

## الأثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار

### -دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني-\*

بمؤ برويز خان الدنوي

مدرسي القانون المدني

كلية القانون والسياسة-جامعة السليمانية

### المستخلص

ان التصرفات القانونية هي السبب الاوسع لانشاء حق الملكية العقارية وانتقالها، ولكنها غير قادرة على ذلك الا من وقت مراعاة الشكلية المفروضة في القانون، إذ ان للشكلية اثر منشيء في هذه الحالة.

بيد ان الشكلية قد تجرد من هذا الدور، فيقتصر اثرها على الكشف عن هذه الحقوق، وهذا ما نجده في الوقائع القانونية، فالالتصاق والشفعة هما سببان من اسباب كسب الملكية العقارية، إذ تنشأ الملكية عنهما وقت تحقق شروطهما من دون الحاجة الى مراعاة الشكلية، لان القانون أوجب مراعاتها الشكلية في التصرفات من دون الوقائع.

فضلاً عن ذلك فقد تنشأ حق الملكية العقارية من اسباب أخرى غير التي ذكرته التشريعات المدنية : (العقد ، الالتصاق، الشفعة، الحيازة)، فانه قد ينشأ عبر التشريعات والقرارات الادارية وقرار القضاء، وقد تكون هذه الاسباب منشئاً لحق الملكية لا مقررراً له. إذ ان التشريع أو القرار الاداري قد يحدد اركان وشروط نشوء الحق، فان تحققت تنشأ الحق مباشرة من دون الحاجة الى أي اجراء آخر، وبالنسبة الى قرار القضاء، فاذا أصدر القاضي قراراً بناء على سلطته التقديرية لانشاء حق لمصلحة شخص معين، فمتى حاز القرار درجة البتات انشأ الحق، وعلى الجهة المختصة تسجيل الحق منذ ذلك الوقت، ويدل هذا على ان اثر التسجيل يقتصر على ثبوت الحق ليس إلا.

(\* ) أستلم البحث في ٢٠١٢/١٠/٢ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠١٢/١١/١ .

---

## Abstracts

The legal actions are the widest causes of the establishment and transfer of the right of ownership of a property, but they are not able to do so until from the time of taking into account the formalities imposed by law, as the formality has a creative impact in this case.

However, the formalism may be stripped of this role, its impact is limited to the detection on these rights, and this is what we find in the legal facts. Adhesion and preemption are two reasons on the reasons for winning property of ownership, so that the ownership arises there from the time that the conditions have been met without the need to take into account the formality, because the law ruled that the formalities have to be taken into account in actions not in facts.

In addition, the right of ownerships that may arise from other causes other than those mentioned in civil legislations: (contract, adhesion, pre-emption, tenure), it may be established through the legislation, administrative decisions and the decision of judiciary, these reasons may establish the right of property not simply revealing it.

The legislation or the administrative decision may determine the pillars and conditions for establishing the right,

if achieved the right is established directly without need for any further action, as well as in relation to the decision of judiciary, if the judge issued a decision based on his discretion to establish a right for the benefit of a particular person, when the decision becomes final it establishes the right, and the concerned authority has to register the right in that time, and this indicates that the impact of registration is detection of the right and nothing else.

## المقدمة

سنوضح مقدمة هذا البحث عبر الفقرات الآتية :

### أولاً / مدخل تعريفي بموضوع البحث :

يعد حق الملكية العقارية من أهم أنواع الحقوق العينية العقارية، فإنه يمثل الثروة الاقتصادية الهائلة، وإن تكاثر الإنسان والتطور الحاصل في المجتمع بسبب انشاء المشاريع والمصانع الضخمة أدى إلى زيادة الحاجة إلى ملكية العقارات، الأمر الذي دعا إلى زيادة توجه الناس إليها.

لا يصبح الشخص مالكا للعقار من دون أن يكون هناك سبب من أسباب كسب الملكية، فقد تُكتسب الملكية بالعقد كما وقد تُكتسب بالميراث و الوصية وقد تكتسب بالشفعة وبالحياسة وبالإلتصاق أو بأي سبب آخر.

ونظراً لأهمية العقارات فإن المشرع وضع قيوداً للحقوق والتصرفات التي تتعلق بها في السجل العقاري، ولحماية ذوي الشأن والغير على حد سواء، وجعل للشكلية دور منشئ للحقوق العينية العقارية، إلا أن أسباب لكسب الملكية تجرد الشكلية من هذا الدور، فيصبح لها دوراً كاشفاً، وهذا ما سنعني به في هذا البحث.

### ثانياً / مشكلة البحث :

تكمّن مشكلة البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية :

١- ذهب بعض الفقهاء إلى أن الآثار التي تترتب على الشكلية في نقل ملكية العقار هي الأثر المنشئ ، فهل أن آثارها دائماً تكون منشئة؟ وهل أن ملكية العقار دائماً تنشأ من الإجراءات الشكلية في دائرة التسجيل العقاري؟.

٢- تناول الفقهاء أغلبهم بحثوا في الآثار المنشئة للشكلية في نقل حق ملكية العقار، وعند بحثهم في دورها في دائرة التصرفات القانونية، إذاً فما هي دورها بالنسبة للوقائع المنشئة لحق الملكية ؟

٣- إن المشرع العراقي أشار إلى الشكلية في دائرة التسجيل العقاري بأنها ركن من أركان التصرفات القانونية، إلا أن هناك أسباباً لاكتساب حق التسجيل، فما هي هذه الأسباب؟

٤- ذكر المشرع العراقي اسباب كسب الملكية بين الاحياء، وهي الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة، فهل هذه الاسباب جاءت على سبيل الحصر، أم لكسب ملكية العقار؟

### ثالثاً / نطاق البحث:

ينحصر موضوع البحث في بيان دور الشكلية في اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء التي تشمل الالتصاق والشفعة مع بيان كل من التشريع، والاحكام القضائية، والقرار الاداري أسباب مباشرة لنشوء حق الملكية، عليه فالتصرف القانوني لا يدخل في نطاق البحث لأن التسجيل ركن من اركانها، وهكذا بالنسبة لاسباب كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث والوصية)، ونظراً لسعة الموضوع نتجنب البحث عن تفاصيل القواعد العامة إلا بقدر تعلقه بموضوع هذا البحث.

### رابعاً / منهجية البحث:

سوف نعتمد في كتابة هذه الدراسة على أسلوب المنهج التحليلي المقارن إذ ستم المقارنة بين القانون المدني العراقي وكل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني كلما دعا ذلك.

### خامساً / خطة البحث :

سنبحث في موضوع الأثر الكاشف للتسجيل في ثلاثة مباحث، نبدأ في هذا الموضوع بالإشارة العابرة الى معنى الشكلية وأثرها الاصلي والاحتياطي، استكمالاً وامتنالاً لمستلزمات الترابط الموضوعي وذلك في المبحث الاول، وبعدها نتطرق في المبحث الثاني الى اثر الواقعة في نقل ملكية العقار ، وكذلك نعالج في المبحث الثالث اثر التشريع والقرار في نقل ملكية العقار، واخيراً نختم هذا البحث باهم الاستنتاجات والتوصيات.

## المبحث الأول

### الشكـية وأثرها الإصـلي والاحتياطي في نقل ملكية العقار

إن التشريعات التي أخذت بنظام السـجل الشخصي، يقتصر اثر التسجيل فيها على كشف الحقوق العينية العقارية<sup>(١)</sup>، الا ان الذي نريد بيانه هو موقف التشريعات التي اخذت بنظام السـجل العيني، فيكون للتسجيل يوصف أصلاً منشئاً للحقوق العينية العقارية، الا ان التسجيل قد لا يؤدي هذا الدور بل يقتصر اثره على كشف الحقوق العينية العقارية ومن ضمنها حق الملكية، ونعالج هذين الأمرين في هذا المبحث، ولكن قبل بيان هذين الاثرين يستلزم علينا بيان معنى الشكـية في نقل ملكية العقار، عليه سنوزع هذا المبحث على مطلبين: نبين في الاول معنى الشكـية في نقل ملكية العقار، وفي الثاني الاثر الاصلي والاحتياطي للاجراءات الشكـية.

(١) للتفاصيل في نظام التسجيل الشخصي يلحظ : د. تيسير عبدالله المكيد العساف ، السـجل العقاري ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان ، ط١ ، ٢٠٠٩ ، ص١٤-١٥. المستشار معوض عبد التواب، السـجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩، ص١٧٣، د. حسن عبد الباسط جمعي ، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السـجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٢٦. بتمو برويز عزيز، النظرية العامة للحماية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة، ٢٠١٠، ص٧٧).

## المطلب الأول

### معنى الشكلية في نقل ملكية العقار

ان الشكل بمعناه الدقيق هو ما فرضه المشرع، وهو ماسماه بعض الكتاب الشكل غير الحر<sup>(١)</sup>، لذا يخرج من نطاقه الشكل الحر أو الشكلية غير التامة التي تعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية، فهي قد تبدو في صورة لفظ أو كتابة أو إشارة متداولة عرفاً، أو تتخذ أي مسلك لا يثير لبساً في دلالاته عليها<sup>(٢)</sup>، فالشكلية التي نقصدها، تعد صورة خاصة للتعبير عن الإرادة، ومن هنا فإن المشرع لا يعتد بالإرادة إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في الشكل المفروض من المشرع، وتعد الشكلية المفروضة في التصرفات العقارية نوعاً من أنواع الشكلية المفروضة في القانون، إذ ان التصرفات الواردة على عقار مثلاً كإنشاء الحقوق العينية، أو نقلها، أو تغييرها، أو زوالها لا يترتب عليها هذا الأثر إلا بعد مراعاة الشكلية المقررة في القانون<sup>(٣)</sup>.

فالملكية في العقار لا تنتقل بمجرد التراضي أو بتوافر الشروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة في العقد ، وإنما لابد من تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري ، وهذا ما نص عليه بعض التشريعات من أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون<sup>(٤)</sup>.

(١) ايرنك: روح القانون الروماني، ج ٣، ص ١١٧، نقلاً عن:

Abdalla (Fathi Abdel- Rahim): Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, le Caire, 1974,P. 534

(٢) يلحظ : المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، وهي توافق المادة (٩٠ / ١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

(٣) يلحظ : د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج٢، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، ١٩٤٨ ص ٣٤.

(٤) يلحظ على سبيل المثال : المواد (٥٠٨) مدني عراقي والمادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، وتقابلهما المادة (٨٩) مدني مصري، والمادة (١٢٧٧) من القانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ والمادة (٩) من قانون رقم (٧) لسنة

يتبين من ذلك أن الشكلية ركن جوهري في عقد بيع العقار ، وبناءً على ذلك فإن العقد لا يتم إلا في لحظة اتمام الشكلية في دائرة التسجيل العقاري ولا تنشأ الملكية ولا تنتقل إلا بعد مراعاة هذه الشكلية. إذ تتم إجراءات التصرفات العقارية في دائرة التسجيل العقاري. بيد أن القانون العراقي لم يتسم بالوضوح في مسألة تحديد الشكلية المفروضة في التصرفات العقارية. وعلى الرغم من أن الفقهاء قد اتفقوا على ان الشكلية ركن من اركان التصرفات العقارية، الا انهم اختلفوا حول معنى الشكلية، فذهب الفقهاء أغلبهم<sup>(١)</sup> الى ان الشكلية في التصرفات العقارية تتمثل في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فاذا لم يتم التسجيل في هذه الدائرة فلا ينتج عنها اثارها القانونية. يساند هذا الرأي قرار محكمة التمييز العراقي فيما يتعلق بالرهن التأميني<sup>(٢)</sup>.

وهناك رأي آخر<sup>(٣)</sup>، ونحن نؤيده، يرى الى انه بعد ان يتم التسجيل يعد العقد منعقدًا من تاريخ الإقرار، إذ ان الشكلية تتمثل في الإقرار أمام الموظف الذي يعد شكلاً للتعبير عن الإرادة توجد التصرفات به حصراً ولا توجد بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير. أما فيما يتعلق بالتسجيل في السجل العقاري فهو مجرد إجراء لإشهار العقد لا علاقته له بتكوينه. إذ ان المادة (١٠٩) من قانون التسجيل العقاري اشارت الى التصرف القانوني بمجلس عقد واحد بإيجاب

٢٠٠٨ بشأن التسجيل العقاري في امانة دبي والمادة (٣) من قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في امانة دبي.

(١) لاحظ على سبيل المثال : اسعد عبد العزيز الجميلي، بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص١٠٠، و محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٣، ٢٠٠٩، ص١٨٧.

(٢) قرار رقم ٦٨٨/ح/٩٥٩ في ٣/٥/١٩٥٩، منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق ع(٤)، سنة (١٧)، ١٩٥٩، ص٥٣٦-٥٣٧.

(٣) للتفاصيل حول هذا الرأي لاحظ : حسين عبد القادر محمود، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص١٠٠-١٠٤.

وقبول طرفي العقد أو من ينوب عنهما أمام الموظف المختص<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من ان القول الاخير يتعارض مع نصوص قانونية كثيرة<sup>(٢)</sup>، قد صرحت بأن التصرفات العقارية لا تنعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، الا ان المادة (١٠٩) تعد نصا خاصا مقارنة بالنصوص القانونية الاخرى. لذا لا يمكن تطبيق هذه النصوص مع وجود نص خاص في قانون التسجيل العقاري يتعارض معها. هذا من جهة ومن جهة ثانية، فان المادة (٣/ ف٢) من قانون التسجيل العقاري، تتعارض معها، الا ان هذه المادة جاءت ضمن الاحكام التمهيدية، إذ انها وردت قبل المادة (١٠٩)، لذا يستلزم تطبيق النص اللاحق وليس النص السابق.

