

## ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء

علي داخل راضي الخفاجي

الأستاذ المشرف الدكتور محمد صادق !

عضو الهيئة العلمية في جامعة السيدة معصومة عليها السلام

مساعد مشرف الدكتور مهدي ميرداداشي ٢

جامعة المصطفى العالمية كلية العلوم والمعارف

### المقدمة

ضمانات المشتري في التسجيل العقاري ليس هناك ادنى شك، على ان تسجيل الملكية يعد من اقوى الضمانات القانونية التقليدية لملكية العقارات و من ضمنهم الشقق السكنية، لكن الذي يثير الاشكالية هو مدى جواز تسجيل بيع الشقق السكنية تحت الانشاء، فإذا جاز ذلك فإن المشتري يتمتع بتلك الضمانات لمملكته على الشقة، وإذا انتفى التسجيل، فما هي الضمانات التي تسعفه في اكتساب ملكية، ولتوضح هذه الأمور نقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لبيان أثر التسجيل في ضمان حق المشتري على الشقة، ونعالج في الثاني مدى جواز تسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء. أثر التسجيل في ضمان حق المشتري على الشقة يعد التسجيل وسيلة فعالة لضمان الملكية العقارية، وإذا تم تسجيل ملكية البناء وفقاً للاجراءات القانونية، فعندئذ على الدائرة المختصة، أن تصدر سنداً للمالك لتثبيت حق الملكية على العقار محل التسجيل<sup>٣</sup>، ويتمسك به المالك للحفاظ على ملكيته تجاه المتعاقدين، وتجاه الغير أيضاً<sup>٤</sup>. وأن السجلات العقارية في العراق متعددة، فبعضها يمكن الاستناد اليها كسند لاثبات الملكية، وبعضها الآخر بمثابة قرينة عليها، فأما السجلات التي تعد سنداً لاثبات الملكية هي السجلات العقارية، والتي تتمتع بحجية مطلقة لاثبات القيود الواردة فيها، وأنها لا يمكن اثبات خلافها أو دحض قوتها الا بالتزوير<sup>٥</sup>. تسجيل الملكية في القانون العراقي نظم المشرع العراقي موضوع تسجيل الملكية العقارية في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، حيث نصت المادة(٥٠٨) من القانون المدني على ان(بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)<sup>٦</sup>، يتضح من هذا النص ان المشرع العراقي جعل عقد بيع العقار من العقود الشكلية، ويترتب على هذا الحكم ان التسجيل يوفر ضماناً مطلقاً لمن كان حقه مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري، ومن خلال التسجيل العقاري يمنع الغير منازعته فيه.وهنا لابد من إثارة موضوع آخر وهو مدى ضمان ملكية الشقة في حالة انتفاء التسجيل، فعلى الرغم من أن الفقه<sup>٧</sup> لم يتفق على تكييف عقد بيع العقار غير المسجل، ولم يسفر القضاء العراقي<sup>٨</sup> على ذلك أيضاً، إلا أننا لم نجد إتجاها يقول بإقرار حق المشتري في المطالبة بكسب ملكية العقار إستناداً إلى عقد عرفي، لذا يجب القول إن عقد بيع الشقة السكنية، يعتبر عقداً شكلياً، وهذا يعني ان التسجيل، يعد ركناً من اركانه، وينتفي الأول بانتفاء الثاني، وعلى هذا يعد التسجيل من اقوى الضمانات القانونية التقليدية لملكية الشقق السكنية، باعتبارها الوحدة العقارية المستقلة، وبإنتفاء التسجيل ينتفي معه ضمان الملكية.وعليه ان مشتري الشقة إذا اشترى الشقة بعقد مسجل فيامكانه الاحتجاج به بين المتعاقدين، وتجاه الغير أيضاً<sup>٩</sup>، وإذا تم ذلك بعقد عرفي، فإنه يحرم من ضمان كسب الملكية لحين التسجيل.مدى جواز تسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء بينا في الفرع السابق بان المشرع جعل تسجيل الملكية من اقوى الضمانات القانونية لحق الملكية مع موقف القوانين المقارنة عند انتفاء التسجيل، لكن الأمر الذي يثير فيه الغموض، هو مدى جواز تسجيل ملكية الشقق السكنية قيد الإنشاء، فاختلف الفقه حول امكانية تسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، نوضح ذلك فيما يأتي:اولاً: الاتجاه المؤيد لتسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاءذهب انصار هذا الاتجاه الى جواز تسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، واختلفوا في تبريراتهم، حيث ذهب اتجاه منهم<sup>١٠</sup>، الى جواز تسجيل هذا العقد، قياساً على تسجيل البيع المعلق على شرط واقف او المقترن بأجل واقف، فقياساً على ذلك يمكن تسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، وعندئذ يتم التسجيل بأثر رجعي إلى تأريخ

