

الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة (دراسة مقارنة)

Failure to register the Musataha contract (A comparative study)

م.م عباس علي صاحب^(١)

Asst. Lect. Abbas Ali Sahib

الخلاصة

يساهم عقد المساطحة في استثمار الأموال وإقامة المشاريع، لذلك خصه المشرع بتنظيم قانوني لأحكامه وأوجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، إلا أنه لم يبين الأثر المترتب على الأخلال به، مما فتح الباب أما القضاء بالأجتهاد إلى عدة اتجاهات بين وصفه عقداً باطلاً وعقد إيجار وعقد من نوع خاص، وهذا الأمر أنعكس على جزاء الأخلال الذي لم يحدده المشرع من حيث المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري أم الأقتصار على التعويض والأخير لم يحدده المشرع هل هو تعويض قضائي أم يسري عليه أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل.

الكلمات المفتاحية: السياسة، تعويض، اخلال، نقل، العقار.

Abstract

The Musataha contract contributes to investing money and establishing projects, Therefore, the legislator assigned it a legal regulation of its provisions and required its registration in the Real Estate Registration Department, However, he did not explain the impact of breaching it, Which opened the door to the judiciary based on diligence in several directions,

between describing it as an invalid contract, a lease contract, and a contract of a special type. This matter was reflected in the penalty for breach, which the legislator did not specify in terms of demanding compulsory in-kind implementation or being limited to compensation. The latter was not determined by the legislator, whether it is judicial compensation or whether the provisions of the dissolved Revolutionary Command Council Resolution No. 1198 of 1977, as amended, apply to it.

Keywords: policy, compensation, breach, transfer, real estate.

المقدمة

يُعد عقد المساطحة من العقود الفعالة في بناء البيئة العقارية، فمالك الأرض قد لا يملك المال لأستثمارها وإقامة البناء والمشيدات عليها، وهناك شخص آخر لديه أموال وخبرة في الأستثمار ولكن ليس لديه أرض يستثمر عليها، ومن هنا يحتل عقد المساطحة المكانة الواسعة في مساهمته في ربط أصحاب المصالح لاستثمار الأموال وإقامة المشاريع.

وبناءً على ذلك تبرز أهمية عقد المساطحة من الناحية الاقتصادية في توظيف المال، وهذا ما انعكس على أهتمام المشرع العراقي بتنظيم أحكام حق المساطحة في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، وفي قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، وأوجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، ولكن المشرع العراقي لم ينظم حالة أثر تخلف تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

مما ثار هذا الأمر اشكالية على الصعيد النظري لدى الفقه والعملي في ميدان القضاء في الحكم على حالة الأخلال بالنكول عن التسجيل، فما هو الأثر المترتب على ذلك؟ فهل يُعد عقداً باطلاً كعقد مساطحة؟ أم عقداً صحيحاً باعتباره عقد مساطحة؟ أم يتحول إلى عقدٍ آخر جراء تخلف التسجيل في دائرة التسجيل العقاري؟ وهل يحق للمساطح الخيار بين المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري في حالة أمتناع صاحب الأرض عن التسجيل، وبين المطالبة بالتعويض؟ وإذا كان له الحق المطالبة بالتعويض فما هو مقداره؟ وعلى أي أساس يقدر؟. وهل بإمكان المتعاقد المطالبة بالفرق بين البدلين جراء النكول عن عقد المساطحة أسوةً بالنكول عن التعهد بنقل الملكية؟.

لغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع، والإجابة عن التساؤلات، سيتم البحث وفق المنهج التحليلي المقارن بين القانون العراقي والمصري، اعتمدنا التقسيم الثنائي للخطّة على شكل مطلبين، نتناول في الأول مفهوم الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة وفي الثاني أحكام الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة.

المطلب الأول: مفهوم الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة

يتضمن عقد المساطحة على عنصر جوهري هو حق المساطحة، والأخير هو من الحقوق العينية الأصلية التي ترد على الأراضي من العقارات، لذلك أوجب المشرع العراقي تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، والأخلال بالنكول يتجسد بامتناع أحد طرفي عقد المساطحة بإتمام إجراءات التسجيل. ولغرض بيان مفهوم الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة بصورة مفصلة، سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول تعريف عقد المساطحة وفي الثاني معنى الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة.

الفرع الأول: تعريف المساطحة

يعد عقد المساطحة من العقود ذات الأهمية الاقتصادية في كونه يلبي حاجة المستثمر في الحصول على عقار من أجل استثمار أمواله في إنشاء الأبنية للأغراض المختلفة والاستفادة منها مدة من الزمن، ويلبي في الوقت نفسه حاجة الملاك في بقائهم كمالكين ويتنازلون عن سلطتي الاستعمال والاستغلال خلال هذه المدة على أن تعود رقبة الأرض مع ما شيد عليها من منشآت إلى صاحب الأرض^(٢). بالرغم من أن المشرع العراقي لم يعرف عقد المساطحة، وإنما عرف حق المساطحة في المادة (١/١٢٦٦) "حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير وبمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق والتزامات المساطح". والملاحظ على نص المادة فيها إشارة إلى عقد المساطحة بأنه اتفاق بين صاحب المساطحة وصاحب الأرض ويحدد هذا الاتفاق حقوق والتزامات المساطح.

ويقابل المساطحة في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الحكر وتناوله ضمن الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية إلا أنه جعله في نطاق محدود يرد فقط على الأراضي الموقوفة ويكون بناءً على ضرورة أو مصلحة^(٣)، بينما نطاقه أوسع في التشريع العراقي فيشمل الأراضي المملوكة والموقوفة وقفاً صحيحاً، كما أن الحكر في القانون المصري يشمل البناء والمنشآت والغراس وأن مدة العقد لا تزيد عن ستين سنة^(٤)، في حين أن حق المساطحة في التشريع العراقي لا تزيد عن خمسين سنة ولا يشمل الغراس بل فقط البناء والمنشآت الأخرى.