اذن ان مصدر الحقوق العقارية في التشريع العراقي هو الاتفاق الذي تم في دائرة التسجيل العقاري نفسها وبحضور الموظف المختص، وتوقيع الطرفين عليه ومصادقة الموظف المختص على ذلك كله، وقد تبني المشرع المصري مسلكاً مشابهاً في قانون السجل العيني الصادر سنة ١٩٦٤، إذ نصت المادة (٢٦) منه على ان (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية... يجب قيدها في السجل العيني). أما بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي، فقد نصت المادة (٩) التسجيل العقاري بانه (يجب ان تسجل في السجل العقاري جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق عقاري... ولا يعتد بهذه التصرفات إلا بتسجيلها في السجل العقاري)، ونصت المادة (٣) من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي على انه (تسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات... ويقع باطلا البيع وغيره من التصرفات القانونية... إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل). ويثور تساؤل هل الشكلية تتمثل في التسجيل في السجل العقاري المبدئي أم السجل العقاري؟ نرى بأن التصرفات القانونية قد تتم بتسجيلها في السجل العقاري المبدئي قبل تسجيلها في السجل العقاري الذي هو، يمثل الإشهار، لان القانون الذي ينظم السجل العقاري المبدئي لاحق للقانون الاخر، واللاحق يلغي السابق لانهما يتسمان بنفس الصفة.

(١) قرار رقم ٥٤٣ / مدينية الثالثة / ١٩٧٤ / في ٢٢ / ٢ / ١٩٧٥ منشور في مجموعة الأحكام العدلية، ع (١)، سنة (٦)، ١٩٧٥، ص ٣١.

(٢) يلحظ على سبيل المثال : المواد (٥٠٨ و ٦٠٢ و ١٠٧١) مدني عراقي.

وعلى الرغم من أننا نؤيد الرأي القائل بأن الشكلية التي تعد سبباً منشأً لحق الملكية، في القانون العراقي، تتمثل في الاقرار أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري، إلا أن هذا المعنى للشكلية يقتصر على دائرة التصرفات القانونية استناداً الى التسويات التي وضعاها في اعلاه، أما معنى الشكلية في نطاق الوقائع القانونية فتتمثل في التسجيل العقاري، لان انتقال الملكية بسبب الوقائع القانونية لا عن طريق الاقرار أمام هذا الموظف، طالما لا يعتد بإرادة اطراف الرابطة المدنية، مثلاً انتقال الملكية بسبب الالتصاق أو الشفعة أو أي سبب آخر من هذا القبيل، يتحقق بحكم القانون ومن وقت تحقق الواقعة، ولكن لا يستطيع المالك التمسك به الا بعد تسجيله في هذه الدائرة.

## المطلب الثاني

### الآثر الاصلي والاحتياطي للاجراءات الشكلية في نقل ملكية العقار

لتوضيح موضوع هذا المطلب نقوم بتقسيمه الى فرعين نعالج في الفرع الأول الآثر الاصلي للاجراءات الشكلية، وفي الفرع الثاني الآثر الاحتياطي للاجراءات الشكلية.

## الفرع الأول

### الآثر الاصلي للاجراءات الشكلية

تعد التشريعات التي أخذت بنظام السجل العيني التصرفات العقارية من التصرفات الشكلية التي لاتنقذ إلا إذا روعيت فيها الطريقة المقررة قانوناً من المشرع وبتوقيع المتعاقدين بالسجل العقاري وتصديق الموظف المختص بعد استيفاء الاجراءات الشكلية<sup>(١)</sup>، ويعد بيع العقار غير المقر أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري باطلاً وكأن لم يكن ، ولذا لاتنتقل الملكية الى المشتري بالنسبة الى الغير وفيما بين ذوي الشأن ، إلا بعد مراعاة هذه الشكلية.

(١) يلحظ : المادتان (٩٠ و ٢٤٧) مدني عراقي والمادة (٢/٣) تسجيل عقاري عراقي وتقابل هذه المواد ؛ المادتان (١٠١ و ٢٠٤) مدني مصري والمادتان (٥١١ و ١٢٧٧) معاملات مدنية إماراتي والمادة (٣) سجل عقاري مبدئي إماراتي.

قضت محكمة التمييز في قرار (لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري أن يطلب استرداد الثمن ولا يعتبر العربون تعويضاً عن النكول إذ العربون لا يكون إلا في العقود الصحيحة وعقد البيع المذكور باطل لعدم تسجيله في الدائرة المختصة، وللطرفين رفع دعوى مستقلة بالتعويض وفق المادة ١١٢٧ مدني وهو ما ذهبت إليه الهيئة العامة لمحكمة التمييز بقرارها المرقم ٥٩/هيئة عامة أولى(٩٧١)<sup>(١)</sup> ، ويتضح من هذا القرار انه اعطى الدور المنشىء للحقوق العينية العقارية الى التسجيل وليس الاقرار أمام الموظف المختص.

ان الحقوق العينية العقارية التي تقرّ بها اطراف الرابطة المدنية أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري تتمتع بقوة إثبات، ولكن هذه الحقوق لا يمكن الاحتجاج بها إلا بتسجيلها في هذا السجل، وإن تم القيد في السجل يعد حجة على الغير<sup>(٢)</sup>، وهذا يعني أن هذه الحقوق لا يكون لها وجود ولا يعتد بالتصرف الواقع عليها فيما بين ذوي الشأن إلا إذا أقرّها الطرفان أمام موظف التسجيل ولكن لا يحق لصاحبها أن يتمسك بها في مواجهة الغير إلا بعد إتمام القيد في السجل العقاري، تطبيقاً لمبدأ الثقة في بيانات السجل العيني، وتهدف هذه الحجية الى اعطاء الامان التام لكل من يتعامل على المال العقاري وفق البيانات الثابتة في السجل<sup>(٣)</sup>.

فقد يحصل التعارض بين مصلحة الاغيار فيما يتعلق بحجية السجل العيني وحجية الاقرار أمام الموظف المختص، إذ يتمسك البعض منهم بحجية السجل العيني ويتمسك الآخر بحجية الاقرار أمام الموظف المختص فنرى بان الافضلية تكون لمن تمسك بالسجل العيني، فمثلاً لو اقتطع مالك عقار معين جزءاً من عقاره وانشأ له صحيفة عقارية ولكنه لم يؤشر لذلك

(١) قرار رقم ٧٤٤/٢م منقول/١٩٧٣ في ٢٨/٣/١٩٧٤ ، نشره ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٨، ص١٨٨.

(٢) يلحظ : المادة (١/١٠) تسجيل عقاري عراقي والمادتان (٢٦ و ٢٧) سجل عيني مصري.والمادة (٩) تسجيل عقاري إماراتي.

(٣) يلحظ : د. مصطفى عبدالسيد الخارجي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢(منقحة)، ١٩٨٨، ص٤٩

التغيير في الصحيفة العقارية للعقار الاصلي، ثم باع الجزء المتقطع الى مشتري أول، واقرّ به أمام موظف مختص، وباع العقار الاصلي الى مشتري ثان، فيفضل مشتري العقار الاصلي للسبب المذكور أعلاه.

ولو تأملنا في الفقرات السابقة للاستنتاجنا، ان المصدر هو تراضي طرفي التصرف العقاري مع اتمام الشكلية، ويتمثل هذا الاتفاق في اقتران إرادة احد الطرفين بإرادة الطرف الآخر بحضور الموظف المختص، وتوقيع الطرفين عليه ومصادقة الموظف المختص على ذلك كله، ويعني هذا أن الحقوق العينية العقارية تنشأ وقت اتمام الشكلية المقررة في القانون، وتستند هذه الشكلية الى توافق الارادتين.

ان الذي سبقناه في معنى الشكلية (الاقرار امام موظف مختص)، يصح بالنسبة للتصرفات القانونية، إذ تنعقد أن هذه التصرفات وقت اقرار اطراف التصرف أمام موظف مختص في دائرة التسجيل العقاري، أما بالنسبة للوقائع القانونية، فلما كان الاقرار منعدياً أمام الموظف، لأن الشكلية هي التسجيل في هذه الدائرة.

وأخيراً نقول إن الاثر الاصلي للشكلية الذي بيناه في اعلاه يتعلق بالتصرفات القانونية، الا انه يقف هذا الاثر أمام الوقائع القانونية والتشريعات والقرارات المنشئة للحقوق العينية العقارية.

## المطلب الثالث

### الاثـر الاحتياطي للاجراءات الشكلية

الى جانب الاثر الاصلي للشكلية في نقل ملكية العقار، يكون لها اثر احتياطي، وفي حالات استثنائية محددة، إذ لا يكون للشكلية فيها اثر منشيء للحقوق العينية العقارية، بل يقتصر اثرها على الكشف عن هذه الحقوق. على ان الشكلية في هذا المجال تهدف الى الكشف عن الحقوق العينية العقارية (ملكية العقار) التي تنشأ عن مصادر أخرى غير التصرفات القانونية، بل واكثر من ذلك لا يبقى دور لارادة المالك في نقل ملكية العقار أو انشائه، ولا يبقى أي دور للشكلية بوصفها سنداً لاكتساب الحقوق.

لا تعد الشكلية في هذه الحالات الاستثنائية-التي سنأتي اليها- سبباً لنقل ملكية الحقوق العينية، فضلاً عن أسباب أخرى تعد اسباباً حقيقية لانتقال الملكية، الأمر الذي

يؤدي الى ان يكون السبب سببا صحيحاً وسالماً من العيوب. إذ يكون هذا السبب حجة على الناس كافة بما فيها المالك. نظراً لما يسوده الاثر الكاشف للشكلية، بأنه لا يترك أي دور للشكلية بوصفها سنداً لاكتساب الحقوق لذا لا تحقق غرضها في حماية المالك والغير لأنها ماهي الا وسيلة للكشف عن الحقوق التي ترد على العقار، من دون الاعتداد بالحقوق العقارية المقيدة في السجل العقاري.

بيد القول بالاثار الكاشف للشكلية العقارية، لا يعني انه لا يبقى أي دور لها ، إذ الحقوق التي تتعلق بالعقار لا يتسم بالثبات والاستقرار الا بعد مراعاة الشكلية المقررة في القانون، وتطبيقاً لقاعدة (القيد المطلق)<sup>(١)</sup> التي تتمثل في ان الحقوق الواردة في السجل العقاري لا يمكن الاحتجاج بها إلا بتسجيلها في هذا السجل، التي تستلزم قيد جميع الحقوق العينية العقارية جميعها في السجل ، إذ يكون القيد في السجل وجوبي بشأن كافة التصرفات والوقائع القانونية كافة بشأن الحقوق العينية العقارية ، والحقوق التي تم تسجيلها هي وحدها التي يمكن الاحتجاج بها.

إذن اذا كان الفرع السابق يدل على الاثر المنشئ للتسجيل وهذا هو الاصل، بيد انه قد لا يكون للشكلية الا اثرا كاشفاً، كما اذا نشأ حق الملكية العقارية من وقائع قانونية. لان الشكلية التي اشترطها القانون إنما تعلق بالتصرفات القانونية من دون الوقائع<sup>(٢)</sup>، كما هي الحال بالنسبة لاكتساب حق الملكية بالميراث، إذ أن الوارث يكتسب حق الملكية وما في حكمه من تاريخ وفاة المورث، الا أنه لا يحق لهم التصرف فيه الا بعد تسجيله في السجل العقاري<sup>(٣)</sup>، ولذا إذا قام الورثة باجراء معاملة التسجيل بعد وفاة المورث، فان التسجيل يتم باثر رجعي ينسحب الى تاريخ الوفاة، ولكن لا يحق لهم التصرف في العقار إلا بعد اجراء معاملات التسجيل، ويعني هذا ان اكتساب الملكية عبر الوقائع القانونية لا يتسم بالثبات والاستقرار الا بعد تسجيله، وهكذا بالنسبة لحق الملكية الذي أنشأ عبر التشريع، والاحكام القضائية، فان

(١) للتفاصيل في قاعدة (القيد المطلق) لاحظ : بتمو برويز عزيز، مرجع سابق، ص ٨٥-٨٦.

(٢) يلحظ على سبيل المثال : المادة (٥٠٨) مدني عراقي، و(٢١٢) تسجيل عقاري عراقي والمادة (٩) تسجيل عقاري اماراتي.

(٣) يلحظ : المادة (١٨٩) تسجيل عقاري عراقي.

اكتساب حق الملكية يستند الى وقت صدور التشريع وصدور الاحكام الحائـزة على درجة البتات.

## المبحث الثاني

### أثر الواقعة القانونية في نقل ملكية العقار

تنشأ ملكية العقار عبر روابط مدنية ، وترجع هذه الروابط إما الى إرادة الإنسان ، فيسمى بد(التصرفات القانونية)، أو لا ترجع الى هذه الارادة، فيسمى بد(الواقعة القانونية)، فأما الاول فلا يعد سببا مباشرا للملكية، لأن الشكلية ركنا من اركانه . أما الواقعة القانونية فقد تتم بسبب الوفاة (كالميراث والوصية)، او تحصل بين الاحياء، فتشمل الحيازة والالتصاق والشفعة، ولا تعد الحيازة سببا لكسب ملكية العقار في القانون العراقي لانها لاتمنح الحائز حق رفع دعوى الملك، وانما مجرد دفع يستفيد منها الحائز<sup>(١)</sup>، لذا تخرج من نطاق دراستنا .

