

مصدرية الحكم القضائي لحق الملكية-^(*)

Judicial verdict as a source for the right of ownership

محمد سليمان الأحمد

زياد خلف عليوي

كلية القانون والسياسة

كلية القانون والعلوم السياسية

جامعة السليمانية

جامعة كركوك

Ziyad Khalaf Aliwi

Muhammad Suleiman Al-Ahmad

College of Law and Political Science

College of Law and Politics

University of Kirkuk

University of Sulaymaniyah

Correspondence:

Ziyad Khalaf Aliwi

E-mail: dr.ziyad.khalaf@uokirkuk.edu.iq

الاستخلص

الحكم القضائي لم يتفق الفقه على تحديد معناه وانما انقسم الى اتجاهين في تعريفه، اتجاه يعرفه بتعريف واسع على اساس انه في كل ما يصدر من قرارات واحكام للفصل في القضايا المعروضة على الجهات المختصة بنظر هذه المنازعات، اما الاتجاه الاخر فيعرفه بتعريف ضيق دقيق بموجبه يقتصر الحكم على القرارات التي تصدرها المحاكم عندما تقوم بالنظر فيما يعرض عليها من قضايا من قبل الافراد المتخاصمين للفصل فيها واصدار حكم فاصل للنزاع.

هذا وقد ظهرت اتجاهات اربع في تحديد ماهية الحكم، كل اتجاه اعتمد على معيار معين في تحديد ماهية الحكم، ومنهم من اخذ بأكثر من معيار واحد في نفس الوقت وهذه المعايير هي المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي والمعيار المختلط وهناك اتجاه رابع اخذ بمعيار وظيفة الحكم وآثاره معياراً لتحديد ماهيته.

(*) أستلم البحث في ٢٠١٩/١١/١١ *** قبل للنشر في ٢٠١٩/١٢/٢٣.

(*) received on 11/11/2019 *** accepted for publishing on 23/12/2019.

Doi: 10.33899/rlawj.2019.126270.1039

© Authors, 2023, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license

(<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

وللحكم القضائي دور في انشاء حق الملكية، وهذا الدور للحكم القضائي يأخذ صورتين، الصورة الاولى تكون عندما يكون للحكم دور مع مصادر حق الملكية، فيكون الحكم وسيلة من الوسائل التي عن طريقها يتم انشاء حق الملكية للشخص في اطار مصدر معين من مصادر هذا الحق، وهو ما يكون في حالة قسمة المال الشائع عن طريق القضاء ورسو المزايدة على احد الشركاء، او في حالة رسو المزايدة على الحائز في حالة تنفيذ الرهن التأميني.

اما الصورة الثانية فتكون عندما يكون الحكم مصدراً مباشراً لحق الملكية من دون وجود المصادر الاخرى لهذا الحق، فيكون الحكم هو المصدر المباشر لحق الملكية كما في حالات بطلان عقد البيع المتعلق بعقار، والاستملاك القضائي والشفعة والتصاق منقول بمنقول في بعض التشريعات.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، حق الملكية، التعريف.

Abstract

Generally, jurisprudence has not agreed to define judicial verdicts. Rather, jurists have taken this mission into two ways. Some defined it widely to be all decisions and resolutions destined to solve disputes raised in front of specialised authorities. Others defined it narrowly and accurately to be merely confined to court decisions while solving disputes raised by the parties of each case aiming to have a definite verdict from these courts to have this dispute solved. Similarly, four trends have tried to conceptualise court verdicts, each has depended upon a specific criterion to do so. Some counted on more than one criterion at the same time such as; formal, objective, and hybrid criterions. Additionally, another fourth trend has considered the function and effects of the same verdict as a criterion to conceptualise this judicial verdict. The judiciary verdict has a vital role to establish the right of ownership. This in turn

takes two dimensions. On the one hand, the first exists when the verdict has a role with the sources of the right of ownership. Then this verdict becomes a means that establishes the right of ownership for an individual within a definite source among the other sources of this right. Evidently, this can be demonstrated within; the case of laying the bidding over a single partner through the division of common ownership by courts, or the case of laying the bidding over the possessor through implementing a real-estate mortgage. On the other hand, the second dimension can be illustrated when the verdict becomes a direct source for the right of ownership while all other sources are not in existence. Subsequently, the verdict is definitely becoming the direct source for the right of ownership. For instance, the cases of rescinding a real-estate sale, judicial acquisition, pre-emption, and the adhesion of a removable thing with another one in some cases.

Key words: Jurisprudence, Right of ownership, Definition.

إلقدمة

الحق العيني هو النوع الثاني من انواع الحقوق المالية، وهذا الحق كما في الحق الشخصي له مصادر متعددة اهتمت التشريعات المقارنة بها ونظمتها، فنجد ان هذه التشريعات قد صنفت هذه المصادر الى مجاميع تضم كل مجموعة عدد من المصادر، ومن ابرز الحقوق العينية حق الملكية، إذ يعد هذا الحق من اوسع الحقوق العينية واشملها حتى ان باقي الحقوق العينية الاصلية تعد حقوق متفرعة عنه .
وللحكم القضائي دور في انشاء هذا الحق، وذلك عندما يستمد الشخص ملكيته من هذا الحكم، ويستند اليه في الاحتجاج بهذا الحق، وعلى اساسه يمارس المالك سلطاته، ومنه يستمد القوة في تنفيذ مضمونه .

وللحكم القضائي ادوار متعددة في اطار مصدريته لحق الملكية، فتارة يتفاعل مع مصادر هذا الحق فيساعد المالك في الحصول على حقه عن طريق تقوية المصدر الذي يكتسب به المالك حقه، فيساعد الحكم في هذه الحالة في الحصول على الحق، او ان هذا المصدر يحتاج الى الحكم كأحد العناصر التي يجب توافرها لاكتمال انشاء حق الملكية بواسطة هذا المصدر، وفي المقابل هناك حالات يكون فيها الحكم مصدراً مباشراً لحق الملكية، فلا ينظر الى أي مصدر اخر من مصادر هذا الحق وانما يكون الحكم هو وحده من يكسب حق الملكية للشخص، ويستند اليه وحده في الاحتجاج بالحق والاستفادة من اثاره.

والحكم القضائي يكون مصدراً لحق الملكية في العديد من الحالات، ففي بعض الاحيان يقوم الحكم القضائي مقام العقد في حالة بطلانه لينتج أثراً في انشاء حق الملكية للشخص، فإذا ما كان العقد باطلاً فلا يمكن له ان ينتج أي اثر من اثاره الاصلية، وهنا يأتي دور الحكم ليكون هو المصدر المنشئ لحق الملكية، ولا يقتصر الامر على هذه الحالة وانما هناك حالات اخرى يكون فيها الحكم هو المصدر المنشئ لحق الملكية، فيكون الحكم وحده هو الذي يكسب الملكية للشخص كما في حالة الاستملاك القضائي، او حالة الحكم برسو المزايدة في البيوع الجبرية بسبب القسمة القضائية في المال الشائع، كما ان للحكم القضائي دور منشئ لحق الملكية في حالة الشفعة، وفي بعض التشريعات المقارنة الحكم هو الذي يفصل في حق الملكية في حالة التصاق منقول بمنقول.

وكل ما تقدم من ادوار للحكم القضائي في مصدرية حق الملكية، وعدم وجود الدراسات التي تبين حقيقة دور الحكم القضائي في انشاء حق الملكية، تستدعي بحث مصدرية الحكم القضائي لحق الملكية وذلك من خلال تقسيمه الى مبحثين، يكون الاول مخصص لبحث ماهية الحكم القضائي ودوره في كسب حق الملكية، اما الثاني فيكون مخصصاً لبيان الحالات التي يقوم فيها الحكم القضائي بإنشاء حق الملكية وعمل وفق التفصيل الاتي.

المبحث الأول

التعريف بالحكم القضائي ودوره في انشاء حق الملكية

الحكم القضائي يكون له دور في انشاء الحق العيني، ومن هذه الحقوق ان لم يكن اهمها حق الملكية، وهذا الحق له مصادر متعددة نصت عليها التشريعات ونظمتها تنظيمًا شاملاً، مما يدل على اهمية هذا الحق، الا ان هذه التشريعات لم تنص على الحكم القضائي ولم تنظم احكامه في انشاء حق الملكية مع ما يقوم به هذا الحكم من دور مهم، والبحث في مصدرية الحكم القضائي لحق الملكية يقتضي منا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نبين في الاول ماهية الحكم القضائي، اما المطلب الثاني فنخصصه لبيان دور الحكم القضائي في انشاء حق الملكية على وفق التفصيل الاتي.

المطلب الأول

تعريف الحكم القضائي

الحكم في اللغة يأتي بمعان متعددة، فيأتي بمعنى العلم والفقہ^(١)، ومنها قوله تعالى (وَأَتَيْنَاهُ الْكُفْمَ صَبِيًّا)^(٢) أي اتينا النبي يحيى الحكم والفقہ. ويأتي الحكم بمعنى القضاء ويقال قد حكم بينهم ويحكم حكماً بضم الكاف وحكم له وحكم عليه، والحكم ايضاً الحكمة من العلم، والحكيم العالم وصاحب الحكمة والحكيم المتقن للأمور، والحكم بفتح الحاء الحاكم^(٣). وحكم حكماً وحكومة بالأمر وللرجل او عليه، وحكم أي قضى وفصل حكم في الامر فوض اليه الحكم فيه، وحاكمه الى الحاكم دعاه وتحكم في الامر حكم فيه وفصل، احتكم الناس الى الحاكم تخاصموا اليه، واحكم احكام القضاء، وتحكم الحاكم وعنها حكام وحاكمون أي القاضي^(٤).

(١) لاحظ ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، (دار احياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان| من دون سنة نشر) ص ٢٧٠.

(٢) سورة مريم الآية رقم (١٢).

(٣) لاحظ محمد بن ابي بكر الرازي، الصحاح، (دار الرسالة، الكويت| ١٩٨٣) ص ١٤٨.

(٤) المنجد في اللغة والاعلام، (دار المشرق، بيروت| من دون سنة طبع) ص ١٤٦.

من كل ما تقدم يتبين ان المعنى اللغوي للحكم يدور حول الفصل في منازعة مرفوعة اليه من قبل الافراد للقول والفعل فيها.

اما فيما يتعلق بالمعنى الاصطلاحي للحكم فإن الامر فيه شيء من التفصيل ويحتاج الى تحديد وهذا متأتي من اختلاف الفقه حول تعريف الحكم القضائي، فالحكم القضائي اصطلاحاً في نظر البعض^(١) له معنى واسع يتمثل في كل ما يصدر من قرارات واحكام للفصل في الدعاوى المقامة امام الجهات المختصة بنظر منازعات الافراد، وبالمعنى الدقيق للحكم يكون معناه القرارات التي تصدرها المحاكم عندما تقوم بالنظر في القضايا المعروضة اليها من قبل الافراد المتخاصمين للفصل فيها واصدار حكم فاصل للنزاع.

