The Scientific Journal of Cihan University – Sulaimanyia **Vol. (1) Issue (4)**
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) ***PP: 74-92***
DOI: http://dx.doi.org/10.25098/1.2.224 **December/2017**

ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء

دراسة تحليلية مقارنة

ريبوار محمد صالح [1] ،أ.م. د. بَمو برويز خان الدلوي[2]

[1]ماجستير في القانون الخاص - جامعة كرميان- العراق

[2] أستاذ القانون المدني المساعد- مجمع جامعة جيهان/السليمانية- العراق

الملخص:

لقد أدت ازمة السكن في الوقت الحالي الى ارتفاع اسعار الابنية السكنية مما يصعب على الاغلبية شراءها بمقابل نقدي، الامر الذي دعا الى زيادة العقود المبرمة لشراء الشقق السكنية تحت الانشاء مقابل أقساط دورية.

ولما لم يجز بعض التشريعات تسجيل بيع الشقة إلا بعد تمام بناءها، يظل المشتري بلاضمان كافي على وفق التشريعات النافذة، لذا خصصنا هذه الدراسة للحديث عن ضمانات المشتري في ملكية الشقة تحت الانشاء ركزنا على ضمانات المشتري النابعة من عقد بيع الشقة تحت الانشاء والضمات المتصلة بهذا العقد، وحاولنا معالجة الاشكاليات التي تثار بصددها من خلال اجراء المقارنة بين القانون العراقي وكل من القانونين المصري والفرنسي.

پوختە:

قەیرانی نەبوونی شوێنی نیشتەجێبوون لەم سەردەمەدا بووەتە هۆی بەرز بوونەوەی نرخەکەی، بەشێوەیەك ئەستەمە بۆ زۆرینە بتوانن بە کاش بیکڕن، ئەمەش بووتە هۆی زیادبوونی گرێبەستی کڕینی شوقەی نیشتەجێبوون پێش تەواوبوونی بە قیستی یەکلەدوای یەك.

ولەبەر ئەوەی هەندێ لە یاساکان ڕێگرن لە تۆمارکردنی گرێبەستی فرۆشتی شوقە پێش تەواوبوونی، گەرەنتیەکانی کڕیار بەس نیە بۆ پاراستنی مافەکانی بە گوێرەی یاسا کارپێکراوەکان، بۆیە ئەم توێژینەوەیە تەرخان کرا بۆ باس کردن لە کەرەنتیەکانی کڕیاری شوقە پێش تەواوبوونی، بە بەراوردکاری لە نێوان یاساکانی عێراقی ومیسری وفەرەنسیدا، کە ئەمەش دوو جۆر گەرنتی ئەگرێتەوە، یەکەمیان ئەو گەرەنتیانە لە خودی گریبەستی فرۆشتنی شوقەوە دێنە ئاراوە، دووەمیان ئەو گەرەنتیانە پەیوەندیدارن بە گرێبەستەکەوە، وە هەوڵمانداوە چارەسەری ئەو گرفتانە بکەین کە لە چوارچێوەی ئەم بابەتەدا سەرهەڵدەدەن.

Abstract:

The crisis of accommodation nowadays led to the increase of the price of accommodation units resulting in difficulties for the majority of people to buy a house in cash. This phenomenon led to the increase in the number of contracts conducted to obtain apartments under construction in exchange for premiums.

Since some jurisdictions do not allow registration of the sale of apartments unless it is completed, the buyer remains without proper warranty according to applicable laws. Accordingly, this study examines warranties of the buyer in owning an unfinished apartment. It also concentrates on buyers warranties stemming from the contract of the sale of an apartment. It finally addresses the problems related to such warranties through conducting comparisons between Iraqi law and each of the Egyptian and French laws.

المقدمة

أولاً/ مدخل تعريفي بموضوع البحث:

لقد أدت الازمة الحاصلة في ميدان السكن، في الوقت الحالي، إلى تغيير بيع الشقق الى حد كبير، فالمستثمرين يقومون بإقامة البناء على ملك الدولة ابتداءً –غالباً- وبيعها مقابل أقساط دورية حتى قبل بنائها، وهذا الامر يحقق مصلحة البائع (المستثمر) من جهة، ويحقق مصلحة المتعاقد معه من جهة أخرى.

قد يتصور في بيع الشقة تحت الانشاء امتناع البائع، بعدما تسلم الدفوعات المالية، عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشقة الى المشتري بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، وقد يمتنع عن إتمام البناء أصلاً بسبب اشهار افلاسه أو هروبه لأي سبب كان، فهنا يأتي دور القانون لرسم ضمانات حقوق المشتري، ومن خلال هذه الدراسة سنهتم بضمانات ملكية المشتري على الشقق السكنية تجاه المستثمر.

ثانياً/ إشكالية البحث:

من أهم الإشكاليات تثار ضمن البحث هي: الأولى لا يعد المشتري مالكاً للشقة التي اشتراها بناءً على سند خارج دائرة التسجيل العقاري، الامر يثير إشكالية تتعلق بضمانات حقه لكسب ملكية الشقة، فهل نجد ضمانات كافية في قوانين الاستثمار في مجال السكن؟ أم لابد من البحث عن معالجة قانونية أخرى. الثانية، لا تسجل الشقة بإسم المشتري إلا بعد مرور الفترة المحددة لدفع اقساط الشقة (الثمن)، وهذا بدوره يؤدي الى إثارة إشكالية أخرى تتعلق بأثر التسجيل، هل يتم التسجيل بإسم المشتري بأثر رجعي ينصب الى تاريخ العقد الخارجي، أم يتم ذلك بأثر فوري؟، والتسجيل بأثر رجعي يثير اشكالية السند القانوني لهذا التسجيل، وكذلك التسجيل بأثر فوري يثير اشكالية ثانية تخص حكم التصرفات التي أجراها المشتري قبل فترة التسجيل، ولاسيما إذا إمتنع عن تسديد الاقساط.

رابعاً/ منهجية البحث:

سنعتمد في هذه الدراسة الاسلوب التحليلي المقارن، حيث نحلل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، والآراء الفقهية، ومن ثم ابداء الرأي المتواضع حولها، كما ستتم المقارنة بين القانون العراقي والمصري، والفرنسي، مع بيان موقف الفقه الاسلامي كلما دعت الى ذلك الحاجة.

خامساً/ هيكلية البحث:

سنقسم هذا البحث الى مبحثين، نخصص الأول منهما لضمانات المشتري النابعة من عقد بيع الشقة تحت الانشاء ونخصص الثاني لضمانات المشتري المتصلة بعقد بيع الشقة تحت الانشاء، وسنختم دراستنا بأهم الاستنتاجات والتوصيات التي نتوصل اليها.

المبحث الأول

ضمانات المشتري النابعة من عقد بيع الشقة تحت الانشاء

نتكلم في هذا المبحث عن الضمانات النابعة عن ذات عقد بيع الشقة تحت الانشاء والتي تنقسم إلى نوعين رئيسين، النوع الأول، يتمثل في تسجيل الملكية كأحد الضمانات القانونية للمشتري في تملك الشقة تحت الانشاء، ويتطلب ذلك التطرق إلى ضمانات المشتري في قانون التسجيل العقاري وذلك لبيان اثر التسجيل في الملكية أولاً ومدى جواز اكتساب الملكية خارج دائرة التسجيل العقاري ثانياً، أما النوع الثاني فيتمثل فيما يحل محل التسجيل (الكتابة)، عليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن ضمانات المشتري في التسجيل العقاري، ونخصص المطلب الثاني لضمانات المشتري في امتلاك الشقة بالكتابة.

المطلب الاول

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 لملكيته 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، و نعالج في الثاني مدى جواز تسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء.

الفرع الأول

أثر التسجيل في ضمان حق المشتري على الشقة

يعد التسجيل وسيلة فعالة لضمان الملكية العقارية، واذا تم تسجيل ملكية البناء وفقاً للاجراءات القانونية، فعندئذ على الدائرة المختصة، أن تصدر سنداً للمالك لتثبيت حق الملكية على العقار محل التسجيل[1]، ويتمسك به المالك للحفاظ على ملكيته، تجاه المتعاقد-البائع-، و تجاه الغير ايضاً[2].

وأن السجلات العقارية في العراق متعددة، فبعضها يمكن الاستناد اليها كسند لاثبات الملكية، وبعضها الاخر 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[3].

