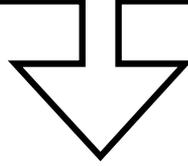


الشرط الجزائي الإمتثالي  
في نطاق العقود الشكلية



أ.و.ظافر حبيب جبارة      مها ناجي جاسم  
كلية القانون بجامعة ذي قار

## الملخص

أن حاجة التشريع والقضاء الى اضافة شيء من العقوبة والردع على وظيفة المسؤولية المدنية لمعالجة بعض الحالات في المجتمع والتي لاتسعف القواعد العامة فيها طبقا لوظيفة المسؤولية المدنية لإصدار حكماً يحقق فيه العدالة وايضاً غرض جبر الضرر وغرض العقوبة والردع في آن واحد، تلك الحالات التي يجد القاضي فيها الضرر المتحقق يقع في منتصف الطريق بين تحقيق مصلحة الفرد بتطبيق القواعد العامة فقط وتجاهل مصلحة المجتمع في ايجاد تضمينات تكون رادعة ودافعة لامتثال الاشخاص لتنفيذ التزاماتهم، فيمكن للشرط الجزائي الامتثالي ان يعالج مثل هذه الحالات.

## Abstract

The need for legislation and the judiciary to impose some of the punishment and deterrent to the guest civil masculine to address some cases in society, Which do not dilute the general rules in accordance with the civil servant to issue a judgment in which justice is unfair and achieves the purpose of reparation and the purpose of punishment and deterrence in one of those cases where the judge find damage is achieved in the middle of the road between achieving the interest of the individual by applying the general rules only and ignoring the interest of the community in finding inclusions that are deterrent and motivated to represent the people to carry out their obligations in the condition of the exemplary penalty to deal with such cases.

## المقدمة

أن الوظيفة الاساسية للشرط الجزائي هي التعويض فهو تقدير اتفاقي للتعويض من قبل اطراف التعاقد الهدف منه تعويض الطرفين في حال وقوع الاحلال، الا انه هل من الممكن ان تكون له وظيفة اخرى الى جانب وظيفته التعويضية. من ملاحظة خصائص الشرط الجزائي نلاحظ اهمها ان الشرط الجزائي هو اتفاق تابع لالتزام اصلي فهو غير مقصود لذاته وانما جاء بناء على اساس العقد الاصلي، وهذا يعني انه بطلان الالتزام الاصلي فان هذا الشرط ايضا يبطل باعتباره تابعا للعقد الذي بطل.

الا انه لا يمكن ان ننكر في بعض الاحيان بأن هذا الشرط يتحول من غرضه التعويضي الى تحقيق غرض اخر امثالي او عقابي بأن يحمل طابعا جزائيا وان كانت هذه الصفة استثنائية للشرط الجزائي الا انها ناتجة عن التنظيم القانوني لهذا الشرط الذي منع فيه المشرع القاضي من التدخل به لتعديله الا اذا كان مغالى فيه الى حد كبير وغير معقول. مما دفع المشرع في بعض الاحيان بتصحيح شرط جزائي ورد على التزام كان قد بطل. ولكن هل يعد ذلك مخالفة للقواعد العامة ام ان هناك اعتبارات دفعت بالمشرع والقضاء الى الاقرار بصحة التضمينات الواردة على عقود باطلة؟

فحاجة التشريع والقضاء الى اضافة شيء من العقوبة والردع على وظيفة المسؤولية المدنية لمعالجة بعض حالات في المجتمع والتي لا تسعف القواعد العامة فيها طبقا لوظيفة المسؤولية المدنية لإصدار حكما يجانب فيه العدالة ويحقق غرض جبر الضرر وغرض العقوبة والردع في ان واحد، تلك الحالات التي يجد القاضي فيها الضرر المتحقق يقع في منتصف الطريق بين تحقيق مصلحة الفرد بتطبيق القواعد العامة فقط وتجاهل مصلحة المجتمع في ايجاد تضمينات تكون رادعة ودافعة لامتنال الاشخاص لتنفيذ التزاماتهم.

وتظهر اهمية البحث في اعطاء الشرط الجزائي وظيفة عقابية امتثالية الى جانب وظيفته الاصلية ليكون بذلك وسيلة بيد القضاء لإصدار احكاما اكثر عدالة من جهة، وسببا يجبر الاشخاص للامتنال الى تنفيذ اتفاقاتهم من جهة اخرى، وايضا الفات نظر المشرع العراقي الى اهمية الوظيفة الامتثالية للشرط الجزائي.

#### خطة البحث

وللإحاطة اكثر بموضوع البحث فقد ارتأينا تقسيمه الى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الاول مفهوم الشرط الجزائي الامثالي، ونخصص المبحث الثاني لتطبيقات الشرط الجزائي الامثالي في القانون العراقي مقسمينه الى مطلبين نخصص المطلب الاول للشرط الجزائي الامثالي

في التعهد بنقل ملكية عقار، اما المطلب الثاني فنفرده للشرط الجزائي الامتثالي في التعهد بنقل ملكية السيارة، والمبحث الثالث لرأي الفقه من الشروط الجزائية الامتثالية.

### الشرط الجزائي الامتثالي في نطاق العقود الشكلية

نتناول في هذا المبحث عرض اهم تطبيق لفكرة التعويض العقابي وهي الشرط الجزائي الامتثالي فنبحث في المطلب الاول مفهوم الشرط الجزائي الامتثالي وما المقصود به وفي المطلب الثاني نعرض لموقف الفقه من الشروط الجزائية الامتثالية.

### المبحث الاول: مفهوم الشرط الجزائي الامتثالي

الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يدرجه المتعاقدون في عقودهم من اجل ضمان تنفيذها ويلزم بموجبه المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين يدفعه الى الطرف الاخر، فالهدف منه ضمان وكفالة تنفيذ الالتزامات واحترامها<sup>(١)</sup>.

ويهدف الشرط الجزائي بصورة اصلية الى ضمان تنفيذ الالتزام في حال تحقق الاخلال به، و الشرط الجزائي يهدف كذلك الى تعويض الطرف الذي تعرض للأخلال، على ذلك فالشرط الجزائي هو تقدير للتعويض من قبل اطراف العقد وهو جزاء للمسؤولية ويتم تحديده جزافا من قبل اطراف التعاقد الذين يقدرون حجم الاضرار التي من المتوقع حصولها في المستقبل بسبب عدم تنفيذ الالتزام<sup>(٢)</sup>.

فأول وظيفة يمارسها الشرط الجزائي هي الوظيفة التعويضية او هي الوظيفة الاصلية للشرط الجزائي ويمكن ان يستدل على هذه الوظيفة من كون ان مبلغ الشرط الجزائي مساويا لحجم الاضرار المتحققة، وبممارسة الاطراف تقديرهم المسبق للتعويض في حالة اخلال احدهم بالتزامه فهم بذلك يستبعدون سلطة القاضي في تقدير التعويض وبذلك يتخطى المتعاقدون اي صعوبة في تقدير التعويض في مداه وقيمته وما يتطلبه ذلك من الاستعانة باهل الخبرة بعد وقوع الضرر.

وبما ان الشرط الجزائي هو تقدير للتعويض، فانه يتعين ان يسري بشأنه كل مايطبق على التعويض حيث يجب ان يتحدد بما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب وان يقتصر على الضرر المباشر المتوقع ولا يشمل الاضرار غير المتوقعة الا في حالات المسؤولية التقصيرية<sup>(٣)</sup>.