هذا وقد ظهرت اتجاهات اربع في تحديد ماهية الحكم، كل اتجاه اعتمد على معيار معين في تحديد ماهية الحكم، ومنهم من اخذ بأكثر من معيار واحد في نفس الوقت وهذه المعايير هي المعيار الشكلي والمعياري الموضوعي والمعياري المختلط وهناك اتجاه رابع اخذ بمعيار وظيفة الحكم وآثاره معياراً لتحديد ماهيته^(٢)، وهو ما سيتم بحثه في الفقرات الآتية:

أولاً: معيار الرأي القانوني: ووفق هذا المعيار فإن الحكم هو الرأي القانوني للقاضي في الوقائع المقدمة اليه من قبل الاطراف على شكل دعوى، فتطرح عليه هذه الوقائع ومن ثم تبدأ مهمته في البحث عن القاعدة القانونية التي تحكم هذه الوقائع، أي حكم القانون بالنسبة لهذه الوقائع العملية، والحكم القضائي هنا يكون عبارة عن اظهار رأي او موقف القانون بشكل ملزم فيما يتعلق بالمسائل المطروحة على المحكمة والتي يتطلب حسمها بحكم يفصل النزاع، وهذا الاعلان عن الرأي القانوني من قبل القاضي والمتمثل بالحكم القضائي لا يعبر فيه القاضي عن رأيه الشخصي، بل يمثل إرادة المشرع او القانون فيما يخص الوقائع المطروحة، والقاضي يصدره بناءً على القواعد الاجرائية المرسومة له في قانون المرافعات، أي ان الحكم القضائي هنا قرار القاضي الذي يتخذ الشكل المحدد له بالقانون وبالإجراءات التي رسمها، وعلى وفق هذا الاتجاه فإن الذي يميز الحكم ويحدد ماهيته هو الشكل الذي يصدر به على اعتبار ان الحكم يعد اجراءً من اجراءات الخصومة

(١) لاحظ د. عبدالقادر الشخيلي، الحكم القضائي من النظرية الى التطبيق، (دار الثقافة للنشر، عمان | ٢٠١٤) ص ٤٤.

(٢) لاحظ د. سه ركه وت اسماعيل هه ورامي، الحقيقة التقديرية، (دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات، الامارات | ٢٠١٥) ص ٢٤٢.

يصدر على وفق شكلية قانونية معينة تتوفر فيها ضمانات لا نجد لها نظير في كثير من القرارات^(١).

ثانياً: المعيار الموضوعي: يرى اصحاب هذا المعيار ان الامر الفاصل في الحكم القانوني هو الحكم الموضوعي الذي يفصل النزاع، اي موقف القانون الموضوعي الذي يحكم الحالة المعروضة على القاضي وان القاضي مهمته هي البحث عن الحكم في القانون الموضوعي الذي يحكم الحالة المعروضة بها الدعوى امام القاضي، والمراد الفصل فيها بقرار يحدد صاحب الحق ومن عليه الحق بموجب قواعد القانون الموضوعي، فالفيصل في الحكم القضائي وتحديد ماهيته هو البحث عن رأي المشرع في الواقعة المعروضة على القاضي على وفق النموذج الذي وضعه المشرع في القاعدة القانونية الموضوعية، والذي يقوم القاضي بتطبيقه اي تطبيق هذا الرأي على وقائع الدعوى المعروضة امامه ومن ثم يتخذ الشكل الذي رسمه القانون^(٢).

ثالثاً: المعيار المختلط: في حين ان جانب كبير من الفقه^(٣) يرى بأن الحكم هو قرار يصدر من القاضي وفقاً للشكل المقرر قانوناً بمناسبة منازعة تعرض عليه في شكل دعوى، استوفت الاجراءات والاحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات بالنسبة لها، وهذا التعريف يجمع العنصرين الموضوعي والشكلي في الحكم، فالقرار الصادر بناءً على منازعة بين خصمين او اكثر متضمناً الرأي القانوني الموضوعي الذي يتضمنه القانون الموضوعي بالنسبة للحالة المعروضة على القاضي، والعنصر الشكلي المتمثل بالاجراءات الواجب اتباعها في اصدار الحكم.

رابعاً: معيار رأي القاضي: وهناك من يذهب الى ان الحكم القضائي هو الصيغة التي عبر عنها القاضي عن فكره بهدف فصل النزاع المعروض عليه، اي ان الحكم القضائي ما هو الا تعبير عن رأي القاضي القانوني فيما يتعلق بالمسائل المعروضة عليه والتي يراد معرفة حكم القانون بالنسبة لها، وهذا التعبير الذي يمثل رأي القاضي لا يكون نابعاً من اقتناع

(١) لاحظ د. نبيل اسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، الطبعة الاولى، (دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية| ٢٠٠٦) ص ٧.

(٢) لاحظ د. عبدالقادر الشخيلي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) مصادر د. احمد ابو الوفاء، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، القسم الاول، الطبعة الرابعة، (منشأة المعارف، الاسكندرية| من دون سنة نشر) ص ٣٢.

شخصي او معتقد خاص للقاضي، بل هو رأي موضوعي محايد تحيطه الضمانات الاجرائية والموضوعية التي تكفل موضوعية الرأي وتبعده عن كل ما من شأنه ان يؤثر على حياده او موضوعيته ويحصنه من كل عنصر شخصي او ذاتي يمكن ان يؤثر عليه، وهذه الضمانات تعد من الامور المساعدة على اكتشاف الحقيقة المعبر عنها في الحكم وتضمن الى حد ما عدالة الحكم او الرأي القضائي^(١).

وعلى ضوء ما تقدم عرف الحكم القضائي بأنه اعلان للحقيقة التي استطاع القاضي ان يراها على وفق ما توصل اليه من وقائع الدعوى المعروضة عليه والادلة التي ادلى بها الاطراف فيها والمرافعات التي قاموا بها، اي ان الحكم هو تعبير عن حقيقة رآها القاضي وقررها بناءً على معطيات قدمت له بمناسبة خصومة مرفوعة بها دعوى امامه اتبع فيها الاجراءات التي نص عليها القانون من وقت رفع الدعوى الى ان قام بإعلان الحقيقة التي توصل اليها في شكل حكم قضائي^(٢).

ونحن من جانبنا نتفق مع هذا التعريف الاخير وذلك لوجاهة الحجج التي استند اليها، فضلاً عن ان القاضي عندما يقوم بإصدار الحكم فإنه يكون ملزماً بما قدمه الخصوم من ادلة لإثبات ادعاءاتهم وعلى ضوء طلباتهم ولا يمكن له ان يحكم بما يخالف ما تم طرحه من ادلة في الدعوى، ومن المعروف ان هذه الادلة غير قاطعة في الدلالة لأنها تحتمل الخطأ والصواب، كما ان القاضي لا يستطيع ان يحكم بعلمه الشخصي حتى وان كان يعلم الحقيقة ان لم يكن الطرف الذي يدعي هذه الحقيقة قد استطاع اثباتها، وبذلك قد ترى حكم يخالف العلم الشخصي للقاضي فيما يخص الحقيقة الواقعية لان الخصم لم يستطع ان يثبت هذه الحقيقة بالادلة التي حددها المشرع امام القاضي، فنجد القاضي يحكم على وفق الدليل المقدم من قبل المتخاصمين وليس على وفق ما يعلمه من حقيقة واقعية، وبعد صدور الحكم يكون هذا الحكم عنواناً للحقيقة لكنها حقيقة قضائية صنعتها ادلة الاثبات المقدمة في الدعوى وقد تكون مخالفة للحقيقة الواقعية.

(١) لاحظ د. مفلح عواد القضاة، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، (دار الثقافة،

عمان | ٢٠١٣) ص ٣٠٥.

(٢) لاحظ، ضياء شيت خطاب، فن القضاء، (معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد|

١٩٧٤) ص ١١٧.

ثم ان تقدير الحقيقة كما عرضها الخصوم وفي ضوء الادلة المقدمة من قبلهم في الدعوى يجد له سند تشريعي من القانون فالمشروع العراقي منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي^(١)، مما يعني ان الحكم الذي يصدره القاضي والمتضمن رأي القانون الذي يعبر عنه القاضي في هذا الحكم يجب ان يكون موافقاً ومتناسقاً مع ما تم تقديمه من ادلة لإثبات الوقائع المعروضة على القاضي في نطاق الدعوى المرفوعة امامه، ولا يجوز ان يبني حكمه على امر لم يتم تقديمه او اثباته من قبل المتخاصمين او يكون القاضي قد عرفه من طريق آخر من غير الطرق التي حددها القانون لإثبات ادعاءات الخصوم، وهذا يدعم الاتجاه الذي رجحناه فيما يخص تعريف الحكم القضائي على انه تعبير للحقيقة القضائية وهي حقيقة يقدرها القاضي في ضوء ما يقدمه الافراد وما يتم عرضه من وقائع وادلة تدعم هذه الوقائع ولا يوجد تلازم بين هذه الحقيقة التي تضمنها الحكم القضائي والحقيقة الواقعية.

والحكم القضائي بالمفهوم السابق يحيطه المشرع بضمانات تكفل صحته، ومن هذه الضمانات ما رسمه المشرع من خطوات واجراءات يجب على القاضي ان يقوم بها لإصدار هذا الحكم لكي يضمن صحة وعدالة هذا الحكم وهذه الضمانات قد تتصل بشكل الحكم القضائي والاجراءات المتعلقة بإصداره او تتصل بمضمون هذا الحكم فالمحكمة ملزمة ان تصوغ حكمها في شكل معين حدده المشرع وتنطق به في جلسة علنية بحضور اعضائها الذين نظروا الدعوى وتمت المداولة فيما بينهم بصدد الحكم المراد اصداره وغيرها من الضمانات سواء المتعلقة بالمرحلة السابقة على اصدار الحكم او المرحلة اللاحقة لإصداره^(٢).

وبعد ان تقام الدعوى امام المحكمة وتتخذ فيها الاجراءات القانونية وتقديم كل خصم لأدلته ودفعه فإن اول عمل تقوم به المحكمة لغرض تهيئة اصدار الحكم هو قفل باب المرافعة ومعناها انه في خصومة معينة تقوم المحكمة التي تنظر الدعوى باستعمال سلطتها التقديرية للقول بأن الدعوى قد وصلت الى حالة يمكن معها اصدار حكم فيها يفصل النزاع،

(١) لاحظ نص المادة (٨) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، وللمزيد من التفاصيل لاحظ د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات (بيت الحكمة، بغداد | ١٩٩٠) ص ٥٨.

(٢) لاحظ د. محمود السيد التحيوي، النظرية لأحكام القضاء وفقاً لآراء الفقه واحكام المحاكم، (دار الفكر الجامعي، الاسكندرية | ٢٠٠٦) ص ١٣.

وهذه المرحلة تكون بعد ان يكون المتخاصمان قد تمكنوا من طرح كل ما لديهم من طلبات ودفوع وتمت مناقشتها والرد عليها او تمت مناقشتها وكونت المحكمة تصوراً كاملاً عنها وسوف يتم حسمها مع الحكم النهائي للدعوى الذي ينهي المرافعة ويقطع النزاع^(١).

والحكم القضائي ينقسم الى عدة انواع، فالأحكام القضائية تنقسم الى احكام قطعية واحكام غير قطعية على اساس انها تفصل في موضوع من عدمه، والحكم القطعي هو الحكم الذي يحسم الدعوى وتنتهي بصدوره هذه الدعوى ويرفع حالة النزاع التي كانت قائمة امام المحكمة^(٢)، اما الحكم القضائي غير القطعي فهو الحكم الذي لا يحسم النزاع او ينهي الخصومة سواء عدم حسمه لكل النزاع او جزء منه او في مسألة فرعية اثرت اثناء المرافعة او سير الخصومة^(٣).