وبعد هذه الكلمة عن التسجيل، نتطرق إلى أثر التسجيل في ضمان ملكية المشتري، ولإستكمال ذلك لزم علينا التطرق الى التكييف القانوني للتسجيل، فكلما زاد اثر التسجيل في اثبات الملكية زاد ضمان الملكية، وان تكييف التسجيل يختلف في القانون العراقي عنه في القوانين المقارنة، فنعالج التكييف في كل من القوانين محل المقارنة في الفقرات الآتية:

أولاً/تسجيل الملكية في القانون العراقي:

نظم المشرع العراقي موضوع تسجيل الملكية العقارية في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، حيث نصت المادة(508) من القانون المدني على ان ((بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه ال[قانون))[4]، 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[5] لم يتفق على تكييف عقد بيع العقار غير المسجل، ولم يسقر القضاء العراقي[6] 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

---

[1] نصت المادة (18/1) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 المعدل، على ان ((تزود دائرة التسجيل العقاري المختصة المالك... بصورة السجلات المكتسبة الشكل النهائي)) ؛ وتقابلها المادة (58) من قانون السجل العيني المصري رقم 142 لسنة 1964 .

[2]ينظر: القاضي عباس قاسم مهدي، ابطال سجل العقاري، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2014، ص34.

[3] نصت المادة (10/1) 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 (37) من قانون السجل العيني المصري؛ وللتفصيل ينظر: د.آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007، ص84.

[4] كذلك ينظر على سبيل المثال: المادتان (90 و1126/2) من القانون المدني العراقي رقم (4) لسنة 1951، والمادة (3/2) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

[5] ينظر : د.عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط1، دار البحوث العلمية، الكويت، 1975، ص410 ؛ د.حسن علي الذنون و د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة لالتزام – الاحكام الالتزام–، ج2، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص104 .

[6] ذهب في بعض قراراته الى صحة العقد غير المسجل ، كالقرار رقم 241/هيئة عامة أولى /972 بتأريخ 21/4/1973، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، نيسان، مايس، حزيران، 1993، ص51 ؛ والقرار رقم 811،776 / م 3/974 بتأريخ 31/10/1974، 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 (1)، السنة 32، مارس 2008، ص300 ؛ و ذهب في قراراته الأخرى الى بطلان العقد، كالقرار رقم 199/هيئة عامة/1971 في 22/1/1972، والقرار رقم 346/ استئنافية/ 1987 في 11/11/1987، أشار اليهما : إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التميز، ج5، مطبعة الزمان، بغداد، 2000، ص39 .

التسجيل من اقوى الضمانات القانونية التقليدية لملكية الشقق السكنية، باعتبارها الوحدة العقارية المستقلة، و بإنتفاء التسجيل ينتفي معه ضمان الملكية.

ثانياً/تسجيل الملكية في القانون المصري:

ان المشرع المصري لم يهمل التسجيل كضمان لحق ملكية الشقق السكنية، لكن حكم تسجيل الملكية وتكييفه عند المشرع المصري يختلف عن موقف المشرع العراقي، حيث نصت المادة (1/934) من القانون المدني المصري على انه((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية، ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك في ما بين المتعاقدين، أم كان في حق الغير، الا اذا روعيت الاحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري))، بموجب هذا النص ان بيع العقار ومنها الشقة السكنية ليس بعقد شكلي، بل ان العقد ينعقد صحيحاً لكن يعلق انتقال الملكية على التسجيل[7]. و نصت المادة (26) من قانون السجل العيني على ان (1-جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية... يجب قيدها في السجل العيني... 2-ويترتب على عدم القيد ان الحقوق المشار اليها لاتنشأ ولاتنتقل...لابين ذوي الشأن ولابالنسبة الى غيرهم)، ويتضح من ذلك ان ان السند القانوني (العقد) غير كافي لاستكمال انشاء أو نقل أو انقضاء الحقوق العينية بل أن الاجراء الشكلي التالي المتمثل في القيد –أو محمو القيد- يعد شرطا ضروريا لترتب الاثر القانوني.

وعليه ان مشتري الشقة إذا اشترى الشقة بعقد مسجل فبإمكانه الاحتجاج به بين المتعاقدين، وتجاه الغير ايضاً[8]، وإذا تم ذلك بعقد عرفي، فإنه يحرم من ضمان كسب الملكية لحين التسجيل.

ثالثاً/تسجيل الملكية في القانون الفرنسي:

ان القانون المدني الفرنسي لسنة(1804) لم يأخذ بالتسجيل كركن من اركان عقد بيع العقار بل انه اخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد، حيث نصت المادة (1083) منه على ((يتم اكتساب المشتري للملكية في مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع و الثمن ...))، ويتضح من ذلك ان التسجيل لم يكن ركناً أو شرطاً في انتقال الملكية العقارية، إذ إن انتقال الملكية -كأصل- يتم بمجرد التراضي[9]، لكن يرد على ذلك إستثناءان أحدهما هو إنتقال الملكية بالهبة[10]، والثانية هو بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء[11].

وتدخل المشرع في هذا النطاق بالقانون الصادر في 23 مارس 1855، و من ثم اصدر المرسومين الصادرين في 30 اكتوبر 1935 و4 يناير 1955[12]، وبهذه التعديلات فرض المشرع تسجيل عقد المعاوضة على العقارات لكن لم يعط للتسجيل اثراً بالنسبة لنقل الملكية بين المتعاقدين، بل ينحصر اثره في نقل الملكية في مواجهة الغير، وربط نفاذ العقد في مواجهتهم بتسجيل التصرف[13]، فاذا لم يتم تسجيلها فانه لايمكن الاحتجاج بها على الاغيار[14].

الفرع الثاني

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 اختلاف موقف القوانين المقارنة عند انتفاء التسجيل، لكن الامر 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:

---

[7] ينظر: د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، احكام الظاهر في السجل العيني، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص42 ؛ ود.محمد عبد الظاهر حسين، الاحكام العملية للشهر العقاري، المؤسسة الغنية، دون مكان الطبع، 2008-2007، ص46 ؛ ود.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص14 .

[8] ينظر: د.رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص135.

[9] ينظر: د.أسعد دياب طارق، أبحاث في التحديد والتحرير وسجل العقاري، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس، لبنان، 1985، ص12.

[10] ينظر: المواد (941-393) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.

[11]Francois Magnim، vente dimmeuble a contruire، code civil، Regime renforce، Jur class، 2001، p.7.

[12]نقلا عن أ.د.حسن عبد الباسط الجميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، 1999، ص33.

[13] ينظر: د.عبد العزيز المرسي حمود، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد بيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص6.

[14]Walter Wheeler cook، Quasi-contracts، Lasalle Extendion University، 1939، p 4.

اولاً/ الاتجاه المؤيد لتسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء:

ذهب انصار هذا الاتجاه الى جواز تسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، واختلفوا في تبريراتهم، حيث ذهب اتجاه منهم[15]، 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 الى تأريخ التسجيل، بينما يعتمد جانب آخر من الفقه الى فكرة "العقار بحسب المآل"[16]، قياساً على المنقول بحسب المآل، إذ إن المنقول بحسب المآل هو عقار اصلاً، لكنه يخضع للقواعد الخاصة بالمنقول، ولايوجد مانع قانوني لاعتبار الشقة السكنية عقاراً بحسب المآل، ومن ثم تسجيلها على هذا اساس، كما ذهب رأي آخر من انصار هذا الاتجاه[17]، الى 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 الرافض لتسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء:

ذهب انصار هذا الاتجاه الى انه لايجوز تسجيل بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، حيث انهم يقولون بأن المحل في عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء غير موجود حين ابرام العقد، وهذا يؤدي الى عدم امكانية نقل الملكية الى المشتري، لإن نقل الملكية يجب ان لايؤخر عن التسجيل[18]، وينتقدون رأي الاتجاه الاول، حيث إنه لايمكن القول بتسجيل هذا العقد، على اساس القياس على العقد المعلق على شرط واقف او المضاف الى اجل، لان المحل في هذين العقدين موجود في الحال، بخلاف المحل في عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، ولا يمكن قياس شقة سكنية باعتبارها العقار بحسب المآل على احكام منقول بحسب المآل، لان القياس في هذين الجانبين هو القياس مع الفارق[19]، وان القول ببيع الفضاء ومن ثم تسجيل الطبقة الهوائية التي تعلو على الارض، قول غير سليم، لانه يعتمد على اسس وهمية افتراضية، فالشيء ليكون عقاراً لابد من ان يكون شيئاً مادياً يلتصق بالأرض التصاق قرار، أو أن يكون مثبتاً في الارض[20]، في حين ان الفضاء شيء غير مادي[21].

