

General Library



American University of Beirut

349.567:D53hA

الذنون ، حسن علي .

الحقوق العينية الاصلية .

349.567
D53hA

~~JN 133~~

~~JN 133~~

~~JN 535~~

شرح
الفنونة المدنية للعرف

الحقوق العينية الأصلية

تأليف

الدكتور حسن علي الزنوني

استاذ القانون المدني بكلية الحقوق

مكتبة المطبعة والنشر والحفظ

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة تمهيدية

١ - ينقسم القانون المدني العراقي الى قسمين : أولهما للحقوق الشخصية (أو الالتزامات) ، وثانيهما للحقوق العينية .

ويتفرع كل من هذين القسمين الى كتابين ، فالكتاب الاول من القسم الاول خصص للالتزامات (مصاردها واحكامها) والكتاب الثاني منه خصص للعقود المسماة .

والكتاب الاول من القسم الثاني (وهو الكتاب الثالث في ترتيب القانون المدني) خصص للعقود العينية الاصلية ، وخصص الكتاب الثاني من القسم الثاني (وهو الكتاب الرابع في ترتيب القانون المدني) للحقوق العينية التبعية .

٢ - ومعنى كل ما تقدم أن القانون المدني العراقي ينقسم الى اربعة كتب على النحو الآتي :

الكتاب الاول : للالتزامات - وسيكون هذا الكتاب موضوع دراسة طلبة الصف الثاني في كلية الحقوق .

الكتاب الثاني : للعقود المسماة - وسيكون موضوعا للدراسة في الصف الثالث .

الكتاب الثالث : للحقوق العينية الاصلية .

الكتاب الرابع : للحقوق العينية التبعية .

وسيكون الكتابان الاخيران موضوعا للدراسة في الصف الرابع .

٣ - والصفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الاصلية والحقوق التبعية ،

فهذه الحقوق جميعا تشترك في معنى واحد هو أن كل حق منها اذا حلل تكشف عن سلطة مباشرة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين .

الا ان لكل من هذين النوعين من الحقوق مميزات خاصة ، فالحقوق العينية الاصلية قائمة بذاتها لا تحتاج في قيامها الى شيء آخر تستند اليه ، وهي حقوق يغلب فيها الدوام ، بل ان حق الملكية وهو الحق الذي تنفرع عنه كل الحقوق العينية الاصلية هو حق دائم لا يزول . أما الحقوق التبعية فلا تقوم بذاتها بل تستند في قيامها الى حق شخصي تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دعت بالتأمينات العينية ، وهي حقوق مؤقتة تزول بزوال الدين الذي تضمنته ، والديون لا يجوز تأييدها ، وتتميز الحقوق التبعية أخيرا بأنها تخول صاحبها حق التقدم والتسبع Droits de préférence et de suite وهذان لا يظهران في الحقوق العينية الاصلية بالوضوح الذي نراه في الحقوق التبعية .

لكل هذا فصل القانون المدني بين الحقوق العينية الاصلية ، فخصص لها الكتاب الثالث ، وبين الحقوق العينية التبعية حيث افرد لها الكتاب الرابع . وهذا المؤلف قاصر على شرح الحقوق العينية الاصلية ، ولما كان محل الحقوق العينية بوجه عام هي الاشياء لهذا كان من المنطق أن نقدم بين يدي هذه الدراسة فصلا تمهيدا نعالج فيه الشيء والمال وتقسيماتها المختلفة بالقدر الذي يتصل بموضوع هذا المؤلف .

فصل تمهيدى

الاشياء والاموال

٤ - تقضى المادة (٦١) بأن « ١ - كل شئ لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ٢٠ - والاشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، والاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » .

وتقضى المادة (٦٥) بأن « المال هو كل حق له قيمة مادية » .
وفيه من الجمع بين هاتين المادتين أن المشرع العراقى عنى بالتمييز بين الاشياء والاموال (كما فعل المشرع المصرى والمشرع السورى) . فالمال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أو المادية أيا كانت طبيعة هذا الحق ، أى سواء أكان حقا عينيا أم حقا شخصا أم حقا من حقوق الملكية الادبية والفنية والصناعية . أما الشئ ، سواء أكان ماديا أم غير مادى ، فهو محل ذلك الحق . ذلك ان من المسلم به أن القانون لا يهتم بالاشياء الا باعتبارها محلا للحقوق ، وإن الحقوق التى يعنى بها القانون المدنى هى الحقوق ذات القيمة المالية أى الحقوق ذات القيمة الاقتصادية ، فالاموال ليست سوى المنافع المتقومة أما الاشياء فأنها لا تعدو أن تكون مصدرا أو محلا لهذه الحقوق .

٥ - واحب أن الفت النظر هنا الى ملاحظتين : الاولى أن التفرقة بين الاشياء وبين الاموال تفرقة دقيقة من جهة وان بعض التقنيات ، بل وبعض الفقهاء ، لم يوفقتوا فى بيان معيار دقيق لهذه التفرقة من جهة أخرى ، فخلطوا بين الشئ والمال أو هم وضعوا لهذه التفرقة معيارا بدائيا اذا استقام مع المنطق اللغوى فانه

لا يستقيم مع المنطق القانوني الفنى ، فقد عرفوا المال بأنه الاشياء المادية ، وهذا التعريف لا ينسجم مع معنى المال فى التشريعات الحديثة ، فقد طغت القيم المعنوية ، نتيجة للتطور الاجتماعى والاقتصادى ، على الاشياء المادية فاصبحت تفوقها فى الاهمية كعنصر من عناصر ثروة الافراد والهيئات وصارت مبتكرات الفكر البشرى والوان العبقريّة الشخصية من علوم وفنون وصناعات مجالا لعلاقات قانونية متنوعة وبالتالي مصدرا لمنافع متقومة على جانب كبير من الاهمية ولا بد من أن يفسح لها المجال لكى تتضم فى معنى المال ، وهكذا يجب أن تتسع فكرة الاموال فى الفقه الحديث لكى تشمل سائر المنافع المتقومة أيا كان مصدرها .

والملاحظة الثانية : ان فقهاء الشريعة الاسلامية يعرفون المال بأنه كل ما يمكن حيازته واحرازه والانتفاع به فى العادة ، فهم اذن يفرقون بين الشئ والمال فالشئ عندهم كل ما كان له وجود فى العالم الخارجى والمال كل ما امكن احرازه وحيازته والانتفاع به فبين الشئ والمال ما بين العام والخاص ، فكل مال شئ وليس كل شئ مالا فالشمس والنجوم وقاع البحر اشياء وليست أموالا ، فلا يعد الشئ عندهم مالا الا اذا توافر فيه امران : احرازه وامكان الانتفاع به فى العادة سواء أكان محرزا ومتنفع به فعلا كجميع الاشياء التى تملكها من ارض ومتاع وحيوان ونقود ، أم غير محرز ولا منتفع به ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك كجميع المباح من الاعيان مثل السمك فى البحر والطيور فى الجو والصيد فى الفلوات والشجر فى الغابات أما ما لا تمكن حيازته فلا يعد مالا وان انتفع به كالشرف والصحة والذكاء والعلم ، وكذلك ما تمكن حيازته دون أن يكون الانتفاع به فى العادة ممكنا كحفنة من تراب وقطرة من ماء وحبة حنطة .

والمراد بالانتفاع فى العادة أن يجوز الشارع الانتفاع بالشئ على وجه ما حال السعة والاختيار أما ما جاز الانتفاع به حال الاضطرار فلا يعتبر منتفعا به فى العادة . وعلى ذلك فالحمر مال لان الشارع يجوز الانتفاع به بوجه ما حال الاختيار فالذمى يجوز له الانتفاع بها ويجوز لمن اسلم وله خمر أن يوكل ذميا ببيعها وهذا ولا ريب وجه من وجوه الانتفاع .

ثم اختلف فقهاء الشريعة بعد هذا في اعتبار منافع الاعيان وحقوق الانسان من المال ، لانه يفهم من تعريفهم المتقدم أن المال لا يكون الا مادة حتى يمكن احراره وحيازته ، أما المنافع فانها وان امكن الانتفاع بها لا يمكن حيازتها لانها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها وتحدث آناً فآناً باكتسابها ، فإذا انتفعت بسكنى منزل فانما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك اياه ، وسكناء فى يوم معين غير سكناء فى يوم آخر ، فمنافع الاعيان أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها وهى قبل الطلب والاكتساب معدومة لا وجود لها فى عالم الاعيان فقد وجدت لتفى حال وجودها وإذا كانت كذلك لم يمكن حيازتها ولا احرارها فلا تكون مالا ، وهذا هو مذهب الحنفية •

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة الى أن المنافع اموال وليس بلازم فى المال أن يحرز ويحاز بنفسه بل يكفى أن يحاز بحيازة اصله ومصدره ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محالها ومصادرها فان من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها الا بأذنه وهكذا ، فإذا ما وسعنا معنى الحيازة والاحراز فجعلناه أعم من أن يكون مباشراً أو بالواسطة كان التعريف شاملاً المنافع لانها ممكنة الحيازة باحرار اصلها وكذلك ينتفع بها • وهذا رأى أوجه الرأين لانه المتفق مع عرف الناس المتسق مع اغراضهم ومعاملاتهم •

وأما الحقوق فلا تعدو فى الواقع أن تكون منفعة يقرها الشارع لفرد أو لافراد وعلى ذلك فلا يعدها الحنفية من الاموال لعدم امكان حيازتها ، أما غير الحنفية فيعدونها من المال ان اريد بها منفعة هى مال كحق المستأجر فى العين التى استأجرها ولا يعدونها من المال ان اريد بها الامور المعنوية الشرعية التى لا تدخل فى عناصر الذمة المالية كحق الحضانة وحق الطلاق^(١) •

٥ - قلنا ان الاشياء عبارة عن محال الحقوق ، ويترتب على هذا أن ما لا يصلح من الموجودات لان يكون محلاً للحقوق بطبيعته أو بحكم القانون لا يعتبر شيئاً بالمعنى القانونى وان اعتبر كذلك بالمعنى اللغوى الدارج • والاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم طبيعتها هى تلك الاشياء التى يمكن الانتفاع بها من

(١) استاذنا الشيخ على الحنيف ص ٢٥ - ٣٠ •

قبل الناس كافة من غير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع بعضهم الآخر كالهواء والماء الجارى واشعة الشمس ، فمثل هذه الموجودات تخرج عن التعامل بطبيعتها لانه لا يستطيع احد أن يستأثر بحيازتها كما تقرر المادة (٦١) * والاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام كالحشيش والافيون والسموم والاموال العامة والاموال الموقوفة * ولا يغير من هذا الوصف اجازة نوع معين من التعامل فى هذه الاشياء ، كبيع الحشيش والافيون والسموم لاغراض طبية ، واعطاء رخص لاستعمال بعض الاموال العامة (١) *

نكتفى بما تقدم فى تعريف الشيء والمال وننتقل بعد هذا الى ذكر تقسيمات الاشياء *

تنقسم الاشياء تقسيمات مختلفة فهى تنقسم الى ثابتة ومنقولة ، والى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، والى مثلية وقيمية ، والى مملوكة وموقوفة ومباحة ، والى مادية ومعنوية ، والى اصلية وتبعية ، والى منقسمة وغير منقسمة ، والى ما يجوز التعامل فيها وما لا يجوز * ونقتصر هنا على ذكر أهم هذه التقسيمات :

٧ - أولا : تقسيم الاشياء الى ثابتة ومنقولة : تقرر المادة (٦٢) بأن

« ١ - العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية * ٢ - والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة » (تقابل المادة ٨١ مصرى ٨٤ سورى) * ويفهم من هذه المادة أن الاشياء تنقسم الى عقارات ومنقولات ، وان العقار ما كان له مستقر ثابت لا يمكن معه تحويله أو نقله دون تلف * ثم لجأت الفقرة الاولى من المادة السالفة الى ضرب امثلة للعقارات كالارض والغراس والجسور والسدود والمناجم ، وهذا على خلاف المادتين المصرية والسورية اذ انهما لم تتعرضا

(١) كامل مرسى ف ٢ *

لضرب مثل هذه الامثلة •

وعندى أن الذى حدا بالمشرع العراقى الى ضرب الامثلة المتقدمة هو رغبته فى قطع كل شك فى مفهوم معنى العقار ، ذلك ان معظم فقهاء الشريعة الاسلامية يذهبون الى أن العقار ينحصر فى الارض دون غيرها وان كل ما عداها منقول لانه يمكن نقله وتحويله سواء بقى مع هذا التحويل على هيئته وصورته أم تغيرت به هيئته وصورته ، وعلى هذا يشمل المنقول جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمعادن فى مناجمها والمكيلات والموزونات والشجر والبناء والقناطر والسفن الخ • فالشجر والبناء من المنقول لاماكان نقلهما وان تغيرت صورتها بالنقل اذ به يصبح البناء انتقاضا والشجر اخشابا أو احطابا •

وقد خالف الامام مالك فى هذا فهو يجعل البناء والشجر من العقار لان المنقول فى رأيه هو ما امكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التى كان عليها ولا ريب ان البناء بعد هدمه يصير انتقاضا كما يصير الشجر اخشابا وفى كلتا الحالتين تتغير صورة الشيء بنقله فهو على هذا الاساس عقار لا منقول وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشرع العراقى (انظر المادتين ١٢٨ و ١٢٩ من المجلة) •

٨ - أهمية هذا التقسيم : ولتقسيم الاشياء الى عقارات ومنقولات فوائد عملية عديدة نلخصها فيما يلى :

١ - من حيث الحيابة : فان دعاوى الحيابة (وهى دعوى الاسترداد ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة) خاصة بالعقارات دون المنقولات ، وستولى شرح هذه الدعاوى عند الكلام عن الحيابة كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية •

٢ - من حيث الشفعة : فالشفعة خاصة بالعقار ولا تكون فى المنقول (المواد ١١٢٨ - ١١٤٤) •

٣ - من حيث نقل الملكية : فنقل ملكية العقارات لا يتم الا بالشكلىة المقررة فى القانون (م ٢/١٢٦) •

وهذا على خلاف الحال فى المنقول فان ملكيته تنتقل بمجرد انعقاد العقد اذا كان معينا بالذات وبالتعيين أو التسليم اذا كان معينا بالنوع .

٤ - من حيث ترتيب بعض الحقوق : فهناك بعض الحقوق التى لا تنصب الا على العقارات ، مثال ذلك حق المساطحة (م ١٢٦٦) وحق الارتفاق (م ١٢٧١) وحق السكنى (م ١٢٦٢) .

٥ - من حيث الوقف : لا خلاف بين فقهاء الشريعة فى جواز وقف العقار ، وفى وقف المنقول خلاف وتفصيل موضعه فى دراسة الوقف .

٦ - من حيث نزع الملكية للمنافع العامة : اذ ينصب هذا التكليف فى الاصل على العقارات ، ولا يقع على المنقولات الا استثناء وبمقتضى قانون خاص .

٧ - من حيث التقادم : فالتقادم المكسب فى العقارات غير المسجلة فى دائرة الطابو والمملوكة لغير الدولة مقداره خمس عشرة سنة (م ١١٥٨) وهو بالنسبة للأراضى المملوكة للدولة ست وثلاثون سنة (م ١٢١٩) . اما فى المنقول فانه يخضع على الغالب لقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » .

٨ - من حيث الاختصاص : اذ لا تنحصر اهمية التفرقة بين المنقول وبين العقار فى نطاق القانون المدنى وانما هى تتعداه الى قانون المرافعات المدنية ، فالمحكمة المختصة بالنزاع المتعلق بالعقار هى المحكمة الكائن فى دائرتها هذا العقار ، أما المحكمة المختصة بالنزاع المنصب على المنقول فهى محكمة محل إقامة المدعى عليه .

٩ - من حيث التنفيذ : فان الحجز على العقارات يقتضى اجراءات طويلة معقدة ويكلف نفقات كبيرة ، بخلاف المنقول ، وموضع دراسة هذه المسائل هو قانون الاجراء .

١٠ - من حيث حقوق الاجانب : فقد نظر المشرعون منذ عهد بعيد الى الثروة العقارية على انها الثروة الاصلية للدولة ولهذا منع الاجانب من تملك العقارات ولم ترفع القيود فى اغلب الدول الا منذ عهد قريب ومع هذا فان الدول التى لا زالت فى أول سلم الحضارة والمدنية لا تزال تمنع الاجانب

من تملك العقارات (ومن هذه الدول العراق - انظر القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٤٣) • وفي مصر صدر عام ١٩٥١ قانون (رقم ٣٧) يمنع الاجانب من تملك الاراضى الزراعية ، أما بالنسبة للمنقولات فلا وجود لمثل هذه القيود فى الاصل فالقاعدة ان تملك الاجانب للمنقولات غير محدد الا فى حالات استثنائية تقتضيها ضرورة تنظيم الحياة الاقتصادية أو بالنسبة لبعض المنقولات كأسهم القرض الوطنى •

١١ - من حيث تنازع القوانين : القاعدة بالنسبة للعقارات انها تخضع لقانون البلد الكائن فيه هذا العقار وهذا على خلاف المنقول ، والدراسة التفصيلية لبيان الحلول العملية فى تنازع القوانين محلها القانون الدولى الخاص •

١٢ - فروق أخرى : على أن اهمية التفرقة بين العقار والمنقول لا تنحصر فى الواجه المتقدمة فهناك فروق أخرى منها أن الضرائب الواقعة على العقارات تختلف عن الضرائب المقررة على المنقولات ، ومنها ان بعض الجرائم لا يمكن تصور وقوعها على العقارات كجريمة السرقة وخيانة الامانة والنصب واتلاف المنقولات ، وعلى العكس من هذا هناك بعض الجرائم التى لا يتصور وقوعها على المنقولات كجريمة انتهاك حرمة ملك الغير وجريمة احراق مبانى الدولة وتخريبها •

وبعد أن ميزنا بين العقار وبين المنقول وبين الآثار العملية التى تترتب على هذه التفرقة ننتقل الى بحث أنواع العقارات :

٩ - أنواع العقارات : تقضى الفقرة الاولى من المادة (٦٢) بأن « العقار كل شئ له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف » وتقضى الفقرة الاولى من المادة (٦٣) بأنه « يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه مالكة فى عقار مملوك له رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » • ويفهم من الجمع بين هاتين المادتين أن العقارات نوعان : عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص • فالعقار بطبيعته هو كل شئ مستقر له أصل ثابت ويستوى بعد هذا أن يكون ذلك راجعا الى خلقته وطبيعته أو الى صنع الانسان ، فالاراضى سواء أكانت فى المدن أم خارجها تعتبر عقارات بطبيعتها

وكذلك المناجم والمحاجر والمباني ايا كان الغرض من اقامتها فالحفريات والسدود والانفاق والقناطر والافران تعتبر عقارات بطبيعتها ، أما خيام البدو والرحل واكواخهم وخيام الكشافة فانها لا تعتبر عقارات بل منقولات . والطواحين والمحارج وآلات الري والانابيب التي توصل الماء أو الغاز أو الزيت (انابيب البترول) كلها عقارات بطبيعتها . وكل ما ينبت على سطح الارض ويتصل بها اتصال قرار يعتبر عقارا بطبيعته ، يستوى في هذا الاشجار الكبيرة والنباتات الصغيرة ، الا انه يشترط لاعتبارها عقارات أن تتصل جذورها بالارض فالنباتات التي تنمو في الاصحى والقصارى لا تعتبر عقارات .

١٠ - وأما العقارات بالتخصيص فهي منقولات بطبيعتها لحقت بها الصفة العقارية بطريق التبعية ، فهي عقارات بالنسبة للغرض الذي وضعت من اجله ما دام مالکها قد رصدها على خدمة عقار له . والسبب الذي حدا بالمشرع الى أن يسبغ على هذه المنقولات الصفة العقارية هو حماية العقار الذي رصدت هذه المنقولات لخدمته .

وفكرة العقار بالتخصيص ليست فكرة حديثة بل أن عهدا يرجع الى الرومان وعندهم اخذها فقهاء القانون الفرنسى القديم ، وعن هؤلاء وعلى الاخص الفقيه (بوتيه) أخذها تقنين نابليون أى القانون المدنى الفرنسى الذى لا يزال قائما لحد الآن . كما ان فكرة العقار بالتخصيص ليست غريبة على المشرع العراقى ذلك ان المادة (٧١) من قانون الاجراء تقرر « ان الاشياء التى هى من التوابع المتصلة المستقرة لغير منقول تعد غير منقولة باعتبار صورة تخصيصها واستعمالها فلا يجوز حجزها وبيعها منفردة ، وكذلك الاشياء المخصصة لإدارة واحتياج المزارع كعدة مزرعته التى وضعت على أن تبقى مستقرة فى محلها وحيوانات الزرع والمقدار الكافى من البذر لاحتياجات المزرعة وبيوت النحل والاسماك غير المحرزة التى فى البحيرات والقصور وآلات التقطير والبراميل وماكنات التضييق والاسمدة والآلات والادوات الخاصة لادامة تشغيل المعامل لا يجوز حجزها منفردة » (انظر المادة ٥٢٤ من القانون الفرنسى) .

١١ - ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص شرطان اولهما اتحاد المالك ، وثانيهما رصد المنقول لخدمة العقار واستغلاله ، ومع هذا فقد ذهب بعض الفقهاء الى أن شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص اربعة هي :

- أ - أن يوضع منقول في عقار .
- ب - أن يكون وضع المنقول بمعرفة المالك .
- ج - أن يكون المنقول والعقار مملوكين للمالك واحد .
- د - أن توجد علاقة تخصيص بين المنقول والعقار ^(١) .

١٢ - الشرط الاول : اتحاد المالك : يتضح هذا الشرط من نص المادة

(٦٣) الذي يقرر « المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له » . فالمشرع لم يرفع العقار وحده وانما هو راعى مصلحة المالك كذلك فمالك العقار وحده هو الذي يحق له تخصيص منقولات لخدمة هذا العقار لانه وحده الذي يسهر على رعاية هذا العقار . ويترتب على هذا أن المستأجر الذي يضع في العقار الذي استأجره منقولات يملكها لخدمة هذا العقار لا ينظر اليه المشرع بعين الرعاية فلا يعتبر هذه المنقولات عقارات بالتخصيص ، فالآلات والمواشي والاسمدة والبذور التي يضعها الزراع في العقار المستأجر لخدمته تبقى منقولة ما دامت الارض غير مملوكة لهم . وكذلك الحال بالنسبة للمنقولات التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة هذا العقار اذا لم تكن هذه المنقولات مملوكة له ، فلو وضع المالك في عقاره منقولات مسلمة اليه على سبيل الوديعة أو العارية أو الرهن الحيازي أو الاجارة ، فانها لا تعتبر عقارات بالتخصيص حتى ولو اراد من وضعها خدمة العقار أو استغلاله . وللسبب نفسه فان المنقولات التي يضعها المنتفع في العقار الذي تقرر له عليه حق انتفاع لا تعتبر عقارات بالتخصيص وكذلك الحكم بالنسبة لصاحب حق الاستعمال أو السكنى وذلك لان وضع هذه المنقولات من قبلهم لا يستمر الا لمدة انتفاعهم بالعقار فيكون وضعه اذن لخدمتهم لا لخدمة العقار هذا فضلا عن عدم توفر شرط اتحاد المالك .

(١) انظر بودرى ف ٥٩ ، عبدالسلام ذهني ف ١٥ ، كامل مرسى ف ٤٨

ولا يفهم مما تقدم انه يشترط أن تكون ملكية العقار خالصة للمالك المنقولات ، بل ان المنقولات التي يضعها المالك على الشيوع في الجزء الذي يستغله من العقار الشائع تعتبر عقارات بالتخصيص حتى تحصل القسمة فإذا وقع هذا الجزء في حصته ثبتت للمنقولات صفة العقار وان وقع في حصة الآخرين زالت عنها هذه الصفة •

ويعتبر واضع اليد بصفة مالك في حكم المالك سواء أكان سيء النية أم كان حسن النية ولكن هذا الحكم لا يسرى الا بالنسبة للغير ، أما بالنسبة للمالك الاصلى فليس له الا المطالبة بالعقار فإذا نجحت دعواه استرد العقار وحده أما المنقولات فيأخذها مالكيها أى واضع اليد •

وإذا اشترط بائع المنقول الاحتفاظ بملكه حتى يدفع المشتري أقساط الثمن جميعاً ، ثم خصص المشتري هذا المنقول لخدمة عقار مملوك له فإن هذا التخصيص لا يكسب المنقول صفة العقار لان شرط اتحاد المالك لا يتحقق الا بدفع آخر قسط من الثمن ، فيبقى المنقول محتفظاً بطبيعته حتى يسدد المشتري باقي الثمن وهو في هذه الفترة يعامل معاملة المنقول من جميع الوجوه •

١٣ - الشرط الثاني : رصد المنقول لخدمة العقار واستغلاله :

ومعنى هذا الشرط أنه يجب أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله لا لخدمة مالك هذا العقار ، ويترتب على هذا ان سيارة صاحب المصنع لا تعتبر عقاراً بالتخصيص على خلاف السيارات التي تستعمل لخدمة المصنع نفسه •

ويلاحظ بالنسبة للتشريع العراقي (ومثله التشريع المصري والسوري) ان نص المادة التي تعرض للعقار بالتخصيص (م ٦٣) نص عام مطلق لم يحدد نوعاً أو انواعاً معينة من الخدمة أو الاستغلال كما فعل القانون المصري القديم حيث قصر الاستغلال على النوعين الزراعي والصناعي • ويترتب على هذا ان لفظ الاستغلال الوارد في المادة (٦٣) المتقدمة يشمل الاستغلال الزراعي والصناعي والتجاري والمدني • بل ان لفظة (الخدمة) الواردة في المادة المتقدمة تدل على أن المشرع يأخذ بفكرة العقار بالتخصيص

حتى ولو انتقت نية الاستغلال فالتقولات المخصصة لخدمة منزل يسكنه مالكه عقارات بالتخصيص .

ونضرب بعد هذا امثلة للعقارات بالتخصيص في كل نوع من انواع الاستغلال .

أ - الاستغلال الزراعي : تعتبر المواشى اللازمة للزراعة عقارات بالتخصيص ، كالحوانات التي تستعمل لحث الارض أو ريهاء ، وكذلك الحال بالنسبة للآلات الزراعية كالمحاريث والنوارج وآلات الري المتحركة واواني التقطير والتخمير الخ ، ويعتبر السماد المخصص لتخصيب الارض عقارا بالتخصيص مهما كان نوعه ، وكذلك الحال بالنسبة للبذور التي تستعمل في الزراعة ، هذا ويلاحظ أن التقاوى والبذور تصبح عقارا بطبيعته متى زرعت في الارض .

ب - الاستغلال الصناعي : الادوات والمهمات اللازمة للمؤسسات الصناعية أو المصانع تعتبر عقارات بالتخصيص سواء أكان المكان الصناعي مصنعا أو معملا ما دام الذي يستغله هو المالك نفسه . فالآلات التجارية والكهربائية والمرجل والمطارق والسنادين والمكابس والفحم والشحم والزيت والجلود والاصباغ والادوات الكيماوية تعتبر كلها عقارات بالتخصيص على شرط أن تكون مملوكة لصاحب المصنع نفسه .

ج - الاستغلال التجاري : صدرت عن المحاكم الفرنسية أحكام متناقضة بالنسبة لمفروشات الفنادق وهل تعتبر عقارات بالتخصيص أولا تعتبر ؟ وعندى أنه يجب اعتبارها كذلك ما دامت مخصصة لخدمة العقار ، فالقانون العراقي كما تقدم القول ، أوسع من القانون الفرنسي في تحديد فكرة العقارات بالتخصيص . وعلى هذا فإن اثاث الغرف والسجاجيد والاسرة واواني المأكول والمشرب تعتبر بالنسبة لهذه الفنادق عقارات بالتخصيص وكذلك الحال بالنسبة للمطاعم ولدور السينما والملاهي وما شاكل .

د - الاستغلال المدني : يطبق نفس الحكم كذلك بالنسبة للاستغلال المدني ، فاثاث المستشفى وادواته ، سواء أكان مستشفى خاصا بطبيب أو

أطباء معينين ، أو كان مستشفى عاما تتولى الحكومة أو الهيئات المحلية أو المؤسسات العامة أو الجمعيات الخيرية إدارته تعتبر عقارات بالتخصيص .

١٤ - وتظهر أهمية فكرة العقار بالتخصيص في الأمور الآتية :

أولا : لا يجوز إيقاع الحجز على المنقولات المخصصة لخدمة العقار عن طريق الحجز على المنقولات وبالتالي منفصلة عن العقار المخصصة لخدمته ، بل يجب الحجز عليها تبعا لهذا العقار ومعنى هذا انه تتبع بشأنها طرق الحجز العقاري .

ثانيا : تعتبر العقارات بالتخصيص من توابع العقار فتدخل في بيعه من غير ذكر لها عملا بأحكام المادة (٥٣٧) ويطبق نفس الحكم بالنسبة للهبة وسائر العقود والتصرفات الواردة على ملكية العقار كالقسمة والوصية .

ثالثا : حق الدائن المرتهن للعقار يمتد الى هذه المنقولات باعتبارها من توابع العقار .

١٥ - وليس معنى ما تقدم أن العقار بالتخصيص يعتبر في حكم العقار بطبيعته من كل وجه اذ بينهما بعض الفروق التي نلخصها فيما يلي :

أولا : ليست لشخصية الانسان أهمية في العقار بطبيعته على خلاف الحال في العقار بالتخصيص ، ومعنى هذا أن الشخص الذي يستطيع خلق عقارا بالتخصيص هو المالك لهذا المنقول وللعقار الذي رصد المنقول لخدمته ، أما في العقار بطبيعته فلا أهمية للشخص اذ يستطيع المالك وغير المالك خلق عقار بطبيعته فالبنا والشجر عقار بطبيعته سواء أكان الباني مالكا للأرض أم غير مالك وسواء أكان الغارس مالكا أم منتفعا أم مستأجرا أم غاصبا .

ثانيا : لا تدخل العقارات بالتخصيص في نزع ملكية العقارات للمنافع العامة غير ان النظم والافكار الاقتصادية الحديثة خلقت منذ عهد ليس بالقريب جدا نظام التأمين فأصبحت الدولة تملك المؤسسات ذات النفع العام بما فيها من عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص بل ومنقول .

ثالثا : لبائع المنقولات التى يجعلها مشتريها عقارات بالتخصيص قبل تسديد جميع ثمنها ، حق امتياز عليها الى أن يستوفى الثمن لانها ما زالت منقولات بطبيعتها ، ويختلف الحكم فى حالة ما اذا اصبحت هذه المنقولات عقارات بطبيعتها كأن كانت آلة رى فأثبتها المشتري بالارض أو كانت بذرا فزرعه •

١٦ - أنواع المنقولات : لم يعرف المشرع المصرى المنقول تعريفا مباشرا كما فعل بالنسبة للعقار ، بل انه عرفه بطريق غير مباشر وترك فهمه لقياس المخالفة فقرر بعد تعريف العقار فى المادة (٨٢) أنه « وكل ما عدا ذلك من شئ » فهو منقول • وقد كان فى وسع هذا القانون أن يعرف كلا من العقار والمنقول تعريفا مباشرا كما فعل التقنين الفرنسى فى المواد (٥٢٧ وما بعدها) وغيره من التقنينات ولكنه خشى أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الاشياء فاكفى بتعريف العقار وترك تعريف المنقول يستنبط من طريق مفهوم المخالفة ، وكان فى وسعه أيضا أن يعرف المنقول تعريفا مباشرا ويترك تعريف العقار ليستنبط من طريق غير مباشر كما فعل التقنين النمساوى فى المادة (٢٩٣) ولكنه آثر خطة التقنين الحالى (أى القانون المصرى القديم) نظرا لما للعقارات من اعتبار خاص لا تزال آثاره باقية فى جملة التشريع المصرى •

هذا ما فعله المشرع المصرى وعلى خلافه جرى المشرع العراقى فإنه عرف المنقول كما عرف العقار ، فقد قضت الفقرة الثانية (٦٢) بأن « المنقول كل شئ يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة » •

ونستطيع تقسيم المنقولات الى نوعين (١) منقولات بطبيعتها (٢) منقولات معنوية •

ولن نتعرض هنا لما يسميه فقهاء القانون المدنى « المنقولات بالمآل Meubles par anticipation » وهى اشياء متصلة بالعقار وتعتبر بحكم هذا الاتصال عقارات بطبيعتها ولكنها معدة لان تفصل عن العقار بعد فترة قصيرة من الزمن فيعتبرها القانون لهذا فى حكم المنقولات ، لا تتعرض

لهذا النوع من المنقولات لانها لا تعد قسما متميزا عن غيرها من المنقولات لان اعتبارها كذلك رهن بظروف خاصة ولما كان كل تقسيم علمي يجب أن يبنى على قواعد عامة لا على ظروف خاصة لهذا فاننا لن نتعرض هنا الا لنوعى المنقولات السالفين لما لهما من صفة العموم « (١) » .