وتنقسم الاحكام على اساس التفرقة بين موضوع الدعوى واجراءاتها الى احكام فاصلة في موضوع الدعوى واحكام اجرائية، والاحكام الفاصلة في موضوع الدعوى هي الاحكام التي تحكم موضوع الدعوى بأكمله او يكون حاسمة لمسألة معينة من مسائل الدعوى، اما الاحكام الاجرائية فهي الاحكام المتعلقة بالمسائل الاجرائية والتي تصدر للفصل في مسألة من هذه المسائل وتصدر هذه الاحكام اثناء سير الخصومة او في اي مسألة متعلقة بالإجراءات^(٤).

والاحكام الموضوعية التي تتعلق بالمسائل الموضوعية في الدعوى تصدر فاصلة في موضوعها واصل الحق فيها بدورها تنقسم الى عدة اقسام فقد يكون الحكم الموضوعي تقريرياً عندما يقر بوجود او عدم وجود الحق وقد يكون الحكم الموضوعي حكم الزام

(١) لاحظ د. محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم القضائي، اركانه وقواعد اصداره، (دار الفكر الجامعي، الاسكندرية | ٢٠٠٨) ص ١٨٤.

(٢) لاحظ د. سعيد مبارك، شرح احكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠، الطبعة الثانية، (المكتبة القانونية، بغداد | ٢٠٠٧) ص ٣٤.

(٣) لاحظ د. عبد الحميد الشواربي، حجية الاحكام المدنية والجنائية في ضوء احكام الفقه والقضاء، الطبعة الرابعة، (منشأة المعارف، الاسكندرية | ١٩٩٦) ص ٣٢.

(٤) لاحظ د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، (منشأة المعارف، الاسكندرية | من دون سنة نشر) ص ١٩٣.

عندما يلزم المحكوم عليه بأداء معين وقد يكون الحكم الموضوعي حكم منشئ عندما يكون لهذا الحكم اثر في احداث تغيير في الاوضاع الموضوعية للخصوم في الدعوى^(١).

المطلب الثاني

دور الحكم القضائي في انشاء حق الملكية

الاسباب التي عالجتها التشريعات المقارنة لكسب حق الملكية هي الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة، وان كانت بعض التشريعات قد اضافت اسباب اخرى^(٢).

والتشريعات المقارنة قسمت هذه الاسباب الى اقسام ثلاثة ووضعت كل مجموعة من الاسباب تحت قسم معين، والقسم الاول يحتوي على اسباب كسب الحق العيني ابتداءً ويضم هذا القسم سبب واحد وهو الاستيلاء او كسب المباحات، والقسم الثاني يتضمن اسباب كسب الحق العيني بسبب الوفاة ويندرج تحته سببان هما الميراث والوصية، اما القسم الثالث فهو كسب الحق العيني ما بين الاحياء ويشمل اسباب الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة، واذا كانت اراء الفقهاء وتنظيم التشريعات توحى بأن هذه هي المصادر الوحيدة للحقوق العينية^(٣) الا ان هناك اتجاه في الفقه^(٤) يرى وبحق ان هناك حالات لا تدخل تحت هذه الاسباب ومع ذلك فإنها تكون مصدراً منشئاً للحق العيني.

وبعد الاسباب التي يتم من خلالها كسب الحقوق العينية يثار التساؤل عن مدى امكانية ان يكون الحكم القضائي مصدراً من مصادر الحق العيني؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول ان الحكم القضائي يلعب دورين في مصدرية الحق العيني فإما ان يكون حكماً كاشفاً فيكون بذلك قد لعب دوراً مساعداً في تثبيت الحق

(١) لاحظ د. محمود محمد الكيلاني، قواعد الاثبات واحكام التنفيذ، (دار الثقافة عمان | ٢٠١٣) ص ١٩٣.

(٢) للمزيد من التفاصيل لاحظ د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، (دار الثقافة، عمان | ١٩٩٩) ص ١٠٨.

(٣) لاحظ د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، (دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية | ٢٠٠٦) ص ٢٣٤.

(٤) لاحظ د. محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية، خواطر مدنية، (منشورات مكتب الفكر والوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية | ٢٠٠٩) ص ١٦٩.

العيني او الكشف عنه والذي يكون قد نشأ بسبب من اسباب كسب الحقوق العينية التي ذكرناها سابقاً فيقوم الحكم بالكشف والتثبت من نشوء الحق العيني بواسطة احد هذه الاسباب، واما ان يكون حكماً منشئاً فيكون هو المصدر والسبب المنشئ للحق العيني بغض النظر عن المصادر والاسباب الاخرى التي يُكتسب بها الحق العيني.

والحكم القضائي يكون كاشفاً للحق العيني وليس سبباً منشئاً من اسباب كسب الحقوق العينية وانما يكون وسيلة يُثبت بها الشخص حقه عندما يكون اثره مقتصرًا على الكشف عن صاحب الحق والسبب الذي أنشأ هذا الحق لصاحبه دون ان يكون هو الذي أدى الى نشوء الحق العيني واكتساب صاحبه لهذا الحق وهذه الحالة تكون في حال قسمة الحق العيني الشائع، فإذا تولت المحكمة قسمة الحق العيني الشائع وتمت هذه القسمة عن طريق المزايدة فإن حكم مرسي المزداد قد يكون كاشفاً عن الحق العيني وليس منشئاً له وذلك عندما ترسوا المزايدة على احد الشركاء المشتاعين في الحق العيني فإن رسو المزايدة على هذا الشريك يكون له اثر كاشف ويعد مالكاً لهذا الحق العيني من تاريخ بدء الشيوخ وليس من تاريخ الحكم بالقسمة ورسو المزايدة وبذلك يكون الحكم بالقسمة ورسو المزايدة عاملاً كاشفاً عن الحق العيني الذي للشريك^(١) وفي هذه الحالة رأينا ان الحكم القضائي قد تدخل في اسناد الحق العيني وكسبه لاحد الاشخاص الا ان دور هذا الحكم لم يكن هو الوحيد الذي انشأ هذا الحق العيني للشخص وانما اقتصر دوره على مجرد الكشف عن الحق العيني للشخص الذي يكون قد كسبه بأحد اسباب كسب الحق العيني التي ذكرناها سابقاً وبهذا يلعب الحكم القضائي دوراً مساعداً في اسناد الحق العيني لصاحبه ولم يكن هو الذي اكسبه لصاحبه كما اسلفنا مسبقاً.

أما الحالة الثانية التي يكون فيها الحق العيني كاشفاً عن الحق العيني وليس منشئاً له فتكون عندما يتم رسو المزايدة على الحائز للحق العيني المرهون في الرهن التأميني أو الرهن الحيازي، فمن المعروف ان المدين الراهن اذا لم يقم بأداء الدين فإن الدائن المرتهن يقوم بالتنفيذ على العقار المرهون اذا كان الرهن رهناً تأمينياً وينفذ على الشيء المرهون

(١) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت | ٢٠٠٠) ص ٩٦٠.

اذا كان الرهن رهناً حيازياً ويتم التنفيذ الرهن طبقاً للإجراءات التي رسمها المشرع وهي بيع المال المرهون عن طريق المزايمة العلنية^(١).

فإذا ما رست المزايمة على الحائز للمال المرهون فإن حكم مرسي المزاد لا يعد منشئاً للحق العيني على المال المرهون وإنما يكون سند الحق العيني بالنسبة للحائز هو السند الذي تلقى أو اكتسب به الحق العيني فيبقى الحائز محتفظاً بالحق العيني الذي له على المال المرهون ويكون اثر الحكم هو زوال الرهن وتحرير المال المرهون من الرهن مما يعني ان الحكم الذي يصدر برسو المزايمة يعد كاشفاً عن الحق العيني ولا يعد منشئاً لهذا الحق، اما فيما يتعلق بموقف التشريعات المقارنة فإن هذه التشريعات قد نصت على كل ما ذكر مسبقاً من احكام متعلقة بقسمة المال الشائع واثرها في كسب الحق العيني وكذلك مسألة تنفيذ الرهن واثره بالنسبة للحق العيني للحائز^(٢).

والحكم القضائي لا يلعب فقط دوراً مساعداً في اطار المصادر التقليدية للحق العيني واسباب كسبه ويكون كاشفاً عن هذا الحق، وإنما يكون في حالات اخرى مصدراً منشئاً للحق العيني بحيث يكون الحكم القضائي هو المصدر المنشئ للحق العيني، والذي عن طريقه يكتسب الشخص الحق العيني ويكون هذا الحكم هو سند الشخص في الاحتجاج بكسب الحق العيني بالنسبة له وهذا الحكم الذي يكون مصدراً منشئاً للحق العيني هو الحكم المنشئ والحكم المنشئ هو الحكم الذي يؤدي الى انشاء حق او وضع قانوني او انهاءه او تعديله ويكون هذا الحكم هو سند هذا الحق او الوضع القانوني ومصدراً له سواء من حيث الانشاء او التعديل او الانهاء والحكم المنشئ ما دام انه له الاثر في انشاء الحق او

(١) لاحظ د. رضا عبدالحليم عبدالمجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، (مركز التعليم المستمر، كلية الحقوق، جامعة بنها| من دون سنة نشر) ص ٣٣٨.

(٢) لاحظ المواد (٨٣٦ و ٨٤٣ و ١٠٧٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٦٨، والمواد (١١٦٠ و ١١٦٢ و ١٤٣٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، والمواد (١٠٧٥ و ١٣١٠ ف١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، ولاحظ نص المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٠ المعدل، والمواد (١٦١-١٨٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

الوضع القانوني فإنه يكون هو المصدر لهذا الحق او الوضع القانوني وهو الذي قام بإنشائه ومن ضمن الحقوق التي يكون الحكم القضائي مصدرًا منشئًا له الحق العيني.

والحق العيني يكتسب عن طريق الحكم القضائي المنشئ عندما لا يمكن لمصادر الحق العيني او اسباب كسبه ان تقوم بإنشاء هذا الحق وكسبه للأشخاص فيكون الحكم الذي اصدره القاضي هو الذي اوجد الحق العيني وهو الذي اكسبه للشخص بحيث ان السند الذي يستند اليه الشخص في الاحتجاج بحقه هذا يكون الحكم القضائي المنشئ فيكون هذا الحكم هو المصدر المباشر لهذا الحق العيني^(١).

وتتجلى فكرة الحكم المنشئ مباشرة لحق الملكية في حالة بطلان العقد الناقل لحق الملكية، فإذا ما كان العقد باطلاً فإن النتائج المترتبة على هذا البطلان هي ان هذا العقد لا ينتج اي اثر من اثاره الاصلية، ولا يكون له وجود قانوني^(٢)، واذا كان موضوع العقد نقل ملكية عقار فإن هذا العقد يخضع لشكلية وهي مراجعة دائرة التسجيل العقاري والاقرار اما الموظف المختص بنقل الملكية، واذا ما تخلفت هذه الشكلية فإن العقد يكون باطل، وهو ما اكد عليه المشرع العراقي خصوصاً وشدد في بطلان العقد ان لم يستوفي هذه الشكلية على ما سنراه لاحقاً في المبحث الثاني من هذا البحث.