ومايتعلق بموقف المشرع العراقي فانه 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 ان تسجيل وحدة عقارية بحاجة الى كشف موقعه ومساحته[22]، وان ذلك لايمكن ان يتم الا بوجود العقار وجوداً مادياً[23].

أما المشرع الفرنسي فقد نظم هذا العقد بقواعد خاصة بالشكل الذي يوفر الحماية القانونية الكافية للمشتري بجواز تسجيل عقد بيع الشقة تحت الانشاء نعالجه في المبحث الثاني.

لذا نوصي المشرع العراقي بتطوير فكرة العقار، إذ إن فكرة العقار قد تطورت في يومنا هذا، حيث ان العقار ليس هو الشيء الثابت والمستقر فحسب، بل من الضروري اعتبار فضاء الأرض مملوكة-الى حد الامكانية التمتع به- بالعقار ايضاً، خصوصاً في الحالة التي يكون الفضاء(الفراغ) محلاً للتصرف كبيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، حتى ولو قبل البدء بإعمال البناء.

واخيراً نقول، إن السماح بتسجيل عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، يوفر الحماية الكافية لملكية الشقق السكنية، لذا نقترح للمشرع العراقي واقليم كوردستان، بجواز تسجيل هذا العقد ابتداءً بنص صريح، حسماً للخلاف الفقهي، وحمايةً للطرف الضعيف في هذا العقد، اسوة ببعض التشريعات الأخرى.

---

[15] ينظر: د.أنور عبدالله سليمان جبر، انتقال ملكية العقارية بالبيع، ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2011، ص 198 .

[16] ينظر: د.محمد زهرة، العقار بحسب المال، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، القسم الثاني، العدد (2)، السنة العاشرة، 1986، ص132ومابعدها .

[17] ينظر: د.مصطفى عبد السيد الجارحي، مصدر سابق، ص41-40.

[18] ينظر:يوسف سعدون حمد، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، ط 1، منشورات المجلس الحقوقي، لبنان، 2016، ص122.

[19] أشار اليه : د.محمد زهرة، العقار بحسب المآل، مصدر سابق، ص127.

[20] ينظر: محمود زكي شمس، التوسع العمراني ونظام البناء في سوريا، دون مكان طبع و سنة النشر، ص14.

[21] ينظر: د.علاء حسين على، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، ط 1، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص121.

[22] ينظر: المادتين (25، 26) من قانون تسجيل العقاري العراقي.

[23] اجاز المشرع العراقي بيع الفضاء وتسجيله في حالات خاصة في قانون ادارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964 المعدل، إذ نصت المادة(61) منه على((للبلدية بيع الفضاء الكائن فوق ارصفة الشوارع لغرض انشاء طابق آخر او اكثر، و يسجل هذا الحق بأسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لتعليمات يصدرها الوزير)).

المطلب الثاني

ضمانات المشتري في امتلاك الشقة بالكتابة

نظراً لاستحالة تسجيل بيع الشقق تحت الانشاء في القانون العراقي والمصري وفقا لما بيناه في المطلب السابق، يلجأ المستثمر الى التصرف بهذه الشقق السكنية الى المشترين بتحرير عقدهم في كتابة معينة ضماناً لحقهم في الملكية على الشقة التي اشتراها، وهذه الكتابة قد تكون ثابتة التاريخ وقد تكون غير ذلك، وأن الاولى أقوى حجية من الثانية في الإثبات، ومن خلال هذا المطلب نوضح ضمانات المشتري وللالمام بموضوع هذا المطلب سنقسمه الى ثلاثة فروع، نعالج في الفرع الاول مفهوم الكتابة ثابتة التاريخ، ونبين في الفرع الثاني أثر الكتابة ثابتة التاريخ في ضمان حق ملكية الشقق السكنية، ونتطرق في الفرع الثالث الى مدى إمكانية تنفيذ العيني الجبري في العقد الخارجي، وكما يأتي:

الفرع الاول

تعريف الكتابة

الكتابة بوجه عام هو السند الذي يدون فيه التصرف القانوني أو العمل القانوني، وأعطى له المشرع قوة قانونية من ناحية الاثبات، وانها قد تكون رسمية، وقد تكون عادية، فأما الكتابة الرسمية[24]، فهي اقوى دليل كتابي وحجيتها تكون مطلقة[25]، واما الكتابة العادية فإنها تكون صالحاً لإثبات التصرف المدون فيها، ويجب أن يتوافر فيها شرطان، أولهما أن يكون المحرر موجوداً بمعنى إنه لايعتد بالعمل القانوني شفاهة اذا وجب القانون وجود الكتابة لإثباته، وثانيهما أن يكون موقعاً عليه من قبل صاحب الشأن، فالكتابة بهذين الشرطين[26]، تصلح لإثبات مضمون العمل القانوني، اذا أقر الطرفان بمضمونه، أما اذا أنكر صاحب التوقيع ذلك، فللطرف الاخر إثبات هذا التوقيع بسند آخر مماثل له من حيث القوة كالسند العادي، أو بسند أقوى منه كالسند الرسمي[27].

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 الا اذا كان تاريخها ثابتاً[28].

أما الكتابة ثابتة التأريخ فتتحقق في الحالات التي نصت عليها المادة(26/أولاً) من قانون الاثبات العراقي بقولها ((....ويكون تاريخ السند ثابتاً في إحدى الحالات التالية: (أ) من يوم ان 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 مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن السند قد صدر قبل وقوعه))[29].

وان الحالات السابقة واضحة ليس فيها غموض، لكن الامر الذي بحاجة الى ذكر، هو مدى امكانية إثبات تاريخ عقد بيع الشقة السكنية-عقداً عرفياً-، بتصديقها لدى كاتب العدل.

ان المشرع العراقي لم يجز تنظيم وتوثيق التصرفات العقارية، من قبل كاتب العدل[30]، لكن من الناحية العملية قد يلجأ الناس الى تصديق عقد عرفي لدى كاتب العدل وهذا الامر ليس صحيحاً[31]، أما الحالات الاخرى 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 اليها المادة (26) من قانون الاثبات العراقي سوى تصديقها من قبل الكاتب العدل، فعلى سبيل

---

[24] عرفت المادة (21/اولا) 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)) .

[25] ينظر: المادة (22/أولا) من قانون الإثبات العراقي؛ وينظر: د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام– احكام الالتزام– اثبات الالتزام)، بدون مطبعة، بغداد، 1976، ص498.

[26] ينظر: مصطفى مجدى هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1986، ص167 .

[27] ينظر: د.توفيق حسن فرج وعصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص80 .

[28] ينظر:المادة (26) من قانون الاثبات العراقي وتقابلها المادة (15) من قانون الاثبات المصري رقم (25) لسنة 1986.

[29] وتقابلها المادة (15) من قانون الإثبات المصري ؛ وينظر: د.عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، 1997، ص113.

[30] ينظر: المادة (11/ ثالثاً) من قانون الكاتب العدول العراقي رقم (27) لسنة 1977.

[31] د.جعفر فضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكاتب، القاهرة، دون سنة النشر، ص85.

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.

اما المشرع الفرنسي فقد نظم موضوع ثبوت تأريخ الكتابة، في المادة(1328) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن((لايكون تاريخ السندات ذات التوقيع الخاص حجة على الغير الا من تاريخ تسجيلها أو من تاريخ وفاة الذي أو أحد الذين وقعوها أو تاريخ ذكر مضمونها في سندات ينظمها موظفون عامون مثل محاضر وضع الاختام وإجراء الجردة))، ويتضح من هذا النص أن الكتابة اذا كانت ثابتة التأريخ لها حجية فيما بين ذوي الشأن و كذلك بالنسبة للغير.