١٧ أولا : المنقول بطبيعته : وهى كما قلنا الاجسام التى يمكن نقلها وتحويلها من مكان الى آخر دون تلف سواء أكانت تتحرك بنفسها كالحوانات أم كانت تتحرك بقوة اجنبية كالجملادات . والامثلة على المنقولات بطبيعتها أوضح من أن تحتاج الى شرح وانما نكتفى هنا بالإشارة الى أمرين :

أولهما : ان المشرع قد يولى بعض المنقولات عناية خاصة لما لها من قيمة اقتصادية كبيرة كالسفن والطائرات فيخضعها لتشريعات خاصة بها تختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها سائر المنقولات . ومن امثلة هذه التشريعات القانون المصرى رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ الخاص بتسجيل السفن التجارية والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية .

وثانيا : ان الكهرباء وغاز الاستصباح يعتبران من المنقولات بمجرد تسير التيار أو صناعة الغاز ، وقد ظهرت أهمية هذا التكيف فى نطاق قانون العقوبات خاصة ، فقد انصرفت المحاكم الفرنسية والمحاكم المصرية فى اقصيتها الحديثة الى أن اختلاس التيار الكهربائى أو غاز الاستصباح يعتبر سرقة (٢) .

١٨ - ثانيا : المنقولات المعنوية : وهى المنقولات التى لا تقع تحت الحواس ولا يدركها الانسان الا بالتصور مثال ذلك افكار المؤلفين واختراعات العلماء والباحثين ، واعمال الفنانين وشهرة الشخص التجارية ، وقد تتجسم هذه الاشياء فى صورة كتاب أو آلة أو تمثال أو لحن أو ما شاكل ولكنها ذات وجود ذاتى مستقل عن هذه الآثار فتكون محلا لحق الملكية الادبية أو الفنية أو الصناعية الخ .

(١) الدكتور عرفه ف ٩٤ .

(٢) محكمة النقض المصرية ٦ كانون ثانى ١٩٤٨ ، محكمة اكس

الفرنسية ١٢ تموز ١٩٣٧ .

١٩ - تقسيمات أخرى للأشياء : تقرر المادة (٦٤) بأن « ١ - الأشياء

المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢ - وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمى » (١٤٥ و ١٤٦ مجلة ، ٨٥ مصرى ، ٨٨ سورى) •

فالمثلى ، نسبة الى المثل ، هو ما يوجد له نظير في السوق بلا تفاوت أو بتفاوت يسير لا يعتد به • وهو يطلق في الشريعة الاسلامية على الأشياء التي تقدر عادة بالكيل أو الوزن أو العد ، فما يقدر بالوزن جميع الموزونات كالذهب والفضة والقصدير والنحاس والحنطة والشعير والسمن والفحم والاثمار والسكر والشاى وغيرها ، ما يقدر بالكيل كبعض السوائل والحبوب ، وما يقدر بالعد جميع العدديات المتقاربة الآحاد كالبرتقال والليمون والموز والبيض وغيرها •

والقيمى ، نسبة الى القيمة ، هو ما لا يقدر من الاموال بكيل ولا وزن ولا عد ، وبعبارة أخرى هو ما تتفاوت آحاده ولا يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء ، فالاراضى والدور والحيوان والاشجار والاحجار الكريمة وكثير من الفواكه العديدة كالبطيخ ، كلها من الأشياء القيمة •

هذا ويلاحظ أن كون الشيء قيما أو مثليا أمر نسبي ، فقد يكون قيما بالنسبة لبعض الأشياء وان اتحدت معه في التسمية مثليا بالنسبة لبعض الأشياء الأخرى ، فسيارة الفورد شيء نسبي بالنسبة لكل سيارة فورد جديدة مثلها تتحد معها في (الموديل) وهى قيمة بالنسبة لكل سيارة من ماركة أخرى وبالنسبة لكل سيارة فورد تختلف معها في الموديل •

٢٠ - وتظهر أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة في نواح متعددة من فقه القانون المدني نلخصها فيما يلى :

١ - عارية الاستعمال تقع على الأشياء القيمة واما القرض (ويسمى في فقه القانون المدني الغربى بعارية الاستهلاك) فإنه لا يقع الا على الأشياء المثلية (م ٦٨٤) •

٢ - اذا انصب عقد البيع أو أى عقد آخر ناقل للملكية على منقول قيمى فقد انتقلت الملكية بمجرد اتحاد الارادتين كقاعدة عامة ، ونقول كقاعدة عامة

لان المشرع وان جعل الاصل فى العقود كفاية الارادة فيتم ابرامها بمجرد اتحاد الارادتين الا انه أقر الى جانب هذه العقود الرضائية بعض العقود العينية التى لا تتم الا بالتسليم كالقرض والهبة وشركة المضاربة .

أما فى الاشياء المثلية فان الملكية لا تنقل بمجرد ابرام العقد وانما يتراخى انتقالها الى فترة لاحقة هى فترة التسليم أو التعيين وقبل أن يتم هذا وذاك لا يكون للمتعاقد سوى مجرد التزام مترتب فى ذمة الطرف الآخر يلزمه بنقل الملكية اليه بأحد هذين الطريقين .

٣ - لا تقع المقاصة الا اذا اتحد الدينان جنسا ووصفا بأن كانا من النقود أو من الاشياء المثلية المتحدة فى النوع والجودة .

٤ - اذا انصب العقد على شىء قيمى فهلك انفسخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ ، وهذا على خلاف ما اذا انصب على شىء مثلى فهلك فان العقد لا يعتوره فسخ ولا بطلان لان من مبادئ القانون المقررة منذ عهد الرومان أن الجنس لا يهلك

٥ - اذا انصب الالتزام على شىء قيمى فليس للمدين أن يدفع شيئا غيره بدون رضا الدائن حتى ولو كان هذا البديل مساويا فى القيمة لمحل الالتزام الاصلى أو كان ذا قيمة أكبر (م ٣٩٠) ، اما اذا كان محل الالتزام من الاشياء المثلية فان للمدين أن يدفع مثله وان لم يرض الدائن . وهذا الفارق الجوهرى بين هذين النوعين من الاشياء هو الضابط المميز بينهما ولهذا جعل منه المشرع فصلا للفرقة بينهما .

٢١ - هذه هى التقسيمات التى اشار اليها المشرع صراحة عند بيانه للاشياء ، ومع هذا فهناك تقسيمات أخرى للاشياء وان لم يشر اليها المشرع صراحة الا انها تظهر فى ثنايا القانون ومواده ومن هذه التقسيمات :

أولا تقسيم الاشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك :

وقد اشار المشرع المصرى لهذا التقسيم صراحة فى المادة (٨٤ منه) التى تقضى بأن « ١ - الاشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب

ما أعدت له ، فى استهلاكها أو انفاقها ٢٠ - فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما اعد فى المتاجر للبيع » . وهذا على خلاف المشرع العراقى فقد قلنا انه لم يتعرض لهذا التقسيم عند بحث الاشياء وانما اشار اليه فى مواد متفرقة من القانون نذكر منها على سبيل المثال المادة (٦٨٤) التى تعرف القرض بأنه « أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها » والمادة (٨٤٧) التى تعرف الاعارة بأنها « عقد به يسلم شخص لآخر شيئا غير قابل للاستهلاك » .

ويراد بالاشياء القابلة للاستهلاك تلك التى تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة ، وهى اما أن تكون مما يهلك بطبيعته كالغلال والسوائل والماكولات والوقود ، واما أن تكون مما يهلك حكما ويقال لهذا النوع من الاستهلاك (الاستهلاك القانونى) كالنقود والعروض المعدة للبيع والثياب التى تصنع ملابس . والاشياء التى لا تهلك هى تلك الاشياء التى ينتفع بها مع بقاء عينها كالمنازل والاراضى والمفروشات والآلات الزراعية والصناعية والحيوانات والملابس والسيارات الخ . فهذه الاشياء معدة للاستهلاك المتكرر ولو ترتب على هذا الاستعمال نقص أو ضياع قيمتها مع الزمن كما هى الحالة فى الملابس والسيارات بل والدور كذلك . ومعنى هذا أن فكرة الاستهلاك عند فقهاء القانون المدنى تختلف عن مفهومها عند علماء الاقتصاد .

وتظهر أهمية التفرقة بين الاشياء القابلة للاستهلاك والاشياء غير القابلة له فى ناحيتين

الاولى : بالنسبة لحق الانتفاع (المنفعة) وحق الاستعمال فكل من هذين الحقين لا يرد على الاشياء التى تهلك بالاستعمال والسبب فى هذا ان حق المنتفع قاصر على استعمال الشيء دون استهلاكه فهو ملزم بعد انقضاء حقه فى الانتفاع برد نفس العين التى استلمها والتزامه هذا يتنافى مع طبيعة الاشياء المعدة للاستهلاك ، وكذلك الحال بالنسبة لحق الاستعمال .

والثانية : ان عقد العارية لا يرد الا على الاشياء التى لا تهلك بالاستعمال

لنفس السبب المتقدم • والحال على خلاف هذا بالنسبة لعقد القرض فهو لا يرد الا على الاشياء المثلية التى تهلك بالانتفاع بها •

٢٢ - ثانيا : تقسيم الاشياء الى مملوكة وموقوفة واميرية ومباحة : -

ويراد بالاشياء المملوكة تلك التى يكون للأفراد عليها حق الملك التام • وبالاشياء الموقوفة تلك التى رصدت على جهة بر لا تنقطع ولو فى المال ، وبالاميرية تلك الاشياء المملوكة للدولة سواء أكانت من الدومين العام أو الدومين الخاص • ويراد بالاشياء المباحة تلك الاشياء التى لا مالك لها والتى تكون ملكا لأول واضع يد عليها بطريق الاستيلاء وموضع دراسة الاشياء الموقوفة هو الوقف ، ويدرس الدومين العام ومدى حق الدولة والأفراد عليه كموضع من مواضع القانون الادارى ، وستولى شرح أحكام التصرف فى الاراضى الاميرية عند دراسة حق التصرف ، وسنشير الى الاشياء المباحة عند الكلام عن الاستيلاء كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية •

٢٣ - وبعد أن استعرض المشرع العراقى فى الفرع الاول من الفصل الثالث من الباب التمهيدي الاشياء وقسمها الى عقارات ومنقولات والى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، والى مثلية وقيمة انتقل فى الفرع الثانى من هذا الفصل الى الكلام عن الاموال والحقوق •

فعرف فى المادة (٦٥) منه المال بأنه « كل حق له قيمة مادية » وقد قلنا فيما تقدم ان الاشياء هى محل هذه الاموال ولهذا فان المال يضطبع بصبغة الاناء الذى يوضع فيه وبعبارة أخرى يأخذ المال صفة الشئ فهو مال عقارى اذا انصب على عقار ، وهو مال منقول اذا استقر فى منقول ، ويترتب على هذا أن كل حق عينى فى عقار يعتبر مالا عقاريا بما فى ذلك حق الملكية ، وما عدا ذلك من الحقوق يعتبر منقولا ، فحق الملكية يكون عقاريا اذا وقع فى عقار ويكون منقولا اذا وقع فى منقول ، ومن المعلوم أن بعض الحقوق لا تكون الا عقارية فحق الارتفاق وحق السكنى وحق الرهن التأمينى حقوق عقارية على الدوام •

٢٤ - وتقرر المادة (٦٦) أن « الحقوق المالية اما عينية أو شخصية » .
ثم تعرف المادة (٦٧) الحق العيني بأنه (سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين . وهو اما اصيل أو تبعي) . وتعدد المادة (٦٨) الحقوق العينية الاصلية والتبعية فهي تنص على أن « ١ - الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحطة ، وحقوق الارتفاق ، وحق الاجارة الطويلة . ٢ - والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز » .

ثم تعرض المادة (٦٩) للحق الشخصي أو الالتزام فتعرفه بأنه « رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل » وتعرض المادة (٧٠) للاموال المعنوية فتعرفها بأنها الاموال « التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان » ثم تقرر في الفقرة الثانية من المادة السالفة أن هذه الحقوق تخضع لاحكام القوانين الخاصة بها .

وقد سبق في دراسة النظرية العامة للالتزامات أن بينا الفروق بين الحق العيني وبين الحق الشخصي من جهة ، والفروق بين الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية من جهة أخرى فلا نعود اليها هنا .
وننتقل بعد هذا الفصل التمهيدى الى تناول كل حق من الحقوق العينية الاصلية بالشرح .

الباب الأول

الملكية

La propriété.

٢٥ - تمهيد وتقسيم : ترجع الحقوق العينية الاصلية كلها الى حق الملكية فهو الاصل وعنه تتفرع سائر هذه الحقوق ولهذا فقد عنى المشرع بحق الملكية عناية خاصة فأفرد له الباب الاول من الكتاب الثالث وخصص الباب الثانى لسائر الحقوق العينية الاخرى المتفرعة عن حق الملكية .

وقد عرف المشرع حق الملكية تعريفاً استجمع فيه عناصر هذا الحق وقيوده ، واعتب التعريف بنصوص تحدد نطاق الملكية تحديداً يمشى مع أحدث التطورات العلمية ، وعزز ذلك بتقرير حماية هذا الحق فقرر عدم جواز حرمان أحد من ملكه الا فى الاحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى يرسمها (١٠٥٠) .

ثم انتقل بعد هذا الى ما يرد على الملكية من قيود ، وهى نوعان : قيود قانونية وقيود اتفاقية . فالقيود القانونية قد تتضمنها تشريعات خاصة تصدر لتقييد حق الملكية مراعاة لمصلحة عامة أو لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية . وقد تكون قيوداً اقتضتها التزامات الجوار وهى قيود استلهمها المشرع من فقه الشريعة الاسلامية (١٠٥١) وقد تكون حقوق ارتفاق ، وهى قيود متنوعة منها ما يرجع الى الانتفاع بالمياه وقد عنى القانون بتنظيم هذه القيود العناية التى تنبغى لبلد زراعى ، فبين أحكام حق المسيل لمياه الصرف الناشئة عن فعل الطبيعة والآتية من الاراضى المجاورة ، وقرر حق التعويض اذا أصاب الارض

ضرر من مرور المياه بها حتى ولو كانت هذه المياه ناشئة عن فعل الطبيعة متى كان استعمالها أو طريقة توجيهها من شأنه أن يزيد في عبء المسيل كما قرر هذا الحق بالنسبة للمياه الصناعية الناشئة عن سبر أو حفر أو نحو ذلك .

ثم انتقل الى حق الشرب واعطى لكل شخص حق سقى ارضه من مياه الانهر والترع العامة في حدود القوانين والانظمة الخاصة ، ثم انتقل بعد هذا الى بيان حريم الآبار وهو حق ارتفاق لا نظير له في القوانين المدنية الوضعية وقد اقتبس المشرع العراقي عن فقه الشريعة الاسلامية (المواد ١٢٨١ - ١٢٩١ من المجلة) وقد أحسن المشرع صنعا بعدم تحديد مدى هذا الحريم أو مسافته تحديدا عدديا كما فعلت المجلة وانما ترك هذا لتقدير القضاء .

ثم قرر بعد هذا حق المجرى للمياه الكافية لرى الاراضى البعيدة عن مورد المياه . ثم انتقل الى حق المرور واعطى هذا الحق لمالك الارض المحبوسة عن الطريق العام ولمالك الارض المتصلة بالطريق العام اذا كان لا يتيسر له الوصول اليه الا بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة ، ولكنه يضع بعد هذا قيودا معقولا عادلا اذ يقرر انه اذا كان الحبس ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في اجزاء هذا العقار فلا يجوز المطالبة بحق المرور الا في هذه الاجزاء (م ١٠٦٠) . ثم ختم المشرع هذه القيود بأن اعطى لكل جار حق اجبار جاره على وضع حدود لاماكنهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما .

والنوع الثانى من القيود هي القيود الاتفاقية ولم يذكر منها التقنين شيئا وانما ترك هذا الى المتعاقدين وغنى عن البيان ان كل حقوق الارتفاق التى يكون مصدرها العقد هي قيود اتفاقية ترد على حق الملكية .

ثم انتقل المشرع بعد هذا الى بيان انواع خاصة من الملكية ، وذكر منها الملكية الشائعة والعلو والسفل أو ملكية الطبقات ، والحائط المشترك والطريق الخاص المشترك .

ثم انتقل بعد هذا الى بيان اسباب كسب الملكية وقسم هذه الاسباب الى ثلاثة أنواع ، أولها لكسب الملكية ابتداء بطريق الاستيلاء على الاشياء المباحة ، وثانيها لكسب الملكية بسبب الوفاة وذلك عن طريق الميراث والوصية ، وثالثها لكسب الملكية بين الاحياء عن طريق الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة •

٢٦ - وسنجرى في شرحنا هذا على النحو الذى سار عليه المشرع العراقى فتولى الكلام عن حق الملكية على النحو الآتى :

- أولا : تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها •
- ثانيا : القيود التى ترد على حق الملكية •
- ثالثا : انواع خاصة من الملكية •
- رابعا : اسباب كسب الملكية •
- ونعقد لكل منها فصلا خاصا به •

الفصل الأول

تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها

نقسم هذا الفصل الى مبحثين : اولهما لتعريف الملكية وعناصرها ،
وثانيهما لنطاقها ووسائل حمايتها •

المبحث الاول

تعريف الملكية وعناصرها

٢٧ - تعرف المادة (١٠٤٨) الملكية على النحو الآتي « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها وتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة » (تقابل المادة ٨٠٢ مصرى ، ٧٦٨ سورى ، ٥٤٤ فرنسى) وهذا التعريف الذى نقله المشرع العراقى عن المادة (١١ مرشد الحيران) يذكرنا بتعريف قانون نابليون الذى يجرى على النحو الآتى « الملكية هى حق المالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة بشرط الا يستعمله استعمالا مخالفا للقوانين والانظمة » • ونحن نرى أن النص على أن الملكية حق يعطى لمالكه التصرف فيما يملكه تصرفا مطلقا يعود بنا الى الوراثة قرونا متعددة حيث كانت النزعة الفردية سائدة وحيث كانت الحقوق مطلقة لا يكاد يحدها حد • ومنذ مطلع القرن التاسع عشر أخذ الفقهاء يوجهون سهام

نقدم الى هذه الافكار الفردية حتى حلت محلها الافكار الاشتراكية الجمعية، واصبح قيام حقوق مطلقة امرا لا سبيل اليه ولا يقره فقيه من الفقهاء المحدثين ، لان تعاصر الحقوق يقتضى حتما تقييدها حتى يتمكن كل فرد من استعمال حقه دون المساس بحقوق الآخرين وهكذا اتجه الفقه والقضاء الى تكييف حق الملكية بأنه وظيفة اجتماعية ، فقد اعلن الفقيه الفرنسى الكبير (ديجى) فى محاضرة له « ان الملكية ليست حقا وانما هى وظيفة اجتماعية فالمالك أى الحائز لثروة يضطلع بحكم حيازته لهذه الثروة برسالة اجتماعية وتكون اعماله كمالك فى حمى القانون مادام ملتزما بحدود هذه الرسالة فان هو تقاعس عن ادائها أو اهمل فى القيام بها كأن امتنع عن زراعة ارضه أو ترك منزله ينقض حق للحكومة أن تتدخل لحمله على القيام باعباء وظيفته كمالك ، وهى تلزمه باستعمال ما يحوز به من ثروات فيما اعدت له ^(١) » .

واستنادا الى هذه الفكرة الحديثة فى تكييف حق الملكية برزت فكرة اساءة استعمال الحق وتقيدت بها الملكية بقيود قانونية شتى آخذة كل يوم فى التوسع والتشعب . ولهذا فاننا نفضل التعريف المصرى للملكية على تعريف المشرع العراقى اذ ان القانون المدنى المصرى يعرف الملكية على النحو الآتى « لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » فقد أثر هذا القانون أن يتحاشى النص على الصفة المطلقة لحق الملكية .

ومع هذا فان نص المشرع العراقى على أن للمالك أن يتصرف فى ملكه « بجميع التصرفات الجائزة » فيه اشارة مبهمة الى انه يأخذ بنظر الاعتبار هذا التطور الفقهي الحديث ، فاذا خرج المالك عن حدود الجواز فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على هذا نتيجتان :

أولاهما : حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تفضل فلا ينبغى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية ، مثال هذا ان ملكية الارض

(١) ديجى - الاتجاهات العامة فى القانون الخاص منذ تقنين نابليون ص ٢١

تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها (١٠٤٩) فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الارض أو تحتها لا تسبب للمالك ضررا فليس له أن يحول دون هذه الاعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت . ومثال ذلك أيضا انه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة فى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما (١٠٥٠) .

وثانيهما : حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى اولى بالرعاية من حق المالك فان هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا ، وهنا نجد أن القيد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر لا للمصلحة العامة بل للمصلحة الخاصة ، ويظهر أثر هذه النزعة فى امرين :

١ - يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضررا غير مشروع ، والذى يطلب هنا عمل سلبى ، وتطبيقا لذلك لا يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا (١٠٥١) .

٢ - يجوز للغير أن يتدخل فى انتفاع المالك لمصلحة خاصة هى اولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وهنا تنتقل من الدائرة السلبية ، وهى مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين ، الى الدائرة الايجابية وهى قيام الغير بأعمال معينة تعارض مع حق المالك أو اجبار المالك على القيام بأعمال معينة . وتطبيقا لذلك يجبر صاحب الارض على أن يسمح بأن تقام فى ارضه الانشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل اللازمين للاراضى البعيدة (م ١٠٥٨) ويعطى حق المرور ويتوسع فيه (م ١٠٥٩) . وفى الملكية الشائعة يحمى القانون الاغلبية من تعنت الاقلية فيجوز لاصحاب القدر الاكبر من الحصص القيام بأعمال الادارة المعتادة بالرغم من معارضة اصحاب القدر الاقل (م ١٠٦٤) ويجوز لهم كذلك ، بعد اذن من المحكمة أن يدخلوا فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة (م ١٠٦٥) . ويلزم صاحب السفلى بأن يقوم بالاعمال اللازمة لحفظه ، ويلزمه باعادة بنائه اذا

انهدم ، ويعطى لصاحب العلو بعد اذن المحكمة الحق في اعادة بناء السفلى
المنهدم والرجوع على مالك السفلى (م ١٠٨٥) •

٢٨ - ويتميز حق الملكية بالخصائص الآتية :

أ - انه حق عيني : بل انه اصل للحقوق العينية الاصلية فعنه تنفرع
هذه الحقوق ومنه تنبع ، ويتفرع على هذا ان للمالك حق التبعية وحق التقدم
وان كان هذا الحق الاخير غير ظاهر هنا لانه لا معنى لاعطاء المالك حق تقدم
على ما يملك •

ب - حق مطلق : قلنا ان هذه الصفة لحق الملكية اصبحت لا تتسجم
مع التطورات الفقهية والاجتماعية الحديثة ، وان هذه التطورات جعلت من
حق الملكية وظيفة اجتماعية لاحقا مطلقا ، ومع هذا فلا بأس من ذكر الاطلاق
ضمن خصائص الملكية اذا اريد به بيان ما يخوله هذا الحق للمالك من
سلطات شاملة واسعة لا يخوله اياها حق سواه ، وعلى هذا الاساس فللمالك
الشيء أن يستعمله كيفما يشاء ولو كان هذا الشيء لم يعد لمثل هذا الاستعمال ،
وله أن يتلفه أو يهبه أو أن يتخلى عنه أو أن يغير من شكله الخ ، واذا كان
الاصل في حق الملكية ، كما يقول الفقهاء ، انه حق مطلق الا ان هذا
الاصل لا يمنع من وجود عدة قيود عليه ذكرها المشرع في المواد
(١٠٥١ - ١٠٦١) وستولى شرحها في الفصل الثاني من هذا الباب •

ج - حق مقصور على المالك Droit exclusif • ومعنى هذا أن
الحقوق السالفة قاصرة على المالك وحده فله أن يمنع غيره من أن يفيد من
ملكه أية فائدة ولو لم يصبه ضرر من ذلك ، وقد ترتب على هذه الصفة أن
المالك التام لا يمكن أن يجتمع لشخصين في وقت واحد ، وذلك على خلاف
الحقوق الشخصية فان فكرة التضامن الايجابى بين الدائنين تجعل مثل هذا
الاجتماع ممكنا • ولا يفهم من أن حق الملكية مقصور على المالك انه يشترط
أن يستفيد المالك من ملكه بنفسه بل له أن ينقل بعض حقوقه الى الغير كما هي
الحالة في الاجارة والاعارة ، وقد تكون للغير على الشيء موضوع الملكية حقوق

عينية كالمنفعة والسكنى والاستعمال والرهن والمساحطة الخ •

د - حق دائم Droit perpétuel وليس معنى هذا ان ملكية الشيء للمالك تدوم الى ما شاء الله اذ قد يتخلى المالك عن ملكه بالبيع أو الهبة أو المقايضة ، كما ان الملكية تنتقل بالوفاة الى الورثة • وانما المقصود هو دوام الملكية باعتبارها حقا واردا على شيء معين • فما دام الشيء باقيا فملكته باقية وآية بقائها ودوامها انتقالها من مالك لا آخر • ويتفرع على هذه الصفة أن الملكية لا تسقط بالتقادم ، وبالتالي فان دعوى الاستحقاق التي تحمي الملكية لا تسقط بالتقادم كذلك •

٢٩ - هذا عن تعريف الملكية وخصائصها واما عن عناصر الملكية فاننا نقول : يفهم من تعريف المشرع العراقي للملكية بأنها تعطى للمالك حق « المنفعة والاستغلال والتصرف » • والتصرف عمل مادي أو قانوني اذا انصب على الشيء أخرجه من الذمة أو اهلكه ، والاستغلال يراد به الحصول على ثمار الشيء الذي يكون قابلا لانتاجها ، والمنفعة يراد بها استخدام الشيء في وجوه الاستعمال التي اعد لها • ومعنى هذا أن الملكية تعطى لصاحبها •

أولا : حق الاستعمال : فاستعمال الحيوان بركوبه أو استخدامه للحرث أو الجر ، واستعمال الثياب بلبسها واستعمال الدار بسكنائها واستعمال الارض بزراعتها وهكذا •

ثانيا : حق الاستغلال : فاستغلال الدار بتأجيرها واستغلال البستان بالحصول على حاصلاتها وثمارها •

ثالثا : حق التصرف : والتصرف مادي وقانوني فالتصرف المادي يكون بتغيير الشيء أو استهلاكه أو اتلافه ، فمن طحن الحنطة أو عصر البرتقال أو خاط القماش فقد تصرف فيه تصرفا ماديا ، وكذلك من أكل المأكول أو استهلك الملبوس ، وكذلك من اتلف شيئا فمن حطم آنية أو حرق فحما أو خشبا فقد تصرف فيه تصرفا ماديا • واما التصرف القانوني فيراد به نقل الملكية الى الغير أو ائصال الشيء بحق من الخوفاق العينية ، فمن باع شيئا أو وهبه أو قايض عليه

أو قدمه حصة في رأس مال شركة أو كبديل صلح أو رتب عليه للغير
حق انتفاع أو استعمال أو رتب لعقار للغير عليه ، اذا كانت عقارا ، حق ارتفاق ،
فقد تصرف في هذا الشيء تصرفا قانونيا .

٣٠ - هذا ويلاحظ أنه ليس من الضروري أن تجتمع عناصر الملكية
المتقدمة كلها للمالك فالملكية كما تكون موحدة تامة ، تكون متفرعة . الا انه
يجب أن لا يغيب عن الازهان ان قوام الملكية هو حق التصرف ولهذا فانه لا ينفصل
عنها ، واذا بقي حق التصرف وحده للمالك فانه يسمى بمالك الرقبة وتسمى
الملكية بالملكية المجردة Nue propriété .

المبحث الثاني

نطاق الملكية ووسائل حمايتها

٣١ - تقرر المادة (١٠٤٩) بأن « ١ - مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتغير » ٢ - وملكية الارض تشمل ما فوقها علوا وما تحتها سفلا الى الحد المفيد في التمتع بها ٣ - ويجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الارض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » (تقابل المادة ٨٠٣ مصرى ، ٧٦٩ سورى ، ٥٥١ فرنسى ، ١١٩٤ مجلة) * ويفهم من هذا النص أن ملكية الشيء تناول عناصره الجوهرية ، وان ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها *

٣٢ - أولا عناصر الشيء الجوهرية : الشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع اجزائه المكونة له * والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا في الكل بحيث لو فصل منه لهلك الشيء أو تلف أو تغير ، فكل ما يقيمه المالك على ارضه من بناء أو غراس وكل ما يحدثه في جوف الارض من منشآت يمتد اليه حق الملكية ويصبح مالكا له بنفس السبب الاصلى * والضابط في معرفة عناصر الشيء الجوهرية هو العرف أولا وطبيعة الشيء ثانيا ، أما العرف فأمره مختلف في الزمان وفي المكان ، وأما طبيعة الشيء فهذه أيضا موضوعية يكشف عنها القاضي في كل قضية على حدة ، هذا ويلاحظ أن نص الفقرة الاولى من المادة (٨٠٣) من القانون المدني المصري كان عند تقديمه الى البرلمان مطابقا لنص الفقرة الاولى من المادة (١٠٤٩) من القانون العراقي الا ان لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « في العرف » لان العرف ليس هو المرجع الاول في تحديد

عناصر الشيء الجوهرية بل يرجع في ذلك أولا الى طبيعة الاشياء ثم الى العرف بعد ذلك ، وكان يجدر بالمشرع العراقي أن يقر هذا التعديل السليم .

٣٣ - ثانيا : **العلو والسفل** : ان سريان ملكية الارض على ما فوقها وما تحتها ليس في الحقيقة الا تطبيقا لعناصر الشيء الجوهرية ، فالعلو والسفل من العناصر الجوهرية للارض التي يتعذر فصلها عنها دون أن تهلك الارض أو ت تلف أو تتغير ، وقد قلنا عند الكلام عن خصائص حق الملكية انه حق مقصور على صاحبه وعلى هذا يستطيع مالك الارض أن يحول دون استفادة غيره من الفضاء الذي يعلوها أو من قعرها الباطني . وتطبيقا لهذه الفكرة قضت المحاكم الفرنسية بان لمالك الارض أن يطلب ازالة الاسلاك الكهربائية التي تمتد بها شركة فوق أرضه وان الصائد الذي يستهدف طائرا اثناء طيرانه فوق ارض الغير فيطلق عليه رصاص بنديته يعد مرتكباً لمخالفة الصيد فوق أرض الغير (١) .

واذا كانت ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها بلا جدال فان الصعوبة تتجسم في تحديد نطاق هذا الشمول . فقد ذهب الفقهاء الاقدمون الى أن ملكية العلو والسفل لا يحدها حد ، ولهم العذر فيما ذهبوا اليه فلم تكن مشاكل النقل الجوي قد ظهرت بعد ولهذا كان تحديد نطاق ملكية العلو مسألة نظرية محضة ليست لها فائدة عملية ، وعندما اخترعت الطائرات اصبح هذا التحديد ضرورة نظرية وعملية . هذا ويلاحظ ان بعض الفقهاء الفرنسيين رأوا تقسيم طبقات الهواء الى ثلاثة انواع أولها لمالك الارض ، والذي يلي هذه الطبقة يكون ملكا للدولة والطبقة الثالثة تكون حرة غير مملوكة لاحد ولكن هذا الرأي لا يمكن الاخذ به ، ولهذا السبب فقد أقر المشرع العراقي ما أقرته بعض التشريعات الحديثة فجعل ملكية العلو والسفل الى الحد المفيد في التمتع بالارض (انظر المادة ٩٠٥ قانون الماني ، ٦٦٧ سويسري) ولا ريب في أن هذا القيد مرن من جهة وانه ضرورة اجتماعية تقتضيها المصلحة العامة من جهة أخرى .

وقد طبق المشرع العراقي سريان ملكية الارض على ما فوقها وما تحتها

(١) الدكتور عرفه ف ١٦٤ ، بلانيول وبرير ف ٢٥١ .

فى نصوص متعددة منها المادة (١١٠١) التى تقرر أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار ان كانت الارض مملوكة وللدولة ان كانت الارض اميرية ومنها نص المادة (١١١٧) التى تقرر أن كل ما على الارض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر مملوكا لصاحب الارض ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك .

وقد أجاز المشرع فى الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٩) المتقدمة فصل ملكية سطح الارض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بناء على اتفاق ، مثال تشريعات القوانين الخاصة بالمناجم والمحاجر . ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام ، وما حق القرار وحق الحكر وحق التعلل وحق المساطحة الا ضروب من ملكية ما فوق السطح .

٣٤ - هذا عن نطاق حق الملكية ، واما عن وسائل حمايتها فان المادة (١٠٥٠) تنص على أنه « لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الا فى الاحوال التى يررها القانون وبالطريقة التى يرسمها » ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما » (تقابل المادة ٨٠٥ مصرى ، ٧٧٢ سورى ، ١٢١٦ مجلة) . وهذا النص ليس الا ترديدا للمادة العاشرة من الدستور العراقى (القانون الاساسى) التى تقرر أن « حقوق الملكية مصونة فلا ينزع ملك أحد أو ماله الا لاجل النفع العام فى الاحوال وبالطريقة التى يعينها القانون وبشرط التعويض عنه تعويضا عادلا » .