وهنا يكون دور الحكم القضائي في انشاء حق الملكية مباشرة ومن دون وجود احد المصادر الاخرى لهذا الحق، فالعقد باطل ولا ينتج اي اثر من اثاره وبطبيعة الحال اهم اثر هو نقل الملكية، وبهذا يكون الحكم بنفسه و الذي اوجد حق الملكية للشخص، وبالاستناد الى هذا الحكم يكسب هذا الشخص حق الملكية هذا، ويستند الى هذا الحكم ايضاً في تسجيل حقه والاحتجاج به على الكافة، وبهذا يكون الحكم القضائي قد اوجد حق الملكية لوحدة ومباشرة من دون وجود اي مصدر اخر.

وبنفس فكرة الحكم المنشئ يكون الحكم القضائي الصادر بإزالة الشبوع مصدرًا لحق الملكية بالنسبة للراسي عليه المزاد ويكون هذا الحكم هو السند الذي يستند اليه هذا الشخص في الاحتجاج بالحق العيني الذي كسبه وهو حق الملكية ويكون المصدر الذي

(١) لاحظ د. محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، (منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت | ١٩٩٨) ص ٦١٧.

اكسبه هذا الحق هو الحكم القضائي الذي يعد حكماً منشئاً في هذه الحالة ويكون مصدراً من مصادر الحق العيني.

وإذا كان كل ما تقدم ذكره من اثار للحكم القضائي المنشئ وما يترتب عليه من دور في كسب الحقوق ومنها الحق العيني الذي يعد هذا الحكم مصدراً له وسبباً يستند اليه الشخص في الاحتجاج بهذا الحق فإن مسألة وضع تنظيم لهذا المصدر تعد من المسائل المهمة ذلك انه ما دام ان الحكم القضائي تكون له القدرة في ان يلعب دور المصدر المكسب للحق العيني كما راينا مسبقاً فإن هذا الدور المنشئ يجب ان يوضع له اطار قانوني وتنظيم يوضح فيه المشرع الية كسب الحقوق عن طريق الحكم القضائي ومن هذه الحقوق الحق العيني، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نصوص القانون المدني المتعلقة بأسباب كسب الحقوق العينية وذلك بالنص على امكانية ان يكون الحكم القضائي مصدراً مكسباً للحق العيني بالنسبة للأشخاص ويكون لهم الحق في الاستناد الى هذا الحكم للتمسك بعائدية الحق العيني لهم سواء كان هذا الحق العيني حق ملكية ام غيره من الحقوق العينية، ونقترح ان يورد المشرع في بداية تنظيمه لمصدرية الحكم القضائي للحق العيني هذا النص (الحكم القضائي الذي يصدر نهائياً بثبوت حق عيني لشخص معين يكون هو سند هذا الشخص في نسبة هذا الحق اليه ويعد سبباً منشئاً لهذا الحق دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ان كان ثبوت الحق يتطلب ذلك)، فهذا النص يعد نصاً عاماً في امكانية انشاء الحق العيني بواسطة الحكم القضائي فأبي حق عيني يمكن للشخص ان يكتسبه عن طريق الحكم القضائي ويكون هذا الحكم هو السبب المنشئ لهذا الحق والاساس الذي يحتج به على الغير في نسبة الحق العيني لصاحبه، كما ان هذا النص لا يغفل القواعد المتعلقة بالتسجيل اذا كان التسجيل لازماً لإثبات الحق العيني الذي انشأه الحكم القضائي، واشترط ذكر التسجيل لا يعني انه يؤثر في نشوء الحق وانما الحق ينشئ من تاريخ صدور الحكم لكن التسجيل يتعلق اكثر بمسألة الاثبات اي اثبات الحق لصاحبه ويكون اثره لازماً لهذا الغرض.

المبحث الثاني

حق الملكية الناشئ بالحكم القضائي

الحكم القضائي الذي بينا دوره في انشاء حق الملكية في المبحث الاول يكون مصدرًا منشئًا لحق الملكية، وهذا الانشاء يكون مرة في حالة بطلان العقد المنشئ لهذا الحق، ويكون مصدرًا مباشرًا لهذا الحق في غير حالة بطلان العقد مرة اخرى، وهذا يتطلب تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لحق الملكية الذي ينشئه الحكم القضائي في حالة بطلان العقد، والمطلب الثاني لبحث حق الملكية بموجب الحكم القضائي مباشرة في غير حالة بطلان العقد وكما يأتي.

المطلب الأول

الحكم القضائي مصدرًا لحق الملكية في حالة بطلان العقد

العقد هو من اهم الاسباب التي تكون مصدرًا لحق الملكية ويعد عقد البيع في مقدمة الاسباب التي تكتسب بموجبه الملكية، ففيه يلتزم البائع بان يقوم بنقل ملكية المبيع الى المشتري وهذا الاخير يتلقى الملكية عن طريق عقد البيع هذا^(١)، والبيع في الاصل يعد من العقود الرضائية يتم بمجرد ان يتبادل الطرفان البائع والمشتري التعبير عن ارادتهما المتطابقتين فينتج عن ذلك انتقال الملكية لشيء معين او أي حق مالي اخر مقابل ثمن نقدي^(٢).

ويختلف انتقال الملكية بحسب المحل الذي يرد عليه عقد البيع، فإذا كان المبيع منقول فإن الملكية تنتقل بالنسبة للمنقول المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد وبقوة القانون

(١) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي ترد على الملكية (البيع)، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت | ٢٠٠٠) ص ١٥ وما بعدها.

(٢) لاحظ د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، (مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية | ٢٠٠٩) ص ٣٥.

من دون حاجة الى التسليم او الافراز، اما فيما يتعلق بالمنقول المعين بالنوع فإن الملكية لا تنتقل الا بالإفراز لان هذا النوع من المنقولات له نظير في الاسواق فلا يتعين الا بالإفراز^(١).
 اما اذا كان محل عقد البيع عقار فإن القوانين المقارنة تجعل من عقد بيع العقار من العقود التي لا يكفي فيها مجرد توافر اركان العقد من رضا ومحل وسبب، وانما يضاف لها اجراءات شكلية لا تنتقل الملكية من دون القيام بها ويتوقف عليها صحة عقد البيع الذي يكون محله عقار وانتاجه لآثاره، وضرورة توافر الاجراءات الشكلية في التصرفات العقارية يعد من الامور الشائعة وذلك لما تمثله العقارات من اهمية في الذمة المالية للشخص، وما تتركه من تولد الثقة والامان في الذمة المالية للشخص، كما انها تشكل اساساً من اساس الائتمان في الحياة الاقتصادية والذي يبرر ضرورة القيام بالاجراءات الشكلية في التصرفات التي يكون محلها عقار^(٢).

واذا كان عقد بيع العقار بالوصف السابق يعد من العقود الشكلية التي يعد الشكل ركن فيها لا ينعقد العقد من دون القيام بها، فإن عدم توافر الشكلية يعني بطلان العقد وعدم انتاجه لآثاره في نقل الملكية او استحقاق الثمن، كما لا يمكن طلب تنفيذه تنفيذاً عينياً جبرياً^(٣).

والشكلية في عقد بيع العقار تتمثل بالتسجيل، فتسجيل العقد في الدائرة المختصة هو الشكل الذي يتطلبه انعقاد عقد الذي يكون محله عقار، فالبيع العقارية لا تنعقد وتنتج اثارها فيما بين المتعاقدين الا بعد التسجيل في دائرة التسجيل لعقاري^(٤).

(١) لاحظ د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الاول، البيع، (دار النهضة العربية، بيروت | ١٩٩٧) ص ٤٥.

(٢) لاحظ د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح احكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الجزء الاول، عقد البيع، (دار وائل للنشر، عمان | ٢٠٠٥) ص ٢١٣.

(٣) لاحظ د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، (مطبعة الرابطة، بغداد | من دون سنة نشر) ص ١٢٨.

(٤) لاحظ د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، الجزء الاول، انعقاد العقد، (مكتبة السنهوري، بغداد | ٢٠٠٨) ص ٢٦٩.

وفي القانون العراقي فإنه نص على ان الشكل يعد ركن في العقد، واذا ما قرر المشرع بوجوب استيفاء شكلية معينة في العقد فإن هذا العقد لا ينعقد من دون استيفاء هذه الشكلية^(١)، فالشكلية في القانون العراقي تعد ركن من اركان العقد بحيث اذا تخلف هذا الركن اعتبر العقد باطل، ومن المعروف ان انتفاء ركن من اركان العقد يجعل هذا العقد مشوب بالبطلان ولا يمكن ان ينتج أي اثر من اثار العقد المزمع ابرامه^(٢).

والقول بأن الشكل في القانون العراقي يعد ركن في العقد يدعّمه ما اكد عليه القانون المدني العراقي من وجوب الوفاء بالشكلية وان العقد لا ينعقد بدونها في عدة مواضع من القانون المدني، فضلا عن القوانين الاخرى التي استلزمت لإبرام عقد نقل الملكية فيها القيام بالشكلية التي رسمتها، ففي القانون المدني اكد المشرع وينص عام ان كل شكل يتطلبه ابرام عقد معين فإن هذا العقد لا ينعقد من دون هذا الشكل وهو ما اكدّه المشرع في نص المادة (٩٠ ف١) من القانون المدني، وحتى ولو كان الامر مقتصر على وعد بإبرام العقد فإن الشكلية يجب القيام بها اذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً^(٣) كما في نص الفقرة الثانية من المادة (٩٠) من القانون المدني، ولم يقتصر الامر على النصوص المتعلقة بوضع قواعد عامة في العقد وانما عاد المشرع واكد على ان الشكل ركن في العقد عندما نظم عقد البيع مؤكداً على ان عقد البيع اذا كان محله عقار فإن هذا العقد لا ينعقد الا بعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري والذي يعد الشكل الذي يتطلبه القانون المدني لإبرام عقد البيع المتعلق بالعقار، كما ان المشرع اكد هذا مرة اخرى في قانون التسجيل العقاري

(١) لاحظ نص المادة (٩٠ ف١) من القانون المدني العراقي؛ وللمزيد من التفاصيل حول مفهوم الشكلية ووجوب الوفاء بها في العقد لاحظ حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه، (كلية القانون، جامعة بغداد | ٢٠٠٤) ص ٨ وما بعدها.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول بطلان العقد لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

(٣) للمزيد من التفاصيل حول ضرورة الوفاء بالشكل في الوعد بالتعاقد لاحظ آمنة عبد الكريم علي أحمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني، رسالة ماجستير، (كلية الحقوق، جامعة النهدين | ٢٠٠٨) ص ١٥٣.

وهو القانون المختص ببيان الية نقل ملكية العقار حيث نص على ان التصرف العقاري لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(١).