التسجيل، بينما يعتمد جانب آخر من الفقه على فكرة "العقار بحسب المال"<sup>١١</sup>، قياساً على المنقول بحسب المال، إذ إن المنقول بحسب المال هو عقار أصلاً، لكنه يخضع للقواعد الخاصة بالمنقول، ولا يوجد مانع قانوني لاعتبار الشقة السكنية عقاراً بحسب المال، ومن ثم تسجيلها على هذا أساس، كما ذهب رأي آخر من انصار هذا الاتجاه<sup>١٢</sup>، إلى القول بأن الشقة ليست فقط تلك الحوائط المادية والفواصل، بل أهم عنصر فيها هو ذلك الفضاء الذي نسكنه ونعيشه فيه، إذ إن محل عقد بيع الشقق السكنية، هو الطبقة الهوائية، وأنها موجودة ويمكن تحديدها وتسجيلها. ثانياً: الاتجاه الراض لتسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء ذهب انصار هذا الاتجاه إلى أنه لا يجوز تسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، حيث أنهم يقولون بأن المحل في بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء غير موجود حين إبرام العقد، وهذا يؤدي إلى عدم إمكانية نقل الملكية إلى المشتري، لأن نقل الملكية يجب أن لا يؤخر عن التسجيل<sup>١٣</sup>، وينتقدون رأي الاتجاه الأول، حيث إنه لا يمكن القول بتسجيل هذا العقد، على أساس القياس على العقد المعلق على شرط واقف أو المضاف إلى أجل، لأن المحل في هذين العقدتين موجود في الحال، بخلاف المحل في عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، ولا يمكن قياس شقة سكنية باعتبارها العقار بحسب المال على أحكام منقول بحسب المال، لأن القياس في هذين الجانبين هو القياس مع الفارق<sup>١٤</sup>، وأن القول ببيع الفضاء ومن ثم تسجيل الطبقة الهوائية التي تعلو على الأرض، قول غير سليم، لأنه يعتمد على أساس وهمية افتراضية، فالشيء ليكون عقاراً لابد من أن يكون شيئاً مادياً يلتصق بالأرض التصاقاً قراراً، أو أن يكون مثبتاً في الأرض<sup>١٥</sup>، في حين أن الفضاء شيء غير مادي<sup>١٦</sup>. وما يتعلق بموقف المشرع العراقي فإنه لم ينظم موضوع تسجيل عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، أسوة بالمشرع المصري، لكننا نجد بأن هناك مانعاً قانونياً لهذا التسجيل في القانون العراقي، إذ إن تسجيل وحدة عقارية بحاجة إلى كشف موقعه ومساحته<sup>١٧</sup>، وأن ذلك لا يمكن أن يتم إلا بوجود العقار وجوداً مادياً<sup>١٨</sup>. أما المشرع الفرنسي فقد نظم هذا العقد بقواعد خاصة بالشكل الذي يوفر الحماية القانونية الكافية للمشتري بجواز تسجيل عقد بيع الشقة تحت الإنشاء نعالجه في المبحث الثاني. لذا نصي المشرع العراقي بتطوير فكرة العقار، إذ إن فكرة العقار قد تطورت في يومنا هذا، حيث أن العقار ليس هو الشيء الثابت والمستقر فحسب، بل من الضروري اعتبار فضاء الأرض مملوكة - إلى حد الإمكانية - التمتع به بالعقار أيضاً، خصوصاً في الحالة التي يكون الفضاء (الفرغ) محلاً للتصرف كبيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، حتى ولو قبل البدء بإعمال البناء. وأخيراً نقول، إن السماح بتسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، يوفر الحماية الكافية لملكية الشقق السكنية، لذا نقترح للمشرع العراقي و إقليم كردستان، بجواز تسجيل هذا العقد ابتداءً بنص صريح، حساً للخلاف الفقهي، وحماية للطرف الضعيف في هذا العقد، أسوة ببعض التشريعات الأخرى. ضمانات المشتري في امتلاك الشقة بالكتابة نظراً لاستحالة تسجيل بيع الشقق تحت الإنشاء في القانون العراقي والمصري وفقاً لما بيناه في المطلب السابق، يلجأ المستثمر إلى التصرف بهذه الشقق السكنية إلى المشتريين بتحرير عقدهم في كتابة معينة ضماناً لحقهم في الملكية على الشقة التي اشتراها، وهذه الكتابة قد تكون ثابتة التاريخ وقد تكون غير ذلك، وأن الأولى أقوى حجية من الثانية في الإثبات، ومن خلال هذا المطلب نوضح ضمانات المشتري وللامام بموضوع هذا المطلب سنقسمه إلى ثلاثة فروع تعالج في الفرع الأول مفهوم الكتابة ثابتة التاريخ، ونبين في الفرع الثاني أثر الكتابة ثابتة التاريخ في ضمان حق ملكية الشقق السكنية، ونتطرق في الفرع الثالث إلى مدى إمكانية تنفيذ العيني الجبري في العقد الخارجي، وكما يأتي: الفرع الأول: تعريف الكتابة الكتابة بوجه عام هو السند الذي يدون فيه التصرف القانوني أو العمل القانوني، وأعطى له المشرع قوة قانونية من ناحية الإثبات، وأنها قد تكون رسمية، وقد تكون عادية، فأما الكتابة الرسمية<sup>١٩</sup>، فهي أقوى دليل كتابي وحجيتها تكون مطلقة<sup>٢٠</sup>، وأما الكتابة العادية فإنها تكون صالحاً لإثبات التصرف المدون فيها، ويجب أن يتوافر فيها شرطان، أولهما أن يكون المحرر موجوداً بمعنى إنه لا يعتد بالعمل القانوني شفاهة إذا وجب القانون وجود الكتابة لإثباته، وثانيهما أن يكون موقعاً عليه من قبل صاحب الشأن، فالكتابة بهذين الشرطين<sup>٢١</sup>، تصلح لإثبات مضمون العمل القانوني، إذا أقر الطرفان بمضمونه، أما إذا أنكر صاحب التوقيع ذلك، فللطرف الآخر إثبات هذا التوقيع بسند آخر مسائل له من حيث القوة كالسند العادي، أو بسند أقوى منه كالسند الرسمي<sup>٢٢</sup>. والحاصل أن الكتابة العادية لها حجية قانونية من حيث المضمون ومن حيث التاريخ بين الطرفين، أما بالنسبة لحجيتها تجاه الغير من حيث التاريخ، فأنها ليست لها حجية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً<sup>٢٣</sup>. أما الكتابة ثابتة التاريخ فتتحقق في الحالات التي نصت عليها المادة (٢٦/أولاً) من قانون الإثبات العراقي بقولها (.... ويكون تاريخ السند ثابتاً في إحدى الحالات التالية: (أ) من يوم أن يصدق عليه كاتب العدل، (ب) من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ، (ج) من يوم أن يؤشر عليه قاض أو موظف عام مختص، (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو أمضاء أو بصمة أبهام أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن السند قد صدر قبل وقوعه)<sup>٢٤</sup>. وأن الحالات السابقة واضحة ليس فيها غموض، لكن الأمر الذي بحاجة إلى ذكر، هو مدى إمكانية إثبات تاريخ عقد بيع الشقة السكنية - عقداً عرفياً، بتصديقها لدى كاتب العدل. إن المشرع العراقي لم يجز تنظيم وتوثيق التصرفات العقارية، من قبل كاتب العدل<sup>٢٥</sup>، لكن من الناحية العملية قد يلجأ الناس إلى تصديق عقد