أما الالتصاق بوصفه واقعة مادية مكسبة للملكية فهو على نوعين : أولهما، التصاق طبيعي وهو ما يحدث بفعل الطبيعة ولا دخل لإرادة الإنسان بحدوثه . ثانيهما، التصاق صناعي، الذي يتمثل في الالتصاق الذي يحدث بفعل الإنسان ، فالالتصاق الطبيعي، في القانون العراقي، لا يؤدي الى كسب ملكية عقار جديد، وإن تسبب في انشاء ارض جديدة بسبب الفيضانات، فانها تعد ملكا للدولة، الامر الذي يخرج هذا النوع من الالتصاق من نطاق هذه الدراسة ايضاً. لذا سنبحث عن اثر كل من الالتصاق الصناعي والشفعة بوصفها سببين منشئين لكسب ملكية العقار، وفي مطلبين منفصلين.

(١) جاء في قرار محكمة تمييز العراق أنه ((ليس لمدعي ملكية عقار التمسك بالحيازة لإثبات الملكية، لأن حيازة العقار غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري، لا تصلح سببا لإثبات الملكية وإنما تصلح لدفع الادعاء بها))، قرارها الصادر المرقم ١٦٠٨ / مدنية ثانية/ ١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٣١ المنشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ص٣٦، وهناك من أيد هذا الرأي وأثبت صحته، للتفاصيل يلحظ: علي شاكـر عبد القادر البديري، السبب الصحيح وأثره في الملكية، دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٨٧-٨٨.

## المطلب الأول

### الالتصاق الصناعي<sup>(١)</sup> سبباً منشأ لكسب ملكية العقار

يكون الالتصاق الصناعي على ثلاث صور، الصورة الأولى، المحدثات المقامة من مالك الأرض بمواد الغير، الصورة الثانية، المحدثات المقامة من مالك المواد على أرض الغير، الصورة الثالثة، المحدثات القائمة من الغير على أرض الغير. ولا تعد الصورة الأولى سبباً لكسب ملكية العقار. أما بالنسبة للصورتين الأخرين فعالجهما المشرع بالأحكام نفسها، ولم يميز بين ما إذا كانت المواد اقامت من قبل مالك المواد او من قبل الغير، ففي هاتين الصورتين قد يصبح الالتصاق سبباً لكسب ملكية العقار. فالتشريعات المدنية قد فرقت في أحكامها بين المحدث سيئ النية وبين آخر لديه الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي<sup>(٢)</sup>، فإذا كان المحدث سيئ النية، فلا يكون له كسب ملكية العقار مطلقاً، لذا تخرج هذه الحالة من نطاق هذا البحث ايضاً.

بناءً على ما سبق تبقى امامنا صورة واحدة وهي المحدثات المقامة من شخص على أرض الغير، سواءً أكان هذا الشخص مالكاً للمحدثات أم شخصاً اجنبياً عن كل من مالك الأرض ومالك المواد، ولمعالجة هذا الموضوع نقوم بتقسيمه الى الفروع الآتية:

(١) جاءت تسمية (الالتصاق الصناعي في القانون الاماراتي بـ(الاتصال بفعل الانسان))، لاحظ : الفرع الخامس-الفصل الثاني-الباب الاول من الكتاب الثالث من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) لاحظ : المادة (١١٢٠) مدني عراقي تقابلها المادة (٩٢٥) مدني مصري والمادة (١٢٧٠) معاملات مدنية إماراتي.

## الفرع الأول

### أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بزعم سبب شرعي

هناك افتراضات عديدة لحدوث حالات الالتصاق في فروض عدة، إلا أن الفرض الذي يثير التساؤل بشأن دور التسجيل في انشاء ملكية العقار يتمثل في الحالة التي يقيم فيها شخص بزعم سبب شرعي، محدثات على أرض مملوك للغير. وتتحقق هذه الحالة بإتخاذ منقول بعقار من دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج، إذ يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف، فيترتب عليه أن يملك مالك أحد الشئيين الشيء الآخر بقوة القانون. وهذه المواد الذي اندمج بالأرض يجب أن تكون من البناء أو الغراس، أو منشآت أخرى. ويشترط لتطبيق أحكام الالتصاق أن لا يكون هناك نص قانوني خاص أو اتفاق لتنظيم الواقعة، لأن أحكام الالتصاق بمثابة القواعد العامة لتنظيم هذه الواقعة<sup>(١)</sup>.

أن المادة (١١٢٠) من المدني العراقي نصت على حكم الحالة السابقة بقولها (إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بثمنٍ مثلها، وإن كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة)<sup>(٢)</sup>.

ويلحظ على النص في اعلاه بان المشرع قد مدّ حماية مدنية للمحدث الذي يعتقد بأن المحدثات التي أقامها كانت بزعم سبب شرعي، وذلك عبر منحه أن يملك الأرض ببدل مثلها جبراً على صاحبها إذا كانت قيمة محدثاته تزيد على قيمة الأرض، استناداً الى قاعدة الأقل يتبع الاكثر. وتعد هذه الحماية استثناءً على قاعدة صيانة حق الملكية التي راعتها كثير من الدساتير والقوانين في العالم.

(١) انور العمروسي، الملكية واسباب كسبها في القانون المدني، شركة ناس للطباعة، القاهرة ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص ٦٦٥.

(٢) تقابلها المادة (١٢٧٠) معاملات مدنية إماراتي، أما المشرع المصري فإنه لم يمنح هذا الحق مباشرةً للمحدث وإنما جعل الخيار من حيث الأصل لصاحب الأرض بتملك المحدثات المقامة على أرضه، يلحظ: المادة (٢/٩٢٥) مدني مصري.

## الفرع الثاني

### الأثر المنشئ للإلتصاق في كسب ملكية العقار

على الرغم من اختلاف آراء الفقهاء<sup>(١)</sup> حول تكييف الإلتصاق إلا ان الفقهاء أغلبها<sup>(٢)</sup> ذهبوا الى ان الإلتصاق يعد سبباً حقيقياً من اسباب كسب الملكية، وعالجت التشريعات أغلبها<sup>(٣)</sup> عالجت موضوع الإلتصاق ضمن أسباب كسب الملكية ولم تعالجه في الفصل الخاص بنطاق حق الملكية كما فعل المشرع الفرنسي الذي بسببه أثرت مشكلة تكييف الملكية الناشئة عن الإلتصاق. وللإلتصاق دوران هما:

أولهما : يعد الإلتصاق قرينة بسيطة على الملكية، وتقوم هذه القرينة لمصلحة مالك الأرض، فيعد انه مالك على ما وجد في الأرض.

(١) ذهب جانب من الفقهاء الى ان الإلتصاق لا يعد سبباً حقيقياً لنشوء الملكية، إذ أن الملكية الناشئة عن الإلتصاق ليست ملكية مستقلة وجديدة وإنما هي إمتداد للملكية الأصلية ولكنهم يختلفون في أساس هذه الملكية، (للتفاصيل في هذه الآراء والانتقادات الموجهة إليها يلحظ : د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق كسب من اسباب كسب الملكية في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٧١ و ٦٨ ، و د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٣).

(٢) يلحظ على سبيل المثال : د. جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص ٧٣، ود. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع، ص ٣٠٣، و د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب في القانون الكويتي ، مرجع سابق ، ص ٣٤ . و محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، القاهرة، بدون ذكر اسم المطبعة ١٩٦٦، ص ٥٤ .

(٣) كالقانون المدني العراقي، لاحظ المواد (١١١٧ - ١١٢٣) . والقانون المدني المصري يلحظ المواد (٩٢٣ - ٩٢٨) منه، وكذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي لاحظ المواد (١٢٦٢-١٢٧٤) منه .

ثانيهما : ان الالتصاق سبب من اسباب كسب ملكية الارض (أو المحدثات)، ويتحقق اذا كان القائم بالمحدثات ذا زعم بسبب شرعي، وكانت المحدثات المتصلة بأرض الغير قيمتها أكثر من قيمة الأرض.

وأشارت بعض التشريعات<sup>(١)</sup> الى ان الالتصاق سبب من اسباب كسب ملكية العقار، من دون الإشارة الى شرط التسجيل لنقل الملكية بسبب الالتصاق، أي انها لم يميز بين العقار المسجل وغير المسجل، عليه فان الالتصاق يشمل العقار سواءً أكان مسجلاً او غير مسجل، (والمطلق يجري على اطلاقه)، هذا من جهة ومن جهة ثانية فان القانون اشترط التسجيل شرطاً لنقل ملكية العقار انما تعلق الامر بالتصرفات دون الوقائع، اذ ان الالتصاق يعد واقعة من دون التصرف، ومعنى ذلك ان النصوص التشريعية التي اشارت الى الشكلية (التسجيل) يوصف ركناً مستقلاً لنقل ملكية العقار، انما قيد نطاقها في التصرفات القانونية، فجعلت الشكلية ركناً رابعاً الى فضلاً عن التراضي والمحل والسبب.

والواقعة هي كل عمل مادي بفعل الانسان او بفعل الطبيعة، ويترتب عليها الاثر القانوني الذي يتمثل في انشاء حق الملكية. في حين ان التصرف القانوني هو عمل ارادي محض يتوجه نحو احداث اثر قانوني.

بناء على ما سبق يمكن القول بان سبب نشوء ملكية العقار يتمثل في واقعة الالتصاق، فان القانون يقرر حق الملكية نتيجة واقعة قانونية اختيارية، إذ تنشأ الملكية منذ توفر شروط هذه الواقعة، عليه اذا اقام شخص بناء على ارض مملوك للغير بحسن نية، فانه يملك الارض بالالتصاق، من دون الحاجة الى أي اجراء آخر كرفع الدعوى والتسجيل. فرفع الدعوى يستلزم في حالة النزاع بشأن الملكية ، فاذا عرض النزاع أمام المحكمة، فلا يكون للقاضي سلطة تقديرية الا تأكيد توفر شروط الالتصاق من عدمه، فاذا تبين للمحكمة ان المواد اندمج بالارض اندماجاً لايقبل الفصل، وان قيمة المواد اكبر من قيمة الارض، عليها ان تصدر حكماً بتمليك صاحب المواد العقار منذ الاندماج.

(١) لاحظ المادة (١١٢٠) مدني العراقي والمادة (١٢٧٠) معاملات مدنية إماراتي.

ويقتصر دور الالتصاق في انشاء الحقوق العينية العقارية على حق الملكية من دون الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، فانه غير قادر على انشاء حق المنفعة وحقوق الارتفاق وما شاكل ذلك.

أما دور الشكلية في دائرة التسجيل العقاري فينحصر في كشف حق الملكية الذي انشأ وقت اندماج المواد بالارض، إلا أن هذا الحق لا يتسم بالثبات الا بالتسجيل<sup>(١)</sup>، إذ ان الالتصاق هو الذي انشأ الحق، إذ أن صاحب المواد يعد مالكا من وقت الالتصاق، ولكن لا يحق له ان يتصرف في ملكه الا بعد تسجيله، فاذا تم تسجيله يصبح صاحب المواد مالكا للعقار باثر رجعي، ينسحب الى وقت الالتصاق، إذ يمكن القول بان اثر التسجيل، هنا، يعد استثناء على القاعدة العامة القاضية بان للتسجيل دورا منشأ للملكية. وبعد بيان دور الالتصاق في انشاء حق الملكية بقي علينا ان نوضح نموذجا تطبيقيا للالتصاق بوصفه سببا منشأ لحق الملكية.

### الفرع الثالث

#### نموذج تطبيقي للالتصاق بوصفه سبباً منشأ لحق الملكية

##### (التجاوز على جزء من أرض الجار بحسن نية)

للالتصاق تطبيقات كثيرة، الا ان من اهم هذه التطبيقات هي التجاوز على جزء من ارض الغير، يتحقق هذا الفرض بوصفه تطبيقاً من تطبيقات الالتصاق فيما لو بنى شخص على أرض مملوك له وتعدى ببنائه على جزء يسير من ارض جاره الملاصق سواء بسبب خطئه أو خطأ غيره .

على الرغم من ان المشرع العراقي ترك حكم هذا الفرض للقاعدة العامة للالتصاق في المادة (١١٢٠)، الا ان القضاء العراقي يطبق في بعض أحكامها نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي على تجاوز الجار بالبناء على جزء من أرض جاره إذا ما ثبت ذلك التجاوز على أساس ان المحدث سيئ النية دائماً ، إذ كان عليه ان يطلع على التصاميم والخرائط المثبتة في دائرة التسجيل العقاري ، فهو حجة على الكافة بما هو مثبت فيها ولا يجوز

(١) يلحظ : استاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، المكتبة القانونية، الاردن، الطبعة الاولى/الاصدار الاول، ٢٠٠١، ص ١٠١.

الاحتجاج بما يخالفها<sup>(١)</sup>. الا ان حكم القضاء العراقي مخالف للمادة (١١٤٨) التي تنص على ان (....وحسن مفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك)، ويتضح من هذه المادة، انه اشار الى ان حسن النية مفترض دائماً، في حين ان الحكم السابق جعل الاصل سوء النية في التصرفات العقارية المسجلة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، ان هذا التجاوز قد لا يتجاوز سنتمترات عديدة بفعل موظفي دائرة التسجيل العقاري، أو عمل المقاول أو العمال، لذلك نرى بان حكم القضاء مخالف للقانون ويجانب العدالة أيضاً. ومن جهة ثالثة، فان حكم القضاء العراقي يجعل صاحب الارض في مركز اقوى من صاحب المواد، بل يسمح له ان يستغل صاحب المواد، ويطلبه بتعويض فاحش. كما اذا اقام صاحب المواد عمارة وتجاوز على جزء قليل في ارض جاره، وصرف نفقات باهضة، فان حكم القضاء يقف مع صاحب الارض، الامر الذي يؤدي بصاحب المواد الى دفع التعويض المبالغ ليتنازل صاحب الارض عن دعواه.