وإن المشرع الفرنسي، حدد حالات ثبوت تأريخ الكتابة، على سبيل الحصر[32]، وذلك على خلاف موقف المشرعين العراقي و المصري، إذ يحددان هذه الحالات على سبيل المثال[33]، وحسنا فعلا ذلك، لانه 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 التأريخ في ضمان حق ملكية الشقة

أولا/ أثر ثبوت تأريخ التصرف في نطاق تزاحم حقوق المشترين:-

لما كان عقد بيع الشقة تحت الإنشاء، يتم بشكل عرفي دون تسجيله لدى الدائرة المختصة- في العراق و اقليم كوردستان-، لذا يتصور تواجد عقود متتالية على شقة واحدة، فتثور اشكالية المفاضلة بين حقوق المتزاحمين، ولاسيما في القانون العراقي وإقليم كوردستان، 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 لاتكون للتصرف العرفي حجة على الغير الا من وقت ثبوت التاريخ، فهذا امر حاسم عند التشريعات المقارنة، وبناءً على ذلك اذا قام البائع (المستثمر) ببيع الشقة السكنية تحت الإنشاء الى شخصين مختلفيين بعقدين مستقليين، فعندئذ يظهر تزاحم حقوق المشتريين، فيجب تفضيل احدهما على الاخر، فإذا كان احد العقدين تاريخه ثابت والآخر غير ثابت، فتكون الأفضلية للتصرف الذي كان تاريخه ثابتاً حتى ولو انه لاحق للتصرف الأخير، اما إذا كان التصرفان متساويين من حيث ثبوت التاريخ، فتكون الافضلية للاسبق في التأريخ[34]، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للتزاحم 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 (الافضلية للاسبق في التاريخ) للحصول على حيازة الأرض ومن ثم المطالبة بملكيتها على وفق ما نبينه في الفقرة الاحقة، أما إذا كانت الارض مسجلة فالعبرة تكون بالتسجيل[35].

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري[36]، 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[37]، بمعنى أن العبرة تكون للعقد الاول دائماً ويبطل العقد الثاني.

أما بالنسبة للتصرف بالرهن فلا يوجد نص خاص يطبق عليه، ولايصح القول بتطبيق حكم البيع على الرهن من باب القياس[38]، لأنه قياس مع الفارق، لان المشرع إستخدم عبارة (البيع دون التصرف) والمعلوم ان البيع لايشمل الرهن بخلاف التصرف، وبالتالي يجب أن يأخذ بمعيار الاسبقية وثبوت تاريخ التصرف.

---

[32] ينظر: د.عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط1، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2001، ص72.، ص83، هامش رقم2 .

[33] ينظر: محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج1، مطبعة شفيق، بغداد، 1983، ص 271 .

[34] ينظر: المادة (1150/2) من القانون المدني العراقي.

[35] ينظر: أ.احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، مكتبة العلم للجميع، بيروت– لبنان، القاهرة–مصر، دون سنة النشر، ص364.

[36] نصت المادة (23) من قانون ايجار الاماكن المصري رقم (136) لسنة 1981 على ان ((يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور، و بذاته او بالواسطة، اكثر من مقدم عن ذات الوحدة او يؤجرها لاكثر من مستأجر، او 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 جزاء التصرف وذلك في المادة (457) من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 .

[37] ينظر: د.أنور عبدالله جبر، مصدر سابق، ص199 .

[38] ينظر: د.محمد حسين منصور، تزاحم المشترين و المستأجرين لنفس المكان، دار جامعة الجديدة، الاسكندرية، دون سنة النشر، ص38 .

الفرع الثاني

الكتابة كسبب لكسب ملكية الشقة تحت الانشاء

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[39]، لكن الامر الذي يثير فيه الاشكالية هو مدى إمكانية اللجوء الى التنفيذ العيني الجبري، في بيع الشقق تحت الانشاء بعقد خارجي.

لما كان عقد بيع العقار و من ضمنه الشقق السكنية، عقداً شكلياً، لذلك فانه لايجوز للمشتري الزام البائع بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وانما يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض، حيث يقول البعض إنه لايجوز-كاصل- اجبار البائع على تسجيل المبيع إذا أبى حتى لو دفع اليه المشتري الثمن[40]، وبهذا ان المشرع قد خرج من نطاق القواعد العامة في التنفيذ العيني الجبري[41]، وهذا يعد نقصاً تشرعياً، لأنه لاينسجم مع مبدأ حماية الطرف الضعيف- المشتري-.

وبعد أن أصبحت حالات النكول ظاهرة شائعةً، فقد أدرك مجلس قيادة الثورة(المنحل)، بالنتائج السلبية لهذه الظاهرة، فعالجها بالقرار المرقم(1198) الصادر في (1977/11/2) والمعدل بالقرار المرقم(1426) الصادر في السنة (1984)[42]، إذ أجاز المطالبة بنقل ملكية العقار، في الحالات المحددة على سبيل الحصر [43]، وهذا هو ما ذهب اليه القضاء العراقي[44].

ولو طبقنا هذا القرار على عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء وبعد تمام بنائها، يمكننا القول إنه لايستفيد المشتري من مضمون هذا القرار قبل تمام بناء العمارة السكنية، لان البائع لايقوم، عادة، بتسليم الشقة الى المشتري قبل تمام بنائها، ومادام أن الشقة تبقى تحت حيازة البائع، لذا لايمكن 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 بإسمه إذا نفذ التزاماته، و على ذلك ان حق الملكية يبقى بلا ضمان قبل تمام البناء، في حين ان هذا الحق مضمون بعد تمام البناء اذا توافرت شروط تطبيق القرار.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري حول امكانية التنفيذ العيني الجبري، انه لما كان التسجيل ليس ركناً من اركان عقد بيع العقار، لذا يعتبر عقداً رضائياً، إذ حسمت محكمة النقض المصري موضوع رضائية عقد بيع العقار[45]، فينشيء عقد بيع الشقة الخارجي جميع الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، سوى نقل الملكية، وعلى البائع تنفيذ التزامه

---

[39] ينظر: المادتان (246و535) من القانون المدني العراقي.

[40] د.سعيد عبدالكريم مبارك و د. طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، –البيع–الإيجار– المقاولة، مكتبة السنهوري، لبنان، 2008، ص94.

[41] د. صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارت الغير المسجلة، بحث منشور على الانترنيت http:// www.farrailawver. son/print Topic. phd? print Topicld=518 تاريخ الزيارة(6/5/2016).

[42] نص القرار المذكور على أن((أولاً/ أ– يقتصر التعهد بنقل ملكية العقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لايقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد، وقيمته عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.ب– اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر= =سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة(أ) من هذا البند، مضافاً اليه قيمة المحدثات و المغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للاراضي الزراعية رقم 137 لسنة 1967)).

[43] ينظر: جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي، رسالة ماجستير، كلية قانون ، جامعة بابل، السنة 2015 ، ص113 .

[44] قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية، المرقم (102/حقوقية/1979)، 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، ص30 .

[45] قرار محكمة النقض المصرية رقم1321 لسنة 48 ق جلسة 14/ 2/1982، اشار اليه: فتيحة قرة، مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة النقض المصرية، مصدر سابق، ص529.

بنقل ملكية الشقة اختيارياً، فاذا أنكر البائع ذلك، جاز للمشتري إجباره على التنفيذ عيناً[46] 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، و أسهل 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.

المبحث الثاني
ضمانات المشتري المتصلة بعقد بيع الشقة تحت الانشاء

تكلمنا في المبحث السابق عن الضمانات التقليدية لملكية الشقق السكنية، وركزنا على تسجيل الملكية، ومايحل محله من الضمانات(الكتابة)، وتوصلنا إلى أن الأثر المنشئ للتسجيل يؤدي إلى ضياع حقوق المشترين من تمكنهم لكسب ملكية الشقق تحت الانشاء، وهكذا بالنسبة إلى الكتابة فإنها لايضمن حقوق المشتري إلا في حالات معينة، وهذا يؤدي بنا الى البحث عن ضمانات أخرى المتصلة بعقد بيع الشقة تحت الإنشاء، وهذه الضمانات على نوعين، الأول، يتمثل في ضمانات المشتري التابعة لعقد بيع الشقة تحت الانشاء، الثاني يتمثل في ضمانات المشتري المستمدة من تكييف العلاقة بينه وبين مجهز الشقة، فسنكرس لكل منهما مطلباً خاصاً.

المطلب الأول
ضمانات المشتري التابعة لعقد بيع الشقة تحت الانشاء

إن ضمانات ملكية الشقق السكنية لا تشمل ذات حق الملكية فحسب، بل تشمل ضمانات اكتمال نطاق المكلية الذي يتمثل في إكتمال 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 فان 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، فسنخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً، كالآتي:

الفرع الأول
ملكية الارض المخصصة للعمارات السكنية

ان الدولة- الهيئة العامة للإستثمار في العراق وأقليم كوردستان- تقوم بحجز الأرض المخصص لبناء العمارات السكنية، حتى تمام المشروع بأكمله[47]، 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[48]، عند تملك الأرض بإسمه ، وتحقيقاً لذلك فانها تقوم بوضع إشارة عدم التصرف على سند الملكية لحين تنفيذ المستثمر لالتزاماته و إقامة المشروع المجاز اقامته[49]، وجاء في المادة (6/ ثالثاً) نظام بيع وإيجار أراضي الدولة لغرض الاستثمار رقم(7) لسنة (2010) العراقي، على أنه اذا كان المستثمر لم ينفذ التزاماته ضمن المدة المحددة في العقد، فعندئذ تتولى دائرة التسجيل العقاري بناءً على طلب هيئة الاستثمار الغاء التسجيل وإعادة الارض الى مالكها السابق (أي الدولة)، واننا نلاحظ بأن هذا الحكم يتعارض مع

---

[46] ينظر: د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، ط1، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1986، ص117.