والشرط الجزائي الذي يوقع على من يخل بالتزامه ليس هو سبب او مصدر ذلك التعويض بل ان التعويض يقع عن الاخلال بالتزام الاصلي الذي جاء هذا الشرط لضمان تنفيذه وان هذا التقدير الاتفاقي المسبق للتعويض له اهمية في كونه تقديرا جزافيا يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض<sup>(٤)</sup>.

وقد تطرق المشرع العراقي لاحكام الشرط الجزائي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة ١٧٠ منه اذ نصت على مايلي "١- يجوز للمتعاقد ان يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في ذلك احكام المواد ١٦٨، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨.

٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا ثبت ان المدين لم يلحقه ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة.

٣- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما".

والشرط الجزائي نظام قانوني قديم عرفه القانون الروماني حيث ورد ذكره في قانون جستنيان وارتبط منذ اول ظهوره بفكرة العقوبة حيث كان يستخدم كوسيلة للضغط على اطراف التعاقد من اجل ضمان تنفيذ التزامهم حيث كانوا يضمنون اتفاقهم لشروط جزائية يكسب التصرف قوته الملزمة وهكذا كان الشرط الجزائي عبارة عن جزاء وعقوبة اكثر من كونه تقديرا للتعويض<sup>(٥)</sup>.

واذا كانت وظيفة الشرط الجزائي الاصلية هي التعويض فهل يمكن ان يكون له وظيفة اخرى استثناء الى جانب وظيفته الاساسية الا وهي التعويض؟

يلاحظ ان الشرط الجزائي الهدف منه ابتداء هو التعويض ولكن عند تطبيق هذا الجزاء انتهاء عند مخالفة احد الاطراف للتعاقد فان الشرط الجزائي تكون له وظيفة اخرى او هدف

اخر الى جانب التعويض الا وهو العقوبة وهذا يحدو بنا الى التساؤل عن طبيعة الشرط الجزائي هل هو من طبيعة تعويضية ام من طبيعة جزائية؟<sup>(٦)</sup>

اختلف الفقه حول طبيعة الشرط الجزائي، فذهب البعض الى انه مجرد تعويض يحل محل الالتزام الاصلي في حال مخالفة اطراف التعاقد للاتفاق الموجود في العقد فما هو الاتقدير اتفاقي من قبل الطرفين للتعويض الذي سوف يتحملة الطرف المخل بالتزامها وتعهداته. واذا كان الاصل أن القاضي هو من يتولى تقديره بناء على ما لحق الدائن من خساره ومافاته من كسب ولكن ليس ثمة ما يمنع ترك تقديره لأطراف التعاقد قبل وقوع الضرر ويستحق عند عدم التنفيذ بناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>(٧)</sup>.

وهناك راي اخر يذهب الى ان الشرط الجزائي من جانب اخر ذو طبيعة جزائية تتمثل في كونه عقوبة تهدد الطرف المخالف لحملة على الامتثال لتنفيذ التزامه وبذلك يمكن ان نقول ان للشرط الجزائي طبيعة مزدوجة، فهو من طبيعة تعويضية وهي وظيفته الاصلية وله ايضا طبيعة جزائية عقابية<sup>(٨)</sup>.

ومن هنا تظهر لنا الوظيفة الثانية للشرط الجزائي وهي ما بهمننا في موضوع بحثنا الا وهي الصفة العقابية للشرط الجزائي والذي يتمثل في ذلك التقدير الذي يكون لصالح الدائن ويهدد المدين ويحملة على تنفيذ التزامه وبمذه الوظيفة فانه يعطي للالتزام صفة تأمينية، على ان الصفة او الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي ماهي الا استثناء على الوظيفة الاصلية التعويضية وان هذه الصفة تجد قبولا في الفقه على اساس انها تحمل المدين على تنفيذ التزامه<sup>(٩)</sup>.

ان اكثر ماتظهر به الصفة العقابية للشرط الجزائي هو حالة كون مبلغ الشرط الجزائي اكبر من قيمة الضرر الذي لحق بالدائن ولكن بالرغم من ذلك تقضي به المحكمة فمضى ماكانت هناك زيادة معقولة عن الضرر في الشرط الجزائي كان هذا الفرق بين قيمة الضرر ومقدار الشرط الجزائي هو العقوبة او هو التهديد الذي يحمل المدين على تنفيذ التزامه وهو مظهر الصفة العقابية للشرط الجزائي وبذلك يمثل قوة ردع وشرطا ضابطا في العقد، وكل ذلك بشرط اصابة الدائن بضرر فيعدمه لاوجود للشرط الجزائي وليس له اية اهمية في العقد ولا لدوره الجزائي وتظهر اهمية الشرط الجزائي بصفته العقابية في الاثر النفسي الذي يتولد في ذهن

المتعاقدين من فهم سوف يتعرضون لتقدير مغالى به في حال عدم تنفيذهم لالتزاماتهم مما يحملهم على المزيد من الحرص على الالتزام باتفاقاتهم.

وان الصفة العقابية للشرط الجزائي لا تتعارض مع الصفة الاجتماعية لفكرة الجزاء التي هي من حق الدولة تستأثر بها دون الافراد لان الشرط الجزائي يقع بناء على تحقيق ضرر للدائن باعتبار ان هذا الضرر هو اساس الالتزام فاذا تخلف هذا الضرر تخلف معه ايقاع الشرط الجزائي<sup>(١٠)</sup>.

وفيما يتعلق بالصفة العقابية للشرط الجزائي، فإن سلطة القاضي التي منحها القانون في التحكم بالشرط الجزائي في حال كونه غير متناسب مع الضرر لا تتعارض مع الصفة العقابية للشرط الجزائي، وذلك لان دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي يبرز عندما يكون الشرط الجزائي مغالى فيه الى حد كبير لا تتناسب ابدا مع مقدار الضرر الذي لحق بالدائن.

اما مبلغ الفرق بين قيمة الضرر والشرط الجزائي الذي اشرنا اليه سابقا والذي تحقق فيه الصفة العقابية للشرط الجزائي هو مبلغ معقول غير مبالغ فيه بدرجة كبيرة، اما في حال كون هذا الفرق مغالى به مما يستدعي تدخل القاضي لتخفيفه لا نكون امام صفة عقابيه للشرط الجزائي، ولكن حتى حالات تدخل القاضي بالتخفيض في كثير من الاحيان بالرغم من التخفيض الى ان المبلغ لا يزال اعلى من الضرر الفعلي وهو ما يحقق صفة العقوبة في الشرط الجزائي والتي ارادها المتعاقدان ابتداء<sup>(١١)</sup>.

ويتميز الشرط الجزائي بانه التزام احتياطي فهو لا يلجا اليه الا في حال تعذر تنفيذ الالتزام الاصلي لذلك فهو لا يمكن الاخذ به اذا كان الالتزام العيني ممكنا فيمكن ان نقول بانه التزام معلق على شرط وهو عدم امكانية تنفيذ الالتزام الاصلي حيث ان الدائن لا يمكن ان يطالب بتنفيذ الشرط الجزائي اذا كان تنفيذ الالتزام الاصلي تنفيذا عينيا ممكنا حتى انه ليس له ان يختار بين الالتزام الاصلي والشرط الجزائي فهو ليس بالتزام تخيري وحتى المدين لا يستطيع ان يعرض

على الدائن ان يقوم بتنفيذ الشرط الجزائي بدلا من الالتزام الاصلي فهو التزام احتياطي لا ينشا ولا يعمل مصدر ولا يكون له محل الا عندما يتعذر تماما تنفيذ الالتزام الاصلي.