وقد كانت حماية حق الملكية محل اهتمام المشرعين منذ أقدم الازمنة الى يومنا هذا ، ولا نريد فى هذا المؤلف أن نتعرض بالتفصيل لدراسة الاحكام المقررة لنزع الملكية للمنافع العامة فهذه الدراسة من مواضيع القانون الادارى ، الا اننا نتعرض لها هنا بالقدر الذى يتسق مع أهمية نص المادة السالفة ويساعد على فهمها فهما صحيحا . ان المادة السالفة لا تتعارض مع أحكام قانون الاستملاك الصادر سنة ١٩٣٤ ولا مع التعديلات التى أدخلت عليه ، ذلك ان هذا القانون (وتعديلاته)

تعتبر قوانين شكلية الى جانب هذه المادة التى تقرر حكما موضوعيا عاما •

فالمادة المتقدمة تضع ثلاثة قيود لحرمان المالك من ملكه دون رضاه وهى :

أولا : لا يحرم المالك من ملكه الا فى حالة نص عليها القانون كما هو الحال فى قانون الاستملاك المشار اليه ، وكما هو الامر أيضا فى حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل •

ثانيا : وبالطريقة التى يرسمها القانون فقانون الاستملاك يرسم اجراءات نزع الملكية للمنافع العامة ، فهناك أولا تقرير ترفعه السلطة الادارية تبين فيه المصلحة العامة التى اقتضت نزع ملكية العقار ، وهناك ثانيا تقدير لثمن هذا العقار تقدره السلطة الادارية تقديرا ابتدائيا غير ملزم للمالك حق الاعتراض على هذا التقدير أمام لجنة أخرى يرأسها حاكم بداءة موقع العقار •

ثالثا : وبعد تعويض عادل يدفع مقدما للمالك قبل أن يتخلى عن ملكه • فإذا اغتصببت الادارة ملكية أحد دون التقيد بهذه القيود حق للمالك أن يتظلم الى القضاء ، وفى هذه الحالة يحكم له القضاء بتعويض عادل على أساس المسؤولية التقصيرية •

٣٥ - وليست حماية الملكية قاصرة على رد الاعتداء الواقع عليها من الجهات الادارية ، بل انها محمية ضد اعتداء الافراد ومظهر هذه الحماية هو دعوى الاستحقاق *Action en revendication* وهى الدعوى التى يرفعها مدعى الملكية على شخص يحوز الشئ المتنازع فيه بغير رضاه ، وهى كما قلنا لا تسقط بالتقادم •

الفصل الثاني

القيود التي ترد على الملكية

٣٦ - تمهيد وتقسيم : - تنقسم القيود التي ترد على حق الملكية كما قلنا الى قسمين اولهما قيود قانونية وثانيهما قيود اتفاقية ، وتتفرع القيود القانونية بدورها الى نوعين فهي اما ان تكون مقررة لمصلحة خاصة واما ان تكون مقررة لمصلحة عامة .

يخلص مما تقدم اننا نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو الآتي : -

- اولا : القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة .
- ثانيا : القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة .
- ثالثا : القيود الاتفاقية .

المبحث الاول

القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة

نستطيع ان نقسم هذه القيود الى نوعين : اولهما التزامات الجوار ، وثانيهما قيود الانتفاع بالماء والمرور والتلاصق . ونبحث كلا من هذين النوعين في مطلب خاص به .

المطلب الاول

التزامات الجوار

٣٧ - تقرر المادة (١٠٥١) بأنه « ١ - لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجوار ضررا فاحشا • والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا او قديما ٢٠ - وللمالك المهدد بان يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في العين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله ايضا ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع ٣٠ - واذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه » (تقابل المادة ٨٠٧ مصرى ، ٧٧٦ سورى ، ١١٩٨ - ١٢٠٩ مجلة ، ٥٧ - ٦٣ مرشد الحيران) •

ولابد لفهم هذه المادة وربطها بمواد القانون من ان نلفت النظر الى انها مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي اقرها المشرع العراقي في المادة السابعة منه ، اذ تقضى هذه المادة بأن " ١ - من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان ٢٠ - ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية أ - اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير • ب - اذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • ج - اذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة » •

وقد اراد المشرع بهذا النص الاخير الذي وضع في الباب التمهيدى

ان يعطى نظرية التعسف فى استعمال الحق مكانا بارزا بين نصوص القانون المدنى جميعا لان لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون ان تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع .

وقد ساعد على اختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الاسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الاسلامى بصياغتها صياغة تضارع ان لم تفق فى دقتها واحكامها احدث ما اسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب .

٣٨ - ولا ريب فى ان الجوار ضرورة اجتماعية تقتضى التعاون والتضامن بين الجيران ، ولا غنى لكل جار من ان يتصف بالتسامح ورحابة الصدر عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية لحالة الجوار ، فليس للجار ان يسائل جاره عن كل ضرر يترتب على استعماله للملكه لان ذلك من شأنه أن يغفل يد الملاك جميعا فتتعطل الملكية . واذا كان هذا الواجب مفروضا على سائر الجيران وجب ان يتحمل كل منهم جانبا من الضرر الذى تقتضيه طبيعة الجوار ، فاذا تراءى للمالك أن يشيد بناء فى أرض فضاء فان ذلك من شأنه حتما ان يضر بملاك المباني المجاورة وذلك بحرمانهم من النور والهواء وبتزايد هذا الحرمان كلما ارتفع البناء . ولا شك ان هذا ضرر مألوف فلا تثريب على المالك ان شاء أن يبنى فى ملكه ولا يحق لجيرانه مساءلته عن استعمال حقه على هذا الوجه المألوف (١) .

على ان هذا الحق يصبح تعسفا اذا الحق بالجار ضررا فاحشا ، كما يقرر المشرع العراقى ، او اذا كان مجرد غلو فى استعماله كما يقرر المشرعان المصرى والسورى .

وقد عرفت المجلة ومرشد الجيران الضرر الفاحش بأنه « ما يكون سببا لو هُين البناء او هُدمه او يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء » (م ٥٩ مرشد الجيران ، ١١٩٩ مجلة) ، ثم تجرى المجلة على عاداتها فى ضرب الامثلة لهذا الضرر الفاحش ، وقد أحسن المشرع صنعا بعدم

(١) الدكتور عرفه ف ١٩٣ .

ضرب الامثلة لانها ليست من عمل المشرع بل من عمل الفقيه .
٣٩ - هذا ولا بد من ان يراعى القاضى فى تقديره للضرر الفاحش
اعتبارات مختلفة منها : -

- ١ - العرف .
- ٢ - طبيعة العقارات .
- ٣ - موقع كل منها بالنسبة للآخر .
- ٤ - الغرض الذى خصصت له .

فمن هذا يتبين ان ما يعتبر ضررا مألوفاً فى ناحية مكتظة بالمصانع
والمقاهى والمحال العامة يعتبر ضرراً غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت
للمساكن دون غيرها . فاذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط هذه المساكن
الهادئة كان هذا ضرراً غير مألوف يجب ازالته ولا يحول دون ذلك
الترخيص الادارى الذى يعطى لهذا المحل . اما اذا كان المحل المقلق للراحة
هو القديم وقد وجد فى ناحية مناسبة له ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء
للسكنى الهادئة فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق
للراحة بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه .

٤٠ - وقد طبق القضا الفرنسى التزامات الجوار فى انواع مختلفة من المضار
نذكر بعضها منها : حكم بمسئولية الجار عما يتصاعد من ملكه من دخان كثيف
يفسد الهواء بصرف النظر عن كون هذا الدخان نتيجة طبيعية للصناعة التى
يزاولها او انه ناشئ عن عدم تزويد مصنعه بمعدات لاستيعاب الدخان واحراقه
أو عن استعماله نوعاً خاصاً من الوقود كثير الدخان ، وكذلك الحكم بالنسبة
للاتربة الكثيفة والروائح الكريهة والضوضاء المزعجة والهزات العنيفة التى
تحدث بسبب طريقة استعمال المدعى عليه للملكه .

وقد قضى كذلك بمسئولية من ينشئ مصلحة للسلفى منزل عادى تحيط به
المساكن ، وقضى بمسئولية من يشرع فى اقامة بناء فى ارضه باتباع احدى الطرق
الحديثة (طريقة سميكلس) اذا هو لم يتخذ الاحتياطات الكفيلة بمنع تصدع

المنازل المجاورة ، ومسئولية المالك الذى يتصدع بناؤه فيتلف ملك جاره ، ومسئولية من يشرع فى الهدم دون ان يتخذ سبل الوقاية من اضرار الهدم ، ومسئولية من يختزن مواد قابلة للالتهاب دون اتخاذ احتياطات تمنع مخاطر الحريق •

٤١ - فاذا ما اخل الجار بالتزامات الجوار فقد حقت عليه المسؤولية ، وجاز للمضار ان يطالب بازالة الضرر عينا اذا كان هذا ممكنا او الحكم له بتعويض عما لحقه من ضرر • ولم يكف المشرع بالنص على وجوب ازالة الضرر الفاحش بعد وقوعه بل انه نص فى الفقرة الثانية من المادة السالفة على جواز المطالبة بمنعه قبل وقوعه فان الوقاية خير من العلاج ، وللمالك المهدد بضرر يصيبه من جراء حفر او اعمال اخرى للجار ان يلزم هذا الجار فى قضية مستعجلة باتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، بل له أن يطالب بوقف هذه الاعمال حتى تفصل المحكمة فى موضوع النزاع •

٤٢ - ثم تقرر الفقرة الثالثة من المادة السالفة انه « اذا كان احد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه » وهذه الفقرة من باب اللغو أولا وفيها لبس وغموض قد يصرف معناها الى غير ما اراده المشرع ثانيا ، فهذه الفقرة منقولة نقلا حرفيا عن صدر المادة (١٢٠٧ مجلة) وتزيد مادة المجلة على النص المتقدم أمثلة توضحه فتقول : مثلا اذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة ان يدفع بنفسه مضرته وليس له حق ان يدعى على صاحب الدار القديمة ، كما انه لو أحدث أحد دارا فى عرصته المتصلة بدار كان حداد فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد بدعوى أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد ، وكذا اذا أحدث أحد دارا بالقرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بدعوى أن غبار البيدر يعيب داره •

المطلب الثاني

قيود الانتفاع بالماء والمرور والتلاصق

٤٣ - عرض المشرع العراقي لستة انواع من هذه القيود هي على التوالى :-

- ١ - حق المسيل
- ٢ - حق الشرب
- ٣ - حريم الآبار
- ٤ - حق المجرى
- ٥ - حق المرور
- ٦ - وضع الحدود

ونتولى شرحها على الترتيب السالف

أولا : حق المسيل

٤٤ - تقضى المادة (١٠٥٢) بأنه « تتحمل الارض المنخفضة ما ينزل فيها من المياه التي تتحدر بفعل الطبيعة من الاراضى المرتفعة عنها كمياه الامطار والعيون الطبيعية . وليس لمالك الارض المنخفضة ان يقيم سدا يصد الماء ، كما انه ليس لمالك الارض المرتفعة ان يأتي من شأنه الزيادة فيما يجب ان تحمله الارض المنخفضة من ذلك الا في الحدود التي رسمها القانون » . وتقضى المادة (١٠٥٣) بأن « ١ - لصاحب الارض ان يستعمل مياه المطر النازلة في ارضه ومياه العيون الطبيعية النابعة فيها . فاذا كان استعمال هذه

المياه او طريقة توجيهها من شأنه ان يزيد عبء المسيل الذى يجب تحمله الارض المنخفضة وفقا للمادة السابقة وحب تعويض صاحبها عن ذلك .
 ٢ - واذا استنبط صاحب الارض مياهها فى أرضه بسبر أو بحفر أو بنحو ذلك فعلى الارض المنخفضة ان تتحمل مسيل هذه المياه ويكون لصاحبها حق فى التعويض عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك . ٣ - ويستثنى من احكام الفقرتين السابقتين البيوت والاقنية والبساتين والحدائق اللاحقة بالمساكن فلا تخضع لاية زيادة فى عبء المسيل عما هو مقرر فى المادة السابقة . * وتقضى المادة (١٠٥٤) بأن « على صاحب الارض اذا اراد انشاء ابنية فيها ان يجعل سطح البناء بحيث يسيل منه المطر على ارضه او على الطريق العام لا على الارض المجاورة وفقا للقوانين والانظمة المعمول بها فى هذا الشأن » .

ويفهم من هذه المواد أن المشرع يفرق بين المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة كمياه الامطار والعيون التابعة وبين المياه التى يستبطنها مالك الارض بحفر او سبر او نحوهما .

فبالنسبة للمياه الطبيعية يحق لمالك الارض ان يستعمل هذه المياه وان ينتفع بها على النحو الذى يراه ، وعلى صاحب الارض المنخفضة ان يتحمل مسيل هذه المياه فى ارضه وليس له ان يطالب بأى تعويض ما دامت المياه ناشئة عن فعل الطبيعة لان هذا يعتبر سببا اجنيا تتفى معه المسؤولية . وهو فوق هذا يتحمل بالتزام سالب هو أن يمتنع عن اقامة سد أو حاجز يصد الماء او يعيق سيره ، وقد حكمت احدى المحاكم المصرية بأن مالك الارض الواطئة الخاضعة لارتفاع صرف المياه الطبيعية ليس له ان يجرى أى عمل من شأنه وقف مياه الرشح الآتية من الارض العالية ورد هذه المياه وان مالك الارض العالية لا يلزم باقامة أى عمل بقصد حماية الارض الواطئة من سيل هذه المياه^(١) . الا انه ليس معنى هذا ان لمالك الارض العالية ان يوجه صرف هذه المياه الزائدة كيفما يشاء فان فعل الزم برفع الضرر أى بالتنفيذ

العيني او بالتعويض على حسب الاحوال • ولهذا تقرر المادة (١٠٥٢) السالفة بأنه ليس لمالك الارض المرتفعة ان يأتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب ان تتحمله الارض المنخفضة ، وتقرر الفقرة الاولى من المادة التالية بأنه اذا كان استعمال هذه المياه او طريقة توجيهها من شأنه ان يزيد في عبء المسيل وجب عليه تعويض صاحب الارض المنخفضة عن الضرر •

واما بالنسبة للمياه الصناعية أى المياه التى يستنبطها الانسان بفعله فان المشرع قرر لها كذلك حق المسيل على الاراضى الواطئة المجاورة فمثل هذا الحق ضرورة لا بد منها الا انه لاحظ ان تحمل الارض الواطئة للمسيل قد يلحق بصاحبها ضررا فى معظم الحالات ولاحظ من ناحية أخرى أن هذه المياه استنبطها الانسان بفعله بحفر او سبر او نحوهما ولهذا فانه وان قرر تكليف الارض المنخفضة بتحمل المسيل الا انه اعطى لصاحبها حق المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر الذى لحقه •

وتستثنى الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥٣) البيوت والاقنية والبساتين والحدائق الملحقة بالمساكن من أحكام الفقرتين السابقتين فلا تخضعها لاية زيادة فى عبء المسيل •

ثم تلزم المادة (١٠٥٤) من يريد انشاء ابنية بأن يجعل سطح البناء بحيث يسيل منه المطر على ارضه او على الطريق وقد كان يجدر بالمشرع عدم اثباته كما فعل المشرع المصرى ، بل ان الفقهاء الفرنسيين ينتقدون وجود النص المتقدم ويعتبرونه مجرد تطبيق لالتزامات الجوار بالرغم من عدم وجود نص عندهم على التعسف فى استعمال الحق او على التزامات الجوار^(١) •

ثانيا : حق الشرب

٤٥ - تقرر المادة (١٠٥٥) بأن « لكل شخص ان يسقى ارضه من مياه الانهر والترع العامة وله أن يشق جدولا لاختذ هذه المياه الى ارضه وذلك كله وفقا للقوانين والانظمة المتعلقة بذلك » وتقضى المادة (١٠٥٦) بأن

(١) بودرى ح ٦ ف ١٠٤٢ •

« من انشأ مسقاة او مصرفا خصوصيا طبقا للقوانين والانظمة المعمول بها كان له وحده حق استعمالها » •

تشير هاتان المادتان الى ما يسمى بحق الشرب (او حق الشفة) وهو على ما يعرفه صاحب مرشد الحيران « نوبة الانتفاع بالماء سقيا للارض او الشجر او الزرع » (المادة ٣٨) كما نصت المادة (١٢٦٥ من المجلة) على هذا الحق •

هذا ويلاحظ ان المشرع العراقي اذا كان قد اجاز في المادة (١٠٥٥) لمالك الارض أن يشق فيها جدولاً أو ترعة فإنه قيد هذا الحق والانظمة الخاصة وابرزها قانون مراقبة أمور الري والسداد الصادر عام ١٩٢٣ وما ادخل عليه من تعديلات تبين وجوه تطبيقه • فقد نص هذا القانون على منع أصحاب الاراضي من أحداث الجداول أو الابنية أو الفروع (الشاخات) أو نصب المضخات أو الكروود أو النواعير في منطقة أعمال الري بدون اذن كتابي يصدرها لهم ضابط منطقة الري ، وجعل اصحاب الاراضي مسئولين عن المخالفات والاضرار التي تحدث في مجارى المياه في اراضيهم وحملهم النفقات التي تبذل في اصلاح ما أفسدوه وهددهم بالحرمان من المياه وابعاح السخرة في سبيل ذلك^(١) •

ويلاحظ من ناحية اخرى ان المشرع المصرى يقرر في المادة (٨٠٨ منه) بأن « ١ - من انشأ مسقاة او مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها • ٢ - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين ان يستعملوا المسقاة او المصرف فيما تحتاجه اراضيهم من رى او صرف بعد ان يكون مالك المسقاة او المصرف قد استوفى حاجته منها • وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة ان يشتركوا في انشاء المسقاة او المصرف وصيانتها بنسبة مساحة اراضيهم التي تنتفع منها » • ويتبين من هذا النص ان الفقرة الاولى منه تطابق المادة (١٠٥٦) من القانون المدنى العراقى ولا مقابل للفقرة الثانية في هذا القانون الاخير • ومعنى هذا انه وفقا لاحكام القانون المدنى المصرى اذا انشأ مالك الارض ترعة او مسقاة خاصة واستوفى حاجته منها

وبقى بعد ذلك من الماء ما تحتاج اليه ارض الملاك المجاورين فلهؤلاء ان يأخذوا ما هم فى حاجة اليه على ان يشتركو فى نفقات انشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة اراضيهم التى تتفع منها • ويتبين من هذا ان ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك وهذا قيد على حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل • ويلاحظ ان مالك المسقاة مفضل على الجيران فهو الذى يستوفى حاجته من المياه اولا ويأتى الجيران بعد ذلك فاذا تراحموا قدم من كانت حاجته اشد ويترك تقدير ذلك للجهة الادارية المختصة^(١) •

هذا ما يقرره المشرع المصرى وواضح انه لا يمكن الاخذ بهذا الحكم فى القانون المدنى العراقى ذلك أن هذا القانون ينص صراحة على أن الترع أو الجدول الخاص ملك لصاحبه وان له وحده حق الانتفاع بمائه •

ثالثا : حريم الآبار

٤٦ - تقضى المادة (١٠٥٧) بأن « حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة والمساقى والقنوات والمصارف ملك اصحابها ولا يجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه • فمن حفر بئرا فى حريم مملوك لشخص آخر اجبر على ردمه • ولكن اذا حفر البئر خارج هذا الحريم فلا يجبر على الردم حتى لو أخذ بئر ماء البئر الاول • ٢ - ولا حريم لبئر حفره شخص فى ملكه • ولجاره ان يحفر هو أيضا بئرا فى ملك نفسه حتى لو جذب ماء البئر الاول » • (تقابل المواد ١٢٨١ - ١٢٩١ مجلة) •

ولا نظير لهذا القيد او الحق فى القوانين المدنية الوضعية ، فهو مقتبس عن الفقه الاسلامى ، ويراد بحريم الشئ حقوقه ومرافقه التى حوله ، وسميت حريما لان تصرف الغير والانتفاع منه حرام وممنوع عليه • ويلاحظ ان هذا القيد قاصر على الآبار المحفورة فى الارض الموات بأذن من السلطة المختصة ، وان الغرض منه تشجيع استثمار واحياء هذه الاراضى اولا ومنع المنازعات والمشاحنات من جهة أخرى •

(١) المذكرة الايضاحية المصرية •

واذا كان القانون المدني قد اقتبس هذا القيد عن المجلة بطريق مباشر فانه لم يعتمد الى نقل احكام المجلة كما هي وانما ادخل عليها كثيرا من التعديل فالمجلة تحدد حريم الآبار تحديدا ماديا عدديا (٤٠ ذراعا من كل طرف وبعبارة أخرى حريمها دائرة من الارض نصف قطرها اربعون ذراعا ومركزها هو البئر نفسه) وتحدد حريم الاعين والينابيع بمقدار خمسمائة ذراع وهكذا بالنسبة للنهر الكبير والنهر الصغير والقناة الخ •

وقد أحسن المشرع صنعا بعدم التقييد بهذه الارقام العددية فتقدير مدى حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة الخ أمر موكول الى فطنة القاضى وقد يختلف نطاق هذا الحريم فى الوقائع المختلفة بناء على اختلاف طبيعة الارض او تكوينها مثلا •

ولا حريم لبئر حفره الشخص فى ملكه فلجاره ان يحفر فى ملكه هو بئرا ايا كانت المسافة بين البئرين وحتى لو جذب البئر الثانى مياه البئر الاول •

رابعا : حق المجرى

٤٧ - تقضى المادة (١٠٥٨) بأن « ١ - على صاحب الارض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أراضى غيره البعيدة عن مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة • كذلك مياه الصرف الآتية من الاراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عام بشرط ان يدفع لصاحب الارض مقدما أجرا سنويا وعلى شرط ان لا يخل ذلك بانتفاع صاحب الارض اخلالا بينا • واذا أصاب الارض ضرر من مسقة أو مصرف يمر بها سواء كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور والسدود أو غير ذلك فان لصاحب الارض ان يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر • ٢ - وعلى صاحب الارض ان يسمح كذلك بان تقام على ارضه الانشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل اللازمين للاراضى البعيدة بشرط ان يستوفى عن ذلك أجرا سنويا مقدما • وله ان يستفيد من هذه الانشاءات بشرط أن يتحمل من مصروفات انشائها وصيانتها قدرا يتناسب مع استفادته •

٣ - اذا لم يتفق الطرفان على الأجر تولت المحكمة تقديره » • (تقابل المواد ٨٠٩ - ٨١١ مصرى ، ٩٨٠ - ٩٨٣ سورى) •

يراد بحق المجرى اجراء الماء اللازم لرى أرض بعيدة عن مورد الماء فى أرض أخرى متصلة به تفصلها عن هذا المورد ، ومن هنا يفهم الفرق بين حق المجرى وحق المسيل ، فالمسيل لتصريف الماء الزائد أو غير الصالح والمجربى لجلب الماء الصالح وتكاد تكون أحكام هذين القيدين واحدة ولهذا السبب جمع المشرع العراقى فى المادة السالفة حق المجربى وحق المسيل •

وقد قرر هذا الحق أو القيد بنص قانونى حتى لا يحرم ملاك الاراضى البعيدة عن موارد الماء من استغلالها والانتفاع بها على الوجه الاكمل الذى يعود بالنفع عليهم وعلى المجموع اذ لو لم يقرر المشرع هذا القيد لما أمكن زراعة أكثر الاراضى الا فى موسم الفيضان أو مواسم المطر الكثير ، وظاهر ما فى هذا من ضرر بالغ بالاقتصاد القومى • لذلك لم يشأ المشرع ان يترك الامر لارادة الافراد فذاك مدعاة الى التحكم الفردى فى أمر يمس المصلحة العامة بل جعل من حق المجربى قيذا عاما على سائر الاراضى المتصلة مباشرة بمجارى المياه بحيث يكون لصاحب الارض المنفصلة ان يجبر ملاك هذه الاراضى على تمكينه من الوصول الى مجربى المياه بمسقاة يشقها فى أرضهم^(١) •

وليس معنى هذا أن المشرع يجعل من هذا الحق سيفا مصلتا يهدد به صاحب الارض البعيدة عن مورد الماء مالك الارض المتصلة به كيفما يشاء ، بل انه قيد استعماله بقيود معقولة عادلة هى :

اولا - بعد الارض عن مورد المياه ويجب ان لا يفسر لفظ البعد الوارد فى القانون بمعناه اللغوى الضيق بل يقصد به ان لا يكون فى امكان المالك رى أرضه من مورد الماء لانه غير متصل به اتصالا مباشرا ، ولا يشترط بعد هذا ان يكون العقار البعيد أوطأ من العقار المقرر عليه حق المجربى كما يشترط القانون المدنى الفرنسى (المادة ٦٤٠) •

(١) الدكتور عرفه ف ٢١٠ •

ونرى انه لا يهم كذلك ان تكون التربة المطلوب اخذ الماء منها تربة
عمومية أو نهرا أو ان تكون تربة أو مسقاة خاصة وذلك لان نص المادة
مطلق والمطلق يجرى على اطلاقه •

ثانيا - أن لا يكون في الارض ماء للزراعة : فالمشرع اذ يضع هذا القيد
يقدره بقدره ولهذا فإنه لا يعطى حق المجرى لارض تصلها المياه فعلا أو
يكون فيها من الماء ما يكفي لزراعتها واستغلالها • ونحن نذهب الى ان
نصوص القانون المدني تشعر بان هذا الحق لا يعطى لصاحب الارض حتى
ولو كانت المياه الموجودة فيها لا تكفي لزراعتها أو ريها ، ولا يرد علينا بما
يقول به بعض الشراح من انه « يظهر من وصف المياه بالكافية في قول
القانون (ان يسمح بأن تمر في أرضه المياه الكافية لرى أراضي غيره) ان مجرى
الماء القديم أو الآبار أو الينابيع أو السيول اذا لم تكن كافية لرى الارض المحبوسة
عن مورد ماء آخر تكون مما ينطبق عليه نص المادة ١٠٥٨ ، فيحق لصاحب الارض
أن يطلب مرور المجرى اليها من ماء آخر بحيث يكفي مع المياه القديمة لريها ،
والمحكمة هي التي تعين من طريق الكشف وتقدير أهل الخبرة ان كانت
المياه كافية أو غير كافية • وذلك ما أخذ به القانون المصري في المادة ٨٠٩
وقانون الاراضي السوري الذي انتقلت نصوصه الى القانون الجديد في المادة
٩٨٠ ، وذلك ما تقضى به المصلحة العامة والخروج من القيود الجائرة الى
القيود المرنة التي تتلاءم مع الوظيفة الاجتماعية للملكية »^(١) لاننا نقول ان
وصف المشرع للمياه بالكافية هو وصف للمياه التي تؤخذ بمقتضى حق
المجرى لا للمياه الموجودة في الارض البعيدة عن مورد الماء ، ولا يصح
الاستناد الى نصوص القانونين المصري والسوري وذلك لاختلاف النص
العراقي عنهما ، فالنص العراقي صريح بأن الارض التي يجوز أن يطالب
صاحبها بحق المجرى هي الارض التي « ليس فيها ماء للزراعة » ولا نجد مثل
هذا القيد في القانونين المصري والسوري ، ولهذا فان حكم القانون العراقي
هو نفس حكم القانون المدني المصري القديم •

(١) حامد مصطفى ص ٩٩ •

ثالثا - ان لا يكون هناك سبيل لمرور المياه مباشرة الى الارض : قلنا ان حق المجرى قيد ثقيل على الملكية وان المشرع اذا كان قد قرر تحميل الارض به فانه لاحظ طبيعة هذا القيد ولهذا قدره بقدر الضرورة التي كانت سببا في تقريره ، ولهذا ينبغي أن تكون الارض التي يطالب مالكيها بحق مجرى لها محبوسة عن مورد الماء ولا سبيل الى الاتصال به مباشرة .

رابعا - أن لا يخل حق المجرى بانتفاع صاحب الارض المثقلة به اخلايا بينا ، ذلك ان تقرير هذا الحق انما أريد به دفع الضرر عن مالك الارض البعيدة عن مورد الماء والضرر لا يدفع بمثله والا كان دفعه عبئا وتفضيلا لاحد المالكين من غير سبب يدعو الى التفضيل .

خامسا - التعويض : جعل المشرع العراقي هذا التعويض الذي يلزم به مالك الارض الذي يطالب لها بحق المجرى على شكل اجر سنوى يدفع مقدما ، وفي هذا يختلف حكمه عن حكم القانون المصري ، اذ لا يشترط هذا القانون دفع التعويض مقدما وانما يكفي بان يكون التعويض (عادلا) كما انه لا يشترط ان يكون التعويض مبلغا دوريا متجددا يدفع كل سنة بل يجوز الاتفاق على أن يدفع جملة واحدة ، واذا كان القانون المدني السوري (م ٩٨٠) يشترط دفع التعويض (معجلا) أى مقدما فإنه لا يشترط ان يكون التعويض على شكل اجر سنوى كما فعل المشرع العراقي .

ولا يشمل التعويض ثمن الارض التي يشغلها الجدول أو المسقاة فتحسب بل يشمل كذلك الاضرار الناشئة ايا كانت طبيعتها ما دامت هذه الاضرار نتيجة مباشرة لحق المجرى كالضرر الوقتي الذي تسببه اقامة المنشآت الفنية الضرورية للمجى ، والضرر الدائم الذي يسببه عبور المجرى في أرضه مما قد يضايق الزراعة . ومن حق مالك المسقاة الخاصة ان يدخل في التعويض الضرر الناشئ عن عدم تطهير المجرى أو الجدول أو عيب السدود أو الجسور . ونحن نرى انه وان كان المشرع العراقي قد جعل التعويض على شكل أجر سنوى يدفع مقدما الا ان هذا النص مفسر غير

آمر فيجوز الاتفاق على ان يدفع التعويض في نهاية العام لا بدئه ، كما يجوز الاتفاق على دفع التعويض جملة واحدة فمثل هذا الاتفاق صحيح غير مخالف للنظام العام ولا للآداب .

واذا لم يتفق الطرفان على مقدار التعويض قدرته المحكمة وهذا الذي تقضى به الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر مجرد تطبيق للقواعد العامة وكان يجدر بالمشرع العراقي اغفال النص عليه .

هذا ويلاحظ أخيرا ان المشرع العراقي (ومثله المصري والسوري) اعطى لمالك العقار حق الاستفادة من المنشآت التي يقيمها على أرضه مالك العقار المخدوم على شرط أن يشارك في مصاريف اشائها وصيانتها بقدر يتناسب مع مقدار استفادته منها .

خامسا : حق المرور

٤٨ - تقضى المادة (١٠٥٩) بأنه « ١ - مالك الارض المحبوسة عن الطريق العام التي لا يوصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة له حق المرور من الاراضي المجاورة بالتقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المناسب وذلك في مقابل أجر سنوى يدفعه مقدما على ألا يستعمل هذا الحق الا في العقار الذي يكون حق المرور فيه أخف ضررا وفي موضع منه يكلف العقار أقل عبء ممكن .

٢ - على أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في اجزاء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا في هذه الاجزاء » .

(تقابل المادة ٨١٢ مصرى ، ٩٧٧ - ٩٧٩ سوري) .

فحق المرور كما يفهم من اسمه هو حق مرور الانسان الى ملكه من طريق خاص في ملك الغير . ولا يقتصر هذا الحق على مالك العقار المحبوس فقد اجمع الفقهاء الفرنسيون على أن هذا الحق مقرر لكل من له حق عيني على العقار المحبوس ، وذلك بالرغم من أن المادة (٦٨٢) من القانون الفرنسي ، كالمادة

(١٠٥٩) من القانون العراقي تقرر هذا الحق « لملك العقار المحبوس » .
 وحجتهم فيما يذهبون اليه أن لصاحب الحق العيني أن يطالب ازالة جميع العوائق
 التي تحول دون الاستفادة من حقه ، ونحن نرى وجوب الاخذ بهذا الرأي في
 فقه القانون المدني العراقي لعدالته ولأن الحق مقرر لمصلحة العقار فلكل من
 يقوم مقام المالك في استغلال العقار أو استعماله حق المطالبة به ، وعلى هذا
 فالمتنفع وصاحب حق الاستعمال والمحتكر لهم أن يطالبوا بحق المرور على خلاف
 المستأجر أو الزارع أذ يتعين على كل منهما أن يستعين بالمالك في هذه المطالبة ،
 لأن كلا منهما صاحب حق شخصي فهو لذلك لا يمثل مصلحة العقار ولا يقوم
 مقام المالك (١) .

ويكاد الاجماع ينعقد كذلك على أن العقار الخادم قد يكون ملكا للأفراد
 أو دوميئا عاما أو خاصا ، فاملاك الدوميين العام تخضع لما تخضع له سائر الاملاك
 من قيود ما دامت هذه القيود لا تتعارض مع تخصيصها للانتفاع العام ، ولهذا
 لا يجوز حق المرور في مناطق الاستحكامات الحربية أو في المقابر والمساجد
 ومحال العبادة .

٤٩ - ويشترط لترتيب حق المرور ما يلي :

أولا - أن يكون العقار محبوسا : ويلاحظ أن المشرع العراقي (كالمشرع
 المصري) قد توسع في بيان نطاق الحبس والحصص ، فلم يقصره على الارض
 التي ليس لها اتصال مطلقا بالطريق العام بل أنه أعطاه أيضا للارض المتصلة
 بالطريق العام ولكنها لا تتصل به الا بممر غير كاف لا ييسر الوصول منه الى
 الى الطريق العام الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة كما اذا كان المسلك الذي
 يوصل بين هذه الارض وبين الطريق العام لا يمكن أن يستعمله المالك للمرور
 بماشيته وعرباته وآلات الزراعة أو كما لو كانت الارض مفصولة عن الطريق
 العام بممر منحدر يمنع انحداره مرور الخيل والمواشي والعربات المعدة
 لاستغلالها .