عرفى لدى كاتب العدل وهذا الأمر ليس صحيحاً<sup>٢٦</sup>، أما الحالات الأخرى فيمكن تطبيقها على عقد البيع العرفي لشقة سكنية، بعبارة أخرى أن عقد بيع الشقة السكنية بشكل عرفي يمكن أن يثبت تاريخها وفقاً للحالات التي أشارت إليها المادة (٢٦) من قانون الإثبات العراقي سوى تصديقها من قبل الكاتب العدل، فعلى سبيل المثال أن تاريخ العقد يكون ثابتاً من يوم رفع الدعوى من قبل أحد الطرفين وتأشير القاضي عليه أو من يوم وفاة أحد الشاهدين في العقد العرفي، وهكذا. أما المشرع الفرنسي فقد نظم موضوع ثبوت تأريخ الكتابة، في المادة (١٣٢٨) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن (لا يكون تاريخ السندات ذات التوقيع الخاص حجة على الغير إلا من تاريخ تسجيلها أو من تاريخ وفاة الذي أو أحد الذين وقعوا أو تاريخ ذكر مضمونها في سندات ينظمها موظفون عامون مثل محاضر وضع الاختام وإجراء الجردة)، ويتضح من هذا النص أن الكتابة إذا كانت ثابتة التأريخ لها حجية فيما بين ذوي الشأن وكذلك بالنسبة للغير. وإن المشرع الفرنسي، حدد حالات ثبوت تأريخ الكتابة، على سبيل الحصر<sup>٢٧</sup>، وذلك على خلاف موقف المشرعين العراقي و المصري، إذ يحددان هذه الحالات على سبيل المثال<sup>٢٨</sup>، وحسناً فعلاً ذلك، لأنه ليس بوسع المشرع حصر جميع الحالات، إذ يمكن أن توجد حالة أخرى مشابهة لهذه الحالات دون أن يدرك المشرع بها. الفرع الثاني: أثر الكتابة ثابتة التاريخ في ضمان حق ملكية الشقة لما كان عقد بيع الشقة تحت الإنشاء، يتم بشكل عرفي دون تسجيله لدى الدائرة المختصة في العراق و إقليم كردستان، لذا يتصور تواجد عقود متتالية على شقة واحدة، فتثور إشكالية المفاضلة بين حقوق المتراحمين، ولا سيما في القانون العراقي وإقليم كردستان لعدم وجود تنظيم قانوني لهذا العقد المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لحسم مسألة المفاضلة بين الحقوق المتنازعة، هو معيار ثبوت تاريخ التصرف وذلك للحصول على حيازة العقار، ومن العدل ان لا تكون للتصرف العرفي حجة على الغير الا من وقت ثبوت التاريخ، فهذا أمر حاسم عند التشريعات المقارنة، وبناءً على ذلك اذا قام البائع (المستثمر) ببيع الشقة السكنية تحت الإنشاء الى شخصين مختلفين بعقدين مستقلين، فعندئذ يظهر تراحم حقوق المشترين، فيجب تفضيل احدهما على الآخر، فإذا كان احد العقدين تاريخه ثابت والآخر غير ثابت، فتكون الأفضلية للتصرف الذي كان تاريخه ثابتاً حتى ولو انه لاحق للتصرف الأخير، أما إذا كان التصرفان متساويين من حيث ثبوت التاريخ، فتكون الأفضلية للاسبق في التأريخ<sup>٢٩</sup>، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للتراحم بين حق المشتري وحقوق المرتهن. تظهر أهمية الاحكام السابقة إذا كان الأرض التي أقيمت عليها العمارة السكنية غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري، فإذا كانت الأرض غير مسجلة فتظهر أهمية (الأفضلية للاسبق في التاريخ) للحصول على حيازة الأرض ومن ثم المطالبة بملكيته على وفق ما نبينه في الفقرة الاحقة، أما إذا كانت الأرض مسجلة فالعبرة تكون بالتسجيل. أما بالنسبة لموقف المشرع المصري<sup>٣٠</sup>، فانه منع على البائع التصرف بالوحدة العقارية لأكثر من مرة، وأنه قام بتجريم هذا العمل وجعل العقد الثاني باطلاً حتى ولو كان مسجلاً في الدائرة المختصة<sup>٣١</sup>، بمعنى أن العبرة تكون للعقد الاول دائماً ويبطل العقد الثاني. أما بالنسبة للتصرف بالرهن فلا يوجد نص خاص يطبق عليه، ولا يصح القول بتطبيق حكم البيع على الرهن من باب القياس<sup>٣٢</sup>، لأنه قياس مع الفارق، لان المشرع استخدم عبارة (البيع دون التصرف) والمعلوم ان البيع لا يشمل الرهن بخلاف التصرف، وبالتالي يجب أن يأخذ بمعيار الاسبقية وثبوت تاريخ التصرف. الكتابة كسبب لكسب ملكية الشقة تحت الإنشاء الاصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ الاختياري، إذ يقوم المدين بتنفيذ التزامه اختيارياً، فاذا لم يقم به باختياره، فللدائن مطالبته بالتنفيذ العيني الجبري، اذا كان ذلك ممكناً مع توافر الشروط الأخرى<sup>٣٣</sup>، لكن الأمر الذي يثير فيه الإشكالية هو مدى إمكانية اللجوء الى التنفيذ العيني الجبري، في بيع الشقق تحت الإنشاء بعقد خارجي. لما كان عقد بيع العقار و من ضمنه الشقق السكنية، عقداً شكلياً، لذلك فانه لا يجوز للمشتري الزام البائع بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وإنما يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض، حيث يقول البعض إنه لا يجوز كاصل اجبار البائع على تسجيل المبيع إذا أبى حتى لو دفع اليه المشتري الثمن؛ وبهذا ان المشرع قد خرج من نطاق القواعد العامة في التنفيذ العيني الجبري، وهذا يعد نقصاً تشريعياً، لأنه لا ينسجم مع مبدأ حماية الطرف الضعيف المشتري. وبعد أن أصبحت حالات النكول ظاهرة شائعة، فقد أدرك مجلس قيادة الثورة (المنحل)، بالنتائج السلبية لهذه الظاهرة، فعالجها بالقرار المرقم (١١٩٨) الصادر في (١٩٧٧/١١/٢) والمعدل بالقرار المرقم (١٤٢٦) الصادر في السنة (١٩٨٤)، إذ أجاز المطالبة بنقل ملكية العقار، في الحالات المحددة على سبيل الحصر<sup>٣٤</sup>، وهذا هو ما ذهب اليه القضاء العراقي<sup>٣٥</sup>. ولو طبقنا هذا القرار على عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء وبعد تمام بنائها، يمكننا القول إنه لا يستفيد المشتري من مضمون هذا القرار قبل تمام بناء العمارة السكنية، لان البائع لا يقوم عادة، بتسليم الشقة الى المشتري قبل تمام بنائها، ومادام أن الشقة تبقى تحت حيازة البائع، لذا لا يمكن للمشتري ان يسكن في الشقة او القيام بأي عمل فيها من الاعمال المذكورة في القرار، أما اذا تم بناء العمارة وتسلم المشتري الشقة وسكنه فيها أو أحدث محدثات فيها دون معارضته من قبل البائع معارضة تحريرية، فعندئذ يمكن للمشتري أن يستفيد من مضمون القرار السابق للمطالبة بتسجيل الشقة باسمه إذا نفذ التزاماته، وعلى ذلك ان حق الملكية يبقى بلا ضمان قبل تمام البناء، في حين أن هذا الحق مضمون بعد تمام البناء اذا توافرت شروط تطبيق القرار. أما بالنسبة لموقف المشرع المصري حول إمكانية التنفيذ العيني الجبري، انه لما كان التسجيل ليس ركناً من اركان عقد بيع العقار، لذا يعتبر عقداً رضائياً، إذ حست محكمة النقض المصري

موضوع رضائية عقد بيع العقار<sup>٣٦</sup>، فينشيء عقد بيع الشقة الخارجي جميع الالتزامات الناشئة عن عقد البيع سوى نقل الملكية، وعلى البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشقة اختيارياً، فإذا أنكر البائع ذلك، جاز للمشتري إجباره على التنفيذ عيناً<sup>٣٧</sup> إذ أن الملكية العقارية تنتقل الى المشتري بمجرد إبرام العقد بشرط أن يبرم العقد كتابةً في محرر ثابت التاريخ، وهذا يعني أن وجود كتابة ثابتة التاريخ هو من أحد الشروط الجوهرية لنقل ملكية الشقة السكنية بين المتعاقدين. نستنتج مما سبق ان مجال لجوء المشتري الى مطالبة البائع بالتنفيذ العيني الجبري في القانون المصري، أوسع نطاقاً، وأسهل اثباتاً، مقارنةً بالقانون العراقي، لذا نوصي المشرع العراقي ان ينص على توثيق عقد بيع الشقة السكنية لدى كاتب العدل وأن يكون قابلاً للتنفيذ العيني الجبري، وبهذا يضمن المشتري من نكول البائع عن التسجيل بإسم المشتري. ضمانات المشتري التابعة لعقد بيع الشقة تحت الانشاء إن ضمانات ملكية الشقق السكنية لا تشمل ذات حق الملكية فحسب، بل تشمل ضمانات اكتمال نطاق الملكية الذي يتمثل في إكمال البناء، وهذا الضمان يعد وسيلة غير مباشرة تساعد المشتري في كسب ملكية الشقة تحت الانشاء، ويستتبع ذلك ضماناً آخر وهو ضمان استرداد الثمن المدفوع في حالة فشل المستثمر في اتمام البناء، ولكن الضمان الأخير يخرج من نطاق بحثنا، واستدراكاً لذلك فإن بعض المشرعين عالجوا موضوع ضمان اكتمال البناء على نحو يتبع عقد بيع الشقة وذلك من ناحيتين؛ الأولى، الضمان الخاص بملكية الارض المخصصة للعمارة، الثانية الضمانات المصرفية، فسند خصص لكل منهما فرعاً مستقلاً، كالاتي: الفرع الأول: ملكية الأرض المخصصة للعمارات السكنية ان الدولة الهيئة العامة للإستثمار في العراق وأقليم كردستان تقوم بحجز الأرض المخصص لبناء العارات السكنية، حتى تمام المشروع بأكمله<sup>٣٨</sup>، إذ ان للمستثمر (البائع) حق تملك هذه الأرض، لكن ليست بملكية تامة، بل تكون مقيدة بقيد عدم إستعمالها الا للغرض المخصص من أجله، وهو إقامة المشاريع السكنية، وذلك لتحقيق هدف آخر، وهو حل أزمة السكن في البلاد. وان الدولة تقوم بوضع شرط المنع من التصرف على المستثمر<sup>٣٩</sup>، عند تملك الأرض بإسمه، وتحقيقاً لذلك فانها تقوم بوضع إشارة عدم التصرف على سند الملكية لحين تنفيذ المستثمر لالتزاماته و إقامة المشروع المجاز اقامته<sup>٤٠</sup>، وجاء في المادة (٦/ ثالثاً) نظام بيع وإيجار أراضي الدولة لغرض الاستثمار رقم (٧) لسنة (٢٠١٠) العراقي، على أنه اذا كان المستثمر لم ينفذ التزاماته ضمن المدة المحددة في العقد، فعندئذ تتولى دائرة التسجيل العقاري بناء على طلب هيئة الاستثمار الغاء التسجيل وإعادة الارض الى مالكيها السابق (أي الدولة)، واننا نلاحظ بأن هذا الحكم يتعارض مع أحكام قانون التسجيل العقاري<sup>٤١</sup>، إذ إنه لا يمكن الغاء سند الملكية العقارية الا بقرار قضائي مكتسب درجة البتات<sup>٤٢</sup>، أو بالقانون، وحسناً فعل المشرع في إقليم كردستان بتنظيم هذه المسألة وفقاً للقانون<sup>٤٣</sup>. واننا نجد بأن العقد المبرم بين الدولة (هيئة الاستثمار) والمستثمر لغرض إقامة المشاريع السكنية، يمكن تكييفه بالعقد المعلق على شرط فاسخ، حيث إن ملكية المستثمر للارض تزول، اذا لم ينفذ المستثمر التزاماته. بناءً على ما تقدم يمكن القول بأن الأحكام السابقة، تضمن ملكية الارض المخصصة لإقامة المشاريع السكنية، حيث ان المستثمر ليس له ان يتصرف بها، كما ليس له أن يستعملها الا للغرض المخصص من أجله، وكذلك لضمان اكتمال البناء و دعماً لهذين الضمانين، أقر المشرع ضمانات مالية أخرى، نتطرق اليها في الفقرة اللاحقة. الفرع الثاني: الضمانات المصرفية لم يكتف المشرع بالنص على وضع اشارة الحجز على الأرض التي يقام عليها البناء كوسيلة لضمان اكتمال البناء بل اشار الى ضمانات مصرفية وتتمثل فيما يأتي:

أولاً: فتح الاعتماد إن اللجوء الى فتح الاعتماد المصرفي يمكن أن يكون ضماناً للإنتهاء من أعمال بناء العمارة السكنية، والإعتماد المصرفي يأخذ صوراً متعددة، إما أن يكون بصيغة اقرض مبلغ من النقود ويسمى عند المشرع العراقي بـ (السحب على المكشوف)<sup>٤٤</sup>، أو أن تكون إتماداً بالضمان كخطاب الضمان، حيث إن اللجوء الى هذه الضمانات يكون أمراً مفيداً لتغطية تمويل بناء العمارة السكنية، عند إخلال المستثمر بالالتزامات التي تقع عليه، بشرط أن يتمسك بها المستفيد (الدولة) خلال مدة نفاذها. ولا يمكن للغير أن يستفيد من مضمون الإعتماد المصرفي أو خطاب الضمان، كما لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن مضمون خطاب الضمان الى الغير<sup>٤٥</sup>، وبهذا يقلل الضمانات المصرفية أهميته القانونية بالنسبة لحماية حقوق المشتري، أي ليس للمشتري أن يتمسك بهذه الضمانات حتى ولو بدعوى غير مباشرة<sup>٤٦</sup>، وذلك لإنتفاء العلاقة المديونية بينه وبين الضامن المصرف الامر الذي يقلل ضمان حقوق المشتري، فقد يدفع المشتري قسط او اقساط الثمن المترتب عليه، و يخل المستثمر بالتزاماته في اقامة البناء، فعندئذ على الحكومة المتمثلة في هيئة الاستثمار بتوجيه انذار الى المصرف الضامن، وذلك لقطع مدة التقادم، فعدم ممارسة هذا الاجراء يؤدي الى ضياع حقوق المشتري<sup>٤٧</sup>، ويثور التساؤل هنا عن مدى إمكانية رجوع المشتري على الضامن استناداً إلى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير إننا نجد بأن المشرع العراقي لم يفرض على هيئة الإستثمار بطلب هذه الضمانات من المستثمر، على خلاف المشرع الكوردستاني، فنصت المادة (٢٠) من قانون الإستثمار في الاقليم بأنه (على المستثمر الذي يقوم بتنفيذ المشاريع الإستثمارية مساهمة تقديم الضمانات اللازمة لحماية أموال المساهمين وعلى الهيئة إتخاذ الإجراءات التأمينية والمصرفية اللازمة لضمان حقوقهم)، لذا نعتقد أنه يجوز لهيئة الإستثمار ان تشترط على المستثمر في العقد المبرم بينهما على أن يستفيد المشتري من مضمون الضمانات المصرفية المقدمة الى الهيئة على وفق احكام الاشتراط لمصلحة الغير.

قد يتمثل ضمان إكمال البناء بكفالة تضامنية، يلتزم بموجبها البنك أو مؤسسة مالية أخرى بتقديم المال اللازم لإتمام البناء في حال عدم قدرة المستثمر على تنفيذ هذا الإلتزام لأي سبب من الأسباب. والاصل في الكفالة تكون بسيطة غير تضامنية<sup>٤٨</sup>، ولكن يجوز لأطراف العلاقة الاتفاق على ان تكون الكفالة تضامنية، فعندئذ يلتزم الكفيل بالوفاء بمضمون الكفالة بالتضامن مع المدين<sup>٤٩</sup>. وعرف المشرع الفرنسي الكفالة التضامنية بأنها (عقد يلتزم بمقتضاه الضامن في مواجهة المشتري وبالتضامن مع مالك المشروع بدفع المبالغ الضرورية لتمام بناء المشروع)<sup>٥٠</sup>. وإستناداً إلى ذلك، يمكن اللجوء إلى إبرام عقد الكفالة التضامنية، ضماناً لإنتهاء أصل بناء العمارة السكنية، بل إن الكفالة التضامنية تكون أكثر تحقيماً وتأميماً لإستكمال عمليات البناء، من عقد فتح الأعتامد المصرفي (أو خطاب الضمان)<sup>٥١</sup>، لان الأخير محدد بمبلغ معين<sup>٥٢</sup>، في حين أن المصرف في الكفالة التضامنية ضامن بجميع ذمته المالية مع المستثمر<sup>٥٣</sup>، وللمشتري الرجوع على المستثمر أو الضامن وحده بكل الدين من غير إلزامه بالرجوع أولاً على المستثمر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن خطاب الضمان يكون محددة المدة -غالباً- ويسقط حق المستفيد في الرجوع على الضامن بإنتهاء هذه المدة، أما الكفالة التضامنية لا تنتهي الا بإنتهاء التزام مالك المشروع بإعتباره مديناً لإنتهاء أعمال البناء، إذ أن التزامه يكون تابعاً لإلتزام مالك المشروع (المستثمر). لكل ذلك نقترح على الجهات المختصة في العراق وإقليم كردستان هيئة الإستثمار اللجوء الى فرض الكفالة التضامنية على المستثمر، عند منح إجازة إقامة العمارات السكنية، بدلاً من اللجوء الى خطاب الضمان. ضمانات المشتري المستمدة من تكييف العلاقة بينه وبين مهجر الشقة نظراً لعدم جواز تسجيل عقد بيع الشقة تحت الإنشاء في بعض التشريعات، لا يمكن عده عقداً للبيع، وهذا يؤدي الى فقدان ضمان ملكية الشقة التي يشتريها المشتري بعقد عرفي، والسبب في ذلك يعزى إلى ما للتسجيل من أثر منشيء في التصرفات القانونية، الأمر الى معالجة قانونية بإعادة تكييف هذا العقد وإعمال الأثر الكاشف للتسجيل، وبهذا أخذت بعض التشريعات، فأجازت تسجيل عقد بيع الشقة تحت الإنشاء ضماناً للمشتري، والتزاماً بالتسلسل المنطقي نوضح كل ذلك بتقسيم هذا المطلب الى فرعين تبحث في الأول التكييف القانوني لعقد بيع الشقق تحت الإنشاء، ونتطرق في الثاني الى ضمانات المشتري في إعمال الأثر الكاشف للتسجيل الفرع الاول: التكييف القانوني لعقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء نوضح الآراء التي قيلت بصدد تكييف عقد بيع الشقق تحت الإنشاء غير المسجل من خلال الفقرات الآتية:

**اولاً: الاتجاه القائل بأنه عقد وكالة:** ذهب جانب من الفقه الى أن العقد الذي يلتزم به أحد الأشخاص، ببناء عقار لمصلحة شخص آخر هو عقد وكالة، إذ إن الوكيل في عقد الوكالة يلتزم بتقديم العمل، وأن المدين - المستثمر - في عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء يلتزم بتقديم العمل أيضاً، حيث يقوم البائع (المستثمر) ببيع الأرض التي سوف يقام عليها البناء إلى المشتريين، ومن ثم يحصل على التوكيل من المشتريين، لبناء العمارة السكنية المقسمة الى الطوابق والشقق. ويرد على هذا الاتجاه بعض الانتقادات الوجيهة، حيث يقول البعض<sup>٥٤</sup>، بأن الوكالة تنصب على التصرفات القانونية فقط، في حين أن المستثمر يقوم ببعض الأعمال المادية، إضافة إلى ذلك أن الأرض التي يقام عليها البناء تبقى ملكاً للمستثمر (البائع). **ثانياً: الاتجاه القائل بأنه عقد مقاوله:** يذهب جانب من الفقه<sup>٥٥</sup>، الى تكييف عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، بأنه عقد مقاوله، وبالأخص عقد إستصناع، وذلك أن العقد الذي يلتزم بموجبه الشخص بإقامة الشقة السكنية لمصلحة شخص آخر، خلال مدة محددة، لا يمكن تكييفه الا بعقد مقاوله، ويؤسس هذا الرأي على أساس الموازنة بين قيمة مشروع البناء وقيمة الأرض وترجيح الأولى على الثانية. وقد تعرض هذا الاتجاه الى بعض الانتقادات ايضا، مفادها انه ركز على الموازنة بين عناصر العقد والترجيح بينهما، وهذا يؤدي الى ترتب نتائج غير مسلمة، إذ قد يكون مشروع البناء أقل قيمة إذا ما قيس بالأرض التي ينفذ عليها<sup>٥٦</sup>، كما أن الأخذ بمعيار المقارنة بين القيمتين، يترتب عليه حدوث تكييفات متناقضة، إذ قد تقدر قيمة العمل على أنه أكبر من قيمة المواد، ويتصور العكس اثناء تنفيذ العقد، الأمر يقتضي أن يتحول العقد من المقاوله إلى البيع، فهذا لا يصح قانوناً<sup>٥٧</sup>.

**ثالثاً: الاتجاه القائل بأنه وعد بالبيع:** وهناك رأي ذهب إلى تكييف عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، بالوعد بالبيع<sup>٥٨</sup>، إذ إن البائع يوعد ببيع الشقة ويتم تعيين محل عقد البيع (الشقة السكنية والثمن) والمدة التي يكون ملزماً خلالها. لكننا نعتقد أن هذا الرأي منتقد من جهتين، حيث إنه في الوعد بالبيع يتفق الطرفان على إبرام العقد في المستقبل في المدة المتفق عليها، اذا ظهر الموعد له رغبته في التعاقد خلال هذه المدة<sup>٥٩</sup>، أما في بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، فإن العقد يبرم وينعقد في الحال وفق لبعض التشريعات، والمدة هي ضرورية لتنفيذ التزامات الأطراف، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الموعد له لا يدفع أي مبلغ من الثمن للواعد قبل إبرام العقد النهائي، في حين أن المشتري في بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء يدفع مبلغاً من الثمن للبائع حين إبرام العقد، ومن جهة ثالثة فإن الوعد في بيع العقارات لا يتم إلا بمراعاة الشكلية التي نص عليه القانون وهذه الشكلية لا يتحقق في القانون العراقي.

رابعاً: **الاتجاه القائل بأنه عقد مركب:** ذهب بعض الفقه، الى انه لا يمكن تكييف عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء تحت طائلة عقد واحد، إذ إنه يتضمن أكثر من عقد واحد، فليس بالبيع فقط ولا بالمقاوله فقط إنما هو عقد مركب بين هذين العقدين، فيبدأ بالمقاوله وينتهي بالبيع، إذ تطبق عليه أحكام عقد المقاوله بالنسبة للإلتزام بالبناء، وتطبق عليه أحكام عقد البيع بالنسبة للإلتزام بنقل الملكية. وان هذا الاتجاه قسم عقد بيع الشقة السكنية الى عقدين، عقد إقامة البناء وعقد نقل ملكية الشقة، وهذا ما نجده في بعض النظم القانونية، كالوفاء بمقابل ولكن ذلك لا ينطبق على بيع الشقة تحت الإنشاء في القانون العراقي لاستحالة تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

**خامساً: الاتجاه المختار:** نظراً للانتقادات الموجهة إلى الاتجاهات السابقة، ذهب بعض الفقه -نحن نؤيده- الى عد عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء عقداً غير مسمى، وهذا العقد يقترب من عقد البيع بالتقسيط<sup>٦١</sup>، بالنسبة للإلتزام المشتري بدفع الثمن على شكل أقساط، ولكنه يبتعد عنه من حيث التزام البائع بنقل ملكية الشقة الى المشتري<sup>٦١</sup>، إذ إن ملكية الثمن تنتقل الى البائع و لكن ملكية المبيع تبقى للبائع لحين التسجيل. وإن محل عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، هو الشقة نفسها والثمن المتفق عليها، أما محل التزام البائع هو قيام بعمل، أي قيامه بتسجيل العقد بإسم المشتري، وذلك بعد تمام بناء الشقة، ودفع جميع أقساط الثمن. فإذا نكل البائع عن التسجيل، عندئذ يقتصر حق المشتري على التعويض دون التنفيذ العيني الجبري الا بالإستناد الى قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(١١٩٨) كما بينا سابقاً وقد ذهبت محكمة التمييز في إقليم كردستان في قرار لها، الى أن العقد الذي نحن بصدده هو عقد من نوع خاص، ولا يعد التسجيل ركناً من أركان إنعاقده، و ذلك لأن سبب عدم تسجيل الشقة السكنية لا يعود إلى المشتري، بل ان القانون منع تسجيلها لحين إكمال البناء، ولكن ذهبت في قرار آخر إلى بطلان العقد لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. على الرغم من أن بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، أمراً شائعاً، وكان المشتري بحاجة إلى ضمان الشقة التي اشتراها بعقد خارجي الا أن القواعد العامة تقف بجانب البائع تجاه المشتري، لذا من الاجدر على المشرع العراقي ان ينظم عقد بيع الشقة تحت الإنشاء بقواعد خاصة وان ينص على جواز توثيقه اسوة بالمشرع الفرنسي، فإنه أدرك ضرورة تنظيم هذا العقد بأحكام خاصة، وذلك لصعوبة معالجة الإشكاليات التي تثار بصدده وفقاً للقواعد العامة، فتم تنظيمه بصورتين<sup>٦٢</sup>، وهما البيع المضاف الى الأجل والبيع حسب الحالة المستقبلية. وقد عرف البيع المضاف الى الأجل في القانون الفرنسي بأنه(العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه، ويتعهد المشتري بإستلامه ودفع الثمن عند التسليم، ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الإنتهاء من البناء، وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد)<sup>٦٣</sup>، كما عرف البيع حسب الحالة المستقبلية بأنه(العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري حقوقه على الأرض وكذلك ملكية المباني المقامة على الأرض والموجودة وقت أبرام البيع، وتنتقل ملكية المنشآت التي ستقام في المستقبل أولاً بأول الى المشتري بمجرد الإنتهاء منها، ويلتزم المشتري المكتسب بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء، ويحتفظ البائع بسلطات رب العمل، حتى تسليم المنشآت)<sup>٦٤</sup>. الفرع الثاني: ضمان المشتري في امتلاك الشقة تحت الإنشاء من خلال اعمال الأثر الكاشف للتسجيل حظر القانون العراقي تسجيل بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء في الدائرة المختصة وبسبب الأثر المنشئ للتسجيل يظل المستثمر(البائع) مالكا للشقة المبيعة بعقد عرفي، الأمر الذي يجعل المشتري في مركز يواجه تعرضاً مادياً كان أم قانونياً من قبل المستثمر ومن قبل الغير، في حين ان اعمال الأثر الكاشف للتسجيل يضمن حق ملكية المشتري على الشقة من هذه التعرضات. ويقصد بالأثر الكاشف للتسجيل بأنه هو(اسناد نفاذ الحقوق العينية العقارية الى وقت إبرام العقد العرفي، اذا تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري). ومن خلال هذا الفرع يمكن اجمال ضمانات ملكية المشتري بإعمال الأثر الكاشف للتسجيل وذلك في الفقرات الآتية:

**اولاً: ضمان ملكية المشتري من تعرضات البائع القانونية:** إن مضمون الأثر الكاشف للتسجيل يتمثل بأن ملكية الشقة السكنية تنتقل الى المشتري بأثر رجعي ينسحب الى تاريخ إبرام العقد، وبالتالي يعد المشتري مالكا للشقة منذ لحظة إبرام العقد، وهذا يضمن حقوق المشتري من نواحي عدة، اهمها ان التصرفات التي يقوم بها البائع على الشقة المبيعة لا تنفذ بحق المشتري لان ملكية البائع لشقة تزول بالأثر الرجعي يتسحب الى تاريخ إبرام العقد، وهذا يعني أن التسجيل يعد شرطاً فاسخاً بالنسبة للبائع، وعندئذ يعد البائع متصرفاً بملك الغير على وفق القواعد العامة في القانون المدني، ويصبح تصرفه باطلاً على وفق قانون التسجيل العقاري. وفي حالة إفلاس البائع، يجوز للمشتري أخذ الشقة المبيعة من التفليسة دون أن يزلحمه الدائنون<sup>٦٥</sup>، لأن ملكية الشقة انتقلت اليه منذ تاريخ العقد، وبالتالي لايزاحمه دائني البائع، وإذا مات البائع قبل تسجيل الملكية، فإن الشقة لا تدخل ضمن تركة البائع<sup>٦٦</sup>، وكذلك في حالة قيام البائع بإيجار الشقة قبل تسجيلها بإسم المشتري، إذ إن هذا الإيجار لايسري بحق المشتري<sup>٦٧</sup>، لأنه بعد الإيجار قد تم في ملك الغير.

**ثانية: ضمان المشتري من التعرضات المادية:** ان البائع -المستثمر- لايقوم بالتصرفات القانونية على الشقة المبيعة فحسب، بل قد يقوم بالتصرفات المادية أيضاً، فهذا أمر ممكن، وذلك لعدم إمكانية تسجيل هذا العقد الا بعد تمام بناء العمارة السكنية وتمام بناء شققها وطوباقها هذا من جهة، ومن

جهة أخرى أن البائع هو الذي يقوم ببناء الشقة، لذا بوسعنا أن نقوم بهذه الاعمال المادية، ومن هذه الاعمال قيامه بالتغيرات والتعديلات على الشقة في داخلها أو خارجها أو في هيكل العمارة ومشمولاتها على نحو يتضرر بسببها المشتري، وهذه التعرضات لا تنصب على ذات حق الملكية بل إنها تنصب على نطاق الملكية، الأمر بحاجة إلى ضمان المشتري من هذه التعرضات، ولانجد ذلك على وفق القواعد العامة، لأنها تمت من قبل المالك الحقيقي. بيد أن إعمال الأثر الكاشف للتسجيل يضمن المشتري من هذه التصرفات المادية، حيث إن الاعمال بهذه الفكرة، يجعل المشتري مالكا لشقة منذ لحظة إبرام العقد، كما أنه يجعل البائع غير مالك للشقة منذ هذه لحظة أيضاً، وأن قيام البائع بهذه التصرفات المادية مع علمه بأنه غير مالك، يجعله سيء النية، فعندئذ للمشتري أن يطلب قلع هذه المحدثات على نفقة من أحدثها البائع، فإذا كان القلع مضرراً بالشقة، فللمشتري أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع<sup>٦٨</sup>، وينطبق نفس الحكم لو قام الغير بالتعرضات السالفة الذكر.

**ثالثاً: حكم التصرفات التي يقوم بها المشتري قبل تسجيل الشقة بإسمه:** لا يجوز للمشتري القيام بالتصرفات في الشقة المشتراة قبل تسجيلها بإسمه بموجب القواعد العامة في بيع العقارات، إذ إن المجلس الاعلى للإستثمار في إقليم كردستان قد منع المشتري من القيام بهذه التصرفات قبل تمام بناء الشقة، وتنفيذ جميع التزاماته تجاه البائع<sup>٦٩</sup>. وقد ذهبت محكمة التمييز في إقليم كردستان في قرار لها الى عدم جواز التصرفات التي يقوم بها المشتري على الشقة قبل تمام بناءها، حيث قضى ببطلان عقد بيع الشقة السكنية الذي يبرم بين المشتري الاول والثاني<sup>٧٠</sup>، ولكنها ذهبت في قرار آخر<sup>٧١</sup>، الى تطبيق احكام حوالة الحق في العلاقة بين المشتري والمتصرف له، لكون الشقة غير مسجلة بإسم المشتري، لذا فإن المشتري بتصرفه قد قام بحوالة حقوقه المكتسبة تجاه المستثمر الى المتصرف له، وان الأخير يتمتع بالضمانات التي تمتع بها المشتري<sup>٧٢</sup>، وهذا يدل على صحة العقد المبرم بين المشتري والمتصرف له (المشتري الثاني)، بإعتباره عقداً غير مسمى، نشأاً للحقوق الشخصية. وأنا نجد بأن إعمال الأثر الكاشف للتسجيل، يحمي المشتري من إبطال تصرفاته القانونية ويحمي المشتري الثاني في متلاك الشقة المشتراة قبل التسجيل، حيث بموجب هذه الفكرة، يعتبر المشتري مالكا لشقة منذ لحظة إبرام العقد، وبالتالي تعد جميعها صحيحة، ولكنها غير مستقر. ومما يجدر بالقول أن إعمال الأثر الكاشف للتسجيل يتفق مع طبيعة العقد الناقل للملكية في الفقه الإسلامي، إذ أن الملكية تنتقل من لحظة إبرام العقد بمجرد التراضي<sup>٧٣</sup>، كما أنه يتفق مع ما أخذ به المشرع الفرنسي لتنظيم بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء وفق ما سبق بيانه. بناءً على كل ماتقدم نقترح على المشرع في العراق وإقليم كردستان، بإعمال الأثر الكاشف للتسجيل في بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، لأن إعمال هذه الفكرة، يعالج الكثير من الاشكاليات القانونية والعملية.