ويثبت لعقد المساطحة عدة خصائص التي سنبينها بالآتي:-

٢ - د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، بلا رقم طبعة، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٨، ص ٣٩٤.

٣ - د. محمد جاد محمد جاد، المدخل لدراسة القانون _ نظرية الحق، بلا سنة نشر، ص ٧٢.

٤ - د. نبيل إبراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون- نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٤٥.

أولاً- عقد ملزم للجانبين:

يُعد عقد المساطحة من العقود الملزمة للجانبين فهو يُرتب التزامات على مالك الأرض أهمها تسليم الأرض بصورة شاغرة إلى المساطح، كما يلتزم بأن يُمكن المساطح من الإنتفاع بالأرض طول المدة المتفقة عليها في المساطحة، انتفاعاً هادئاً وعدم التعرض له شخصياً أو من قبل الغير. أما التزامات المساطح فيلتزم بإقامة المشروع وفقاً إلى الخرائط والتصاميم التي تخصّ المشروع المراد إنجاز واستعماله واستغلاله حسب ماهو مدرج ومتفق عليه مع مالك الأرض، كما يلتزم بدفع الأجرة المتفق عليها في المواعيد المحددة لها، كذلك يلتزم بإعادة الأرض وتسليمها للمالك بعد أنتهاء مدة المساطحة^(٥).

ثانياً- عقد معاوضة

يُعد عقد المساطحة من طائفة عقود المعاوضة التي تختص بأن كل طرف يعطي مقابلاً نظير ما يأخذه، فمالك الأرض يعطي الأرض للمساطح فيتخلّى خلال المدة المحددة للمساطح عن سلطتي الاستعمال والاستغلال والتصرف المادي، وفي مقابل ذلك يحصل على مقابل من المساطح نتيجة انتفاع هذا الأخير بالأرض، الذي قد يكون مادياً ويختلف حسب الاتفاق الذي أبرمه مع المساطح فقد يكون مبلغاً من المال ويسمى حينئذ بأجرة المساطحة والتي تدفع بشكل دوري سنوياً كانت أو سنتين أو تدفع دفعة واحدة، كما قد يكون وقت الدفع في بداية المساطحة أو خلال مدة المساطحة أو في نهايتها^(٦). وقد يكون المقابل المادي غير النقود، كما لو اتفقا على أن يمتلك مالك الأرض المنشأة والأبنية التي أقامها المساطح بعد أنتهاء مدة المساطحة بدلاً عن اجرة المساطحة ككل. أو يتفقا على حدوث الشراكة في ملكية الأرض والمنشأة بعد أنتهاء المدة المحددة للمساطحة^(٧).

ثالثاً- عقد المساطحة من العقود المستمرة التنفيذ:

إن ما ينشأ من حقوق والتزامات عن عقد المساطحة، تُعد مؤقتة تنتهي بأنتهاء المدة المحددة في العقد أو المدة التي حددها المشرع كما في تحديد المشرع العراقي بأن لاتزيد مدة حق المساطحة في كل الأحوال على خمسين سنة^(٨)، أو كما في تحديد المشرع المصري بأن لا تزيد على ستين سنة^(٩)، كما أن ما يدل على أن الزمن عنصر جوهري في عقد المساطحة في حالة زوال البناء قبل أنتهاء مدة حق المساطحة لا يعد سبباً من أسباب انقضاء الحق وإنما يبقى هذا الحق إلى نهاية مدة العقد حتى في حالة

٥ - د. ريباز أردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية في كلية القانون لجامعة ديالى، المجلد السابع، العدد الأول، ٢٠١٨، ص ٢٥٩.
٦ - ينظر د. حسن علي ذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابط للطباعة والنشر، بغداد- العراق، ١٩٥٤، ص ٣٥٧.
٧ - د. ريباز أردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، مصدر سابق، ص ٢٦٠.
٨ - نص المادة ١٢٦٧ فقرة ١ من القانون المدني.
٩ - نص المادة ٩٩٩ من القانون المدني المصري.

عدم البناء^(١٠)، وإذا لم يتفق المساطح وصاحب الأرض على المدة فإن لكل منهما أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك^(١١).

رابعاً- عقد المساطحة من العقود غير المسماة:

لعل المتأمل من موقف المشرع العراقي أنه تناول العقود المسماة ونظمها في الكتاب الثاني من القسم الأول في القانون المدني، ولم يرد من بينها عقد المساطحة ولم ينظم أحكامها مما ترك فراغاً لبعض الحالات الناتجة من واقع المجتمع عندما تبرز أمام القضاء، ومن ضمنها حالة الأخلال بالنكول عن تسجيله، وبالرغم من أن القضاء قد اتخذ دوراً حاسماً في كثير من الحالات التي لم ينظمها المشرع وارسى مبادئ مستقرة انعكست بضلالها على استقرار المعاملات لدى أفراد المجتمع، إلا أنه في حالة الأخلال بالنكول في عقد المساطحة لم يتوصل القضاء إلى مرسى يستقر عليه أفراد المجتمع في معاملاتهم، في معرفة مقدماً مصير العقد عند الأخلال بالنكول عن تسجيله.

ولعل سبب عدم تنظيم المشرع العراقي لعقد المساطحة يرجع إلى نظره المشرع إلى المساطحة تنشأ حق من الحقوق العينية الأصلية وهو ما نال أهمية وأولوية في التنظيم القانوني على العقد باعتبار الأخير أغلب قواعده الحاكمة تخضع للقواعد العامة وهذا ما تناوله المشرع في المادة (١٢٦٦ - ١٢٧٠) من القانون المدني.