اما الخصيصة الثانية للشرط الجزائي هي ان الشرط الجزائي هو تقدير جزائي ومسبق للتعويض يقدره المتعاقدان عند قيام العقد او في اتفاق لاحق فهو مجرد تقدير مسبق للأضرار التي سوف تقع في حال عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه يحل فيه المتعاقدان محل القاضي في هذا التقدير الجزائي<sup>(١٢)</sup>.

اما الخصيصة الثالثة هي كونه التزام تابع لالتزام اصلي وان هذه الخصيصة هي ما دفعنا للكلام عن خصائص الشرط الجزائي لتعلقها بصميم موضوع التعويض العقابي وسنأتي على بيان اهمية هذه الخصيصة في موضوع بحثنا لاحقا في معرض الكلام عن الشرط الجزائي الامتثالي في نطاق التعهدات بنقل ملكية العقار وبعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ومن ابرزها السيارات.

والشرط الجزائي لا يمكن تصور وجوده بمعزل عن التزام اصلي كان سببا في ادراج هذا الشرط ويكون بناء عليه، فالشرط الجزائي هو اتفاق غير مقصود لذاته انما جاء بناء على التزام اخر، ويترتب على كونه التزاما تابعا الى التزام اخر انه يتبعه في وجوده وفي انقضائه اي انه يزول بزواله فيفترض ان يوجد التزام اصلي يرد عليه الشرط الجزائي ولا تهم صفة هذا الالتزام سواء كان القيام بعمل او الامتناع عن عمل او تسليم شيء معين وايضا اي وصف يقع على الالتزام الاصلي هو يقع بالتالي على الشرط الجزائي لكونه تابع سواء كان هذا الوصف شرطا او اجلا او تضامنا او قابلية للانقسام.

واكثر ما يهمننا في تبعية الشرط الجزائي للالتزام الاصلي انه يزول بزواله فلا يمكن ان يوجد مستقلا في حين ان الالتزام الاصلي انتهى وزال كالاتحالة في التنفيذ التي لا تعود الى المدين وايضا يبطل الشرط الجزائي اذا بطل الالتزام الاصلي<sup>(١٣)</sup>. مثال ذلك اجرتك ان تقتل فلانا يوم السبت بمليون دينار فان تأخر الى يوم اخر فانه ينقص من الاجرة مائة الف دينار<sup>(١٤)</sup>.

## المبحث الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي الأمتثالي في القانون العراقي

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول الشرط الجزائي الأمتثالي في التعهد بنقل ملكية العقار، ونخصص المبحث الثاني للشرط الجزائي الأمتثالي بالتعهد بنقل ملكية سيارة.

## المطلب الأول: الشرط الجزائي الامتثالي في التعهد بنقل ملكية عقار

ان احد اهم التزامات البائع هي نقل ملكية الشيء المبيع سواء في العقار او المنقول ووقت انتقال الملكية في العقار يختلف بحسب النظام القانوني لكل دولة كنظام التسجيل العيني كما في القانون العراقي او نظام الشهر العقاري كما في القانون المصري<sup>(١٥)</sup>.

أن بيع العقار في القانون العراقي لا تنتقل ملكيته الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما اورده المادة ٢٤٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بنصها" الالتزام بنقل ملكية او اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل"، فيتبين من هذه المادة ان نقل ملكية العقار لا تصح الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري<sup>(١٦)</sup>.

وكذلك نص المادة ٨٠٥ " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون".

وايضا نص المادة ١١٢٦ " العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً".

ونص المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ " لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

الا ان عقود نقل ملكية العقار غالبا ما يسبقها اتفاقات خارجية على شكل تعهدات بنقل هذه الملكية قبل ان تأتي مرحلة التسجيل وان ما يهمننا من هذا التعهد هو في حالة عدم قيام صاحب العقار بتنفيذ التزامه اي النكول عن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فما هو الجزاء في هذه الحالة ؟

واستنادا الى القرار ١١٩٨ المعدل<sup>(١٧)</sup>، في هذه الحالة يكون المشتري او المتعهد له امام خيارين، اولهما ان المشتري يستطيع ان يمتلك العقار جبرا على البائع، ولكن يجب ان تتوفر عدد من الشروط في هذه الحالة، اولها هو ان يصدر هذا التعهد عن مالك العقار او مالكا لحق التصرف فيه ومسجلا في دائرة التسجيل العقاري باسمه ويجب ان يصدر هذا التعهد من شخص ارادته صحيحة وغير معيبة، اي يجب ان تتوافر جميع شروط العقد الصحيح في هذا التعهد من رضا ومحل وسبب ويمكن ان يكون هذا التعهد شفويا او تحريريا مع الاشارة الى صعوبة الاثبات في حالة التعهد الشفوي، ويجب ان يكون المبيع معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة والغرر<sup>(١٨)</sup>.

اما الشرط الثاني فهي أن يقوم المشتري بإقامة ابنية ومنشآت او مغروسات في العقار كما جاء في القرار ١١٩٨ في الفقرة منه او ان يقوم المشتري بسكنى العقار قبل ان تنتقل اليه ملكيته لان ذلك يشكل سببا صحيحا لانتقال الملكية للمشتري، على ان لا توجد اي معارضة تحريرية من قبل البائع تجاه المشتري اعتراضا على سكناه الدار او اقامته فيها ابنية او منشآت او غراس على ان هذه المعارضة يجب ان تكون سابقة على نكول البائع للتسجيل وليس لاحقة على ذلك، وكل من السكنى والبناء والغراس واقامة المنشآت يجب ان يتم قبل اقامة الدعوى من قبل المتعهد والتي تعبر بمخاطبة معارضة تحريرية.

ويجب ان لا يكون هناك ما يمنع الانتقال اي ان يكون المبيع مما يصح التعامل به والمعارضة يجب ان تكون تحريرية وليست شفوية وان تكون خلال مدة معقولة سواء كانت عن طريق انذار رسمي او عن طريق دعوى<sup>(١٩)</sup>.

وبتحقق نكول البائع يفتح الباب امام البائع لتطبيق القرار ١١٩٨ من القانون المدني العراقي وغالبا مايقع السبب وراء هذا النكول هو ارتفاع الاسعار بين وقت التعهد من البائع وبين وقت نكوله وان هذا النكول هو ما يمثل الاخلال الذي يوجب المسؤولية اي ان لا يكون للبائع اي استعداد لنقل الملكية<sup>(٢٠)</sup>.

ولوقت النكول اهمية كبيرة لأنه على اساسه وتأريخه تقدر قيمة العقار في هذه الحالة يجب ان يبادر المشتري الى انذار البائع بضرورة تنفيذ التزامه وقيامه بالتسجيل على انه يجب ان

لا يكون امتناع البائع ونكوله عن التسجيل سببه عدم قيام المشتري بدفع الثمن او عدم دفعه للعربون<sup>(٢١)</sup>.

اذا توفرت كل الشروط السابقة فان المشتري يكون مستحقا للعقار وتقوم المحكمة بتملكه وتسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما جاء في نص القرار ١١٩٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لسنة ١٩٧٧ بنصه " يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار او حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد او لم يشترط فيه على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر.

ب- اذا كان المتعهد قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (١) من هذا البند مضافا اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول".