## الذاتة

- ١- اختلفت القوانين المقارنة في دور التسجيل في عقد بيع العقار، فيعد ركناً لإنعقاد البيع في القانون العراقي، بينما يعد شرطاً لإنقال الملكية في القانون المصري، كما يعد شرطاً لنفاذ البيع تجاه الغير في القانون الفرنسي.
- ٢- إن الحالات التي تعد فيها الكتابة ثابتة التاريخ، قد جاءت على سبيل المثال، وتظهر أهميتها في مجال حسم نزاحم حقوق المشتريين بحيث أن العبرة تكون لمن كان عقده ثابت التاريخ، الا إذا كان أحد العقدين مسجلاً، فعندئذ تكون العبرة للعقد المسجل، غير أن المشرع المصري خالف هذه القاعدة وأخذ بإبطال العقد الثاني وإن كان مسجلاً.
- ٣- لم ينظم المشرع العراقي والكوردستاني أسوة بالمشرع المصري، عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، ولم يجز تسجيله، لذا لا يمكن عده عقداً للبيع، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم بصورتين، وهما بيع الأجل وبيع حسب الحالة المستقبلية.
- ٤- تبادر اطراف عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء لتصديق العقد لدى الكاتب العدل، بالرغم من انعدام أثره لإنشاء الحقوق العينية العقارية.
- ٥- لا يحق للمشتري على وفق القانون العراقي، المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري في مجال بيع الشقة تحت الانشاء الا استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨).
- ٦- اختلفت التشريعات المقارنة بالنسبة لضمان إكمال بناء العمارات السكنية، حيث إن المشرع العراقي عالج هذا الضمان من خلال حجز الأرض المخصصة للعمارات السكنية حتى تمام المشروع بأكمله، كما انه فرض على المستثمر تقديم خطاب الضمان المصرفي لمصلحة الجهة الحكومية المختصة، ولا يستفيد المشتري من هذا الضمان، أما المشرع الفرنسي فإنه عالج من خلال فرض اللجوء الى وسيلتين، وهما فتح الإعتماد المصرفي والكفالة التضامنية.
- ٧- يظل مشتري الشقة تحت الانشاء بلاضمان من التعرضات التي تواجهه من البائع أو الغير لحين اكتمال الشقة وتسجيله باسمه وفقاً للاجراءات المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري العراقي.

## قائمة المصادر

١. أسعد دياب طارق، أبحاث في التحديد والتحرير وسجل العقاري، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس، لبنان، ١٩٨٥.
٢. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
٣. أنور عبدالله جبر، انتقال ملكية العقارية بالبيع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١١.
٤. جعفر فضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكاتب، القاهرة، دون سنة النشر.
٥. حسن عبد الباسط الجميحي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، ١٩٩٩. ١١. حسن على الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الاحكام للالتزام، ج٢، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤.
٦. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر.
٧. سعيد عبدالكريم مبارك و د. طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، -البيع الإيجار - المقاوله، مكتبة السنهوري، لبنان، ٢٠٠٨.
٨. سمير عبد السمح الاردن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١.
٩. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط١، دار البحوث العلمية، الكويت، ١٩٧٥.
١٠. القاضي عباس قاسم مهدي، ابطال سجل العقاري، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤.
١١. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ١٠، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، دون سنة النشر.
١٢. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧.
١٣. علاء حسين على، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، ط ١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.
١٤. علي بن عزان بن علي الهاشمي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٤.
١٥. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
١٦. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦.
١٧. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
١٨. محمد شتا ابو سعد، الأثر الرجعي في القانون المدني المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
١٩. محمد عبد الظاهر حسين، الاحكام العملية للشهر العقاري، المؤسسة الغنية، دون مكان الطبع، ٢٠٠٧-٢٠٠٨. ٣٢. د. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج ١، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣.
٢٠. محمود زكي شمس، التوسع العمراني ونظام البناء في سوريا، دون مكان طبع و سنة النشر.
٢١. يوسف سعدون حمد، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، ط الاولى منشورات المجلس الحقوقي، لبنان، ٢٠١٦.

## هوامش البحث

- ١ استاذ مشارك عضو هيئة التدريس و الباحثين في جامعة المصطفى العالمية
- ٢ استاذ مشارك عضو هيئة التدريس و الباحثين في جامعة حكومية قم
- ٣ نصت المادة(١/١٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم(٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، على ان(تزد دائرة التسجيل العقاري المختصة المالك... بصورة السجلات المكتسبة الشكل النهائي)؛ وتقابلها المادة(٥٨) من قانون السجل العيني المصري رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.
- ٤ القاضي عباس قاسم مهدي، ابطال سجل العقاري، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص٣٤.
- ٥ نصت المادة(١/١٠) من قانون التسجيل العقاري العراقي على ان(تعتمد السجلات العقارية... أساساً لاثبات حق الملكية... وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير...); والمادة(٣٧) من قانون السجل العيني المصري؛ وللتفصيل د. آدم وهيب الندوي، الموجز في قانون الاثبات، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨٤.
- ٦ كذلك ينظر على سبيل المثال: المادتان(٩٠ و ١١٢٦/٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤) لسنة ١٩٥١، والمادة(٣/٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي.



- ٧ د.عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط١، دار البحوث العلمية، الكويت، ١٩٧٥، ص٤١٠؛ د.حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة لالتزام - الاحكام الالتزام، ج ٢، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٠٤.
- ٨ ذهب في بعض قراراته الى صحة العقد غير المسجل، كالقرار رقم ٢٤١ هيئة عامة أولى ٩٧٢ بتاريخ ٢١/٤/١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، نيسان، مايس، حزيران، ١٩٩٣، ص٥١؛ والقرار رقم ٨١١، ٧٧٦، م ٣/٩٧٤ بتاريخ ٣١/١٠/١٩٧٤، اشار اليه: فؤاد صالح الدرادكة، التعهد بنقل ملكية عقار، دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الأردني والمدني العراقي، رؤية جديدة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد(١) السنة ٣٢، مارس ٢٠٠٨، ص ٣٠٠؛ و ذهب في قراراته الأخرى الى بطلان العقد، كالقرار رقم ١٩٩ هيئة عامة ١٩٧١ في ٢٢/١/١٩٧٢، والقرار رقم ٣٤٦ استئنافية ١٩٨٧ في ١١/١١/١٩٨٧، أشار اليهما: إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، ج٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٣٩.
- ٩ د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص١٣٥.
- ١٠ د. أنور عبد الله سليمان جبر، انتقال ملكية العقارية بالبيع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١٩٨.
- ١١ د.محمد زهرة، العقار بحسب المال، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، القسم الثاني، العدد(٢)، السنة العاشرة، ١٩٨٦، ص ١٣٢ وما بعدها.
- ١٢ د. مصطفى عبد السيد الجارحي، مصدر سابق، ص ٤١-٤٠.
- ١٣ يوسف سعدون حمد، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، ط ١، منشورات المجلس الحقوقي، لبنان، ٢٠١٦، ص ١٢٢.
- ١٤ أشار اليه: د. محمد زهرة العقار بحسب المال، مصدر سابق، ص ١٢٧.
- ١٥ محمود زكي شمس، التوسع العمراني ونظام البناء في سوريا، دون مكان طبع و سنة النشر، ص ١٤.
- ١٦ د.علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، ط ١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص ١٢١.
- ١٧ المادتين(٢٦، ٢٥) من قانون تسجيل العقاري العراقي.
- ١٨ اجاز المشرع العراقي بيع الفضاء وتسجيله في حالات خاصة في قانون ادارة البلديات العراقي رقم(١٦٥) لسنة ١٩٦٤ المعدل، إذ نصت المادة(٦١) منه على(للبلدية بيع الفضاء الكائن فوق ارصفتها الشوارع لغرض انشاء طابق آخر او اكثر، و يسجل هذا الحق بأسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لتعليمات يصدرها الوزير).
- ١٩ عرفت المادة(٢١/أولاً) من قانون الإثبات العراقي، السندات الرسمية بأنها(هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره).
- ٢٠ المادة(٢٢/أولاً) من قانون الإثبات العراقي ود.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام)، بدون مطبعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٤٩٨.
- ٢١ مصطفى مجدى هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٦٧.
- ٢٢ د. توفيق حسن فرج وعصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص ٨٠.
- ٢٣ المادة(٢٦) من قانون الإثبات العراقي وتقابلها المادة(١٥) من قانون الإثبات المصري رقم(٢٥) لسنة ١٩٨٦.
- ٢٤ وتقابلها المادة(١٥) من قانون الإثبات المصري، ود. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص ١١٣.
- ٢٥ المادة(١١/ثالثاً) من قانون الكاتب العدول العراقي رقم(٢٧) لسنة ١٩٧٧.
- ٢٦ د.جعفر فضلي، الوجيز في العقود المدنية، العالک لصناعة الكاتب، القاهرة، دون سنة النشر، ص ٨٥.
- ٢٧ د.عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١، ص ٧٢، ص ٨٣، هامش رقم ٢.
- ٢٨ محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج ١، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ص ٢٧١.
- ٢٩ المادة(٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي.