[47] ينظر: المادة (6/أولا) من نظام رقم (7) لسنة 2010 العراقي ؛ والمادة (الخامسة/ثالثا) من تعليمات رقم (2) لسنة 2011 الصادر من المجلس الأعلى للإستثمار.

[48] يمكن ان يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع، وهذا مايعرف بالشرط المانع من التصرف، للتفصيل ينظر: د.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، ص92 ومابعدها.

[49] ينظر: المادة (6/ أولاً) من نظام رقم(7) لسنة 2010 العراقي ؛ والمادة (4/ رابعاً) من قانون الإستثمار اقليم كوردستان رقم (4) لسنة 2006.

أحكام قانون التسجيل العقاري[50]، إذ إنه لايمكن الغاء سند الملكية العقارية الا بقرار قضائي مكتسب درجة البتات[51]، أو بالقانون، وحسناً فعل المشرع في إقليم كوردستان بتنظيم هذه المسألة وفقاً للقانون[52].

وإننا 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 ماتقدم 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، اقر 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 اقراض مبلغ من النقود ويسمى عند المشرع العراقي بـ(السحب على المكشوف)[53]، أو أن تكون إعتماداً بالضمان كخطاب الضمان[54]، حيث إن اللجوء الى هذه الضمانات يكون أمراً مفيداً لتغطية تمويل بناء العمارة السكنية، عند إخلال المستثمر بالإلتزامات التي تقع عليه، بشرط أن يتمسك بها المستفيد(الدولة) خلال مدة نفاذها.

ولايمكن للغير أن يستفيد من مضمون الإعتماد المصرفي أو خطاب الضمان، كما لايجوز للمستفيد أن يتنازل عن مضمون خطاب الضمان الى الغير[55]، وبهذا يقلل الضمانات المصرفية أهميته القانونية بالنسبة لحماية حقوق المشتري، أي ليس للمشتري أن يتمسك بهذه الضمانات حتى ولو بدعوى غير مباشرة[56]، 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

---

[50] اذا حصلت التعارض بين النظام والقانون فأن حكم القانون هو الذي يطبق،"القرار رقم (18/64)، الصادر في تاريخ (11/10/ 1962)، ينظر: مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الاول ، السنة الثانية، مطبعة التضامن، بغداد، 1963، ص83".

[51] ينظر: المادة (140) من قانون التسجيل العقاري العراقي؛ و ينظر: قرار محكمة تمييز العراقي المرقم (2337) الصادر في (2007/1/21)، أشار اليه : المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بدون المطبعة، بغداد، 2009، ص322.

[52] 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)).

[53] عرفت المادة (269/ اولا) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل، فتح الاعتماد بأنه ((عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغ من النقود لمدة معينة أو غير معينة)).

[54] عرفت المادة (287) من قانون التجارة العراقي النافذ خطاب الضمان بأنه ((تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر(المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله)).

[55] ينظر: المادة (289) من قانون التجارة العراقي النافذ.

[56] دعوى غير المباشرة هي الدعوى التي يرفعها الدائن بأسم مدينه ونيابة عنه على مدين مدينه، ولاتفرض فيها وجود علاقة مباشرة بين الدائن ومدين مدينه، للمزيد ينظر: المادتان (261و262) من القانون المدني العراقي.

المشتري[57]، 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 (20) 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 انه 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.

أما المشرع الفرنسي[58]، اشترط على المتعاقدين في عقد فتح الإعتماد المصرفي، بإعطاء الحق للمشتري في بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، بالتمسك بمضمون الإعتماد.

ثانياً/ الكفالة التضامنية:

قد يتمثل ضمان إكتمال 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[59].

والاصل في الكفالة تكون بسيطة غير تضامنية[60]، ولكن يجوز لأطراف العلاقة الاتفاق على ان تكون الكفالة تضامنية، فعندئذ يلتزم الكفيل بالوفاء بمضمون الكفالة بالتضامن مع المدين[61] .

وعرف المشرع الفرنسي الكفالة التضامنية بأنها ((عقد يلتزم بمقتضاه الضامن في مواجهة المشتري وبالتضامن مع مالك المشروع بدفع المبالغ الضرورية لتمام بناء المشروع))[62].

وإستناداً الى ذلك، يمكن اللجوء الى إبرام عقد الكفالة التضامنية، ضماناً لإنتهاء أعمال بناء العمارة السكنية، بل إن الكفالة التضامنية تكون أكثر تحقيقاً وتأميناً لإستكمال عمليات البناء، من عقد فتح الأعتماد المصرفي (أوخطاب الضمان)[63]، لان الأخير محدد بمبلغ معين[64]، في حين أن المصرف في الكفالة التضامنية ضامن بجميع ذمته المالية مع المستثمر[65]، 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 لاتنتهي 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 كوردستان- هيئة الإستثمار- اللجوء الى فرض الكفالة التضامنية على المستثمر، عند منح إجازة إقامة العمارات السكنية، بدلاً من اللجوء الى خطاب الضمان.

المطلب الثاني

ضمانات المشتري المستمدة من تكييف العلاقة بينه وبين مجهز الشقة

نظراً لعدم جواز تسجيل عقد بيع الشقة تحت الانشاء في بعض التشريعات، لايمكن 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، الامر الى معالجة قانونية بإعادة تكييف هذا العقد وإعمال الاثر 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، نبحث في الأول التكييف القانوني لعقد بيع الشقق تحت الإنشاء، ونتطرق في الثاني الى ضمانات المشتري في إعمال الاثر الكاشف للتسجيل.

---

[57] ينظر: شالاو وهاب صادق، الضمانات القانونية للمشتري في بيع البناء تحت الإنشاء، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كويه، 2015، ص46 .

[58] ينظر: المادة(a/261/21) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

[59]MERTENS Thomas، la vente، enletat future dashevemnet dum immeuble dhabitation.

أشار اليه: د.ابراهيم احمد الحياري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد (4)، السنة (33)، 2009، ص313.

[60] عرفت المادة(1008) من القانون المدني العراقي الكفالة بأنها ((ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)).

[61] ينظر: د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للأئتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص91 ومابعدها.

[62] المادة(b-25) من القانون (3) كانون الثاني لسنة 1967 الفرنسي بخصوص بيع المباني تحت الإنشاء.

[63] ينظر: علاء حسين علي، مصدر سابق، ص182.

[64] ينظر: د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 2000. ص378.

[65]ينظر: د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط ،ج10، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، دون سنة النشر، ص19.

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[66] 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 ايضاً، حيث يقوم البائع (المستثمر) ببيع الأرض التي سوف يقام عليها البناء الى المشترين، ومن ثم يحصل على التوكيل من المشترين، لبناء العمارة السكنية المقسمة الى الطوابق والشقق.

ويرد على هذا الاتجاه بعض الانتقادات الوجيهة، حيث يقول البعض[67]، 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 مقاولة:

يذهب جانب من الفقه[68]، الى تكييف عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، بأنه عقد مقاولة، وبالأخص عقد إستصناع، وذلك أن العقد الذي يلتزم بموجبه الشخص بإقامة الشقة السكنية لمصلحة شخص آخر، خلال مدة محددة، لايمكن تكييفه الا بعقد مقاولة، ويؤسس هذا الرأي على أساس الموازنة بين قيمة مشروع البناء وقيمة الأرض وترجيح الأولى على الثانية.

وقد تعرض هذا الإتجاه الى بعض الانتقادات ايضاً، 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[69]، كما أن الأخذ بمعيار المقارنة بين القيمتين، يترتب عليه حدوث تكييفات متناقضة، اذ قد تقدر قيمة العمل على أنه أكبر من قيمة المواد، ويتصور العكس اثناء تنفيذ العقد، الأمر يقتضي أن يتحول العقد من المقاولة الى البيع، فهذا لايصح قانوناً[70].

ثالثاً/ الاتجاه القائل بأنه عقد بيع شيء مستقبلي:

ذهب البعض من الفقه الفرنسي[71]، الى ان العقد في هذه الحالة، يجب تكييفه بأنه من البيوع الواردة على الشيء المستقبلي غير الموجود وقت التعاقد، وأيد هذا الاتجاه جانب من الفقه المصري[72]، وحجتهم هي أن البائع هو مالك الأرض التي سيقام عليها البناء، وأن العقد هنا، هو بيع الأرض في حالتها المستقبلية أي بعد تمام البناء عليها، وهذا الرأي ينسجم مع موقف المشرع الفرنسي الذي أقر بجواز تسجيل عقد بيع الشقق تحت الانشاء –سنأتي إليه لاحقاً-.

ونعتقد أنه لايمكن الأخذ بالرأي السابق في القانون العراقي، فعلى الرغم من اننا نسلم بأن العقد قد يرد على الاشياء المستقبلية[73]، ولكن لايمكن ان يعد عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء بيعاً لاستحالة تسجيله.

رابعاً/ الاتجاه القائل بأنه وعد بالبيع:

وهناك رأي ذهب إلى تكييف عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، بالوعد بالبيع[74]، إذ إن البائع يوعد ببيع الشقة ويتم تعيين محل عقد البيع(الشقة السكنية والثمن) والمدة التي يكون ملزماً خلالها.

---

[66]–v.Guy de crecy، le promoteur de Construction، immobiliere a nsage d habitation these paris، 1960،p.5، ets.

[67] ينظر: أنور طلبة، العقود الصغيرة (الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2004، ص235 .

[68] ينظر: د.محمد جابر الدوري، مسؤلية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل و تسليمه، مطبعة اوفيست عشتار، بغداد، 1985، ص32 .

[69] ينظر: د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص 49.

[70] ينظر: المادة (139) من القانون المدني العراقي.

[71]H.L.J.Mazeaud،op، cit، n.925–2، p.182ets.

اشار اليه، د.علاء حسين علي، مصدر سابق، ص40.

[72] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج4، العقود التي ترد على ملكية (بيع و المقايضة) ، مصدر سابق، ص31 ؛ ود.محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، مجموعة رسائل دكتوراه، ص61.

[73] نصت المادة(129) من القانون المدني العراقي على ((1– يجوز ان يكون محل الإلتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر...))؛ وتقابلها المادة (132) من القانون المدني المصري.

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 الموعود له رغبته في التعاقد خلال هذه المدة[75]، أما في بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، فإن العقد يبرم وينعقد في الحال وفق لبعض التشريعات، والمدة هي ضرورية لتنفيذ التزامات الاطراف، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الموعود له لايدفع 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 لايتم إلا بمراعاة الشكلية التي نص عليه القانون وهذه الشكلية لايتحقق في القانون العراقي.

خامساً/ الاتجاه القائل بأنه عقد مركب:

ذهب بعض الفقه[76]، الى انه لايمكن تكييف عقد بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء تحت طائلة عقد واحد، إذ إنه يتضمن أكثر من عقد واحد، فليس بالبيع فقط ولا بالمقاولة فقط، إنما هو عقد مركب بين هذين العقدين، فيبدأ بالمقاولة وينتهي بالبيع، إذ تطبق عليه أحكام عقد المقاولة 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 نجدهُ في بعض النظم القانونية، كالوفاء بمقابل ولكن ذلك لا ينطبق على بيع الشقة تحت الانشاء في القانون العراقي لاستحالة تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

سادساً/ الاتجاه المختار:

نظراً للانتقادات الموجهة الى 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[77] ، بالنسبة لالتزام المشتري بدفع الثمن على شكل اقساط، ولكنه يبتعد عنه من حيث التزام البائع بنقل ملكية الشقة الى المشتري[78]، إذ إن ملكية الثمن تنتقل الى البائع و لكن ملكية المبيع تبقى للبائع لحين التسجيل.

وإن محل عقد بيع الشقق 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 (1198) كما بينا سابقا.

وقد ذهبت محكمة التمييز في إقليم كوردستان في قرار لها[79]، الى أن العقد الذي نحن بصدده هو عقد من نوع خاص، ولايعد التسجيل ركناً من أركان إنعقاده، و ذلك لأن سبب عدم تسجيل الشقة السكنية لا يعود الى المشتري، بل ان القانون منع تسجيلها لحين إكمال البناء، ولكن ذهبت في قرار آخر إلى بطلان العقد لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري[80].

على الرغم من ان بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء، أمراً شائعاً، وكان المشتري بحاجة الى 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، فأنه أدرك

---

[74] ينظر: د.سمير عبد السمع الاردن، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2001، ص416.

[75] ينظر: د.أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص16 .

[76]Aubry et R au، Cours de droit civil francais، Tome(5)، beme edition، N.374. p.400.

أشار اليه، د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص53.

[77] يّعرف البيع بالتقسيط بأنه البيع الذي يكون سداد الثمن فيه مجزءً إلى عدة أقساط على أن يكون جزءً من هذه الأقساط لاحقاً على تسلم المبيع، ينظر: د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، ط1، مطبعة الجامعة، جامعة الكويت، 1984، ص20 .

[78] نصت المادة (534/3) 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)).

[79] قرار رقم (915/مدنية اولى/2012) الصادر في (2012/12/23)، غير منشور.

[80] قرار رقم (59/ الهيئة المدنية الاستئنافية/ 2014) الصادر في (16/2/2014) غير منشور .

ضرورة تنظيم هذا العقد بأحكام خاصة، وذلك لصعوبة معالجة الإشكاليات التي تثار بصدده وفقاً للقواعد العامة، فتم تنظيمه بصورتين[81]، وهما البيع المضاف الى الأجل والبيع حسب الحالة المستقبلة.

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))[82]، كما عرف البيع حسب الحالة المستقبلة 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 أولا بأول الى المشتري بمجرد الإنتهاء منها، ويلتزم المشتري المكتسب بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء، ويحتفظ البائع بسلطات رب العمل، حتى تسليم المنشآت))[83].

وإن إعتماد الأطراف على احدى هاتين الصورتين أمر وجوبي، ولا يجوز إبرام عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء على شكل آخر[84]، كما يجب تنظيم العقد بورقة رسمية وإلا كان العقد باطلاً[85].

ويختلف هذان النوعان في نقطة جوهرية، وهي من حيث تاريخ انتقال الملكية، ففي البيع المضاف الى أجل تنتقل الملكية الى المشتري بعد إثبات إنتهاء البناء بورقة رسمية[86]، وبأثر رجعي الى تاريخ إبرام العقد[87]، أما إذا كان العقد من نوع البيع حسب الحالة المستقبلة، فعندئذ تنتقل ملكية الشقق السكنية الى المشتري تدريجياً، حسب تاريخ الإنتهاء من البناء[88]. وعلى الرغم من أن النوعين السابقين يوفر ضماناً للمشتري، إلا أن البيع المضاف الى الأجل والذي يؤسس على فكرة الاثر الرجعي، هو الاجدر بالتأييد في القانون العراقي ونتطرق إلى ضماناته لملكية المشتري في الفرع الأخير، على خلاف النوع الثاني، فنجد عائقاً أمام الأخذ به، لأنه يتطلب لجوء الطرفي إلى الدائرة المختصة لتسجيل عدة مرات حسب تقدم البناء، وكل مرة يمر التسجيل بإجراءات معقدة يتطلب وقت غير قليل.

الفرع الثاني

ضمان المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء من خلال اعمال الأثر الكاشف للتسجيل

حظر القانون العراقي تسجيل بيع الشقة السكنية تحت الإنشاء في الدائرة المختصة وبسبب الاثر المنشيء للتسجيل يظل المستثمر(البائع) مالكاً للشقة المبيعة بعقد عرفي، الامر 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. وعلى الرغم من أهمية الاثر الأخير في مجال بيع الشقة تحت الانشاء[89] إلا أنه لم يأخذ به القوانين المقارنة عدا القانون الفرنسي.

---

[81] ينظر: 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 (3)، العدد(12) ، السنة الثالثة، ص125.

[82] ينظر:المادة (2/1601) من القانون المدني الفرنسي؛ وتقابلها المادة (L.261-2) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

[83] ينظر: المادة(1601/3) من القانون المدني الفرنسي ؛ وتقابلها المادة (L.261-2) من قانون البناء والسكن الفرنسي.

[84] نصت المادة (6) من قانون الفرنسي رقم (3-67) لسنة 1967 بخصوص بيع المباني تحت الإنشاء، على ان ((أي عقد خاص بنقل ملكية مبنى للاستخدام السكنى أو التجاري والسكنى، ...، يجب ان يتم اعتماداً على أحد نماذج العقد المذكور في الواد (3/1061) و (2/1061) من القانون المدني))

[85]Francois Magnim، vente dimmeuble a contruire، code civil، Regime renforce، Jur class، 2001، p.7

[86] ينظر: عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري-قسنطينة، 2012، ص299 .

[87] Alain Benabent، Droit Civil، les contrats speciaux civil et commerciaux، 8e ED، Montchrestien، 2008، p.86 ; Francois Magnin، Droit Prive de la constrction، Dalloz et sirey، Jurisprudence Generale، 1985، Information Rapide، p.33. .

[88] ينظر: المادة(1601/3) من القانون المدني الفرنسي ؛ والمادة (L.261-2) من قانون البناء والسكن الفرنسي .

[89]لم يأخذ المشرع العراقي بالاثر الكاشف للتسجيل إلا على سبيل الإستثناء كتسجيل الملكية المكتسبة بسبب الإلتصاق، أو بناءً على حكم القضائي أو ماشاكل ذلك، للتفصيل في هذه الاستثناءات ينظر: د.بمو برويز خان الدلوي، الأثر الكاشف للتسجيل، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق-جامعة الموصل، المجلد (16)، العدد (56)، السنة (18)، ص93

ويقصد بالاثر الكاشف للتسجيل بأنه هو (اسناد نفاذ الحقوق العينية العقارية الى وقت ابرام العقد العرفي، اذا تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري)[90]. 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 مالكاً لشقة منذ لحظة إبرام العقد، وهذا يضمن حقوق المشتري من نواحي عدة، اهمها ان التصرفات التي يقوم بها البائع على الشقة المبيعة لاتنفذ بحق المشتري لان ملكية البائع لشقة تزول بالأثر الرجعي ينسحب 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 يزاحمه الدائنون[91]، لأن ملكية الشقة انتقلت اليه منذ تاريخ العقد، وبالتالي لايزاحمه دائني البائع، وإذا مات البائع قبل تسجيل الملكية، فإن الشقة لاتدخل ضمن تركة البائع[92]، وكذلك في حالة قيام البائع بإيجار الشقة قبل تسجيلها بإسم المشتري، إذ إن هذا الإيجار لايسري بحق المشتري[93]، لأنه يعد الإيجار قد تم في ملك الغير.

ثانياً/ 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 وطوابقها هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن البائع هو الذي يقوم ببناء الشقة، لذا بوسعه أن يقوم بهذه الاعمال المادية، ومن هذه الاعمال قيامه بالتغيرات والتعديلات على الشقة في داخلها أو خارجها أو في هيكل العمارة ومشتملاتها على نحو يتضرر بسببها المشتري، وهذه التعرضات لاتنصب 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 الإعمال بهذه الفكرة، يجعل المشتري مالكاً 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 مضراً بالشقة ، فللمشتري أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع[94]، وينطبق نفس الحكم لو قام الغير بالتعرضات السالفة الذكر.

ثالثاً/ حكم التصرفات التي يقوم بها المشتري قبل تسجيل الشقة بإسمه:

لايجوز للمشتري القيام بالتصرفات في الشقة المشتراة قبل تسجيلها بإسمه بموجب القواعد العامة في بيع العقارات، إذ إن المجلس الاعلى للإستثمار في إقليم كوردستان قد منع المشتري من القيام بهذه التصرفات قبل تمام بناء الشقة، وتنفيذ جميع التزاماته تجاه البائع[95].

---

[90] إن فقهاء القانون بدورهم تطرقوا الى فكرة الأثر الكاشف بشكل عام، وعرف البعض منهم بأنه " يعني إسناد حكم نفاذ التصرف اذا كان غير نافذ أو حكم زواله اذا كان نافذاً الى وقت نشوئه، اذا زال سبب عدم نفاذه أو تحقق سبب زواله" نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1986، ص11؛ للمزيد من ذلك ينظر: د.محمد شتا ابو سعد، الأثر الرجعي في القانون المدني المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، 1984، ص101 وما بعدها) أما بالنسبة للأثر الكاشف للتسجيل، فلم نجد تعريفاً له، بل اكتفى الفقه بتعريف الأثر المنشيء للتسجيل على ان الحقوق العينية العقارية التي يخضعها قانون للتسجيل، لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير، إلا بتسجيلها ومن تاريخ هذا التسجيل، ينظر: د.علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر و المغرب، مصدر سابق، ص178).

[91] ينظر: د.على بن عزان بن على الهاشمي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دار الفكر و القانون للنشر والتوزيع، 2014، ص152.

[92] ينظر: د.أنور عبدالله جبر، مصدر سابق، ص181 .

[93] ينظر: د.رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص136 .

[94] ينظر: المادة (1119) من القانون المدني العراقي.

[95] ينظر: المادة (12/ج) من التعليمات رقم (2) لسنة 2011 الصادرة عن المجلس الأعلى للإستثمار في إقليم كوردستان.

وقد ذهبت محكمة التمييز في إقليم كوردستان 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[96]، ولكنها ذهبت في قرار آخر[97]، 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[98]، وهذا يدل على صحة العقد المبرم بين المشتري والمتصرف له (المشتري الثاني)، بإعتباره عقداً غير مسمى، نشئاً للحقوق الشخصية. وأننا 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 مالكاً 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[99]، كما أنه يتفق مع ما أخذ به المشرع الفرنسي لتنظيم بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء وفق ماسبق بيانه.

بناءً على كل ماتقدم نقترح على المشرع في العراق وإقليم كوردستان، بإعمال الأثر الكاشف للتسجيل في بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، لأن إعمال هذه الفكرة، يعالج الكثير من الاشكاليات القانونية والعملية.

الخاتمة

أولاً/الاستنتاجات:

1- اختلفت القوانين المقارنة في دور التسجيل في عقد بيع العقار، فيعد ركناً لإنعقاد البيع في القانون العراقي، بينما يعد شرطاً لإنتقال الملكية في القانون المصري، كما يعد شرطاً لنفاذ البيع تجاه الغير في القانون الفرنسي.
2- إن الحالات التي تعد فيها الكتابة ثابتة التاريخ، قد جاءت على سبيل المثال، وتظهر أهميتها في مجال حسم تزاحم حقوق المشترين، بحيث أن العبرة تكون لمن كان عقده ثابت التاريخ، الا إذا كان احد العقدين مسجلاً، فعندئذ تكون العبرة للعقد المسجل، غير أن المشرع المصري خالف هذه القاعدة وأخذ بإبطال العقد الثاني وإن كان مسجلاً.
3- لم ينظم المشرعي العراقي والكوردستاني أسوة بالمشرع المصري، عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، ولم يجز تسجيله، لذا لايمكن عده عقداً للبيع، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظمه بصورتين، وهما بيع الأجل و بيع حسب الحالة المستقبلية .
4- تبادر اطراف عقد بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء لتصديق العقد لدى الكاتب العدل، بالرغم من انعدام أثره لإنشاء الحقوق العينية العقارية.
5- لايحق للمشتري على وفق القانون العراقي، المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري في مجال بيع الشقة تحت الانشاء الا استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1198).
6- 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 فأنه عالجه من خلال فرض اللجوء الى وسيلتين، وهما فتح الإعتماد المصرفي والكفالة التضامنية.
7- يظل مشتري الشقة تحت الانشاء بلاضمان من التعرضات التي تواجهه من البائع أو الغير لحين اكتمال الشقة وتسجيله باسمه وفقا للاجراءات المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري العراقي.

---

[96] قرار رقم (470/ الهيئة المدنية / 2015) الصادر في (9/ 11/ 2015)، غير منشور .

[97] قرار رقم (117/الهيئة المدنية الاستئنافية/2013) الصادر في (20/5/2013) غير منشور .

[98] نصت المادة (365) من القانون المدني العراقي على ان ((ينتقل الحق إلى المحال له بصفته و ضماناته كالكفالة و الامتياز و الرهن و تعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد و اقساط)).

[99] للمزيد ينظر: مصطفى احمد الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012، ص101 ؛ ود.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤلية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط9، دار الفكر، دمشق، 2012، ص203، هامش رقم 2 .