وكذلك الأمر في قانون التسجيل العقاري فلم يخص عقد المساطحة بالذكر إلا في فيما يتعلق بوجوب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وأشار في باقي الأحكام إلى حق المساطحة ونظمها في المواد (٢٩٩ - ٢٣٤).

الفرع الثاني: معنى الأخلال بالنكل عن تسجيل عقد المساطحة

ينشأ عقد المساطحة من الناحية القانونية عبر مرحلتين، الأولى المكاتبية التي تتم بين الطرفين خارج دائرة التسجيل العقاري وهي تمثل مرحلة التقاء الإرادات على حقوق والتزامات الطرفين في عقد المساطحة ويقصد الطرفان من وراء إبرامه تنظيم العلاقة بينهما عن الفترة التي تسبق تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، والمرحلة الثانية تتمثل بإكمال إجراءات المطلوبة في دائرة التسجيل العقاري ويكون بإيجاب وقبول بحضور الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري، ويسجل هذا الاتفاق في السجل العقاري وتوقيع الطرفين عليه ومصادقة الموظف المختص على ذلك، أما الأخلال بالنكول عن تسجيل عقد المساطحة فيتجسد بعد تحقق الشروط الآتية:-

١٠ - ينظر: نص المادة ١٢٦٧ / فقرة ٢ من القانون المدني العراقي.

١١ - ينظر: نص المادة ١٢٦٧ / فقرة ١ من القانون المدني العراقي.

١- وجود عقد المساطحة خارج دائرة التسجيل العقاري بين الطرفين الذين حددهما نص المادة (١/١٢٦٦) من القانون المدني المساطح وصاحب الأرض، والمصطلح الأخير يشوبه الغموض في تحديده هل هو المالك أم الحائز أم صاحب حق التصرف أم الدولة؟.

يلاحظ أن المشرع العراقي في نص المادة (١/٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري أزال بعض الشيء من الغموض وبين المقصود بصاحب الأرض هو المالك للأرض ملكاً صرفاً للأفراد، وكذلك مالك الأراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً، ولكن السؤال يطرح حول إمكانية إنشاء حق المساطحة على الأراضي المملوكة للدولة وعلى حق التصرف في الأراضي الأميرية؟.

المتأمل في نصوص القانون المدني وقانون التسجيل العقاري لا يوجد في تنظيم أحكام حق المساطحة ما يشير إلى جواز أو عدم جواز إنشاء حق المساطحة على الأراضي المملوكة للدولة أو على الحقوق التصرفية للأشخاص في الأراضي الأميرية، لكن الملاحظ في الواقع العملي للجهات الإدارية للدولة ترتب حق المساطحة على أراض مملوكة ملكية خاصة لها، ويرى البعض أنه لا يوجد ما يحول بين الدولة وترتيب حق المساطحة على الأراضي المملوكة لها، لا سيما وأنها من أهم وسائل تشجيع الاستثمارات المحلية والأجنبية في التطوير العقاري في مجالات الإسكان والصناعة والبنية التحتية^(١٢).

أما بالنسبة لإنشاء حق المساطحة من قبل أصحاب الحقوق التصرفية في الأراضي الأميرية، فإن هناك رأياً يذهب إلى عدم جواز إنشاء حق المساطحة من قبل أصحاب الحقوق التصرفية لكون رتبة الأرض تعود للدولة، مستنداً في ذلك أن الأبنية التي تشيد على الأراضي الزراعية تتبع الأرض في التصرف في حين أن المنشآت التي يشيدها المساطح تعود ملكيتها له خلال مدة المساطحة^(١٣).

في حين يرى البعض أن المادة (١١٦٩) من القانون المدني أباحت لصاحب حق التصرف أن يبني الدور والأراضي والخوانيت والمصانع للأغراض الزراعية ويمكن أن يتم البناء من قبل المتصرف أو من قبل غيره بموجب حق المساطحة وكل ما هناك أن مدى حق المساطحة يقتصر على المنشآت اللازمة لأغراض الزراعة فقط^(١٤).

١٢ - د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٩٨.

١٣ - عبد الله غزالي العزاوي، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منها، بحث منشور في مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد الأول، السنة الثانية، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٨٨.

١٤ - د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٩٨.

٢- الإعذار: يشترط في الأخلال بالنكول لكي يمثل ركن الخطأ في المسؤولية إعذار المدين عن عدم تنفيذ التزامه وذلك أستاناداً للقواعد العامة^(١٥)، فالإعذار له دور مهم في تحديد تاريخ النكول عندما تتخذ الإرادة مظهراً خارجياً للنكول^(١٦)، وتحديد تاريخ النكول أمر لا بد منه لتقدير التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في التنفيذ.

٣- أمتناع عن تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري:

يتحقق الأخلال الذي يمثل ركن الخطأ في المسؤولية على شكل أحدى الصورتين: الأولى قد يمتنع مالك الأرض عن الحضور لتسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، والثانية قد يمتنع المساطح عن الحضور إلى دائرة التسجيل العقاري مع مالك الأرض لتسجيل عقد المساطحة.

أما عن وقت حدوث الأخلال بالنكول فيتم بعد إنشاء المكاتب المتضمنة لعقد المساطحة بين الطرفين خارج دائرة التسجيل العقاري وقبل تسجيله، وبين هاتين المرحلتين الذين يمر بمهما عقد المساطحة (الأنشاء والتسجيل)، هناك فترة زمنية قد تطول بين المرحلة الأولى والثانية بسبب الإجراءات الواجب اتباعها والمراجعات الخاصة ببعض الدوائر لأستيفاء ما يتطلبه القانون لتسجيل عقد المساطحة من جهة وتلك المساطح أو المالك في اتباع هذه الإجراءات عن عمد أو إهمال من جهة أخرى.

مما قد يحدث خلال هذه الفترة الزمنية من تغيرات اقتصادية تنعكس على قيمة العقار النقدية، أو تغيرات مالية لدى المساطح أو مالك الأرض فيشعر بأن إتمام صفقة العقد سيلحقه خسارة منها، مما يؤدي إلى نكوله عنها.