وهناك عقود شكلية اخرى لا تنعقد الا بعد القيام بالإجراءات الشكلية التي رسمتها القوانين المنظمة لهذه العقود ومنها عقد بيع المركبة الذي لا ينعقد ولا ينتج اثاره بنقل ملكية المركبة الا بالتسجيل في دائرة المرور^(٢)، وكذلك عقد بيع الماكينة يعد من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بعد تسجيل عقد بيعها لدى الكاتب العدل والا عد البيع باطلاً^(٣)، وكذلك اذا كان عقد البيع قد انصب على معمل مع المكائن الموجودة فيه فإن نقل ملكية هذه المكائن لا يتم الا بعد تسجيل عقد بيع مكائن المعمل لدى الكاتب العدل^(٤).

من كل ما تقدم يتضح ان الشكل في القانون العراقي هو ركن في العقد لا ينعقد العقد و لا ينتج اثاره عند تخلف الشكل الذي تطلبه المشرع، وفي عقد بيع العقار فإن تخلف الشكل يجعل عقد البيع هذا باطلاً ولا ينتج اثاره في نقل ملكية العقار المبيع من البائع الى المشتري، ويبقى لهذا المشتري المطالبة بالتعويض فقط في حالة النكول عن البيع وهو ما نص عليه القانون المدني العراقي^(٥)، فإذا لم يقم البائع بالذهاب الى دائرة التسجيل العقاري لإبرام عقد البيع فإن حق المشتري يقتصر على التعويض دون ان يكون له حق المطالبة بالتنفيذ العيني.

واستمر الحال على ما هو عليه من اقتصار التعهد على المطالبة بالتعويض وعدم امكانية التنفيذ العيني الجبري لعقد بيع العقار، واقتصار حق المشتري على المطالبة بالتعويض في حالة عدم قيام البائع بإجراءات نقل الملكية الى ان صدر قرار مجلس قيادة

(١) لاحظ نص المادة (٣ ف٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٢) لاحظ نص الفقرة (٥) من البند (٥) من قانون المرور العراقي رقم (٨٦) لسنة ٢٠٠٤ السابق كما ان قانون المرور الجديد رقم (٨) لسنة ٢٠١٩ المنشور في الوقائع العراقية العدد (٤٥٥٠) في ٢٠١٩/٨/٥ والذي سوف ينفذ بعد شهرين من نشره نص في الفصل السابع منه (م ١٠ ف ١) على نفس الحكم.

(٣) لاحظ نص المادة (٢) من قانون تسجيل المكائن العراقي رقم (٣٦) لسنة ١٩٥٢.

(٤) لاحظ نص المادة (٣٠ ف١ و٢) من قانون الكتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨.

(٥) لاحظ نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي.

الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٢، والذي اعطى السلطة التقديرية للمحكمة للحكم بتملك العقار للمشتري الذي اشترى عقار ولم يقيم البائع بالقيام بإجراءات نقل الملكية، بشرط ان يكون المشتري قد سكن بالعقار او اقام فيه منشآت، كما نص القرار على انه في حالة الحكم بالتعويض يجب ان لا يقل مبلغ التعويض عن الفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمته وقت النكول^(١).

وبعد صدور هذا القرار اصبح بالإمكان ان يتم تنفيذ التعهد بنقل ملكية عقار تنفيذاً عينياً اذا توافرت الشروط التي تطلبها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل لأحكام نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني اذا وافرت الشروط التي تطلبها القرار.

والتنفيذ العيني في هذه الحالة يتم بموجب حكم يصدره القاضي يتضمن تملك العقار للمشتري، وتسجيل هذا الحكم في دائرة التسجيل العقاري يصبح المشتري مالكا للعقار موضوع الحكم من دون حاجة لمراجعة البائع الى دائرة التسجيل العقاري وقراره بالبيع ونقل الملكية.

وإذا كان حق الملكية اصبح ممكن انتقاله من دون حاجة الى القيام بالإجراءات الشكلية التي تطلبها المرع في القانون المدني لتمام عقد بيع العقار، فإن السؤال الذي يثار في هذا الصدد يتعلق بمصدرية حق الملكية الذي اكتسبه المشتري المحكوم له هل يكتسب حق الملكية عن طريق العقد، ام ان حكم القاضي هو الذي يكسبه هذا الحق؟

ان القواعد التي وضعها المشرع لنقل ملكية العقار والتنظيم القانوني لعقد البيع الذي يكون محله عقار يتضح منه ان عقد بيع العقار ونقل الحق العيني فيه يخضع لإجراءات شكلية، وهذه الشكلية لا تتعلق بنفاذ العقد او انتاجه لآثاره، بل هي شكلية متعلق بوجود العقد من الاساس وانعقاده بحيث ان تخلف هذه الشكلية يعني بطلان العقد، لان المشرع جعل من الشكل في عقد بيع العقار ركن في هذا العقد وتخلف هذا الركن يعني بطلان العقد، والمعروف ان العقد الباطل لا ينعقد ولا ينتج اثاره، ولاشك ان نقل الحق العيني العقاري الى المشتري يعد من اهم الاثار التي تترتب على عقد البيع الذي يكون محله عقار والهدف الاسمي من ابرام هذا العقد.

(١) لاحظ نص (الفقرة أولاً أ و ب) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٢.

وإذا كان عقد بيع العقار لا يمكن له ان يكون سنداً لحق الملكية يبقى التساؤل عن مصدر هذا الحق بالنسبة للمشتري، ولا شك ان هذه الحالة تجعل من الحكم القضائي مصدراً منشئاً لحق الملكية، وذلك لأنه كما قدمنا ان القانون العراقي يجعل الشكل ركن في العقد ونص المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى واضح بان العقد لا ينعقد الا بعد الاستيفاء بالشكل الذي تطلبه القانون، كما ان المشرع جعل من العقد الذي لم يستوفي الشكل الذي تطلبه القانون عقد باطل^(١)، وكل هذه الاحكام وضعها المشرع عند الكلام عن القواعد العامة للعقد مما يعني انها تطبق على كل انواع العقود.

ومن جانب اخر نجد ان قانون التسجيل العقاري وهو القانون المتخصص ببيات الالية التي يجب اتباعها لنقل الحقوق العينية المتعلقة بعقار نص ايضاً على شكلية عقد البيع المتعلق بعقار، وان التصرف العقاري لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(٢)، وهذا كله يدل على ان العقد هنا لا يكون السبب المنشئ لحق الملكية والدليل على ذلك ان القضاء العراقي كانت احكامه مقتصرة على التعويض عندما لا يتم القيام بالإجراءات الشكلية، الا ان صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل غير هذا الوضع واصبح بالإمكان اكتساب حق الملكية المتعلق بعقار من دون تسجيل عقد البيع المتعلق بعقار، إذ اصبح بإمكان المشتري اكتساب حق الملكية اذا حكم له القاضي بتمليك العقار بعد توافر الشروط التي نص عليها المشرع في القرار المذكور، وهذا يعني ان المشتري يكتسب حق الملكية عن طريق الحكم الذي يصدره القاضي والذي يكون سبباً منشئاً لحق الملكية بالنسبة للمحكوم له.

والنظر الى احكام القضاء العراقي بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ تؤكد مصدريه الحكم القضائي لحق الملكية، فمحكمة التمييز تقرر ان نقل ملكية العقار جبراً تكون عن طريق الحكم القضائي^٣ والذي تختص محكمة استئناف المنطقة

(١) لاحظ نص المادة (١٣٧ ف٣) من القانون المدني العراقي.

(٢) لاحظ نص المادة (٣ ف٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(٣) لاحظ قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٩٧٨ في ٢٦/٥/٢٠٠٨ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ١٠/٩/٢٠١٩.

التابعة لها محكمة البداية بالنظر به بصفقتها التمييزية^١ ففي قرار صادر عن محكمة استئناف كركوك بصفقتها التمييزية ايدت فيه قرار محكمة بداية كركوك المرقم ٢٠١٠/ب/١٢٩٧ في ٢٠١٣/٢/١٣ القاضي بتملك العقار للمدعي^(٢)، وكذلك قرار محكمة قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد / الكرخ الاتحادية / الهيئة التمييزية^(٣)، والعديد من القرارات التي تقضي بإنشاء حق الملكية للمحكوم له.

المطلب الثاني

حق الملكية الناشئ بالحكم القضائي في إطار المصادر غير العقدية

لا يقتصر دور الحكم القضائي في نشوء حق الملكية على حالة بطلان عقد البيع، وإنما يمكن للحكم القضائي ان يكون مصدراً لحق الملكية لما للقاضي من سلطة تقديرية في تقرير حق الملكية لاحد الاشخاص اصحاب الاشياء التي حصلت لها واقعة الالتصاق، كما انه في حالة الاستملاك القضائي فإن القاضي هو الذي يقرر استملاك العقار وانشاء حق الملكية بالنسبة للمستملك منه، وهذا يتطلب بيان الالية التي يقوم فيها الحكم القضائي بإنشاء حق الملكية في الحالات السابقة.

أولاً: الحكم القضائي مصدراً لحق الملكية في حالة الالتصاق: الالتصاق باعتباره سبب من اسباب كسب الحق العيني ومن ضمنه حق الملكية يعني اتحاد شيئين بحيث يتحدان بعد ان

(١) لاحظ قرار محكمة تمييز إقليم كردستان/الهيئة المدنية المرقم ١٢ في ٢٠٠٧/٢/١١ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٠.

(٢) لاحظ قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ١٠٦/مدنية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/٢٦ مشار اليه لدى القاضي عبدالكريم خضر عزيز والقاضي عواد حسين ياسين، المختار من قضاء محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفقتها التمييزية للأعوام ٢٠١٨-٢٠١٩، (مكتبة السنهوري، بغداد | ٢٠١٩) ص ١٨٢.

(٣) لاحظ قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد / الكرخ الاتحادية / الهيئة التمييزية المرقم الحكم ٧٤٥/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٣٠، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٥/١٠.

كانا منفصلان ومتميزان احدهما عن الاخر، ويكونا مملوكين لمالكين مختلفين^(١)، والالتصاق بين الشيئين لكي يكون سبباً من اسباب كسب الملكية يجب ان يكون الالتصاق او الاندماج بين الشيئين قد تم من دون اتفاق ما بين مالكي هذين الشيئين^(٢).

ومن انواع الالتصاق التصاق منقول بمنقول ويكون عندما يلتصق منقولان مملوكان لمالكين مختلفين التصاقاً يصعب معه التفريق بينهما من ان يتم تضررهما، ولم يكن هناك اتفاق ما بين مالكيهما على الالتصاق، فهنا ينشأ سبب من اسباب كسب الملكية بالنسبة للمنقول^(٣).

وفيما يتعلق بموقف التشريعات من هذا النوع من الالتصاق نجد ان القانون المدني العراقي قد انفرد بحكم يختلف فيه عن التشريعات المقارنة القريبة منه او التي تشكل مصدراً تاريخياً له، فالمشروع في القانون المدني العراقي يقرر في حالة التصاق منقول بمنقول بتطبيق قاعدة الاقل يتبع الاكثر^(٤)، فإذا حدث وان التصق منقولين مملوكين لشخصين مختلفين من دون اتفاق فيما بينهما، فإن صاحب المنقول الاعلى قيمة يمتلك المنقول الاقل قيمة، وهذا يعني ان المشرع العراقي لم يمنح القضاء السلطة التقديرية في ان يقرر حق الملكية لصاحب احد المنقولين، وانما على القاضي فقط ان يتأكد من قيمة كل من المنقولين فإن ثبتت له قيمة كل منهما، تملك صاحب المنقول الأعلى قيمة المنقول الاقل قيمة، فلا توجد سلطة للقاضي ان يقدر ويقرر كل حالة حسب ظروف الالتصاق.