أما اذا حصل التجاوز بسبب خطأ الموظف في تعيين الحدود فان القضاء العراقي يطبق حكم المادة (١١٢٠) من القانون المدني، بقوله : (اذا تجاوز اصحاب القطع السكنية بعضهم بالبناء بسبب خطأ الموظف المختص في تعيين الحدود بين القطع... لصاحب المنشآت المقامة تملك الارض المتجاوزة عليها اذا كانت قيمة محدثاته اكثر من قيمة هذا الجزء المتجاوز عليه)<sup>(٢)</sup>.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (٩٢٨) من القانون المدني على حكم هذه الحالة، التي تنص على انه (اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك ان تجبر صاحب هذه الأرض على ان ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل)، ويشترط لتطبيق هذا النص شرطان : اولهما، الباني يقيم البناء على ارضه ولكنه يتعدى ببنائه على

(١) قرار رقم ١٤٥٩ / ٢م / ٢٠٠٠ في ٦/٧/٢٠٠٠ (غير منشور) اشار اليه : جمال عبد كاظم الحاج ياسين، احكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير مقدم الى كلية القانون بجامعة بابل، ٢٠٠٥، ص ٣٠.  
(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد : ٢٩٦/هيئة عامة/٢٠٠٧، تاريخ القرار : ٢٣/جمادي الاولى/١٤٢٩ هـ، ٢٨/٥/٢٠٠٨ م، (غير منشور).

جزء صغير من ارض الجار الملاصق. وثانيهما، ان يكون الباني حسن النية، وان يستند الى اسباب مقبولة. وتقدير توافر هذين الشرطين يخضع لسلطة قاضي الموضوع، والقضاء المصري، يقضي بتملك الجزء المعتدى عليه للباني في نظير تعويض عادل اذا توفر هذان شرطان، وإلا فيقضي بالإزالة<sup>(١)</sup>. وأشار البعض<sup>(٢)</sup> الى أن القضاء المصري يميل إلى عدم اخضاع هذه الحالة لقواعد الإلتصاق ، الا أننا نخالف هذا الرأي، إذ أن هذا القضاء صدر احكامه عادة لمصلحة صاحب المواد، ليس سبب ميله الى عدم اخضاعه لقواعد الإلتصاق وانما لكون قيمة المحدثات في هذه الحالة اكبر من قيمة الارض.

## المطلب الثاني

### الشفعة كسبب لكسب ملكية العقار

ان الشفعة في التشريعات الوضعية، قد عرفت بتعاريف، فبعضها عرفها بانها رخصة، بقولها (الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد الاتية)<sup>(٣)</sup>. وعرفها بعضها بانها حق بقولها (الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)<sup>(٤)</sup>. إذن فالشفعة هي رخصة يجيز لصاحبها ان يحل محل المشتري في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون.

وعلى الرغم من ان بعض التشريعات، اقرت نظام الشفعة ولكن عملت على تضيق نطاقها، لانها استثناء على حرية التصرف، أي أنها تعد وسيلة شاذة من وسائل كسب الملكية<sup>(٥)</sup>، وهذا ما عمله مشرع القانون المدني العراقي بعد تعديل المادة (١١٢٩) بقرار مجلس

(١) الطعن رقم ٢٣٣٤ سنة ٦٢ ق ، جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٩٤ ، ص ٤٥ ، ص ٦١٨ . اشار اليه سعيد احمد شعله ، قضاء النقض المدني في الملكية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣١٤ .

(٢) جمال عبد كاظم الحاج ياسين، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٣) يلحظ : المادة (٩٣٥) مدني مصري والمادة (١٢٧٩) معاملات مدنية إماراتي.

(٤) يلحظ : المادة (١١٢٨) مدني عراقي.

(٥) يلحظ : د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

قيادة الثورة المنحل بتاريخ ٢٤/٢/١٩٧٨، اذ اشار الى ان حق الشفعة ينحصر بالشريك في دار السكن الشائعة او الشقة السكنية<sup>(١)</sup>.

للشريك في العقار الشائع له الحق في اخذ الحصة الشائعة بيد المشتري، وباتخاذ الاجراءات التي حددها القانون<sup>(٢)</sup> للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع، وهذه الاجراءات هي :

١- الاعلان عن الرغبة : اوجب القانون على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن عن رغبته للبائع والمشتري كليهما أو دائرة التسجيل العقاري عبر خمسة عشر يوما من تاريخ اذاره بالبائع اذارا رسميا من البائع أو المشتري.

٢- ايداع نصف الثمن الحقيقي : يجب على الشفيع عند رفعه الدعوى ان يودع فعلا في صندوق المحكمة التي يوجد العقار المشفوع في دائرتها مبلغا يساوي نصف الثمن الذي حصل الاتفاق عليه حقيقة بين البائع والمشتري. والعلة في اشتراط الايداع نصف الثمن الحقيقي فعلا حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري، هي ضمان جدية طلب الشفعة من جهة والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من جهة اخرى.

٣- رفع دعوى الشفعة : فاذا اعلن الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة ، يجب على المشتري ان يسلم بحق الشفيع في الشفعة، والا فعلى الشفيع ان يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري والا سقط حقه، أي أنه يشترط لقبول الدعوى ان يختصم البائع والمشتري كليهما.

وبعد هذه الكلمة التمهيدية حول الشفعة تبين بان الشريك يمتلك الحصة المباعة بالشفعة، بعد اتخاذ الاجراءات القانونية ولكن قد يثور التساؤل، هل سند ملكية الشفيع يتمثل في العقد المبرم بين المشتري والبائع أم يتمثل في واقعة الشفعة؟ فالاجابة على هذا التساؤل يؤدي الى تحديد دور الشفعة في انشاء حق الملكية ، ولتوضيح ذلك لابد من الضروري توزيع

(١) للاطلاع من يعتبر من الشفعاء في قانون المعاملات المدني الإماراتي ، يلحظ : المادة (١٢٨٠) منه.

(٢) يلحظ : المواد (١١٣٨-١١٤٠) مدني عراقي، أما بالنسبة لاجراءات الشفعة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي تقتصر على رفع الدعوى، لاحظ : المادة (١٢٨٠) منه.

هذا المطالب على فرعين، نبين في الفرع الاول التكييف القانوني للشفعة، ومن ثم نتطرق في الفرع الثاني الى آثار الشفعة.

## الفرع الأول

### تكييف الشفعة

على الرغم من ان التشريعات عالجت موضوع الشفعة ضمن اسباب كسب الملكية، بيد ان آراء الفقهاء بل والاحكام القضائية اختلفت في تحديد الوقت الذي يتملك فيه الشفيح العقار المشفوع لذا نجد بان الوصول الى التكييف الدقيق للشفعة يساعدنا على تحديد الوقت الذي ينتقل فيه الملكية، وان البحث في تكييف الشفعة يقتضي تحديد وصف الشفعة من كونها سببا حقيقيا لكسب الملكية أم لا؟.

ذهب بعض الشراح<sup>(١)</sup> الى ان الشفعة لاتعد سببا جديداً للتملك لان الشفيح انما يملك العقار بسبب عقد جديد، وكل ما يحدث ان الشفيح يبعد المشتري ليحل محله في ملكية العقار، ولذا وجب الحديث عنها عند موضوع العقد او القيود التي ترد على حق الملكية.

ورد البعض<sup>(٢)</sup> على هذا القول بان فكرة العقد الجديد يمكن قبولها عندما تتم الشفعة بالتراضي مع المشتري، أما اذا تمت الشفعة بحكم المحكمة وهو الغالب، فلايمكن قبولها لان الشفيح يتملك المشفوع جبراً على المشفوع منه (المشتري) في حين ان العقود تبني على مبدأ التراضي، الا اننا نجد بان هذه الفكرة لايمكن قبولها حتى في الحالة الاولى بدليل ان الشفيح يرجع على البائع وليس المشفوع منه، بضمان الاستحقاق اذا استحق العقار المشفوع.

(١) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ١٩٦٤، ص٢٠٤، اشار اليه : محمد وحيدالدين سوار، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، (٢) اسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية ، دراسة موازنة بالمدونات العربية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان-الأردن/الاصدار الثالث ، ١٩٩٩، ص١٦٣.

(٢) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية -دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، الاردن/الاصدار الثالث، ٢٠٠٠، ص١٨٥

وذهب بعض آخر<sup>(١)</sup> من الفقهاء -نحن نؤيدهم- الى ان الشفعة واقعة قانونية، تدخل في اسباب كسب الملكية، اذ انها ليست بحقوق، بل هي مصدر للحقوق. والشفعة لا ترتب اثرها في كسب الملكية الا بعد ابداء الشفيع رغبته في الاخذ بها، وابداء الرغبة يعد من قبيل الممكنات القانونية، أي منزلة وسطى بين الحرية العامة والحق بالمعنى القانوني الدقيق. وعلى الرغم من ان بعض التشريعات التي اخذت بنظام الشفعة -كالقانون العراقي- عرف الشفعة بانها حق الا انه عالجها ضمن اسباب كسب الملكية.

## الفرع الثاني

### أثار الشفعة

إن الشفعة واقعة مركبة، اقترن فيها ارتباط بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه هي واقعة مادية، وبيع العقار المشفوع فيه باعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني، وتشمل هذه الواقعة على ثلاثة عناصر، الارتباط بين العقارين، وبيع العقار المشفوع فيه، واعلان الشفيع عن ارادته، ومتى تكاملت هذه العناصر، تصبح الشفعة سبباً قانونياً يحدث اثره<sup>(٢)</sup>. فبعد صدور الحكم بالشفعة تقوم دائرة التسجيل العقاري بتسجيل العقار باسم الشفيع استناداً الى اشعار دائرة التنفيذ المعطوف على قرار الحكم من دون حاجة الى موافقة أو اعتراف ذوي العلاقة أو تقديم بيان التملك<sup>(٣)</sup>.

وتتفق الراء على ما يترتب على الشفعة من تملك الشفيع العقار المشفوع، الا انهم اختلفوا في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار الى الشفيع، فاختلف الشراح في تفسير المادة (٩٤٤ مدني مصري) والتي تقضي بأن (الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية).

(١) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، اسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة منقحة، ٢٠٠٤، ص ٤٣١.

(٢) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سابق، ص ٦٩١.

(٣) يلحظ: مصطفى مجيد، احكام تسجيل العقار في الطابو، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨، ص ٤٩.

الرأي الاول : وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصري وتابعه جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup> الى ان الملكية تنتقل وقت تسجيل الحكم بالشفعة او تسليم المشتري بها، ويعني هذا ان الحكم الصادر في الشفعة منشيء لحق الشفيع، وليس كاشفاً له. وان محكمة النقض المصري<sup>(٢)</sup> قد استقرت على ان تفسير كلمة (السند) في نص (٩٤٤) مدني، انما تأتي معنى السبب القانوني المنشيء لحق الملكية ولم تجيء على معنى دليل الملكية او حجيتها، ويترتب على ذلك ان الشفيع لا يملك المشفوع فيه الا بعد الحكم، أما قبله فلا، لان المسبب لا يوجد قبل سببه، ولان ما جعله الشارع من الاحكام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضي<sup>(٣)</sup>.

الرأي الثاني : ذهب جانب من الفقهاء<sup>(٤)</sup> الى ان ملكية المشفوع تنتقل وقت البيع، لان الشفيع يحل محل المشتري، فالشفعة تنشأ بتكامل العناصر اللازمة لنشئها، وهي الارتباط الذي حدده القانون بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه واعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة، ويترتب على قيام الشفعة اثرها في انتقال الملكية، أي حلول الشفيع محل المشفوع منه، ويقتضي المنطق ان يكون هذا الحل باثر رجعي ينسحب الى وقت تمام بيع المشفوع فيه، وهذا المنطق تسانده الحلول العملية التي اوردها المشرع، واهم هذه الحلول تدل على هذا المعنى، ففي حالة ما اذا استحق العقار للغير بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع ان يرجع الا على البائع<sup>(٥)</sup>. وان مقتضى حلول الشفيع محل المشتري

(١) يلحظ على سبيل المثال : د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ٤٧٩، و د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٢) قد استقرت المحكمة على هذا القضاء في ظل القانون المدني الجديد، نقلاً عن : د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ٤٧٩.

(٣) للتفاصيل يلحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مرجع سابق، ص ٦٩٦ وما بعدها.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مرجع سابق، ص ٦٩٢.

(٥) يلحظ : المادة (٢/١١٤٢) مدني عراقي والمادة (٣/٩٤٥) مدني مصري. أما المشرع الامارات فاشار في المادة (٣/١٣٠٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الى انه (اذا استحق العقار للغير بعد اخذه بالشفعة فللشفيع ان يرجع بالثمن على من اداه اليه من البائع أو المشتري).