كل ذلك في حال وجود امكانية للتملك ولكن قد لا تتوافر اي من الشروط السابقة فما هو الجزاء في هذه الحالة؟

ان الجزاء المترتب في هذه الحالة هو التعويض وان هذا الشق من الجزاء في حال عدم امكانية التملك هو ما يهمننا في موضوع البحث لان ما جاء به القانون المدني العراقي في هذا الخصوص هو ما يمثل الشرط الجزائي الامثالي والذي يدفع المتعاقد الى تنفيذ التزامه فقد نصت المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط "

فبعد ان نص القانون على انعقد بيع العقار حتى يعتبر صحيحا يجب ان يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري يعود ليقرر تعويضا عن عقد غير مسجل<sup>(٢٢)</sup>، او هو مجرد تعهد خارج دائرة التسجيل العقاري فهذا العقد الذي وقع خارج دائرة التسجيل العقاري ولم يستوف

الشكالية التي نص عليها القانون هو عقد باطل لأنه فقد احد الاركان التي يتطلبها القانون وهو ركن التسجيل في الدائرة المختصة فهو قبل ذلك التسجيل عقدا باطلا ولا يمكن الاخذ به وان هذا البطلان انما ينسحب على جميع العقد اي حتى على الشروط الموجودة فيه<sup>(٢٣)</sup>.

أن الملكية تبقى في الذمة المالية للبائع ولا تخرج عنها ولا يعتبر المشتري قد ملك العقار ويبقى المبيع في الضمان العام للبائع وأن المشتري لا يستطيع أن يتصرف به اي نوع من التصرفات بناء على هذا التعهد فقط فكل ما يولده هذا التعهد هو حقوق شخصية تتمثل في حق البائع بالمطالبة بالثمن وحق المشتري بالمطالبة بتسجيله او نقل ملكيته بالإضافة الى الالتزامات الاخرى من ضمان التعويض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية اما تبعة الهلاك فهي مرتبطة بالتسليم لا بنقل الملكية<sup>(٢٤)</sup>.

وهذا التعهد لا يعطي للمشتري ان يرفع دعوى استحقاق للمطالبة فيها بنقل الملكية وذلك لان العقار غير مسجل بعد وكذلك فان هذا العقار لا يعتبر من الضمان العام بالنسبة للمشتري فلا يستفيد منه خلفه العام ولا خلفه الخاص<sup>(٢٥)</sup>.

ورغم كون التعهد بنقل ملكية عقار باطل بطلانا مطلقا من حيث الاساس ومع ذلك فقد اجاز المشرع العراقي التعويض الاتفاقي الذي يدرجه المتعاقدين في هذا التعهد وذلك بنص المادة ١١٢٧ على اعتبار انه تعويض عن النكول. واذا دققنا النظر في هذه المادة نلاحظ انها تخالف اهم خصائص الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي التي ذكرناها سابقا وهو كون هذا الشرط يحمل صفة التبعية اي لأنه تابع للالتزام الاصلي او العقد الاصلي فاذا بطل الاخير فان هذا التعويض الاتفاقي وحسب خصيصة التبعية يجب ان يبطل معه لأنه تابع للالتزام الاصلي، وهذا هو صلب موضوع التعويض العقابي فتصحیح شرط في عقد باطل مع تبعية هذا الشرط للالتزام الاصلي جاء من المشرع في سبيل حمل المتعاقدين على الامتثال للتسجيل وهو احد مؤشرات تطبيق موضوع البحث في القانون العراقي.

كل ذلك يؤدي الى التساؤل حول صحة هذا الشرط الوارد على عقد باطل وما هو اساس اقراره؟ وقد اختلف الفقه حول مسالة تصحيح شرط في عقد كان قد بطل وللإجابة على هذا

التساؤل خصصنا الفرع الاول من المطلب الثاني عند الكلام عن موقف الفقه العراقي من الشروط الجزائية الامتثالية.

### المطلب الثاني :- الشرط الجزائي الامتثالي في عقود نقل ملكية السيارات

حتى ينشا العقد فانه لا يحتاج الا الى اجتماع الايجاب والقبول من اطراف الالتزام وان يعبر عن هذا الايجاب والقبول بأحد طرق التعبير التي نص عليها القانون لذلك فالقاعدة العامة في العقود هي مبدأ الرضائية الذي يحكم التصرفات القانونية اي ترك للأفراد الحرية في التعبير عن ارادتهم.

تعتبر الرضائية هي المبدأ العام اذ ان اغلب العقود هي عقود رضائية كعقد بيع المنقولات مثلاً الذي لا يحتاج سوى الى ان يتم الاتفاق بين ارادتين بغض النظر عن الشكل الذي تعبر به كل من الارادتين عن نفسها، فهذا العقد يصح بمجرد رضا الطرفين دون الحاجة الى شكلية قانونية معينة.

وهي خلاف حال العقود الشكلية التي نص المشرع على وجوب استيفائها لشكلية معينة حيث ان مبدأ الشكلية هو استثناء على مبدأ الرضائية في العقود، على ان هذه الشكلية كانت قد اقتضت على بعض العقود التي نص عليها المشرع حتى يصح التصرف صحيحاً وناظراً حيث فرضها المشرع كقيد على تصرفات الافراد وبدونها لا يمكن ان يصح التصرف<sup>(٢٦)</sup>.

وان العقد محل البحث جعله المشرع من العقود الشكلية، فعقد بيع السيارة كغيره من العقود يخضع للنظرية العامة للعقد من حيث يجب توافره على الاركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب ويجب ان لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وايضا يخضع العقد الوارد على السيارة للقواعد الخاصة اذا كان هذا العقد من العقود التي خصها المشرع بتنظيم خاص مثل عقد الايجار<sup>(٢٧)</sup>.

وعلى الرغم من تخلص القوانين من الشكليات القديمة وغدو الاتفاقات رضائية في العصر الحديث الا ان المشرع اشترط الشكلية في بعض العقود لأهمية وخصوصية هذه العقود واهمها

العقد الذي ينقل ملكية العقار كما اوضحنا سابقا، وايضا جعل المشرع العراقي العقد الذي ينقل ملكية السيارة عقدا شكليا<sup>(٢٨)</sup>.

وقد ذكر الاحكام الخاصة بعقد نقل ملكية السيارة في قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ حيث نص في القسم الخامس منه في الفقرة الثالثة على " عند انتقال ملكية المركبة لشخص اخر لاحد اسباب التملك فعلى المالك السابق والمالك الجديد الحضور امام ضابط التسجيل والاعتراف بنقل الملكية وعلى ضابط التسجيل ان يوثق نقل الملكية في حاسبة التسجيل بعد دفع الرسم المقرر من كلا الطرفين " ، ليعود ويؤكد ذلك في الفقرة السابعة من نفس القسم " لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذا القسم الا ما استثنى منها بقانون"<sup>(٢٩)</sup>.

يتبين من هذه النصوص ان عقد بيع السيارة هو عقد شكلي لا تنتقل فيه ملكية السيارة الا اذا تم تسجيلها في الدائرة المختصة، وقد خص المشرع العراقي عقد بيع السيارة بهذه الشكلية وذلك لأهمية اخل الذي وقع عليه البيع.

وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم لها " عقد بيع السيارة خارج دائرة المرور باطل عملا بالمادة الخاصة من قانون المرور، غير ان الناكل يلزم بأداء التضمينات المشروطة في العقد الخارجي"<sup>(٣٠)</sup>.