ولكن يلاحظ ان المشرع عاج طول الفترة الزمنية بين المرحلتين الأنعقاد والتسجيل لعقد البيع أو أفراغ حق التصرف، المرحلة الأولى أنشاء التعهد بنقل ملكية العقار المنظم في نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني^(١٧) والمرحلة الثانية إكمال الاجراءات المطلوبة في دائرة التسجيل العقاري لتسجيل الاتفاق في السجل العقاري وتوقيع الطرفين عليه ومصادقة الموظف المختص على ذلك^(١٨)، في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٩٨٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل^(١٩).

١٥ - نصت المادة ٢٥٦ من القانون المدني " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك".

١٦ - د. علي غسان أحمد، التعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ١٤، الإصدار ١، ٢٠١٢، ص ١٦.

١٧ - نصت المادة ١١٢٧ " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهدة سواء أشتراط التعويض في التعهد أم لم يشترط".

١٨ - د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، ج ٢، بدون ذكر رقم الطبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٣، ص ١٣٧.

١٩ - نص قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل: المادة ١ :-

ويثار تساؤل حول مدى إمكانية تطبيق القرار السالف الذكر على الأخلال بتسجيل عقد المساطحة، فالقرار الأخير جاء ليعالج حالة النكول عن تسجيل التعهدات بنقل ملكية العقار في دائرة التسجيل العقاري، فهل يمكن تطبيق القرار في حالة النكول عن تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري؟. بالرغم من أوجه الشبه في عقد المساطحة والتعهد بنقل الملكية في أن كلاهما يتمثل بالأخلال بالنكول بالأمتناع عن الحضور في دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقد، ولكن هناك اختلافاً يتجسد في أن التعهد بنقل الملكية يُعد من طائفة العقود الناقلة للملكية للحق العيني بينما التعهد بإنشاء حق مساطحة يُعد من طائفة العقود المنشئة للحق العيني.

كما أن المشرع العراقي لم يأت في القرار ١١٩٨ المعدل بمعالجة شاملة لحالات النكول التي ترد على التصرفات العقارية، فهو لم يشمل التصرفات المنشئة للحق العيني العقاري و المغيرة والمزيلة والمقررة، وإنما أقتصر على معالجة الناقلة منها، وحتى في الأخيرة لم يأت بمعالجة لجميع صورها، وإنما أقتصر على الذي يحدد بدلها بالنقد.

فالأخلال بالنكول يتجسد بالشكلية الواجب مراعاتها في عقد المساطحة، التي نص عليها المشرع العراقي في المادة (٢/١٢٦١) من القانون المدني بأن "حق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري"، وكذلك نص في المادة ٢٢٩/فقرة الأولى من قانون التسجيل العقاري "ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في

أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا اخل أحد الطرفين بالتعهد، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعنية بالتعهد وقيمته عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.

ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه ابنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيع للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعنية في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦.

ج- تعتمد القيمة المقدرة من اللجنة المشكلة بموجب أحكام المادة الرابعة من قانون تقدير قيمة العقار ومنافعه ذي الرقم ٨٥ لسنة ١٩٧٨ بتاريخ اقامة الدعوى أما المحاكم أساساً لاستيفاء الضرائب والرسوم بالنسبة للمشمولين بأحكام الفقرة (ب) من البند أولاً من القرار.

المادة ٢: ١- تفصل محكمة البداية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القرار، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محكمة الاستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به، وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار.

ب- تعتبر الدعاوى المشمولة بأحكام هذا القرار من الدعاوى المستعجلة.

المادة ٣: لا يعمل بأي نص قانوني أو قرار أو اتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار ويؤدي إلى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة.

المادة ٤: -ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويسري على ما سبقه من وقائع أو تعهدات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية.

السجل العقاري". وهذا الأمر أثار خلافاً حول بيان المقصود من الوجوب في التسجيل هل هو لأنعقاد العقد ويعد بذلك التسجيل ركناً من أركان العقد ؟ أم المقصود منه للتوثيق للأثبات ؟ فموقف المشرع العراقي في النصوص السابقة لم يكن حاسماً في هذا الشأن.

أما موقف المشرع المصري فقد نص في المادة (١٠٠) من القانون المدني " لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة. ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين ويجب شهره وفقاً لأحكام تنظيم الشهر العقاري". ويتضح من النص أن الحكر لا يمكن انشاؤه إلا باذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض المحكرة، ويجب أن يصدر به عقد شكلي على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين فلا تكفي فيه ورقة رسمية عادية توثق فيه مكتب التوثيق فإذا أذنت المحكمة في الحكر، وجب استصدار حجة به على يد رئيس المحكمة أو من يحيل عليه من القضاة أو الموثقين، وبالرغم من عدم النص على جزاء تخلف الشكل في عقد المساطحة بصورة صريحة إلا ان الفقه يذهب إلى البطلان المطلق هو الجزاء الذي يترتب على تخلف الشكل^(٢٠) فهو لا ينشأ لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة غلى الغير، إلا إذا سجل وفقاً لما تقضي به (المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري).

المطلب الثاني: أحكام الإخلال بالنكل عن تسجيل عقد المساطحة

إذا تم تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري، ترتب على ذلك من حكم وجوب تنفيذ الالتزامات التي اتفقوا عليها، أما في حالة النكول عن تسجيله، فالمشرع العراقي لم يبين الأحكام المترتبة على ذلك كما أنه لم يبين، هل التسجيل هو ركن لأنعقاده أم للتوثيق؟^(٢١)، هذا ما كان محل خلاف الفقه والقضاء إلى اتجاهين، ولمعرفة مصير عقد المساطحة عند الأخلال بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، يتطلب أولاً معرفة الوصف القانوني لعقد المساطحة عند الأخلال بالنكول عن تسجيله هل التسجيل ركن من اركان عقد المساطحة، أم هو للتوثيق والأثبات، واستناداً لذلك يمكن معرفة الآثار المترتبة على الوصف القانوني. ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول التسجيل ركن في انعقاد عقد المساطحة وفي الثاني التسجيل لتوثيق وأثبات عقد المساطحة.