انه اذا تضمن عقد البيع أي اتفاق على تعديل احكام الضمان فان هذا الاتفاق يسري في حق الشفيع ايضاً<sup>(١)</sup>. ورد محكمة النقض على هذا الدليل بقولها ان الشفيع في رجوعه بالضمان على البائع انما يستعمل حقا من حقوق المشتري-كما بينا- الا ان هذا القول يتناقض مع صريح النص، ولو اراد المشرع ذلك لما منع ذلك من ان الشفيع يرجع رجوعاً مباشراً على المشتري فضلاً رجوعه رجوعاً غير مباشر على البائع، ولكن منع المشرع بنص صريح رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثالث : وذهب آخرون<sup>(٣)</sup>، الى ان الملكية تنتقل وقت اعلان الشفيع الرغبة في الاخذ بالشفعة. الا أننا نجد بان الشفعة تعد سبباً من اسباب كسب الملكية سواءً اكانت الشفعة قد تمت بالتراضي أم بالتقاضي، فاذا كانت الشفعة تمت بالتراضي، فينتقل من دون بتسجيل لان التراضي لاينصب على نقل ملكية العقار وانما التراضي يحصل بشأن الشفعة والقانون جعل التسجيل ركناً في التراضي اذا كان محله حقاً من الحقوق العينية العقارية، أما اذا تمت الشفعة بالتقاضي، فان الملكية تنتقل وقت اعلان الشفيع عن رغبته، لان اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة هي العنصر الرئيس من عناصر الشفعة، فاذا استمكلت عناصرها يحل الشفيع محل المشتري بحكم القانون. اذ ان الحكم هو وسيلة لحسم النزاع، ولايكون له الا دورا كاشفا لحق الملكية، فان هذا الحق ينشأ مباشرة من الشفعة، لانه إذا نشأ حق الملكية من الحكم فلايقي دور للشفعة كسبب من اسباب كسب الملكية، والقول بان حق الملكية ينشأ وقت التسجيل، يجعل التسجيل ركناً في الوقائع القانونية (الشفعة)، فهذا يتعارض صراحة مع النصوص القانونية التي تؤكد بان الشكلية تعد ركناً من اركان التصرفات القانونية فحسب<sup>(٤)</sup>،

(١) يلحظ : محمد طه البشير، والدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٣، ٢٠٠٩، ص١٩٧.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سابق، ص٧١١-٧١٢.

(٣) انور سلطان، تعليق في مجلة الحقوق السنة الثانية، ص٦٦٩-٧١٨، نقلاً عن : د. عبدالمنعم فرج الصده، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص٤٧٩.

(٤) يلحظ على سبيل المثال المواد (٥٠٨ و ٦٠٢ و ١٢٠٣) مدني عراقي. والمادة (٢/٣) تسجيل عقاري عراقي.

وإن المشرع إذا اراد من النص اعلاه ان تنتقل الملكية وقت التسجيل لما انحصر الدور المنشيء للتسجيل في التصرفات القانونية. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، فان المشرع عالج موضوع الشفعة-كما بينا-ضمن اسباب كسب الملكية، فلو جعلنا لتسجيل حكم المحكمة دوراً منشئاً لحق الملكية لاصبحت الشفعة دليلاً على انشاء الملكية وليس سبباً لذلك وهذا يخالف ما اراده المشرع .

بيد انه كيف يمكن التسوية بين القول بان انتقال الملكية يتم وقت الاعلان عن الرغبة والمادة (١١٤١ مدني عراقي)<sup>(١)</sup> التي اشارت الى انه (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)، وللإجابة على ذلك نقول بأن هذه المادة لم تحدد وقت انتقال الملكية، بل حددت الوقت الذي يجوز للشفيع الاحتجاج بالحصة التي اخذها بالشفعة، فانه لا يحق له ان يتمسك بها الا بعد تسجيلها في الدائرة المختصة، عليه ان انتقال الملكية بسبب الشفعة يستند الى وقت اعلان الشفيع عن ارادته في الاخذ بالشفعة ولكن الملكية لا تثبت ولا تستقر في ملك الشفيع الا بعد صدور الحكم وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وهذا يؤدي بنا الى القول بان دور التسجيل ليس الا دوراً كاشفاً. وان الاعلان عن الرغبة بمثابة القبول، ففي هذه اللحظة تكاملت عناصر الشفعة، ودليلاً هو ان التصرفات التي قام بها المشفوع منه بعد الاعلان عن الرغبة تخضع لاحكام التصرفات التي اجريت في ملك الغير، فان أي تصرف ناقل للملكية أو أي حق عيني آخر يرتبه المشتري على العقار المشفوع بعد اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة لا يسري في حق الشفيع اذا حكم له بالشفعة، فهو يأخذ العقار المشفوع خالياً من أي حق عيني اثقله به المشتري<sup>(٢)</sup>. وكذلك بالنسبة للتصرفات المادية، كالبناء أو الغراس الذي يقيمه أو يغرسه المشتري، فقد عامل القانون المشتري معاملة الحائز سييء النية، إذ كان عليه ان يتريث حتى يفصل في دعوى الشفعة، لذا يجوز

(١) تقابلها المادة (١٣٠١) معاملات مدنية إماراتي.

(٢) لاحظ : المادة (١١٤٤) مدني عراقي، أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد اشار في المادة (١٣٠٦) منه الى انه (لا يسري في حق الشفيع أي رهن...رتبه المشتري...اذا تم بعد اقامة دعوى الشفعة..)، وهذا يعني ان المشتري يصبح مالكاً للمشفوع وقت رفع الدعوى.

للشفيـع ان يلزمه بقلع البناء أو الغراس اذا لم يكن ذلك مضرًا بالعقار فيكون له ان يستبقي البناء أو الغراس بقيمته مستحقة للقلع، أما اذا كانت التصرفات المادية قد تمت قبل الاعلان عن الرغبة، فان القانون اعتبر المشتري انه تصرف في ملكه، لذلك على الشفيـع ان يدفع له مقدار مازاد في قيمة الارض بسبب هذه التصرفات<sup>(١)</sup>.

لذا يقتصر ان دور القاضي على التأكد من توفر شروط الشفعة وصحة اجراءاتها، من دون ان تكون له سلطة تقديرية في تلبية طلب الشفيـع من رفضه، وانما عليه ان يصدر حكماً بتمليك العقار المشفوع، ودور التسجيل هنا يكمن في تثبيت الملكية، إذ ليس لدائرة التسجيل العقاري ان يرفض طلب التسجيل بعدما اكتسب الحكم بالتمليك درجة البتات. ان ما سبقنا يؤدي بنا الى القول بان الشفعة تعد سبباً حقيقياً لكسب ملكية العقار المشفوع، ودور التسجيل انما ينحصر في تثبيت حق الملكية باسم الشفيـع وبأثر رجعي ينسحب الى وقت ابداء الشفيـع رغبته في الاخذ بالشفعة.

## المبحث الثاني

### أثر التشريع والقرار في نشوء ملكية العقار

أورد المشرع قد في القانون المدني اسباب كسب الملكية، وقسمها الى، كسب الملكية بسبب الوفاة (وتشمل الميراث والوصية)، وكسب الملكية ما بين الاحياء وتشمل العقد والالتصاق والشفعة والحيازة، الا ان هذه الاسباب جاءت على سبيل المثال<sup>(٢)</sup>، وقد ينشأ حق الملكية العقارية بسبب آخر غير هذه الاسباب، إذ ان بعض التشريعات المدنية اعطت دوراً منشئاً لحق الملكية الى كل من قرار القضاء والقرار الاداري، مثلما اعطت هذا الدور للتسجيل والوقائع القانونية، ولكن قد يحتفظ التشريع بهذا الدور الانشائي لنفسه، فهذه الاسباب الثلاثة تعد اسباباً مباشرة لنشوء حق الملكية، واستناداً الى نصوص قانونية مبعثرة في القانون،

(١) لاحظ : المادة (١١٤٣) مدني عراقي، أما المشرع الاماراتي فقد عامل المشتري ، في المادة (١٣٠٤) معاملات مدنية إماراتي ، معاملة الحائز سيء النية بعد رفع الدعوى.

(٢) يلحظ : استاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان، مرجع سابق،

ولتوضيح هذه الاسباب الجديدة والمنشئة لحق الملكية سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، نعالج في الأول دور التشريع في انشاء حق الملكية العقارية . وفي الثاني دور قرار القضاء في انشاء حق الملكية العقارية، ونوضح في الطلب الأخير دور القرار الاداري في انشاء حق الملكية العقارية.

## المطلب الأول

### دور التشريع في انشاء حق الملكية العقارية

لبيان موضوع هذا المطلب نجد من الضروري ان نحدد دور التشريع في دائرة حق الملكية ، ثم نفصل في الاثر المنشىء للتشريع في انشاء حق الملكية العقارية.

## الفرع الأول

### دور التشريع في دائرة حق الملكية

ان التشريع أهم مصدر للقاعدة القانونية في القوانين الحديثة أغلبها، فهو المصدر الرسمي الاول للقانون، ويقصد به مجموعة القواعد العامة الملزمة المجردة التي تضعها السلطة المختصة لتنظيم العلاقات وسلوك الأفراد في المجتمع.

وهناك ثلاثة انواع من التشريع تدرج في القوة، فاعلاها الدستور، ثم يليه التشريع العادي (التشريع الرئيس)، ثم يليه التشريع الفرعي، وهو يشمل القرارات الادارية التنظيمية، أو التعليمات والانظمة. ولتجنب التفصيل نكتفي بتعريف مختصر لكل منها.

يعرف الستور بانه التشريع التأسيسي للدولة، الذي يتميز بالسمو والثبات، ويصدر عن سلطة عليا (السلطة التأسيسية)، ويتضمن مجموعة القواعد التي تتضمنها الوثيقة الأساسية، الذي يحدد شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، والسلطات العامة والعلاقات بينها، وتحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد وواجباتهم، و منه تستمد القوانين الأخرى كافة مستوحية مبادئه و أحكامه التي لا يجوز لأي قانون مخالفتها.

والتشريع العادي هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية (البرلمان)، على وفق الإجراءات التي نص عليها الدستور بهدف تنظيم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية جميعها. أما التشريع الفرعي فيعني التعليمات

والقرارات الادارية التنظيمية التي تصدر عن الادارة، ويقصد بها تلك القرارات التي تحتوي على قواعد عامة مجردة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات او الافراد<sup>(١)</sup>.

يمارس التشريع دورين في دائرة حق الملكية ، أولهما، انه المصدر غير المباشر لحق الملكية الناشئة عن التصرفات القانونية، فهو الذي يضيفي القوة الملزمة لهذه التصرفات، ويمنح تسجيل التصرفات القانونية دوراً منشأً لحق الملكية، وذلك بقوله ان التصرفات القانونية لاتنقذ إلا من وقت استيفاء الشكل المقرر في القانون. ثانيهما، انه المصدر المباشر لحق الملكية التي لا يمكن ان تنشأ عن مصادر أخرى (التصرفات القانونية والشفعة والالتصاق وما شاكل ذلك)، ويتقرر هذا الحق بنص القانون الذي يبين اركانها واحكامها، فالتشريع، هنا، هو واقعة قانونية وليس تصرفاً قانونياً، لذا فهو حق ينشأ مباشرة عن التشريع دون اعتداد بارادة اطراف العلاقة المدنية، لذلك يمكن ان يثبت هذه الحقوق لاشخاص من دون ان يقتضي توفر الاهلية القانونية فيهم.

ان مصدر الحق لا يعد مصدراً حقيقياً إلا اذا كان وحده كافياً ولازماً للحق، والمصدر بوصفه السبب المنشئ للحق، قد يكون هو نفسه ناشئاً لمصدر آخر ابعد منه، فالتشريع هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعها، فهو المصدر الذي أنشأ المصادر المختلفة للحقوق واعترف بها، مع احتفاظه لنفسه بصفة المصدر المباشر بالنسبة لبعض الحقوق<sup>(٢)</sup>.

(١) يلحظ : د. محمود محمد حافظ ، قرارات الضبط الاداري ، ج١، القرارات الادارية بصفة عامة، بدون مكان الطبع، ط١، ١٩٦٤- ص ٨٣. ود. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة ، ط٣، ١٩٦٦ ، ص٤٥٢.

(٢) يلحظ : د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٥٣٣-٥٣٤.

## الفرع الثاني

### الأثر المنشئ والتشريع في إنشاء حق الملكية العقارية

يكون دور التشريع الاساس في انشاء حق الملكية معدوماً، وبخلاف التشريع العادي والتشريع الفرعي، وسنحاول هنا ان نذكر بعض الامثلة على دور كل منهما في انشاء حق الملكية.

فقد نص القرار ١١٩٨ في الفقرة / ب منه " اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنىة او منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيع للمتعهد له تملك العقار بقيمته المثبتة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة / أ من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول"<sup>(١)</sup>.

فقد جعل المشرع في نص أعلاه واقعة السكن في العقار واقامة المحدثات أو المنشآت من المشتري قبل تسجيل العقد سبباً صحيحاً يبيع له تملك العقار بقيمته المعينه في التعهد ، فيستطيع المشتري المطالبة القضائية بتملك العقار جبراً على البائع اذا ما سكن العقار أو احدث عليه بناءً او منشآت اخرى ، واستناداً الى رفع دعوى تملك بموجبه .وقد قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بتأييد قرار محكمة بداءة كربلاء بتمليك حديقة دار المدعي عليه التي كان قد باعها ، وجاء في اسباب القرار بان المدعي قد اقام بناء على الأرض المباعة، لذا قررت المحكمة تملكه الأرض التي اشتراها<sup>(٢)</sup>، الا ان المحكمة نفسها قررت انتداب خبير لاحتساب نسبة البناء الذي احدثه المشتري إلى نسبة الأرض ، لاستصدار قرار التملك من عدمه وهذا ما يخالف الاطلاق الذي جاءت به الفقرة / ب من القرار ١١٩٨ .

وعلى الرغم من ان طلب تملك العقار يستند إلى واقعة الإلتصاق ، الا ان حق الملكية لا ينشأ واقعة الإلتصاق، بل ينشأ مباشرة من التشريع وان واقعة الإلتصاق ماهي الا شرطاً لتطبيق النص اعلاه، لان المشرع لم يرد ان يخضعه الى احكام الإلتصاق -التي بينهاها- لان القائم بالمحدثات لا يكتسب ملكية العقار الا اذا كان حسن النية وكانت قيمة المواد اكثر من

(١) ان المادة (١٢٨٧) معاملات مدنية إماراتي اقتصر اثر التعهد بنقل الملكية على التعويض.

(٢) قرار رقم ٦/ت/حقوقه/٢٠٠٣ في ١٨ / ١/ ٢٠٠٣ (غير منشور) .

قيمة الأرض، إلا أن هذا النص لم يشر شيء من هذا القبيل هذا من جهة ومن جهة ثانية، ولا يقتصر النص في أعلاه كسب الملكية على الالتصاق بل أشار إلى واقعة السكن في العقار أيضاً. إذن فإن المشتري يعتبر مالكا للعقار إذا سكنه أو أحدث عليه محدثات، وذلك باثر رجعي ينسحب إلى وقت التعهد بنقل الملكية، وفي حالة عرض القضية أمام المحكمة إذا وقع النزاع بين الطرفين فإن المحكمة تصدر حكماً بتملك المشتري العقار وقت التعهد، وعلى دائرة التسجيل العقاري أن يسجل العقار باسم المشتري بناءً على اشعار من دائرة التنفيذ.

ويعد أن التشريع الخاص بالتأميم يعد مصدراً من مصادر الحقوق العينية، وسماه البعض بـ(أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها)<sup>(١)</sup>، فالتأميم عمل من أعمال السيادة، تنتقل به ملكية المشروعات الخاصة بجميع عناصرها العقارية والمنقولة، من الأشخاص العاديين، إلى الشعب ممثلاً بالدولة مقابل تعويض عادل، فإذا صدر تشريع لتأميم مشروع معين، يجب على دائرة التسجيل العقاري أن تنقل ملكية المشروع من مالكيها إلى الدولة بأثر رجعي ينسحب إلى وقت صدور التشريع، كالتشريع الصادر لتأميم شركة نفط البصرة رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣.

فكثيراً ما يحصل اليوم أن تقوم الوزارات بإصدار تعليمات لمنح حق ملكية أراض سكنية لأشخاص معينين بصفاتهم وتحدد شروط منحها، وأن مستحق هذا الحق يكتسبه من وقت تنفيذ التعليمات بقرار إداري ولا يكون للتسجيل أثر لنقل حق الملكية بل له دور كاشف ليس إلا. ومثال على ذلك منح قطعة أرض أو وحدة سكنية لذوي الشهداء والمؤنفلين<sup>(٢)</sup>.

يتبين مما سبق، أن التشريع يعد سبباً آخر من أسباب كسب الملكية، ويحدد هذا السبب شروط الواقعة التي تطبق عليها، فإذا توفرت الشروط ينشأ حق الملكية مباشرة بقوة القانون، ولكن المالك لا يستطيع أن يتصرف فيه سواءً أكان تصرفاً مادياً أو قانونياً إلا بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، طالما أنه لا يتسم بالاستقرار إلا بالتسجيل، فإذا تم التسجيل فإنه يتم باثر رجعي يستند إلى وقت تحقق شروط الواقعة.

(١) أشار إليه: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سابق، ص ٩

(٢) يلحظ: المادة (١٠) من تعليمات (١) لسنة ٢٠٠٧، الصادرة من وزارة الشهداء والمؤنفلين.

## المطلب الثاني

### دور قرار القضاء في انشاء حق الملكية العقارية

تكمن وظيفة القاضي في الأصل تكمن في حماية الحقوق وليس اقرارها، لان القانون يجعل لكل حق مصدراً، فاذا توفر هذا المصدر فانه ينشأ صحيحاً على وفق القانون، ولكل حق حماية قانونية.

بيد أنه هناك حالات استثنائية لا يكون للقاضي مجرد دور حمائي، بل يقوم بانشاء حق لم يكن موجوداً من قبل، ولم ينشأ عبر المصادر الاخرى للحق، فاذا نشأ الحق من حكم القضاء مباشرة، عندئذ تلزم دائرة التسجيل العقاري بتسجيل هذا الحق باسم من صدر لمصلحته الحكم، فهذا هو الاثر الكاشف للتسجيل، ويقتضي التعرف على دور قرار القضاء في انشاء حق ملكية العقار، تحديد موضوعين، الاول، الحكم القضائي الذي يجعل للتسجيل دوراً كاشفاً في نقل حق الملكية العقار. الثاني، بيان الاثر المنشيء لقرار القضاء في نشوء حق الملكية العقارية وسنتناولهما في الفرعين الآتيين:.

### الفرع الأول

#### مفهوم قرار القضاء الذي يجعل للتسجيل دوراً كاشفاً في نقل حق الملكية

أن للقرار القضائي حجية مطلقة في مواجهة الناس كافة سواء كانوا أفراداً أم أشخاصاً معنوية عامة أم خاصة، ويستلزم هذا احترام القاضي والخصوم لمضمون الحكم الصادر في الدعوى، ويحق للمحكوم له ان يتمسك بالحقوق التي يتضمنها هذا القرار<sup>(١)</sup>.

(١) يلحظ : د. محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لاحكام القضاء وفقاً لآراء الفقه وأحكام

المحاكم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٢، ص٧٤.

تعد القرارات (الاحكام) القضائية، أصلاً كاشفة للحقوق وليس منشئة لها، ففي دعوى الاستحقاق إذا صدر القرار لمصلحة طالب الاستحقاق، يعد كاشفاً لحق موضوع الدعوى لأنه لم يفعل إلا أنه أظهر حقوق طرفي الدعوى، فالقرار لم ينقل أي حق<sup>(١)</sup>.

ويترتب على القرار القضائي نوعين من الالتزام، الالتزام القضائي الصادر عن القرار والالتزام القضائي الناشئ عن القضاء، ينشأ الأول عن القرار الفردي، وينشأ الثاني عن القضاء بوصفه مصدرًا من مصادر القانون، والواقع أن هذا الالتزام هو التزام قانوني، على أساس أنه نشأ مباشرة من التشريع<sup>(٢)</sup>، فإن القرار القضائي في الحالة الأولى يعد مصدرًا رسميًا للقانون، أما قرار القضاء في الحالة الثانية فتعد مصدرًا تفسيريًا للقانون.

يعد مركز القضاء مصدرًا رسميًا في القوانين الانجلوسكسونية كالقانون البريطاني والقانون الهندي، ولما كان القرار الذي أصدره القاضي يلتزم به القاضي لاحقاً، لذا لا يعد هذا القرار قراراً فردياً، إلا أنه أصبح مصدرًا تفسيريًا في اغلب القوانين الحديثة كالقانون العراقي والقانون المصري<sup>(٣)</sup>، ولما كان القاضي لا يلتزم بالقرار الذي سبق وإن صدره، لذلك هذا القرار يعد قراراً فردياً.

يقتصر دور القضاء بوصفه مصدرًا تفسيريًا للقانون على حالتين: أولاهما، الحالة التي لم يجد فيها القاضي قاعدة من المصادر الأخرى، إذ تضطر المحاكم حتى لاتنكل عن أداء العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع<sup>(٤)</sup>. ثانيهما، إذا منح القانون سلطة

(١) عبد السلام الذهني، في الأموال والمنقولات على الملكية على اختلاف أنواعها، ج ٢، مطبعة الاعتماد، القاهرة، سنة ١٩٢٦، ص ٥٧١. د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣١٠.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٤١٩-٤٢٠.

(٣) للتفاصيل لاحظ : د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بلا سنة النشر، ص ١٨٤-١٨٩.

(٤) ذهب رأي يقول به بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار القضاء مرجعاً رسمياً للقواعد القانونية وذلك في الحالات التي لا يجد فيها القاضي قاعدة في المصادر الأخرى، (نقلًا عن : د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، مرجع سابق، ص ١٨٥).

تقديرية للقضاء في تطبيق القانون. وقد اخذ بعض التشريعات<sup>(١)</sup> بفكرة النقص في التشريع، واوجب على القاضي اذا لم يجد حلا في المصادر الرسمية ان يرجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة ليجاد حل عادل، إذ يجب على القاضي ان يصدر الحكم في النزاع المطروح أمامه سواءً وجد حكماً في التشريع أم لم يجد.

لايستطيع القاضي ان يمارس سلطته التقديرية الا بناء على نص في القانون، فاذا كان التشريع اعطي سلطة تقديرية للقاضي في تطبيق القانون، فان الالتزامات الناشئة عن القرار يعد حكماً فردياً طالما لايستلزم تكرار تطبيقه، اذ ان للقاضي ان يصدر قراراً مغايراً للقرار الذي سبقه، ويسمى هذا الالقرار بقرار القاضي لذا تنشأ الحقوق العقارية والالتزامات الناشئة عنها مباشرة من القرار، أما اذا كان دور القاضي يقتصر على تطبيق القانون، من دون ان تكون له سلطة تقديرية، فان الحقوق والالتزامات الناشئة عنه تنشأ من مباشرة من القانون.

وتتحلل كل قاعدة قانونية الى عنصرين فرض وحكم، وكل تطبيق للقانون يتحلل الى معاينة وقرار، فاذا كانت المعاينة تتم بطريقة ارادية فكان القرار لايترب على المعاينة بل يتوقف على ارادة القاضي لكونه يقوم بتطبيق القانون، والتطبيق في هذه الحالة يكون تقديرياً<sup>(٢)</sup>. والسلطة التقديرية تستمد من القاعدة ذاتها، وما اذا كانت مرنة أم جامدة، ويتم تطبيق القاعدة المرنة المطاطية تقديرياً، كما في حالة تعديل العقد اذا تحققت ظروف استثنائية عامة<sup>(٣)</sup>

وهناك تساؤل وجيه وهو "هل للقاضي دور خلاق للقاعدة القانونية؟ ففي حالة النزاع في أمر معين فان القاضي الذي يصدر الحكم يخلق علاجاً أو حلاً لفض النزاع من دون ان يخلق قاعدة قانونية، ولكن القاضي في خلق هذا الحل لابد ان يستوحيه من قاعدة قانونية، عليه فلايكون للقاضي ان يصدر حكماً لإنشاء حق عيني عقاري الا في الحالات التي يسلم فيها المشرع هذه السلطة الى عدالة القاضي، إذ يجب ان تكون للقاضي سلطة تقديرية حتى يكون

(١) يلحظ: المادة (١) مدني العراقي والمادة (١) مدني مصري والمادة (١) معاملات مدنية إماراتي.

(٢) يلحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

(٣) يلحظ: المادة (٢/١٤٦) مدني عراقي والمادة (٢٤٩) معاملات مدنية إماراتي.

تدخله خالفاً ومنشئاً لحق عيني عقاري. ويعني هذا ان القاضي لا يستطيع ان يمارس سلطته التقديرية في انشاء الحقوق بدون استناد الى نص صريح او روح القانون، إذن ان الحكم القضائي لا ينشئ قاعدة قانونية، بل يطرح حلاً في قضية معينة بالاستناد الى القاعدة القانونية، ويترتب على هذا الحل انشاء حق عيني عقاري.

فضلاً عن ذلك فان الفسخ بوصفه قاعدة هو الفسخ القضائي، الذي يتمثل في الفسخ الذي يخضع الى السلطة التقديرية للقاضي، إذ ان كل شرط من الشروط الواجب توفرها لعمال الفسخ يخضع لسلطة التقديرية للقاضي، ومعنى ذلك ان رفع الدعوى للمطالبة بالفسخ لاتعني تلبية الطلب<sup>(١)</sup>، وكذلك اذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ، فان مدى تحقق الشرط من عدمه يخضع لتقدير القاضي، ويترتب على الحكم الذي يصدره القاضي من حقوق والتزامات ينشأ مباشرة من حكم القاضي.

## الفرع الثاني

### الآثر المنشئ لقرار القضاء في نشوء حق الملكية العقارية

يعد التصرف القانوني السبب الاوسع لكسب الملكية، الا ان التشريعات قد اشارت الى القرار القضائي بوصفه سبباً لنشوء هذا الحق، فيكون للتسجيل في الحالة الاولى اثراً منشئاً لحق الملكية، في حين انه اذا نشأ عن القرار القضائي فيقتصر اثر التسجيل على الكشف، والاحكام القضائية المنشئة لحق الملكية واجبة التسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

اذا ادعى شخص أمام القضاء بحق من الحقوق العينية العقارية، وحصل على حكم لتلبية طلبه، فان هذا الحكم متى اكتسب الدرجة القطعية، يعد سبباً لكسب ملكية الحق العيني، ويسجل هذا الحق باسمه في دائرة التسجيل العقاري، ولهذا التسجيل اثراً كاشفاً لامنشئ للحق العيني.

(١) يلحظ: د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٨٤، ص٢٥٣.

ان من يكتسب حقاً عينياً عقارياً يعد مالكاً قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، لان الاحكام القضائية تعد عنواناً للحقيقة. وذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> الى ان هناك بعض الاحكام تعد احكاماً منشئة لا احكاماً مقررة ومن هذه الاحكام أحكام مرسى المزداد، فاحكام مرسى المزداد تصدر عقب انتهاء المزايدة على وفق قانون التنفيذ<sup>(٢)</sup>، إذ أن القانون<sup>(٣)</sup> أوجب على مديرية التنفيذ بعد الاحالة واستلام الثمن ان تطلب من دائرة التسجيل العقاري المختصة تسجيل العقار المبيع باسم من احيل عليه نهائياً .

اذا كان قرار القضاء يعد سبباً لكسب الحق العيني، فان هذا الحق لا يتسم بالثبات والاستقرار الا بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وهذا يؤدي بنا الى القول بان القرار القضائي يعد سبباً لكسب حق التسجيل جبراً على المالك.

ويعد نزع ملكية العقار في القانون العراقي مثلاً بارزاً للدور الخلاق للقاضي في انشاء الملكية العقارية، فالمشروع العراقي لم يعط سلطة نزع الملكية للإدارة، بل أوجب على دوائر الدولة ان تقدم طلباً الى القضاء للحصول على حكم استملاك أي عقار أو جزء منه أو الحقوق العينية الاصلية المتعلقة به لتنفيذ مشاريعها وتحقيق اغراضها<sup>(٤)</sup>. ويثار التساؤل حول مصدر الحقوق الناشئة عن نزع الملكية، هل ان هذه الحقوق تنشأ من القانون مباشرة أم من حكم القضاء؟ فاذا لم يكن للقاضي في الاذن الممنوح له بنزع الملكية أية سلطة تقديرية ، عندئذ تنشأ الحقوق من القانون، وبعبسه اذا كان للقاضي سلطة تقديرية في تطبيق القانون فعندئذ تنشأ هذه الحقوق من حكم القضاء ويعتبر القانون مصدراً غير مباشر لانشاء هذه الحقوق.

وذهب البعض<sup>(٥)</sup> الى ان القاضي لا يملك أية سلطة تقديرية في نزع الملكية وكل ما يملك هو التأكد من مراعاة الادارة للاجراءات الشكلية الواردة في القانون من دون ان يكون له الا ان يبحث حقيقة المنفعة العامة، إلا أننا نخالف هذا الرأي، بدليل ان القانون اشار الى ان المحكمة

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

(٢) يلحظ: المادتان (٩٧-٩٨) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.

(٣) يلحظ: المادة (١٠٣) تنفيذ عراقي.

(٤) يلحظ: المادة (٩) من قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢) لسنة ١٩٨١.

(٥) د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

تعين موعداً للنظر في طلب الاستملاك وتدعو الطرفين للحضور في موعد معين وتتحقق في أول جلسة من توفر الشروط الواردة في قانون الاستملاك بطلب الاستملاك، وتقرر تكليف المستمك إكمال النقص إن وجد أو رد الطلب حسب مقتضى الحال<sup>(١)</sup>، ويعني هذا أن للقاضي سلطة تقديرية في البت في طلب الاستملاك، فإن القاضي يتأكد من الشروط الشكلية في الطلب، إذ أنه يراقب مدى مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية التي رسمها القانون، كما ويحق له أن يبحث مدى توفر الشرط المتعلقة بالمصلحة العامة، فإذا تعسفت الإدارة في طلبها للاستملاك، فإن القاضي يحق له أن يرد طلبها، وبعبارة أخرى—أي إذا لم يملك القاضي هذه السلطة—فما هي علة نزع ثقة نزع الملكية من الإدارة وإعطائها للقضاء، لذا يمكن القول بأن الحكم الصادر من المحكمة بنزع ملكية العقار منسباً لحقوق شخصية وعينية، ويحسم هذا الحكم التعارض الحاصل بين المصلحتين العامة الخاصة، وبترجيح الأولى على الثانية، ويترتب على الحكم الحائز درجة البتات الخاص بنزع الملكية، حرمان المالك من ملكه جبراً عليه وتسجيل الملك باسم المستمك، وعلى دائرة التسجيل العقاري تنفيذ الحكم.

قد يقوم الحكم القضائي قد يقوم مقام العقد ، عند توفر الأركان والشروط الأخرى ، خاصة فيما يتعلق منها بالشكل المقرر قانوناً ، وتحديد المدة اللازمة لإبرام العقد النهائي ، وتحديد الثمن وتعيين العقار وغيرها من الشروط المتعلقة بالرضا والمحل والسبب. إذ نصت بعض التشريعات<sup>(٢)</sup> على أنه (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه العاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم، متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد).

ولابد أن نشير هنا إلى أن التصرفات الواردة على العقارات لا تتم إلا بالتسجيل ولا يحق للقاضي في التشريعات المقارنة أن يحكم بتصديق التصرفات المبرمة خارج دائرة التسجيل العقاري، ومن الأجدر بالمشرعين أن يأتوا بنص لمنح هذه السلطة للقاضي، لأن وظيفة القاضي هي إعطاء كل ذي حق حقه، فليس من العدل أن يتمتع القاضي بسلطة ادانة المتهم

(١) يلحظ: المادة (١٢) استملاك عراقي.

(٢) يلحظ: المادة (١٠٢) مدني مصري والمادة (١٤٧) معاملات المدنية الإماراتي ، أما القانون المدني العراقي فلا يحتوي على نص مماثل وترك ذلك للقواعد العامة في التنفيذ العيني.

وفرض العقوبة عليه استناداً الى الشهود والقرائن القضائية، ولايتمتع بتصديق التصرفات العقارية استناداً الى براهين وقرائن كوجود عقد بين البائع والمشتري خارج دائرة التسجيل العقاري. لذا نعتقد أنه لا بد من التقليل من الاجراءات الشكلية المعقدة في العراق<sup>(١)</sup> وذلك لضمان استحصال الحقوق<sup>(٢)</sup>.

وان لحكم القضاء دور في انهاء الحقوق العينية العقارية، وما لدائرة التسجيل العقاري الا تنفيذ الحكم. إذ أن الملكية في الحالات التي تنتقل بالتسجيل، ينبغي ان تكون مقرونة بتصرف صالح من الوجوه جميعها، لأن التسجيل ليس إلا وسيلة لاعلان التصرفات المقصود بها نقل الحقوق العينية<sup>(٣)</sup>، ويستلزم ذلك خلو الإرادة من العيوب ، عليه ان التسجيل لا يمنع من المطالبة بنقض التصرفات العقارية إذا ما تبين أن الإرادة مشوبة بعيب. فقد نصت المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري على انه (يتم إبطال التسجيل العقاري استناداً إلى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقاً لاحكام هذا القانون، أما إذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز إبطاله إلا بحكم قضائي حائز درجة البتات). ويتضح من هذه المادة انه يمكن إبطال التسجيل بناء على حكم قضائي حائز درجة البتات، إذ يحق للشخص الذي شاب رضاه أحد العيوب، كاكراه مثلاً، أن يلجا إلى المحكمة المختصة للمطالبة بإبطال التسجيل بناء على رغبته في نقض العقد ، وبعد إثبات ما يدعيه ، فان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في التحقق في وجود عيب الاكراه من عدمه، فإذا ابطال التسجيل ترتب على ذلك عودة الحقوق العينية الأصلية في العقار إلى الحالة التي كانت عليها قبل

(١) للتفاصيل في التعرقل بالشكلية لاحظ : أستاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية، أفكار وآراء في القانون المدني ، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر ، السليمانية ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٠-٧١.

(٢) يلحظ: بتمو برويز عزيز، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٣) يلحظ: د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية، ط١، الكويت، ١٩٧٥، ص ٤٣٢. د. عبد المجيد الحكيم: شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي، مجلة العدالة الإماراتية، العدد (٢٣)، السنة (٧)، ١٩٨٠، ص ٢٥.

التسجيل وبطلان الحقوق العينية التبعية جميعها وإشارات الحجز الواقعة بعد التسجيل<sup>(١)</sup>، وهذا يعني ان التسجيل ليس له الا دوراً بالنسبة للحقوق العينية التي انهاها الحكم.

### المطلب الثالث

#### دور القرار الإداري في انشاء حق ملكية العقار

للقرارات الادارية انواع عدة ، فمن حيث المضمون تقسم الى قرارات فردية وتنظيمية، ومن حيث مدى سلطة الادارة في اصدارها تقسم الى قرارات مطلقة ومقيدة، ومن حيث رقابة القضاء تقسم الى قرارات خاضعة لرقابة القضاء واخرى غير خاضعة، واخيرا من حيث تكوينها تقسم الى قرارات بسيطة ومركبة. ويتمثل القرارات التي تتعلق بموضوع هذا المطلب في القرارات الادارية المنشئة لحق الملكية، لذا يستلزم علينا ان نحدد نطاق القرارات التي تعد مصدراً مباشراً لحق الملكية، ومن ثم نبحت في حق الملكية بوصفها أثراً لهذه القرارات، فهذان الموضوعان نعالجهما عبر فرعين مستقلين :

#### الفرع الأول

##### تحديد نطاق القرارات المنشئة لحق الملكية

تنقسم القرارات الإدارية إلى تقسيمات عديدة<sup>(٢)</sup> من أهمها : القرارات التنظيمية والفردية. فاما الاولى: فهي قرارات تتضمن قواعد موضوعية ذات صفة عامة مجردة تتعلق بعدد غير محدد من الأفراد تخاطبهم بأوصافهم لا بذواتهم<sup>(٣)</sup>، فان هذه القرارات تطبق على عدد غير محدد من الحالات ، لذا تعد نوعاً من أنواع التشريع بوصفها مصدر للقانون وتسمى بتشريع

(١) يلحظ: المادة (١٤١) تسجيل عقاري، ويمثل هذا الحكم في الحقيقة تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في المادة (١٣٨) مدني عراقي.

(٢) يلحظ: د.ماهر صالح علاوي ، القرار الإداري، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١، ص١٦٦ .

(٣) د. أعاد حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الأوائل للطباعة والنشر، عمان ١٩٩٨. ص٣٠٠. د. علي محمد بدير، أنواع القرارات الإدارية، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها هيئة القانون والاقتصاد في جامعة البصرة، العددان (٣-٤) السنة الثانية، ١٩٧٠. ص٣٨٩.

ثانوي<sup>(١)</sup> . وقد بينا ذلك في المطلب الاول. أما الثانية وهي القرارات التي تتعلق بفرد أو أفراد معينين بذواتهم، بحالة أو بحالات معينة<sup>(٢)</sup>. ويصدر هذا القرار في مواجهة فرد معين، أو في حالة معينة، أو في مواجهة اشخاص معينين، أو حالات معينة كالقرار الصادر بتعيين عدة اشخاص محددين باسمائهم في وظيفة معينة.

ويجب أن يتقيد القرار الاداري الفردي بالتشريع العادي والتشريع الفرعي (القرار الاداري التنظيمي) على حد سواء من الناحيتين الشكلية والموضوعية<sup>(٣)</sup>.

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا في مصر<sup>(٤)</sup> القرار الاداري بانه (افصاح الادارة المختصة، في الشكل الذي يتطلبه القانون، عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً، ابتغاء مصلحة عامة).

وقيل في تعريف القرار الاداري بانه تصرف قانوني. ولكن القرار الاداري - كما ذهب اليه البعض<sup>(٥)</sup> - لا يمكن عدّه تصرفاً قانونياً بل هو عمل قانوني، لان الاول يتطلب الوقوع والارادية والنية، أما الثاني فينعقد بوجود الوقوع والارادية<sup>(٦)</sup>.

والفكرة التقليدية عن نشاط الادارة هي انها تقوم بوظيفتها في حدود القانون على وفق مبدأ المشروعية، وتطبيق القانون قد يتم بطريقة غير مرنة لامجال للتقدير فيها، ففي هذه

(١) د. علي محمد بدير ، مرجع سابق. ص ٣٨٩. د. محسن خليل ، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، الطبعة الأولى، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٥٩. ص ٢٠٥.

(٢) يلحظ: د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٣) د. ثروت بدوي ، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية ، ج ١١٠ ، الدار العربية للموسوعات، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٨١ و ٨٢ .

(٤) اشار اليه : د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٥٧٢ وما بعدها.

(٥) أستاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٦) للتفاصيل لاحظ : د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج ١، المجلد الاول، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٢٣٦ وما بعدها.

الحالة يسمى اختصاص الادارة بالاختصاص المقيد، وقد يتم بطريقة مرنة يخضع فيها نشاط الادارة لمقتضيات الملاءمة، وعندئذ يسمى اختصاص الادارة بالاختصاص التقديري<sup>(١)</sup>.

يوجد الاختصاص المقيد في الحالات التي تتوفر فيها وقائع معينة ولايحق لرجل الادارة الا ان يتخذ قراراً معيناً، أما الاختصاص التقديري فيوجد عندما يملك رجل الادارة سلطة تقديرية في اتخاذ القرار او عدم اتخاذه، ويتمتع بسلطة في تحديد نوع القرار على وفق مقتضيات ملاءمة.

وذهب البعض<sup>(٢)</sup> الى ان مصدر الحق هو الذي يكون به الحق وبغيره لا يكون، لذا يشترط في القرار الاداري المنشئي للحق ان يكون قد صدر عن السلطة التقديرية لرجل الادارة، وتجعل هذه السلطة القرار الاداري مصدراً كافياً ولازماً لانشاء الحق، أما اذا لم يباشر رجل الادارة هذه السلطة بل يعد قام بتطبيق القانون في حدود اختصاصه المقيد، فان الحق الناتج عنه لايرتب على القرار وانما يعتبر ناتجاً عن التشريع مباشرة.

والسلطة التقديرية -بناءً على الرأي السابق- هي التي تجعل القرار الاداري مصدراً كافياً مباشراً لانشاء الحق، وما القانون الا مصدر غير مباشر له، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الاخرى، أما إذا لم يباشر رجل الادارة هذه السلطة في اصدار القرار، فان الاثر الذي يترتب على قراره لايعد ناشئاً عن القرار ذاته بل يعد ناشئاً عن القانون مباشرة<sup>(٣)</sup>.