نلاحظ ان المحكمة قد اقرت بطلان عقد بيع السيارة المنعقد خارج دائرة المرور وذلك لعدم استيفاء الشكلية التي يتطلبها المشرع وفق ما جاء في قانون المرور السابق ذكره.

اذا دققنا النظر في نص قرار المحكمة نلاحظ انهما في الشق الثاني منه فبعد ان اقرت بطلان العقد الخارجي عادت وذكرت صحة التضمينات التي اوردها المتعاقدان في عقدهم الخارجي واشترطت ان يدفع الطرف الذي نكل عن تسجيل عقد البيع في دائرة المرور التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في العقد، وعلى ذلك فالعقد الاصلي بطل والشروط الجزائية الواردة فيه او التعويضات الاتفاقية تعتبر صحيحة وهذا يخالف احد اهم خصائص الشرط الجزائي وهي التبعية كما ذكرنا فهو شرط تابع لالتزام اصلي يبطل ببطلانه<sup>(٣١)</sup>.

وهذا يعني انتوجه القضاء الى تصحيح شرط تابع الى التزام اصلي كان قد بطل انما يهدف من ورائه الى حمل الملتزم على تنفيذ التزامه وعدم النكول عن التسجيل، اي ان دور التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي هنا امتثالي جاء لأجل الضغط على المتعاقدين وحثهم على الامتثال للشكالية التي رسمها القانون لأجراء التصرف القانوني الناقل للملكية السيارة او المركبة. وهذا احد اهم اهداف التعويض العقابي فمن ينكل عن تعهده ويمتنع عن التسجيل يستحق ان يفرض عليه شرط جزائي كعقوبة عن هذا النكول وان توجه القضاء بتصحيح الشرط الجزائي الوارد في عقود السيارات الباطلة هو تصريح منها بتطبيق فكرة التعويض العقابي بخروجها على القواعد العامة واقرارها بصحة الشروط الجزائية الباطلة.

وتكريسا لهذا التوجه، ذهبت محكمة التمييز(الاتحادية) في حكم لها<sup>(٣٢)</sup> "ان المدعي محق في طلب التعويض الاتفاقي الذي تم الاتفاق عليه في عقد البيع الخارجي وانه يقدر بفرق سعر السيارة في التعهد الخارجي وفرقها وقت نكول البائع عن التسجيل حيث ان عقد بيع السيارة خارج دائرة المرور يتضمن شرط بان يتحمل الناكول تعويضا مقداره الفرق بين سعر السيارة المبين في العقد وسعرها عند النكول فان هذا الشرط معتبر ويتعين على القضاء التعويض بموجبه"

ان مسألة تصحيح الشرط الجزائي الوارد في عقود السيارات الباطلة لعدم تسجيلها في الدائرة المختصة ليست بحالات قليلة ونادرة في القضاء العراقي انما هو مسلك وتوجه قضائي تسير عليه المحاكم وهو مسلك محمود، على الرغم من ان القضاء يجب ان يتمسك بالقواعد العامة الموجودة في قانونه والتي تقضي بتبعية الشرط الجزائي ووجوب بطلانه ببطلان العقد الاصلي الذي ورد عليه هذا الشرط الجزائي<sup>(٣٣)</sup> - هذا وان دل على شيء- انما يدل على اقرار القضاء بمحاجته الى ادخال عناصر عقابية وامتثالية على التعويض في المسؤولية المدنية، فالخروج على القواعد العامة يؤدي الى تحقيق مصلحة اكبر من حالة التمسك بتلك القواعد

العامّة ويحقق غايات يمكن ان تحمل الاشخاص على الوفاء بالتزاماتهم فالخروج في هذا الموضوع على القواعد العامّة مسلك محمود للقضاء وتوجه يحسب له.

من خلال هذه القرارات والتطبيقات القضائية للقضاء العراقي نكتشف خاصيتين جوهريتين للشرط الجزائي الامتثالي، الاولى في ان الشرط الجزائي الامتثالي وعلى عكس الشرط الجزائي التعويضي مستقل عن العقد الوارد فيه، فهو كشرط التحكيم<sup>(٣٤)</sup> سواء بسواء، فهذا الشرط الذي يدرجه المتعاقدان في تعهداتهم انما هو ليس بتابع للعقد الاصلي يبغى المتعاقدان من ورائه والقضاء من خلال الاقرار بصحته الى حمل المتعاقد المخل على تنفيذ التزامه.

اما الخصيصة الجوهرية الثانية للشرط الجزائي الامتثالي هي ان هذا الشرط وعلى عكس الشرط الجزائي التعويضي، لا يرتبط بالضرر فليس للقاضي سلطة تقديرية في انقاصه او زيادته، وغاية الامر ان القاضي يتحقق من تخلف او نكول اطراف العقد عن اتمام الشكل الذي فرضه القانون، فههدف المتعاقدان من ادراجه اصلا هو الامتثال للتسجيل.

### المبحث الثالث: موقف الفقه العراقي من الشروط الجزائية الامتثالية

ذهبنا سابقا الى ان الشرط الجزائي الامتثالي الذي نقوم ببحثه لارتباطه بفكره التعويضي العقابي هو ذلك الشرط الذي يصححه القاضي ويحكم به على الرغم من بطلان العقد وبذلك تحقق صفه الامتثال في شرط كان يجب ان يكون باطلاً لأنه تابع لالتزام اصلي يبطل ببطلانه وعلى ذلك ما هو اساس القضاء بهذا الشرط بالرغم من بطلان العقد الاصلي او الالزام الاساسي وكيف علل الفقه هذا الامر ولا سيما اختلافهم حول اساس التعويض الوارد في المادة ١١٢٧ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل؟

فذهب البعض الى ان الاساس هنا هو العمل الضار ويدافعون عن رأيهم في ان القانون اشار الى ان التعويض ملزم سواء اشترط في العقد ام لم يشترط وان عقد نقل ملكية عقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري هو عقد منعدم ولا يرتب اي اثار نقل ملكية عقار اي ان التعويض الاتفاقي الذي يأخذ به القضاء ويصححه بالرغم من بطلان العقد هو تعويض لا يستند الى سند سليم من نصوص المسؤولية العقدية اي ان المسؤولية في تعهد نقل ملكية عقار اذ لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية<sup>(٣٥)</sup>.

وذهب راي اخر الى عكس من ذلك بالقول ان العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري لا يعني انه منعدم الاثار نهائيا بل انه يولد بعض الحقوق الشخصية وذلك لكونه عقد صحيح باعتباره عقد غير مسمى يوجب القيام بعمل معين لا بوصفه عقد نقل ملكيه عقار وكل ذلك كان نتيجة تحول عقد باطل وهو عقد بيع عقار الى عقد اخر غير مسمى حسب ما جاء في المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بنصها " اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف الى ابرام هذا العقد".

وهكذا يكون الشرط الجزائي الوارد في عقد نقل ملكيه عقار خارج دائرة التسجيل العقاري صحيح بعد ان بطل العقد بعدم تسجيله في التسجيل العقاري والذي يحقق ركن الشكالية في عقد نقل ملكيه عقار وبذلك يكون الاساس هو تحول عقد نقل ملكيه عقار غير مسجل بعد في دائرة التسجيل العقاري الى عقد اخر غير مسمى<sup>(٣٦)</sup>.