(١) كامل مرسى ف ٣٢٨ ، الدكتور عرفة ف ٢٢٨ .

وبناء على هذا يجوز للمالك العقار أن يطالب بتوسيع ممر ضيق يوصل
عقاره بالطريق العام اذا اصبح هذا الممر لا يتسع لمواجهة التغير الذى احدثه
فى طريقة استخدام العقار أو استغلاله .

على أنه يجب أن يلاحظ أن مجرد وعورة المسلك أو كونه غير مريح
لا يعطى للمالك حق المطالبة بالمرور لان القانون يمنح هذا الحق للمرور الفردى
لا للمرور المريح أو المفيد .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر حالة حبس العقار وكون الممر كافيا أو
غير كاف لاستغلاله بعد أن يراعى حاجة العقار الفعلية وقت طلب حق المرور .

ثانيا - الا يكون الحصر ناشئا عن فعل المالك : قرر المشرع تقييدا عادلا
لحق المرور يقضى بأنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار
تمت بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزاء هذا
العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الاجزاء . وهذا حكم معقول ،
فان العقار الذى يكون متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام ثم يجزئه مالكة بتصرف
برضاه ويكون من شأنه أن يجبس جزءا منه عن الطريق العام ، فحق المرور لهذا
الجزء يجب أن يتقرر على الاجزاء الاخرى كما كان الامر قبل تجزئة العقار .
وقد استمد المشرع هذا الحكم من المادة (٦٨٤) من القانون الفرنسى المعدلة
بقانون ٢٠ اغسطس ١٨٨١ . ومن أمثلة تطبيقه ما اذا باع مالك أرض جزءا
منها غير متصل بالطريق العام وابقى له الجزء المتصل به أو العكس ، ففي هذا
المثل يجب أن يتحمل الجزء المتصل بالطريق العام مرور العقار المحبوس وكذلك
الحال فى قسمة العقار الشائع .

ثالثا - التعويض : وقد قرر المشرع العراقى فى هذا الصدد ما سبق أن
قرره فى حق المجرى والمسيل ، فجعل التعويض على شكل أجر سنوى يدفع
مقدما ، وقد قلنا ان هذا النص مفسر فيجوز الاتفاق على ما يخالفه .

رابعا - لا ينصب حق المرور الا على العقار الذى يكون فيه المرور أخف
ضررا فى موضع يكلف العقار أقل عبء ممكن : وتقدير هذا الشرط مسألة وقائع

يقدره القاضى بناء على فطنته مهتديا فى ذلك برأى أهل الخبرة • والغالب أن توجد عدة عقارات يمكن الوصول خلالها الى الطريق العام فيختار القاضى واحدا منها يكون المرور فيه أقل عبئا ومثونة بالنسبة الى العقارات الاخرى ويكون الضرر الذى يلحقه حق المرور بالعقار الخادم أخف مما يلحق بغيره من العقارات فيما لو تقرر هذا الحق عليها • ثم يعين بعد هذا موضع المرور بحيث يكون المرور فيه أخف ضررا لمالك العقار المخدم وأقل عبئا على مالك العقار الخادم فعليه أن يعتمد الى التوفيق بين مصلحة الطرفين على قدر المستطاع • ولذلك لا يلزم أن يتعين المسلك فى أقرب موضع يوصل الى الطريق العام اذا اتضح أن تعيينه فى هذا الموضع يحمل مالك العقار الخادم خسارة فادحة بسبب ارتفاع ثمن الارض فى هذا الموضع أو لكون فتح الممر فيه يقتضى اختراق منطقة مسورة أو مبنية فيستطيع القاضى فى مثل هذه الحالة أن يعين الممر بانحاء يتفادى بها السور أو البناء ، بل أن فى وسع القاضى أن يرفض منح الممر فى العقار الاقرب الى الطريق العام ويرتبه على عقار آخر يقتضى الوصول منه الى هذا الطريق اختراق مسافة اطول حتى يتفادى الخسارة التى تعود على صاحب العقار الاقرب من تحميل ملكه بحق المرور ، وبالعكس يستطيع القاضى أن يتفادى الطريق الاقصر رعاية لمصلحة طالب الممر وذلك اذا تبين له مثلا أن هذا الطريق شديد الانحدار أو انه ليس من السعة بحيث يكفى لمواجهة طريقة استغلال العقار^(١) •

٥٠ - ويتسائل الفقهاء عن أثر التقادم فى حق المرور ، هذا ويجب أن يلاحظ ان حق المرور مقرر بنص القانون لازالة الضرر عن مالك العقار المحصور • ولهذا لا محل للقول باكتسابه بمضى المدة كما انه لا يسقط بالتقادم كذلك مادام العقار محصورا •

ولكن اذا فرضنا ان مالك العقار المحصور اتخذ لنفسه ممرا فى عقار جاره دون مراعاة الشروط المقررة فى المادة (١٠٥٩) وظل يمارس هذا الحق مدة خمس عشرة سنة دون ان يتعرض له أحد فانه بمضى هذه المدة يكتسب حق المرور فى هذا الممر الذى اتخذه وبالطريقة التى اعتاد عليها ، ولا يجوز لمالك

(١) الدكتور عرفة ف ٢٣١ •

العقار الخادم أن يعترض بأن المرور بهذه الطريقة غير ضروري لاستغلال العقار المحصور أو أن مالك العقار المخدم لم يختار أقصر طريق أو أخفه ضررا .
ويقول الفقهاء ان مضي المدة في هذا المثل لم يترتب عليه اكتساب حق المرور وانما ترتب عليه تعيين موضع الممر وطريقة استعماله (المادة ٦٨٥ فرنسي المعدلة بقانون ٢٠ اغسطس ١٨٨١) .

سادسا : وضع الحدود

٥١ - تقضى المادة (١٠٦٠) بأن « لكل مالك أن يسور ملكه على أن لا يمنع ذلك من استعمال حق العقار مجاور ، وله أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » .
(تقابل المادة ٨١٣ مصرى ، ٦٩ مرشد الحيران ، ٦٤٦ فرنسي ، ٩٦٥ سورى) .

تقرر هذه المادة في الشطر الاول منها أن لكل مالك الحق في تسوير ملكه على أن لا يمنع هذا التسوير الجار من استعمال حق لعقاره ، ويقصد بهذا الاستثناء منع المالك من تسوير ملكه اذا كان هذا التسوير يتعارض مع حق مرور أو حق مسيل مقررين بالقانون أو بالاتفاق ، كما يقصد به منح المالك من تسوير ملكه اذا ادى هذا التسوير الى إلحاق ضرر فاحش بمالك العقار المجاور ، فاذا أقام هذا السور في حدود ملكه ولكنه ستر النور أو منع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له من إقامة هذا السور عد متعسفا في استعمال حقه تطبيقا لاحكام المادة السابعة من القانون المدني . وحق المالك في تسوير ملكه ليس قيذا قانونيا واردا على حق الملكية وانما هو مظهر من مظاهر حق الملكية ولكن القيد هو في وضع الحدود فقد اجازت المادة السالفة للمالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة .

هذا ويجب عدم الخلط بين دعوى تعيين الحدود وبين دعوى الاستحقاق ، فاذا انصب النزاع على مجرد وضع الحدود الفاصلة بين عقارين متجاورين دون أن يدعى كل من المالكين ملكية جزء معين من الارض فان الدعوى تنصب على

مجرد تعيين الحدود الفاصلة بين هذين العقارين المتجاورين وتختص محكمة
الصلح بنظر هذه الدعوى •

ويقرر النص صراحة أن نفقات وضع الحدود تكون مشتركة بين المالكين
أى انها تقسم بينهما مناصفة بصرف النظر عن مساحة كل من العقارين الا أنه
إذا احتاجت كل من الارضين الى مسح فان نفقات المساحة تقع على المالك كل
بنسبة مساحة الارض التى يملكها •

المبحث الثاني

القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة

٥٢ - قلنا ان حق الملكية حق قرر له القانون وسائل متعددة لحمايته من اعتداء السلطة العامة أو من اعتداء الافراد عليه ، ولهذا نص القانون في المادة (١٠٥٠) على أنه « لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها . ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما » وقلنا ان المادة (١٠٤٨) تعطي للمالك حق التصرف في ملكه « بجميع التصرفات الجائزة » . وتشير هاتان المادتان الى ما قد يرد على حق الملكية من قيود بغية تحقيق مصلحة عامة . وهذا النوع من القيود له مظاهر عديدة ومتجددة تنشأ كلما دعت الحاجة اليها . ولهذا فاننا نكتفي في هذا الشرح بذكر أهمها ، فنشير الى أحكام نزع الملكية للمنافع العامة ، والى تشريعات البلدية ، والى تشريعات الزراعة ، والى بعض القوانين الاستثنائية التي تقتضيها الضرورة .

٥٣ - أولا نزع الملكية للمنافع العامة : اكتفى المشرع العراقي في التقنين المدني بالنص على أن الملكية حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منه الا في الاحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها وبعد دفع تعويض عادل مقدما . أما الحالات التي تبيح نزع الملكية للمنافع العامة والاجراءات التي يجب اتباعها فقد نظمها قانون الاستملاك الصادر عام ١٩٣٤ وما أدخل عليه من تعديلات لاحقة .

فالمادة الثانية من هذا القانون تعتبر الامور التالية من النفع العام التي تجيز نزع الملكية وهي : فتح أو توسيع الشوارع والمقابر والفسح (المنتزهات) والحدائق ومحلات الرياضة المعدة للجمهور ، وانشاء الاحواض لتعمير السفن

والارصفة والمستودعات والمخازن والاعمال الاخرى التى تتعلق بالموانىء ،
وانشاء المستشفيات والملاجىء والمدارس والمعاهد الخيرية التى تديرها
أو تشرف عليها الحكومة ، وكذلك دواوين ومباني
الحكومة والبلديات ، وانشاء وتوسيع السكك الحديدية والترام والمطارات
والتلفون والبرق واللاسلكى ، وفتح وانشاء الترع ومجارى الماء والكهباريز
والخزانات ، وانشاء الثكنات والمباني العسكرية ، والاعمال المتعلقة باستثمار منابع
البلاد الطبيعية ومشاريع اسالة الماء والتوزيع والخدمات الصحية العامة التى تقوم
بها الدولة أو البلديات ، والاعمال والمشاريع التى يقوم بها المصرف الزراعى
الصناعى العراقى ، وانشاء الاسواق والمحلات التى تقتضيها الاسباب الصحية
وشروط العمران العصرية لغرض بيع أو خزن المواد الغذائية • ثم ترسم المادة
الرابعة والمواد التالية لها الى المادة الخامسة عشرة اجراءات معاملة الاستملاك أمام
السلطات الادارية والقضائية فتقرر بأن معاملة الاستملاك تبدأ بطلب تحريرى
الى المتصرف يذكر فيه أوصاف العقار وحدوده ومالكة ونسخة من سند الطابو ،
ثم يعلن طلب الاستملاك الى دائرة الطابو لتتوقف عن اجراء أية معاملة على
العقار يكون من شأنها تأخير استملاكه ، ويعلن الطلب كذلك الى المالك الذى يحق
له الاعتراض عليه خلال ثمانية أيام ، ويفصل وزير الداخلية فى هذا الاعتراض
بقرار نهائى • فاذا تقرر الاستملاك قام المتصرف بتأليف لجنة من مدير الطابو
(رئيسا) وعضو ينتخبه طالب الاستملاك وعضو ينتخبه المالك وأربعة اعضاء
آخريين من ذوى الخبرة (ينتخب المجلس البلدى اثنى عشر ، ويعين المجلس الادارى
اثنين) • وتقدر هذه اللجنة قيمة العقار ويجوز للمالك أن يعترض على هذا
التقدير خلال ثمانية أيام من تبليغه ، أو خلال ثلاثين يوما من تاريخ النشر اذا
كان المالك خارج العراق أو غير معروف ؟ ويطرح الاعتراض أمام هيئة خاصة
برئاسة حاكم محكمة وعضوين آخرين ينتخبهما مجلس ادارة اللواء أو مجلس
ادارة القضاء اذا كانت البلدية هى التى تريد الاستملاك ، وينتخبهما المجلس
البلدى اذا كان طالب الاستملاك غير البلدية • وحكم الاستملاك قابل للتمييز

خلال خمسة عشر يوما هذه هي أهم أحكام قانون الاستملاك ونكتفى هنا بما تقدم ونحيل الى هذا القانون نفسه لزيادة الايضاح .

٥٤ - ثانيا - تشريعات البلدية : ان أهم تشريعات البلدية التى تنطوى على قيود على حق الملكية مقررة للمصلحة العامة هو نظام الطرق والابنية الصادر عام ١٩٣٥ مع تعديلاته . وأهم الاحكام التى جاء بها هذا النظام والتى تتصل بدراسة قيود حق الملكية هي : ان الموظف الفنى للبلدية ينظم تصميم البلدة الذى يصادق عليه المجلس البلدى أو أمين العاصمة ، ويجوز تعديل هذا التصميم وفقا لمقتضيات المصلحة العامة وعلى هذا يجوز توسيع الشوارع أو الطرق الخ ، وفى هذه الحالة يجوز تنفيذ هذا التصميم تدريجيا أو فورا بهدم الابنية التى دخلت فى هذا التصميم الجديد . وتقرر المادة (١٣) بأنه اذا زاد الملك شرفا ؟؟ نتيجة فتح الطريق أو توسيعه أو تعديل استقامته فازدادت قيمته فان البلدية تستوفى من مالكة (رسم شرفية ؟!) بنسبة ربع الفرق بين قيمته السابقة والحالية على أربعة اقساط متساوية تدفع فى أربع سنين ، وتقرر المادة السادسة عشرة بأن رسم الشرفية يتعارض مع ما قد يكون للمالك من بدل استملاك فى ذمة البلدية بقدر الأقل منهما . وتلزم المادة (١٧) من يريد تقسيم املاكه أو بساتينه أو عقاراته بتقديم طلب كتابى الى البلدية ، وتقرر المادة العشرون بأنه اذا كانت مساحة العقارات التى يراد تقسيمها تزيد على ألف متر مربع فإنه يجب أن يترك منها ما يقتضى لفتح مدرسة أو مخفر على أن لا تزيد مساحتها مع مساحة الطرق على ربع مجموع مساحة العقار ، واذا لم يرد المالك ترك المخفر والمدرسة مجانا فإنه يستوفى منه رسم الشرفية الذى سبقت الاشارة اليه .

ولعل أخطر قيد أورده نظام الطرق والابنية على الملكية هو تقسيمه الاراضى المعدة للبناء بحسب موقعها الى اربعة مناطق ومنطقة ممتازة واخرى خاصة ، فقد قضى بأن لا تكون مساحة الدار أقل من (١٠٠) متر فى المنطقة الاولى ولا أقل من (٢٠٠) فى المنطقة الثانية ولا أقل من (٣٠٠) فى المنطقة الثالثة ، أو أقل من (٦٠٠) فى المنطقة الرابعة ، أو أقل من (٨٠٠) فى المنطقة

المتأثرة ، أو أقل من (١٥٠٠) في المنطقة الخاصة • كما أورد مقدار عرض الطرق في كل منطقة • كما اعطى القانون للبلدية حق هدم البناء الآيل الى الانهدام اذا لم يقيم المالك بهدمه بعد انذاره بثلاثة أيام (م ٥٩) •

ولا تقتصر تشريعات البلدية على نظام الطرق والابنية فهناك قانون تبليط الشوارع ونظام المكاره وغيرهما ، ونكتفى بما تقدم •

٥٥ - ثالثا - تشريعات الزراعة : هناك تشريعات تحد من حق الانتفاع بالعقار واستغلاله بالزراعة على وجه الاطلاق ومن ذلك قانون انحصار التبغ • فقد حدد هذا القانون المناطق التي يجوز زرعها بالتبغ ومساحة الارض المزروعة ونص على مراقبة الزرع وطريقة قطعه وجمعه وفحصه • ثم قصر حق زرع التبغ على الاشخاص المجازين بزرعه بشروط خاصة ، وأباح القانون لدائرة الانحصار تصنيف التبغ ووضع السعر لكل صنف منه ، وكما نظم زراعة التبغ فإنه نظم كذلك بيعه وتوزيعه بين المجازين بالتجارة فيه فمنع بيعه لغير دائرة الانحصار ومنع صنع السجائر وانشاء معامل صنعها الا باجازة من الدائرة ، كما منع تبعا لذلك استيراد ورق السجائر والمكائن والادوات اللازمة لصنعها الا بأجازة •

ومن ذلك أيضا قانون زراعة الرز فقد نظم المشرع زراعة الرز في المناطق التي تشيع فيها زراعته متوخيا من ذلك غرضين أولهما الاقتصاد في المياه وثانيهما دفع المضار الصحية وحفظ التربة من الفساد وبذلك قيد المالك من الانتفاع بالارض على الوجه الذي يختار (١) •

٥٦ - رابعا - قوانين الضرورة والنظام العام : قد تضع الدولة بعض القوانين الاستثنائية لمعالجة ظرف خاص أو حالة عامة تقتضيها المصلحة والنظام العام مثال ذلك قانون تنظيم الحياة الاقتصادية الصادر عام ١٩٤٢ فقد أجاز هذا القانون للحكومة الاستيلاء على كثير من المواد الغذائية والمعاشية وعلى المخازن والمصانع ووسائل النقل ، كما قيد حرية التجارة الداخلية منها والخارجية ،

ومثال ذلك أيضا مرسوم الدفاع المدني ضد الخطر الجوي الصادر عام ١٩٤٢
كذلك فقد أجاز هذا القانون الاستيلاء على الاموال المنقولة والعقارات اذا
دعت الضرورة الحربية أو الدفاعية الى ذلك مقابل تعويض • ومثالها أيضا
قانون تجميد أموال اليهود ، وغيرها من التشريعات التي تسنها الدولة لحفظ
الصحة أو الامن •

المبحث الثالث

القيود الاتفاقية

٥٧ - قلنا ان حق الملكية هو الاصل الذى تنفرع عنه الحقوق العينية ، فهو يعطى لصاحبه التصرف فى الشيء واستعماله واستغلاله ، وحرية المالك فى التصرف ميزة اساسية لحق الملكية . ولهذا السبب جعل القانون المدينى الفرنسى من قاعدة حرية تداول الاموال واستحالة حظر التصرف فيها بمشيئة الافراد مبدأ عاماً من النظام العام . ولم يبح حبس الاموال عن التداول الا استثناء واستجابة لدواعٍ جدية ، كما فعل فى (الاستبدالات المباحة Substitutions permises) حيث اجاز للوالدين أن يتبرعا بأموالهما كلها أو بعضها لأولادهما بطريق الهبة أو الوصية مع اشتراط عدم التصرف فى هذه الاموال طيلة حياتهم وكما فعل فى المواد (١٥٤٠ وما بعدها) حيث اجاز منع التصرف فى اموال الزوجة التى ينعقد زواجها على أساس النظام المهرى هذا هو موقف التشريع الفرنسى من شرط المنع من التصرف ، على أن القضاء كان له موقف آخر فقد حاول جاهداً مسيطرة الحاجات الاجتماعية المستجدة ومعالجة شرط المنع من التصرف معالجة مرنة أساسها التوفيق بين قاعدتي حرية التعاقد ، وحظر التصرف . ولهذا جرت احكامه على اجازة شرط المنع من التصرف منذ أواسط القرن الماضى متى كان هذا المنع مؤقتاً ، وقد استندت فى اقصيتها هذه الى أن شرط المنع من التصرف المحدود بمدة لا يخالف النظام العام ولا الآداب فهو شرط صحيح تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الارادة . وقد فصل المشرع المصرى فى التقنين المدينى الحديث فى هذه المسألة بما نص عليه فى المادتين (٨٢٣ و ٨٢٤) حيث تقضى أولاهما أنه « ١ - اذا

تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة • ٢ - ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير • ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو للغير « وحيث تقضى ثابتهما أنه » اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لاحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا • ولم يزد المشرع المصرى فى هذين النصين عن تقنين ما جرى عليه القضاء المصرى قبل صدور التقنين الحديث • فالشرط المانع قد يرد فى عقد أو وصية ويكون العقد فى الغالب هبة مستترة فى بيع • ويصح هذا الشرط اذا كان الغرض منه حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، كما اذا اشترط الانتفاع بالعين طول حياته فيكون الشرط المانع من التصرف مؤكدا لذلك ، أو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه كما اذا كان سبب التدبير و اراد المتصرف أن يحميه من طيشه بالشرط المانع من التصرف • ويجب أيضا لصحة المنع من التصرف أن يكون لمدة معقولة قد تكون مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو للغير ولكن لا يصح تأييد هذا الشرط ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التى دعت اليه •

فاذا لم يتوافر هذان الشرطان كان الشرط المانع من التصرف باطلا ويكون التصرف الذى اشتمل على هذا الشرط باطلا أيضا اذا كان الشرط المانع هو الدافع الى هذا التصرف • أما اذا كان التصرف تبرعا ولم يكن الشرط المانع هو الدافع صح التبرع ولغا الشرط •

واذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما فالشرط المانع من التصرف صحيح فان خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف ، وقد حسم المشرع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة اذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الاصلى • والذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف اذ له دائما مصلحة فى ذلك • ويطلبه

كذلك المتصرف له أو الغير اذا كان الشرط المانع اريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لاحد منهما ، وهذه هي القاعدة التي سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير •

٥٨ - هذا هو موقف التشريعين الفرنسي والمصري من شرط المنع من التصرف وكذلك موقف القضاء في كل من هذين البلدين ، فما هو موقف المشرع العراقي من هذا الشرط ؟ لا نجد في التشريع العراقي نصا يمنع أو يجيز شرط المنع من التصرف واذن لا مناص من تطبيق أحكام القواعد العامة ، وهي تقضي بأن كل شرط غير ممنوع بالقانون ولا مخالف للنظام العام ولا لآداب شرط صحيح يجب احترامه ، وعلى هذا فان شرط المنع من التصرف متى كان مؤقتا وكانت للمشتراط مصلحة جدية من وراء اشتراطه هذا ، شرط صحيح يجب العمل به ، ويترتب على هذا الرأي الذي نذهب اليه أنه يجوز لمن باع عينا بثمن مقسط أن يشترط على المشتري عدم التصرف فيها حتى يوفى جميع أقساط الثمن ، وانه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له عدم التصرف في العين الموهوبة طيلة حياة الواهب حتى يضمن لنفسه حق الرجوع اذا ما توافر سبب من اسبابه ، ويجوز للواهب كذلك أن يشترط على الموهوب له عدم التصرف في العين الى أن يبلغ الموهوب له سن الثلاثين أو الاربعين مثلا أو طول حياته حتى يحفظ له هذا المال اذا ما عرف عنه الطيش والتبذير • وقد يكون الدافع الى اشتراط المنع من التصرف ابتغاء منفعة الغير مثال هذا أن يهب شخص مالا لآخر ويشترط عليه أن يدفع جزءا من غلته الى شخص اجنبي ، ويشترط عليه عدم التصرف في هذا الحال حتى يضمن دفع الايراد لهذا الغير •

الفصل الثالث

انواع خاصة من الملكية

٥٩ - ان القاعدة العامة فى الملكية ان تكون ملكية فردية يسيطر فيها المالك الواحد على الشئ • على ان الملكية قد تتخذ فى العمل صورا أخرى غير هذه الصورة العادية لها فقد تكون مشتركة بين عدد من الملاك وهذه هى الملكية المشاعة أو الشائعة ، وقد تحدد طبيعة العين أو وضعها من حقوق الملاك فى التصرف أو الاستعمال كما هى الحالة فى ملكية العلو والسفل (ملكية الطبقات) وفى الحائط المشترك وفى الطريق الخاص المشترك •

وفيهم مما تقدم اننا سنقسم هذا الفصل الثالث الى أربعة مباحث :

- أولها - للملكية المشاعة •
- وثانيها - للملكية العلو والسفل •
- وثالثها - للحائط المشترك •
- ورابعها - للطريق الخاص المشترك •

المبحث الاول

الملكية الشائعة

٦٠ - تعرف الملكية الشائعة بأنها عبارة عن ان يملك شخصان أو أكثر شيئا دون ان يتعين ملك كل منهم ولهذا عرفتھا الفقرة الاولى من المادة (١٠٦١) على النحو الآتي « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع • وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك » • ويفهم من هذا التعريف ان الملكية الشائعة تختلف عن الملكية الفردية أو المفروزة في تحديد صاحب الحق وفي محله ومن المنفعة التي تنشأ من اتصال هذين العنصرين • ففي الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لاشخاص متعددين على خلاف الملكية الفردية التي تثبت لمالك واحد ، وفي الملكية الشائعة يكون محل الحق محددًا تحديداً معنوياً لان كل شريك يملك حصة شائعة في العين كلها يرمز اليها بنسبة حسابية كالنصف أو الثلث ويظل محل الحق غامضاً الى ان تتم القسمة ، أما في الملكية الفردية أو المفروزة فان محل الحق محدد تحديداً مادياً • وفي الملكية المفروزة يستأثر المالك الفرد بمنافع العين كلها فله ان يتصرف فيها وان يستعملها وان يستغلها كما يشاء أما في الملكية الشائعة فان حقوق الملاك يزحم بعضها بعضاً ولهذا فانه لا يجوز لای مالك ان يستهلك الشيء أو ان يتصرف فيه أو ان يستعمله أو ان يستغله الا بقيود خاصة وفي حدود ما تسمح به حصته •

٦١ - ويقرر فقهاء الشريعة ان الملكية الشائعة نوعان اختيارية وجبرية وهذا تقسيم لها بحسب مصدرها ، مثال الشيوع الاختياري ان يشتري

شخصان أو أكثر عينا أو ان يقبلا هبة أو صدقة أو وصية ، أو ان يخلطا أموالهما اختيارا بحيث يتعذر فصلهما • ومثال الشيوع الجبرى ان يرث شخصان أو أكثر عينا من المورث أو ان يختلط مالاهما اضطرارا بحيث يتعذر أو يتعسر فصلهما كما اذا كان بين الحنطتين أو بين الحنطة والشعير حاجز فهلك واختلط المالان ببعضهما •

وحصص الشركاء فى الملك المشاع قد تكون متساوية وقد تكون مختلفة وقد افترض القانون مساواة الحصص وجعل هذا لافتراض بسيطا قابلا لاثبات العكس •

٦٢ - واما عن حقوق الملاك على الشيوع فانها تتضمنها جميعا قاعدة أساسية وهى ان كل شريك يعتبر مالكا لحصته أجنبيا بالنسبة لحصص الآخرين •

وقد ترتب على اعتبار الشريك مالكا لحصته انه يستطيع التصرف فيها وان يستغلها وان ينتفع بها دون الاضرار بحصص الآخرين • وهذا ما تقضى به الفقرتان الثانية والثالثة من المادة « ١٠٦١ » بنصهما على أنه « ٢ - وكل شريك فى الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات ولو بغير اذنه • ٣ - ويجوز للشريك فى الشيوع ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه » •

وقد ترتب على اعتبار الشريك مالكا لحصته انه يستطيع التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات دون حاجة الى اذن بقية الشركاء فله ان يبيعها وان يهبها وان يوصى بها وان يقدمها حصة فى شركة وهكذا • هذا ويلاحظ أنه اذا كانت العين المشاعة عقارا وباع أحد الشركاء حصته لاجنبى كان لباقى الشركاء حق أخذها بالشفعة (م ١١٢٩) •

وقد نص القانون على جواز رهن الحصة المشاعة ، والرهن كما هو معروف نوعان تأمينى (أو رسمى) ورهن حيازى • اما بالنسبة للرهن التأمينى فإنه يقع صحيحا لصدوره من مالك الا ان نفاذه ، بحسب الرأى

السائد في الفقه وفي القضاء ، يتوقف على نتيجة القسمة فاذا وقع المرهون في نصيبه أصبح الرهن نافذا واذا وقع هذا العقار في نصيب شريك آخر فقد بطل الرهن لصدوره من غير مالك تطبيقا لفكرة الاثر الرجعي في القسمة .

هذا ما يقرره الفقه والقضاء في فرنسا ، وما يذهب اليه كثير من الفقهاء المصريين^(١) . ونحن لا نقر هذا الرأي ولا نعلق نفاذ رهن الشريك لحصته رهنا تأمينيا على نتيجة القسمة وانما نحن نذهب الى ان هذا الرأي صحيح نافذ ولو لم تكن القسمة قد أجريت بعد فنص القانون مطلق في جواز رهن الشريك لحصته ، وليس في القانون المدني العراقي نص يقابل نص المادة (٢٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي التي تمنع التنفيذ على الحصة الشائعة . هذا ويجب ان يلاحظ ان رهن الشريك لحصته الشائعة في العقار يتحول بعد القسمة الى حصته المفردة التي وقعت في نصيبه كما تقضى المادة (١٢٩١) كما يجب ان يلاحظ ان المشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٩) على انه « اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الاصل ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . وقد طبق المشرع المصري في هذا النص مبدأ الحلول العيني في حالة الرهن فيسر بذلك كثيرا من أمر الرهن على الشيوع . ولا نجد مقابلا لهذا النص في التشريع العراقي ومع هذا فاننا نذهب الى الاخذ به وفقا لاحكام قانوننا المدني ونحن نستند فيما نذهب اليه الى نص الفقرة الاولى من المادة (١٢٩١) الذي سبقت الاشارة اليه ذلك ان هذا النص يقرر انه « اذا رهن أحد الشركاء

(١) كامل مرسى - تأمينات ف ٤٠ حامد زكي بحث له في مجلة الجمعية الفرنسية للتشريع المقارن عام ١٩٣٣ ، أوبرى ورو ح ٢ ص ٥٤٧ .

حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك » . فالنص يقرر ان هذا الرهن يتحول الى (الحصة المفروزة) وعبرة الحصة المفروزة عامة فقد تكون هذه الحصة جزءا من العقار الشائع وقد تكون عقارا اخر كان يملكه أحد الشركاء أو بعضهم، وهكذا نصل الى نفس الحكم الموضوعي الذي قرره المشرع المصري في المادة (١٠٣٩ منه) .

٦٣ - وكل ما تقدم خاص بحق المالك على الشيوع في الرهن التأميني واما عن حقه في الرهن الحيازي . فأننى أحب ان ألفت النظر في هذا الصدد الى أمرين أولهما ان نص المادة (١٠٦١) الذي يعطى للمالك على الشيوع حق الرهن عام لا ينصرف الى نوع من أنواع الرهن دون غيره ، وثانيهما ان المادة (١٣٢٢) تقرر انه يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن العين المرهونة . ويترتب على هذا ان الشريك يملك من الناحية النظرية حق رهن حصته الشائعة رهنا حيازيا وفقا لنص المادة (١٠٦١) الا ان هذا الحل النظري يصطدم مع صعوبة عملية ليس من السهل التغلب عليها وهي وجوب قبض الدائن المرتهن للعين المرهونة ذلك ان الرهن الحيازي يعتبر في فقه القانون المدني العراقي عقدا من العقود العينية التي لا تنعقد الا بالقبض وعلى هذا الاساس كانت المحاكم المختلطة في مصر تذهب في أغلب أحكامها الى ابطال الرهن الحيازي سواء انصب على منقول أو على عقار ما دام شائعا .

الا اننا لا نقر هذا القضاء فهو لا ينسجم مطلقا مع اعتبار الشريك مالكا ل حصته من حقه أن يتصرف فيها بجميع انواع التصرفات دون الاضرار ببقية الشركاء ولا يجوز أن تتخذ من صعوبة التسليم حجة لابطال الرهن الحيازي . فقد يستطيع الشريك تذليل هذه الصعوبة وتمكين الدائن المرتهن من حيازة جزء من المال الشائع يعادل القدر المرهون وقد يتفق المرتهن مع احد الشركاء على ان يحوز الحصة المرهونة بالنيابة عن المدين الراهن ، وقد يكون المال الشائع مقسوما بين الشركاء قسمة مهايأة مكانية وعندئذ يستطيع

المدين الراهن تسليم العين ، ففي كل هذه الصور وما شاكلها ينبغي ان يعتبر الرهن الحيازي صحيحا لاستكمال اركانه^(١) .

٦٤ - وتقرر الفقرة الثالثة من المادة (١٠٦١) بأنه يجوز للشريك ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه . ولا نجد لهذه الفقرة مقابلا في التشريع المدني المصري ، وعندى ان السبب الذي جعل واضعى القانون يشئون هذه الفقرة هو انهم أرادوا بها قطع كل شك وريبة حول حق الشريك فى اجارة حصته الشائعة . وبيان هذا ان بعض فقهاء الشريعة الاسلامية يذهبون الى انه لايجوز للشريك ان يؤجر حصته الشائعة لغير الشريك وقد اراد المشرع العراقى بالنص المتقدم قطع كل شك فى حق الشريك فى اجارة حصته للشريك او لغير الشريك .

٦٥ - هذا ويلاحظ ان تصرف الشريك فى حصته قد يأخذ احدى صورتين أولاها ان يتصرف بها حصة شائعة مثال هذا ان يملك شخص ثلث ارض ملكية شائعة بينه وبين غيره فيبيع هذا الثلث وهذا التصرف صحيح نافذ لا يتوقف على اذن الشركاء او على امر خارجى متى استجمع العقد اركانه . وثانيتهما أن يتصرف الشريك بجزء مفرز من هذه الارض المشاعة ، أى انه يعين الجزء الذى يبيعه تعيينا ماديا على الارض لا تعيينا حسابيا وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) لهذا الفرض فعلقنت نتيجة هذا البيع على القسمة ، ومعنى هذا ان البيع يعتبر صحيحا ولو انصب على جزء مفرز ولكنه يكون موقوفا على القسمة فاذا وقع هذا الجزء فى نصيب البائع نفذ البيع اخذاً بفكرة الاثر الرجعى للقسمة وبطبيعتها الكاشفة وان وقع فى حصة غيره بطل البيع لان البائع يعتبر كأنه لم يكن مالكا أبدا لهذا الجزء الذى باعه والذي لم يقع فى نصيبه .

٦٦ - ولما كان الشريك يعتبر اجنبيا بالنسبة لحصص غيره من الشركاء لهذا فانه لا يجوز له ان يتصرف بهذه الحصص تصرفا مضرا بأى وجه من

(١) الدكتور عرفة ف ٢٨٦ ، كامل مرسى - تأمينات ف ٢٨٧ .

الوجوه كما تقرر الفقرة الأولى من المادة (١٠٦٢) ويترتب على هذا انه لا يجوز لاحد الشركاء أن يبيع أو يرهن أو يهب أو يوصي أو يوقف العين المشاعة كلها فان فعل نفذ تصرفه في حصته وتوقف في حصص الآخرين على اجازتهم تطبيقاً لأحكام القواعد العامة .

وتعتبر حصة كل شريك أمانة في يد الآخر ولهذا فانها اذا تلفت من غير أو تقصير فلا ضمان على الحائز (الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦٢) .

٦٧ - اما عن طريق انتفاع الشركاء بالعين المشاعة فانه تتبع فيها القواعد

التالية :

أولاً - اذا كان الشركاء كاملي أهلية حددت ارادتهم طريقة الانتفاع بالعين المشتركة ، فلهم الانتفاع بالعين بنسبة انصبتهم فيها أو بالقدر الذي يتفقون عليه .

ثانياً - اذا لم يتفق الشركاء على طريقة الانتفاع ومقداره فانه يجوز لكل شريك ان ينتفع بالعين انتفاعاً مقيداً بأمرين ، أولهما ان يكون انتفاعه بها بنسبة حصته وعلى هذا يجوز لكل شريك ان يسكن في الدار المشتركة بقدر حصته ويزرع من الارض بهذا القدر ، وكما يجوز له ان ينتفع بنفسه بجوز له ان يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض ، وثانيهما الا يكون انتفاعه هذا ضاراً ببقية الشركاء فليس لمن كان شريكاً في دار ان يتخذها مخزناً لآلات متفجرة ولو كان انتفاعه هذا قاصراً على جزء من الدار يعادل نصيبه فيها .

ثالثاً - اذا استقل احد الشركاء بالانتفاع بالعين كلها عن طريق السكن أو الزراعة أو الايجار أو غير ذلك بلا اذن من شركائه وجب عليه لهم أجر مثل حصصهم ، على انه اذا كان انتفاعه بالعين بطريق اجارتها للغير وكانت الاجرة تزيد على أجر المثل فان رجوع بقية الشركاء عليه يكون على أساس الاجرة المسماة لا أجر المثل منعاً للاثراء دون سبب على حساب الغير وهذا ما يقضى به المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٣) التي تقرر انه « يجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته فاذا انتفع بالعين كلها في سكنى أو مزارعة وأ ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه وجب

عليه لهم أجل المثل • على انه اذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه ان يعطى كل شريك حصته من الاجرة المسماة « • وهذا الذى يقرره المشرع العراقى يختلف عما يذهب اليه فقهاء الشريعة فهم يقررون انه « اذا كان شريك المنتفع مالكا رشيدا وكان حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له ان يطالبه بأجرة المدة الماضية ولا ان يطلب الانتفاع بالعين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه سواء كان الانتفاع يختلف ضرره باختلاف المنتفعين كاللبس والركوب أو باختلاف نوع الاستعمال كالزرع والحمل أو لا يختلف كالسكنى لانه بسكوت الشريك الحاضر فى المدة التى انتفع فيها شريكه يعتبر راضيا بهذا الانتفاع دلالة • ولان الاعيان المشتركة تجعل فى حق الانتفاع كأنها مملوكة بتمامها لكل واحد من الشريكين أو الشركاء وهذا ما يسمونه الانتفاع بتأويل ملك ، اذ لو لم تجعل كذلك لا يجوز لواحد منهم ان ينتفع هو بها لان كل جزء مشترك بين الجميع فتعطل منافع الملك وذلك غير جائز • وانما الذى يجوز لغير المنتفع هو ان يطلب قسمة العين المشتركة قسمة افراز ان كانت قابلة للقسمة والا فله الانتفاع مع شريكه بالمهاياة المكانية أو الزمانية فى المستقبل بحكم القاضى أو بالتراضى • واذا كان شريك المنتفع مالكا رشيدا ولكنه كان غائبا فلا يخلو الحال من أن يكون الانتفاع يضر بالعين المشتركة أو لا يضر بها • فان كان يضر بها فلا يجوز له الانتفاع سواء كانت العين دارا أو مزرعة أو غيرها وعليه اذا أراد الانتفاع بنصيبه ان يطلب من القاضى اقامة وكيل عن الغائب ليقاسمه قسمة افراز ان امكنت والا فمهاياة ، وللقاضى أن يكلف هذا الوكيل أو غيره باستثمار حصة الغائب والمحافظة عليها بأجر أو بغير أجر الى حين حضوره ، وان كان لا يضر بها بأن كانت سكنى الدار وزراعة الارض واستعمال المنقولات تفيدها ولا تنقصها كان له ان ينتفع بها كلها وليس لشريكه اذا حضر ان يطلب منه أجرة حصته ولا ان ينتفع بالعين كلها بقدر ما انتفع شريكه لانه انتفع بتأويل ملك وبلا ضرر على أحد » (١) •

(١) المعاملات لأبى الفتح ح ٢ ص ٤٧٩ - ٤٨٠ •

هذا ما يقرره فقهاء الشريعة الاسلامية في حالة استقلال احد الشركاء بالانتفاع بالعين وواضح ان المشرع العراقي ذهب الى خلاف هذا الرأي وقرر انه اذا استقل أحد الشركاء بالانتفاع بالعين من دون اذن الشركاء كان لهم ان يرجعوا عليه بأجر مثل حصصهم الا اذا كان انتفاعه بها عن طريق التأجير وكانت الاجرة المسماة تزيد على أجر المثل فان الرجوع عليه يكون على أساس الاجر المسمى لا أجر المثل . ولم يفرق كما فرق الفقهاء بينما اذا كان الانتفاع مضرا بالعين أو غير مضر بها وحسنا فعل .

٦٨ - وتقرر المادة (١٠٦٤) انه « ١ - تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . ٢ - وما يستقر عليه رأى أصحاب القدر الاكبر من الحصص من أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي ، فان لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ان تتخذ من الاجراءات ما تقتضيه الضرورة ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ، وللأغلبية أيضا ان تختار مديرا وان تحدد مدى سلطته في الادارة . ٣ - واذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عـدّ وكيلا عنهم » . (تقابل المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ مصرى ، ٧٨٢ و ٧٨٣ سورى ، ٣١٦ و ٣١٧ من مشروع التقنين الايطالى) . تعرض هذه المادة لأعمال الادارة المعتادة فى الملكية الشائعة . اذ لم يشأ المشرع أن يترك هذه المسألة الهامة لتقدير القضاء واجتهاده وانما آثر ان يفصل فيها بنص صريح يجعل زمام الامر بيد أصحاب القدر الاكبر من الحصص ، ولم يجعل للقضاء سبيلا للتدخل فى ادارة المال الشائع الا عند تعذر الحصول على رضا هذه الاغلبية . ذلك ان ادق ما يعرض للشركاء فى الشيوع هو ادارة المال الشائع ولذلك تكفل المشرع بوضع قواعد لهذه الادارة من شأنها ان تيسر عليهم القيام بها وان تحسم ما يغلب وقوعه من خلاف فيما بينهم .

والاصل أن ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين الا اذا اتفقوا

على توكيل أحدهم في ان ينفرد بالادارة ولكن لما كان من غير الميسور ان
ينعقد الاجماع في كل مسألة من مسائل الادارة فقد وضع المشرع من
القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة . فان كان الامر متعلقا بأعمال
الادارة المعتادة كايجار المال الشائع فان اتفقت كلمة أصحاب القدر الاكبر من
الحصص على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب
الشأن في الادارة ولهذه الاغلبية ان تقيد المدير في ادارته بقواعد تضعها
وتسرى هذه القواعد على الجميع بما فيهم الاقلية كما تسرى على خلفاء
الشركاء سواء أكان خلفا عاما أم خاصا ، وليس لهذه الاقلية حق الاعتراض
على ما تتخذه الاغلبية من قرارات تتصل بادارة المال المشاع وكل ما تملكه
في هذا الصدد هو طلب القسمة للتخلص من حالة الشيوع . وليس معنى
هذا ان رأى الاغلبية يكون ملزما للاقلية في جميع الحالات وانما هو لا يكون
كذلك الا اذا اتخذت هذه الاغلبية في ادارة المال الشائع ما يتخذه الرجل
المعتاد من الاجراءات اللازمة للمحافظة على أمواله وعلى هذا قضت احدى
المحاكم المصرية بان « المادة ٨٢٨ من القانون المدني الجديد قد تضمنت ان
ما يستقر عليه رأى الاغلبية من الشركاء واعمال الادارة المعتادة يكون ملزما
للجميع ، وتحسب الاغلبية على أساس الانصباء . وان المشرع انما قصد من
ان يستقر رأى الاغلبية بحسب قيمة الانصباء على اعمال الادارة المعتادة ان
يكون هذا الرأى شاملا لجميع التركة وان تتخذ بالنسبة اليه جميع الاجراءات
التي يتطلبها القانون في الشخص العادي للمحافظة على أمواله . ومن أهم
مظاهر هذه الاجراءات ان تعرض اعيان التركة للايجار بالمزاد حتى لا يظلم
أحد من الشركاء . اما ان البعض قد يتفق رغبة أو رهبة فهذا ما لم يقصد اليه
المشرع من نص المادة ٨٢٨ من القانون المدني الجديد . وعلى ذلك يجب
وضع اعيان التركة تحت الحراسة القضائية » (١) .

فاذا لم تكن هناك أغلبية وثلث الادارة بسبب ذلك كان لكل شريك
ان يطلب من المحكمة المختصة (محكمة الصلح) ان تعين من يدير المال

(١) بنى سويف ٧ كانون ثانى ١٩٥٠ .

الشائع سواء أكان من بين الشركاء أو من غيرهم وللمحكمة ان تتخذ من الاجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال .
واذا تولى أحد الشركاء ادارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين
عد وكيلاً عنهم .

٦٩ - وتقرر المادة (١٠٦٥) انه « ١ - للشركاء اصحاب القدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا باذن من المحكمة ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة » ٢٠ - وللمحكمة ان تقرر ما تراه مناسباً من الاجراءات ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » (تقابل المادة ٨٢٩ مصرى و ٧٨٥ سورى) .

بعد ان عرض النص المتقدم لاعمال الادارة المعتادة عاد المشرع في هذا النص لبيان أحكام الاعمال الخارجة عن حدود الادارة المعتادة وهى ما أطلق عليها المشرع اسم « التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض » مثال ذلك تحويل مطعم الى مقهى ، أو مقهى الى كراج ، أو اعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال ، أو اقامة بناء فى الارض المشاعة . وقد جعل القيام بهذه الاعمال من حق الاغلبية (أى الاغلبية بحسب الحصص لا بعدد الرؤوس) الا انه اشترط لذلك اذن المحكمة ومعنى هذا أن للاقلية حق التظلم الى المحكمة المختصة . وللمحكمة ان تلغى قرار الاغلبية أو ان تقرها على رأيها ولها أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض من جراء تنفيذ رأى الاغلبية اذا تبين فيما بعد ان هذا القرار ضار بالمصلحة وهكذا وفق المشرع بين مصلحة الشركاء من جهة وبين حرصه على تحسين الانتفاع بالملك الشائع وجعله أصلح للاستغلال من جهة أخرى .

هذا وأحب أن ألفت النظر الى أن بين نص المادة المصرية والمادة العراقية فارقا جوهريا يتمثل فى ناحيتين : الاولى ان المادة المصرية لا تكفى بالاغلبية

المطلقة لاصحاب القدر الاكبر من الحصص وانما تشترط في أعمال الادارة غير المعتادة أغلبية خاصة تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع ، وهذا على خلاف المادة العراقية التي تكفي بالأغلبية المطلقة لاصحاب الحصص . والثانية ان المادة المصرية جعلت مدة اعتراض الشريك على ما تقرره الاغلبية المتقدمة من أعمال الادارة غير المعتادة شهرين من وقت الاعلان ولا نجد لهذا القيد أنرا في المادة العراقية .

٧٠ - وتقرر المادة (١٠٦٦) ان « لكل شريك في الشيوع الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء حتى لو كان ذلك بغير موافقة الشركاء » . (٨٣٠ مصرى و ٧٨٥ سورى) . ان حفظ المال الشائع من حق كل شريك فله ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة . وقد ذهب القضاء الفرنسى الى ان عمل الشريك في هذه الحالة قائم على وكالة ضمنية وذهبت المذكرة الايضاحية المصرية الى ان عمل الشريك هو عمل فضولى فهو يتصرف اذن في حدود الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله . ونحن نذهب الى ما يذهب اليه القضاء الفرنسى من تأسيس عمل الشريك في حفظ العين وصيانتها على فكرة الوكالة الضمنية لان المشرع العراقى لم ينظم أحكام الفضالة ولم يحدد نطاقها (أنظر المادة ١٣٥) .

٧١ - وتقرر المادة (١٠٦٧) بأن « نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته » (٨٣١ مصرى و ٧٨٦ سورى) . ويترتب على هذا النص أن كل شريك ملزم بنص القانون بالمساهمة في نفقات ادارة وحفظ المال الشائع وفي الضرائب المقررة عليه وغيرها من التكاليف بقدر حصته فيه ، فاذا ما قام احد الشركاء بدفع هذه المصاريف والنفقات والضرائب كان له الرجوع على الباقيين بما يناسب حصصهم من هذه النفقات ، ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات اذا هو تخلى عن حصته في

العين المشاعة لان فكرة التخلص من الالتزام المتعلق بعين من الاعيان Obligation Propter rem عن طريق التخلي فكرة عامة التطبيق ، ولما كان من المسلم به ان التزام الشريك بالمساهمة فى التكاليف والنفقات الناتجة عن حالة الشيوع التزام عينى سببه الاشتراك فى ملكية العين الشائعة لهذا كان من المتفق عليه تخويله حق التخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن نصيبه فى الملكية • ويترتب على تخلى الشريك عن حصته ان تصبح هذه الحصة ملكا للشركاء الاخرين كل بقدر نصيبه فى العين المشاعة مع تحميلهم ما يصيب المتخلى من النفقات والتكاليف طبقا لهذه النسبة كذلك •

٧٢- وتقرر المادة (١٠٦٨) أنه « ١ - اذا احتاج الملك الشائع الى مرمة أو عمارة يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم • ٢ - واذا كان بعض الشركاء غائبا أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه جاز للراغب ان يقوم بالترميم أو التعمير باذن من المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم » •

ولا نجد لهذه المادة مقابلا فى التقنين المصرى والسورى وهى مقتبسة عن مرشد الحيران (المواد ٧٤٧ - ٧٤٩) وعن المجلة المواد (١٣٠٨ - ١٣١٠) • والمادة بفقرتها لغو لا فائدة فيه وذلك لان نفقات المرمة أو التعمير ليست فى حقيقتها الا نفقات (حفظ المال الشائع) وقد سبق ان قرر المشرع ان هذه النفقات تكون على الشركاء كل بقدر حصته ، اما ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٨) من اشتراط اذن المحكمة اذا كان بعض الشركاء غائبا او اذا أبى بعضهم التعمير أو الترميم فانه لا يعدو ان يكون مجرد تطبيق لاحكام القواعد العامة •

وتقرر المادة (١٠٦٩) أنه « اذا انهدمت العين الشائعة كليا وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون فلا يجبر الآبى على العمارة » • وهذه المادة بدورها لا مقابل لها فى التقنين المصرى والسورى وهى مقتبسة عن المادة (٧٥٠ مرشد الحيران) وعن المادة (١٣١٤ من المجلة) مع بعض التعديل فليراجع نص المادتين المشار اليهما لبيان مدى هذا التعديل •

هذا ويلاحظ ان الملكية الشائعة اردأ أنواع الملكية كما يقول فقهاء القانون فان تعدد الملاك وتعارض مصالحهم يؤدي في كثير من الاحيان الى منازعات لا تكاد تنتهى حتى تبدأ من جديد وكثيرا ما تؤدي الانانية الفردية الى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع ولهذا فان من القواعد القانونية البديهية انه لا يجبر انسان على البقاء فى الشيوع • وطريق ازالة الشيوع هى القسمة وهى ما سنتناوله الان بالبحث •

ازالة الشيوع

القسمة

٧٣ - نتناول الكلام عن القسمة فى ثلاث فقرات أولاها معنى القسمة وأنواعها واجراءاتها وثانيها لطبيعة القسمة وآثارها ، وثالثها لقسمة المنافع أى قسمة المهايأة •

أولا : معنى القسمة وأنواعها واجراءاتها

٧٤ - تعرف المادة (١١١٤) من المجلة القسمة على النحو الآتى « القسمة هى تعيين الحصة الشائعة ، يعنى افراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع » •

ونستطيع تعريف القسمة بأنها عملية يراد بها استبدال ملكية مفرزة بملكية شائعة ، أو انها عملية يراد بها اخراج المالك من الملك الشائع الى ملك خاص يستقل به دون باقى الشركاء •

ونحن نفضل كلا من هذين التعريفين على التعريف الوارد فى المجلة ، ذلك لان تعريف المجلة للقسمة بأنها افراز الحصص عن بعضها يصرف القسمة الى القسمة العينية بل انه يصرفها الى صورة خاصة من صور القسمة العينية وهى الصورة التى تنصب فيها القسمة على اشیاء مثلية •

وذلك ان القسمة قد تكون عينية أو قسمة تصفية ، وقد تكون رضائية أو قضائية ، وقد تكون نهائية تنصب على الملكية الشائعة فى ذاتها أو قسمة مهايأة

تنصب على مجرد الانتفاع بالاعيان أو العين المشتركة .

٧٥ - القسمة الرضائية : تقضى المادة (١٠٧١) بأنه « ١ - للشركاء

إذا لم يكن بينهم محجور أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها ٢٠ - لا تتم القسمة الرضائية في العقار إلا بالتسجيل في دائرة الطابو ٣٠ - لدائني كل شريك أن يطعنوا بالقسمة إذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم » . ويفهم من هذا النص انه إذا كان الشركاء جميعا كاملي أهلية فلهم أن يتفقوا على طريقة تقسيم المال الشائع بينهم . ولا يشترط أن يثبت الاتفاق على القسمة في محرر بل يجوز أن يستتج من ظروف الاحوال هذا مع ملاحظة حكم الفقرة الثانية من المادة المتقدمة التي تجعل عقد قسمة العقار من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . هذا ويلاحظ ان المادة المتقدمة تشترط للقسمة الرضائية شرطين : اولهما اتفاق جميع الشركاء ذلك ان القسمة الرضائية عقد لا بد لانعقاده من رضا الشركاء جميعا ، وثانيهما ان يكون الشركاء جميعا كاملي أهلية فاذا كان بينهم ناقص أهلية أو عديمها فإنه لا يجوز لوليّه أو وصيه أو القيم عليه ان يوقع القسمة الرضائية نيابة عنه .

ويلاحظ ثانيا ان الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة تعطي لدائني كل شريك حق الطعن في القسمة إذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم وليست هذه الفقرة سوى مجرد تطبيق لاحكام القواعد العامة التي تعطي للدائنين حق الطعن في التصرفات الضارة التي يبرمها مدينوهم عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات .

٧٦ - القسمة القضائية : تقضى المادة (١٠٧٢) بأنه « ١ - إذا لم يتفق

الشركاء على القسمة أو كان بينهم محجور فللشريك الذي يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لازالته ٢٠ - فاذا تبين للمحكمة ان المشاع قابل للقسمة قررت اجراءها . ويعتبر المشاع قابلا للقسمة إذا امكنت قسمته من غير أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة .

٣ - فان كان المشاع عقارا تمسح الارض وتفرز الحصص على أساس اصغر نصيب على ان يراعى فيها الموقع والجودة وجميع الميزات الاخرى • ويراعى كذلك بقدر الامكان ان تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق • وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم فان لم يتفقوا عليها الحاكم بمعرفة خير • واذا تعذر ان يختص كل واحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود • وتوزع الحصص بالقرعة وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها • ٤ - واذا كان المشاع منقولا يفرز الى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه وتوزع على الشركاء بالقرعة » •

تعرض هذه المادة للقسمة القضائية وتقتصر منها على حالة ما اذا كانت العين المشاعة قابلة للقسمة • فهي تقرر في فقرتها الاولى انه اذا كان الشركاء كاملي أهلية ولكنهم لم يتفقوا على قسمة العين قسمة رضائية ، أو كان بينهم محجور عليه ، فان على الشريك ان يراجع محكمة الصلح لازالة الشيوخ عن طريق القسمة •

وفيه من هذه الفقرة انه لا يجوز للولى أو الوصى أو القيم ان يقوم بالقسمة الرضائية نيابة عن المحجور عليه • ويكون طلب القسمة من أى من الشركاء أو من خلفه العام أو من ينوب عنه نيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية • ويجوز لدائى الشريك ان يرفعوا دعوى القسمة باسم مدينهم الشريك ولحسابه عن طريق الدعوى غير المباشرة اذا توافرت شروطها بأن اهمل المدين الشريك فى طلب القسمة وترتب على اهماله هذا اعساره أو زيادة فى حالة اعساره القائمة ، ولا يشترط اعذار المدين ولكن يجب ادخاله طرفا فى الدعوى كما تقرر المادة (٢٦١) •

٧ - قلنا أن تصرف المالك على الشيوع قد ينصب على جزء مفرز لا حصة مشاعة ، وقد تساءل الفقهاء عما اذا كان يجوز لهذا المشتري ان يطالب بالقسمة ؟ فذهب بعضهم الى انه لا يجوز للمشتري لحصة مفرزة فى

ملك شائع ان يطلب القسمة لانه ليس بمالك الا تحت شرط موقف ولا يتحقق هذا الشرط الا اذا حصلت القسمة وكانت الحصة المبيعة من نصيب البائع له ، ولمثل هذا المشتري ان يتخذ الاجراءات التحفظية فقط^(١) .

ويذهب فريق اخر الى انه ليس هناك مسوغ قانوني لحرمان هذا المشتري من رفع دعوى القسمة اذا سجل عقده قبل رفعها فعلا وذلك لان له مصلحة جدية في رفع هذه الدعوى حتى يطمئن الى نتيجة عقده ولا يظل مصير التصرف الصادر اليه رهنا بمشيئة باقي الشركاء دون ان يكون في وسعه وضع حد لحالة القلق الناشئة عن طبيعة مثل هذا التصرف لاسيما انه لا يستطيع المطالبة بطلانه اذا اشترى وهو عالم بحالة الشيوع . والقول بخلاف ذلك يؤدي الى موقف غريب حقا اذ يكون للشريك الذي تصرف فعلا في قدر مماثل لحصته وقبض الثمن حق طلب القسمة مع انعدام مصلحته في طلبها بينما يتمتع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية وهو المشتري الذي دفع الثمن في مقابل تملك حصة هذا الشريك وظاهر ما في هذا الوضع من مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون^(٢) .

٧٨ - وترفع دعوى القسمة الى محكمة الصلح الكائن في دائرتها محل العقار ، اذا كان المال الشائع عقارا ، أو الى محكمة الصلح الكائن في دائرتها محل اقامة أحد المدعى عليهم اذا كان المال الشائع منقولا ، وهذا ويلاحظ أن المادة (٨٣٦) من القانون المدني المصري تقرر ان على من يريد الخروج من الشيوع « ان يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية » وظاهر ان نص القانون المدني المصري يجعل المدعى عليه في دعوى القسمة جميع الشركاء عدا طالب القسمة بالطبع . ولا نجد في التشريع العراقي مثل هذا النص ومع هذا فاننا نذهب الى وجوب تطبيقه ورفع الدعوى على باقي الشركاء جميعا .

٧٩ - فاذا رفعت دعوى القسمة امام المحكمة المختصة فان لها ان تندب

(١) استاذنا كامل مرسى ح ٢ ف ١٠٨ .

(٢) الدكتور عرفة ف ٣٠٩ .

خيرا أو أكثر للنظر فيما اذا كانت العين المشاعة قابلة للقسمة أو غير قابلة لها ، فاذا تبين ان العين يمكن قسمتها من غير ان تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منها اعتبرت قابلة للقسمة . ويقوم الخير بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب لشريك ، فاذا فرضنا أن العين المشاعة أرض يملكها أربعة اشخاص لاولهم النصف وللثاني الثلث ، وللثالث الثمن وللرابع الباقي وقدره واحد من أربعة وعشرين فإنه يجب تقسيم الأرض الى أربعة وعشرين حصة لان هذا القدر هو اصغر نصيب لشريك فاذا كان تقسيم الأرض الى هذه الاجزاء لا يصطدم مع المنفعة المقصودة منها فيعطلها عدت قابلة للقسمة ووزعت الأرض على الشركاء كل بقدر حصته .

وينبغي عند فرز الحصص على الأساس المتقدم أن تراعى في العين المشاعة ، اذا كانت عقارا ، الجودة والموقع وجميع الميزات الاخرى ومعنى هذا انه لا يشترط عند فرز الحصص ان تتساوى عينا وانما ينبغي ان تتساوى في قيمتها فقد تكون العين الشائعة أرضا يكون سعر المتر في بعض اجزائها اضعاف سعره في البعض الآخر . هذا ويلاحظ أنه اذا اثار نزاع بين الشركاء حول قيمة الحصص وكونها غير متساوية فان الفصل فيه يكون لمحكمة الصلح بعد استعانتها برأى الخبير الذي لا يكون ملزما وانما هو مجرد رأى تستأنس به المحكمة عند فصلها في النزاع .

هذا ويلاحظ أنه اذا تعذر أن يختص كل واحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود كما تقرر الفقرة الثالثة من المادة (١٠٧٢) وعلى هذا فانه لا يشترط في معدل القسمة (Soulte) أن يكون مبلغا من النقود فقد يكون عينا أخرى من شأنها تعويض النقص الواقع في قيمة بعض الحصص ، وقد اريد بهذا الحكم التغلب على بعض الصعوبات العملية التي تنشأ عن عدم قابلية العين المشاعة للتجزئة الى اصغر نصيب .

فاذا تم فرز الحصص على الأساس المتقدم ولم يعترض أحد من الشركاء عليه وزعت الحصص عليهم بطريق القرعة وبتمام التوزيع تتم القسمة ثم تصدر المحكمة حكما بتأييدها .

٨٠ - وتقرر المادة (١٠٧٣) أنه « ١ - اذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة اصدرت حكما ببيعه . ٢ - وفي هذه الحالة تقدر المحكمة بناء على مراجعة المدعى أو أحد الشركاء بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة فاذا قبل المدعى بيع حصته بالبدل المقدر عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء لابتداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك . فاذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقدر بيعت الحصة الى الراغبين بالتساوى فيما بينهم ، اما اذا رغب أحد الشركاء فى شرائها ببدل أعلى فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايد . ٣ - واذا لم يقبل المدعى البيع بالبدل المقدر أو لم يرغب أحد الشركاء فى الشراء وبقي المدعى مصرا على طلبه بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه » .

تعرض هذه المادة لبيان طريقة قسمة العين الشائعة التى لا تقبل القسمة وذلك بطريق قسمة التصفية أى بيع العين المشتركة وتوزيع ثمنها على الشركاء . فاذا تبين للمحكمة بناء على تقرير الخبير أن العين المشاعة غير قابلة للقسمة لان تجزئتها الى اجزاء على أساس اصغر نصيب لشريك يضرها أو يضيع على الشركاء أو بعضهم المنفعة المقصودة منها ، فانها فى هذه الحالة تصدر حكمها ببيع العين . الا انه يلاحظ أن حكم المحكمة الصادر ببيع العين لعدم امكان قسمتها عينا قابل للتمييز ، ولهذا فانه اذا طعن أحد الشركاء فى هذا الحكم فإنه ينبغي على محكمة الصلح أن لا تشرع فى اجراءات البيع حتى تبين نتيجة هذا الطعن . فاذا ما رفض الطعن بدأت المحكمة باجراءات البيع ، فهى أولا تقدر قيمة العين الشائعة مستعينة فى هذا برأى اهل الخبرة . ويلاحظ أن تقدير القيمة ينصب على العين المشاعة كلها لا على حصة الشريك الذى يطلب ازالة الشيوع فقط ، ثم تحتسب قيمة حصة هذا الشريك على أساس القيمة التى قدرت بها العين .

وبعد هذا تعرض هذه القيمة على طالب القسمة فاذا رضى بها عرضت المحكمة على بقية الشركاء شراء حصة هذا الشريك بما قدرت به وعليهم ابداء رغبتهم هذه خلال (١٥) يوما من تاريخ تبليغهم بذلك . فاذا وافق الشركاء

كلهم على شراء الحصة بما قدرت به بيعت لهم بالتساوي بصرف النظر عن مقدار انصائبهم في العين المشاعة أخذا بالقواعد المقررة في الشفعة كما سيجيء . وإذا وافق بعضهم دون بعض على الشراء اعطيت للراغبين ، وإذا رغب أحد الشركاء في شراء الحصة ببدل أعلى مما قدرت به فإنها تعرض عندئذ للمزايدة عليها مزايدة داخلية تقتصر على الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايد . فإذا لم يقبل طالب القسمة بالبدل الذي قدر به الحبير العين أو قبل به ولكن بقية الشركاء لم يرغبوا في الشراء فإن العين المشاعة كلها تباع بالمزاد العلني وفقا للطريقة المقررة قانونا ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر حصته . وواضح أن بيان الطريقة التي يرسمها القانون لقسمة العين المشاعة قسمة قضائية يدخل في فقه قانون المرافعات (انظر المواد ٥٩ - ٦٥ من قانون الاجراء بالنسبة للقسمة القضائية في المنقول ، والمواد ٩٣ وما بعدها بالنسبة لبيع العقار بالمزاد) .

٨١ - وتقضى المادة (١٠٧٤) بأنه « إذا كان المشاع اعيانا متعددة وكانت متحدة الجنس يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع » وتشير هذه المادة الى ما يذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية من تقسيم القسمة الى قسمة جمع وقسمة تفريق ، وهم يريدون بقسمة الجمع جمع الحصص الشائعة في اعيان متعددة مشتركة في قسم منها وقد اشترط المشرع العراقي لقسمة الجمع أن تكون الاعيان منقولة ومتحدة الجنس فإذا فرضنا أن ثلاثة أشخاص شركاء في قطع من الغنم قدره (١٢٠) رأسا اقتسموه لكل منهم اربعون رأسا فإن هذه القسمة هي قسمة الجمع . وقسمة الجمع عند فقهاء الشريعة تقع في الاعيان المشتركة سواء أكانت متحدة أو مختلفة الجنس^(١) .

ثانيا : طبيعة القسمة وآثارها

٨٢ - تقضى المادة (١٠٧٥) بأنه « ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المقررة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص » (تقابل المادة ٨٤٣ من القانون المدني

(١) انظر شرح المجلة للاستاذ العميد منير القاضي ح ٣ ص ٥١ وما بعدها .