- ٣٠ نصت المادة(٢٣) من قانون ايجار الاماكن المصري رقم(١٣٦) لسنة ١٩٨١ على ان(يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور، و بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة او يؤجرها لاكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها، ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً)، وإن المشرع العراقي قد جرم التصرف لاكثر من مرة بشيء معين، دون التطرق الى جزء التصرف وذلك في المادة(٤٥٧) من قانون العقوبات رقم(١١١) لسنة ١٩٦٩.
- ٣١ د. أنور عبدالله جبر، مصدر سابق، ص ١٩٩.
- ٣٢ د.محمد حسين منصور، تزاحم المشترين و المستأجرين لنفس المكان، دار جامعة الجديدة، الاسكندرية، دون سنة النشر، ص ٣٨.
- ٣٣ المادتان(٢٤٦ و ٥٣٥) من القانون المدني العراقي.
- ٣٤ جمال عبد كاظم الحاج ياسين، أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي، رسالة ماجستير، كلية قانون، جامعة بابل، السنة ٢٠١٥، ص ١١٣.
- ٣٥ قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، المرقم(١٠٢/١٠٢/١٩٧٩)، أشار اليه: المحامي هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد وبصفتها التمييزية، - التعهد بنقل ملكية العقار، دار العدالة، الكرادة، دون سنة النشر، ص ٣٠.
- ٣٦ قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٣٢١ لسنة ٤٨ ق جلسة ٢/١٩٨٢/١٤، اشار اليه: فتحة قررة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية، مصدر سابق، ص ٥٢٩.
- ٣٧ د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١١٧.
- ٣٨ المادة(٦/أولاً) من نظام رقم(٧) لسنة ٢٠١٠ العراقي؛ والمادة(الخامسة/ثالثاً) من تعليمات رقم(٢) لسنة ٢٠١١ الصادر من المجلس الأعلى للإستثمار.
- ٣٩ يمكن ان يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف، للتفصيل د.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، ص ٩٢ وما بعدها.
- ٤٠ المادة(٦/أولاً) من نظام رقم(٧) لسنة ٢٠١٠ العراقي؛ والمادة(٤/رابعاً) من قانون الإستثمار اقليم كوردستان رقم(٤) لسنة ٢٠٠٦.
- ٤١ اذا حصلت التعارض بين النظام والقانون فإن حكم القانون هو الذي يطبق، "القرار رقم(١٨/٦٤)، الصادر في تاريخ(١٠/١١/١٩٦٢)، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الأول، السنة الثانية مطبعة التضامن، بغداد، ١٩٦٣، ص ٨٣".
- ٤٢ المادة(١٤٠) من قانون التسجيل العقاري العراقي؛ وقرار محكمة تمييز العراقي المرقم(٢٣٣٧) الصادر في(٢١/١/٢٠٠٧)، أشار اليه: المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بدون المطبعة، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣٢٢.
- ٤٣ نصت المادة(الرابعة/ رابعاً) من قانون استثمار إقليم كوردستان على(يتم وضع اشارة عدم التصرف على الأراضي التي تخصص للمشاريع الاستثمارية لدى دوائر التسجيل العقاري المختصة ولا يتم رفعها الا بموافقة تحريرية من الهيئة بعد قيام المستثمر بتنفيذ جميع التزاماته).
- ٤٤ عرفت المادة(٢٦٩/اولا) من قانون التجارة العراقي رقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل، فتح الاعتماد بأنه(عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغ من النقود لمدة معينة أو غير معينة).
- ٤٥ المادة(٢٨٩) من قانون التجارة العراقي النافذ.
- ٤٦ دعوى غير المباشرة هي الدعوى التي يرفعها الدائن بأسم مدينة ونيابة عنه على مدين مدينة، ولا تفرض فيها وجود علاقة مباشرة بين الدائن ومدين مدينة للمزيد المادتان(٢٦١ و ٢٦٢) من القانون المدني العراقي.
- ٤٧ شالوا وهاب صادق، الضمانات القانونية للمشتري في بيع البناء تحت الإنشاء، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كويه، ٢٠١٥، ص ٤٦.
- ٤٨ عرفت المادة(١٠٠٨) من القانون المدني العراقي الكفالة بأنها(ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام).
- ٤٩ د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للأنتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٩١ وما بعدها.
- ٥٠ المادة(25-b) من القانون(٣) كانون الثاني لسنة ١٩٦٧ الفرنسي بخصوص بيع المباني تحت الإنشاء.
- ٥١ علاء حسين علي، مصدر سابق، ص ١٨٢.
- ٥٢ د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٧٨.
- ٥٣ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ١٠، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، دون سنة النشر، ص ١٩.

- ٥٤ أنور طلبية، العقود الصغيرة (الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٣٥.
- ٥٥ د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل و تسليمه، مطبعة اوفيسيت عشتار، بغداد، ١٩٨٥، ص ٣٢.
- ٥٦ د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص ٤٩.
- ٥٧ المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي.
- ٥٨ د. سمير عبد السمع الاردن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠١، ص ٤١٦.
- ٥٩ د. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٦.
- ٦٠ يعرف البيع بالتقسيط بأنه البيع الذي يكون سداد الثمن فيه مجزة إلى عدة أقساط على أن يكون جزء من هذه الأقساط لاحقاً على تسلم المبيع، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، ط١، مطبعة الجامعة، جامعة الكويت، ١٩٨٤، ص ٢٠.
- ٦١ نصت المادة (٥٣٤/٣) من القانون المدني العراقي على ان (وإذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك).
- ٦٢ د. ياسر باسم ذنون ود. سبيل جعفر حاجي عمر، العقد التمهيدي كأحد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسة، المجلد (٣) العدد (١٢)، السنة الثالثة، ص ١٢٥.
- ٦٣ المادة (٢/١٦٠١) من القانون المدني الفرنسي؛ وتقابلها المادة (٢-٢٦١-L). من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- ٦٤ المادة (٣/١٦٠١) من القانون المدني الفرنسي؛ وتقابلها المادة (٢-٢٦١-L). من قانون البناء والسكن الفرنسي.
- ٦٥ د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دار الفكر و القانون للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص ١٥٢.
- ٦٦ د. أنور عبدالله جبر، مصدر سابق، ص ١٨١.
- ٦٧ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١٣٦.
- ٦٨ المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي.
- ٦٩ المادة (١٢/ج) من التعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١١ الصادرة عن المجلس الأعلى للإستثمار في اقليم كردستان.
- ٧٠ قرار رقم (٤٧٠/الهيئة المدنية/٢٠١٥) الصادر في (٩/١١/٢٠١٥)، غير منشور.
- ٧١ قرار رقم (١١٧/الهيئة المدنية الاستئنافية/٢٠١٣) الصادر في (٢٠/٥/٢٠١٣) غير منشور.
- ٧٢ نصت المادة (٣٦٥) من القانون المدني العراقي على ان (ينقل الحق إلى المحال له بصفته و ضماناته كالكفالة و الامتياز و الرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد و اقساط).
- ٧٣ للمزيد مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢، ص ١٠١؛ ود. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط٩، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢، ص ٢٠٣، هامش رقم ٢.