية أو أي حق عيني آخر بأسمهِ دون حاجة إلى تدخل الواعد . فإذا كان الوعد ببيع العقار غير منعقد أصلاً في العراق لامتناع دوائر التسجيل عن تسجيلهِ ابتداءً ، كما سبق أن بينا ، فلا محل للكلام بعد ذلك عن التنفيذ العيني الذي يجب أن يرد على عقد منعقد أصلاً .

92- نصت المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم (40) لسنة 1952 المعدل على ((في الأماكن التي تمت التسوية فيها لايعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل)) .

93- تمييز حقوق رقم (695 / 1991) نقلاً عن د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط ، ج1 ، المجلد الأول ، القسم الأول ، مصدر سابق ، فقرة 338 ، ص333 ، ونفس المبدأ ((بطلان الوعد الذي لم يستوفِ شكلية العقد النهائي)) ورد في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ت . حق 1217 / 93 في 22 /2 / 1994 منشور في مجلة نقابة المحامين ، السنة 43 ، العدد 3ـ 4 ، 1995 ، ص698 .

94- القرار رقم 1929 / 1998 صفحة رقم 2/ 583 لسنة 1998 ، قرار منشور على شبكة الانترنت في الموقع http / www . qanun . com / law /courts

95- نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، مصدر سابق ، ص95 .

96- القرار رقم ت . حق 667 / هيئة عامة / 1992 منشور في مجلة نقابة المحامين ، س41 ، 1993 ، ص1421 .

قائمة المصادر

باللغة العربية

أولاً :ـ المعاجم وكتب اللغة :

1ـ العلامة جمال الدين محمد الأنصاري المعروف بابن منظور ، لسان العرب ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة ، حرف الشين ، مادة شكل .

2ـ صالح العلي صالح ، المعجم الصافي في اللغة العربية ، ط1 ، بلا مكان طبع ، 1989 .

3ـ العلامة الشيخ عبد الله العلايلي ، الصحاح في اللغة والعلوم ، ج1 ، تجديد صحاح العلامة الجوهري والمصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية ، إعداد وتصنيف نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة طبع .

4ـ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط3 ، دار العلوم ، دمشق ، 1989م ـ 1409 هـ .

ثانياً :ـ كتب القانون

1ـ د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ط2، مصر، 1988

2ـ د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1966.

3ـ د. أكثم الخولي . العقود المدنية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1957 .

4ـ د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.

5ـ د. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج2، بلا مكان وسنة طبع.

6ـ جاك غستان ، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو أثاره) ، ترجمة منصور القاضي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2001 .

7ـ د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

8ـ د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .

9ـ د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، 1953 .

10ـ د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1988 .

11ـ د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية ، ج1 ، ط1 ، مطبعة كرموز ، الإسكندرية ، 1980 .

12ـ د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بلا مكان طبع ، 1984 .

13ـ د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الأول في البيع والإيجار ، ط3 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 .

14ـ د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، البيع ـ الإيجار ـ المقاولة ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، 1992 ـ 1993.

15ـ د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ـ2ـ في الالتزامات ، المجلد الأول : نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ط4 ، بلا مكان طبع ، 1987 .

16ـ الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج1 : الملكية وحق التصرف ، ط1، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1952 .

17ـ الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي ، بغداد ، 1959.

18ـ د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.

19ـ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في الحقوق الرومانية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1385 هـ.

20ـ د. صوفي أبو طالب ، تأريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1986 .

21ـ د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956.

22ـ د. عباس العبودي ، تأريخ القانون في وادي الرافدين ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، 1988.

23ـ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1: مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، المجلد الأول: نظرية الالتزام، تحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982.

24ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1: مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ـ لبنان ، بلا سنة طبع .

25ـ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج4 : العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول : البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1960 .

26ـ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، ج10 : التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1970 .

27ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1984.

28ـ الأستاذ عبد الله غزاي العزأوي ، دراسات في قانون التسجيل العقاري ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2001 .

29ـ د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج1 : انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1967 .