المصري ، م ٧٩٧ سوري ٨٨٣ فرنسي) ويفهم من هذه المادة أن المشرع العراقي ينظر الى القسمة باعتبارها افرازا ومبادلة ، أي أن القسمة عند المشرع العراقي كاشفة للحقوق ومنشئة لها في وقت واحد وان كانت الصفة الكاشفة لها ترجح على الصفة المنشئة . هذا ويلاحظ ان التقنين المدني المصري المختلط كان يقضي في المادة (٥٥٥) منه بأن « قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . أي أن هذا التقنين كان يعتبر القسمة ناقلة للحقوق لا كاشفة أو مظهرة لها . ويقرر استاذنا (كامل مرسى)^(١) ان القانون الروماني يعتبر القسمة ناقلة للحقوق وكذلك الشريعة الاسلامية ويستند فيما يذهب اليه الى امادة (١١١٦) من المجلة التي تقرر أن القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة . مثلا اذا كانت كل كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة فيكون لكل منهما النصف في كل حبة منها فاذا قسمت جميعها الى قسمين من قبيل قسمة الجمع واعطى احد اقسامها الى واحد والثاني الى آخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الاخر شريكه بنصف حصته كذلك اذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف حصة في كل جزء منها فاذا قسمت قسمين قسمة تفريق واعطى كل واحد منهما قسمه يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته . وقد سايره في هذا الرأي بعض الشراح المصريين^(٢) ونحن نخالف استاذنا فيما ذهب اليه ونقرر بان فقهاء الشريعة الاسلامية نظروا الى طبيعة القسمة نظرة عميقة صادقة ، فقرروا بحق انها مزدوجة بين كاشفة ومنشئة ثم عادوا بعد هذا فقرروا ، تحت تأثير الحاجات العملية ، بأن الصفة الكاشفة للقسمة ترجح في المثليات ، وان الصفة المنشئة لها ترجح في القيميات . وسنرى أن التشريعات الاجنبية التي تعتبر القسمة كاشفة للحق فقط لم تستطع السير في هذه النظرة الى مداها البعيد . ولهذا فاتنى أرى أن المشرع العراقي اذ

(١) كامل مرسى - ج ٢ ف ١٢٥ .

(٢) عرفة ف ٣١٨ .

يقضى بأن القسمة افراز ومبادلة اصدق نظرا واقرب الى المنطق من التشريعات
الاخري التي تأخذ بالصفة الكاشفة للقسمة .

٨٣ - وتقضى المادة (١٠٧٦) بأنه « ويضمن المتقاسمون بعضهم لبعض
ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة .
ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون
العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا
وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين »
(المادة ٨٤٤ مصرى ، ٧٩٨ سورى ٨٨٤ و ٨٨٥ فرنسى) .

يقرر هذا النص أن المتقاسمين يضمن بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو
استحقاق لنصيب مفرز لاحد الشركاء لسبب سابق على القسمة . وأساس الضمان
هنا هو تحقيق المساواة التي حرص المشرع عليها في القسمة بشكل خاص .
ولا فرق في الضمان بين أن يكون المشاع منقولا أو عقارا . وهذا ويجب أن
يلاحظ أنه اذا استحققت حصة أحد الشركاء المتقاسمين كلها أو بعضها فان
القسمة لا تبطل وانما تبقى صحيحة ويقتصر حق هذا الشريك على الرجوع على
بقية الشركاء بالضمان . والضمان يقدر بقيمة ما استحق والعبرة في التقدير قيمة
الحصة وقت اجراء القسمة لا وقت الاستحقاق . فإذا رجع الشريك بالضمان على
باقي الشركاء فانه يتحمل معهم ما يصيبه من قيمة التعويض فإذا فرضنا أن ثلاثة
اشخاص شركاء في عين وان انصبتهم متساوية ثم قسمت هذه العين بينهم ، وبعد
هذا استحققت حصة احد المتقاسمين لسبب سابق على القسمة واراد هذا المتقاسم
الرجوع على المتقاسمين الآخرين وقدرت قيمة حصته وقت القسمة بثلاثمائة دينار
فانه يرجع على كل منهما بمائة دينار ويتحمل هو مثل هذا المبلغ . وهكذا يكون
كل من المتقاسمين قد أخذ ما يساوى مائتى دينار . فإذا كان احد الشركاء معسرا
وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان على الشريك الآخر أى أن كلا
من الشريكين الآخرين يتحمل من اعسار شريكهم الثالث خمسين دينارا فيرجع
من استحققت حصته على شريكه الملقى بمائة وخمسين دينارا .

هذا ما تقضى به المادة السالفة . ويلاحظ أن ضمان المتقاسمين بعضهم

لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لبعض الحصص لا ينسجم في نظري مع القول بأن القسمة كاشفة للحق فقط ، إذ لو كانت كذلك لما كان هناك معنى لضمان الاستحقاق لان المتقاسم الذي استحققت حصته يعتبر انه لم يكن في أى يوم من الايام مالكا لاي جزء من الحصص الاخرى وان ملكيته كانت على الدوام قاصرة على ما اصابه نتيجة للقسمة وبالاستحقاق تبين أن هذه الملكية التي كانت له صورية ظاهرة لا حقيقية . فضمنان الاستحقاق لا يمكن تفسيره تفسيراً سليماً الا اذا قررنا بان القسمة عملية قانونية مزدوجة الصفة فهي ناقلة للحق من وجه وكاشفة له من وجه آخر .

٨٤ - وتقضى المادة (١٠٧٧) بأنه « ١ - يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه غبن فاحش . ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة . وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته . ٢ - ويعتبر الغبن فاحشاً حتى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار » (المادة ٨٤٥ مصرى ، ٧٩٩ سورى ، ٨٨٧ فرنسى) .

تعرض هذه المادة لاثـر الغبن الفاحش على القسمة وبيان هذا : يشترط فقهاء الشريعة الاسلامية في القسمة أن تكون عادلة ، وهذا ما كانت تقضى به المادة (١١٢٧) من المجلة الملقاة .

هذا ولنا على دعوى نقض القسمة بسبب الغبن الفاحش ملاحظات ثلاث : الاولى : انها دعوى تكملة ثمن أو ازالة غبن أصلاً ، دعوى فسخ احتياطاً ، ولهذا أقر المشرع بأن كل متقاسم يستطيع وقف سير الدعوى ومنع القسمة المجددة اذا هو أكمل للمدعى عيناً أو نقداً ما نقص من حصته ، فاذا لم يفعل فسخت القسمة أو نقضت كما يقول المشرع العراقي .

الثانية : ان للغبن الفاحش في هذه الدعوى معياراً خاصاً به . اذ يلاحظ أن المشرع أخذ في تحديد الغبن الفاحش في دعوى القسمة بمعيار مادي حسابي منضبط ، وجعله $\frac{1}{4}$ في الدراهم ، و $\frac{1}{2}$ في العروض و $\frac{1}{3}$ في الحيوانات

والخمس فى العقارات • وهذا التقسيم مقتبس من المذهب المالكى • هذا وأحب أن الفت النظر هنا الى ان الغبن الفاحش وحده من غير حاجة الى اقترانه بالتفريير يكفى لطلب نقض القسمة •

الثالثة : ان المشرع قرر سقوط هذه الدعوى بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة • وفى هذا خالف المشرع المصرى (والسورى) اذ ان المدة المقررة لسقوط الدعوى فيهما سنة كاملة ، وعندى أن موقف المشرع العراقى يفضل موقف القانونين المذكورين لان المصلحة تقضى بأن لا يبقى مصير القسمة معلقا فترة طويلة والاشهر الستة التى يحددها المشرع العراقى مدة كافية جدا لرفع الدعوى •

ثالثا : قسمة المهايأة (المنافع)

٨٥ - تقضى المادة (١٠٨٧) بأنه « ١ - يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين ، فاذا لم تشترط لها مدة حسب مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك شركاه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب فى التجديد •

٢ - ويصح ان تكون المهايأة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » (المادتان ٨٤٦ و ٨٤٧ مصرى ، ٨٠٠ - ٨٠١ سورى) •

تعرض هذه المادة لقسمة المهايأة وهى عبارة عن قسمة المنافع (م ١١٧٤ مجلة) وهى لا تجرى فى الاشياء المثلية وذلك لان الاشياء المثلية قابلة للقسمة على كل حال فلا حاجة الى المهايأة فيها ولانها قد تكون من الاشياء التى تهلك بالانتفاع فيها فلا ترد عليها المهايأة • ومعنى هذا ان قسمة المهايأة تنحصر فى الاشياء القيمة سواء أكانت متحدة الجنس أو مختلفة كدار أو ارض أو فرس أو سيارة •

وقد اختلف فقهاء الشريعة فى تكييف المهايأة فذهب بعضهم الى انها قسمة

المنافع بين الشركاء وهو الرأى الراجح عندهم ، وذهب آخرون الى انها اجارة للمنافع وهذا الرأى غير سديد وفقا لاحكام الفقه الاسلامى وذلك لانهم لايجوزون مبادلة المنفعة بمثلها ، وذهب فريق ثالث الى انها اعارة فكأن الشركاء قد اعار بعضهم نصيب بعض للانتفاع به . وهو قول ضعيف لوجهين : الاول ان الاعارة تكون بلا عوض وهنا لم يسمح أحد الشركاء للآخر بالانتفاع بالعين المشتركة أو بجزء منها الا على أن يتنفع هو أيضا بهذه العين أو بجزء منها فكان معنى والتعاوض محققا . والثانى ان الاعارة يجوز الرجوع عنها فى أى وقت شاء المعير مع أن المهايأة لا يصح الرجوع عنها بعد تمامها^(١) .

هذا ما يقرره فقهاء الشريعة الاسلامية ، ونحن نرى أن المهايأة ليست فى الحقيقة سوى عقد اجارة ذلك ان القانون المدنى العراقى لا يشترط فى الاجرة أن تكون مبلغا من النقود اذ يجوز أن تكون منفعة أخرى أو أى مال آخر (م ٧٣٦) . ولهذا السبب قرر المشرع فى المادة (١٠٧٩) اخضاع المهايأة لاحكام عقد الاجارة . والمهايأة نوعان : مكانية وزمانية ، وفى المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته الشائعة كما لو تهايا اثنان فى أرض مشتركة بينهما على أن يزرع أحدهما نصفها والثانى نصفها الآخر أو تهايا اثنان فى دار مشتركة بينهما على أن يسكن أحدهما فى جانب والثانى فى الجانب الآخر أو على أن يسكن أحدهما فى الطابق الاعلى والثانى فى الطابق الاسفل .

وفى المهايأة الزمانية يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بالعين المشتركة جميعا كل منهم مدة تتناسب مع مقدار حصته فيها فاذا تساوت الحصص تساوت مدد الانتفاع .

هذا ويلاحظ أن المشرع يحدد المدة القصوى التى يجوز للشركاء الاتفاق على قسمة المهايأة المكانية خلالها بخمس سنين فاذا زادت المدة عنها فان القسمة لا تبطل وانما تبقى صحيحة فى حدود السنوات الخمس كما هى الحالة فى

(١) الاستاذ منير القاضى ٧٥ .

الاتفاق على البقاء فى الشىوع (م ١٠٧٠) • واذا اتفق الشركاء على قسمة العين الشائعة مهائة مكانية من غير تحديد للمدة حسب مدتها سنة واحدة تتجدد سنة اخرى اذا لم يعلن الشريك شركاءه الاخرين قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل انه لا يرغب فى تجديد القسمة •

وبلاحظ ثانيا أن المشرع المصرى يقضى فى الفقرة الثانية من المادة (٨٤٦) بأنه اذا دامت قسمة المهائة المكانية خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذه الفقرة ما يلى « وتنقلب المهائة المكانية الى قسمة نهائية دون أثر رجعى اذا دامت خمس عشرة سنة ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك • وهذا تجديد خطير فى المشرع ولكنه تجديد له ما يبرره فان المهائة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب احد فى انائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها ، وقد وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها فان كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم الا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهائة لا تنقلب الى قسمة نهائية » • هذا ويجب أن لا يغيب عن الازهان ان هذا الحكم الذى يقضى به المشرع المصرى يستند الى نية الشركاء المفترضة ويقوم من هذه النية عقد قسمة نهائية لا يقبل إقامة الدليل على ما ينفيه ولهذا فانه لا محل لتطبيق الفقرة المتقدمة الا اذا كان فى استطاعة الشركاء جميعا الاتفاق على قسمة العين المشتركة أى أنه يشترط لتطبيقها أن يكون الشركاء جميعا كاملى أهلية • كما ينبغى أن لا يغيب عن الازهان أنه لا محل لتطبيق هذا الحكم فى القانون المدنى العراقى فهو حكم استثنائى لا يتفق مع أحكام القواعد العامة •

٨٦ - وتقضى المادة (١٠٧٩) بأنه « تخضع المهائة من حيث أهلية المتهايين وحقوقهم والتزاماتهم لاحكام عقد الايجار ما دامت هذه الاحكام لا تتعارض وطبيعة المهائة » وقد مرت الاشارة الى هذه المادة • ويترتب على هذا أنه لا يجوز للوصى أو القيم أن يبرم قسمة مهائة زمانية تزيد مدتها على ثلاث سنين وذلك لان كلا منهما لا يملك الا القيام باعمال الادارة ، من غير اذن

المحكمة ، وقد قرر المشرع أنه لكي تعتبر الاجارة عملا من اعمال الادارة ينبغي الاتزيد عن ثلاث سنين وحكم قسمة المهايأة في هذا كحكم الاجارة ، ويترتب على هذا أيضا أنه يجوز لكل شريك أقتسم مع شركائه قسمة مهايأة أن يؤجر العين أو الجزء الذي استقل بالانتفاع به الى الغير وله كذلك أن يتنازل عن حقه هذا بعوض أو بغير عوض تطبيقا لاحكام عقد الايجار (م ٧٧٥) .

٨٧ - وتقضى المادة (١٠٨٠) بأنه « اذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع فللشريك الذي يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لاجرائها » (م ٨٤٩ مصرى ، ٨٠٣ سورى) . يعرض هذا النص لقسمة المهايأة القضائية فيقرر بأنه اذا اختلف الشركاء فى استعمال العين المشتركة ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع فيها فللشريك الذي يطلب المهايأة أن يتقدم بطلبه الى محكمة الصلح لتصدر حكمها بالقسمة . ويلاحظ على النص المتقدم أنه قاصر على حالة ما اذا كانت العين المشتركة (منقولا) وفي هذا يختلف نص المشرع العراقى عن النص المقابل له فى المجلة فقد جاء نص المادة (١١٨١) من المجلة عاما يبيح قسمة المهايأة القضائية فى المنقول وفى العقار على السواء ، ولعل الحكمة التى حدت بالمشرع العراقى الى حصر المهايأة القضائية فى المنقول وحده هى رغبته فى حصر المهايأة فى اضيق نطاق ممكن فقد لاحظ ان بعض المنقولات المشتركة قد تكون ذات قيمة أدبية أو معنوية بحيث يحجم الشركاء عن قسمتها قسمة نهائية ثم هم بعد هذا لا يستطيعون الاتفاق على طريقة الانتفاع بها ولهذا جعل لهم المشرع سبيلا الى الخروج من هذا المأزق وذلك عن طريق المهايأة القضائية الجبرية .

٨٨ - وتقضى المادة (١٠٨٢) بأنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا ازالة شيوعه اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يكون دائما على الشيوع » (المادة ٨٥٠ مصرى ، ٨٠٥ سورى) . قلنا ان القاعدة العامة فى الملكية الشائعة أنه لا يجبر انسان على البقاء فى الشيوع فلكل شريك أن يطالب بأزالة الشيوع عن طريق القسمة التى سبق بيانها ، وهذا هو الشيوع العادى .

فهناك الى جانب هذا النوع من الشيوع الاجبارى وهو شيوع دائم لا يجوز طلب القسمة فيه ، ، ويررر الشيوع الدائم أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المال دائما فى الشيوع . والشيوع الاجبارى لا يؤثر فى استغلال المال الشائع استغلالا حسنا ، بل ان قسمة هذا المال الشائع تتنافى مع حسن الانتفاع به وقد تعطل هذا الانتفاع . وقد أورد المشرع العراقى أمثلة ثلاثة للشيوع الاجبارى هى ملكية العلو والسفل (ملكية الطبقات) والحائط المشترك والطريق الخاص المشترك . ومن امثلة الشيوع الجبرى مقابر الاسرة وأوراقها ووثائقها ، ومنها المواشى والممرات والاحواش والآبار والمراحيض المخصصة لخدمة عدة مصانع ، ومنها القنطرة الشائعة بين عدة ملاك متجاورين يعبرون منها الى الطريق العام .

ونكتفى بما تقدم فى الشيوع الاجبارى ^(١) ، وبه ينتهى المبحث الاول وننتقل بعده الى المبحث الثانى من انواع خاصة من الملكية فتكلم فيه عن ملكية العلو والسفل .

(١) انظر تفصيلات عن الشيوع الاجبارى فى : كامل مرسى ، الدكتور عرفة ، بلانيول وريير ح ٣ ف ٢٩٣ وما بعدها كولان وكابيتان ح ١ ف ٧٥٤ وما بعدها ، بودرى ح ٣ ف ٢٧٢ وما بعدها .

المبحث الثاني

العلو والسفل

ملكية الطبقات

- ٨٩ - نظم المشرع العراقي أحكام ملكية الطبقات في المواد (١٠٨٢ - ١٠٨٦) منه . وقد اقتبس احكامها عن الفقه الاسلامي (المواد ٦٤ - ٦٨ مرشد الحيران ١١٩٢ - ١١٩٣ مجلة) .
- هذا ويلاحظ أن القانون المدني الالمانى يمنع تقسيم المنازل الى طبقات مختلفة مملوكة لملاك متعددين ، وان القانون المدني الفرنسى لم ينظم ملكية الطبقات تنظيما كاملا الى أن صدر قانون ٢٨ حزيران ١٩٣٨ الذى تولى هذا التنظيم وقد عدلت بعض أحكام هذا القانون عام ١٩٤٣ .
- ٩٠ - تقضى المادة (١٠٨٢) بأنه « اذا كان لاحد علو ولا آخر سفل فلصاحب العلو حق القرار فى السفل والسقف ملك لصاحب السفل . ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعا معتادا ولصاحب السفل حق فى العلو يستره من الشمس ويقيه من المطر » (منقولة حرفيا عن المادة ٦٤ مرشد الحيران) يقرر فقهاء الشريعة الاسلامية بأن حق التعلو هو أن يكون لانسان حق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره ويتحقق ذلك فى دار لها سفل وعلو فيبيع مالهما علوها لآخر أو يبيع أرضها وسفلها لشخص آخر فيكون السفل للمالك والعلو للمالك الآخر . ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفل دون أن يملك سقفه فالسقف للمالك السفل فى جميع الاحوال اذ انه جزء من سفله ومتم له ولا يعد سفله مسكنا الا به . وكذلك يتحقق هذا النوع من الملكية فى دار مكونة من ثلاث

طبقات مثلا يبيعها مالکها لثلاثة اشخاص لكل شخص طبقة من طبقاتها فيكون للاعلى حق التعلی والقرار على من يليه ، ولمن يليه حق التعلی والقرار على من يليه وهكذا الى الارض . ويكون سقف كل طبقة مملوكا لمالكها ولصاحب العلو عليه حق الانتفاع المعتاد . وحق التعلی نوع من حق القرار كما هو ضرب من الجوار فان حق القرار كما يثبت بأجارة ارض لينى عليها على أن يكون للباني حق القرار والبقاء ما دام يدفع اجرها ، يثبت كذلك بما قدمنا من بيع علو لا آخر فيكون للبناء المستعلی حق القرار على السفلى . واذن فحق القرار اما أن يكون حق قرار وبقاء على أرض وهو المعروف بالحكر ، واما أن يكون حق قرار وبقاء على بناء وهو حق التعلی ^(١) أو ملكية الطبقات .

٩١ - هذا ويلاحظ ان ملكية الطبقات (العلو والسفل) تشتمل على نوعين من الملكية ، فهى تشتمل على ملكية مفرزة هى ملكية الطبقات التى يشتمل عليها المنزل والتى يملكها مفرزة ملاك متعددون ، وهى تشتمل على ملكية شائعة شيوخا اجباريا هى اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . وقد مثلت المادة (١٠٨٣) لهذه الاجزاء المشتركة بالباب فقضت بأنه « اذا كان باب السفلى والعلو واحدا فلكل من صاحبيهما استعماله مشترك كما فلا يسوغ لاحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا وخروجا » (٦٥ مرشد الحيران) وكذلك فعل المشرع المصرى ، فقد مثل لهذه الاجزاء المشتركة فى المادة (٨٥٦) منه (تقابل المادة ٨١١ سورى) وكلتا المادتين تقضى بأنه « ١ - اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكية اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الاساسات والجدران الرئيسية والمداخل والافنية والاسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الارضيات وكل انواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه . ٢ - وهذه الاجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى

(١) الاستناذ الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية ص ٦٥ .

الدار • وليس للمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذي يملكه •
٣ - والحواجر الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين » •

هذا وينبغي أن لا يغرب عن الاذهان ان هذه الاجزاء المشتركة التي وردت في التشريعين المصري والسوري انما وردت على سبيل التمثيل لا الحصر وان المرجع الاساسي في تحديد هذه الاجزاء هو السند المنشئ للملكية الطبقات فاذا لم يتضمن هذا السند تحديدا واضحا فان الاشياء « المعدة للاستعمال المشترك للجميع » تعتبر من الاجزاء المشتركة • وتحديد هذه الاجزاء مسألة موضوعية تترك للقاضي يبينها في كل قضية مستهديا في قضائه بفطنته وبرأى أهل الخبرة وبوقائع الدعوى المعروضة عليه •

٩٢ - وتقرر المادة (١٠٨٤) بأنه « اذا هدم صاحب السفلى سفله تعديا وجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك » • ولشرح هذه المادة نقول :
ان ملكية العلو والسفل لا تشتمل على ملكية مفرزة وملكية شائعة فحسب وانما هي تشتمل فوق هذا على قيود قانونية (أو حقوق ارتفاق) ترد على حق الملكية في السفلى وفي العلو •

فيلتزم صاحب الطابق الاسفل : بتجديد البناء في حالة سقوطه أولا :
وباتخاذ ما يلزم لمنع سقوط العلو ثانيا •

٩٣ - أولا : التزام صاحب الطابق الاسفل بتجديد البناء : يفرق المشرع العراقي في حالة انهدام الطابق الاسفل بين فرضين أولهما اذا كان انهدام السفلى بفعل المالك أو تعديه كما يقرر النص العراقي ، وثانيهما اذا كان الانهدام بقوة قاهرة أو حادث فجائي •

وعرض النص السالف للفرض الاول فهو يقرر أنه اذا هدم صاحب السفلى سفله تعديا فانه يلزم بتجديد بنائه ويجبر على ذلك • ويلاحظ ان في هذا الالتزام خروجاً واضحاً على القواعد العامة التي تقضي بأن المالك حر في التصرف في ملكه كما يشاء • الا ان هذه الحرية تتنافى مع نظام ملكية الطبقات ولهذا

قيدها المشرع بالقييد الخطير المتقدم • ولما كان القيد السالف قيدها استثنائيا لهذا وجب عدم التوسع فيه ، ويترتب على هذا ان مالك السفلى يعتبر موفيا بالتزامه اذا هو جعل البناء الجديد صالحا لحمل الطبقة العليا التي كانت فوقه قبل هدم السفلى فلا يجوز لمالك الطبقة العليا أن يلزم مالك الطبقة السفلى بتجديدها بحيث تقوى على حمل ثلاث طبقات أو أكثر •

٩٣ - ثم تقرر المادة (١٠٨٥) بأنه « ١ - اذا انهدم السفلى أو احتاج الى ترميم فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه • فان امتنع وعمره صاحب العلو بأذنه أو بأذن المحكمة فله الرجوع عليه بما انفق على العمارة بالقدر المعروف • وان عمره بلا أذنه فليس له الرجوع الا بالاقل من قيمته البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع • ٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يوفيه حقه وله أن يؤجره بأذن من المحكمة ويستخلص حقه من أجرته » •

وتعرض هذه المادة للفرض الثاني الذى يكون فيه انهدام السفلى بسبب اجنبى فهى تلزم المالك كذلك باعادة بنائه ، فاذا امتنع عن تنفيذ التزامه هذا جاز لصاحب العلو أن يستأذنه من المحكمة فى البناء وفى هذه الحالة يرجع على مالك السفلى بما انفق على البناء بالقدر المعروف ، كما يجوز له أن يقوم باعادة البناء من غير اذن من مالك السفلى أو من المحكمة وفى هذه الحالة يرجع على مالك السفلى بالاقل من قيمة البناء وقت العمارة أو قيمته وقت الرجوع •

ويتساءل الفقهاء عما اذا كان يجوز الحكم على مالك الطبقة السفلى ، فى حالة هدمها أو انهدامها ، بالتعويض اذا هو امتنع عن اعادة بنائها ؟ والراجع عندهم أنه لا يجوز أن يقضى على صاحب السفلى بالتعويضات عند امتناعه عن البناء ، يؤيد هذا رأى أن المشرع حرص على أن يحدد فى المادتين (١٠٨٤ و ١٠٨٥) الجزاءات المختلفة التى تنشأ عن امتناع مالك السفلى عن اعادة بنائه وليس من بينها جواز الحكم عليه بالتعويض ، وحيث ان هاتين المادتين تضمنتا كما قلنا حكما استثنائيا لهذا وجب عدم التوسع فى تفسيرهما تطبيقا لاحكام القواعد

هذا ويلاحظ أن المشرع العراقي قرر في الفقرة الثالثة من المادة (١٠٨٥) أنه يجوز لمالك العلو أن يمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يستوفى حقه ، وانه يجوز لمالك الطبقة العليا أن يؤجر ، بأذن المحكمة ، الطبقة السفلى التي اعاد بناءها لامتناع مالكيها عن ذلك وان يستوفى حقه من اجرتها ، وهذا حكم عملي هام أخذ المشرع العراقي من الشريعة الاسلامية (م ٦٧ مرشد الحيران) • وتتساءل بعد هذا عما اذا كان هذا الحكم ينطبق على حالة ما اذا هدم مالك السفلى سفله بفعله ثم امتنع عن إعادة بنائه فأعاده مالك العلو • هل يجوز في هذه الحالة أن يمنع مالك العلو مالك السفلى من الانتفاع بهذا البناء الجديد حتى يأخذ الاول حقه عن طريق تأجيده للغير بأذن من المحكمة ؟ ان ظاهر نص المشرع العراقي يدعو الى القول بأن هذا الحكم (أى تأجير البناء الذى أقامه صاحب العلو) لا ينطبق الا على حالة ما اذا كان السفلى قد انهدم بسبب اجنبى لان النص قاصر عليه • ولكننى مع هذا اذهب الى وجوب تطبيقه على حالة ما اذا كان السفلى قد انهدم بفعل مالكة بل أن تطبيقه في هذه الحالة يعتبر من باب قياس الاولوية •

٩٤ - ثانيا : التزامه بالترميم : قلنا ان لمالك العلو حق القرار في السفلى وقد ترتب على هذا الحق التزام مالك الطبقة السفلى بترميمها ومنع سقوطها حفظا لحق صاحب الطبقة العليا • فاذا خر السقف السفلى وترتب على هذا انهيار ارضية العلو الزم صاحب السفلى بترميم السقف واعادة بنائه ، وكذلك يلزم صاحب السفلى بترميم جداره الذى ناء من القدم وعدم الترميم بحمل العلو ، فاذا امتنع عن تنفيذ التزامه هذا اجبر على تنفيذه أى أنه يجوز لمالك الطبقة العليا أن يستأذن المحكمة باجراء هذه الترميمات على حساب مالك الطبقة السفلى •

(١) كامل مرسى ف ١٧٢ - عرفة ف ٣٤٦ - حامد زكى - بحث في مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٤٢٩ •

٩٥ - وتقضى المادة (١٠٨٦) بأنه « لا يجوز لذي العلو أن يبنى في علوه بناء جديدا ولا أن يزيد في ارتفاعه بغير اذن صاحب السفلى الا اذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير اذن ٢٠ - ولا يجوز لذي السفلى أن يحدث فيه ما يضر بالعلو . واذا انهدم السفلى واعاده صاحبه جاز له أن يزيد في ارتفاعه بما لا يضر صاحب العلو مع مراعاة القوانين الخاصة بالبناء » (تقابل المادة ٨٦١ مصرى ، ٨١٦ سورى ، ٦٨ مرشد الحيران) .

قلنا ان ملكية الطبقات لا تشتمل على ملكية مفرزة و ملكية شائعة فحسب ، وانما هي تشتمل أيضا على حقوق ارتفاع ترد على حق الملكية فى السفلى وفى العلو . وآية هذا القيد الذى يرد على ملكية العلو أنه لا يجوز لمالكه أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل أو أن يبنى فى علوه بناء جديدا مضرا بالسفل بحيث يزيد فى العب الواقع عليه . ولما كان هذا الخطر لا يتصل بفكرة النظام العام وانما هو حق مقرر لمصلحة مالك السفلى فقد اجاز القانون الاتفاق على ما يخالفه فاذا اذن مالك السفلى لمالك العلو بأقامة بناء جديد أو زيادة ارتفاع بنائه القائم اسبق اذنه هذا على عمل مالك العلو صفة الجواز القانوني ولهذا فإنه لا يجوز لمالك الطبقة السفلى أن يتظلم بعد هذا مما قد يلحقه البناء الجديد أو زيادة الارتفاع فى البناء من ضرر بسفله . وتقرر الفقرة الثانية من المادة السالفة أنه لا يجوز لمالك السفلى أن يحدث فيه ما يضر بالعلو ، وأنه اذا انهدم السفلى واعاده صاحبه فإنه يجوز له أن يزيد فى ارتفاع بنائه الجديد بما لا يضر صاحب العلو مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة بالبناء ، وتقدير ما اذا كانت زيادة الارتفاع تضر بصاحب السفلى أو لا تضره مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع فى كل قضية على حدة مستهديا فى ذلك برأى أهل الخبرة وبظرف المكان والزمان .

٩٦ - تلك هى النصوص التى خصصها المشرع العراقى لملكية الطبقات ، وعندى انها نصوص ناقصة اذ كان يجدر بالمشرع العراقى الذى نص على أنه اذا كان باب السفلى والعلو مشتركاً فلكل من صاحبهما استعماله وأنه لا يجوز

لاحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا أو خروجاً (م ١٠٨٣) أقول
 كان يجدر بالمشرع العراقي الذي ينص على مثل هذه الاحكام البديهة
 ان لا يغفل عن بعض الاحكام الهامة التي تثير في العمل كثيرا من
 المشاكل ومنها مصاريف حفظ الاجزاء المشتركة • فقد قلنا ان الاجزاء
 المعدة لانتفاع الملاك جميعا تعتبر اجزاء مشتركة بينهم جميعا ،
 فالاساسات والمداخل ، والجدران الرئيسية والمصاعد والممرات والاسطح
 والانابيب الخارجية مثلا اجزاء مشتركة بين ملاك الطبقات فاذا احتاجت هذه
 الاجزاء الى تعمیر فعلي من تقع المصاريف وما هو الضابط أو المعيار في تقدير
 نسبة هذه المصاريف ؟ • ان التشريع العراقي كما تقدم صامت لا نستطيع أن
 نستشف من ثنايا نصوصه ما يرشدنا الى جواب لهذه المسألة • وهذا على خلاف
 التشريع المصري فقد قضى في المادة (٨٥٨) منه بأنه « ١ - على كل مالك أن
 يشترك في تكاليف حفظ الاجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ويكون
 نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ما لم يوجد اتفاق
 على غير ذلك » • ومعنى هذا النص أن المشرع المصري يتخذ من قيمة الطبقة
 اساسا لتحديد نصيب كل مالك من نفقة الاجزاء المشتركة فاذا فرضنا أن دارا
 مكونة من أربعة طوابق يملكها أربعة من المالكين لكل طابق مالك وفرضنا أن
 قيمة الطوابق الاربعة متساوية واحتاج المصعد الكهربائي أو الدرج الى اصلاح
 فان نفقة ذلك تقع عليهم بالتساوي • فهل يمكن الاخذ بهذا الحكم في فقه القانون
 المدني العراقي ؟ ان المادة الاولى من هذا القانون تحتم أولا تطبيق النصوص
 التشريعية الواردة فيه وعند عدم وجودها يرجع الى العرف ثم الى مبادئ
 الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون • ولا يوجد عرف يمكن
 الاعتماد عليه في تحديد مدى مساهمة كل من الملاك في نفقات صيانة واصلاح
 الاجزاء المشتركة لندرة هذا النوع من أنواع الملكية في العراق ، واذن فلا
 مناص لنا من الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية أو الى قواعد العدالة ان لم
 نجد في الشريعة الاسلامية حكما • ومن القواعد المقررة في الفقه الاسلامي
 أن (الغرم بالغنم) واستنادا الى هذه القاعدة جعل فقهاء الشريعة مصاريف

اصلاح الطريق الخاص المشترك على الملاك جميعا بنسبة انتفاعهم منه ، وقياسا على هذه الحالة نقول أن مصاريف تعمير الاجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات تقع على ملاك الطبقات لا بنسبة قيمة ما يملكه كل منهم الى الدار كلها وانما بنسبة انتفاعهم بهذه الاجزاء . ومعنى هذا اننا نرى انه يجب تطبيق الحكم الذى كانت تقضى به المادة (٥٧/٣٦) من التقنين المدنى المصرى القديم والتي تقرر أنه « على مالك الطبقة السفلى اجراء ما يلزم لصيانة السقف والاشباب الحاملة له ، اذ انها تعتبر ملكا له ، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط والواح ، وعليه أيضا اجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » . فاذا فرضنا أن الدار مكوّنة من طابقين فان صاحب الطابق الاعلى يكون عليه صيانة جميع السلم ابتداء من الطابق الارضى لانه هو الذى ينتفع به . ولكن لو فرضنا أن الدار مكوّنة من ثلاث طبقات فان مالك الطبقة الثالثة يلزم بصيانة السلم ابتداء من الطبقة الثانية فهو وحده الذى ينتفع بهذا الجزء من السلم ، ويشترك مع مالك الطبقة الثانية فى صيانة الجزء الخاص به الذى يصل من الطبقة الارضية لطبقته ، لان مالك الطبقة الثالثة ينتفع أيضا بهذا الجزء للوصول الى الجزء الخاص به (١) .

وهذا الحكم فضلا عن أنه يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى فانه حكم عادل تمليه قواعد المنطق السليم .

المبحث الثالث

الحائط المشترك

٩٧ - الحائط المشترك هو الحائط الذي يفصل بين عقارين ،والذى انشأه الجاران بمصروفات مشتركة . وقد افرد المشرع العراقي للحائط المشترك ست مواد هي المواد (١٠٨٧ - ١٠٩٢) ونحن نلخص هنا أحكام هذه المواد .

٩٨ - تقضى المادة (١٠٨٧) بأنه « ١ - لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع أخشاباً أو غيرها بقدر ما لشريكه بشرط الا يجاوز كل منهما ما يتحملة الحائط . وليس لاحد منهما أن يزيد فى ذلك بدون اذن الآخر .

٢ - واذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذى خصص له عادة فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة » (تقابل المادة ٨١٤ مصرى ، ٦٥٥ فرنسى ، ٧١ مرشد الحيران) . تعرض هذه المادة لطريقة ونطاق انتفاع الشركاء فى الحائط المشترك . والقاعدة فى هذا هى نفس القاعدة التى سبق الكلام عنها فى الملكية الشائعة وهى أن كل واحد من الشركاء يعتبر اجنبياً بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين ويترتب على هذا أنه لا يجوز له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً من غير اذن منهم وان له أن ينتفع بهذا الملك المشترك بسائر ضروب الانتفاع التى لا تضره ولا تعرقل انتفاع الشركاء الآخرين به .

وعلى هذا يجوز لكل من الجانبين أن يضع فوق الحائط عوارض لسند عليها سقف بنائه ، وله أن يحدث شقا فى الحائط ليمد فيه انابيب الماء أو مواسير المجارى وله أن يسند الى ظهر الحائط ما يشاء من اثاث وامتعة وكل هذا مشروط بأن لا يحمل الحائط فوق طاقته وان يراعى الغرض الذى خصص له .

وليس لاحد الجانبين أن يفتح فى الحائط المشترك نوافذ أو أن يحدث فيه
مطلات أو مناور ولا أن ينشئ عليه غرفة أو يبنى عليه بناء الا بأذن شريكه •
وذلك لان فتح المنافذ أو المطلات أو المناور يتنافى مع الغرض الذى خصص له
الحائط عادة لانه خصص لستر البنائين المتجاورين ، ولان أحداث غرفة أو بناء
عليه يحمله فوق طاقته ويؤدى الى الاضرار به •

وتقرر الفقرة الثانية من المادة السالفة أنه اذا احتاج الحائط المشترك الى
نفقات لترميمه أو اصلاحه أو تجديده فان كلا من الشريكين يتحمل هذه
النفقات مناصفة ، وأحب أن الفت النظر هنا الى أن المشرع المصرى يقضى فى المادة
(٨١٤) منه بأنه « اذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له
عادة فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » ومعنى
هذا أن النفقات توزع بين الشريكين على أساس حصتهم من الحائط المشترك
لا مناصفة كما يقرر المشرع العراقى ، فالجار الذى لا يشغل بناؤه غير ثلث سمك
الحائط لا يتحمل من نفقات ترميمه أو اصلاحه أو تجديده سوى الثلث وفقا
للقانون المدنى المصرى وهو يتحمل النصف وفقا للفقرة السالفة من القانون
المدنى العراقى ، وعندى أن حكم التقنين المصرى أكثر عدالة وأقرب الى المنطق
السليم من حكم التقنين العراقى الذى نظر الى الواقع العملى فوجد أن من النادر
جدا فى العراق اختلاف حصص الشركاء فى الحائط •

٩٩ - وتقرر المادة (١٠٨٨) بأنه « ١ - اذا وهى حائط مشترك وخيف
سقوطه وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر يجبر الآبى على الهدم •
٢ - واذا انهدم الحائط المشترك وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر يجبر
الآبى على البناء ويجوز لشريكه بأذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع
على الآبى بنصيبه من نفقات البناء » (تقابل المادة ٧٥٤ مرشد الحيران) وهذه
المادة واضحة لا تحتاج الى شرح ولكننى أتساءل هنا عن مدى التزام كل من
الشريكين بنفقات البناء المجدد فى حالة هدم الحائط وإعادة بنائه ؟ هل يلتزم
كل منهما مناصفة بها كما تقرر المادة (١٠٨٧) أم انهما يلتزمان بها على أساس
حصة كل منهما فى هذا الحائط المشترك ؟ الرأى عندى أن كلا من الطرفين

يتحمل مصاريف إعادة البناء مناصفة لان إعادة البناء ليست الا (تجديد)
للحائط المشترك وقد قررت الفقرة الثانية من المادة المذكورة بأن نفقات التجديد
تكون على الشريكين مناصفة .

١٠٠ - وتقرر المادة (١٠٨٩) بأنه « ١ - لا يجوز لاحد الشريكين في
الحائط المشترك أن يتصرف فيه بتعليق أو زيادة في البناء بلا اذن من الآخر .
٢ - ومع ذلك اذا كان لاحد الشريكين مصلحة جدية في تعليق الحائط المشترك
فله أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا ، وعليه وحده أن ينفق
على التعليق وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء
الناشئة عن التعليق دون أن يفقد شيئا من متانته فاذا لم يكن الحائط المشترك
صالحا لتحمل التعليق فعلى من يرغب من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على
نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ويظل الحائط
المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعليق
حق في التعويض » (المادة ٨١٥ مصرى) .

قلنا أنه لا يجوز للشريك في الحائط المشترك أن يستعمل هذا الحائط
استعمالا مضرا بالجار ولهذا فانه لا يجوز له أن يتصرف فيه بتعليق أو زيادة في
البناء من غير اذن شريكه . وهذا ما تقررته الفقرة الاولى من المادة السالفة
ثم تقرر الفقرة الثانية حكما استثنائيا اذ تعطى للجار الذى تكون له مصلحة
جدية الحق في تعليق الحائط اذا لم تلحق هذه التعليق ضررا بليغا بشريكه .
وتقدير المصلحة الجدية في جانب من يريد التعليق ، والضرر البليغ الذى يدعى
شريكه بأنه سيلحقه مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع . فاذا تبين له أن هناك
مصلحة جدية لمن يريد التعليق وان شريكه لا يضار بالتعليق أو أن الضرر الذى
سيلحقه بسيط اذا ما قيس بالفائدة التى تعود على شريكه من التعليق أذن بها على
شرط أن يتحمل طالب التعليق نفقاتها وصيانة الجزء المعلى واجراء ما يلزم لتمكين
الحائط من أن يتحمل زيادة العبء الناشئة عن التعليق دون أن يفقد الحائط شيئا
من متانته . فاذا تبين أن الجدار بحالته الراهنة لا يتحمل التعليق فعلى طالب التعليق
هدمه وإعادة بنائه وتكون نفقات الهدم والبناء عليه ، واذا احتاج الامر الى زيادة

سمك الحائط وجب أن تقع هذه الزيادة في جانب من يريد التعلية وليس له أن يجبر جاره على التخلي عن جزء من أرضه الا اذا لم يكن من المستطاع أن تقع هذه الزيادة في أرضه وعندئذ يجبر جاره على تحمل هذه الزيادة في أرضه بعد تعويضه تعويضا عادلا .

ويكون الحائط المجدد مشتركا بين الجارين في غير الجزء المعلى ولا يدفع الشريك تعويضا للشريك الذى قام بالتعلية عن الفرق في القيمة بين الحائط القديم والحائط الجديد . أما الجزء المعلى ، سواء كانت التعلية دون تجديد الحائط أو بعد تجديده فإنه يبقى مملوكا ملكية خالصة للشريك الذى قام بالتعلية .

١٠١ - وتقرر المادة (١٠٩٠) بأنه « للجار الذى لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى اذا هو دفع نصيبه مما انفق عليه وقيمة ما يخصه من الارض التى تقوم عليها زيادة السمك اذا كانت هناك زيادة » . تعطى هذه المادة للشريك الذى لم يقيم بالتعلية ولم يساهم في نفقاتها حق الاشتراك في الجزء المعلى من الحائط الذى قلنا أنه يبقى في الاصل مملوكا ملكية خالصة لمن قام بالتعلية . وعليه في هذه الحالة أن يدفع نصف نفقات التعلية وقيمة نصف الارض التى قامت عليها زيادة السمك اذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعلية . وحق الاشتراك في هذا الجزء المعلى لا يسقط بالتقدم للجاران يطلبه متى شاء حتى بعد مرور مدة تزيد على خمس عشرة سنة من تاريخ التعلية . ويلاحظ أن الاشتراك في ملكية الجزء المعلى يعتبر تصرفا واردا على ملكية عقارية ولهذا فإنه لا ينعقد الا بتسجيله في دائرة الطابو (١) .

١٠٢ - وتقتضى المادة (١٠٩١) بأن « الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك » (المادة ٨١٧ مصرى) .

تعرض هذه المادة للحائط الذى يقيم القانون قرينة بسيطة على الاشتراك فيه . فتقرر بأن الاصل في الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائين

(١) كولان وكابيتان ح ١ ص ٨٠٥ .

أن يعد مشتركاً حتى مفرق هذين البنائين ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك .
ويشترط حتى تقوم هذه القرينة القانونية شرطان .

أ - أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين فلا يكفي أن يكون فاصلاً بين
أرضين أو بين أرض وبناء أو بين حديقتين .

ب - وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه ، فإذا لم يوجد
وقت انشاء الحائط إلا بناء واحد ثم قام بعد ذلك ببناء آخر ملاصق استتر بالحائط ،
فأصبح هذا الحائط في وضعه الجديد فاصلاً بين بنائين ، فإن القرينة القانونية
لا تقوم ، ويعتبر الحائط جزءاً من البناء الأول ومملوكاً ملكية خالصة لصاحب
هذا البناء .

فإذا توافر الشرطان المتقدمان قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك
حتى مفرق البنائين أما الجزء الذي يعلو المفرق فملكيتُه خالصة لصاحب
البناء الأعلى (١) .

قلنا أن القرينة التي يقيمها القانون في المادة السالفة على الاشتراك في
الحائط قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ويترتب على هذا أنه إذا وجد بيد أحد
الجارين سند بملكية الحائط كوصية أو قسمة تتضمن صراحة أن الحائط مملوك
لاحدهما فقد انتفت القرينة المتقدمة ، وكذلك الحال فيما إذا استند أحد الطرفين
إلى استقلاله بملكية الحائط بالتقادم وذلك بأن أثبت استعماله أيّام مدة (١٥)
سنة لم يستعمله الجار الآخر خلالها ، مع ملاحظة أن المشرع العراقي يشترط
للتملك بالتقادم أن يكون العقار غير مسجل في دائرة الطابو .

١٠٣ - وتقضى المادة (١٠٩٢) بأنه « ١ - لا يجوز للجار أن يجبر جاره
على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو
من الأرض القائم عليها الحائط إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠) .
٢ - ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا
يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط » .

(١) المذكرة المصرية الإيضاحية .

ان الحالة التى تشير اليها هذه المادة هى حالة ما اذا كان الحائط مملوكا لاحد الجارين وحالة التجاور فى الارض . فاذا كانت لشخص فضاء فإنه لا يجوز لجاره أن يجبره على اقامة حائط أو سور أو غير ذلك على حدود ملكه ، وان كان له أن يطالب بوضع الحدود الفاصلة بين الملكين تطبيقا لاحكام المادة (١٠٦٠) التى سبق الكلام عنها .

والحالة الثانية التى تشير اليها المادة وهى حالة ما اذا كان الحائط مملوكا لاحد الجارين فقط فالتا نقول انه اذا لم يكن الحائط مشتركا بل كانت ملكيته خالصة لاحد الجارين فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك فيه ولو بدفع تعويض ، ولكن له أن يستتر بالحائط فلا يجوز لمالكه أن يهدمه دون عذر قوى اذا كان هدمه يضر بالجار المستتر ، وفى هذا تطبيق واضح لنظرية التعسف فى استعمال حق الملكية . وتقدير العذر القوى والضرر الذى يلحق الجار مسألة وقائع يفصل فيها القاضى .

المبحث الرابع

الطريق الخاص المشترك

١٠٤ - تقرر المادة (١٠٩٣) أنه « لا يجوز لاحد من الشركاء في الطريق الخاص أن يحدث فيه شيئا سواء كان مضرا أو غير مضر الا بأذن باقي الشركاء » وقد عرفت المادة (٩٥٦) من المجلة الطريق الخاص بأنه الزقاق غير النافذ . وقد لاحظ الاستاذ (على حيدر) على هذا التعريف أنه « ليس كل زقاق لا ينفذ طريقا خاصا كما أنه ليس كل زقاق ينفذ طريقا عاما ، وعليه لو سد منفذ الطريق العام يبقى طريقا عاما كما أن الطريق الخاص لا يصير عاما فيما لو فتح له أصحابه منفذا فاتصل بالطريق العام ، وعليه فهذا التعريف ليس جامعا لأفراده ولا مانعا اعتباره أيضا فيجب تعريف الطريق الخاص بأنه الطريق الذي يكون ملكا لأصحابه » (١) .

والطريق الخاص مملوك لأصحابه ملكية شائعة فلا يجوز لاحد منهم أن يتصرف فيه من غير اذن شركائه سواء أكان هذا التصرف مضرا أو غير مضر ، الا انه يجب أن يلاحظ أن المنع وارد على التصرف في الطريق الخاص نفسه ويترتب على هذا أنه يجوز لكل من له حق المرور في الطريق الخاص أن يفتح عليه من الابواب أو الشبابيك أو المظلات ما شاء لان مثل هذا العمل لا يعتبر تصرفا في الطريق الخاص وانما هو تصرف في الجدار المملوك لأصحابه (١) .

١٠٥ - وتقضى المادة (١٠٩٤) بأنه « اذا سد أحد الشركاء في الطريق

(١) على حيدر ح ٩ ص ١٦ ، والاستاذ منير القاضي ح ٣ ص ١٠٥ .

(١) الاستاذ منير القاضي ص ١١٠ - على حيدر ص ١٨٨ .

الحاخاص باباه المفتوح على هذا الطريق فلا يسقط ذلك حق مروره فى الطريق
الحاخاص • ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتح الباب على هذا الطريق •
لما كان الطريق الحاخاص مملوكا لمن له حق المرور فإن حقهم هذا لا يسقط
بالتقادم فاذا سد أحدهم باباه الذى له على الطريق الحاخاص وفتح بابا من جهة
الطريق العام واستعمله للمرور مدة طويلة تزيد على خمس عشرة سنة فإن
هذا لا يسقط حق مروره فى الطريق الحاخاص ، فله أو خلفه العام أو الحاخاص
أن يعيد فتح الباب الاولى فاذا فرضنا أن المالك باع عقاره لمشترا فانه يجوز لهذا
المشتري - وهو خلف خاص للبائع - أن يعيد فتح الباب (١) •

١٠٦ - وتقضى المادة (١٠٩٥) بأن « تعمير الطريق الحاخاص على الشركاء
فيه على أن يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التى فى مدخل الطريق فى
نفقات التعمير التى تعود الى حصته ، وهو لا يشارك أحدا منهم وهكذا حتى ينفرد
صاحب الدار التى فى منتهى الطريق بنفقات التعمير التى تعود الى حصته بعد
أن يشترك مع سائر الشركاء فى نفقات التعمير التى تعود الى حصصهم » •

تحدد هذه المادة طريقة تحمل الشركاء لنفقات تعمير الطريق الحاخاص
المشترك فهى تقرر أن الشركاء جميعا يشاركون صاحب الدار التى فى مدخل
الطريق الى حصته وهو لا يشارك أحدا منهم حتى ينفرد صاحب الدار التى فى
منتهى الطريق بتحمل النفقات التى تعود الى حصته بعد أن يشارك سائر الشركاء
فى نفقات التعمير التى تعود الى حصصهم • ونضرب لتوضيح هذه المادة المثال
التالى : على طريق خاص أربعة دور من كل جانب من جانبيه وجبهات هذه
الدور الثمانية متساوية فى الطول ، تكلف تبليط الطريق (٤٨٠) ديناراً • توزع
هذه النفقات على الشركاء كما يأتى : -

- يتحمل أصحاب كل من الدارين الاولى والثانية (١٥) ديناراً
- ويتحمل كل من أصحاب الدارين الثالثة والرابعة (٣٥) ديناراً
- ويتحمل كل من أصحاب الدارين الخامسة والسادسة (٦٥) ديناراً
- ويتحمل كل من أصحاب الدارين السابعة والثامنة (١٢٥) ديناراً •

(١) انظر المادة ١٢٢ مجلة •

هذا ونحب أن نلفت النظر هنا الى المادة الثانية من قانون تبليط الشوارع الصادر في (٣-٧-١٩٥٢) والتي تقضى بأنه « اذا كان الشارع خاصا فتكون كلفة تبليطه على اصحاب الاملاك التي لها حق المرور فيه وتوزع عليهم الكلفة بالتساوي كل بنسبة طول جبهة ملكه على الشارع الخاص » ولا ريب في أن التعارض واضح بين هذا النص وبين الحكم الذي يقرره القانون المدني العراقي وعندى أنه يجب تطبيق الحكم الذي ورد في القانون المدني لان المادة الثانية من قانون تبليط الشوارع تتعارض مع أحكام القانون المدني فهي ملغاة بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة (١٣٨١) .

١٠٧ - وتقضى المادة (١٠٩٦) بأنه « لا تجوز قسمة الطريق الخاص المشترك ولا بيعه مستقلا » وتقرر المادة (١٠٩٧) انه « ١ - ليس لغير الشركاء في الطريق الخاص حق المرور فيه او فتح باب عليه ٢٠ - ومع ذلك يجوز للمارين في الطريق العام الدخول الى الطريق الخاص عند الازدحام . ولا يجوز لاصحاب الطريق الخاص ان يسدوا مدخله » . وتقابل هاتان المادتان المادة (١٢٢٣) من المجلة وقد جاء في شرح هذه المادة للاستاذ (على حيدر) « للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص المتصل مدخله بالطريق العام عند كثرة الازدحام . ويفهم من تعبير كثرة الازدحام انه لما كان المرور من الطريق الخاص هو استعمال ملك الغير بلا اذن فليس لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص المرور من تلك الطريق مالم تكن ضرورة واسباب مجبرة ككثرة الازدحام . فلذلك لا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص أن يبيعوه بالاتفاق أو يقسموه بينهم أو يلحقوه بدورهم او يحفروا فيه بئراً او يسدوا مدخله ، واذا كان على الطريق دار واحدة فليس لصاحب الدار أيضاً أن يسد مدخل الطريق » ^(١) ويفهم مما نقلناه عن الاستاذ (على حيدر) ان العلة التي منع الشركاء من اجلها من بيع الحائط المشترك أو قسمته هي حق الناس في المرور فيه عند الازدحام . ونحن نرى أنه كان يجدر بالمشرع العراقي أن يغفل النص على منع الشركاء من قسمة الطريق الخاص أو بيعه مستقلا اذ قد يكون الطريق مشتركاً بين دارين مثلاً ليس لهما اتصال بالطريق

العام الا عن هذا الطريق الخاص ثم تقوم البلدية او الأمانة بفتح شارع يطل عليه كل من الدارين فلماذا يحرم الملاك في مثل هذه الحالة من قسمة الطريق الخاص أو من بيعه ؟ وعلى كل حال فاننا نقرر أمام صراحة النص أنه لا تجوز قسمة الطريق الخاص ولا بيعه مستقلا حتى في مثل هذه الحالة اذ لا اجتهاد في مورد النص كما يقول الفقهاء •

الفصل الرابع

أسباب كسب الملكية

١٠٨ - تمهيد وتقسيم : قسم المشرع العراقي اسباب كسب الملكية الى ثلاثة فروع أولها لكسب الملكية ابتداء ، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنقل منه ، وذلك عن طريق الاستيلاء ، وثانيها لكسب الملكية بسبب الوفاة ويتم هذا عن طريق الميراث والوصية ، وثالثها لكسب الملكية ما بين الاحياء وذلك عن طريق الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة • وعلى هذا النهج نسير فنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : -

- أولها : - لكسب الملكية ابتداء (أى للاستيلاء) •
- وثانيها : - لكسب الملكية بسبب الوفاة •
- وثالثها : - لكسب الملكية ما بين الاحياء •

المبحث الاول

كسب الملكية ابتداء (الاستيلاء)

Occupation

١٠٩ - تقرر المادة (١٠٩٨) ان « ١ - كل من احرز بقصد التملك منقولا مباحا لا مالك له ٢ - والاحراز يكون حقيقيا بوضع اليد حقيقة على الشيء كحصد الكلاء والاحتطاب من أشجار الجبال ، ويكون حكما بتهيئة سبب الاحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة للصيد » .

فلاستيلاء اذن طريقة تكتسب بها ملكية شيء غير مملوك لأحد من الناس ، ويكون الاستيلاء بالاحراز المصحوب بنية التملك . والاحراز عند الحنفية نوعان حقيقي وحكمي ، فالحقيقي يكون بوضع اليد على الشيء فعلا او بالقوة كقطع الاشجار وجنى الثمار وملء الاناء بالماء وامساك الصيد باليد ، والحكمي يكون باستعمال الآلات وتهيئة سبب الاحراز كتجمع الماء في طست موضوع على الارض وكتعلق الصيد بالشبكة . وقرروا أن ترتب الملكية على الاستيلاء الحقيقي لا يحتاج الى نية أو قصد ولا يشترط في تمامه نية التملك ولذا يعتبر من كل من يفعله ولو كان غير أهل للالتزام بالقول وانبنى على ذلك أن المجنون والصغير الذي لا يميز اذا تناول كل منهما مالا مباحا تملكه وان المميز اذا تناوله بقصد النظر اليه لا بقصد التملك تملكه بذلك أيضا لان القصد الى الاحراز في هذا النوع ليس شرطا « (١) » .

وقد كان الاستيلاء كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية ذا اهمية خاصة في الازمنة الغابرة وعند الشعوب البدائية أو نصف المتمدنية التي لم يصل بها

(١) الاستاذ الحفيظ هامش ص ٨٠ .

الرقبي الى استغلال موارد الثروة جميعا ما كان منها فى باطن الارض وما علاها ،
ومهما يكن من أمر تضاؤل هذه الوسيلة فى العصر الحديث فانها لا تزال وسيلة
شائعة لكسب الملكية ما دام فى الماء سمك وفى الجو طير وعلى الارض حيوان
طليق وعشب تنبته الطبيعة وفى جوفها كنوز ومعادن •
ويفهم من نص المادة السالفة أنه يشترط لكسب الملكية بالاستيلاء أربعة
شروط : -

أولها الاحراز سواء أكان حقيقيا أم حكيميا ، وثانيها نية التملك ، وثالثها
أن يكون الشيء منقولا ، ورابعها أن يكون هذا المنقول لا مالك له •
١١٠ - وتقرر المادة (١٠٩٩) بأن « ١ - الماء والكلاء والنار مباحة والناس
فى هذه الثلاثة شركاء فيجوز لهم الاتفان بها واحراز الماء والكلاء بشرط عدم
الضرر • ٢ - ويعتبر مباحا الكلاء النابت فى ملك شخص بغير قصده ولكن
للمالك أن يمنع الغير من الدخول فى ملكه • ٣ - وللانسان والحيوان حق
الشفة فى الماء الذى لم يحرز وفى المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط
عدم الضرر » • ولشرح هذه المادة نقول : -

الكلاء ما ينبت فى الارض بدون انبات أحد كالحشائش والكمأة والفطر
ونحوها ، وقد روى عن الرسول أنه قال « الناس شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلاء
والنار » ولهذا السبب غنيت المادة السالفة بذكر هذه الاشياء الثلاثة • ويترب
على كون هذه الاشياء من المباحات أنه لا يجوز لمالك الارض اذا ما وجد فيها
كلاء أن يمنع الناس عن قطعه ولكن له أن يمنعهم عن دخول أرضه لانها مملوكة
له ، ومع هذا فقد ذهب بعض المالكية الى أنه اذا لم يجد الناس الكلاء فى غير
هذه الارض وكانت لهم حاجة به كان المالك مخيرا بين أن يرخص لهم بدخول
الارض لاختذ الكلاء وبين أن يقطعه ويسلمهم اياه •

وبهذا أيضا يأخذ فقهاء المذهب الحنفى فقد جاء فى شرح الاستاذ
(على حيدر) للمادة (١٢٥٧) من المجلة « ويتفرع عن عدم منعه من الاستملاك
المسألة الآتية : وهى اذا احتاج احد الى الكلاء ولم يجده فى محل آخر أى فى
أرض مباحة قريبة من تلك الارض فصاحب الارض مجبور أما بالاذن لطالب

الكلأ أن يدخل الى أرضه ويجمع الكلأ ويأخذه أو أن يجمع بنفسه الكلأ ويخرجه خارج ملكه « (١) » .

ثم تقرر الفقرة الثالثة من المادة السالفة حق الشفة في الماء الذي لم يحرز وفي المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط عدم الاضرار ، وحق الشفة هو حق شرب الماء ولهذا أعطاه المشرع للانسان والحيوان على السواء لانه حق طبيعي لكل كائن حي آدميا كان أو حيوانا .

١١١ - وتقرر المادة (١١٠٠) بأنه « ١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة اذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات اشجارا واحطابا واحجارا وغير ذلك من المواد التي يحتاج اليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته » ٢ - واذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة من قديم بأهل القرية والقصبات فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيه مواشيهم وان ينتفعوا بنباته من غير أن يؤدوا شيئا من الرسوم . ويجوز لغير أهل القرية ، ان لم يكن مضرا بأهلها ، أن يرعوا مواشيهم في هذا المرعى وان ينتفعوا بنباته وفق ما يجيزه القانون » . تعطى هذه المادة لكل شخص الحق في قطع الشجر والحطب والحجر الذي يحتاج اليه في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته على أن لا تكون هذه الجبال من المحاطب والغابات التي خصصت من قديم بأهل القرى والقصبات . وتقرر في فقرتها الثانية بأنه اذا وجد داخل حدود قرية من القرى مرعى من غير المراعى المختصة بأهل القرى والقصبات فإنه يجوز لأهل هذه القرية التي يقع المرعى في حدود أراضيها أن يرعوا فيه ماشيتهم وأن ينتفعوا بنباته من غير أن يدفعوا رسما عن هذا الانتفاع ، أما سكان القرى الاخرى التي لا يقع هذا المرعى في حدود أراضيها فانه يجوز لهم كذلك أن ينتفعوا بهذا المرعى وفق ما يجيزه القانون وعلى شرط أن لا يكون هذا الانتفاع مضرا بأهل القرية التي يقع المرعى داخل حدود أراضيها .

وقد اراد تشريعنا المدني من قوله (وفق ما يجيزه القانون) الاحالة الى نظام الاحراج . فقد قضت المادة السابعة من هذا النظام بأن قطع الاشجار التى يتساقط ورقها يجب أن يقع فى فصل الشتاء من الخامس عشر تشرين الاول لغاية الخامس عشر نيسان ، أى فى الوقت الذى تجف فيه عصارة هذه الاشجار ولا يجوز أن يقطع منها خارج هذه المدة الا ما كان نخرا متيسرا أو معتلا بعلى أخرى أو كان قطعها لتنظيف الغابة وتشذيب اشجارها . وواضح أن المشرع المدني اذ يعطى للشخص حق أخذ الشجر أو الحطب أو الحجر فانما يقيد به بالحاجة اليه لاستعماله الخاص لا للتجار به ، وهذا ما كانت تقرره المادة الخامسة من نظام الاحراج المشار اليه ، فهى بعد أن تقرر أن الاخشاب والاحطاب والاحجار التى يحتاجها الانسان لتصليح أو انشاء الابنية التى تلزمه للسكنى أو للمخزن أو لايواء الحيوان تكون مجانا ومن غير مقابل ، تقرر ان ما يقطع للتجارة يجب دفع اثمانها التى تحددها الادارة .

١١٢ - وتقضى المادة (١١٠١) بأن « الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لملك العقار ان كانت الارض مملوكة وللدولة ان كانت الارض اميرية ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وفقا صحيحا » .

الكنز هو المنقول المدفون أو المخبوء فى الارض ولا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له فهو لملك الارض المملوكة وللدولة ان كانت الارض اميرية ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وفقا صحيحا . ويشترط لكى يعتبر الشئ كنزا .

أولا : أن يكون منقولاً ويترتب على هذا أنه اذا وجد فى بطن الارض بناء أو تمثال من الحجر متصل بها فانه لا يعتبر كنزا .

وثانيا : أن يكون مدفونا أو مخبوءا فى الارض ويستوى بعد هذا أن يكون الدفن أو التخبئة قديما أو حديثا ، ومعنى هذا الشرط أن هناك عملا قصديا من الشخص الذى يضع شيئا فى مكان يعتقد الا يكشفه أحد ، ولذلك لا تعتبر

كنز الاحجار التى تسقط من السماء وكذلك مناجم المعدن التى توجد فى باطن الارض بطريق الصدفة فالمنجم جزء من الارض التى تخفيه^(١) .

ثالثا : الا تثبت ملكيته لاحد ، وعلى هذا اذا وجد شخص مالا مدفونا فى أرض ثم ظهر له مالك بعد هذا فانه يجب تسليمه اليه . والاثبات جائز بجميع الطرق القانونية .

١١٣ - ولفقهاء الشريعة الاسلامية آراء خاصة فيما يتعلق بالمعادن المركوزة فى الارض وبالنسبة للكنز المدفون فى الاراضى ونحن نلخصها هنا لما فيها من نظر قانونى وفقهى دقيق .

يفرق فقهاء الشريعة بين المعادن من جهة وبين الركاز أو الكنز من جهة أخرى ، فالمعادن هى على ما يرى بعض الفقهاء ، ما يوجد فى باطن الارض من أصل الخلقة والطبيعة كالذهب والفضة والنحاس والرصاص والحديد ، أما الركاز فهو المال المدفون فى باطن الارض بفعل اصحابه الاولين الذاهبين أو على أثر حادث من حوادث الطبيعة يؤدى الى طمر بلد فى باطن الارض بما فيها من ثروات مختلفة وقد يسمى أيضا بالكنز .

والمعادن على ثلاثة أنواع : فمنه صلب يقبل الطرق والسحب فتعمل منه صفائح واسلاك ونحوها كالذهب والفضة والنحاس والرصاص . ومنه صلب لا يقبل السحب ولا الانطباع بالنار كالماس والياقوت والزمرد ونحوها . ومنه سائل كالزئبق والبتروول وغيرها من الزيوت المعدنية .

وعند الحنفية ان من وجد شيئا من المعادن كالذهب والفضة والنحاس ونحوها فانه اما أن يكون قد وجدها فى أرض مملوكة أو فى أرض غير مملوكة أى مباحة .

فاذا وجدها فى أرض مملوكة كانت تابعة لارضها لانها جزء منها فاذا كانت الارض مملوكة لشخص فالمعادن ملك له وان كانت من أملاك الدولة كانت المعادن لها وان كانت الارض موقوفة كانت معادنها وقفا تبعا للارض فتصرف فى مصالح الارض لا للمستحقين لانها ليست بغلة .

(١) استاذنا كامل مرسى ح ٣ ف ٨ .

واذا وجدت المعادن في أرض غير مملوكة كان خمسه لبيت المال والباقي للواجد نفسه لقول الرسول « وفي الركاك الخمس » . والركاك يشمل المعدن والكنز معا .

وذهب المالكية الى غير ما ذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي ، فقد نظر المالكية الى الامر نظرة دقيقة فيها فهم لسيادة الدولة ورعاية للمصلحة العامة فهم يرون أن ما يوجد من المعادن على عمومها يكون للامام يقطعه لمن يشاء انتفاعا لا تمليكا وهكذا يتسع هذا المذهب في هذه المسألة بالذات وبالنسبة لعقود الامتياز التي تمنحها الدولة لمن يستثمر ثروة ارضها الى أحدث النظريات القانونية . هذا بالنسبة للمعادن أما بالنسبة للكنز فان فقهاء الشريعة يقررون أن الكنز نوعان اسلامي وجاهلي ، فالاسلامي ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن في الارض بعد ظهور الاسلام ، والجاهلي ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه دفن في الارض قبل ظهور الاسلام ، والكنز الاسلامي لا يعد من الاموال المباحة لانه مملوك لصاحبه فلا يملكه واجده . وانما يعد لقطة فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها فان يثس من معرفته حفظت أو تصدق بها على خلاف بين المذاهب . أما الجاهلي فقد اتفقوا على أن خمسه لبيت المال لقول الرسول « وفي الركاك الخمس » وما بقي بعد ذلك يعتبر مالا مباحا عند الخنابلة فيكون لواجدده ، سواء أوجده في أرض مملوكة له أو لغيره أو في أرض غير مملوكة ، وذهب أبو حنيفة الى أنه يكون ملكا لواجدده ان وجد في أرض مباحة فان وجده في أرض مملوكة فهو لاول مالك لها أو لورثته . وأول مالك لها هو أول من أحيها ان ملكت بطريق الاحياء أو أول مختط لها ان أعطيت حين الفتح (١) .