- (١) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، اسباب كسب الملكية، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت | ٢٠٠٠) ص ٢٤٣.
- (٢) لاحظ . ابراهيم ابو النجا، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الليبي، الطبعة الاولى، (دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية | ١٩٩٧) ص ١٨٠.
- (٣) لاحظ د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص ٣٤٨.
- (٤) قاعدة الاقل يتبع الاكثر تعني(اذا تحد شيئان متميزان وكان هناك اختلاف في القيمة بالنسبة لكل منهما، وكان يصعب الفصل بينهما، والتصقا قضاءً وقدرًا فيتملك صاحب المنقول الاعلى قيمة المنقول الاقل قيمة) للمزيد من التفاصيل لاحظ د. عامر عاشور عبدالله، قاعدة الاقل يتبع الاكثر في القانون المدني، | بحث منشور في (مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، | تصدر عن كلية القانون والعلوم السياسية، | جامعة كركوك، | المجلد (٤)، | العدد (١٤)، | الجزء الثاني، لسنة | ٢٠١٥ | ص ٤٤٨.

بينما نجد ان التشريعات المقارنة الاخرى تركت سلطة التقدير للقاضي في ان يقرر وعلى ضوء كل حالة على ضوء قواعد العدالة وحسن النية وغيرها من العوامل^(١)، فالقاضي وبموجب سلطته التقديرية هو الذي يقرر من هو صاحب حق الملكية في هذه الحالة، وهو في تقديره هذا يراعي الظروف التي حدثت فيها واقعة الالتصاق وقواعد العدالة وحسن النية وغيرها من العوامل التي تساعده في اصدار حكم يكون اقرب للعدالة.

واذا ما نظرنا الى هذه الحالة من ناحية مصدرية حق الملكية فإن الحكم يعد هو المصدر المنشئ لحق الملكية بالنسبة للمحكوم له، وذلك لان مجرد حدوث واقعة الالتصاق لا يمكن لها وحدها ان تكون سبباً من اسباب كسب الملكية، وانما تحتاج الى حكم قضائي ينشئ حق الملكية في جانب احد الاشخاص، والقاضي بما له من سلطة تقديرية يحدد فيها وبموجب ما يصدره من احكام من يكون صاحب حق الملكية، والمحكوم له يستند الى هذا الحكم في المطالبة بحق الملكية الخاص به، وهذا يدل على ان العامل المؤثر في نشوء الحق العيني المتمثل بحق الملكية يكون الحكم القضائي وهنا يكون الحكم القضائي مصدراً لحق الملكية.

وبالعودة الى موقف المشرع العراقي نجده انه موقف لا يراعي ظروف واقعة الالتصاق ولا مبدأ حسن النية او قواعد العدالة، ذلك انه اعتمد على معيار جامد وهو معيار القيمة الاعلى ولم يعطي للظروف الاخرى التي حصلت واقعة الالتصاق في ظلها اي دور في تقرير الملكية سالباً من القاضي سلطة التقدير في الظروف والملابسة التي حدثت فيها واقعة الالتصاق، ونعتقد ان موقف التشريعات المقارنة يفوق كثيراً موقف المشرع العراقي ويكون اقرب الى تحقيق العدالة، لذا فإننا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١١٢٥) من القانون المدني العراقي وذلك بترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد حق الملكية بما يصدره من احكام في تقرير حق الملكية في جانب احد اطراف واقعة التصاق منقول بمنقول، ونقترح ان تكون صياغة المادة على النحو الاتي (إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع بملكية احدهما للمنقولين مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي

(١) لاحظ نص المادة (٩٣١) من القانون المدني المصري؛ تقابلها المادة (١٢٧٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

وقع وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما ويكون حكم القاضي سنداً للمحكوم له في المطالبة بحق الملكية).

ثانياً: حق الملكية الناشئ بالحكم القضائي في الاستملاك: يعد الاستملاك او نزع الملكية للمنفعة العامة احد القيود التي ترد على حق الملكية والتي تكون مقررة لمصلحة عامة، ويعني نزع ملكية العقار او الحق العيني العقاري المتعلق به للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل^(١)، ويعني ايضاً حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة في مقابل تعويض يستحقه في مقابل هذا التملك للعقار^(٢)، والاساس الذي من خلال يتم النفاذ الى حق الملكية ونزعه من الشخص وتحويله من ملك خاص الى ملك عام هو المصلحة العامة او المنفعة العامة^(٣)، وهذه المصلحة العامة تعد الغطاء الذي يضي على نزع الملكية الخاصة وتحويلها الى ملك عام المشروعية، ومستند السلطة العامة في اجراءاتها في نزع الملكية على الرغم من الاختلاف في تحديد معيار او مفهوم هذه المصلحة^(٤).

والحكم القضائي يعد مصدراً لحق الملكية في حالة الاستملاك القضائي وهو الاستملاك الذي يتم عن طريق القضاء، فالقاضي بما له من سلطة تقديرية هو الذي يقرر نزع الملكية من الشخص وتحويلها الى الملك العام، وهو الذي يقرر مقدار التعويض او الحكم بملكية الشخص للبدل الذي يستحقه في مقابل عقاره المستملاك في حالة كون التعويض

(١) لاحظ القاضي شهاب احمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الاستملاك، الطبعة الاولى، (المكتبة القانونية، بغداد | ٢٠١١) ص ٧.

(٢) لاحظ نزيه كجارة، الملك العام والملك الخاص، (المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت | ٢٠١٠) ص ١٦٤.

(٣) للمزيد من التفاصيل حول مفهوم المصلحة العامة والاراء التي قيلت فيها لاحظ د. نجم الاحمد، | المفهوم القانوني للمصلحة العامة في للاستملاك، | بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، | المجلد (٢٩)، | العدد (٢)، | لسنة ٢٠١٣، | ص ١٢.

(٤) لاحظ براهيم ساهم، | فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، | بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، | تصدر عن كلية القانون، | جامعة الامارات العربية المتحدة، | العدد (٥٥)، | لسنة ٢٠١٣، | ص ٣٤٥.

عيني يتمثل بعقار بديل عن العقار المستملك، وكل ذلك يتم وفق الاجراءات التي رسمها المشرع لنزع الملكية عن طريق القضاء^(١).

وإذا ما نظرنا الى الالية التي يتم فيه تملك الشخص المستملك للعقار ونزع ملكيته من المستملك منه في الاستملاك القضائي، لوجدنا ان هذا الاستملاك لا يتم الا بناءً على حكم يصدر من القاضي يقرر فيه نزع الملكية وتحويلها الى ملكية عامة، وفي المقابل اذا كان بدل التعويض عن الاستملاك بدل عيني فإن المستملك منه لا يتملك هذا البدل العيني الا بصدور الحكم القضائي، الذي يكون في هذه الحالة مصدرًا لحق الملكية فيما يتعلق بملكية المستملك للعقار محل الاستملاك، او ملكية العقار البدل الذي يمثل التعويض العيني في جانب المستملك منه، وهذا يدل على الدور المنشئ للحكم القضائي فيما يتعلق بحق الملكية، ففي حالة الاستملاك القضائي فإن الامر كله يتوقف على حكم القاضي بما له من سلطة تقديرية في التحقق من توافر شروط الاستملاك ودواعيه، وخصوصاً فيما يتعلق بتوافر المصلحة العامة وتحقيقها في حالة الاستملاك.

ولنا في الاحكام القضائية دليل على مصدرية الحكم القضائي وانشائه لحق الملكية، ففي قرار صادر عن محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية والذي يقضي باستملاك العقار موضوع الحكم وتسجيله باسم المستملك ونزع ملكيته من المستملك منه^(٢)، فالحكم الصادر ينص على تملك العقار من قبل المستملك منه، وفي قرار اخر صادر عن رئاسة محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية يقضي ايضاً بتملك العقار موضوع الدعوى، إذ ترى المحكمة ان شروط واسباب طلب الاستملاك متوافرة وخصوصاً فيما يتعلق بوجود النفع العام، لذا قررت المحكمة تصديق حكم التملك الصادر من محكمة بداءة

(١) لاحظ د. جابر مهنا شبل، | مشروعية نزع الملكية الخاصة والضمانات التي تكفل حمايتها، | بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، | تصدر عن كلية الحقوق، | جامعة النهرين، | المجلد (١٧)، | العدد (٢)، | لسنة ٢٠١٥، | ص ١٠٣؛ ولاحظ كذلك المواد (٩-١٢) من قانون الاستملاك العراقي.

(٢) لاحظ قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٧٧١/٧٦٤ في ٢٦/٨/٢٠١٠ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ١٠/٥/٢٠١٩.

تلكيف المرقم ١٣٠ / استملاك/٢٠١٢ والقاضي بتملك العقار موضوع الدعوى لطالب الاستملاك^(١).

وفي قرار اخر صادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان الهيئة الموسعة قررت المحكمة تصديق حكم محكمة بداءة اربيل المرقم ٢٨/استملاك/٢٠٠٥ في ٣٠/١١/٢٠٠٥ تمليك العقار موضوع الدعوى للمستملك، وتمليك العقار البديل للمستملك منه بدلاً عن استملاك عقاره^(٢)، ومن القرار السابق يتضح ان الحكم القضائي هنا هو الذي انشأ حق الملكية بالنسبة لطالب الاستملاك، اذ بصدور الحكم اصبح العقار محل الدعوى ملكاً للمستملك، وفي المقابل فإن الحكم القضائي يعد هو سبب حق الملكية فيما يتعلق بملكية المستملك منه للعقار بدل الاستملاك.

ثالثاً: حق الملكية الناشئ بالحكم القضائي في الشفعة: يعد الحكم القضائي مصدراً لحق الملكية في حالة الاحتجاج بالشفعة للحصول على هذا الحق، فعلى الرغم من ان التشريعات المقارنة تعالج الشفعة في المكان المخصص لأسباب كسب الملكية باعتبار هذا الحق يعد سبب مستقل من اسباب كسب الملكية، الا ان الشفعة التي تتم عن طريق الاجراءات التي رسمها المشرع ومنها رفع دعوى بالشفعة واصدار حكم فيها، وعلى اساس هذا الحكم يثبت للشفيع الحق في تملك العقار المبيع جبراً على المشتري بالثمن الذي اشتراه به والنفقات المعتادة^(٣)، وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول طبيعة حق الشفعة وهل هو حق عيني ام

(١) لاحظ قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية ذي العدد ٣٩٧/ب/ت/٢٠١٢ في

٢٠/٤/٢٠١٢، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على

الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ١٠/٥/٢٠١٩.

(٢) لاحظ قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان/ الهيئة الموسعة المرقم ٩٨ في

١٦/١٢/٢٠٠٨، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على

الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ١٠/٥/٢٠١٩.

(٣) لاحظ احمد محمود خليل، احكام الشفعة فقهاً وقضاً، (منشأة المعارف، الاسكندرية| من

دون سنة نشر) ص ١٠ وما بعدها.