30ـ د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي ، ج2: أحكام الالتزام ، ط3 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1977 .

31ـ د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، ج1 : مصادر الالتزام ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980 .

32ـ د. عبد المنعم البدرأوي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج1 : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

33ـ د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع، الأرز، عمان، 2000.

34ـ د. علي محي الدين القرة داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ج1 ، ط2 ، دار البشائر الإسلامية ، 2002 .

35ـ د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تأريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، مصر، 1966.

36ـ د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج1 : عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970.

37ـ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 مع مجموعة الإعمال التحضيرية ، ج1 ، إعداد ضياء شيت خطاب ، إبراهيم المشاهدي ، عبد المجيد الجنابي ، عبد العزيز الحساني ، غازي إبراهيم الجنابي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1998 .

38ـ د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط1 ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973 .

39ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2: الالتزامات، مصادر الالتزام (من المادة 89 إلى المادة 264)، الحكومة المصرية، وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.

40ـ د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، أصول القانون المدني ، الحقوق العينية (الأصلية والتبعية) ، دار الجيل للطباعة ، الفحالة ، بلا سنة طبع .

41ـ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني لسنة 1976 ، ج1 ، إعداد المحامي الأستاذ طارق شفيق نبيل والأستاذ توفيق سالم والأستاذ منير مزأوي ، المكتب الفني ، نقابة المحامين ، بلا سنة طبع .

42ـ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج3، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1979.

43ـ د. مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية ، بلا مكان طبع ، 1987 .

44ـ د. معروف الدواليبي ،الوجيز في الحقوق الرومانية ، ط2 ، جامعة دمشق ، 1961 .

45ـ د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط1، المطبعة التجارية، القاهرة، 1955.

46ـ د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج1: مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول : نظرية العقد ، القسم الأول : انعقاد العقد ، ط1 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 .

47ـ د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج1 : مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول : نظرية العقد ، القسم الثاني : مراتب العقد ، ط1 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 .

ثالثاً : الاطاريح و البحوث

1ـ حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ـ جامعة بغداد ، 2004 .

2ـ سعد حسين عبد محلم ، الصورية في التصرفات القانونية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين ، 2000 .

3ـ د. عباس حسن الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، 1976.

4ـ د. ياسر الصيرفي ، التصرف الشكلي في القانون المدني المعاصر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ، 1992 .

رابعاً : مراجع الإحكام القضائية

1ـ احمد سمير أبو شادي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والهيئة العامة للمواد المدنية في خمس سنوات يناير سنة 1961 ـ 1966، وزارة الثقافة، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، بلا سنة طبع.

2ـ المحامي عبد العزيزالسهيل ، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، ج1 ، مطبعة أوفسيت ، دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر ، 1962 .

3ـ النشرة القضائية صادرة عن وزارة العدل العراقية :

ـ العدد الأول ، السنة الأولى ، 1970 .

ـ العدد الثالث ، السنة الثانية ، 1971 .

ـ العدد الرابع ، السنة الرابعة ، 1973 .

4ـ مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين العراقية ، العدد الثاني ، السنة الحادية والعشرين ، 1966 .

5ـ قضاء محكمة التمييز، المكتب الفني في محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة 1968، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، 1971.

6ـ مجموعة الإحكام العدلية ، تصدرها وزارة العدل العراقية :

ـ العدد الأول ، السنة السادسة ، 1975 .

ـ العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975 .

ـ العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1977 .

ـ العدد الثاني ، السنة الحادية عشر ، 1980 .

7ـ المجلة العربية للفقه والقضاء، مجلة علمية متخصصة تُعنى بشؤون التشريع والقضاء:

ـ العدد 7، 1995.

ـ العدد 29، 2004.

8ـ مجلة نقابة المحامين الأردنية ، تصدر عن المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنية :

ـ السنة، 41، 1993.

ـ السنة 43 ، العدد 3 ـ 4 ، 1995 .

باللغة الفرنسية

1. Fathi Abdel - Rahim ، Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils ، le caire ، 1974 .