والى مثل ذلك ذهب الدكتور سعدون العامري وانه في حالة الاخلال بهذا العقد يوجب التعويض ولكن هذا التعويض لا يكون على اساس المسؤولية التقصيرية وانما على اساس المسؤولية العقدية باعتباره عقدا غير مسمى وبذلك يصح الشرط الجزائي الوارد به وان المحكمة تقوم بفرضه على اساس انه وارد في عقد صحيح وليس في عقد باطل ويجوز لها بعد ذلك تخفيضه وفي حال عدم وجوده فانه يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تحكم به بناء على العقد الموجود بين الطرفين<sup>(٣٧)</sup>.

وهذا ماجاء بنص المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في الفقرة الاولى منها بقولها " اذ لم يكن التعويض مقدرا في العقد وفي نص القانون فان المحكمة هي التي تقدره".

و يذهب الاستاذ السنهوري في تعليقه على المادة ١١٢٧ بخصوص الجدل الحاصل في الفقه العراقي والمتعلق بأساس التعويض الذي اورده المشرع في هذه المادة على الرغم من بطلان

العقد الاصيلي لعدم التسجيل حيث يرى ان العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري ليس بعقد باطل وانما هو عقد غير مسمى وملزم وبناء على ذلك فان اخلال احد الطرفين بالتزامه يلزمه بدفع تعويض وان هذا التعويض مبني على اساس مسؤولية عقدية وليست مسؤولية تقصيرية وذلك لوجود عقد بين الطرفين وان هذا العقد يلزم الطرف المخل بالتزامه بالتعويض المتفق عليه في العقد او ما يعرف بالشرط الجزائي.

ومصدر هذا التعويض يقدره القاضي على اساس المسؤولية العقدية على اعتبار التعهد الموجود بين المتعاقدين وبناء على ذلك فان القاضي يستطيع ان يتصرف بالشرط الجزائي كانه وارد على عقد صحيح فله ان يقوم بتخفيضه اذا كان تقديره فادحا ولا يتلاءم مع الضرر الذي وقع، وله ايضا في حال عدم النص على الشرط الجزائي في العقد ان يحكم به حسب القواعد العامة المتعلقة بالشرط الجزائي ويقوم القاضي بتقديره في هذه الحالة حسب الضرر الذي لحق المدعي.

ويعلق الاستاذ السهوري على رأي بعض الفقه العراقي من ان العقد باطل وتحول الى عقد غير مسمى بان هذا القول غير سليم من الناحية القانونية فالعقد منذ ابرامه هو عقد صحيح وليس بباطل حتى وان لم يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري الا انه عقد غير مسمى مصدره المسؤولية العقدية وليست المسؤولية التقصيرية و يرى انه كان افضل بالمشرع العراقي لو اقر التملك في المادة ١١٢٧ بدلا من الاقتصار على التعويض اي ان يلتزم الناقل بنقل الملكية وهذا ما فعله المشرع الالماني والسويسري والذي يطابق نظامه في نقل ملكية العقار القانون العراقي وهو نظام التسجيل العقاري<sup>(٣٨)</sup>.

نلخص من رأي الفقه المصري انه اقر بصحة العقد الذي لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري على انه عقد غير مسمى وملزم ومصدره المسؤولية العقدية، وان هذا الرأي لا يجانب الصواب لان عقد نقل ملكية عقار جعله المشرع العراقي عقد شكلي لا يصح الا بالتسجيل في الدائرة المختصة وبعدم تسجيله لا يمكن القول بصحته وبانه عقد غير مسمى وذلك لأنه فقد احد الاركان التي اشترطها المشرع لذلك فهو عقد باطل.

ولعل اهم راي للفقهاء العراقي يتلخص في راي الاستاذ شاكر ناصر حيدر الذي ذهب في بادئ الامر الى ان العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري باطل وبناء عليه يبطل اي شرط وارد في هذا العقد وذلك لان العقد الباطل لا يفيد الحكم ولا ينشأ اي التزامات على عاتق الطرفين وبناء على ذلك يجب ان لا يعد الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي الوارد في هذا العقد معتبرا لأنه بطل بطلان العقد الاصلي.

اما نص المشرع العراقي على اقرار الشرط الجزائي او التعويض الوارد في هذا التعهد يكون على اساس المسؤولية التقصيرية وانه يقراره هذا انما يريد دفع الشك من ان اقراره لهذا الشرط يمكن ان يفسر بناء على قواعد المسؤولية العقدية<sup>(٣٩)</sup>.

الا ان له رأياً متميزاً اخر يشير فيه الى وجود توجه لمحكمة التمييز العراقية قبل اقرار المشرع لحاجته للتعويض والتي كرستها المادة ١١٢٧ في حال عم امكانية التسجيل لتخلف شروطه، فقد جاء في قرار محكمة التمييز " ان البيع خارج دائرة الطابو وان كان غير معتبر غير ان ما جاء في العقد من باقي الشروط وبضمنها شرط الضمان فهي صحيحة ومعتبرة وقد اقرها العرف والقضاء العراقي فلا مساغ من اعتبار شرط الضمان او التعويض المتفق عليه عند النكول عن التقرير بدائرة الطابو باطلا"<sup>(٤٠)</sup>. ويعد ذلك توجهها متميزاً للقضاء العراقي بخصوص التعويض عن النكول بالتعهد في نقل ملكية عقار وايضا دافعا للمشرع في اقرار المادة ١١٢٧.

ويعلل الاستاذ شاكر ناصر حيدر اتجاه المحكمة هذا في انها اعتبرت الشرط الجزائي الوارد في هذا العقد اتفاقاً قائماً بذاته وانه يمكن ان يصح حتى مع بطلان العقد نفسه، وسبب اقرار المحكمة لهذا الشرط هو مصلحة المتعاقدين في انها يقرارها هذا تدفعهم الى تنفيذ التزامهم وبالتالي اكمال شرط التسجيل الذي يعد الركن الشكلي في عقد نقل ملكية عقار والذي بدونه يبطل العقد ولا ينتج اثاره وبذلك حسنا فعلت محكمة التمييز فهو توجه محمود لها على الرغم من ان العقد اذا كان باطلا يبطل ما كان تابعا له وهو خلاف توجه محكمة التمييز السابق<sup>(٤١)</sup>.

بذلك يكون الشرط الجزائي الوارد في عقد نقل ملكية عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري معتبر وصحيح على الرغم من بطلان الالتزام الأصلي، ولأن هذا التوجه المتميز للقضاء العراقي هو توجه محمود فقد ابدى المشرع العراقي رغبته في تكريس هذا التوجه فكان منه ان اقره في المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والسابق ذكرها وعليه يكون عقد بيع عقار غير مسجل في دائرة الطابو او التعهد الذي جرى التعامل على ان يقع بين البائع والمشتري في العقارات والذي بطل بعدم تسجيله صحيح فيما يخص الشرط الجزائي الوارد به ويلزم من ذلك تعويض الطرف الاخر الذي تضرر من جراء نكول البائع عن التسجيل سواء كان ذلك الشرط الجزائي قد ادرج في العقد ام لم يدرج<sup>(٤٢)</sup>، ولعل هذا اكثر الآراء تميزا في خصوص السؤال المطروح حول مدى صحة الشرط الجزائي الذي ورد في عقد تم ابطاله.