٢٠ - د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية-دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية بيروت - لبنان، ١٩٨٢، ص ١٠٨١، ود. جميل شرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٥، ص ١١٤.
٢١ - د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

الفرع الأول: التسجيل ركن في انعقاد عقد المساطحة

يرى جانب من الفقه أن وجوب التسجيل الوارد ذكره في (المادة ١٢٦٦/٢) من القانون المدني ينصرف إلى انعقاد عقد المساطحة^(٢٢)، وما يؤيد هذا الاتجاه بعض القرائن الدالة على موقف المشرع العراقي فإنه لم يستخدم في أي قانون كلمة التسجيل للإثبات وللتوثيق، ويستند البعض في ذلك إلى أن المشرع العراقي أستخدم لفظ الكتابة للأثبات وذلك في نص المادة (٧١١) من القانون المدني " لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي"^(٢٣).

وكذلك سار موقف القضاء العراقي في بعض أحكامه بهذا الاتجاه^(٢٤)، إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية " عقد المساطحة من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة"^(٢٥).

والأخذ بهذا الرأي الذي يعد تسجيل عقد المساطحة ركناً في انعقاد العقد، يستوجب معرفة مصير عقد المساطحة والآثار المترتبة عليه، ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنتناول في الفقرة الأولى مصير عقد المساطحة وفي الفقرة الثانية الآثار القانونية المترتبة على وصف التسجيل ركن في عقد المساطحة.

أولاً- مصير عقد المساطحة

إن الأخذ بالوصف القانوني في اعتبار عقد المساطحة يعدّ من طائفة العقود الشكلية، فإن الأخلال بعدم تسجيله أمراً مخافاً لنصوص قانونية تنسم بالصفة الآمرة (٢،١/٣) و(١/٢٩٩) و(١/٢٣٠) من قانون التسجيل العقاري، فهذه القواعد تتعلق بالنظام العام التي لا يجوز الخروج عنها والاتفاق على مخالفتها سواء كان ذلك بإرادة الطرفين أو بإرادة طرف واحد، ف القانون التسجيل العقاري الذي أوجب تسجيل المساطحة كركن للانعقاد هو قانون إجرائي خاص بالعقارات والتصرفات الواقعة عليها، إذ أن قواعده هي التي تنظم كيفية وطرق إنشاء وزوال الحقوق العينية على العقارات بمختلف أنواعها، ولا يتم أي مما ذكر مالم يتم تسجيله في السجل العقاري لدى دائرة التسجيل العقاري، وتعد المساطحة إحدى هذه التصرفات التي لا يمكن استثنائها من التسجيل.

٢٢ - د. حسن علي دنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٥٥ وكذلك أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٣١٧.

٢٣ - د. ظاهر مجيد قادر وآخرون، موقف القضاء العراقي من شكلية عقد المساطحة، دراسة تحليلية نقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١١، ٢٠٢٢، ص ٤٤٦.

٢٤ - قرار رقم ٧٦/١م/١٩٩٦ في ١٤/٦/١٩٩٦ وكذلك رقم (٢٠٠١/٢م/١٩٩٨) في ٢٣/٦/١٩٩٨.

٢٥ - محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (١٥٥٩/ هيئة مدنية / عقار / ٢٠٠٩) في ٣/٩/٢٠٠٩ غير منشور، وكذلك قرار رقم

١٨١/ مساطحة ٢٠١٠ في ٢٤/٨/٢٠١٠.

فأن مصير عقد المساطحة هو اعتباره باطلاً لتخلف الشكلية فيه وهذا ما قضى به القضاء العراقي^(٢٦)، وأساس البطلان هو وصف عقد المساطحة بالعقد الشكلي وإذا لم تستوف لشكلية يعد العقد باطلاً، وذلك استناداً لنص المادة (١٣٨) من القانون المدني التي أعتبرت العقد الباطل منعدم ليس له وجود قانوني مما يترتب على هذا الوصف أن نكول أحد أطراف العقد عن تسجيله في دائرة التسجيل العقاري يُعَدُّ العقد باطلاً فهو منعدم من الأصل وليس له وجود قانوني، فلا يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذه ومؤدى ذلك لا يستطيع الطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري استناداً إلى نص المادة (٢٤٦/١) من القانون المدني لأن التنفيذ العيني الجبري يكون في العقود الصحيحة.

وإذا سلم أحد العاقدين شيئاً إلى الآخر تنفيذاً للعقد كان له أن يسترد ما سلمه، ويجب عندئذ إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل العقد، فإذا كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل، ويلاحظ على موقف المشرع العراقي أنه لم يحدد موقفه بالنسبة للمقبوض بالعقد الباطل هل يعد يد القابض يد امانة أم يد ضمان في نص المادة (١٣٨/٢) فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان مستحيلاً جاز بتعويض عادل فهو لم يجعل التعويض واجباً بل جعله جوازياً، للمحكمة أن تحكم به أو لا تحكم به ومن جانب آخر وصف التعويض بأنه عادل ومعنى ذلك أن المحكمة غير ملزمة بالحكم بقيمة الشيء الهالك بل بما تراه هي عادلاً^(٢٧).