حق شخصي^(١)، الا ان هناك فرق ما بين الحق واسباب كسبه حيث ان الشفعة تعد سبب من اسباب كسب الملكية وليست حقاً من الحقوق^(٢).

وهناك من يرى^(٣) بان حق الشفعة لا يعد حقاً ولا سبباً من اسباب كسب الملكية، وانما هي رخصة او مكنة قانونية تجعل الشخص في موضع يستطيع من خلاله وبموجب هذه الرخصة ان يلجأ للقاضي لكي يحكم له ولو جبراً على المشتري بملكية عقار معين، والرخصة او المكنة طرحت لها عدة تعاريف^(٤)، ومن بين التعاريف التي قيلت فيها انها قدرة الشخص وبالتعبير عن ارادته على احداث اثار قانونية حددها القانون بصورة مباشرة او غير مباشرة والمتمثلة في انشاء او تعديل او ازالة مراكز قانونية دون ان يلزم الطرف المقابل باي اداء او يتمكن من التخلص من تلك الاثار^(٥).

واذا ما طبقنا المفهوم السابق على الشفعة لوجدنا انها مكنة الطلب من القضاء الحكم بتمليك العقار موضوع الدعوى، ويارادة منفردة من الشفيع وبهدف تحقيق مصلحة له من تملك العقار، وهذا الطلب من القضاء اذا ما وقع فانه يؤدي الى احداث تغيير في الحق وذلك بمنحه للشفيع جبراً على المشتري.

وكون ان الشفعة مكنة الحصول على حق الملكية وليست سبباً له هو ما نوّده، وذلك لان تحليل احكام الشفعة لا يدل ان لها دور منشئ مستقل عن اسباب كسب الملكية، وانما هي مكنة تستخدم لتفعيل مصدر من مصادر او اسباب كسب الملكية، فالشفعة اذا كانت رضائية اي تم الاتفاق عليها بين البائع والشفيع فإنها هنا تعد وسيلة لتفعيل العقد الذي يكون هو سبب كسب الملكية، فالاتفاق على اخذ العقار وتمليكه للشفيع هو الذي

(١) للمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء لاحظ اسماء لابد، الشفعة كسب من اسباب كسب الملكية، رسالة ماجستير، (كلية العلوم الانسانية، جامعة وهران، الجزائر | ٢٠١٦) ص ٢٣.

(٢) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، اسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ٤٤٧.

(٣) لاحظ د. محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٤) للاطلاع على هذه التعاريف لاحظ ثارم محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، (كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية | ٢٠٠٨) ص ٤٦.

(٥) تعريف د. محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ١٧٥.

ينقل الملكية وما الشفعة الا وسيلة استخدمت لإبرام هذا الاتفاق، اما اذا كانت الشفعة قضائية فإن نقل الملكية وكسبها للشفيع يكون عن طريق الحكم القضائي، فالشفعة مكنة استخدمها الشفيع لقبول دعواه امام القضاء لكن ما يصدر من حكم بعد ذلك هو الذي ينشئ حق الملكية بالنسبة للشفيع، والدليل على ذلك ان القاضي له السلطة التقديرية في انشاء حق ملكية للشفيع من عدمه فحكمه هو الذي يكون العامل المؤثر في نشوء حق الملكية من عدمه.

ومصدرية الحكم القضائي لحق الملكية في حالة الشفعة موقف ايدته محكمة النقض المصرية وقضت به فقررت بان الحكم الصادر نهائياً بثبوت الشفعة يعد سبباً منشئاً لحق الملكية بالنسبة للشفيع^(١)، وفي قرار اخر لها تقرّر أن العين المشفوعة لا تصير في ملك الشفيع (في غير حالة التراضي) إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة^(٢)، وما تقدم من الاحكام الاحكام وغيرها الكثير يدل على ان الحكم القضائي هو المصدر المنشئ لحق الملكية في حالة الحكم بالشفعة عن طريق القضاء.

والمشروع المصري نفسه يجعل من الحكم القضائي الصادر بالشفعة مصدراً منشئاً لحق الملكية بالنسبة للشفيع، فنص المادة (٩٤٤) من القانون المدني المصري تقرّر ان الحكم النهائي الصادر بالشفعة يعد سنداً لملكية الشفيع من دون اخلال بقواعد التسجيل. و المشروع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية نص على ان ملك الشفيع اذا ما تم بيع العقار محل حق الشفعة يثبت بموجب الحكم القضائي الصادر بالشفعة، او بتسليم العقار في حالة التراضي مع مراعاة قواعد التسجيل^(٣).

مما تقدم يتبين وبوضوح ان الحكم القضائي يعد هو السبب المنشئ لحق الملكية، اذ انه هو الذي يكون له الاثر المنشئ بالنسبة لحق الملكية في هذه الحالة، وما الشفعة الا مكنة استخدمها الشفيع للوصول الى السبب المنشئ لحق الملكية وهو في هذه الحالة الحكم

(١) نقض مدني رقم (١٠٣) في ٣١/١٠/١٩٤٦ اشار اليه د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، اسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص ٦٩٧.
 (٢) الطعن رقم ٦٩٠٨ سنة قضائية ٦٦ مكتب في ٤٨ تاريخ الجلسة ٣٠ / ١١ / ١٩٩٧، منشور على الموقع kenanaonline.com تاريخ الزيارة ١٥/٥/٢٠١٩.
 (٣) لاحظ نص المادة (١٣٠١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

القضائي الصادر بالشفعة، وهذا التحليل يدعمه ما ذهب اليه محكمة النقض المصرية في احكامها، وما اخذ به القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي.

اما القانون المدني العراقي فقد نص على الشفعة باعتبارها سبب من اسباب كسب الملكية ونظم احكامها في الجزء المخصص لأسباب كسب الملكية^(١)، والشفعة في القانون المدني العراقي محصورة في الشريك في الدار او الشقة السكنية الذي لا يملك داراً او شقة سكنية على وجه الاستقلال^(٢)، وفيما يتعلق باثر الحكم القضائي في ملكية الشفيع نص المشرع في المادة (١١٤١) من القانون المدني على (يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري او عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة) واذا كان الشطر الاخير من المادة لا يثير اي اشكالية من حيث التعبير، لأنه في حالة التراضي على الشفعة تطبق احكام العقد، ومن المعروف ان العقد المتعلق بالعقار التسجيل ركن فيه لا يتم الا بالتسجيل ومن تاريخ التسجيل يتم العقد وتنقل الملكية، الا ان صياغة الشطر الاول من المادة المتعلقة بالحكم القضائي جاء غير واضح فيما يتعلق بوقت نشوء حق الملكية بالنسبة للشفيع، حيث انه نص على انه يثبت ملك ومن المعروف ان اثبات الحق شيء وانشاء الحق شيء اخر، كما ان اثبات الحق يأتي بعد انشائه، فإذا كان الحكم هنا لأثبات الحق فما هو مصدر حق الملكية بالنسبة للشفيع؟

لاشك بانة في حالة الشفعة التي تتم عن طريق القضاء يكون الحكم القضائي هو مصدر الملكية بالنسبة للشفيع، الا ان صياغة نص المادة (١١٤١) من القانون المدني العراقي جاء غير معبر عن حقيقة دور الحكم القضائي في الشفعة، حيث انه يشير الى ان ملكية الشفيع تثبت بالحكم القضائي، والاصح ان تكون صياغة النص دالة على الدور المنشئ للحكم القضائي في ملكية الشفيع، لذا فإننا نقترح تعديل نص المادة (١١٤١) من القانون المدني بما يتلاءم وحقيقة دور الحكم القضائي في نشوء حق الملكية ونقترح ان تكون صياغة النص علو الشكل الاتي (الحكم النهائي الذي يصدر نهائياً في دعوى الشفعة يعد سنداً منشئاً لحق الملكية بالنسبة للشفيع، ويجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري).

(١) لاحظ المواد (١١٢٨ - ١١٤٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) لاحظ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢١١) لسنة ١٩٧٨ المعدل بالقرار رقم (٩٧٨) في ٢٤/٧/١٩٧٨.

والقضاء العراقي يشير في احكامه الى تملك العقار المشفوع للشفيع وابطال البيع، وهذا يدل على ان الحكم القضائي هو السبب المنشئ لحق الملكية في هذه الحالة، وهذا الامر واضح في قضاء محكمة التمييز سواء القديم او الحديث، فقد قررت محكمة التمييز في قرار لها الحكم يابطال معاملة بيع العقار محل الشفعة والغائها وتمليك الملك المذكور له للشفيع^(١)، وواضح من هذا الحكم ان مصدرية حق الملكية للشفيع هو الحكم القضائي، حيث ينص القرار لتمليك العقار للشفيع وعبارة تملك العقار للشفيع تعني ان هذا الحكم هو المصدر المنشئ لحق الملكية بالنسبة للشفيع، وغيره الكثير من الاحكام المماثلة والتي تنص على تملك العقار للشفيع.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث دور الحكم القضائي في انشاء حق الملكية فإننا في خاتمة بحثنا نبين اهم النتائج التي توصلنا اليها والتوصيات التي نقترحها على المشرع العراقي وكما يأتي:
اولاً: النتائج: بعد دراسة دور الحكم القضائي في انشاء حق الملكية فإننا توصلنا الى النتائج الاتية:

- ١- ان للحكم القضائي دور منشئ في حق الملكية، حيث يقوم هذا الحكم بإنشاء هذا الحق، ويكون هو المصدر الذي يستند اليه الشخص في الاحتجاج بحقه والمطالبة به.
- ٢- الحكم القضائي في مصدريته لحق الملكية يكون له دورين، الاول هو الدور غير المباشر وذلك عندما يكون للحكم دور في اطار مصادر حق الملكية، فيلعب دوراً في فعالية هذه المصادر في انشاء حق الملكية، كما راينا في رسو المزايدة على الحائز في حالة الرهن، وقسمة المال الشائع ورسو المزايدة على احد الشركاء.

(١) لاحظ قرار محكمة التمييز المرقم (٦٢٦) في ٢١/١٢/١٩٦٩، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الانترنت على الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ١٧/٥/٢٠١٩.

٣- الحكم القضائي يكون له دور في انشاء حق الملكية مباشرة، فيكون هو المصدر المباشر لحق الملكية بغض النظر عن المصادر الاخرى، كما في حالة بطلان العقد الناقل للملكية، الالتصاق والشفعة والاستملاك القضائي.

٤- ان الشفعة وعلى الرغم من ان التشريعات المقارنة جعلتها من الاسباب المكسبة لحق الملكية الا اننا وجدنا ان الشفعة هي رخصة او مكنة للوصول الى حق الملكية وليست مصدرًا لهذا الحق وحدها، فإذا كانت رضائية فيكون الاتفاق هو مصدر الحق، اما اذا كانت قضائية فيكون الحكم هو مصدر الحق.

٥- لم يعطي المشرع العراقي للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالملكية في حالة الالتصاق وانما وضع قاعدة جامدة وهي قاعدة الاقل يتبع الاكثر، على عكس بعض التشريعات المقارنة التي اعطت للقاضي سلطة تقديرية للحكم بالملكية على وفق كل حالة.