ونحن نرى ان العقد المبرم خارج دائرة التسجيل العقاري والذي لم يصل لمرحلة التسجيل هو عقد باطل وذلك لأنه لم يستوف الشكلية التي يتطلبها القانون لأجل صحة عقد بيع العقار وعلى ذلك يجب ان يبطل كل شرط معه، اما اقرار المشرع لصحة التعويض الاتفاقي الذي جاء في هذا العقد انما جاء لجرد دفع اطراف العقد للامتثال لتنفيذه، اي لان هذه المادة ياقرارها للشرط الجزائي الامتثالي كانت تهدف الى حمل البائع على تنفيذ التزامه.

فتصريح القانون بصحة الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي الوارد في عقد نقل ملكية عقار لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري بالرغم من بطلان العقد انما يحمل شيئا من العقوبة والجزاء من اجل ان يمثل البائع للتسجيل، وبذلك نرى صريح تطبيق فكرة التعويض العقابي في القانون العراقي فيما يخص موضوع الشرط الجزائي الامتثالي حيث نرى ان المشرع قد اضطر الى الخروج على القواعد العامة بتصحيحه شرط احد اهم خصائصه انه تابع لالتزام اصلي بعد ان كان قد ابطل هذا الالتزام.

وبذلك يكون حكم الشرط الجزائي الوارد في عقد غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري والذي اقرته المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل هو حكم

خاص كان قد اضطر المشرع العراقي الى اقراره وذلك تلافيا منه للنتائج التي تترتب على عدم القيام بما يقتضيه العقد المبرم بين الطرفين لنكول البائع عن التسجيل الحاقمة

بعد الانتهاء من بحث الشرط الجزائي الامتثالي خلصنا الى جملة من النتائج والتوصيات، نذكر اهمها في الفقرتين الاتيتين.

#### اولا: النتائج

- ١- ان الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يدرجه المتعاقدون في عقودهم من اجل ضمان تنفيذها ويلزم بموجبها المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين يدفعه الى الطرف الاخر، فالهدف منه ضمان وكفالة تنفيذ الالتزامات واحترامها، الا ان الشرط الجزائي الامتثالي ليس الغرض منه تعويض الاطراف في حالة الاخلال، انما حملهم للامتثال اما لاكمال ابرام اتفقاتهم او لتنفيذ هذه الاتفاقات، فهو ذلك الشرط الذي يغلب فيه الجانب الجزائي على الجانب التعويضي.
- ٢- للشرط الجزائي طبيعة مزدوجة، فهو من طبيعة تعويضية وهي وظيفته الاصلية وله ايضا طبيعة جزائية عقابية، متمثلة في الشرط الجزائي الامتثالي.
- ٣- يختلف الشرط الجزائي الامتثالي عن الشرط الجزائي التعويضي في ان احد اهم خصائص الاخير هي كونه التزاما تابعا، فالشرط الجزائي التعويضي هو التزام تابع لالتزام اصلي ويترتب على ذلك انه يبطل ببطان الالتزام الاصلي، وعلى عكس ذلك الشرط الجزائي الامتثالي فهو ليس بالتزام تابع ولا يبطل ببطان الالتزام الاصلي بل اهم خصائص هذا الشرط انه يسري بالرغم من بطلان العقد وهذا هو مظهر الصفة الامتثالية العقابية لهذا الشرط.
- ٤- اهم خصائص الشرط الجزائي الامتثالي تتمثل في انه، مستقل عن العقد الوارد فيه، فهذا الشرط الذي يدرجه المتعاقدون في تعهداتهم انما هو ليس بتابع للعقد الاصلي

يبغي المتعاقدين من ورائه والقضاء من خلال الاقرار بصحته الى حمل المتعاقد المخل على تنفيذ التزامه، وهذا هو شرط الاستقلال. اما الخصيصة الجوهرية الثانية للشرط الجزائي الامتثالي هي ان هذا الشرط لا يرتبط بالضرر فليس للقاضي سلطة تقديرية في انقاصه او زيادته، وغاية الامر ان القاضي يتحقق من تخلف او نكول اطراف العقد عن اتمام الشكل الذي فرضه القانون، فهدف المتعاقدين من ادراجه اصلا هو الامتثال للتسجيل.

٥- اخذ المشرع العراقي بالفكرة محل البحث ولعل اوضح مثال لها في التشريع العراقي هي المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والتي اجاز فيها المشرع صحة التعويض الاتفاقي رغم بطلان التعهد.

٦- اخذ القضاء العراقي بالشرط الجزائي الامتثالي كما هي حال تصحيحه للشرط الجزائي المدرج في التعهدات بنقل ملكية السيارة خارج دائرة المرور متجاوزا بذلك الصفة التبعية للشرط الجزائي الذي يبطل ببطلان العقد الاصلي.

٧- اختلف الفقه حول اساس المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، فتعددت الاراء حول ذلك ألا أن اكثر هذه الاراء تميزا، هو راي الاستاذ شاكر ناصر حيدر في ان التعويض الاتفاقي الوارد في هذه المادة انما هو شرط قائم بذاته وهذا يثبت خاصية الاستقلال التي ذهبنا اليها، وسبب ادراج المشرع لهذه المادة هو تحقيقا لمصلحة الاطراف في ان هذا الشرط يدفعهم الى تنفيذ التزامهم والامتثال لركن التسجيل والذي بدونه يبطل العقد، ونحن مع هذا الراي.

#### ثانيا: التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، وذلك قطعا للجدل الحاصل في الفقه حول اساس هذا التعويض الوارد في هذه المادة بإعادة صياغتها على الشكل التالي "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهدده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط، وان هذا التعويض يعد التزاما مستقلا قائما بذاته".

٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة السابعة من القسم الخامس من قانون المرور النافذ رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ لتصبح كالتالي "لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذا القسم الا ما استثنى منها بقانون، على ان التعهد بنقل ملكية سيارة خارج دائرة المرور يقتصر على الالتزام بالتعويض الاتفاقي اذا اخل احد الطرفين بتعهدده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط".

## الهوامش

- (١) د. عدنان ابراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٠٥.
- (٢) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩، ص ٧٨.
- (٣) د. حسن علي الذنون، المسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، شركة التاميس للطباعة النشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٢٥٤-٢٦٦.
- (٤) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٤١٩-٤٢٣.
- (٥) د. احمد ابراهيم حسن، الاصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٦-٨.
- (٦) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٤١٣-٤٢٣.
- (٧) د. عبد الرزاق احمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام (اثر الالتزام)، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ص ٧١٧-٨٠٦.
- (٨) جواد محمد احمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ١٣٢.
- (٩) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٤٤٣-٤٤٧.
- (١٠) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر نفسه، ص ٢٤٣-٢٤٦.
- (١١) د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام (اثر الحق في القانون المدني)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٨٤-٨٦.
- (١٢) د. حسن علي الذنون، المسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، ج ٢، المصدر السابق، ص ٢٥٧-٢٦١.
- (١٣) ابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٦١-٦٢.
- (١٤) د. عباس علي كاشف الغطاء، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الفقه، جامعة الكوفة، العدد ١٩، ٢٠١٤، ص ٢٤.
- (١٥) د. سليمان مرقس، الوافي في العقود المسماة (عقد البيع وعقد الكفالة)، ط ٥، المجلد ٣، دار صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت-لبنان، ١٩٩٨، ص ٣٧٧.