الا أننا نؤيد الرأي القائل<sup>(٤)</sup> بأن الاثر الذي يترتب عليه القرار الاداري، سواء صدر القرار ضمن الاختصاص المقيد أو التقديري، ينشأ مباشرة عن القرار، لان القرار الاداري التقديري كالقرار الاداري المقيد يخضع لمبدأ المشروعية، كما يخضع هذا القرار لرقابة القضاء، وان الخضوع لرقابة القضاء -كما بينا- لا يؤثر في الطبيعة المنشئة للقرار. وان مجرد تقيد الادارة بالقواعد القانونية لا يمنعها من ان يكون مصدراً مباشراً للحقوق، لان المشرع قد يتدخل لتنظيم مصادر الحقوق العينية الاخرى بقواعد قانونية أمره كما هي الحال في عقد ايجار العقار، فان المتعاقدان

(١) يلحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٥٢٩.

(٢) يلحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٥٣٣-٥٣٤.

(٣) يلحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٥٣٩.

(٤) أستاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص ١٥٨.

يتقيدان بالقانون من حيث الاهلية والشكلية والاجر وماشاكل ذلك، فلا تختلف هذه القيود عن القيود المفروضة على رجل الادارة.

بناءً عليه، ان الحق العيني العقاري الذي يترتب على القرار الاداري المقيد أو التقديري فانه ينشأ مباشرة عن القرار، وليس للتسجيل الا دور كاشف لهذا الحق بما يجعله ثابتاً ومستقراً.

## الفرع الثاني

### القرار الاداري الفردي مصدراً منشأً لحق ملكية العقار

يجب ان تكون القرارات الفردية في الأصل مولدة للحقوق ، إذ انها متى صدرت سليمة يتولد عنها حق بالمعنى الواسع مما يتعذر على الادارة المساس بها الا بسلوك سبيل القرار المضاد<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالقرار المنشئ للحق، القرارات التي تترتب عليها اثار قانونية معينة تتمثل بانشاء مركز قانوني اوتعديله او الغائه<sup>(٢)</sup>.

ولايمكننا ان نتلمس سبباً مباشراً لكسب الملكية الا اذا كان هذا المصدر وحده كافياً لانشاء الحق، من دون ان يشترك معه التسجيل، أما إذا كان لا يغني عن التسجيل، فلا يعد المصدر كافياً لانشاء الحق بل يعد لازماً لانشائه، كما في التصرفات القانونية، إذ ان الاخير لا ينشئ الحق من بدون تسجيل طالما يعد لازماً له وليس كافياً.

ويشترط في القرار الاداري لكي يكون منشأً للحق العيني العقاري ان يستند في هذه السلطة الى القانون ، ولكن يثار التساؤل لماذا لاننسب مصدر الحق الى القانون؟ في الحقيقة ان القانون يعد مصدراً غير مباشر للحقوق العينية جميعها، فمثلاً ان العقد يعد سبباً لازماً لانشاء

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الاداري المصري والمقارن ، ط ٢ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٢٨٢ .

(٢) د. عبدالغني بسيوني، القانون الاداري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٤٦٤ .

الحقوق العينية العقارية، إلا أن هذا السبب لا يعد كافياً لإنشاء هذا الحق بل لابد أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، لأن التسجيل يعد سبباً منشئاً للحقوق، ولكن ما الذي جعل للتسجيل أثراً منشئاً؟ فالقانون هو الذي منح هذا الدور للتسجيل، وهكذا بالنسبة للقرار الإداري، فإن القرار الإداري قد يكون له أثر منشئي استناداً إلى ما منحه القانون من هذا الدور. والمثال على الحالة السابقة هو ما ذكره بعض التشريعات<sup>(١)</sup> من أنه يعد مالكاً من أحياناً أو عمر أرضاً من الأراضي الموات بأذن من السلطة المختصة، فقرار الإذن الصادر من الإدارة (الوزارة المالية) يعد منشئاً لحق الملكية، أما أحياء الأرض أو التعمير فهو شرط للتملك. وإذا ترتب على القرار الإداري آثار قانونية، كإنشاء أو تعديلها أو إلغائها المراكز القانونية، فيكتسب المخاطبون فيها حقوقاً أو يلتزمون بواجبات كقرار منح قطعة أرض أو وحدة سكنية لشخص أو أشخاص معينين لذواتهم.

## الختاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع الآثر الكاشف للتسجيل، نورد أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات ومقترحات وعلى وفق الآتي :

### أولاً / الاستنتاجات :

١- تتمثل الشكلية في دائرة التصرفات القانونية في الإقرار أمام الموظف الذي يعد شكلاً للتعبير عن الإرادة. أما فيما يتعلق بالتسجيل في السجل العقاري فهو مجرد إجراء لإشهار العقد لا علاقته له بتكوينه، في حين تتمثل الشكلية في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في دائرة الوقائع القانونية.

٢- جعلت التشريعات التي أخذت بنظام السجل العيني، كالقانون العراقي التصرفات العقارية من التصرفات الشكلية التي لا تنعقد إلا إذا روعيت فيها الطريقة المقررة قانوناً، إذ تنشأ

(١) يلحظ: المادة (١١٠٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١٢١١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الحقوق العقارية التي تترتب على هذه التصرفات من الشكلية المفروضة من قبل المشرع، وهذا هو الاثر الاصلي للشكلية.

٣- للشكلية اثر في نقل حقوق الملكية العقارية فضلاً عن دورها الانشائي، تؤدي دوراً كاشفاً لها، بحيث يقتصر اثرها على الكشف عن هذه الحقوق التي تنشأ عن مصادر أخرى غير التصرفات القانونية، فيجعلها حقاً ثابتاً ومستقراً .

٤- يصبح الالتصاق يصبح سبباً منشئاً من اسباب كسب الملكية، إذا ما كانت المحدثات التي اقامها الغير ناتجاً عن حسن النية، واتصلت بأرض غيره وكانت قيمة المحدثات أكثر من قيمة الأرض. أما دور التسجيل فهو الكشف عن حق الملكية الذي انشأ وقت اندماج المواد بالأرض.

٥- تعد الشفعة سبباً من اسباب كسب الملكية سواءً اكانت الشفعة قد تمت بالتراضي أم بالتقاضي، ولكن اذا كانت الشفعة تمت بالتراضي، فلانتقل إلا بتسجيل الاتفاق لان القانون جعل التسجيل ركناً في التراضي اذا كان محله حقاً من الحقوق العينية العقارية، أما اذا تمت الشفعة بالتقاضي، فان الملكية تنتقل وقت اعلان الشفيع عن رغبته.

٦- تعد الأحكام القضائية، في بعض الاحيان سبباً لكسب حق العيني العقاري، وإذا تمتع القاضي بسلطة تقديرية في تطبيق القانون، ولكن لا يستقر هذا الحق في الذمة الا بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، أما اذا تقيد بتطبيق القانون، فان الحق الذي ينجم عنه ينشأ من القانون.

٧- يشترط في القرار الاداري الفردي المنشيء للحق ان يكون قد صدر في حدود اختصاصه المقيد، فان الحق الناتج عنه لا يترتب على القرار وانما يعد ناتجاً عن التشريع مباشرة.

#### ثانياً / نقترح تعديل المواد

١- حذف عبارة (سجل في الدائرة المختصة) في المادة (٥٠٨) لتصبح المادة (بيع العقار لا ينعقد الا اذا استوفى الشكل الذي نص عليه القانون). ونقترح على المشرع العراقي رفع عبارة (تسجل أو التسجيل أو سجل في دائرة التسجيل العقاري) المذكورة في المواد (٦٠٢) في شأن الهبة، و(٢/١٠٧١) في شأن القسمة و(١٢٠٣) في شأن الإفراغ، و(١/١٢٨٦) في شأن الرهن التأميني، و(١٣٢٤) في شأن، الرهن الحيازي الواقع على عقار، والاكتفاء بعبارة (مراعاة الشكلية المقررة في القانون) فيها، لان الشكلية في التصرفات القانونية تتمثل في الإقرار أمام الموظف المختص.

٢- تعديل المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري، لتصيح الفقرة على وفق الآتي : (لاينعقد التصرف العقاري الا باقرار أطراف التصرف أمام موظف مختص في دائرة التسجيل العقاري، غير انه لا يكون حجة على الغير إلا بتسجيله في هذه الدائرة) ولكي تتلائم مع المادة (١٠٩) من هذا القانون ولحسم الخلاف الذي حصل في الفقه والقضاء بشأن هاتين المادتين.

٣- إضافة فقرة أولاً الى المادة (١١٤١) من القانون المدني العراقي ونصها (يكتسب الشفيـع حق الملكية العقارية وما في حكمه من تاريخ ابداء رغبة الشفيـع في الأخذ بالشفعة، غير انه لا يثبت ملك الشفيـع للمشفوع الا عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي).

### قائمة المصادر

١. د. أعاد حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة، دار الأوائـل للطباعة والنشر، ط١، عمان ١٩٩٨.
٢. أنور العمروسي ، الملكية واسباب كسبها في القانون المدني ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
٣. ثارام محمد صالح، المكنة القانونية، بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
٤. د. تيسير عبدالله المكيد العساف ، السجل العقاري ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات لحليـي الحقوقية، ط١، لبنان، ٢٠٠٩.
٥. د. ثروت بدوي ، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية ، ج١١٠ ، الدار العربية للموسوعات، القاهرة ، ١٩٨٢.
٦. د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
٧. د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣.

٨. د. حسن عبد الباسط جميعي ، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
٩. د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الاداري المصري والمقارن، دار الفكر العربي، ط٢، القاهرة، ١٩٥٦.
١٠. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط٣، القاهرة، ١٩٦٦.
١١. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
١٢. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج٢، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، ١٩٤٨.
١٣. د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية، ط١، الكويت، ١٩٧٥.
١٤. د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج١، المجلد الاول، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣.
١٥. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٢، بيروت، ٢٠٠٠.
١٦. عبد السلام الذهني، في الأموال والمنقولات على الملكية على اختلاف أنواعها، ج٢، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٢٦.
١٧. د. عبد المجيد الحكيم، شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي، مجلة العدالة الإماراتية، العدد(٢٣)، السنة (٧)، ١٩٨٠.
١٨. د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة الطبع.
١٩. د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٢.

٢٠. د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، اسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة منقحة، ٢٠٠٤.
٢١. د. عبدالغني بسيوني، القانون الاداري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع.
٢٢. د. عبدالمنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بلا سنة النشر.
٢٣. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، الاردن، الاصدار الثالث، ٢٠٠٠.
٢٤. د. ماهر صالح علاوي ، القرار الاداري، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١.
٢٥. د. محسن خليل ، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، ط١، ١٩٥٩.
٢٦. د. محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية، أفكار وآراء في القانون المدني ، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر ، السليمانية ، ٢٠٠٩.
٢٧. د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، المكتبة القانونية، ط١، الاردن، الاصدار الاول، ٢٠٠١.
٢٨. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، المكتبة القانونية، ط٣، بغداد، ٢٠٠٩.
٢٩. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، القاهرة، بدون ذكر اسم المطبعة، ١٩٦٦، ص٥٤ .
٣٠. د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، (٢) اسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية ، دراسة موازنة بالمدونات العربية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان-الأردن ، الطبعة الأولى/الاصدار الثالث ، ١٩٩٩.
٣١. د. محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لاحكام القضاء وفقا لأراء الفقه وأحكام المحاكم، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٢.

٣٢. د. محمود محمد حافظ ، قرارات الضبط الاداري ، ج١، القرارات الادارية بصفة عامة، بدون مكان الطبع، ط١، ١٩٦٤.
٣٣. د. مصطفى عبدالسيد الخارجي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، (منقحة)، ١٩٨٨.
٣٤. مصطفى مجيد، احكام تسجيل العقار في الطابو، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨، ص٤٩.
٣٥. المستشار معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩.
٣٦. د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، منشأة المعارف، ط١، الاسكندرية، ١٩٨٤.
٣٧. Abdalla (Fathi Abdel- Rahim): Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, le Caire, 1974,P. 534
٣٨. اسعد عبد العزيز الجميلي، بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٤.
٣٩. بتمو برويز عزيز، النظرية العامة للحماية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة، ٢٠١٠.
٤٠. جمال عبد كاظم الحاج ياسين، أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير مقدم الى كلية القانون بجامعة بابل، ٢٠٠٥.
٤١. حسين عبد القادر محمود، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٤.
٤٢. علي محمد بدير، أنواع القرارات الإدارية، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها هيئة القانون والاقتصاد في جامعة البصرة، العددان (٣-٤) السنة الثانية، ١٩٧٠.
٤٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل
٤٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤٥. تعليمات (١) لسنة ٢٠٠٧، الصادرة من وزارة الشهداء والمؤنفلين.

٤٦. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل
٤٧. القانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ والمادة (٩) من قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨
٤٨. قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في اماره دبي.
٤٩. قرار رقم ٦٨٨/ح/٩٥٩ في ٣/٥/١٩٥٩، منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق ع(٤)، سنة (١٧)، ١٩٥٩.
٥٠. قرار رقم ٥٤٣/مدنية ثالثة/١٩٧٤ في ٢٢/٢/١٩٧٥ منشور في مجموعة الأحكام العدلية، ع (١)، سنة (٦)، ١٩٧٥.
٥١. قرار محكمة التمييز العراقي رقم ٧٤٤/م٢ منقول/١٩٧٣ في ٢٨/٣/١٩٧٤، نشره ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٨.
٥٢. الطعن رقم ٢٣٣٤ سنة ٦٢ ق، جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٩٤، ص ٤٥، ص ٦١٨. اشار اليه سعيد احمد شعله، قضاء النقض المدني في الملكية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣١٤.