ثانياً: التوصيات:

١- بما ان للحكم القضائي دور في انشاء حق الملكية وان اسباب كسب الملكية هي نفسها اسباب كسب الحقوق العينية الاخرى فإننا نقترح ان يورد المشرع في بداية تنظيمه لمصدرية الحكم القضائي للحق العيني هذا النص (الحكم القضائي الذي يصدر نهائياً بثبوت حق عيني لشخص معين يكون هو سند هذا الشخص في نسبة هذا الحق اليه ويعد سبباً منشئاً لهذا الحق دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ان كان ثبوت الحق يتطلب ذلك).

٢- ندعوا المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (١١٢٥) من القانون المدني العراقي وذلك بترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد حق الملكية بما يصدره من احكام في تقرير حق الملكية في جانب احد اطراف واقعة التصاق منقول بمنقول، ونقترح ان تكون صياغة المادة على النحو الاتي (إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع بملكية احدهما للمنقولين مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما ويكون حكم القاضي سنداً للمحكوم له في المطالبة بحق الملكية).

٣- تعديل نص المادة (١١٤١) من القانون المدني بما يتلاءم وحقيقة دور الحكم القضائي في نشوء حق الملكية ونقترح ان تكون صياغة النص علو الشكل الاتي (الحكم النهائي الذي يصدر نهائياً في دعوى الشفعة يعد سنداً منشئاً لحق الملكية بالنسبة للشفيع، ويجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري).

The Authors declare That there is no conflict of interest

References

Books:

- 1- Ibn Manzoor, Lisan Al-Arab, Part Three, (The Arab Heritage Revival House and the Arab History Foundation, Beirut, Lebanon | without a year of publication).
- 2- Hamad bin Abi Bakr Al-Razi, Al-Sahih, (Dar Al-Risala, Kuwait | 1983).
- 3- Al-Munajjid in Language and Media, (Dar Al-Mashreq, Beirut | without a year of printing).

Legal books:

- 1- Dr. Ibrahim Naguib Saad, Private Judicial Law, Part Two, (Mansha'at al-Maarif, Alexandria | without a year of publication).
- 2- Ibrahim Abu Al-Naga, Original In-kind Rights in the Libyan Civil Law, first edition, (New University House, Alexandria | 1997).
- 3- Dr. Ahmed Abu Al-Wafa, Theory of Judgments in the Law of Procedures, Part One, Fourth Edition, (Manshaat Al-Maarif, Alexandria | without a year of publication).
- 4- Ahmad Mahmoud Khalil, Ahkam al-Shafa'a Jurisprudence and Jurisprudence, (Manshaat al-Ma'arif, Alexandria | without a year of publication).
- 5- Dr. Adam Wahib Al-Nadawi, Brief in the Law of Evidence, (House of Wisdom, Baghdad | 1990).
- 6- Dr. Hassan Ali Al-Dhanoun, explaining the civil law, named contracts, the sale contract, (Al-Rabita Press, Baghdad | without a year of publication).

- 7- Dr. Reda Abdel-Halim Abdel-Meguid, Al-Wajeez in Ownership and Ancillary In-kind Rights, (Center for Continuing Education, Faculty of Law, Benha University, Egypt | without a year of publication).
- 8- Dr. Saeed Mubarak, Explanation of the provisions of the Implementation Law No. (45) of 1980, second edition, (The Legal Library, Baghdad | 2007).
- 9- Dr. Samir Abdel-Sayed Tanago, Contract of Sale, (Al-Wafaa Legal Library, Alexandria | 2009).
- 10- Dr. Rakeh and Wat Ismail, and Rami, The Discretionary Truth, (Dar Al-Kutub Al-Qanuni, Egypt, Dar Shatat, UAE | 2015).
- 11- Judge Shihab Ahmed Yassin, Al-Wajeez in explaining the law of appropriation, first edition, (The Legal Library, Baghdad | 2011).
- 12- Dr. Tariq Kazem Ajeel, The Mediator in the Sale Contract, Part One, Concluding the Contract, (Al-Sanhouri Library, Baghdad | 2008).
- 13- Diaa Sheet Khattab, The Art of Judgment, (Institute for Arab Research and Studies, Baghdad | 1974).
- 14- Dr. Abdel-Hamid Al-Shawarbi, The Authoritativeness of Civil and Criminal Provisions in the Light of Jurisprudence and Judiciary Rulings, fourth edition, (Manshaat Al-Ma'arif, Alexandria | 1996).
- 15- Notice that Dr. Abd al-Razzaq al-Sanhouri, The Mediator in Explanation of Civil Law, Part VIII, The Right to Ownership, (Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut | 2000).
- 16- Abd al-Razzaq al-Sanhouri, The Mediator in Explanation of Civil Law, Part Nine, Reasons for Acquiring Ownership, (Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut | 2000).
- 17- Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhouri, Theory of the Contract, Part Two, (Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut | 1998).

- 18- Dr. Abd al-Razzaq al-Sanhouri, The Mediator in Explanation of Civil Law, Part Four, Contracts Responding to Ownership (Sale), (Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut | 2000).
- 19- Dr. Abdul Qadir Al-Sheikhly, Judicial ruling from theory to application, (Dar Al-Thaqafa for publishing, Amman | 2014).
- 20- Dr. Adnan Ibrahim Al-Sarhan, Explanation of the Provisions of Named Contracts in the Civil Transactions Law of the United Arab Emirates, Part One, Sale Contract, (Dar Wael Publishing, Amman | 2005).
- 21- Dr. Ali Hadi Al-Obeidi, In-kind Rights, (Dar Al-Thaqafa, Amman | 1999).
- 22- Dr. Muhammad Saeed Abdul Rahman, Judicial Ruling, Its Elements and Rules of Issuance, (Dar Al-Fikr Al-Jami`, Alexandria | 2008).
- 23- Dr. Muhammad Suleiman Al-Ahmad, Civil Thoughts, Civil Thoughts, (Publications of the Office of Thought and Awareness in the Patriotic Union of Kurdistan, Sulaymaniyah | 2009).
- 24- Dr. Mahmoud Al-Sayed Al-Tahiwi, The Theory of Judiciary Rulings, (Dar Al-Fikr Al-Jama'i, Alexandria | 2006).
- 25- Dr. Mahmoud Muhammad Al-Kilani, Rules of Evidence and Implementation Provisions, (Dar Al-Thaqafa Amman | 2013).
- 26- Dr. Mufleh Awad Al-Qudah, Principles of Civil Trials and Judicial Organization, (Dar Al-Thaqafa, Amman | 2013).
- 27- Dr. Nabil Ibrahim Saad, Named Contracts, Part One, Sale, (Arab Renaissance House, Beirut | 1997).
- 28- Dr. Nabil Ibrahim Saad, The original in-kind rights, their provisions and sources, (New University House, Alexandria | 2006).

- 29- Dr. Nabil Ismail Omar, The Legal System of Judicial Judgment, first edition, (New University House, Alexandria | 2006).
- 30- Nazih Kabbara, Public Domain and Private Domain, (Modern Book Foundation, Beirut | 2010).

Master and Doctoral Theses:

- 1- Aram Muhammad Salih Saeed, The Legal Machine Between Theory and Practice, Master Thesis, (College of Law and Politics, University of Sulaymaniyah | 2008).
- 2- Asmaa Labeled, Preemption as a Reason for Ownership, Master Thesis, (Faculty of Human Sciences, University of Oran, Algeria | 2016).
- 3- Amna Abd al-Karim Ali Ahmed, The Promise of Contract and its Applications in Civil Law, Master Thesis, (College of Law, Al-Nahrain University | 2008).
- 4- Hussein Abdel Qader Maarouf, The Idea of Formalism and its Applications in Contracts, PhD thesis, (College of Law, University of Baghdad | 2004).

Research:

- 1- Brahimi Siham The idea of public benefit in expropriation Research published in the Journal of Sharia and Law, | Issued by the College of Law United Arab Emirates University | Issue (55),| for the year 2013,|.
- 2- Dr. Jaber Muhanna Shebel, | The legality of the expropriation of private property and the guarantees that guarantee its protection A research published in the Journal of the Faculty of Law, Al-Nahrain University Issued by the Faculty of Law Al-Nahrain University, | Volume (17),| Number (2),| for the year 2015,|.
- 3- Dr. Amer Ashour Abdullah | The rule of less follows more in civil law A research published in (Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, | issued by the College of Law and Political Science, | University of Kirkuk, | Volume (4), | Issue (14), | Part Two, for the year | 2015 |.

- 4- Dr. Najm Al-Ahmad, | The legal concept of public interest in appropriation A research published in the Damascus University Journal of Economic and Legal Sciences Volume (29),| Number (2),| for the year 2013,|.

Laws:

- 1- Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, as amended.
- 2- The Iraqi Evidence Law No. (107) of 1979, as amended
- 3- Iraqi Implementation Law No. (40) of 1980, as amended
- 4- Iraqi Real Estate Registration Law No. (43) of 1971, as amended.
- 5- Iraqi Expropriation Law No. (12) of 1981.
- 6- Iraqi Traffic Law No. (86) of 2004
- 7- The new Traffic Law No. (8) for the year 2019 published in the Iraqi Gazette Issue (4550) on 5/8/2019, which will be implemented two months after its publication.
- 8- Iraqi Machinery Registration Law No. (36) of 1952.
- 9- The Notary Clerks Law No. (33) of 1998.
- 10- Decree of the dissolved Revolutionary Command Council No. 1198 of 1977 amended by Resolution 1426 of 1982.
- 11- Decree of the dissolved Revolutionary Command Council No. (211) of 1978, amended by Resolution No. (978) of 7/24/1978.
- 12- The Egyptian Civil Law No. (131) of 1948.
- 13- UAE Civil Transactions Law No. (5) of 1985.

Judicial Decisions and Sets of Judgments:

- 1- Judge Abdul Karim Khader Aziz and Judge Awad Hussein Yassin, Al-Mukhtar from the jurisdiction of the Kirkuk Federal Court of Appeal in its discriminatory capacity for the years 2013-2018, Al-Sanhouri Library, Baghdad, 2019.
- 2- The decision of the Federal Court of Cassation No. 978 on May 26, 2008, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, the date of the visit, September 10, 2019.

- 3- Court of Cassation Decision No. (626) on 12/21/1969, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, date of visit 5/17/2019.
- 4- Decision of the Kurdistan Region Court of Cassation / Civil Authority No. 12 on 11/2/2007, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, date of visit 9/10/2019.
- 5- Decision of the Kurdistan Region Court of Cassation / Expanded Commission No. 98 on 12/16/2008, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, date of visit 5/10/2019.
- 6- The decision of the Baghdad / Al-Rusafa Federal Court of Appeal in its cassation capacity, No. 764/771 on 26/8/2010, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, the date of the visit 5/10/2019.
- 7- The decision of the Presidency of the Baghdad / Karkh Federal Court of Appeal / Cassation Commission, Judgment No. 745 / Human Rights / 2012 on 12/30/2012, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, date of visit 5/10 /2019.
- 8- The decision of the Nineveh Federal Court of Appeal No. 397 / BT / 2012 on 4/20/2012, published on the Iraqi Legislation Base website, available on the Internet at www.iraqld.hjc.iq, the date of the visit 5/10/2019.
- 9- Decision of the Egyptian Court of Cassation, Appeal No. 6908, Judicial Year 66, Technical Office 48, Session date 11/30/1997, published on kenanaonline.com, date of visit 5/15/2019.