ثانياً- الآثار القانونية المترتبة على وصف التسجيل ركن في عقد المساطحة

يترتب على هذا الوصف القانوني عدة آثار نبينها بالآتي:-

١- لا يمكن للباي إجراء التصرفات القانونية بالمساطحة سواء أكان بمقابل أو بدون بمقابل، كما لا يمكن له من الناحية القانونية التنازل عنها للغير أو رهنها لأن هذه التصرفات تتطلب قيدها في السجل العقاري بعد اكتساب المتصرف صفة المساطح، ومادام لم يكتسب هذه الصفة ففاقد الشيء لا يعطيه.

٢- لا يستطيع الباي التأميم على البناء أو المنشآت لأنه لم يكتسب صفة المساطح فلا يكون قادراً من الناحية القانونية التعاقد مع شركة التأمين للتأمين على مشروعة.

٣- حق المساطحة ينتقل بالآرث إلا أن بطلان عقد المساطحة نتيجة لعدم تسجيله يترتب عليه عدم انتقاله غلى الورثة، لأنه لم يدخل في الذمة المالية للباي، فيقتصر الحق الذي يؤول إلى الورثة على

٢٦ - "العقد المنشئ لحق المساطحة لا يكون صحيحاً ولا يترتب اثرٌ مالم يستوف متطلبات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري محكمة التمييز الاتحادية قرار رقم ٥٧/٥٦/ هيئة عامة/ تاريخ القرار ١٩٨٨/٤/١٩ وكذلك نفس المبدأ قرار رقم ٢٣٥/١٣/٩٩ تاريخ القرار ١٩٩٩/٦/٢٧ أشار إليهم عبدالله غزالي العزاوي، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منهما، مصدر سابق، ص ١٠٢.

٢٧ - ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ج ١٩٧٤، ص ٣٠٢.

- المنشآت التي أقامها المورث، كما أن الدائنين لا يستطيعون استحصال ديونهم من المساطح من خلال الحجز على حق المساطحة ويبيعه أو محاصمة الورثة بذلك لأنه لم ينشأ من الناحية القانونية.
- ٤- في حالة قيام الجهة الإدارية استملاك الأرض المخصصة للمساطحة، وقد اقام بناءً أو منشآت فلا يستحق الباني من التعويض العادل المنصوص عليه في قانون الاستملاك، وإنما مالك الأرض يستحقه، ولكن له حق المطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن قيمة البناء مستحقه القلع وليس بقيمتها وهي قائمة لأنه سيء النية وبدون زعم شرعي.
- ٥- أما إذا استملكت الأرض ولم يكن قد شيد عليها، فلا يحق له المطالبة بالتعويض لعدم وجود حق يستحق التعويض عنه، أما المساطح فقد اقر المشرع في الحصول على التعويض عند استملاك الارض محل المساطحة سواء اقام المنشآت عليها أم لا. (٢٨)

الفرع الثاني: التسجيل لتوثيق عقد المساطحة وأثباته

يرى جانب من الفقه أن وجوب التسجيل الوارد ذكره في (المادة ١٢٦٦/٢) ينصرف إلى توثيق عقد المساطحة وليس ركناً من اركان العقد (٢٩) وسار القضاء على هذا الاتجاه إذ قضى أن تسجيل العقد المنشئ لحق المساطحة ليس ركناً لانعقاده بل هو للتوثيق (٣٠)، وأستمرت محكمة التمييز فترة من الزمن بهذا الاتجاه إذ قضت " تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري هو لغرض التوثيق..." (٣١)، ومن ثم عزفت عنه إلا ان هذا لم يستمر طويلاً حتى عادت محكمة التمييز إلى اتجاهها السابق باعتبار أن

٢٨ - ينظر : نص المادة ٣٥ /أولاً- هـ من قانون الاستملاك العراقي.

٢٩ - شاكر ناصر حيدر، الحقوق العينية العقارية، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، ١٩٥٣، ص ٤٠.

٣٠ - قرار رقم ٢٠١ /ح/ ٢٦٨ في ٩/١٨ /١٩٦٨ أشار إليه د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

٣١ - قرار رقم ٢٧٥ / حقوقية ثالثة/ في ١٢/٢٠ /١٩٦٩ والحكم رقم ١٤٣٤/٣م/٤٧ في ١١/٣ /١٩٧٥ والحكم رقم ٤١٨/١م/٧٦ في ١٠/٢٠ /١٠٧٦ والحكم رقم ٢٤٣/١م/٧٨ في ٢٩/٦ /١٩٧٨ والحكم ٤٥٣ / هيئة عامة/ في ٢٤/٢ /١٩٧٩ والحكم ٤٣٤/١م/٧٩ في ١٨/٥ /١٩٨٠ أشار إليهم د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٩٩ قرار محكمة التمييز رقم ٤٣٤/١م/٧٩ في ١٨/٥ /١٩٨٠ وكذلك قرار رقم ٤١٨/١م/٧٦ في ٢٠/١٠ /١٩٧٦ وكذلك قرار رقم ٢٤٣/١م/٧٨ في ٢٩/٦ /١٩٧٨ أشار إليهم ظاهر مجيد قادر وآخرون، موقف القضاء العراقي من شكلية عقد المساطحة، دراسة تحليلية نقدية، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري ليس ركناً من أركان العقد، بل الغرض منه توثيق العقد^(٣٢).

والأخذ بهذا الرأي الذي يعد تسجيل عقد المساطحة للتوثيق، يستوجب معرفة مصير عقد المساطحة والآثار المترتبة عليه، ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنتناول في الفقرة الأولى مصير عقد المساطحة وفي الفقرة الثانية الآثار القانونية المترتبة على وصف التسجيل لتوثيق عقد المساطحة.

أولاً- مصير عقد المساطحة

إنَّ الأخذ بهذا الرأي يترتب عليه أن عدم التسجيل لا يؤدي إلى بطلان عقد المساطحة، وإنما له وجود قانوني، فالمكاتب العرفية كافية لأنعقاده وكذلك تكفي للأثبات بمقتضى القواعد العامة في قانون الأثبات مما يترتب على ذلك بعدم الحاجة إلى تسجيل عقد المساطحة للتوثيق، مما يترتب على ذلك من نتيجة أن المادة (٢/١٢٦٦) من القانون المدني زائدة في تقرير حكم الأثبات.