- (١٦) انظر القرار المرقم ٦٩٢\مدنية اولى\١٩٩٢" اذا تم تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري طبقاً لاحكام القانون فلا عبرة باي عقد بيع خارجي يخالف البيع المذكور، لان عقد البيع الخارجي عقد باطل ولا ينتج اثره قانونياً" مشار اليه في:- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، ج ٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠
- (١٧) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٦٢١ في تاريخ ١٤\١١\١٩٧٧، ص ١٦٧٦ والمعدل بموجب القرار ١٤٢٦ بتاريخ ٢١\١٢\١٩٨٣، واصيقت الفقرة ج الى البند اولا منه بموجب القرار رقم ١٩٨ بتاريخ ١٠\١١\١٩٩٤
- (١٨) علي شاكور عبد القادر، التعهد بنقل ملكية عقار واثره في انتقال الملكية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الخامسة، العدد ٣، ٢٠١٣، ص ١١٨
- (١٩) علي غسان احمد، التعويض عن الاخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٤، ٢٠١٢، ص ١٩٢
- (٢٠) د. صبري حمد خاطر، تعويض الضرر عن الاخلال بتعهد نقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الاول والثاني، مطبعة العائلي، بغداد، ١٩٨٧، ص ٣٩١-٣٩٣
- (٢١) هديل سعد احمد، التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٦، ٢٠١٤، ص ٢٥٠
- (٢٢) ينظر القرار المرقم ٣٢٤٩\الهيأة المدنية للعقار\٢٠٠٨ والصادر في ٣\٢\٢٠٠٩، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج ١، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٢٥
- (٢٣) رحيم تومان هاشم، حكم التعويض الاتفاقي في التعهد بنقل ملكية عقار، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النصف الاشراف، ٢٠٠٦، ص ١٠
- (٢٤) نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة(البيع)، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٢٠٢-٢٠٤
- (٢٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(العقود التي تقع على الملكية- البيع والمقايضة)، ج ٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ص ٤١١-٤١٣
- (٢٦) د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢٩-٣٩.
- (٢٧) د. اميل طوبيا بيار، الدليل الشامل في قضايا السيارات والمركبات الالية الاطارين العقدي والتقصيري - في الحراسة على الجوامد، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٢٥
- (٢٨) د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني(اثار العقد)، ج ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٣، ص ٨٣
- (٢٩) هذه المواد مماثلة للمادة الخامسة من قانون المرور الملغي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ بققراتها الثالثة والخامسة.
- (٣٠) القرار المرقم ٢٧٩\مدنية\١٣\١٢\١٩٨٩ ينظر في ذلك، ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، ج ٣، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٢٣، ينظر كذلك القرار المرقم ٢١٨\تميز\حقوقية في ٢٢\٤\٢٠١٠ والذي جاء فيه"عقد بيع السيارة الخارجي باطل لعدم استيفاء الشكلية التي يتطلبها قانون ادارة المرور"، غير منشور
- (٣١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٥٤٧-٥٥٣
- (٣٢) القرار المرقم ٢٧١\مدنية\ ١٦\١٠\١٩٩١، مشار اليه في:- ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ج ٣، ص ٤٣.

(٣٣) القرار المرقم ٢٩٥\حقوقية\ في ١٩٦٥\٥\٥ قضاء محكمة التمييز في العراق، المجلد الثالث، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٩.

ص٤٧

(٣٤) هو اتفاق اطراف علاقة معينة على احالة أي نزاع ينشأ بينهما الى التحكيم من خلال الاشارة الى ذلك صراحة في نص العقد، او في وثيقة منفصلة تتضمن الاتفاق على التحكيم، وهو شرط مستقل عن العقد. ينظر في ذلك:- ناصر ناجي محمد جهمان، شرط

التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٦٥-٧٠

(٣٥) د. حسن علي الذنون، اصول واحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٢٨

(٣٦) د. كمال ثروت الوندائي، شرح احكام عقد البيع، ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٠-١٣٠

(٣٧) د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ١٠٤

(٣٨) د. عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة)، ج ٤، المصدر

السابق، ص ٣٧٦

(٣٩) د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني(الحقوق العينية الاصلية)، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص

١٧٧-١٧٩

(٤٠) القرار رقم ٤١٢\حقوقية\ في ١٩٥٣\٦\١٠، مشار اليه في:- د. شاكر ناصر حيدر، المصدر نفسه، ص ١٧٦-١٧٧.

(٤١) د. ناصر شاكر حيدر، المصدر السابق، ص ١٧٧

(٤٢) د. ناصر شاكر حيدر، المصدر نفسه، ص ١٧٦-١٧٧

### قائمة المصادر

#### أولاً: الكتب

١- ابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، ط ١، المكتب الجامعي

الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٢- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت،

١٩٩٥.

٣- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، ج ٥، مطبعة

الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

٤- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، ج ٣، مطبعة

الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

٥- د. احمد ابراهيم حسن، الاصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،

٢٠٠٧.

٦- اميل طويبا ييار، الدليل الكامل في قضايا السيارات والمركبات الالية (الاطارين العقدي والنقصيري - في

الحراسة على الجوامد)، ط ١، بلا مكان طبع، ٢٠٠٦.

- ٧- د. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٨- د. حسن علي الذنون (اصول واحكام الالزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٩- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، شركة التامس للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١.
- ١٠- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
- ١١- د. سليمان مرقس، الوافي في العقود المسماة (عقد البيع وعقد الكفالة)، ط ٥، المجلد ٣، دار صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت-لبنان، ١٩٩٨.
- ١٢- د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
- ١٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالزام بوجه عام - اثار الالزام)، ج ٢، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠١١.
- ١٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة)، ج ٤، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠١١.
- ١٥- د. عبد القادر الفار، احكام الالزام (اثار الحق في القانون المدني)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ١٦- د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية-الالزامات)، ط ٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.
- ١٧- لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية(القسم المدني)، ج ١، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١١.
- ١٨- قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٩.
- ١٩- د. كمال ثروت الوندواوي، شرح احكام عقد البيع، ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.
- ٢٠- د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٧.
- ٢١- ناصر ناجي محمود جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٢٢- د. نبيل محمد سعد، العقود المسماة (البيع)، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- ٢٣- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالزام (احكام الالزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩.

ثانياً: رسائل الماجستير

١- جواد احمد محمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، فلسطين، ٢٠٠٩.

ثالثاً: البحوث

١- رحيم تومان هاشم، حكم التعويض الاتفاقي في التعهد بنقل ملكية عقار، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف، ٢٠٠٦.

٢- د. صبري حمد خاطر، تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بنقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الاول والثاني، جامعة بغداد، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٧.

٣- د. عباس علي كاشف الغطاء، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الفقه، العدد ١٩، جامعة الكوفة، ٢٠١٤.

٤- علي شاكر عبد القادر، التعهد بنقل ملكية عقار واثره في انتقال الملكية، مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد ٣، جامعة كربلاء، ٢٠١٣.

٥- علي غسان احمد، التعويض عن الاخلال بنقل ملكية عقار، مجلة كلية الحقوق، المجلد ١٤، جامعة النهدين، ٢٠١٢.

٦- هديل سعد احمد، التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، مجلة كلية الحقوق، المجلد ١٦، جامعة النهدين، ٢٠١٤.

رابعاً: القرارات القضائية

١- القرار المرقم ٢١٨\٢٢\٤\٢٠١٠ محكمة بداءة الكوت، غير منشور.

خامساً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٣- قانون المرور الملغى رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١.

٤- قانون المرور النافذ رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤.