

حلّ التزامم في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً | دراسة مقارنة |

الباحث. علي عبد الخضر عباس أ.د. غني ريسان جادر الساعدي

كلية القانون/ جامعة البصرة

Email : altamimiali1930@gmail.com

Email : alsaadeghani@gmail.com

المخلص

الحديث عن أسباب كسب الملكية في هذا البحث يتعلق بالطبيعة التشريعية لها أو ما تسمى بالاعتبارية، فالتزامم قد لا ينشأ فقط بين عقدٍ وعقد، أو شفعة وشفعة ، أو بين حيازةٍ وحيازة ، أو بين وصيةٍ ووصية ..إلخ، هذه الطبيعة الذاتية المشتركة بينهما، فالعقد والعقد يشتركان في الذات معاً أو العقد والوصية فكل منهما تصرف قانوني .

إنما قد ينشأ التزامم أيضاً بين عقدٍ وميراث ، أو بين شفعةٍ وعقد ، أو بين قرار قضائي وبين عقد، أو بين شفعة وإرث، أو بين حيازةٍ وعقد .. إلخ، وهذا التزامم ناشئ من اشتراك هذه الأسباب بطبيعة واحدة وهي الطبيعة الاعتبارية ، والتي تنشأ بدورها من تقنينٍ تشريعي مفاده اعتبار هذه الذوات - من استيلاء وحيازة وعقد .. وغيرها من الذوات السببية- طريقاً للحصول على الملكية التي يدافع عنها المشرع .

وهذا التزامم قد يكون التزامماً نظرياً موطنه ذهن المشرع أو الفقيه ، وقد يكون التزامماً فعلياً يظهر إلى متن التشريع والواقع ، ولكل من التزاممين طريقاً حلّ تتناسب معه.
الكلمات المفتاحية : أسباب كسب الملكية، التزامم النظري، التزامم الفعلي، المتحدة اعتباراً .

Resolving the conflict in the reasons for gaining consideration for the united ownership (A comparative study)

Researcher. Ali Abdul- Khader Abbas
Prof. Dr. Ghani Raisan Jader
College of Law / University of Basrah
Email : altamimiali1930@gmail.com
Email: alsaadeghani@gmail.com

Abstract

Talking about the reason of acquiring ownership in this research is related to its comprehensive nature, or what is called dependency. Competition may only arise between a contract and another contract, or a code and another code, or between possession and another possession, or between a will and a commandment...etc. This shared self-existence between them. The contract and the contract share independence together, or the contract and the will as being non-legal.

However, a dispute may arise between a contract and an inheritance, or between pre-emption and a contract, or between a judiciary and a contract, or between pre-emption and an inheritance, or between a pledge and a contract...etc., and this dispute arises from the combination of this specific knowledge and this quantitative consideration, Many technical texts that rely on these entities - such as seizure, possession, contract... and other causal entities - are the method that seeks to obtain the ownership that the legislator defends.

This crowding may be a theoretical rivalry that is rooted in the mind of the legislator or jurist, or it may be an actual crowding that is clear from the law and reality, and each of the crowding has a solution that suits it.

Keyword: Reason for loss of ownership, emotional manipulation, reality manipulation, American credit score.

المقدمة

أولاً : جوهر فكرة البحث

إنّ أساس جوهر فكرة هذا البحث مرتبط بفضّ التزامم في أسباب كسب الملكية ، وبالذات تلك الأسباب المختلفة في الذات والمشاركة في سببية الوصول إلى الملكية وإن اختلفت ذاتاً وطبيعاً، ويتجسد هذا الفض او الحل لمثل هذا التزامم في طرق عديدة تختلف بحسب ما إذا كان التزامم نظرياً شكلياً او حقيقياً فعلياً ، بل تختلف حتى في النوع الواحد من التزامم.

ثانياً : أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا البحث بالوقوف على معرفة الطرق التي يُزال بها التزامم المتحقق في أسباب كسب الملكية ، فإذا كانت أركان هذه الفكرة قائمة على متطلبات وعناصر نشوئها ، فإن البحث في هذه الفكرة الكلية لا يتم إلا بالتطرق لوسائل إزالته ، وهذا هو مقتضى البحث العلمي.

ثالثاً : إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث بتساؤلٍ رئيسي وهو هل أن التطبيقات التي يمكن أن تحل التزامم في أسباب كسب الملكية قابلة لإعمال هذا الدور في جميع الفروض ، فمثلاً شرط الاحتفاظ بالملكية هل يفض التزامم في أسباب كسب الملكية؟ وإذا كان الجواب بنعم فهل يكون كذلك في جميع الفروض والحالات؟ وهذا ما سيتم الجواب عليه في البحث .

رابعاً : أهداف البحث

يهدفُ البحث إلى التعرف على طرق حل فكرة التزامم في أسباب كسب الملكية وأوجه التشابه والاختلاف في هذه الطرق ، ومدى صلاحيتها للإعمال بحسب الفروض والأحوال.

خامساً : منهجية البحث

سوف نعتمد في تحقيق هذا الهدف والإجابة عن إشكالية البحث على منهج البحث المقارن والمتمثل بالمقارنة بين نصوص القانونيين المدنيين العراقي والمصري بالإضافة إلى آراء الفقهاء المسلمين وعلماء أصول فقهم ، فضلاً عن بعض القرارات القضائية التي صدرت في شأن ذلك.

سادساً : خطة البحث

تتوزع خطة البحث على مبحثين وكالاتي :

الأول: حل التزامم النظري في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً.

الثاني: حلّ التزامم الفعلي في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً.

المبحث الأول/ حلّ التزام النظرى فى أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً

تتعدد التطبيقات التشريعية التي تكفلت بإيجاد آليات لحل التزام النظرى فى أسباب كسب الملكية والتي تتحد فى الصفة الاعتبارية لها ، ومن هذه التطبيقات ما يتعلق بفكّ التزام بين الشفعة وعقد البيع ، ومنها ما يرتبط بشرط الاحتفاظ بالملكية ، ويُعرّف التزام النظرى بمعايير الأول قابلية التزام للحلّ أو الارتفاع ابتداءً وهذا ما سيكون فى مطلبين رئيسيين .

المطلب الأول/ حلّ التزام بين الشفعة وعقد البيع

ويتحقق التفضيل فى التزام بين الشفعة وعقد البيع فيما يرتبط بعدم ثبوت الشفعة فى مقابل البيع ، فقد يتحقق التزام النظرى بين الشفعة وعقد البيع فى حال ما لو لم تثبت الشفعة أصلاً وهو فرض نادر؛ ذلك لأن الغالب هو عدم ثبوت البيع فى قبالة الشفعة، أما الشفعة فتتسأ بتصرف قانونى غالباً فى ما لو كانت الشفعة اختيارية كما تقدم فى الطبيعة الذاتية للشفعة.

وبالتالى فإن الشفعة تثبت غالباً بالشيوخ ، إلا إن فى مثل هذا الفرض النادر الذى يثبت معه البيع دون الشفعة تكون الشفعة فيه متزعزعة زمنياً أى وقت نشوئها وهذا ما يتضح من معطيات القضية الآتية، تتلخص وقائع هذا الطعن فى أن الطاعة رفعت على المطعون ضدهما الأول والثانى لدى محكمة شبين الكوم الابتدائية الدعوى وقالت فى صحتها :

إنه بموجب عقد مسجل فى "٢٠" من يناير سنة "١٩٤٢" باع المطعون ضده الثانى الأرض إلى المطعون ضده الأول، وبما أنها تملك أطيافاً تجاور هذه الأرض من جهتين وقد أنذرت البائع والمشتري فى "١٠" و "١٥" من فبراير سنة "١٩٤٢" برغبتها فى أخذها بالشفعة مقابل دفع الثمن الحقيقى وملحقاته ، فلم يقبل المشتري أن يحلها محله.

ولأجل ذلك تطلب الحكم باستحقاقها لأخذ الأرض المبيعة بطريق الشفعة مقابل دفعها الثمن وقدره "٦٦٠" جنيهاً مع إلزام المدعى عليهما متضامين بالمصاريف ، ومقابل أتعاب المحاماة ، وشمول الحكم بالنفاذ المؤقت بلا كفالة، وإعلان الشفعة بتاريخ "٢٩" من ديسمبر سنة "١٩٤٢"، ولقد أدخلت المدعية مصلحة الأملاك الأميرية فى الدعوى لتقدم عقدي البيع الابتدائى أو النهائى الخاصين بشراء الأرض من مصلحة الأملاك التى كانت مملوكة أصلاً لزوجها وقد نُزعت ملكيتها منه ورسا مزادها على الشركة العقارية لحساب الحكومة ، ثم باعها مصلحة الأملاك إلى الطاعة بموجب العقدين المطلوب تقديمهما.

وقد دفع المطعون ضده الأول الدعوى بعدم قبولها لرفعها من غير مالك لأن عقد شرائه الأرض المطلوب أخذها بالشفعة مسجل فى "٨" من فبراير سنة "١٩٤٢" ، بينما عقد شراء الطاعة الصادر لها من مصلحة الأملاك للأرض التى تشفع بها مسجل فى "١٢" إبريل سنة "١٩٤٣" فهى

حل التزاحم في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً (دراسة مقارنة)

لم تكن مالكة لها وقت إبداء رغبتها في الأخذ بالشفعة. ودفع الدعوى أيضاً بأن إعلان إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة حصل بعد مضي الميعاد القانوني، وبأن أطيانها لا تجاور الأرض المشفوع فيها، فحكمت المحكمة برفض دعوى المدعية "الطاعنة" مع إلزامها بالمصاريف و"٢٠٠" قرش مقابل أتعاب المحاماة للمدعى عليه الأول.

استأنفت الطاعنة هذا الحكم لدى محكمة استئناف مصر ، وطلبت الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء لها بطلباتها وإلزام المستأنف عليهما بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة عن الدرجتين. إلا أن المحكمة أصرت على قرارها فطعننت الطاعنة بطريق النقض.

فجاء قرار محكمة النقض^(١) مؤيداً لقرار محكمة الاستئناف : أنه وإن يكن صحيحاً ما ذهبت إليه المستأنفة من أن ملكية الحكومة لما آل إليها نتيجة تدخلها لصيانة الثروة العقارية ليست ملكية عادية وإنما هي ملكية من نوع خاص ؛ إلا إنه مهما يكن الرأي القانوني الذي يستعان به في تكييف هذه الملكية فإن أقصى نتائجه أن المدين نفسه "زوج الطاعنة" هو الذي يمكن أن يعتبر مالكاً لم يتجرد من ملكيته منذ نزعت منه إلى يوم أن استردها من الحكومة. أما

غير المدين أي "الطاعنة" ممن يكون قد استعمل حق الأولوية واشترى العين من الحكومة فإنه يملك ما اشتراه ملكية جديدة عليه، وهذه الملكية لا تثبت له وفق قانون التسجيل إلا من يوم تسجيل عقده الذي اشترى به من الحكومة. ولا يمكن قانوناً على أي وجه من الوجوه أن تعتبر المستأنفة مالكة لما كان يملكه زوجها إلا من اليوم الذي سجلت فيه عقد شرائها من الحكومة. أما قبل هذا اليوم فالملكية كانت إما للحكومة أو للمدين نفسه وعلى الحالين فهي لم تكن على وجه اليقين للمستأنفة ليصح لها القول بأنها لم تمتلك ملكية جديدة.

على هذا الأساس نجد أن الشفعة لم تثبت رغم مطالبة الطاعنة بذلك ، ورغم اتباعها الإجراءات القانونية كإعلان الرغبة ، إلا إن القضاء المدني المصري قد فضّل من توفر فيه عقد البيع على من ادعى الشفعة رغم عدم ثبوتها ، وهذا معيار التزاحم النظري ؛ ولذلك نجد أيضاً أن الأسبقية قد صلحت كطريق لفض التزاحم النظري وهذا لا يحصل إلا قليلاً ، وسبب حصول هذا هو أن المانع قد اجتمع مع الأسبقية .

ومن تطبيقات صلاحية الأسبقية في حل التزاحم النظري وفي الشفعة بالذات ، الأسبقية في البيع قبل إعلان الشفيع رغبتة في الشفعة ، فقد يتم بيع عقار الشريك إلى المشتري ، ثم يبيع المشتري هذا العقار إلى شخص آخر قبل أن يعلن الشفيع عن رغبتة أو قبل تسجيل هذه الرغبة، ويفهم من مفهوم المخالفة للمادة "١١٤٤" من القانون المدني العراقي والمادة "٩٤٧" من القانون

المدني المصري أن البيع الثاني يكون نافذاً في حق الشفيع؛ لأنه قد تمّ قبل تسجيل طلب الشفاعة ، وكل تصرف من المشتري يصدر قبل تسجيل طلب الشفاعة يسري في حق الشفيع.

وقد نصت المادة "١١٤٤" من القانون المدني العراقي على ما يأتي : " لا يسري في حق الشفيع أي تصرف ناقل للملكية صدر من المشتري ، أو أي حق عيني رتبته على العقار المشفوع، إذا كان كل ذلك قد تم بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفاعة ". وأما المادة "٩٤٧" من القانون المدني المصري فقد نصت على أنه : "لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي، أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري، ولا أي بيع صدر من المشتري، ولا أي حق عيني رتبته أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفاعة " .

إنّ سرّان البيع الثاني في حق الشفيع في مثل هذا الفرض يعني وجود حالة من النسخ قد تعرض لها البيع الأول في حق الشفيع، إذ لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفاعة في البيع الأول المنسوخ، بل يستطيع أن يأخذ بالشفاعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائماً بعد نسخ البيع الأول، ويترتب على حالة النسخ هذه ما يترتب من أحكام في البيع الثاني، فإذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ بالشفاعة فيه لأي سبب امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها وهكذا بقية الآثار^(٢) .

وعلى ذلك أكدت المادة "١١٣٧" من القانون المدني العراقي حينما نصت على: " إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفاعة فيه ثم باعهُ قبل أن يدّعي الشفيع بالشفاعة سقطت شفيعته وتجددت له شفاعة على المشتري الثاني " .

المطلب الثاني/ مدى صلاحية شرط الاحتفاظ بالملكية كطريق لحلّ التزاحم النظري

لقد تقدّم منا حين أسسنا للمقومات الموضوعية في التزاحم في أسباب كسب الملكية وخصوصاً عنصر الوحدة الموضوعية، وقلنا بأنه قد يتحد شخصان أو أكثر في سبب واحد لكسب الملكية ، إلا إن التزاحم لا يتحقق؛ وذلك لأن الوعاء متعدد، وبالتالي فإن العنصر الموضوعي المتمثل بالوحدة الموضوعية منتفٍ أصلاً ، كما هو الحال بين البائع والمشتري المشتركان بنفس السبب، إلا إن البائع يهدف إلى الحصول على الثمن ، أما المشتري فيريد ملكية المبيع . إلا إن البائع الذي يروم الحصول على الثمن ، قد يتركز هدفه على الاحتفاظ بملكية المبيع في حال ما لو لم يضمن حقه في الحصول على الثمن وهذا ما يسمى بـ" شرط الاحتفاظ بالملكية". بالتالي فإننا حين نبحث في شرط الاحتفاظ بالملكية لا نعني أن هنالك تزامناً بين البائع المشتري والمشتري ، بل قد يقع التزاحم بين مصلحة البائع بالاحتفاظ وبين دائني المشتري ، ووعاء هذا التزاحم هو ملكية المبيع .

حل التزامم في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً (دراسة مقارنة)

ويمكن أن تثار علينا هذه الإشكالية وهي أننا حينما أسسنا للمقومات الشخصية ذكرنا عنصر الاشتراك الشخصي بين أسباب كسب الملكية : إما اشتراكاً ذاتياً ، أو اشتراكاً اعتبارياً طريقياً، في حين أن شرط الاحتفاظ بالملكية يفقد مثل هذا الاشتراك بين البائع المشتري وبين دائني المشتري، فإن كان البائع يتوفر فيه سبب لكسب الملكية وهو العقد فإن دائني المشتري تربطهم به رابطة شخصية وليست سبباً لكسب الملكية .

ونرد على ذلك ونقول : بأن الاشتراك الشخصي بين البائع المشتري وبين الدائنين يمكن أن يتحقق في فرض واحد وهو أن تكون الرابطة الشخصية التي تربط بين الدائن والمشتري ناشئة من العقد ، حيث أن العقد كما هو بديهي عند أهل القانون مصدراً من مصادر الالتزام أو هذه الرابطة الشخصية بل وأهمها.

وبالتالي فإن مثل هذه الفرضية يمكن أن تُصور بالشكل الآتي:

هنالك شخص واحد يحمل صفة المشتري قد أبرم عقدين: ففي العقد الأول بعد أن أبرمه لم يدفع الثمن إلا إن البائع "أ" لم يشترط شرط الاحتفاظ بالملكية بل منح للمشتري مدة لا بأس بها للإيفاء بالثمن. ثم أبرم نفس المشتري عقداً آخر ولم يدفع الثمن أيضاً، إلا إن البائع "ب" اشترط شرط الاحتفاظ بالملكية لنفسه .

هنا يمكن أن يتصور التزامم بين مصلحة البائع "ب" المحتفظ بملكته ، و بين مصلحة البائع "أ" الذي صار دائناً للمشتري فيما بعد ، وقد جمعهم سبباً لكسب الملكية ومصدراً من مصادر الالتزام بالنسبة للبائع غير المشتري . ومن هنا أيضاً يمكن أن يتصور شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة لحل التزامم .

ولأجل ذلك تخرج العديد من التطبيقات التي يرد فيها شرط الاحتفاظ بالملكية من مجال التزامم في أسباب كسب الملكية؛ لفقدانها حالة الاشتراك الشخصي في هذه الأسباب ، ومنها حالة التزامم بين البائع صاحب هذا الشرط وبين أحد أصحاب الحقوق العينية كالرهن والامتياز⁽³⁾ .

ويمكن لنا أن نُبين وجه اعتبارنا وضع شرط الاحتفاظ بالملكية طريق لحل التزامم النظري لا الفعلي ، وحقيقة هذا الوجه تكمن في أن البائع حينما يضع هذا الشرط فإنه يستيق التزامم ، ففي وقت إبرام عقد البيع وإبراز المشتري نيته بتأجيل الثمن ، ينقدح في ذهن البائع التزامم نظرياً وقبله في ذهن المشرع حينما أتاح مثل هذا الشرط للبائع ، فلما وجد البائع إمكانية أن يُزاحمه في الحصول على حقه من الثمن دائني المشتري ، ووجد كذلك أن المشرع المدني اعترف له بمثل هذه الميزة وضع شرطاً وفرض رغبته بالاحتفاظ بملكته رغم عدم وجود التزامم لحد هذه المرحلة بل ولم يفسل المشتري بعد ، وهذه هي الضابطة والمعياري في اعتبارنا شرط الاحتفاظ بالملكية طريق لحل التزامم النظري.

إن شرط الاحتفاظ بالملكية مثلما يكون طريقاً لحلّ التزامم النظري نتيجة نفاذه في حق دائني المشتري ، إلا إنه من الممكن أن يواجه استثناءً بأفضلية غيره عليه في حالات أخرى ؛ ولذلك نقسم هذا المطلب على فرعين : الأول : عدم الاحتجاج بنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المزاحمين ، والثاني الاحتجاج بنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهتهم.

الفرع الأول/ عدم نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المزاحمين

قد تظهر جلياً- وبشكل أوضح من الحالة الأولى- فكرة التزامم في الأسباب المتحدة اعتباراً والمختلفة ذاتاً ، فسند أن عدم نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية يكون بسبب التزامم بين العقد وبين الحيابة ، وبين العقد وبين الالتصاق ، وهذا النوع من التزامم لا يكون بين البائع المحتفظ بملكيته وبين دائني المشتري ، وإنما بين البائع وبين من تصرف له الدائن بالمبيع أو بين البائع وبين من توفر فيه سبب الالتصاق قضاءً وقدرًا وهذا ما سنبحثه في نقطتين آتيتين : الأولى حلّ التزامم بين البائع المحتفظ بالملكية وبين الحائز حسن النية ، والثانية : فضّ التزامم بين البائع المحتفظ بالملكية وبين من توفر فيه سبب الالتصاق .

أولاً : حلّ التزامم بين البائع المحتفظ بالملكية وبين الحائز حسن النية

قد يرد شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع لكنه لا يكون طريقاً لفضّ التزامم النظري، بل على العكس حيث يكون صاحبه طرفاً من أطراف هذا التزامم حينما يفصل من وصل إليه المبيع أو البضاعة في تملكه . وفي هذا الإطار يطرح الفقه هذه الفرضية: وهي لو وصلت البضاعة إلى شخص حسن النية ؛ ولأن المشتري لا يعد مالكاً حتى تمام وفاء الثمن للبائع ، وحيث أن المشتري رغم ذلك خرجت منه البضاعة بتصرف قانوني فصار المشتري بائعاً ، ووصلت لشخص آخر وإن كان حسن النية ، فإن الملكية لا تنتقل إليه رغم حسن نيته ؛ ذلك لأن المشتري لا يعد مالكاً قبل وفائه الثمن ، كما ويجب أن يكون البائع مالكاً للمبيع - أي بائع كان- في حين نجد أن المشتري لم تنتقل إليه ملكية البضاعة حتى يستطيع أن ينقلها لغيره ، وفاقد الشيء لا يعطيه^(٤).

ورغم ذلك فإن مثل هذا الحائز نجد فيه سبباً آخر لكسب الملكية يتقدم من خلاله على سبب العقد الذي يتوفر في البائع المشتري وهو "اكتساب ملكية المنقول بالحيابة" ، فإن لم يكن الحائز قد تملك البضاعة بسبب العقد المنحدر إليه من قبل المشتري فإنه يملكها بالحيابة^(٥) .

إلا إن المشرع المصري في المادة "٤٢" من القانون رقم "١٠٠" لسنة "١٩٥٧" قد رفض هذا الحكم ، وحظر على المشتري أن يتصرف بدون إذن سابق من البائع بأي نوع من أنواع التصرفات في السلعة محل البيع بالتقسيم قبل الوفاء بثمنها ، وذلك حتى ولو لم يتضمن العقد شرط الاحتفاظ بالملكية.

ثانياً : حلّ التزامم بين البائع المحتفظ بالملكية وبين من توفر فيه سبب الالتصاق

إن الضمانة التي يستوفيهها البائع من وراء شرطه المتمثل بالاحتفاظ بملكه تبقى مكفولة إذا كانت المنقول المبيع بيد المشتري سالماً محتفظاً بماهيته، إلا إنه قد يحدث في بعض الأحيان أن يلتصق هذا المنقول مع مال مملوك للمشتري عقاراً كان أو منقولاً ، فيحدث التزامم حينها بين مصلحة البائع في الاحتفاظ بملكه وبين مصلحة المشتري في تملك ما التصق من أموال ، فقد تلتصق المنقولات المباعة بعقار المشتري ، خصوصاً إذا كانت هذه المنقولات عبارة عن آلات أو مواد مستخدمة في عملية البناء ، فيقوم المشتري باستخدامها في عقار مملوك له ، والمبدأ القائل بأن "ما لصق بالأرض له حكمها " يقضي ضمانه البائع المتمثلة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، ويقضي باكتساب مالك العقار كل ما يلتصق بالعقار (٦).

وقد أخذ القانون المدني العراقي بذلك في المادة "١١١٨" حينما نص : "يكون مُلكاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يمكن قلعها دون أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم ، وعليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه ، أما إذا أمكن قلعها بلا ضرر جسيم وأراد صاحبها استردادها ، فله ذلك وعلى صاحب الأرض نفقة القلع". وسار القانون المدني المصري على نفس الاتجاه في الفقرة "١" من المادة "٩٢٣" حينما نصت على أنه: "يكون مُلكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها ادمجت في هذه المنشآت" .

لذلك نجد أن كلاً من المشرع العراقي والمصري قد أخذ بالمعيار المادي أي الأخذ بنظر الاعتبار التلف أو الضرر الذي يصيب الأرض أو المنشآت بسبب عملية الفصل، وليس النظر لما تمثله من قيمة اقتصادية. والنتيجة هدر قيمة شرط الاحتفاظ بالملكية ليبقى التعويض أو قيمة المنقولات ما يمثل حقاً للبائع دون الضمان المتمثل بالشرط المذكور.

أما لو التصق منقول المشتري بمنقول البائع فإننا نجد أن القانون المدني المصري في المادة "٩٣١" قد تجنب الإتيان بحلول موضوعية لهذا الالتصاق ، بل ترك للقاضي السلطة التقديرية في خضم ذلك ، بشرط أن يسترشد في كل ذلك بمبادئ العدالة . بخلاف القانون المدني العراقي في المادة "١١٢٥" الذي رأى تملك صاحب المنقول الأعلى قيمة ملكية المنقول الأقل قيمة . و هذا يعني تجريد شرط الاحتفاظ بالملكية من قيمته القانونية إن كان منقول البائع أقل قيمة من منقول المشتري (٧) .

إنّ الكلام عن تزامٍ في الالتصاق لا يناقض ما أسنناه سابقاً من عدم إمكانية أن يقع التزام فيه ، فنفي التزام في الالتصاق كان متعلق بالطبيعة الذاتية له وأنه لا يمكن أن يوجد التزام بين شخصين يتوفر فيهما سبب الالتصاق ؛ للسبب الذي ذكرناه فيما مضى وهو اتحاد الملكيتين في ملكية واحدة وهذا خلاف التزام ، أما بالنسبة لفرضيتنا المبحوثة فإن التزام وارد بين من توفر فيه سبب الالتصاق ، وبين من توفر فيه سبب آخر .

الفرع الثاني/ الاحتجاج بنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية

ولا نقصد هنا الاحتجاج بهذا الشرط أمام الغير حسن النية ، أو أمام المشتري الذي تملك المنقول بالالتصاق ، بل نقصد الاحتجاج به في مواجهة الدائنين .

ولقد وجدنا أن قانون التجارة المصري الملغي قد رفض فكرة نفاذ هذا الشرط في مواجهة الدائنين ، إلى أن جاء قانون التجارة النافذ رقم "١٧" لسنة "١٩٩٩" النافذ في الفقرة "٢" من المادة "١٠٦" والتي قررت صراحة بنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ، بشكل لا يجوز لهم معه التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكته لحين استيفاء الثمن، ومن يجوز للبائع استرداد المبيع من التقلية، طالما قدّم الدليل على ملكيته له، بشرط أن يكون شرط الاحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على إجراءات التنفيذ أو وقت شهر الإفلاس .

كما لا يمكن الاعتراض على ذلك بنص الفقرة "٢" من المادة "٦٣١" من ذات القانون والتي قررت عدم جواز الاحتجاج بمواجهة الدائنين بكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها. حيث إن هذا النص ينصرف إلى حالات فسخ البيع، وإلى كل شرط آخر ما عدا شرط الاحتفاظ بالملكية؛ لأنه قد ورد بنص خاص كاستثناء من هذا الأصل العام^(٨).

وقد اكتفى القانون المدني العراقي بإيراد نص يقضي فيه بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية وذلك في المادة "٥٣٤" منه حينما نصت الفقرة "١" على ذلك : " إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع . ولم يبين جواز أو عدم جواز الاحتجاج به عند إفلاس المشتري ، ولكن بالرجوع لأحكام قانون التجارة العراقي رقم "١٤٩" لسنة "١٩٧٠" الملغي والذي لا زال الباب الخامس منه نافذاً والمتعلق بأحكام الإفلاس والصلح الواقي نجد أن البضاعة إذا لم تصل إلى مخازن المشتري أو من يقوم مقامه ، عندئذ يحق للبائع استردادها وهذا بموجب الفقرة "٢" من المادة "٦٤٥" من هذا القانون ، أما إذا دخلت تلك البضاعة إلى مخزن المشتري أو من يقوم مقامه ، فلا يستطيع البائع طلب فسخ البيع أو استرداد البضاعة وهذا بموجب المادة "٦٤٦" من القانون ذاته.

المبحث الثاني/ حلّ التزامم الفعلي في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً

تتنوع تلك التطبيقات التي تتضمنُ فضلاً للترزام الفعلي الذي يقع بين الأسباب المختلفة في ذاتها، وتظهر مثل هذه التطبيقات جلياً في عقد بيع العقار سيما في القانون المدني العراقي، فتارةً يكون بين عقد البيع والشفعة ، وتارةً بين عقد البيع وقرار القاضي المنشئ لحقّ تملك العقار .

المطلب الأول/ حلّ التزامم الفعلي بين عقد البيع والشفعة

في هذا الفرع سيكونُ الكلام عن حل التزامم بين الشفيع والمشتري بعد إعلان الرغبة ، عندئذٍ يكون التزامم فعلياً . فإذا تصرف المشتري في المشفوع بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة فإن البيع الذي أنشأه المشتري لا يكون نافذاً في حق الشفيع^(٩) . وهذا ما جاءت به المادتان التي تعرضنا لهما في المطلب الأول المادة " ٩٤٧ " من القانون المدني المصري و المادة " ١١٤٤ " من القانون المدني العراقي .

وإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان بعقد صوري ، فمعنى ذلك أن الملكية لم تخرج بعدُ من ذمة المشتري الأول ، فإذا ثبت ذلك فإن الشفيع يأخذ الشفعة بالبيع الأول وبشروطه ويقع عبء إثبات صورية البيع الثاني على الشفيع فهو صاحب المصلحة في ذلك ويقوم الشفيع بهذا الإثبات بكافة الطرق . ومن القرائن التي تدل على صورية عقد البيع الثاني أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في البيع الأول وقبل أن يقوم بتسجيل هذه الرغبة ببادر المشتري إلى بيع العقار بثمن كبير مبالغ فيه إلى مشتر ثان بعقد ثابت التاريخ بحيث لا يمضي بين تاريخ عقد البيع الأول وتاريخ عقد البيع الثاني سوى فترة زمنية وجيزة لا تبرر هذا الارتفاع المفاجئ في قيمة العقار^(١٠) .

وقد يكون المشتري شفيعاً من بين شفعاء مثله فيتزاحم مع بقية الشفعاء ، وهذه الجزئية وإن كان من الممكن أن تبحث في المطلب الأول إلا أننا ارتأينا دراستها هنا ؛ ذلك لأن في المبحث الأول كان حلّ التزامم يتعلق بالأسباب المتحدة ذاتاً بشكل خالص كما لو كان بين شفيع وشفيع ، أو مشتري ومشتري ، أما هنا فالشفيع هو في ذاته مشتري لامتلاكه صفتين في الوقت نفسه ، كما لو بيع العقار لأحد الجيران ، فبالبيع صار مشترياً ، وبالجار صار شفيعاً .

وقد اختلف الفقه الإسلامي في حل مثل هذا التزامم إلى أقوال : فمنهم من رأى بأن المشتري الشفيع لا يفضل على باقي الشفعاء ، فلو اشترى أحدهم فهو في الشفعة كواحدٍ منهم ، فلا يشترط أن يكون البيع لأجنبي^(١١) .

ويترتب على هذا القول بأن هذا المشتري يزاحم غيره من الشفعاء بقوة سببه ويزاحمونه كذلك بقوة السبب ويقاسمهم ويقاسمونه إذا كانوا من درجة واحدة ، فالمشتري الشفيع _ الشريك - يقدم على

من دونه في سبب الشفعة ، ويقدم عليه من هو أعلى منه في السبب ، وعلى هذا إذا تساوى المشتري مع الشفعاء في الرتبة فإنه يكون شفعياً مثلهم فيشاركهم ولا يقدم أحدهم على الآخر بشيء ويقسم العقار المشفوع فيه على قدر رؤوسهم عند الحنفية ، وعلى قدر أملاكهم عند غيرهم^(١٢).
ومنهم من يرى بأنه لو كان المشتري أحد الشفعاء في المبيع فلا شفعة لشركائه عليه، فيشترط أن يكون الأخذ بالشفعة هنا أن يكون البيع لأجنبي^(١٣) ؛ ذلك لأن الشفعة تثبت لدفع الضرر عن الشريك من المشتري الحادث وهذا شركته متقدمة وثابتة قبل المبيع فلا ضرر من جديد يتوقعه الشريك بسبب الشراء. ويرى فريق ثالث بأنه لا شفعة للمشتري ويأخذ الشركاء الآخرون بالشفعة عليه؛ حيث أن الشفعة قد استحقها الشريك على المشتري فلا يستحقها المشتري على نفسه^(١٤).

وقد أقر القانون المدني العراقي ذلك في المادة "١١٣٢" حينما نص على أنه: "إذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفعياً ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

المطلب الثاني/ حلّ التزام الفعلي بين عقد بيع العقار وبين قرار التمليك

ليست هذه المرة الأولى التي نبحث فيها حلّ التزام الواقع في عقد بيع العقار، إلا إن المرة السابقة في بحث مثل هذا التزام كانت مبوبة وفق تكييف معين لمثل هذا التزام، وقد قلنا بأن التزام الواقع في عقد بيع العقار وفق القانون المدني المصري هو التزام بين عقد بيع وبين عقد بيع عقار، وهذا ما أسميناه في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل بـ "حلّ التزام الفعلي في الأسباب المتحدة ذاتاً".

وقد رجحنا فيما سبق ما ذهب إليه أحد أساتذتنا من أن التزام الواقع لم يكن تزامناً بين عقد أول وعقد ثاني ، وقد ذهبنا مع هذا الرأي ، إلا أننا أضفنا على ذلك وقلنا: نعم! وإن لم يوجد التزام بين عقدين، ومع ذلك فإن هنالك التزام بين عقد بيع ، وبين سبب آخر لكسب الملكية غير منصوص عليه ؛ وهو قرار القاضي المنشئ لحق تملك العقار ، وعلى أساس هذا التكييف نبحث في عقد بيع العقار وحلّ التزام الحاصل فيه وفق التقنين العراقي ، بعد أن بحثنا حلّ هذا التزام في القانون المدني المصري.

وقد أقرت محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها ما جاءت به الفقرة "٢" من المادة "٣" من قانون التسجيل العقاري من أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة يكون فاقداً للشكلية القانونية التي تتطلبها، وبالتالي فإنه يكون باطلاً قانوناً ، لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً

حل التزاحم في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً (دراسة مقارنة)

استناداً للمادة للفقرة "١" من المادة "١٣٨" من القانون المدني العراقي؛ ولذلك لا يجوز الاستناد إليه في نقل الملكية إلا على وفق الشروط المنصوص عليها في القرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧"^(١٥).

فقد أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل في عام "١٩٧٧" قراره المرقم "١١٩٨" والذي نص في أهم مادته وهي الأولى بفقريتها على ما يأتي : "أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده ، سواء أشرط التعويض في التعهد أم لم يُشترط فيه ، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول ، دون إخلال بالتعويض عن أي ضررٍ آخر .

ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد ، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة "أ" من هذا البند، مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول".

ومن الواضح أن هذا القرار قد فضّ التزاحم بين المشتري بعقد بيعٍ خارجي ، وبين المشتري بعقد بيعٍ مسجلٍ بطريقتين : أحدهما التعويض ، والثاني هو التملك . أما الثاني فيكون طريقاً لحلّ هذا التزاحم إذا قد أقام المتعهد له أبنية أو منشآت أو مغروسات في العقار ، أما الأول فيكون إذا لم تُقام مثل هذه الأبنية أو المنشآت أو المغروسات . ولأن محل البحث هو قرار التملك ، فإننا نبحت في الفقرة الثانية المتعلقة بالتمليك فقط ؛ ولذا فإننا نهمل فقرة التعويض في هذا المجال لكونها خارج نطاق البحث.

وعلى هذا الأساس سنفرّع هذا المطلب إلى فرعين : الأول: نبحت فيه شروط القرار والثاني : تكييف حل التزاحم بالنسبة لهذا القرار .

الفرع الأول/ شروط قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧"

وهذه الشروط هي :

١- التعهد بنقل ملكية عقار

إنّ الشرط الأساس لتحقق فقرة التملك قبل إقامة الأبنية والمنشآت والمغروسات هو وجود تعهد من البائع بنقل ملكية عقار، وقد عُرّف هذا المفهوم بأنه : "اتفاق يتعهد بموجبه كل من صاحب الحق العيني العقاري ، والذي يسمى المتعهد، و المتعهد له ، بالذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة وإجراء الشكلية التي يتطلبها القانون لنقل الحق من المتعهد إلى المتعهد له"^(١٦). وقد أكدت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بغداد/ الكرخ الاتحادية على ذلك في قرارٍ لها: "إنّ من شروط طلب تملك عقار وجود تعهد بنقل ملكية ذلك العقار يُحدد فيه رقم وتفاصيل

العقار محل التعهد ومقدار بدل البيع المقبوض والمتبقي منه والبيانات الأخرى الواجب ذكرها فيه التي تحدد حقوق والتزامات الطرفين" (١٧).

ويُفهم من هذا القرار أن هذه المحكمة اشترطت في التعهد أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة، بشكلٍ يكون تحديده مأخوذاً فيه الدقة والتفصيل بالأرقام والتشخيص والتوصيف بالنسبة للعقار محل التعهد.

إنّ التعهد بنقل ملكية عقار في التقنين العراقي لا يعد سبباً للتمليك ولا سبباً لإبطال القيد، بل اعتبرته محكمة التمييز الاتحادية إجراءً أولياً لنقل الملكية (١٨). فإذا التزم البائع بتعده هذا وسجّل ما قد تعهد به في دائرة التسجيل العراقي فهو المطلوب ، وإلا فليس له سوى حق شخصي متمثل بالتعويض هذا إذا ما كان التعهد هو الذي قد حدث فقط بين المتعهد والمتعهد له ، أما إذا اقترن التعهد بإقامة الأبنية وبقية الشروط شُمل هذا الوضع بقرار التمليك السالف الذكر.

وتتقضى قاعدة " إن فاقده الشيء لا يعطيه " أن يكون المتعهد مالكاً للعقار وقت بيعه ، أما إذا لم يكن كذلك كأن يكون فضولي ، أو كانت ملكيته غير ثابتة كما لو كان يملك نصف العقار وفق السجلات الموجودة ، وقد فُقدت السجلات التركيبية التي تثبت عائدية النصف الآخر له فالقرار لن يطبق لا بالتمليك ولا بالتعويض (١٩).

٢- قيام المتعهد له بإحداث أبنية أو منشآت أو مغروسات

وقد أكدت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بغداد/ الكرخ الاتحادية في قرار آخر على وجوب التثبت عن ماهية وتفاصيل الأبنية والمنشآت التي شيدها المدعي ، وأن تجري الكشف والمعينة على العقار صحبة خبير مختص للتحقق من صحة ادعاء المدعي ، وبيان إن كانت تلك المنشآت ينطبق عليها وصف الأبنية والمنشآت التي اشترطها القرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧" لطلب تمليك العقار محل التعهد بنقل الملكية ، والتي تتضمن سكن العقار من قبل من يطلب تملكه أو أحدث فيه أبنية أو منشآت (٢٠) .

وقررت محكمة التمييز الاتحادية بأن من متطلبات السكن وفق قرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧" يجب أن يكون مستقراً ومتصلاً، وأن السكن في العقار لمدة شهرين و"١٠" أيام ثم تركه لا يعد مجزياً لتملك العقار (٢١) .

وقد ردت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية / بابل الاتحادية دعوى تمليك وفق قرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧" لعدم كون العقار محل التعهد من الدور السكنية ، بل كان عبارة عن محلات ومخازن تجارية ، أما القرار المذكور فيشترط أن يكون العقار داراً أو بنياناً أو منشأة سكنية (٢٢) .

٣- عدم وجود معارضة تحريرية من قبل المتعهد

إذ يجب ألا توجد معارضة تحريرية تتضمن اعتراضاً من قبل المتعهد على سكن المتعهد له في العقار أو في إحداث أبنية أو منشآت أو غراس . وقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بأن "إقامة دعوى منع معارضة بعد ثلاثة أسابيع من التعهد تشكل معارضة تحريرية"^(٢٣).

٤- عدم وجود مانع قانوني

ويقتضي عدم وجود هذه المانعية أن يكون العقار محرراً من الموانع القانونية التي تحول دون إجراء التصرفات القانونية بشأنه، فإذا كان رهن العقار أو بيعه متوقف على موافقة وزارة المالية، فلا يكون محلاً لهذا القرار^(٢٤) .

٥- نكول المتعهد عن نقل ملكية العقار

وهو الشرط الأخير من شروط هذا القرار ، وقد قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في هذا الصدد بما يأتي: " إن من شروط تطبيق أحكام القرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧" المعدل ثبوت حالة النكول الذي لا يتحقق إلا بعد إعدار المدعى عليه بإنذاره بأي شكل من أشكال الإعدار المعتد بها قانوناً"^(٢٥).

الفرع الثاني/ تكييف أثر حلّ التزاحم وفقاً لقرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧"

إنّ بيع العقار إلى مشترٍ ثانٍ مع التسجيل في دائرة التسجيل العقاري إضراراً بالمشترى الأول الذي لم يسجل عقد يكون له أثر غير البطلان؛ ذلك لأن البيع الثاني بيع صحيح اشتمل على كافة الأركان والشروط التي استلزمها القانون وبالتالي فهو ليس بباطل.

بل يتجسد الأثر بعدم نفاذ العقد الثاني في حق المشتري الأول ؛ ذلك لأن العقار يظل في ملك البائع بالنسبة للمشتري الأول الذي لم يسجل عقده نتيجة الغش الذي دفع البائع لبيع عقاره مرةً أخرى^(٢٦) .

والأمر في الفحص عن مدى تحقق الشروط التي اشترطها القانون المدني العراقي لدعوى عدم نفاذ التصرف يعود لمحكمة الموضوع ، ومن ثم إصدار الحكم في هذه الدعوى^(٢٧).

إنّ الشروط التي اشترطها القانون المدني العراقي لعدم نفاذ التصرف نجدها تنطبق تماماً على ما عمِد إليه البائع في البيعين، أما الغش الذي تطلبه القانون في الفقرة "١" من المادة "٢٦٤" في تصرف المدين بعوض وهنا هذا التصرف هو بيع العقار ثانياً ، ومن دون شك أن البائع يُضمر

غشاً لأنه يعلم حتماً بأنه قد باع عقاره مرتين، ويعلم أن هذا إضرار بالمشتري الأول، كما يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء قبل التصرف الضار به إذا كان التصرف ينقص من حقوق المدين وهذا ما جاء في المادة "٢٦٣" من القانون المدني العراقي ، وأكدت عليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها^(٢٨) .

ويجب كذلك أن يكون إفسار المدين كأثر مترتب للتصرف المتمثل ببيع العقار ثانيةً ، وبدون هذا الإفسار لا تحقق لفاعلية قرار "١١٩٨" لأن القرار إنما جاء لصالح المشتري الأول الذي يفترض به أن يكون قد تأثر من قيام البائع ببيع العقار مرة أخرى ، ولا يكون هذا التأثير متحققاً إلا في صورة إفسار البائع .

ويرى جانب من الفقه أن الإفسار في حالة البيع الثاني للعقار يتحقق بمجرد نقل ملكية العقار غشاً إلى المشتري الثاني ؛ ذلك لأن حق المشتري الأول قد تعلق بعقار ، وبتصرف البائع استحال عليه اللجوء إلى التنفيذ العيني ، وخسر فرصة الظفر بالعقار ، وبذلك يعد بائع العقار معسراً وإن كانت لديه أموال تكفي لسداد الثمن الذي دفعه المشتري الأول.

وفي خضم هذه الشروط وتكييف هذا الأثر، فقد قررت محكمة الاستئناف بصفقتها التمييزية/ بابل الاتحادية بتمليك العقار فعلاً وفقاً لهذا القرار المذكور بعد توفر جميع الشروط ، وبهذا حُلَّ التزاحم بين البائع والمشتري الأول المتمثل بالعقد الذي يعد من أهم أسباب كسب الملكية ، ولم يُنقذ البيع الثاني في حق المشتري الأول ، بعد أن أُعترف له بملكية العقار محل التعهد الذي شيد عليه أبنيته دون معارضة تحريرية من قبل البائع^(٢٩) .

الخاتمة

أولاً : النتائج

- ١- توصلنا إلى أن حلّ التزامم يمكن أن يكون في الأسباب المتحدة اعتباراً كحلّ التزامم بين العقد والميراث ، أو بين الشفعة والعقد ، مع أن كل منها يختلف في الذات ، إلا إنها تشترك في كون كل منها أسباباً اعتبرها المشرع للوصول إلى الملكية .
- ٢- و في كل من التقسيمين يمكن أن يكون التزامم نظرياً ويمكن أن يكون التزامم فعلياً ، أما التزامم النظري فهو الذي لا يظهر في متن التشريع ويقبل الارتفاع ابتداءً ، وتقترن فيه الطبيعتين ذهنياً ، وتتصف وسائل حلّه بأنها تسبق التزامم الفعلي إذا ما وقع ، وعلى العكس من هذه الضوابط يكون التزامم الفعلي ، وقد بينا بأن وسائل التزامم النظري تتمثل في الغالب بطريق الأولوية والتفضيل ، بخلاف وسائل التزامم الفعلي المتمثلة في الأسبقية في الغالب إلا ما شدّ وندر .

ثانياً : المقترحات

- ١- نقترح على القانون على المدني العراقي بأن ينص على تطبيقات لا بأس بها لحلّ التزامم في أسباب كسب الملكية بنوعها المتحدة ذاتاً والمختلفة ذاتاً المتحدة اعتباراً وبنوعي التزامم النظري والفعلي .
- ٢- نقترح على الفقهاء والكتاب أن يولوا الاهتمام المكثف بدراسة التزامم في أسباب كسب الملكية وبطرق حلّه وإزالته .

الهوامش

- (١) طعن رقم ٥٦ / سنة ١٤ قضائية ، تأريخ الجلسة ١٩٤٥/٣/٢٢ ، قرار منشور على الموقع : <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com> ، تاريخ الزيارة ١٦ / ٩ / ٢٠٢٣ ، وقت الزيارة ١٢ صباحاً .
- (٢) المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير ، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ٩٤ .
- (٣) د. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية و نظام الإفلاس ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٩١ ، ص ٦٣ .
- (٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، بلا طبعة ، دار إحياء التراث ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر ، ص ٢٦٨ .
- (٥) أسيل ناظم محمد ، شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠١٨ ، ص ١٨٣ .
- (٦) د. حسين الماحي ، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، ط ١ ، دار أم القرى ، المنصورة ، مصر ، ١٩٩٥ ، ص ١١٧ .
- (٧) أسيل ناظم محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .
- (٨) د. غني حسون طه ، أ. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، بلا طبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩٧ .
- (٩) المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .
- (١٠) المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير ، مصدر سابق .
- (١١) الشيخ محمد عليش ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل ، ج ٣ ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا ، بلا سنة نشر ، ص ٦٠٢ . و محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ط ٣ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ص ٢٣٩ .
- (١٢) د. لاشين محمد الغاياتي ، التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بلا طبعة و دار نشر ، طنطا ، مصر ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٣ .
- (١٣) أبو محمد عبدالله بن أحمد المعروف بابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، بلا طبعة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص ٥٢٥ .
- (١٤) نقلاً عن د. لاشين محمد يونس الغاياتي ، مصدر سابق ، ص ٤٤
- (١٥) قرار رقم ٢٧٧ / مدنية عقار / ٢٠١٩ ، تأريخ القرار ٢٣ / ١٠ / ٢٠١٩ ؛ وكذلك قرار رقم ٥ / مدنية عقار / ٢٠١٩ ، تأريخ القرار ٢١ / ١ / ٢٠١٩ منشوران على الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية

حل التزاحم في أسباب كسب الملكية المتحدة اعتباراً (دراسة مقارنة)

- العراقية : <https://www.sjc.iq/ahkwsearch2.php> ، تأريخ الزيارة ٢٥/٩/٢٠٢٣ ، وقت الزيارة الواحدة مساءً .
- (١٦) ناميز فاتح محمد صالح ، التعهد بنقل الحق العيني العقاري ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ ، ص ٨٠ .
- (١٧) قرار رقم ٢٥/حقوقية/٢٠١٦ ، تأريخ القرار ١٢/١/٢٠١٦ ، غير منشور
- (١٨) قرار رقم ٤٢٢٥/استئنافية عقار/٢٠٢١ ، تاريخ القرار ١٩/١٠/٢٠٢١ ، القرار غير منشور .
- (١٩) قرار رقم ١٣٣٧/مدنية/٢٠٠٦ ، تاريخ القرار ٩/٨/٢٠٠٦ ، غير منشور . وكذلك قرار رقم ١٩٣/مدني/٢٠٠٦ ، تاريخ القرار ٢٢/٥/٢٠٠٦ ، غير منشور .
- (٢٠) قرار رقم ١٩/حقوقية/٢٠١٦ ، تأريخ القرار ١٠/١/٢٠١٦ ، غير منشور .
- (٢١) قرار رقم ١٩/حقوقية/٢٠١٦ ، تأريخ القرار ١٠/١/٢٠١٦ ، غير منشور .
- (٢٢) قرار رقم ٣٤٤/ب/٢٠٢٢ ، تأريخ القرار ٢٨/١٢/٢٠٢٢ ، غير منشور .
- (٢٣) قرار رقم ٧٥٠/حقوقية/١٩٩٩ ، تأريخ القرار ١٨/٢/١٩٩٩ ، نقلاً عن عادل كاظم جواد حسن ، الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث ، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين، كلية الحقوق ، ٢٠١٦ ، ص ١١٧ .
- (٢٤) قرار رقم ٤١٤/ت/ب/٢٠١٢ ، تاريخ القرار ٣١/٥/٢٠١٢ ، نقلاً عن عادل كاظم جواد حسن ، مصدر سابق، ص ١١٩ .
- (٢٥) قرار رقم ٤١٤/ت/ب/٢٠١٢ ، تاريخ القرار ٣١/٥/٢٠١٢ ، نقلاً عن عادل كاظم جواد حسن ، مصدر سابق، ص ١١٩ .
- (٢٦) د. حسين عبد القادر معروف ، الغش في عقد البيع العقاري، ط١ ، مركز النخب للثقافة والدراسات الاجتماعية، ٢٠١٨ ، ص ١٣١ .
- (٢٧) قرار رقم ٣٦٦٤ / مدنية / ٢٠١٠ ، تأريخ القرار ٣٠/١٢/٢٠١٠ ، قرار منشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية : <https://www.sjc.iq/ahkwsearch2.php> ، تأريخ الزيارة ٢٥/٩/٢٠٢٣ ، وقت الزيارة الثالثة مساءً .
- (٢٨) قرار رقم ٩٢٩ / مدنية/٢٠٠٨ ، تأريخ القرار ٤/٤/٢٠٠٨ ، قرار منشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية ، ، تأريخ الزيارة ٢٥/٩/٢٠٢٣ ، وقت الزيارة الثالثة مساءً .
- ٢٩- قرار رقم ١٠٥٠/ب/٢٠٢٢ ، تأريخ القرار ٢٩/١٢/٢٠٢٢ ، غير منشور .

قائمة المصادر

أولاً : كتب الفقه الإسلامي

١- أبو محمد عبدالله بن أحمد المعروف بابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، بلا طبعة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بلا سنة نشر .

٢- الشيخ محمد عليش ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل ، ج ٣ ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا ، بلا سنة نشر .

٣- محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ط ٣ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .

ثانياً : كتب الفقه القانوني

١- نأميز فاتح محمد صالح ، التعهد بنقل الحق العيني العقاري ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ .

٢- د. حسين الماحي ، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، ط ١ ، دار أم القرى ، المنصورة ، مصر ، ١٩٩٥ .

٣- د. حسين عبد القادر معروف ، الغش في عقد البيع العقاري ، ط ١ ، مركز النخب للثقافة و الدراسات الاجتماعية ، ٢٠١٨ .

٤- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، بلا طبعة ، دار إحياء التراث ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر .

٥- المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير ، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ .

٦- د. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية و نظام الإفلاس ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر .

٧- د. غني حسون طه ، أ. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، بلا طبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٤ .

٨- د. لاشين محمد الغياتي ، التزاحم بين الشفعة عند تعددهم في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، بلا طبعة و دار نشر ، طنطا ، مصر ، ٢٠٠٢ .

ثالثاً : الأطاريح والرسائل الجامعية

١- أسيل ناظم محمد ، شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠١٨ .

٢- عادل كاظم جواد حسن ، الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث ، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، ٢٠١٦ .

خامساً : التشريعات

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) .

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) .

سادساً : المواقع الإلكترونية

١- موقع <https://ahmedazimelgame1.blogspot.com>

٢- موقع المحكمة الاتحادية <https://www.sjc.iq/ahkwsearch2.php> .

List of sources

First: Islamic jurisprudence books

1–Abu Muhammad Abdullah bin Ahmed, known as Ibn Qudamah, Al–Mughni, vol. 5, no edition, Dar Al–Kitab Al–Arabi, Beirut, no year of publication.

2–Sheikh Muhammad Alish, Sharh Manah al–Jalil ala Mukhtasar al–Allamah al–Khalil, Part 3, Al–Najah Library, Tripoli, Libya, without year of publication.

3–Muhammad Amin, known as Ibn Abidin, Hashiyat Radd al–Muhtar ala al–Durr al–Mukhtar, vol. 5, 3rd edition, Al–Kubra Al–Amiriyya Press, Bulaq, Egypt, 1323 AH.

Second: Legal jurisprudence books

1–Amiz Fatih Muhammad Saleh, Pledge to Transfer Real Estate Right, 1st edition, Al–Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2019.

2–Dr. Hussein Al–Mahi, The Effects of the Condition of Retention of Ownership in Credit Commercial Sale, 1st edition, Dar Umm Al–Qura, Mansoura, Egypt, 1995.

3–Dr. Hussein Abdel Qader Marouf, Fraud in the Real Estate Sales Contract, 1st edition, Al–Nokhb Center for Culture and Social Studies, 2018.

4–Dr. Abdul Razzaq Al–Sanhoury, Al–Wasit fi Sharh Al–Law Al–Civil, Part 4, no edition, Dar Ihya Al–Turath, Beirut, Lebanon, no year of publication.

5–Counselor Abdel Aziz Muhammad Abu Ghadeer, Commentary on the Pre–emption Texts in Civil Law, out of print, Mansha’at al–Ma’arif, Alexandria, 1985.

6-Dr. Ali Sayed Qasim, The Condition of Maintaining Ownership and the Bankruptcy System, no edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, Egypt.

7-Dr. Ghani Hassoun Taha, A. Muhammad Taha Al-Bashir, Rights in Real, Original Rights in Real, Part 1, unprinted, Al-Atak Book Manufacturing Company, Cairo, Egypt, 2004.

8-Dr. Lashin Muhammad Al-Ghayati, Competition between intercessors when they are multiple in Islamic jurisprudence and civil law, out of print and publishing house, Tanta, Egypt, 2002.

Third: Theses and dissertations

1-Aseel Nazim Muhammad, the condition of retaining ownership as security, Master's thesis, University of Baghdad, College of Law, 2018.

2-Adel Kazem Jawad Hassan, Litigation in a suit pledging to transfer ownership of a property upon the death of the decedent, Master's thesis, Al-Nahrain University, Faculty of Law, 2016.

Fifth: Legislation

1-Egyptian Civil Law No. (131) of (1948)

2-Iraqi Civil Law No. (40) of (1951)