كما أن تفسير نص المادة سالفة الذكر على أن المشرع حدد طريقاً واحداً لتوثيق عقد المساطحة وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري فهذا القول يخالف القواعد العامة في الأثبات بالأدلة الكتابية^(٣٣).

ومادام المشرع العراقي لم يبيّن مصير العقد الابتدائي عند الأخلال بعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، مما فتح المجال أمام القضاء في الاجتهاد الذي لم يستقر على اتجاه معين، وإنما إلى عدة اتجاهات والتي سنبينها بصورة مفصلة بالآتي:

الاتجاه الأول: ذهب القضاء العراقي إلى وصف عقد المساطحة في حالة الأخلال بعدم تسجيله إلى أنه عقدٌ من نوع خاص، وبعد عقدًا صحيحاً بالوصف الذي تضمنه شروطه ما دام غير مخالف للنظام العام و الآداب و يلتزم الطرفان بشروط المتفق عليها^(٣٤).

ويبدو أن موقف القضاء سار في السياسة التشريعية لتقليل من حالات بطلان العقد وأخذ بنظرية تحول العقد، إلا أن هذه النظرية غير كافية بمعالجة الأخلال بعدم التسجيل، وذلك بسبب ما هو مشترك للاخذ بهذه النظرية من انصراف نية المتعاقدين إلى العقد المحول إليه أي العقد الجديد وهذا ما لا يمكن

٣٢ - محكمة التمييز الاتحادية قرار رقم ١٣٢١، تاريخ القرار ٢٠١٥/٣/١٢ أشار إليه د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

٣٣ - قانون الأثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، الباب الثاني طرق الأثبات الفصل الأول الدليل الكتابي - الفرع الثالث السندات العادية المواد (٢٥-٢٧).

٣٤ - "عقد المساطحة إذا لم يسجل في دوائر التسجيل العقاري وفقاً لأحكام المادة (١٢٦٦) من القانون المدني والمادة (٢٩٩) من قانون التسجيل العقاري لا يكون عقداً باطلاً حيث أن ذلك العقد يعد عقداً من نوع خاص ويعتبر عقد صحيح بالوصف الذي تضمنه شروطه ما دام غير مخالف للنظام العام و الآداب و يلتزم الطرفين بشروط المتفق عليها. محكمة التمييز الاتحادية، رقم الحكم: ٢٦٨/مساطحة/٢٠٠٧، تاريخ القرار ٢٠٠٧/٣/٢٨ منشور في الموقع الإلكتروني

تحققه في المساطحة لأن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام العقد المنشئيء لحق المساطحة ولم تتجه إلى إبرام عقد آخر^(٣٥).

الاتجاه الثاني:- ذهب القضاء العراقي إلى تغيير وصف عقد المساطحة في حالة الأخلال بعدم تسجيله إلى عقد خاص وهو عقد (إجارة طويلة) وأن طلب فسخه تطبق بحقه أحكام المادة (٧٧٤) من القانون المدني^(٣٦). ويترب على هذا الاتجاه أنه وضع عقد المساطحة في حالة النكول عن تسجيله في النظام القانوني لعقد الإجارة الطويلة أي يخضع لإحكامه.

ونلاحظ على هذا التوجه أن الإجارة الطويلة ايضاً تتطلب الشكلية بتسجيلها لأنها تخضع لأحكام عقد المساطحة وذلك بموجب المادة (٢/٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، فما أراد القضاء من توجهه في تقليل حالات البطلان وأعطاه وصف قانوني آخر وهو الإجارة الطويلة إلا أن الأخير ايضاً يصطدم بالبطلان لأنه لم يستوف الشكلية في الأنعقاد، ومودئ ذلك فإن نظرية تحول العقد تعجز عن احتواء إشكالية عدم التسجيل ومعالجتها.

الاتجاه الثالث:- ذهب القضاء العراقي في وصف آخر لحالة النكول عن تسجيل عقد المساطحة فقضت "النكول عن عقد المساطحة ولم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة (١٢٦٦/٢) مدني يُعد عقد إيجار من نوع خاص فهو لا يعد عقد مساطحة بمعناه القانوني وإنما هو عقد إيجار من نوع خاص وعند فسخه تطبق أحكام المادة (٧٧٤) من القانون المدني بشأن الأبنية المشيدة ولا يخضع لأحكام المادة (١٢٧) منه^(٣٧).

ثانياً- الآثار القانونية المترتبة على وصف التسجيل لتوثيق عقد المساطحة

يترب على هذا الوصف القانوني عدة آثار نبينها بالاتي:-

١- إن وصف التسجيل هو لتوثيق عقد المساطحة يترب على ذلك ان العقد يُعد من طائفة العقود الرضائية وهذا ما يترب عليه من اثر إمكان المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري استناداً للقاعدة العامة في القانون المدني العراقي التي نصت في المادة ٢٤٦/فقرة ١ "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

٣٥ - نص المادة (١٤٠) من القانون المدني " إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

٣٦ - محكمة التمييز الاتحادية، قرار رقم ١٧٣٣ في ٢٠٠٨/٨/٥ غير منشور.

٣٧ - محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (١٨١/مساطحة/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٨/٢٤ غير منشور.

٢- والأخذ بهذا الرأي الذي يعد التسجيل لتوثيق عقد المساطحة، ففي هذا الفرض رسم المشرع طريقاً واحداً لتوثيق وأثبت عقد المساطحة ولا يمكن الأعتداد بالقواعد العامة للأثبات، وهذا ما يؤدي في الواقع العملي إلى صعوبة إثبات عقد المساطحة غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري.

الخاتمة

من خلال البحث توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات التي سنبينها بالآتي:

أولاً- النتائج

١- إنَّ الفراغ التشريعي لمعالجة النكول عن تسجيل عقد المساطحة أدى إلى تشتت موقف القضاء إلى عدة اتجاهات لمعالجة وسد الفراغ، ووصف عقد المساطحة بأوصاف متعددة وهذا ما ينعكس بدوره على عدم استقرار المعاملات في عقد المساطحة لأفراد المجتمع.

٢- إنَّ سبب اختلاف محكمة التمييز الاتحادية على عدم أستقرارها على وصف قانوني واحد لعقد المساطحة تارةً تصفه بالعقد الشكلي وتارة أخرى بالعقد الرضائي وذلك يرجع إلى الاختلاف في تفسير مصطلح (يجب) الوارد في نص المادة ٢/١٢٦٦ من القانون المدني هل المقصود بالوجوب لأنعقاد عقد المساطحة أم لأثباته، فعبارة النص لم تكن صريحة بما فيه الكفاية.

٣- لا نؤيد موقف القضاء العراقي في وصف اتفاق المساطحة غير المسجل عقداً من نوع خاص بمثابة عقد إجارة طويلة، لأن المشرع في نص المادة ٢/٢٩٩ من قانون التسجيل العقاري خضع عقد الإجارة الطويلة لعقد المساطحة ومن ثم يجب تسجيل عقد المساطحة أيضاً وإذا لم تسجل فإن الإجارة الطويلة شأنها شأن المساطحة ومن ثم نعود إلى الإشكالية ذاتها.

٤- إنَّ الأخذ بالوصف القانوني أن تسجيل عقد المساطحة هو لإثباته وليس لأنعقاده، ففي هذا الفرض أن المشرع حدد طريقاً واحداً لأثبات عقد المساطحة وهو التسجيل، ومن ثم تثار إشكالية أخرى تتمثل في كيفية إثبات عقد المساطحة الذي لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري.

٥- إنَّ اكتفاء القضاء بالاتفاق المكتوب بين الطرفين لإثبات عقد المساطحة فإنه يترتب على ذلك عدم الحاجة إلى نص المادة ٢/١٢٦٦ التي أوجبت التسجيل.

٦- لا يمكن مد حكم قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل على حالة النكول في عقد المساطحة، لأن المشرع العراقي لم يأت في القرار ١١٩٨ المعدل بمعالجة شاملة لحالات

النكول التي ترد على التصرفات العقارية، فهو لم يشمل التصرفات المنشئة للحق العيني العقاري والمغيرة والمزيلة والمقررة، وإنما أقتصر على معالجة الناقلة منها، وحتى في الأخيرة لم يأت بمعالجة لجميع صورها، وإنما أقتصر على الذي يحدد بدلها بالنقد.

ثانياً- المقترحات

١- نقتراح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢/١٢٦٦) من القانون المدني، وذلك لمعالجة الغموض في تفسير مصطلح يجب الوارد ذكره في النص ليكون صيغة النص بالآتي " عقد المساطحة لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ".

٢- ندعو السادة القضاة في محكمة التمييز الاتحادية إلى تبني اتجاه واحد في تكييف عقد المساطحة وهو اعتباره من طائفة العقود الشكلية وأن تسجيله في دائرة التسجيل العقاري هو لأنعقاده وهذا نتلمسه من عبارة المشرع " ينشأ حق المساطحة... بتسجيل اتفاق.. في السجل العقاري" الواردة في نص المادة ٢٢٩ /١، فالمتأمل فيها أن نشوء حق المساطحة يتوقف على تسجيله وبدلالة مفهوم المخالفة لا ينشأ حق المساطحة قبل التسجيل فمعنى ذلك أن العقد لم ينشأ ولم يكن له وجود لأنه لو كان له وجود لرتب حقوق والتزامات.

المصادر

أولاً- الكتب القانونية

- ١- حسن علي ذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابط للطباعة والنشر، بغداد- العراق، ١٩٥٤.
- ٢- جميل شرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٥.
- ٣- درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، بلا رقم طبعة، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٨.
- ٤- شاكر ناصر حيدر، الحقوق العينية العقارية، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، ١٩٥٣.
- ٥- طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، ج ٢، بدون ذكر رقم الطبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٣.
- ٦- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ج ١، ١٩٧٤.
- ٧- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية-دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية بيروت - لبنان، ١٩٨٢.
- ٨- نبيل ابراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون- نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ٩- محمد جاد محمد جاد، المدخل لدراسة القانون _ نظرية الحق، بلا سنة نشر.
- ١٠- محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بلا سنة طبع.

ثانياً- البحوث

- ١- ريباز أردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية في كلية القانون لجامعة ديالى، المجلد السابع، العدد الأول، ٢٠١٨.
- ٢- ظاهر مجيد قادر وآخرون، موقف القضاء العراقي من شكلية عقد المساطحة، دراسة تحليلية نقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١١، ٢٠٢٢.
- ٣- عبدالله غزاي العزاوي، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منهما، بحث منشور في مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد الأول، السنة الثانية، بغداد، ٢٠٠٠.
- ٤- علي غسان أحمد، التعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ١٤، الإصدار ١.

ثالثاً- القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٤- قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٥- قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل.

رابعاً- الأحكام القضائية غير المنشورة

١- قرار، محكمة التمييز العراقية رقم (١٥٥٩/ هيئة مدنية / عقار / ٢٠٠٩) في ٣/٩/٢٠٠٩.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ١٧٣٣ في ٥/٨/٢٠٠٨.

٣- قرار رقم (١٨١/ مساطحة/ ٢٠١٠) في ٢٤/٨/٢٠١٠.

خامساً- المواقع الإلكترونية

1- <https://www.sirwanlawyer.com>.