ثانياً/الاقتراحات:

1- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (الحادية عشرة/ ثالثاً) من قانون الكتاب العدول رقم (27) لسنة (1977) المعدل، على الوجه الآتي: ((لا يجوز للكاتب العدل، تنظيم التصرفات العقارية وتوثيقها، إلا اذا كان العقار من الوحدات السكنية التي لم تكتمل بناؤها حين إبرام العقد)).

2- نقترح تدخل المشرع العراقي والكوردستاني في تنظيم بيع الشقق السكنية تحت الإنشاء بأحكام خاصة، بما يضمن حقوق المشتري من إكتمال البناء وانتقال ملكية الشقة اليه، ولهذا الغرض نقترح ما يأتي:(1-على البائع تسليم الشقة الى المشتري عند اتمامها، ويتم انتقال ملكيتها اليه بقوة القانون وتسجيلها باسمه من وقت ابرام العقد الموثق، 2- تتمثل ضمانات إكمال بناء العمارات السكنية ووحداتها، بما يأتي:أ-فتح الإعتماد المصرفي: يلتزم بموجبه الطرف الذي وافق على منحه بأن يسلف البائع أو يدفع لحسابه المبالغ الضرورية لإنجاز بناء العمارة ووحداتها على وجه الصالح للسكنى، ويجب أن تنص هذه الاتفاقية على حق المشتري من الرجوع على الضامن عند الاقتضاء. ب- عقد الكفالة: يلتزم بموجبه الكفيل تجاه المشتري بالتضامن مع البائع، بدفع المبالغ الضرورية لإنجاز بناء العمارة ووحداتها، على وجه صالح للسكنى. ج- لايشترط تطبيق الفقرتين اعلاه بالنسبة للعمارة السكنية الواحدة) .

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب:

1. د.ابراهيم دسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، ط1، مطبعة الجامعة، جامعة الكويت، 1984.
2. أ.احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، مكتبة العلم للجميع، بيروت- لبنان، القاهرة-مصر، دون سنة النشر.
3. د.آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007.
4. د.أسعد دياب طارق، أبحاث في التحديد والتحرير وسجل العقاري، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس، لبنان، 1985.
5. د.أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
6. د.أنور طلبة، العقود الصغيرة (الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2004.
7. د.أنور عبدالله جبر، انتقال ملكية العقارية بالبيع، ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2011،
8. د.توفيق حسن فرج وعصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر.
9. د.جعفر فضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكاتب، القاهرة، دون سنة النشر.
10. د.حسن عبد الباسط الجميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، 1999.
11. د.حسن على الذنون و د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة لالتزام – الاحكام الالتزام-، ج2، دار وائل للنشر، عمان، 2004.
12. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام)، بدون المطبعة، بغداد، 1976.
13. د.رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر.
14. د.سعيد عبدالكريم مبارك و د. طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، -البيع- الإيجار-المقاولة، مكتبة السنهوري، لبنان، 2008.
15. د.سمير عبد السمع الاردن، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2001.
16. د.عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط1، دار البحوث العلمية، الكويت، 1975.
17. د.عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط1، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2001 .
18. القاضي عباس قاسم مهدي، ابطال سجل العقاري، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2014.
19. د.عبد العزيز المرسي حمود، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد بيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
20. د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط ،ج10، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، دون سنة النشر.
21. د.عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، 1997.

22. علاء حسين على، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، ط 1، منشورات زين الحقوقية، 2011.
23. د.على بن عزان بن على الهاشمي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دار الفكر و القانون للنشر والتوزيع، المنصورة ، 2014 .
24. د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 2000.
25. د.علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، ط1، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1986.
26. د.محمد جابر الدوري، مسؤلية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل و تسليمه، مطبعة اوفيست عشتار، بغداد، 1985 .
27. د.محمد حسين منصور، تزاحم المشترين و المستأجرين لنفس المكان، دار جامعة الجديدة، الاسكندرية، دون سنة النشر.
28. د.محمد حسين منصور، النظرية العامة للأئتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
29. د.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
30. د.محمد شتا ابو سعد، الأثر الرجعي في القانون المدني المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، 1984.
31. د.محمد عبد الظاهر حسين، الاحكام العملية للشهر العقاري، المؤسسة الغنية، دون مكان الطبع، 2007-2008.
32. د.محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج1، مطبعة شفيق، بغداد، 1983.
33. د.محمود زكي شمس، التوسع العمراني ونظام البناء في سوريا، دون مكان طبع و سنة النشر.
34. د.مصطفى احمد الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012.
35. د.مصطفى عبد السيد الجارحي، احكام الظاهر في السجل العيني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة،1988.
36. د.مصطفى مجدى هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1986.
37. د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤلية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط9، دار الفكر، دمشق، 2012.
38. د.يوسف سعدون حمد، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، ط الاولى، منشورات المجلس الحقوقي، لبنان، 2016.

ثانياً/الرسائل الجامعية:

39. عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري-قسنطينة، 2012 .
40. د.محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، مجموعة رسائل دكتوراه، دون مكان الطبع و سنة النشر.
41. جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي، رسالة ماجستير، كلية قانون ، جامعة بابل، السنة 2015 .
42. شالاو وهاب صادق، الضمانات القانونية للمشتري في بيع البناء تحت الإنشاء، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كويه، 2015.

ثالثاً/البحوث:

43. د.محمد زهرة، العقار بحسب المال، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، القسم الثاني، السنة العاشرة، العدد الثاني، 1986.
44. 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 1، السنة 32، مارس 2008.
45. 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 3، السنة3، العدد12.
46. نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1986.
47. د.ابراهيم احمد الحياري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد (4)، السنة (33)، 2009.
48. د.بمو برويز خان الدلوي، الأثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد56، السنة18.
49. د.صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارت الغير المسجلة، بحث منشور على الانترنيتhttp:// www.farrailawver. son/print Topic. phd? print Topicld=518 تاريخ الزيارة(2017/1/6).

رابعاً/ التشريعات:

أ-التشريعات العراقية:

50. القانون المدني رقم (40) لسنة1951 وتعديلاته.

51. قانون الادارة البلديات رقم (165) لسنة 1964 المعدل.
52. قانون تسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل.
53. قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
54. قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 المعدل.
55. قانون الاستثمار اقليم كوردستان (4) لسنة 2006.
56. قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006.
57. نظام الاستثمار رقم (7) لسنة 2010 المعدل.
58. تعليمات رقم (2) لسنة 2011 الصادر من المجلس الأعلى للإستثمار في إقليم كوردستان.

ب.التشريعات المقارنة:

59. قانون الشهر العقاري المصري رقم(114) لسنة 1946 المعدل.
60. القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 المعدل.
61. قانون السجل العيني المصري رقم (142) لسنة 1964 المعدل.
62. قانون ايجار الاماكن المصري رقم(49) لسنة 1977 المعدل.
63. قانون الاثبات المصري رقم (25) لسنة 1986 المعدل .
64. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
65. قانون البناء والسكن الفرنسي.
66. القانون الفرنسي رقم (3-67) لسنة 1967 الخاص ببيع المباني تحت الإنشاء وضمان تشييد.

خامساً/مصادر القرارات القضائية:

67. القاضي إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التميز، ج5، مطبعة الزمان، بغداد، 2000،
68. النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، نيسان، مايس، حزيران، 1993.
69. المحامي هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد وبصفتها التمييزية، - التعهد بنقل ملكية العقار-، دار العدالة، الكرادة ، دون سنة النشر.
70. د.علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بدون المطبعة، بغداد، 2009.

سادساً/ القرارات القضائية غير منشورة:

71. قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان رقم (915/مدنية اولى/2012) الصادر في (2012/12/23).
72. قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان رقم (117/الهيئة المدنية الاستئنافية/2013) الصادر في (2013/5/20).
73. قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان رقم (59/الهيئة المدنية الاستئنافية/2014) الصادر في (2014/2/16).
74. قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان رقم (470/الهيئة المدنية /2015) الصادر في (9/ 11/ 2015).

سابعاً/ المصادر الاجنبية:

81-Alain Benabent، Droit Civil، les contrats speciaux civil et commerciaux، 8e ED، Montchrestien، 2008.

82- Francois Magnin، Droit Prive de la constrction، Dalloz et sirey، Jurisprudence Generale، 1985، Information Rapide.

83- Francois Magnim، vente dimmeuble a contruire، code civil، Regime renforce، Jur class، 2001.

84- V-Guy de crecy، le promoteur de Construction، immobiliere a nsage d habitation these paris، 1960.

85- Walter Wheeler cook، Quasi-contracts، Lasalle Extendion University، 1939.