

الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الحقوق العينية

الحقوق العينية الاصلية - الحقوق العينية التبعية

الجزء الاول

تأليف

الدكتور غني حنون طه	محمد طه البشير
استاذ القانون المدني المساعد	استاذ القانون المدني المساعد

حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحقوق أنواع، فهي تتنوع وتختلف باختلاف زاوية النظر إليها. فهي تنقسم من بين ما تنقسم إليه، إلى حقوق عامة وحقوق خاصة. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة (أو الأحوال الشخصية) وحقوق مالية (أو الأحوال العينية). والحقوق المالية تنقسم إلى طائفتين رئيسيتين هما: الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) والحقوق العينية. وتنقسم الحقوق العينية بدورها إلى قسمين هما الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية. وهناك طائفة أخرى من الحقوق المالية أقل أهمية من الطائفتين السابقتين ظهرت نتيجة للتطور الثقافي والاقتصادي والصناعي وهي الحقوق المعنوية (أو الذهنية أو الأدبية).

والحقوق التي يعنى بها القانون المدني هي بحسب الاصل الحقوق الخاصة اسرية كانت او مالية. على ان القانون المدني العراقي، كالقانون المصري والسوري والليبي، قد اقتصر على تنظيم طائفتين من الحقوق المالية هما: طائفة الحقوق الشخصية وطائفة الحقوق العينية. فالقانون العراقي يتألف من باب تمهيدى وقسمين رئيسين. فهو يبدأ بالباب التمهيدي الذي يتضمن أحكاماً عامة تتعلق بمصادر القانون وتطبيقه وبالأشخاص ويتقسم الاشياء او الاموال، ثم ينقسم الى قسمين رئيسين يختص الاول منهما بالحقوق للشخصية (الالتزامات) اما القسم الثاني فيتناول الحقوق العينية من اصلية وتبعية. فيلاحظ بان القانون العراقي قد ترك أمر تنظيم الحقوق المعنوية (الذهنية) لقوانين خاصة. ويلاحظ من جهة اخرى انه قد استبعد من نطاقه حقوق الاسرة (الأحوال الشخصية) وذلك نظراً الى ان مسائل الاحوال الشخصية وثيقة الارتباط بديانة الشخص ومعتقداته. لهذا فقد تمين ترك تنظيم هذه المسائل لقواعد الدين الاسلامي بصورة عامة ولبعض القوانين الخاصة.

ويشفي، في دراستنا للحقوق العينية، ان نمهد بكلمة في الحقوق المالية بصورة عامة للتعرف على مكان الحق العيني بين هذه الحقوق وخصائصه. ولما كانت الحقوق العينية حقوقاً محلها الاشياء ونظراً لما يشيع في الفقه والتشريع من غلط بين (الشئ) و (المال) رغم ضرورة التمييز بينهما، فان من المنطق ان نعالج هاتين الفكرتين لتحديد معالمهما. لذلك فاننا سنحشد تمهيداً للبحث في الحقوق المالية والاشياء والاموال وتقسيماتها بالقدر الذي يتعلق بموضوعنا ثم نبحث بعد ذلك في الحقوق العينية.

المؤلفان

في الحقوق المالية والأشياء والأموال

أولاً - الحقوق المالية

١ - الحقوق المالية في القانون المعاصر على ثلاثة : الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق الذمعية أو الفكرية . أما القوانين المدنية العربية فقد اكتفت بتنظيم أحكام النهرين الرئيسين ونعني بهما الحق العيني والحق الشخصي (١) . فالحق العيني (Droit réel) هو سلطة يقررها القانون للشخص على شيء مادي (٢) معين تمكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به على نحو أو على آخر .

والاصل في الحق العيني أن صاحبه يستطيع مباشرة حقه واستعمال سلطاته على الشيء محل الحق دون وساطة أحد .

أما الحق الشخصي (Droit Personnel) أو الالتزام (Obligation) أو حق الدائنية (Droit de créance) كما يسمى أحياناً فتعرفه غالبية الفقه بأنه رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن عمل (٣) . وقد تعرض هذا التعريف

- (١) للمادة (٦٦) من القانون المدني العراقي تقرر بأن الحقوق المالية تكون إما عينية أو شخصية .
- (٢) يخالف بعض الفقهاء الرأي السائد والذي يحدد محل الحق العيني بالأشياء المادية وبسطون محل هذا الحق إلى الأشياء غير المادية . وحينئذ أن نكتفي هنا بالإشارة إلى ذلك وباحالة الباحث إلى المراجع التي تناولت بحث هذه المسألة مفصلاً . والرد على الرأي المختلف ومنها : كولان وكامينان وجوليود ولا مورالدير ، الطول في القانون المدني ، ج٢ باريس ١٩٥٩ ، ص ٣ وما بعدها ، ريز وبولانجييه ، ج٢ ، ص ٢٢٢٥ . حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١ القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ١٩ ، والفتى المشار إليه في الهامش ١ ص ٥٧ .
- (٣) يقترب هذا التعريف كثيراً من تعريف المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي الحق الشخصي ، فقد مررته الفقرة الأولى من هذه المادة بقولها : والحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً معيناً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمله .

لنقد من جانب بعض الفقهاء، كما تعددت التعريفات البديلة (١). ومهما يكن من أمر فإن مما لا شك فيه هو أن الحق الشخصي ينطوي على سلطة تثبت للدائن وتمخوله أن يلزم المدين بأداء عمل معين لصالحه أو بالامتناع عن عمل . وعلى الرغم من أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة أساسية في فقه القانون المدني، فقد جرت في داخل هذا الفقه عدة محاولات لهدمها. فقد حاول فريق من الفقهاء وعلى رأسهم العلامة (بلانبول) هدم هذه التفرقة عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي على أساس أن الحقوق ليست في نظرهم ، سوى روابط قانونية وهذه الروابط لا يمكن تصورها إلا بين الأشخاص وحدهم (٢) . ويتنهي منطق هذا الرأي إلى تصور الحق العيني كرابطة بين صاحب الحق والكافة ، يلزم بمقتضاها الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لصاحب هذا الحق من سلطة على الشيء محل الحق . وعلى العكس من ذلك فقد حاول فريق آخر من الفقهاء، وعلى رأسهم العلامة (سالي) تقريب الحق الشخصي من الحق العيني على أساس أن الحقوق المالية جميعها عبارة عن عناصر في الذمة (٣) .

ومع ذلك، فلم يكن من شأن هذه المحاولات (٤) أن تنال من أهمية التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي . فيظل التميز بينهما قائما ومحفظا بأهميته، لأن التفرقة بين هذين الحقين تتصل بجوهر كل منهما (٥) . فمحل

- (١) انظر على سبيل المثال : ديموج ، في الالتزامات ، ج ١ ، باريس ١٩٢٣ ، ف ٧ ، السنهوري الموجز في شرح القانون المدني ، القاهرة ١٩٦٦ ، ف ٩ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مذكرات بالرونو الكويت ، ٩٧٢ ، ف ٧ .
- (٢) راجع : بلانبول ، دروس أولية في القانون المدني ، ط ١ ، باريس ١٨٨٦ ، ف ١٢٥٨ ، رابير وبولانجييه ، المطلق في القانون المدني ، ج ٢ ، باريس ١٩٥٧ ، ف ٤٢ .
- (٣) سالي، النظرية العامة للالتزام وفق مشروع القانون المدني الألماني، ط ٢، باريس ١٩٠١، ف ٨١-٨٢ .
- (٤) راجع في الرد على هذه المحاولات : كولان وكايتان وجوليو دولامور اندر ، القانون المدني ، ج ٢ ، باريس ١٩٥٩ ، ف ١٠ وما بعدها .
- (٥) انظر : جيه المحي سجاوي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ٢ ، الحق ، الكويت ١٩٧٠ ، ف ٢٨٩-٢٩٠ ، الدكتور حسن كيرة ، أصول القانون المدني ج ١ ، الحقوق العينية الأصلية ، القاهرة ١٩٦٥ ، ف ١٤ .

الحق العيني شيء من الاشياء المادية، ومحل الحق الشخصي عمل او امتناع عن عمل. وهذا الاختلاف في المحل هو الذي يفسر اختلاف طبيعة كلا الطائفتين من الحقوق. فما دام المحل في الحق الشخصي هو عمل او امتناع عن عمل فالرابطة التي يتصور وجودها لا يمكن ان تكون الا رابطة اقتضاء هذا العمل او الامتناع عنه بحيث يحتاج الامر دائما الى توسط شخص آخر لاداء ذلك العمل او الامتناع عنه، وما دام المحل في الحق العيني شيئاً من الاشياء فإن صاحب الحق يمارس حقه على الشيء محل الحق مباشرة دون حاجة لتوسط احد.

اهمية التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي

٢ - يتميز الحق العيني بخصائص معينة تباعد بينه وبين الحق الشخصي بحيث ترتب على ذلك آثار متعددة تجعل اهمها فيما يأتي :

- (١) الحق العيني سلطة تنصب مباشرة على شيء معين بالذات ، لذلك كان لصاحب الحق العيني حق تتبع الشيء محل الحق في اي يد يكون وهذا مايقال له (حق التتبع Droit de Suite) . فالمالك الذي يخرج الشيء المملوك من يده يمكنه ان يتبعه ويحتج بحقه ضد اي حائر له. اما الحق الشخصي فانه لا يخول صاحبه مثل هذا الحق، بل يخول الدائن مطالبة مدينه بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل. فلا يكون لمشتري العقار قبل تسجيل عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري ان يتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصي قبل البائع .
- (٢) الحق العيني يخول صاحبه حق الافضلية دون الحق الشخصي. فلصاحب الحق العيني ان يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في استيفاء حقه من الشيء الذي انصب عليه حقه كما في الرهن، وهذا مايقال له حق الافضلية (Droit de Prefrence) اما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه افضلية ما، فاذا اعسر المدين وبيعت امواله اقتسم الدائنون ثمن هذه الاموال قسمة غرماء .

وهاتان الميزتان اللتان يتميز بهما الحق العيني نجعلان هذا الحق يرجع في قيمته الاقتصادية على الحق الشخصي الى درجة كبيرة (١)، اذ ان الحق الشخصي لا يضمنه سوى ما للدائن من ضمان عام على أموال المدين، وهذا الضمان العام يتعلق بذمة المدين في مجموعها ولا يرد على عنصر معين فيها، لذلك تبدو الاهمية الكبيرة للحق العيني لانه يجنب صاحبه مزاحمة باقي الدائنين العاديين.

(٢) الحق العيني على الرأى السائد في الفقه، حق مؤبد اما الحق الشخصي فهو حق مؤقت. فالاصل في الحق العيني انه حق مؤبد لانه يرد على شيء معين، فيدوم الحق مابقى الشيء محل الحق قائما. ولكن نوعا من هذه الحقوق يرد مؤقتا وهي الحقوق العينية التبعية. على انه يلاحظ ان توقيت هذه الحقوق انما ينشأ نتيجة لتوقيت الحقوق الشخصية التي تضمنتها، فهي انما تنتهي بانتهائها (٢).

اما الحق الشخصي فهو حق مؤقت بالضرورة لان محله عمل او امتناع عن عمل، ولا يسمح القانون بالحد من حرية الاشخاص الى الابد.

(٤) الحق العيني يكتسب بالتقادم خلافا للحق الشخصي. فلما كان محل الحق العيني شيئا ماديا فان من الممكن ان يضع شخص يده عليه ويملكه بمرور الزمن. اما الحق الشخصي فمحله عمل او امتناع عن عمل ولا يمكن قصور حيازة العمل او الامتناع عن العمل.

وهناك فروق أخرى بين الحقين، سنعرض لبعضها خلال البحث، فنكتفي بها تقديما.

الحقوق الذهنية (الفكرية)

٣- وهناك طائفة خاصة من الحقوق المالية ظهرت نتيجة للتطور الثقافي والاقتصادي والصناعي، وهي الحقوق الذهنية او الفكرية. فهذه الحقوق

(١) راجع : بلانول وديزير واسمان، المطول العمل في القانون المدني الفرنسي ٢٣، ط ٢، باريس ١٩٥٢، ق ٢٨.

(٢) انظر : عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ط ٢ القاهرة، ١٩٦٥، ق ٢٩.

لا تدرج تحت طائفة الحقوق العينية لأنها ليست سلطة لشخص على شيء مادي، ولا تدرج من جهة أخرى تحت طائفة الحقوق الشخصية لأنها لا تخول صاحبها مطالبة شخص آخر بأداء عمل أو بالامتناع عنه. ومن أمثلة هذه الحقوق حق المؤلف أو المخترع أو المبتكر أو المكتشف. فلا صاحب هذه الحقوق الاحتفاظ بنسبة نتاج أذهانهم لهم وبشرة هذا النتاج وباحتكار الأموال التي يحصلون عليها نتيجة نشر أو تعميم ما أوجده.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذه الحقوق. فمنهم من وصفها بأنها ملكية أشياء معنوية تشبهاً لها بالحقوق العينية. ولكن هذا التكييف تعرض للانتقادات شديدة. فالحق المعنوي يختلف عن الملكية بأنه يرد على شيء غير مادي، كما أنه يحكم طبيعته لا يقبل التأييد والاستثمار فاستغلال الحق المعنوي مالياً يفترض بالضرورة جعل هذا الحق في متناول الناس وتمكينهم من استعماله في حين أن للمالك أن يستأثر باستعمال الشيء الذي يملكه. كما أن الحق المعنوي ليس في أغلب صورته حقاً مالياً، خالصاً فهو يتضمن بالإضافة إلى جانبه المالي المتمثل باستغلال هذا الحق مالياً، جانباً معنوياً وثيق الصلة بشخصية صاحبه.

من أجل ذلك يرجح اليوم تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق من نوع خاص تنطوي على عنصرين أحدهما مالي والآخر معنوي (١). وقد اتخذ القانون المدني العراقي بهذا التكييف (٢).

(١) راجع : كولان وكابيتان وجوليودو لاموراندير ، المرجع السابق ، ص ١١ ، ريبير وبولانجي ، ص ٢٤ ، ف ٢٨٩٧ ما بعدها والفقهاء المشار إليهم الفقرة ٢٨٩٨.

(٢) فقد نصت المادة (٢٧٠ ف ٢) منه على أنه : «ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام القوانين الخاصة». وقد صدر قانون حماية حق المؤلف رقم ٢ لسنة ١٩٧١ والذي يتمتع بحماية مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم وورثتهم إما كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها.

ثانياً - الاشياء والاموال

التفرقة بين الشيء والمال

٤ - تقدم القول بان من الشائع الخلط بين «الشيء» و «المال» وتسمية الاشياء بالاموال مع ان لكل من الاصطلاحين مدلولاً خاصاً به. ذلك ان المقصود بالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية ايا كان نوعه ومحلّه، اي سواء اكان حقاً عينياً ام حقاً شخصياً ام حقاً ذهنياً او فكرياً. اما الشيء فيراد به الدلالة على محل ذلك الحق. سواء اكان هذا الشيء مادياً ام غير مادي (١). ومن المسلم به ان القانون لايهتم بالاشياء الا باعتبارها محلاً للحقوق. وان الحقوق التي يعنى بها القانون المدني هي الحقوق ذات القيمة المالية، فهذه الحقوق هي الاموال، اما الاشياء فهي محال هذه الحقوق. وقد فطن المشرع العراقي لهذا التمييز الاساسي بين الشيء والمال. فقرر في المادة (٦١) من القانون المدني بان: «كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية» (٦١ ف ١). ونص في المادة (٦٥) على ان: «المال هو كل حق له قيمة مادية» فبفهم من الجمع بين هذين النصين ان المشرع العراقي قد عنى بالتمييز بين الاشياء والاموال. والواقع ان هذا المفهوم المتطور لفكرتي الاشياء والاموال قد مر بمراحل متعددة حتى استقر اليوم في الفقه المعاصر وبعض التشريعات الحديثة. ذلك ان تعبير الاموال كان يطلق في البداية على الاشياء التي يمكن الاستئثار بها وتملكها، اما الاشياء التي لا يمكن الاستئثار بها وتملكها فلم تكن تعتبر أموالاً. ثم وجد بعد ذلك ان فكرة المال ليست قاصرة على الاشياء وحدها فهناك حقوق ترد على هذه الاشياء تعتبر بحد ذاتها أموالاً كحقوق الارتفاق مثلاً، الى جانب الحقوق الشخصية وهي حقوق ذات قيمة مالية دون شك ومحلها كما هو معلوم عمل او امتناع عن عمل وليس شيئاً من الاشياء. أضف الى ذلك القيم المعنوية التي ظهرت نتيجة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي اصبحت تعتبر عنصراً من عناصر ثروة الافراد والهيئات ومجالاً

(١) راجع: ريبير وبولانجيه، المرجع ج ٢، ف ٢٢٢٥.

لعلاقات قانونية متنوعة وبالتالي مصدراً لمنافع تقوم بالمال ، فكان لابد من فسخ المجال امام هذه الحقوق لكي تدخل في معنى المال . وهكذا اتسعت فكرة الاموال لتشمل ، الى جانب الاشياء التي يمكن الاستئثار بها وتملكها الحقوق ذات القيمة المالية . ثم وجد مؤخراً ان الجمع بين الاشياء والحقوق المالية وتسميتها بالاموال امر لا يستقيم مع المنطق القانوني الفني ، اذ ان لكل من الاشياء والاموال مدلولاً خاصاً متميزاً . ولهذا فقد استبعدت الاشياء من مفهوم الاموال بحيث يقتصر هذا المفهوم على الحقوق المالية عينية كانت ام ذهنية على ما سلفنا .

ومع ذلك فان الخلط بين الاشياء والاموال ما يزال شائعاً . على ان بعض التشريعات التي ميزت بنصوص صريحة بين الاشياء والاموال عادت وخلطت في نصوص اخرى بين هذين المفهومين (١) ، كما ان جانباً من الفقه يقتصر اهمية التفرقة بين المال والشيء على الناحية النظرية فحسب ، ولذا فليس ثمة ما يمنع ، طبقاً لهذا الرأي ، من استعمال احدى العبارتين مكان الاخرى (٢) .

تقسيم الاشياء والاموال

٥ - تنقسم الاشياء تقسيمات مختلفة، منها ما يرد في التشريعات (٣) ومنها ما يرد في كتب الفقه . ولسنا هنا بصدد الكلام في هذه التقسيمات

(١) فالقانون المدني العراقي ، وهو كما تقدم القول ، من القوانين التي اصبحت هذا التمييز ولكنه عاد وخلط بين الاشياء والاموال في بعض نصوصه . فيقتضى المادة (٧١) من هذا القانون (تطابق المادة ٨٧ مدني مصري) تعتبر العقارات والمنقولات التي للدولة او للشخص المعنوية العامة ، وهي اشياء ، اموالاً بعد ذاتها . وكذلك العين وهي شيء ، تعتبر مالا بداتها طبقاً للمادة (١٢٦) من نفس القانون .

(٢) انظر : حجازي ، المرجع السابق ، ف ٦٨٢ .

(٣) عرض القانون المدني العراقي لتقسيم الاشياء في الفصل الثالث من الباب التمهيدي فابرز في مقدماتها التقسيم الرئيس التقليدي الى عقارات ومنقولات (٦٢م و ٦٣) ثم عرض بعد ذلك الى تقسيم آخر هو : تقسيم الاشياء الى مثلية وقيمة (٦٤م) . وانتقل بعد ذلك الى الفرع الثاني من هذا الفصل الذي خصصه للاموال والحقوق . حيث تكلم في المادة (٧٠) عن الاموال المعنوية وفي المادتين ٧١ و ٧٢ عن الاموال العامة .

المختلفة، بل ستقتصر كلامنا على أهم هذه التقسيمات. فتتكلم في تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات، وفي تقسيمها إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية، وفي تقسيمها إلى أشياء عامة وأشياء خاصة (الأموال العامة والأموال الخاصة)، وفي تقسيمها إلى أشياء مملوكة وأشياء غير مملوكة، وتتكلم أخيراً في تقسيمها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له .

على أنه لابد لنا، قبل الكلام في هذه التقسيمات، أن نلفت النظر إلى أن تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل وأشياء غير قابلة للتعامل، هو باعتقادنا، تقسيم محل نظر .

فقد تقدمت الإشارة إلى أن الأشياء هي محل الحقوق، فيترتب على ذلك أنه ما لا يصلح من الموجودات أن يكون محلاً للحقوق لا يعتبر شيئاً في نظر القانون وإن اعتبر كذلك في المعنى اللغوي الشائع. والأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للحقوق ينبغي ألا تكون خارجة عن دائرة التعامل، سواء كان هذا الخروج يخضع بطبيعتها لأنها لا تقبل الحيالة على سبيل الاستئثار والانفراد كالهواء في الجو وأشعة الشمس ومياه البحار . ولكن مما يجب ملاحظته هنا هو أن هذه الأشياء إذا أمكن حيازة أجزاء منها فإنها تكون محلاً صالحاً للحقوق ككمية من الهواء المضغوط في اسطوانة أو كمية من ماء البعير توضع في إناء أو أشعة الشمس إذا خزنست لاستعمالها كمصدر للطاقة . وقد لا تحول طبيعة بعض الأشياء دون حيازتها على سبيل الاستئثار والانفراد ولكن القانون هو الذي ينظر إلى عدم جواز التعامل فيها كالسوموم والمخدرات بأنواعها . ولا يغير من وصف هذه الأشياء بأنها خارجة عن دائرة التعامل اجازة نوع معين من التعامل فيها كإعطاء الرخص لبيع المخدرات والسوموم لأغراض طبية (١) . وقد أوردت المادة (٦١) من القانون المدني

(١) انظر : محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الأصلية، ج١، حق الملكية بوجه عام، القاهرة ١٩٤٩، ف٢، مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني المصري، ج١، ص ٤٦٠ .

العراقي الاجكام المتقدمة بقولها : ١٤ - كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ - والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد ان يستأثر بحيازتها والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية . فينبغي على ما تقدم انه لكي تعتبر الموجودات اشياء بالمعنى القانوني ، ينبغي الا تكون خارجة عن دائرة التعامل بحكم طبيعتها او بحكم القانون فان كانت كذلك فانها لا تدخل في دائرة التعامل ، وبالتالي لا تعتبر اشياء في نظر القانون . فالأيد ان ثبتت اولاً صفة الشيء بالمعنى القانوني للموجودات الطبيعية حتى يمكن التعديت عن الاشياء وتقسيماتها ، أما نصوص المادة (٦١) من القانون المدني العراقي فلم يقصد بها تقسيم الاشياء الى قابلة للتعامل وغير قابلة له ، وإنما قصد بها تحديد ما يرد بالشئ في نظر القانون واستبعاد ما عدا ذلك .

نخلص منها سبق الى انه لا يصح في النظر القانوني تقسيم الاشياء الى اشياء قابلة للتعامل واشياء غير قابلة له الا اذا اريد به مقابلة ما يعتبر شيئاً في المعنى القانوني بما يعتبر شيئاً في معناه اللغوي فحسب . وفي هذه الحالة لا تكون ازام تقسيم من تقسيمات الاشياء التي يعنى بها القانون .

ونتقل بعد ذلك الى الكلام في تقسيمات الاشياء والاموال (١) التي اخترناها لتكون موضوع بحثنا من بين التقسيمات الاخرى .

١ - العقارات والمنقولات .

٦ - تقسم الاشياء من حيث ثباتها وحركتها الى عقارات ومنقولات وهذا التقسيم الرئيس في القوانين المدنية ، والذي يصعد بجدوره الى القانون

(١) يلاحظ اننا نردف تعبير الاموال مع تعبير الاشياء ليس خلطاً بين هذين المصطلحين المتماثلين ولكن تمسكاً مع الشائع في بعض القوانين العربية الحديثة كالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري . فهذان القانونان ما يزالان يطلقان في بعض نصوصهما لفظ الاموال على بعض الاشياء ، ولقد قدست الاشارة الى ذلك .

الروماني . يقوم على اساس معيار مادي يعتمد على اختلاف طبيعة الاشياء
فثبات بعض الاشياء واستقرارها في مكانها ، وحركة البعض الاخر او قابليته
للحركة يبرر اختلاف القواعد التي تحكم كل نوع منها . غير ان هذا المعيار
المادي قد تعرض في القرون الوسطى الى هزة عنيفة بحيث كاد هذا المعيار
ان يختفي وزاء معيار اقتصادي يستند الى قيمة الاشياء لا الى طبيعتها. فاصبحت
العقارات في منطق هذا المعيار الجديد هي الاشياء ذات القيمة الكبيرة لا
الاشياء الثابتة ، واصبحت المنقولات هي الاشياء ذات القيمة الزهيدة
لا الاشياء القابلة للحركة . ولكن هذا المعيار الاقتصادي وما استتبعه من نتائج
منطقية اضطر المشرع الفرنسي عند وضع القانون المدني الى التخلي عن
هذا المعيار والاخذ بالمعيار المادي لانه اكثر اتفاقا مع المنطق (١) .

والواقع ان تقسيم الاشياء الى عقارات ومنقولات طبقا لمعيار مادي يعتمد
على اختلاف طبيعة الاشياء من حيث ثباتها او حركتها انما هو تقسيم يستند
الى اساس طبيعي ومنطقي لا يمكن اخفائه ، وهذا هو ما تنجبه اليه القوانين
الحديثة اليوم ومن بينها القانون المدني العراقي . فقد حرفت المادة (٦٢)
منه العقار والمنقول بقولها : ١ - العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث
لا يمكن نقله او تحويله دون تلف يشمل الارض والبناء والغراس والجسور
والسدود والمانجم وغير ذلك من الاشياء العقارية ٢ - والمنقول كل
شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف يشمل النقود والعروض والحيوانات
والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة .

وعلى هذا تكون الارض ، طبقا لهذا المعيار ، في مقدمة العقارات .
كما يعتبر عقاراً كل ما يتصل بالارض اتصال قرار وثبات كالبناء والمنشآت
المقامة على الارض، والنباتات والاشجار التي تمتد جذورها في باطن الارض
وكنلك الناجم والمحاجر والسلود والجسور . اما اذا فقدت هذه الاشياء

(١) راجع : دبير وبولانجي ، ج ١ ، ف ٢١٢٩-٢١٤٣ ، مازو وجكلار ، مومس في القانون
المدني ، ج ١ ط ٣ ، باريس ١٩٦٨ ، ف ١٧٩ .

صفة الثبات والاستقرار في الارض فانها تفقد تبعا لذلك صفتها العقارية فانقاص البناء والاحجار المقتطعة من الارض والمعادن المستخرجة منها والنباتات المجنية تعتبر من المنقولات من وقت انفصالها عن الارض .
العقار بالتخصيص .

٧- واذا كان الاصل ان العقار هو كل شيء مستقر ثابت لايمكن نقله وتحويله دون تلف. وهو مايسمى بالعقار بطبيعته (immeuble par nature) فقد وجدت طائفة اخرى من العقارات جاءت على سبيل الاستثناء من ذلك الاصل وهي العقارات بالتخصيص (Immeuble par destination) فالعقار بالتخصيص منقول بطبيعته لحقت به الصفة العقارية لسمانا لاستمرار استغلال العقار بطبيعته الذي رصد هذا المنقول لخدمته ، كالالات والحيوانات التي يرصدها صاحبها لخدمة مزرعته او وسائط النقل التي يخصصها صاحبها لنقل منتجات مصنعه . فالعقارات بالتخصيص منقولات حقيقة عقارات حكما . فقد اعتبرها المشرع كذلك لانه لو أمكن فصل المنقول عن العقار الذي يخص هذا المنقول لخدمته او لاستغلاله ومعاملته ومعاملة الاشياء المنقولة لكان من شأن ذلك ان تعطل خدمة العقار او استغلاله ، اذ ان القواعد القانونية الواجبة التطبيق كذلك التي تتعلق بالتنفيذ تختلف تبعا لاختلاف الاشياء من حيث الثبات والحركة . وفكرة العقار بالتخصيص ليست حديثة العهد ، فهي ترجع الى القانون الروماني الذي اخذها عنه فقهاء القانون الفرنسي القديم ، واخذها عن هؤلاء واضعوا تقيين نابليون (القانون المدني الفرنسي في المادة ٥٢٤) ، ومن هذا القانون انتقلت الى التشريعات العربية الحديثة . فقد نصت المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي على انه «يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار او استغلاله» .

ويبين من قراءة هذا النص انه يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص تحقق شرطين :

الشرط الاول : تخصيص منقول بطبيعته لخدمة عقار او لاستغلاله
فيتبغي لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ان يخصص هذا المنقول لخدمة العقار
او لاستغلاله . فالمنقول الذي يخصص لخدمة مالك العقار لخدمة العقار
نفسه لا يعتبر عقاراً بالتخصيص . فالسيارة التي يستخدمها صاحب المصنع
نفسه لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، بخلاف السيارات التي تستعمل لخدمة
المصنع نفسه .

الشرط الثاني : وحدة المالك .
ولا يكفي لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ان يكون هذا المنقول مخصصاً
لخدمة عقار او لاستغلاله ، بل لابد كذلك ايضاً ان يكون هذا المنقول مملوكاً
لنفس مالك العقار . ويتربط على ذلك ان المنقولات التي يملكها مستأجر المصنع
او المنتفع بالارض لا تعتبر عقارات بالتخصيص . فالالات والمواشي التي
يقضيها الزارع في العقار المستأجر تحتفظ بهنقتها المنقولة مادام العقار غير
مملوك لهم ، وكذلك المنقولات التي يقضيها مالك العقار في عقاره لخدمة
هذا العقار او لاستغلاله اذا لم تكن هذه المنقولات مملوكة له ، بل كانت في
يده على سبيل الوديعة او الايجار مثلاً ، لا تعتبر عقارات بالتخصيص لعدم
تحقق شرط وحدة المالك . ويبرز هذا الشرط بالغاية التي من اجلها يسبغ
المشرع صفة العقار على المنقولات وهي الربط المنقول بالعقار ضماناً لاستمرار
خدمة العقار واستغلاله ، وهذا غير ممكن حين لا يكون اي من العقار او
المنقول مملوكاً لنفس المالك في ان واحد ، إذ يستطيع مالك المنقول مثلاً
ان يستزاد متى شاء فيتعطل بذلك استغلال العقار (١) .

فاذا توفر هذان الشرطان ثبتت للمنقول بطبيعته صفة العقار بالتخصيص
وترتب على ذلك ان العقار بالتخصيص يأخذ حكم العقار الذي رصد على

(١) التصيل راجع : ريبير وبولانجييه ، المرجع السابق ، ٢٣ ، ف ٢١٦٤ وما بعدها ، اوبري
ورو ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، ط ٩٦ ، باريس ١٩٥١ ، ٢٣ ص ٢٠ وما بعدها .

خدمته واستغلاله . فلا يجوز الحجز او التنفيذ على المنقولات المتبررة عقاراً بالتخصيص منفصلة عن العقار الملحقة به ، بل يحجز وينقل عليها تبعاً لهذا العقار ، فتخضع عندئذ لاجراءات الحجز العقاري . ولما كانت العقارات بالتخصيص تعتبر من توابع العقار (بطبيعته) فانها تدخل في بيعه وهبته وفي اي تصرف آخر تبعاً لهذا العقار من غير ذكر (م ٥٣٧ مدني عراقي) ولذلك فان رهن العقار يشمل المنقولات المتبررة عقاراً بالتخصيص باعتبارها من ملحقاته (م ١٢٩٢ و ١٣٣٠ مدني عراقي) .

زوال صفة العقار بالتخصيص

٨- واذا كانت المنقولات التي يخصصها مالكها لخدمة عقاره او لاستغلاله تكتسب الصفة العقارية فان من الطبيعي ان ترتبط مسألة زوال صفة العقار عن هذه المنقولات بانقطاع علاقة التخصيص التي تربط بينها وبين العقار الذي رخصت على خدمته او استغلاله ، كما لو باع المالك المنقولات دون العقار او العقار دون المنقولات او كما لو نقلها من العقار لاستخدامها في اغراض اخرى . ففي هذه الاحوال تفقد العقارات بالتخصيص صفتها العقارية وتعود الى حالتها المنقولة لانقطاع علاقة التخصيص بإرادة المالك . وقد تفقد العقارات بالتخصيص صفتها العقارية بسبب خروج عن ارادة المالك كما لو انفصلت عن العقار بسبب انهياره ولم تعد تستعمل استعمال العقار واذا كان زوال صفة العقار بالتخصيص يعتمد بالدرجة الاولى على ارادة المالك شأنه في ذلك شأن التخصيص ابتداءً ، فان ذلك مشروط بعدم الاضرار بحقوق الغير كالدائن المرتهن للعقار الذي يمتد ضمانه ، كما رأينا ، الى العقارات بالتخصيص باعتبارها من ملحقات العقار الاصلي (١)

(١) راجع : عن كيرة ، المرجع السابق ، ف ٣٠ والفقه المشار اليه في هوامش التعليقات

المنقول بحسب المال

٩- وفكرة المنقول بحسب المال تقابل بالنسبة للمنقول فكرة العقار بالتخصيص بالنسبة للعقار . فكما ان العقار بالتخصيص استثناء يرد على الاصل العام بالنسبة للعقار لانه كما رأينا منقول يكتسب صفة العقار حكماً، فان المنقول بحسب المال استثناء يرد على الاصل العام في المنقول حيث يصبح عقاراً بطبيعته منقولاً بالنظر إلى ما سيؤول اليه حاله في المستقبل . فهناك اذن نوعان من المنقولات : المنقول بطبيعته، وهو الاصل، والمنقول بحسب المال وهو الاستثناء .

فالمنقول بحسب المال عقار بطبيعته يكون معداً ليصبح منقولاً بإرادة الطرفين المتعاقدين (١) كما لو بيع بناء معد للهدم او المحصولات والثمار المعدة للجني او خشب الاشجار المعدة للقطع .

ويترتب على اعتبار العقار منقولاً بحسب المال إخضاعه للقواعد التي تحكم المنقولات لا لتلك التي تحكم العقارات . وفي هذا ولا شك فائدة كبيرة تظهر في عدم خضوع المنقول بحسب المال لنظام العقار وما يحوطه من قيود (٢) .

ولا توجد في القانون المدني الفرنسي ولا في القانون المدني المصري ولا في القانون المدني العراقي نصوص تضع نظرية عامة في شأن المنقولات بحسب المال، وان كانت هناك نصوص متفرقة سواء في القوانين المدنية ام في قوانين المرافعات تطبق هذه النظرية في حالات خاصة عامل فيها المشرع العقارات المعدة للاتصال عن اصل بقائها بمعاملة المنقولات (٣) .

(١) ولا بد من اتفاق المتعاقدين ، إلا أن العقار لا يصبح منقولاً بحسب المال بحكم القانون (انظر : مازو وجوكلاز ، المرجع السابق ، ف ١٩٧) .

(٢) راجع فيما تقدم : ريبير وبولانجييه ، ج٢ ، ف ٢٢٠١-٢٢٠٦ ، السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٨ ، القاهرة ١٩٦٧ ، ف ٢٥ وما بعدها .

(٣) انظر مثلاً : المادتين ١٢٧٢ ف و ١٣٧٤ مدني عراقي والمادتين ١١٤٢ ف ١ و ١١٤٣ ف ١ مدني مصري .

اهمية تقسيم الاشياء إلى عقارات ومنقولات

١٠ - وإذا كان تقسيم الاشياء الى عقارات ومنقولات من ابرز واقدم التقسيمات لاستناده الى اختلاف طبيعة هذه الاشياء ، فلا بد وان ترتب على هذا التقسيم اثار هامة تنعكس في اختلاف القواعد والنظم القانونية التي يخضع لها كل من هذه الاشياء .

فمن اهم الاثار التي تفرق على التمييز بين العقارات والمنقولات في القوانين الحديثة اخضاع التصرفات القانونية التي ترد على العقار والاحكام النهائية المتعلقة بالعقار لاجراءات معينة بحيث يجب تسجيلها في السجل العقاري (١) . اما التصرفات الواردة على منقول او الاحكام المتعلقة به فلا يتصور ، كقاعدة عامة ، اخضاعها لاجراءات التسجيل بالنظر لما يتميز به المنقول من حركة وعدم استقرار .

ومن آثار التمييز بين العقارات والمنقولات ما يتعلق بالحيازة والتقدم ، حيث تختلف الاثار القانونية للحيازة تبعاً لما اذا كان الشيء عقاراً ام منقولاً فبالنظر لسرعة تداول المنقولات وعدم خضوعها لاجراءات تسجيل معينة كان لا بد من اعتبار الحيازة في المنقول بحسن نية سنداً للملكية (٢) اما بالنسبة للعقارات فليس لحيازتها من الاثار القانونية ما لحيازة المنقولات اذ يمكن الثبوت من الحقوق التي ترد عليها بالرجوع الى سجلات النواثر المختصة .

ومن اثار تمييز العقار عن المنقول ايضاً ما يتصل بملكية الاجانب حيث تشدد الدول عادة في اباحة تملك الاجانب للعقارات باعتبار انها عماد الثروة الوطنية ، في حين انه لا وجود لمثل هذه القيود بالنسبة للمنقولات

(١) انظر مثلاً المواد ٥٠٨ و ٦٠٢ و ١٠٧١ و ١١٢٦ ف ٢ مدني عراقي ، والمادة ٣ من قانون التسجيل العقاري .

(٢) انظر المادة ١١٦٢ مدني عراقي .

اذ الاصل اباحة تملك الاجانب للمنقولات الا ما استثنى من ذلك بنص خاص . ومن اثار التمييز بين العقار والمنقول ان العقارات تخضع لقانون موقعها خلافا للمنقولات ، كما ان الدعاوى المتعلقة بالعقار تنظر من قبل المحكمة التي يقع العقار في دائرتها ، اما المحكمة التي تختص بنظر النزاع المنصب على منقول فهي محكمة محل اقامة المدعي عليه . كما ان الحجز على العقارات يتطلب نفقات اكبر واجراءات اعقد مما يلزم لحجز المنقولات (١) .

وتظهر اثار التمييز بين العقار والمنقول في مسائل اخرى اهمها الشفعة والوقف وحقوق الارتفاق . فالشفعة خاصة بالعقارات (٢) ولا يمكن تصور الاخذ بالشفعة في المنقولات . اما من حيث الوقف فيجوز فقهاء الشريعة الاسلامية وقف العقار ، في حين لا يجوز بعضهم وقف المنقول الا اذا كان تابعا للعقار او كان مما جرى العرف بوقفه (٣) . واما من حيث حقوق الارتفاق وحقوق الجواز فانها لا تنقرر الا على العقار دون المنقول .

٢- الاشياء المثلية والاشياء القيمة

١١- نصت المادة (٦٤) من القانون المدني العراقي على انه : «١- الاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . وتقدر عادة في التعامل ما بين الثامن بالعدد او المقياس او الكيل او الوزن . ٢- وما عدا ذلك من الاشياء فهو قيمي » .

فالاشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الاسواق فلا تتفاوت احادها ، او تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يعتد به عادة . لذلك امكن ان يقوم بعضها مقام

(١) راجع فيما تقدم : ربيع وبولانجي ، ج٢ ، الفقرات ٢١٢٧-٢١٥٤ .

(٢) انظر المواد ١١٢٨-١١٤٤ مدني عراقي .

(٣) لاختلاف بين الفقهاء المسلمين في جواز وقف العقار . اما في وقف المنقول لطلاب وتفصيل .

(راجع : أحمد الخطيب ، الوقف والوصايا ، بغداد ، ١٣٨٨ ، ص ٩٩ ، ٩١٩) .

بعض في الوفاء . وقد جرى العرف على التعامل بهذه الاشياء بالكيل كالحنطة والرز والشعير وبعض انواع السوائل كالحليب ، او بالعدد كالنفود والبيض او بالوزن كالذهب والفضة والسكر والتمر ، او بالمقياس كالتعاش والشرائط وبعض انواع الخيوط والجبال .

فالمثلثة تفترض بالضرورة انتماء الاشياء الى نوع واحد ولهذا فلاشياء المثلثة تسمى كذلك بالاشياء المعينة بالنوع . فلا بد من تماثل افراد هذا النوع بحيث اذا تساوت المقادير من نفس النوع فانها لا تتفاوت في القيمة بينها تفاوتاً يعتد به . وينبغي الى جانب ذلك حتى يعتبر الشيء مثلياً ان يوجد فعلاً ما يماثله في السوق ، فان لم يوجد مثله في السوق بسبب انعدامه او ندرته فانه يصبح شيئاً قيمياً لعدم امكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد ان كان شيئاً مثلياً .

اما الاشياء القيمة ، او المعينة بالذات ، فهي الاشياء التي لا يوجد مثلها في الاسواق ، وان وجد فانه يتفاوت عنها تفاوتاً يعتد به . فالاشياء القيمة اشياء معينة بذاتها لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالمنازل والاراضي والاحجار الكريمة والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت اجادته .

على انه يلاحظ ان كون الشيء مثلياً او قيمياً امر نسبي من جهة وان لارادة الافراد احياناً دور في تعيين الصفة المثلثة او القيمة للاشياء . ومن جهة اخرى (١) .

اما انه امر نسبي فذلك ان الشيء قد يكون مثلياً بالنسبة لبعض الاشياء وقيمياً بالنسبة لاشياء اخرى وان اتحدت معه في التسمية . فسيارة (تويوتا) الجديدة مثلاً شيء مثلي بالنسبة لكل سيارة (تويوتا) جديدة مثلاً تتخذ معها في الموديل والطراز ، وهي شيء قيمي بالنسبة لكل سيارة تويوتا تختلف عنها في الموديل والطراز وبالنسبة لكل سيارة من صنع شركة اخرى .

(١) راجع : مازو وجوكلار ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ .

واما ان لارادة الافراد دوراً في تعيين الصفة المثلية او القيمية للاشياء .
فذلك ان هذه الارادة قد تضيف على شيء مثلي صفة القيمية وعلى شيء
انقيمي صفة المثلية (١) . فمثال الحالة الاولى ما لو أراد شخص نسخة من
كتاب من طبعة معينة ولكنه اراد شراء النسخة التي كان يفتنيها المؤلف .
ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات الانشائية من بناء الدور
بمساحات متساوية وهندسة متماثلة على قطعة ارض واحدة . وهكذا يتبين
الشيء يمكن ان يكون مثليا او قيميا تبعاً لنية المتعاقدين .

اهمية هذا التقسيم

١٢ - تبدو اهمية تقسيم الاشياء الى مثلية وقيمية في نواح عملية متعددة
اهمها انه اذا كان الشيء مثليا فان ملكيته لا تنتقل بمجرد انعقاد العقد ،
بل لابد من اجل ذلك فرز المبيع وتعيينه بذاته . اما اذا كان الشيء قيميا
وهو شيء معين بالذات فان ملكيته تنتقل الى المشتري فور التعاقد وذلك
دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل اذا كان المبيع عقاراً (٢)
وكذلك اذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً فليس للمدين ان يدفع شيئاً غيره
بدون رضا الدائن حتى لو كان هذا الشيء مساوياً في القيمة لمحل الالتزام
الاصلي او اكبر قيمة . اما اذا كان محل الالتزام الاصلي شيئاً مثلياً ، فللمدين
ان يدفع مثله حتى بدون رضا الدائن (٣) . كما انه اذا كان محل العقد شيئاً
مثلياً فهلك فان العقد لا يفسخ بل يظل التزام المدين قائماً لان هلاك الشيء
المثلي لا يجعل التنفيذ مستحيلاً . اما اذا كان محل العقد شيئاً قيمياً فهلك ،
انفسخ العقد بقوة القانون وانقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه (٤)

(١) انظر عكس ذلك : عبد الحى حجازي ، المرجع السابق ، ف ٢١٩ حيث يرى أن هذه الصفة
بنتى عن ارادة الافراد . فالافراد لا يستطيعون اعطاء الشيء صفة المثلي إذا كان من الناحية
الاجتماعية غير مثلي .

(٢) انظر المادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ مدني عراقي .

(٣) انظر المادة ٣٩٠ مدني عراقي .

(٤) انظر المادة ٤٢٥ مدني عراقي .

ومن ذلك ايضا ان المقاصة الجبرية (القانونية) لا تقع الا بين دينين
موضوع كل منهما اشياء ماثية محددة في النوع وال جودة (١).

٣- الاشياء العامة والاشياء الخاصة

١٣- وتنقسم الاشياء ، بحسب ما اذا كانت مملوكة للدولة او للاشخاص
المعنوية العامة الاخرى او مملوكة للافراد ، الى اشياء عامة واشياء خاصة.
فالاشياء العامة تعبير يطلق على الاشياء المملوكة للاشخاص المعنوية سواء
كانت عقاراً او منقولاً تتميزاً لها عن الاشياء الخاصة التي يكون للافراد
عليها حق الملك التام . وقد ميز القانون المدني العراقي بين هذه الاشياء
فالمادة (٧١) من هذا القانون تنص على انه «١- تعتبر اموالاً عامة العقارات
والمنفولات التي للدولة او للاشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة
للمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون . ٢- وهذه الاموال لا يجوز
التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم» (٢).

والاشياء العامة تنقسم من حيث تخصيصها الى نوعين كذلك: فما كان
منها مرصوداً للمنفعة العامة كالطرق والجسور يطلق عليه اسم الاموال
العامة او كان مملوكاً للدولة ونستعمله استعمال الافراد في ملكهم الخاص
كالاراضي الاميرية التي لم تخصص للمنفعة العامة فيدعى بالاموال الخاصة
او «الدومين الخاص» .

فيتضح مما سبق ان الاشياء المملوكة لاشخاص القانون الخاص سواء
كانوا طبيعيين او معنويين لا تكون الا اشياء خاصة . اما الاشياء المملوكة
لاشخاص القانون العام كاللولة فانها قد تكون عامة او خاصة .

وقد اختلف الفقهاء في معيار التمييز بين الاموال العامة والاموال الخاصة (٣)

(١) انظر المادة ١٠٩ مدني عراقي .

(٢) يلاحظ ان المشرع العراقي يتحدث في هذه النصوص عن الاموال العامة لانه قد نظر الى سفوف
الدولة على الاشياء العامة لا الى الاشياء نفسها التي هي محل هذه الحقوق . وعليه يصح أن يكون
التقسيم الذي نحن بصدده تقسماً للاشياء (أو للاموال) إلى عامة وخاصة.

(٣) راجع في هذا الخلاف: كولان كاتيان وجوليودو لاموراندو، المرجع السابق، ١٨٠-١٨١.

ومع هذا يمكن القول بان المعيار الذي استقر اخيرا في الفقه هو معيار تخصيص الشيء للمنفعة العامة (١). والتخصيص للمنفعة العامة قد يكون فعليا كما لو جعلت الدولة قسما من اراضيها طريقا عاما دون استصدار قانون خاص بذلك ، وقد يكون تخصيصا بمقتضى قانون خاص. وبهذا المعيار اخذت القوانين المدنية العربية الحديثة. وبناء عليه يعتبر من الاموال العامة الاشياء المخصصة للفتح العام سواء ما خصص منها لاستعمالي الجمهور مباشرة كالطرق والجسور والحدائق العامة والمدافن او ما خصص لخدمة المرافق العامة كالمباني الحكومية والمطارات وغيرها .

ونار كذلك في الفقه خلاف حول طبيعة حق الدولة في الاموال العامة . فذهب رأي الى ان حق الدولة في هذه الاموال يقتصر على الاشراف والحفظ والصيانة لمصلحة الناس جميعا ، وعلى هذا لانصلح هذه الاشياء لان تكون مجالا للحقوق العينية (٢). ولكن الرأي الذي استقرت عليه غالبية الفقه في الوقت الحاضر هو ان حق الدولة في الاموال العامة لا يقتصر على كونه مجرد حق في الولاية والاشراف والصيانة : بل هو حق ملكية مقيد بتخصيص هذه الاموال للمنفعة العامة : وهذا ما يبرر القيود التي ترد على هذه الملكية ضمانا لهذا التخصيص . ويترتب على ذلك ان هذه الاموال لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم .

اما الاموال الخاصة فهي التي تملكها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة الاخرى ملكية خاصة ولا تكون مخصصة للمنفعة العامة . وخلافا لما عليه الحال في الاموال العامة فانه يجوز للدولة ان تتصرف بالاموال الخاصة بكافة أنواع التصرف (٣). فهي تباع وترهن وتترتب عليها حقوق الارتفاق وتكتسب بالتقادم (٤).

(١) راجع : ويبر وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج ١ ، ف ٥٠٦ وما بعدها ، ج ٢ ، ف ٢١٢١ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك : السهوري ، الوسيط ، ج ٨ ، ف ٥٩ وما بعدها .

(٣) انظر : كولان وكابيتان وجوليو دولامور ، القدير ، المرجع السابق ، ف ١٨٨ ، ويبر وبولانجيه ج ٢ ، ف ٢١٢١ .

(٤) انظر مثلا المادة ١٢١٩ والمادة ١٣٢٨ من القانون المدني العراقي .

فيمكن القول بأن الاموال الخاصة المملوكة للدولة او للاشخاص المعنوية العامة الاخرى تخضع ، كمعادلة عامة لنفس القواعد التي تخضع لها عادة ملكية الافراد فيما عدا بعض التحويلات الذي تقتضيه طبيعة الاشخاص المعنوية العامة .

هذا ولابد من الاشارة الى ان تقسيم الاموال الى اموال عامة (الدومين العام) و اموال خاصة (الدومين الخاص) قد انحدر من القانون الروماني الى القانون المدني الفرنسي ومن هذا القانون الى معظم التشريعات المدنية . اما الفكر الاشتراكي فانه يرفض هذا التقسيم ويحل محله فكرة تقسيم الاموال الى : (١) اموال اساسي ، وهي الاموال الانتاجية الثابتة كالارض وما فيها من معادن وما عليها من منشآت ومعدات ، والثروات الطبيعية وغير ذلك ، (٢) و اموال تداول ، وهي اقل قيمة من الاولى وتشمل المواد الأولية والسلع والثقود وغيرها . وقد تبنى قانون اصلاح النظام القانوني هذا التقسيم بان جعل من بين الاهداف العامة للقانون المدني وضع القواعد المنظمة للاموال المتداولة والمنشآت في القطاع العام والتعاوني والمختلط وفي مشروعات القطاع الخاص المدرجة في خطة التنمية القومية (١) .

٤ - الاشياء المملوكة والاشياء غير المملوكة

١٤ - الاشياء المملوكة هي التي دخلت تحت الملكية عامة او خاصة . اما الاشياء غير المملوكة فهي بحسب الاصل ليست مملوكة لاحد ، ولكنها تصبح مملوكة لاول و اضع يد عليها بطريق الاستيلاء (٢) وهذه الاشياء تسمى في الفقه الاسلامي وفي القانون المدني العراقي بالاشياء المباحة كالطير في الهواء والسلك في البحر والشجر في الغابات المباحة والاشياء التي هجرها مالكوها وتخلوا عنها (٣) . والاشياء غير المملوكة (المباحة) تنحصر في

(١) قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ، منشورات وزارة العدل ، ص ٤١ .

(٢) راجع : ريبير وبولانجي ، ٢٣ ، ف ٢١١٢-٢١١٩ .

(٣) المواد ١٠٩٨-١١٠٥ من القانون المدني العراقي .

الوقت الحاضر ، في اغلب الدول الحديثة في المنقولات . ولهذا نجد
الفقرة الاولى من المادة (١٠٩٨) من القانون المدني العراقي تقرر بانه
« كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لأمالك له ملكه » . اما العقارات
فتعتبر دائماً مملوكة اما للدولة او للأفراد .
وقد اقتبس القانون المدني العراقي بعض نصوص مجلة الاحكام العدلية
الخاصة بالاشياء المباحة .

فقد نصت المادة (١٠٩٩ ف ١) من القانون المدني العراقي على ان « الماء
والكلأ والتار مباحة والناس في هذه الثلاثة شركاء » . يضاف الى ذلك الصيد
براً وبحراً . فقد نصت المادة (١١٠٢) من القانون المدني العراقي على
ان « الصيد مباح برأ وبحراً ويجوز اتخاذ حرقه » (١) .

ويحسن ، ونحن بصدد الكلام عن الاشياء المملوكة والاشياء غير المملوكة
ان نشير الى نوع خاص من الاشياء تعرفه الشريعة الاسلامية دون غيرها
من الشرائع وهي الاشياء الموقوفة التي يرصدها مالكيها على جهة ير لا تنقطع
ولوفي المال . وهذه الاشياء تفصل رقبته عن منفعتها .
فالرقبة لا يملكها احد من الاشخاص الطبيعيين ، بل نظل ، بحسب التصوير
الفقهى الاسلامي ، محبوسة على حكم ملك الله تعالى . اما منفعتها فتؤول
الى المستحق بحسب المنصوص عليه في ورقة انشاء الوقف . فالملكية
الناشئة عن الوقف هي في حقيقتها ملكية منفعة للمستحقين من جهة ، وملكية
رقبة للشخص المعنوي الذي ينشأ عن هذا الوقف بحسب التصوير القانوني
الحديث ، من جهة اخرى .

٥ - الاشياء القابلة للاستهلاك والاشياء غير القابلة للاستهلاك

١٥ - يراد بالاشياء القابلة للاستهلاك تلك التي تستهلك بامتثالها مرة
واحدة ، فلا تحتل ورود احتمالات اخرى عليها وهذا الاستهلاك قد
يكون مادياً . كاستهلاك المأكولات والسوائل والوقود . فهذه الاشياء

(١) انظر المواد ١٢٣٤-١٢٦٩ .

تستعمل باستهلاك مادتها ، وقد يكون الاستهلاك قانونياً حيث يتم بالتصرف في الشيء ، أى بانتقال هذا الشيء من ذمة الى اخرى كاتفاق النقود واستعمال طوابع البريد او تذاكر السفر ونحو ذلك . ومن هنا كان الاستهلاك القانوني نسبياً لانه يقتصر على من استعمال الشيء دون غيره ، اما الاستهلاك المادى فهو استهلاك مطلق لانه لا يتحقق الا بهلاك مادة الشيء (١) .

اما الاشياء غير القابلة للاستهلاك فهي الاشياء التي تقبل تكرار استعمالها ولذا يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها ، كالاراضي والمنازل والمفروشات والحيوانات ووسائل النقل وغير ذلك .

ولم يشر القانون المدني العراقي الى هذا التقسيم اشارة صريحة عند بحثه للاشياء . ومع ذلك فان التمييز بين الاشياء القابلة للاستهلاك وتلك التي لا تقبله يظهر في ثنايا القانون ، حيث وردت الاشارة الى هذه الاشياء في نصوص متفرقة (٢) .

ويبدو ان القانون المدني العراقي ، وهو اكثر القوانين المدنية العربية الحديثة تأثراً بالفقه الاسلامي ، قد ساير هذا الفقه في عدم اشارته الصريحة الى هذا التقسيم . اذ اننا لانجد لتقسيم الاشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ذكراً بين تقسيمات الاشياء الاخرى التي وردت في كتب الفقه الاسلامي . وهنا ايضا تلعب الارادة دورها في تحديد نوع الشيء : هل هو قابل للاستهلاك او غير قابل له (٣) . فقد يصبح شيء من الاشياء القابلة للاستهلاك

(١) بلبول ووبر واسمان ، المطول المبل في القانون المدني الفرنسي ، ج٣ ، ١٦ ، هاريس ١٩٥٢ ف ٥٦ .

(٢) نذكر من ذلك المادة (٦٨٤) التي تعرف الفرص بأنه .. ان يذبح شخص لآخر ميتاً من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . وكذلك المادة (٨٤٧) التي عرفت الاعارة بأنها « عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يردده بعد الاستعمال » .

(٣) عكس ذلك عبد الحى حجازي ، المرجع السابق ، ج١٦ ، ف ٧١٣ .

غير قابل له او العكس تبعاً لنية الطرفين . فلو أعدت كمية من التمور ، وهي من الاشياء القابلة للاستهلاك ، لعرضها في احد المعارض فانها تصبح من الاشياء التي لا تقبل الاستهلاك . فدور الارادة هنا شبيه بدورها في اضافة القيمة على شيء مثلى كما اشرنا الى ذلك في حينه .

وتبدو أهمية تقسيم الاشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له في ان بعض الحقوق وبعض الحقوق لا يمكن ان ترد إلا على الاشياء التي لا تهلك باستعمالها كعقد الايجار وعقد الاعارة وحق الانتفاع وحق الاستعمال (١) .

فالمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع او حق الاستعمال يلتزم بكل منهم ببرد الشيء بعينه الى مالكة بعد استعماله او الانتفاع به (٢) .

وبانتهاء ذكر أهمية التمييز بين الاشياء القابلة للاستهلاك والاشياء غير القابلة له نأتي على نهاية الفصل التمهيدي الذي عقدناه للتعريف بالحقوق المالية بصورة عامة والحق العيني بصورة خاصة ولتحديد مفهوم الاشياء والاموال وبيان اهم تقسيماتها .

وننتقل بعد ذلك الى دراسة الحقوق العينية .

(١) راجع في الفقه العربي : بلاتول وربيير واسمان ، المرجع السابق ، ج ٧ ، وفي الفقه الاسلامي منير القاسبي ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٢٤١ ، ج ٢ ، ص ١٨ ، وسليم يازف ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ .

(٢) انظر بشأن الالتزام بالرد بالنسبة لهؤلاء المواد ٧٧٢ و ٨٦٠ و ١٢٥٤ و ١٢٥٦ من القانون المدني العراقي .

القسم الاول
الحقوق العينية الاصلية

1000 ft
1000 ft

تمهيد وتقسيم :

١٦ - الحقوق العينية (١) في القوانين المدنية على نوعين : حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية . فالصفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية ، إذ نشترك في أن كلا منها يتحلل إلى سلطة قانونية مباشرة تنصب على أشياء أو اعيان معينة بذاتها .

بيد أن لكل نوع من الحقوق العينية مميزاته الخاصة . فإذا كانت السلطة التي يقرها القانون للشخص قد اكتسبها رأساً دون توسط حق شخصي سابق ، كانت هذه السلطة حقاً عينياً أصلياً (Droit reel Principal) كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه . فحق الملكية ، مثلاً ، يكتسبه صاحبه رأساً باحد اسباب كسب الملكية كالعقد أو الإرث أو الاستيلاء . فالهقوق العينية الأصلية حقوق قائمة بذاتها غير تابعة في وجودها لوجود حق آخر . وهذه الحقوق كما وردت في القانون المدني العراقي هي : حق الملكية ، وحق التصرف ، وحق العقر ، وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحطة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة (م٦٨م ١ مدني) .

أما إذا كانت السلطة التي خولها القانون للشخص لم يكتسبها رأساً ، بل بواسطة حق شخصي سابق ، فهذه السلطة حق عيني تبعي . (Droit reel accessoire) . فالحق العيني التبعي لا يمكن أن يقوم بذاته . بل يستند في وجوده إلى وجود حق آخر يسمى الحق الرئيس وهو حق شخصي (دين) يتقرر الحق العيني التبعي ضماناً للوفاء به . ومن اجل هذا سميت الحقوق العينية التبعية بالتأمينات العينية . وهذه الحقوق كما وردت في القانون المدني العراقي هي : الرهن التأميني أو (الرسمي) ، والرهن الحيازي ، وحقوق الامتياز (م٦٨م ٢) .

(١) يتجه جانب من الفقه المعاصر والتشريعات المدنية الحديثة إلى نية تعبير الحقوق العينية . فما يسمى بالحقوق العينية التبعية ليست سوى ضمانات تنفيذ يعني أن تنزل إلى مكانها الطبيعي في نظرية الالتزام . فلا يبقى الا موضوع الملكية وحده (راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني اليمني ، ص ٢٠) .

وحيث ان موضوع هذه الدراسة خاص بالحقوق العينية بشوعبها ، فاننا
سنبدأ في القسم الاول بدراسة الحقوق العينية الاصلية ونعني بها حق الملكية
والحقوق المتفرعة عنه ، ونفرد لها بابين من هذا الكتاب: نخصص الاول
منهما لحق الملكية والثاني للحقوق المتفرعة عن حق الملكية . ثم نتناول بعد
ذلك ، في القسم الثاني ، الحقوق العينية التبعية (او التأمينات العينية) ونفرد
لها ثلاثة ابواب: نخصص الاول منها للرهن التأميني (الباب الثالث من هذا
الكتاب) . والثاني للرهن الحيازي (الباب الرابع) والثالث لحقوق الامتياز
(الباب الخامس) .

وسنجرى في دراستنا للحقوق العينية الاصلية على منوال ماكرمه التقليد
وسارت عليه التشريعات المدنية ، ومن بينها القانون المدني العراقي ، فنبدأ
بدراسة احكام هذه الحقوق قبل مصادرها ، مع ان المنطق يقضي بدراسة
مصادر هذه الحقوق قبل احكامها .

الباب الاول

حق الملكية

١٧ - لقد عرض القانون المدني العراقي لحق الملكية في الباب الاول من الكتاب الثالث المخصص للحقوق العينية الاصلية في المواد (١٠٤٨ - ١١٦٨) وذلك في فصلين : اولهما ، في «حق الملكية في ذاته» حيث تناول فيه احكام الملكية ، وثانيهما في «اسباب كسب الملكية» .

وحيث ان دراستنا للحقوق العينية الاصلية ستجرى وفق النهج الذي سار عليه القانون المدني العراقي ، والذي يتمثل بالبحث في احكام هذه الحقوق قبل مصادرها ، فاننا سندرس اولاً حق الملكية في ذاته مجرداً عن اسباب كسبه ، ثم نتناول بعد ذلك اسباب كسب هذا الحق .

على ان مائراً على حق الملكية من تطور والمذاهب الفكرية التي انجبت بهذا الحق وجهات مختلفة والاشكال التي تتخذها الملكية في العمل تقتضي أن نتناوله بالبحث قبل الكلام في احكام الملكية واسباب كسبها وهكذا نتحدد خطة بحثنا في حق الملكية على النحو الاتي : -

- الفصل الاول - تطور مفهوم حق الملكية واشكالها .
- الفصل الثاني - حق الملكية في ذاته .
- الفصل الثالث - انواع خاصة من الملكية .
- الفصل الرابع - اسباب كسب الملكية .

الفصل الاول

تطور مفهوم حق الملكية واشكالها

١٨- من نظام الملكية ، طبقاً للتصوير المبسط للتطور التاريخي لهذا النظام (١) في مراحل متميزة هي : الملكية الجماعية (ملكية القبيلة) ، والملكية العائلية ، والملكية الفردية .

فقد بدأت ملكية الارض ووسائل الانتاج الاخرى في الجماعات الانسانية الاولى (عهد جمع القوت) ملكية جماعية للقبيلة ، فلا يستأثر بشيء احد افراد القبيلة دون سواه . فكل افراد القبيلة يشتركون في ملكية الارض وما فيها من ثروات والاسلحة ، وغيرها من ادوات ومهمات . اما ما كان يجمعه الانسان البدائي او يصيده من نبات او حيوان لغذائه وغذاء عائلته فكان يخضع للملك الشخصي .

ولكن تطور الحضارة من حضارة بدوية إلى حضارة زراعية استتبع تطور الملكية من قبلية إلى عائلية . فاستخدام الانسان البدائي لوسائل الانتاج الزراعية الأكثر تطوراً كالمحراث ، مكنته من زراعة الارض والاستثمار بانتاجها والاستقرار فيها هو وعائلته .

ولم يقف تطور الملكية عند هذا الشكل ، بل ظلت تتطور لتصبح ملكية فردية ، مع الاحتفاظ ببعض اثار الملكية العائلية كالميراث والتصاب الذي يجب ان يبقى للورثة ولا تجوز الوصية فيه .

ويتبين من ذلك ان الملكية الخاصة لوسائل الانتاج لم تظهر الا في عهد الزراعة الأكثر تطوراً سواء على نطاق عائلي او شخصي .

وظلت الملكية نظاماً متسلسلاً به ، وجاء اعلان حقوق الانسان الصادر

(١) نقول : طبقاً للتصوير المبسط للتطور التاريخي لنظام الملكية ، لأنه كان يمكن أن يوجد ما في فترة واحدة أكثر من شكل من الأشكال المختلفة للملكية ، ولكن مع غلبة شكل منها على الأشكال الأخرى .

سنة ١٧٨٩ في اعقاب الثورة الفرنسية يؤكد ان الملكية حق مقدس لا يجوز المساس به . ومن هنا تميزت الملكية بانها حق مطلق ومانع ودائم . وحاول بعض الفقهاء تأسيس حق الملكية على القانون الطبيعي . فالملكية عندهم حق طبيعي يستند الى حرية الافراد وعملهم . ثم ظهر تيار جديد يتنازع اصلا في مشروعية الملكية الخاصة وينادي بالغائها ، وخاصة ما يتعلق منها بوسائل الانتاج ، واحلال الملكية الجماعية محلها منعا لاستغلال الانسان لاشيئه الانسان (١) .

وفحن لانريد الدخول في تفاصيل هذه الآراء ، وماقبل في تبريرها فذلك يخرج عن نطاق هذه الدراسة ، بل نكتفي بالإشارة الى تراجع النزعة الفردية المتطرفة امام تيار جديد يهدف الى تحقيق مصلحة المجموع . فلم يعد في الامكان قيام حقوق مطلقة لا يحددها حد . ولهذا فأن التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية اخذت تتجه بحق الملكية وجهة اجتماعية فمئذ مطلع هذا القرن اعلن الفقيه الفرنسي (ديجي) بأن الملكية ليست حقا وانما هي وظيفة اجتماعية . وقد ظهر صدى هذه النزعة الحديثة في تصور حق الملكية بأنه وظيفة اجتماعية في التشريعات الحديثة ، كما اشارت بعض الدساتير صراحة الى ذلك . فالمادة ١٦ (أ) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ تنص على ان الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود اهداف المجتمع ومناهج الدولة ، وفقا لاحكام القانون .

ويقرر قانون اصلاح النظام القانوني لسنة ١٩٧٧ بأن : الملكية وظيفة اجتماعية ، لذلك ينبغي ان يعين القانون المدني الوظيفة الاجتماعية لكل نوع من انواع الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وان مخالفة الشروط التي يلزمها القانون لاداء هذه الوظيفة الاجتماعية تستتبع اعادة النظر في حق صاحبها من قبل الدولة وتقرير نقلها الى من يؤدي هذه الوظيفة الاجتماعية (٢) .

(١) راجع : كوران وكابيتان وجولي دولا مور اندير ، المرجع السابق ، ف ٢٩ .

(٢) انظر قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧ ، منشورات وزارة العدل ، ص ٤١ .

ويترتب على تصور حق الملكية بأنه وظيفة اجتماعية ما يأتي :

(١) حيث يتعارض بحق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم . وقد عبر قانون اصلاح النظام القانوني عن ذلك بقوله : « تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما في الملكية او الانتفاع بها » (١) . فقد تقتضي المصلحة العامة مثلاً حرمان المالك من ملكه لقاء تعويض عادل يدفع اليه حسب الاصول التي يحددها القانون (٢) .

(٢) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة خاصة هي اولى بالرعاية من مصلحة المالك ، فهذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم . ويترتب على ذلك (أ) على المالك ان يمتنع عن استعمال حقه اذا كان من شأن هذا الاستعمال ان يسبب للغير ضرراً غير مشروع (م ١٠٥١ مدني عراقي) .

(ب) يجوز للغير ان يتدخل ايجابياً في انتفاع المالك بملكه ليتوقى ضرراً اشد من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل . ومن امثلة ذلك حق المجري وحق المسيل ، وحق المرور (المواد ١٠٥٢ و ١٠٥٨ و ١٠٥٩ مدني عراقي) .

(٣) وقد تقتضي الوظيفة الاجتماعية لعق الملكية ان يجبر المالك على القيام باعمال ايجابية لمصلحة الغير . ففي ملكية العلو والسفل (ملكية الطبقات) اذا تهدم السفل او احتاج الى ترميم فعلى صاحب السفل بناؤه او ترميمه لمصلحة صاحب العلو (١٠٨٥ مدني عراقي) .

ويرى بعض الفقهاء انه اذا انتهينا الى ان الملكية ليست في الوقت الحاضر حقاً مطلقاً ، الا انه يجب الا نذهب الى حد القول بانها اصبحت « وظيفة اجتماعية » ، اذ يتضمن وصف الملكية بانها وظيفة انكاراً لفكرة الحق ذاتها . فمركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف . فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، اما مصلحة الجماعة

(١) قانون اصلاح النظام القانوني ، ص ٤١ .
 (٢) انظر المادة ١٦ ف (ج) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ .

فتمتقق بطريق غير مباشر . اما الموظف فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة بطريق مباشر . ولهذا فالصحيح ان يقال ان للملكية وظيفة اجتماعية (١) .

ونحن نرى ان ماقصدت اليه الفقرة (أ) من المادة (١٦) من الدستور المؤقت بعبارة « وظيفة اجتماعية » ليس انكاراً للملكية الخاصة وانما صيانة لها وحماية لحق صاحبها فيها ولكن دون تسلط او استغلال تأباه العدالة الاجتماعية . وهذا ما تؤيده الفقرة (ب) من المادة نفسها بقولها « الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون ... » . ويتضح ذلك ايضا من قول السيد الرئيس بأن « مجتمعنا الاشتراكي هو المجتمع الذي لاتعتمد فيه الملكية الفردية وانما يعتمد فيه الاستغلال وتستحدد فيه الملكية بما لايجعلها تتعارض مع اهداف نظامنا الاشتراكي وفي التطبيق العملي للمراحل المتعاقبة » (٢) .

ومما هو جدير بالملاحظة ان النزعة الحديثة التي تتجه بالملكية وجهة اجتماعية مهدت السبيل الى ظهور الملكية الجماعية الى جانب الملكية الخاصة فتأميم المشاريع الخاصة ينقل ملكية وسائل الانتاج من يد الافراد الى الشعب ممثلا بالدولة ، واستعمالها في سبيل مصلحة الجماعة . وهذا تحويل للملكية الخاصة الى الملكية الجماعية (٣) . ويعتبر التأميم اول واهم طرق انشاء الملكية الاشتراكية .

ويلاحظ كذلك ان القيود التي ترد على حق الملكية يتزايد عددها يوماً بعد اخر .

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ف ٦ ص ١٥ .

(٢) من كلمة السيد الرئيس صدام حسين في الندوة التي عقدها وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، منشورة في جريدة الثورة العدد ٢٥١٦ في ٢٨ / ١٢ / ٧٦ .

(٣) راجع لمططين كاتزاروف، نظرية التأميم، تعريب الدكتور عباس الصراف، بغداد، ١٩٧٢، ف ٤ ص ١٤ وف ٢ ص ٥٤ .

ان الملكية ، كما يقول قانون اصلاح النظام القانوني ، ذات مفهوم اقتصادي ، ولذلك فان مضمون وطابع حق الملكية يتحددان ويتغيران تبعاً لتطور العلاقات الاقتصادية في المجتمع وتخطيط التنمية ، وبالتالي يمكن ان تتخذ اشكالا متنوعة ، وبأخذ استعمالها والتصرف بها صور ومضامين تختلف عن ما كانت عليه وماستؤول اليه ، وان من الاهداف العامة للقانون المدني ، في التطور الثوري الاشتراكي الجديد ، اعتبار ملكية الدولة الشكل القيادي للملكية العامة على طريق بناء الاشتراكية وملاءمة الملكية الخاصة لمستلزمات مراحل البناء الاشتراكي ، و«لوسيع نطاق الملكية العامة لتشمل اموال الدولة والتعاونيات ، والمنظمات الاجتماعية وحمايتها ، ويرتب على ذلك تحديد نطاق الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وتنظيم استعمال وسائل الانتاج التي يسمح القانون بتملكها من قبل الافراد ، وتقييد تصرفات الافراد في الاموال التي لها اهمية تاريخية بالنسبة للمجتمع » (١) . وهكذا فإن اشكال الملكية في مجتمع بناء الاشتراكية تحدد بالاتي :

(١) الملكية الاشتراكية :

وهي الملكية الجماعية لوسائل الانتاج ، ولهذا فإنها تعتبر القاعدة الأساسية للبناء الاشتراكي ، وتشمل :

(أ) ملكية الدولة (ملكية الشعب بأسره) ، وتشكل الصورة الاساسية من صور الملكية الاشتراكية لوسائل الانتاج ، وتحتل الدور القيادي الحاسم لبقية الصور ، وهي ترد على اهم وسائل الانتاج كالارض وما في باطنها والمعامل والبنوك ووسائل النقل وغيرها .

(ب) الملكية التعاونية ، وتنشأ عن ملكية مجموعة من المواطنين المتحددين بشكل اختياري لتكوين تعاونية للانتاج او للتوزيع في مجال الزراعة وصيد

(١) اراجع في تفصيل ما تقدم : منذر عبد الحسين الفضل ، الملكية الاشتراكية في العراق في ضوء الاشتراكية العلمية لحزب البعث العربي الاشتراكي ، رسالة دكتوراه بغداد ، ١٩٨٠ ص ٢٤٩ وما بعدها .

الاسماك وغير ذلك . ويتصف هذا النمط من الملكية بالاشتراكية مادام متميزا بالعلاقات التضامنية والعمل التعاوني.

(ج) ملكية النقابات وغيرها من المنظمات الجماهيرية والهيئات الاجتماعية

(٢) الملكية الخاصة : (الملكية الفردية)

وهي ملكية الاشخاص الطبيعيين او المعنويين لوسائل الانتاج ، وهي ملكية غير مستغلة تقوم بدور محدد ومربوم مركزيا ، وتعتبر ، كما رأينا ، وظيفة اجتماعية تمارس في حدود اهداف المجتمع ومناهج الدولة .

(٣) الملكية الشخصية :

وهي ملكية فردية غير مستغلة ترد على اموال الاستهلاك الضرورية من النقولات ، غرضها اشباع الحاجات المادية والثقافية للمواطنين ، كالادوات المنزلية والاثاث ووسائل الراحة الشخصية والمذخرات الناتجة عن العمل وغير ذلك .

(٤) الملكية المختلطة :

ويضاف الى الاشكال المتقدمة للملكية شكل رابع يتمثل بالملكية المختلطة ، ويقصد بها الجمع بين الملكية الاشتراكية والملكية الخاصة في قطاع معين من قطاعات النشاط الاقتصادي . ويتحقق ذلك باسهام الدولة بنسبة معينة في مشروع اقتصادي (٥١٪ مثلا) واسهام القطاع الخاص بالباقي وتخضع هذه الملكية لرقابة الدولة ويقودها القطاع الاشتراكي .

الفصل الثاني

حق الملكية في ذاته

١٩ - نتناول في هذا الفصل دراسة حق الملكية في ذاته مجردا عن اسباب كسبه . وهذا يقتضي تحديد مفهوم هذا الحق وبيان خصائصه ومعرفة مضمونه وتحديد مآله . ويلزم لتحديد مدى حق الملكية معرفة النطاق الذي يباشر فيه المالك حقه والتبؤد التي ترد على هذا الحق .

وعلى مدى ما تقدم تقدم تقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول : مفهوم حق الملكية ونطاقه .

المبحث الثاني : قيود الملكية .

المبحث الاول

مفهوم حق الملكية ونطاقه

٢٠ - نعرض في هذا المبحث لتحديد مفهوم حق الملكية بالتعريف بهذا الحق وبيان خصائصه ومعرفة مضمونه . ثم نتقل بعد ذلك الى الكلام في نطاق حق الملكية لمعرفة المحل الذي يباشر عليه المالك حقه .

اولا : تعريف حق الملكية :

٢١ - عرفت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي حق الملكية بقولها :
«الملك القائم من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستقلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها وناتجها ويتصرف في عيناها بجميع التصرفات الجائزة » (١) . وقد نقل المشرع العراقي هذا التعريف حرفيا من المادة (١١) من مرشد الحيران .

فظاهر من تعريف القانون المدني العراقي ومرشد الحيران ومن التعريفات

الاخرى التي وردت في كتب الفقه الاسلامي ان الملكية تقتضي كمال التصرف

(١) لرب من هذا التعريف ما ذهب عليه المادة (٥٤٤) من القانون المدني الفرنسي بأن المكي في الحق في الانتفاع والتصرف في الاشياء على النحو المطلق بشرط أن لا يستعملها احدا استعمالا محرما بالقوانين أو الأنظمة».

المطلق (١) . ولكن يلاحظ انه بالرغم من ان هذه التعريفات قد قرنت الملكية بصفة الاطلاق فانها قد تضمنت في الوقت نفسه ما يخفف من حدة هذا الاتجاه . فمجزر المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١١) من مرشد الحيران يتحدث عن تصرفات المالك في العين «بجميع التصرفات الجائزة» . فاذا خرج المالك عن حدود الجواز فلا يعتبره الشرع او القانون مستحقا لحمايته .

وفيما عدا ذلك فان تعريف القانون المدني العراقي يتفق مع تعريفات الفقه المعاصر والتشريعات المدنية بلق الملكية . فالمادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري . مثلا ، تعرف حق الملكية بقولها : «مالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه» (٢) . ولو قابلنا بين هذا التعريف وتعريف المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي لوجدناهما يتفقان من حيث سلطات حق الملكية الثلاث وهي : الاستعمال والاستغلال والتصرف وعبرة « في حدود القانون » الواردة في التعريف المصري تقابل عبارة «جميع التصرفات الجائزة» الواردة في تعريف القانون المدني العراقي . وفي رأينا انه حتى لا يهمل هذا التعريف المستمد من الفقه الاسلامي يمكن بشيء من الابهاز والتحوير فيه . تعريف حق الملكية (او الملك التام) على النحو الاتي : « الملك التام من شأنه ان يتصرف المالك فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة عيناً ومنفعة واستغلالاً » .

(١) وردت في الفقه الاسلامي تعاريف اخرى للملك التام . فيعرف ابن عرفة بانه : استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلاً او حكماً . ويعرفه العراقي بانه : حكم شرعي مقرر في العين او في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف اليه من أن ينتفع بالشيء وأن يأخذ بعوضه . (راجع في هذه التعريفات وفي غيرها : مصطلح الزركلي ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، ج ٣ ، ط ١٩٦٥ ، ف ١٠١ ، عبد الحلي حجازي ، المرجع السابق ٢ ف ٢٤٧) .

(٢) تطلق المادة ٧٦٢ مدني سوري .

ثانيا : محصائص الملكية :

٢٢ - عرفنا ان حق الملكية حق عيني . وهو بهذا الرصف يرد على شيء معين بالذات . كما ان حق الملكية باعتباره حقاً عينياً هو حق مطلق . على انه لا يقصد بذلك ان الملكية حق لانه حدود ، فصفة الاطلاق بهذا المعنى لم تعد تنسجم مع التطورات النقيية والاجتماعية الحديثة ، فما يراد بالاطلاق هنا هو ان حق الملكية ، باعتباره حقاً عينياً ، سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء معين ، وهذه السلطة يمارسها صاحبها دون حاجة الى تدخل احد ، فحق الملكية على هذا الاساس ، حق يمكن الاحتجاج به قبل الكافة . على ان هذين الامرين لا يختص بهما حق الملكية ، وانما يشترك فيهما مع غيره من الحقوق العينية ، وان كان هو الاصل الذي تنفرع عنه جميع هذه الحقوق . اما المخصائص التي يتفرد بها حق الملكية دون سواه من الحقوق العينية كما نراها غالبية الفقه التقليدي ، فهي :

١ - حق الملكية حق دائم :

٢٣ - فقد وصف حق الملكية انه حق دائم . ولكن ليس معنى ذلك ان تدوم ملكية الشيء للمالك الى الابد . لان المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأى تصرف ناقل للملكية كالبيع او الهبة او بغير ذلك من التصرفات ما بين الاحياء . وقد تنتقل ملكية الشيء بالوفاة الى ورثة المالك . فالمقصود بدوام حق الملكية ان هذا الحق يبنى مادام محله باقياً . وبترتب على ذلك ان الملكية لا تسقط بالتقادم ولا تزول بعدم الاستعمال . كما لا يجوز توفيت الملكية بمدة معينة فلا يصح الاتفاق مثلاً على انتقال ملكية الشيء الى المتصرف اليه لمدة معينة يعود بعدها الى المتصرف لان التوفيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية (١) .

(١) راجع ، ريبير وبولانييه ، ٢ ، ف ٢٢٥٤ و ٢٢٥٥ .

٢- حق الملكية حق مانع :

٢٤- أوبوصف حق الملكية عادة بالاضافة إلى انه حق دائم بانه حق مانع بمعنى انه حق مقصور على المالك . فللمالك وحده ان يستأثر بجميع مزايا ملكه . فيمنع غيره من مشاركته في مزايا الشيء أو التدخل في شؤون ملكيته (١) وقد حرص المشرع المصري على التأكيد على هذه الخصوصية بقوله في المادة (٨٠٢) من القانون المدني « لملك الشيء وحده .. » أما تعريف القانون المدني العراقي لحق الملكية فلم ترد فيه مثل هذه الصيغة الواضحة في قصر الملكية على صاحب الحق . ومع هذا فإن مما لا شك فيه ان للمالك في القانون العراقي ان يستأثر بجميع مزايا الشيء . فليس لغير المالك ان يتصرف في الشيء أو ان يستغله أو ان يستعمله .

ومع ذلك فإن حق المالك في الاستئثار بمزايا ملكه يتقيد بما قد يكون للغير من حق الافادة من بعض هذه المزايا سواء برضاء المالك أو بمقتضى القانون . فبجوز للمالك، مثلاً، ان يرتب على عقاره حق انتفاع للغير أو حق ارتفاق أو غير ذلك. كما ان له ان ينقل بعض حقوقه للغير عن طريق الاجارة أو الاعارة . ويجوز القانون في بعض الاحوال للشخص ان يستعمل شيئاً مملوكاً لغيره . من ذلك، مثلاً، ان للمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف المزور في الاراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المناسب . (٢)

٣- حق الملكية حق جامع

٢٥- قلنا ان حق الملكية هو اقوى الحقوق العينية واكملها لانه يحسب الاصل يخول صاحبه السلطات التي تمكنه من الحصول على جميع المزايا من الشيء

(١) انظر كولان وكابيتان وجوليودو موراندبير، المرجع السابق، ف ١٥٦، أو يرى درو، القانون المدني الفرنسي، ٢، ط ٢ باريس ١٩٦١، ص ٢٤٠، عبد المنعم لرج الصد، حق الملكية، ف ١١ ولارن: الدكتور منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٦٤، ف ٥.

(٢) راجع المادة ١٠٥٩ مدني عراقي.

محل الحق لهذا بوصف حق الملكية بأنه حق جامع. فللمالك ان يستعمل الشيء وان يستغله وان يتصرف فيه على النحو الذي يريده في حدود ما تفرضه الارادة او ما يقرره القانون من قيود تحقيقاً لمصلحة عامة او خاصة .

ولما كان الاصل في حق الملكية ان يكون جامعاً لكل السلطات ، فإن ما يرد على الملكية من قيود يعتبر استثناء من هذا الاصل . ويترتب على هذا ان على من يدعى ان له حقاً في ملك الغير ان يقيم الدليل على ذلك لانه يدعى خلاف الاصل . اما المالك فلا يكلف الا باثبات ملكه بالطرق المقررة قانوناً . ويترتب على اعتبار حق الملكية حقاً جامعاً كذلك ان اى حق يتفرع عن الملكية يكون مؤقتاً عادة كحق الانتفاع او السكنى او الاستعمال . فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك ، ولا بد من ارتداد هذه السلطات اليه بانقضاء هذه الحقوق فتعود الملكية إلى اصلها كاملة بعد ان انتقصت بقيام الاستعمال او الاستغلال منفصلاً عنها .

هذه هي الخصائص التي وصف بها حق الملكية . والواقع ان الخاصة الوحيدة التي يتميز بها حق الملكية عن غيره من حقوق عينية هو انه حق جامع بحسب ما تقدم بيانه .

اما ما ينسب إلى الملكية من صفة المنع او الاستثناء فلا يعتبر خاصة يتميز بها هذا الحق عن غيره ، اذ الاصل في جميع الحقوق الخاصة ان تثبت السلطات التي يدخلها الحق لصاحبه وحده . وكذلك فان ما يوصف به حق الملكية من دوام ، بمعنى بقاء الحق ما بقي الشيء الذي يزاد عليه ، ليس له اساس يستمد من جوهر الحق نفسه . (١)

ثالثاً - مضمون حق الملكية (سلطات المالك)

٢٦ - قلنا بأن حق الملكية حق جامع . بمعنى انه يحول صاحبه السلطات التي يستطيع ان يباشرها على الشيء الذي يملكه للحصول على مزايا هذا الشيء . (١) راجع في تفصيل ما تقدم: منصور مصطفي منصور، حق الملكية، ص ١٠ وما بعدها.

وهذه السلطات ترد الى ثلاث هي : الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف
وقد اشارت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي الى هذه السلطات
بقولها :

«المالك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا
ومنفعة واستغلالا .. وستكلم بايجاز في هذه السلطات الثلاث :

١ - الاستعمال

٢٧ - يقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما يتفق وطبيعته للحصول على
منافعه فيما عدا الثمار ، شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه ، كأن يركب
المالك دابته او سيارته او يسكن داره ، او يلبس ثيابه او يقرأ كتابه الى
غير ذلك من وجوه الاستعمال .

٢ - الاستغلال

٢٨ - والمقصود بالاستغلال هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على غلة
الشيء وثماره . فاستغلال الدار يكون بتأجيرها ، والبستان بالحصول على
ثمارها ، والماشية بالحصول على نتائجها .

فالاستغلال يختلف عن الاستعمال ، ذلك ان الاستغلال هو القيام بالاعمال
اللازمة للحصول على ثمار الشيء . فاستخدام الدار للسكن استعمال لها ،
اما تأجيرها بقصد الحصول على الاجرة فهو عمل من اعمال الاستغلال .
فيتبين انه اذا كان القصد من مباشرة المالك لسلطاته على الشيء محل الحق
هو انتفاعه بالشيء مباشرة عد ذلك استعمالا له . اما اذا كان القصد هو
الحصول على ثمار الشيء فإن ذلك يعتبر استغلالا للشيء لا استعمالا له .

ويميز الفقهاء بين ثمار الشيء وبين ما يسمى اصطلاحا بالمنتجات أو
الحاصلات . فالثمار (Fruits) هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية دون
انتقاص لاصل الشيء . اما المنتجات (produits) كالفحم والمعادن فلا ينتجها

الشيء في مواعيد دورية وينقص اقتطاعها من اصل الشيء (١) . ولا تظهر
اهمية التمييز بين الثمار والمنتجات الا بالنسبة لغير المالك . فحين يتقرر الحق
في الحصول على ما ينتجه الشيء لشخص غير المالك كالمنتفع مثلاً فلا يكون لهذا
الشخص سوى الحق في اخذ الثمار دون المنتجات التي تبقى للمالك . واذا
كان الشيء في يد حائز حسن النية فإن هذا الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار
وليس له شيء من المنتجات (٢) . اما بالنسبة للمالك نفسه فلا اهمية للتمييز
بين الثمار والمنتجات إذ يكون له الحصول على الثمار والمنتجات جميعاً (٣)

والثمار على ثلاثة انواع : الثمار الطبيعية وثمار مستحقة (أو صناعية)
وثمار مدنية . فالثمار الطبيعية (Fruits naturels) هي التي تتولد عن الشيء
بفعل الطبيعة دون تدخل الانسان كالكلأ ونتاج المواشي . والثمار المستحقة
(أو الصناعية) (Fruits industriels) هي التي يكون للانسان يد في انتاجها
كالمحصولات الزراعية . والثمار المدنية (Fruits civils) هي ما يغله الشيء
من دخل تقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من الشيء كاجرة المنازل
وفوائد القود التي يلتزم بها المقرض وارباح الاسهم والسندات (٤) . ولا
تترتب على التمييز بين الثمار الطبيعية والثمار المستحقة نتائج قانونية تذكر ،
في حين ان التمييز بين هذين النوعين من الثمار الطبيعية والمستحقة من
جهة ، والثمار المدنية من جهة اخرى ، اهميته في تعيين الوقت الذي تعتبر
فيه الثمار مقبوضة (٥) .

-
- (١) راجع: بلانيوك وريبير وهامل، القانون المدني الفرنسي، ١٠، ط ٢، باريس ١٩٥٦
ف ٢ ، كولان وكايتان وجيوليود ولامورانديير، المرجع السابق ٢، ف ٣٦ .
(٢) انظر المادة ١١٦٥ مدني عراقي .
(٣) انظر المادة ١٠٤٨ مدني عراقي .
(٤) انظر: كولان وكايتان وجيوليود ولامورانديير. المرجع السابق ج ٢ ف ٣٧ .
(٥) انظر مثلاً المادة ٩٧٨ مدني مصري .

٣ - التصرف

٢٩ - والمالك ، بما له من سلطة جامعة ان يتصرف في الشيء محل الحق بجميع التصرفات الجائزة ، وهذا منصوص عليه المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي كما رأينا .

وهذا التصرف يمكن أن يكون تصرفاً مادياً (Matérielle) "يرد على مادة الشيء كالاعمال التي تؤدي إلى استهلاك الشيء أو انلاقه أو التغيير فيه . وسلطة التصرف المادي هذه لا تثبت لغير المالك . فهي سلطة يتميز بها حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الاصلية الاخرى ، لان هذه الحقوق لا تخول صاحبها الا الافادة من شيء مملوك للغير بشرط المحافظة على اصل الشيء ومادته .

والتصرف يمكن أن يكون تصرفاً قانونياً juridique . فللمالك ان يتصرف فيما يملك تصرفاً قانونياً يؤدي إلى زوال حقه كلياً ببيعه أو هبته مثلاً ، أو إلى الانتقاص منه بترتيب حق عيني على الشيء كحق انتفاع أو رهن أو ارفاق .

وهناك حالات استثنائية تنقيد فيها سلطة المالك في التصرف أو بحرم منها بصورة مؤقتة وذلك بمقتضى اتفاق أو نص في القانون . ولكن هذا التقيد أو الحرمان يرد على خلاف الاصل . ومن امثلة هذه الحالات الاستثنائية جواز ان يتضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع المالك من التصرف في ملكه اذا كان هذا الشرط مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة كما لو وهب احد مالا لآخر بشرط ان يقوم بالنفقة عليه مدى حياته والا يتصرف في الموهوب قبل وفاة الواهب (١) .

هذا وبلا حظ ، بصورة عامة ، انه ليس من الضروري ان تعتصم السلطات التي يعيها حق الملكية لصاحبه في وقت واحد . فكما يمكن أن تثبت هذه

(١) انظر المادة ٩١١ من القانون المدني العراقي .

السلطات مجتمعه لشخص واحد فتكون الملكية في هذه الحالة موحدة تامة ، وهذا هو الوضع المعتاد ، فانه يجوز أن تثبت هذه السلطات منفردة ، فاذا تخلى المالك عن حق الاستعمال وحق الاستغلال للغير لمدة معينة يبنى له حق التصرف وحده ، ويسمى عندئذ بمالك الرقبة او صاحب الملكية المجردة (Nue proplete) . وقد يتخلى المالك للغير عن الاستعمال وحده او عن الاستغلال وحده . ولكن يجب الا يغرب عن البال ان التصرف ، وخاصة التصرف المادي ، هو قوام الملكية وهو اهم ما يميزها عن الحقوق العينية الاخرى . فالتصرف لا ينفصل عن الملكية والمالك لا يفقد سلطة التصرف مادام مالكا (١).

رابعا - نطاق حق الملكية

٣٠ - قلنا ان الملكية حق جامع ، بمعنى انها تخول المالك سلطات جامعة من استعمال واستغلال وتصرف . فاذا كان الأمر كذلك فانه يصح التساؤل عن نطاق هذا الحق أي المحل او الرعاء الذي ترد وتمازس عليه هذه السلطات . وبديهي ان يكون الجواب على هذا التساؤل واضح من حيث تحديد محل هذه السلطات بالشيء المملوك ذاته ، الذي هو دائما شيء معين بالذات ، وهذا ما يفترض ان يكون هذا الشيء محددًا على نحو يميزه عن غيره من الأشياء . ومعرفة محل الحق لاثير اية صعوبة بالنسبة للمنقولات لان هذه الأشياء بحكم امكان نقلها ، يكون لها كيان مستقل ومنفصل عن غيره من الأشياء . ولكن الامر ليس بهذا اليسر اذا تعلق بعقار . ذلك ان العقارات بحكم ثباتها والتصاقها ببعضها ببعض لا تتميز عن غيرها على نحو ما نراه في المنقولات ، الأمر الذي يثير المنازعات بين الملاك المتجاورين ، ولهذا فقد أجاز القانون المدني العراقي لكل مالك « ان يجبر جاره على وضع حدود لامتلاكهما المتلاصقة » (٢) .

(١) تنفي المادة (١٠٦٠) من القانون المدني العراقي بانه ولكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمتد ذلك من استعمال حق لعقار مجاور . وله ان يجبر جاره على وضع حدود لامتلاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التعهيد شركة بينهما (تقابل المادة ٨١٣ مدني مصري) .

ومن ناحية أخرى: فإن وجود الأرض يفترض قضاء من فوقها وعمقاً من تحتها، فيثور التساؤل عن مدى سلطات المالك على هذا العلو وذلك العمق .

لقد تكفلت بالأجابة على هذه التساؤلات، وبالتالي بتحديد نطاق حق الملكية، للمادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي .

وتبين من نصوص هذه المادة ان حق الملكية يشمل الشيء وكل ما يعتبر من عناصره الجوهرية وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وما يلقح به من ملحقات. وإذا كان هذا الشيء ارضاً فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها.

عناصر الشيء الجوهرية :

٣١- فحق الملكية يشمل الشيء المملوك وكل ما يعتبر من عناصره الجوهرية التي لا يمكن فصلها عنه دون ان يهلك الشيء او يتلف او يتغير (١). فالملكية تنصب على اصل الشيء المملوك، ويدخل في هذا الأصل جميع اجزاء الشيء المكونة له، إذ ان كل جزء يعتبر من عناصر الشيء الجوهرية فيمتد اليه حق الملكية ويعتبر المالك مالكا له بنفس السبب الأصلي، فمالك البناء يملك اجزائه التي تدخل في تكوينه كالجدران والسقوف والاعمدة الشبايك. ومالوك الأرض يملك ما فيها من أثرة واحجار وما ينبت فيها من غراس واشجار.

وإذا كان مالك الأرض يملك كل ما يعتبر من اجزائها المكونة لها فإن المعادن التي توجد في الأرض بطبيعتها او تعتبر جزء منها تكون مملوكة للدولة. فقد نصت المادة (١٣) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ على أنه: «الثروات الطبيعية ووسائل الانتاج الأساسية ملك الشعب تستثمرها السلطة

(١) انظر المادة ١٠٤٩ ف ١ مدني عراقي.

المركزية في الجمهورية العراقية استثماراً مباشراً وفقاً لمتطلبات التخطيط العام للاقتصاد الوطني (١).

ما ينشع عن الشيء المملوك وملحقاته :

٣٢- ولا يقتصر حق الملكية على الشيء المملوك نفسه بمعاصره الجوهرية التي تدخل في تكوينه، بل هو يمتد أيضاً بحسب الأصل، الى ما ينشع عن هذا الشيء وملحقاته .

فثمار الشيء ومنتجاته التي تتولد عنه تكون للمالك على نحو ما ذكرنا سابقاً وكذلك الحال بالنسبة للملحقات الشيء، وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء او لاستغلاله كالعقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق وحظائر المواشي وغير ذلك. فالأصل اذن ان ملك الشيء يملك ما يعتبر من ملحقاته وما ينشع عنه من ثمار ومنتجات. ولكن ليس هناك ما يمنع من ان تكون هذه الاشياء مملوكة لشخص آخر بمقتضى اتفاق او نص القانون (٢) وتبدو أهمية امتداد الملكية الى ملحقات الشيء عند انتقال ملكية هذا الشيء في العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة، او عند ترتيب حق عيني

(١) انظر ايضاً قانون المناجم والمحاجر رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٧. اما اكثر، وهو ما يوجد في باطن الارض مما لودعه الانسان نفوداً كان لم حلياً ام سبائك فلا يعتبر جزءاً من الارض التي دفن فيها وسنبين احكامه عند الكلام في اسباب كسب الملكية.

(٢) وفي هذا المعنى تقرر المادة ٨٠٤ من القانون المدني المصري بانه ولما كان الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مالم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك. اما القانون المدني العراقي فانه لم يورد نصاً مماثلاً، وباعتقادنا انه قد احسن صنعا بذلك، الا ان في القواعد العامة ما يكفي القول بملك مالك الشيء لثماره ومنتجاته وملحقاته. فالثمار من حق المالك لما له من سلطة استغلال الشيء، والمنتجات من حقه ايضاً باعتبارها اجزاء من أصل الشيء المملوك، والملحقات من حقه كذلك لانها اما ان تكون من الاجزاء المكونة له والتي لا تنفك عنه الا بتلف كحظائر المواشي ومخازن الفلاد، واما ان تكون ملكيتها مفترضة لنفس مالك الشيء بحكم القانون كالعقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق. (انظر : كولان وكايتان وجوليود ولا مور واندير المرجع السابق ف ٤٩، حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج ١، القاهرة ١٩٦٤ ف ٤٩).

تبي عليه كالرهن (١). إذ إن الأصل أن هذه التصرفات ترد على الشيء وعلى ملحقاته ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، فقد ورد بصدد عقد البيع قول المادة ٥٣٧ من القانون المدني العراقي : « ما كان في حكم جزء من المبيع أي ما لا يقبل الانفكاك عنه يدخل في البيع بدون ذكره ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعها الرضيع في البيع بدون ذكره ، وتوابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع بدون ذكره ، كالأشجار المستقرة في العرصه وحقوق الارتفاق التي للدار » (٢) .

العلو والسفل :

٣٣- ولا تقتصر ملكية الأرض على سطحها، بل تشمل كذلك ما فوقها من الفضاء وما تحتها من العمق (أو السفل) كما يسميه الفقهاء المسلمون والقانون المدني العراقي. وعلى هذا نصت المادة (١٠٤٩ ف٢) من القانون المدني العراقي بقولها : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بهاء.

فمالك الأرض يملك الفضاء الذي يعلوها، فيحق له استخدامة بالزراعة أو البناء أو مد الأسلاك كما أن مالك الأرض يملك كذلك الطبقات التي تحتها فله استخدام هذا العمق فيحفر فيه آباراً أو يمد أنابيباً أو يستخرج منه الاتربة أو الأحجار وللمالك، بحسب الأصل، أن يمنع غيره من الاستفادة من علو أرضه أو سفليها.

وإذا كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، فإن الصعوبة تتجسد في تحديد نطاق هذا الشمول . إذ ما هو الحد المادي لهذا العلو أو لذاك السفل ؟ كان الرأي السائد في الفقه قديماً أن ملكية العلو والعمق لا يحددهما حد

(١) راجع في تفصيل ملحقات الشيء الموهون : عبد الفتاح عبد الباقي : التأمينات الشخصية والعينية ، ف ٢٢٧ .

(٢) تقابل المادتين ٢٣١ و ٢٣٢ من المجلة.

مادى ، فللمالك ان يمارس سلطاته الى اقصى ما يمكن تصوره من علو او عمق . وتطبيقا لذلك قضت المادة (٥٥٢) من القانون المدني الفرنسي بان ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها وللمالك ان يقيم فوقها ما يشاء من منشآت وغراس ، وتحتها ما يشاء من منشآت او حفريات على الوجه الذى يختار ، (١) . وكان الفقهاء المسلمون يقررون قبل ذلك حكما مماثلا قننته مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٩٤) .

ولكن هذا الرأى اذا كان لاصحابه شيء من العنبر انذاك ، يوم لم يكن العلو ليتجاوز ارتفاع -صن او مثذنة او قصر شاهق ولم تكن الاستفادة من السفلى لتتجاوز حفر بئر او سرداب ، فانه لم يعد يتفق مع تقدم المعارف والعلوم ، بحيث انه اذا كان يصح ان يقال ان تحديد العلو والسفل مسألة نظرية بحتة ، فانه قد اصبح لهذا التحديد في الوقت الحاضر اهمية عملية كبيرة بالنظر للتوسع الحاصل في استعمال الفضاء وباطن الارض . كما ان هذه النظرة القديمة لم تعد تنسجم مع المفهوم الحديث لحق الملكية . فالملكية ينظر اليها اليوم على انها وظيفة اجتماعية . هذا بالاضافة الى ان الناحية النظرية الفرضية واضحة تماما في النظرة القديمة ، لانه لا يتصور عملا ممارسة المالك لسلطاته في العلو والسفل الى ابعد من ارتفاع او عمق معينين . ولهذا فانه لم يعد معقولا ولا مقبولا بان «من ملك محلا يملك ما فوق المحل الى السماء وماتحته ايضا الى الثرى ...» (٢)

فلا بد اذن للملكية العلو والسفل من حدود . ولذلك فان الاتجاه السائد اليوم في التشريع والفقه والقضاء هو ان ملكية العلو والسفل تثبت للمالك الارض بالقدر المفيد في التمتع بملكيتها علوا وسفلا . وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي بقولها «... الى الخد المفيد

(١) راجع في ذلك: اوبرى ورو، المرجع السابق، في ١٤٥ و ١٤٦ .

(٢) وهذا ماورد في درر الحكماء شرح مجلة الاحكام، لعل حميد، ٣ ، فرج المادة ١١٩٤

في التمتع بها (١). ويتروك على هذا ان ليس للمالك الارض ان يعارض في افادة الغير فيما يجاوز النطاق الذي يستطيع هو في حدوده الافادة من ملكه علوا وسفلا ، كالطيران او مدالنايب او الاسلاك في باطن الارض مادامت هذه الاعمال لانهية عن استعمال حقه ولا تلحق به ضررا .
واذا كانت ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها فانه قد تنفصل ملكية سطح الارض عن ملكية ما فوقها وما تحتها بمقتضى اتفاق خاص او نص في القانون (٢). فيجوز الاتفاق على تملك ما فوق سطح الارض مستقلا عن السطح. وما حق المساطحة وحق التعلي الا امثلة على ذلك (٣) كما يجوز للمالك الارض ان يبيع للغير تحت الارض من اتفاق ومستودعات مع احتفاظه بملكية السطح. وقد يحصل هذا الفصل بتشريعات خاصة كالقوانين المتعلقة بالمناجم والمهاجر .

(١) تقابل المادة ٨٠٣ ف ٢ مدني مصري. وانظر ايضا في هذا المعنى المادة ٦٦٧ من القانون المدني السوري والمادة ٩٠٥ من القانون المدني الالماني.

(٢) انظر المادة ١٠٤٩ ف ٣ مدني عراقي.

(٣) راجع: شاكر ناصر سمير، الرجع السابق ، ص ٨٦، ولراى محكمة التمييز المرقم ١١٦١/ج/ ٩٥٨ في ٢٧ / ٧ / ١٩٥٨ منشور في القضاء المدني العراقي لسلطان بيات، ج ٢ ، ص ٤٢٧ .

المبحث الثاني قيود الملكية

تمهيد وتقسيم :

٣٤ - تقدم القول ان الملكية لم تعد حقاً مطلقاً لايجوز المساس به، بل أصبحت، بالإضافة الى كونها ميزة يتمتع بها المالك، وظيفة اجتماعية، وما القيود التي ترد عليها الا تأكيد لهذا الاتجاه. فالملكية وان كانت حقاً تقر به معظم التشريعات الحديثة، فانها كأبي حق آخر تخضع لمختلف انواع القيود التي تملئها المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي. ولهذا فقد تعددت القيود التي ترد على الملكية وتنوعت خاصة في الوقت الحاضر. وهذه القيود قد ترد على حق او حرية التملك. وهذا النوع من القيود يتقرر قبل قيام حق الملكية. فهو يمنع اصلاً ان يكون شخص مالكا لأشياء معينة. وقد ترد القيود على حق الملكية ذاته، اى بعد قيامه، فتقيده من سلطات المالك او من مباشرته لها. والاصل ان القانون هو الذي يملك تقييد الملكية. فنكون ازام مايسمى بالقيود القانونية. ولكن الارادة تملك، الى جانب ذلك، تقييد الملكية في حدود معينة، فنكون في هذه الحالة بصلبد مايسمى بالقيود الارادية.

فنعرض اولاً للقيود التي ترد على حرية التملك. ثم نتناول القيود التي ترد على حق الملكية ذاته.

الفرع الاول القبود التي تسرد على حرية التملك

تقسيم :

٣٥ - تنقسم القبود التي ترد على حرية التملك الى نوعين رئيسين : الأول محاص بتقييد حرية التملك بالنسبة للاجانب، والثاني خاص بحرية تملك الأراضي الزراعية. يضاف الى ذلك نوع خاص من القبود تفرضه طبيعة الشخص نفسه، ونعني به الشخص المعنوي.

اولا : تقييد حرية التملك بالنسبة للاجانب :

٣٦ - القبود التي ترد على حرية التملك بالنسبة للاجانب تظهر بالدرجة الأولى في تملك الاجنبي للعقارات. فالقبول بتشديد عادة في اباحة تملك الاجانب للعقارات على اعتبار انها عماد الثروة الوطنية. ولهذا نصت المادة ١٨ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ على ان : « التملك العقاري محظور على غير العراقيين، الا ما استثنى بقانون ». اما المتقولات فالاصل اباحة تملك الاجانب لها الا ما يستثنى من ذلك في احوال خاصة (١).

وقد نظم المشرع العراقي القواعد المتعلقة بتملك الاجنبي (٢) للعقار في العراق بالقانون رقم ٣٤ الصادر سنة ١٩٤٣ ثم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ وتعديلاته التي كان اخرها بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٤.

فقد منع هذا القانون الاجنبي من تملك العقار من صنف الملك الصرف في العراق لاي سبب من اسباب التملك، الاعلى اساس المعاملة بالمثل في البلد الذي ينتمي اليه طالب التملك، وموافقة وزارة الداخلية على منحه هذا الحق وبالشروط الاتية : -

-
- (١) لقد تفهمي ضرورات تنظيم الحياة الاقتصادية في البلد ان يمنع الاجانب من تملك بعض المتقولات بالنظر لاهميتها كالمسكن وامهم القرض الوطني وبعض العملات الاجنبية حيث تعدد الحرية في تملكها بمقدار معين كما هو عليه الحال في بعض البلاد العربية.
- (٢) الاجنبي هو كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية، ولم يكن من رعايا الدول والامارات العربية (م) ١٥٤ من قانون التسجيل العقاري .

- أ - سبق اقامة الاجنبي في العراق لمدة لا تقل عن سبع سنوات .
 ب - عدم وجود مانع اداري او عسكري .
 ج - الا يكون قريبا من الحدود العراقية بما يقل عن ثلاثين كيلو متراً .
 د - الا يكون العقار المطلوب تملكه ارضاً زراعية او ارضاً اميرية ايا
 كان نوعها .

ولم يبيح القانون للاجنبي ان يملك من العقارات في العراق ، اذا توافرت الشروط المتقدمة ، اكثر من دار سكن واحدة وعمل للعمل اذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه في العراق . وتعتبر الحصص الشائعة ملكية تامة لهذا الغرض (١) فاذا آلت اليه ملكية عقار اخر من الاملاك الصرفة بأى سبب يزيد عن الحد المذكور اعلاه وجب عليه ان ينقل ملكية الزائد منه الى عراقي خلال اربع سنوات اعتباراً من تاريخ نفاذ القانون والا بيع مازاد على الحد القانوني بناء على طلب الحكومة العراقية طبقاً لاحكام قانون التنفيذ .

اما بالنسبة للاراضي الزراعية ، فلم يجز القانون للاجنبي ، لأي سبب كان ، الاحتفاظ بملكيتها سواء اكتسبها قبل نفاذ القانون او بعده وعليه ان ينقل ملكيتها الى عراقي خلال المدة المشار اليها سابقاً ، والا قامت الحكومة ببيعها وفقاً لاحكام قانون التنفيذ .

وكذلك فانه لايجوز لاجنبي ان يكتسب حق التصرف في الاراضي الاميرية كما ان المادة (١١٩٩) من القانون المدني العراقي قد جعلت من اختلاف الجنسية بين المتصرف في الاراضي الاميرية ومالك حق الانتقال مانعاً من الانتقال .

ولاشك في ان الاحكام المتقدمة من النظام العام ، فكل تصرف او اتفاق مخالف لها يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويحكم بالبطلان بناء على طلب الحكومة ، او طلب كل ذي مصلحة ، وعلى المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .

(١) الماد ١٥٥ من قانون التسجيل العقاري .

ولكن يلاحظ انه اذا كان المشرع العراقي قد منع تملك الاجنبي للعقارات في العراق ، فانه قد استثنى من ذلك رعايا واثناء الدول والاقطار العربية ، الذين تطبق بحفهم قوانين خاصة . ومن هذه القوانين القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٣ بشأن تملك الكويتيين للاموال غير المنقولة في العراق . فيجوز لرعايا الكويت تملك العقارات بما فيها الاراضي الزراعية (١) . وكذلك القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تملك رعايا جامعة الدول العربية والامارات العربية الاموال غير المنقولة في العراق وكذلك البساتين الكائنة ضمن حدود البلديات في حدود مراكز الالوية (المحافظات) والاقضية بشرط المعاملة بالمثل باستثناء الاراضي الزراعية .

ثانياً - تقييد حرية تملك الاراضي الزراعية :

٣٧ - اما القيد الثاني الذي يرد على حرية التملك فهو قيد تفرضه قوانين اصلاح الزراعي التي صدرت في بعض البلاد العربية كصر (٢) والعراق ، فقد حددت هذه القوانين حداً اقصى لتمكن الافراد للاراضي الزراعية لايحوز تجاوزها الا في حالات استثنائية .

ففي العراق كان من الطبيعي ان تولي الثورة عنايتها لطبقة الفلاحين التي تولف قطاعاً مهماً من قطاعات الشعب وذلك بالقضاء على الاقطاع وتوزيع الملكيات الزراعية الكبيرة التي تحققت الكثير منها عن طريق غير مشروع . ولهذا فقد صدر في اعقاب ثورة تموز ١٩٥٨ قانون اصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) ليقيد حق تملك الاراضي الزراعية . فقد نصت المادة الاولى من هذا القانون بان الحد الاقصى الذي يحوز ان يمتلكه الشخص او يحتفظ به من الاراضي الزراعية هو الف دونم من الاراضي التي تسقى سيجاً او بالواسطة والف دونم من الاراضي التي تسقى ديماً أو ما يعادل هذه النسب من التوعين .

(١) انظر ايضاً القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٥ .

(٢) لقد صدر في مصر قانون اصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ .

الان الثغرات والنواقص التي تكشف عنها هذا القانون والاختطأ التي رافقته في التنفيذ حالت دون ان يحقق القانون المذكور أهدافه في مدة الخمس سنوات المحددة فيه .

ولهذا فقد اعلنت ثورة ١٧ تموز ١٩٦٨ عن عزمها على تطبيق اصلاح زراعي جذري يحقق ثورة زراعية تكون دعامة مهمة للتطور الاقتصادي والاجتماعي في القطر ويتلافى النواقص التشريعية التي كانت في قانون سنة ١٩٥٨ ، ويتجنب الاختطأ التي رافقت هذا القانون في التنفيذ (١) ، فأصدت القانون رقم ١١٧ سنة ١٩٧٠ الذي جاء بمبادئ وبمحتوى جديد للأصلاح الزراعي سواء في تحديد الملكية الزراعية ، او في التوزيع ، او في العلاقات الزراعية او في التعاون الزراعي ، او في الاجراءات .

ويلاحظ ، بقدر ما يتعلق الامر بموضوعنا ، ان القانون الجديد قد خفض الحد الأقصى للملكية الزراعية عما كان مقررأ في القانون السابق مراعيأ في ذلك عوامل متعددة كخصوبة الارض وقابليتها الانتاجية وطريقة ريها ونوع زراعتها بالاضافة الى قربها او بعدها من مراكز التسويق . (٢) على انه قد استثنى البساتين من احكام تحديد الملكية الزراعية فأجاز لمن يملك بستانا تتجاوز الحد الاعلى الاحتفاظ بكامل مساحتها ، وذلك بقصد تشجيع البستنة والحفاظ عليها كجزء من الثروة الوطنية الزراعية . فقد نصت المادة الثانية ف (ج) من هذا القانون على انه : «لاتحسب ضمن الحد الاعلى المقرر بهذه المادة المساحة المغروسة بالنخيل والاشجار منذ مدة لا تقل عن خمس سنوات على ان لا يقل عددها عن اربعين شجرة لكل دونم وعلى ان يؤخذ بنظر الاعتبار معدل عدد الاشجار وان يكون عمر اكثريتها لا يقل عن خمس سنوات وان لا يقل عدد الاشجار المثمرة منها عن عشرين شجرة لكل دونم » .

(١) راجع الاسباب الموجبة لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٠ . وانظر : محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٩ .

(٢) نراجع المادة الثانية من قانون الاصلاح الزراعي لسنة ١٩٧٠ التي نصت الخلود العليا الجديدة للملكية الزراعية وفق الاسس المشار اليها في اعلاه .

ويلاحظ كذلك ان مجلس قيادة الثورة قد عدل الدستور المؤقت بالغاء التعويض عن الارض المستولي عليها الزائدة عن الحد الاعلى للملكية الزراعية وتنفيذا لذلك فقد ألغى التعويض عن الارض المستولي عليها بموجب قانون الاصلاح الزراعي .

ثالثا - تقييد حرية الشخص المعنوي في التملك :

٣٨- يتمتع الشخص المعنوي ، كالشخص الطبيعي باهلية الوجوب واهلية الاداء ، على ان اهلية الشخص المعنوي بنوعها تختلف عن اهلية الشخص الطبيعي . وطالما ان اهلية الوجوب هي التي نهما هنا ، باعتبارها صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات ، فاننا سنقتصر على ايجاز الكلام فيها بقدر ما يتعلق الامر بحق الملكية (١) .

فالشخص المعنوي ذو اهلية وجوب ، ولكنها اهلية محدودة . ذلك ان طبيعة الشخص المعنوي المختلفة عن الشخص الطبيعي تحول دون اكتسابه حقوقا لا تثبت إلا للإنسان ، كحقوق الأسرة (٢) وبعض الحقوق المالية التي هي بحسب مضمونها . لا تثبت للشخص الطبيعي كحق السكنى وحق الاستعمال . كما ان اهلية الشخص المعنوي في اكتساب حق الملكية ترد عليها قيود تطبيقا لمبدأ التخصيص او لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة او اعمالا لما ورد في سند انشائه من قيود تطبيقا لمبدأ التخصيص ، لا يجوز للشخص المعنوي ان يملك او يكتسب من الحقوق او يجرى من التصرفات مالا يتفق مع الغرض الذي انشئ من اجله . وقد تقضي المصلحة العامة تقييد حرية الشخص المعنوي في تملك العقارات فلا يجوز عندئذ ان تكون للشخص المعنوي حقوق ملكية او اية حقوق اخرى على عقارات الا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشئ من اجله . هذا وقد تقييد حرية الشخص المعنوي في التملك بمقتضى ما يرد في سند انشائه من قيود (٣) .

- (١) للتفصيل راجع كتابنا في النظرية العامة للالتزام المشار اليه اعلاه ، ف ٢١٦ وما بعدها .
(٢) وهذا ما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي بقولها : « يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الشخص الطبيعي » .
(٣) راجع لهما تقدم : عبد الحمي حجازي ، المرجع السابق ، ف ٦١٢ ، ٦١٣ .

الفرع الثاني

القيود التي ترد على حق الملكية ذاته

٣٩ - قلنا ان هناك قيوداً ترد على حق او جرة التملك ، وقد تقدم الكلام فيها ، وقيوداً اخرى ترد على حق الملكية بالذات . وهذه القيود لا تستهدف هذه المرة ، حرية الشخص في ان يكون مالكا لاشياء معينة ، وانما تستهدف الحد من السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه . وقلنا كذلك ان الاصل في هذه القيود هو ان تنقرر بنص في القانون ، ولكننا وجدنا ان الملكية قد تنقيد ايضا بارادة ذوي الشأن في احوال معينة . وهكذا فالتساؤل مستحکم في القيود القانونية اولا ، ثم نعرض للقيود الارادية ثانيا .

المطلب الاول

القيود القانونية

٤٠ - يدعي ان يعنى القانون عناية كبيرة بوضع القيود على حق الملكية . ولكننا لانجد هذه القيود في القانون المدني وحده ، بل نجدها كذلك في كثير من التشريعات والانظمة الخاصة . ومن الواضح اننا لانستطيع تتبع كل هذه القيود نظراً لكثرتها من جهة ، ولانها عرضة للتبديل والتعديل المستمرين من جهة اخرى . ومهما يكن من امر فان القيود القانونية التي ترد على حق الملكية قد تنقرر مراعاة لمصلحة عامة او مراعاة لمصلحة خاصة . فنتكلم في هذين النوعين من القيود القانونية .

الفقرة الاولى

القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة

٤١ - ليس من شك في انه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فإن هذه المصلحة هي التي تقدم . لذلك فان المشرع يورد بعض القيود التي

تحد من سلطات المالك مراعاة للمصلحة العامة وترجيحاً لها على مصلحة المالك الخاصة . وهذه القيود كثيرة يرد معظمها في تشريعات خاصة . والواقع ان دراسة هذه القيود ألصق بدراسة القانون الاداري منها بدراسة القانون المدني . على ان ما بين هذه القيود وبين حق الملكية من صلة تسمح لنا بأن نعرض لاهمها فيما يأتي :

اولاً - نزع الملكية للمنفعة العامة :

٤٢ - الملكية حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منه الا في الاحوال التي يقررها القانون . ولهذا فقد نصت المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي على انه : « لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها . ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً » . ونصت المادة (١) من قانون الاستملاك رقم (٨٤) لسنة ١٩٧٠ (الملغي) على انه : « الاستملاك هو نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به للنفع العام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون ... » .

كما حرص الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ على تأكيد هذه المبادئ في المادة السادسة عشرة منه . فقد قضت الفقرة (ب) من هذه المادة بأن « الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى اساس عدم استثمارها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادي العام » ، وقضت الفقرة (ج) من المادة نفسها بأنه : « لا تنتزع الملكية الخاصة الا لمتعضيات للمصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الاصول التي يحددها القانون » .

واذا كان قانون الاستملاك الجديد رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ قد تعمد عدم ايراد تعريف للاستملاك وعدم الاشارة الى انه لا يكون الا للمنفعة العامة ، فانه قد حرص في مقابل ذلك على تنظيم احكام التعويض بشكل مفصل . فهو بعد ان قرر في المادة الاولى فقرة (ثانياً) بأن من أهداف القانون « وضع قواعد وأسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة تضمن حقوق

اصحابها دون الاخلال بالمصلحة العامة » . تولى في الباب الثالث منه (المواد ٢٩-٣٦) تنظيم التعويض بانواعه المختلفة .

ويعكس لنا هذا الاهتمام الذي اولاه المشرع لهذا المبدأ مدى ما يتميز به نزع الملكية من اهمية بالغة .

ويتضح من الاحكام التي اوردها المشرع في النصوص المتقدمة ان هناك ضمانات تؤمن حصانة الملكية الخاصة وعدم حرمان المالك من ملكه دون رضاه . وهذه الضمانات هي :

١- عدم جواز نزع الملكية الخاصة الا للمنفعة العامة وفي الاحوال التي يقرها القانون .

٢- وجوب اتباع الاجراءات التي قررها قانون الاستملاك في الباب الثاني من قانون سنة ١٩٨١ .

٣- وجوب تعويض المالك تعويضا عادلا ، فالمصادرة المجانية غير جائزة ويقع الاستملاك بموجب قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ على العقارات كافة بما فيها الاراضي الزراعية وغير الزراعية والبساتين . كما يقع على حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة المستثناة من احكام اطفاء الحقوق التصرفية . وعلى الحقوق العينية الاصلية الاخرى الواردة على عقار (٢م) .

اجراءات الاستملاك :

اجمل قانون الاستملاك الملغى في المواد (٤-١٠) الاجراءات التي يجب اتباعها في كل استملاك . اما القانون الجديد فقد رسم اجراءات معينة لكل نوع من انواع الاستملاك . فالاستملاك في هذا القانون قديكون رضائيا ، وقد يكون قضائيا ، وقد يكون اداريا .

(أ) الاستملاك الرضائي :

٤٣ - وهو الذي يتم عن طريق التفاوض بين المستملك والمستملك منه .
فيجوز لدوائر الدولة وللقطاعين الاشتراكي والمختلط الاتفاق مع مالك
العقار ، او الحق العيني الوارد على عقار ، على استملاكه رضاء (م ٤) .
وبعد اتفاق الطرفين يطلب المستملك من هيئة التقدير تحديد التعويض
وفقا للقواعد الواردة في القانون . ويبلغ رئيس هيئة التقدير قرار الهيئة لكل
من الطرفين ولدائرة التسجيل العقاري المختصة فور صدوره (م ٥) ، ويصبح
قرار هيئة التقدير باتا وملزما للطرفين ولا يجوز الطعن فيه إذا وافق عليه
الطرفان تحريرا ، او بمضي عشرة ايام على تبلغهما به دون الاعتراض
عليه لدى رئيس هيئة التقدير (م ٦ اولا) . واذا اعترض احد الطرفين على
قرار هيئة التقدير خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة اعتبرت
اجراءات الاستملاك ملغاة ، وعلى رئيس هيئة التقدير اشعار دائرة التسجيل
العقاري بالرفع اشارة عدم التصرف من سجل العقار (م ٦ ثانيا) .

وعلى المستملك ابداع بدل الاستملاك لدى دائرة التسجيل العقاري لموقع
العقار او تسجيل العقار المستبدل باسم المستملك منه في حالة التعويض العيني
خلال مدة ستين يوما من تاريخ تبلغه بقرار هيئة التقدير ، ما لم يتفق الطرفان
على خلاف ذلك (م ٧ اولا) . واذا لم يودع المستملك بدل الاستملاك اولم
يسجل العقار المستبدل به باسم المستملك منه خلال المدة المنصوص عليها
في الفقرة (اولا) من المادة السابعة ، فللمستملك منه الغاء موافقته على
الاستملاك واشعار المستملك ودائرة التسجيل العقاري بذلك تحريرا ، وتعتبر
جميع الاجراءات المتخذة بهذا الشأن ملغاة (م ٨) .

(٢) الاستملاك القضائي :

٤٤ — وإذا كان الاستملاك قضائياً فإن الاجراءات واجبة الاتباع هي تلك التي حددتها المواد (٩ - ٢١) من القانون الجديد . فقد ألزمت المادة العاشرة المستملك (دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي او القطاع المختلط) بتقديم طلب الاستملاك إلى محكمة بداءة موقع العقار يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي أو قانوني من الاستملاك ، باستثناء الاستملاك للأغراض العسكرية ، مرفقاً به نسخة من آخر سجل للعقار أو تأييد من دائرة التسجيل العقاري المختصة بعدم تسجيله أو خضوعه لمراسم التأييد ، وخارطة مصدقة من دائرة التسجيل العقاري مؤشرة عليها المساحة المطلوب استملاكها ، وبيان باسماء مالكي العقار أو حائزة الحقيقتين ان كان غير مسجل وعناوينهم أو عنوان

أحدهم على الأقل .

وتعين المحكمة موعداً للنظر في طلب الاستملاك خلال عشرة أيام من تاريخ تسجيله لديها ، وعليها ان تتحقق في أول جلسة من توفر الشروط القانونية في طلب الاستملاك (المادتان ١١ و ١٢) ونجري المحكمة الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير التي تشكل برئاسة قاضي المحكمة وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري أو من ينوب عنه ، ورئيس دائرة ضريبة العقار أو من ينوب عنه وممثل عن كل من المستملك والمستملك منه . وتفصل المحكمة في طلب الاستملاك على درجة الاستعجال (م ١٤) ، وعليها عند اكتساب قرار الاستملاك درجة البتات وتسلمها كامل البدل مع المصاريف اشعار دائرة التسجيل العقاري بتسجيل العقار المستملك أو المشتدل وفقاً لقرار الاستملاك (م ١٥)

(٣) الاستملاك الإداري :

٤٥ — إذا كان العقار أو الحق العيني المطلوب استملاكه يعود إلى دوائر الدولة أو القطاعين الاشتراكي والمختلط (عدا الأوقاف) فيجري استملاكه

اداريا ، ويتحدد التعويض باتفاق الطرفين (م ٢٢). وإذا اختلف الطرفان بشأن الاستملاك فإن الوزير المختص يفصل في الخلاف الناشئ بينهما إذا كانا من الدوائر التابعة لوزارته ، وإن لم يكونا تابعين لوزارة واحدة فإن مجلس الوزراء هو الذي يفصل في الخلاف ، ويكون القرار الصادر بذلك باتيا وملزما للطرفين (م ٢٣). وإذا لم يتفق الطرفان على تحديد التعويض فلاي من الطرفين ان يطلب إلى هيئة التقدير تقديره وفقا للاسسل الواردة في القانون .

التعويض :

٤٦ - ميز قانون الاستملاك الجديد بين نوعين من التعويض : التعويض المبي والتعويض النقدي .

فلأجاز في المادة (٢٩) منه للمستملك ان يعوض المستملك منه ارضا زراعية او بستانا معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الادارية للارض او البستان المطلوب استملاكها او بمثلها خارج حدود الوحدة الادارية بموافقة المستملك منه . اما اذا كان العقار المطلوب استملاكه من غير الاراضي الزراعية أو البساتين فانه قد اجاز للمستملك كذلك ان يعرض عقارا أو أكثر او حقوقا عينية اصلية اخرى تعويضا عن العقار المطلوب استملاكه ولكنه اشترط في هذه الحالة موافقة المستملك منه .

اما بالنسبة للتعويض النقدي فقد فصل القانون احكامه في المواد (٣١-٣٧) فنظم أولا التعويض عن الارض الزراعية ثم التعويض عن البساتين والمغروسات معتمدا الاسعار السائدة للاراضي الزراعية في عام ١٩٧٣ أساسا لتقدير التعويض عنها وازافة نسبة مئوية عليه لكل سنة من السنين اللاحقة . اما بالنسبة للتعويض عن العقارات السكنية والصناعية والتجارية والعروضات المخصصة لانشاء الابنية عليها فقد اعتمد القانون أساسا لتقدير قيمة هذه العقارات الاسعار السائدة بتاريخ الكشف والتقدير مع مراعاة بعض الاسس التي اوردها المادة (٣٣) يسترشد بها في تقدير التعويض .

تحسين العقار :

٤٧ - لقد حددت المادة (٣٧) من قانون الاستملاك الجديد المساحة التي تؤخذ بدون بدل بربع مساحة ارض العقار إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن موقع او منفعة القسم المتبقي من العقار المستملك وزيادة قيمته بسبب الاستملاك. ومنعت المادة (٤٠) من القانون استملاك الربع بدون بدل الا مرة واحدة، كما منعت تكرار استيفاء النسبة المذكورة اذا سبق استيفاؤها من العقار المستملك او العقار المفروز منه بموجب تشريعات اخرى.

ثانياً - الاستيلاء المؤقت :

٤٨ - اجازت المادة (٢٦) من قانون الاستملاك الجديد للدوائر الدولة وللقطاعين الاشتراكي والمختلط ان تستولى استيلاء مؤقتاً على العقارات المملوكة للأفراد وذلك في الحالات الاستثنائية الطارئة كالحرب او الفيضان او نفشي وباء او حريق او غير ذلك من طوارئ او كوارث محدقة ، وذلك بعد اتباع الاجراءات معينة ، ولمدة معينة تحدد بقرار الاستيلاء على ان لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار وفي مقابل تعويض مناسب .

وينظم محضر بوضع اليد على العقار الذي حذر قرار بالاستيلاء المؤقت عليه يشتمل على وصف كامل له وحالته وتوابعه ومشتعلاته وما عليه من حقوق من قبل لجنة تشكل برئاسة رئيس الوحدة الادارية التي يقع العقار ضمن حدودها او برئاسة احد رؤساء الدوائر في الوحدة وعضوية ممثل عن الجهة المسئولة وممثل عن صاحب العقار (٢٦ ثانياً) .

واذا انتهت مدة الاستيلاء المؤقت فعلى الجهة التي استولت على العقار مؤقتاً ان ترده إلى صاحبه بالحالة التي كان عليها عند الاستيلاء مع تعويضه عما يكون قد أصاب العقار من ضرر بسبب الاستيلاء (٢٧م).

واذا دعت الضرورة إلى استمرار الاستيلاء لمدة تزيد على سنتين فعلى الجهة المسئولة طلب استملاكه ، وإذا امتنعت عن ذلك جاز لصاحب العقار ان يطلب من المحكمة استرداده او تملكه إلى الجهة المسئولة مقابل تعويض تقدره هيئة التقدير المنصوص عليها في القانون (٢٨م).

ثالثاً - التأمين :

٤٩ - يعرف التأمين بأنه اجراء تنقل به ملكية المشروعات الخاصة من الاشخاص طبيعيين كانوا او معنويين إلى الشعب ممثلاً بالدولة مقابل تعويض عادل . ويمكن القول بصورة عامة ان التأمين عمل من اعمال السيادة يهدف إلى ابعاد المشروع المؤمن عن الادارة الرأسمالية المستغلة لتحقيق مصلحة الجماعة عن طريق نقل ملكية المشروع الخاص باعتباره من وسائل الانتاج من نطاق القطاع الخاص إلى نطاق القطاع العام وخلق نظام قانوني جديد في القطاع العام هو نظام المشروعات العامة ذات الطابع الاقتصادي .

ويقتررب نظام التأمين كثيراً من نظام الاستملاك ، فكلاهما يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها مقابل تعويض عادل . ومع ذلك فإن بين النظامين بعض الفروق . فهما يختلفان من حيث أن الاستملاك يرد دائماً على العقارات ، اما التأمين فيرد على مشروع معين بجميع عناصره العقارية والمنقولة ، كما يختلفان من حيث الاجراءات المقررة لكل منهما .

ولم يعرف العراق التأمين بمفهومه المحدد آنفاً . ونعني به نقل ملكية المشروع الخاص إلى الشعب جبراً عن صاحبه . الا في سنة ١٩٦٤ . حيث صدر في هذه السنة القانون رقم ٩٩ الذي تم بموجبه تأمين شركات التأمين واعادة التأمين وكذلك الشركات والمنشآت التي تضمنها الجدول المرفق بهذا القانون والذي اشتمل على ثلاثين شركة اخرى كشركات السمنت ، وشركة المواد البنائية ، وشركة الصناعات العقارية . وشركة المخازن العراقية والشركة الافريقية وغيرها . ثم تلاه القانون رقم ١٠٠ لنفس السنة الذي تم بموجبه تأمين البنوك والمصارف غير الحكومية وفروع المصارف الاجنبية العاملة في العراق . ثم صدر القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ الذي امت بمقتضاه جميع عمليات شركة نفط العراق المحدودة في المناطق المحددة لها بموجب القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ .

ثم صليت بعد ذلك عدة قوانين تم بمقتضاها تأمين شركة نفط البصرة ، واهم
القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ الذي تم بموجبه تأمين الحصة الشائعة لشركة
ستانلر اويل ونيوجرسي ومويل اويل كوربوريشن والقانون رقم ٩٠
لسنة ١٩٧٣ القاضي بتأمين حصة هولندا في شركة نفط البصرة ، ثم القانون
رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٧٥ الذي تم بموجبه تأمين باقي الحصص الشائعة في عمليات
شركة نفط البصرة المحدودة . وبهذا تمت السيطرة الوطنية الكاملة على اهم
مصدر من مصادر الثروة الوطنية .

وقد قصت جميع هذه القوانين بتعويض اصحاب المشاريع المؤمة
وحددت في الوقت ذاته الكيفية التي يتم بها التعويض وطريقة أدائه .

رابعا - قيود اخرى :
٥٠ - والى جانب ماتقدم توجد قيود كثيرة اخرى مقررّة للمصلحة العامة
تتعلق بالزراعة وتنظيم المدن والطرق والابنية والصحة العامة والدفاع وحفظ
الثروات العامة كقيود الصيد والاثار القديمة وقيود اخرى مقررّة لمصلحة
المالية والتأمين وغير ذلك من قيود مقررّة لتحقيق العدالة الاجتماعية .

الفقرة السادسة

القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة

٥١ - تنقرر هذه القيود حماية لمصلحة خاصة جديدة بالرعاية في نظر
المشرع انطلاقا من فكرة الموازنة بين المصالح الخاصة المتعارضة وترجيح
بعضها على بعض . فحيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة خاصة هي اولى
بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم . ويلاحظ
في هذا الصدد ان المشرع ، وهو يوازن بين مصلحتين خاصتين فيرجح
احدهما على الاخرى لانها اولى بالرعاية في نظره لا يأخذ المصلحة الخاصة
بعين الاعتبار فحسب ، بل ان للمصلحة العامة شأن في ذلك ايضا . ذلك
ان القيود التي تنقرر لحماية مصلحة خاصة تهدف في الوقت نفسه ، وبطريق
غير مباشر الى تحقيق المصلحة العامة (١) .

(١) انظر : عبدالمعصم الصده ، المرجع السابق ، ف٥١ ، محمد هشام القاسم ، مذكرات في الحقوق
العامة ، الكويت ٧٢-١٩٧٤ ، ص ٤٠ .

والقيود المقررة رعاية لمصلحة خاصة يرد معظمها على الملكية العقارية بالنظر لما يتميز به هذا النوع من الملكية من أهمية كبيرة وما تثيره حالة الجوار من مشاكل عملية كثيرة . فنحن بصدد قيود خاصة تفرض على المالك ألا يقصر في ملكه تصرفاً مضرراً بالجوار ضرراً فاحشاً وهذا ما يطلق عليه (التزامات الجوار بصورة عامة) ، وكذلك بصدد بعض القيود التي تنقرر على عقار لمصلحة العقارات المجاورة تمكيناً لأصحابها من الانتفاع بها واستغلالها ، وتعلق بالمياه وحق المرور ، وقيود أخرى ترجع إلى حالة التلاصق في الجوار وتعلق بوضع الحدود والمطالات (١) . ويطلق على الطائفتين الأخيرتين من القيود (القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار) . فتكلم في التزامات الجوار بصورة عامة أولاً ، وفي القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار ، ثانياً .

أولاً - التزامات الجوار بصورة عامة :

٥٢ - لا ريب في أن المالك حر في مباشرة سلطانه التي تمكنه من الحصول على منافع ملكه . ولكن هذه السلطات تنقيد بوجوب عدم غلو المالك في استعماله لحقه إلى حد يلحق الضرر الفاحش أو غير المألوف بجيرانه ، والا تحققت مسؤوليته عما يصيب هؤلاء الجيران من ضرر .

ومساءلة المالك عما يسبب لجاره من أضرار مسألة هامة بالنظر لما تثيره من صعوبات نظرية وعملية . وخير دليل على ذلك ما نقله علاقات الجوار السيئة من معين لا يتنصب للدعوى ، كما تشهد بذلك المجموعات التي تضم اقضية المحاكم .

وفكرة مسؤولية المالك عما يسببه استعماله لحقه من أضرار نصيب الجار وإن كانت فكرة قديمة حيث نادت بها الشريعة الإسلامية وعرفها .

(١) حالي القانون المدني العراقي التزامات الجوار في المادة ١٠٥١ ، ثم مألج بعد ذلك في المواد ١٠٥٢ - ١٠٦٠ قيود الانتفاع بالماء والمرور والتلاصق فتكلم عن حق المسيل وحق الشرب وحرم الأهل وحق المجرى وحق المرور ووضع الحدود .

القانون الفرنسي القديم ، فانها لم تتخذ أهمية خاصة الا في العصر الحديث ويرجع ذلك الى تطور الحياة وازدياد النشاط الاقتصادي وكثرة المصانع التي تبعث الفوضى والدخان والروائح الكريهة وغير ذلك مما يؤدي الجيران ويقلق راحتهم .

وقد اورد القانون المدني العراقي نصوصا خاصة بالتزامات الجوار . وكان في صياغته لهذا الموضوع اقرب الى صياغة الفقه الاسلامي ، كما اقتبس احكامه من هذا الفقه ، فقد قضت المادة (١٠٥١) من هذا القانون بأنه : « ١ - لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجوار ضررا فاحشا . والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا او قديما .

٢ - وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل مايلزم لاتقاء الضرر وله ايضا ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع . ٣ - واذا كان يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر واحد في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه » (١) .

الضرر الذي يبرر مسؤولية المالك :

٥٣ - لا ريب في ان الجوار ضرورة اجتماعية تقتضي التعاون بين الجيران ولا غنى لكل جار من ان يتصرف بالتسامح ورحابة الصدر . فليس للجار ان يسأل جاره عن كل ضرر يترتب على استعماله للملك لان شأن ذلك ان يغلق يد الملاك فتتعطل الملكية . فاذا كان هذا الواجب مفروضا على سائر الجيران فقد وجب ان يتحمل كل منهم جانبا من الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لحالة الجوار . فليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب اذن مسؤولية المالك بل لابد من ان يكون هذا الضرر « فاحشا » كما تقول (المادة ١٠٥١ ف ١) من القانون المدني العراقي .

(١) اقتبس المشرع هذه الاحكام من المواد ٥٧ و ٦٠ و ٦١ و ٦٢ من مرسوم الجيران عدا نص الفقرة الثالثة لهو مجرد تطبيق للقواعد العامة.

وإذا كان المشرع العراقي قد نص على الضرر الفاحش فإنه لم يبين ما المتصور به ، ولهذا يتعين الرجوع الى الفقه الاسلامي الذي اقتبس منه المشرع هذا المعيار .

والضرر الفاحش ، كما عرفته المادة (١١٩٩) من المجلة « هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالمسكنى او يضر بالبناء اي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه » . اما الضرر غير الفاحش فهو الذي يؤدي الى منع او تعطيل المنافع التي لاتعتبر من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة ومنع دخول الشمس . اما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش . فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شبك بيت جاره وصار بحال لايقدر على القراءة معها من الظلمة فله ان يكلفه برفعه (م ١٢٠١ مجلة (١) .

وخير من ذلك في نظرنا هو معيار (الضرر غير المألوف) الذي يستفاد من نص المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري . ومن اجل تحديد كون الضرر مألوفاً او غير مألوف يرجع القاضي الى العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر ، والغرض الذي خصصت له .

حكم الضرر الفاحش :

٥٤ - فاذا تحقق ان المالك باستعماله للملكه بسبب للجار ضرراً فاحشاً فإنه يمنع من ذلك ويكلف بازالته . وهذا مانصت عليه العبارة الاخيرة من المادة (١٠٩١ ف ١) من القانون المدني العراقي بقولها : « والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً » . وازالة الضرر الفاحش هي من فروع

(١) ولقد عرفت المادة ٥٩ من مرشد الحيران الضرر الفاحش وميزت بينه وبين الضرر غير الفاحش بقولها : « الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوطن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أي المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش » . ولقد ذهبت محكمة التمييز إلى أن مايعتبر ضرراً فاحشاً في الشريعة الاسلامية يمكن اعتباره كذلك في ظل القانون العراقي (قرار رقم ٨٢٠/ص/٩٦٨ في ١٤/٥/١٩٦٨)

القاعدة العامة الفاضية بأن الضرر يزال ، وإن لا ضرر ولا ضرار (١) .
أما إذا لم يكن الضرر فاحشاً فإنه لا يمنع .
وأزالة الضرر الفاحش قد لا تستلزم بالضرورة منع الاستعمال المشكوك منه ، وإنما يكفي باتخاذ بعض الاجراءات الكفيلة بمنع وقوع الضرر مع بقاء ذلك الاستعمال قائماً ، (٢) فإذا لم يمكن ذلك بجبر المالك عندئذ على تغيير طريقة استعماله للملكه . فيلزم المالك باتخاذ ما يؤدي الى منع وقوع الضرر مستقبلاً ، كما يلزم بتعويض الجار عما أصابه فعلاً من ضرر .
اساس مسئولية المالك :

٥٥- لم ترد في القانون المدني الفرنسي نصوص تنظم مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة . ولكن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسيين من تقرير هذه المسئولية . على انه يلاحظ ان الفقهاء وإن اقرروا جميعاً مبدأ تقييد سلطات المالك لمصلحة الجوار ومساءلته عن الاضرار غير المألوفة التي يسببها لجيرانه ، فإنهم قد اختلفوا في الأساس الذي تبنى عليه هذه المسئولية .

فقد ذهب فريق منهم إلى اقامة هذه المسئولية على اساس التعسف في استعمال الحق (٣) . وذهب آخرون إلى بناء هذه المسئولية على أساس الخطأ الشخصي (٤) . وذهب فريق ثالث إلى القول بأن أساس هذه المسئولية التزام قانوني عام يقال له التزام الجوار (obligation de voisinage) يحرم على المالك الاضرار بجاره .

أما في الفقه العربي فمع ان هذه المسئولية قد تقررت بنصوص صريحة في القوانين المدنية ، فإن الرأي لم يستقر بعد على أساس هذه المسئولية .

-
- (١) انظر المادة ٢١٦ ف١ مدني عراقي .
(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٧٦٣ ج/٩٦٥ في ٢٠/٤/١٩٦٦ ، لقضاء محكمة التمييز ، المجلد الرابع ، ص ١٢٤ .
(٣) انظر : كولان وكابيتان وجولير دولاموراندبير ، المرجع السابق ، ف ١٤٢ و ١١١٢ .
(٤) ريبير وبولانجييه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٦٨١ .

فيرى البعض بان مسئولية المالك عما يسببه للجار من اضرار تقوم على أساس التزام قانوني يقرره نص صريح ومن ثم فان استعمال حق الملكية مجاوزة للحدود التي رسمها القانون لهذا الحق يكون خطأ تفصيلياً يوجب المسؤولية (١). ويرد البعض الاخر هذه المسؤولية إلى فكرة التعسف في استعمال الحق ويرون في النصوص التي تقرر هذه المسؤولية مجرد تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق (٢). ومن رأى بعض من يقيمون مسؤولية المالك على فكرة التعسف ان تطبيقات التزامات الجوار يمكن ردها جميعاً إلى هذه الفكرة (٣) وبئين ذلك بشكل واضح من استعراض النصوص التي كرستها التشريعات العربية لنظرية التعسف في استعمال الحق.

المادة (٧) من القانون المدني العراقي تنص على انه : ١ - من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان ٢٠ - ويصعب استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية : أ - اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير . ب - اذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ج - اذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة . اما القانون المدني المصري فقد استهل في المادة الخامسة منه الكلام في نظرية التعسف في استعمال الحق بقوله : « يكون استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الاتية : ... » ثم اورد بعد ذلك المعايير الثلاثة نفسها التي يقوم عليها التعسف والتي اشتملت عليها الفقرة الثانية من المادة (٧) من القانون المدني العراقي . فيبين من ذلك ان استعمال الشخص لحقه يعتبر منطوقاً على تعسف إذا توفّر في شأنه احد هذه المعايير الثلاثة وهي : ١ - قصد الاضرار بالغير ،

(١) السنيهوري، الوسيط، ٨٦، ف٤٣٧، عبدالممنم فرج الصده، ف٥٨، شاكر قاصر حيدر ، الموجز في الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ١٩٧١، ص ١١٣.

(٢) انظر: حسن كبر، المرجع السابق، ص ٥٠، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ف٢٨.

(٣) راجع مثلاً: الدكتور صلاح الدين النامي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، بغداد ١٩٩٠، ص ٨٦ و١٥١.

٢- رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، ٣- عدم مشروعية المصلحة التي يرمى صاحب الحق الى تحقيقها. اوغني عن البيان ان هذه المعايير او الضوابط لا تقتصر على حق الملكية وانما تشمل استعمال الحقوق بوجه عام. فلتبين كيف أن استعمال حق الملكية بوجه خاص يخضع لهذه المعايير العامة.

١- لحد الاضرار بالغير :

٥٦- فصاحب الحق في هذه الحالة لا يستقي من استعمال حقه تحقيق اية منفعة خاصة به ، وانما يرمى الى الاضرار بغيره فقط ، كأن يبنى شخص خائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور عن جاره ، او ان يحفر اخدشاً في ارضه لا يستقي منها ولكن لتفيض بئر جاره . ففي هذه الاحوال لا ينطوي تصرف المالك على فائدة له . والمهم في هذا المعيار هو توفر نية الاضرار بالغير . فهذا القصد وحده يكفي لتطبيق هذا المعيار سواء كان هذا القصد هو الوحيد او اقترن به قصد اضرار ثانوي لم يقصده صاحب الحق اصلاً (١). وقد جرى القضاء المصري على اعتبار انعدام المصلحة او نفاستها عند استعمال الحق على نحو يضر بالغير قرينه على توفر نية الاضرار (٢).

٢- رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً :

٥٧- اما في هذه الحالة فإن لصاحب الحق مصلحة في استعماله لحقه ، ولكن هذه المصلحة لا تبرر ذلك الاستعمال لكون المصلحة صاحب الحق قليلة الاهمية بالقياس الى ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٩٢) من القانون المدني العراقي بقولها : «ومع ذلك ليس للمالك الحائط ان يهدم مختاراً دون عذر قوي ان كان (١) انظر المذكرة الاصلحية للقانون المدني المصري ، مجموعة الأعمال التفسيرية للقانون المدني

١٠٩٢ من ٢٠٩.

(٢) انظر : أحمد محمد ابراهيم ، القانون المدني مطلقاً على تصويبه بالأعمال التفسيرية واحكام القضاء وآراء الفقهاء ، القاهرة ١٩٦٤ ص ٨٠ ، حسن كبرية ، المربع السابق فيه ٩ وهاش ٢ ص ٢١٢ - ٢١٤ واحكام المحاكم المصرية المشار اليها في هذا الحاش.

هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط (١) فالمالك الذي يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته، ولكن إذا كان الهدم دون عذر قوى، فإن مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط في بقاءه مستتراً به ترجع رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك في هدم الحائط. ومن ثم يعتبر هدم الحائط تعسفاً في استعمال حق الملكية يستوجب مسئولية المالك.

٣- علم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها :
٥٨- فعدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها يعتبر تعسفاً في استعمال الحق (٢). وتعتبر المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كأن يخصص مالك منزل لمقابلات مخالفة للآداب أو لتعاطي المخدرات، أو كأن يضع اسلاكاً شائكة مرتفعة في حدود ملكه كي يفرض على شركة الطيران التي تهبط طائراتها في أرض مجاورة أن تشتري أرضه بثمان مرتفع (٣).

فيثبت أن المعيار الأول من هذه المعايير الثلاثة معيار شخصي قوامه توفر نية الاضرار بالغير، أما المعياران الآخران فمعياران موضوعيان مرنان يوفران للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق (٤).

فيتضح مما تقدم أن من حالات مضار الجوار ما يخضع لواحد من المعايير الثلاثة المتقدمة، فيدخل تحت حكم نظرية التعسف في استعمال الحق. ولكن الاستناد إلى هذه النظرية، اكتشافاً بالمعايير الثلاثة التي اشتملت

(١) تقابل المادة ٨١٨ ف ٢ مني مصري.

(٢) انظر في نقد معيار المصلحة غير المشروعة: مازو وتونك، المسؤولية التقصيرية والعقدية ج١، ط٥، باريس ١٩٥٧، ف ٥٧٥.

(٣) انظر حكم محكمة المرافع الفرنسية الصادر في ٢ أغسطس ١٩١٥ المنشور في *الوزير الدوري* ١٩١٧-١-١٩ من ١٩١٧.

(٤) انظر حسن كيرة، المرجع السابق ف ٩٦ و ٩٧.

وراجع فيما تقدم كتابنا: *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*، الكتاب الأول، مصادره الالتزام بنداد ١٩٧١، ف ٨٧٢. يدها

عليها النصوص : لا يفسر بعض الحالات التي تتحقق فيها مسؤولية المالك عن مضار الجوار الفاحشة أو غير المألوفة . فقد يستعمل المالك حقه دون قصد الاضرار بالغير ، وقد يرمى من وراء استعماله لحقه تحقيق مصلحة جديفة ومشروعة لا بل ويثبت ايضا انه قد اتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر .

ولهذا فقد ذهب البعض (١) ممن يؤسسون مسؤولية المالك على فكرة التعسف في استعمال الحق الى اضافة معيار رابع للمعايير الثلاثة التي اشتملت عليها النصوص القانونية هو معيار « مضار الجوار غير المألوفة » الذي أخذت به المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري . وعلى هذا تكون نصوص هذه المادة وكذلك نصوص المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق .

ويرجح هذا الرأي في نظرنا لاعتبارات كثيرة . من ذلك انه يمكن القول بوجود تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق اذا كنا ازاء اختلال بالتزام يفرضه القانون على صاحبه ويقيد به طريقة استعماله لحقه . فاذا انحرف صاحب الحق عن الحدود المرسومة لكيفية استعمال هذا الحق اعتبر ذلك تعسفا في استعماله (٢) . ولا يقال ان المشرع اوفقا بوضع معايير ثلاثة يقوم عليها التعسف في استعمال الحق بحيث لا يعتبر استعمال الشخص لحقه منظوبا على تعسف الا اذا توفر في شأن احد هذه المعايير (٣) . اذ ليس هناك ما يحول دون ان يضيف المشرع اي معيار آخر في نص خاص بورده في مجال تطبيقه المناسب (٤) .

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ف ٩٨ ، منصور مصطفي منصور ، المرجع السابق ف ٢٥٥ ،

وانظر ايضا ، محمد هشام القاسم ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى : منصور مصطفي منصور ، المرجع السابق ، ف ٢٥٥ ، ص ٦٤ .

(٣) انظر : عبد المنعم فراج العبد ، المرجع السابق ، ف ٥٨ ، ص ٩١ .

(٤) في هذا المعنى حسن كيرة ، المرجع السابق ، ١٥ ص ٢٢٢ - ٢٢٤ .

الاسبقية في التملك او الاستغلال :

٥٩ - ويصح التساؤل عن اثر اسبقية تملك او استغلال العقار في تحقق مسؤولية المالك . مثال ذلك مالو بنى شخص منزلاً للسكنى بجوار مصنع كان قائماً من قبل ، فهل يحق للمالك المنزل ان يتضرر من المضايقات التي يسببها له هذا المصنع ؟ ذهب رأي إلى ان الاسبقية تجعل مالك المصنع غير مسؤول عن المضايقات التي يسببها مصنعهُ للمالك المنزل لان هذا الاخير جار طارئ ولانه تخير في بناء منزله نقطة ظاهرة العيب . ولكن هذا الرأي على اطلاقه غير مقبول ، لانه يؤدي الى اضطراب المالك اللاحق الي اختيار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه والا كان عليه ان يتحمل الاضرار الفاحشة دون ان يكون له حق الرجوع على المالك السابق . ولهذا فإن الرأي الراجح ، فقها وقضاء ، يذهب الى ان الاسبقية لا تؤثر في مسؤولية المالك الا اذا كانت جماعية بحيث يكون من شأنها ان تحدد طبيعة المنطقة فالعبرة اذن هي بظروف المكان لا بمجرد الاسبقية (١) .

اما في القانون المدني العراقي فالظاهر ان من شأن الاسبقية في التملك او الاستغلال ان تعصم المالك من المسؤولية . فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥١) على انه : « اذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه » (٢) . هذه العبارات الركيكة عالج القانون المدني العراقي مسألة الاسبقية في التملك والاستغلال . وعلى كل حال ، ينبغي الا يفهم من العبارة الاخيرة من هذا النص ان للمالك اللاحق ان يزيل الضرر بنفسه كأن يسد نافذة جاره المشرفة على بيته ، فان ما يريد من هذه العبارة هو ان على من يتضرر ان يدفع ضرره بنفسه اي ان شاء اتخذ من الاحتياطات ما هو كفيل بدفع الضرر عنه ، وان شاء تحمل الضرر ، والا فلا يجبر احدهما على دفع الضرر (٣) .

(١) راجع : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ف ٢٢ ، ص ٥٩ ، عبدالنعم الصمد ،

السابق ، ف ٦٠ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، ف ٩٩ .

(٢) ولد القيس المشرع العراقي هذا النص من المادة ١٢٠٧ من المجلة .

(٣) راجع : علي حيدر ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

المركز المختصة الادارية :

٦٠ - قد يكون الاستغلال الذي قام به المالك وادى إلى الاضرار بالجار مرخصا به من الجهة الادارية المختصة ، كما هي الحال بالنسبة إلى المخلات المقلقة للراحة او المضررة بالصحة او الخطرة . فيثور التساؤل عن أثر هذا الترخيص الاداري في مسئولية المالك عن الضرر الفاحش الذي يسببه لجاره . من المسلم به ان الترخيص الاداري لا يحول دون قيام مسئولية المالك عن الاضرار التي يسببها لجاره . ذلك ان هذا الترخيص يراد به ضمان توفر شروط معينة لمباشرة انواع معينة من الاستغلال ، ولا يقصد منه اباحة الضرر الفاحش بالجار . وقد نص القانون المدني المصري صراحة على ذلك في المادة (٨٠٧) بقوله : «ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق» . أي دون طلب ازالة المضار اذا تجاوزت الحد المألوف (١) .

ولم يرد في القانون المدني العراقي ، نص صريح بشأن هذه المسألة . ومع ذلك ، فأنا نرى بأن حكم القانون المدني المصري يفرض نفسه في ظل القانون العراقي (٢) . ذلك ان الضرر الفاحش يدفع بأي وجه كان ، وليس من شأن الاذن الصادر من الادارة ان يعصم المالك من المسئولية عما يسببه لجاره من ضرر فاحش .

ثانيا - قيود ترجع إلى حالات خاصة في الجوار

٦١ - قلنا ان القيود التي تنقرر على حق الملكية لحماية لمصلحة خاصة هي اولى بالرعاية قاصرة على الملكية العقارية . والسبب في ذلك هو ان العقارات بحكم ثباتها واستقرارها ، تنشيء حالة من التلاصق والجوار مما يستدعي تقييد سلطات بعض الملاك لمصالح البعض الآخر او وضع قيود مشتركة

(١) راجع : عبد المنعم السيد ، المرجع السابق ، ف ٦٢ .

(٢) راجع : شاكر قاسم ، المرجع السابق ، ص ١١ ، حسن علي دنون ، المرجع السابق ، ص ٢٩ ،

صلاح الدين الناهي ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

ضمانا لتمكينهم جميعا من استعمال حقوقهم على نحو عادل. ومن هذه القيود ما يرجع الى حالة الجوار بوجه عام حيث يلتزم كل مالك بالا يستعمل ملكه بحيث يضر بجاره ضررا فاحشا، وقد تقدم بيان ذلك. على ان هناك طائفة اخرى من القيود ترجع الى حالات خاصة في الجوار.

وهذه الطائفة الثانية تتضمن مجموعة من القيود تتعلق بالانتفاع بالمياه كحق الشرب وحق المسيل وحق الجرى، ومنها ما يتعلق بحق المرور، ومنها ما يرجع الى حالة التلاصق في الجوار ويتعلق بوضع الحدود.

تكييف هذه القيود :

٦٢- وقد أثير الخلاف حول تكييف هذه القيود، ذلك ان أغلبها يحد من منفعة عقار المصلحة عقار آخر. فهي على هذا النحو يمكن أن تشبه بحقوق الارتفاق، كما أن القانون المدني المصري القديم كان ينظم هذه القيود في الموضع المخصص لحقوق الارتفاق.

غير أنه لابد من التمييز بين القيود القانونية وبين حقوق الارتفاق بمعناها الفني الدقيق. ويؤيد هذا الاتجاه مسلك القانون المدني العراقي في تنظيم هذه القيود وحرصه على إبراز التمييز بينها وبين حقوق الارتفاق. فقد عالج هذا القانون القيود القانونية التي ترد على حق الملكية عند كلامه في نطاق حق الملكية (١)، وعالج حقوق الارتفاق عند كلامه في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية (٢). ومع ذلك فإن كلمة الفقهاء لم تنفق على طبيعة هذه القيود. فذهب البعض إلى أنها تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية (٣)، وذهب البعض الآخر إلى أن من هذه القيود ما يعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وهذا هو شأن القيود الخاصة بالانتفاع بالمياه والمرور، ومنها مالا يعتبر كذلك،

(١) انظر المواد ١٠٥٢ وما بعدها مدني عراقي.

(٢) انظر المواد ١٢٧٥ وما بعدها مدني عراقي.

(٣) شفيق شعامة، النظرية العامة للعقار، القاهرة، ١٩٥١، ص ٢٢٠.

وهذه هي القيود التي يقتضيها التلاصق بين العقارات (١). ويذهب أغلب الشراح إلى أن هذه القيود جميعها هي قيود قانونية وليست حقوق ارتفاق (٢). والواقع هو أنه إذا كان التمييز واجباً بين حقوق الارتفاق وبين القيود القانونية التي تنقرر بالنسبة لحالات خاصة في الجوار مع أنها تنفق في معنى الحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر ، فإن أساس التمييز يكمن ، على ما نرى ، في اختلاف مصدر كل منها : فالقيود القانونية مصدرها القانون دائماً ، في حين أن حقوق الارتفاق مصدرها فعل الأفراد المادي أو الإيجابي (٣) وعلى هذا يمكن أن تكون هذه القيود قيوداً قانونية ، كما يمكن أن تكون حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق تبعاً لاختلاف مصدرها .

وما دام القانون المدني العراقي قد ميز بين القيود القانونية وبين حقوق الارتفاق واعتبر الأولى نظاماً قائمة بذاتها فعالج أحكامها عند تحديده لنطاق حق الملكية ، فالتعامل معها باعتبارها قيوداً قانونية لا مجرد حقوق ارتفاق. وقد تناول القانون المدني العراقي هذه الطائفة من القيود في المواد ١٠٥٢ و ١٠٦٠ وقد عرض لستة أنواع منها هي : حق المسيل وحق الشرب وحريم الابار وحق المجرى وحق المرور ووضع الحدود. وسنبحث في أربعة من هذه القيود هي : حق المسيل ، وحق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المرور. أما حريم الابار ، وهو قيد اقتبسه القانون المدني العراقي من المجلة وأورده بين القيود التي ترد على حق الملكية في المادة (١٠٥٧) ، فهو في حقيقة الامر ليس قيداً على حق الملكية ، وإنما هو في نظرنا مظهر من مظاهر حق الملكية. فإذا حفر أحد بئراً في حريم بئر مملوك لآخر فإنه يحجر على ردمه. وهذا

(١) عبدالفتاح مبدلاني، دروس الأموال، القاهرة ١٩٥٦، ف ٩١، عبدالمتم البزاوي ،

شرح القانون المدني، في الحقوق العينية الأصلية، ط ٢، القاهرة ١٩٥٦، ف ٧٨.

(٢) راجع: علي حيدر، المراجع السابق، ٣٣ عبدالمتم فرج العبد، المراجع السابق، ف ٩٢، حسن كبر، المراجع السابق، ف ٦٤، محمد علي عرفة، حق الملكية، ط ١، القاهرة ١٩٥٤،

ف ١٨٩.

(٣) قرب من ذلك: منصور مصطفى منصور، المراجع السابق، ف ٤٠.

يعني ان لمالك البئر ان يستأثر بالانتفاع بها ويحول دون انتفاع الغير بها. ويتضح ذلك من نص المادة (١٠٥٧) من القانون المدني العراقي نفسها حيث تقرر فقرتها الاولى ان : «حریم الابار والبنایع والترع الخاصة والمساقى والقنوات والمصارف ملك اصحابها ولا يجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه...».

فحریم الابار لاهو قيد من قيود الملكية ولا هو حق من حقوق الارتفاق. وعلى هذا فانا سوف لانبث في حریم الابار كقيد من قيود الملكية، ونكتفي بالنسبة اليه بما ذكرنا.

اما القيد الخاص بوضع الحدود، فقد سبقت الاشارة اليه . ولهذا فانا سوف لانعرض لهذا القيد مرة اخرى.

١- حق المسيل :

٦٣- حق المسيل هو الحق في تصريف المياه الزائدة عن الحاجة وقد نظم المشرع العراقي أحكام هذا الحق في المواد (١٠٥٢ - ١٠٥٤) . ويتبين من نصوص هذه المواد ان المشرع يفرق بين حالتين:

الحالة الاولى :

٦٤- تصريف المياه الطبيعية كمياء الامطار والثلوج والعيون . فلمالك الارض المرتفعة استعمال هذه المياه والانتفاع بها ، وعلى مالك الارض المنخفضة ان يتحمل مسيل هذه المياه في أرضه دون ان يكون له الحق في مطالبة مالك الارض المرتفعة بأي تعويض . كما يلتزم مالك الارض المنخفضة بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه صد هذه المياه عن المرور في أرضه كبناء سد أو حاجز ، فان اخل بهذا الالتزام تحققت مسؤوليته. وحق المسيل قيد املته الضرورة ، فاذا كان من شأن استعمال صاحب الارض المرتفعة للمياه او طريقة توجيهها ان يزيد من عبء الارض المنخفضة فانه يكون قد جاوز حدود الضرورة وبالتالي فانه يلتزم بتعويض صاحب

الارض المنخفضة عن ذلك . فلو بدل مالك الارض المرتفعة اتجاه المياه بأن استعملها للري او في مصنع لم يكن موجوداً من قبل كان له ذلك ولكن في مقابل تعويض صاحب الارض المنخفضة .

الحالة الثانية :

٦٥- المياه المستنبطة : وهي المياه التي يستخرجها مالك الارض المرتفعة بفعله . فلو حفر مالك هذه الارض بئراً وادي ذلك الى جريان المياه على الارض المنخفضة فان القانون يقضي بتحميل مالك الارض المنخفضة مسيل المياه الزائدة على ارضه ، ولكنه قرر له في مقابل ذلك الحق في مطالبة صاحب الارض المرتفعة بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك .

وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥٣) بأن زيادة العبء في الحالتين المذكورتين آنفاً لا تنطبق إذا كانت العقارات المنخفضة من البيوت والاقنية والبساتين والحدائق اللاحقة بالمساكن .

وتلزم المادة (١٠٥٤) المالك الذي يزيد انشاء ابنية في ارضه بان يجعل سطوحها بحيث تسيل منها مياه الامطار على ارضه او على الطريق العام لاعلى ارض مجاره . والواقع ان المشرع لم يكن بحاجة الى ايراد النص المذكور لان حكمه مجرد تطبيق من تطبيقات التزامات الجوار (١).

(٢) - حق الشرب :

٦٦- حق الشرب (بضم السين) هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للارض او الشجر او الزرع (٢) . وهناك حق اخر هو حق الشرب (بكسر السين) او كما يسمى : (حق الشفة) وهو يعني حق الانسان في شرب الماء هو ودوابه (٣) .

(١) شاكر ناصر، الوجيز، ص ١٠٦.

(٢) انظر المادة ٣٨ من مرشد الحيران والمادة ١٢٦٢ من المجلة .

(٣) انظر المادة ١٢٦٢ من المجلة.

وقد نصت المادة (١٠٥٥) من القانون المدني العراقي على انه: «لكل شخص ان يسقي ارضه من مياه الانهر والترع العامة وله ان يشق جدولاً لايخذ هذه المياه إلى ارضه . وذلك كله وفقاً للقوانين والانظمة المتعلقة بذلك» .

وقد تولى قانون الري رقم ٦ لسنة ١٩٦٢ (المعدل) تنظيم شؤون الري فيجعل دوائر الري مسؤولة عن انشاء اعمال الري وكرهها وصيانتها وادارتها وتعين الحصر المائية وتوزيعها على الجداول المتفرعة منها . ومنع هذا القانون اصحاب الاراضي من شق الجداول او نصب المضخات او التواخير او الكروود او اية آلة رافعة اخرى بدون اذن تحريري من دائرة الري اما بالنسبة للمساقى الخاصة فقد نصت المادة (١٠٥٦) من القانون المدني على أنه له من انشاء مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للقوانين والانظمة المعمول بها كان له وحده حق استعمالها . فيلاحظ بان المشرع العراقي قد قصر حق الانتفاع بالمساقى الخاصة على اصحابها ، فلا يكون للملاك المجاورين الحق في اخذ مازاد عن حاجة صاحب المسقاة من مائها . وهذا بخلاف القانون المدني المصري الذي اجاز في المادة (٨٠٨) للملاك المجاورين اخذ مازاد عن حاجة صاحب المسقاة الخاصة من مائها على أن يشتركوا معه في نفقات انشائها وصيانتها كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع من تلك المسقاة .

وفي رأينا انه ليس فيما اورده المادتان (١٠٥٥ و ١٠٥٦) أي قيد على الملكية . فقد سبق القول أن القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة هي تلك القيود التي تحد من سلطات المالك أو من مباشرته لها أو من استثماره بها والتي تنشور حماية لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية في نظر المشرع انطلاقاً من فكرة الموازنة بين المصالح الخاصة المتعارضة وترجيح بعضها على بعض وليس في نصوص المادتين السابقتين شيء من ذلك .

فال المادة (١٠٥٥) تكلمت في الانهار والترع العامة وقررت الحق لكل شخص في أن يسقي أرضه من مياهها أو أن يشق جدولاً لايخذ هذه المياه .

الى أرضه . أما المادة (١٠٥٦) فكان يصح التحدث بشأنها عن قيد قانوني مقرر لمصلحة خاصة لو أنها اجازت ، على غرار المادة (٨٠٨) من القانون المدني المصري ، للملاك المجاورين اخذ مازاد عن حاجة صاحب المسقا الخاصة من مائها ، ولكن المادة (١٠٥٦) قصرت ، كما رأينا ، حق الانتفاع بالمساق الخاصة على اصحابها .

٣- حق المجرى :

٦٧- ويراد به حق صاحب الارض البعيدة عن مورد المياه في اجراء المياه الكافية لرى أرضه في ارض اخرى مملوكة للغير تكون متصلة بالمورد ومن الواضح ان هذا القيد مقرر لمصلحة صاحب الارض البعيدة عن مورد المياه لتمكينه من الانتفاع بأرضه واستغلالها بما يعود عليه وعلى الاقتصاد الوطني من فائدة .

ويتبين من المادة (١٠٥٨) من القانون المدني العراقي انه يشترط لاستعمال حق المجرى ما يأتي :

(١) ان تكون الارض بعيدة عن مورد المياه . والمقصود بالبعد هنا الا يكون بين الارض وبين مورد المياه اتصال مباشر ، ولا يقصد به معناه اللغوي . فقد تكون الارض قريبة من المورد ولكنها تعتبر مع ذلك بعيدة عنه اذا حالت دون وصول المياه اليها ارض اخرى مملوكة للغير .

(٢) ان لا يكون في الارض ماء للزراعة . فاذا كانت في الارض آبار او عيون فلا يكون لصاحبها الحق في اجراء المياه على ارض الغير . ولكن ما الحكم اذا كانت المياه الموجودة في الارض لا تكفي لزراعتها او ريها ؟ لانرى ان للمالك في هذه الحالة ان يطلب امرار المياه الى أرضه بحيث تكفي مع المياه الموجودة فيها لريها (١) ، لان نص المادة (١٠٥٨) يشعر

(١) من هذا الرأي أيضاً : حسن ذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٤٨ ، سعيد مبارك ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٦٨ . وانظر عكس ذلك : حامد مصطفى ، المرجع السابق ، ص ١٠١ . فاكراً ناصر ، المرجع السابق ، ص ٤٠٢ ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، مذكرات بالرونو ، ص ٢٥ - ٢٦ .

بأن هذا الحق لا يعطي لصاحب الأرض الا اذا لم يكن فيها ماء دون الاراضي التي توجد فيها مياه ولو كانت غير كافية. كما ان حق المجرى قيد بقرار بنص استثنائي، والاستثناء لا يتوسع فيه.

حقاً أن حق المجرى قيد بقرره القانون حتى لا يحرم ملاك الاراضي المنقطعة عن مورد المياه من الانتفاع بها واستغلالها وما يسيبه هذا الجريان من ضرر ببولاء الملاك، وبالتالي بالاقتصاد الوطني والقومي، ولكن النصوص الحالية لا تسمح لصاحب الأرض التي توجد فيها مياه غير كافية باستعمال هذا الحق، فلا مناص من تدخل المشرع لمعالجة الامر (١).

(٣) ان لا يحل حق المجرى بانتفاع صاحب الأرض المثقلة به اخلاقاً بينا والا يضر به. فحق المجرى قد تقرر لمنع الضرر عن صاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه، والضرر لا يزال بمثله، واذا اصاب الأرض ضرر من المسقاة التي تمر بها بسبب عدم تطهيرها أو بسبب سوء حالة السدود أو الجسور أو غير ذلك فإن لصاحب الأرض أن يطالب بتعويض عما اصابه من ضرر.

(٤) مقابل حق المجرى: فحق المجرى لا يقرر دون مقابل، بل يجب على صاحب هذا الحق أن يدفع لمالك الأرض المثقلة به مقدماً اجراً سنوياً، ما لم يتفق على خلاف ذلك. وإذا لم يتفق الطرفان على الاجر وطريقة دفعه تولت المحكمة تقديره وتحديد طريقة الدفع.

ولذا اقتضى استعمال حق المجرى اقامة الانشاءات الضرورية كنصب المكنن والالات، فعلى صاحب الأرض. الحامسة، ان يسمح باقامة هذه الانشاءات على ارضه مقابل اجر سنوي يدفع مقدماً، وله أن يستفيد من الانشاءات على أن يتحمل من مصروفات انشائها وصيانتها قلناً يتناسب مع مقدار استغادته منها (١٠٥٨م ف٢).

هذا ولا بد من الاشارة الى قرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٦٠٣) الصادر

(١) بالنظر بأن المشرع المصري قد صدق في المادة ٨٠٩ من القانون المدني الى الاعتراف بحق المجري لملاك الأرض الذي لا تتوفر في ارضه المياه الكافية لرحا

في ١٩٨١/١١/٢٩ القاضي باعفاء الفلاحين والمزارعين من الاجور السنوية التي تفررها المادة (١٠٥٨) من القانون المدني . ولا بد من الاشارة ايضا الى ان الفقرة الثالثة من هذا القرار تعاقب المخالف لاحكامه بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشر سنوات .

٤ - حق المرور :

حق المرور هو حق صاحب الارض المحبوسة عن الطريق العام بالمرور في ارض الغير للوصول الى هذا الطريق ويشترط لحق المرور ما يأتي :
(١) ان تكون الارض محبوسة عن الطريق العام انحباسا كلياً او جزئياً . فيتحقق الانحباس اذا كانت الارض لاتتصل بالطريق العام بأى ممر ، كما يتحقق اذا كان للارض اتصال بهذا الطريق ولكن بممر غير كاف بحيث يقتصر عن الوفاء بحاجاتها او يجعله بكاف مشقة كبيرة ونفقة باهظة ، كما لو كان هذا الممر لا يكفي الا لمرور المشاة دون الآلات الزراعية والعربات ، بدون مشقة كبيرة او اذا كان بالامكان ازالة وعورته بتفقات قليلة ، فان ذلك لا يكفي لاستعمال حق المرور .

(٢) ان لا يكون الانحباس ناشئاً عن فعل المالك ، ويستوى في ذلك ان يكون العمل الصادر منه عملاً مادياً او قانونياً ، فلو بنى المالك على ارضه بناء سد به ممرها الى الطريق العام فلا يكون له بعد ذلك ان يطالب بحق المرور لهذه الارض . وكذلك اذا قام المالك بقسمة العقار وبيع جزء منه بحيث انحبس هذا الجزء او الجزء الاخر عن الطريق العام ، فليس له ان يطالب بحق المرور ، وعليه وحده ان يتحمل نتيجة فعله .

(٣) مقابل المرور : واذا كان المشرع قد اعطى لصاحب الارض المحبوسة عن الطريق العام حق المرور في ارض الغير المجاورة ، فانه قد جعل استعمال هذا الحق في مقابل اجر سنوى يدفع مقدماً . وحيث ان هذا الحق مقرر لمصلحة مالك العقار المثلل بحق المرور ، فإن له ان ينزل عن حقه هذا فيتفق مثلاً مع صاحب المرور على تشييد الجسر او تأجيله او حتى استغاطه .

فإذا توفرت الشروط المتقدمة ثبت لصاحب الأرض المحبوسة الحق في المرور في أرض الغير المجاورة بقوة القانون .

ولما كان وجود حق المرور مرتبطا بتحقيق حالة الانحباس عن الطريق العام ، فإنه يبقى قائما ما بقيت هذه الحالة . فإذا زالت حالة الانحباس ، زال حق المرور تبعا لزوالها ، كما لو فتح طريق عام على حدود الأرض المحبوسة أو تملك صاحبها أرضا ملاصقة للأرض المحبوسة تصله بالطريق العام بأي سبب من أسباب التملك . فحق المرور قيد قانوني يتوقف وجوده على وجود سببه فإذا زال هذا السبب وهو الانحباس ، زال القيد تبعا لذلك .

المطلب الثاني

القيود الارادية

(شروط المنع من التصرف)

٦٩ - قلنا ان للارادة دورا في تقييد حق الملكية في حدود معينة . على ان القيود الارادية (١) لا تشمل فيما يدعى بشرط المنع من التصرف فقط وانما هناك قيود ارادية اخرى ترد على الملكية . فتقرير حق ارتفاق او حق مساطحة او حق انتفاع على عقار هو ايضا من القيود الارادية لحق الملكية ، ولكن جرت العادة كما سارت بعض التشريعات على بحث شرط المنع من التصرف مستقلا . اما القيود الارادية الاخرى فيبحث كل منها في موضعه المناسب .

نبذة عن شرط المنع من التصرف :

٧٠ - رأينا ان سلطة التصرف في الشيء المملوك هي من أهم ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الاخرى . وهذه السلطة هي التي تعطي لحق الملكية قيمة اقتصادية ، لانها الوسيلة التي تكفل تداول الاموال والتصرف فيها ، فهي لذلك تعتبر من اهم الاسس التي تقوم عليها الحياة الاقتصادية لهذا السبب لم يجر القانون المدني الفرنسي حبس الاموال عن التداول عن طريق اشتراط عدم التصرف فيها الا في احوال استثنائية ، حيث اجاز للوالدين التبرع باموالهما كلها او بعضها لاولادهما بطريق الهبة او الوصية مع اشتراط عدم التصرف في هذه الاموال طيلة حياتهم ضمنا لمستقبل احفادهما (٢) ، كما اجاز منع التصرف في اموال الزوجة التي تتزوج على اساس نظام الدوطة (٣) ، كما ان القضاء الفرنسي كان يذهب في بادىء

(١) تسمى هذه القيود أحيانا بالقيود الاتفاقية ، ولكننا نفضل تسميتها بالقيود الارادية ، لان هذه القيود كما يمكن أن ترد في عقد أو اتفاق فانها يمكن أن ترد في تصرف صادر من جانب واحد كالوصية .

(٢) انظر المواد ١٠٤٨ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي .

(٣) انظر المواد ١٥٤٠ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي .

الامر الى بطلان المنع من التصرف في غير الاحوال المتغيرة في القانون باعتباره مخالفا للنظام العام . غير انه اضطر الى تعديل موقفه بسبب كثرة ورود شرط المنع من التصرف في الحياة العملية . فحاول مسايرة الحاجات الاجتماعية المستجدة بمعالجة شرط المنع من التصرف معالجة مرنة تقوم على أساس التوفيق بين قاعدة حرية التعاقد من جهة . ومنع التصرف من جهة اخرى . ولهذا فقد جرت احكامه . منذ أواسط القرن الماضي . على اجازة شرط المنع من التصرف متى كان المنع موقفاً وبقصد منه حماية مصلحة جديدة ومشروعة ولا سيما في التبرعات (١) .

وقد سار القضاء المصري . في ظل القانون القديم . على ما انتهى اليه القضاء الفرنسي : ثم فتن القانون المصري الحالي ما كان يجري عليه القضاء في هذا الشأن (٢) . وذلك في المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ . ويشير من نصوص هاتين المادتين انه يشترط لصحة المنع من التصرف توفر شرطين :

- ١ - ان يكون الباعث مشروعاً : ويراد بذلك أن تكون هناك مصلحة جديدة تدعو الى هذا الشرط . ويستوي أن تكون المصلحة المراد حمايتها هي مصلحة المشترط أو مصلحة المتصرف اليه أو مصلحة الغير . وهذه المصلحة يفترضها القاضي بحيث تنهض في نظره مبرراً كافياً لتقييد سلطة المالك في التصرف .
- ٢ - أن يكون المنع من التصرف لمدة معقولة : ويجب ايضاً لصحة الشرط المانع أن يكون لمدة معقولة . وقد تكون هذه المدة معقولة حتى لو استغرقت حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير . ولكن لا يصبح تأييد هذا الشرط ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت اليه . ويلاحظ على كل حال أن تقدير المدة المعقولة أمر متروك للقاضي . فله أن يعتبر المدة معقولة أو لا يعتبرها كذلك تبعاً لظروف كل حالة (٣) .

(١) راجع في ذلك : ربيع وبولاجيه . المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٤٢٦ وما بعدها .

(٢) انظر : مجموعة الاموال التفسيرية للقانون المدني المصري ، ج ١ ، ص ٧٦ .

(٣) انظر : عبدالمعتمد الصده . المرجع السابق ، ف ١١ .

فاذا توفر هذان الشرطان كان شرط المنع من التصرف صحيحاً، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المحل للتصرف (١).
 أما إذا لم يتوفر الشرطان المتقدمان وقع الشرط المانع من التصرف باطلاً ويبطل كذلك التصرف الذي اشتمل على هذا الشرط. إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلى هذا التصرف. وإذا كان التصرف تبرعاً، ولم يكن الشرط المانع هو الدافع، أصبح التبرع ولغا الشرط.

ولا نجد في القانون المدني العراقي نصاً يمنع أو يميز شرط المنع من التصرف ولا نغال أن اعراضه عن الاخذ بحكم القانون المدني المصري يمكن تفسيره بعدم رغبته في تقرير هذا الحكم، وانما أراد من ذلك ترك هذه المسألة لحكم القواعد العامة. ومن مقتضى هذه القواعد أن كل شرط غير ممنوع بالقانون ولا مخالف للنظام العام ولا للآداب (٢)، شرط صحيح يجب احترامه. وعلى هذا متى كان شرط المنع من التصرف مؤقتاً وكانت للتصرف أو للتصرف إليه أو للغير مصلحة جلية ومشروعة يراد حمايتها بهذا الشرط فإنه يكون شرطاً صحيحاً يجب العمل بمقتضاه (٣). هذا وقد وردت في القانون المدني العراقي وفي قوانين أخرى نصوص تقرر جواز شرط المنع من التصرف في أحوال خاصة (٤).

(١) ولهذا فقد ألقم الشراح العراقيون لرفيقين، فرفيق يميز ذلك استناداً إلى أحكام القواعد العامة (الدون، المرجع السابق، ف ٥٨)، وفريق يرى في شرط المنع من التصرف استثناء خطيراً لا يثبت إلا بنص صريح ولا يجوز التوسع فيه في الأحوال التي يقرر فيها المشرع هذا المنع (شاكر ناصر، الوصية ص ١٣٨ - ١٣٩، صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ١٠٢).
 (٢) انظر المادة ١٣١ ف ٢ مدني عراقي. وراجع قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٠/ص/٩٥٤ في ٩٥٤/٧/٢٨.

(٣) من هذا الرأي: حسن علي الدون، المرجع السابق، ف ٥٨.
 (٤) من أمثلة ذلك: المادة ٦١١ المتعلقة بالحبة بشرط الموعن التي من أحكامها عدم جواز تصرف الموهوب له في الشيء. الموهوب مادام الواهب حياً، والمادة ١٠٧٠ مدني عراقي التي تميز لشركاء البقاء في الشروع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، والمادتان ١٩٠١٨ من قانون الإصلاح الزراعي لسنة ١٩٧٠.

تكييف المنع من التصرف :

٧١ - لقد أثار مسألة التكييف القانوني للمنع من التصرف خلافاً فقهاً في فرنسا وفي مصر رغم تدخل المشرع المصري في القانون المدني الحالي لتنظيم شرط المنع من التصرف وجزاء مخالفته .

فذهب البعض إلى أن المنع من التصرف يعتبر حداً أو انتقاصاً من أهلية الشخص الممنوع من التصرف (١) . وقد تعرض هذا الرأي للنقد من جانب عدد كبير من الفقهاء . ذلك أن أحكام الأهلية من النظام العام فلا يجوز لإرادة الأفراد أن تعدل فيها . ومن جهة أخرى فإن أهلية الأداء ، وهي المقصودة هنا ، تنور وجوداً . وعندما مع التمييز . وحيث لا يكون الشخص أهلاً لمباشرة تصرف معين لنقص في تمييزه فإن المنع ينصرف إليه لئلا يخل بالتصرف ذاته . فهذا التصرف يظل ممكناً ولكن شخصاً آخر ، هو الولي أو الوصي ، يباشره نيابة عنه . أما في حالة المنع من التصرف فإن المنع ينصب على التصرف ذاته وليس على شخص من يقوم به لنقص في تمييزه ، ولهذا فإن الأمر لا يحتاج إلى وجود من يتوب عنه في مباشرة هذا التصرف (٢) .

وذهب البعض الآخر إلى أن المنع من التصرف هو التزام المالك بالامتناع عن عمل هو التصرف في الشيء طوال مدة معينة (٣) . وقد لوحظ على هذا التكييف أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، ذلك أن من مقتضى القواعد العامة هو أن الإخلال من جانب المالك بما عليه من التزام بالامتناع هو الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى . أما الفسخ فمؤداه إزالة التصرف الذي انشأ الالتزام وهذا يقتضي إعادة الشيء إلى المشرط وواضح أن هذه النتيجة تنافي الغرض من اشتراط المنع من التصرف . وكذلك التعويض فإنه لا يحد

(١) جوسوان ، دروس في القانون المدني الفرنسي ، ج ١ ، ط ٣ ، باريس ، ١٩٣٨ ، ص ٨٥٠ .
(٢) انظر : بوردان وفوران ، دروس في القانون المدني الفرنسي ، ج ٤ ، ط ٢ ، باريس ، ١٩٣٨ ، ص ٢٧٧ ، عبد المنعم البراوي ، المربع السابق ، ص ٧٦ ، عبد المنعم الصدة ، المربع السابق ، ص ١١٣ ، منصور مصطفى منصور ، المربع السابق ، ص ٤٧ .
(٣) كولان وكايتان ، وجوليود ، ولانوراندوير ، المربع السابق ، ج ٢ ، ص ١٥٠ .

في تحقيق ما يهدف اليه الشرط. فالغرض من شرط المنع هو ضمان بقاء الشيء على ملك المتنوع من التصرف . وهذا لا يتحقق الا بإبطال التصرف وهو أمر لا تؤدي اليه فكرة الالتزام بامتناع عن عمل (١).

اما الاتجاه السائد في الفقه ، وهو ما تميل اليه ، فيذهب إلى أن المنع من التصرف المترتب على الشرط يجعل الشيء غير قابل للتصرف (٢). على أن هذا لا يعني خروج الشيء المتنوع التصرف فيه من دائرة التعامل ، فهو ما يزال مع ذلك محلاً صالحاً للحقوق المالية . وحيث أن عدم جواز التصرف ينصب على الشيء ذاته فإنه يوصف « بعدم جواز تصرف عيني » (Imdisponibitite reelle) (أو بعبارة أخرى هو « قيد عيني » (٣) .

(١) راجع : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ف ٤٧ ، حسن كبيرة ، المرجع السابق ١٠
(٢) انظر بلانول وريبير وبيكار ، انطولوج العمل في القانون المدني الفرنسي ، ج ٣ ، ط ٢ ، باريس ١٩٥٢ ، ف ٢٢٨ ، بودان وفواران ، المرجع السابق ، ف ٢٧٢ . محمد علي عرفة حق الملكية ، ج ١ ، ط ٢ ، القاهرة ١٩٥٤ ، ف ٢٨١ ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ف ٤٧ . وهذا أيضاً ما أشارت اليه المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري (راجع مجموعة الاعمال التحضيرية لقانون المدني المصري ، ج ٦ ، ص ٧٧).

(٣) يبر عن هذه الفكرة احياناً بالقول بأن شرط المنع من التصرف يجعل الشيء متقلاً بتكليف عيني وبالنظر إلى أن اصطلاح « التكليف » اصطلاح واسع ، إذ هو يشمل الحقوق العينية التي ترد على الشيء . وتعد من سلطات المالك . كما يشمل أي قيد آخر يحد من هذه السلطات ، فاننا نفصل مع بعض الفقهاء استعمال مصطلح القيد العيني بدلا من التكليف العيني (انظر : منصور ، المرجع السابق ، ف ٤٧).

الفصل الثالث أنواع خاصة من الملكية

تقسيم :

٧٢- الصورة العادية للملكية هي الملكية المفردة ، تلك الصورة التي يسيطر فيها مالك واحد على شيء معين ، فتبدو الملكية في هذه الصورة مكتملة السلطات والخصائص . وقد انتهينا من دراسة أحكام هذه الصورة من صور الملكية

أعلى أنه توجد الى جانب الصورة العادية للملكية الخاصة للمالك صور أخرى فقد تكون مشتركة بين عدد من الملاك ، وهذه هي الملكية الشائعة ، وقد تحدث طبيعة العين أو وضعها من حقوق الملاك في التصرف والاستعمال كما هي الحال في ملكية الطبقات (العلو والسفل) .

ودراسة الملكية الشائعة تقتضي دراسة القواعد التي تنظم المسائل الناشئة عن حالة الشيوع أي عن تعدد الملاك لشيء واحد ، ثم دراسة أحكام بعض الصور الخاصة من الملكية الشائعة . فنتناول كلا من هاتين المسألتين في مبحث خاص . أما ملكية العلو والسفل التي نظم القانون المدني العراقي أحكامها متأثراً بالفقه الاسلامي ومجلة الاحكام العدلية فاننا سنفردها لها مبحثاً مستقلاً بالنظر الى ان هذه الصورة من صور الملكية تقوم على اساس تقسيم البناء الى علو وسفل بملك كل مالك علوه او سفله ملكية خالصة بالاضافة الى ما يمكن ان يوجد الى جانب ذلك من ملكية شائعة ترد على اجزاء البناء المعتادة للارتفاع المشترك . كما ان المشرع العراقي قد أخذ في قانون التسجيل العقاري بنظام آخر هو نظام ملكية الطوابق والشقق .

المبحث الأول

الملكية الشائعة بوجه عام

تعريف:

٧٣ - قلنا ان الصورة العادية للملكية هي الملكية المفردة حيث يكون الشيء الواحد مملوكا لشخص واحد على وجه الاستقلال والانفراد. وقد يحصل ما يجعل الشيء الواحد مملوكا لعدة اشخاص على ان يختص كل منهم بجزء مادي معين من هذا الشيء. فنكون في هذه الحالة ازاء عدة ملكيات مفردة وليس ازاء ملكية شائعة. ولكن قد يحصل ايضا ان يكون الشيء الواحد مملوكا لكثر من شخص بحيث يكون منهم كلال الحق في حصة رمزية شائعة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف او الربع او السدس مثلا، ودون ان يخصص لكل منهم جزءا ماديا مفردا من الشيء فتكون الملكية في هذه الحالة ملكية شائعة.

ولابد وأن نلاحظ بأن الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني. فهو لا يقتصر على حق الملكية، بل يمكن ان يتحقق بالنسبة للحقوق العينية الأخرى، كما لو اوصى شخص بحق انتفاع لعدة اشخاص، فيكون حق الانتفاع مالا شاعرا بين الموصى لهم جميعا. وإذا كان المشرع في بعض البلاد العربية، كصير والعراق، قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك لأنها هي الصورة الغالبة للشيوع (١).

ويتفرع الكلام في الملكية الشائعة إلى ثلاث مسائل، نتناول في الأولى منها تعريف الملكية الشائعة وتمييزها عما قد يشبه بها من صور أخرى للملكية وبيان مصادر الملكية الشائعة وتكييف حق الشريك في الشائع. ونبحث في الثانية أحكام الملكية الشائعة لمعرفة ما يترتب على تعدد الملاك في ممارسة سلطات الاستعمال والاستقلال والتصرف، ثم نبحث في المسألة الثالثة انقضاء الشيوع بالقسمة. ونخصص لكل من هذه المسائل فرعاً مستقلاً.

(١) انظر: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٥١، عبد المنعم العبد، المرجع السابق،

الفرع الاول

تعريف الملكية الشائعة ومصادرها وتكييف حق الشريك فيها

تعريف الملكية الشائعة (١)

٧٤- الملكية الشائعة هي حق الملكية لاثنتين أو أكثر في شيء لاثنتين حصة أحدهم في جزء معين منه (١). وهذه هي شركة الملك التي عرفتها مجلة الاحكام العدلية في المادة ١٠٦٠ بقولها : « شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر أي محضوفاً بهما بسبب من أسباب الملك... » وشركة الملك قد تكون جبرية وقد تكون اختيارية (٢) ، كما أنها قد تكون شركة عين وقد تكون شركة دين (٣). أما القانون المدني العراقي فقد عرف الملكية الشائعة في الفقرة الاولى من المادة (١٠٦١) بقولها : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع » وتحسب الحصص متساوية إذا لم يتم الدليل على غير ذلك ».

الملكية الشائعة والملكية المفروزة والملكية المشتركة :

٧٥- يفهم مما تقدم أن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفروزة ، في صاحب الحق وفي محله وفي المنفعة التي يجولها حلق الحق لصاحبه . ففي الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لأكثر من شخص خلافاً للملكية المفروزة التي تثبت للمالك واحد . وفي الملكية الشائعة يكون محل « حق محدد » تحديداً معنوياً ، فكل شريك في العين حصة شائعة يرمز اليها بنسبة حسابية أما في الملكية المفروزة فإن محل الحق محدد مادياً ، ولا يجوز للمالك ، في الملكية الشائعة ، أن ينتفع في العين الا بقيود خاصة وفي حدود حصته ، أما في الملكية المفروزة فإن المالك الفرد يستأثر بمنافع العين كلها ، فله أن يتصرف بها وان يستغلها وان يستغلها كما يشاء .

(١) وفي هذا المعنى تقول المادة ٧٢ من القانون المدني المصري : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً مفروزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع » .

(٢) المادتان ١٠٦٢ و ١٠٦٤ مجلة .

(٣) تنص المادة ١٠٦٧ مجلة على أنه « شركة العين : الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شيئاً في شاة أو لطيع غنم » وتنص المادة ١٠٦٨ على أن « شركة الدين : الاشتراك في مبلغ الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا قرشاً في دمة انسان » .

وتختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية ، وخاصة ما يسمى بالملكية المشتركة (Propriete Commune) وهي الملكية التي تعرفها القوانين الجرمانية ، في ان المالك في الملكية المشتركة جماعة من الناس لا يملك اي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا اي حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين ، دون ان تكون لهم شخصية معنوية، كل الشيء المملوك (١) . ففي الملكية المشتركة يفقد كل شريك حقه العيني في المال المشترك فلا يكون له نصيب مفرز او شائع يستطيع التصرف فيه، بل يتقل كل ذلك الى الجماعة ، فهي التي تملك وتتعامل وتسد اليها الحقوق . كملكية القبيلة او العشيرة . على ان للشريك في الملكية المشتركة حقا شخصيا في استغلال المال المشترك والحصول على نصيب من غلته . ويعرف القانون المدني السويسري صورا متعددة للملكية المشتركة (٢) . اما في الملكية الشائعة فإن كل شريك يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع ، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة (٣) .

مصادر الشروع :

٧٦- والاسباب التي تؤدي الى نشوء الملكية الشائعة هي نفس اسباب كسب الملكية . فكل سبب يؤدي الى كسب الملكية العادية ، اي المقررة ، يصلح سببا لنشوء ملكية شائعة . فقد نشأ الملكية الشائعة بتصرف قانوني ، كأن يشتري شخصان او اكثر شيئا على الشروع او يوصي شخص لاثنين او اكثر بحصة معينة في شيء يملكه . ومن المقرر كذلك انه اذا حاز شخصان او اكثر شيئا حيازة مشتركة ، فإن هذه الحيازة تؤدي الى اكتسابهم للملكية هذا الشيء على الشروع اذا مضت على حيازتهم المدة اللازمة لكسب الملكية

(١) كولان وكابيتان وجوليود ولامورالدير ، المرجع السابق ٢٣٠ ، ف ١٩١ ، السنهوري ، الوسيط ج ١٠ ، ص ٧٩٤ .

(٢) راجع في ذلك : بير تيرود ، القانون المدني السويسري ، ط ٥ ، زورخ ، ١٩٥٠ ، ص ٨١ . - ٤٨٢ .

(٣) انظر دبير بولانجيه ، المرجع السابق ٢٣٠ ، ف ٢٢٦٩ .

بالتقادم. وقد يكون مصدر الشبوع سبب آخر من اسباب كسب الملكية كالالتصاق والاحتيلام والشفعة. على ان أهم اسباب نشوء الشبوع واكثرها تحقنا في العمل هو الميراث. فالذا توفي شخص عن اكثر من وارث فإن امواله تنتقل شائعة إلى ورثته إلى ان تتم قسمتها بينهم.

تكييف حق الشريك في الشبوع:

٧٧- وقد اختلف الفقهاء في طبيعة حق الشريك في الشبوع. فذهب البعض إلى انه مجرد حق شخصي وليس حقاً عينياً، لان الحق العيني يفترض وجود محل معين محدد ومفروز. وذهب آخرون إلى رأي قريب من ذلك تأميساً على ان الملكية الشائعة ملكية جماعية او مشتركة، والملكية المشتركة يعتبر كل شريك فيها، كما رأينا، مجرد دائن بحق شخصي. وذهب رأي ثالث إلى اعتبار حق الشريك المشتاع حقاً عينياً من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة (١).

على ان الرأي السائد في الفقه، قديمه وحديثه، يذهب إلى ان حق الشريك في الشبوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، فهو يشتمل على جميع عناصر حق الملكية. فالملك المشتاع كما سنرى، سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف (٢). وكل ما في الامر ان حق الملكية الوارد على الشيء الشائع لاصحاب متعادون، بخلاف الملكية العادية المفروزة حيث يثبت فيها حق الملكية المالك واستلزامه. فمماذا التكييف اتخذت التشريعات العربية الحديثة (٣)، وهو كذلك ما ذهب اليه الفقه الاسلامي عامة ومجلة الاحكام العدلية خاصة (٤). وقد قطعت المادة (١٠٦١ ق. ٢) من القانون المدني العراقي كل شك حول طبيعة حق الشريك في الشبوع بقولها: «وكل شريك في الشبوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً...».

(١) راجع في تفصيل ذلك: منصور تاطلي متعززة، المرجع السابق، ف ٥٢ وما بعدها، حرة كيرة، المرجع السابق، ف ١٠٤ والفقه المشار اليه.

(٢) انظر السهوي، الوسيط، ج ٨، ف ٤٨٥. (٣) انظر مثلاً المادة ٨٢٥ مدني مصري.

(٤) شركة الملك، بحسب المادة ١٠٦٠ من المجلة، هي وتكون الشيء مشتركاً بين اثنين لآلة أي مضموماً بهما بسبب من اسباب الملك...

الفروع الثاني

احكام الملكية الشائعة

٨٠- من احكام الملكية الشائعة ما تشترك فيه مع الملكية المفردة ، واهم هذه الاحكام المشتركة ما هو مقرر للمالك من استعمال واستغلال وتصرف . فالمالك المشتاع يملك حصته ملكية تامة فله الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها . ولكن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفردة في ان حق المالك المشتاع مقيد بحقوق الشركاء الاخرين ، فحقوق المالك على الشيوع تتضمنها جميعا قاعدة اسامية وهي ان كل شريك يعتبر مالكا ل حصته ، اجنبيا بالنسبة ل حصص الاخرين . وهذا ما يجعل للشيء الشائع احكاما خاصة به من حيث استعماله واستغلاله والتصرف فيه .

فترى اولا سلطة المالك المشتاع على حصته الشائعة ، ثم نرى بعد ذلك سلطات المالك المشتاعين على الشيء الشائع .

المطلب الاول

سلطة المالك المشتاع على حصته الشائعة

٨١- رأينا ان حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، فله كصاحب اى حق ، ان يتصرف بحقه بمختلف انواع التصرفات . وقد عبرت عن ذلك المادة (١٠٦١) في فقرتيها الثانية والثالثة بقولها :

٢١- وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم .

٣- ويجوز للشريك في الشيوع ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه .

التصرف في الحصة الشائعة :

٨٢- فيتبين من ذلك ان للشريك في الشيوع ان يتصرف بحصته الشائعة ، باعتباره مالكا لها ، تصرف المالك . فله ان يتصرف بها ، كلا او بعضا ،

للغير شريكا كان او اجنبيا، بالبيع او بالهبة او باى تصرف اخر ناقل للملكية. ويعتبر تصرفه صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء دون حاجة الى موافقتهم. ويترتب على التصرف اثره حسب القواعد العامة، مع ضرورة مراعاة قواعد التسجيل اذا كانت الحصة الشائعة محل التصرف حصة في عقار او في مجموعة اموال تشتمل على عقار، فينقل حق الشريك المتصرف الى المتصرف اليه (المشتري او الموهوب له) ويصبح هذا الاخير شريكا مع شركاء المتصرف الآخرين في حدود الحق الذي تلقاه من سلفه.

واذا كان الشريك قد تصرف بحصته الشائعة في عقار بالبيع، وكان المشتري اجنبيا عن الشركاء واراد هؤلاء منع دخوله بينهم، فلاى منهم تملك الحصة المبيعة ولو جبرا على المشتري عن طريق الشفعة كما سنرى. اما اذا كان التصرف في الحصة الشائعة بيعا لاجنبي وكانت الحصة المبيعة حصة في منقول او في مجموع من المال، فان بعض القوانين، كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري (١)، قد هيأت لاي من الشركاء (٢)، الآخرين وسيلة يحل بها محل المشتري في الحصة المبيعة ونعني بها الاسترداد اما القانون المدني العراقي فلم يأخذ بالاسترداد.

ترتيب حق الغير على الحصة الشائعة :

٨٣- وكما يكون للشريك في الشيوع ان يتصرف بحصته الشائعة بنقل ملكيتها للغير كالا او بعضا. فان له كذلك ان يرتب على حصته حقاً للغير، كأن يرتب حق منفعة (انتفاع) عليها، او يرهنها رهنا تأمينا (رسميا) أو حيازيا. او ان يرتب عليها اي حق عيني اخر. اصلي او تبعي. لانتحول طبيعته دون وروده على الحصة الشائعة (٣). فحق المنفعة (الانتفاع) الذي يرتبه الشريك على حصته صحيح وناظرا في حق سائر الشركاء ولو بدون موافقتهم. ويصبح المنتفع هو صاحب الحق في ثمار الشيء بقدر

(١) انظر المادة ٨٢٢. مدني مصري.

(٢) للتفصيل يرجع: السهوري، الوسيط، ج٢، ف٥٤٢، حسن كبرة، المرجع السابق، ف١٢٥.

(٣) كحق الارتفاق على رأي غالبية الفقهاء، انظر: عبدالمعزم البدرابي، المرجع السابق ف٢٨٠.

حسن كبرة، المرجع السابق، ف١٢٠، منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ف٢٦٧.

الحصة التي يرد عليها حقه. كما ان الرهن الذي يرتبه الشريك على حصته يكون صحيحاً ونافذاً في مواجهة الشركاء جميعاً. وللدائن المرتهن : إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ، ان ينفذ على الحصة المرهونة ، فتباع الحصة جبراً ويحل الراسي عليه المزداد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً في الشيوع . ويثور التساؤل عن مصير حق المنفعة او الرهن الذي يرتبه الشريك على حصته الشائعة اذا تمت القسمة قبل ان يتقضي حق المنفعة او قبل ان ينفذ الدائن المرتهن بحقه ؟

لم يعرض القانون المدني العراقي لمصير حق المنفعة ، وللمصير الرهن التأمني الا في حالة واحدة نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ٢٩١ ، بقولها : «إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المقرزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك» هذه هي الحالة التي عرض لها القانون المدني العراقي . فيبقى اذن التساؤل قائماً عن مصير حق المنفعة من جهة ، وعن مصير الرهن في حالة ما اذا وقع في نصيب الشريك الراهن اموال غير التي رهن حصته فيها ، او بحالة وقوع كل العقار الذي رهن حصته فيه في نصيب الراهن عند القسمة ، او بحالة ما اذا لم يقع نتيجة القسمة ، في نصيب الراهن شيء من العقار المرهون او غيره من العقارات وانما اختص بمبلغ من النقود او بمقتول.

واذا كنا سنتناول حكم بعض هذه الحالات في القسم الثاني من هذا الكتاب ، فإن تلخلل المشرع يفتي ضرورياً تجنباً للاختلافات التي تؤدي اليها الحلول الفقهية المطروحة.

ايجاز الحصة الشائعة :

٨٤ - طبعي ، والشريك في الشيوع مالك لحصته ملكية تامة ، ان تثبت له سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف . وهذا ما اكده المادة ١٠٦١ في فقرتها الثانية بقولها : «وكل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً

نأما وله حق الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها...». ولأما كان الإيجار من أبرز صور الاستغلال، فأنا المشرع العراقي لم يكن بحاجة إلى النص في الفقرة الثالثة من المادة نفسها على سلطة الشريك في الشيوع في إيجار حصته بقوله: «ويجوز للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه».

وفي اعتقادنا أن مادعا المشرع العراقي إلى النص على جواز إيجار الشريك لخصته الشائعة أو لأجنبي. وإلى النص ما قبل ذلك على سلطته في التصرف بخصته بجميع أنواع التصرفات ولكنه خص منها بالذكر البيع والرهن هو رغبته في إزالة كل شك قد يثور حول سلطة الشريك في الشيوع بالتصرف في حصته الشائعة ببعض أنواع التصرفات. هذه السلطة التي كانت تنقيد في الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية بالنسبة لبعض العقود وهي الإجارة والهبة والرهن.

فإجارة الحصة الشائعة للشريك صحيحة، أما إيجارها لغير الشريك ففاسدة. والفساد هنا مبني على أساس عدم إمكان تسليم الحصة الشائعة مفرزة. فلا يكون استيفاء المنفعة مقدوراً. لأن استيفاء هذه المنفعة يكون بتسليم الشيء الشائع. وهو غير مقدور التسليم بنفسه وإنما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وهذا غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعاً (١).

والهبة لا تتم إلا بالقبض (م ٨٣٧ مجلة). ويشترط أن يكون القبض كاملاً. وهو يكون بقبض كل موهوب بالصورة المناسبة لقبضه. وفي هبة المشاع لا يحصل القبض كاملاً. لأن القبض عبارة عن انتقال الشيء بتمامه إلى حيازة القابض والشائع لا يكون في حيازة القابض من كل وجه.

وبلزم لصحة الرهن في الفقه الحنفي إلا يكون المرهون مشاعاً وقت القبض. لأن الرهن المعروف في الفقه الإسلامي عامة هو رهن الحيازة فحسب. وهذا يستلزم حبس الشيء المرهون حتى يستوفي الدائن المرتهن

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ١، ص ١٨٧.

دينه، وهذا غير متصور في الحصة الشائعة، لان المرتهن اذا حبس الشيء الشائع كله يكون قد تجاوز الى حقوق الشركاء الآخرين، واذا تناوب الحبس معهم فإن ذلك يفوت عليه الغاية المقصودة من الرهن . ولهذا كان رهن الحصة الشائعة بحسب الفقه الحنفي، غير صحيح سواء كان للشريك او لغير شريك (١). ويلاحظ بان الحيازة المطلوبة في الرهن الحيازي يمكن ان تتحقق في القوانين الحديثة، بعدة وسائل، مثال ذلك، لو اتفق الدائن المرتهن مع الشركاء جميعاً على ان يتولى احدهم لاء حيازة الشيء الشائع فيصبح هذا الشريك حائزاً للحصة زميله الراهن نيابة عن الدائن المرتهن فيكون المرتهن الشريك في هذه الحالة هو «العدل» الذي ارتضاه المتعاقدان . وقد يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على ان يتولى هو حيازة الشيء الشائع فيكون حائزاً لانصبة باقي الشركاء على اساس الوكالة.

فيتضح مما تقدم ان الفقه الحنفي يؤسس عدم صحة اجارة الحصة الشائعة او هبتها او رهنتها على عدم القدرة على التسليم (او القبض)، وذلك خلافا لما يذهب اليه فقهاء المذاهب الاسلامية الاخرى والتشريعات الحديثة ومنها القانون المدني العراقي وليس لسبب يتعلق بطبيعة حق الشريك المشتاع .

المطلب الثاني

سلطات الملاك المشتاعين على الشيء الشائع

٨٥- اذا كان كل شريك يملك حصته ملكية تامة، ويملك بنسبة حصته في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع، فانه يعتبر في الوقت نفسه اجنبياً بالنسبة لخصص الشركاء الآخرين. فلا يعتبر اي شريك نائبا عن شريكه الاخر، ولهذا لا يجوز لاي شريك ان يتنفع او يتصرف بحصة شريكه بدون اذنه، فلا يكون لاي من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع، بل تعود هذه السلطة للشركاء جميعاً سواء في الانتفاع بالشيء، عن طريق استعماله او استغلاله، او في التصرف فيه .

(١) انظر المادة ٧٠٩ من المجلة وراجع : علي حيدر، المرجع السابق، ج ٢، ص ٨٤-٨٥ و ٣٨٨.

وسنعرض أولا سلطات الملاك المشتاعين في الانتفاع بالشيء الشائع ،
ثم نتكلم بعد ذلك في سلطة التصرف .

الفقرة الاولى

الانتفاع بالشيء الشائع (الاستعمال والاستغلال)

٨٦ — الانتفاع بالشيء الشائع حق لجميع الشركاء . فلهم بالاتفاق تحديد طريقة الانتفاع بالشيء المشترك . فلهم الانتفاع به بنسبة فيه حصصهم او بالقدر الذي يتفقون عليه ، ولههم ان يأذنوا لاحدهم بالانتفاع بالشيء الشائع على وجه الاستقلال ، على ان لا يكون هذا الانتفاع ضارا ببقية الشركاء ، ولههم ان ينتفعوا مجتمعين بالشيء الشائع كأن يكون هذا الشيء بداراً معدة للسكنى فيسكنها الشركاء جميعاً . ولكن قلما يقبل الشيء الشائع الاستعمال المشترك ، ولذا فقد وجدت قسمة المهايأة ، وهي تقوم على أساس الاتفاق بين الشركاء . وللشركاء باتفاقهم استغلال الشيء الشائع عن طريق اجارته . ولكل شريك في حالة اتفاق الشركاء على المهايأة الرمانية ، ان يؤجر نويته في الانتفاع بالشيء الشائع او الجزء الذي حدد له للانتفاع به . والمهايأة هي اهم صور اتفاق الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع ، وعليه فاننا سنعرض لها فيما يلي (١).

المهايأة :

٨٧ — اذا تعذر على الشركاء استعمال الشيء الشائع استعمالاً مشتركاً وليس في نيتهم انتهاء حالة الشيق بطلب قسمته فبإمكانهم تنظيم الانتفاع به فيما بينهم . بحيث ينتفع كل شريك بالشيء الشائع بمقدار يتناسب مع حصته . وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام المهايأة في المواد ١٠٧٨-١٠٧٠ في ختام الكلام عن ازالة الشيوع بالقسمة .

(١) اعتاد بعض الشراح جرياً على ما سارت عليه بعض التشريعات كالقانون المدني العراقي بحث قسمة المهايأة عند بحثهم لموضوع انتهاء الشيوع بالقسمة وان كانوا يقررون ان المهايأة اما هي اقسمة منافع وليست قسمة للاعيان . ولهذا السبب تفضل بحث قسمة المهايأة هنا باعتبارها طريقة من طرق الانتفاع بالشيء الشائع .

والمهابة ليست قسمة للشيء الشائع ، بل هي قسمة لمنفعة . وفي هذا المعنى تقول المادة ١١٧٤ من المجلة : «المهابة عبارة عن قسمة المنافع» . ولا تجرى المهابة في الاشياء المثلثة ، لان المثلثات لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها ، بعكس الاشياء القيمة . فضلا عن ان الاشياء المثلثة قابلة للقسمة على كل حال فلا حاجة الى المهابة فيها . والمهابة اما مهابة مكانية او مهابة زمانية ، ولكنها في الحالتين لا تؤدي الى انتهاء حالة الشيوع .

المهابة المكانية :

٨٨- ففي المهابة المكانية يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته الشائعة ، كما لو تهايا الشريكان في ارض مشتركة بينهما على ان يزرع احدهما نصفها والثاني نصفها الآخر ، او تهايا اثنان في دار مشتركة بينهما على ان يسكن احدهما في جانب والثاني في الجانب الآخر ، او على ان يسكن احدهما في الطابق العلوي والثاني في الطابق السفلي ، او في الدارين المشتركين على ان يسكن احدهما في الاولى والآخر في الثانية . وقد حدد القانون مدة معينة يجوز للشركاء الاتفاق على قسمة المهابة المكانية خلالها وهي خمس سنوات لا يصح للشركاء الاتفاق على مدة تزيد عليها . واذا زادت المدة عن خمس سنوات فإن المهابة لا تبطل بل تبقى صحيحة في حدود السنوات الخمس . اما اذا لم تحدد للمهابة مدة حسب مدتها سنة واحدة تتجدد سنة اخرى اذا لم يعلن الشريك شركاه الآخرين قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر على الاقل انه لا يرغب في تجديدها (م ١٠٧٨ ف ١ مدني) واذا كان لا يصح الاتفاق على المهابة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات ، فانه يجوز الاتفاق على هذه المهابة من جديد . سواء بعد انقضاء المدة المتفق عليها ، او قبل ذلك .

وتخضع المهابة في القانون المدني العراقي لاحكام عقد الايجار بصورة عامة ، مادامت هذه الاحكام لا تتعارض مع طبيعة المهابة .

المهاياة الزمانية :

٨٩ - اما في المهاياة الزمانية فيتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بالشيء الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع مقدار حصته (م١٠٧٨ ف٢) ، فاذا تساوت الحصص ، تساوت مدد الانتفاع ، كما لو نهايا اثنان على ان يزرع كل منها الارض المشتركة سنة واحدة ، او ان يسكن كل منهما الدار المشتركة سنة واحدة .

المهاياة الرضائية والمهاياة القضائية :

٩٠ - الاصل أن تكون المهاياة رضائية تتم باتفاق جميع الشركاء . ولكن قد يمتنع أحد الشركاء عن إجراء المهاياة رضاء ، فإنها تجري عند ذلك قضاء بناء على طلب أحد الشركاء . على انه يلاحظ بان القانون المدني العراقي قد قصر المهاياة القضائية على المنقولات فقط (م١٠٧٠ مدني) ، بخلاف المجلة ، حيث ورد نص المادة (١١٨١) عاما يبيع المهاياة في المنقول وفي العقار على السواء . ويعلل موقف المشرع العراقي برغبته في حصر المهاياة القضائية في اضيق نطاق ممكن .

تحول قسمة المهاياة إلى قسمة نهائية :

٩١ - رأينا ان للشركاء ان ينهياوا الانتفاع بالشيء الشائع مهاياة مكانية او زمانية . ورأينا كذلك ان الاتفاق على المهاياة المكانية لا يجوز الا لمدة خمس سنوات ، ولكننا وجدنا ايضا انه يجوز الاتفاق على تجديدها بعد انقضاء المدة المتفق عليها او قبل ذلك ، كما انها إذا لم تحدد لها مدة ، اعتبرت مدتها سنة واحدة تتجدد بحكم القانون كما رأينا .

فاذا دامت المهاياة المكانية مدة خمس عشرة سنة اما بتجديدها بالاتفاق او بتجديدها بحكم القانون على نحو ما ذكرنا قبل قليل ، فإن قسمة المهاياة المكانية تتحول بقوة القانون ، كما تقرر بعض التشريعات ، الى قسمة نهائية (١) مالم يتفق الشركاء على خلاف ذلك (٢) . اما القانون المدني العراقي فلم

(١) توصف هذه القسمة بانها « قسمة قانونية » لانها تم بقوة القانون .

(٢) انظر مثلا المادة ٨٤٩ ف ٢ من القانون المدني المصري .

يرد فيه حكم مماثل، ولهذا فإن المهابأة المكتوبة لا يمكن ان تنقلب الى قسمة نهائية مهما طاللت مدتها .

سلطة اغلبية الشركاء :

٩٢- اذا كانت المهابأة هي من اهم صور تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع بين الشركاء . واذا كانت الصورة المثلى للانتفاع بالشئ هي ان يشم ذلك باتفاق الشركاء جميعا . فان ذلك قد لا يكون ممكنا لاي سبب من الاسباب كان لا يريدون اجراء المهابأة . او يتعذر الاتفاق بينهم على طريقة الانتفاع بالشئ الشائع . فيحول ذلك دون استغلال الشئ او يغير الى منازعات بين الشركاء . لقد عالج الشرع هذا الوضع بأن خول الاغلبية حق اجراء اعمال الادارة مع رقابة المحكمة في بعض الاحوال . على ان العبرة هي باغلبية الحصص لا بأغلبية الرؤوس . فقد منح القانون المدني العراقي (م ١٠٦٤ ف ٢) حق اجراء اعمال الادارة المعتادة : كاجارة الشئ الشائع لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات للاغلبية المطلقة من الشركاء . وما يستقر عليه رأى الاغلبية يكون نافذا في حق الجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأى . ولهذا الاغلبية كذلك ، بدلا من ان تتولى ادارة الشئ الشائع بنفسها . ان تختار مديراً من بين الشركاء او من الغير وان تحدد مدى سلطته . فتكون اعمال المدير صحيحة وملزمة للجميع . وليس للاقلية ان تطلعن في قرارات الاغلبية امام المحكمة الا في حالة التعسف في استعمال الحق طبقاً للقواعد العامة (١) .

واذا لم يستقر رأى الاغلبية على ما يلزم لادارة الشئ الشائع ادارة معتادة فلكل شريك ان يطلب من المحكمة ان تتخذ من الاجراءات ما تفتضيه الضرورة كأن تأمر بتأجير الشئ . او تأذن لاحد الشركاء بالاتفاق على الارض حتى يحين الحصاد او بتضييع المحصول . او ان تعين مديراً يتولى القيام بادارة الشئ الشائع (٢) .

(١) انظر : منصور مصطفي منصور ، المرجع السابق ، ف ٥٨ .

(٢) انظر : قرار محكمة التمييز رقم ١١١ / مستعمل / ٩٤ في ١٠ / ٩ / ١٩٦٤ ، لقضاء محكمة التمييز المجلد الثاني ، ص ٢٢ .

أما بالنسبة لأعمال الإدارة غير المعتادة ، كإدخال تغييرات أساسية على الشيء الشائع ، والتعديل في الغرض الذي إعد من أجله الشيء الشائع ، فإن القانون المدني العراقي قد اكتفى بالأغلبية المطلقة أيضاً ولكنه اشترط بالنسبة لهذه الأعمال الحصول على إذن المحكمة سلفاً (١٠٦٥م ف ١) (١) .

وللمحكمة ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر ما يراه مناسباً من إجراءات ، كأن تشترط شروطاً معينة لتنفيذ القرار ، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء من خالف القرار من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق له من تعويض ، إذا تبين من تنفيذ القرار أنه كان ضاراً بمصلحة الشركاء (١٠٦٥م ف ٢) .

انتفاع أحد الشركاء بالشيء الشائع دون إذن شركائه :

٩٣ - تبين لنا أن للشركاء أن يتفعّلوا بالشيء الشائع كيفما يشاءون . فلهم أن يتهايلوا الانتفاع به ، ولهم أن يزجروها إذا كانت أرضاً ، أو يسكنوها إذا كانت مما يسكن كالدار أو أن يؤجروها ويقتسموا الأجرة حسب حصصهم أو غير ذلك من أوجه الاستعمال والاستغلال . كما أن لأحد الشركاء أن يتفعّل بالعين المشتركة بأذن شركائه ، فيسوغ لهذا الشريك عندئذ الانتفاع بها وفق الآداب .

ولكن قد يستغل أحد الشركاء بالانتفاع بالشيء الشائع باستعماله أو باستغلاله دون إذن شركائه . فما الحكم في هذه الحالة ؟

سبق أن رأينا أن المادة (١٠٦١ ف ٢) تقر أن كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكاً تاماً فله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه كما أن المادة (١٠٦٢ ف ١) تنص على أنه : « كل واحد من الشركاء اجتنبي في حصته الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مفضراً بأي وجه كان من غير رضاه » . فالأصل أنه ليس لأي شريك أن يباشر بمفرده ما يؤدي إلى المساس بحقوق غيره من الشركاء بدون إذنهم .

(١) انظر المادة ٨٢٩ مني معري التي تتطلب أغلبية الشركاء الذين يكونون ثلاثة أو باع الفقه الشائع .

وتطبيقاً لذلك لا يجوز لأي من الشركاء ان يتفرد باستعمال الشيء الشائع او باستغلاله كله او جزء معين منه . فلذا اتفرد شريك بالانتفاع بالشيء الشائع كله بدون اذن شركائه ، كأن يكون الشيء داراً فيسكنها او ارضاً فيزرعها او يؤجرها فقد وجب عليه لباقي شركائه اجر مثلها ، فانه يلتزم بان يدفع لكل شريك حصته من الاجرة المسماة (م ١٠٦٣ ف ٢) (١).

ان هذا الحكم الذي يقرره القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٣) يخالف ما كانت تقرره مجلة الاحكام العدلية أخذاً بما هو مقرر في الفقه الحنفي . فقد فرقت المجلة في صدد استقلال احد الشركاء بالانتفاع بالشيء بينما اذا كان الشريك الاخر حاضراً وبشيء اذا كان غائباً .

فاذا كان الشريك الاخر حاضراً وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له ان يطالب باجرة حصته عن المدة الماضية ولا ان يطلب الانتفاع بالعين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه لانه قد انتفع بها على انها ملكه ، وهذا ما يسمى بالانتفاع بتأويل ملك . فالاعيان المشتركة تعتبر بالنسبة للانتفاع بها مملوكة بتمامها لكل واحد من الشركاء . ويستثنى من ذلك ما اذا كان الشريك غائباً او وفقاً او بيت المال (٢) . اما اذا كان الشريك الاخر غائباً وكان الانتفاع لا يضر بالشيء فان للشريك الحاضر الانتفاع به . وللشريك الغائب عند حضوره الانتفاع بالشيء الشائع بقدر المدة التي انتفع بها شريكه الحاضر (٣) . وقد يجوز الحكم الاخير استحصاناً لان من شأنه المحافظة على منفعة الشريك الحاضر ومنفعة الشريك الغائب ايضاً (٤) .

(١) انظر : قرار محكمة التمييز ولم ٢٧/ج/٦٨ في ٢٨/٢/١٩٦٨ ، لقضاء محكمة التمييز ، المجلد ٢٨٨ .

(٢) انظر المواد ١٠٧٦ و ١٠٧٧ و ١٠٨٢ من المجلة .

(٣) المادة ١٠٨٢ من المجلة .

(٤) راجع : جل. حيدر ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٩ - ٤٠ .

وإذا اجر احد الشركاء الشيء الشائع دون ان شركائه كان فضوليـ
بالنسبة لحصص شركائه ، فتتعد الاجازة موقوفة على اجازتهم (م ٤٤
مجلة) . فاذا اجازوها نفذت في حقهم ، وان لم يجيزوها بطلت بالنسـ
لهم وظلت نافذة في حصة الشريك المؤجر . اما اذا انقضت مدة الاجار
او انقضى بعضها ولم يجز الشركاء العقد عند علمهم به ، فعلى الشريك
المؤجر ان يدفع لشركائه حصصهم من الاجرة التي قبضها ، سواء كان هؤلاء
حاضرين او غائبين اما اذا لم يكن قد قبض بدل الاجار فلا يلزم ان يؤدي
حصة شركائه من ماله (١)

حماية الشيء الشائع ونفقاته :

٩٤ - اذا كان الشركاء المشتاعون يشتركون في الحصول على منافع الشيء
الشائع ، كل بقدر حصته ، فطبيعي ان يشتركوا كذلك في تحمل نفقات
ادارته والمحافظة عليه كل بقدر حصته كذلك ، سواء انقضت هذه النفقات
باتفاق الشركاء جميعا او بأذن من المحكمة . فقد نصت المادة (١٠٦٧)
من القانون المدني العراقي على أنه : « نفقات ادارة المال الشائع وحفظه
والضرائب المفروضة عليه ومصاريف التكاليف الناتجة من الشروع او المقررة
على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته » . هذه هي القاعدة التي
تحكم مسألة الاشتراك في نفقات الشيء الشائع والتي اقتبسها المشرع العراقي
من المادة (٨٣٦) من القانون المدني المصري وهي المادة الوحيدة التي خصصها
المشرع المصري لهذه المسألة .

اما المشرع العراقي فقد اردف نص المادة (١٠٦٧) بنصوص المادتين
(١٠٦٨ و ١٠٦٩) التي اقتبسها من مجلة الاحكام العدلية ، والتي يبين
منها انه اذا احتاج الشيء الشائع الى التعمير او الترميم « مرمة او عمارة »
كما تقول المادة (١٠٦٨ ف ١) يعمره اصحابه بالاشتراك على مقدار
حصصهم . او يعمره احد الشركاء بأذن الاخرين ويرجع على هؤلاء بمقدار
(١) انظر المادتين ١٠٧٧ و ١٠٨٤ مجلة ، وراجع : منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٣ ، ص ١٨٠ .

ما اصاب حصة كل منهم من نفقات . واذا كان بعض الشركاء غائبا او أبى بعضهم الترميم او التعمير واراد بعضهم ذلك جاز للراغب ان يقوم بالترميم او بالتعمير باذن من المحكمة ، فيقوم هذا الاذن مقام اذن الشركاء الغائبين او الآبين ، فيكون له الرجوع على هؤلاء بقدر حصصهم (م ١٠٦٨) (١) . ولكن ما الحكم اذا هجر احد الشركاء الشيء المشترك بدون اذن من شركائه الآخرين او من المحكمة اذا كان بعض الشركاء غائبا او أبى بعضهم التعمير ؟ لم يورد القانون المدني العراقي حكما خاصا لهذه المسألة . اما مجلة الاحكام العدلية فقد اعتبرت الشريك الذي قام بالتعمير متبرعا لارجوع له على شركائه بشيء (١) .

اما المادة (١٠٦٩) من القانون المدني العراقي فقد قضت بانه : « اذا تهدمت العين الشائعة كليا واراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون فلا يجبر الآبى على العمارة » (٢) . وذلك تطبيقا لقاعدة « لا يجبر احد على هجرة ملكه » . والفرض هنا ان تهدم العين الشائعة كلية بدون تعد من احد . اما اذا كان الهدم بفعل فاعل فانه يلزم بالضمان (التعويض) ومن صور هذا الضمان الزامه باعادة تعمير ما هدم .

الفقرة الثانية

التصرف في الشيء الشائع

اولا - التصرف الصادر من جميع الشركاء :

٩٥ - للشركاء ان يتصرفوا بالشيء الشائع كيفما يشاؤون . وهذا التصرف سواء كان ماديا او قانونيا ، لا بد من اجتماع الشركاء عليه . فلهم ان يتفقوا على هدم البناء المشترك او بناء الارض المشتركة . كما لهم ان يبيعوا الشيء الشائع ويقسموا ثمنه حسب حصصهم . ولههم ان يرهنوه او ان يربحوا

(١) انظر المواد ١٣٠٠ و ١٣٠٨ و ١٣٠٩ من المجلة .

(٢) المادة ١٣١١ مجلة .

(٣) انظر المادة ١٣١٤ من المجلة .

اي حق عيني اخر عليه . وكما يكون للشركاء ان يتصرفوا بالشيء الشائع كله ، فان لهم كذلك اجراء مثل هذه التصرفات في جزء مفرز منه او حصة شائعة فيه . فمن يملك الكل يملك الجزء . والتصرف الصادر من جميع الشركاء تصرف صادر ممن يملكون ابرامه ، كما انه لا يتضمن مساسا بحق اي شريك . مادام الشركاء جميعا قد ارتضوا هذا التصرف .

فاذا كان التصرف الصادر من الشركاء تصرفا نافلا للملكية وورد على الشيء الشائع كله انتهت حالة الشيوع بين الشركاء المتصرفين . واذا ورد مثل هذا التصرف على جزء مفرز من الشيء الشائع خرج هذا الجزء من نطاق الشيوع واقتصرت حالة الشيوع على الاجزاء الباقية . واذا كان التصرف ينقل ملكية حصة شائعة دنجل المتصرف اليه شريكا مشاعا ، يفدر هذه الحصة مع الشركاء الاخرين .

واذا كان للشركاء مجتمعين ان يتصرفوا بالشيء الشائع بترتيب حق عيني اصلي او تبعي عليه ، فيصبح التساؤل عن مصير هذا الحق اذا تمت القسمة ووقع الشيء الشائع ، الذي تقرر عليه الحق ، بنتيجة القسمة في نصيب احد الشركاء ؟

تقضي المادة (١٢٩١ ف ٢) من القانون المدني العراقي بخصوص الرهن التأميني بانه : « ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه ايا كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار الشائع او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته »

وتقضي المادة (١٣٢٩) بشأن الرهن الحيازي بانه : « يجوز رهن المال الشائع رهنا حيازيا وتسرى عليه احكام الرهن التأميني الواردة في المادة ١٢٩١ »

وقد ذهب بعض الفقهاء في مصر بصدد شرحهم للمادة (١٣٩ ف ١) من القانون المصري ، المطابقة للمادة (١٢٩١ ف ٢) من القانون المدني العراقي ،

الى ان القاعدة الواردة في النص المذكور قاعدة استثنائية خرج فيها
المشرع على القاعدة العامة في الاثر الرجعي للقسمة ، ويترتب على
ذلك ان حكم المادة (١٠٣٩ ف ١) لا ينطبق على غير الرهن الرسمي (التأميني)
الا بنص. وذهب البعض الاخر، وهذا مافضله، الى ان القاعدة الواردة
في المادة (١٠٣٩ ف ١) لا تعتبر قاعدة استثنائية، بل هي تطبيق لمبدأ عام
مقتضاه ان كل تصرف يتم بموافقة جميع الشركاء هو تصرف صادر
من يملكه ، ولهذا فانه يبقى نافذاً ايا كانت نتيجة القسمة.

ويترتب على اعتبار الحكم الوارد في هذا النص تطبيقاً للقواعد العامة وليس
حكماً استثنائياً انه يسرى على كل الحقوق التي تترتب. باتفاق الشركاء
جميعاً على الشيء الشائع انشاء الشيوع (١).

التصرف بموافقة اغلبية الشركاء :

٩٦ - واذا كان القانون المدني العراقي قد اعطى في المادتين (١٠٦٤ و ١٠٦٥)
لاغلبية الشركاء سلطة القيام باعمال الادارة، فانه لم يشأ اعطاء الاغلبية
سلطة التصرف في الشيء الشائع، بخلاف القانون المدني المصري وبعض
القوانين المدنية الاخرى. فقد اجازت المادة (٨٣٢) من القانون المدني المصري
لاغلبية الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا
التصرف فيه بشروط معينة وتحت رقابة القضاء.

وعليه فان التصرف في الشيء الشائع لا يصح، في القانون المدني العراقي،
الا باتفاق جميع الشركاء .

ثانياً - التصرف الصادر من احد الشركاء :

٩٧ - ليس من شك في ان لاحد الشركاء ان يتصرف مستقلاً في الملك
المشترك باذن شركائه، سواء اكان هذا التصرف مادياً ام قانونياً. فيجوز

(١) انظر : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ف ١٣ والفقه المشار اليه في ١٨ و ٢٠ ص

١٥٠

لشريك المأذون ان يتصرف في الملك المشترك في حدود الأذن ، ويستوي في ذلك ان يكون هذا التصرف مضراً او لم يكن ، لانه يعتبر أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شركائه .

اما اذا لم يكن الشريك مأذوناً فليس له ان يجري أي نوع من انواع التصرفات . فاذا تصرف الشريك في الشيء كله او في مقدار شائع يزيد على حصته كان تصرفه صادراً من غير مالك بالنسبة الى ما زاد على حصته . فاذا كان هذا التصرف بيعاً ، مثلاً ، وقع البيع ، فيما زاد على حصة الشريك البائع ، موقوفاً على اجازة شركائه الآخرين . فاذا اجازوا اعتبرت الاجازة توكيلاً ، لان الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة ، ويطلبوا الشريك البائع باعتباره فضولياً ، بالبدل ان كان قد قبضه ، واذا لم يجيزوا هذا التصرف فانه يعتبر باطلاً . واذا ملك المبيع قبل الاجازة في يد المشتري فان الشريك البائع باعتباره غاصباً ، يضمن هذا الهلاك لشركائه الآخرين (١) . ولكن قد يتصرف احد الشركاء بجزء مفرز من الشيء الشائع ، بلا اذن من شركائه كأن يبيع احد الشريكين نصف الارض المشتركة لشخص ثالث . فما حكم هذه الحالة ؟

الاصل انه لا يجوز للشريك التصرف في جزء مفرز من الشيء الشائع ولو كان ما تصرف فيه يعادل حصته في هذا الشيء . وهذا ما يتفق مع القواعد العامة في الشبوع ، لان حق الشريك لا يتركز في الجزء المفرز الذي تصرف فيه ، وانما ترد على هذا الجزء ايضاً حقوق الشركاء الآخرين فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء . وعليه يكون هذا التصرف موقوفاً على اجازة شركاء البائع ، فإن اجازوه صح . وقطعاً ، وان لم يجيزوه بطل . اما اذا سكث الشركاء فلم يطلبوا التصرف ولم يجيزوه ، فما هو مصير هذا التصرف بعد القسمة ؟

(١) انظر : المادة ١٢٥ مدني عراقي .

لا اشكال اذا وقع الجزء المقرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة لأنه أصبح يملك وحدة هذا الجزء وليس لغيره من الشركاء حق فيه، ولا معنى لتعليق هذا التصرف على اجازة من احد او اجراء التصرف من جديد. اما اذا لم يقع الجزء المقرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف نتيجة القسمة، فلا يكون التصرف اي اثر لانه سيكون واردا على ملك الغير. وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا الحكم، فقد قضت المادة (١٠٦٢ ف٢) من القانون المدني العراقي على انه: «واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون التصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك». اما القانون المدني المصري فقد قضت المادة (٨٢٦) منه بانتقال حق المتصرف اليه في هذه الحالة من الجزء محل التصرف إلى الجزء الذي آل الى المتصرف نتيجة القسمة.

الفرع الثالث

انقضاء الشيوع بالقسمة

تمهيد :

٩٨ - تنقضي حالة الشيوع بأسباب متعددة كالتيابح بين الشركاء والميراث والشفعة. ولكن اهم سبب من اسباب انقضاء الشيوع هو القسمة. او القسمة النهائية، كما نسمي احيانا تمييزاً لها عن قسمة المهاداة التي تقدم الكلام فيها، وهي كما رأينا قسمة منافع لا تؤدي الى زوال الشيوع وانما هي تنظيم مؤقت يقصد به انتفاع الشركاء بالاشياء الشائعة مع بقاء حالة الشيوع. لذلك فإن الجمع بين القسمة التي تؤدي الى اتمام حالة الشيوع واحكام المهاداة امر محل نظر (١). ولهذا فإن القسمة التي نعنيها هنا هي القسمة التي ترد على الملكية فتؤدي الى زوال الشيوع وهي التي تقصدها اذا اطلقنا اصطلاح «القسمة» مجرداً عن الوصف.

(١) عالج القانون المدني العراقي احكام قسمة الاشياء الشائعة في المواد ١٠٧٠ - ١٠٧٧ تحت عنوان «ازالة الشيوع» والواقع أن هذا العنوان لم يرد فاصراً على احكام القسمة بل جاعلاً لها ولاحكام المهاداة. وهذا التقييم غير دقيق لان المهاداة لا تؤدي كما رأينا الى انتهاء حالة الشيوع. أما القانون المدني المصري فقد عالج القسمة تحت عنوان ادق وهو «انقضاء الشيوع بالقسمة» وذلك في المواد ٨٢٤ - ٨٤٥.

تعريف القسمة :

٩٩ - يمكن تعريف القسمة بأنها عملية تهدف الى انهاء حالة الشروع واختصاص كل شريك بحصة مقرر من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة فيه قبل القسمة (١)

الحق في طلب القسمة :

١٠٠ - القاعدة العامة في التشريعات الحديثة ان لكل شريك ، في منقول او عقار ، الحق في طلب ازالة الشروع او التخلص منه في اى وقت شاء . ذلك ان الملكية الشائعة ليست هي الصورة المثلى للملكية . فتعدد الملاك يؤدي الى مشاكل عديدة من شأنها ان تعوق الانتفاع بالشيء ونصرف كل شريك في حقه كما يريد . ولهذا فان الاصل هو ان لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشروع ومساوئه . وهذا الحق يستند ، الى اعتبارات تتعلق بالنظام العام . ولذلك فان من المقرر انه لا عبرة بتنازل الشريك عن حقه في طلب انهاء الشروع ، ولا بتنفيذ هذا الحق الا اذا كان الشريك مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى شرط او بمقتضى نص في القانون .

وقد نصت على ذلك المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي بقولها : « لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص او شرط . ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين . فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشروع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشروع في حق الشريك وفي حق من يخلفه » (٢) .

فقد يجبر الشركاء على البقاء في الشروع بمقتضى نص في القانون ، كما في حالة الشروع الاجباري الذي نصت عليه المادة (١٠٨١) من القانون المدني العراقي بقولها : « ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوعه اذا نيين من الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب ان يكون دائما على الشروع » .

(١) ولقد عرفها البعض بأنها عملية يراد بها اخراج المالك من الملك الشائع الى ملك خاص يستغل به دون باقي الشركاء ، انظر : حسن علي ذنون المرجع السابق ، ص ٧٤ .

(٢) تقابل المادة ٨٣٤ مدني مصري .

ويجوز ايضا ان يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع بمقتضى شرط .
والغالب ان يرد هذا الشرط في اتفاق بين الشركاء يلتزمون بمقتضاه بالبقاء
في الشيوع مدة معينة ، فلا يجوز لاي منهم خلالها ان يطلب القسمة ، على
ان لا تتجاوز المدة التي يحدونها الخمس سنوات . فاذا اتفقوا على مدة اطول
اعتبر اتفاقهم صحيحا في حدود الخمس سنوات وبطل فيما زاد على ذلك
ما لم يتبين انهم ما كانوا ليرتضوا الاتفاق على البقاء في الشيوع الا لمدة اطول
من خمس سنوات فيبطل الشرط والاتفاق (م ١٣٩ مدني عراقي) . واذا كان
لايجوز الاتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع مدة تتجاوز الخمس سنوات فإن من
الخالص الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة اخرى تبدأ من وقت الاتفاق الجليد.
وكما يجوز ان يرد شرط البقاء في الشيوع مدة معينة في اتفاق بين الشركاء
فانه يجوز ايضا ان يرد في وصية . فتصح الوصية اذن بشي لعدة اشخاص
على الشيوع بشرط عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة لا تتجاوز المدة
التي يحددها القانون ، اذا لم يكن هذا الشرط مخالفا للنظام العام او للاداب (١)
واذا كان شرط البقاء في الشيوع صحيحا فانه يسرى في حق الشريك
وفي حق محله ، سواء كان هذا الخلف عاما او خاصا . ويسرى هذا الشرط
في حق الخلف الخاص سواء كان يعلم او لا يعلم بوجود هذا الشرط وقت
تلقية الحق من سلفة ، وذلك استثناء من القاعدة العامة الواردة في المادة
(١٤٢ ف ٢) من القانون المدني التي تشترط لانتقال الالتزامات الى الخلف
الخاص علمه بها وقت انتقال الشيء اليه (٢) .
ونتكلم بعد ذلك في انواع القسمة وفي اثارها :

- (١) لا مجال للخلاف في القانون العراقي حول صحة ورود شرط البقاء في الشيوع في وصية
وذلك انه اذا كان لمثل هذا الخلاف ان يثور في ظل القانون المدني المصري بسبب ان المادة
(٨٣٤) من القانون المدني المصري لم تجز اجبار الشركاء على البقاء في الشيوع الا
بمقتضى نص أو اتفاق ، فان المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي لم تجز ذلك
الا بمقتضى نص أو (شرط) . والشرط كما يمكن ان يرد في اتفاق ، يمكن ايضا ان
يورد في تصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية (راجع في اختلاف الفقهاء في
مصر : منصور ، الملكية ، ف ٧٥ والفقهاء المشار اليه في ١٥ ص ١٨٩) .
(٢) أنظر : عبد النعم الصده ، المراجع السابق ، ف ١٤٤ ، منصور مصطفى منصور ، المراجع
السابق ، ف ٧٥ .

المطلب الاول

النوع القسمة

١٠١ - اذا اتفق الشركاء على كيفية اقتسام الشيء الشائع بينهم تمت القسمة بموجب هذا الاتفاق ، فتكون القسمة عندئذ انفاقية (او رضائية) . اما اذا لم يتفقوا على ذلك او كان بينهم محجور فان القضاء هو الذي يتولى اجراء القسمة ، وهذه هي القسمة القضائية (١) .

الفقرة الاولى

القسمة الرضائية

١٠٢ - فللشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقتسموا الشيء الشائع بالطريقة التي يرونها (م ١٠٧١ ف ١ مدني عراقي) ، سواء كان هذا الشيء قابلا للقسمة او لم يكن . ولا بد للقسمة الرضائية ان تتم باتفاق الشركاء جميعا . ويسرى على القسمة الرضائية ما يسرى على العقود من احكام تتعلق بشروط الانعقاد والصحة . فاذا غاب احد الشركاء لا تصح القسمة الرضائية الا باجازته . واذا كان بين الشركاء المتقاسمين شخص غير كامل الاهلية ، كالصغير او المجنون ، يتوب عنه وليه او وصيه ، بموافقة مدير رعاية القاصرين المختصة (م ٤٣ فقرة ٨ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠) .

ولا تخضع القسمة الرضائية لاي قيد ، سوى انها ، اذا كان محلها عقاراً ، تخضع لقيد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، شأنها في ذلك شأن اي تصرف يرد على عقار وفق احكام القانون المدني العراقي . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٧١) بأنه : ولا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة الطابو .

(١) اما ما يسمى بالقسمة القانونية ، وهي تحول قسمه المباشرة الى قسمة نهائية على قسم مأمور بنا سابقاً ، فلا يعرفها القانون المدني العراقي ، ولهذا لاننا سوف لا نعرض لها هنا باعتبارها نوعاً من النواع القسمة النهائية .

حماية دائني الشركاء :

١٠٣ - قد يتواطأ الشركاء المتقاسمين على الاضرار بحقوق دائنيهم، كأن يتفق احدهم، اذا كان مديناً، مع شركائه الآخرين على ان يختص بمال سهل اخفاؤه كالنفود او لا يجوز الحجز عليه، او كما لو اتفق شريك مع بقية الشركاء على ان يكون من نصيبه جزء مفرز من الشيء الشائع غير الذي تصرف فيه ببيع مثلاً أثناء الشبوع حتى يفتوتوا على المشتري فرصة حصوله على الجزء المتصرف فيه، إلى غير ذلك من صور التواطؤ بين الشركاء . فاذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ الشركاء بقصد الاضرار بالدائنين، فإن القانون قد هيا مسؤولاء الدائنين ما يمكنهم مسن نفادى نتائج هذا التواطؤ، اذ قضى قسماً

المادة (١٠٧١ ف ٣) بانه : « لدائني كل شريك ان يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم » . وفي اعتقادنا ان هذا النص ليس الا تطبيقاً من تطبيقات دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه التي نظم القانون المدني احكامها في المواد ٢٦٣ وما بعدها .

الفقرة الثانية

القسمة القضائية

١٠٤ - اذا لم يجمع الشركاء على اجراء القسمة رضاء او كان بينهم محجور واراد بعضهم الخروج من الشبوع، فلا يكون امامهم الا ان يلجأوا الى القسمة القضائية التي تبدأ اجراءاتها برفع دعوى القسمة على باقي الشركاء امام المحكمة المختصة . والقسمة القضائية لا تجرى الا بناء على طلب احد الشركاء ، فالمحكمة لا تتدخل في اجراء القسمة من تلقاء نفسها ، وعلى هذا تنص المادة (١٠٧٢ ف ١) من القانون المدني العراقي بقولها : « اذا لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجور فللشريك الذي يريد الخروج من الشبوع مراجعة محكمة الصلح (١) لازالته » .

(١) بعد صدور قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ أصبحت محكمة البداية هي المختصة بدعوى ازالة الشبوع (انظر ايضا المادة (٣١ ف ٢) من قانون المرافعات المدنية المعدل

والاصل في القسمة القضائية ان تتم عينا حيث يختص كل شريك بجزء مفروز من الشيء الشائع . فاذا كان الشيء الشائع لايقبل القسمة العينية ، امرت المحكمة ببيعه في المزاد كي يقسم ثمنه بين الشركاء ، فتكون القسمة حينئذ قسمة تصفية .

اولا - القسمة العينية :

١٠٥ - فاذا تبين للمحكمة ان الشيء الشائع قابل للقسمة فانها تقرر اجراء قسمته عينا . ويعتبر الشيء الشائع قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت المنفعة المقصودة من ذلك الشيء قبل القسمة ، بالنسبة لجميع الشركاء فاذا فأت المنفعة ولو بالنسبة لاحد الشركاء اعتبر الشيء غير قابل للقسمة وبهذا المعنى تقرر المادة (١٠٧٢ ف ٢) من القانون المدني العراقي بانه « ويعتبر المشاع قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة » . فاذا كان الشيء الشائع داراً كبيرة يمكن تقسيمها الى دارين كانت الدار قابلة للقسمة لامكان الانتفاع بها بعد القسمة بنفس المنفعة المقصودة منها قبل القسمة وهي السكنى . اما لو كانت الدار صغيرة بحيث لاتصلح للسكنى بعد قسمتها فانها تعتبر غير قابلة للقسمة وان انتفع بها بعد تقسيمها باستعمالها مخزناً مثلاً الا ان المنفعة المقصودة منها قبل القسمة قد فأت . وكذلك الحال بالنسبة للكتاب والحيوان والسيارة وغير ذلك .

والقسمة العينية تكون ، بحسب المجلة والقانون المدني العراقي ، اما قسمة جمع او قسمة تفريق . على انه يجب ان نلاحظ ان هذين النوعين من القسمة غير قاصرين على القسمة العينية القضائية ، بل ان القسمة العينية رضائية كانت ام قضائية ، يمكن ان تكون قسمة جمع او قسمة تفريق .

١ - قسمة الجمع :

١٠٦ - قسمة الجمع هي جمع الحصص الشائعة في الاعيان المشتركة في قسم منها . فاذا كانت ثلاث سيارات مشتركة بين ثلاثة اشخاص وقسمت بينهم لكل واحد منهم سيارة ، تكون الحصص الشائعة لكل واحد منهم في الثلاث سيارات قد جمعت في واحدة منها .

وقسمة الجمع تجري رضاء في الاعيان المشتركة سواء كانت متحدة الجنس او مختلفة الجنس، ولكنها لا تجري قضاء الا اذا كانت الاعيان المطلوب قسمتها متحدة الجنس. فلا تجوز القسمة القضائية اذا كانت الاعيان المشتركة مختلفة الجنس، فلا يسوغ للقاضي ان يعطى احد الشركاء داراً والآخر دكاناً (١) . ويحلل ذلك بالا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معارضة فتعتمد التراضي دون الجبر وولاية الاجبار للقاضي ثبت على التمييز (٢) . اما اذا كانت الاعيان المشتركة متحدة الجنس، سواء كانت من المثليات كحظنة او ذهب او فضة او زيت ، او من القيميات التي لا تتفاوت افرادها تفاوتاً يعتد به كالغنم والابل والابقار ، فإن قسمتها قسمة جمع قضاء جائزة (٣) . وعلى هذا نصت المادة (١٠٧٤) من القانون المدني العراقي بقولها : «اذا كان المشاع اعياناً منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس يزال الشبوع فيها بقسمتها قسمة جمع» .

٢ - قسمة التفريق :

١٠٧ - اما قسمة التفريق فهي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة بكل جزء من أجزائها في قسم منها، كقسمة الدار المشتركة بين الشريكين فيكون لذلك قد تم بتفريق حصة كل شريك من الدار المشتركة في جزء منها .

- (١) انظر المواد ١١٢٢ و ١٣٢٥ و ١١٢٧ و ١١٢٨ من المجلة والمادة ١٠٧٤ من قانون عراقي .
(٢) راجع صلاح الدين التائي ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ والمادة ١١٣٨ من المجلة .
(٣) انظر المواد ١١٢٢ و ١١٢٣ و ١١٢٤ من المجلة .

كيفية القسمة

١٠٨ - إذا كانت الاعيان المشتركة متحدة الجنس ، أي الاعيان ذات الماهية الواحدة ، والافتاوت بين افرادها ، أو كان بين افرادها تفاوت يسير كبعض القيميات (١) فإن قسمة الجمع في هذه الاعيان تنجرى بفرز بعضها عن بعض ، بالعدد أو بالكيل أو بالقياس أو بالوزن أو بالذرع .

أما قسمة التفريق فتقوم على اساس اصغر نصيب (أقل حصة لشريك) (١) . فلو كانت العين الشائعة ارضا يملكها اربعة اشخاص لاوهم النصف ، والثاني الثلث ، والثالث الثمن ، والرابع الباقي وقدره واحد من اربع عشرين ، فإنه يجب تقسيم هذه الأرض الى ٢٤ حصة ، لان هذا القدر هو اصغر نصيب . فاذا كان تقسيم الأرض الى هذه الأجزاء لا يصطدم مع المنفعة المقصودة منها عدت قابلة للقسمة ووزعت الأرض على الشركاء كل بمقدار حصته . ولا يلزم من مراعاة تساوي الحصص في قيمتها . فاذا كان الاصل ان يختص كل شريك ، بنتيجة القسمة بكامل نصيبه عينا ، فإنه اذا تعذر ذلك يعرض الشريك الذي يحصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل ولو من النقود عما نقص من نصيبه . ولكن يلاحظ انه لا يصار الى هذا المعدل التقديري الا اذا تعذر تعديل حصة هذا الشريك عينا ، أي باضافة جزء من الأرض الى نصيبه (٢) . فاذا اريد قسمة دار ذات طابقين مثلا الى دارين على أن يكون الطابق العلوي لاحد الشريكين والطابق السفلي للشريك الاخر ، ينظر في تعديل القيمة الناقصة في حالة اختلاف قيمة الطابقين ، فيعطى لصاحب الطابق ذي القيمة الأقل ما يعدل قيمة نصيبه . وتجدر الإشارة الى ان العبرة في تكوين الحصص ، ايا كانت طريقة القسمة هي بقيمة الاشياء الشائعة وقت اجراء القسمة ، لا وقت بدء الشروع ولا وقت رفع دعوى القسمة . واذا تم فرز الحصص على الأسس المتقدمة فإنها توزع على الشركاء بطريق القرعة وبتمام التوزيع تتم القسمة (٣) ، ويأخذ كل شريك نصيبه المفرز .

(١) المادة ١٠٧٢ ف ٣ مدني عراقي .

(٢) انظر المادة ١٠٧٢ ف ٣ مدني عراقي .

(٣) انظر المادة ١٠٧٢ ف ٣ مدني عراقي .

ثانياً : - قسمة التصفية :

١٠٩ - رأينا ان للشركاء برضاهم ان يقتسموا الشيء الشائع قسمة عينية أو ان يبيعوه ويقتسموا ثمنه ، ويستوى في ذلك ان يكون الشيء المشترك قابلاً للقسمة أو لم يكن . ولكن قد لا يتفق الشركاء على اقتسام الشيء الشائع ، فيكون لاي منهم مراجعة المحكمة لاجراء هذه القسمة . وفي هذه الحالة تجري المحكمة القسمة بأن تخصص كل شريك بجزء من الشيء الشائع يعادل حصته . ولكن قد يتبين للمحكمة المختصة ان قسمة الشيء الشائع عينا على النحو الذي رأيناه غير ممكنة لان تجزئته إلى اجزاء على أساس أصغر نصيب يضره أو يضيع على الشركاء أو بعضهم المنفعة المقصودة منه ، كما لو كان داراً صغيرة أو سيارة أو مصنفاً ، ان تصدر حكمها ببيعه . وتقسم الثمن على الشركاء كل بمقدار حصته (١) .

فقد نصت المادة (١٠٧٣ ف١) من القانون المدني العراقي على أنه: «إذا تبين للمحكمة ان المشاع غير قابل للقسمة أصدرت حكماً ببيعه» ، ثم تكفلت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة نفسها ببيان الاجراءات الواجبة الاتباع في دعوى ازالة الشيوع بالبيع (قسمة التصفية) .

فتبدأ المحكمة ، بناء على مراجعة المدعي أو أحد الشركاء ، بتقدير بدل المثل بواسطة الخبراء . فاذا قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدّر ، عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء لابتداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبلغهم بذلك . فاذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقدّر ، يبيع الحصة الى الراغبين بالتساوي فيما بينهم . اما اذا رغب احد الشركاء في شرائها ببدل اعلى فتجري المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لاعلى مزاييد (١٠٧٣ م ف٢) . هذا ولا بد من ملاحظة ان رسو المزاد على احد الشركاء في هذه الحالة لا يؤدي الى انتهاء حالة الشيوع

(١) انظر المادة ١٠٣ ف ٤ مدني عراقي .

الا اذا كان الشيء الشائع مملوكا لشريكين فقط. اما اذا كان مملوكا لعدة شركاء فإن رسو المزاد على احدهم سيؤدى فقط الى خروج الشريك المدعي من الشيوع وبقاء حالة الشيوع قائمة بين الشركاء الآخرين.

اما اذا لم يقبل المدعي بالبيع بالبدل المقدر او لم يرغب احد الشركاء في الشراء وبقي المدعي مصراً على طلبه، بيع الشيء الشائع كله بالطريقة المقررة قانوناً، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه (م ١٠٧٣ ف ٣).

ويجوز لاي شخص ان يتقدم للمزايدة. غير ان المادة (٨٤١) من القانون المدني المصري اعطت الشركاء الحق في قصر المزاد عليهم، ولكنها اشترطت ان يطلب الشركاء ذلك بالاجماع. اما المشرع العراقي فلم يعط الشركاء مثل هذا الحق، وحسناً فعل. ذلك ان طلب قصر المزايدة على الشركاء يتضمن اتفاقاً بشأن القسمة، فضلاً عما فيه من خطورة (١).

اما بشأن مانعت عليه المادة (١٠٧٣ ف ٣) من قصر المزايدة على الشركاء فينبغي ان يلاحظ ان القانون هو الذي قرر ذلك ولم يترك الامر لمشية الشركاء. كما ان البيع قاصر على حصة الشريك المدعي وبشرط ان يعرض احد الشركاء شراء هذه الحصة. ببدل اعلى من البدل الذي قدرته المحكمة .

المطلب الثاني

آثار القسمة

١١٠- اهم اثر يترتب على القسمة هو ان يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع بعادل حصته في هذا الشيء بعد ان كان حقه في اثناء الشيوع عبارة عن حصة شائعة في الشيء كله . ولكن من اى وقت يعتبر كل شريك مالكا للجزء المفرز الذي آل اليه؟ هل يعتبر مالكا له من وقت القسمة ام منذ بدء الشيوع؟ الجواب على هذا السؤال يتوقف على معرفة طبيعة القسمة، هل هي كاشفة للملكية ام ناقلة لها؟

(١) انظر : اساميل فام ، حل الملكية ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ف ٩٧ ، منصور مصطفى منصور ، الملكية ف ٧٧ .

ولما كانت القسمة تقوم على أساس المساواة بين الشركاء المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مقرر من الشيء الشائع يعادل نصيبه فيه، كان لابد من معرفة النتائج التي تترتب على ظهور مستحق للشيء الشائع أو لجزء منه بعد القسمة، وتلك التي تترتب على لحوق الغبن الفاحش بأحد الشركاء بنتيجة القسمة.

فنتكلم أولا في طبيعة القسمة، ثم نعقب ذلك بكلمة موجزة في ضمان الاستحقاق وفي اثر الغبن الفاحش على القسمة.

الفقرة الاولى

طبيعة القسمة

١٧١١- كان الفقهاء الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية، على اعتبار ان جميع الشركاء انهاء الشبوع بملكون بمقدار حصصهم في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع فاذا تمت القسمة اصبح كل منهم مالكا وحده لما وقع في نصيبه ولا يكون لغيره من المتقاسمين اى حق في هذا النصيب. ويتحقق ذلك نتيجة مبادلة الاجزاء الشائعة، فكل متقاسم ينزل لغيره عن حصته في انصباة المتقاسمين الاخرين في مقابل نزولهم عما لهم من حصص في نصيبه (١). ويترتب على ذلك انتهاء حالة الشبوع بدون اثر رجعي، حيث يعتبر كل شريك مالكا للجزء الذي آل اليه من وقت القسمة وليس من وقت بدء الشبوع.

ونجت تأثير من الاعتبارات العملية في نطاق القانون المدني والقوانين المالية، وبقيصد استبعاد بعض النتائج غير العادلة التي تترتب على الأخذ بالاثار الناقلة للقسمة، بدأ الفقه والقضاء في ظل القانون الفرنسي القديم إلى التحول من الاثر الناقل إلى الاثر الكاشف للقسمة. وقد أخذ القانون المدني الفرنسي بهذا التصوير الجديد للقسمة، وعنه اخذت التقنيات الحديثة.

(١) راجع في ذلك : جيرار ، دروس أولية في القانون الروماني ، ط ٢ باريس ١٩٠١ ، ص ٢١٠ ، وريير وبولانجييه ، المرسع السابق ، ٢٣ ، ف ٢١١٠ .

ويترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحق لاناقله له انها تقتصر على الكشف عما يملكه الشريك في الشيء الشائع ولا تنتقل اليه حقاً جديداً، ويكون ذلك بأثر رجعي، بمعنى ان الشريك يعتبر مالكا للجزء المفرز الذي آل اليه من وقت أن تملك في الشيوع لامن وقت القسمة، ولا يعتبر، في مقابل ذلك انه قد تملك في اى وقت سوى النصيب الذي آل اليه ولم يملك ابداً شيئاً غيره في باقي انصباة شركائه (١).

ويترتب على الانخذ بالصفة الكاشفة للقسمة وما بصاحب ذلك من اثر رجعي نتائج عديدة اهمها سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز. فهذا الجزء يخلص للشريك خالياً من اثر التصرفات التي صدرت من شركائه الاخرين اثناء الشيوع، ويقع ذلك بحكم الاثر الكاشف للقسمة، لان الشريك يعتبر مالكا لهذا الجزء منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة. أما تصرفات أحد الشركاء في جزء مفرز من الشيء الشائع فتعتبر صحيحة وناقلة بالنسبة اليه، اذا وقع الجزء محل التصرف في نصيبه بنتيجة القسمة لانه يعتبر مالكا لهذا الجزء منذ البداية.

ومما تجدر الاشارة اليه أن فكرة الاثر الكاشف للقسمة وما يصحب ذلك من اثر رجعي قد ظهرت في البداية على سبيل المجاز والافتراض القانوني. فالوارث مثلا يعتبر أنه قد ورث وحده ما آل اليه بنتيجة القسمة وانه لم يرث شيئاً فيما وقع في نصيب غيره من الورثة. وقد تعرضت هذه الفكرة لانتقادات شديدة، ولهذا فقد ظهر في الفقه الحديث اتجاه جديد يأخذ بالاثر الكاشف على سبيل الحقيقة لاعلى سبيل المجاز لانه مستمد من طبيعة القسمة، ويميز بين الاثر الكاشف والاثر الرجعي.

فالاثر الرجعي مجرد افتراض يخالف الحقيقة، فهو لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد حق الشريك خلالها على الشيء الشائع كله (٢).

(١) لوهرى ورو، المرجع السابق، ٢٣، ف ٢٢٥، ٥٣٥، كولان وكابيتان وجوليو دولامور اللير، المرجع السابق، ٢٣، ف ١٦٧، السنهوري الوسيط، ج ٨، ف ٥٧٢.

(٢) انظر: السنهوري، الوسيط، ج ٨، ف ٥٧٥ واللقه المشار اليه في ملش الصفحة ٩٥٧، عبد المنعم الصفة، المرجع السابق، ف ١٦٢، حسن كيرة، المرجع السابق، ف ١٥٢.

وذهب فقهاء آخرون إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة (١). ومهما يكن من أمر هذا الخلاف، فإن مما لا شك فيه هوان القوانين العربية الحديثة تأخذ بفكرة الأثر الكاشف للقسمة مصحوباً بالأثر الرجعي (٢). أما الفقهاء المسلمون فقد نظروا إلى طبيعة القسمة نظرة عميقة ورأوا أن في القسمة معنى للمبادلة ومعنى الإفراز. فهي إذن ذات طبيعة مزدوجة: إفراز من جهة، أي كاشفة، ومبادلة من جهة أخرى، أي ناقلة. وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في المادة ١١٦ بقولها: «والقسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة...».

فالقاعدة في الفقه الإسلامي هي أن القسمة إفراز من جهة حيث تتعين حصة كل شريك في الجزء الذي آل إليه، ومبادلة من جهة أخرى حيث يبادل كل من الشريكين حصته في الجزء الذي آل إلى شريكه بحصة الشريك الآخر في الجزء الذي آل إلى هذا الشريك.

على أن الفقهاء المسلمين عادوا بعد هذا فقرروا تحت تأثير الحاجات العملية بأن جهة الإفراز، أي الصفة الكاشفة، ترجع في المثليات، وأن جهة المبادلة، أي الصفة الناقلة، ترجع في القيميات (م ١١١٧ و ١١١٨ مجلة). وهذا التحليل الدقيق لطبيعة القسمة الذي أدى بالفقهاء المسلمين إلى النظر إليها باعتبارها إفرازاً ومبادلة نجد له نظيراً في الفقه الفرنسي (٣). كما كان المرحوم الأستاذ السهوري (٤) يذهب إلى أن الأثر الحقيقي في القسمة أثر

(١) انظر منصور مصطفى منصور، تحليل أثر لائحة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٦٤، ص ٢٠٣.

(٢) المادة ٨٤٣ من القانون المدني المصري تنص على أنه: «يعتبر المتقاسم مالكا الحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص وهي تعاقب المادة ٧٩٧ من قانون سوري و٨٤٧ من قانون لبناني» وقابل المادة ١٠٧٥ من قانون عراقي.

(٣) انظر: أوبري ورو المرجع السابق، ج ١، ص ١٢٥ و ١٢٨، كولان وكابيتان وجوليو دولامور اندير، المرجع السابق، ج ٣، ص ١١٤٣.

(٤) السهوري الوسيط، ج ٨، ص ٥٧٣ و ٥٧٤.

مزدوج، كاشف وناقل، وأن التاريخ يؤيد هذه الفكرة. غير أنه لما كان هذان الاثران يتعارضان ينبغي تغليب احدهما على الاخر في المواطن التي يحسن فيها، من الناحية العملية، تغليب هذا الاثر.

ولما كانت مقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الاثر الكاشف اهم من تلك التي تستدعي تغليب الاثر الناقل، فقد رجح المشرع العراقي في المادة (١٠٧٥) من القانون المدني الاثر الكاشف على الاثر الناقل بقوله: «ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المقررة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص». وهكذا يتبين بأن القانون المدني العراقي قد احتفظ بصفة المبادلة في القسمة، ولو مرجوحة إلى جانب صفة الافراز الراجحة.

الفقرة الثانية

ضمان الاستحقاق

١١٢ - المبدأ الاساس الذي يحكم القسمة هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين. فلو استحق الجزء الذي آل الى احد المتقاسمين كان معنى ذلك ان هذا المتقاسم لم يحصل على نصيبه او انه حصل على جزء منه فقط، بينما حصل المتقاسمون الآخرون على اكثر من انصائبهم التي يستحقونها. ولهذا قرر المشرع في المادة (١٠٧٦) من القانون المدني ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ماقد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة.

فاستحقاق جزء مفرز اختصاص به احد المتقاسمين، استحقاقا كلياً او جزئياً، لسبب سابق على القسمة لا يتحملها هذا الشريك المتقاسم وحده بل يشاركه في ذلك المتقاسمون الآخرون. فإذا ظهر بعد القسمة مستحق للجزء المفرز الذي اصبغ من نصيب احد الشركاء او لمقدار معين منه كان لهذا الشريك الرجوع على شركائه الآخرين بالتعويض بسبب الاستحقاق. والعبرة في التقدير هي بقيمة المقوم وقت القسمة لا وقت الاستحقاق. ويقسم التعويض

على جميع المتقاسمين، بما فيهم مستحق الضمان نفسه، بنسبة حصة كل منهم في المقسوم. وإذا وجد معسر بينهم، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

وقد زود القانون ما قد يستحق لاحد المتقاسمين من تعويض قبل الآخرين بسبب الاستحقاق بامتياز يرد على جميع الحصص المقررة التي وقعت في نصيب هؤلاء الشركاء (١) .

الفقرة الثالثة

الر الغبن الفاحش على القسمة

١١٣ - تهدف القسمة إلى اختصاص كل من الشركاء المتقاسمين بجزء مقرر من الشيء الشائع يعادل حصته في الشيء .

فللشريك الذي لحقه غبن فاحش من القسمة ان يطلب نقضها فاذا ثبت ذلك تنقض القسمة ، وتجرى من جديد حتى يرتفع الغبن الفاحش وتصبح القسمة عادلة .

فقد نصت المادة (١٠٧٧ ف١) من القانون المدني العراقي على انه :
" يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا ثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن فاحش ... " .

فيتضح من هذا النص ان نقض القسمة بسبب الغبن الفاحش قاصر على القسمة الرضائية (٢) . اما القسمة القضائية فلا تسمع فيها دعوى الغبن ، لان المفروض في هذه القسمة ان اكمل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن (٣) .

(١) انظر المادتين ١٣٧٧ و ١٣٨٠ من قانون مدني عراق .
(٢) وكذلك الحكم في القانون المدني المصري (م ٨٤٥) . اما في المجلة لظمتاسم المليون طلب لنسخ القسمة رضائية كانت أم قضائية . ففي القسمة الرضائية كان الرضاء مبني على اعتقاد العادلة ، وهو الاصل في القسمة ، فبين خلاف ذلك . اما في القسمة القضائية فهذا الطلب جائز ايضا لان اعتبار تصرف القاضي مشروط بالعدالة ، فاذا كان تصرفه غير عادل لزم نسخه (راجع : عل حيدر ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص ١٥٢ ، منير القاضي المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٤٧) .

(٣) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٢ ، ص ١٢٨ .

وطلب نقض القسمة بسبب الغبن الفاحش يثبت للشريك المتقاسم سواء كانت القسمة قسمة منقول او عقار .

وقد اكتفى القانون المدني العراقي بالغبن الفاحش لنقض القسمة استثناء من القاعدة المقررة فيه ، وفي الفقه الحنفي والمجلة ايضا ، حيث يتطلب لنقض بسبب الغبن ان يكون مقترنا بالتغريب ، فيما عدا ما اذا كان المغيبون محجوراً او وجد الغبن في مال الدولة او الوقف (١) . ذلك ان القسمة انما تقوم على اساس من العدالة والمساواة بين الشركاء ، بخلاف البيع وسائر العقود التي تقوم على اساس من المساومة بين اطرافها .

ويكون الغبن فاحشاً ، بحسب الفقرة الثانية من المادة (١٠٧٧) اذا كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار او زيادة (٢) . ويلاحظ أن هذا المعيار المادي الذي يستند إلى نسب حسابية منضبطة ، لا يؤدي في كثير من الأحيان الى رفع الغبن . وخير من ذلك ، في اعتقادنا هو المعيار السائد في الفقه الحنفي والذي يعتبر بمقتضاه الغبن فاحشاً اذا كان مما لا يدخل تحت تقوم المقومين (٣) . وحرصاً على استقرار القسمة وعدم تعرضها للنقض مدة طويلة ، اوجبت المادة (١٠٧٧ ف ١) ان ترفع الدعوى خلال ستة اشهر من انتهاء القسمة . وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ، وبالتالي لا يبرد عليها لاوقف ولا انقطاع . والدعوى هي ، كما رأينا ، دعوى نقض القسمة ، وليست دعوى تكملة النصيب . على أن المشرع قد هباً للمدعى عليه ، وهم المتقاسمون الاخرون ، وسيلة يستطيع اذا لجأ اليها ، ان يوقف سير الدعوى ويمنع اجراء القسمة من جديد اذا هو أكمل للمدعي نقداً او عيناً ما نقص من حصته (م ١٠٧٧ ف ١) .

- (١) انظر المادتين ١٢١ و ١٢٤ مدني عراقي ، والمواد ٣٥٦ - ٣٦٠ مجلة .
(٢) ولد التمييز القانون المدني العراقي هذا المعيار الحسابي من المادة ١٦٥ مجلة وأصناف الى ربع العشر في الدراهم .
(٣) للتفصيل راجع كتابنا الوجيز في العقود المسماة ، ج١ ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ف ١٥٤ وما بعدها .

المبحث الثاني صورة خاصة من الملكية الشائعة

تمهيد :

١١٤ — للملكية الشائعة ، في القوانين الحديثة ، صور معينة تتميز ببعض الأحكام الخاصة مما يستدعي التصدي لها بالبحث . وأهم هذه الصور هي الشيوع الاجباري وملكية الأسرة ، والاجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق ، والحائط الفاصل المشترك .

اما القانون المدني العراقي ، فهو ، بعد ان نظم الملكية الشائعة بوجه عام ، تناول بنصوص خاصة بعض صور الملكية الشائعة . فوضع في المادة (١٠٨١) المبدأ العام في الشيوع الاجباري ، ثم نظم ملكية العلو والسفل والحائط المشترك والطريق الخاص المشترك . اما ملكية الأسرة التي عالج القانون المدني المصري احكامها في المواد (٨٥١ — ٨٥٥) فلم يأخذ بها القانون المدني العراقي . وهذه الصورة من صور الملكية الشائعة ، التي استحدثها المشرع المصري عن القانون المدني السويسري ومشروع القانون المدني الايطالي ، تخضع بصورة عامة إلى القواعد التي تحكم الملكية الشائعة فيما عدا ما يتصل بالتصرف في هذه الملكية وبادارتها من أحكام خاصة .

وستتناول بالبحث الشيوع الاجباري حيث نعرض لاحكامه العامة وللتطبيقات اللذين نظمهما القانون المدني العراقي وهما الحائط الفاصل المشترك والطريق الخاص المشترك.

الفرع الاول الشيوع الاجباري

١١٥ - تنص المادة (١٠٨١) من القانون المدني العراقي على انه : «ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوعه اذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال انه يجب ان يكون دائما على الشيوع». وهذا هو النص الوحيد الذي خصصه المشرع العراقي للاسكام العامة للشيوع الاجباري (١).

ويتضح من هذا النص ان ما يميز الشيوع الاجباري عن الشيوع العادي هو الغرض الذي أعد له الشيء الشائع. فاذا كان هذا الغرض يستلزم ان يبقى الشيء على الشيوع دائما، كان الشيوع اجباريا، ويترتب على ذلك انه لا يجوز للشركاء طلب ازالة شيوعه. ومعرفة ما اذا كان الغرض الذي أعد له الشيء الشائع يقتضي بقاء هذا الشيء دائما على الشيوع ام لا مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع.

والشيوع الاجباري على نوعين : اصلي ونهبي :

فالشيوع الاجباري ينحقق بالنسبة للاشياء التي تخصص ، مستقلة ، لخدمة او استعمال جماعة من الافراد بصورة دائمة ، كمدافن الاسرة ووثائقها وصورها. اما الشيوع الاجباري النهبي ، وهو الاكثر أهمية من الناحية العملية ، فيتحقق بالنسبة للاشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات او اجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة. وقد عني المشرع العراقي بتنظيم حالتين من حالات الشيوع الاجباري النهبي وهما الحائظ المشترك (المواد ١٠٨٧ - ١٠٩٢) وحالة الطريق الخاص المشترك (المواد ١٠٩٣ - ١٠٩٧) . على ان هناك حالة اخرى لم يعن القانون المدني بها رغم

(١) وكذلك الحال في القانون المدني المصري حيث تنص المشرع على النص في المادة (٨٥٠) باله : «ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا قسمته اذا تبين في الغرض الذي أعد له هذا المال انه يجب ان يبقى دائما على الشيوع» .

اهميتها وهي حالة الاجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق (١) الى جانب حالات اخرى كالابار والقناطر والمساقى التي تخصص لخدمة عقارات يملكها الشركاء ملكيات مفرزة .

واذا كانت القاعدة الامامية التي يتميز بها الشيوع الاجباري عن الشيوع العادي كما نصت عليها المادة (١٠٨١) من القانون المدني العراقي هي عدم جواز طلب ازالة شيوع المال الشائع، فان هناك احكاما اخرى تعيز الشيوع الاجباري يمكن استخلاصها من الخاصة المميزة لهذا الشيوع وهي اعداد المال الشائع ليقى على الدوام في الشيوع وبلاستعانة بالاحكام التفصيلية التي نص عليها القانون بشأن حالات الشيوع الاجباري التي عني بتنظيمها. ف فيما يتعلق بسلطة التصرف في الحصة، لايجوز للشريك ان يتصرف في حصته تصرفا يتعارض مع الغرض الذي اعد له. اما في الشيوع العادي، فقد رأينا ان للشريك ان يتصرف في حصته بمختلف انواع التصرفات لشريك او لغير شريك.

وفيما يتعلق بسلطة الاستعمال للشريك ان يستعمل الشيء الشائع على نحو لايتعارض مع الغرض الذي خصص له هذا الشيء ، ولايضر بالشركاء الاخرين. فللشريك، في حدود هذين القيدين، ان يستعمل الشيء كما لو كان يملكه ملكية مفرزة.

اما فيما يتعلق بنفقات الشيء الشائع، فقد رأينا ان القاعدة في الشيوع العادي هي ان يتحمل كل شريك في هذه النفقات بقدر حصته. اما بالنسبة للشيوع الاجباري فهناك قاعدتان: الاولى هي القاعدة السابقة، وقد طبقها المشرع بالنسبة لنفقات الخاطئ المشترك، والثانية، هي الاشتراك في تحمل النفقات بنسبة قيمة ما يملكه الشركاء من ملكيات مفرزة والتي اعد الشيء الشائع لخدمتها، وهذه القاعدة هي التي تطبق عادة بالنسبة لنفقات الاجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق.

(١) على ان المشرع العراقي قد اشار الى هذه الاجزاء في المادة ٢٩٢ ف ١ من قانون التسجيل العقاري كما سنرى .

الفرع الثاني الحائط المشترك

١١٦ - إذا فصل حائط بين عقارين فانه قد يكون حائطا مشتركا، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب احد العقارين. فالحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين ويملكه صاحباها على وجه الشئوع. وينشأ الحائط مشتركا اذا اقامه الجاران بين عقارهما بالاتفاق، او كان احدهما قد اقامه ثم شارك الاخر فيه.

وقد اقام القانون في المادة (١٠٩١) قرينة على الاشتراك في ملكية الحائط بالنص على انه: «الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما مالم يتم الدليل على خلاف ذلك». ويتبين من ذلك انه يشترط لاعمال هذه القرينة تحقق شرطين:

الاول، ان يكون الحائط فاصلا بين بنائين. فلا يفترض الاشتراك في ملكية الحائط اذا كان يفصل بين ارضين غير مبنتين، او بين بناء وارض غير مبنية سواء كانت قضاء او مزروعة.

والثاني ان يكون الحائط فاصلا بين البنائين من وقت انشائه. فلا يفترض الاشتراك في ملكيته اذا اثبت احد المالكين انه كان قد بنى ملكه، ثم بنى بعد ذلك المالك الاخر مستترا ببناء الاول.

فاذا تحقق هذا الشرطان افترض الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل للمالكين البنائين حتى مفرقهما، اي حتى اعلى جزء من البناء المنخفض. ولكن هذه القرينة يمكن اثبات عكسها. فيجوز لاي من المالكين ان يثبت عكسها. فيجوز لاي من المالكين ان يثبت انه قد بنى الحائط كله في ملكه وعلى نفقته. اما اذا لم يتحقق شرطا القرينة، فعلى من يدعي الاشتراك في ملكية الحائط ان يثبت ذلك وفقا للقواعد العامة، كأن يثبت مالك الارض القضاء ان الحائط قد اقيم بتفقات مشتركة على جزء من ملكه وجزء من ملك الجار.

فاذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط، سواء بمقتضى القرينة التي اقامها القانون في المادة (١٠٩١)، او بدليل اقامه المدعي، فيكون الشبوع في الحائط جبريا. وبالتالي لا يجوز لاي من المالكين طلب قسمته ولا التصرف في نصيبه مستثلا عن العقار الذي يملكه. وهذا الحكم، وان لم ينص عليه المشرع العراقي صراحة في النصوص التي نظم بها احكام الحائط المشترك وذلك على عكس ما فعل بالنسبة للطريق الخاص المشترك كما سنرى، فإن الغرض الذي اعد له الحائط المشترك يقتضي ان يبقى هذا الحائط على الشبوع دائما، وبالتالي فلا يجوز طلب قسمته او بيع احد الشركاء نصيبه فيه مستثلا عن العقار الذي يملكه.

احكام الحائط المشترك :

١١٧ - تقتضي المادة (١٠٨٧) من القانون المدني العراقي بانه : ١٥ - لكل من الشريكين في الحائط المشترك ان يضع عليه اخشابا او غيرها بقدر ما لشريكه بشرط الايجاوز كل منهما ما يتحملة الحائط . وليس لاحد منهما ان يزيد في ذلك بدون اذن الاخر ٢٠ - واذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له عادة فتفق اصلاحه او تجديده على الشريكين مناصفة .»

فيتبين من ذلك ان لكل من مالكي الحائط المشترك ان يستعمله في الغرض الذي خصص له دون الاضرار بالاخر. ومن بين الاغراض التي يخصص لها الحائط حمل الأسقف، ولهذا فانه يجوز لكل من المسالكين ان يضع فوق الحائط (الاخشاب) او غير ذلك من العوارض التي يسند اليها سقفه بقدر ما للمالك الاخر وذلك بشرط عدم تحميل الحائط فوق طاقته . ومن اغراض الحائط ايضا ان يستتر به المجازان كل من الاخر، ولهذا فلا يجوز لاي منهما ان يفتح في الحائط بابا أو نوافذ .

وإذا احتاج الحائظ إلى صيانة أو ترميم أو تجديد فتكون نفقات ذلك على الشريكين مناصفة (١). وإذا وهي حائظ مشترك وخيف سقوطه وأراد أحد الشريكين هدمه وامتنع الآخر فيجبر الآبي على الهدم (م ١٠٨٨ ف ١) وكانت النفقات مشتركة بينهما . وأما إذا لم يخف من سقوط الحائظ المشترك ، وأراد أحد الشريكين هدمه وامتنع الآخر ، فيمنع من يريد الهدم ، فإن فعل ذلك يكون قد تصرف في ملك الغير بدون إذنه ويكون بحسب الاصل ، ضامنا طبقا لقواعد ضمان ائتلاف ملك الغير (٢). وإذا انتهزم الحائظ بلا هدم ، وأراد أحد الشريكين إعادة بنائه وامتنع الآخر ، يجبر الآبي على البناء ، ويجوز للشريك الآخر ، بإذن من المحكمة ، ان يعيد بناءه وان يرجع على الآبي بنصيبه من نفقات البناء (م ١٠٨٨ ف ٢) أما إذا كان هدم الحائظ أو ائتلافه بخطأ أحد الشريكين فإن نفقات اصلاح الحائظ أو إعادة بنائه على الشريك المخطئ وحده وفق احكام القواعد العامة .

تعليق الحائظ المشترك :

١١٨ - تتخذ مسألة تعليق الحائظ المشترك أهمية خاصة في الحياة العملية. وبالنظر لما قد تثيره التعليق من منازعات ، فقد حرص المشرع على تنظيمها بنصوص خاصة . فهو ، بعد ان قرر في الفقرة الأولى من المادة (١٠٨٩) القاعدة القاضية بعدم جواز تصرف أحد الشريكين في الحائظ المشترك بتعليق أو زيادة في البناء ، عاد واستثنى في الفقرة الثانية من المادة نفسها حالة ما إذا كان لأحد الشريكين مصلحة جدية في تعليق الحائظ المشترك ، فاعطى لهذا

(١) هذا ما نصت به المادة ١٠٨٧ ف ٢ من القانون المدني العراقي . وقد كان الاول بالمشرع ان يقرر بان هذه النفقات يتحملها الشركاء كل بمقدار حصته ، ولذا هو ما نصت عليه المادة (٨١٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٣٦٨) من المجلة . وهذا الحكم هو الذي يتشى مع القاعدة العامة المقررة في الشيوع وهو ايضا أكثر عدالة والقرب الى المنطق، وان كان المشرع العراقي على ما يبدو قد نظر إلى الواقع العملي ، حيث من النادر ان تختلف حصص الشركاء في الحائظ

(٢) انظر المادة (١٧٨) من قانون المدني العراقي ، والمادة ٩١٨ من المجلة.

الشريك الحق في التعلية بشرط الا يكون من شأنها ان تلحق بالشريك ضرراً
بليغاً . فلا يجوز هدم الحائط لاعادة بنائه اذا كان بناء الشريك الاخر مستندا
إلى الحائط بحيث يترتب على هدمه هدم البناء او احداث خلل به . وقد فرق
المشرع بشأن حق التعلية بين حالتين :

(١) حالة ما اذا كان الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية دون حاجة إلى
اعادة بنائه وفي هذه الحالة يتحمل الشريك الذي يريد التعلية وحده نفقات
الجزء المعلق مضافاً إليها النفقات التي تستلزمها التعلية في السفل ، أي الجزء
المشترك ، لجعله صالحاً لتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية ، دون ان
يفقد هذا الجزء شيئاً من متانته .

(٢) حالة ما اذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية فيقتلّب الأمر
اعادة بنائه من جديد ، وفي هذه الحالة يتحمل الشريك الذي يريد التعلية
جميع نفقات هدم الحائط واعادة بنائه ، واذا اقتضي الأمر زيادة سمك
الحائط فتكون الزيادة بحسب الأصل ، من ارض الشريك الراغب في التعلية
ولا يكون له الحق في مطالبة الشريك الاخر بشيء من ثمن الجزء الذي شغل
من ارضه في زيادة سمك الحائط . فاذا تقرر ذلك وكان لابد أن يشغل الحائط
جزءاً من ارض الشريك الاخر ، التزم الراغب في التعلية بتعويض شريكه
عما شغل من ارضه .

واذا تمت التعلية فإن الجزء غير المعلق من الحائط يظل ملكاً مشتركاً
دون أن يكون للشريك الذي قام بالتعلية مطالبة الشريك الاخر بأي تعويض
عما زاد في قيمة الحائط بسبب تقويته او اعادة بنائه . اما الجزء المعلق من
الحائط فيكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعلية . على أن المسادة (١٠٩٠)
قد اعطت الجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية الحق في الاشتراك في الجزء
المعلق اذا هو دفع نصف جميع نفقات التعلية بما فيها ما انفق على السفل
لتقويته او اعادة بنائه وقيمة ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة

التملك ان كانت هناك زيادة . ولهذا الجار ، طبقا للمادة (١٠٩٤ ف ١) ، ان يجبر الشريك الذي قام بالتعليه على أن يكون شريكا في الجزء المعلق اذا دفع نصيبه مما اتفق عليه .

ويبقى حق الجار في الاشتراك في الجزء المعلق ، تطبيقا لنص المادة (١٠٩٥) ، مما بقي سببه ، وهو الاشتراك في السفل ، وبالتالي فإنه لا يسقط بالتقدم .

الحائط الفاصل غير المشترك :

١١٩ - تقضي المادة (١٠٩٢ ف ١) من القانون المدني العراقي بأنه : «لا يجوز للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط او غيره على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه ، أو من الأرض القائم عليها الحائط الا في الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠ ف ١)» .

فيتضح ان هذا النص يقرر في شأن الحائط الفاصل غير المشترك (٢) ، اي الحائط المملوك ملكية محالصة لاحد الجارين ، امرين هما :

١ - ليس للجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه : فليس للجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه او تسويره . فالمالك حر في تحويط ملكه او عدم تحويطه . ولمن يريد من الجارين ذلك فله ان يفعل ، ولكن دون ان يجبر جاره على المساهمة في ذلك . فاذا بنى حائطا بينه وبين جاره ، بناء على نفقته وعليه وحده ان يقوم بصيانته .

٢ - ليس للجار ان يطلب الاشتراك في حائط جاره : فكما لا يجوز للجار ان يجبر جاره على المساهمة في الحائط الفاصل الذي أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز له ان يجبر الجار الذي اقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط .

(١) وقد نقل القانون العراقي هذا النص من المادة ٢٩ من مرقمة الحيران .

(٢) ويجب عدم الخلط بين هذا الحائط الفاصل غير المشترك وبين الحائط المشترك من جهة ، والالتزام بوضع الحدود من جهة أخرى ، وقد تقدم بيان ذلك .

او في الأرض التي اقام عليها الحائط ولو عرض عليه ان يدفع له نصف النفقات او حتى كلها (١).

وقد استثنت المادة (١٠٩٢ ف ١) من حكمها الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠). وهذه المادة: تخول، كما رأينا، الجار الذي لم يساهم في نفقات تغطية الحائط المشترك ان يصبح شريكا في الجزء المعلق اذا هو دفع نصيبه مما اتفق عليه.

ويضيف القانون الى الاحكام المتقدمة، حكما آخر بمقتضاه لا يكون للمالك الحائط الذي يستتر به الجار ان يهدمه دون علم قوى. فقد جاء في المادة ١٠٩٢ ف ٢: «ومع ذلك ليس للمالك الحائط ان يهدمه مستترا دون علم قوى ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط». ولكن يجب حتى تنقيد سلطة المالك في هدم حائطه ان يكون مستترا بهذا الحائط، بحيث يكون ملك هذا الجار مسورا من ثلاث جهات، والجهة الرابعة هي التي يستتر فيها بالحائط، ثم يجب ان يكون هدم الحائط دون علم قوى. فاذا كان لصاحبه علم قوى كما لو اراد هدم منزله لاعادة بنائه فمن حقه هدمه ولو كان جاره مستترا به. ويجب اخيرا ان يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذي يستتر به كأن ينكشف ملكه من إحدى جهاته بحيث لم يعد في استطاعته صون كرامة منزله واستر مقر نسائه.

(١) والذي يقرره القانون المدني العراقي يعالف ما هو مقرر في القانون المدني الفرنسي .
للمادة ٦٦٣ من هذا القانون تجوز للجيران في المدن والقرى اجبار جيرانهم على الامة ما يحيطون به مساكنهم وحدائقهم وأبنيتهم حتى يأمنوا لفسول الناس وحيث العائشين ومطبخ الاوصاف ، وهذا ما يسمى بالتحويط الجبري .

الفرع الثالث

الطريق الخاص المشترك

١٢٠ - لم يعرف القانون المدني العراقي الطريق الخاص المشترك . اما مجلة الاحكام العدلية فقد عرفت المادة ٩٨٦ منها الطريق الخاص بقولها : «الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ» فالطريق الخاص هو اذن بحسب المجلة الزقاق الذي لا ينفذ إلى الطريق العام من طرفين . ويلاحظ على هذا التعريف بانه ليس جامعاً ولا مانعاً . اذ ان ليس كل زقاق لا ينفذ يعتبر طريقاً خاصاً ، كما ان الطريق الخاص لا يصبح طريقاً عاماً فيما لو فتح اصحابه منفذاً له فاتصل بالطريق العام (١) . فالعبارة ليست بانحباس الزقاق عن الطريق العام وانما هي بخدمة هذا الزقاق للمقارنات التي تقع عليه . وعلى هذا يمكن تعريف الطريق الخاص بانه «الطريق الذي يكون ملكاً لاصحابه والذي يخصص لخدمة المقارنات التي تقع عليه» .

احكام الطريق الخاص :

١٢١ - بما ان الطريق الخاص ملك لاصحابه فان حق المرور فيه قاصر على اصحاب المقارنات الواقعة عليه ، ولهذا لا يكون لغير هؤلاء حق المرور فيه في الظروف الاعتيادية . اما في حالة الازدحام فيكون للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص للضرورة . كما لا يجوز لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص ان يفتح اليه باباً (١٠٩٧ ف ١ مدني) (٢) . لان الطريق ملك لاصحابه فلا يجوز لغيرهم التصرف فيه بغير اذنهم . اما اصحاب الطريق فلهم ان يفتحوا اليه من الابواب ماشعوا . لان فتح الابواب ليس تصرفاً في الطريق الخاص ، بل في الجدار المملوك لاصحابه .

(١) انظر على حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٣ ، ٥٩٤ ، منير القاسبي ، المرجع السابق ، ص ٢٣ ،

من ١٠٥ .

(٢) تقابل المادتين ١٢١٩ و ١١٢٢ مجلة .

وقد تمت المادة (١٠٩٧ ف٢) على الشركاء في الطريق الخاص ان يسلموا مدخله بقولها: «ومع ذلك يجوز للمارين في الطريق العام الدخول الى الطريق الخاص عند الازدحام. ولا يجوز لأصحاب الطريق الخاص ان يسلموا مدخله (١). فيفهم من هذا النص ان علة منع أصحاب الطريق الخاص من سد مدخله هي حق الناس في المرور فيه عند الازدحام.

ولما كان الطريق الخاص مملوكاً لمن له حق المرور فإن حقهم هذا لا يسقط بعدم الاستعمال. فإذا سدد احدهم بابه الذي له على الطريق الخاص وفتح باباً على الطريق العام واستعمله للمرور مدة طويلة تزيد على خمس عشرة سنة، فإن حق مروره في الطريق الخاص لا يسقط، فله ولخلفه العام والخاص، ان يعيد فتح الباب الأول. وإذا باع المالك عقاره لمشتري، فيجوز لهذا المشتري، باعتباره خلفاً خاصاً للمالك البائع، ان يعيد فتح الباب (م ١٠٩٤ مدني عراقي (٢).

والطريق الخاص مملوك لأصحابه على الشيوع. فليس لأحد أصحابه ان يتصرف فيه من غير اذن شركائه، سواء كان هذا التصرف مضرراً أو غير مضر (م ١٠٩٣ مدني (٣) لان كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة شريكه. فلاصحاب الطريق حق المرور فيه واجراء مايعتبر من امور السكنى اما الأشياء التي لا تعد من امور السكن فليس لأحد اصحاب الطريق اجرائها الا باذن من سائر شركائه سواء كان ذلك مضرراً أو لم يكن (٤). فليس لأحد الشركاء ان يحدث في داره ميزاباً على الطريق الخاص أو يخرج عليه ظله أو نحو ذلك بدون اذن شركائه الآخرين.

(١) ولد اقتبس المشرع العراقي هذا الحكم من المجلد الثاني من المادة ١٧٢٢ منها على انه للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام فلا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص أن يبيعوه ولو انفقوا ولايسوغ أن يقسموه بينهم ولا يجوز أن يسدوا فيه .

(٢) تقابل المادة ١٢٢٢ مجلة .

(٣) تقابل المادة ١٢٢ مجلة .

(٤) راجع : عل حيدر ، المراجع السابق ، ج٢ ، ص ٣٤٩ ، منير القاسبي ، المراجع السابق

ص ١١٢ .

وبالنظر الى ان الطريق الخاص المشترك يترك ليكون مسلكا للدور المحيطة به فإن ذلك يقتضي ان يبقى هذا الطريق على الشيوع دائما ، ولهذا فإنه لايجوز طلب قسمته ، ولايجوز لاي من الملاك التصرف في نصيبه مستقلا عن العقار الذي يملكه. وعلى هذا نصت المادة (١٠٩٦) من القانون المدني العراقي بقولها : «لايجوز قسمة الطريق الخاص المشترك ولايبعه مستقلا » .

نفقات الطريق الخاص :

١٢٢ - تقضي المادة (١٠٩٥) من القانون المدني العراقي بانه : «تعمير الطريق الخاص على الشركاء فيه ، على ان يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التي في مدخل الطريق في نفقات التعمير التي تعود الى حصته وهو لا يشارك أحداً منهم وهكذا حتى ينفرد صاحب الدار التي في منتهى الطريق بنفقات التعمير التي تعود الى حصته بعد ان يشترك مع سائر الشركاء في نفقات التعمير التي تعود الى حصصهم» .

المبحث الثالث

ملكية العلو والسفل

(ملكية الطبقات والشقق)

١٢٣- ينشأ هذا النوع من الملكية باسباب مختلفة، كأن تكون هناك دار ذات طابقين مملوكة لشخص واحد فيبيع احد الطابقين لشخص آخر ويحتفظ لنفسه بالطابق الاخر، او يبيع الدار لشخصين لكل منهما احد الطابقين، او يوصى الاب لكل من اولاده بطابق او شقة في البناء الذي يملكه، او يجتمع عدد من الاشخاص ويكونوا جمعية بقصد بناء العقارات او شرائها لتوزيع اجزائها عليهم.

وقد قدمنا ان القانون المدني العراقي قد اخذ بنظام استمده من الفقه الاسلامي والمجلة (١) وهو نظام ملكية العلو والسفل ونظم احكامه في المواد (١٠٨٢-١٠٨٦). اما القوانين المدنية العربية الاخرى فقد اعتمدت نظاما آخر، هو نظام ملكية الطوابق والشقق، استمدت احكامه من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ حزيران ١٩٣٨ ومن احكام القضاء في فرنسا ومصر الى جانب بعض الاحكام التي اقتبستها من الفقه الاسلامي.

على ان المشرع العراقي قد استحدث في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ نظام ملكية الطوابق والشقق ونظم احكامها في المواد (٢٩٠-٢٩٧) منه.

فيتضح من ذلك ان المشرع العراقي قد وضع لاحكام ملكية الطبقات نظامين مختلفين: «الاول» وهو نظام العلو والسفل المعروف في الفقه الاسلامي والمجلة، و «الثاني» وهو نظام الطوابق و الشقق الذي يعتمد اساسا على النظام المقتبس من القانون الفرنسي. ولاشك في ان هذا الوضع غير سليم، اذ ينبغي تنظيم احكام ملكية الطوابق والشقق في تشريع واحد تنظيما كاملا.

(١) انظر المواد ١١٩٢ و ١١٩٣ و ١٢١٤ من المجلة والمواد ٦٤ - ٦٨ من مرشد طهران.

وهكذا يتعين علينا ان نبحث اولاً في ملكية العلو والسفل، ثم في ملكية الطوابق والشقق ثانياً. صحيح ان الاحكام التي وردت في قانون التسجيل العقاري بشأن ملكية الطوابق والشقق اقتصرت على القواعد الشكلية وقضايا التسجيل، فاننا سنحاول مع ذلك الاشارة الى اهم الاحكام الموضوعية لهذا النوع من الملكية بالقدر الذي تسمح به هذه الدراسة.

الفرع الاول

ملكية العلو والسفل

١٢٤ - يقوم هذا النوع من الملكية، وفقاً للتصوير الذي اخذ به القانون المدني العراقي على اساس من ملكية مفروزة هي ملكية الطبقات (العلو والسفل) التي يشتمل عليها البناء او الدار، وملكية شائعة في الاجزاء المعدة للاستعمال المشترك اذا تبين من سندات الملك ذلك. فنبحث في حقوق والتزامات الملاك في هذين النوعين من الملكية.

المطلب الاول

حقوق والتزامات الملاك في الملكية المفروزة

١٢٥ - تقوم ملكية العلو والسفل على اساس ان كل مالك يملك طابقاً، علواً او سفلاً. ملكية خالصة. ارضاً وستفا وجدراناً وابواب ونوافذ. فمالك العلو او السفل يملكه بجميع اجزائه حتى الاجزاء المعدة للاستعمال المشترك مما يقوم الدليل على خلاف ذلك (١). فملكية العلو او السفل التي يحتويها البناء او المنزل ملكية مفروزة يملكها على وجه الاستقلال ملاك متعددون، فهي غير مشاعة بين ملاك الطبقات المتعددة، وان كان من الجائز ان يكون الطابق مملوكاً على الشيوع لملاك متعددين.

وحيث ان كل مالك يملك على وجه الاستقلال عاونه او سنده، فيكون له مالهائه في الملكية التامة المفروزة من حقوق. فله ان يستعمله بنفسه او

(١) راجع : منير القامسي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٨٧، شاكراً ناصر، المرجع السابق.

ان يستغله بتأجيريه، وله ان يتصرف فيه ببيع او هبة او رهسن او وصية او بغير ذلك من انواع التصرفات دون ان يتوقف ذلك على اذن او اجازة من الملاك الاخرين. وله ان يجري في ملكه ماشاء من تعديل او تحسين . وكما ان كل طابق ينقسم اليه البناء يكون مملوكا ملكية مستقلة لاحد الاشخاص فيكون له وحدة الملاك من حقوق، فإن عليه وحده بضع عبء ما يقتضيه ملكه من نفقات .

فحق كل مالك هو حق الملكية التامة المفردة ولكن يتعلق بها حق الغير. ذلك ان الوضع الخاص الذي يربط ما بين العلو والسفل فيجعل احدهما يتأثر بما يجري في الاخر يقتضي فرض قيود والتزامات على ملكية صاحب العلو وصاحب السفل لصالح الاخر . وتتفرع هذه الالتزامات من حق القرار الدائم للعلو على السفل المعروف في الفقه الاسلامي ومجلة الاحكام العدلية (١) . وقد اخذ القانون المدني العراقي هذه الالتزامات عن المجلة (٢) .

فتكلم في التزامات صاحب السفل اولا ، ثم في التزامات صاحب العلو

اولا - التزامات صاحب السفل :

١٢٦ - يشين من قراءة نصوص المواد (١٠٨٤ و ١٠٨٥ و ١٠٨٦ ف٢) من القانون المدني العراقي ان صاحب السفل يلتزم بما يأتي:

(١) القيام بالاعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو :

١٢٧ - فالالتزام الاول الذي يلتزم به صاحب السفل هو ان يقوم بالاعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو كصيانة السقف وترميمه او صيانة الاعمدة التي تحمله . وهذه الاعمال والترميمات التي يلتزم بها صاحب السفل هي الاعمال الخاصة بالسفل نفسه، فلا يلتزم صاحب السفل باجراء اي عمل في العلو نفسه لمنع سقوطه .

(١) راجع : الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

(٢) اظهر المادتين ١١٩٢ و ١٢١٥ من المجلة .

وإذا اخل صاحب السفل بالتزامه هذا وترتب على ذلك تهديد بسلامة العلو، جاز لصاحب العلو ان يقوم بذلك بإذن من صاحب السفل او بإذن من القضاء على نفقة صاحب السفل.

ولصاحب العلو ان يرجع على صاحب السفل بما اتفق به بالقدر المعروف ولصاحب العلو كذلك ان يقوم بهذه الاعمال ولو بدون استئذان المحكمة او صاحب السفل، ولكنه في هذه الحالة لا يستطيع الرجوع على صاحب السفل الا بالاقل من قيمتي البناء وقت البناء او وقت الرجوع.

ويكون لصاحب العلو لاسترداد ما اتفق به من مصروفات الحق في حبس السفل عن صاحبه حتى يستوفي حقه اذا كانت الترميمات قد اقتضت اخلاء السفل وتسليمه لصاحب العلو، كما يجوز لصاحب العلو ان يحصل على اذن من القضاء في ايجار السفل او سكنه استيفاء للحق (م ١٠٨٥ ف ٢). وهذا الحكم الذي يتفق مع القواعد المقررة في مجلة الاحكام العدلية (١) بفضل في نظرنا الحكم الذي تقرر به بعض التشريعات العربية (٢) والذي يجيز لصاحب العلو ان يطلب من القضاء الامر ببيع السفل لمن يشتريه ويقوم بترميمه في حالة امتناع صاحبه عن القيام بالاعمال اللازمة لمنع سقوط العلو (٣).

(٢) اعادة بناء السفل اذا انهدم :

١٢٨ - اما الالتزام الثاني الذي يلتزم به صاحب السفل التزامه باعادة بناء السفل اذا انهدم . ويفرق المشرع العراقي ، في مسألة انهزام السفل بين حالتين :

(الحالة الأولى) ان ينهدم السفل بفعل من صاحبه (م ١٠٨٤) ، ففي هذه

(١) انظر المادة ١٣١٥ من المجلة .

(٢) انظر : المادة ٨٥٩ مدني مصري ، المادة ٨١٤ مدني سوري ، والمادة ٦٨٢ مدني لبي

(٣) في هذا المعنى : محمد طه البشير ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

الحالة يجبر صاحب السفل على إعادة بنائه لتعديده . لأن المدم قد اتلف العلو الملحق بملكه ، فيلزمه الضمان كما يلزم في حالة اتلاف ملك الغير .

(الحالة الثانية) ان ينهدم السفل بدون تعد من صاحبه (م ١٠٨٥) . كأن يحترق او ينسقط بسبب واهن او زلزال ، ففي هذه الحالة يلتزم صاحب السفل كذلك باعادة بنائه . فإن امتنع وعمره صاحب العلو بإذن من صاحب السفل او بأذن من المحكمة فإنه يرجع عليه بما اتفق به بالقدر المعروف ، وإن عمره بلا إذن فليس له الرجوع الا بالاقبل من قيمتي البناء وقت العمارة او وقت الرجوع . ولصاحب العلو ، في سبيل استيفاء ما اتفق ، ان يجبر السفل في يده ، ويجوز له ايضا ان يحصل على إذن من المحكمة في ايجار السفل او سكنه استيفاء لحقه .

والمفروض ، حتى ينشأ التزام صاحب السفل باعادة بنائه ، أن يكون السفل قد انهدم فعلا . اما اذا كان السفل يهدد بالانهدام دون أن ينهدم بالفعل ، فلا يجوز لصاحب العلوان يطلب هدم البناء واعادة بناء السفل بدعوى ان السفل آيل للانهدام ، ولكن يكون له في هذه الحالة ان يلجأ إلى السلطة الادارية المختصة لتأمر بهدم السفل ، ثم يطالب باعادة بنائه (١) .

ونرى ان تمييز المشرع العراقي في انهدام السفل بين ما اذا كان هذا الانهدام تعد من صاحب السفل او بدون تعد منه أمر محل نظر سواء من حيث النتيجة أو من حيث رجوع صاحب العلو على صاحب السفل بما اتفق به في إعادة البناء . وإذا كان المشرع قد اقتبس التمييز بين جالبي الانهدام من المجلة ، فإنه قد خالفها في حكم الحالة الثانية . فالمجلة لم تجز في حالة انهدام السفل بدون تعد من صاحبه اجباره على إعادة بنائه ، فالقاعدة ، في الفقه الاسلامي هي أنه لايجوز اجبار أحد على عمارة ملكه ، ولم يكن من صاحب السفل في هذه الحالة تعد على حق صاحب العلو . وكان من الأفضل أن يقرر

(١) في هذا المعنى : السهوي في الوسيط ، ج ٨ ، ف ٦١٨ ، منصور مصطفي منصور ،

الملكية ، ف ١٠٦ .

المشرع العراقي الزام صاحب السفل باعادة بنائه اذا انهدم سواء كان الانهدام بفعل منه او بدون فعل منه ، لان لصاحب العلو حق القرار على السفل ، ولا سبيل لاستعمال هذا الحق الا اذا اعيد بناء السفل .

(٣) الا يحدث صاحب السفل في سقله ما يضر بالعلو :

١٢٩ - اما الالتزام الثالث الذي يلتزم به صاحب السفل فهو انه لايجوز له أن يحدث فيه ما يضر بالعلو . كما أنه اذا انهدم السفل وأعاد صاحبه بناءه فانه يجوز له أن يزيد في ارتفاع سقله بما لا يضر صاحب العلو ، مع مراعاة القوانين الخاصة بالبناء (م ١٠٨٦ ف ٢) .

لانيا - التزامات صاحب العلو :

١٣٠ - تقضي المادة (١٠٨٦ ف ١) من القانون المدني العراقي بانه : « لايجوز لدى العلو ان يبني في علوه بناء جديداً ولا ان يزيد في ارتفاعه بغير اذن من صاحب السفل الا اذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير اذن » . وهذا هو النص الوحيد الذي تناول فيه المشرع العراقي التزامات صاحب العلو . ويتبين من هذا النص ان الالتزام الرئيس الذي يلتزم به صاحب العلو هو عدم الارتفاع بالبناء او زيادة العبء ببناء جديد اذا كان من شأن ذلك الاضرار بالسفل . ذلك انه لما كان للعلو حق القرار على السفل فليس لصاحب العلو بدون اذن صاحب السفل ان يزيد في عبء هذا الحق . فليس له ان يبني في علوه بناء جديداً او يبني عليه طابقا ثالثا اذا كان ذلك يضر بالسفل . اما اذا لم يكن من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل ، فلصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه إلى الحد الذي يريده بدون اذن من صاحب السفل ، مع مراعاة قوانين وانظمة البناء ، والا يكون في سندات الملك ما يقتضي بعدم مجاوزة صاحب العلو حداً معيناً (١) . وليس لصاحب العلو ، بوجه عام ، ان يأتي عملاً يضر بالسفل ، فلا يجوز له مثلاً ان يحمل سقف السفل بأشياء ثقيلة تجاوز طاقته (٢) .

(١) السهوي ، الوسيط ، ج ٨ ، ف ٦٢٠ .

(٢) انظر : المادة ١١٩٢ مجلة والمادة ٦٤ من مرشد الحبران .

وإلى جانب هذا الالتزام السلي الذي يلتزم بمقتضاه صاحب العلو بالامتناع عن كل ما يضر بالسفل ، هناك التزام إيجابي يقع على عاتق صاحب العلو يجب عليه بمقتضاه ان يقوم بصيانته وترميم ارضية علوه لمنع حدوث الضرر بسقف السفل .

المطلب الثاني

حقوق والتزامات الملاك في الاجزاء المعدة للاستعمال المشترك

١٣١ - يجوز ان تشمل ملكية العلو والسفل كذلك بطن ملكية شائعة في اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك . فقد نصت المادة (١٠٨٣) من القانون المدني على انه : «إذا كان باب السفل والعلو واحداً فكل من صاحبيهما استعماله مشتركاً فلا يسوغ لاحدهما ان يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا وخروجاً» .

فيلاحظ بان هذا النص قد اقتصر على الإشارة إلى الباب المشترك دون الاجزاء الاخرى التي يمكن ان تعتبر مشتركة بين الملاك ، لا بل وأنه يمكن ، بمقتضى هذا النص ، الا يكون باب العلو والسفل مشتركاً وإنما يكون لكل منهما باب مستقل .

والحق ان المشرع العراقي كان منطقياً مع نفسه عندما اقتصر على الإشارة إلى الباب اذا كان مشتركاً وأورد له الحكم الذي رآه مناسباً ، ذلك انه قد اخذ ، كما رأينا ، بنظام ملكية العلو والسفل نقلاً عن الفقه الاسلامي وهو نظام يختلف كثيراً عن نظام ملكية الطوابق والشقق المعروف في القانون الفرنسي وبعض القوانين العربية وكذلك قانون التسجيل العقاري العراقي .

وعلى كل حال ، اذا امكن قياس الاجزاء الاخرى من البناء المعدة للاستعمال المشترك على الباب المشترك ، فان حقوق والتزامات الملاك في هذه الاجزاء تحكمها القواعد المقررة في الشيوخ الاجباري الدائم .

الفرع الثاني

ملكية الطوابق والشقق

١٣٢ - يتكون البناء أو الدار بمقتضى هذا النظام من ملكية مفرزة هي ملكية الطبقات أو الشقق، وملكبة شائعة شيوعا اجباريا في الاجزاء المشتركة.

المطلب الاول

الملكية المفرزة في الطوابق والشقق

١٣٣ - فملكبة الطبقات تشمل على ملكبة مفرزة هي الطبقات أو الشقق المختلفة التي يحتويها الدار أو البناء والتي يملكها على وجه الاستقلال ملاك متعددون. وهذا مانصت عليه المادة (٢٩٢ ف٢) من قانون التسجيل العقاري - وهي بصدد تحديد النوع الثاني من نوعي الملكية العقارية في العمارة عند تسجيل أفرانها أو قسمتها - بقولها «ملكبات مستقلة للطوابق أو الشقق باسم جميع الشركاء عند الأفران أو باسم المتقاسمين عند القسمة».

وتشمل الطبقة أو الشقة ماتحتوية مما هو معد لاستعمال المالك الخاص. فتشمل ما يوجد داخلها من حواجز فاصلة بين الحجرات وانابيب الماء واسلاك الكهرباء والادوات الضخبة وابواب الشقق وشرقاتها ونوافذها. وحيث ان كل مالك يملك على وجه الاستقلال طابقه أو شقته فإن له في هذه الحدود، ما للمالك في الملكية التامة من حقوق فله ان يتصرف به بجميع انواع التصرفات المادية والقانونية مع مراعاة القيود المقررة على الملكية العقارية لمصلحة عامة أو خاصة، ويدخل في الطائفة الأخيرة القيود الناشئة عن حالة الجوار.

ولالتزامات الجوار في ملكبة الطبقات أهمية خاصة نظرا للطابع الخاص الذي يتميز به هذا النوع من الملكية. فالأجزاء المقررة في البناء متعدد الطبقات عامي الا أجزاء من بناء واحد ولهذا لا يجوز لأى مالك ان يقوم بأى عمل من شأنه ان يوهن البناء أو يضعف من متانته أو يؤدي إلى تشوية مظهره.

المطلب الثاني

الملكية الشائعة في الاجزاء المشتركة

١٣٤- وتشمل ملكية الطبقات كذلك على ملكية شائعة شيوعاً اجبارياً في الارض التي أقيم عليها البناء وفي اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك. وقد اشارت المادة (٢٩٢) من قانون التسجيل العقاري الى هذه الاجزاء بقولها: وتكون الملكية العقارية في العمارة عند تسجيل افرازها او قسمتها على نوعين: ١- ملكية شائعة بين المالكين في ارض العمارة والاجزاء والمرافق المعدة للاستعمال العام في العمارة».

فتشمل الاجزاء المشتركة ارض البناء واجزاءها المعدة للاستعمال المشترك كالاسس والجدران والاسطح والممرات والدهاليز والسلم والمصاعد وانابيب النور والمياه والحديقة المشتركة واجهزة التدفئة والتبريد وكل ما كان معداً للاستعمال المشترك.

وإلى جانب الاجزاء المشتركة بين جميع المالك، توجد اجزاء مشتركة بين بعض المالك فقط كالحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.

وهذا لا يتفق مع الاصل المقرر في نظام العلو والسفل حيث يملك كل مالك طبقاً لملكية خالصة ارضاً وسقفاً وجدراناً. اما في نظام الطوابق والشقق فينظر الى هيكل البناء ضمن الاشياء المملوكة ملكية مشتركة، وبالتالي فان الملكية المقررة لكل مالك تقتصر على ما في داخل الطبقة او الشقة من حوائط ثانوية وادوات مثبتة ومايكسو الارضية من أخشاب او غير ذلك. اما الجدران الرئيسية وقواعد الارضية والسقوف والارض التي يقوم عليها البناء وأجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك فمملوكة لجميع الشركاء، ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالف ذلك.

ان القوانين المدنية التي اخذت بنظام الطوابق والشقق قد أولت الاجزاء المشتركة عناية كبيرة بالنظر لاهميتها، سواء من حيث ملكيتها او من حيث الانتفاع بها او تعديلها او ادارتها او نفقات صيانتها.

اما المشرع العراقي فانه اذا كان قد استحدث ملكية الطوابق والشقق في قانون التسجيل العقاري فانه لم يعرض للقواعد الموضوعية التي تحكم هذا النوع من الملكية، ذلك ان قانون التسجيل العقاري يختص عادة بالقواعد الشكلية وقضايا التسجيل دون القواعد الموضوعية.

ويمكن، على كل حال، ان نشير بإيجاز الى أهم تلك الاحكام مستهدين بذلك بأحكام القانون المقارن.

حقوق المالك في الاجزاء المشتركة :

١٣٥ - والاجزاء المشتركة التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة (٢٩٢) من قانون التسجيل العقاري تعد مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق والقاعدة المقررة هنا هي ان حق المالك في هذه الاجزاء هو حق الشريك في الشيوع الاجباري الدائم الذي لا يقبل القسمة. وحصة كل مالك في هذه الاجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذي يملكه في العمارة (١). وليس له ان يتصرف في هذه الحصة تصرفاً مستقلاً عن التصرف في الجزء المفرز الذي يملكه لما بين الجزء المفرز وحصته في الاجزاء الشائعة من علاقة تبعية.

اما فيما يتعلق باستعمال المالك للاجزاء المشتركة في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار، فكما هي الحال في الشيوع الاجباري، يجوز لكل مالك ان يستعمل الاجزاء المشتركة فيما اعدت له على ان لا يتعارض استعماله لحقه مع حقوق الملاك الآخرين وان لا يلحق هذا الاستعمال ضرراً بالدار (٢).

(١) انظر المادة ٢٩٢ ف ١ تسجيل عقاري .

(٢) انظر المادة ٨٥٧ ف ١ مدني مصري .

وعلى ذلك يكون لكل مالك الدخول من المدخل المشترك ومن باب العمارة الرئيسي في أي وقت ، وله أن يستعمل السلم المشترك أو المصعد للوصول إلى طابقه أو شقته ، وله أن يوصل أثاثه ومواسيره الداخلية بالانابيب والمواسير المشتركة. أما إذا كان من شأن استعمال أحد الملاك للأجزاء المشتركة أن يمنع ملاك الطبقات أو الشقق الأخرى من استعمالها فيما أعدت له ، أو استعمالها في غير ما أعدت له ، أو كان في استعمالها ما يخلل الضرر على الدار ، كما لو استخدم صاحب الطابق الأسفل السلم المشترك في عرض بضائعه للتجارة أو اتخذه محلا لبيع الشيء ، أو استعمل أجزاء الدار المشتركة لمنفعة عقار آخر ولو كان هذا العقار مملوكا له ، كان لشركائه أن يطلبوا منعه من ذلك.

تكاليف الأجزاء المشتركة :

١٣٦ - - - - - وحيث أن الأجزاء المشتركة مملوكة للملاك الطبقات أو الشقق ملكية شائعة اجبارية ولائهم جميعا يستعملونها ويقيمون منها ، فائهم يسهمون في نفقات حفظها وصيانتها وتربيتهما كل بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار. ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ولا يستطيع المالك أن يتخلص من التزامه بالانضمام في هذه التكاليف بكل طريق التخلي عن نصيبه في الأجزاء المشتركة، ولكنه يستطيع التخلص من هذا الالتزام إذا تخلى عن نصيبه في هذه الأجزاء ونصيبه المفرز معا، أي طابقه أو شقته (١).

تعديل الأجزاء المشتركة :

أما بشأن التعديل في الأجزاء المشتركة، فإن الأصل هو أن يكون تعديل الأجزاء المشتركة بموافقة جميع الملاك. أما إذا أراد أحد الشركاء أن يستقل بأحداث أي تعديل فيجب له ذلك بشرط أن يكون التعديل على نفقته الخاصة ، ولا يؤدي إلى تغيير اختصاص الأجزاء المشتركة والا يكون في التغيير ما يضر بالملاك الآخرين.

(١) انظر : مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني المصري المصري المشار إليها في : أحمد محمد إبراهيم ، المرجع السابق : ص ٧٢٥ ، وراجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٨ ،

ادارة الاجزاء المشتركة :

١٣٧ - تجيز القوانين المدنية العربية التي تأخذ بنظام الطوابق والشفق للملاك ان يكونوا فيما بينهم اتحاداً يتولى ادارة العقار المشترك المقسم إلى طوابق وشقق (١) . على انه يلاحظ ان تكوين هذا الاتحاد أمر جوازي متروك لتقدير الملاك، وذلك خلافا لما هو مقرر في القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٣٨ حيث ان اجتماع الملاك في اتحاد اجباري يتم بقوة القانون (٢) .

ولابد لتكوين الاتحاد من اجماع الملاك على ذلك ، ويكونون جميعا اعضاء في هذا الاتحاد ماداموا قد اجمعوا على تكوينه (٣) .

اما اذا لم يكون الملاك اتحاداً لادارة الاجزاء المشتركة فان ادارة هذه الاجزاء تتم طبقاً للقواعد العامة في ادارة الملكية الشائعة العادية .

واذا اصبحت الادارة من حق الاتحاد ، فان هذا الاتحاد يختص بادارة العقار والانتفاع به وفق النظام الذي يتفق عليه اعضاء الاتحاد . ويشترط هنا ايضاً ، اجماع الملاك على وضع هذا النظام (٤) . فاذا وضع هذا النظام نقيذ الاتحاد به وليس له ان يخالفه . ويشترط لصحة قرارات الاتحاد صدور هذه القرارات بأغلبية الملاك بحسب قيمة الحصص ، ويستوي في ذلك ان تتعلق هذه القرارات باعمال الادارة المعتادة او غير المعتادة .

وحيث ان اتحاد الملاك يتكون من ملاك متعددين فلا يتصور ان يقوم جميع اعضاء الاتحاد بتنفيذ القرارات التي يتخذها ، ولهذا يعين مأمور للاتحاد ، بأغلبية الملاك محسوبة على قيمة الحصص ، يتولى تنفيذ قرارات الاتحاد وتمثيله امام القضاء حتى في مخاصمة الملاك اذا اقتضى الامر .

(١) انظر مثلاً المادة ٨٦٢ مدني مصري .

(٢) راجع : كولان وكايتان وجوليودولا مور اندير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢١٢ .

(٣) انظر : السهوري ، الوسيط ، ج ٨٦ ف ٦٢٨ .

(٤) انظر المادة ٨٦٣ مدني مصري .

اما القانون العراقي فلم ترد فيه أحكام بشأن ادارة الاجزاء المشتركة ، شأنها في ذلك شأن الاحكام الموضوعية الاخرى في نظام ملكية الطوابق والشقق . على ان تعليمات التسجيل العقاري رقم ٤ لسنة ١٩٧٢ حاولت سد بعض هذا النقص بنصها في المادة (١٢) : على انه «يجوز لاصحاب الطوابق او الشقق تكوين جمعية وفق القانون فيما بينهم لادارة الاجزاء المشتركة في العمارة ووضع نظام لها لضمان حسن الانتفاع بالعقار وادارته ، على ان يودع رئيس الجمعية نسخة مصدقة من النظام الداخلي للجمعية إلى دائرة التسجيل العقاري لحفظها في الاضبارة الخاصة بأرض العمارة للرجوع اليه عند الحاجة» . غير ان هذه التعليمات لا تتوفر لها صفة الالتزام لانها لا تستند إلى نص في القانون ، فضلا عن انها جعلت تكوين الجمعية امراً جوازياً للملاك (١).

(١) راجع : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ٢٣ ، بغداد ، ١٩٧٩ .
ص ٣٣٦ - ٣٣٧

الفصل الرابع أسباب كسب الملكية

تمهيد :

١٣٨ - لم يصع القانون المدني العراقي نصوصا خاصة بتعداد الاسباب التي يقع بها نملك الاشياء. اما القانون الفرنسي فقد عدد في المادتين ٧١١ و ٧١٢ هذه الاسباب وهي: الميراث، والهبة بين الاحياء، والوصية، والالتزام، والاتصاف، والتقادم. وقد تعرض هذا الترتيب لاسباب كسب الملكية الى النقد من جانب الفقه الفرنسي (١).

ويمكن، على كل حال، القول بان الملكية اما ان تكتسب ابتداء اي بفعل الانسان وحده دون ان يكون هناك مالك سابق تنتقل منه ويكون هذا بالاستيلاء، واما ان تكتسب انتقلا من مالك سابق. وهذا الانتقال قد يكون بين الاحياء وهو الذي يقع بالعقد والاتصاف والشفعة والحيازة، وقد يكون بسبب الوفاة ويتم ذلك بالميراث والوصية.

وقد نظم القانون المدني العراقي اسباب كسب الملكية في المواد (١٠٩٨ - ١١٦٨). وهذه الاسباب هي: الاستيلاء، والميراث، والوصية، والاتصاف ودراستنا لاسباب كسب الملكية سوف تقتصر على كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء. وكسب الملكية ما بين الاحياء. وسنتناول من اسبابه الاتصاف والشفعة والحيازة. اما العقد فلا نعرض هنا لدراسته لان احكامه ندرس في النظرية العامة للالتزام. وكذلك فاننا سوف لانبحث في كسب الملكية بسبب الوفاة، لان دراسة الميراث والوصية تدخل في نطاق مواد اخرى. ويلاحظ انه اذا كان القانون المدني العراقي قد ذكر العقد بين أسباب كسب الملكية، فانه قد اقتصر في ذلك على الاشارة الى بعض الاحكام في المادتين هما المادتان (١١٢٦ و ١١٢٧) مكتفيا بما ورد في النصوص المنظمة للالتزامات كما احوال على قواعد الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة في شأن الكثير من أحكام الميراث (م ١١٠٦ ف ٢).

(١) راجع مثلا: كولان وكابيتان وجوليود ولاموانديير، المرجع السابق، ج ١، ف ٢٨١ و ٢٦٢ ف ٢٦٢، ريبير وبولانجييه، ج ٢، ف ٢٣٦١.

المبحث الأول كسب الملكية ابتداء الاستيلاء (أو احراز المباحات)

١٣٩ - كسب الملكية ابتداء ، اي بالاستيلاء ، سبب قديم من اسباب التملك عرفته البشرية منذ القدم ، وقد كانت له اهمية خاصة عند الشعوب البدائية . كما عرفت القوانين القديمة الحرب والغزو سببا من اسباب الاستيلاء على أموال العدو المهزوم . اما التملك بالاستيلاء في القوانين الحديثة فلا يتم عن طريق القوة او الغلبة ، ولا يرد على شيء مملوك للغير (١) . فالاستيلاء في العصر الحديث هو غير السلب والغنائم ، وهو رغم تضائل أهميته في الوقت الحاضر فانه وسيلة لكسب الملكية مادامت هناك اشياء مباحة مع ملاحظة ان الاستيلاء في القوانين المدنية الحديثة قاصر على المنقولات دون العقارات (٢) . فالاستيلاء بمفهومه الحديث هو وضع شخص بده على شيء لامالك له بنية تملكه . فهو بهذا الاعتبار واقعة مادية ، هي وضع اليد او الحيازة ، ولكنها تختلط بارادة التملك (٣) .

شروط تملك المباحات :

١٤٠ - وقد نظمت المواد ١٠٩٨ - ١١٠٥ من القانون المدني العراقي الاحكام الخاصة بكيفية تملك الاشياء المباحة . فقد نصت المادة ١٠٩٨ ف١ على انه : «كل من احرز بقصد التملك منقولا مباحا لامالك له ملكه» ويفهم من هذه المادة انه يشترط لكسب الملكية بالاحراز او الاستيلاء الشروط الاتية :

(١) ولهذا فان مصطلح «الاستيلاء» الذي يشيع استعماله ليس بالمصطلح الدقيق ، واول منه ان يقال «وضع اليد» أو الاحراز .

(٢) انظر المادة ١٠٩٨ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٨٧٠ من القانون المدني المصري .

واذا كانت المادة ٨٧٤ من القانون المدني المصري تنظم الاستيلاء على عقار ليس له مالك

لأنها قد ألغيت بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وبذلك لم يرد في القانون المصري له أي

بجاء للاستيلاء على العقارات (راجع في ذلك : منصور مصطفى ، الملكية ، ف ١٠٩)

(راجع : كولان وكابيتا وجولبود ولامور اند بير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٧٤٢)

ريبر وبولانجي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٧٦٨ .

(٣) راجع : السهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٣ .

الشرط الأول - الاحراز :

١٤١ - الاحراز يعني وضع الشيء في موضع حصين (١) . وهو على نوعين حقيقي وحكمي . فالاحراز الحقيقي يكون بوضع اليد حقيقة ، او فعلا على الشيء ، كحصد الكلا او قطع الاشجار او جني الثمار او مسك الصيد او اخذ الماء باناء من النهر . اما الاحراز الحكمي فيكون بتهيئة سبب الاحراز كوضع اناء لجميع ماء المطر او نصب شبكة للصيد (م ١٠٩٨ ف ٢) .

الشرط الثاني - أن يكون الشيء منقولاً مباحاً :

١٤٢ - ومن اجل ان يصح الاحراز او الاستيلاء ، لابد ان يقع على منقول مباح اي بغير مالك ، كالنباتات والماء والنار والكلاء والحيوانات البرية والبحرية ، والاشياء المشتركة التي يفيد منها الكافة ، ولا يستطيع احد ان يتأثر بها بمجموعها كماء الانهار والبحار او الهواء ، فمن يستحوذ على قدر محدد منها فانه يملكه بالاحراز . وكذلك المياه غير المحرزة اي الجارية على سطح الارض او مياه العيون والابار غير المملوكة تكون مباحة كذلك . اما المياه في المساقط والقنوات الخاصة فهي ملك لاصحابها .

والمنقولات التي كانت مملوكة ثم اصبحت بغير مالك ، وهي الاشياء المتروكة التي يتخلى عنها اصحابها بقصد النزول عن ملكيتها كالملايس القديمة وفضلات الطعام ونحو ذلك ، فانها يصح الاستيلاء عليها (٢) . ويجب التمييز بين الاشياء المتروكة التي تعتبر لامالك لها وبالتالي يمكن

(١) انظر : علي حيدر المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١٥١ .

(٢) نص المادة ١١٠٤ من القانون المدني العراقي على انه : «يصح المنقول مباحا اذا تغل عنه مالكة بقصد النزول عن ملكية » . وتضيف المادة ٨٧١ من القانون المدني المصري الى ذلك الحيوان غير الاليف ، اذ يعتبر لامالك له مادام طليقا ، واذا اعتقل حيوان منها ، ثم اطلق بعد الاعتقال ، فانه يعود لامالك له (راجع : عيد النعم فرج الصدة المرجع السابق ، ف ٢٤٢) .

تملكها بالاستيلاء وبين الأشياء الضائعة . فالأشياء الضائعة كالحيوانات الاليفة التي تسرب من أصحابها والحقائب والامتعة التي يغفل عنها أصحابها في المحطات ووسائل النقل ، والنقود التي تضيع من أصحابها تعتبر مملوكة لهم لأنهم لم يتخلوا عنها ، وإنما خرجت من تحت أيديهم دون إرادتهم فإذا عثر أحد عليها كاتباً من قبيل النقطة (١) ، ووجب عليه أن يقوم بما يقرره القانون في سبيل إعادة الشيء إلى صاحبه .

وقد أحال القانون المدني فيما يتعلق بالنقطة إلى أحكام القوانين الخاصة فقد نصت المادة (١١٠٣) على أنه : « الحق في صيد البر والبحر والنقطة والأشياء الأثرية تنظمه القوانين الخاصة » .

الشرط الثالث - أن يكون الإحراز بقصد التملك :

١٤٣- ويجب كذلك أن يكون الإحراز مقترناً بقصد التملك (٢) . فمن يحرز شيئاً لا يقصد تملكه بل بالصدفة فإنه لا يكون مالكا له ، بل يبقى الشيء مباحاً لكل أحد . فمن وضع اناء أو اعد حوضاً بقصد جمع الماء فإن الماء المتجمع يكون ملكاً له ، ولكنه لو وضع الاناء في محل بدون قصد جمع الماء فترل المطر فلا يكون الماء ملكاً له . كذلك فإذا نشر شخص شبكته لاجل تجفيفها ووقع فيها صيد فإنه لا يكون له .

(١) النقطة هي المنقول الضائع الذي لا يعرف صاحبه .

(٢) يفرض بعض رجال الفقه لأملاهم أن يترتب الملكية على الاستيلاء الحقيقي لا يحتاج إلى قصد ولا يشترط في تمامه نية التملك . ولهذا يعتبر كل ما من ينهله ولو كان غير أهل للائتمام . والبنى على ذلك أن المجنون والصغير الذي لا يميز إذا تناول كل منهما مالا مباحاً ملكه ، وإن المميز إذا تناوله بقصد النظر إليه لا يقصد التملك تملكه بذلك أيضاً ، لأن القصد إلى ذلك في هذا النوع ليس شرطاً .

غير أن المادة ١٢٥٠ من المجلة صريحة في اشتراط القصد في الإحراز دون تمييز بين إحراز حقيقي أو حكومي ، فهي تقدر بأنه : « كون الإحراز مقروناً بالقصد لازم » . ص ١٧٦ في هذا المعنى الزركلي . المرجع السابق ، ج ١ ف ٤١٣ . عكس ذلك : عبد الحمي حجازي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٤٦٠ .

ويترتب على اشتراط ان يكون الاحراز بقصد التملك انه ليس للصغير غير المميز او المجنون ان يملك بالاحراز لانعدام القصد . فإذا كان الاستيلاء واقعة مادية ، فهي بذلك لا تتطلب الاهلية ، ولكننا وجدنا ان هذه الواقعة تختلط بارادة التملك ، وهذه الارادة تفترض قدراً معيناً من الوعي والادراك ، وذلك غير متوفر في الصغير غير المميز او المجنون . فإذا توفرت الشروط المتقدمة ، كسب واضع اليد ملكية الشيء المستولى عليه فوراً دون اشتراط استمرار الحيازة مدة معينة .

الكتر :

١٤٤ - الكتر هو مايوجد في باطن الارض مما أودعه الانسان نقوداً كان أو حلياً أو سبائك . ولهذا فهو لا يعد جزءاً من الارض التي دفن فيها ، فلا يتناوله ملكها .

وينبغي التمييز بين الكتر وبين المعادن . فالمعادن هي مايوجد في باطن الارض من أصل المخلقة والطبيعة سواء كانت صلبة كالذهب والفضة والنحاس او سائلة كالزئبق والنفط ، أما الكتر فهو المدفون في باطن الارض بفعل اصحابه الاولين او على اثر حادث من حوادث الطبيعة يؤدي إلى طمر بلد في باطن الارض بما فيه من ثروات .

وقد نظمت المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي أحكام الكتر ففقت بأن : «الكتر المدفون او المخبوء الذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته يكون للمالك العقار ان كانت الارض مملوكة للدولة ان كانت الارض اميرية ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وفقاً صحيحاً» .

فيتبين من ذلك انه يشترط للكتر مايلي :

- (١) ان يكون منقولاً ، اذ لو كان عقاراً لاصبح جزءاً من العقار الذي وجد فيه فيسرى عليه مايسرى على هذا العقار من أحكام .
- (٢) ويجب ان يكون هذا المتقول مدفوناً او مخبئاً . فالمتقول الثمين الذي يوجد في مكان ظاهر لا يكون كترأ ، بل يعتبر منقولاً ضائعاً . ويستوى في

الكتر ان يكون مدفوناً في الأرض أو مخبوء في عمار آخر كسقف أو جدار.
(٣) ويجب الا تثبت ملكيته لاحد الا لو ثبتت ملكيته للشخص آخر غير صاحب العمار الذي وجد فيه الكتر فإنه هو الذي يكون صاحب الحق فيه (١).
وطبقاً للمادة (١١٠١) من القانون المدني فإن الكتر يتبع العمار في ملكيته فهو ملك للأرض إذا كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إذا كانت الأرض اميرية ، ولجهة الوقف ان كانت الأرض موقوفة وفقاً لمصلحة (٢). والكتر من حق مالك رقة الأرض ، فلا يعطي لمن له على تلك الأرض حق انتفاع او اجارة او غير ذلك . ويبدو ان أساس الحكم الوارد في المادة (١١٠١) هو انه طالما ان ملكية الكتر لم تثبت لاحد آخر غير مالك العمار فيكون هذا هو الحق الناس به (٣).

فيتضح ان كسب ملكية الكتر في القانون العراقي ليس اسامه الاستيلاء رغم ورود المواد التي تنظم احكامه بين النصوص الخاصة بالاستيلاء . فالكتر ملك العمار الذي يوجد فيه ، ولو كان الذي عثر عليه شخص آخر وضع يده عليه بنية تملكه فلا يكون لهذا الاخير أي حق فيه (٤) . مع ان العدالة تقتضي ان يكون لمن وجد الكتر نصيب فيه (٥). وهذا ما أخذت به بعض القوانين كالقانون الفرنسي (٦).

الآثار القديمة :

١٤٥ والآثار القديمة إذا كانت من المنقولات فإنها لا تعتبر كنزاً ، وإذا كانت من العقارات فإن ملكية الأرض لا تكسب صاحبها حق التصرف في

- (١) راجع : ريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ٢٧٨٢ وما بعدها .
- (٢) الأراضي الموقوفة وفقاً لمصلحة هي : لأراضي المملوكة ، اما الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح : فهي الأراضي الاميرية التي وقفها الدولة أو صاحب حق التصرف .
- (٣) في هذا المعنى : اساميل غانم ، ج ٢ ، ص ٩ ، عبد المنعم لرج الصدة ، المرجع السابق ، ف ٢٤٤ .
- (٤) انظر عبد المنعم لرج الصدة ، المرجع السابق ، ف ٢٤٤ ، شاكر زاهر حيدر الموجز ، ص ٢٠٤ .
- (٥) في هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ .
- (٦) انظر المادة (٧١٩) مدني فرنسي .

الآثار التي توجد فيها ، كما انها لا تخضع لاحكام الاستيلاء ، بل تخضع لاحكام القوانين الخاصة بها (١). ومن هذا يتضح ان قوانين الآثار القديمة هي من أخطر القيود التي ترد على حق الملكية .

وقد نظم احكام الآثار القديمة قانون الآثار رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ وتعديلاته فبتبين من ذلك ان الآثار ليست من الأشياء المباحة التي يجوز اكتساب ملكيتها بالاستيلاء عليها ، فهي لا تعتبر ملكاً لمن وجدها أو عثر عليها . وهي من جهة أخرى لا تتبع ملكية الارض لأنها من املاك الدولة العامة .

الصيد :

١٤٦- الصيد هو اقتناص حيوان متوحش طبعاً منع قتلته على الفرار . وحكمه انه مباح برأ وبحراً (م ١١٠٢ ف ١ مدني) . على انه يشترط لاعتبار الحيوان محلاً للاستيلاء ان يكون وحشياً غير البف ، حتى ولو كان من صغار الحيوان أو فراخه . فالحيوانات الداجنة أو المستأنسة لا تصلح لذلك والغالب ان يكون لهذه الحيوانات مالك . ويشترط كذلك أن يكون الصيد ممتناً عن الانسان بقتله على الفرار (١١٠٢ ف ١ مدني) .

فاذا توفر هذان الشرطان كان الحيوان مباحاً لأملاكه . فيكون ملكاً لأول من يستولي عليه بالفعل . وهذا هو الاستيلاء الحقيقي . أو لمن يجعله في حال يعجز معها عن الفرار والخلاص . وهذا هو الاستيلاء الحكمي ، فيكون الحيوان في هذه الحالة ملكاً للصائد ولا يجوز لغيره ان يستولي عليه ولو وقع في ارض هذا الغير .

وقد اقتصر المشرع في تنظيم حكم الصيد في القانون المدني على نص المادة (١١٠٢) اكتفاء بأحكام القوانين الخاصة التي حالت عليها المادة (١١٠٣) بقولها : «الحق في صيد البر والبحر» . تنظيم القوانين الخاصة (٢) .

(١) انظر المادة ١١٠٢ مدني عراقي .
(٢) انظر مثلاً قانون تنظيم صيد واستغلال الاحياء المائية وحمايتها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٦ للدال قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ .

المبحث الثاني

الاتصاق

تمهيد :

١٤٧- عالجّت التشريعات المدنية الاتصاق باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية. والواقع ، انه إذا كان يصح في المجتمعات التي تسودها الافكار الفردية ، الاقرار بشرعية التملك عن طريق الاتصاق بالعقار بفعل الطبيعة ، فإن ذلك لم يعد مقبولا في المجتمعات التي تدين بالافكار الاشتراكية . ولهذا نجد ان قانون اصلاح النظام القانوني (١) قد اعتبر من الاهداف العامة للقانون المدني في نطاق الملكية «حظر نشوء الملكية الخاصة بالعقار عن طريق الاتصاق».

١٤٨- وعلى كل حال فان القانون المدني العراقي، شأنه في ذلك شأن القوانين التقليدية الاخرى، قد اقر بالاتصاق كسب من اسباب كسب الملكية ، ونظم احكامه في المواد (١١١٣ - ١١٢٥).

تعريف الاتصاق وشروطه :

١٤٩ - الاتصاق سبب من اسباب كسب الملكية يكون بمقتضاه لصاحب الشيء ان يملك ما اتصل به اتصالاً يتعذر معه فصله منه دون تلف. فالالاتصاق يفترض توفر شروط معينة هي :

- ١ - ان يوجد شيان ماديان متميزان احدهما اكثر اهمية من الاخر بحيث يمكن اعتبار احدهما اصلاً والاخر تابعاً (٢).
- ٢ - ان يتحد الشيطان مادياً بحيث يتعذر فصلهما عن بعضهما دون تلف . فالكنز الموجود في العقار مثلاً لا يعتبر مما التصق به.

(١) قانون اصلاح النظام القانوني ، مشار اليه انفا ، ص ٤٢ .

(٢) انظر كولان وكابنتان وجوليود ولا موردوير ، المرجع السابق ، ج ١ ، ف ١٦٤٠ .

٢ - لا يجوز "سحب" موهبة من أحد المصنفين بغير موافقة الآخر
بفترض اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين بدون رضا أحد المالكين
أو كليهما. فالبناء الذي يقيمه شخص على أرضه بمواد مملوكة له لا يكتسبه
باللتصاق بل هو مملوك له أصلاً. كذلك إذا اتفق مالك الأرض مع مقاول
ليبنى له منزلاً على أرضه بمواد يقدمها هذا المقاول فإن مالك الأرض لا يملك
هذه المواد بسبب الالتصاق، بل بالاستناد إلى عقد المقاولة نفسه.

تكييف الالتصاق :

١٥٠ - وإذا كان من شأن الالتصاق أن يملك مالك أحد الشيئين الشيء
الأخر الذي التصق به، فإن الفقهاء قد اختلفوا حول تأصيل هذا الحكم.
فالالتصاق عند البعض منهم ليس سبباً لكسب ملكية جديدة، وإنما هو
واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء الذي التصق باعتباره من الملحقات أو التوابع (١).
وهو عند البعض الآخر، وهذا ما يرجح في نظرنا، سبب مستقل لكسب
الملكية. فمالك الشيء لا يملك الشيء الآخر الذي التصق به باعتباره من ملحقاته
بل بواقعة الالتصاق، لأن الشيء الذي التصق لم يكن مملوكاً من قبل للمالك
الشيء الأصلي (٢).

١٥١ - ويميز القانون المدني العراقي بين الالتصاق بالعقار والالتصاق بالمقنول
كما يميز في الالتصاق بالعقار بين الالتصاق بفعل الطبيعة والالتصاق بفعل
الإنسان. أما ما يسمى باللتصاق عقار بعقار فامر غير متصور، إذ حتى بالنسبة
للطمي الذي يتراكم على أرض فانه يعتبر التصاق مقنول بعقار لأن حيبيات
الطمي كانت منقولة عندما التصقت بالأرض، ثم اكتسبت الصفة العقارية

- (١) ريبير وبولانجيه، المرجع السابق، ج ٢، ف ٢٤٩، عبد الفتاح عبد الباقي الأموال
ف ٢٠٨، عبد المنعم البدر أوي، المرجع السابق، ف ٢٠. وانظر أيضاً في هذا المعنى
حسن علي الدنون، المرجع السابق، ف ١٢٧، شاكر ناصر حيدر، الموجز، ص ٢٠٥.
(٢) أوبري ورو، المرجع السابق، ج ٢، ص ٤٧، عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق
ف ٢٥٠، منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ف ١١٢.

بهذا الالتصاق ، شأنها في ذلك شأن مواد البناء التي تكتسب الصفة العقارية بتشييد البناء بها (١).

وعلى هذا فانتنا سنعرض للالتصاق بالعقار بفعل الطبيعة ، ثم للالتصاق بالعقار بفعل الانسان ، ثم للالتصاق بالمتحول .

(١) انظر : عيد الفتحا عيد الباقي ، الاموال ، ف ٢٠٩ .
على ان المادة ٥٥٩ من القانون المدني الفرنسي قد نصت على حالة يمكن وصفها بانها التصاق بفقار التثبيت من القانون الروماني ، وهي حالة النزاع المياء لجزء من ارض مملوكة لشخص والخاله بارض مملوكة لشخص آخر : للمالك ان يطالب بحلال سنة باسترداد هذا الجزء ، فان لم يفعل ، كان هذا الجزء ملكا لمصاحب الارض التي تتعلق بها .
من الواضح ان هذا الفرع يادر الوقوع في العمل (راجع : ديميزوبولا تيمية ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٤٩٢) .

الفرع الاول

الاتصاق بالعقار بفعل الطبيعة

١٥٢ - الاتصاق بفعل الطبيعة (او الاتصاق الطبيعي) يقع عادة بفعل المياه ودون تدخل من الانسان . وقد عرض القانون المدني العراقي لثلاث حالات في صدد مسألة الاتصاق بفعل الطبيعة :

١ - طمي النهر :

١٥٣ - فاذا جاء النهر بطمي على ارض أحد فهو ملكه (١) . فالطمي الذي تتركه مياه الفيضان بعد انسحابها يكون طبقة على الارض ، فيصبح جزءا منها ويكون ملكا لصاحبها ، وبسبب ذلك هو الاتصاق الطبيعي . اما اذا كون الطمي ، ولو بصورة تدريجية ، ارضا جديدة كانت هذه الارض ملك الدولة ولو كانت متصلة بأرض الغير ، فانها لا تكون ملكا لصاحب هذه الارض ولكن له حق تملكها بيدل المثل هو او غيره ممن تتصل الارض الجديدة بملكهم (٢)

اما اذا كان يفصلها عن املاكهم طريق عام فليس لهم مثل هذا الحق . ويشترط في الارض الجديدة ان تظهر فوق اعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العادي ، اما الاراضي التي تظهر تحت هذا المنسوب فتعتبر جزءا من مجرى النهر الذي يعتبر من الاموال العامة التي لا يجوز للأفراد تملكها بأي سبب (٣)

(١) المادة ١١٢ من قانون مدني عراقي .

(٢) المادة ١١٣ من القانون المدني العراقي . أما القانون المدني المصري فنص المادة ٩١٨ منه على ان هذه الارض تكون ملكا لصاحب الارض المجاورة ، ولكن بشرط ان تكون هذه الارض من الطمي الذي يجلبه النهر بصورة تدريجية غير محدودة . أما اذا تكونت بصورة مفاجئة فانها تكون من قبل طرح النهر فيكون ملكا للدولة (انظر : عين المتعم الصفة ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢) .

(٣) راجع : شاكر ناصر حيدر ، الموجزة ص ٢٠٦ .

على انه اذا غطى النهر قسما من ارض احد ثم انحسر عنها ، فإن ذلك القسم يبقى لمصاحبه لان ملكيته لم تزل عنه . وقد يترتب على قوة جريان النهر ان يأكل الماء قسما من الارض التي هي في جهة معينة من النهر ويحدث زيادة في ارض اخرى تقع اسفل تلك الارض او في الجهة المقابلة فالزيادة الحاصلة في الجهة الاخرى تكون ملكا للدولة ، ولا يكون لمن تأكلت اراضيهم المطالبة بتلك الزيادة او بتعويض عما فقدوه .

اما طمى البحر والبحيرات وما يتكون منه من الشواطىء والجزر فهو ملك الدولة . وكذلك الجزر التي تتكون من هذا الطمى سواء تكونت في البحر او في مجاري النهر او في البحيرات (١) ذلك ان البحار والبحيرات والانهار تعتبر من املاك الدولة العامة ، فطمىها والجزر التي تتكون من مجاري الانهر تكون مملوكة للدولة .

٢ - الارض التي تنكشف عنها المياه :

١٥٤ - اما الارض التي تنكشف عنها مياه البحر او البحيرات او الانهر فتكون مملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويكون للملاك المجاورين حق اخذها بيدل المثل (٢) . ويترتب على اعتبار هذه الارض من املاك الدولة الخاصة امكان تصريف الدولة بها بيعها او بنحو ذلك ، كما يجوز للملاك المجاورين اخذها بيدل مثلها .

٣ - حوض النهر :

١٥٥ - اذا اتخذ النهر مجرى جديدا تاركا مجراه القديم ، كان لاصحاب العقارات المجاورة حق اخذ المجرى القديم بيدل المثل كل واحد في الجزء الذي يكون امام ارضه حتى خط مفترض في وسط المجرى القديم ، ويوزع

(١) المادة ١١١٤ مدني مراقي .

(٢) المادة ١١١٥ مدني مراقي .

ثمن المجرى القديم على أصحاب الاراضي التي شغلها المجرى الجديد ،
كل بنسبة ما فقده من ارضه (١) . على ان اصحاب العقارات الذين يريدون
تملك حوض النهر المهجور لا يستطيعون ذلك الا اذا انقطعت عنه المياه
انقطاعا لاعودة لها اليه ، ولا يضر بعد هذا ان تبقى في الحوض القديم بعض
المياه المتفرقة التي لاتصل بالمجرى الجديد .

(١) المادة ١١١٦ من القانون المدني العراقي المقتبسة من المادة ٥٦٤ من القانون المدني الفرنسي

الفرع الثاني

الالتصاق بالعقار بفعل الانسان

١٥٦ - الالتصاق بالعقار بفعل الانسان، او الالتصاق الصناعي، يعتبر اهم حالات الالتصاق من الناحية العملية، وهو يتحقق بالبناء او بالغراس او باقامة منشآت اخرى على سطح الارض او بداخلها بمواد غير مملوكة لمالك الارض.

والاصل هو ان كل ما على الارض او تحتها يعتبر من عمل صاحب الأرض اقامه على نفقته ويكون ملكاً له مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك (١). فمن يدعي خلاف هذا الاصل عليه اقامة الدليل على ما يدعيه. فاذا اقام الدليل على ان صاحب الارض هو غير صاحب المنشآت او الغراس، فان الحال لا تخلو من احد فروض ثلاثة: فاما ان يكون صاحب الارض قد اقام المنشآت او الغراس بمواد مملوكة لغيره، واما ان يكون صاحب المواد هو الذي اقام المنشآت او الغراس في ارض غيره، واما ان يكون شخص قد اقام المنشآت او الغراس في ارض غيره بمواد مملوكة لغيره ايضا.

الفرص الاول - المنشآت او الغراس التي يقيمها صاحب الارض بمواد مملوكة لغيره:

١٥٧ - فالفرض هنا ان صاحب الارض قد بنى او غرس او اقام منشآت اخرى في ارضه بمواد مملوكة لغيره. فاذا تحقق ذلك كان لصاحب المواد طلب نزعها او استردادها اذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم بلحق صاحب الارض، ويكون الترع على نفقة صاحب الارض سواء كان حسن النية ام سيئها. اما اذا كان نزع المواد يصيب صاحب الارض ضرر جسيم منه، فانه يملك هذه المواد بالالتصاق، وعليه ان يدفع قيمتها لصاحبها مع تعويضه، طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ان كان له مقتضى (٢). وعلة الحكم الاخير

(١) انظر المادة ١١١٧ مدني عراقي

(٢) انظر المادة ١١١٨ مدني عراقي

وأوضحه وهي منع انراء صاحب الأرض بدون سبب على حساب صاحب
المواد.

والمفروض فيما تقدم ان يكون صاحب الأرض قد بنى بمواد بناء كالأحجار
والأخشاب والحديد ونحو ذلك، أو استعمل البذور أو الشجيرات الصغيرة
التي تنرس في الأرض وإن تندمج هذه المواد بالأرض بحيث تدخل في
تكوين العقار بطبيعته. أما إذا ادخل في بنائه مثلاً أو أثراً ثميناً مثلاً فأن
لا يملكه بالانصاف، بل يجب قلعه ولو أحدث ذلك ضرراً جسيماً بالبناء (١).

الفرض الثاني - المنشآت أو الغراس التي يقيمها صاحب المواد في أرض غيره :
١٥٨ - أما في هذا الفرض حيث يقيم شخص منشآت أو غراساً بمواد من
عنده في أرض غيره فيفرق في الحكم بين ما إذا كان الباني أو الغارس سيماً
التيه أو حسن النية (٢).

فإذا كان البناء أو الغراس بسوء نية، أو بدون زعم سبب شرعي، أي
ان الباني أو الغارس كان يعلم بأنه يقيم البناء أو الغراس على أرض غير
مملوكة له دون رضاه صاحبها كان لصاحب الأرض ان يطلب قلعه هذه
المنشآت على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فلصاحب
الأرض ان يملك المنشآت بقيمتها مستحقة القلع، فلا حرمة لعمل الغاصب
ولهذا فإن القانون يعامله دون تسامح إذ يلزمه بقلعه بنائه أو غراسه ولو
كانت قيمتها أكثر من قيمة الأرض.

أما إذا كان البناء أو الغراس بحسن نية، أو بزعم سبب شرعي، فإن
معاملة الباني أو الغارس هي أكثر تسامحاً. فإذا كانت قيمة البناء أو الغراس
أكثر من قيمة الأرض فللباني أو الغارس ان يملك الأرض بضمن مثلها
أما إذا كانت قيمة الأرض هي الأكثر فيكون لصاحب الأرض ان يملك
البناء أو الغراس بقيمته قائماً لا بقيمته مستحقاً للقلع. وهذا تطبيق لقاعدة

(١) انظر : مجموعة الأعمال التفسيرية القانون المدني المصري ، ج ٦ ، ص ٢٢٠ .

(٢) انظر المادتين ١١١٩ و ١١٢٠ مدني عراقي .

والاقل يتبع الاكثر . اما اذا تساوت القيمتان فيكون الزمام بيد صاحب الارض ، لانها هي الاصل ، فيكون له الحق في تملك البناء او الغراس اما الباني او الغارس فليس له مثل هذا الحق (١) .

الفرض الثالث — المنشآت او الغراس التي يقيمها شخص على ارض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث :

١٥٩ — وهذا الفرض يصور حالة من يقيم منشآت او غراسا في ارض غيره بمواد مملوكة لغيره . فهو في هذه الحالة لا يملك لا الارض ولا المواد ، ولهذا فان هذه الحالة تتطلب الكلام في علاقات ثلاث : علاقة صاحب الارض بالباني او الغارس ، وعلاقة صاحب المواد بالباني او الغارس ، وعلاقة صاحب الارض بصاحب المواد .

ففي العلاقة بين صاحب الارض والباني او الغارس تطبق احكام الحالة السابقة بخصوص المنشآت او الغراس التي يقيمها الباني او الغارس في ارض الغير . فيكون لصاحب الارض طلب قلع المواد او تملكها بقيمتها مستحقة للقلع اذا كان الباني او الغارس سمي التبة وكان القلع مضرًا بالارض (٢) . اما اذا كان الباني او الغارس حسن التبة فقد رأينا ان القاعدة في القانون المدني العراقي هي ان الاقل يتبع الاكثر .

اما بالنسبة لعلاقة صاحب المواد بالباني او الغارس من ناحية ، وبصاحب الارض من ناحية اخرى فتتحدد طبقا لما هو مقرر في المادة (١١٢٢) من القانون المدني العراقي . ويفهم من نصوص هذه المادة انه لا يجوز لصاحب المواد ان يطالب باستردادها لانها قد فقدت صفتها كمنقولات واصبحت من العقارات وانما له ان يرجع بالتعويض على الباني الذي اخذ هذه المواد غير المملوكة له ، فصاحب الارض ليس مدينا له . ولكن يجوز لصاحب المواد ان يرجع على صاحب الارض ، طبقا لاحكام القواعد العامة بالدعوى

(١) انظر المادة ١١٢٠ مدني عراقي .

(٢) انظر المادة ١١١٩ مدني عراقي .

غير المباشرة باعتباره مدينا لمدينة الباني او الغارس . كما ان له الرجوع على صاحب الارض بدعوى مباشرة في حدود ما يكون للباني في ذمته من قيمة البناء او الغارس .

وفي حالة نزع المواد يكون لصاحبها طلب التعويض من الباني او الغارس بقدر ما نقص من قيمتها بسبب الاستعمال والقلع اذا كان قد استردها بوصفه مالكا لها ، او قيمتها التي يستوفىها من صاحب الارض اضافة إلى تعويضه عما فاته من كسب في حالة عدم استردادها كما يكون لصاحب الارض طلب التعويض عما أصاب أرضه من ضرر بسبب نزع المواد اذا كان قد رضى بنزعها .

الفرع الثالث الاتصاف بالمنقول

١٦٠- كان للاتصاف بالمنقول أهمية كبيرة في القانون الروماني ، كما خصص القانون المدني الفرنسي ، متأثراً بذلك بالقانون الروماني ، ثلاث عشرة مادة للاتصاف بالمنقول (١) . غير أن هذه الأهمية قد تضاعفت في الوقت الحاضر ، فقد جردت قاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » هذه الحالة من حالات الاتصاف من أي أهمية عملية وجعلت منها مسألة ثانوية . ولهذا السبب فقد أثر القانون المدني العراقي تقرير هذا الواقع فلم يخصص لمادة الاتصاف بمنقول سوى مادة واحدة . فقد قضت المادة ١١٢٥ من القانون المدني العراقي بأنه : « إذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الاتصاف قضاءاً وقدرًا ملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته » . فيشترط لتملك المنقول بالاتصاف ما يأتي :

١- أن يكون التصاق المنقولين بحيث لا يمكن فصلهما إلا بتلف جسيم أو نفقة باهظة . والتلف هو الضرر الذي يصيب الشيء فينقص من قيمته أو يغير منفعته أو يخل بها خللاً جسيماً . أما النفقة الباهظة فيقصد بها ما يبلغ قيمة الشيء أو يكاد بحيث يفضل صاحبه تركه لصاحب الشيء الآخر في مقابل قيمته .

٢- ألا يكون بين المالكين اتفاق على التوحيد بين الشيئين أو تحويلهما إلى شيء آخر فإذا كان بينهما اتفاق بشأن مصير المنقولين كان هذا الاتفاق هو الواجب الاتباع كما عليه الحال في عقد المعاونة (أو الاستصناع) (٢).

(١) المواد ٥٦٥-٥٧٧ مدني فرنسي .

(٢) المعاونة عقد يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر ، انظر المادة ٨٦٤ مدني عراقي . ويجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل ومادة معاً فيكون العقد استصناعاً (٨٦٥ ف ٢) كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، ويقدم وب العمل لبعض الآخر . فإن الصانع وإن كان يخطأ المواد المدبوكة له ب مواد مدبوكة المستصنع (رب العمل) يخضع لعقد الاستصناع ، وهذا ما يمنع تطبيق أحكام الاتصاف .

٣- ان يقع الالتصاق قضاء وقدرأ ، كان يمتزج سائلان او كميئان من المحنطة كل منهما مملوك لشخص بفعل حادث أو غلط . اما اذا الصق مالك احد المتولين منقوله بمنقول مملوك لشخص آخر فانه لا يملكهما حتى ولو كانت قيمة منقوله اكثر من قيمة المنقول الثاني .

فاذا توفرت هذه الشروط كان الالتصاق سببا لتملك صاحب الشيء الاكبر قيمة منها للشيء الاخر . هذا هو حكم التصاق المنقول في القانون العراقي . اما القانون المدني المصري فلم يورد لالتصاق المنقول احكاما خاصة وانما فوض الامر ، في حالة عدم وجود اتفاق بين المالكين ، للمحكمة لتقضي فيه مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك مقدار الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (١) .

المبحث الثالث

الشفعة

يريفها :

١٦ - عرفت المادة ١١٢٨ من القانون المدني العراقي الشفعة (١)، بانها حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والتفقات لعنادة (٢).

والشفعة نظام اسلامي يكاد ان يكون الاجماع متفقدا على الاخذ به (٣). بل انها قد ثبتت على خلاف الاصل لانها تؤدي الى تملك العقار المشفوع تبراً على المشتري ، فهي لهذا تعتبر قيداً على حرية التصرف بالنسبة للبائع للمشتري، ولكن الشارع قد اتبناها لمصلحة راجحة . وقد راعت التشريعات مربية الحديثة (٤) هذه المصلحة الراجحة فاقرت نظام الشفعة لانها اصبحت جزءاً من تقاليدنا القانونية وان كانت قد عملت على التضييق في الاخذ بها سواء من حيث الموضوع او من حيث الاجراءات التي يجب اتباعها (٥).

(١) الشفعة في اللغة تعني الزيادة لان الشفعيع يهضم العقار المشفوع الى ملكه فيصبح شفعاً بعد ان كان ونراً .

(٢) ود انبس القانون المدني العراقي هذا التعريف من المادة (٩٠) من مرشد الحيران . اما الماد ٩٣٥ من القانون المدني المصري فقد عرفت الشفعة بقولها : الشفعة رخصة تميز بيع العقار في الحقول محل المشتري في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية .

(٣) وتعرف بعض القوانين العربية نظام الشفعة كالقانون الالماني والقانون الاسباني (راجع : محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٥٤٠) .

(٤) لم يأخذ المشرع السوري بالشفعة لانها في نظره من الحقول الضعيفة ولان الحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لاتوجب الاخذ بها .

(٥) انظر المذكرة الايمانية لقانون المدني المصري ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٩ ، ص ٢٤٣ .

الحكمة من تقريرها :

١٦٢ - اما الحكمة من تقرير الشفعة فهي عند الحنفية دفع الضرر الذي قد يحصل للشفيع من المشتري فهي بهذا المعنى وسيلة للتخلص من جار او من شريك لا يرتاح الشفيع اليه. اما عند المالكية والشافعية فهي دفع مصاريف القسمة عند الشفيع، ويرتب على ذلك ان الشفعة لا تثبت عندهم الا للشريك في العقار القابل للقسمة فلا شفعة للشريك في عقار غير قابل للقسمة لعدم احتياجه الى مصاريفها، ولا شفعة كذلك للمخيط ولا للجار الملاصق. اما عند الحنفية فهي تثبت للشريك في العقار مطلقاً وللشريك في حقوقه (اي للمخيط) وللجار الملاصق (١).

ويمكن القول على كل حال، بان الحكمة من تقرير الشفعة هي انها وسيلة لتقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع والتخلص من ضرر الشركة او القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات واجراءات وبالتالي انهاء حالة الشبوع.

خصائص حق الشفعة :

١٦٣ - ويتميز حق الشفعة بالخصائص التالية :

(١) حق استثنائي :

١٦٤ - فقد رأينا بان الشفعة قد ثبتت على خلاف الاصل لانها تؤدي الى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري، وتملك ملك الغير بدون رضاه غير جائز في الاصل. ويرتب على ان الشفعة حق استثنائي عدم جواز التوسع في تفسير النصوص الخاصة بها (م ٣ ملني عراقي).

(٢) حق غير قابل للتجزئة :

١٦٥ - فالشفعة حق لا يقبل التجزئة، فلا يجوز أخذ جزء من العقار المشفوع وترك جزء منه جبراً على المشتري، والا كان في ذلك تفريق للصفقة واضرار

(٢) راجع : عل حيدر ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٦٧٧ ، الايني والسنجلي ، المرجع السابق ، ص ٧٥ ، منير القاسمي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .

بالمشتري. ولكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع، يعقد واحد او بعدة عقود، فان للشفيع الحق في ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي (م ١١٣٥ مئتي) (١).

(٣) حق قابل للإرث :

١٦٦ - فاذا ثبتت الشفعة فانها لا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع (م ١١٣٣ ف ٢ مئتي عراقي) (٢). ويترتب على ذلك انه اذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فان لورثته ان يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي بقررها القانون لطلب الشفعة، اذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم.

(٤) حق لا يجوز التصرف فيه للغير :

١٦٧ - فليس لاحد من الشفعاء ان يتصرف بحق شفيعته للغير بمقابل او بدون مقابل. فلو باع الشفيع حق شفيعته لاجنبي او لشفيع آخر بمقابل معلوم فان الشفعة تسقط بلا بدل ويكون البيع باطلا. لان البيع مبادلة مال بمال، وحق الشفعة لا يجوز تملكه، فتسقط الشفعة ولا يلزم المشتري بالمقابل. وهذا ما عبرت عنه المادة ١١٣٦ ف ٢ من القانون المدني العراقي بقولها: «وليس لاحد من الشفعاء ان يتزل عن نفعه لاجنبي او لشفيع آخر فان فعل سقط حقه».

ويعد هذا التعريف بالشفعة وبيان الحكمة من تقريرها وخصائصها تناول البحث فيها بتحديد أصحاب حق الشفعة، ثم بيان شروطها، ثم تبين اجراءاتها، ونعرض بعد ذلك لاجوال سقوطها، ثم نتكلم اخيراً في احكامها.

- (١) انظر ايضاً المادة ١٣٦ من مرشد الحيران والمادة ١٠٤١ من المجلة.
- (٢) وهذا بخلاف ما كان مقرراً في المجلة، حيث ان الشفعة تسقط بموت الشفيع. ذلك ان الشفعة في الفقه الحنفي مجرد ارادة مشيئة، فهي لا تنتقل الى ورثته لان الورثة لا يرثون مورثهم في رغباته (م ١٤٠ من مرشد الحيران و ١٠٣٨ من المجلة) أما جمهور الفقهاء المسلمين فقد ذهبوا الى ان حق الشفعة متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار، ولهذا فانه ينتقل بالميراث ويحل الوراث محل مورثه.

صرح دون

اصحاب حق الشفعة وموالبهم

١٦٨ - ثبتت الشفعة ، بحسب المادة ١١٢٩ من القانون المدني العراقي ، لثلاثة اشخاص هم : الشريك في العقار الشائع ، والخليط ، والجار الملاصق .

١ - الشريك في العقار الشائع :

١٦٩ - فاذا باع احد الشركاء المشتاعين حصته الشائعة لاجنبي (١) ثبت لشركائه الآخرين حق الشفعة فيها ، سواء كان العقار شائع قابلاً للقسمة او غير قابل للقسمة . ولما كانت الشفعة تثبت للشريك في العقار الشائع ، فلا يجوز لمن لا يعتبر شريكاً مشتاعاً وقت بيع العقار ان يأخذ بالشفعة . ويترتب على ذلك ان بعض الشركاء اذا كان يملك حصة مفرزة فيبيعها فانه لا يكون للشركاء الآخرين اخذها بالشفعة لان البائع لا يعتبر شريكاً في العقار الشائع . والشريك في العقار الشائع هو شفيع في المرتبة الاولى .

(١) لقد ورد نص المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي مطلقاً وفي هذا يتفق حكم هذا النص مع الفقه الاسلامي وجملة الاحكام المدنية حيث يثبت لهما للشريك في العقار حق الشفعة سواء بيعت الحصة الشائعة للشريك أو لغير شريك . غير أن نص المادة (١١٣٢) يقيّد من اطلاق المادة (١١٢٩) . فقد نصت المادة (١١٣٢) بأنه : « اذا كان المشتري للعقار المشفوع له توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً فانه يملك على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة ادنى ولكن يتقدمه الذين من طبقة اهل » . فاذا باع احد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر ، وليس للشركاء الآخرين ان يشفعوا فيها لان المشتري هو ايضاً شفيع من نفس المرتبة التي ينتمي اليها الشركاء الآخرون . وهكذا يمكن القول بان الشفعة لا تثبت للشريك الا اذا بيعت حصته من العقار الشائع لاجنبي . وهذا هو ايضاً ما يقرره القانون المدني المصري في المادة ٩٢٦ ف (ب) .

(راجع ايضاً في قصر حق الأخذ بالشفعة في القانون المدني العراقي على حالة البيع لغير شريك : شاكر ناصر ، الموجز ، ص ٢١٠ ، صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، ص ٢٨٥ ولارن دنون ، الحقوق العينية . لاصلية ، ص ١٥٥) .

٢ - الخليط :

١٧٠ - والخليط هو من كان شريكا في حق ارتفاق للعقار المبيع، وبعبارة اخرى، من كان شريكا في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، كحق الشرب الخاص، او كان شريكا في الطريق الخاص. فلو بيع احد العقارات المشتركة في حق الشرب الخاص مع حق شربها، او بيعت احدى الدور التي لها حق المرور في طريق خاص مع حقها في الطريق ثبت حق الشفعة لاصحاب العقارات الاخرى التي لها حق الشرب من ذلك النهر، ولاصحاب الدور الاخرى التي لها حق المرور في ذلك الطريق، على نفس الطريق حق الشفعة في العقار المبيع.

والخليط شفع بالمرتبة الثانية .

٣ - الجار الملاصق :

١٧١ - ويراد بالجار الملاصق، الشخص الذي له عقار متصل بالعقار المبيع بحيث لا يفصل بين عقاره والعقار المبيع اي فاصل . فاذا كان بين العقارين طريق نافذ يفصل بينهما فلا شفعة مهما كان العقاران متقاربين لانعدام التلاصق. اما اذا كان الطريق الفاصل غير نافذ ، فان الشفعة تثبت لاعلى اساس الجوار، بل على اساس الاشتراك في الطريق الخاص.

ويعتبر كل من صاحب السفلى والعلو المتتالين جارا ملاصقا بالنسبة للآخر (م ١١٣٠ ف ٢ مدني).

والجار الملاصق شفع في المرتبة الثالثة .

وقد اعتبرت المادة (١١٣٠ ف) الشريك في ارض الحائط الفاصل في حكم الشريك في نفس العقار، وبأني في مرتبته بعد الشريك في العقار الشائع مباشرة، ولهذا فهو يتقدم على الخليط والجار الملاصق. اما اذا كان شريكا في الحائط الفاصل دون الارض التي يقوم عليها الحائط فلا يكون من اصحاب حق الشفعة.

هؤلاء هم الشفعاء وهذه هي مراتبهم كما كانت تقرر ذلك المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي قبل الغائها . فقد صدر عن مجلس قيادة الثورة قرار رقم ٢١١ بتاريخ ١٩٧٨/٢/١٤ (١) التي فيه نص المادة (١١٢٩) من القانون المدني وأحل محلها النص التالي: وينحصر حق الشفعة بالشريك في العقار الشائع غير الزراعي المملوك ملكاً صرفاً (٢) .

وبهذا القرار حذفت المادة (١١٣٠) من القانون المدني . وكان المقروض ان يلغى القرار نص المادة (١١٣١) كذلك ولكن القرار سكت عن ذلك وعلى كل حال فان هذه المادة تعتبر ملغاة من الناحية العملية .

ثم صدر قرار عن مجلس قيادة الثورة بتاريخ ١٩٧٨/٢/٢٤ (١) الذي بمقتضاه الفقرة الاولى من قراره السابق وأحل محلها مايلي :

١ - اولاً - تلغى المادة ١١٢٩ من القانون المدني ويحل محلها مايلي :

(أ) ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال .

(ب) تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لاغراض هذا القرار .

وهكذا يكون المشرع العراقي قد حصر حق الاخذ بالشفعة بالشريك

في دار السكن او الشقة السكنية الشائعة وأسقط كل ما عدا ذلك من احوال

ثبوت الشفعة التي كانت المادة ١١٢٩ من القانون المدني (الملغاة) تجيز

الاخذ بالشفعة فيها .

(١) منشور في المجلات العراقية العدد ٢٩٣٥ ، العدد ٢٩٣٥ بتاريخ ١٩٧٨/٢/١٩ .

(٢) انظر ايضاً ماورد في قانون اصلاح النظام القانوني في باب الاهداف العامة لقانون

المدني (ص٤٢) من انه : « حصر الشفعة بحالة الاشتراك في الملك الصرف المشاع

غير الزراعي » .

(٣) منشور في المجلات العراقية العدد ٢٦٦٧ .

تزامم الشفعاء :

١٧٢ - لم يعد من المتصور ، بعد الغاء المادة (١١٢٩) من القانون المدني ، ان يتزامم شفعاء من مراتب مختلفة حتى يراعى ترتيبهم في استحقاقهم بالشفعة (١) . اما التزامم الشفعاء من مرتبة واحدة فما يزال امراً ممكنًا . فقد رأينا ان الشفعة تثبت للشريك في دار السكن او الشقة السكنية الشائعة . فاذا كانت دار السكن او الشقة السكنية مملوكة لأكثر من مالك ، وباع احد الشركاء المشتاعين حصته الشائعة لاجنبي ثبت حق الاخذ بالشفعة لشركائه الاخرين . فاذا طلبها كل منهم ، فان الاستحقاق بالشفعة يكون بينهم بالتساوي ، اى ان المشفوع يقسم على عدد الرؤوس لا بنسبة سهامهم لانهم متساوون في سبب الاستحقاق ، وهو الشركة ، ولذا فانهم يكونون متساوين في الحكم (٢) وعلى هذا لو كانت الدار شركة بين ثلاثة ، لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها ، وباع صاحب النصف نصيبه ، كان لكل من الشريكين الاخرين نصف الحصة المبيعة .

الفرع الثاني

شروط الشفعة

١٧٣ - لا يثبت حق الاخذ بالشفعة الا اذا توفرت شروط معينة . وقد بحث القانون المدني العراقي ، اصلاً في هذه الشروط في المادة (١١٣٣) منه . ومن قراءة نصوص هذه المادة يتبين ان شروط الشفعة هي :
١ - ان يكون كل من المشفوع والمشفوع به من العقارات المملوكة ، ٢ - ان يكون التصرف بيعاً ، ٣ - قيام سبب الشفعة في الشفع واستمراره الى حين الاخذ بالشفعة .

(١) في ظل المادة ١١٢٩ الملغاة كان يمكن ان يتزامم شفعاء من مراتب مختلفة فكان ينبغي ان يراعى ترتيب هؤلاء الشفعاء حسب ما هو وارد في هذه المادة ، حيث كان يجب ان يقدم الشريك في المقار الشائع ، فان لم يوجد او وجد ولكنه اسقط حقه فتكون الشفعة للشريك في ارض الحائظ الفاصل (م ١١٣٠) . فان لم يوجد او وجد واسقط حقه فتكون الشفعة للمخلط ، فان لم يوجد او وجد واسقط حقه فتكون الشفعة للتجار الملاصق .
(٢) المادة ١١٣١ ف ٢ مدني عراقي .

غير أن المادة (١١٢٩) الجديدة، التي أحلها مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٢/٢٤ محل المادة (١١٢٩) من القانون المدني، بمحصرتها حق الشفعة بالشريك في دار السكن أو الشقة السكنية الشائعة شرط أن لا يملك داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال، قد قيدت من إطلاق الشرط الأول من شروط الشفعة وفق المادة (١١٣٣) من جهة، وأضافت إلى شروط الشفعة شرطاً جديداً من جهة أخرى.

وعليه، ومن الجمع بين نصوص المادتين (١١٢٩) الجديدة و(١١٣٣) من القانون المدني، يمكن القول بأن شروط الأخذ بالشفعة هي:

- ١ - أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار أو شقة سكنية،
- ٢ - ألا يملك الشفيع داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال،
- ٣ - أن يكون التصرف بيعاً، ٤ - قيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره إلى حين الأخذ بالشفعة. فنبحث في هذه الشروط على التوالي:
- الشرط الأول - أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار أو شقة سكنية :

١٧٤ - وعلى هذا فلا شفعة إذا كان العقار الشائع من غير الدور أو الشقق السكنية. وهذا هو وجه التقييد الذي أدخلته المادة (١١٢٩) الجديدة. وقبل إحلال هذه المادة محل المادة (١١٢٩) من القانون المدني (السلعة) ووفق ما كانت تقررته المادة (١١٣٣) كانت الشفعة جائزة في العقارات المملوكة عامة، وليس فقط في الدور أو الشقق السكنية الشائعة. ويترتب على ذلك أنه لا شفعة للشريك في أرض مملوكة على الشيوع ولا للشريك في حصة غير سكنية أو في مخزن أو دكان أو أي عقار شائع آخر ليس من الدور أو الشقق السكنية.

ولا شفعة كذلك في المنقول إلا إذا كان تابعاً للدار أو للشقة السكنية الشائعة. ذلك أن الدار أو الشقة السكنية، باعتبارها عقاراً، يمكن بحكم ثباتها، واستقرارها أن تكون مصدراً لضرر دائم للمالك الذي شرعت الشفعة لمصلحته

اما المقول ، فهو بحكم قابليته للحركة والتداول بين الايدي لا يكون مصدراً
لضرر كضرر العقار . كما ان الشفعة قد ثبتت على خلاف القياس ، فهي اذن
استثناء لا يجوز التوسع فيه .

ويجب ان يكون المشفوع به الذي يستحق بسببه الشفع ان يأخذ بالشفعة
حصة شائعة ايضاً في الدار او الشقة السكنية التي باع حصته الشائعة فيها احد
الشركاء المشتاعين .

ولا يكفي ان يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصه شائعة في دار
او شقة سكنية ، وانما يجب ان يكون كل من الدار او الشقة من العقارات
المملوكة . وعليه فان الشفعة لا تثبت لمنحولي الوقف والمستحقه لانهما لا يملكان
المال الموقوف . ومن ثم فلا شفعة لاموال الوقف ولا بها .

الشرط الثاني - الا يملك الشافع داراً او شقة سكنية على وجه الاستقلال :
١٧٥ - ويشترط ايضاً لثبوت حق الشفعة الا يكون للشافع داراً او شقة
سكنية يملكها على وجه الاستقلال . وهذا هو كما رأينا الشرط الذي اضافته
إلى شروط الشفعة المادة (١١٢٩) الجديدة .

ويترتب على ذلك انه اذا باع احد الشريكين في الدار او الشقة السكنية
الشائعة لاجنبي فلا يكون لشريكه الاخر في هذه الدار او الشقة ان يأخذ
الحصة المبيعة بالشفعة اذا كان هذا الشريك يملك ملكية مفرزة داراً او
شقة سكنية اخرى . اما اذا كان هذا الشريك يملك على الشيوع مع ملاك
اخرين داراً او شقة سكنية اخرى فله في هذه الحالة ان يأخذ حصة شريكه
المبيعة بالشفعة . ويثبت له حق الشفعة كذلك اذا كان يملك عقاراً او عقارات
اخرى من غير الدور او الشقق السكنية .

الشرط الثالث : ان يكون التصرف بيعاً :

١٧٧ - تقضي الفقرة الاولى من المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي
بانه : ولا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت

البيع». فيشترط اذن بمقتضى هذا النص، كما كان يشترط ذلك في مجلة الاحكام العدلية (١)، لثبوت حق الاخذ بالشفعة ان يكون التصرف الذي خرج به العقار عن ملك صاحبه بيعاً.

على انه اذا كانت المادة (١١٣٣) تقرر ان الشفعة لا تثبت الا لبيع العقار، مما قد يوحي بان الاخذ بالشفعة لا يجوز الا في البيع، فإن الشفعة تثبت مع ذلك في كل تصرف يأخذ حكم البيع. ومن هذه التصرفات ما يأتي:

١ - المقايضة :

١٧٧ - لا يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين البيع والمقايضة، بل يعتبرون العمليتين بيعاً، فالبيع عندهم «مبادلة مال بمال». وبهذا أخذ القانون المدني العراقي (٢) الذي اعتبر المقايضة نوعاً من أنواع البيع. فلا يشترط في العرض الذي يأخذه احد المتبايعين ان يكون مبلغاً من النقود، بل يمكن ان يكون اي مال آخر سواء كان مثلياً او قيمياً. فاذا تقايض شخصان عقاراً بعقار مثلاً، وكان لكل من العقارين شفع، فيجوز لكل من الشفعين ان يأخذ العقار الذي يشفع فيه بقيمة العقار الذي اعطى بدلاً عنه.

٢ - الصلح :

١٧٨ - ينقسم الصلح إلى ثلاثة أنواع: صلح عن اقرار، كأن يدعي شخص على آخر ديناً فيقر المدعي عليه، ثم يتصالحان، و صلح عن انكار، كأن ينكر المدعي عليه دعوى المدعي ثم يتصالحان، و صلح عن سكوت، كالمو سكت المدعي عليه، فلا يقر ولا ينكر ثم يتصالحان.

فاذا وقع الصلح عن اقرار صح وكان حكمه حكم البيع (٣)، ويترتب على ذلك انه يجوز الاخذ بالشفعة في هذه الحالة سواء كان العقار مصالحاً عنه أو مصالحاً عليه.

(١) انظر المادة ١٠٢١ من المجلة.

(٢) يعرف القانون المدني العراقي البيع في المادة ٥٠٦ بقوله: «البيع مبادلة مال بمال».

(٣) انظر المادة ٧٠٧ من القانون المدني العراقي.

أما الصلح عن انكار أو سكوت فهو في حق المدعي معاوضة ، وفي حق المدعي عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة . فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا يجوز في العقار المصالح عنه (١). فإذا ادعى شخص ديناً له في ذمة شخص آخر مقداره ألف دينار مثلاً ، وكان المدعي عليه منكراً للدين ثم تصالحا على أن يتنازل المدعي عن دعواه مقابل قطعة من الأرض جاز لمن له حق الشفعة أن يأخذ هذه الأرض بالشفعة إذا هو دفع للمدعي ألف دينار مع الثقات ، لأن الصلح في حق المدعي معاوضة . أما إذا انصب النزاع على ملكية عقار ثم تصالح الخصمان فإنه لا يجوز طلب أخذ العقار بالشفعة ، كما لو ادعى شخص بأن الدار التي في يده شخص آخر مملوكة له فأنكر المدعي عليه ثم تصالحا على أن يدفع للمدعي ألف دينار مقابل تنازله عن دعواه ، فلا شفعة لأن الصلح لم ينقل ملكية هذه الدار للمدعي عليه ، أما بدل الصلح فقد كان مقابل حظ المدعي في كسب الدعوى أو اقتداء لليمين وقطعاً للخصومة (٢).

٣ - الإقالة :

١٧٩ - للمتعاقدان أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده ، سواء تم تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد أو لم ينفذ شيء منهما . والإقالة في حق المتعاقدين فسخ ، ولكنها في حق الغير عقد جديد (٣) . وترتب على اعتبار الإقالة بالنسبة للغير عقداً جديداً ، أنه إذا كان المبيع عقاراً وأسقط الشفع حق في الشفعة ، ثم تقابل المتعاقدان ، جاز للشفيع ، وهو من الغير طلب الأخذ بالشفعة مجدداً إذا تحققت شروطها .

(١) انظر المادة ٧١٦ من القانون المدني العراقي .

(٢) راجع : علي حيدر ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٦٩٣ - ٦٩٤ .

(٣) انظر المادة ١٨٣ من القانون المدني العراقي ، وراجع كتابتنا ومصادر الالتزام ، ص ٧٩٤ وما بعدها .

٤ - الوفاء بمقابل :

١٨٠ - يتيح نظام الوفاء بمقابل للدائن والمدين ان يتفقا على استيفاء الدائن شيئاً آخر من المدين غير ما التزم بالوفاء به اصلاً . وقد اخذ القانون المدني العراقي بالتكييف السائد في الفقه الحديث للوفاء بمقابل باعتباره مزيجاً مركباً من تجديد ووفاء . فقد نصت المادة (٤٠٠) منه على انه : «يسري على الوفاء بمقابل ، من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطي في الدين ، أحكام البيع ، وبالاخص مايتعلق منها باهلية العاقدين وتضمنان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ..» . ويرتب على ذلك انه اذا اعطى المدين لدائنه عقاراً بدلاً من محل التزامه الاصيل فإنه يجوز اخذ هذا العقار بالشفعة ، اذ يكون المدين كأنه قد باع هذا العقار الى الدائن بالدين الذي للدائن في ذمته (١) .

واذا كانت الشفعة تجري في عقد البيع أو ما في حكمه على النحو المتقدم فإنه يلزم لذلك ان يكون العقد مستوفياً لشروط انعقاده وصحته ونفاذه . فاذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري فلا شفعة فيه اصلاً لانه لم ينعقد وبالتالي فإن ملكية العقار المبيع لم تنتقل من البائع الى المشتري (المشفوع منه) . وهذا ما عبرت عنه العبارة الاولى من المادة (١٣٣ ف ٢) من القانون المدني العراقي بقولها : «يشترط في المال المشفوع ان يكون عقاراً مملوكاً وان يكون يبعه قد تم قانوناً» (٢) .

بيوع لا تجوز الشفعة فيها :

١٨١ - اذا كان الاصل جواز الشفعة في البيع وما في حكمه ، فتمتع بيوع استثنائها المشرع من هذا الاصل لاعتبارات تختلف من حالة لاخرى . وهذه البيوع ، كما وردت في الفقرات (أ) و(ب) و(ج) من المادة (١٣٤) من القانون المدني ، هي :

(١) عكس ذلك : محمد كامل مرمي ، المراجع السابق ، ف ٢٠٤ ، عبدالمتمم الصدة ، المراجع السابق ، ف ٢٠٢ .

(٢) أو كما عبرت ذلك المادة ١٠٢٦ من المجلة بقولها : « يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع بناء عليه لا تجري الشفعة في السم الفاسد ..»

(١) البيع بالمزايدة العلنية :

١٨٢ - فلا يجوز الاخذ بالشفعة اذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء او الادارة. وعلة منع الشفعة في هذه الحالة هي ان البيع بالمزايدة العلنية يتيح الفرصة للشفيع ، اذا كان يريد اخذ العقار بالشفعة ، ان يدخل في المزايدة ، إلى جانب ان منع الشفعة يساعد على بيع العقار بأكبر ثمن ممكن.

هذا اذا كان البيع بالمزايدة العلنية. اما اذا لم تكن المزايدة علنية فتجوز الشفعة حيث لا تتوفر العلنية التي تمنع للشفيع معرفة الثمن الذي تقدم به غيره، فتتفي الحكمة من منع الشفعة (١).

(٢) البيع بين الأزواج وبين الأقارب :

١٨٣ - ولا يجوز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول والفروع او بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة (م ١٣٤ فب) والعلة في منع الشفعة في هذه الحالة هي ان البيع للأزواج او للأقارب تراعى فيه اعتبارات شخصية تكون على الاغلب هي التي دفعت إلى التصرف على نحو معين لشخص معين دون غيره فلا يجوز ان تباح الشفعة لشخص آخر لا تتوفر فيه هذه الاعتبارات (٢).

(٣) بيع العقار ليجعل محل عبادة :

١٨٤ - ولا تجوز الشفعة اذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة الطابو (التسجيل العقاري) على هذا الوجه (م ١٣٤ فج). ويلاحظ . من جهة ان النص قد ورد عاما ، ولذلك فانه ينصرف إلى المساجد والكنائس والمعابد اذا كانت الديانة التي يراد تخصيص العقار لاقامة شعائرها فيه من الديانات التي يعترف بها القانون . ويلاحظ

(١) راجع : منصور مصطفى منصور ، الملكية ، ف ١٤٠ .

(٢) راجع عبدالنعم لرج الصدة ، المرجع السابق ، ف ٢٠٦ .

من جهة اخرى ان النصر قاصر على مايباع ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة ، فهو لايتصرف إلى ماقد يباع للمؤسسات الخيرية او الاجتماعية .
الشرط الرابع : قيام سبب الشفعة في الشفع واستمراره إلى حين الأخذ بالشفعة :
١٨٥ - ويشترط اخيراً لثبوت الشفعة ان يكون سبب الشفعة قائماً في الشفع ، اي ان يكون مالكا للمشفوع به ، من وقت البيع المشفوع فيه ، وان يستمر مالكا إلى ان يأخذ المبيع ، اي إلى وقت الحكم له بالشفعة او التراضي عليها (١١٣٣ ف ٢) .

ويرجع شرط كون الشفع مالكا للمشفوع به وقت البيع إلى ان هذا الوقت هو الذي يجب ان تتوفر فيه شروط الشفعة ، فاذا كان الشفع مالكا للمشفوع به ثم أخرجه عن ملكه قبل البيع المشفوع فيه فلا شفعة له . ولا يكفي كون الشفع مالكا للمشفوع به وقت انعقاد البيع المشفوع فيه ، بل يجب كذلك ان يستمر مالكا إلى ان يأخذ العقار المشفوع بالشفعة رضاء او قضاء . فاذا كان مالكا للمشفوع به ثم أخرجه عن ملكه قبل قبول المشتري او حكم المحكمة له بالشفعة ، فلا يكون له حق الأخذ بالشفعة . اما اذا كان مالكا وقت البيع واستمر مالكا إلى حين الحكم له بالشفعة او التراضي عليها ، فلا اثر بعد ذلك لزوال ملكه الذي شفع به ولو كان هذا الزوال باثر رجعي .

الفرع الثالث

اجراءات الشفعة

١٨٦ - يقصد باجراءات الشفعة الاعمال التي يجب على الشفع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع رضاء أو قضاء . فالشفعة في نظر الفقهاء المسلمين حق ضعيف ، فلا بد لمن يريد ان يتمسك بهذا الحق الضعيف ان يتبع الاجراءات المقررة تدعيماً لحقه وتجنباً للنتائج التي قد تترتب على مجرد اعتماده على ذمة المشفوع منه وحسن نيته . فاذا لم يسلم المشتري

بحق الشفيع في الشفعة فعلى هذا الأخير ان يتخذ اجراءات معينة ليصل الى أخذ العقار بالشفعة بحكم من القاضي .

وهذه الاجراءات التي رسمها القانون المدني العراقي في المواد (١١٣٨ - ١١٤٠) تتخلص بالاعلان عن الرغبة ، ثم برفع الدعوى ، ثم بإبداع نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة . وبلا حظ ، بصورة عامة ، بان هذه الاجراءات لاتختلف اختلافا جوهريا عن الاجراءات المقررة في مجلة الاحكام العدلية ، فيما عدا ما توخاه القانون المدني العراقي من ضبط هذه الاجراءات من الناحية الشكلية وتحديدها بمواعيد معينة (١) .

اولا - الاعلان عن الرغبة :

١٨٧ - تقضي المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي بانه : «على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اذاره بالبيع اذارا رسميا من البائع أو المشتري والا سقط حقه ... » .

فاذا تم الانذار الرسمي ، من البائع أو المشتري ، فيجب على الشفيع اذا اراد اخذ المبيع بالشفعة ، ان يبادر بطلبها باعلان بوجهه الى كل من البائع والمشتري ، فلا يكفي ان يوجه هذا الاعلان الى احدهما بدون الآخر ، أو الى دائرة الطابو (التسجيل العقاري) التي يقع العقار المبيع ضمن دائرتها ويجب ان يتم الاعلان عن الرغبة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار والا سقط حق الشفيع في الشفعة . ولا يسري هذا المعيار الا من تاريخ الانذار الرسمي ولو كان الشفيع يعلم فعلا بالبيع قبل الانذار .

ولم يشترط القانون المدني العراقي ، بخلاف القانون المدني المصري (٢) ، ان يكون اعلان الرغبة بطريق رسمي : أي بواسطة الكاتب العدل ،

(١) راجع المواد ١٠٢٩ - ١٠٣٥ من المجلة.

(٢) تشترط المادة ٩٤٢ من القانون المدني المصري أن يكون اعلان الرغبة رسميا.

عادي أو مسجل . ولو ان المفضل ان يتم هذا الاعلان بطريق رسمي تيسيرا
للاثبات وقطعا للمنازعات .

وطلب الشفعة باعلان عن الرغبة يفترض علم الشفيع بحصول البيع
وبشروطه علما كافيا ، ولهذا نجد ان العبارة الاخيرة من المادة (١١٣٨)
أوجبت ان يتضمن الانذار الذي يوجه الى الشفيع «بيان العقار للبيع بيانا
واضحا وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري والمحل اقامته
والا كان الانذار باطلا » . ويبقى حق الشفيع في طلب الشفعة قائما لمدة ستة
اشهر من تاريخ تمام البيع (م ١١٣٤ ف ١ و ملحقا بمرافق) . وكذلك الحكم
اذا لم يوجه البائع أو المشتري الانذار الى الشفيع .

ثانياً - رفع دعوى الشفعة :

١٨٨ - فاذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة ، فعلى الشفيع ان
يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما تبدأ من تاريخ
اعلان رغبته ، والا سقط حقه (م ١١٣٩ مديني) . واذا تعدد البائعون
او المشترون وجب على الشفيع ان يختصمهم جميعا ، واذا توفي احدهم
فعليه ان يختصم ورثته .

والعلة في اشتراط القانون لقبول دعوى الشفعة ان ترفع هذه الدعوى
على البائع والمشتري معا هي ان الاخذ بالشفعة تحويل للحقوق والالتزامات
الناشئة بين البائع والمشتري بسبب البيع الى ما بين البائع والشفيع «فهي عملية
قانونية تدور بين خصوم ثلاثة كل واحد منهم خصم قانوني فيتمتع اختصاصهم
جميعا في جميع مراحل الدعوى لكي يكون الحكم الصادر واحدا بالنسبة
الى الشفيع والبائع والمشتري » (١) .

وبلا حظ بان المشرع قد اعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة
(م ١١٣٩ ف ٢) التي يجب الفصل فيها على وجه السرعة .

(١) قرار محكمة التمييز في ١٩٦٨/٣/٢ منشور في مجلة القضاء العدد الثاني السنة ٢٣ ص ١٠٧ .

ثالثاً - ايداع نصف الثمن الحقيقي :

١٨٩ - تنص المادة (١١٤٠) من القانون المدني على انه : «على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبالغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . فان لم يتم الايداع سقطت شفيعته ».

فيجب على الشفيع ان يودع صندوق المحكمة التي يقع العقار المشفوع في دائرتها نصف الثمن الحقيقي عند اقامة الدعوى . ويجب ان يتم الايداع خلال المدة المقررة قانوناً ، والا سقط حقه في الشفعة.

والايداع اجراء استحدثه المشرع العراقي في القانون المدني ، حيث لم يكن يشترط في ظل مجلة الاحكام العدلية ان يحضر الشفيع ثمن العقار المشفوع وقت الدعوى ، لان لزوم الثمن يكون بعد الحكم ، اذ يكون عندئذ الشفيع والمشفوع منه بمنزلة البائع والمشتري (١).

ويجب ان يتم ايداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ، ولا يعني عنه عرض الشفيع نصف الثمن عرضاً حقيقياً . فيجب ان يتم الايداع في المدة المقررة حتى لو كان الثمن مؤجلاً فيما بين البائع والمشتري ، كما لا يصح ان يقتصر الايداع على جزء من الثمن حتى ولو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري . والسبب في اشتراط الايداع الفعلي لقبول دعوى الشفعة هو ضمان جدية طلب الشفعة من جهة ، والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من جهة اخرى ، المشتكري الذي عجل كل الثمن او بعضه للبائع او البائع الذي لم يستوف الثمن كله او بعضه .

واذا كان القانون يشترط لقبول دعوى الشفعة ان يودع الشفيع صندوق المحكمة نصف (الثمن الحقيقي) الذي حصل به البيع ، فما المقصود بعبارة (الثمن الحقيقي) .

(١) راجع : حل حيدر ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٧١٩ .

الثمن الحقيقي هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه حقيقة بين البائع والمشتري. ولكن ماذا يكون موقف الشفيع اذا كان الثمن المذكور في عقد البيع صورياً؟ هل يكون له، بمقتضى القواعد العامة وباعتباره من الغير (١) ان يثبت صورية الثمن الوارد في العقد ويتمسك بالثمن الحقيقي ويودع نصفه صندوق المحكمة؟

الواقع ان المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي تحول دون ذلك. فقد قضت بانه: «لا يجوز الطعن بالضرورة في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو» التسجيل العقاري». كما قضت محكمة التمييز بان الثمن الحقيقي «هو البديل الذي حصل الاتفاق عليه والذي سجل بدائرة التسجيل العقاري» (٢).

ويلاحظ بان القانون لم يلزم الشفيع الا بايداع نصف الثمن الحقيقي ولم يلزمه بايداع المصاريف، علماً بان هذه المصاريف غالباً ما يتعذر على الشفيع ان يعلم بها مبدئياً (٣).

الفروع الرابع

سقوط الشفعة

١٩٠ - عرضنا فيما سبق، لدى بحثنا لشروط الشفعة، لحالات لا يثبت فيها حق الشفعة، وهي: حالة بيع العقار بالزاد العلني، وحالة البيع بين الأزواج او الأقارب، وحالة بيع العقار ليجعل محل عبادة وكذلك لحالة ما اذا كان العقار المشفوع به وفقاً. والواقع ان هذه الحالات عبارة عن بيع لا تجوز فيها الشفعة اصلاً. ولذلك فانه ليس دقيقاً اعتبار هذه الحالات من حالات سقوط الشفعة. ذلك ان المفروض حتى يسقط الحق، اي حق، ان يثبت اولاً لصاحبه ثم يسقط اذا تحقق سبب من اسباب سقوطه.

(١) المادة ١٤٧ مدني عراقي.

(٢) قرار محكمة التمييز الصادر في ١٥/١/١٩٦٨، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ص ٢٩٥.

(٣) قرار محكمة التمييز الصادر في ١٤/١٠/١٩٥٥، منشور في مجلة القضاء العدد الاول سنة ١٩٥٦.

فالمشرع العراقي، بخلاف المشرع المصري (١)، لم يكن موقفا حين اشأ في المادة (١١٣٤) من القانون المدني إلى هذه الحالات إلى جانب حالتين من حالات سقوط الشفعة بمعناها الدقيق وهما: حالة التنازل، وحالة انقضاء ستة اشهر من يوم تمام البيع .

فنتناول بالبحث هاتين الحالتين وكذلك الحالات الاخرى من حالات سقوط الشفعة التي نص عليها القانون في مواضع اخرى .

١ - التنازل :

١٩١ - فلو تنازل الشفيع عن حقه صراحة او دلالة ولو تم هذا التنازل قبل البيع (م ١١٣٤ ف د) سقطت شفعته . وهذا بخلاف ما هو مقرر في الفقه الاسلامي ، حيث ان التنازل قبل البيع لا يسقط الشفعة لانه ، كما يقول الفقهاء المسلمون ، حق لا يوجد قبل البيع ، فلا يجوز اسقاطه قبل وجوده (٢) .

والتنازل الصريح واضح لا يحتاج إلى بيان . اما التنازل الضمني فمثاله اذا اشترى الشفيع العقار المشفوع من مشترئه او اذا استأجره منه . ولا بد من ملاحظة ان سقوط الشفعة بسبب التنازل ينبغي له ان يتم قبل الحكم بها او التراضي عليها ، فاذا تم بعد الحكم بها او التراضي عليها فان الشفعة لا تسقط (٣) . واذا أسقط شفيع حقه في الشفعة انتقل إلى الشفعاء الاخرين بشرط حصول الطلب من هؤلاء عند حصول البيع .

وتنازل الشفيع عن بعض شفعته بعد تنازلا كاملا . فلو تنازل عن نصف شفعته مثلا ، سقط حقه في الشفعة كلها بسقوط بعضها ، لان الشفعة حق لا يقبل التجزئة (٤) .

(١) انظر المادة ٩٤٨ مدني مصري .

(٢) راجع : علي حيدر ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٧٠٠ .

(٣) انظر المادة ١١٣٦ ف ١ مدني عراقي .

(٤) انظر المادة ١١٣٥ مدني عراقي .

٢- انقضاء ستة أشهر من يوم تمام البيع :

١٩٢- فإذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، أي من يوم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، سقط حق الشفع في الشفعة . وبسري هذا الحكم حتى في حق الشفع المحجور أو الغائب (م ١٣٤م) وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ، ولذلك فهي لا تقبل الموقف أو الانقطاع .

٣- عدم قيام الشفع باجراءات الشفعة :

١٩٣- وتسقط الشفعة كذلك إذا لم يتم الشفع بالاجراءات التي رسمتها المواد (١١٣٩- ١١٤٠) من القانون المدني . فإذا لم يعلن الشفع رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري او لدائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار الذي وجهه اليه البائع أو المشتري ، سقط حقه في الشفعة . ويسقط حقه كذلك إذا لم ترفع الدعوى في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان الرغبة . كما يسقط الحق إذا لم يودع الشفع صندوق المحكمة نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع عند رفعه الدعوى وقد تقدم بيان ذلك .

٤- زوال ملك الشفع :

١٩٤- ويسقط حق الشفع في الشفعة بزوال ملكه أو بتخلف شرط من الشروط اللازمة لثبوت الشفعة في الفترة ما بين انعقاد البيع وتتمام الانخذ بالشفعة . فإذا زال ملك الشفع قبل الحكم بها أو التراضي عليها سقط حقه في الشفعة ، إذ يشترط ان يكون الشفع مالكا لا يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مالكا له إلى حين حكم القاضي له بالشفعة أو التراضي على التسليم بها . فلو باع الشفع حصته التي يشفع بها أو وقفها على نفسه واولاده من بعده أو على جهة خيرية . سقط حقه في الشفعة لزوال سببها .

الفرع الخامس أحكام الشفعة

تملك العقار المشفوع :

١٩٥ - إذا توفرت للشفعة شروطها ، ولم يتحقق سبب من اسباب سقوطها
ترتب عليها احكامها او آثارها.

والاثر الرئيسي الذي يترتب على الشفعة هو تملك الشفيع للعقار المشفوع
بما قام على المشتري من ثمن ونفقات. ولكن الملكية لا تنتقل الى الشفيع
بمجرد التراضي او بفضاء القاضي ، وإنما عند التسجيل في دائرة التسجيل
العقارى في حالة التراضي على الشفعة او عند تنفيذ القاضي بالشفعة في
دائرة التسجيل العقارى (١١٤ مدني) .

وتملك الشفيع للعقار المشفوع يعتبر بالنسبة اليه من مقتضيات حلوله محل
المشتري . فالشفيع يحل محل المشتري في مواجهة البائع في جميع حقوقه .
عدا الاجل حيث لا يحق للشفيع الانتفاع من اجل منحه البائع للمشتري
(١١٤٢ مدني) . فلا يملك الشفيع العقار المشفوع بسبب عقد جديد (١) ،
اذ ان كل ما يحدث هو ان الشفيع يزيج المشتري ليحل محله ، فيخرج
المشتري من الصفقة ويعود الى الحالة التي كان عليها قبل الشراء . اما الاجل
الذي منحه البائع للمشتري فلا يستفيد الشفيع منه مالم يرض البائع . ويترتب
على ذلك انه اذا قضى للشفيع بالشفعة وكان الثمن مؤجلا على المشتري فان
الشفيع يأخذه بثمن حال لان رضاه البائع في حق المشتري لا يدل على رضاه
به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الوفاء بالحقوق وفي اليسار والاعار .

(١) اما بحسب المجلة فيعتبر تملك العقار المشفوع بالنسبة للشفيع شراء جديد . ولهذا فان ما هو يري
على البيع من احكام يبرى على الشفعة ايضاً (م ١٠٣٧ مجلة) .

استحقاق العقار المشفوع :

١٩٦ - ومن مقتضى حلول الشفع على المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ان البائع وحده ينفرد بضمان استحقاق العقار المشفوع ولا شيء على المشتري فقد قضت المادة (١١٤٢ف٢) من القانون المدني العراقي بأنه: « واذا استحق العقار المشفوع بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع ان يرجع بضمان الاستحقاق الا على البائع » .

كما ان مقتضى حلول الشفع على المشتري انه اذا تضمن عقد البيع أي اتفاق على تعديل أحكام الضمان سواء بالتشديد في هذه الاحكام أو في التخفيف منها فان هذا الاتفاق يسري في حق الشفع أيضا .

تصرف المشتري في المشفوع :

١٩٧ - قد يتصرف المشتري ، تصرفاً قانونياً أو مادياً ، في العقار المشفوع في الفترة ما بين شرائه العقار وانتقال ملكيته الى الشفع ، فما حكم هذه التصرفات ؟ يفرق في هذه الحالة بين ما اذا كانت هذه التصرفات قد تمت قبل اعلان الشفع عن رغبته في الاخذ بالشفعة وبين ما اذا كانت قد تمت بعد الاعلان عن هذه الرغبة .

التصرفات القانونية :

١٩٨ - فالتصرفات القانونية في الحالة الاولى ، وهي حالة تصرف المشتري بالعقار قبل اعلان الشفع عن رغبته تعتبر صحيحة . اذ ان حق الشفعة لا يؤدي الى منع المشتري من التصرف في العقار لمصلحة الشفع المحتمل الذي قد يطلب الشفعة وقد لا يطلبها . فللمشتري ان يتصرف في ملكة كما يشاء بالبيع أو الرهن. فاذا باع المشتري العقار وحكم للشفيع بالشفعة كان له ان يملك العقار بضمنه الذي بيع به ثانية بصرف النظر عن الثمن الذي اشتراه به المشتري الاول. فخصومة الشفع تنتقل من المشتري الاول الى المشتري الثاني (م١٣٢٧ مدني عراقي). اما في الحالة الثانية، وهي حالة تصرف المشتري في المشفوع بعد اعلان الشفع عن رغبته في الاخذ بالشفعة ، فان أي تصرف ناقل للملكية أو أي

حق عيني آخر يرثيه المشتري على العقار لا يسرى في حق الشفع إذا حكم له بالشفعة. فنهى بأخذ العقار المشفوع خالياً من أي حق أثقله به المشتري مع ملاحظة أن القانون المدني العراقي قد قرر انتقال حقوق الدائنين المرتبطين في التقدم على غيرهم إلى ثمن العقار الذي دفعه الشفع إلى المشتري (م ١١٤٤). أما غير ذلك من تصرفات تتصل بالاستعمال والاستغلال فتبقى سنارية في حق الشفع وغيره حتى بعد الحكم بالشفعة. فما يقبضه المشتري من ثمار ونجاح يكون له ولاحق للشفيع في شئيه منه، ولكنها تنتهي بانتقال ملكية العقار المشفوع إلى الشفع بالتسجيل.

التصرفات المادية :

١٩٩- وقد ذكر القانون المدني العراقي من التصرفات المادية حالة البناء أو الغراس الذي يقيمه أو يفرسه المشتري في العقار المشفوع ومضبر كل منهما بعد اخذ الشفع العقار بالشفعة وقرر في ذلك ايضاً بين ما إذا كان البناء أو الغراس قد تم قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة أو بعدها (م ١١٤٣). ففي الحالة الاولى يعتبر المشتري بائناً أو غارساً في ملكه، ولذلك فإن الشفع يلتزم بأن يدفع له مقدار مازاد في قيمة الارض بسبب البناء أو الغراس. أما في الحالة الثانية فقد عامل القانون المشتري معاملة الحائز سمي التية إذ كان عليه أن يثبت حتى يفصل في دعوى الشفعة ولهذا ايجاز للشفيع أن يلتزم بقلع البناء أو الغراس إذا لم يكن ذلك مضرراً بالعقار. أما إذا كان القلع مضرراً بالعقار فيكون له أن يستبقى البناء أو الغراس ويدفع قيمته مستحقة للقلع. وقد استمدد المشرع العراقي هذا الحكم من المادة (١٣٠) من مرشد الحيران، وهو حكم يخالف حكم القانون المدني المصري (١).

(١) فالمادة ٩٤٦ من القانون المدني تعامل المشتري معاملة افضل سواء بنى أو غرس قبل اعلان الشفع من رغبته في الاخذ بالشفعة أو بعدها، فليس للشفيع طلب الازالة في الحالة الاولى وإنما هو ملزم بأن يدفع للمشتري ائناً المبلغ الذي انفق أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس تبعاً لما يختاره المشتري. أما في الحالة الثانية للشفيع أن يطلب الازالة ولكن له أن يستبقى البناء أو الغراس بعد دفع نفقات الغراس أو قيمة أدوات البناء وأجرة العمل.

المبحث الرابع الحيازة (أو وضع اليد)

تعريف :

٢٠٠ - الحيازة ، أو وضع اليد ، سلطة واقعية يمارسها الحائز على شيء بحيث تتفق في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مع مزاوله حق الملكية أو أي حق عيني آخر وإن لم تستند هذه السلطة إلى حق يعترف به القانون (١). وقد عرفت المادة ١١٤٥ ف ١ من القانون المدني العراقي الحيازة بأنها « وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » . فيتضح إذن أن الحيازة بمعناها القانوني مجرد وضع واقعي ينطوي على مباشرة الحائز سلطة فعلية على الشيء . سواء كانت هذه السلطة مستندة إلى حق أو لا تستند إلى أي حق . وإذا كان الغالب أن يكون الحائز هو صاحب الحق على الشيء ، وذلك حين يكون الشيء في يده من يملكه أو من يكون له حق عيني آخر عليه ، فإن وجود هذا الحق ليس لازماً لوجود الحيازة . فالسارق أو الغاصب أو من يعتقد تخالفاً للواقع أنه صاحب الحق يعتبر حائزاً مادام يمارس على الشيء سلطة فعلية ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر .

ومن هنا يظهر أن الحيازة وهي سلطة فعلية ، والملكية ، وهي سلطة قانونية ، ظاهرتان مستقلتان أحدهما عن الأخرى . وقد حاول الفقهاء منذ عهد الرومان التقريب بين هاتين الظاهرتين ، بحيث جعلوا السلطة القانونية تابعة للسلطة الفعلية حتى أنها لا تكون محمية إلا بسلطتها ، وهذا هو ما حدا بالقانون المدني الفرنسي أن يجعل الحيازة ذات صلة وثيقة بالملكية (٢) . وفي الفقه الاسلامي يعتبر وضع اليد قرينة الملكية ودليلها الظاهر . فمن وضع يده على شيء اعتبر

(١) انظر ريتير وبولاجيه ، المرجع السابق ، ١٠٢٠ ، ف ٢٢٨٢ .

(٢) انظر المواد ٢٢٢٨ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي .

انه يملكه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك . فاذا انتفت هذه القرينة بثبوت الملك لغير واضع اليد فلا يكون لوضع اليد عندئذ اثر (١). وقد سارت بعض التشريعات الحديثة على هذا المنهج ومن بينها القانون المدني العراقي. فقد نصت المادة ١١٥٧ ف ١ منه على أنه : « من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس ». في حين وقفت تشريعات حديثة أخرى، كالقانون المدني الألماني السويسري، من الحيازة موقفاً آخر ، فجعلت للحيازة قيمة اقتصادية اصلية جديدة بالحماية لذاتها (٢).

الحكمة من حماية الحيازة :

٢٠١ - ويحمي القانون الحيازة لذاتها ويرتب عليها آثارها سواء كانت تستند الى حق للحائز او لا تستند الى اى حق . وقد يبدو غريباً ، لاول وهلة ، ان يحمي القانون الحيازة ويرتب عليها اثاراً معينة وهي قد لا تستند الى اى حق يعترف به القانون للحائز . ولكن الواقع هو ان الحيازة من حيث الحماية التي كفلها الشارع لها تستند الى اعتبارات تكفي لتبريرها .

فهناك ، من جهة ، اعتبارات تتعلق بامن المجتمع واستقرار النظام فيه وهي تقتضي منع الاعتداء على الاوضاع القائمة ولو كان المعتدى هو في واقع الامر صاحب الحق . فلو ابيح لكل مدع بحق على شيء في حيازة غيره ان يزع هذا الشيء من تحت يد الحائز عنوة لادى ذلك الى الفوضى ولهذا فقد كفل القانون حماية الحيازة في ذاتها . ويلاحظ على كل حال انها حماية مؤقتة ، اذ يستطيع من يدعي خلاف الوضع الظاهر سلوك الطرق القانونية لاثبات حقه .

ويلاحظ ، من جهة أخرى ، ان الغالب ، كما تقدم القول ، ان تكون الحيازة مستندة الى حق حيث يكون حائز الشيء مالكا له أو صاحب حق عيني

(١) انظر المواد ١٦٧٩ و ١٦٨٠ و ١٧٥٤ - ١٧٧٠ من المجلة والمواد ١٥١ - من مرشد الجيران

(٢) انظر المادة ٨٥٤ القانون المدني الألماني والمادة ٩١٩ من القانون المدني السويسري وراجع : بيير نيور، القانون المدني السويسري، زوريخ، ١٩٥٠، ص ٤٧٠ - ٤٧٢.

آخر عليه. ومن ثم فان حماية الحيازة على ضوء ذلك تعتبر في الحقيقة حماية للحق نفسه من خلال الواقع الظاهر. كما ان هذه الحماية غير المباشرة للحق تعتبر وسيلة سهلة ومختصرة، اذ ماعلى الحائز وهو غالبا صاحب الحق الا ان يقف موقفا سلبيا، وعلى من ينازعه في هذا الحق ان يلجأ الى القضاء وعليه ان يثبت انه هو صاحب الحق وليس الحائز، في حين ان حماية حق الملكية ذاته عن طريق اثبات الملكية غالبا مايتطوي على صعوبات كبيرة (١) ويحترم الفقهاء المسلمون اليد الحائزة ويجعلون ماعداها خارجا يقع عليه عبء الاثبات (٢). فوضع اليد يعتبر في الفقه الاسلامي، كما تقدم، دليلا على الملكية حتى يظهر خلاف ذلك.

الاشياء التي تصلح أن تكون محلا للحيازة :

٢٠٢ - ولا ترد الحيازة الا على الاشياء المادية، لان الحيازة تقتصر على الحقوق العينية وهذه تنحصر طبقا للفقه السائد، في الاشياء المادية (٣). ويرتب على ذلك ان الحقوق الذهنية والمجموعات القانونية، كالتركات والمحلات التجارية منظورا اليها بمجموعها، والديون لانصلح ان تكون محلا للحيازة. مع ملاحظة ان السند لحامله يعتبر مالا منقولا قابلا للحيازة، فيمكن اعتبار حيازة السند حيازة للدين الثابت فيه.

ويجب كذلك ان تكون الاشياء المادية قابلة للتملك، او بعبارة اخرى محلا صالحا للحقوق الخاصة. وبناء عليه لا تكون الاموال العامة محلا

(١) راجع ريبير وبولانجيه، ج ٢، ف ٢٢٨٥، عبد الفتاح عبد الباقي، الاموال، ف ٢٨٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ف ٢٤٠، منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ف ١٥٨.

(٢) انظر المادتين ١٦٧٩ و ١٦٨٠ من المجلة والمواد ١٧٥٤ وما بعدها.

(٣) راجع : اوبري ورو، المرجع السابق، ٢، ف ٧٥ ص ١١٨، يودان وفوران، المرجع السابق، ف ٥٧، كولان وكابيتان وجوليودولاموراندبير، المرجع السابق، ج ١، ف ٣٧٥، ريبير وبولانجيه، المرجع السابق، ج ٢ ف ٢٢٨٤، عبد المنعم البدواوي، المرجع السابق ف ٤٩٢. حسن كير، المرجع السابق، ف ١٩ والفقه المشار اليه في ١ ص ١٥٧، عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ف ٣٤٣، منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ف ١٦١ والفقه المشار اليه في ١ ص ٢٧١.

صالحة للحيازة. لأنها لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. كما لا تزاد الحيازة على الأشياء المشتركة كياه البحار والأنهار لأن هذه الأشياء لا تقبل الحيازة والأحراز على سبيل الاستئثار والافتراء. وقد عبرت عن ذلك المادة ١١٤٥ من القانون المدني العراقي، وهي بصدد وصف الشيء محل الحيازة، بقولها أنه «... شيء يجوز التعامل فيه». وتتناول فيما يلي الحيازة في ذاتها أولاً، ثم الآثار التي تترتب عليها.

الفرع الأول

الحيازة في ذاتها

٢٠٣ - ينبغي لكي توجد الحيازة أن تتوفر عناصرها المكونة لها. بيد أن ذلك لا يكفي. بل لابد، حتى تترتب على الحيازة آثارها، أن تتوفر لها شروط معينة والتي تلخص في خلو الحيازة من العيوب. ثم أن الحيازة بعد أن يتحقق وجودها قد تنتقل وقد تزول. وهكذا فإننا سنتكلم في عناصر الحيازة وفي عيوبها وفي انتقالها وزوالها. ثم نعرض أخيراً للدعوى التي نحميها.

المطلب الأول

عناصر الحيازة

٢٠٤ - للحيازة عنصران : مادي ومعنوي :

١ - العنصر المادي :

٢٠٥ - يتكون العنصر المادي للحيازة من مجموع الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق العيني. وهذه الأعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء يجب أن تتفق في مظهرها الخارجي مع ممارسة الحق موضوع الحيازة. فإذا كان هذا الحق حق ملكية وجب أن يباشر الحائز الأعمال التي يباشرها المالك عادة.

والأعمال المادية التي يتحقق بها العنصر المادي هي استعمال الشيء واستغلاله أو تغييره وذلك طبقاً لما تسمح به طبيعة الشيء. فحيازة الأرض الزراعية

تكون برزاعنها والمنزل بسكنائه والأرض القضاء بالبناء عليها. أما الاعمال القانونية كالبيع والإيجار فلا تكفي وحدها لتحقيق العنصر المادي للحيازة، لأن هذه الأعمال يمكن أن تصدر من شخص غير حائز بالفعل. فهي ترد على الحق العيني كحق الملكية، ولا ترد على الشيء نفسه، ولهذا فإنها لا تستلزم أن يكون لمن صدرت منه سلطة فعلية على الشيء (١).

الحيازة بالواسطة :

٢٠٦- ولا يشترط في الأعمال المادية المكونة للعنصر المادي للحيازة أن يباشرها الحائز بنفسه، بل يصبح أيضا أن يباشرها شخص آخر باسم الحائز ولحسابه (٢). فكما يصبح أن تكون الحيازة مباشرة يصبح أن تكون غير مباشرة أو بالواسطة، كحيازة التابع لحساب المتبوع، أو حيازة المستعير لحساب المعتبر أو حيازة المستأجر لحساب المؤجر. وحيازة الوسيط تعتبر حيازة عرضية لحساب الحائز الحقيقي، وهو المتبوع أو المعتبر أو المؤجر. ويلاحظ أن الحيازة بالواسطة قاصرة على العنصر المادي، إذ يمكن أن تباشر الأعمال المادية التي يتكون منها هذا العنصر بواسطة شخص آخر غير الحائز، أما العنصر المعنوي فيجب أن يتوفر، بحسب الأصل، لدى الحائز نفسه كما سنرى.

لا تقوم الحيازة على عمل من أعمال الإباحة :

٢٠٧- الأعمال التي يتكون منها الركن المادي يجب أن تنطوي على معنى

(١) انظر : ريبير وبولانجي، ج ٢، ف ٢٢٨٦، كولان وكابيتان وجوليو دولامور أندير، ج ١، ف ٢٧٥، عبد النعم الصدة، المرجع السابق، ف ٣٤٥، منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ف ١٦١ ص ٣٧٢.

(٢) تنص المادة ٩٥١ ف ١ من القانون المدني المصري بأنه : «يصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة». أما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه نص خاص بالحيازة بالواسطة، ولكنه قد أشار إلى هذا النوع من الحيازة لدى تعريفه للحيازة في المادة ١١٤٥ ف ١ بقوله : «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية...».

التعدي . فاذا كانت الاعمال التي يقوم بها الشخص ، والتي قد تؤدي بوجه من الوجوه الى الانتفاع بملك الغير ، مما يعتبر استعمالا لرخصة مقررّة في القانون ، فلا يتحقق الركن المادي لانقضاء التعدي (١) . وفي هذا تقول المادة (١١٤٥ ف ٢) من القانون المدني العراقي : « ولا تقوم الحيازة على عمل بأية الشخص على انه مجرد اباحة .. » . ويترتب على ذلك انه لو فتح احد نافذة في اعلى جداره الملاصق لارض الجار . وبعد مضي خمس عشرة سنة اراد الجار ان يقيم بناء على حدود ملكه ، فليس لصاحب النافذة منعه من ذلك بدعوى انه اكتسب حق ارتفاع على ارضه بالتقادم ، ذلك ان فتح النافذة ليس سوى استعمال لحق الملكية وليس فيه ممارسة حق على ارض الجار حتى يقال بتوفر حيازة لحق ارتفاع .

لا تقوم الحيازة على اعمال منقطعة :

٢٠٨ - فيجب ان تكون الحيازة مستمرة وغير منقطعة . ويتحقق الاستمرار بتوالي الاعمال اللازمة لمزاولة الحق الذي يدعيه الحائر . دون ان يتخللها فترات انقطاع غير اعتيادية . فالحيازة التي لاتمارس بشكل منتظم غير جديرة بحماية القانون ، لانها ليست حيازة بالمعنى الصحيح . فالركن المادي للحيازة لا يتحقق الا اذا كانت الاعمال التي تنطوي عليها ممارسة الحق موضوع الحيازة على درجة من الهمية والكثرة بحيث تحمل على الاعتقاد بان من يباشرها هو صاحب حق عيني على الشيء (٢) . فالتقطع او عدم الاستمرار ليس مجرد عيب من العيوب التي تشوب الحيازة . بل ان استمرار الحيازة شرط لقيامها (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى : عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ف ٣٤٧ ، منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، ف ١٦١ ص ٣٧٤ ، ولارن : عبد الفتاح عبد الباقي ، الاموال ، ف ٢٩٣ .

(٢) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق (ف ٣٦٥) ، عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ف ٥٠٥ ، شاكر ناصر حيدر ، الموجز ص ٢٢١ ، منصور مصطفى منصور ، الملكية ، ص ٣٩٥ .

(٣) وقد اشارت الى ذلك المادة ١١٤٥ ف ٢ من القانون المدني العراقي بقولها : (...) وكذلك لا تقوم (اي الحيازة) على اعمال منقطعة . وهو ايضا ما كانت تشير اليه المادة ١٣٩٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري .

ويلاحظ ان استمرار الحياة وتقطعها مسألة موضوعية يترك امر تقديرها لقاضي الموضوع .

٢- العنصر المعنوي :

٢٠٩- ويجب كذلك لتحقيق الحياة بالمعنى الصحيح ان تتوفر لدى الحائز نية استعمال الشيء الذي يحوز ، كمالك او كصاحب حق عيني آخر عليه ، وبعبارة اخرى نية الظهور بمظهر صاحب حق عيني يحوز لنفسه ولحسابه الخاص . وهذا العنصر المعنوي هو الذي يحدد ، كما سنرى ما اذا كانت الحياة قانونية او عرضية .

واذا كان العنصر المعنوي قوامه نية الحائز ، فانه يشترط فيه ان يكون اهلا ، لان نية التملك لاتصلح عن عديمي التمييز كالصبي دون السابعة من العمر او المجنون . واذا كان الشخص غير أهل لان تتوفر لديه النية المطلوبة لكونه غير مميز او مجنون ، فان ذلك لا يمنعه من كسب الحياة عن طريق من يتوب عنه . فيمكن اذن ان يتحقق الرهن المعنوي لدى الولي او الوصي او القيم (١) . وكذلك الحال بالنسبة للشخص المعنوي اذ يمكن القول بتحقيق العنصر المعنوي لدى من يمثله قانونا .

وفيما عدا ذلك لا يصح ان يتوفر العنصر المعنوي لدى غير الحائز (٢) فلو وضع المستأجر ، مثلا ، يده على ارض مجاورة للارض التي استأجرها ومارس الاعمال المكونة للعنصر المادي دون علم المؤجر ، فسلا تفسر للمؤجر حياة قانونية لتخلف العنصر المعنوي .

(١) وعلى هذا نصت المادة ٩٥٠ من القانون المدني المصري بقولها : «يجوز لغير المميز ان يكتسب الحياة عن طريق من يتوب عنه نيابة قانونية بولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني العراقي» .

(٢) راجع : ريجير ويولانجيه ، ج٢ ف ٢٢٩٠ ، هنري وليون وجان دازو ، المرجع السابق ، ج٢ ف ٢٤٣١ ، عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ف ٢٤٩ ، منصور مصطفى منصور الملكية ، ف ١٦٣ ص ٣٧٩ .

حق عيني ، فيعتبر كل منهم حائزاً بالواسطة . أما الحيازة القانونية فتكون لمن يعمل هؤلاء لحسابه وهو المعبر أو المؤجر أو المودع أو الاصيل أو المتبوع على انه ليس هناك ما يمنع من ان تقتصر الحيازة العرضية بحيازة قانونية في حالة ما إذا استند الحائز في وضع يده على الشيء إلى حق عيني غير الملكية كصاحب حق الانتفاع وصاحب حق السكنى أو حق الاستعمال والدائر المرتهن رهناً حيازياً . فكل من هؤلاء يكون حائزاً قانونياً بالنسبة للحق العيني الذي له على الشيء ، وحائزاً عرضياً بالنسبة للحق الملكية اذ الحائز الحقيقي هو مالك الرقبة .

تغير صفة الحيازة العرضية :

٢١٢ - وإذا كانت الحيازة عرضية فانها تظل محتفظة بصفتها مهما طال الزمن عليها ، لأن السند الذي يستند اليه الحائز العرضي في وضع يده على الشيء يتضمن اعترافاً منه بملكيتها . وهذا الاعتراف من شأنه ان يستبعد لدى الحائز العرضي نية الظهور بظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، ومن ثم فإن ذلك يحول دون ان تكون الحيازة العرضية مؤدية إلى كسب مثل هذا الحق . فلا يستطيع الحائز العرضي ان يكسب الملكية بالتقادم ، أو ملكية المنقول بالحيازة ، ولا ملكية الثمار للسبب نفسه . كما انه لا يستطيع الاحتكام إلا بدعوى واحدة من دعاوي الحيازة الثلاث هي دعوى استرداد الحيازة . غير ان الحيازة العرضية قد تتغير صفتها فتتقلب إلى حيازة حقيقية تترتب عليها آثار الحيازة الكاملة . ولكن لا يكفي لذلك مجرد تغير نية الحائز العرضي ، بل يجب أن يتخذ هذا التغير المظهر الخارجي الذي يتطلبه القانون (١) ، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين :

(١) تنص المادة ١١٦٠ من القانون المدني العراقي بانه : "١ - ليس لاحد ان يمتنع بالتقادم على خلاف مقتضى منتهى . فلا يستطيع ان يغير بنسبة لنفسه سبب حيازته والاصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة ٢٠ - ولكن يستطيع ان يمتنع بالتقادم اذا تغيرت صفة حيازته اما بفعل الغير واما بمعارضة منه هو لحق المالك . ولا يبدأ سريان التقادم في هذه الحالة الا من تاريخ هذا التغيير " .

اولا- تغيير صفة الحيازة بفعل الغير :

٢١٣- فتغيير صفة الحيازة العرضية بفعل الغير اذا حصل الحائز العرضي على سند من شأنه ان يكسب الحق العيني لو انه كان صادرا من المالك كبيع او هبة او غير ذلك. فالمستأجر الذي يشتري العين المؤجرة او تصدر له هبة او وصية من غير مالكيها الحقيقي، يتغير سبب وضع يده وتصبح حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك .

ويشترط لتغيير صفة الحيازة في هذه الحالة حسن نية الحائز، اي ان يكون معتقدا ان الغير الذي صدر منه التصرف هو المالك الحقيقي ، لانه لو كان يعلم بان هذا الغير ليس مالكا فيكون قد اراد ان يغير صفة حيازته بارادته وهذه الارادة وحدها لا تكفي لتغيير الحيازة (١) .

ثانيا- تغيير صفة الحيازة بفعل الحائز :

٢١٤- وكذلك تغيير صفة الحيازة بفعل الحائز ، بان يتعرض للمالك في ملكه. والمقصود بذلك الاعمال التي يأتيها الحائز العرضي والتي تدل دلالة قاطعة على انه ينكر على المالك ملكيته ويريد الاستئثار بها لنفسه، سواء كان بحسن النية او سيئها، كأن يمتنع عن دفع الاجرة او عن رد المأجور بادعائه ملكيته وانكار حق المؤجر عليه. اما مجرد امتناع الحائز العرضي عن الوفاء بالالتزامات التي يلتزم بها بمقتضى سند حيازته العرضية، كامتناع المستأجر عن دفع الاجرة، فلا يكفي لتغيير صفة الحيازة. بل يلزم ان يقترن ذلك بمعارضة حق المالك على النحو المتقدم. وتقدير ذلك امر متروك للقاضي الموضوع .

(١) انظر في هذا المعنى: ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق، ج٢، ف ٢٢٢٨، اوبري ورو ، المرجع السابق، ج٢، ف ٨٢ ص ١٨٠، كولان وكابيتان وجوليو دولامور التيير ، المرجع السابق، ج٢، ف ٣٨٧، عبد الفتاح عبد الباقي، الاموال، ف ٢٩١، عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ف ٣٥٧، منصور مصطفى منصور، الملكية، ص ١٦٣، ٣٨٦.

ويجب ان تكون هذه المعارضة في مواجهة المالك نفسه . فلا يكفي ،
مثلا ان يدعى المستأجر امام جمع من الناس ، في غيبة المالك ، ملكية العين ،
لان ادعاءه هذا لم يتم في مواجهة المالك (١) .

ويلاحظ انه اذا كان تغيير صفة الحيازة بفعل الغير يتم بحصول الخائن
على سند من شأنه ان يكسب الحق العيني لو انه كان صادرا من مالك الشيء
فان تغيير صفة الحيازة بفعل الخائن يختلف عن ذلك في ان الخائن لا يحصل
على سند جديد ، بل هو يهدر سند حيازته العرضية ، فتكون حيازته الجديدة
بدون سند (٢) .

المطلب الثاني

عيوب الحيازة

٢١٥- توجد الحيازة إذا توفر لها عنصرها المادي والمعنوي . ولكن ،
إذا كان هذان العنصران لازمين لوجود الحيازة ، فانهما لا يكفيان لكي
تترتب على الحيازة آثارها ، إذ يشترط إلى جانب ذلك سلامة الحيازة من
العيوب . فالقانون يتطلب ان تكون الحيازة هادئة وليست بأكره ، وان تكون
ظاهرة لاخفية ، وان تكون واضحة غير غامضة (٣) . فإذا لم تتوفر هذه
الشروط كانت الحيازة معيبة ولا تنتج آثارها إلا بزوال العيب الذي شابها
ولكن دون أن يؤثر ذلك على وجودها . فعيوب الحيازة هي إذن :

(١) انظر: كولان وكايتان رجوليو دولامور التمييز ، المرجع السابق ، ج ٢ ف ٢٣٨٨
وهامش ١ ص ٢١٥ .

(٢) انظر: عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ف ٣٥٨ .

(٣) نصت على هذه العيوب المادة ١١٤٦ من القانون المدني العراقي بقولها : وإذا التزمت الحيازة
بأكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الأكراه
أو انقضت منه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب

١ - عيب الاكراه، ٢ - عيب الخفاء، ٣ - عيب التدليس أو التزوير (١٥٠) وستأول فيما يلي بكل عيب من هذه العيوب (١٥١) :
١ - عيب الاكراه (١٥٢) : هو الذي يصدر من الخائف تحت تأثير

٢١٦ - يجب أن تكون الحيازة هادئة لا فوضوية ولا غير هادئة ذات آثار باكراه . فإنها تكون حيازة مشبوهة (١٥٣) : هي التي تكون

والاكراه الذي يعيب الحيازة هو الذي يصدر من الخائف تحت تأثير الحيازة بمعنى أن يحصل الحائر على حيازته بطريق القوة أو التهديد . وتظهر الحيازة مشبوهة بهذا العيب طالما استمر الحائر في الاحتفاظ بالقوة أو التهديد . ولا يحتفظ بحيازته . أما إذا بدأت الحيازة هادئة ، أو بدأت مقربة باكراه ثم انقطع الحائر عن اللجوء إلى القوة أو التهديد بعد ذلك ، فإنها تكون حيازة صالحة لإنتاج آثارها ولو اضطّر الحائر فيما بعد لاستعمال القوة للمحافظة عليها (١٥٤) .
وعيب الاكراه يشوب الركن المادي للحيازة إذ هو يتصل بالأعمال المادية التي يمارسها الحائر .

لأنها - الخفاء :

٢١٧ - وتكون الحيازة مشبوهة بعيب الخفاء إذا لم تكن ظاهرة أو علنية .
فالحيازة، كما رأينا، هي الظهور بمظهر صاحب الحق ، ولهذا يجب أن

(١) تورد المادة ٢٢٢٩ من القانون المدني الفرنسي عيباً رابعاً هو التقطع أو عدم الاستمرار ، ويعتبره الشراح الفرنسيون كذلك (انظر مثلاً : كولا ، وكابيان وجولي ، ديولامور اندير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٣٩٢) ، كما أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد ذكرت عدم الاستمرار بين عيوب الحيازة . والواقع أن التقطع أو عدم الاستمرار لا يعتبر مجرد عيب في الحيازة ، بل هو يعني تخلف المتصرف المادي للحيازة ، فيؤثر ذلك على وجود الحيازة نفسها ولا يقتصر على عيوبها . وبعبارة أخرى ، لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة ، كما تقرر ذلك المادة ١١٤٥ ف ٢ من القانون المدني العراقي وقد تقدم بيان ذلك (انظر في هذا المعنى في الفتحة المصرية : عبد النعم البدراوي ، المرجع السابق ، ف ٥٠٥ . عبد النعم فرج الصاوي ، المرجع السابق ، ف ٣٦٥ ، منصور مصلح منصور ، الملكية ، ١٨ ص ٣٩٥) .

(٢) ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٣٠٠ .

بتصرف الخيابة كما يفعل عادة من يمارس حقاً من الحقوق ، وهذا لا يخفى .
ما يقوم به . فإذا انتهى الخائن حيازته . أو حاول إخفاء أعماله عن لهم مصلحة
في العلم بها (١) ، فإن الخيابة لا تنتج آثارها القانونية الا من وقت زوال الخفاء .
والغالب الا يتحقق عيب الخفاء الا بالنسبة للمشتولات لسهولة إخفائها .
اما بالنسبة للعقارات فمن النادر ان تكون الخيابة خفية . ومن الامثلة النادرة
التي تساق لخيابة العقار خفية ان يعتمد المالك على المرور ليلاً في أرض جاره
بحيث لا يراه هذا الجار . ففي هذه الحالة لا يكسب المالك ارتفاقاً بالمرور
مهما طال مدة مروره في أرض جاره (٢) .

ولا يشترط ، حتى تكون الخيابة علنية ، ان تكون ظاهرة للناس كافقاً ،
بل يكفي لاعتبارها كذلك ان تكون ظاهرة للمالك او من يراد الاحتجاج به
عليه بها ولو كان امرها خفياً عن باقي الناس . ولكن الخيابة لا تعتبر خفية
بأنسبة للمالك اذا كان لا يعلم بها لسبب يرجع اليه هو ، كغيبه مثلاً ،
اذا كانت ظاهرة لباقي الناس (٣) .
وعيب الخفاء كغيب الكراه ، يشوب الركن المادي للخيابة .

ثالثاً - انطيس أو الغموض :

٢١٨ - ويشترط كذلك ان تكون الخيابة واضحة لالبس فيها ولا غموضاً
وبعبارة اخرى ، يجب لا تكون الخيابة مما يحتمل الشك أو التأويل .
أو يمكن تفسيرها على اكثر من وجه فتكون الخيابة مشوبة بعيب اللبس
أو الغموض اذا احاطت بها ظروف تثير الشك حول ما إذا كانت
يريد الاستئثار بالحق لنفسه او انه يجوز لحساب غيره ، فلا يظهر بوضوح
ما اذا كان الخائن يضع يده على شيء كمالك له مثلاً ، او كمرجع او كوكيل
او كستاجر . على ان ابرز الامثلة على الخيابة الغامضة التي تتحقق في نطاق

(١) كولان وكابيتان وجولي دولامور القدير ، المرجع السابق ، ٢٣ ، ٢٤٦ .

(٢) انظر : عبد النعم الصديق ، المرجع السابق ، ف ٣٦٢ .

(٣) دكتور مصطفى منصور ، الملكية ، ف ١٦٨ .

الملكية الشائعة . فاذا وضع احد الشركاء يده على العقار الشائع كله مثلا ، لايعرف ماذا كانت نيته قد انصرفت إلى الاستئثار بملكية العقار كله ام إلى ادارة العقار لحساب الشركاء جميعا .

فيتضح مما تقدم ان عيب اللبس او الغموض ، بخلاف العيبين السابقين يشوب العنصر المعنوي للحيازة ، لانه عبارة عن الشك الذي يثور حول نية الحائر (١) .

العيوب المتقلبة نسبية ومؤقتة :

٢١٩- والعيوب الثلاثة المتقلبة نسبية ومؤقتة (٢) .

فالاكراه عيب نسبي لايجتبع به الامن وقع عليه الاكراه . فاذا انتزع الحائر الحيازة بالاكراه من شخص معين ، وكان المالك شخصا اخر لم يقع عليه الاكراه ، فان الحيازة تعتبر بالنسبة للاخير حيازة هادئة منتجة لاثارها . كما ان الخفاء عيب نسبي ايضا ، فلا يجتبع به الامن خفيست عنه الحيازة . فاذا كان المالك الحقيقي يعلم بحيازة فليس له ان يتمسك بالخفاء حتى لو كانت خافية على الاخرين . وكذلك اللبس لا يتمسك به الا من التبس عليه امر الحيازة (٣) .

وكما ان هذه العيوب عيوب نسبية فهي كذلك عيوب مؤقتة . فيزول الاكراه بانتهاء الاعمال المكونة له . فاذا امتنع الحائر عن استعمال القوة او التهديد ، زال الاكراه واصبحت الحيازة هادئة من الوقت الذي ينقطع فيه الحائر عن الاكراه . ويزول الخفاء من الوقت الذي يباشر فيه الحائر الاعمال المادية بشكل علني . ويزول اللبس من الوقت الذي يتضح فيه بشكل لايقبل الشك ان الحائر انما يحوز لحساب نفسه (٤) .

(١) انظر : كولان وكايتان وجوليو دولامور اندير ، المرجع السابق ، ج٢ ، ف ٢٩٤ .

يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى ان عيب عدم الاستمرار والغموض عيبان مطلقان ، اما عيب الخفاء والاكراه فهما على العكس من ذلك عيبان نسبيان (كولان وكايتان وجوليو دولامور اندير ، المرجع السابق ، الفقرات ٣٩٢ - ٣٩٧) .

(٢) راجع : ريبير وبولانجييه ، ج٢ ، الفقرات ٢٢٩٩ و٢٣٠٢ و٢٣٠٤ .

(٣) انظر : جده النعم العدد ، المرجع السابق ، ف ٣٦٤ .

المطلب الثالث

انتقال الحيازة

٢٢٠ - وننتقل الحيازة عن طريق الاستخلاف.

فحيازة السلف تنتقل الى الخلف العام (١) بصفتها، بحيث تكون حيازة الخلف استمراراً لحيازة السلف، ولا تعتبر حيازة الخلف حيازة جديدة. فاذا كانت حيازة السلف حيازة عرضية فان حيازة الخلف العام تكون عرضية كذلك مالم تتغير حيازة الخلف على نحو ما تقدم. واذا كانت حيازة السلف معينة يعيب من العيوب فانها تنتقل الى الخلف العام بصفتها حتى يزول العيب الذي شابها (٢). ومن مقتضى القاعدة المتقدمة كذلك انه اذا كانت حيازة السلف بسوء نية فان حيازة الخلف تكون بسوء نية ايضاً، مالم يثبت الخلف انه كان في حيازته حسن النية. وهذا يعني ان للخلف العام ان يستند الى حسن نيته هو ويتمسك بالتقادم (٣).

اما الخلف الخاص، (٤) كالمشتري مثلاً، فلا تنتقل حياز السلف اليه الا اذا كان بينه وبين سلفه اتفاق على ذلك، وكان باستطاعة الخلف السيطرة على الشيء (٥)، بمعنى ان يكون باستطاعته ان يباشر، دون حائق، الاعمال المادية على الشيء محل الحيازة. ويتحقق ذلك بالتسليم المادي للشيء،

(١) الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها كالوارث الوحيد او في جزء فاع منها كالوارث مع غيره او الموصى له بحصة شائعة.

(٢) راجع: او يرى ورو، المرجع السابق، ج٢، ف ٩١.

(٣) نصت المادة ١١٤٩ ف ١ من القانون المدني العراقي على انه: "وتنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها، على انه اذا اثبت الخلف انه كان في حيازته حسن النية جاز له ان يتمسك بذلك

ولو كان سلفه سيء النية.

(٤) الخلف الخاص، بمعناه المعتاد، هو من يتلقى عن السلف حقاً معيناً بالذات كالمشتري

والموهب له والموصى له بعين معينة (راجع كتابنا مصادر الالتزام، ف ٦٥٢). ولكننا سنرى لدى دراستنا لنظم الحيازات، ان للخلف الخاص معنى او سع من معناه المحدد

(٥) تقضي المادة ٩٥٢ من القانون المدني المصري بانه: "وتنتقل الحيازة من الحائز الى غيره اذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت اليه الحيازة ان يسيطر على الحق الواردة

عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق.

ولكن قد يكتفي أحيانا بالتسليم المكتسب. أما لو استمر سلفه في استعماله
بده ولكن لحساب الخلفه فكان يبيع الحائز الشيء ويتفق مع المشتري في
الوقت نفسه على ان يستأجره منه. أو قد يكون التسليم مزييا، وهو الذي
يتم بتسليم سندات شخص بالضيامة أو مفاتيح المنزل مثلا.

فحيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه، وتثبت لها
صفاتها الخاصة التي قد تسأل صناديق حيازة السلف وقد تختلف عنها.

المطلب الرابع

زوال الحيازة

٢٢٨ - لا تقوم الحيازة، كما علمنا، إلا باجتماع عنصرينها المادي والمعنوي
وبالتالي فهي تزول إذا تخطى الحائز عنها بعصرها أو إذا فقد أحدهما
وهو العنصر المادي (١).

فتزول الحيازة إذا تخطى الحائز باختياره من الحيازة بعصرها، ويتحقق
ذلك إما بتصرف الحائز في الشيء الذي يحوز كإتيان يبيعه أو يهبه أو يسلمه
إلى المتصرف إليه، وإما بأن يتخطى عن الشيء بغير تركه.

وتزول الحيازة أيضا إذا فقد الحائز العنصر المادي بدون اختياره.
فإذا فقد الحائز سيطرته الفعلية على الشيء، أي العنصر المادي، فإن
الحيازة تزول، كما نذهب إلى ذلك غالبية الفقه (٢) حتى لو ظل الحائز
محفظا بالعنصر المعنوي، إذ إن النية وحدها لا تكفي للاحتفاظ بالحيازة.
فيعتبر السارق، طبقا لهذا الرأي، هو الحائز للشيء المسروق (٣).
ولكن بالأحرى أن فقدان السيطرة الفعلية على العقار مانع مؤقت.

(١) تنص المادة ٩٥٩ من القانون المدني المصري على أنه : «تزول حيازة إذا تخطى الحائز
عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى».

(٢) انظر أوبري ورو، ج٢، ف٧٧، ريبير وبولاتيه، ج٢٣، ف٢٢٩٢، عبد المنعم
البدراوي، المرجع السابق، ف٥٠٠، عبد المنعم الصدة، ف٢٦٨.

(٣) لارن : منصور مصطفى منصور، الملكية، ف١٦٥، من ٢٩٢-٢٩٣.

سبب عدم ادريس بالياء او بسبب احتلال العدو لها، لا يؤدي إلى زوال الحيازة (١). ولكن الحيازة تزول إذا اغتصب من الحائز إلا إذا استردها خلال سنة، فإنه لا يعتبر، في حالة الاسترداد، قد فقد حيازته. أما إذا لم يستردها خلال هذه المدة فإنه يعتبر قد فقدها من يوم اغتصابها، كما سنرى ذلك.

المطلب الخامس

دعوى الحيازة

٢٢٢ - تقدم القول أن القانون يحمي الحيازة لذاتها ويرتب عليها آثارها بصرف النظر عما إذا كانت تستند، أو لا تستند، إلى حق يعترف به القانون، وقد وضع القانون المدني العراقي للحيازة دعوى ثلاث تحميها هي : دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة.

وهذه الدعوى لا تحمي سوى حيازة العقارات. أما بالنسبة للمنتقولات فإن قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» تجعل دعوى الحيازة عديمة الجدوى. كما أن المنتقولات غالباً ما تكون قليلة الأهمية بالمقاييس إلى العقارات. ولهذا فإن القوانين الحديثة قصرت هذه الدعوى على حماية العقارات دون المنقول (٢).

ولأنريد هنا الخوض في تفاصيل دعوى الحيازة، فالمجال المعتاد لذلك هو في شروح قوانين المرافعات، ولهذا فإننا سنقتصر على مجرد التعريف بها.

(١) تنص المادة ٩٤٧ فقرة ١ من القانون المدني المصري على أنه : «لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السطرة الفعلية على الحق مانع وقتي»

(٢) راجع كولان وكايتان وجرايو دولاموراندوين، المرجع السابق ج ٢، ص ٤٢٧.

و ٤٧٠، ريبو بولانجيه المرجع السابق ج ٢ ص ٢٣٥.

فدعوى استرداد الحيابة ترمي إلى اعادة وضع يد الحائز على العقار الذي سلبت منه حيابته . فلحائز العقار الذي انتزعت منه الحيابة ان يطلب خلال سنة من تاريخ انتزاع الحيابة ردها اليه . واذا كان انتزاع الحيابة خفية فان سريان المدة يبدأ من وقت ان ينكشف ذلك . واذا اراد الحائز استرداد العين وكان كل من المسترد ومتزاع الحيابة لم تعض على حيابته سنة كاملة حكم لمصلحة من كانت حيابته افضل . والحيابة الفضلى هي الحيابة التي تقوم على سند قانوني . فاذا لم يكن لدى اي من الحائزين سند ، او تعادلت سنداهما كانت الحيابة الاحق بالتفضيل الحيابة الاسبق في التاريخ (١) . فلو ادعى احدهما بانه موصى له بالعقار ، وادعى الاخر بانه ورثه ، فان حيابة الاول هي الفضلى لانها اسبق في تاريخ السند القانوني الذي يستند اليه طالب الاسترداد .

ويصح ان ترفع دعوى الاسترداد ممن ينوب عن غيره في الحيابة ، فهذه الدعوى لاعلاقة لها بالملكية ، ولهذا فان الحائز العرضي لا يحرم منها .

اما دعوى منع التعرض فتهدف إلى حماية يد الحائز من كل تعرض يعكر عليه حيابته . وقد يكون هذا التعرض ماديا ، كاقامة اسلاك الكهرباء على سطح البناء او قطع الاشجار او البناء على الارض او بذر البذور فيها او حصد الزرع او حفر حفرة في الارض . وقد يكون هذا التعرض قانونيا ، ويراد به كل عمل قانوني يتعارض مع حقوق الحائز ويكون من شأنه ان يجعل الحيابة محل نزاع او خصومة امام القضاء (٢) ، كالانذار الذي يوجه إلى الحائز بطلب ازالة الزراعة او قلع المحدثات القائمة على الارض ، او تنفيذ حكم على عقار في حيابة شخص لم يكن طرفا في الدعوى التي صدر فيها الحكم .

(١) راجع المواد ١١٥٠-١١٥٣ من القانون المدني العراقي .

(٢) انظر : ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج٢ ، ف٢٣٥٦ ، كولان وكابيتان وجوليو دلاموراندير ، المرجع السابق ، ج٢ ، ف٤٥٣ .

فالحائز ان يلتجئ إلى القضاء لوقف التعرض وحماية حيازته من الاعتداء بشرط ان تكون حيازته للعقار قد استمرت لمدة سنة على الأقل قبل حصول التعرض، وان ترفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعرض (١) لانه اذا استمر الغاصب في وضع يده على العقار بهدوء لمدة سنة زالت يد الحائز واصبح الغاصب حائزا يحميه القانون .

اما دعوى وقف الاعمال الجديدة فيرفعها الحائز الذي يخشى التعرض له من اعمال جديدة تهدد حيازته ويطلب فيها وقف هذه الاعمال . ويراد بالاعمال الجديدة الاعمال المادية التي لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة كما لو بدأ شخص ببناء حائط لو تم لسد النور على مظل للجار وتقدير ما اذا كانت هذه الاعمال لو تمت ستهدد حيازة المدعي ام لا امر متروك لقطنة القاضي .

ويشترط في دعوى وقت الاعمال الجديدة ، كما يشترط في الدعويين السابقين ، ان يكون المدعي قد وضع يده على العقار لمدة لا تقل عن سنة وان تكون الحيازة مستجمعة لكافة شروطها . كما يشترط فيها ان ترفع قبل تمام الاعمال الجديدة ، وعلى كل حال قبل انقضاء سنة على البدء فيها (٢) . اما اذا تم العمل فان الدعوى التي يرفعها الحائز هي دعوى منع التعرض وليست دعوى وقف الاعمال الجديدة . وفي هذا تختلف الدعويان : ففي حين لا ترفع دعوى منع التعرض الا اذا وقع التعرض فعلا يمكن ان ترفع دعوى وقف الاعمال الجديدة بمجرد الخشية من التعرض بسبب هذه الاعمال (٣) .

(١) انظر المادة ١١٥٤ من القانون المدني العراقي .

(٢) راجع المادة ١١٥٥ مدني عراقي .

(٣) انظر : كولان وكايتان وجوليو دولاموراندبير ، المرجع السابق ، ج٢ ، ف ٤٥٤ .

الفرع الثاني

آثار الحيازة

عرض لهذه الآثار :

٢٢٣ - علمنا ان القوانين الحديثة تحمي الحيازة لذاتها ، سواء استندت الى حق او لم تستند الى حق . وعلمنا كذلك بانها تفتقر الى احدى اساسي الغالب ، ان حائز الحق هو صاحب الحق حتى يثبت العكس . ولكي يستفيد الحائز من هذه القرينة القانونية لابد وان يثبت حيازته ولكنه لا يكلف باكثر من ذلك اذ يكفي ان يثبت الحائز واقعة الحيازة دون ان يكلف بردها الى سبب من اسباب كسب الحقوق العينية . وتعد القرينة المقدمة يفترض القانون ان الحائز هو صاحب الحق الذي يحوز به . ولكن هذه القرينة تقبل الطعن بدعوى الملكية او اي حق عيني اخر . وفي ذلك كما تقدم القول ، بتفسير على الحائز في اثبات الحق الذي يدعيه ، اذ ان الظاهر معه فيكون في مركز المدعي عليه وخضمه في مركز المدعي ، وبالتالي يقع على الاخير عبء اثبات خلاف الظاهر .

هذه هي اهمية الحيازة في توزيع عبء الاثبات . ونكتفي بهذه الاشارة الى مايتصل بدور الحيازة في الاثبات .

وقد تؤدي الحيازة اذا استمرت مدة معينة الى كسب الملكية او الحق العيني ، وهذا هو التقادم المكتسب . وقد تؤدي حيازة المنقول الى كسب الحائز فور الحيازة للحق الذي يظهر على انه صاحبه . وفي الحالات التي يفلح فيها المالك باسترداد الشيء من الحائز فانه قد يترتب على الحيازة ان يكسب الحائز ما قبضه من ثمار الشيء اثناء حيازته له . وقد يكون للحائز الحق في استرداد ما قد انفقه على الشيء المحوز من مصروفات وأخيراً قد يسأل الحائز عما يكون قد أصاب الشيء من هلاك أو تلف .

هذه هي المسائل التي سنتناول دراستها في آثار الحيازة

المطلب الاول التقادم المكسب

تمهيد :

٢٢٤ - التقادم نظام قانوني يستند الى مرور الزمان على واقعة معينة ، وهو على نوعين : مكسب ومسقط

فالتقادم المكسب سبب من اسباب كسب الملكية والحقوق العينية اذا استمرت حيازتها المدة التي نص عليها القانون . اما التقادم المسقط فيؤدي الى سقوط الحق اذا اهل صاحبه استعماله او المطالبة به مدة معينة . واذا كان هذان النوعان من التقادم يشتركان في انهما يستندان الى مرور الزمان فانهما يختلفان من حيث الاساس الذي يقوم عليه كل منهما . فاساس التقادم للمكسب واقعة ايجابية هي واقعة الحيازة ، اما التقادم المسقط فاساسه واقعة سلبية هي سكوت صاحب الحق عن المطالبة به او عن استعماله . كما ان التقادم المكسب يختلف عن التقادم المسقط في ان الاخير اوسع نطاقاً من الاول . ففي حين يقتصر التقادم المكسب على حق الملكية وبعض الحقوق العينية المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع وحقوق الارتفاق ، فان التقادم المسقط يؤدي الى سقوط الحقوق الشخصية (الالتزامات) وجميع الحقوق العينية عدا حق الملكية

تبرير التقادم

٢٢٥ - يبدو نظام التقادم في بعض الاحوال ، منافيا للعدالة لانه قد يؤدي الى ان يملك الغاصب الشيء المحوز بعد مضي مدة معينة على غصبه ، فكيف يبرر وجود مثل هذا النظام في القوانين الحديثة .
لعل اوجه الاراء التي قيلت في تبرير نظام التقادم هو انه يقوم على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة . فهو يستهدف استقرار الاوضاع التي تستمر على حال معينة مدة من الزمن ، فاذا اريد قلب هذه الاوضاع فان ذلك سيجر

الى احلال الفوضى وزعزعة العلاقات القانونية . فالضرورات الاجتماعية هي التي املت هذا النظام لانه يؤدي الى اقرار الواقع حتى لو كان في بدايته قائما على الغصب.

ومن جهة اخرى يستهدف نظام التقادم التيسير على اصحاب الحقوق المشروعة انفسهم، اذ لولا هذا النظام لتعذر على المالك في كثير من الاحيان اثبات ملكيته. ذلك ان اثبات الملكية كثيرا ما يصعب ويشق، بل وقد يستحيل أحيانا ، لانه قد يؤدي الى طلب اثبات سلسلة طويلة من التصرفات صدرت عن المالكين السابقين . وازاء هذه الصعوبات يكفي المالك ان يثبت حيازته المدة القانونية اللازمة للتملك بالتقادم (١) .

التقادم (او مرور الزمان المانع من سماع الدعوى) في الفقه الاسلامي :
٢٢٦- لا يقر الفقهاء المسلمون التقادم بتوعيه ، المكسب والمسقط ، تأسيسا على الحديث الشريف «لا يسقط حق امرئ مسلم وان قدم». فيترتب على ذلك ان الاصل هو ان الحق لا يكتسب ولا يسقط بمرور الزمان. فوضع اليد على غير المباح من الاشياء لا يكتسب عليه حقاً مهما طال الزمن . كما ان ترك المطالبة بالحق لا يسقط الحق .

على ان المتأخرين من فقهاء الحنفية والمالكية قد اتخذوا بمبدأ مرور الزمان، لاكتسب الحق او مسقط له ، بل كمانع من سماع الدعوى يستفيد

(١) انظر كولان وكايتان وجولي دولا مورا نديير ، المرجع السابق ، ف ٤٠٢ ، ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ف ٢٦٨٧ ، منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ١٧١ ، الناهي ، المرجع السابق ف ٣٤٥ .

وقد قيل ايضا في تبرير نظام التقادم انه قرينة التنازل عن الحق، فمن يترك ملكه في حوزة الغير طوال مدة التقادم دون ان يطالب به يعتبر متنازلا عنه . وقيل ايضا بان التقادم جزاء يجازي به المالك المهمل الذي يقعد عن استعمال حقه . فهذا الاهمال لا يتفق مع مالكية من وظيفة اجتماعية (راجع بشأن هذه الاراء والنقد الذي تعرضت له: عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ف ٥١١ ، محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط ، ط٢ ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٧٠) .

مع واضح اليد والمدين (١). واما الحق فباق على حاله. فما يسقط اذن هو الدعوى وليس الحق نفسه. فلو رد القاضي دعوى الدائن، مثلاً، بسبب مرور الزمان فان المدعي عليه يبقى مدينا للمدعي ويكون قد هضم حقه. وقد بنى هؤلاء الفقهاء عدم سماع الدعوى لمرور الزمان على الاستحسان والضرورات العملية ضماناً لاستقرار المعاملات ومنعاً للاحتيال والتزوير والدعاوى الباطلة، وعللوا ذلك بقرينه الوفاء المستنتجة من السكوت، وبعدم الحق ظاهراً بعد مرور الزمان، وبنسيان الشهود او موتهم او غيابهم وما الى ذلك (٢).

اما المدة التي لاتسمع بعدها الدعوى فقد ذهب بعض الفقهاء المسلمين الى انها ثلاثون سنة، وذهب اخرون الى انها ثلاث وثلاثون سنة، ومنهم من حددها بست وثلاثين سنة (٣). اما المجلة فقد جعلتها خمس عشرة سنة (٤). فيما عدا الدعاوى العائدة لاصل الوقف حيث لاتسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة (٥).

وقد وجد الفقهاء المسلمون في قاعدة تخصيص القضاء مخرجاً للتوفيق بين القول بوجود الحق ومنع سماع الدعوى المتعلقة به. اذ يجوز لولي الامر أن يقيد القاضي ويخصصه بالقضاء في منطقته معينة ولمدة معينة وان يمنعه من النظر في بعض المسائل اذا اقتضت المصلحة ذلك. وقد وردت هذه القاعدة في المادة ١٨٠١ من المجلة .

(١) واذا كان فقهاء الملاهيين الحنفي والمالكي قد افروا بمبدأ مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، فان فقهاء المذاهب الاسلامية الاخرى ظفروا على مانعهم، بمنزلة عن ذلك.

(٢) راجع: محمدي، المرجع السابق، ج٢، ص٢١٩.

(٣) راجع: محمدي المرجع السابق، ص٢٢٠ والفق المثار اليه في ٤٥ ص٢٢٠.

(٤) تنص المادة ١٦٦٠ من المجلة على انه: ولاتسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوى الى العامة ولا الى اصل الوقف في العقارات الموقوفة، كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجازتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة .

(٥) انظر المادة ١٦٦١ من المجلة.

التقادم في القانون المدني العراقي :

٢٢٧ - وقد تأثر القانون المدني العراقي بالثقفة الاسلامي ، فمالمج التقادم (مرور الزمان) باعتباره دفعا للدعوى او مانعا من سماعها . فقد قضت المادة (٤٢٩) من القانون العراقي ، بشأن التقادم المسقط ، بان : «الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ماوردت فيه احكام خاصة» . كما قضت المادة (١١٥٨ف١) في باب الحيازة بانه : «من حاز مقولا او عقاراً غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره ملكا له او حاز حقا عينيا على مقول او حقا عينيا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى المالك او دعوى الحق العيني من احد ليس بلذي عذر شرعي» .

ولكن يلاحظ بان مشروع القانون المدني العراقي قد اعتبر مرور الزمان على حيازة الاراضي الاميرية لامجرد سبب مانع من سماع الدعوى وانما باعتباره سببا يؤدي إلى كسب حق التصرف فيها . فقد نصت المادة (١١٨٤ ف١) على انه : «اذا حاز احد ارضا اميرية باعتباره متصرفا فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ثبت له حق القرار عليها سواء وجد بيده سند او لم يوجد ويعطى الحائز في هذه الحالة سنداً بحق التصرف في هذه الارض دون بدل بعد تسجيل هذا الحق في الطابو» . على انه لا بد من الاشارة إلى ان حكم التقادم الوارد في هذا النص قد اصبح معطلا بموجب قانون الاصلاح الزراعي (١) .

ولا بد من الاشارة كذلك إلى أن القانون المدني العراقي قد اعتبر التقادم (مرور الزمان) سببا من اسباب كسب الملكية او الحق العيني وان تجنب النص على ذلك صراحة مجازاة منه للثقفة الاسلامي ، ذلك إنه نظم احكام الحيازة المقترنة بمرور الزمان ضمن النصوص التي تخصصها

(١) للتفصيل راجع: مصطفى مجيد، المرجع السابق، ١٦، ١٩٧٣، ص ١٣٥ .

لاسباب كسب الملكية . اما القوانين المدنية العربية الاخرى فقد اعتبرت
التقادم مكسبا للملكية الشيء او الحق العيني المحوز . فلا يعتبر التقادم في هذه
القوانين مجرد دفع يستفيد منه الخائن ، وإنما يعطيه حق الدعوى ايضا (١) .

اولا - شروط التقادم المكسب:

انواع التقادم:

٢٢٨ - اذا نظرنا إلى التقادم المكسب ، نجد أنه من حيث المدة اللازمة
للتمسك به ، على نوعين: تقادم طويل (او التقادم العادي) يؤدي إلى كسب
الحق العيني اذا استمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة ، وهو جائز في المنقول
وفي العقار ، ويشترط فيه استمرار الحيازة القانونية المدة اللازمة (٢) ، وان
يكون العقار او الحق العيني عليه غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري
باسم الخائن ، وان يقع الدفع بالانكار ، وان لا يكون الداعي قد ترك دعواه
لعذر شرعي . وتقادم قصير (او التقادم الخمسي) وهو تقادم خاص بالعقار
دون المنقول ، يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار اذا استمرت حيازته
خمس سنوات . ولكن يشترط في التقادم القصير ، إلى جانب شروط التقادم
الطويل ان يكون الخائن حسن النية ويستند في حيازته إلى سبب صحيح (٣) .
فيتضح مما تقدم ان هناك شروطا عامة يخضع لها التقادم ايا كان نوعه
فتبين اولا الشروط العامة للتقادم ، ثم نبين بعد ذلك الشروط الخاصة بالتقادم
القصير .

(١) انظر المادة ٩٦٨ مدني مصري ، والمادة ٩١٧ مدني سوري ، والمادة ٩٧٢ مدني لبي مع
ملاحظة ان التقادم المكسب لا يبرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في السجل العقاري في بعض
هذه القوانين كالتقانون السوري ، وفي هذا تنفق هذه القوانين مع القانون العراقي .

(٢) انظر المادة ١١٦٨ ف ١ مدني عراقي .

(٣) انظر المادة ١١٥٨ ف ٢ مدني عراقي .

(١) الشروط العامة للتقادم

الشروط الأولى - الحيابة : ٢٢٩ -

٢٢٩ - الحيابة شرط أساسي في التقادم ليقوم بدونها . فيشترط لكسب الحق بالتقادم ، طويلا كان أم قصيرا ، ان تتوفر الحيابة القانونية المستجبة لعنصرها المادي والمعنوي . فالخائر العرضي لا يمكنه ، كما رأينا ، الافادة من التقادم مهما طال مدة حيابته الا اذا تغيرت صفتها . ويجب حتى تكون الحيابة القانونية معتبرة ان تكون خالية من العيوب فاذا كانت الحيابة معيبة بالاكراه او الخفاء او الغش فانه ، وان كانت موجودة ، لا تصلح سببا لكسب الحق بالتقادم الا بعد زوال العيب ومن وقت زواله .

الشروط الثاني - استمرار الحيابة مدة معينة :

٢٣٠ - ولا تكفي الحيابة القانونية الخالية من العيوب بذاتها لكسب الحقوق بالتقادم ، بل ينبغي الى جانب ذلك ان تستمر هذه الحيابة مدة معينة من الزمن .

وقد رأينا ان المدة اللازمة للتمسك بالتقادم في القانون العراقي على نوعين تقادم طويل ومدة خمس عشرة سنة ، وتقادم قصير ومدة خمس سنوات نسري على حيابة العقارات دون المنقولات . ويبرر قصر المدة في هذا النوع الاخير ان القانون يشترط فيه ان يكون الحائر حسن النية وان يستند في حيابته الى سبب صحيح (١) .

(١) وفي القانون المدني العراقي مدد تقادم اخرى لكسب الملكية او الحقوق العينية . فقرة الأرض الاميرية تكسب بالتقادم المانع بحيابتها مدة اطول من مدة التقادم الطويل وفي مدة ستة وثلاثين سنة (١٢١٩ ف ١ مدني عراقي) .

قرينة استمرار الخيار ٥:

٢٣١ - ويفترض القانون في الحيازة الاستمرار، فلا يطلب من الحائز اثبات ذلك، فحسبه أن يثبت التاريخ الذي بدأت فيه تحيازته، ثم يثبت أنه حائز في الحال، ولا يحتاج بعد ذلك لاثبات أنه استمر حائزاً في المدة التي تتوسط هاتين الفترتين (١). فالقانون يقيم قرينة بجانب الحائز، وعلى من يدعى بخلاف ذلك اثبات ما يدعى.

القواعد التي تطبق على المدة:

٢٣٢ - وقد أحال القانون المدني العراقي في شأن القواعد التي تطبق على مدة التقادم المكسب إلى القواعد المقررة في شأن التقادم المسقط، سواء ما تعلق منها بحساب المدة ووقف التقادم أو انقطاعه أو التسك به أمام القضاة أو التنازل عنه، بحيث لا تتعارض هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب (٢).

حساب المدة:

٢٣٣ - فيخضع التقادم المكسب من حيث حساب المدة للقواعد التي يخضع لها التقادم المسقط. والقاعدة في التقادم المسقط هي أنه تحسب المدة بالأيام لا بالساعات، ولا يعتبر اليوم الأول من سريان التقادم، وتحسب المدة من اليوم التالي له، وتحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي لا الهجري (٣). ويدخل في حساب المدة ما يتخللها من عطل رسمية، ولكن إذا وقع آخر يوم من مدة التقادم في يوم عطلة رسمية فالمدة تكمل باليوم اللاحق، فيجوز اتخاذ الاجراءات في هذا اليوم.

(١) انظر المادة ١١٥٩ من القانون المدني العراقي التي تقرر أنه: وإذا ثبت قيام الحيازة في

وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمتين

مالم يقيم الدليل على العكس.

(٢) انظر المادة ١١٦٢ من القانون المدني العراقي.

(٣) انظر المادتين ٢٣٠٩ و ٢٣١٠ من القانون المدني العراقي.

الشرط الثالث :

٢٣٤ - ان يكون العقار او الحق العيني على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باسم الحائز، والافان ملكية العقار او الحق العيني على عقار يثبت للحائز بالتسجيل لا بالحيازة.

الشرط الرابع :

٢٣٥ - ان يقع الدفع بالانكار، بمعنى ان ينكر الحائز دعوى الملكية او الحق العيني، والا سمعت الدعوى ضده وحكم عليه برد الحق إلى صاحبه. وهذا الحكم يتفق مع القاعدة المقررة في الفقه الاسلامي وهي ان عدم سماع القاضي للدعوى بعد مرور الزمان المحدد لسماعها إنما هو عند انكار الخصم. اما اذا اقر فتسمع الدعوى ضده ايا كانت المدة التي مضت. فالفقهاء المسلمون لا يمتنعون رفع الدعوى بعد مضي المدة، اذ يجب على القاضي ان يسأل المدعى عليه ليرى ان كان مقراً او منكراً، فإن أقر حكم القاضي للمدعى، وان انكر قضى بعدم سماع دعواه.

الشرط الخامس :

٢٣٦ - الا يكون ترك الدعوى لعذر شرعي اذ ينبغي كذلك الا يكون المدعي بالملكية او بالحق العيني قد ترك دعواه لعذر شرعي. فاذا تحقق العذر فلا عبرة بمرور الزمان، لان العذر الشرعي يعتبر سبباً موقفاً لمرور الزمان.

وقف التقادم :

٢٣٧ - رأينا انه يلزم لكي يحدث التقادم اثره ان يسرى طيلة المدة اللازمة له. ولكن قد يكون التقادم بدأ سريانه فطراً طارئاً يؤدي إلى توقفه إلى حين زوال هذا الطارئ. واذا كان الغالب هو ان يكون التقادم قد بدأ قبل تحقق سبب الوقف، فانه يمكن في بعض الاحوال ان يتحقق سبب الوقف قبل أن يبدأ التقادم سريانه (١).

(١) انظر كولان وكايتان وجوليو دولامورالدير، المرجع السابق، ف ٤٢٢، منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ف ١٧٦.

ويؤدي وقف التقادم إلى عدم حساب المدة التي يتحقق فيها سببه. فإذا كان التقادم قد بدأ قبل تحقق سبب الوقف فتحسب المدة السابقة على تحقق هذا السبب وتضاف إليها المدة التي تلت زوال هذا السبب حتى تكتمل مدة التقادم. أما إذا كان سبب الوقف قد تحقق قبل بدء التقادم فإن المدة لا تحسب إلا من وقت زوال هذا السبب (١).

أما أسباب وقف التقادم كما وردت بشأن التقادم المسقط والتي تنتظمها فكرة العذر الشرعي في القانون المدني العراقي فهي:

١- وجود مانع يستحيل معه على الدائن ان يطالب بحقه، ولو كان هذا المانع ادبيا.

٢- انعدام الاهلية او نقصها او الغيبة في بلاد اجنبية نائية (٢).

اسباب وقف التقادم (مرور الزمان) :

٢٣٨- (١) فيقف التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه من يسرى التقادم ضده المطالبة بحقه في مواجهة الخائر، سواء كان هذا المانع ماديا او ادبيا.

ويقصد بالمانع المادي العقبة التي يتعذر معها ماديا على من يسري التقادم ضده ان يرفع الخائر للدعوى التي تحمي حقه كقيام حرب او اندلاع

(١) يلاحظ انه في هذه الحالة يختلط تاخير سريان التقادم بوقف سريانه. ومع ذلك فان الامرين، حتى في هذه الحالة، يفترقان خاصة في نطاق التقادم المسقط. الا ان مدة التوقف في حالة سريان تاخير التقادم لا تنتهي الا بحلول موعد استحقاق الدين، اما في حالة وقف سريان التقادم فان المدة تنتهي بزوال سبب الوقف (راجع في تفصيل ذلك: السنيهوري، الوسيط، ج٣، القاهرة ١٠٨٤، ف٦٢٠ والفقه المشار اليه في حاشية ص ١٠٦٩).

(٢) انظر المادة ٤٣٥ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه: «١- تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي كأن يكون المدعي صغيرا او معجورا وليس له ولي او غالبا في بلاد اجنبية نائية او ان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع او ان يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه ٢٠- والمدة التي نمضي مع ليام العذر لاتعتبر».

ثورة ووقوعه في الاسر او الاعتقال ، او فيضان يؤدي الى انقطاع طرق
المواصلات .

اما المانع الادبي فعلاقة تقوم بين الحائز ومن يسري ضده على اساس من
المحبة والوثام او الخشية والاحترام ، يتعذر معها على من يسري التقادم
ضده ادبيا المطالبة بحقه كعلاقة الزوجية او العلاقة بين الاصول والفروع
او علاقة النيابة (١). فعلاقة الزوجية مثلا تعتبر مانعا ادبيا يوقف سريان التقادم
لان من شأن مطالبة احد الزوجين بحقه ان تؤدي الى احلال الشقاق بينهما
وتعكير صفو الحياة الزوجية. ويوقف التقادم كذلك طالما قامت علاقة النيابة
بين الحائز ومن يسري التقادم ضده . سواء كانت النيابة قانونية او اتفاقية
ولكن ، حتى تعتبر العلاقة مانعا ادبيا يوقف التقادم ، ينبغي ان تكون في
الوضع المعتاد . فاذا لم تكن هذه العلاقة في وضعها الطبيعي . كما لو تعكرت
الحياة الزوجية او ساءت علاقة الابن بابه : فانها لا تصلح . بعد ندهورها
مانعا يوقف التقادم لانتفاء الحكمة التي شرع وقف التقادم من اجلها . ويلاحظ
على كل حال ان اعتبار علاقة ما مانعا او غير مانع من الامور الموضوعية
التي يقدرها قاضي الموضوع في كل دعوى بحسب ظروفها .

وقد يكون المانع اتفاقيا كما لو اتفق الحائز والمالك على وقف التقادم
خلال المدة التي يستغرقها التحكيم الذي اتفق عليه الطرفان (٢) . كما ذهبت
اقضية بعض المحاكم الى ان الجهل باغتصاب الحق قد يكون سببا موقفا
للتقادم اذا لم يكن ناشئا عن اهمال صاحب الحق او تقصيره (٣) .

(١) قانون عبدالمعتمد الصدة ، المراجع السابق ، ف ٢٩٤ ، منصور ، مصطفى منصور ، حق الملكية ،
١٧٦ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك : اوبري ورو ، المراجع ، السابق ، ج ٢ ، ص ٤٥٩ .
(٣) نقص مدني فرندي ٢٧ برنا ١٩٤١ ، غازيت دوبالية ١٩٤١ - ١ - ٢٢ ، نقل مدني
مصري في ٢٢ ابريل ١٩٤٩ . مجموعة عمر ، ج ٥ ، ص ٦٠٢ . وانظر ايضا : كولان
وكايتان وجوليو دولا مورانديير ، ج ٢ ، ف ٤٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، حق
الملكية ، ف ١٧٦ ، ص ٤٠ .

(١) ويمف التّقدم بصلاح سببي . وسببه أو سببها وسببها
 اجنبية نائية . على ان وقف التّقدم لمصلحة هؤلاء لا يقع الا اذا لم يكن لهم
 من يمثلهم قانونا . فاذا كان لهم من يمثلهم قانونا فان التّقدم يسرى في
 حقهم . ذلك ان على النائب أن يتولى امر المطالبة عن المحجور ، فان لم يقم
 بالإجراءات اللازمة لوقف التّقدم تحققت مسؤوليته في مواجهة الاصيل
 اما اذا لم يكن لهؤلاء من ينوب عنهم ، كالصغير الذي لم يعين له وصي
 فان سريان التّقدم بحقه يقف حتى يتم تعيين وصي له ، فان تم ذلك انتفى
 السبب الذي من اجله توقف التّقدم ، فيستأنف سريانه .

نسبة الر وقف التّقدم :

٢٣٩ - وأثر وقف التّقدم نسبي ، بمعنى انه لا يصح ان يتمسك به الامن
 قام سببه به والى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب بغض النظر عن غيره
 كما لا يصح التمسك به الا في مواجهة الشخص الذي تتوفر سببه بالنسبة
 اليه . فاذا وضع شخص يده على شيء مملوك لشخصين احدهما كامل الاهلية
 والاخر ناقصها ، فان التّقدم يقف بالنسبة لناقص الاهلية فقط ويسرى في
 حق الآخر . فائثر العذر الشرعي خاص بمن تحقق العذر بالنسبة اليه فحسب
 وعليه لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة ولم يوجد في حق باقي
 الورثة لعذر كالصغر وادعى به وأثبتته يحكم بحصته في المدعى به ، ولا يسرى
 هذا الحكم الى سائر الورثة (١)

انقطاع التّقدم :

٢٤٠ - يقصد بانقطاع التّقدم سقوط المدة السارية قبل تحقق احد الامور
 التي تؤدي الى قطع التّقدم ، بحيث انه اذا زال الاثر المترتب على هذا السبب
 فان التّقدم يبدأ من جديد وتعتبر المدة السابقة وكأنها لم تكن . وبهذا يختلف
 قطع التّقدم عن وقفه . ففي وقف التّقدم تظل المدة السابقة على تحقق سبب
 (١) انظر المادة ٤٣٦ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه : واذا فُترِكَ بعض الورثة
الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسع
دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين .

الوقت محفوظة وتضاف الى المدة التي تسرى بعد زوال هذا السبب ، فإذا بلغ مجموع المدين المدة المقررة قانونا للتقادم انتج التقادم اثره .
والاسباب التي تؤدي الى قطع التقادم ثلاثة اسباب : احدها يؤدي الى ما يسمى « الانقطاع الطبيعي » ، والاخران يؤديان الى ما يسمى « الانقطاع المدني » . ونرى ذلك فيما يلي :

الانقطاع الطبيعي :

٢٤١ - فالانقطاع الطبيعي هو زوال الحيازة خلال مدة التقادم بتخلي الحائز عنها او بفقدانها (١) . وقد سبق بيان الاحوال التي تزول فيها الحيازة فهي تزول ، كما علمنا ، اذا تخلى الحائز عنها بعنصرها او اذا فقد احدهما وهو العنصر المادي .

على ان التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة اذا استردها الحائز خلال سنة او رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد (٢) .
واذا ثبت الانقطاع الطبيعي ترتب عليه اثره بالنسبة لجميع الاشخاص لانه يستند الى واقعة مادية (٣) . غير انه من الطبيعي ان هذا الاثر لا يترتب الا بالنسبة للشيء الذي زالت حيازته .

الانقطاع المدني :

٢٤٢ - اما الانقطاع المدني ، او الحكمي ، فيقصد به الانقطاع الذي يتحقق مع استمرار الحيازة . ولم يورد القانون المدني نصوصا خاصة بالانقطاع المدني في باب التقادم المكسب ، اذ انه اكتفى كما رأينا ، بالاشارة على القواعد المقررة بشأن التقادم المسقط (٤) . وبالرجوع الى هذه القواعد نجد ان التقادم ينقطع باحد سببين هما : ١ - المطالبة القضائية وما يعتبر في حكمها ، ٢ - الاقرار (م ٤٣٧ مدني) .

(١) انظر المادة ٢٢٤٣ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٩٧ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر المادة ١٦٦١ من القانون المدني العراقي .

(٣) دوبرير ويولانجيه ، المرجع السابق ، ف ٢٧٢٦ .

(٤) انظر المادة ١١٦٢ من القانون المدني العراقي .

١ - المطالبة القضائية :

٢٤٣ - فالمطالبة القضائية تؤدي إلى انقطاع التقادم (١). والمطالبة يجب ان تكون قضائية اي ان ترفع إلى القضاء فالمطالبة الشفهية او الودية لا تكفي ويجب كذلك ان تكون هذه المطالبة صحيحة ، فان لم توجه للحائز او كان فيها عيب في الشكل فانها لا تؤدي إلى قطع التقادم فاذا كان فيها عيب في الشكل فانها لا تؤدي إلى قطع التقادم فاذا كانت المطالبة صحيحة في ذاتها ، ولكنها رفعت إلى محكمة غير مختصة ، فان التقادم ينقطع مع ذلك.

٢ - الاقرار :

٢٤٤ - فاقرار الحائز بحق المالك بقطع التقادم والسبب في ذلك انه يعتبر منه نزولا عن التمسك بالمدة السابقة على الاقرار. والاقرار قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمينا يستفاد من اي عمل يصدر من الحائز فيه ، معنى الاقرار كما لو دفع الحائز اجرة العقار للمالك ، وقد يكون مكتوبا او غير مكتوب والاقرار ، باعتباره تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد لا يحتاج إلى قبول من المالك ، ولا يلزم له ، بصورة عامة ، شرط معين عدا الاهلية اللازمة للتزول عن الحق (٢) .

والانقطاع المدني ، على خلاف الانقطاع الطبيعي . امر نسبي . فهو يستند إلى عمل قانوني ، من المالك او الحائز ، ولهذا فهو لا يحتاج به الا في مواجهة من صدر هذا العمل بخلاف مصلحته .

(١) وهناك امور اعتبرها القانون المدني العراقي كالمطالبة القضائية ورتب عليها الاثر الذي على المطالبة القضائية ، وهو قطع التقادم ، كالطلب الذي يقدم به الدائن بقبول حقه في تفليس او في توزيع وباي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوي (انظر : المادة ٤٣٧ ف ٢ مدني عراقي) . وهذه الامور وردت في شأن التقادم المسقط ، ولذلك فهي ، كما تذهب غالبية الفقهاء ، فاصرة عليه (انظر : كولان وكابيتان وجوليرو دولا موراندير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٤١٨ ، ريبير وبولانجي ، ج ٢ ، ف ٣٧٢٩ ، عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ف ٥٢٥ ، عبد الفتاح عبد الباقي الاموال ، ف ٣١٩) .

(٢) راجع : كولان وكابيتان وجولودولا موراندير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٤٢١ .

ضم الحيازات :

٢٤٥ - رأينا من قبل ان حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها. فحيازة الخلف العام ليست اذن حيازة جديدة، وانما هي استمرار لحيازة سلفه وعليه فان الخلف العام يستمر في هذه الحيازة حتى تتم المدة التي بدأها السلف. وهذا يفترض ان حيازة السلف كانت قانونية خالية من العيوب. اما اذا كانت حيازة السلف عرضية فحيازة الخلف العام تكون عرضية كذلك ما لم تنقلب إلى حيازة قانونية.

اما حيازة الخلف الخاص فهي، كما رأينا حيازة مستقلة عن حيازة السلف، قد تماثلها في صفاتها وقد تختلف عنها. على ان استقلال حيازة الخلف الخاص عن حيازة سلفه لا يمنعه، اذا كان ذلك في مصلحته، ان يضم حيازة السلف إلى حيازته (١). ويشترط لذلك ان تكون حيازة السلف مستجمة لشروطها وصالحة للتقادم المكسب.

ويقصد بالخلافة الخاصة في باب الحيازة معنى خاصا. فظالما ان الامر يتعلق بالاستخلاف في واقعة الحيازة فانه يكفي ان تبدو الحيازة الجديدة استمراراً طبيعياً للحيازة السابقة. فيكفي اذن ان يكون الحائز السابق ملزماً بان يتخلى عن الحيازة سواء لانه يلتزم بالتسليم بمقتضى عقد، كبيع او هبة، او بسبب فسخ او ابطال السند الذي يستند اليه في حيازته.

وعلى هذا، يعتبر خلفاً خاصاً، فيما يتعلق بالحيازة: المشتري في علاقته بالبائع والموهوب له في علاقته بالواهب، والموصى له بعين معينة في علاقته بالموصي او بوارث الموصي. فالموصى له يمكنه ان يضم إلى حيازته ليس فقط حيازة الموصي، ولكن ايضاً حيازة وارث الموصي حتى يتم تسليم الشيء الموصى به اليه. كما يعتبر خلفاً خاصاً الراسي عليه المزداد في علاقته بالمحجوز عليه، والبائع

(١) تنص المادة ١١٤٩ ف٢ من القانون المدني العراقي على انه «ويجوز للخلف، عاماً كاد، او خاصاً، ان يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرقبه القانون من الزم

أو الواهب في علاقتهما بالمشتري أو الموهوب له عندما يبطل البيع أو ينفسح
الهيئة ويرد المبيع أو الشيء الموهوب . فيستطيع البائع ان يضم إلى حيازته حيازة
المشتري ، كما يكون للواهب ان يضم إلى حيازته حيازة الموهوب له (١).

(٢) الشروط الخاصة بالتقادم القصير:

٢٤٦ - بينا من قبل ان التقادم القصير أو الخمسي يقتصر على العقارات.
ولكننا رأينا انه يشترط في هذا التقادم، إلى جانب الشروط العامة للتقادم،
توافر شرطين آخرين هما: السبب الصحيح وحسن النية. فنعرض فيمايلي
بإيجاز لهذين الشرطين:

السبب الصحيح

٢٤٧ - يمكن تعريف السبب الصحيح بأنه تصرف قانوني يصدر من شخص
غير صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا
ويكون من شأنه ان ينقل الحق لو انه صدر من صاحبه (٢). فيثبت من ذلك
انه يشترط في السبب الصحيح على المعنى المتقدم مايلي:

١ - ان يكون تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا.

(١) راجع في ذلك: أوبري ودو، المرجع السابق، ج٢، ف٢٠٩ ص ١٤١، ديبير وبولانج،
المرجع السابق، ج٢، ف٢٧٦٩، كولان وكايتان و جوليو دولاموراندبير، المرجع
السابق، ج٢، ف٤١٤، ٤٤١، محمد كامل حربي، المرجع السابق، ج٢، ف٥٧.
(٢) في هذا المعنى: ديبير وبولانج، المرجع السابق، ج٢، ف٢٦٩٩ و ٢٧٠٠. ولقد عرفت
المادة ٣٩٦٩ ف٣ مدني مصري السبب الصحيح بقولها انه: "منه يصدر من شخص لا يكون
مالكا لشيء أو صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم ويجب ان يكون مسجلا طبقا للقانون".
اما المادة ١٢٥٨ ف٢ مدني عراقي فقد عرفت السبب الصحيح بأنه: "... الشئ أو حادث
يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: أ - الاستيلاء على الأراضي الموات ب -
انتقال الملك بالأرث أو الوصية ج - الهبة د - البيع أو الفراغ هـ". (راجع في نقد هذين
التعريفين: عبد المنعم البدواوي، المرجع السابق، ف ٥٣١، عبد الفتاح عبد الباقي،
الاموال، ف ٣٢٥، منصور مصطفى منصور، الملكية، ف ١٧٩، حامد مصطفى،
المرجع السابق، ج١، ف ٢٨٣).
ف ٤١١.

فيجب ان تكون بصدد تصرف قانوني، وهذا ما يبعد عن الحيابة شبهة الغصب . ويجب أن يصدر التصرف الى الحائز باعتباره تخلفا خلاصا (١) وعلى هذا فان الميراث لا يصلح سببا صحيحا لانه لا يعتبر تصرفا بهذا المعنى (٢).

فالوارث خلف عام للمورث، فحيازته تعتبر، كما رأينا، استمراراً لحيابة السلف فلا يكفي لتملك الوارث بالتقادم القصير بأن يكون قد حاز عقاراً معتقدا بحسن نية ان العقار كان مملوكا لمورثه، بل ينظر في هذا الشأن الى سند المورث نفسه .

٢ - ان يكون التصرف بطبيعته ناقلا للملكية او الحق العيني لو انه صدر من المالك او صاحب الحق العيني، فينبغي ان يكون السبب الصحيح تصرفا قانونيا من طبيعته نقل للملكية او الحق العيني كالبيع والهبة والعقود المنشئة لحق انتفاع او ارتفاق.

ونعتبر في حكم التصرفات القانونية، ان لم تكن تصرفات بالمعنى الصحيح الاحكام الناقلة للملكية، كالحكم بالشفعة والحكم بربو المزداد. فهذه الاحكام تصلح اسبابا صحيحة يستند اليها الشفيع او الراسي عليه المزداد للتملك بالتقادم الخمسي اذا تبين ان الشركاء او المدين او من اخذ منه العقار لم يكونوا ملاكا . اما التصرفات الكاشفة او المقررة للملكية او للحق العيني فلا تعتبر سببا صحيحا كالقسمة في القوانين التي تأخذ بالاثار الكاشفة للقسمة. والصلح يعتبر كذلك تصرفا كاشفا كقاعدة عامة (٢).

اذ ان للصلح اثرا ناقلا بالنسبة لما لم يكن محل نزاع بين الطرفين، فاذا اعطى احد المتصلحين للآخر عقارا غير متنازع عليه كبند صلح، اعتبر الصلح في هذه الحالة ناقلا، ونجاز لمن تلقى العقار، في هذه الحالة ان يتمسك بالتقادم الخمسي.

(١) انظر: دبير وبولاجيه، المرجع السابق، ٢٦٩٩، عبد النعم الصدة، المرجع السابق،

(٢) كولان وكايتان وجوليو دولاموراندبير، المرجع السابق، ج٢، ف ٤٣٤.

(٣) ويستثنى من ذلك في القانون المدني العراقي الصلح من انكار او سكوت لانه يعتبر بالنسبة

للمدعي معاوضة طبقا للمادة ٧١٦ ف١٠.

وكذلك لا تعتبر اسباباً صحيحة الاحكام القضائية المقررة للحقوق،
كالحكم الصادر لمصلحة المدعي في دعوى الاستحقاق.

اما اذا كان التصرف من التصرفات الناقلة بطبيعتها ولكنه لم يكن من
شأنه ان ينقل الحق او انه صدر من مالك فانه لا يصلح سبباً صحيحاً. ويترتب
على ذلك خروج التصرفات غير المسجلة من عداد السبب الصحيح، لان
مثل هذه التصرفات لا تنقل الملكية ولو صدرت من مالك. كما يخرج من
عداد السبب الصحيح التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً والتصرفات المتعلقة
على شرط واقف قبل تحقق الشرط.

وكذلك، فان التصرف الصوري لا يعتبر سبباً صحيحاً اذا كانت صورته
مطلقة. ولمن يسري التقادم ضده التمسك بالصورية ويكون له اثباتها بجميع
طرق الاثبات. ويصدق هذا القول على التصرف الظاهري الذي لا وجود
له الا في وهم الخائر. مثال ذلك الوصية التي رجع فيها الموصي قبل
وفاته، مع جهل الموصى له بذلك (١). فالسبب في هاتين الصورتين
لا وجود له في الواقع، ولهذا فلا يصدق عليه انه ينقل الملكية بطبيعته
لو صدر من المالك الحقيقي.

٣- ان يكون التصرف صادراً من غير مالك: ويشترط كذلك ان يكون
التصرف صادراً من غير مالك او من غير صاحب الحق العيني محل الحيازة.
اذ لو صدر هذا التصرف من المالك او من صاحب الحق لنقل الملكية او
الحق دون حاجة للبحث في التقادم.

واذا كان يشترط ان يكون التصرف صادراً من غير مالك فانه لافرق
في هذا ان يكون المتصرف غير مالك اصلاً، او كان مالكا ثم زالت ملكيته
بأثر رجعي كما لو فسخ سنده او ابطال. ويستوي في ذلك ايضاً ان تكون
حيازة المتصرف قانونية او عرضية او قائمة على الغصب. ويرجع كل ذلك

(١) راجع: ريبير وبولانجيه، المرجع السابق، ٢٦٠٢ ف ٢٧٠٢.

الى الفكرة الاساسية التي يقوم عليها التقادم الخمسي وهي حماية المتصرف اليه من عدم ملكية المتصرف (١).

هذه هي الشروط التي يلزم توفرها في مايعتبر سببا صحيحا . والسبب الصحيح في باب التقادم الخمسي لايفترض وانما يجب على الحائز اثباته. والاصل ان اثبات السبب الصحيح يخضع للقواعد العامة في الالابات. على ان الحق اذا كان مما يخضع للتسجيل فينبغي اتباع القواعد المقررة بشأن ذلك وعدم الاعتماد بالتصرف القانوني غير المسجل ولو كان ثابت التاريخ وعدم احتساب المدة التي سرت قبل تسجيله.

حسن النية :

٢٤٨ - ويشترط كذلك للتملك بالتقادم الخمسي ان تكون الحيازة مقترنة بحسن النية (٢).

ويعتبر الحائز حسن النية اذا كان يجهل انه يعتدى على حق للغير (٣) اي ان يعتقد بانه يتلقى الحق من صاحبه. وينبغي ان يكون اعتقاد الحائز سليما تاما لايشوبه ادنى شك (٤) . وعلى هذا ينتفى حسن النية اذا كان الحائز يعلم ان ملكية العقار محل نزاع امام القضاء او اذا كان يعلم بان من تصرف اليه بالعقار لم يؤد الثمن لمن اشتراه منه .

(١) تفرق الرأي في الفقه المصري حول ما اذا كان تصرف الشريك المشاع في جزء مفرز من العقار الشائع يعتبر سببا صحيحا أم لا. عل ان غالبية الشراح تذهب إلى اعتبار هذا التصرف في حكم التصرف الصادر من غير مالك بحيث يمكن الاستناد اليه كسبب صحيح للتملك بالتقادم الخمسي عند توفر حسن النية. وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على ذلك (راجع: السنهاوي، الوسيط، ج ٤، ف ١٧٠، عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ف ٥٣٤، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ف ٤١٧، منصور مصطفى منصور، الملكية، ف ١٧٦).

(٢) المادة ١١٥٨ مدني عراقي ف ٢.

(٣) انظر المادة ١٤٨ ف ١ مدني عراقي .

(٤) في هذا المعنى: ريبير وبولانجييه ١٢٣٠ ف ٢٧٠٦.

ومعياراً لحسن النية معيار شخصي يراعى فيه اعتقاد الحائز نفسه . على أن
المشرع المصنوعي قد اضاف اليه معياراً آخر ، حيث اشترط لحسن نية الحائز
الايكون جهلة ناشئاً عن خطأ جسيم (١) . وعلى ذلك ، فإن من يشتري
عقاراً دون مطالبة البائع بتقديم السندات المثبتة للملكية يكون قد ارتكب
خطأ جسيماً فيعد سيم النية (٢) .

وينتهي بحسن النية كذلك اذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة بالاكرأه
من غيره (٣) ، ولو اعتقد ان له حقاً في الحيازة . فمن يشتري عقاراً في
حيازة شخص آخر غير البائع ورفض من كان العقار في حيازته تسليمه
فاغتصب المشتري الحيازة بالاكرأه فإنه يعتبر سيم النية ، فلا يجوز له التمسك
بالتقادم الخمسي في مواجهة المالك الحقيقي ، حتى لو كان حسن النية طبقاً
للمعيارين السابقين بأن كان يجهل بأنه يعتدى على حق الغير ولم يكن جهلة
ناشئاً عن خطأ جسيم (٤) .

وحسن النية او سوءها مسألة واقعية يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة
التقض على قضائه في ذلك (٥) . والعبرة في ذلك هي بنية الحائز نفسه ، الا

(١) المادة ١٩٦٥ ف١ مدني مصري . اما المادة ١١٤٨ من القانون المدني العراقي فلم تشر إلى ذلك .
وسم هذا فان الخطأ الجسيم يفسد نية في القانون العراقي كذلك . لان الخطأ الجسيم يلحق
بالفشل ، والفشل يفسد كل شيء . انظر : صلاح الدين الناهي ، المرجع السابق ، ص ٣٢٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، ف ١٨٠ .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ١١٤٨ ف ٢ مدني عراقي .

(٤) وقد قبل بعدم فائدة هذا الحكم لان الغصب والاكرأه يؤثران في الحيازة نفسها ، اذ ان
الحيازة المقترنة بها حيازة نعية فلا يكون لها اثر . ولكن يعترض على هذا الرأي بان
الاكرأه ، كعمد من عيوب الحيازة ، عيب نسبي ومؤقت . فلذا كانت الحيازة المقترنة
بالاكرأه لا اثر لها قبل المكرأه لانها يمكن ان يترتب عليها اثرها قبل ان لم
يقع عليه الاكرأه ، كما انها تنتج اثرها بمجرد زوال الاكرأه حتى بالنسبة لمن وقع عليه الاكرأه ،
في حين ان اعتبار الحائز سيم النية اذا التزمت حيازته باكرأه يترتب عليه عدم توفر التقادم
الخمسي بصفة مطلقة (انظر : منصور مصطفى منصور ، الملكية ف ١٨٠ . هامش ص ٤٢٦)
والفقه المشار اليه في الهامش .

(٥) انظر : كولان وكابيتان وجوليودولامور اندير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٢٨ ، والفنية
المحاكم المشار اليها في الهامش ص ٢٣٨ .

إذا كان عديم الاهلية او كان شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثلهما .
 اما الوقت الذي يشترط فيه توفر حسن النية فهو وقت تلقي الحق (١) ،
 اي الوقت الذي كان الحق ينتقل فيه لو ان التصرف صدر من المالك . ولا
 لسوء النية الطارئ بعد ذلك (٢) . فاذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكة
 وكان حسن النية وقت تسجيل البيع امكنه التمسك بالتقادم الخمسي لان
 وقت تسجيل التصرف هو الذي ينتقل فيه الحق لو ان التصرف صدر
 من المالك (٣) .

وفيما يتعلق باثبات حسن النية فان القانون يفترض حسن النية في الحيازة
 دائما ما لم يقدم الدليل على خلاف ذلك (٤) ، فيجوز لمن يتمسك الحائز
 في مواجهته بالتقادم الخمسي ، ان هو اراد اثبات عكس هذا الافتراض
 القانوني ، ان يثبت سوء نية الحائز ، ويكون له ان يثبت ذلك بجميع طرق
 الاثبات . فله ان يثبت مثلاً علم الحائز وقت تلقيه الحق بان حيازته اعتداء
 على حق الغير ، او ان جهل الحائز بالاعتداء على حق الغير كان ناشئاً عن خطأ
 جسيم ، او ان حيازته قامت على الغضب والاكراه .

وكذا يفترض قيام حسن النية عند بدء الحيازة ، فان دوامه يفترض كذلك
 ما لم يقدم الدليل على العكس . غير ان الحيازة اذا كانت قد بدأت بسوءنية ،
 كما لو حاز عقاراً يعلم بانه غير مملوك له ، ثم اشتراه وسجل عقده فان

- (١) المادة ٩٦٩ مدني مصري ، والمادة ٢٢٦٩ مدني فرنسي .
- (٢) انظر : دبير وبولانجي ، المرجع السابق ، ج٢ ، ف ٢٧٠٩ ، كولان وكابيتا وجوليو
 دولامور اندير ج٢ ، ف ٤٢٨ .
- (٣) في هذا المعنى : عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ف ٤٠٩ ، عبد المنعم البدرابي ،
 المرجع السابق ، ف ٥٣٠ ، منصور مصطفى منصور الملكية ، ف ١٨٠ .
 ولد ذهب جانب من الفقه الى انه يكفي توفر حسن النية وقت ابرام التصرف أي السبب
 الصحيح (انظر مثلاً : عبد الفتاح عبد الباقي ، الاموال ، ف ٣٣٠ ، محمد كامل مرسي ، المرجع
 السابق ، ج٤ ، ف ٢١١) .
- (٤) المادة ١١٤٨ مدني عراقي ف١ ، والمادة ٩٦٥ ف٢ مدني مصري ، والمادة ٢٢٦٨ مدني
 فرنسي .

حيازته تبقى كما كانت بسوء نية مالم يثبت العكس بأن يثبت بانه كان حسن النية وقت التسجيل اي انه كان يعتقد اعتقاداً تاماً بانه قد اشترى من مالك (١). وكل ذلك تطبيق لما نص عليه القانون بانه: «تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت (بها) وقت اكتسبها مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك (٢)». وافترض حسن النية في الحيازة يتفق مع قاعدة الاصل براءة الذمة ودرء الحدود المقررة في الشرائع الحديثة والفقه الاسلامي وعلى من يعارض الحائز اثبات ذلك.

لانيا - اثار التقادم المكسب :

وجوب التمسك بالتقادم:

٢٤٩ - اذا تحقق التقادم بشروطه واكتمال مدته فان اثره في كسب الحق لا يتحقق بمجرد ذلك، وانما لا بد ان يتمسك به الحائز او من له مصلحة. فالتمسك بالتقادم لا يقتصر على الحائز نفسه. فيجوز لخلاف الحائز، عاماً كان او خاصاً، ان يتمسك بالتقادم، كما يجوز لدائني الحائز التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى غير المباشرة. (٣)

وقد اقتضى وجوب تمسك صاحب المصلحة بالتقادم ان يحظر القانون على المحكمة ان تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها (٤). ولكن اذا تمسك الحائز بالتقادم او من له مصلحة فيه تعين على المحكمة ان تقضي به ان تحققت من توافر شروطه.

(١) راجع عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ف ٤١٠، منصور مصطفى منصور، الملكية، ف ١٨٠ ص ٤٢٨ - ٤٢٩.

(٢) المادة ١١٤٨ ف ٣ مدني عراقي.

(٣) انظر المادة ٤٤٢ ف ادني.

(٤) نصت المادة ٤٤٢ ف ١ من القانون المدني العراقي حل انه : « لا يجوز للمحكمة ان تنتزع من تلقاء نفسها من مباح الدعوى لمزور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدعي او بناء على طلب دائنيه او اي شخص اخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدعي ».

وقد قيل في تبرير وجوب التمسك بالتقادم ومنع المحكمة من القضاء به من تلقاء نفسها ان التمسك بالتقادم مردده ضمير من يتمسك به. فقد يكون الحائز في حقيقة الامر غاصبا، فرأى المشرع ان يترك له خيار التمسك بالتقادم او النزول عنه لكي يفسح المجال لانبعاث شعور الشرف والامانة من ضمير الحائز فيأبى، طبقاً لما يمليه عليه هذا الشعور في اخر فرصة تتاح له، ان يتمسك بهذه الوسيلة (١).

ويجب ان يحصل التمسك بالتقادم امام القضاء (٢) ، ولكن لا يشترط في ذلك ان يكون في شكل معين ، فقد اكتفت النصوص القانونية بالإشارة الى وجوب ان يكون التمسك بالتقادم بناء على طلب من له مصلحة في التمسك به دون ان تحدد لذلك شكلاً معيناً ، ولهذا فانه يجوز ان يكون صريحاً كما يجوز ان يقع ضمناً او دلالة ولكن يشترط ان يستخلص ذلك من المطالبات بشكل واضح لاشك فيه ولا غموض (٣) .

ويجوز التمسك بالتقادم في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو لاول مرة امام محكمة الاستئناف مالم يتحقق التنازل عنه قبل ذلك (٤) . ولكن لا يجوز التمسك بالتقادم لاول مرة امام محكمة التمييز (النقض) (٥) . ذلك ان هذه المحكمة لا تنظر من الناحية الموضوعية في امور لم تعرض على

(١) انظر: كولان وكابيتان وجوايو دولامورالديير ، ج٢، ف٤٢٧ ، ريبير وبولانجيه ، ج٢، ف ٢٧٤٢ .

(٢) ريبير وبولانجيه ، ج٢، ف٤٢٧ ، بلانبول وريبير وبيكار ، المطول العمل في القانون المدني الفرنسي ، ج٢ ، ٢ ، باريس ١٩٥٤ ، ف ٧٤٩ ، عبد السلام الصدة ، المرجع السابق ، ف ٤٢٥ ، منصور مصطفى منصور ، الملكية ، ف ١٨٩ ، والفقه المشار اليه في هامش ١ ص ٤٣٠ ، محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ف ٣٤٤ . وقارن : عبد الفتاح عبد الباقي : الاموال ، ف ٣٢١ حيث يميز الحائز التمسك بالتقادم بصفة قضائية او غير قضائية .

(٣) انظر : ريبير وبولانجيه ، ج٢ ، ف ٢١٤١ ، كولان وكابيتان وجوليو دولامورالديير ، ج٢، ف ٤٢٧ .

(٤) انظر المادة ٤٢٢ ف ٢ دني عراقي .

(٥) انظر كولان وكابيتان وجوليو دولامورا نديير ، ج٢، ف ٢٧ ص ٢٢ . ١٤٣

محكمة الموضوع . كما ان التمسك بالتقادم ليس من النظام العام فتقضي به محكمة التمييز من تلقاء نفسها . على انه اذا نفقت محكمة التمييز الحكم واعادته الى محكمة الاستئناف فليس هناك ما يمنع التمسك بالتقادم امام هذه المحكمة (١) .

التنازل عن التقادم المكتسب :

٢٥٠- والقاعدة المقررة في باب التقادم المسقط ، والتي احوالت اليها صراحة المادة (١١٦٢) من القانون المدني ، هي ان التنازل عن التقادم لا يجوز قبل اكتمال مدته ، اي قبل ثبوت الحق فيه (٢) لوجود شبهة الضغط على الحائر، كما ان المحكمة التي شرع التقادم من اجلها سوف تنتفي ، الا وهي تثبت الاوضاع المستقرة .

اما اذا اكتملت مدة التقادم فقد اصبح من حق الحائر ان يتمسك به او يتنازل عنه تبعاً لما يمليه عليه ضميره . فان تنازل الحائر عن التقادم وفق ماتقدم صح تنازله وترتب عليه اثره بشرط ان يكون تنازلاً حقيقياً لامجرد اقرار منه بأنه لا يجوز له حساب نفسه بل لحساب المالك الحقيقي (٣) .

ويرتّب على التنازل الصحيح سقوط جميع اثار التقادم الذي تمت مدته مع ملاحظة ان هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضراً بهم فيجوز للدائنين الطعن بتنازل الحائر بدعوى عدم نفاذ التصرفات (٤) .

(١) انظر: منصور مصطفى منصور، الملكية، ف ١٨١

(٢) مظراندي المادة ٤٤١٣ ف

(٣) فالأقرار يؤدي، كما رأينا، إلى قطع التقادم وسقوط المدة السابقة منه، ومن جهة أخرى فان مثل هذا الأقرار يقلب الحيّزة إلى حيّزة عرسيّة فلا تصلح ان تكون اسماً لتقادم جديد مالم تتغير صفة الحيّزة ومن وقت تغير هذه الصفة.

(٤) المادة ٤٤٣ ف ٢ مدني عراقي .

ذلك ان تنازل الحائز عن التقادم يعادل نزوله عن الحق نفسه (١). اما اذا تنازل الحائز عن التقادم أثناء سريان مدته فان هذا التنازل يصح بالنسبة للمدة التي سرت قبل تنازله ولكنه لا يصح بالنسبة للمستقبل. ويترتب على ذلك زوال كل اثر للمدة السابقة على التنازل ولا يحول ذلك دون سريان التقادم لمدة جديدة.

والتنازل عن التقادم تصرف قانوني من جانب واحد، ولذا فانه لا يحتاج الى قبول من جانب من يسري التقادم ضده. ولا مانع من ان يقع هذا التنازل ضمنا بشرط ان يستفاد من اعمال قاطعة في الدلالة عليه (٢) كما لو استأجر الحائز الشيء من مالكه.

واذا تنازل الحائز عن التقادم لا يصح رجوعه فيه بعد ذلك لانه مجرد اسقاط، والساقط لا يعود. وبالنظر لاحمية التنازل عن التقادم فقد اشترط القانون لصحته ان يكون المتنازل اهلا للتصرف في حقوقه (٣).

الاتفاق على تعديل مدة التقادم:

٢٥١ - وكما انه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، فانه لا يجوز الاتفاق على مدة تختلف عن تلك التي حددها القانون، سواء كان

(١) يلاحظ بان المشرع قد خرج بتقريره دعوى عدم نفاذ التصرفات في هذه الحالة عن احكام هذه الدعوى التي تقتضي ان يكون التصرف المظنون فيه مقفرا، وتنازل الحائز وان اضر بدائيه لا يعتبر مقفرا لانه لم يجرده من حق كان موجودا في ذمته المالية. من جهة اخرى فان جواز طعن الدالين بتنازل الحائز عن طريق هذه الدعوى لا يستلزم اقامة الدليل على غش الحائز فضلا عن غش من تنازل الحائز لمصلحته (انظر المواد ٢٦٣ - ٢٦٤ مدني عراقي).

(٢) راجع: عبد المنعم البدر اوي، اثر مضي المدة في الالتزام، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٠، ص ٢٩.

(٣) فالاهلية اللازمة هي اهلية التصرف لاهلية التبرع. ومع ذلك فان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري اعترفت بالتنازل بمنزلة التبرع، ويرتب على ذلك وجوب توفر اهلية التبرع في التنازل (راجع السنهاوي، الوسيط، ٣٨٠٢، ص ١١٤٦ - ١١٤٧). وانظر في هذا المعنى ايضا: ريبير وبولانجي، المرجع السابق، ص ٢٧٤٧.

الاتفاق على مدة اطول او أقصر فالمدد التي يحددها القانون للتقادم هي من النظام العام، فكل اتفاق بخلاف هذا التحديد يقع باطلا (١).

ويلاحظ ان النصوص القانونية التي منعت الاتفاق على تعديل مدة التقادم قد وردت في باب التقادم المسقط للالتزام لان مثل هذا الاتفاق متصور في هذا النوع من التقادم، فانه من الصعب تصور مثل هذا الاتفاق بالنسبة للتقادم المكسب (٢).

الثر التمسك بالتقادم :

٢٥٢- يترتب على التقادم المكسب بنوعيه، في القوانين الحديثة، كسب الحائز ملكية الشيء او الحق العيني الذي يحازه طوال مدة التقادم (٣). وقد سبق القول ان هذا الاثر لا يترتب على التقادم الا اذا تمسك به الحائز ويتم كسب الحق باثر رجعي يستند الى تاريخ بدء الحيازة. فنتناول فيما يلي مدى مايكسبه الحائز ثم الاثر الرجعي للتقادم المكسب والنتائج المترتبة على ذلك.

(أ) مدى مايكسبه الحائز :

٢٢٣- القاعدة ان مدى مايكسبه الحائز يتحدد بحدود الحيازة التي قام على اساسها التقادم. ويترتب على ذلك ان من حاز الشيء ظاهرا عليه بمظهر المالك يكسب حق ملكية هذا الشيء، ومن حاز جزءاً من عقار لا يكسب الا ملكية ذلك الجزء دون سائر العقار، ومن حاز حق ارتفاق يكسب هذا الحق بحدود الحيازة المستمرة طيلة مدة التقادم فاذا كان قد فتح نوافذ على اقل من المسافة القانونية يقتصر حق المطال الذي يكسبه بالتقادم على النوافذ القديمة فلا يكون

- (١) انظر المادة ٤٤٣ ف ١ مدني عراقي.
- (٢) انظر: صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٢٩١.
- (٣) يبدو هذا الاثر واضحا في القانون المدني المصري حيث يعتبر التقادم المكسب في هذا القانون سببا حقيقيا للملك. اما في القانون المدني العراقي فان الامر يتم بعض الشيء اذ يبدو مرور الزمان في هذا القانون كدفع لمنع سماع الدعوى بسبب مرور الزمان.

له فتح نوافذ جديدة او الزيادة في سعة النوافذ القديمة (١).
والاصل ان الحائز يكسب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدء التقادم.
فاذا كان الشيء محل الحيازة مثقلا وقتذاك بتكاليف او حقوق عينية فان هذه
الحقوق تبقى، ولا يكون للحائز الذي كسب الملكية بالتقادم ان يتسلط
يسقط اي من هذه الحقوق الا اذا كان هذا الحق قد سقط لسبب مستقل
او كان الحائز قد كسبه، هو ايضا، بالتقادم في مواجهة صاحبه (٢). فاذا
كان مالك الشيء قد رتب عليه، قبل بدء سريان التقادم، حقاً عينياً
اصلياً كحق انتفاع او ارتفاق، فان مجرد التقادم الذي ترتب عليه كسب
الحائز للملكية لا يؤدي إلى سقوط حق الانتفاع او الارتفاق ما لم يكن
صاحب هذا الحق نفسه قد امتنع بسبب الحيازة عن استعماله مدة خمس
عشرة سنة فان هذا الحق يسقط لعدم الاستعمال (٣). وحديثاً يكون التقادم
المكسب للملكية مستقلاً عن التقادم المسقط لحق الانتفاع أو الارتفاق، لان
مدة التقادم المكسب للملكية قد تكون خمس سنوات او خمس عشرة سنة
دائماً. وإلى جانب احتمال اختلاف المدين، فان بدء مدة التقادم
المكسب قد يختلف عن مبدأ سريان التقادم المسقط، كما يجوز ان يتحقق
اسباب وقف او انقطاع احدهما دون الآخر.

واذا كان العقار، عند بدء التقادم، مثقلاً بحق من الحقوق العينية التبعية
كزهن او امتياز، فان هذا الحق لا يسقط لمجرد كسب الحائز ملكية العقار
بالتقادم، بل يظل قائماً ويملك الحائز العقار مثقلاً به، ما لم يكن هذا الحق
قد انقضى بسبب من اسباب انقضاء الحقوق العينية التبعية (٤).

(١) راجع: منصور مصطفى منصور، الملكية، ف ١٨٢، صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٢) راجع: او برى ورو، المرجع السابق، ج ٢، ف ٣١٥، ص ٥٠٣.

(٣) انظر: المادتين ١٢٦٠ و ١٢٨٢ مدني عراقي.

(٤) راجع: عيد النعم البدواوي، الحقوق العينية، ف ٥٣٨، منصور مصطفى منصور، الملكية، ف ١٨٢ ص ٤٣٥، صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(ب) الاثر الرجعي للتقادم :

٢٥٤ - وسواء كان التقادم طويلاً او قصيراً فان كسب الحائز للحق يتم بأثر رجعي يستند إلى وقت بدء سريان التقادم لا إلى مجرد وقت تمامه، فيعتبر الحائز مالكا للشيء المحوز من يوم بدء التقادم وليس فقط من يوم اكتمال مدته (١).

ويترتب على الاثر الرجعي للتقادم مايلي :

١ - يمتلك الحائز جميع الثمار التي انتجها الشيء خلال سريان التقادم باعتباره مالكا لا باعتباره حائزاً ويترتب على ذلك انه يكسب هذه الثمار سواء تلك التي تم قبضها او التي لم يتم قبضها ، وسواء كان حسن النية ام سيئها حين قبضها. ولولا هذه الملكية المستندة إلى الماضي لما كسب الثمار الا باعتباره حائزاً، والحائز لا يكسب من الثمار الا ماتم قبضه وهو حسن النية.

٢ - تبقى الحقوق العينية التي رتبها الحائز على الشيء أثناء مدة التقادم صحيحة باعتبارها صادرة من مالك. وعلى العكس من ذلك فان الحقوق العينية التي كان المالك الحقيقي قد رتبها خلال تلك الفترة تسقط ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الحائز، باعتبارها صادرة من غير مالك (٢).

بقاء الدعاوى الشخصية في مواجهة الحائز:

٢٥٥ - واذا كان التقادم المكسب يجعل الحائز مالكا للشيء محل الحيازة ، فلا بد وان نلاحظ انه ليس من شأن ذلك ان يؤثر على الدعاوى الشخصية التي يمكن ان توجه إلى الحائز بسبب التصرف الذي نقل اليه حيازة الشيء (١) والاثر الرجعي للتقادم نتيجة منطقية تملئها ضرورة احترام الوضع الذي استقر طيلة مدة التقادم.

(٢) راجع في النتائج المترتبة على الاثر الرجعي للتقادم المكسب: ريبير وبولانجيه، المرجع وبولانجيه، المرجع السابق، ج٢ ف ٢٧٤١، كولان وكايتان وجوليو دولاموراندبير، المرجع السابق، ف ٤٢٨، عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية، ف ٥٣٩، صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

الذي تملكه بالتقادم كدعوى الفسخ والبطالان ، ما لم تكن هذه الدعوى قد سقطت بالتقادم (١). فإذا كان المتصرف الذي تلقى به الحائز الشيء الذي تملكه بالتقادم قابلاً للفسخ أو للإبطال جاز للمتصرف رفع دعوى الفسخ أو البطلان، فإن افلح في كسب دعواه كان له استرداد الشيء من الحائز رغم أنه قد تملكه بالتقادم. وإذا كان الحائز قد اشترى الشيء من غير مالكة ولم يدفع الثمن كان للمتصرف مطالبة الحائز بما في ذمته من دين الثمن.

المطلب الثاني

حيازة المنقول

قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

٢٥٦ — رأينا فيما سبق أن من حاز منقولا لا مالك له ، بنية تملكه ، يملكه في الحال عن طريق الاستيلاء، ورأينا أيضا أن المنقول المملوك يمكن تملكه بالتقادم الطويل شأنه في ذلك شأن العقار. أما الآن فنتناول حالة تملك المنقول المملوك بالحيازة في الحال ، أي دون حاجة إلى تقادم ما.

فالقوانين الحديثة تقرر بأن من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فإنه يصبح مالكا له . فقد نصت المادة ٩٧٦ ف ١ من القانون المدني المصري على أن : « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » (٢) . وقضت المادة (١١٦٣ ف ١) من القانون المدني العراقي بأن : « من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله مستنداً

(١) راجع: كولان وكابيتان وجوليو دولامور انديير، المرجع السابق، ج ٢، ف ٤٢٩، ريبير وبولانجييه، المرجع السابق، ج ٢، ف ٢٧٣٩.

(٢) انظر أيضاً: المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي و المواد ٩٣٠-٩٣٤ من القانون المدني السويسري.

في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد (١) .
فهذه النصوص تقرر القاعدة المعروفة في فقه القانون المدني بقايسة
الحيازة في المنقول سند الملكية ، اود سند الجائر ، وفق ما تذهب اليه غالبية
الفقه (٢) ، لان الحيازة في القوانين المدنية لا تكسب الملكية فحسب بل
كذلك الحقوق العينية الاخرى (٣) .

ولم تكن هذه القاعدة مقررة في القانون الروماني لان الرومان لم يفرقوا
بين المنقول والعقار من حيث انتقال الملكية او من حيث التملك بالتقادم
غير انه ما ان طلع القرن الثامن عشر حتى تحولت الافكار الى ضرورة حماية
حائز المنقول حسن النية مما قد يتعرض له من اخطار تهدد الثقة في المعاملات
فظهرت قاعدة الحيازة في المنقول على يد الفقهاء الفرنسيين القدامى ، وبهم
نأثر المشرع الفرنسي فأقر القاعدة في المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني بقوله :

- (١) يلاحظ بان المشرع العراقي قد اجرى بعض التعديل على القاعدة ، فقد قلب حكمها الازعاجي
القاضي يجعل الحيازة سند التكية الى حكم سلبي يقضي بعدم سماع الدعوى على حائز المنقول
وعمل هذا تكون القاعدة كما افردا القانون العراقي انه : « لا تسمع من الحائز دعوى الملكية
في المنقوله » (انظر : حامد مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢) .
(٢) راجع : عبد النعم الصنده ، المراجع السابق ، ف ٤٢٨ ، عبد المنعم البدر ، الحقوق
العينية ، ف ٥٤٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، ف ٢٣١ ، منصور مصطفى منصور ، الملكية ،
ف ١٨٤ .

- (٣) يلاحظ ان المادة ١١٦٣ ف ١ من القانون المدني العراقي قد اغفلت عبارة « او حقا عينيا »
الواردة في الفقرة الاولى من المادة ٩٧٩ من القانون المدني المصري . والظاهر انه اراد
بذلك قصر حكم القاعدة على حق الملكية . وليس من شك في عيب هذا الحل من ناحية
السياسة التشريعية لان الحيازة اذا كانت تصلح للدفع دعوى الملكية فانها تصلح من باب
اول للدفع دعوى الحقوق العينية الاخرى المنبثقة عن حق الملكية كحق الانتفاع او الحقوق
العينية الاخرى من الملكية كالرهن الجاهزي وحقوق الامتياز (انظر : التامي ، المرجع السابق ،
ص ٢٩٨ - ٣٩٩) . اما في القانون المدني المصري فيجوز ان يقتصر هذا الحائز على كسب
حق انتفاع او رهن حيازة .

((Em Fait de meubles' la possession vaut titre))

الاساس القانوني للقاعدة :

٢٥٧- اختلف الفقهاء حول تأصيل هذه القاعدة . فذهب البعض الى ان هذه القاعدة قد رسمت طريقا قانونيا لكسب ملكية المنقول بطريق الاستيلاء كل ما في الامر انه استيلاء من نوع خاص لانه يقع على منقول مملوك للغير . وذهب فريق اخر الى ان هذه القاعدة تقوم على اساس التقادم المكسب ولكنه تقادم فوري يتم حال ابتدائه . وذهب فريق ثالث الى ان قاعدة الحيازة في المنقول عبارة عن قرينة قانونية على الملكية انشأها المشرع لمصلحة الحائز حسن النية ، وهذه القرينة قاطعة على الملكية لا تقبل اثبات الدليل العكسي . وقد سار القضاء الفرنسي على اعتبار الحيازة قرينة على الملكية ، وان كانت بعض احكامه توجي بانها قرينة قانونية تقبل اثبات العكس . ومهما يكن من امر هذا الخلاف فان الحيازة تعتبر ، في القوانين الحديثة والعربية منها خاصة ، سببا للتملك وقرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما يقيم الدليل على خلاف ذلك .

الحكمة من تقرير القاعدة:

٢٥٨- والغرض من هذه القاعدة هو توطيد الائتمان والثقة في المعاملات فيقدم من يريد التعامل بمنقول مع الحائز وهو آمن لا يخشى ان تمتد اليه يد شخص يثبت فيما بعد انه المالك الحقيقي ، فتستردده منه . ثم ان حائز المنقول يبدو في نظر الناس كأنه هو المالك الحقيقي ، ولا تخضع المنقولات كقاعدة عامة ، لاجراءات تسجيل أو شهر كما هو الحال في العقارات . ولهذا فلا تريب على من يتعامل مع حائز المنقول واعتقد بانه هو المالك مع ملاحظة ان المنقول سريع التداول بطبيعته ، فلا يتيسر لمن يتعامل بالمنقول ان يتحقق من ملكية الحائز ، بل انه يعتبر من الشطط ان نلزمه بالثبوت من

(١) راجع في عرض هذه الآراء والبراهين عليها كالان وكايتان وجوليود ولاموراندوير ، المرجع السابق ، ٢٣ ، الفقرات ٤٩٠ - ٤٩٣ ، محمد عبد اللطيف الفقرات ٢٥٥٧ - ٢٥٥٨ .

ذلك. فقاعدة الحيابة في المنقول تهدف اذن الى حماية من يتعامل بمنقول بحسن نية مع غير صاحب الحق، ولهذا يكتفي القانون لاستقرار حق المتصرف اليه بحيازته للمنقول وهو حسن النية بناء على سبب صحيح.

وبعد هذه الكلمة التمهيدية التي تناولنا فيها التعريف بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية ومصدرها واماسها القانوني والحكمة من تقريرها فاننا نعرض فيما يلي لنطاق تطبيق هذه القاعدة ثم لشروطها ثم لاثارها ، واخيراً للاستثناء الذي يرد عليها ونعني به حالة المنقولات المسروقة او الضائعة.

اولا نطاق تطبيق القاعدة

٢٥٩ - يفهم من النصوص القانونية ان نطاق تطبيق قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية ينحصر في المنقولات المادية التي تجوز حيازتها ويمكن تداولها من يد الى يد دون حاجة الى اتباع اجراءات او شكليات خاصة، وكذلك في السندات لحاملها لان الحق الذي يعبر عنه السند يتدمج في السند نفسه ويتداول معه كانه منقول ذو قيمة مالية.

ويترتب على ذلك ان هذه القاعدة. لاتسري على مايسمى بالمنقولات المعنوية كالمصنفات الفكرية والمخترعات والديون والسندات التي لا تنتقل ملكيتها الا بطريق التحويل. ولا تسري هذه القاعدة على المنقولات المخصصة للنفع العام كالاملحة والمهمات الحربية والآثار والكتب التي تحتويها المكتبات العامة وذلك لان الاموال العامة لاتصلح محلا للحيابة.

ولا تسري هذه القاعدة على المجموعات القانونية كالتركات ومحال التجارة.. فالتركة، منظوراً اليها بمجموعها، عبارة عن الذمة المالية عند الوفاة، فهي بهذا الاعتبار شئ غير مادي وإنما تصور مجرد (١). اما المحال التجاري فهو كذلك مجموعة قانونية تشمل عدا المقومات المادية، كالبضائع

(١) انظر: روبرت ديولانجيه، المرجع السابق، ٢٣٠، ف ٢٨١٠.

الموجودة فيه، مقومات أخرى معنوية كالاسم التجاري والعملاء والحق في الإيجار وغير ذلك. فكل هذه الأشياء تكون مجموعة واحدة تعتبر من الأشياء غير المادية التي لا تقبل الحيازة وبالتالي لا تخضع لحكم قاعدة الحيازة في المنقول (١).

ولا تنطبق هذه القاعدة كذلك على المنقولات التي أصبحت عقارات بالتخصيص، لأنها تعتبر جزءاً متمماً للعقار الذي خصصت لخدمته أو لاستغلاله فتخضع لما يخضع له العقار من أحكام. على أنه إذا انقطعت علاقة التخصيص واستردت العقارات بالتخصيص صفتها المنقولة فتلقاها حائز حسن النية كان له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول.

وإذا كان الأصل أن قاعدة الحيازة في المنقول تسري على المنقولات المادية فإنه يستثنى من ذلك:

(أ) المنقولات التي يشترط القانون للتصرفات الواردة عليها استيفاء شكلية خاصة كالسفن والطائرات. فنظام القيد (الشهر) الذي تخضع له التصرفات التي ترد على مثل هذه المنقولات كفيل بإمكانية التثبت من مالكتها الحقيقي، فلا تتحقق المحكمة التي شرعت من أجلها قاعدة الحيازة في المنقول، خاصة وأن التعامل بهذه المنقولات لا يجري بالسرعة التي يجري بها في المنقولات الأخرى.

(ب) المنقولات التي يتلقاها الحائز باعتبارها تابعة لعقار ولو لم تكن هذه المنقولات عقارات بالتخصيص، كما لو اشترى الحائز منزلاً بما فيه من أثاث من غير مالك فلا يكون له التمسك بقاعدة الحيازة وادعاء تملك الأثاث بمقتضى هذه القاعدة في مواجهة المالك الحقيقي، ما لم يكن قد تملك العقار

(١) راجع: أو برى ورو، المراجع السابق، ج٢، ص ١٩٥، من ١٤١.

بالتقادم الخمسي، لأن المنقولات هنا تتبع العقار في مصيره (١).

ثانياً - شروط تطبيق القاعدة :

٢٦٠ - يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول توفر ثلاثة شروط هي :

١ - ان تكون هناك حيازة مكتملة الشروط ، ٢ - ان تكون الحيازة

مقترنة بحسن النية ، ٣ - ان تستند الحيازة الى سبب صحيح.

ونتولى ايضاح هذه الشروط فيما يلي :

الشروط الاولى : الحيازة :

٢٦١ - فيشترط ان يضع الحائز يده على المنقول الذي يمكن ان ترد عليه

الحيازة على نحو ما بينا سابقا. ويجب ان تكون الحيازة قانونية مكتملة العناصر

والشروط. فلا بد ان يتوفر للحيازة ركناتها المادي والمعنوي، فلا يعتبر الحائز

العرضي حائزاً بالمعنى القانوني. ويجب كذلك ان تكون الحيازة خالية من

العيوب.

ويشترط في الحيازة ان تكون اختيارية حقيقية ، بمعنى ان يكون المنقول

بين يدي الحائز. فيسيطر عليه ميطرة فعلية تتفق في مظهرها مع الحق الذي

يدعى الحائز كسبه على المنقول .

(١) انظر: كولان وكايتان وجوليو دولانور اندبير ، المراجع السابق ج٢، ف٢٩٦ ، اوبري

ورو ، المراجع السابق ، ج٢، ص١٥٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الاموال ، ف٢٣٤ ،

عبد المنعم العنادة ، المراجع السابق ، ف٤٤٢ . ويرى بعض الفقهاء ان القول بان قاعدة

الحيازة في المنقول لا تسري على المنقولات التي يتم التعامل فيها باعتبارها تابعة للعقار على

اطلاقه غير صحيح. فاذا باع شخص عقارا يملكه وكانت به بعض منقولات لا يملكها

دخلت في البيع باعتبارها من توابع العقار لينقل ملكية العقار إلى المشتري بالعقد ، وتنقل

ملكية المنقولات اليه بمقتضى قاعدة الحيازة. في المنقول ولا يستطيع مالك المنقولات ان

يستردّها من المشتري (متصور مصطفى منصور ، الملكية ، ص٢٨٩ - ٢٩٠).

أما الحيابة الحكمية فلا تكفي للتمسك بقاعدة الحيابة ، فيترتب على ذلك ان-مشتري المتقول من غير مالكة لا يستطيع ان يتمسك بالقاعدة اذا هو ترك ، وهو حسن النية ، المتقول لدى بائعه على سبيل الوديعة او الايجار (١) .
 واما بالنسبة للحيابة الرمزية التي تتوفر بالتسليم الرمزي كتسليم مفاتيح المخزن الذي توجد فيه المنقولات او تسليم سندات شحن البضائع فيذهب بعض الفقهاء الى كفاية هذه الحيابة للتمسك بالقاعدة (٢) . فحيابة السندات المحطاة عن البضائع المعهود بها الى امين النقل او المودعة في المخازن تقوم مقام حيابة البضائع نفسها (٣) . واذا كان هذا الطريق من الفقهاء يذهب الى امكان التمسك بقاعدة الحيابة في المتقول في احوال كهذه ، فضل الاخير . فاذا اشترى شخص البضاعة من غير مالكة وتسلم من البائع وهو حسن النية مستندات الشحن ، ثم تسلم شخص آخر البضاعة ذاتها وكان هو ايضا حسن النية فلا يستطيع ان يتمسك بقاعدة الحيابة الا من تسلم البضاعة (٤) .

ويرى فقهاء آخرون ان الحيابة الحقيقية قد تتوفر في صورة لا يتم فيها تسليم الشيء ماديا الى الحائز بل بتسليم اشياء اخرى تعد رمزا له وتقوم مقامه مما يتوفر معه معنى الحيابة الحقيقية كتسليم المفاتيح او وضع علامة

(١) انظر: عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق ، ف ٥٤٢ ، مطبوع كامل مرعي ، المرجع السابق ، ف ٤١٦ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الاموال ، ف ٢٢٤ ، عبد المنعم الصديق ، المرجع السابق ، ف ٤٤٥ ، منصور مصطفى منصور ، الملكية ، ف ١٨٥٥ ، ص ٤٤١ .
 (٢) او يرى ورو المرجع السابق ، ص ١٦٨ ، ف ٤١٥٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الاموال ف ٢٢٤ ، منصور مصطفى منصور ، الملكية ، ف ١٨٥٩ ، ص ٤٤٠ .

(٣) انظر المادة ٩٥٤ ف ١ من القانون المدني المصري التي تنص على انه : وتسليم السندات المطاة عن البضائع المعهود بها الى امين النقل او المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

(٤) وعلى هذا نصت الفقرة ٢ من المادة ٩٥٤ من القانون المدني المصري بقولها : وعلى انه اذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الاصل ان تكون لمن تسلم البضاعة .

على المنقول او تسليم السندات المعطاة عن البضائع (١). وفي رأينا ان القول بان الحيازة الحقيقية قد تستفاد من التسليم الرمزي مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، فهو الذي يفصل في تحقق الحيازة الحقيقية من عدمها تبعاً لما يتبين له من ظروف كل قضية من مدى سيطرة الحائز على المنقول ووقوع الشيء فعلاً تحت تسلط الحائز او كونه غير واقع تحت تسلطه لا بمجرد حيازة المفاتيح او وضع العلامات او ما الى ذلك .

الشرط الثاني - حسن النية :

٢٦٢ - ويشترط كذلك ان يكون الحائز حسن النية وقت حيازته (٢). فاذا كان حسن النية وقت تلقي الحق ولكنه اصبح سيئ النية عند التسليم فانه لا يملك المنقول بمقتضى قاعدة الحيازة. وهذا بخلاف ما هو مقرر بشأن التقادم القصير (الخمسي) ، حيث وجدنا ان بعض القوانين العربية الحديثة تشترط توفر حسن النية وقت تلقي الحق

والمقصود بحسن النية هنا ، كما في التقادم الخمسي ، ان يجهل الحائز انه يعتدى على حق الغير ، اى ان يعتقد بانه تلقي المنقول من مالك ، شريطة الا يكون هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم او ان تكون حيازته قائمة على الغصب والاكراه .

(١) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ف ٤١٦ ، محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمقط ف ٥٨٥ .

(٢) النظر المادة ٩٧٦ ف١ من القانون المدني المصري . اما المادة ١١٦٣ ف١ من القانون المدني العراقي فلم تقض بوجوب توفر حسن النية وقت الحيازة. ومع ذلك فان مما لا شك فيه ان الحكم في القانونين واحد لان حسن النية وصف في الحائز لينتهي توفره عند تحقق هذا الوصف . وعليه فلا يكفي ان يكون الحائز حسن النية وقت تلقي الحق فحسب ، بل يجب ان يستمر كذلك حتى يحوز المنقول فعلاً ، فاذا سادت نيته خلال هذه الفترة ثم تسلم المنقول فانه لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول ، ولا يكون له ان يملكه الا بالتقادم الطويل (النظر : التامي ، المرجع السابق ، ص ٣٩٦).

وحسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس. فالقانون يقيم قرينة
لمصلحة الحائر من مجرد حيازته للمنقول على وجود حسن النية والسبب الصحيح
الا اذا ثبت العكس (١). ولهذا يكلف من يدعى سوء نية الحائر بتقديم الدليل
على ذلك .

وتوفر حسن النية من عدمه مسألة موضوعية متروكة تقديرها للقاضي
فله ان يستخلصها من وقائع وظروف الدعوى .

الشرط الثالث - السبب الصحيح :

٢٦٣- ويشترط أخيراً ان يستند الحائر في حيازته الى سبب صحيح .
والمراد بالسبب الصحيح هنا هو السبب ذاته على نحو ما ذكرناه بشأن
تملك العقار بالتقادم الخمسي ، فتحيل عليه . مع ملاحظة اختلاف السيين من
حيث عبء الاثبات ، فاذا كان من يتمسك بالتقادم الخمسي يجب عليه
اثبات السبب الصحيح ، فانه بالنسبة لقاعدة الحيازة في المنقول قد افترض
المشرع وجوده ، اذ اعتبر الحيازة في المنقول قرينة على وجود السبب الصحيح
وحسن النية مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك (٢).

وبلاحظ من جهة اخرى ان السبب الصحيح المقصود هنا يختلف كذلك
عن السبب الصحيح في التقادم الخمسي من حيث التسجيل . فطالما كان
التقادم قاصراً على العقارات فانه يشترط في التصرفات الناقلة حتى نعتبر
سيبا صحيحا ان تكون مسجلة . اما فيما يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول
فلا يشترط ذلك لان التصرفات في المنقول لا تخضع لقيد التسجيل .
ومن أمثلة السبب الصحيح ان يفسخ او يبطل سند الممتصرف فيعتبر غير
مالك نظراً للاثر الرجعي للفسخ او البطلان ، فيكون للحائر الذي تسلم المنقول
ان يملكه بالحيازة لان التصرف في هذه الحالة يصلح سيبا صحيحا يتمسك

(١) انظر المادة ١١٦٣ ف ٢ مدني عراقي.

(٢) المادة ١١٦٣ ف ٢ مدني عراقي .

به المتصرف اليه . ومن الامثلة الاخرى التي يسوقها الفقه المصري (١) ما لو باع مالك المنقول منقوله مرتين ويسلمه للمشتري الثاني ، ففي هذه الحالة تنتقل ملكية المنقول للمشتري الاول ، ولكن البائع ، اي المالك القديم يبيع المنقول ثانية لمشتراخر ويسلمه المبيع ، فيكون للمشتري الاخير ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول لان البيع الثاني يعتبر بالنسبة اليه سبيبا صحيحا (٢).

ثالثا - اثر الحيازة في المنقول :

٢٦٤ - اذا توافرت الشروط السابقة ترتب على حيازة المنقول آثارها . وهذه الآثار تتمثل في كسب الحائز ملكية المنقول وفي سقوط التكاليف والقيود العينية التي تثقله . فلحيازة المنقول آثاران : الاول مكسب للملكية ، والثاني مسقط للتكاليف .

الامر المكسب :

٢٦٥ - فمن حاز منقولا ، وتوفرت لحيازته الشروط المتقدمة ، فانه يكسب ملكية المنقول الذي وردت عليه الحيازة فورا او بحسب تعبير القانون المدني العراقي « لا تسمع عليه دعوى المالك من أحده » دون حاجة إلى مرور مدة معينة على حيازته . فاذا رفع المالك الأصلي على الحائز دعوى الاستحقاق كان

(١) انظر مثلا: عبد المنعم البرزوي ، المرجع السابق ، ف ٥٤٢ ، منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، ف ١٨٥ ص ٤٤٤ .

(٢) ويرى البعض ان هذا الاستنتاج لا يصدق دائما على القانون المدني العراقي . ذلك ان هذا قد اعتبر كما سنرى ، وحسب القانون المدني المصري ، حيانة الامانة من جملة الاستثناءات الواردة على قاعدة الحيازة في المنقول (م ١١٦٤ مدني عراقي) . ويترتب على ذلك انه حيث يتبين ان المشتري يعتبر مسلما ولو حكما للمبيع حيث يبقى المبيع تحت يد البائع باذن من المشتري ، لان يد البائع تعتبر في هذه الحالة امانة ، لذا تصرف بالمنقول بعد ذلك اعتبر حائلا للامانة . وكان المشتري الاول استرداده من المشتري الثاني (الطر في معنى الامانة المادة ٩٥٠ ف ١ مدني عراقي) . اما اذا لم يحصل ما يستفاد منه اعتبار المشتري الاول مسلما للمبيع كان المشتري الثاني ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول اذا كان حسن النية (راجع : الناهي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ - ٢٩٨) .

للاخبر دفع الدعوى بأنه قد تملك المنقول بالحيازة ، وإذا اعتدى الغير على الحائز فاعتصب منه المنقول أمكنه ان يسترده منه استنادا إلى أنه تملكه بالحيازة . ولا يترتب في بعض القوانين الاخرى على حيازة المنقول كسب ملكيته . فاعتصب منه بل يترتب على ذلك ايضا كسب الحقوق العينية الاخرى على المنقول . ولهذا فان من الجائز في هذا القانون أن يقتصر قصد الحائز على اكتساب حق انتفاع او رهن حيازة (١) .

على أنه لا بد من ملاحظة ان قاعدة الحيازة في المنقول لا تتحول دون بقاء حق المتصرف في ماله من دعاوى شخصية قبل الحائز ، فلا يجوز للحائز ان يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة من تصرف اليه ، لان علاقتهما تحكمها التصرف المبرم بينهما . فإذا كان للمتصرف دعوى شخصية ضد الحائز كدعوى المطالبة بالثمن او باقي الثمن او دعوى فسخ التصرف او ابطاله ، فإن هذه الدعاوى تبقى قائمة . وإذا نجح المتصرف في دعواه أمكنه استرداد المنقول دون أن يكون للحائز الامتناع عن الرد بحجة أنه تملك المنقول بالحيازة (٢) .

الآثر المسقط :

٢٦٦- والحيازة لا تكسب ملكية المنقول فحسب ، بل هي أيضا تؤدي الى سقوط التكاليف والقيود العينية التي تثقل المنقول (٣) . فقلو وضع الحائز يده على منقول مرهون رهن حيازة ملكه في الحال بخالبا من الرهن .

(١) وهذا ما صرح به المادة ٩٧٦ ف١ من القانون المدني العراقي بقولها : ومن حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول ...

(٢) راجع : كولان وكايتان وجوليودو لامورالديير ، المرجع السابق ، ج٢ ، ف٥٠٠ .

(٣) وقد اشارت الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ من القانون المدني المصري إلى الآثر المسقط بقولها : وإذا كان حسن النية والسبب الصحيح لا توفر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالبا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها . اما القانون المدني العراقي فلم يشر إلى الآثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول ، وان كان قد أورد لها بعض التطبيقات في المادتين ١٣٦٤ و ١٣٧٦ .

وهذا بخلاف العنار ، حيث رأينا ان الاصل في التقادم المكسب ان يكسب الحائز ملكية العنار بالحالة التي كان عليها عند بدء التقادم . فيكسب الحائز العنار مثلاً بالتكاليف العينية التي كانت تثقله مالم تكن هذه التكاليف قد انقضت بسبب من أسباب الانقضاء الخاصة بها .

والأثر المستقط قد يترتب مع الأثر المكسب وقد يترتب منفرداً . فمثال الحالة الأولى حالة مشتري المنقول من غير مالكة اذا كان هذا المنقول مرهوناً للغير . فان للمشتري الذي تسلم المنقول ان يتسلطه حالاً من الرهن . فالجائزة هنا ترتب عليها كسب الملكية وستنوط الرهن . على أنه لا يكفي في هذه الحالة أن يكون الحائز حسن النية بالنسبة للملكية بل ينبغي أن يكون كذلك بالنسبة للتكاليف . فلا بد ان يكون جاهلاً انه تافى المنقول من غير مالكة وجاهلاً بوجود الرهن (١) .

ومثال الحالة الثانية حالة مشتري المنقول من مالكة دون دفع ثمنه إلى البائع ثم يبعه إلى مشتر آخر يتسلم المنقول وهو حسن النية أي أنه يجهل امتياز البائع الأول . فيمثل المشتري الثاني (الحائز) المنقول حالاً من حق امتياز البائع الأول بمتقاضى الأثر المستقط لتأعده الجائزة . اما الأثر المكسب فلا محل للكلام عنه لان المشتري قد تافى الحق من مالك .

والأثر المستقط تطبيقات تشريعية متعددة فمن أمثلة ذلك ما جاء في التمانون المدني العراقي المادة ١٣٧٦ منه من أن امتياز بائع المنقول يبقى مابقي المبيع محتفظاً ببلانيته دون انحلال بالحقوف التي كسبها الغير حسن النية ومن أمثلة ذلك ايضاً ماورد في المادة ١٣٦٤ ف ١ من التمانون المدني العراقي بأنه : « لا يحتج بحق الأمتياز على من حاز المنقول بحسن نية » . والأثر المستقط للجائزة لا يزيل التكاليف التي كانت على المنقول فقط . بل يؤدي ايضاً إلى سنوط التيمود العينية كشرط المنع من التصرف . فإذا وجد (١) انظر : منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، ف ١٨٦ ، عبد الميم البدرابي ، الحقول العينية ، ف ٥١٦ .

هذا الشرط وتصرف المالك في المنقول رغم ذلك وتسلمه المتصرف اليه وهو حسن النية غير عالم بوجود هذا الشرط فانه لايجوز لمن تقرر شرط المنع لمصلحته ان يحتج به على الحائز .

رابعا - المنقولات المسروقة او الضائعة :

٢٦٧- رأينا انه اذا توفرت شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول فان الحائز يملك المنقول في الحال ولايجوز للمالك الحقيقي استرداده من الحائز . ولكن ، استثناء من احكام القاعدة المتقدمة ، اجاز القانون للمالك المنقول او السند لحامله اذا خرج من تحت يده بضائع او سرقة او غصب او خيانة امانة (١) ، ان يسترده من الحائز ولو كان حسن النية ومستنداً في حيازته الى سبب صحيح وذلك خلال ثلاث سنوات من تاريخ الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة (٢) .

فيتضح من ذلك ان حائز المنقول بحسن نية وسبب صحيح لايمكنه ان يتمسك بحيازته اذا كان هذا المنقول قد خرج من تحت يد صاحبه بناء على أحد الأسباب التي عددها النص المذكور ، بل يجوز للمالك أن يسترده من الحائز بشرط أن يقع الاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت تحقق السبب الذي أدى إلى خروج المنقول من يد صاحبه .

(١) انظر المادة ١١٦٤ من القانون المدني العراقي ، وانظر ايضا المادة ٢٢٩٧ ف٢ من القانون المدني الفرنسي التي تنصن نفس الحكم.

(٢) يقصد بالضائع في هذا الخصوص خروج المنقول من يد صاحبه بسبب لهي كالنسيان أو الفيضان أو أي حادث مماثل. أما السرقة لمعناها بحسب قوانين الجزاء : اختلاس منقول مملوك للغير ، ولكن لايلزم للاسترداد ان تكون السرقة معالفا عليها كما لو كان العقاب متوقفا على طلب الموقوف منه. أما الغصب فهو الحصول على منقول مملوك للغير باستعمال القوة أو التهديد بها. وأما خيانة الامانة فهي حالة ما اذا عهد إلى شخص منقول مملوك للغير بأية كيفية كانت لاستعماله لنفسه أو لفائدة شخص آخر أو تصرف فيه بطريقة مخالفة للفرص الذي عهد اليه من اجله حسب ماهر مقرر قانونا او حسب التعليمات الصادرة اليه.

والحكمة من ذلك أن المنقول الذي يخرج من تحت يد مالكه لسبب من هذه الأسباب انما يخرج من تحت يده كرها وبدون ارادته ، ولا يمكن نسبة أي خطأ أو تقصير اليه ، فأكثر الناس حرصا على أمواله قد يكون عرضة لضياعتها أو سرقتها ، ولم تكن له يد في ايجاد المظهر الخارجي الذي ندع الحائز حين ظن ان المتصرف هو المالك (١) .

ويلاحظ ان مدة السنوات الثلاث ليست مدة تقادم بل هي مدة سقوط ، ولهذا فهي لا تقبل الوقف أو الانقطاع . اما اذا انقضت هذه المدة فإن الحائز يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة المالك الحقيقي ، بمعنى ان حكم القاعدة ينطبق كما لو لم يكن المنقول ضائعا أو مسروقا (٢) . فيتضح من ذلك ان الاستثناء المتقدم يعطل تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول تعطيلاً مؤقتاً ، أي خلال السنوات الثلاث التي يحول المالك الاصلى خلالها استرداد المنقول من الحائز .

واذا كان حق المالك في استرداد المنقول من يد الحائز حسن النية يسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع فإن الحائز اذا كان سيء النية أو كان هو السابق أو واجد الشيء لا يستطيع كسب ملكية المنقول بالحيازة وحدها بل بالتقادم الطويل ، ولهذا فان للمالك رفع دعوى الاسترداد على أي من هؤلاء طالما ان مدة التقادم العادي لم تكتمل بعد .

المطلب الثالث

تملك الثمار بالحيازة

٢٦٨ - رأينا ان من حاز منقولا حيازة قانونية بريئة من العيوب فانه يكسب ملكية هذا المنقول أو حقا عينيا اخر عليه اما بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو بمقتضى التقادم المكسب . وفي هذه الحالة يملك الحائز ثمار الشيء باعتباره مالكا أو صاحب حق عيني عليه .

(١) انظر: عبد النعم البدراني، الحقوق العينية، ف ٥٤٨ .

(٢) واجع: كولان وكابيتان وجوليودو لاموراندير ، المرجع السابق ، ٢٣٠ ، ف ٥٠٦ .

ولكننا قلنا ان الحيابة قد لا تؤدي الى كسب ملكية الشيء او الحق الذي يحوزه الحائز ويفلح المالك في استرداده الشيء من يده. ومن مقتضى القواعد العامة في الملكية ان الثمار للمالك الشيء او لصاحب الحق فيه، وعلى هذا تكون الثمار التي انتجها الشيء خلال حيابة الحائز له من حق المالك، وبالتالي يلتزم الحائز بان يرد للمالك ما قبضه من ثمار الشيء مدة حيابته، فقد تبين انه غير مالك للاصل فلا يكون مالكا لثماره.

على انه استثناء من هذه القاعدة قرر القانون بان الحائز يكسب ثمار الشيء التي قبضها مادام حسن النية. فقد قضت المادة ١١٦٥ من القانون المدني بانه: «يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيابته». وهكذا يتضح بان الحيابة قد لا تكسب الملكية ولكنها تحدث آثاراً قانونية اخرى. فهي اذا كانت مقترنة بحسن نية تكسب الحائز الثمار التي قبضها. وفي هذا ترجيح لمصلحة الحائز على مصلحة المالك الذي لا يلتزم الا نفسه فقد كان عليه الا بهمل في المحافظة على ملكه ولا يترأخى في استرداده اذا خرج من تحت يده.

وأساس قاعدة تملك الثمار بالحيابة، التي احدثت الى القوانين الحديثة من القانون الروماني، هو ان الحائز الذي يضع يده على الشيء معتقداً بحسن نية بانه هو مالكة غالباً ما يكون قد بذل جهداً وانفق في سبيل العناية به و المحافظة عليه ما انفق فيكون من الجور ان تعتمد الاضرار به فنستعيد منه ثمار الشيء التي قبضها. وهو في الغالب يكون قد استهلكها باعتبارها دخلاً دورياً متجدداً فيكون طلب ردها بعد ذلك او التعويض عنها افرأ مرهقاً بالنسبة له.

ويشترط لكسب الحائز للثمار ان يكون الحائز قد قبض الثمار. وان يكون حسن النية وقت القبض.

الشرط الاول: قبض الثمار

٢٦٩ - ويلزم لكسب الحائز للثمار ان يكون قد قبضها، اما تلك التي لم يقبضها فلا سلطان له عليها. ذلك ان الثمار التي قبضها غالباً ما يكون قد استهلكها فيكون الزامه بردها افتقاراً له. اما الثمار التي لم يقبضها بعد فقد نيين انها مملوكة لغيره فلا يصح ان يملكها الحائز. كما ان عدم قبض الحائز للثمار يعني انه لم يستهلكها فلا يكون في الزامه بردها اى افتقار له (١).
والحائز انما يكسب الثمار التي قبضها، اما المنتجات فلا يكون للحائز حسن النية تملكها لانها تعتبر جزءاً من الشيء فينتص اقتطاعها من اصل الشيء كالقحم والمعادن.

الشرط الثاني: حسن النية

٢٧٠ - ويلزم ايضاً لتملك الحائز للثمار ان يكون حسن النية وقت القبض، والمراد بحسن النية جهل الحائز بانه يعتدى على حق الغير. فيكون الحائز حسن النية اذا اعتقد بانه يحوز الشيء بصفة مالك او صاحب حق يخوله ثمار الشيء. على انه لا يكون للحائز ان يندرع بحسن نية اذا كان جهله بانه يعتدى على حق الغير ناشئاً عن خطأ جسيم.
ويفترض في الحائز حسن النية، فعلى من يدعى خلاف ذلك ان يقيم الدليل على ما يدعى (٢).

ويجب أن يتوفر حسن نية الحائز وقت قبض الثمار لا وقت بدء الحيازة، كما هو الحال فيما يتعلق بكسب ملكية المنقول بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولا وقت تلقى الحق، كما هو الحكم في كسب العقار بالتقادم الخمسي. فيجب حتى يكسب الحائز الثمار أن يكون حسن النية وقت قبضها، فاذا أصبح سيء النية فيما بعد فانه لا يكسب الثمار ويلزم بردها إلى المالك الحقيقي من وقت سوء النية.

(١) راجع: كولان وكابيتان وجوليود دولا موراندبير، المرجع السابق، ج٢، ف١٢.

(٢) انظر المادة ١١٤٨ ف١ مدني عراقي.

وبيصبح الحائز سيء النية عندما يعلم بان حيازته اعتداء على حق الغير (١).
لما يصبح الحائز سيء النية من الوقت الذي يرفع فيه صاحب الحق دعوى عليه يطالبه فيها بحقه . وفي هذه الحالة لا يجوز للحائز ان يثبت حسن نيته من يوم رفع الدعوى حتى لو كان في الواقع حسن النية ، لان القانون قد اقام قرينة قانونية على سوء نية الحائز لانقبل اثبات العكس (٢). وقد رأينا ان الحائز يعتبر سيء النية ايضا اذا اغتصب الجبازة بالاكراه ولو اعتقد ان له حقا فيها (٣) .

واذا ثبت سوء نية الحائز فانه لا يلتزم فقط بان يرد للمالك الحقيقي الثمار التي قبضها، بل يلتزم كذلك بقيمة الثمار التي أهمل في قبضها مدة حيازته (٤). ولا يتقضي التزامه هذا الا بمضي خمس عشرة سنة (٥) . على أنه يجوز للحائز ان يسترد ما أنفق في انتاج هذه الثمار متعا لاثراء المالك على حسابه دون سبب .

هذه هي شروط اكتساب الحائز للثمار ، ومنها يتبين انه لا يشترط ان يكون الحائز مستنداً في وضع يده إلى سبب صحيح ، على المعنى المتقدم . الا انه لا يتصور ان يكون الحائز حسن النية الا اذا كان يعتقد بوجود سند يبرر له تملك الثمار . ولهذا يقال ان صحة السبب عنصر من العناصر المكونة لحسن النية . ولكن هذا لا يعني ضرورة وجود سند بل يكفي مجرد الاعتقاد في وجوده . وعلى هذا يكفي لاكتساب الحائز للثمار أن يكون اعتقاده مبنياً على سند ظني ، أي السند الذي لا وجود له الا في مخيلة الحائز ، لان وجود

(١) انظر المادة ١١٤٨ ف ٢ مدني عراقي .

(٢) راجع : منصور ، حق الملكية ، ف ١٨٨ ، محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ف ٦٥٩ .

(٣) انظر المادة ١١٤٨ ف ٢ مدني عراقي .

(٤) لقد نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي على انه : (يكون الحائز سيء النية مستولاً من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يملكها والتي يصر في قبضها . غير انه يجوز ان يسترد ما أنفق في انتاج هذه الثمار) .

(٥) انظر المادة ٤٣٠ ف ٢ من القانون المدني العراقي .

السند في هذه الحالة ليس شرطاً مستلزماً عن حسن النية (١). وعلى ذلك يجوز للحائز أن يكسب الثمار إذا اعتقد بحسن نية أنه يستند في وضع يده إلى قضية يتبين فيما بعد أن الموصي كان قد رجع عنها حال حياته ، أو إذا اعتقد بأنه يضع يده على عقار مملوك لمورثه ثم يتضح عكس ذلك ، أو كان اعتقاد الحائز مبنياً على عقد باطل بطلاناً مطلقاً ومع ذلك فإذا كان سبب البطلان متعلقاً بالنظام العام أو الآداب فإن الحائز لا يملك الثمار (٢).

المطلب الرابع

استرداد الحائز للمصروفات

٢٧١ إذا افلح المالك في استرداد الشيء من الحائز ، فهل يكون المالك ملزماً برد ما يكون الحائز قد أنفق على الشيء من مصروفات في سبيل المحافظة عليه أو ترميمه أو تحسينه أو الزيادة فيه ، أما اعتقاداً منه بأن الشيء ملكه فيتصرف فيه كما يتصرف المالك في ملكه ، أو املاً منه بأنه سيملكه بمرور الزمان ؟

لقد أجاب القانون على هذا التساؤل بالإيجاب منعا لالتزام المالك على حساب الحائز دون أنسب ومراعاة لعدم الإضرار بالحائز الذي يلزم برد الشيء إلى صاحبه ولكنه فرق في التزام المالك بتعويض الحائز عما يكون قد أنفق من مصروفات بين ما هو ضروري منها وبين ما هو نافع أو كافي (٣). فإذا كانت المصروفات التي بذلها الحائز ضرورية فعلى المالك أن يردّها جميعها إلى الحائز ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أم سيئها.

(١) راجع : كولان وكابيتان وجولي دولا موراندير ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٤٨ و ٤٣٧. أوبري ورو ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢١٢ ، وبير وبولانجيه ج ٢ ، ف ٢٣١٢.

(٢) راجع : أوبري ورو ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٢٤ ، منصور مصطفى منصور : حق الملكية ، ف ١٨٨ والفقهاء المشار اليه في ١٨ ص ٤٥٣ .

(٣) انظر المادة ١١٦٧ من القانون العراقي .

والمضروقات الضرورية هي التي يضطر الحائر لاثاقها للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف كمضروقات لرميم سقف المنزل المهدد بالانهيار أو تقوية أساساته . وتقدير ما اذا كانت المضروقات التي انفقها الحائر ضرورية أم لا مسألة موضوعية متروكة تقديرها لاجتهاد قاضي الموضوع .
 اما اذا كانت المضروقات نافعة ، وهي تلك المضروقات التي لم تبدل من أجل دفع الهلاك أو التلف عن الشيء وانما يقصد زيادة قيمته كذلك التي تنفق لجعل الأرض أكثر إنتاجاً في الزراعة ، فتجرى فيها احكام الاتصال ، وهذه الأحكام تقتضي ، كما رأينا ، التمييز بين حسن نية الحائر أو سوء نيته (١) .

واما اذا كانت المضروقات كمالية ، وهي التي لا تكون ضرورية ولا تزيد من منفعة الشيء وانما تبدل ابتغاء المتعة الشخصية كالزخرفة والنقوش ، فلا يلتزم المالك برد شيء منها إلى الحائر ويكون للمالك طلب نزعها واعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها عند بدء الحيازة ، كما لم ان يستبقينها مقابل دفع قيمتها مستحقة للقلع .

المطلب الخامس

المسؤولية الحائر عن الهلاك

٢٧٢- وإذا هلك الشيء أو تلف في يد الحائر فينبغي التمييز فيما يتعلق بمسؤولية الحائر عن هذا الهلاك أو التلف بين ما اذا كان حسن النية أو سيئ النية (٢) .

فإذا كان الحائر حسن النية فإنه لا يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك مادام

(١) راجع المادتين ١١١٩ و ١١٢٠ مدني عراقي .

(٢) انظر المادة ١١٦٨ من القانون المدني العراقي . مع ملاحظة ان المشروع قد اكتفى بنص هذه المادة بشأن مسؤولية الحائر عن هلاك الشيء التي تناوله فيها مسؤولية الحائر من النية اما مسؤولية الحائر حسن النية فلم يعرض لها القانون العراقي . يصدر المسؤولية عن الهلاك اكتفاء بالقاعدة العامة المقررة في المادة ١١٦٥ .

يستغله وفقا لما يحسبه انه حق له ، ولو كان ذلك بتقصير منه . ولكنه يلتزم بان يرد للمالك ماعاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك او التلف كدفع تأمين أو تعويض (١) .

اما اذا كان الحائر سبب النية فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان الهلاك او التلف ناشئين عن حادث مفاجيء . ولا يستطيع الحائر أن يتخلص من المسؤولية الا في حالة ما إذا ثبت (ان الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه) (٢) ، كهلاك الشيء لعيب فيه لايد للحائر في حدوثه ولاسبيل إلى دفعه ، لان ثبوت ذلك يعني انتفاء علاقة السببية بين فعل الحائر وبين الهلاك او التلف . واذا كان الشيء منقولاً سرقة الحائر فانه يكون مسئولاً عنه وان اثبت انه كان سيهلك ولو في يد من يطلب استرداده (٣) ، ذلك ان خطاه الاول في ارتكاب جريمة السرقة لايسقط عنه ولو باقامة الدليل على ان الهلاك يرجع في الحقيقة إلى حادث فجائي (٤) .

(١) وهذا هذا الحكم يستفاد من القواعد العامة من جهة ومن مفهوم المخالفة للمادة ١١٦٨ منه والقاعدة بمسؤولية الحائر سبب النية من هلاك الشيء او تلفه ، من جهة اخرى (راجع : صلاح الدين الناهي ، الكسب دون سبب والفضالة كصناديق للائتمان ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ١٥١-١٥٢) .

(٢) انظر المادة ١١٦٨ مدني عراقي .

(٣) انظر المادة ١٩٢ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه : (بضمن الغاصب اذا استهلك المالك المذموم او تلفه او ضاع منه او تلف كله او بعضه بتعدي او بدون تعدي) .

(٤) مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني المصري مشار إليها في : أحمد محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .

الباب الثاني

الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية

تمهيد:

٢٧٣- يوصف حق الملكية ، كما رأينا ، بأنه حق جامع ، فهو يدخل صاحبه ، بحسب الاصل ، سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، والتي تمكنه من الحصول على مزايا الشيء المملوك . ولهذا كان حق الملكية أتم الحقوق العينية واوسعها .

ولكننا وجدنا ايضا ان سلطات المالك قد تنقيد أو يحرم من بعضها مؤقتا بمقتضى القانون او الاتفاق نتيجة وجود حق لغيره على الشيء نفسه . ومن هنا تنفرع عن الملكية حقوق عينية اخرى تخول صاحبها الافادة من شيء مملوك للغير على وجه يتفاوت مداه من حق لآخر .

وقد بحث القانون المدني العراقي في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في الباب الثاني من الكتاب الثالث المخصص للحقوق العينية الاصلية وذلك في المواد (١١٦٩-١٢٨٤) ، وهذه الحقوق هي ، بحسب الترتيب الذي اتبعه المشرع : ١- حق التصرف (العقر) ، ٢- حق المنفعة (الانتفاع) وحق الاستعمال وحق السكنى وحق المساطحة ، ٣- حقوق الارتفاق ؛ وسنسير في دراستنا لهذه الحقوق على النهج نفسه ، فنبحث في كل حق من هذه الحقوق في فصل مستقل .

الفصل الخامس

حق التصرف وحق العقر

٢٧٤ - نظم القانون المدني العراقي احكام حق التصرف في الفصل الاول من الباب الثاني المخصص للحقوق المنفردة عن حق الملكية وافرد له ثمانين مادة (المواد ١١٦٩ - ١٢٤٩).

وحق التصرف حق عيني اصلي يخول صاحبه الانتفاع بالاراضي الاميرية واستغلالها بهدف استثمارها تحقيقا للنفع العام. وبالنظر الى ذلك فاننا سنمهد لدراسة حق التصرف بكلمة موجزة في انواع الاراضي في القانون العراقي. كان قانون الاراضي العثماني الصادر سنة ١٢٧٤ هـ (١٨٥٧ م) يصنف في مادته الاولى الاراضي الى خمسة اصناف هي : الاراضي المملوكة ، والاراضي الاميرية. والاراضي الموقوفة. والاراضي المتروكة . والاراضي الموات. وقد اقر القانون المدني العراقي بهذه الاصناف الخمسة. (١) اما قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ فقد اشار الى اربعة اصناف هي : الاراضي المملوكة. والاراضي الموقوفة، والاراضي الاميرية . والاراضي المتروكة . اما الاراضي الموات. وهي الاراضي غير المملوكة لاحد ولا مخصصة للمنفعة العامة فلم يشر اليها هذا القانون.

١ - الاراضي المملوكة :

٢٧٥ - وهي التي يكون للافراد عليها حق الملك التام. فتكون لهم رقبته ومنفعتا وكافة حقوقها. وتسمى كذلك بالاراضي المملوكة ملكية صرفة. وهذا ما عبرت عنه المادة (٥) من قانون التسجيل العقاري بقولها : «العقارات المملوكة هي التي تعود رقبته وحقوقها الى مالكيها وفق احكام القوانين».

٢ - الاراضي الموقوفة :

٢٧٦ - وهي التي حبست اعيانها على حكم ملك الله تعالى. وتصرف غلتها على وجه يعود نفعه الى العباد. وهي على نوعين :

(١) انظر المواد ١١٦٩ و ١١٨٩ و ١٢٤٦ و ١٢٤٨ مدني عراقي .

(أ) الاراضي الموقوفة وقفا صحيحا، وهي التي كانت مملوكة ثم وقفها مالكها الى جهة من الجهات بمسوغات شرعية (م ٦) (أ) (ق.ت.ع).
(ب) الاراضي الموقوفة وقفا غير صحيح، وهي التي اصلها من الاراضي الاميرية ووقفها السلاطين او غيرهم باذنهم. وقد عرفتها المادة (٦ ب) من ق.ت.ع) بقولها: «الاقواف غير الصحيحة هي ما كانت رقبته اميرية وحقوق التصرف فيها او رسومها او اعشارها او جميعها موقوفة تخصيصا لجهة من الجهات».

٣ - الاراضي الاميرية :

٢٧٧ - وهي الاراضي التي تعود رقبته للدولة وقد يكون للافراد عليها بعض الحقوق. وهي على ثلاثة انواع:
(أ) الاراضي الاميرية الصرفة، وهي التي تعود رقبته وجميع حقوقها الى الدولة (م ٧/ ق.ت.ع).

(ب) والاراضي الاميرية المفوضة في الطابو، وهي التي تعود رقبته للدولة، ولكن الدولة فوضت للافراد حق التصرف فيها وفقا لاحكام القوانين (م ٧/ ب.ق.ت.ع).

(ج) الاراضي الاميرية الممنوحة باللزمة، وهي الاراضي الاميرية التي تمنح حق اللزمة فيها لمن كان يتصرف فيها زراعا او غرسا عن طريق الحيازة او التجاوز، حسب احكام قانون التسوية واللزمة (م ٧/ ج ق.ت.ع).

٤ - الاراضي المتروكة :

٢٧٨ - ويراد بها الاراضي العائدة للدولة والمخصصة لاغراض المنفعة العامة او لمنفعة اهالي قرية او قصبة معينة (م ٨ ق.ت.ع)، كالطرق والمنتزهات، والمرابي والمحتطبات فيهم من ذلك ان معنى الاراضي المتروكة بعيد عما توحي به هذه التسمية بالمعنى اللغوي. فلا يراد بها الاراضي المهمة، وانما تلك التي خصصت للنفع العام، او ما هو مخصص لاهالي قرية او قصبة معينة، ولا يحق لغيرهم الانتفاع بها.

والى جانب هذه الاصناف الاربعة من الاراضي. هناك صنف خامس هو (الاراضي العقارية). وهذا النوع من الاراضي لاوجود له الا في العراق منذ عهد الوالي مدحت باشا (١) ويقصد بها: الاراضي التي هي في الاصل من الاراضي المملوكة الخراجية التي عجز اصحابها عن استغلالها بسبب الازمات مما اضطر الحكومة الى وضع يدها على هذه الاراضي واحالتها الى من يقوم باستغلالها مقابل دفع حصة معينة من الحاصلات الى اصحابها

تتراوح بين ——— و ——— تسمى (عقراً) . وللخزينة الخراج

٢٠ ٢٥ ٣٠

أو العشر .

فيلاحظ بان الاراضي في العراق كانت، منذ العهد العثماني، وما تزال ملكاً للدولة، إذ هي تحتفظ بملكية الرقبة فيها ولكن اصنافها كانت . حتى عهد قريب . تختلف تبعاً لاختلاف الحق الذي يقرّر عليها، فهو إما تفويض بالطابو او منح باللزامة . فمصدر حق التصرف قد يكون التفويض فتشأ الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو . وقد يكون اللزامة فتشأ الاراضي الاميرية الممنوعة باللزامة .

على انه لا بد من ملاحظة ان قانون الاصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠ قد اعتبر في المادة الثانية منه مازاد عن الحد المقرر ملكاً للدولة ايما كان صنفها قبل صدور القانون . كما ان المشرع قد تنبه الى تعدد اصناف الاراضي فانتهى هذا التعدد بان اصدر قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ . فقد اعتبر هذا القانون «جميع الاراضي : الاميرية الصرفة ، المفوضة بالطابو ، والممنوحة باللزامة . والموقوفة وفقاً غير صحيح ، والاراضي المتروكة . من صنف الاراضي المملوكة للدولة . وتسجل باسم وزارة المالية (١) للتفصيل .راجع : مصطفى مجيد : المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٩٩ و ١٠٣ ، ص ٨٠ وما بعدها .

وتعدل سجلاتها وسنداتها في دوائر التسجيل العقاري على هذا الاساس تلقائيا دون اية اجراءات اخرى» (المادة الاولى فقرة اولا). وقضت الفقرة الثانية من المادة نفسها بانه: «يبقى لاصحاب الحقوق التصرفية في الاراضي المذكورة في البند (اولا) من هذه المادة حق التصرف بالارض حسب التعامل السابق، ويؤثر هذا الحق في سجلاتها وسنداتها الخاصة. وينتقل حق العمر الى هذا الحق، وتتبع بشأن انتقاله احكام القوانين المرعية».

واجازت الفقرة الثالثة من المادة الاولى لاصحاب حق التصرف في الاراضي المشمولة باحكام القانون فراغ الحقوق التصرفية ببدل او بدون بدل، وقسمة الاراضي او توحيدها او افرازها، كما اجاز له وضع الحقوق التصرفية تأمينا للدين.

واعطت المادة الثالثة من هذا القانون للدولة الحق في اطفاء حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة عند تحقق حالة من الحالات التي حددتها هذه المادة ومنها حاجة الدولة لانشاء او توسيع مشروع ذي منفعة عامة او تشغيله، وحالة ما اذا كان صاحب حق التصرف لا يتخذ الزراعة مهنة رئيسية له. ويكون اطفاء حق التصرف مقابل تعويض تكفلت المادتان الخامسة والسادسة من القانون بتفصيل الاسس التي يقوم عليها.

لقد اوردنا اهم احكام هذا القانون المتعلقة بحق التصرف نظراً لأهميتها في دراسة هذا الحق.

وبعد هذه الكلمة التمهيدية نبحث في حق التصرف في الاراضي الاميرية (المملوكة للدولة) وفق المنهج الذي اختطه القانون المدني، فنبحث اولا في نطاق حق التصرف ووسائل حمايته. ثم في أسباب كسب هذا الحق، واخيرا في أسباب انقضائه، ونخصص لكل من هذه المسائل فرعاً مستقلاً.

المبحث الاول

نطاق حق التصرف ووسائل حمايته

اولا - مدى حق التصرف :

٢٧٩ - عرضت المادة (١١٦٩) من القانون المدني العراقي لنطاق حق التصرف في الاراضي الاميرية . وهي في هذا الصدد تقسم التصرفات التي يجوز للمتصرف القيام بها ، في سبيل الانتفاع بالاراضي الاميرية ، الى تصرفات مادية وتصرفات قانونية .

تناولت الفقرة الاولى من هذه المادة التصرفات المادية فاعطت للمتصرف حق الانتفاع بالارض وبزوائدها ، فله ان يأخذ ما ينبت فيها من اعشاب وكلاً ، وما يوجد فيها من اشجار وحطب ، كما له ان يزرعها كما يشاء في حدود ما تقرره القوانين الخاصة من قيود تتعلق ببعض انواع المزروعات كالتيغ والرز والقطن او الافيون او غير ذلك . كما ان له ان يقيم عليها ما يشاء من ابنية خاصة بالزراعة كحظائر المواشي ومخازن الحبوب وبيوت الفلاحين وغيرها . اما الابنية التي لا تدخل في الاغراض الزراعية فلا يجوز للمتصرف ان يقوم بها .

وللمتصرف ان يهدم ما على الارض من ابنية ليجعل منها مزرعة وله ان يتنفع بترابها وان يبيع رمالها واحجارها في حدود القوانين الخاصة . كما ان له ان يتخذ الارض حديقة او بستانا او غابة او مرعى وله بوجه عام ان يتنفع بالارض وبغلتها فيما لا يتعارض مع طبيعة تخصيص الارض ولا يخرج عن الاغراض الزراعية ، فليس له مثلاً ان يقسمها الى قطع سكنية لاقامة الدور عليها ، فان فعل فانه يفقد بعمله هذا حق التصرف .

اما الفقرة الثانية من المادة (١١٦٩) فقد عرضت للتصرفات القانونية التي يجوز للمتصرف اجراءها ، فله كصاحب اى حق عيني ان يتصرف بحقه بالبيع (وبيع حق التصرف يسمى اصطلاحاً (فراغاً) ، أو بالمقايضة أو بالرهن تأمينا أو حيازيا . وقد اجاز القانون استيفاء بدل الرهن من بدل بيع حق التصرف ولو عادت الارض للدولة بعد انحلالها لسبب طرأ في حياة المتصرف أو بعد وفاته . وللمتصرف ان يؤجر الارض أو ان يعيرها الى الغير كما لو كان مالكا . وكل ذلك مع مراعاة قواعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . وبعد ان اورد المشرع في الفقرتين الاولى والثانية من المادة (١١٦٩) بعض ظيور التصرفات المادية والقانونية التي يجوز للمتصرف القيام بها قرر في الفقرة الثالثة من المادة نفسها يانه : «اوله (للمتصرف) بوجه عام ان ينتفع بالارض ويغلتها وان يتصرف في حقه عليها في حدود القانون ، ويتبقى في كل الاحوال رقبة الارض مملوكة للدولة والحق ان المشرع كان في غنى عن ابرام الفقرتين الاولى والثانية اكتفاء بالحكم العام الذي اوردته في الفقرة الثالثة (١) .

ان ما يقيم المتصرف في الارض من ابنية وما يخرسه فيها بمقتضى ماله من حق اجراء التصرفات المادية في الارض الاميرية على نحو ما تقدم ذكره وكذلك ما ينبت في الارض بفعل الطبيعة يتبع الارض في التصرف وفي الانتقال (١١٧٠م) .

وحق التصرف ، كأي حق مالي ، يعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية لصاحبها ، وبالتالي فانه يعتبر كسائر اموال المدين ضمناً عاماً لدائنيه ، فيجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من بدله ولو بعد موت المدين ، سواء كان المدين لا يملك الا هذا الحق او كانت له اموال اخرى (م ١١٧١) ، مع مراعاة ماورد في المادة (٢٤٨ ف ٤) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل من عدم جواز الحجز ، احتياطياً كان او تنفيذياً ، على ما يكفي لمعيشة المدين وعياله من وارداته .

(١) في هذا المعنى ايضاً : حسن علي القانون ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٣٨ .

لانيا - القيود التي ترد على حق التصرف :

٢٨٠ - وترد على حق التصرف عدة قيود ، منها ما هو مقرر في القانون المدني ومنها ما هو مقرر في قوانين خاصة .

فلا يجوز للمتصرف في الاراضي الاميرية ان يقيها او ان يوصي بها (م ١١٧٢ مدني) . والسبب في هذا المنع واضح . ذلك ان من شروط الوقف والوصية ان يكون الواقف او الموصي مالكا للرقبة ، ورقبة الارض الاميرية مملوكة للدولة وليس للمتصرف فيها سوى حق الانتفاع بها .

وقضت المادة (١١٧٣ مدني) بان ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية او اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف ، وبصورة خاصة ما ورد في المواد (١٠٥١ - ١٠٦٠) من القانون المدني من قيود سبقت الاشارة اليها .

وتقرر المادة (١١٧٤ ف ١) من القانون المدني بقاء حقوق الارتفاق القديمة الواردة على الاراضي الاميرية . بحق الشرب والمجري والمسيل والمرعى وغير ذلك . وتقرر الفقرة الثانية من المادة نفسها عدم جواز تسريح المواشي بين المزرعات والبساتين لما فيه من ضرر ولو كان لها حق المزعى قديما ، ولكن اذا جرى الحضاد ورفع المحصول يجوز تسريح المواشي في الاماكن التي كانت تسرح فيها من القديم .

اما القيود الواردة على حق التصرف في القوانين الخاصة فاهمها ماورد في قانون بيع وتصحيح صنف الاراضي الاميرية رقم ١٥١ لسنة ١٩٥٩ المعدل حيث منع هذا القانون افراز او تقسيم الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو او المنوطة باللزمة والتي تقع داخل حدود التصحيح المقررة بالقانون الا بعد تصحيح صنفها بموجب احكام هذا القانون (١) . كما خول هذا القانون وزير المالية الحق في تصحيح صنف الاراضي الاميرية ولو جبرا على المتصرف والتصحيح الجبري في هذه الحالة قيد يرد على حق التصرف ومنع هذا القانون كذلك صاحب حق اللزمة من فراغ حقه او رهنه اذا كان من شأن ذلك أن يخل بالامن العام حسب رأى السلطة الادارية ، او اذا كان الفراغ يؤدي الى نقص مساحة الارض بحيث لا يمكن استغلالها اقتصاديا .

(١) راجع : مصطفى مجيد ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

وقد قضت المادة التاسعة من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ بان للمجلس الزراعي الاعلى حق الاستيلاء على اى ارض تتخلل ارضا للاصلاح الزراعي ولو لم يوافق المتصرف على ذلك . كما ان المادة (٢٦) من القانون نفسه قد منعت افراز الارض الزراعية المفوضة الى مساحات تقل عن حدود التوزيع المقررة في المنطقة الا بموافقة خاصة .

ثالثا - الشيوخ في حق التصرف :

٢٨١ - قد يكون حق التصرف شائعا بان يكون لمنتفعين او اكثر في ارض اميرية . والقاعدة ان احكام الشيوخ في الملكية التامة تطبق على الشيوخ في حق التصرف ايضا بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه الاحكام مع نص خاص او مع طبيعة حق التصرف (١) ، فنحيل على تلك الاحكام . اما احكام الشيوخ الخاصة بحق التصرف فقد وردت في المواد (١١٧٩ - ١١٨٢) .

١ - التصرف في الغابة او المدغل :

٢٨٢ - فيحسب المادة (١١٧٩) لايحوز لاحد الشركاء الذين يتصرفون في غابة او مدغل في الأرض الاميرية المثقلة بحق التصرف تحويلها كلها أو قسما منها إلى مزرعة بدون اذن بقية الشركاء ، واذا فعل فان الشركاء الآخرين يشتركون في المزرعة دون عوض مقابل ذلك ، ولهم بالاضافة إلى ذلك اخذ نصيبهم من الاشجار المقطوعة او من قيمتها قائمة . اما اذا كان التحويل إلى مزرعة قد حصل باذن باقي الشركاء فانهم يشتركون جميعا في نفقات هذا التحويل .

والحكم الذي تقرره هذه المادة فيه خروج على حكم القواعد العامة في الشيوخ في حق الملكية التامة . فقد رأينا ان المادة (١٠٦٥ ف ١) تجيز للشركاء أصحاب التدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا ، باذن من المحكمة ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل في

(١) انظر المادة ١١٨١ مني مرافق .

الغرض الذي أعد له المال . أما بالنسبة للشيوخ في حق التصرف فإن التعديل أو التغيير يتطلب وفق المادة (١١٧٩) موافقة جميع الشركاء وليس في هذه المادة ما يشير إلى أن لأغلبية الشركاء ، ولو بأذن المحكمة فرض التعديل أو التغيير على الأقلية المخالفة .

٢ - تطعيم وتربية الأشجار:

٢٨٣ - وإذا قام أحد الشركاء في حق التصرف بتطعيم الأشجار النابتة من تلقاء نفسها ورباها فإنه يصبح مالكا لها دون شركائه الآخرين (م ١١٨٠) . وواضح من حكم هذه المادة أنه يشترط أن تكون الأشجار نابتة من تلقاء نفسها ، أما إذا كانت الأشجار مزروعة أو مغروسة فإنها لا تكون ملكا لأحد الشركاء دون سواء ولو قام بتطعيمها وتربيتها . وتملك الأشجار وفق هذه المادة حكم يخالف ما قرره المشرع في المادة (١١٧٠) التي اعتبرت أن ما يفرسه المتصرف في الأرض الأميرية وما يقيمه عليها من ابنة يتبع الأرض في التصرف وفي الانتقال (١) .

وعلة الحكم الذي تقرره المادة (١١٨٠) تكمن في تشجيع اصحاب حق التصرف في الاراضي الأميرية على استغلالها وحسن الانتفاع بها .

٣ - قسمة الاراضي الأميرية :

٢٨٤ - تنضي المادة (١١٨٢) من القانون المدني بأنه : ١ - تكون قسمة الأراضي الأميرية بين المتصرفين فيها على الشيوخ قسمة نهائية وافراغها لازالة الشيوخ خاضعا للأحكام التي نسري على الاملاك الشائعة . ٢ - غير أنه لاتجوز القسمة . ولو كانت قسمة رضائية في الاراضي الأميرية الا اذا كانت هذه الاراضي قابلة للقسمة وكان في امكان الشريك ان ينتفع بحصته المقررة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة » .

فالفقرة الأولى من هذه المادة تقرر جواز ازالة شيوخ الاراضي الأميرية

(١) انظر في هذا المعنى : عبد الرحمن حمصر ، شرح القانون المدني ، بغداد ١٩٥٢ ، ص ٤٣ .

المثقلة بحق التصرف على سبيل الاشتراك بالقسمة او بالفراغ (البيع) كما لو كانت ملكا . وقد تقدم بيان هذه الاحكام ، ومن اهمها ، كما رأينا ان للشركاء ان يقتسموا المشاع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها ، وان القسمة الرضائية لانتم الا اذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري ، وان الشيء الشائع يعتبر قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته دون ان تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة .

ولكن الفقرة الثانية من المادة انة الذكر لم تجوز القسمة ، ولو كانت قسمة رضائية ، الا اذا كانت الاراضي قابلة للقسمة وكان في امكان الشريك ان ينتفع بحصته المقررة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة ، وفي هذا خروج على القاعدة المقررة بشأن القسمة الرضائية وهي امكانية القسمة باتفاق الشركاء سواء كان المالك الشائع قابلا للقسمة او لم يكن (١).

رابعا - حماية حق التصرف:

٢٨٥- مآلج القانون المدني العراقي حماية حق التصرف في المواد (١١٧٥)

١١٧٨- فمنع انتفاع الغير من منافع الارض الاميرية التي يكون فيها حق التصرف لاحد ومن الاعتماد عليها باية صورة

وتناول في المادة (١١٧٥) الاعتماد المادي الذي يقع على حق التصرف فلم يجوز لاحد احراز حاصلات الارض المستتبعة او حاصلاتها الطبيعية كما منع الغير من اتخاذ ممر في هذه الارض الا اذا كان له هذا الحق بمقتضى اتفاق او نص في القانون ، كما لا يجوز للغير ان يجعلها مرعى او يتخذها بيدرأ او يقطع اشجارها او يحتطب منها . وكل تعد يقع من الغير يلزمه بتعويض صاحب حقيق التصرف عما اصابه من ضرر بسبب ذلك.

(١) انظر المادة ١١٢١ من المجلة

وتناول في المادة (١١٧٦) موضوع الغصب ، فاعطى للمتصرف في الاراضي الاميرية اذا غصبت منه حق استردادها من غاصبها او مطالبته باجر مثلها عن مدة بقاء الارض بيده . واذا كان الغاصب قد اقام على الارض ابنة أو غراسا فان القانون يعامله معاملة الباني او الغارس سيء النية ، فاجاز للمتصرف ان يطلب هدم الابنية وقلع الاشجار ، واذا كان الهدم او القلع مضراً بالارض فله ان يملك المنشآت بقيمتها مستحقة للقلع . (م ١١٧٦ ف ٢) .

وحمت المادة (١١٧٧) حيازة المتصرف من اى اعتداء يقع عليها ، فاجازت له استعمال دعاوى الحيازة المعروفة وهي : دعوى استرداد الحيازة ، ودعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

ومنعت المادة (١١٧٨) نزع حق التصرف الا للمنفعة العامة وبالطريقة التي رسمها القانون ، في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما .

المبحث الثاني

اسباب كسب حق التصرف

٢٨٦ - يقسم القانون المدني العراقي اسباب كسب حق التصرف الى ثلاثة طوائف: (الاولى) اسباب تكسب حق التصرف ابتداء، (الثانية) اسباب تكسب حق التصرف بالوفاة، (الثالثة) اسباب تكسب حق التصرف بين الاحياء. فنتحدث هذه الاسباب في ثلاثة مباحث.

الفرع الاول

اسباب كسب حق التصرف ابتداء

٢٨٧ - عالج القانون المدني في المواد (١١٨٣ - ١١٨٦) ثلاثة اسباب لكسب حق التصرف ابتداء هي: التفويض، وحق القرار، والاستيلاء على الارض الموات.

اولا - التفويض :

٢٨٨ - تنص المادة (١١٨٣) على انه: «يصح تفويض الدولة الارض الاميرية للأفراد وفقا للقوانين والنظم المعمول بها في هذا الشأن».

فالمشرع يجيز للدولة ترتيب حق التصرف على الارض الاميرية للأفراد ببذل او بدون بذل، واحال بشأن الاحكام التفصيلية الخاصة بالتفويض الى القوانين والنظم المعمول بها. والقوانين التي يحيل اليها هذا النص هي: قانون تسوية حقوق الاراضي رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٨، وقانون تفويض الاراضي الاميرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١، وقانون حق الزمة رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٩، وقانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨، وقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠. ويلاحظ بان قانون التسوية لسنة ١٩٣٨ وقانون تفويض الاراضي الاميرية لسنة ١٩٤١ كانا قد النيا، كما ان الزمة قد منعت بعدة قوانين كان آخرها القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٩.

أما قانون الإصلاح الزراعي لسنة ١٩٧٠ فقد قضت الفقرة الأولى من المادة (١١) منه بأنه : « كل من ادعى بحق التصرف في أرض اميرية وثبت تصرفه فيها وفق التعامل الزراعي مدة السنوات الخمس السابقة لنفاذ هذا القانون ، تسجل باسمه المساحة التي كانت تحت تصرفه مفوضة بالطابو... » ثم يورد النص بعد ذلك الحدود العليا لمساحات الأرض بحسب ما اذا كانت تسقى ديميا او سبيحا او بالواسطة . ولا يستحق التفويض بموجب الفقرة الثانية من المادة نفسها ، من كانت له أرض زراعية مملوكة او مفوضة او ممنوحة باللزمة تبلغ مساحتها الحد المبين في الفقرة الأولى او من كانت له أرض زراعية آلت اليه عن طريق التوزيع بموجب قوانين أخرى . كما ان الاراضي التي توزع على الفلاحين بموجب المواد (١٨ - ٢٣) تسجل اميرية مفوضة بالطابو باسم الموزع عليه في حدود المساحات المعينة في القانون .

ثانيا - حق القرار (التقادم) :

٢٨٩ - نصت المادة (١١٨٤) من القانون المدني على انه : ١ - اذا حاز احد ارضا اميرية باعتباره متصرفا فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ثبت له حق القرار عليها سواء وجد بيده سند او لم يوجد ويعطى الحائز في هذه الحالة سنداً بحق التصرف في هذه الأرض دون بدل بعد تسجيل هذا الحق في الطابو . ٢ - لكن اذا أقر الحائز بان الاوحد كانت محلولة وانه يتصرف بغير حق او كانت المدة التي حاز فيها الأرض أقل من عشر سنوات فلا اعتبار للتقادم بل تفرض عليه تبدل مثلها فاذا لم يقبل تفويض لمن ترسو عليه المزايدة من الطالين . وفي جميع الاحوال يرجع عليه باجزئ المثل عن المدة التي حاز فيها الأرض بغير حق .

ونصت المادة (١٢١٨) على انه : ١ - اذا حاز احد ارضا اميرية غير مسجلة في دائرة الطابو باعتباره متصرفا فيها فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى حق التصرف من شخص آخر اذا انقضت عشر سنوات متوالية

على حيازة المدعي عليه ولم يكن لدى المدعي عذر شرعي يمنعه من رفع الدعوى ٢ - وتطبق احكام التقادم المتضمن عليها في حق الملكية مع اعدام الاختلال باحكام الفقرة السابقة ٣
 فحق القرار هو كسب حق التصرف بالتقادم الذي يشترط له حيازة مشتتة لاركانها وشروطها وقيام الحائز بزرع الارض عشر سنوات متواليات والواقع انه لم يعد الحق القرار وجود . فقد انقضى هذا الحق بقانون بيع وتصحيح صنف الاراضي الاميرية رقم ٥١ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته كما نصت المادة (١١) من هذا القانون بمنع المحاكم من سماع الدعاوى التي يبتدئ فيها المدعي الى هذا الحق ، ومنع دوائر التسجيل العقاري من تسجيله اذا لم يكن مستنداً الى حكم مكتسب الدرجة القطعية . كما ان التقادم المتضمن عليه في المادة (٢٢٨) من القانون المدني قد اصبح معطلا بموجب قانون اصلاح الزراعي .

٣- الاستيلاء على الاراضي الموات :

٢٩٠ - نصت المادة (١٢٨٦) من القانون المدني على انه : ١١ - يجوز لكل عراقي ان يستولي باذن الحكومة دون مقابل على الارض الموات في المناطق المسموح فيها بذلك قانوناً فيثبت له عليها حق التصرف اذا قام باحيائها يعطى له سند بحقه بعد تسجيله بالطابو . الا أنه اذا ترك الارض دون حرث او زراعة ثلاث سنوات متتالية بغير عذر انتزعت منه وفوضت الى غيره . ٢ - واذا استولى عليها بغير اذن الحكومة فلا نفوذ له الا بعد دفع بدل المثل وقت الاستيلاء .

فيتضح من نصوص هذه المادة انه يشترط لكسب حق التصرف دون مقابل عن طريق احياء الارضي الموات مابالي (١) ان يكون القائم بالاحياء عراقياً .

(٢) ان يكون الاستيلاء باذن الحكومة، فاذا استولى العراقي على ارض موات بغير اذن الحكومة فانها لاتفوض له الا بعد دفع بدل مثلها وقت الاستيلاء. والاذن المذكور في هذه المادة يجب ان يصدر من وزارة المالية ، التي تمثل الحكومة في ملكية الاراضي .

(٣) ان تكون الارض في المناطق المسموح فيها التصرف . فلا يجوز ذلك في المناطق المخصصة للاغراض العسكرية او المخصصة لاغراض الاسكان او الصناعة.

(٤) ان يقوم باحيائها، اي ان يجعلها صالحة للانتفاع بها بزراعتها. فاذا ترك الارض دون حرث او زراعة ثلاث سنوات متوالية بغير عذر فانها تنتزع منه وتفوض إلى غيره .

هذا ولابد من الاشارة إلى ان كسب حق التصرف عن طريق الاستيلاء على الارض الموات قد انحصر في حالة الاستيلاء بناء على اذن من الحكومة ذلك ان قانون بيع وتصحيح صنف الاراضي الاميرية قد اعتبر التجاوز على هذه الاراضي بالغرام او الزرع جريمة يعاقب عليها . ولابد كذلك من ملاحظة ان قانون الاصلاح الزراعي لسنة ١٩٧٠ ، والذي الغى قانون تسوية حقوق الاراضي لسنة ١٩٣٨ ، قد اورد نصوصا جديدة بشأن التفويض تختلف عن النصوص الواردة في قانون التسوية ، والنصوص الجديدة هي الواجبة التطبيق . وقد سبق ان اشرنا الى اهم هذه النصوص لدى بحثنا للتفويض كسب من اسباب كسب حق التصرف .

الفرع الثاني

كسب حق التصرف بسبب الوفاة

٢٩١ - لم يكن حق التصرف في بادئ الامر حقاً قابلاً للانتقال الا في حدود ضيقة جداً. ولكن المشرع العثماني اضطر إلى اجازة انتقال هذا الحق الى بعض الورثة ، ثم الى توسيع هذا الانتقال (١) وفقاً لقواعد تختلف عن قواعد الميراث ، تدعى بقواعد الانتقال التي وردت في قوانين متعددة اهمها قانون الانتقال الصادر سنة ١٣٣١ هـ الذي ألغى بموجب الفقرة الرابعة من المادة (١٣٨١) من القانون المدني العراقي . وقد اقر المشرع العراقي الانتقال ونظم احكامه في المواد (١١٨٧ - ١١٩٩) وقسم اصحاب حق الانتقال إلى درجات ثلاثة تحجب كل درجة الدرجة التي تليها. لما انه لم يميز في حق الانتقال بين ذكر وانثى ، لما انه لم يسقط حق الانتقال بالنسبة لصاحبه اذا توفي قبل وفاة المتصرف وذلك خلافاً للقواعد المعروفة في الموارث . كما ان قواعد الحجب والحرمات التي اخذ بها في الانتقال تختلف عن قواعد الارث الشرعي.

ونتناول بعد ذلك القواعد العامة في الانتقال. ثم درجات اصحاب حق الانتقال، ثم موانع الانتقال.

أولاً- القواعد العامة في الانتقال :

٢٩٢ - إذا توفي المتصرف في الارض الاميرية فإن حقه في التصرف فيها ينتقل إلى أصحاب حق الانتقال وفق القواعد العامة التي أوردها القانون المدني العراقي والتي يمكن اجمالها بالآتي :

(١) تنتقل الارض إلى أصحاب حق الانتقال درجة بعد درجة بحيث تحجب كل درجة الدرجة التي بعدها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك (المواد ١١٨٧ و ١١٩٢ و ١١٩٣).

(١) راجع في مراحل توسيع حق الانتقال : عبد الرحمن عسر ، المرجع السابق ، ص ٩٧-٩٢.

- (٢) تنتقل الارض إلى أصحاب حق الانتقال بدون مقابل.
- (٣) للثاني مثل حظ الذكر من طبقته (م ١١٩٤ ف ١).
- (٤) يقوم الفرع مقام الاصل إذا مات هذا قبل موت المتصرف (م ١١٩٤ ف ٢).
- (٥) إذا كان بين أصحاب حق الانتقال حمل فيؤخر الانتقال إلى حين ولادته (م ١١٩٥).
- (٦) إذا استحق الفرع انصبه متعددة من جهات مختلفة فإنه يأخذها جميعاً (م ١١٩٦).
- (٧) إذا كان أحد أصحاب حق الانتقال غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت أعطيت حصته لمن يستحقها بعده . غير أنه إذا حضر خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة المتصرف أو تبين خلال هذه المدة أنه حي فإنه يسترد حصته من اخذها (م ١١٩٦).
- (٨) إذا غاب المتصرف غيبة منقطعة لمدة ثلاث سنوات بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت انتقلت أرضه إلى أصحاب حق الانتقال ، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء استحققت مستحقة للطاير . فإن لم يوجد أحد من أصحاب حق الطاير فوضيت إلى من نرسو عليه من المزايد (م ١١٩٧ ف ١) .
- ويستثنى من الحكم المتقدم من كانت غيبته بسبب الخدمة العسكرية حيث تنتقل أرضه إلى أصحاب الانتقال ، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء سلمت وديعة لأحد اقاربه من امانته لزراعتها ووفاء حقوقها . وإذا عاد المتصرف كان له الحق في استرداد أرضه من يد أصحاب حق الانتقال أو في من أيد بد كانت . أما إذا تحقق موته فإن أرضه تنتقل نهائياً إلى من له الحق بذلك (م ١١٩٧ ف ٢).

لانيا - درجات اصحاب حق الانتقال:
٢٩٣- ودرجات اصحاب حق الانتقال هي كما يأتي:

(١) الدرجة الاولى:

الدرجة الاولى من اصحاب حق الانتقال هم فروع الميت من اولاد وأحفاد. وفي هذه الدرجة يكون حق الانتقال اولاً للاولاد، ثم لمن يخلفهم من احفاد، ثم لمن يخلف هؤلاء من اولادهم، وهكذا اي ان كل فرع حي عند موت المتصرف يكون حاجباً لفرعه، اما اذا مات الفرع قبل موت المتصرف فان فرع هذا الفرع يحل محله. واذا كان احد اولاد المتصرف قد مات قبله بلا فرع. فان حق الانتقال ينحصر في باقي الاولاد او فروعهم (م ١١٨٨).

(٢) الدرجة الثانية :

وتشمل هذه الدرجة الاب والام وفروعهما. فاذا كان الابوان حين انحصر فيهما حق الانتقال لكل منهما مثل نصيب الاخر، واذا كان احدهما قد مات قبل موت ابنه فان فروعهم يقومون مقامه درجة بعد درجة. واذا لم تكن له فروع انحصر حق الانتقال في الحي من الابوين. واذا كان الابوان قد ماتا قبل موت ابنهما فان نصيب كل منهما ينتقل الى فروعهم درجة بعد درجة. فان لم يكن لاحدهما فرع انتقلت حصته الى الفرع الاخر (م ١١٨٩). اما اذا وجد احدهما او كلاهما مع الدرجة الاولى من اصحاب حق الانتقال استحق الابوان معا او الحي منهما سدس الارض (م ١١٩٢).

(٣) الدرجة الثالثة :

وتشمل الاجداد والجدات وفروعهم. فاذا كان الجدان والجدات من جهة الاب والام احياء تساوت انصبتهم في حق الانتقال، واذا كان احد من هؤلاء قد مات فان فروعهم تقوم مقامه درجة بعد درجة. فان لم

يكن له فرع فان نصيبه ينتقل الى زوجة الحمي ، فان لم يكن لزوج حيا
انتقل نصيبه الى فروع لزوج درجة بعد درجة ، فان لم يكن لزوج فرع
انحصر حق الانتقال في الجد والجدة من الجهة الاخرى (م ١١٩٠).

(٤) الدرجة الرابعة :

وتشمل هذه الدرجة الازواج ، فاذا اجتمع الزوج او الزوجة مع اصحاب
حق الانتقال من الدرجة الاولى (الاولاد والاحفاد) كان نصيبه الربع ،
واذا اجتمع مع اصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية (الاب والام)
او مع الجد والجدة كان نصيبه النصف. واذا وجب ان ينال فروع الجد
والجدة ومعهما حق الانتقال بمقتضى المادة (١١٩٠) اخذ مايبصيص هذه
الفروع ايضا. واذا لم يوجد احد من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية ولم
يوجد جد او جدة انحصر حق الانتقال في الزوج الحمي (م ١١٩٣ ف١)
ويثبت حق الانتقال لكل من الزوجين حتى لو مات احدهما قبل الخطوة
الصحيحة او قبل انتهاء العدة في الطلاق الرجعي . واذا طلق الزوج زوجته
طلاقا باثنا في مرض الموت ومات قبل انتهاء العدة ثبت للزوجة حق الانتقال
(م ١١٩٣ ف٢) .

ثالثا - موانع الانتقال :

نصت المادتان (١١٩٨ و ١١٩٩) من القانون المدني على ثلاث حالات
يحرم فيها صاحب حق الانتقال من حقه ، وهذه الحالات هي :

(١) القتل :

فكما ان قتل الوارث مورثه يحرم القاتل من الارث ، كذلك فانه يحرم
صاحب حق الانتقال وشريكه من حق الانتقال . وعلى هذا نصت المادة
(١١٩٨) بقولها : « لا تنتقل ارض المقتول الى القاتل او شريكه » . والقتل
الذي يؤدي الى حرمان صاحب حق الانتقال من حقه هو القتل الذي يعاقب
عليه قانون العقوبات . وعلى هذا فان القاتل لا يحرم من الانتقال اذا كان

القانون لا يعاقب على القتل لوجود سبب من اسباب الاعفاء من المسؤولية كالقتل دفاعا عن النفس او اذا كان القاتل مجنونا او معنوها او صغيرا دون سن العقاب او مكرها (١) .

(٢) اختلاف الدين:

وكما ان اختلاف الدين يمنع الارث شرعا فانه يمنع الانتقال قانونا. فبحسب المادة (١١٩٩) يعتبر اختلاف الدين مانعا من انتقال حق التصرف كما لو كان المتصرف مسلما وصاحب حق الانتقال مسيحيا او كان المتصرف يهوديا وصاحب حق الانتقال مسلما .

والعبرة هي باختلاف الدين لا باختلاف المذهب . ويترتب على ذلك ان المسلم يكون صاحب حق انتقال بالنسبة للمسلم رغم اختلاف مذهبه عن مذهب المتصرف ، وكذلك الحال بين النصارى بمختلف طوائفهم . والعبرة كذلك في تحديد اتحاد الدين او اختلافه بين المتصرف وصاحب حق الانتقال هي بوقت موت المتصرف .

(٣) اختلاف الجنسية:

وقد منعت المادة (١١٩٩) الانتقال بين عراقي واجنبي . فلو توفى المتصرف العراقي عن اصحاب حق انتقال اجانب فلا يكون لهم حق انتقال وكذلك لو كان المتوفى اجنبيا فلا يكون لورثته العراقيين حق انتقال .

واختلاف الجنسية يعبر عنه في الفقه الاسلامي بـ « اختلاف الدار » . وعلى كل حال فان العبرة في اختلاف الجنسية او اتحادها هي بوقت نشوء سبب الانتقال .

(١) راجع المواد ٦٠-٦٤ من قانون العقوبات رقم ١١ لسنة ١٩٦٩.

الفرع الثالث

كسب حق التصرف ما بين الاحياء

٢٩٤ - يكسب حق التصرف ما بين الاحياء بارتبة اسباب هي : الالتصاق والافراغ ، وحق الرجحان ، والتفادم . ونحيث اننا اشرنا الى التفادم لدى ذلك نبحثنا في حق القرار ، فاننا نشترك هنا الاسباب الثلاثة لآخرى .

اولا - الالتصاق

٢٩٥ - يعتبر الالتصاق اسيا من اسباب كسب حق التصرف كما يعتبر اسيا من اسباب كسب الملكية كما رأينا . والالتصاق ، كما سبق بيانه قد يكون طبيعيا يحصل دون تدخل من الانسان . وقد يكون صناعيا يحدث بفعل الانسان . وقد نظم القانون المدني العراقي احكام الالتصاق بالاملاك الصرفة في المواد (١١١٣ - ١١٢٥) ، ونظم احكام الالتصاق بالاراضي الاميرية في مادتين هما المادة (١٢٠٠) والمادة (١٢٠١) تناولت في المادة الاولى الالتصاق الصناعي وفي الثانية الالتصاق الطبيعي .

فقد نصت المادة (١٢٠٠) على انه : « اذا غرس احد اشجارا او اقام ابنة في ارض اميرية ليس له فيها حق التصرف وكان ذلك بخس نية ويزعم سبب شرعي تم استحقاق الارض فان كانت قيمة المنشآت قائمة اكبر من قيمة الارض فوضت الارض لصاحب المنشآت بدل المثل . واذا كانت قيمة الارض لاتقل عن قيمة المنشآت قائمة لملك صاحب الارض المنشآت بعد دفع قيمتها » . ويشترط لتطبيق حكم هذه المادة : «

١) ان تكون الارض اميرية فيها حق التصرف للغير . (٢) ان تكون المنشآت في الارض من قبل اجنبي . (٣) ان يكون الاحداث بحسن نية ويزعم سبب شرعي . (٤) ان يظهر للارض مستحق بعد الاحداث فيها » . وظهور المستحق بحكم المحكمة (١) .

(١) - انصح في تفصيل هذه الشروط : عبد الرزاق عيسى ، المراجع السابق ، ص ١١٢-١١٣ .

اما المادة (١٢٠١) من القانون المدني فقد نصت على ان : « الاحكام المنصوص عليها في حق الملكية بشأن طمي الانهار التلريجي وتغيير النهر لمجره وتحول الاراضي من مكان الى آخر واعتبار ماينشأ على ارض من عمل صاحب الارض وغير ذلك من احكام الالتصاق بالمعار تطبيق على الاراضي الاميرية بالقدر الذي لايتعارض مع طبيعة هذه الاراضي » وبترتب على ذلك ان احكام الالتصاق الواردة في باب الملكية ، سواء كان الالتصاق بفعل الطبيعة او بفعل الانسان ، تطبق على الاراضي الاميرية ايضا ، مع ملاحظة ان مايكسب في حالة الالتصاق بالارض الاميرية فهو حق التصرف في هذه الارض لارقيتها .

ثانيا - الافراغ :

٢٩٦- للمتصرف في الارض الاميرية ان يتصرف بحقه بجميع انواع التصرفات الجائزة ، بعوض كاليبيع او بدون عوض كالهبة . وتصرف صاحب حق التصرف بحقه للغير يسمى ، حسب اصطلاح القانون المدني بالافراغ . واذا كان الافراغ بعوض فانه يقابل البيع في الاملاك الصرفة . وقد تناول المشرع العراقي الافراغ في المواد (١٢٠٢ - ١٢١٥) . فهو بعد ان قرر في المادة (١٢٠٢) بان : « للمتصرف في ارض اميرية ان يفرغها الى من يشاء ببدل من النقود او من غير النقود او بغير بدل » ، تولى في المواد التالية تنظيم احكام الافراغ التي يمكن ايجازها بالاتي :

التسجيل في دائرة التسجيل العقاري :

٢٩٧- فيجب لاعتبار الافراغ ، بموجب المادة (١٢٠٣) من القانون المدني ، ان يجري في دائرة التسجيل العقاري ، وان يسجل في هذه الدائرة وان يتم ذلك وفق الاجراءات المقررة قانونا . ذلك ان حق التصرف حق حيني ولهذا فان افراغه لايعتبر الا اذا اجري ومسجل في الدائرة المختصة (التسجيل العقاري) ووفق الاجراءات الواردة في هذا القانون (١) .

(١) انظر : المادة ٣ والمواد ١٠٨ وما بعدها من قانون التسجيل العقاري.

وقد منع القانون المدني في المادة (١٢٠٤) الطعن بالصورية في التصرفات الواردة على الاراضي الاميرية بعد تسجيلها في دائرة الطابو (التسجيل العقاري) كما منعت ذلك ايضا المادة (١٠ ف ١ عبارة اخيرة) من قانون التسجيل العقاري . والواقع ان المشرع كان في غنى عن ايراد المادة (١٢٠٤) في القانون المدني بالنظر الى القاعدة العامة في هذا الشأن والتي سبق وان نص عليها في المادة (١٤٩) من القانون المدني بقوله : « لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو » .

تسمية البذل:

٢٩٨ - للمتصرف في ارض اميرية ان يفرغها ، وفق المادة (١٢٠٢) ، لمن يشاء يبدل او يبلون بذل. وبموجب المادة (١٢٠٥) اذا كان المتصرف قد افرغ ارضه بدون تسمية بذل فلا يكون له ولا لورثته من بعده الحق في المطالبة بالبذل. اما اذا كان الافراغ في مقابل بذل معلوم، ولم يؤد المفرغ له البذل، فان للمفرغ او لورثته ان يطالبوا بالبذل، ولهم ان يطلبوا فسخ الافراغ اذا لم يؤد البذل. كما ان لهم امتياز البائع على حق التصرف في الارض المفرغة (م ١٢٠٥ ف ٢ مدني). وهذه الاحكام مجرد تطبيق لحكم القواعد العامة.

تحديد الارض المفرغة:

٢٩٩ - اذا افرغت ارض وذكرت حدودها ومساحتها وسمى ثمنها جملة فالعبرة بالحدود والمساحة، وليس لاحد الطرفين الرجوع على الاخر بالزيادة او بالنقصان اذا ظهر شيء من ذلك ويلتزم المفرغ له بالثمن المسمى. اما اذا افرغت الأرض مع ذكر حدودها ومساحتها ولكن سمي ثمنها بسعر الوحدة كالنتر او الدونم، فالعبرة في هذه الحالة بالمساحة لا بالحدود، ويكون المفرغ له بالخيار بين فسخ الافراغ وبين اخذ الموجود بما يقابله من الثمن (م ١٢٠٦ مدني).

ما يدخل في الافراغ :

٣٠٠ - يدخل في الافراغ من غير ذكر الاشجار النابتة بطبيعتها في الارض المفرغة والاشجار والابنية المحدثه فيها. ويدخل كذلك في الافراغ دون حاجة إلى ذكر توابع الارض المفرغة وفقا للقواعد المقررة في عقد البيع (م ١٢٠٧ مدني (١)).

الافراغ نيابة عن المحجور :

٣٠١ - للولي ، باذن المحكمة ومسوغ شرعي ، ان يفرغ ارض المحجور ، وله باذن المحكمة ان يقبل افراغ الارض باسم المحجور اذا كان في ذلك نفع له (م ١٢٠٨ مدني). وللمحكمة ، بموجب المادة (١٢٠٩) ، ان تأذن لولي المحجور بيع الضيعة التي يملكها وله حق التصرف في ارضها اذا كانت ادارة الضيعة متعلقة على الاولياء دون ان يلحق بالمحجور ضرر ، وكانت مشتملات الضيعة ومنشأتها ذات قيمة كبيرة ويخشى عليها من التلف بحيث يجب بيعها استناداً إلى مسوغ شرعي وتحقق الضرر في الفصل ما بين الارض وما تشتمل عليه من المنشآت. واذا كان المتصرف في الارض الاميرية محجوراً وكان في الارض اشجارا او ابنية مملوكة له ، وباع الولي هذه الاشجار او الابنية لمسوغ شرعي وبإذن من المحكمة فللولي ، باذن المحكمة ان يفرغ الارض الاميرية تبعا للاشجار والابنية (م ١٢١٠).

والمقصود بالمحجور في المواد المتقدمة هو ناقص الاهلية لصغر او من يلحق به في الحكم ، اما المحجور لعقوبة او بسبب افساد افلاسه ، فإن التصرف في امواله ومنه حق التصرف مقيد بحقوق الدائنين وباحكام قانون العقوبات . والمقصود بالولي هو من ثبت له النيابة القانونية عن المحجور وفق المواد (١٠٢ وما بعدها) من القانون المدني مع مراعاة ماورد في المواد (٢٧) وما بعدها من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

(١) انظر المادة ٢٧ مدني .

عيوب الارادة في الافراغ :

٣٠٢- طبق المشرع على عيوب الارادة في افراغ الاراضي الاميرية سائر القواعد العامة في عيوب الارادة في العقود كما وردت في المواد (١١٢) وما بعدها من القانون المدني. فاعتبر في المادة (١٢١١) ان افراغ الاراضي الاميرية ينقذ موقوفها اذا كان ناشئا عن جبر واكراه. وانما مات المفرغ قبل اجازة العقد ولم يترك احدا من اصحاب حق الانتقال فان الارض لا تنحل بل تبقى في يد المفرغ له او من يخلفه. كما قضى بتوقف افراغ الاراضي الاميرية اذا وقع في الافراغ غلط او تحقق فيه غبن مصحوب بتفريط (م ١٢١٢) كما قضى في المادة (١٢١٣) ببطالان افراغ الارض الاميرية اذا وقع في مرض الموت وكان بدون بدل او بدل فيه محاباة.

الافراغ بشروط الاعالة :

٣٠٢- يجوز افراغ الارض الاميرية بشروط الاعالة. بأن يتعهد المفرغ له بأن يحل المفرغ مدى حياته. فالافراغ صحيح والشرط معتبر يلتزم به المفرغ له ويخلفه من اصحاب حق الانتقال من بعده. فعليهم ائالة المفرغ طول حياته، وليس لهم قبل موت المفرغ ان يفرغوا الارض الى اخر ولا ان برهنوها رهنا تأمينا او حيازيا، كما لا يجوز لدائنيهم الحجز عليها. واذا لم يقم المفرغ له او من يخلفه من اصحاب حق الانتقال باعالة المفرغ وفقا للشرط كان للمفرغ ان يطلب فسخ الافراغ واسترداد الارض واعادة تسجيلها باسمه. واذا مات المفرغ له دون ان يترك احدا من اصحاب حق الانتقال فان الارض تعود للمفرغ (م ١٢١٤ مدني). هذا ولا بد لثبوت شرط الاعالة ان يسجل في سند الافراغ بدائرة التسجيل العقاري.

إحالة إلى احكام القواعد العامة في العقود:

٣٠٤- وبعد ان اورد المشرع في المواد (١٢٠٢-١٢١٤) من القانون المدني نصوصا خاصة نظم بها احكام الافراغ، احال في المادة (١٢١٥) إلى

احكام البيع والهبة والعقود بوجه عام، وخاصة الاحكام المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وتسلم الشيء مع نوابه، والاهلية، وعيوب الرضا، والفسخ وغير ذلك .

الثالث - حق الرجحان :

٣٠٥ - حق الرجحان هو حق تفرغ الارض الاميرية ولو جبراً على من آلت اليه بالفراغ . فحق الرجحان في الاراضي الاميرية يقابل حق الشفعة في الاراضي المملوكة . فيمقتضى المادة (١٢١٦) من القانون المدني اذا افرغ المتصرف في ارض اميرية ارضه ببدل او بدون بدل جاز لصاحب حق الرجحان ان يأخذها بشرط ان يدفع بدل مثلها حين الطلب .

واصحاب حق الرجحان مرتبون الواحد بعد الاخر على النحو الاتي :

- ١ - الشريك في الشيوع في الارض المفرغة .
- ٢ - الخليط في حق ارتفاق للارض المفرغة .
- ٣ - مالك الاشجار او الابنية القائمة على الارض المفرغة .
- ٤ - من له حاجة بالارض المفرغة من اهل القرية التي توجد الارض فيها ، مع مراعاة حكم المادة (١٢٢٠) الذي سنتناوله لدى بحثنا في اسباب انقضاء حق التصرف .

وفيما عدا ما تقدم تطبق احكام الشفعة على حق الرجحان ، وخاصة ما يتعلق منها في تراحم اصحاب حق الرجحان وفي انتقال هذا الحق إلى الورثة وفي شروط الاخذ به وفي اسباب سقوطه وفي الاجراءات الواجب اتباعها وفي النتائج التي تترتب على استعمال هذا الحق (م١٢٦٧) .

المبحث الثالث

اسباب انقضاء حق التصرف

٣٠٦ - بحث المواد (١٢١٩ - ١٢٣٩) من القانون المدني في اسباب انقضاء حق التصرف وهي : التقادم (مروء الزمان) ، وانحلال الاراضي الاميرية ، وترك استغلال الاراضي الاميرية .

اولا - التقادم :

٣٠٧ - فقد قضت المادة (١٢١٩) بأنه : اذا حاز احد ارضا باعتبارها ملكا فلا تسنح عليه عند الانكار دعوى الرقبة من الحكومة ، على اساس ان الارض اميرية ، اذا انقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى بها . وتطبق احكام التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الاختلال باحكام الفقرة السابقة .

فيتضح من ذلك بان هذه المادة قد بحثت في كسب ملكية (رقبة) الارض الاميرية بالتقادم . وبالنظر لان احكام التقادم الواردة في القانون المدني بشأن حق التصرف قد اصبحت معطلة بموجب قانون اصلاح الزراعي ، كما قدمنا ، فاننا نكتفي بما ذكرنا .

ثانيا - انحلال الاراضي الاميرية :

٣٠٨ - يقصد بانحلال الاراضي الاميرية انقضاء حق التصرف الثابت لصاحب هذا الحق بسبب وفاته دون ان يترك احدا من اصحاب حق الانتقال . وقد نظم القانون المدني احكام انحلال الاراضي الاميرية في المواد (١٢٢٠ - ١٢٣٢) .

غير ان احكام هذه المواد قد اصبحت معطلة ايضا ، ذلك ان حق التصرف ، بموجب قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩ ، يؤول الى الخزينة باعتبار ان الدولة وارث من لاوارث له (١) .

(١) لقد اعتبرت المادة ١٠٥ ف ١ (ج) من هذا القانون من واردات الادارة المحلية والهيئات وتركات من لاوارث لهم . وانظر : مصطفى مجيد ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٤١ .

الثالث - ترك الاستغلال :

٣٠٩- ان حق التصرف في الاراضي الاميرية حق ينصب على ارض زراعية، وهو يتقرر عليها بقصد الانتفاع بها واستغلالها وان القانون يحمي هذا الحق مادام محققاً لهذا الغرض. فاذا ترك المتصرف في الارض الاميرية استغلالها بزراعتها لابتنفسه ولا بواسطة غيره عن طريق اجارتها او اعارتها ثلاث سنوات متواليات من غير عذر، فانه يفقد حق تصرفه فيها (م ١٢٣٣ مدني).

غير ان قانون الاصلاح الزراعي قيد الحكم الوارد في القانون المدني بشأن مدة ترك الاستغلال. فقد نصت المادة (١٣ ف ب) من قانون الاصلاح الزراعي على انه : «كل ارض زراعية مفوضة بالطاير او ممتوحة باللزعة او موقوفة وفقاً غير صحيح، ثبت ان صاحبها لم يزرعها بنفسه او بغيره موسمين متتاليين بعد تقاض هذا القانون دون عذر قانوني صحيح، تعتبر محلولة وتسجل اميرية صرفة بعد قيام اللجان المختصة بالتحقيق والفصل في الموضوع واكتساب قراراتها للدرجة النهائية». وعلى كل حال ، فانه يشترط لانقضاء حق التصرف لهذا السبب :

(١) ان يترك المتصرف استغلال الارض بزراعتها بنفسه او بواسطة غيره المدة التي يقرها القانون. مع ملاحظة ان المدة التي ترك فيها السلف استغلال الارض لا تنضم الى مدة ترك الخلف هذا الاستغلال، فحق المتصرف لا ينقضي الا اذا بلغت اية منهما المدة التي يقرها القانون .

(٢) الا يكون ترك الاستغلال لعذر صحيح. وقد اعتبرت المادة (١٢٣٤) من القانون المدني عذراً صحيحاً بوقف مدة السنوات الثلاث التي يهمل فيها المتصرف استغلال الارض والذي يؤدي الى انقضاء حق التصرف ما يأتي :

أ- انقمار الارض بالمياه او وجوب اراجعتها من الزراعة.

ب - وقوع المتصرف في الأسر أو تركه قريبه لسبب قهري بشرط ان يعود الى زراعة الارض قبل انقضاء ثلاث سنوات على روال السبب القهري.
ج - خدمة المتصرف في الجيش في غير القرية التي فيها الارض، ما لم يتحقق موته.

د - تقصر اهلية المتصرف. فاذا لم يزرع الولي الارض ثلاث سنوات متوالات كلف بزراعتها بالذات او بالواسطة فان امتنع اجرت الارض بأجر المثل واعطيت الاجرة للولي لحساب المحجور. وعند انتهاء الحجر يسترد المتصرف ارضه من المستأجر.

هـ - اي سبب قهري اخر يمنع المتصرف من زراعة الارض .
بالنسبة الى المتصرف بالارض الاميرية . اما بالنسبة الى صاحب حق الانتقال فان المادة (١٢٣٥) من القانون المدني لا تعتبر عذراً صحيحاً ان يوجد صاحب حق الانتقال وقت موت المتصرف في ديار بعيدة او ان يكون غائبا غيبة منقطعة، اي لانعرف حياته من موته. ففي الحالة الاولى اذا لم يأت ويزرع الارض خلال ثلاث سنوات من موت المتصرف سقط حقه. وفي الحالة الثانية نفوض الارض لمن يستحقها بعده، فاذا عاد او تبين انه حي خلال ثلاث سنوات من موت المتصرف فانه يسترد الارض ممن اخذها.

الفصل السادس

حق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى

وحق المساطحة

٣١٠ - تناول المشرع العراقي في الفصل الثاني من الباب الثاني المخصص للحقوق المنفردة عن حق الملكية اربعة حقوق هي: حق المنفعة، وحق الاستعمال وحق السكنى. وحق المساطحة. وسنسير في دراستنا لهذه الحقوق على النهج الذي سار عليه القانون المدني فنخصص الفرع الاول لحق المنفعة، والفرع الثاني لحق الاستعمال والسكنى، والفرع الثالث لحق المساطحة.

المبحث الاول

حق المنفعة

٣١١ - حق المنفعة حق عيني يتفرع عن حق الملكية، فهو بمجرد المالك من سلطتي الاستعمال والاستغلال لتكونا لشخص اخر هو (المتنفع)، اما سلطة التصرف فيحتفظ بها المالك الذي يسمى في هذه الحالة بـ «مالك الرقبة». ونبحث حق المنفعة في اربعة مباحث: نتناول في اولها تعريف حق المنفعة وخصائصه ونطاقه، وفي ثانياها اسباب كسبه، وفي ثالثها حقوق المتنفع والتزاماته، وفي رابعها اسباب انقضاؤه.

الفرع الاول

تعريف حق المنفعة وخصائصه ونطاقه

تعريف حق المنفعة:

٣١٢ - لم يرد في القانون المدني العراقي ولا في القانون المدني المصري تعريف لحق المنفعة (الانتفاع). اما القانون المدني الفرنسي فقد عرفته المادة (٥٧٨) منه بقولها بانه: «الحق في الانتفاع بأشياء مملوكة لآخر، كما ينتفع بها المالك نفسه، ولكن بشرط المحافظة على كيانها». ويمكن على كل

حال تعريف حق المنفعة بأنه «حق عيني» يخول صاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير شرط المحافظة على ذات الشيء ليرده إلى صاحبه عند نهاية مدة الحق والذي ينتهي حتماً بوفاة المنتفع» (١).

خصائص حق المنفعة :

٣١٣ - يتبين من التعريف المتقدم ان اهم خصائص حق المنفعة :
١ - انه حق عيني يرد على شيء مملوك للغير ، وهو بهذا الاعتبار يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة. والصفة العينية لحق المنفعة تميزه عن حق المستأجر. فكلاهما يخول صاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير ، الا انهما يختلفان من الوجوه التالية :

(أ) حق المنتفع حق عيني اما حق المستأجر فحق شخصي ، ويترتب على ذلك النتائج التي تترتب على التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي.

(ب) ان حق المنفعة قد يرد على عقار وقد يرد على متقول ، واذا ورد على عقار فانه يجوز رهنه تأميناً ، اما حق المستأجر فلا يجوز رهنه ولو كان المأجور عقاراً.

٢ - انه حق عيني مستقل عن رقبة الشيء الذي يرد عليه. ولهذا فلا شيوخ بين المنتفع ومالك الرقبة ، وان كان يجوز ان يرب حق المنفعة لأشخاص متعددين على الشيوع (٢).

٣ - انه حق ينقضي حتماً بوفاة المنتفع. فهو يقرر في الاصل لدى حياة المنتفع ، مالم يحدد بأجل ينتهي بجلوله. ولكنه ينقضي حتماً بوفاة المنتفع ولو قبل حلول هذا الاجل. ولهذا فهو حق مؤقت لانه لا يتجاوز باية حال مدة حياة المنتفع.

(١) انظر : ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٩٣٤.

(٢) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٩٢-١٩٤ ، عبد الرحمن عصفري ، المرجع السابق ، ص ١٨٧.

٤- أنه حق لا يرد الا على شيء غير قابل للاستهلاك. فالمنتفع يلتزم بان يرد الشيء الثقيل بحق المنفعة الى مالكه عند انقضاء هذا الحق، وهذا يستلزم ان يكون الشيء محل الحق مما يمكن الانتفاع به دون استهلاكه.

نطاق حق المنفعة :

٣١٤- يترتب حق المنفعة على الاشياء مع بقاء رقبتهامالملكها ، وهذه الاشياء قد تكون عقاراً وقد تكون منقولاً . وفي هذا المعنى تقول المادة (١٢٤٩) من القانون المدني « يصح ان تملك منافع الاعيان دون رقبتهما ، سواء كانت الاعيان عقاراً او منقولاً » .

ويمكن ان يترتب حق المنفعة على بعض انواع الحقوق كحقوق الارتفاق والحقوق الذميمة كحق المؤلف وحق المخترع ، بل ان حق المنفعة نفسه يمكن ان يكون محلاً لحق انتفاع يترتب عليه لمصلحة شخص آخر فيكون للمنتفع بحق المنفعة مزايا الحق التي كانت للمنتفع الاصلي (١) .

الفرع الثاني

اسباب كسب حق المنفعة

٣١٥- يكتسب حق المنفعة وفق المادة (١٢٥٠) من القانون المدني العراقي بالعقد وبالوصية وبالتقادم (٢) . اما اسباب كسب الملكية الاخرى وهي الاستيلاء ، والالتصاق ، والميراث فلم يأخذ بها القانون العراقي كما لم تأخذ بها القوانين الاخرى ، فالاستيلاء والالتصاق لا ينطبقان على طبيعة حق المنفعة . اما الميراث فلا يمكن ان يكون سبباً من اسباب كسب حق المنفعة لان هذا الحق يتقضي حتماً بموت المنتفع . كما ان القانون المدني العراقي لم يأخذ بالشفعة كسب لهذا الحق خلافاً للقانون المدني المصري (٣) .

(١) راجع : ريبير وبولانجي ، المرجع السابق ، ص ٢٦ ، ف ٢٩٤٠ .

(٢) وتفسير المادة ٥٧٩ من القانون المدني الفرنسي (القانون) كسب من اسباب كسب حق الانتفاع . وله وراثة في هذا القانون نصوص تقرر (حق الانتفاع القانوني) . انظر مثلاً :

المواد ٣٨٤ و ٧٥٤ و ٧٦٧ .

(٣) انظر المادة ٩٨٥ مدني مصري .

١ - العقد :

٣١٦ - فقد يترتب حق المنفعة بمقتضى عقد، سواء عن طريق انشاء هذا الحق او عن طريق الاحتفاظ به. ففي الحالة الاولى يترتب المالك على الشيء الذي يملكه حق منفعة لمصلحة شخص اخر لم يكن له قبل ذلك حق الانتفاع بهذا الشيء، فيكون حق المنفعة هو المقصود مباشرة من العقد. اما في الحالة الثانية فان ترتيب حق المنفعة يكون نتيجة غير مباشرة للعقد، حيث ينقل المالك ملكية الرقبة للغير ويحتفظ لنفسه الانتفاع بالشيء بحيث يستمر بالانتفاع لا باعتبار مالكا، بل باعتباره منتفعا (١). وفي كلتا الحالتين هناك انتقال لحق عيني. حق المنفعة في الحالة الاولى، وملكية الرقبة فقط، في الثانية. والعقود التي تنتقل بها هذه الحقوق هي عادة العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والمقايضة.

ويخضع العقد كمصدر من مصادر حق المنفعة لاحكام القواعد العامة. فيلزم من اجل ذلك خاصة، ان يكون منتهي الحق مالكا وأهلا للتصرف كما يلزم ان تحدد في العقد مدة لحق المنفعة، فان لم تحدد له مدة اعتبر مقررأ مدى حياة المنتفع، وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع ولو قبل انقضاء الاجل المعين (م ١٢٥٧ مدني).

٢ - الوصية:

٣١٧ - وقد يترتب حق المنفعة بطريق الوصية، فلا يكون للمنتفع (الموصي له) استعمال الحق الا بعد وفاة المالك (الموصي). وكما في العقد، فإن كسب حق المنفعة بالوصية يكون اما بان يوصي المالك بحق المنفعة لشخص معين فتبقى الرقبة للورثة، او بان يوصى المالك بالرقبة لشخص معين فيبقى حق المنفعة للورثة (٢).

(١) راجع : ريبير وبولانجييه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٩٥٩ .

(٢) نفس المرجع ، ف ٢٩٦٢ .

وتسرى على الوصية باعتبارها مصدراً من مصادر حق المنفعة أحكام القواعد العامة في الوصية (١).

٣- التقادم:

٣١٨- واجاز القانون كسب حق المنفعة بالتقادم ، او بحسب عبارة المادة (١٢٥٠) من القانون المدني : «ويجوز كذلك ان يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم . ويشترط ان ترد الحيازة على المنفعة دون الشيء على نحو ماذكرناه لدى بحثنا للحيازة .»

فاذا وردت الحيازة على حق منفعة على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وكان الحائز حسن النية واستند في حيازته إلى سبب صحيح فإنه يكسب حق المنفعة بالتقادم القصير (الخمسوي). وإذا رتب غير المالك حق منفعة لشخص آخر على منقول ، فإن الأخير يكسب حق المنفعة فور الحيازة اذا كان حسن النية . كما يمكن التمسك بالتقادم الطويل ، في المنقول وفي العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري ، اذا استمرت الحيازة خمس عشرة سنة (٢).

(١) المواد ١١٠٨-١١١٢ من قانون الميراث والمواد ٦٤-٧٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .

(٢) يرى بعض الفقهاء بالامسح بالتقادم الطويل في نطاق حق المنفعة ، فلا توافقت شروط التقادم الطويل لأن الحائز يكسب الملكية التامة وليس فقط حق المنفعة . ومع ذلك فإن من التصور في بعض الحالات ألا يكسب الحائز سوى حق المنفعة بالتقادم الطويل كما لو كان المستفيد (عقده أو وصية) ترتب له بمقتضاه حق المنفعة ولكنه لم يكسب هذا الحق لأنه تعامل مع غير مالك ، وكان هو سيء النية ، أي أنه كان يعلم بأنه يتعامل مع غير مالك ، فإنه لا يكسب حق المنفعة إلا بالتقادم الطويل ، وهو يكسب حق المنفعة لاحق الملكية (راجع في ذلك ديبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٩٦٢ ، محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٩٩) .

الفرع الثالث

حقوق المنتفع والتزاماته

٣١٩ - تقضي المادة (١٢٥١) من القانون المدني العراقي بان: ويراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي انشا حق الانتفاع، وكذلك الاحكام المقررة في المواد الاتية. فيتضح من ذلك ان الاصل في حقوق المنتفع والتزاماته مراعاة ماورد في السند المنشئ لحق المنفعة إلى جانب الاحكام الواردة في مواد (١٢٥٢ - ١٢٥٦) من القانون المدني. على انه يجوز الاتفاق على خلاف هذه الاحكام، ما لم يكن هذا الاتفاق مخالفا لقواعد النظام العام والاداب.

اولا - حقوق المنتفع:

٣٢٠ - لصاحب حق المنفعة، باعتباره منتفعا، حقان هما: الحق في استعمال الشيء والحق في استغلاله (م ١٢٥٢). اما ما يوصف بحق التصرف، والذي تشير اليه المادة (١٢٥٣) فلا يثبت له باعتباره منتفعا فقط وانما باعتباره صاحب حق كصاحب اي حق آخر، يكون له ان يتصرف بحقه في حدود هذا الحق.

١ - حق الاستعمال:

٣٢١ - فللمنتفع ان يستعمل الشيء المنتفع به ونوابه. فاذا كان الشيء المنتفع به ارضا وكان لهذه الارض حق ارتفاق كحق مرور أو مسيل مقرر على ارض اخرى، كان للمنتفع اضافة إلى استعمال الارض ان يستعمل حق الارتفاق المقرر لها.

وعلى المنتفع ان يستعمل الشيء بحسب ما اعد له، فليس له ان يغير من طريقة استعماله او الغرض الذي اعد له. وليس للمنتفع ان يستعمل الشيء استعمالا يؤدي إلى استهلاكه أو اتلافه، فهذه السلطة (سلطة التصرف المادي) لا تثبت، على نحو ماسبق بيانه، الا للمالك. ومن جهة اخرى فان المنتفع يلتزم بالمحافظة على الشيء المنتفع به ورده إلى صاحبه عند انقضاء حق المنفعة.

٢ - حق الاستغلال:

٣٢٢ - يراد بالاستغلال، كما رأينا لدى دراستنا لحق الملكية، الحصول على ثمار الشيء وغلته. ورأينا كذلك ان الثمار قد تكون طبيعية او صناعية او مدنية. ورأينا ايضا ان الفقهاء يميزون بين الثمار والمنتجات.

فللمنتفع ان يستولي على ثمار الشيء المنتفع به مدة انتفاعه به (م ١٢٥٢) ولكن ليس له شيء من المنتجات لان اخذها ينتقص من اصل الشيء ومادته. فللمنتفع الثمار طبيعية كانت كشمار البستان ونتاج الارض او الحيوان، او صناعية كالمحصولات الزراعية، او مدنية كاجرة الدار او الارض وكارباح الاسهم او السندات والقوائد. واذا كان حق المنتفع مقررًا على قطع من المواشي فان للمنتفع نتاجها ولبنها وصوفها. ولكن عليه في هذه الحالة ان يعرض منها مايفق من الاصل (١٢٥٢ عبارة اخيرة).

وحق المنتفع في استغلال الشيء المنتفع به هو اهم مايميز حق المنتفع عن حق الاستعمال وحق السكنى اذ ليس لصاحب هذين الحقين في استغلال الشيء محل الحق. كما ان الغالب ان يقتصر المنتفع على قبض ثمار الشيء دون ان تكون له الحيازة المادية للشيء محل المنتفع الذي يمكن ان يكون في حيازة مزارع او مستاجر. ولهذا فان الحق في الاستغلال هو الميزة الرئيسية التي يخولها حق المنتفع لصاحبه (١).

تصرف المنتفع في حقه :

٣٢٣ - تقدم القول ان للمنتفع، كصاحب اي حق، ان يتصرف في حقه، فللمنتفع ان ينقل حقه الى الغير ببيع او هبة، وله ان يتنازل عنه، كما له ان يؤجر الشيء المنتفع به. فقد نصت المادة (١٢٥٣ ف ١) على ان: «للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة او تبرعا ما لم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق احكام تخالف ذلك».

(١) راجع «بولانيه» المراجع السابق، ج ٢، ف ٢٩٧٩.

ولما كان حق المنتفع حق مؤقت ينتهي حتما بموته، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٣) بأنه: «ويبقى حق الانتفاع بعد التصرف فيه قائما في شخص المنتفع ويسقط بموته لامتداد من تلقى المنفعة منه»، وترتب على ذلك أنه إذا مات من تلقى الحق قبل موت المنتفع وقبل انقضاء مدة الحق فإنه ينتقل إلى ورثة متلقى الحق، ويبقى هذا الحق حتى ينقضي بانقضاء مدته أو بموت المنتفع.

ثانياً - التزامات المنتفع :

٣٢٤ - يلزم المنتفع بما يأتي :

١ - استعمال الشيء بحسب ما اعد له

٣٢٥ - فعلى المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما اعد له (م ١٢٥٤ ، ف ١) فإذا كان الشيء المنتفع به منزلاً معداً للسكن مثلاً ، فلا يجوز له أن يتخذة معبلاً أو محلاً لمزاولة التجارة ، ولكن له أن يؤجر المنزل الذي يسكنه المالك بنفسه إذ ليس في ذلك تغيير في الغرض الذي اعد له الشيء المنتفع بسـه . وإذا استعمل المنتفع الشيء المنتفع به استعمالاً غير مشروع أو استعمالاً لا يتفق مع طبيعة الشيء ، فإن للمالك أن يعترض على هذا الاستعمال وأن يطالب بتقديم تأمينات كما أن للمحكمة أن تحكم بانتهاء حق المنفعة كما منبىرى .

٢ - حفظ الشيء وضمان الهلاك :

٣٢٦ - وعلى المنتفع حفظ الشيء المنتفع به وإن يبدل في حفظه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ١٢٥٤ ، ف ١) والا كان مسؤولاً عن هلاك الشيء فإذا كان الشيء المنتفع به بستاناً فيجب أن يسقيها وأن يثبت فيها شجراً يقوم مقام الشجر الذي يهرم ، وأن يقوم بتقليم الأشجار وتشذيب اغصانها في المواعيد المعتارف عليها ، وعليه أن يعنى بكبرى الجداول والترع وتنظيف المصارف وغير ذلك . فإذا بذل المنتفع العناية المطلوبة فإنه لا يضمن تلف

الشيء أو هلاكه . ولكنه اذا تأخر عن رد الشيء الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع فانه يضمن هلاكه ولو كان الهلاك بدون تعد منه (١) ، لانه يتأخره عن الرد يصبح غاصبا ، والغاصب ضامن لهلاك الشيء سواء كان ذلك بتعديه او بدون تعديه (٢) .

٢- التكاليف والنفقات:

٣٢٧- ويلتزم المنتفع بالتكاليف والنفقات المعتادة التي تقتضيها صيانة الشيء المنتفع به (م ١٢٥٥ مدني ف ١) ، كنفقات اصلاح المجاري والترميم ، ونفقات سقي البساتين ورفس الارض وغرس الاشجار . فهذه النفقات يتحملها المنتفع لانه هو المستفيد من الشيء المنتفع به .

اما نفقات الاصلاحات الجسيمة والتكاليف غير المعتادة ، كما لو انهدمت الدار او قسم منها بسبب القدم او بسبب حوادث غير متوقع كحريق او فيضان فتكون على المالك بلا جبر عليه ، فلا يجوز الزام مالك الرقبة بها ، الا انه اذا قام بها برضاه ، فان له الرجوع على المنتفع بالفوائد القانونية لما انفقته . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (م ١٢٥٥ ف ٢) .

٤- جرد المنقول وتقديم كفالة:

٣٢٨- واذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده . والجرد هو تنظيم كشف تحدد فيه المنقولات بوصفها وصفا يميزها عن غيرها وكيبتها وبيان حالتها . اما بيان قيمتها التقديرية فليس واجبا ولكن لكل من الطرفين طلب ذلك لان تقويمها يساعد على تقدير التعويض الواجب دفعه عند انتهاء حق المنفعة ، اذا كان للتعويض مقتضى (٣) .

وتعتبر ورقة الكشف الدليل الكتابي على ما تسلمه المنتفع من منقولات

(١) ائادة ١٢٥٤ ف ١ مدني .

(٢) انظر الماد ١٩٣ مدني عراقي .

(٣) محمد كادل مرمي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٧ ، عبد الرحمن عصفور ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

وحالتها على أنه القانون لم يشترط شكلاً معيناً لمحضر الجرد، وعليه فإنه يمكن كتابة المحضر في ورقة عرفية (١).

وقد أوجب القانون على المنتفع، إضافة للجرد، تقديم كفالة لضمان إعادة المقبول بعد انتهاء مدة الانتفاع به (م ١٢٥٦)، فقد يبدد المنتفع الشيء المنتفع به أو يهلكه، كما أنه قد لا يقوم بتعويض المالك عما أصاب الشيء من ضرر، ولهذا يلزم المنتفع أن يقدم كفالة يرجع عليه المالك. فإذا امتنع المنتفع عن تقديم الكفالة المطلوبة أو عجز عن ذلك، بيع الشيء ووظف ثمنه في شراء سندات عامة أو بطريقة أخرى، فينتقل حق المنتفع إلى البديل فيستفيد من أرباحها.

وأذا كان القانون يوجب على المنتفع تقديم كفالة، فإن هذا الحكم ليس من النظام العام، فيجوز، وغالباً ما يقع ذلك في العمل، إعفاء المنتفع من الكفالة. وهذا الإعفاء قد يكون صريحاً ينص عليه في السند المنشئ لحق المنتفعة، وقد يكون ضمناً كما لو باع المالك الشيء واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع به مدى حياته، فيستتج ضمناً إعفاء المنتفع من الكفالة ما لم يطلبها المشتري صراحة عند البيع (٢).

الفرع الرابع

انقضاء حق المنتفعة

٣٢٩ - تناول القانون المدني العراقي أسباب انقضاء حق المنتفعة في المواد (١٢٥٧ - ١٢٦٠) كما أن هناك حالات أخرى وردت الإشارة إليها في نصوص خاصة، إلى جانب بعض الحالات التي لم ترد بشأنها نصوص خاصة ولكنها تستفاد من أحكام القواعد العامة وأهم هذه الأسباب هي:

(١) السهوي، المرجع السابق، ج ١، ص ٩٠، ف ٥٢٤.

(٢) ربيع وبولانبجي، المرجع السابق، ج ٢، ف ٢٩٧٧.

١ - انقضاء الاجل او موت المنتفع :
٣٣٠ - قلنا ان حق المنفعة حق مؤقت ، ولهذا فانه ينقضي عادة بانقضاء
الاجل المعين له في سند انشائه ، فاذا خلا هذا السند من بيان هذا الاجل
عد حق المنفعة مقررأ مدى حياة المنتفع فينقضي اختتام لموت المنتفع حتى
قبل انقضاء الاجل المعين في السند ، ولا ينتقل الى ورثته (م ١٢٥٧) .
وكل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته لقواعد
النظام العام .

واذا كان حق المنفعة مقررأ لعدة اشخاص على التعاقب ومات احدهم
انتقل الحق الى الذي يليه ، واذا كان مقررأ لعدة اشخاص معا ومات احدهم
فان حق المنفعة ينقضي بالنسبة اليه ولا تنضاف حصته الى حصص المنتفعين
الباقين ما لم يوجد شرط يفضي بغير ذلك (١) .
واذا كان حق المنفعة مقررأ لشخص معنوي ، سواء كان من اشخاص
القانون العام او من اشخاص القانون الخاص ، ولم يعين له اجل في سند
انشائه ، فالمفروض انه لا ينقضي الا اذا زال الشخص المعنوي . ولكن بعض
القوانين حددت اجلا اقصى ينقضي حق المنفعة بانقضائه ولو ظل الشخص المعنوي
موجوداً (٢) .

٢ - هلاك الشيء المنتفع به :
٣٣١ - وينقضي حق المنفعة اذا هلك الشيء المنتفع به هلاكا كلياً لتخلف
محل الحق ، غير انه اذا عوض المالك عن الهلاك ، كبذل استملاك للمنفعة او
العامة ، او مبلغ تأمين ، او اذا كان الهلاك بفعل شخص اجنبي ودفع تعويضاً
عنه ، فان حق المنفعة ينتقل الى هذا التعويض .

(١) انظر: عبد الرحمن عصفه، المرجع السابق، ص ٢١٠ .
(٢) المادة ٧٤٩ من القانون المدني السويسري تحدد هذا الاجل بمائة سنة، والمادة ٩١٩ من
القانون المدني الفرنسي تحددته بثلاثين سنة .

وإذا كان الهلاك بسبب خطأ المالك فإن حق المنفعة ينقضي كذلك ، ولكن للمنتفع في هذه الحالة مطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر . وإذا لم يكن الهلاك بخطأ من المالك فإنه لا يجبر على إعادة الشيء الى أصله . ولكنه إذا أعاده رجع حق المنفعة للمنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه ، ويطبق في هذه الحالة حكم المادة ١٢٥٥ ف ٢ (م ١٢٥٨ ف ٢) . وقد رأينا ان الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٥) التي يحيل اليها هذا النص تقضي بان التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسمية التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع تكون على المالك بلا جبر عليه ، ويلزم المنتفع بان يؤدي للمالك فوائد ما أنفق في ذلك .

٣- اجتماع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد:

٣٣٢- فينقضي حق المنفعة إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك (م ١٢٥٩ عبارة أولى) . وهذا ما يعبر عنه باتحاد الذمة او الادغام . فإذا اجتمعت في شخص واحد حقوق المنتفع وحقوق مالك الرقبة انقضى حق المنفعة ، كما لو ورث المنتفع المالك او اذا اشترى المالك حق المنفعة او اشترى المنتفع حق الرقبة .

وبالنظر لعموم النصوص فقد ذهب عدد من الشراح سواء في فرنسا او في البلاد العربية الى ان من صور اتحاد الذمة التي تؤدي ايضا إلى انقضاء حق المنفعة ما اذا ورث المالك المنتفع (١) . ولكننا لانرى ذلك ، لان حق المنفعة ، كما رأينا ، ينقضي حتماً بموت المنتفع ، فهو حق لا يورث . فإذا مات المنتفع انقضى حقه بحكم القانون ، وبالتالي فإنه لا يمكن ان ينتقل إلى خلفه . فإذا كان هذا الخلف هو مالك الرقبة فإن حق انتفاع مورثه لا ينتقل إليه ، ولكنه يسترد ملكيته تامة لانقضاء حق المنفعة بموت صاحبه وليس بسبب اتحاد الذمة .

(١) انظر: رينير وبولانجييه، المرجع السابق، ج ٢، ف ٢٠٤٤، وفي الفقه العراقي، عبد الرحمن حنظل، المرجع السابق، ص ٢١٢، سعيد مبارك، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

على ان حق المنفعة لا ينتقضي اذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك اذا كان للمالك مصلحة في بقاءه كما لو كانت الرقبة مرهونة (م ١٢٥٩ عبارة اخيرة)، فيبقى حق المنفعة منفصلا عن الرهن حتى لا يتعدى اليه الرهن (١) .

٤ - عدم الاستعمال (التقادم)

٣٣٣ - وينقضي حق المنفعة بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (م ١٢٦٠ مدني) وتطبق هنا القواعد الخاصة بوقف التقادم وانقطاعه .

ويشترط لسقوط حق المنفعة ان يكون عدم استعمال المنتفع لحقه شاملا ومستمرًا طوال مدة التقادم (٢) . ويترتب على ذلك انه اذا كان الشيء المنتفع به ارضا وزرع المنتفع فسيأمنها واهمل القسم الاخر المدة المقررة قانونا، فان حقه لا ينتقضي لان عدم الاستعمال لم يكن شاملا لكل الشيء المنتفع به .

٥ - الاستعمال غير المشروع :

٣٣٤ - رأينا ان على المنتفع ان يستعمل الشيء المنتفع به بحسب ما اعد له فإذا استعمل المنتفع الشيء استعمالا لا يتفق مع طبيعته او استعمله استعمالا غير مشروع ، كان للمالك ان يعترض على هذا الاستعمال وان يطالب بتقديم تأمينات اذا اثبت ان حقوقه في خطر . فاذا لم يقدم المنتفع هذه التأمينات او استمر في استعمال الشيء استعمالا غير مشروع او غير متفق مع طبيعته فللمحكمة ان تنزعه من يده وتسلمه الى عدل يتولى ادارته ، ولها، تبعا لخطورة الحال ان تحكم بانتهاء حق الانتفاع على ان لا يخل ذلك بالحقوق التي يكون الغير قد كسبها على الشيء المنتفع به (م ١٢٥٤ ف ٢ مدني) .

(١) مجموعة الاعمال التفسيرية للقانون المدني المصري، ج ٦، ف ٥٥٢ .

(٢) دبير وبولانجية، المرجع السابق، ج ٢، ف ٣٠٤١ .

٦ - تنازل المنتفع عن حقه :

٣٣٥ - وينقضي حق المصلحة اذا تنازل عنه صاحبه، بمقابل او بدون مقابل لمصلحة مالك الرقبة او لمصلحة الغير، باتفاق مع المالك او بإرادة المنتفع المنفردة.

ويرى بعض الفقهاء ان التنازل عن حق الانتفاع غير ممكن الا باتفاق مع المالك (١) . وعلى كل حال، فان مما لا شك فيه ان للمنتفع في القانون العراقي التزول عن حقه بإرادته المنفردة، ذلك ان التنازل في هذا القانون تصرف قانوني يصدر من جانب واحد، فتكفي فيه ارادة واحدة هي ارادة المنتفع (٢).

ولدائي المنتفع ان يطعنوا في تنازله عن حق انتفاعه بدعوى عدم نفاذ التصرفات اذا توافرت شروط هذه الدعوى.

(١) راجع: ريبير ويولانجيه، المرجع السابق، ج ٢، ف ٢٠٤٥ - ٢٠٤٧.
(٢) في هذا المعنى: حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٣٤٧، سعيد مبارك، المرجع السابق ص ٢٨٧.

المبحث الثاني حق الاستعمال وحق السكنى الفرع الاول

تعريف حق الاستعمال وحق السكنى ونطاقهما

٣٣٦- رأينا ان السلطات او المزايا التي يخولها حق الملكية لصاحبه هي: الاستعمال والاستغلال والتصرف. ووجدنا بان للمالك ان يرتب على الشيء الذي يملكه حق انتفاع (منفعة) للغير بان يتخلى للمنتفع عن مزيتي الاستعمال والاستغلال. ولكن يجوز للمالك ان يتخلى للغير عن مزية الاستعمال دون مزية الاستغلال، وقد يقيد المالك هذا الاستعمال بصورة من صوره وهي سكنى المنتفع واسرته. فالحق الذي ينشأ للمنتفع في الحالة الاولى يسمى «حق الاستعمال»، ويسمى في الثانية «حق السكنى».

وفي هذا تقول المادة (١٢٦١) من القانون المدني العراقي انه: «يصح ان يكون تملك المنتفع قاصراً على الاستعمال او على السكنى».

فحق الاستعمال حق عيني يخول صاحبه استعمال شيء مملوك للغير لنفسه او لاسرته فقط ولايجوز الانتفاع به بطريق اخر كايجار مثلاً. اما حق السكنى فهو صورة من صور حق الاستعمال لان الانتفاع مقيد بسكنى المنتفع واسرته فقط.

وحق الاستعمال يمكن ان يرد على عقار كما يمكن ان يرد على منقول اما حق السكنى فلا يتصور ان يرد الا على عقار وبالذات على دار السكنى.

وقد نصت المادة (١٢٦٢) من القانون المدني على انه: «نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق واسرته في خاصة انفسهم». فحق الاستعمال او حق السكنى يتقيد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق واسرته في خاصة انفسهم، بينما لصاحب حق المنفعة، كما رأينا ان ينتفع بالشيء بنفسه، كما له ان يؤجره او ان يعيره.

والأسرة هنا تشمل جميع من يعوله صاحب حق الاستعمال او السكنى من الأقارب والأزواج والأولاد والخدم، ولا يقيد بمن لهم حق النفقة على صاحب الحق شرعا (١).

الفرع الثاني

احكام حق الاستعمال وحق السكنى

١- التزول للغير عن حق الاستعمال وحق السكنى:

٣٣٧- ينص المادة (١٢٦٣) من القانون المدني العراقي بانه: «لا يجوز التزول للغير عن حق الاستعمال او عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح او مبرر قوى».

فالقصد من حق الاستعمال وحق السكنى هو انتفاع صاحب الحق وأسرته (٢)، فهو حق قاصر عليهم، ولهذا لم يجوز القانون لصاحب الحق ان يتزل عنه للغير بعوض او بدون عوض الا اذا وجد شرط صريح في السند الذي انشأ الحق يسوغ لصاحبه التزول عنه للغير، او اذا وجد مبرر قوى كما لو تعذر الاستعمال او السكنى بسبب انتقال الموظف من مكان إلى آخر، او بسبب السفر إلى الخارج للدراسة، فيكون لصاحب الحق ايجار الدار للغير بدلا من بقائها خالية (٣). وعلى كل، فان وجود المبرر القوي من غلظه مسألة تقديرية تترك لقاضي الموضوع.

٢- اصلاح الدار المقرر عليها حق السكنى.

٣٣٨- اذا احتاجت الدار المقرر عليها حق السكنى إلى اصلاح بسبب الاستعمال، التزم صاحب حق السكنى باجرائه. واذا امتنع صاحب حق

(١) انظر عبد الرحمن جبر، المرجع السابق، ص ٢١٩، حسن علي الذنون، المرجع السابق

ص ٣٥٠
(٢) وهذا يتميز هذان الحقان من حق النفقة، لهما حقان مقصوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة اليه هو وأسرته (انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، ص ٥٥٧).

(٣) انظر عبد الرحمن جبر، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

السكنى عن القيام بالاصلاح المطلوب، وكان من شأن هذا الامتناع ان يؤدي إلى الاضرار بالدار، فللمحكمة، بناء على طلب المالك، ان تؤجرها لشخص اخر يقوم باصلاحها على ان يستوفى من الاجرة ماانفق في اصلاحها، واذا كانت مدة الايجار المقابلة لتفقات الاصلاح تنقضي قبل انقضاء حق السكنى فان الدار تعود إلى صاحب هذا الحق للانتفاع بها لما تبقى من مدته (م ١٢٦٤ مدني).

واذا انشأ صاحب حق السكنى مبانى اضافية اكثر مما يتطلبه اصلاح الدار، فان هذه الانشاءات الجديدة تكون ملكا لصاحب حق السكنى تنتقل من بعده الى ورثته (م ١٢٦٤ ف ١).

٣- سرهان الاحكام المتعلقة بحق المنفعة :

٣٣٩- وبالنظر الى ان حق الاستعمال وحق السكنى نوعان خاصان من انواع حق المنفعة فقد قضت المادة (١٢٦٥) من القانون المدني العراقي بانه، فيما عدا ما تقدم من احكام، تسري الاحكام المتعلقة بحق المنفعة على حق الاستعمال وحق السكنى، وما دامت هذه الاحكام لاتعارض مع طبيعة هذين الحقين.

فاسباب كسب حق المنفعة واسباب انقضائه هي ذات الاسباب التي تؤدي الى كسب حق الاستعمال وحق السكنى وانقضائهما. وهما، كحق المنفعة مؤقتان: فاذا لم تعين لهما مدة، انصرفت الى مدى حياة صاحبي الحق وينقضيان حتما بموت صاحبهما. كما ان التزامات صاحب حق الاستعمال او حق السكنى هي التزامات المنتفع، غير انه لاينطبق في حق الاستعمال اذا كان مقررأ على منقول، وامتنع صاحب الحق عن تقديم كفالة فلا يجوز بيع المنقول وتوظيف ثمنه في شراء سندات عامة او بطريقة اخرى (١) لتعارض هذا الحكم مع طبيعة حق الاستعمال. ولا ينطبق في حق السكنى ان تترع المحكمة العين من يد صاحب هذا الحق وتسلمها الى عدل يتولى ادارتها وفقاً للمادة (١٢٥٤ ف ٢)

(١) المادة ١٢٥٦ مدني عراقي.

المبحث الثالث

حق المساطحة

٣٤٠ - حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته (م ١٢٦٦ ف ١ مدني) .
فتبين من ذلك ان للمساطح بالاتفاق مع صاحب الارض ان يقيم بناء للسكنى او منشآت اخرى كمعمل او مخزن او غير ذلك . اما الغراس فقد استثناه المشرع العراقي ، في حين اجازته تشريعات عربية اخرى كالقانون السوري والقانون اللبناني (١) .

ويجوز ترتيب حق المساطحة على الارض المعاودة ملكا صرفا كما يجوز ترتيبه على الاراضي الموقوفة وفقا صحيحا (٢) .
ونرى بعد ذلك اسباب كسب حق المساطحة واحكامه واسباب انتهائه.

الفرع الاول

اسباب كسب حق المساطحة

٣٤١ - يكسب حق المساطحة بالعقد . وهذا العقد قد يكون منشئا لحق المساطحة ، ويتم بين المساطح وصاحب الارض . وقد يكون هذا العقد عقد اجارة طويلة (٢) يخول فيه صاحب الارض المستأجر بان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها (٤) .

(١) انظر المادة ٩٩٤ ، مدني سوري والمادة ٢٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(٢) المادة ٢٢٩ ف ١ من قانون التسجيل العقاري .

(٣) اكتفى المشرع العراقي بالإشارة في المادة ٦٨ من القانون المدني إلى الإجارة الطويلة باعتبارها من الحقوق العينية الأصلية دون أن يعنى بتعريفها وبيان أحكامها. ولكنه حاول أن يسهل هذا النقص التشريعي في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ فنظم الإجارة الطويلة في المادة ٢٢٩ ف ٢ من هذا القانون وأدخلها لاسكان المساطحة من حيث التسجيل والمدة والتصرف والارث.

(٤) المادة ٢٢٩ ف ٢ تسجيل عقاري

ويجب لنشوء حق المساطحة والاجارة الطويلة تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري. فالتسجيل من اركان العقد المنشئ او النقل لحق المساطحة (١) ويسرى هذا الحكم كذلك على الاجارة الطويلة (٢) .

مدة حق المساطحة :

٣٤٢ - ولا يجوز ان تزيد مدة حق المساطحة على خمسين سنة (م ١٢٦٧ ف ١ ملني) . فاذا زادت المدة المحددة في العقد عن الخمسين سنة فان العقد لا يظل وإنما يقتصر التسجيل على الخمسين سنة فقط وذلك باتفاق الطرفين (٣) . واذا لم يحدد العقد مدة للمساطحة فلكل من المساطح ومالك الارض ان ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبية على الاخر بذلك (٤) .

واذا ورد حق المساطحة على جزء معين من الارض فيجب اجراء معاملة الافراز لهذا الجزء قبل تسجيل حق المساطحة عليه (٥) . ليصبح الجزء المقرز وحدة عقارية مستقلة تتوافر فيها شروط الوحدة العقارية وفق المادة (٧٩ ف ١ تسجيل عقاري) (٦) .

الفرع الثاني

احكام حق المساطحة

٣٤٣ - يتضح من قراءة نصوص المواد (١٢٦٩ و ١٢٧٠) من القانون المدني و (٢٣٢) من قانون التسجيل العقاري ان اهم احكام حق المساطحة مايلي :

- (١) انظر المادة ١٢٦٩ ف ٢ ملني والمادتين ٢ و ٢٢٩ ف ١ من قانون التسجيل العقاري .
- (٢) المادة ٢٢٩ ف ٢ تسجيل عقاري .
- (٣) للمادة ٢٣٠ ف ٢ تسجيل عقاري .
- (٤) المادة ١٢٦٧ ف ١ ملني .
- (٥) المادة ٢٣١ تسجيل عقاري .
- (٦) انظر : مصطفى مجيد ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١٠٢ .

حقوق المساطح:

٣٤٤ - بتين من المادة (١٢٦٩) من القانون المدني ان للمساطح حقين :

(١) حق في البناء او المنشآت الاخرى (٢) حق المساطحة نفسه .
فبالنسبة لحقه في البناء او المنشآت الاخرى التي يقيمها على ارض المالك فانه حق ملكية خالصة . ولكنه حق مؤقت لانه ينتهي ، على الاغلب ، بانتهاء المدة المحددة للمساطحة . ويترتب على كون المساطح مالكا لهذه الابنية والمنشآت ان له ان يتصرف بها . فمقرنا بحق المساطحة بجميع انواع التصرفات بالبيع او الهبة او كحصة في شركة او رهن او غير ذلك .

على ان ملكية المساطح هذه محددة بالابنية والمنشآت التي شيدها هو على الارض ، كما انها ملكية مقيدة بالغرض الذي اعد له البناء او المنشآت فلا يجوز له مثلا ان يبيع المحدثات مقلوعة لان ذلك يضر بصاحب الارض . اما الحق الثاني الذي يملكه المساطح فهو حق المساطحة نفسه ، اي الحق في البناء على ارض الغير . فهو اذن حق قرار للمساطح ، يكون له ان يتصرف به كذلك قبل البناء ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك (م ٢٣٣٢ م تسجيل عقاري) . واذا استملك العقار الذي تقرر للغير عليه حق مساطحة او حق اجارة طويلة فيستحق صاحب هذا الحق من بدل الاستملاك ما يعادل بدل الاستفادة منه للسنتين الباقية من مدته ، بعد تنزيل الاجر السنوي المتفق عليه بين المالك وصاحب الحق ونفقات الصيانة والاجور والرسوم التي تتحقق خلالها (١) . واذا لم يشيد المساطح الابنية المتفق عليها على العقار المستملك ، بموجب عقد المساطحة وقت طلب الاستملاك ، فان نصيبه من بدل الاستملاك يتحدد بما لا يزيد على ١٠٪ منه ، مضافا اليه مادفعه من اجر سنوي للمالك الارض للسنتين السابقتين على طلب الاستملاك (٢) .

(١) انظر المادة ٣٥ اولا (أ) من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

(٢) الفقرة (٨) من نفس المادة .

وينتقل حق المساطح في المساطحة وفي البناء والمنشآت بالارث وبالوصية (م ١٢٦٩ ف ٢ مدني). وتسرى على الميراث والوصية القواعد العامة الواردة بشأنهما كسبيين من اسباب كسب الملكية. والاحكام المتعلقة بانتقال حق المساطحة عن طريق الارث تنطبق على الاجارة الطويلة ايضا (م ٢٢٩ ف ٢ تسجيل عقاري ٤).

هذا ولابد من ملاحظة ان ثبوت حق المساطحة للمساطح لا يسلب من مالك الارض سلطة التصرف في ارضه ، ولكن هذه السلطة تتقيد لصالح المساطح وبالقدر الذي يتعارض فيه استعمال هذه السلطة مع حقوق المساطح. فلمالك الارض اجراء جميع التصرفات القانونية عليها عدا التصرفات التي تؤثر في حقوق المساطح كانشاء حق ارتفاق عليها، ولكن يجوز له ذلك بموافقة المساطح. ويجوز كذلك للمالك الارض مباشرة التصرفات الفعلية عليها كافرازها إلى قسمين او اكثر او توحيد ارض اخرى معها اذا وافق على ذلك (م ٢٣٣ تسجيل عقاري).

التزامات المساطح :

٣٤٥- يلتزم المساطح ، اذا اشترطت عليه اجرة في مقابل الحق ، بدفعها لصاحب الارض ، فاذا امتنع المساطح عن دفع الاجرة او تأخر في دفعها ثلاث سنوات متواليات كان لصاحب الارض ان يطلب فسخ العقد ، مالم يوجد اتفاق يقضي بعدم جواز طلب صاحب الارض فسخ العقد اذا تأخر المساطح عن دفع الاجرة ولو لاكثر من ثلاث سنوات بتعويض صاحب الارض عن الاجرة بطريقة اخرى (١).

كما يلتزم المساطح باستعمال الارض فيما اعدت له ، وان يبذل في العناية بها عناية الشخص المعتاد . كما يلتزم المساطح باعادة الارض الى صاحبها عند انتهاء حق المساطحة .

(١) انظر : عبد الرحمن محفر ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

مضمون البناء والمنشآت :

٣٤٦ - تنتقل ملكية البناء والمنشآت الأخرى إلى صاحب الأرض عند انتهاء المساطحة ، على أن يدفع للمساطح قيمتها مستحقة للقلع ، ما لم يوجد شرط أجنبي بخلاف ذلك (م ١٢٧٠ مدني) .

فلاصل أن صاحب الأرض يملك الابنية والمنشآت الأخرى ، إذا انتهت مدة المساطحة ، بقيمتها مستحقة للقلع ، ولكن ليس هناك ثمة ما يمنع الاتفاق بين صاحب الأرض والمساطح على بقاء الابنية والمنشآت ، بعد انتهاء حق المساطحة ، مشتركة بين صاحب الأرض والمساطح ، أو على أن يملك المساطح جزءا من الابنية أو المنشآت مع الجزء المقامة عليه من الأرض .

الفرع الثالث

انقضاء حق المساطحة

٣٤٧ - ينقضي حق المساطحة إذا تحقق سبب من الاسباب الآتية :

١ - بانتهاء المدة :

٣٤٨ - فينتضي حق المساطحة بانتهاء المدة المحددة له ، وهذه المدة ، كما رأينا ، لا يجوز أن تزيد عن خمسين سنة . أما إذا لم تحدد في الاتفاق مدة لحق المساطحة فيجوز لكل من الطرفين إنهاؤه بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الطرف الآخر .

هذا ويلاحظ بأن حق المساطحة لا يزول بزوال البناء قبل انتهاء مدة الحق (م ١٢٦٧ ف ٢) مدني . كما أن حق المساطحة لا يتقضي بموت المساطح مادامت المدة لم تنته بعد ، فحق المساطحة ينتقل بالمراث إلى ورثة المساطح كل بمقدار نصيبه في التركة (م ١٢٦٩ ف ٢ مدني) .

٢ - بفسخ العقد:

٣٤٩ - وينقضي حق المساطحة إذا فسخ العقد المنشئ للمساطحة بسبب إخلال المساطح بالتزامه بدفع الأجرة المتفق عليها في مقابل الحق بأن تأخر عن دفعها ثلاث سنوات متتاليات ، فلصاحب الأرض طلب الحكم بفسخ العقد.

٣ - بانتهاء العقد اتفقا أو قضاء

٣٥٠ - وينقضي حق المساطحة كذلك باتفاق بين المساطح وصاحب الأرض قبل انتهاء المدة ، كما ينتهي بالاستناد إلى حكم قضائي حائز على درجة التات (م ٢٣٤ ف ب) تسجيل عقاري .

٤ - باتحاد اللمة:

٣٥١ - وينقضي حق المساطحة باتحاد ملكية الأرض مع ملكية حق المساطحة والابنية والمنشآت بشخص واحد (٢٣٤ ف ١ دأه) تسجيل عقاري. فانتقال حق المساطحة إلى صاحب الأرض أو انتقال ملكية الأرض إلى المساطح بأي سبب يؤدي إلى ضم مانفرد من الملكية (١) ، فتجتمع في شخص واحد السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه ، فينقضي حق المساطحة بهذا الاتحاد.

(١) انظر : مصطلح جديد ، المراجع السابق ، ج ٢ ص ١٠٨.

الفصل السابع

حقوق الارتفاق

٣٥٢- عالج القانون المدني العراقي حقوق الارتفاق في المواد (١٢٧١) - (١٢٨٤) وذلك في ثلاثة فروع ، تناول في الاول منها ترتيب حقوق الارتفاق وفي الثاني أحكام هذه الحقوق ، وفي الثالث انقضاءها .

المبحث الاول

ترتيب حقوق الارتفاق

٣٥٣- نتناول في هذا المبحث تعريف حق الارتفاق وخصائصه ، ثم أنواعه وأخيراً مصادره وأسباب كسبه .

الفرع الاول

تعريف حق الارتفاق وخصائصه

تعريفه :

٣٥٤- عرفت المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي حق الارتفاق بقولها: «الارتفاق حق يخدم منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر» .
فيوضح من هذا التعريف أن الارتفاق تكليف أو قيد يتقرر على عقار يسمى «العقار الخادم» أو المرتفق به لمصلحة عقار آخر يسمى «العقار المخدم» أو المرتفق .

وفيهما مما تقدم أن حق الارتفاق لا يتقرر إلا على عقار . فالمقول لا يصلح أن يكون محلاً لهذا الحق . وينبغي أن يكون العقار عقاراً بطبيعته ، فالعقار بالتخصيص لا يصلح أن يكون محلاً لحق ارتفاق مستقلاً عن العقار بطبيعته . لما لا تصلح الاشجار التي تعتبر عقاراً أن تكون محلاً لحق ارتفاق .

ويلزم أن يكون العقار مما يجوز التعامل فيه، أي مما يصلح أن يكون محلاً للملكية خاصة. ومع ذلك، فقد ذهبت بعض التشريعات (١) كما ذهب بعض الفقهاء (٢) إلى أن العقارات العامة تصلح أن تكون محلاً لحق ارتفاق بشرط ألا يتعارض ذلك مع الغرض الذي خصصت له هذه العقارات، كحق إقامة أكشاك للاستحمام على شاطئ البحر. ومن الفقهاء من يذهب إلى أن من حقوق الارتفاق ما يتفق تماماً مع الغرض الذي خصصت له العقارات العامة كحق المرور وحق المظل وحق المسيل (٣).

خصائص حق الارتفاق :

٣٥٥ - يتميز حق الارتفاق بالخصائص التالية :

١ - حجة على الكافة :

٣٥٦ - فحق الارتفاق حق عيني ، فهو بهذا الاعتبار لا يحتاج به في مواجهة مالك العقار الخادم فحسب ، وإنما يحتاج به في مواجهة الكافة

٢ - حق تابع :

٣٥٧ - فحق الارتفاق حق تابع لا يفصل عن العقار ، فهو يتبع العقار الخادم أو المخدم ويتقل معه ، ويجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات فلا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار بالبيع أو الرهن أو غير ذلك. ويترب على ذلك أيضاً أنه إذا بيع العقار أو رهن شمل هذا البيع أو الهبة أو الرهن حق الارتفاق كذلك باعتباره من ملحقات العقار محل التصرف

٣ - حق دائم :

٣٥٨ - وحق الارتفاق حق دائم، وصفة الدوام هذه تنأى من كونه حقاً تابعاً. فمادام ضرورياً للارتفاع بعقار فانه مثله حق دائم ولكن يلاحظ

(١) لقد نصت العبارة الثانية من المادة ١٠١٥ من القانون المدني المصري على أنه «ويجوز أن يترقب الارتفاق على مال عام أن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال».

(٢) الشهودي ، المرجع السابق - ج ٩ ، ف ٥٥٢. والفتى المشار إليه .

(٣) أنظر : ريبرو بولانجي ، المرجع السابق ، ف ٣٠٧٥.

أن صفة الدوام وإن كانت من طبيعة حق الارتفاق فإنها مع ذلك ليست من مستلزماته ، وبالتالي فإنه يجوز ، باتفاق خاص ، تحديده بوقت معين (١) .

٤- حق غير قابل للتجزئة :

٣٥٩- فحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة سواء من حيث انشاؤه أو من حيث زواله . وعلى ذلك فلا يصح ترتيب حق ارتفاق على عقار مملوك على الشيوع لأكثر من مالك ولا لمصلحة هذا العقار دون موافقة جميع الشركاء ، كما لا يمكن ترتيب حق ارتفاق لمصلحة حصّة شائعة في عقار شائع . وترتب على ذلك أيضا أنه إذا تنازل أحد الشركاء في الملك الشائع عن حقه في الارتفاق فإن الارتفاق لا ينقضي ، وإنما يستمر باقي الشركاء في استعماله . وترتب على هذه الصفة أيضا أنه إذا قسم العقار المرتفق به فإن حق الارتفاق يبقى على كل أجزائه رغم إجراء القسمة (٢) إلا إذا كان حق الارتفاق غير مستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكننا أن نستعمل عليه ، فيجوز لصاحب كل جزء منها في هذه الحالة المطالبة بزوال هذا الحق على الجزء الذي يخصه (٣) .

الفرع الثاني

أنواع حقوق الارتفاق

٣٦٠- تنقسم حقوق الارتفاق الى أنواع متعددة نذكر أهمها فيما يلي :

أولاً - الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات الخفية :

٣٦١- حقوق الارتفاق الظاهرة هي تلك التي تنبئ عن وجودها علامات خارجية أو أعمال ظاهرة كالطرق والممرات والقنوات والأبواب والنوافذ . ومن هذه الارتفاقات حق المرور وحق المجرى وحق المسيل . أما الارتفاقات

(١) أنظر : ديبورو بولانجي ، المراجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٠٧٨ .

(٢) ديبورو بولانجي ، المراجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٠٨٠ .

(٣) المادة ١٢٧ ، ف ٢ ، و ١٢٨٠ ف ٢ منها مرقى .

الخفية فهي تلك التي لا يوجد ما يدل عليها من مظاهر خارجية او اعمال كارتفاع خاص بعدم البناء او بعدم تعلية البناء زيادة على ارتفاع معين . وبلاحظ ان من حقوق الارتفاع ما يمكن ان يكون ظاهراً في حالة وخفياً في حالة اخرى تبعاً لوجود او عدم وجود مظاهر خارجية تدل عليه ، كحق المجرى وحق المرور مثلاً . فاذا وجدت قناة او ساقية او انبوب على سطح الارض كان حق المجرى ظاهراً اما اذا جرى الماء في انابيب مدفونة في الارض كان الارتفاع خفياً . وبلاحظ على كل حال ان معرفة ما اذا كان الارتفاع ظاهراً او خفياً مسألة وقائع يستقل في تقديرها قاضي الموضوع . وقد اشار القانون المدني العراقي الى تقسيم الارتفاعات الى ظاهرة وخفية في المادتين (١٢٧٢ و ١٢٧٣ ف ١) ورتب على التمييز بينها بعض الاحكام كما سنرى .

ثانياً - الارتفاعات اليجابية والارتفاعات السلبية :

٣٦٢ - يكون الارتفاع ايجابياً اذا تحول صاحب العقار المرتفق الحق في القيام باعمال ايجابية على العقار المرتفق به كالمرور والمجرى والمرعى ويكون الارتفاع سلبياً اذا كان لا يخول صاحبه مثل هذا الحق بل يقتصر اثره على التزام صاحب العقار المرتفق به بالامتناع عن القيام ببعض الاعمال التي يملك اصلاً صاحب العقار القيام بها كالارتفاع بعدم البناء او بعدم الارتفاع بالبناء اكثر من حد معين .

وقد اشار القانون المدني العراقي الى الارتفاعات السلبية في المادة (١٢٧٤) التي سنشير الى حكمها فيما بعد .

ثالثاً - الارتفاعات المستمرة والارتفاعات غير المستمرة :

٣٦٣ - الارتفاع المستمر هو الذي يكون استعماله متواصلاً دون تدخل حالي ومتكرر من فعل الانسان ، اما لانها لا تحتاج في استعمالها الى ذلك ، كالارتفاع بعدم البناء ، او لانها لا تحتاج الى فعل الانسان الا في بداية الامر ،

فمضى ما تم ذلك أصبح استعمال الحق بدون حاجة الى فعل حالي من الانسان ،
كالارتفاق الخاص بالمجرى أو بالمسيل

اما الارتفاق غير المستمر فهو الذى يلزم لاستعماله التدخل الحالى لفعل
الانسان ، اى توالي صندوق الفعل من صاحب العقار المخدم كالارتفاق ،
الخاص بالمرور والمرعى (١) .

هذا ونشير ان بعض الفقهاء يورد تقسيما آخر من تقسيمات حقوق
الارتفاق وهو الذى يقسم الارتفاقات الى ارتفاقات قانونية وارتفاقات اتفاقية
متأثرين في ذلك بالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري القديم
ولكننا وجدنا لدى بحثنا للقيود التي ترجع الى حالات خاصة أنه لا بد من
التمييز بين القيود القانونية وبين حقوق الارتفاق بمعناها الفني الدقيق ، وان
مسلك المشرع العراقي يؤيد هذا الاتجاه (٢) .

الفرع الثالث

أسباب كسب حق الارتفاق

٣٦٤ - يتبين من نصوص المادتين (١٢٧٢) و(١٢٧٣) من القانون المدني
العراقي ان اسباب كسب حقوق الارتفاق خمسة هي : العقد ، الميراث ،
والوصية ، التقادم ، وتخصيص المالك الاصيل . وحيث ان العقد والوصية تجمعهما
صفة واحدة كونهما من التصرفات القانونية فاننا سنتكلم عنهما معا في مطلب
واحد ، ثم في الاسباب الاخرى في مطالب مستقلة .

المطلب الأول

التصرف القانوني (العقد والوصية)

٣٦٥ - قد يكون التصرف القانوني صادرا من طرفين وهذا هو العقد ، وقد
يكون صادرا من طرف واحد وهذا هو الوصية . والعقد قد يكون

(١) راجع : ريبرو بولانجيه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٢٠٨٩-٢٠٨٥ .
(٢) راجع مانقدهم ص ٨١-٨٢ .

معاوضة كالبيع وقد يكون تبرعا كالهبة . فلمالك العقار ان يرتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر في مقابل ثمن أو بدون مقابل .

ومن المقرر فقها وقضاء أن جميع حقوق الارتفاق يمكن انشاؤها بتصرف قانوني ولا يقيد من ارادة الطرفين أو ارادة الموصى في ذلك سوى وجوب مراعاة قواعد النظام العام والاداب من جهة وطبيعة حق الارتفاق من جهة أخرى . فلا يجوز ترتيب حق الارتفاق بالمرور لتسهيل تهريب البضائع أو حق ارتفاق بالرؤية أو ١١ الى على غرف نوم الجيران . فمثل هذه الاتفاقات باطلة لمخالفتها لقواعد النظام العام والاداب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على انشاء حق ارتفاق لشخص على عقار ، أو شخص آخر ، أو لعقار على شخص ، لان ذلك يتنافى وطبيعة حقوق الارتفاق التي تقتض انشاؤها على عقار لمصلحة عقار آخر ، وذلك للحيولة دون عودة ما كان بدعى به «الارتفاقات الاقطاعية» (١) .

ويخضع التصرف القانوني ، عقدا كان أم وصية ، لاحكام القواعد العامة الموضوعية والشكلية التي تحكم التصرفات العامة ، ولا يستطيع ، للسبب نفسه ، صاحب حق المنفعة ان يرتب حق ارتفاق على العقار الذي له عليه حق منفعة لانه لا يملك التصرف في العقار

هذا ويلاحظ ان التصرف القانوني المشيء لحق الارتفاق ، باعتباره تصرفا عقاريا بحسب تعبير قانون التسجيل العقاري لا يمكن أن ينقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري (٢)

المطلب الثاني

الميراث

٣٦٦ - ويكتسب حق الارتفاق بالميراث وذلك تبعاً للعقار المرتفق ، ولا يتصور انتقاله مستقلاً عن هذا العقار

(١) راجع : رهبر وبولانجيه، المرجع السابق، ج ٢، ف ٢١٢٠ - ٢١٢١.

(٢) المادة ٢ ف ٢ من قانون التسجيل العقاري.

فاذا مات صاحب حق الارتفاق انتقل حقه الى ورثته اذا كان العقار المرتفق (المخلوم) من الأملاك الصرفة ، أو الى صاحب حق الانتقال اذا كان العقار من اراضي الدولة ، لاستقلاله عن هذا العقار وانما باعتباره تابعاً له . فحق الارتفاق لا يكون عنصراً مستقلاً عن عناصر الثروة . فأسباب كسبه انتقالاً هي ذات الأسباب التي تؤدي الى كسب ملكية العقار المرتفق الأسباب التي تؤدي الى كسب ملكية العقار المرتفق ولهذا فان اعتبار المادة (١٢٧٢ ف١) من القانون المدني العراقي الميراث كسب من أسباب كسب حق الارتفاق أمر محل نظر .

المطلب الثالث

التقادم

٣٦٧- تنص المادة (١٢٧٢ ف٢) من القانون المدني العراقي بأنه ويحتاج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة .

ويرتب على ذلك أنه إذا حاز شخص على عقار مملوك لآخر حق ارتفاق ظاهر كحق المرور أو حق المجرى أو حق المسيل واستمر حائزاً له حيابة قانونية يتوافر لها ركنها المادي والمعنوي مدة خمسة عشرة سنة فانه يكسب هذا الحق بالتقادم الطويل . وتخفف المدة الى خمس سنوات إذا اقترنت الحيابة بحسن نية واستندت في الوقت نفسه الى سبب صحيح . وقد اشترط القانون لكسب حق الارتفاق المحوز أن يكون من حقوق الارتفاق الظاهرة وذلك لكي لا يشوب الحيابة عيب الخفاء . فقد رأينا ان هذا النوع من حقوق الارتفاق له علامات خارجية تدل على وجوده وتظهره فان سكنت مالك العقار الذي يباشر عليه هذا الحق المدة المقررة في القانون كسب الحائز هذا الحق بالتقادم .

وبلاحظ أن القانون المدني العراقي لم يشترط لكسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم أن يكون مستمراً ، كما اشترط القانون المدني الفرنسي ذلك (١). ومع هذا فينبغي أن يكون استعمال الحق مدة التقادم من الكثرة بحيث يسمح بقيام حيازة مستمرة تكفي لكسب الحق بالتقادم.

وإذا كان التقادم يصلح سبباً مكسباً لحق ارتفاق ظاهر، فإنه يعتبر من باب أولى سبباً لتوسيع حق ارتفاق موجود من قبل. فإذا كان العقار على آخر حق مرور لا يكفي إلا لمرور الأشخاص والحيوانات فقام صاحب العقار المرتفق بتوسيع المرور لاستعماله لسير العربات والسيارات فإنه يكسب توسيع هذا المرور بالتقادم (٢).

المطلب الرابع

تخصيص المالك الأصلي

٣٦٨- من المقرر في باب الارتفاق أن يكون العقاران ، المرتفق والمرتفق به ، مملوكين لشخصين مختلفين ، فإن كانا لملك واحد فلا ينشأ حق ارتفاق. فالقاعدة اذن هي أنه لا يستطيع أحد أن يكسب حق ارتفاق على عقار يملكه. ولكن قد يعتمد مالك عقارين أو جزئين من عقار واحد إلى خلق حالة واقعية بين هذين العقارين أو بين جزئين من العقار الواحد يكون من شأنها انشاء حق ارتفاق لو كان هذان العقاران أو هذان الجزعان من العقار مملوكين لشخصين مختلفين. وطالما ظل العقاران أو الجزعان من العقار الواحد مملوكين لشخص واحد فلا وجود لحق الارتفاق ولكن إذا انفصلت ملكية العقارين أو الجزئين ليكون كل منهما مملوكاً للمالك مختلف فقد نشأ حق الارتفاق دون حاجة إلى سند لانشائه أو مرور زمان لكسبه (٣) هذا هو المقصود بنشوء

(١) النظر المادة ٦٩٠ مدني فرنسي.

(٢) النظر: محمد طه البشير، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٣) النظر: ديبير وبولانجيه، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف ٣١٦١.

حق الارتفاق بتخصيص المالك، أو كما يسميه القانون المدني الفرنسي تسمية خاصة « بتخصيص رب الأسرة » (١)

فقد يملك شخص عقارين متجاورين وينشيء بينهما منفذا للمرور أو يفتح نوافذ بينهما ثم يبيع العقارين لمشتريين مختلفين، أو يبيع أحدهما ويحتفظ بالآخر لنفسه. وقد يملك شخص أرضاً كبيرة في طرفها الشمالي نبع ماء فيجعل جزئها الجنوبي يرتوي من هذا النبع، فإذا توفي المالك عن واثين اقتسما هذه الأرض واختص أحدهما بجزئها الشمالي والآخر بجزئها الجنوبي انقلب هذا التخصيص الذي قام به المتوفى إلى حق ارتفاق.

وقد تناول القانون المدني العراقي هذا السبب من اسباب كسب حق الارتفاق في المادة (١٢٧٣) بقوله : ١ - الارتفاقات الظاهرة يجوز ترنيها بتخصيص من المالك الأصلي . ٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى فأنشأ بذلك علاقة نعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين للمالكين مختلفين. وفي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما بعد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثم شرط صريح بخالف ذلك. فتبين من نصوص هذه المادة أنه بشرط لترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي مايلي :

(١) يجب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً، فإذا لم يكن كذلك كان وسيلة للغش والاضرار بالغير.

(٢) يجب أن يثبت أن العقارين كانا مملوكين لشخص واحد، وتعتبر أجزاء العقار المنفصلة كالعقار الواحد، ولا يهم بعد ذلك أن يكونا متلاصقين.

(١) انظر المادة ٦٩٢ مدني فرنسي.

(٣) يجب أن يكون التخصيص ، أي البناء أو العلامة الظاهرة ، من عمل المالك نفسه ، فإذا كان من عمل المنتفع أو المستأجر فلا يكون هناك ارتفاق الا إذا أقر المالك ذلك العمل.

(٤) ويجب أن تكون الحالة الواقعية التي أنشأها المالك بين العقارين أو بين جزئين من عقار واحد قد أراد بها خلق علاقة تبعية دائمة بين العقارين ، وليس مجرد حالة مؤقتة لرغبة غارضة ، بحيث أنه لو لا اتخاذ المالك لكان هناك ارتفاق قانوني مكان هذا الارتفاق الفعلي. فلو أجرى المالك المياه بواسطة قناة من عين موجودة في أحد عقاريه لسقي عقاره الآخر ، فإن انشاء هذه الحالة يستفاد منها أنه أراد اخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الثاني خدمة نهائية دائمة. اما إذا أنشأ المالك للدارين متجاورين يسكن في كل منهما إحدى زوجتيه عمراً بينهما ليسهل عليه التنقل بين الدارين ، فلا يمكن في هذه الحالة القول بأن المالك أراد خلق علاقة تبعية ثابتة بين الدارين ، إذ أنه أراد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار (١).

(١) انظر: الشهري، المرجع السابق، ج ٤، في ٥٨١.

المبحث الثاني

أحكام حقوق الارتفاق

٣٦٩ - القاعدة التي تقررها المادة (١٢٧٥) من القانون المدني العراقي هي خضوع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند انشائها ولما جرى به العرف . ومعنى ذلك انه اذا كان مصدر حق الارتفاق تصرف قانوني (عقد او وصية) فان هذا التصرف هو الذي يحدد طبيعة الحق ومداه ، واذا كان مصدره تخصيص المالك الاصيل فانه هو الذي يحدد أحكام حق الارتفاق ونطاقه ، واذا كان مصدر الارتفاق التقادم فان الحيازة (وضع اليد) التي كانت أساسا للتقادم هي التي تحدد نطاق حق الارتفاق وطبيعته . وبالإضافة الى سند انشاء حق الارتفاق ينبغي مراعاة ما جرى في شأن هذه الحقوق ، فان لم يوجد عرف ، تطبق احكام المواد (١٢٧٦) - (١٢٨٠) من القانون المدني . وهذه الاحكام تتعلق بحقوق والتزامات كل من مالك العقار المرتفق (المخلوم) ومالك العقار المرتفق به (الخادم) .

الفرع الأول

حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق

٣٧٠ - يبين من نصوص المادتين (١٢٧٧ و ١٢٧٦) ان حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق هي كما يلي :

أولاً - الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق

٣٧١ - لصاحب العقار المرتفق ان يجرى ما هو ضروري من الاعمال لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه . فحق الارتفاق بالمرور يخول مالك العقار المرتفق الحق في رصف الطريق وتعميده ليكون صالحا للمرور ، وحق الارتفاق بالمجرى على عقار الغير يخول صاحبه ان يحفر قناة تجري فيها المياه الى أرضه .

وينبغي ان تكون هذه الاعمال ضرورية لاستعمال الحق. اما الاعمال غير الضرورية للاستعمال ولو كانت غير مضرّة بالعقار المرتفق به فليس له اجراءها. وليس له كذلك اقامة التحسينات. وتقدير كل ذلك مسألة يفصل فيها قاضي الموضوع.

وينتقد مالك العقار المرتفق بقبولين في مباشرته هذه الاعمال: (الاول) ان يكون الاستعمال بأقل ضرر ممكن، فلا يجوز له ان يسلك في استعماله سبيلا مضرّا اذا كان هناك سبيل اقل ضررا منه، فلو كان له مثلا حق مسيل وكان اجراء المياه القلّة بانابيب من حديد اقل ضرراً من استعمال انابيب من فخار فانه ملزم باستعمال الانابيب الحديدية (١). (الثاني) عدم جواز ترتب اية زيادة في عبء الارتفاق بسبب ما يستجد من حاجات العقار المرتفق (م ١٢٧٦ ف ٢ مدني).

ثانياً - النفقات :

٣٧٢ - لما كان المستفيد من حق الارتفاق هو مالك العقار المرتفق فعليه تقع نفقات الاعمال اللازمة لاستعمال حقه والمحافظة عليه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك. واذا كان صاحب العقار المرتفق به هو المكلّف بان يقوم بهذه الاعمال على نفقته، فله دائما ان يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به ، كله او بعضه ، لصاحب العقار المرتفق (م ١٢٧٧ ف ١ مدني) فتكون عندئذ نفقات استعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على صاحب العقار المرتفق.

واذا كان الاصل هو ان نفقات الاعمال اللازمة لا استعمال حق الارتفاق يتحملها مالك العقار المرتفق ، فانه اذا كانت هذه الاعمال نافعة ايضا لمالك العقار المرتفق به ، فتوزع هذه النفقات على الطرفين كل بنسبة ما

(١) انظر: عبد الرحمن خضر، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

يعود عليه من فائدة (م ١٢٧٧ ف ٢ مدني) وقد سبق وان رأينا حكماً مماثلاً الذي دراستنا لحق المجري (١).

الفرع الثاني

حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به

٣٧٣- يمكن ان نلخص حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به (الخادم) بالآتي :

أولاً- الامتناع عن اعاقبة استعمال حق الارتفاق:

٣٧٤- فرضت المادة (١٢١٧ ف ١) من ا قانون المدني على مالك العقار المرتفق به التزاماً سلبياً هو الامتناع عن كل عمل من شأنه ان يؤدي الى الانقاص من استعمال حق الارتفاق أو يعرقل الاستفادة منه أو يجعله أكثر مشقة. ويترتب على ذلك ان ليس للمالك العقار المرتفق به ، رغم كونه مالكا ان يعرقل استعمال صاحب حق الارتفاق لحقه كأن يضع ما يمنع مرور الماء في المجرى أو ان يحرق الارض المثقلة بارتفاق المرعي :

ثانياً- الامتناع عن تغيير موضع حق الارتفاق:

٣٧٥- وليس للمالك العقار المرتفق به ان يغير أو يطلب تغيير الوضع القائم أو ان يطلب تبديل الموضع المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق بموضع آخر إلا اذا أصبح الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فله ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار أو الى عقار آخر يملكه اجنبي اذا قبل الاجنبي ذلك ، مع مراعاة ان هذا التغيير أو التبديل لا يضر بحقوق صاحب الارتفاق بحيث ان الوضع الجديد لا يقل عن الوضع السابق يسراً في استعمال الحق حالاً أو مستقبلاً .

(١) انظر المادة ١٠٥٨ ف ٢ مدني.

الثالث - زوال حق الارتفاق بسبب تجزئة العقار :

٣٧٦ - حق الارتفاق ، كما رأينا حق لا يقبل التجزئة . ويتربى على ذلك انه اذا جرى العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه على أن لا يزيد ذلك العبء الواقع على العقار المرتفق به . فاذا كانت ارضا زراعية لها حق مجرى مثلا وتجزأت الى عدة قطع ، فذلك يقتضي تأمين حق مجرى لكل جزء منها ، وليس لصاحب العقار الذي عليه حق المجري ان يعارض في الاستفادة اجزاء العقار من المجري لان هذا الحق لا يمكن ازالته . ولكن هذه التجزئة يجب ان لا تؤدي الى زيادة العبء الواقع على العقار المرتفق به . غير انه اذا أصبح حق الارتفاق بعد التجزئة لا يفيد في الواقع الا بعض هذه الاجزاء فلصاحب العقار المرتفق به ان يطلب ازالة هذا الحق عن الاجزاء التي أصبحت غير محتاجة اليه (م ١٢٧٩ مدني) .

كما ان تجزئة العقار المرتفق به لا تؤدي الى زوال حق الارتفاق فهذا الحق يظل واقعا على كل جزء منه ، الا اذا كان حق الارتفاق ليس مستعملا في الواقع على بعض هذه الاجزاء ولا يمكن ان يستعمل عليها ، فيكون لصاحب كل جزء منها ان يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يخصه (م ١٢٨٠ ف ٢ مدني) . فلو كان لعقار حق مرور على موضع معين من عقار آخر وجزى العقار المرتفق به ، فيكون لاصحاب الاجزاء التي لا يقع موضوع المرور فيها المطالبة بتحرر الاجزاء التي تخصهم من ارتفاق المرور الذي كان يثقل العقار بأكمله قبل تجزئته (م ١٢٨٠ ف ٢ مدني) .

المبحث الثالث

انقضاء حقوق الارتفاق

٣٧٧ - ينقضي حق الارتفاق باستند الأسباب الآتية :

أولاً - انقضاء الأجل المحدد :

٣٧٨ - بينا من قبل ان من خصائص حق الارتفاق الدوام ، ولكننا وجدنا أيضاً ان خصيصة الدوام هذه اذا كانت من طبيعة حق الارتفاق فانها ليست من مستلزماته ، فيجوز باتفاق خاص توقيته بمدة محددة ينقضي بانقضائها ، الا اذا اتفق على تجديددها .

ثانياً - هلاك احد العقارين :

٣٧٩ - وينقضي حق الارتفاق اذا هلك العقار المرتفق أو المرتفق به ، اذ يصحح استعمال الحق غير ممكن . والهلاك قد يكون مادياً ، وهذا نادر ، كما لو تأكل العقار نتيجة جريان النهر ، أو كما لو غمرت المياه الأرض المقرر لها أو عليها حق الارتفاق فينقضي هذا الحق لزوال محله . وغالباً ما يكون الهلاك قانونياً كما لو زعت ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينقضي الارتفاق بمقابل تعويض مالك العقار المرتفق ويكون ذلك باستيفاء الفرق بين تقدير بدل العقار مثقلاً بحق الارتفاق وتقديره غير مثقل به (١) .

ويشترط في الهلاك الذي ينقضي به حق الارتفاق ان يكون كلياً اما اذا كان هلاك احد العقارين جزئياً فلا ينقضي الارتفاق لانه بظل ممكناً في الجزء الباقي من العقار .

ثالثاً - اتحاد الذمة :

٣٨٠ - الارتفاق ، كما رأينا حق يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار غيره بملكه مالك آخر (١٢٧١ م) ، فاذا اصبح العقاران المرتفق والمرتفق به مملوكين لشخص واحد انقضى الارتفاق لانه لا يمكن ان يكون لشخص حق ارتفاق على عقار بملكه . على انه اذا زال اتحاد الذمة زوالاً

(١) المادة ٢٤ (١) من قانون الاسسلاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

يستند اثره الى الماضي فان حق الارتفاق يعود الى ما كان عليه قبل البيع
 لزال السبب الذي ادى الى اتحاد المدة
 رابعاً : عدم الاستعمال لمدة التقادم
 ٣٨١- وينقضي حق الارتفاق لعدم الاستعمال المدة المقررة قانوناً
 وهي خمس عشرة سنة ، ايا كان نوعه ، وينخفض سقوط الارتفاق لعدم
 الاستعمال مدة التقادم لقواعد الوقف أو الانقطاع المقررة في شأن التقادم
 المسقط ، واذا كان حق الارتفاق مقررأ لمصلحة عين موقوفة فان مدة
 سقوط هذا الحق لعدم الاستعمال هي ست وثلاثون سنة (م ١٢٨٢ ف ١ مدني)
 وإذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع فان انقضاء احدهم بالارتفاق
 يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما ان وقف التقادم لمصلحة احد الشركاء يقطع
 موقوفاً لصالح سائرهم (م ١٢٨٢ ف ٢ مدني) وقد خرج المشرع في هذا
 الحكم على قاعدة نسبة اثر وقف التقادم وانقطاعه التي مرت بنا لدى بحثنا
 للتقادم .

خامساً : استحالة الاستعمال :

٣٨٢- وينقضي حق الارتفاق إذا أصبح استعماله مستحيلًا بسبب تغير
 حدث في أحد العقارين . وعلى هذا نصت المادة (١٢٨٣) من القانون المدني
 بقوله : وينقضي حق الارتفاق إذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح في حالة
 لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، ويعود إذا عادت الاشياء إلى وضع يمكن
 معه استعمال هذا الحق ، ويعود إذا عادت الاشياء إلى وضع يمكن معه استعمال
 الحق .

ويترتب عن ذلك انه إذا كان الارتفاق مسبباً على منزل بطار وانعدم
 قدرته الكلية أو اختفى المبنى المدة يصبح الحق المستحيل استعمال حق الارتفاق
 وكذلك إذا كان حق الارتفاق ارتفاقاً بمرور والنحس العقار المرتفق به بحيث
 أصبح من المستحيل الوصول منه إلى الطريق العام ، فان حق الارتفاق ينقضي

بسبب تغيير وضع العقار المرتفق به . غير ان ارتفاع المسيل يعود إذا اعيد بناء المنزل ، كما يعود ارتفاع المرور إذا عاد العقار المرتفق به إلى حالته الاولى تطبيقاً لقاعدة « إذا زال المانع عاد الممنوع ».

سادساً - زوال فائدة حق الارتفاق:

٣٨٣ - تقضي المادة (١٢٨٤) بأنه : « لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق او لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . فإذا كان الارتفاق حق مرور ثم أصبح للعقار المرتفق نتيجة فتح شارع جديد سبيل آخر إلى الطريق العام أقرب وأيسر ، جاز للمالك العقار المرتفق به ان يطلب تخيير عقاره من حق الارتفاق ولو بدون موافقة مالك العقار المرتفق على ان يدفع لهذا الأخير تعويضاً مناسباً إذا كان له مقتضي . فإذا كان في وجود الارتفاق فائدة اضافية للعقار فيجب ان يعرض عنها من يستفيد من زوالها .

سابعاً - تجزئة احد العقارين:

٣٨٤ - تؤدي تجزئة العقار المرتفق او المرتفق به في حالات معينة إلى زوال حق الارتفاق طبقاً للمادتين (١٢٧٩ و ١٢٨٠) ، وقد سبق بيان ذلك لدى بحثنا لحقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به ، فنحيل على ذلك .

لأمننا - التنازل:

٣٨٥ - ويجوز للمالك العقار المرتفق إذا كان اهلاً ان يتنازل عن حق الارتفاق للمالك العقار المرتفق به بمعرض او بدون عوض . (م ٢٤٣ ف ٣ تسجيل عقاري) فينقضي حق الارتفاق في هذه الحالة باتفاق بين مالكي العقارين .

مراجع القسم الاول

اولا :- المراجع العربية :

ابن رشد القرطبي:

— بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢، ط ٣ ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

ابو محمد عبدالله بن قدامة:

— المغنى ، ج ٥ ، القاهرة ، ١٩٦٩ .

ابو بكر بن مسعود الكاساني:

— بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٤ ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩١٠ .

احمد الخطيب:

— الوقف والوصايا ، بغداد ، ١٩٧٨ .

احمد محمد ابراهيم:

— القانون المدني معلقاً على نصوصه بالاعمال التحضيرية وأحكام

القضاء وآراء الفقهاء ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

اسماعيل غانم:

— صور الملكية ، ط ٢ ، القاهرة ١٩٦١ .

حامد مصطفى:

— الملكية العقارية في العراق ، ج ١ ، القاهرة ١٩٦٤ .

حسن علي الذنون:

— الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ١٩٥٤ .

حسن كبيرة:

— الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، القاهرة ١٩٦٥ .

عبد الحفي حجازي:

— المدخل للدراسة العلوم القانونية ، ج ٢ ، الحق ، الكويت ، ١٩٧٠ .

عبد الرحمن خضر:

- شرح القانون المدني، بغداد، ١٩٥٣.

عبد الرزاق السنهوري:

- الوجيز في شرح القانون المدني، القاهرة، ١٩٦٦.

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ج ٤، القاهرة، ١٩٥٤.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الاجزاء ٣ و ٤ و ٨ و ٩، القاهرة

١٩٥٨، ١٩٦٠، ١٩٦٧.

عبد الفتاح عبد الباقي :

- التأمينات الشخصية والعينية، ط ٢، القاهرة، ١٩٥٤.

- دروس الاموال، القاهرة، ١٩٥٦.

- نظرية الحق، ط ٢، القاهرة، ١٩٦٥.

- نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مذكرات بالرنيو،

الكويت، ١٩٧٢.

عبد المجيد الحكيم:

- دراسة في قانون التسجيل العقاري، ج ١، القاهرة، ١٩٧٣.

عبد المنعم البدر:

- اثر مضي المدة في الالتزام، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٥٠.

- شرح القانون المدني، في الحقوق العينية الاصلية، ط ٢، القاهرة،

١٩٥٦.

عبد المنعم فرح الصدة:

- حق الملكية، القاهرة، ١٩٦٤.

علي حيدر:

- درر الحكماء، شرح مجلة الاحكام، الاجزاء ٣ و ٤، بيروت

(بدون تاريخ).

علي الخفيف:

— الملكية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٦٦.

غني حسن طه:

— الوجيز في العقود المسماة، ج ١، عقد البيع، بغداد، ٦٩ - ١٩٧٠.

— الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧١.

قسطنطين كاتزاروف:

— نظرية التأمين، تعريب الدكتور عباس الصراف، بغداد، ١٩٧٢.

محمد زيد الايباني ومحمد سلامة السنجقلي:

— شرح مرشد الخيران إلى معرفة احوال الانسان، ج ١، بغداد،

١٩٥٥.

محمد طه البشير:

— الحقوق العينية الاصلية، مذكرات بالرونيو، بغداد (بلون تاريخ) ٥

محمد عبد اللطيف:

— التقادم المكسب والمسقط، ط ٢، القاهرة، ١٩٦٦.

محمد علي عرفة:

— حق الملكية، ج ١ ط ٣، القاهرة، ١٩٥٤.

محمد كامل مرسي:

— الحقوق العينية الاصلية، ج ١، حق الملكية بوجه عام، القاهرة،

١٩٤٩.

محمد هشام القاسم:

— مذكرات، في الحقوق العينية، الكويت، ٧٣ - ١٩٧٤.

مصطفى مجيد:
- شرح قانون التسجيل العقاري، ج ١، بغداد، ١٩٧٣، وج ٣،
١٩٧٩.

منير عبد الحسين الفضل:
- الملكية الاشتراكية في العراق في ضوء الاشتراكية العلمية لحزب
البعث العربي الاشتراكي، رسالة دكتوراه، بغداد، ١٩٨٠.
منصور مصطفى منصور:
- التأمينات العينية، القاهرة، ١٩٦٣.

- تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات
غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد
الاول، السنة السادسة، القاهرة، ١٩٦٤.
- حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٦٥.

منير القاضي:
- شرح المجلة، الاجزاء ١ و ٢ و ٣ و ٤، بغداد، ١٩٤٧ و ١٩٤٨
١٩٤٩.

AUBRY ET RAU :

- Traite de droit civil francais, T.I. et T.X, 6e ed., Paris, 1951.

BEAUDANT ET VOIRIN:

- Cours de droit civil fransais, T. Ix., 2e. ed., Les biens, Paris, 1930.

COLIN ET CAPITANT ET JULIOT DE LA MORANDIERE :

- Traite pratique de droit civil, T. II, Paris, 1959.

DEMOGUE :

- Traite des obligalons en general, T.I, Paris, 1923.

GIRARD:

- Manuel elementaire de droit romain, 3e, ed., Paris, 1901.

JOSSERAND:

- Cours de droit civil positif francais ,T.I, 3e. ed., Paris, 1938.

MAZEAUD ET TUNC:

- Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle, T. I. 5e, ed., Paris, 1957.

MAZEAUD, Henri. et Leon et Jean :

- Lecons de droit civil, T. II, 2e. ed., Paris, 1963.

MAZEAUD ET JUGLART:

- Cours de droit civil, T.I. 3e. ed., Paris, 1968.

PLANIOL:

- Cours elementaire de droit civil, Paris, 1896.

PLANIOL, RIPERT ET PICARD:

- Traite pratique de droit civil francals, T. III, 2e. ed., Les biens, Paris , 1952.

PLANIOL, RIPERT ET HAMEL :

- Droit civil français, T.X, 2e. ed., Paris, 1956.

PLANIOL, RIPERT ET ESMEIN:

- Traité pratique de droit civil français, T. III et IV, Paris 1952 .

RIPERT ET BOULANGER:

- Traité de droit civil, T.II, Paris, 1957.

TUOR:

- Le code civil suisse, Zurich, 1950.

محتويات القسم الأول
الحقوق العينية الأصلية

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣
تمهيد - في الحقوق العينية الأصلية المالية والأشياء والأموال	٥
القسم الأول - الحقوق العينية الأصلية	٢٩ - ٣٤٠
الباب الأول - حق الملكية	٣٣ - ٢٦٤
الفصل الأول - تطوير مفهوم حق الملكية وأشكالها	٣٥
الفصل الثاني - حق الملكية في ذاته	٤١
المبحث الأول - مفهوم حق الملكية ونطاقه	٤١
أولاً - تعريف حق الملكية	٤١
ثانياً - خصائص حق الملكية	٤٣
ثالثاً - مضمون حق الملكية	٤٤
رابعاً - نطاق حق الملكية	٤٩
المبحث الثاني - قيود حق الملكية	٥٥
الفرع الأول - القيود التي ترد على حرية التملك	٥٦
أولاً - تقييد حرية التملك بالنسبة للأجانب	٥٦
ثانياً - تقييد حرية تملك الأراضي الزراعية	٥٨
ثالثاً - تقييد حرية الشخص المعنوي في التملك	٦٠
الفرع الثاني - القيود التي ترد على حق الملكية ذاته	٦١
المطلب الأول - القيود القانونية	٦١
الفقرة الأولى - القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة	٦١
أولاً - نزع الملكية للمنفعة العامة	٦٢
ثانياً - الاستيلاء المؤقت	٦٧
ثالثاً - التأميم	٦٨

٦٩	...	رابعاً - قيود أخرى
٦٩	...	الفقرة الثانية - القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة
٧٠	...	أولاً - التزامات الجوار بصورة عامة
٧٩	...	ثانياً - قيود ترجع الى حالات خاصة في الجوار
٨٢	...	١ - حق المسيل
٨٣	...	٢ - حق الشرب
٨٥	...	٣ - حق المجرى
٨٧	...	٤ - حق المرور
٨٩	...	المطلب الثاني - القيود الادارية
٨٩	...	الفصل الثالث - أنواع خاصة من الملكية
٩٦	...	المبحث الاول - الملكية الشائعة بوجه عام
		الفرع الاول - تعريف الملكية الشائعة ومصادرها وتكييف
٩٧	...	حق الشريك فيها .
١٠٠	...	الفرع الثاني - أحكام الملكية الشائعة
١٠٠	...	المطلب الاول - سلطة المالك المشترك على حصته الشائعة
١٠٤	...	المطلب الثاني - سلطات الملاك المشتركين على الشيء الشائع
١٠٥	...	الفقرة الاولى - الانتفاع بالشيء الشائع
١١٢	...	الفقرة الثانية - التصرف في الشيء الشائع
١١٦	...	الفرع الثالث - انقضاء الشيوع بالقسمة
١١٩	...	المطلب الاول - انواع القسمة
١١٩	...	الفقرة الاولى - القسمة الرضائية
١٢٠	...	الفقرة الثانية - القسمة القضائية
١٢١	...	أولاً - القسمة العينية
١٢٤	...	ثانياً - قسمة التصفية
١٢٥	...	المطلب الثاني - آثار القسمة

١٢٦	...	...	...	طبيعة القسمة	الفقرة الاولى -
١٢٩	...	...	...	ضمان الاستحقاق	الفقرة الثانية -
١٣٠	...	...	...	أثر الغبن الفاحش على القسمة	الفقرة الثالثة -
١٣٢	...	...	...	صور خاصة من الملكية الشائعة	المبحث الثاني -
١٣٣	...	...	...	الشيوع الاجباري	الفرع الاول -
١٣٥	...	...	...	الحائظ المشترك	الفرع الثاني -
١٤١	...	...	...	الطريق الخاص المشترك	الفرع الثالث -
١٤٤	...	...	...	ملكية العلو والسفل (ملكية الطبقات والشقق)	المبحث الثالث -
١٤٥	...	...	...	ملكية العلو والسفل	الفرع الاول -
١٤٥	...	...	...	حقوق والتزامات الملاك في الملكية المفروزة	المطلب الاول -
١٤٦	...	...	...	التزامات صاحب السفلى	اولا -
١٤٩	...	...	...	التزامات صاحب العلو	ثانياً -
	...	...	...	حقوق والتزامات الملاك في الاجزاء المعدة للاستعمال المشترك	المطلب الثاني -
١٥٠	...	...	...	المشترك	
١٥١	...	...	...	ملكية الطوابق والشقق	الفرع الثاني -
١٥١	...	...	...	الملكية المفروزة في الطوابق والشقق	المطلب الاول -
١٥٢	...	...	...	الملكية الشائعة في الاجزاء المشتركة	المطلب الثاني -
١٥٧	...	...	...	اسباب كسب الملكية	الفصل الرابع -
١٥٨	...	...	...	كسب الملكية ابتداء (الاستيلاء)	المبحث الاول -
١٦٤	...	...	...	الاتصاف	المبحث الثاني -
١٦٧	...	...	...	الاتصاف بالعقار بفعل الطبيعة	الفرع الاول -
١٧٠	...	...	...	الاتصاف بالعقار بفعل الانسان	الفرع الثاني -
١٧٤	...	...	...	الاتصاف بالمنقول	الفرع الثالث -
١٧٦	...	...	...	الشفعة	المبحث الثالث -
١٧٩	...	...	...	أصحاب حق الشفعة ومراتبهم	الفرع الاول -
١٨٢	...	...	...	شروط الشفعة	الفرع الثاني -

١٩٠	...	...	...	...	الفرع الثالث - اجراءات الشفعة
١٩٣	...	...	...	...	الفرع الرابع - سقوط الشفعة
١٩٦	...	...	...	...	الفرع الخامس - احكام الشفعة
١٩٩	...	...	...	...	المبحث الرابع - الحيابة (وضع اليد)
٢٠٢	...	...	...	...	الفرع الاول - الحيابة في ذاتها
٢٠٢	...	...	...	...	المطلب الاول - عناصر الحيابة
٢٠٩	...	...	...	...	المطلب الثاني - عيوب الحيابة
٢١٣	...	...	...	...	المطلب الثالث - انتقال الحيابة
٢١٤	...	...	...	...	المطلب الرابع - زوال الحيابة
٢١٥	...	...	...	...	المطلب الخامس - دعاوى الحيابة
٢١٨	...	...	...	...	الفرع الثاني - آثار الحيابة
١١٩	...	...	...	...	المطلب الاول - التتادم المكسب
٢٢٣	...	...	...	...	اولا - شروط التتادم المكسب
٢٣٩	...	...	...	...	ثانيا - آثار التتادم المكسب
٢٤٦	...	...	...	...	المطلب الثاني - حيابة المنقول
٢٤٩	...	...	...	...	اولا - نطاق تطبيق القاعدة
٢٥١	...	...	...	...	ثانياً - نطاق تطبيق القاعدة
٢٥٥	...	...	...	...	ثالثاً - آثار الحيابة في المنقول
٢٥٨	...	...	...	...	رابعاً - المنقولات المسروقة او الضائعة
٢٥٩	...	...	...	...	المطلب الثالث - تملك التمار بالحيابة
٢٦٣	...	...	...	...	المطلب الرابع - استرداد الخائر للمصروفات
٢٦٤	...	...	...	...	المطلب الخامس - مسؤولية الخائر عن الهلاك

الباب الثاني

الحقوق العينية المنفردة عن حق الملكية

٢٦٥ - ٣٤٩

٢٦٧	...	...	...	...	تمهيد
٢٦٩	...	...	...	...	الفصل الخامس - حق التصرف وحق العتد

٢٧٢	المبحث الاول - نطاق حق التصرف ووسائل حمايته
٢٧٣	اولاً - مدى حق التصرف
٢٧٥	ثانياً - القيود التي ترد على حق التصرف
٢٧٦	ثالثاً - الشيوع في حق التصرف
٢٧٨	رابعاً - حماية حق التصرف
٢٨٠	المبحث الثاني - اسباب كسب حق التصرف
٢٨٠	الفرع الاول - اسباب كسب حق التصرف ابتلاء
٢٨٠	اولاً - التفويض
٢٨١	ثانياً - حق القرار (التقادم)
٢٨٢	ثالثاً - الاستيلاء على الاراضي الموات
٢٨٤	الفرع الثاني - كسب حق التصرف بسبب الوفاة
٢٨٤	اولاً - القواعد العامة في الانتقال
٢٨٦	ثانياً - درجات اصحاب حق الانتقال
٢٨٧	ثالثاً - موانع الانتقال
٢٨٩	الفرع الثالث - كسب حق التصرف ما بين الاحياء
٢٨٩	اولاً - الالتصاق
٢٩٠	ثانياً - الافراغ
٢٩٤	ثالثاً - حق الرجحان
٢٩٥	المبحث الثالث - اسباب انقضاء حق التصرف
٢٩٥	اولاً - التقادم
٢٩٥	ثانياً - انحلال الاراضي الاسيرة
٢٩٦	ثالثاً - ترك الاستغلال
	الفصل السادس - حق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى وحق
٢٩٩	المساواة
٢٩٩	المبحث الاول - حق المنفعة

٢٩٩	الفرع الاول - تعريف حق المنفعة وخصائصه ونطاقه...
٣٠١	الفرع الثاني - اسباب كسب حق المنفعة...
٣٠٤	الفرع الثالث - حقوق المنتفع والتزاماته...
٣٠٨	الفرع الرابع - انقضاء حق المنفعة...
٣١٣	المبحث الثاني - حق الاستعمال وحق السكن...
٣١٣	الفرع الاول - تعريف حق الاستعمال وحق السكن ونطاقهما...
٣١٤	الفرع الثاني - احكام حق الاستعمال وحق السكن...
٣١٦	المبحث الثالث - حق المساطحة...
٣١٦	الفرع الاول - اسباب كسب حق المساطحة...
٣١٧	الفرع الثاني - احكام حق المساطحة...
٣٢٠	الفرع الثالث - انقضاء حق المساطحة...
٣٢٢	الفصل السابع - حقوق الارتفاق...
٣٢٢	المبحث الأول - ترتيب حقوق الارتفاق...
٣٢٢	الفرع الاول - تعريف حق الارتفاق وخصائصه...
٣٢٤	الفرع الثاني - انواع حقوق الارتفاق...
٣٢٦	الفرع الثالث - اسباب كسب حق الارتفاق...
٣٢٦	المطلب الاول - التصرف القانوني...
٣٢٧	المطلب الثاني - الميراث...
٣٢٨	المطلب الثالث - التقادم...
٣٢٩	المطلب الرابع - تخصيص المالك الاصيل...
٣٣٢	المبحث الثاني - احكام حقوق الارتفاق...
٣٣٢	الفرع الاول - حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق...
٣٣٤	الفرع الثاني - حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به...
٣٣٦	المبحث الثالث - انقضاء حقوق الارتفاق...