١١٤ - ومهما يكن من أمر فقد أصبح هذا الخلاف لا محل له أمام صراحة نص المادة (١١٠١) التي تقرر أن الكنز يتبع الارض في ملكيته فهو للمالكها ان كان شخصا أو للدولة ان كانت الارض أميرية أو لجهة الوقف ان كانت الارض

(١) انظر تفصيلات أخرى في مؤلف استاذنا الشيخ علي الحفيف ص ٩٣ وما بعدها ، والدكتور يوسف موسى ص ١٩٤ وما بعدها والمراجع الفقهية المشار اليها فيهما .

موقوفة وقفاً صحيحاً ومعنى هذا أن الكنز لا يملكه الواقف أو ورثته كما تقرر المادة (٨٧٢) من القانون المدني المصري . وحكم التشريع العراقي في تملك جهة الوقف للكنز قاصر على الوقف الصحيح ، والارض الموقوفة وقفاً صحيحاً هي الارض المملوكة ، أما الاراضى الموقوفة وقفاً غير صحيح وهي الاراضى الاميرية التى وقفها الدولة أو صاحب حق التصرف فان ما يوجد فيها من كنز يكون ملكاً للدولة لا لجهة الوقف .

١١٥ - على أن أخطر قيد يرد على تملك الكنز بطريق الاستيلاء هو قانون الآثار القديمة (رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦) فالمادة الاولى من هذا القانون تقرر أنه « يقصد فى هذا القانون بكلمة الآثار كل ما صنعه أو تفننت به يد الانسان قبل سنة ١٧٠٠ م و ١١١٨ هـ كالمباني والمغاور والمسكوكات والمنحوتات والمخطوطات وسائر أنواع المصنوعات التى تدل على أحوال العلوم والفنون والصنائع والآداب والديانات والتقاليد والاخلاق والسياسة فى الاجيال الغابرة » . وتقرر المادة الثالثة منه أن « كل ما يوجد فى العراق من الآثار القديمة المنقولة سواء ما كان منها على سطح الارض أو فى باطنها يعتبر من ثروة الدولة العامة فلا يجوز للأفراد أو الجماعات أن يتصرفوا بها أو يدعوا بملكيتهن الا ضمن القيود الموضوعة فى هذا القانون » وتقرر المادة الرابعة منه أن « ملكية الارض لا تكسب صاحبها حق التصرف فى الآثار الموجودة على سطحها أو فى باطنها ولا تخوله حق التنقيب عن الآثار فيها » وان الآثار المنقولة التى تكون فى حيازة الاشخاص الحقيقية أو الحكمية عند صدور هذا القانون تبقى تحت حيازتهم على شرط أن يسجلوها لدى دائرة الآثار خلال ستة أشهر « (م ١٦) وان « على كل من يكتشف صدفة أثراً منقولاً بعد صدور القانون أن يخبر بذلك أقرب مركز حكومى أو سلطة ادارية خلال سبعة أيام ومديرية الآثار أن تقرر فيما اذا كان يجب اضافة الاثر الى مجموعات المتاحف العراقية أو تركه فى حيازة مكتشفه خلال ثلاثة أشهر فاذا قررت مديرية الآثار الاحتفاظ بالاثـر فعليها أن تدفع الى المكتشف مكافأة مناسبة على أن لا تقل عن قيمة جوهر الاثر اذا كان من الفضة أو الذهب أو

الحجارة الكريمة بصرف النظر عن قدمه وصنعتة وقيمتة التاريخية « (م ١٧) وإذا لم
يقم مكتشف الآثار بالأخبار عنه خلال المدة السالفة فإنه يصادر (م ١٨) ولمديرية
الآثار أن تمتلك ايا كان من الآثار المنقولة المسجلة التي تكون تحت حيازة
الأشخاص بالثمن الذى يتفق عليه الطرفان فإذا لم يتم الاتفاق فبالثمن الذى
تقدره لجنة مؤلفة من موظف يمثل دائرة الآثار وشخص ينتخبه صاحب الآثار
ومن شخص ثالث يتفق عليه هذان الشخصان والا قام مجلس الإدارة بتعيينه
(م ٢٠) وحق التنقيب عن الآثار القديمة ينحصر فى الحكومة وفى الهيئات
أو الافراد الذين تخولهم ذلك باجازة رسمية بعد التأكد من مقدرتهم وكفاءتهم
من الوجهتين العلمية والمالية (م ٤٠ ، ٤١) •

١١٦ - وتقضى المادة (١١٠٢) بأن « ١ - الصيد مباح برا وبحرا ويجوز
اتخاذ حرفة • ٢ - وشرط الصيد أن يتمتع الحيوان عن الانسان بقدرته على
الفرار ثم يحزره الصائد بعمله قاصدا صيده » •

والصيد لغة اقتناص الحيوان ويطلق على الحيوان المصيد أيضا ، والصيد
بهذا المعنى الأخير شئ مباح لا مالك له فيكون ملكا لأول من يستولى عليه ،
ويشترط لاعتبار الحيوان محلا للاستيلاء بطريق الصيد أن يكون الحيوان غير
داجن أو مستأنس لان الحيوانات الداجنة أو المستأنسة يكون لها مالك ، ولسنا
نرى فائدة قانونية لشرح أحوال الصيد والحيوانات التي تكون محلا له وطرقه
المختلفة والقيود التي ترد عليه فكل هذه الامور ليست من دراسات الفقه المدنى
فى شئ والمرجع فيها الى أحكام القوانين والانظمة الخاصة ، وهذا ما تقرره
المادة ١١٠٣ حيث تقضى أن « الحق فى صيد البر والبحر واللقطة والاشياء
الاثريّة تنظمه القوانين الخاصة » (١) •

١١٧ - وتقرر المادة (١١٠٤) أنه « يصبح المنقول مباحا اذا تخلى عنه
مالكه بقصد النزول عن ملكيته » • تعرض هذه المادة لطريق خاص من طرق
الاستيلاء ذلك اننا قلنا أن الاستيلاء عبارة عن كسب ملكية شئ ابتداء أى ملكية

(١) انظر نظام الضابطة الصيدية المؤرخ ١٨ صفر ١٢٩٩ هـ ، وتعديله
سنة ١٩٣٠ ، وقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٨ •

شئ لم يكن له مالك من قبل ، والاشياء المتروكة التى تخلى عنها مالكيها كانت مملوكة ولا ريب ولكن التخلي عنها ازال هذه الملكية فغدت من المباحات التى لا مالك لها ولهذا جاز تملكها من أول واضع يد عليها . والغالب فى هذه الاشياء المتروكة أن تكون اشياء تافهة القيمة كالملابس البالية أو الادوات القديمة أو فضلات الطعام أو الحيوانات المريضة ، وقلما تكون من الاشياء ذات القيمة الكبيرة أو من النقود . وتعتبر واقعة التخلي المادية قرينة قانونية بسيطة على نية النزول عن الملكية وبهذا المعنى قضت إحدى المحاكم المصرية فى دعوى تراهن فيها شخصان على القاء نقود فى (البحر الیوسفى) وفعلا القى كل واحد منهما ورقة من ذات العشرة جنيهات ، واتهم شخص بأنه التقط احدى الورقتين ولم يسلمها الى صاحبها وطلب عقابه بمادة السرقة ، وقد قررت المحكمة أن القاء الورقة فى البحر هو مظهر من أكبر مظاهر النزول عن الملكية فتصبح الورقة من المتروكات ولا يكون أخذ المتهم لها وعدم ردها سرقة لعدم توافر الشرط الاساسى للجريمة وهو أن يكون الشئ المختلس مملوكا للغير وقضت ببراءة المتهم (١) .

١١٨ - وتقرر المادة (١١٠٥) بأنه « ١ - اذا ردم عرافى جزءا من البحر بأذن الحكومة ملك الجزء المردوم . لكن اذا حصل على الاذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات بطل الاذن ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على اذن لنفسه . ٢ - واذا كان الردم بغير اذن الحكومة صار الجزء المردوم ملكا خاصا للدولة ويباع للرادم ببديل المثل . فان لم يقبل بيع لمن ترسو عليه المزايدة . واذا كان الرادم قد انشأ أبنية فى الجزء المردوم فانه لا يطالب الا ببديل مثل الارض دون الابنية واذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الارض وأعطت الباقى للرادم » .

تعالج هذه المادة تملك العقار بطريق الاستيلاء ، وهى منقولة عن المادة (١٣٢) من قانون الاراضى المملوكة ، وقد أعطى هذا النص حق تملك شاطئ

(١) محكمة سمالوط الجزئية ٦ اديسمبر ١٩٢٠ .

البحر المردوم اذا وقع الردم بأذن من الحكومة واشترط لذلك أن يكون الرادم عراقياً ، وان يتم الردم خلال ثلاث سنين من صدور الاذن به ، فاذا وقع الردم من غير اذن كان الجزء المردوم ملكاً للدولة يباع للرادم ببديل المثل ، فان لم يرض بشرائه بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، واذا كان الرادم قد انشأ ابنية في الجزء المردوم فإنه يطالب ببديل مثل الارض دون الارض لانه مالك لها فاذا لم يرض تملك الارض ببديل المثل بما عليها من منشآت واخذت الدولة من الثمن قيمة الارض واعطى الباقي للرادم الذى أقام تلك المنشآت •

المبحث الثانى

كسب الملكية بسبب الوفاة

١١٩ - لاكتساب الملكية بسبب الوفاة طريقان أولهما الميراث وثانيهما الوصية . أما الميراث فهو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من اموال أو حقوق مالية عند وفاته ، وهو لا يكون الا فى مال مملوك أو حق ملحق به ، ولا يكون الا فيما بقى من ذلك بعد اسداد الديون وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث فى حدود ثلث ما ترك أو فيما زاد عليه عند اجازة الورثة . والبحث التفصيلى عن طريقة اكتساب الملكية بسبب الوفاة يخرج عن نطاق قانوننا المدنى ، ولهذا فان المشرع بعد أن قرر فى الفقرة الاولى من المادة (١١٠٦) بأنه « يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة فى التركة » أحال فى الفقرة الثانية من المادة السالفة الى أحكام الشريعة الاسلامية حيث قضت هذه الفقرة بأن « تعيين الورثة وتحديد انصبتهم فى الارث وانتقال اموال التركة تسرى عليها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بها » . فالشريعة الاسلامية هى المرجع الفصل لاحكام الموارث فهى التى تعين الورثة وتقسّمهم الى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام أو الى طبقات على اختلاف المذاهب الاسلامية ، وهى التى تجرى أحكام الحجب والحرمان والعول والرد وما الى ذلك من أحكام الميراث وتحدد نصيب كل وارث وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث الى الوارث ومن هنا وجب تطبيق القاعدة التى تقضى بالإبتركة الا بعد سداد الدين وهى قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث واذا كانت تغاير النظم اللاتينية فانها تمشى مع النظم الجرمانية .

ولكن الاخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات فان اغفال هذا النظام قد يوقع الفقه والقضاء فى كثير من الارتباك ،ولهذا عمد المشرع المصرى الى تلافى النقص الخطير الذى كان موجودا فى التقنين المصرى القديم ، فوضع نصوصا نظم بها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدثه التقنين المصرى الحديث •

وقد جعل المشرع المصرى تصفية التركة على مراحل أربع وهى :-

- ١ - تعيين مصف للتركة •
- ٢ - وجرد التركة ما لها وما عليها •
- ٣ - وتسوية الديون بعد حصرها •
- ٤ - وتسليم اموال التركة الى الورثة خالية من الديون •

ومن المؤسف أن المشرع العراقى لم يجر على ما جرى عليه المشرع المصرى فى هذا الصدد وكأنه اكتفى فى هذه المسألة بالذات بقانون تحرير التركات وإدارة اموال القاصرين والغائبين والمحجورين رقم (٢٧) لسنة ١٩٣٤ اذ تقضى المادة الرابعة من هذا القانون أنه « يجب تحرير تركة المتوفى فى الاحوال الآتية : ١ - وجود صغير أو محجور أو وجود غائب بين الورثة • ٢ - كون المتوفى مدينا ولم تقبل ورثته الدين وذلك لتخليص التركة ٣ - عدم وجود وارث فى الظاهر للمتوفى • ٤ - طلب أحد الورثة تحرير التركة بغض النظر عن الاحوال الآتية الذكر » • وتقرر المادة الخامسة أن تحرير التركة وبيعها وتصفيتها من اختصاص المحاكم الشرعية ومحاكم المواد الشخصية حسب ما تقتضيه حالة المتوفى • وتقرر المادة التاسعة أن تحرير التركة يتضمن تثبيت جميع الاموال المنقولة وغير المنقولة أى جرد ذمة المتوفى • وتقضى المادة (١٤) بأنه اذا ظهر على المتوفى ديون فان على المحكمة أن تدعو الدائنين لاثبات ديونهم خلال مدة معقولة تعينها ، ولا يجوز بيع شئ من اموال التركة خلال هذه المدة الا اذا كان سريع الفساد أو التلف أو يحتاج حفظه الى مصرف ومثونة كالحیوانات ، وتقرر المادة (١٨) بأن على المحكمة المختصة عندما يتم

وصول التقارير المشعرة ببيع التركة أن تقوم بتصفيتهما على الوجه الآتي :

١ - تدعو الدائنين الذين اثبتوا ديونهم وتعطى لكل منهم ما تستحقه ٢٠ - تعطى الى البالغين من الورثة انصباؤهم ٣٠ - ترسل ما يصيب الصغار والمحجورين الى مديرية اموال القاصرين على تفصيل لا محل لذكره هنا .

هذه هي موجز الاحكام التي نظمها قانون تحرير التركات ، ونحن نرى أن هذه الاحكام لا تعارض مع أحكام القانون المدني ونقرر هنا أن المشرع العراقي لم يجعل من الوارث امتدادا لشخصية المورث بمجرد الوفاة ، وانه أخذ بقاعدة (لا تركة الا بعد سداد دين) ولا يرد علينا بأن المشرع قرر في الفقرة الاولى من المادة (١١٠٦) أنه « يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة » وهو بهذا النص يجعل التركة تنتقل مباشرة الى الوارثين أى غير مصفاة لاننا نقول أن المشرع لا ينقل من تركة المتوفى الا (المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة فيها) أى أن الذى ينتقل من المورث هي عناصر ذمته الموجبة بعد اخراج العناصر السالبة منها أى بعد دفع ما على التركة من ديون (١) .

١٢٠ - وتقضى المادة (١١٠٧) بأن « ١ - لدائنى التركة العاديين والموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم من التركة التى نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتب عليها حقوقا عينية ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين . فاذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة قبلهم الا اذا كان التصرف قد صدر تواطؤا مع الغير للاضرار بهم » .

من المحتمل جدا أن دائئا للتركة وليس له تأمين خاص على عين من اعيانها ولم يعلم بدعوة المحكمة للدائنين فلم يظهر دينه فى قائمة الجرد أو التحرير حتى تمت عملية التصفية واستولى كل وارث على نصيبه من التركة خالصا من الديون ، ثم قام الوارث بنقل ملكية نصيبه للغير أو رتب عليه حقوقا عينية ، فان هذا الدائن العادى له أن يلاحق أموال التركة لاستيفاء دينه منها فكأن المشرع العراقي جعل حق هذا الدائن حقا شبه عيني وهذا مظهر آخر من مظاهر أخذ

(١) عكس هذا ، حامد مصطفى ف ٢١٩ .

المشروع بفكرة الالتزام العيني (١) Obligation propter in rem

ويسقط حق الدائن في ملاحقة اموال التركة بعد مضي ثلاث سنين من موت المدين ويصبح التصرف الصادر من الوارث نافذا في حقه الا اذا كان قد صدر عن سوء نية منه وتواطىء مع الغير للاضرار بالدائن ففي هذه الحالة يستطيع رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات حتى ولو مرت السنوات الثلاث المتقدمة ، على أن لا يكون حقه قد سقط بمضي المدة والا يكون قد مضى على التصرف المطعون فيه خمس عشرة سنة تطبيقا للقواعد العامة (م ٢٦٩) .

فاذا لم يكن في استطاعة الدائن ملاحقة اموال التركة فانه ليس معنى هذا ضياع حقه وانما هو يستطيع الرجوع على الوارث في حدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقابلا لمال التركة كالثمن اذا كان التصرف بيعا والبذل اذا كان مقايضة والعض اذا كان هبة بعوض .

١٢١ - واما الوصية فان المشروع اكتفى بالنص فيها على مسألتين على جانب كبير من الاهمية العملية والنظرية ، الاولى صحة الوصية لوارث ، والثانية تصرفات المريض مرض الموت التي تأخذ حكم الوصية .

فقد قرر المشروع في المادة (١١٠٨) أنه « ١ - يكسب الموصى له بطريق الوصية الموصى به ٢٠ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث الا باجازة الورثة » وهكذا يكون المشروع العراقي قد خرج على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من عدم نفاذ الوصية لوارث الا أن يشاء باقي الورثة وأخذ بما يذهب اليه فقهاء الشيعة الامامية . هذا وأحب أن الفت النظر في هذا الصدد الى نص المادة (٧٧) من الدستور العراقي الذي يقضي بأنه « يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقا للاحكام الخاصة بكل مذهب من المذاهب الاسلامية بموجب أحكام قانون خاص ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له » .

وارى أن الجمع بين هذين النصين سيثير في العمل كثيرا من المشاكل من

حيث التعارض الظاهر بينهما أولا ومن حيث تحديد جهة الاختصاص ثانيا •

١٢٢ - وتقضى المادة (١١٠٩) بأن « ١ - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له • ٢ - ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت » •

تعرض هذه المادة لتصرفات المريض مرض الموت وتلحقها في الحكم بالوصية ، وقد سبق أن شرحنا بالتفصيل معنى مرض الموت وشروطه في مؤلفنا عن البيع^(١) ونكتفى هنا بأن نقرر أن المقصود بمرض الموت أن يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه هو وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود ، ومعنى هذا أنه لا بد في مرض الموت من توافر عنصرين أحدهما مادي وهو المرض الذي يغلب فيه الهلاك وثانيهما نفسي وهو أن يستقر في ذهن المريض اليأس من الحياة وأن يطغى عليه الشعور باليأس ويستولى على نفسه •

والعبرة في تصرفات المريض مرض الموت التي تلحق بالوصية بمقدار المحاباة لا بقيمة العين التي تصرف فيها فاذا كان البيع بمثل القيمة فإنه يكون صحيحا نافذا ولا سبيل للدائنين أو الورثة الى الطعن فيه وكذلك الحال فيما اذا كان البيع بأقل من قيمة المثل وكان الفرق مما يخرج من ثلث التركة ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المتقدمة ان ابراء المريض في مرض الموت مدينه يعتبر في حكم الوصية والابراء محاباة كله ولهذا فإنه يكون صحيحا نافذا اذا كان الدين مما يخرج من ثلث التركة ويكون موقوفا على اجازة الورثة فيما اذا زاد عليه • وواضح جدا أن لدائني المتوفى أن يطعنوا في هذا الابراء بطريق دعوى عدم نفاذ التصرفات •

١٢٣ - وتقضى المادة (١١١٠) أنه « ليس لاحد أن يؤدي دين أحد

(١) ص ٣٧٥ وما بعدها •

غرمائه فى مرض موته وببطل حقوق باقيهم ولكن له أن يؤدى ثمن المال الذى اشتراه أو القرض الذى استقرضه حال كونه مريضا . • ان وفاء المريض مرض الموت بعض دائيته دون البعض مظهر من مظاهر المحابة التى يأبأها المشرع عليه ولهذا فان هذا الوفاء لا ينفذ بالنسبة للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم فلهم أن يرجعوا على الدائن القابض بما يصيبهم مما قبض ، ويستثنى من ذلك ثمن المبيع الذى اشتراه حال مرضه أو بدل القرض الذى اقترضه وهو مريض .

١٢٤ وتقضى المادة (١١١١) بأنه « ١ - اذا أقر شخص فى مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث فان جاء اقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية وان جاء على سبيل الاخبار أو كان اقرارا بقبض امانة له أو استهلاك امانة عنده ثبتت بغير اقراره نفذ الاقرار فى جميع ماله ولو لم يجز الورثة . • وتصديق الورثة الاقرار فى حياة مورثهم ملزم لهم . • ٢ - ولا يستحق المقر له ما أقر به المريض وفقا لاحكام الفقرة السابقة الا بعد أن تؤدى ديون الصحة . • ويعتبر فى حكم ديون الصحة الديون التى ثبتت فى ذمة المريض وقت المرض بغير اقراره ، فتؤدى هى أيضا مع ديون الصحة قبل الديون التى ثبتت باقرار المريض فى وقت مرضه . •

تعرض هذه المادة لحكم اقرار المريض مرض الموت ، وهى تفرق فى هذا بين الاقرار الذى يجىء على سبيل التملك كأن يقر شخص لا آخر بدين أو عين ، وبين الاقرار الذى يجىء على سبيل الاخبار كأن يقر شخص بأنه استوفى دينه من فلان أو انه استرد الوديعة التى كان قد اودعها عنده ، أو انه استهلك أمانة كانت له عنده . •

والاقرار الذى يجىء على سبيل التملك يأخذ حكم الوصية فلا ينفذ فى حق الورثة فيما يجاوز الثلث سواء كان الاقرار لوارث أو لغير وارث ، اما الاقرار الذى يجىء على سبيل الاخبار فانه ينفذ فى حق الورثة حتى ولو استغرق ذمة المتوفى كلها . • وقد ألحق المشرع بهذا النوع من الاقرار ما لو أقر المريض بأنه قبض أمانة له كانت عند الغير أو انه استهلك امانة كانت عنده وقد ثبت

أمرها بغير إقراره • والسبب في هذا انه لو فرضنا أن الورثة ادعوا بأن مورثهم لم يسترد أمانته فإن القول الفصل للمدعى عليه لأنه أمين والأمين مصدق بقوله فلا فائدة من عدم جعل الإقرار نافذا في هذه الحالة • وكذلك الأمر في حالة ما إذا أقر المريض بأنه استهلك أمانة للغير عنده وكانت الأمانة قد ثبت وجودها لديه بغير إقراره لأنه إذا لم تظهر هذه الأمانة في التركة كان المورث مجهلا والوديع إذا جهل الأمانة فإنها تضمن من التركة (١) •

ويسمى الدين الذي يثبت بإقرار المريض مرض الموت بدين المريض ، ويسمى ما سواه بدين الصحة • ومعنى هذا أن ديون الصحة هي الديون الثابتة في ذمة الشخص حال صحته بأدى دليل من طرق الإثبات ويلحق بها كل دين يثبت حال المرض بحجة تتعدى أي بغير الإقرار • أما دين المرض فهو الدين الثابت بالإقرار وحده حال المرض ولو أخذ الإقرار صورة الدليل الكتابي • ويؤدى أولا من التركة ديون الصحة فإن بقي منها شيء بعدها كان لديون المرض وما بقي بعد هذا يكون للموصى لهم وللورثة (٢) •

١٢٥ - وتقضى المادة (١١١٢) بأنه « ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة • أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن فلا ينفذ الإقرار في حق هؤلاء الغرماء • ٢ - وإذا أقر بأنه كفل على صحته ديناً لأحد نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفي ديون الصحة وما في حكمها من الديون » •

إذا أقر المريض مرض الموت بأنه استوفى دينه الذي له في ذمة المدين فإنه يفرق بين ما إذا كان هذا الدين قد ثبت في ذمة المدين حال صحة الدائن أو حال مرضه • فإذا كان الدين قد ثبت حال صحة الدائن فإن الإقرار ينفذ مطلقاً ولا يتوقف على اجازة أحد سواء أكانت التركة مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة

(١) الاستاذ منير القاضي ح ٣ ص ٤١٣ •

(٢) الاستاذ على الخفيف ص ٢٥٣ •

بها ، واذا كان الدين قد ثبت حال المرض فان هذا الاقرار لا ينفذ في حق غرماء الصحة بل يتوقف على اجازتهم ان كانت التركة مستغرقة بديونهم •
 ووجه الفرق بين الحالتين ان حق الدائنين قد انتقل من ذمة مدينهم وتعلق باعيان التركة عندما وقع مدينهم في مرض الموت فاذا باع منها شيئا وهو مريض ولم يثبت قبضة الثمن بغير اقراره يكون قد ا تلف حق غرماء الصحة فلا ينفذ اقراره عليهم • اما اذا كان قد باع شيئا من امواله حال صحته وأقر حال مرضه بقبض الثمن فانه لا يكون قد ا تلف حق غرماء الصحة لان حقهم حال صحته كان ثابتا في ذمته لا متعلقا باعيان امواله فاذا كان قد باع شيئا منها وهو صحيح فانه لا يكون قد ا تلف حق غرمائه (١) •

هذه هي النصوص التي خصصها المشرع العراقي للوصية كسبب من اسباب اكتساب الملكية ويلاحظ عليها أن المشرع عمد فيها الى ذكر تفريعات وجزيئات بصدد تصرف المريض مرض الموت وهي نصوص كان يجدر بالمشرع العراقي أن يقتضبها كما فعل المشرع المصري وعلى الاخص اذا عرفنا أن هذه الاحكام التفصيلية التي أقرها المشرع العراقي ليست محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الاسلامية فقد ذهب الامام الشافعي الى أن اقرار المريض مرض الموت صحيح نافذ سواء أكان لوارث أم لاجنبي فلا فرق عنده بين دين يثبت في المرض ودين يثبت في الصحة أيا كان طريق الاثبات وهو لا يفرق بين دين المرض ودين الصحة في القوة وطريقة الوفاء ، وذهب الامام مالك الى أن كل اقرار تلابسه التهمة وتدل الدلائل على أن الغرض منه التبرع يأخذ حكم التبرع وكان يحسن بالمشرع العراقي أن يتبنى هذا الرأي السديد •

(١) الاستاذ منير القاضي ح ٣ ص ٤١٧ - ٤١٨ •

المبحث الثالث

كسب الملكية ما بين الاحياء

١٢٦ - عالج المشرع العراقي من أسباب كسب الملكية بين الاحياء أربعة أسباب هي : الالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة . وميز بين الالتصاق بالعقار والالتصاق بالمنقول ، وميز في الالتصاق بالعقار بين الالتصاق بفعل الطبيعة والالتصاق بفعل الانسان ، واكتفى في العقد بمادتين قررتا أن العقد يعتبر مصدرا لنقل الملكية في المنقول وفي العقار ، ولكن العقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا وان الاخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط . واقتبس النصوص الخاصة بالشفعة من الفقه الاسلامي ومن مرشد الحيران والمجلة على وجه خاص . ثم عرض للحيازة فعرفها وبين أركانها ومقوماتها ، وعبوبها وعرض حالاتها واحكامها في العقار وفي المنقول وقرر نقلا عن فقه القوانين الاجنبية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ثم عاد فحصر نطاق تطبيقها . ثم عرض أخيرا أثر الحيازة في تملك الزوائد والمنافع واسترداد المصروفات . ونحن نتابع هنا نصوص القانون وتقسيمه فنقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب :

أولها - للالتصاق .

وثانيها - للعقد .

وثالثها - للشفعة .

ورابعها - للحيازة .

المطلب الاول

الالتصاق

L'accession

١٢٧ - ان فكرة الالتصاق كسبب من أسباب اكتساب الملكية تقوم على القاعدة الفقهية الاسلامية التي تقرر أن (التابع تابع) أو أن (التابع لا يفرد بالحكم) أو على ما يقرره فقهاء القانون المدني من أن الفرع يتبع الاصل • وقد قلنا أن المشرع ميز بين الالتصاق بالعقار والالتصاق بالمنقول ، وميز في الالتصاق بالعقار بين الالتصاق بفعل الطبيعة والالتصاق بفعل الانسان وعلى هذا النهج نجرى في شرحنا هذا •

اولا : الالتصاق بالعقار

١ - الالتصاق بفعل الطبيعة

١٢٨ - تقضى المادة (١١١٣) بأن « النهر اذا جاء بطمي على أرض أحد فهو ملكه • اما اذا كون الطمي أرضا جديدة فهي ملك الدولة ولو كانت متصلة بأرض الغير وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل » • تعرض هذه المادة لطمي النهر الذي يكون طبقة على أرض مالك نتيجة للترسبات التي تأتي بها مياه الانهار ويعتبر الطمي جزءا من الارض التي ترسب فوقها فاذا كانت الارض مرهونة لحق الرهن الطمي بداهة ، وكذلك الحال في بيع الارض أو وقفها أو التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات •

ويقرر الشطر الثاني من المادة المتقدمة أنه اذا كون الطمي أرضا جديدة

كانت هذه الارض ملكا للدولة سواء كانت متصلة بأرض الغير أو غير متصلة بها ، وإذا ما ارادت الدولة التصرف في هذه الارض فإن لاصحاب الاراضى المجاورة حق أخذها ببدل المثل ، والرأى عندى ان هذا الحق لا يتناول الجزر التى ينكشف عنها الماء وانما لا بد لتطبيقه من أن تكون اراضى الغير متصلة بهذه الارض الجديدة اتصالا مباشرا .

١٢٩ - وتقتضى المادة (١١١٤) بأنه « يكون ملكا للدولة طمى البحيرات والجزر التى تتكون فى مجارى الانهار أو داخل البحيرات » والسبب فى هذا أن الابحر والبحيرات والانهار تعتبر من املاك الدولة العامة فطميها والجزر التى تتكون فى مجارى الانهر أو داخل البحيرات تكون مملوكة للدولة . ثم تقرر المادة (١١١٥) أن « الارض التى ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الانهر تكون ملكا خاصا للدولة ، وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل » . وقد حرص المشرع العراقى على النص على أن هذه الاراضى التى ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الانهر تعتبر من املاك الدولة الخاصة فتفادى بذلك الخطأ الذى وقع فيه المشرع الفرنسى حيث قرر فى المادة (٥٣٨ منه) أن هذه الاراضى تعتبر من املاك الدولة العامة (الدومين العام) ويترتب على اعتبار هذه الاراضى من املاك الدولة الخاصة أنه يجوز تملكها بالتقادم ، ويجوز للدولة التصرف فيها بالبيع والتفويض ونحوهما وللملاك الاراضى المجاورة حق أخذها ببدل المثل .

١٣٠ - وتقرر المادة (١١١٦) أنه « اذا اتخذ نهر مجرى جديدا تاركا مجراه القديم كان لاصحاب العقارات المجاورة حق أخذ هذا المجرى القديم ببدل المثل كل واحد فى الجزء الذى يكون أمام ارضه حتى خط مقترض فى وسط المجرى القديم . ويوزع ثمن المجرى القديم على اصحاب الاراضى التى شغلها المجرى الجديد كل بنسبة ما فقد من أرضه » .

قد يترتب على قوة جريان النهر وعدم تمكنه من مجراه وتآكل بعض شطآنه أن يحول هذا النهر مجراه الى مجرى جديد ، وقد عالج النص المتقدم هذه الحالة وقرر بأن المجرى القديم للنهر يكون لاصحاب العقارات المجاورة

يأخذونه ببدل المثل كل بمقدار الجزء الذى يحاذى هذا المجرى حتى خط
مفترض فى وسطه ، ثم قرر أن هذا البدل يعطى على سبيل التفويض لاصحاب
الاراضى التى شغلها المجرى الجديد للنهر كل بمقدار ما ضاع عليه من أرضه .

ب - الالتصاق بفعل الانسان

١٣١ - تقضى المادة (١١١٧) بأن « كل ما على الارض أو تحتها من
بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الارض اقامه على
نفقته ويكون ملكا له ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك » . (تقابل المادة ٩٢٢
مصرى ، ٨٨٦ سورى) لقد أقامت هذه المادة قرينة مزدوجة لصالح مالك الارض
بمقتضاها تعتبر البناء والغراس والمنشآت الاخرى من عمل المالك ، وانه قد
أقامها على نفقته فهى مملوكة له . غير ان هذه القرينة قرينة بسيطة تقبل اقامة
الدليل العكسى كما تصرح بذلك المادة السالفة . وواضح أن عبء الاثبات
يقع على من يريد نفى هذه القرينة القانونية ، وهو يستطيع اقامة الدليل على ما
يخالفها بجميع طرق الاثبات بما فيها البيئة على الرأى الغالب لدى فقهاء القانون
المدنى . فاذا أقام الدليل على أن صاحب الارض هو غير صاحب المنشآت أو
الغراس فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : أما أن يكون صاحب الارض
هو البانى بأدوات غيره ، واما أن يكون صاحب الادوات هو البانى فى أرض
غيره ، واما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

١٣٢ - الفرض الاول : البناء بأدوات الغير : تقرر المادة (١١١٨)
بأنه « يكون ملكا لصاحب الارض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو
منشآت اخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره اذا لم يمكن قلعها دون أن
يلحق صاحب الارض ضرر جسيم . وعليه أن يدفع قيمتها مع التعويض
إن كان له وجه . أما اذا أمكن قلعها بلا ضرر جسيم واراد صاحبها
استردادها فله ذلك وعلى صاحب الارض نفقة القلع » (تقابل المادة ٩٢٣
مصرى) ويفهم من هذا النص أنه يجوز لصاحب الادوات أن يطلب نزاعها

إذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم يلحق الأرض ، ويكون النزاع على نفقة صاحب الأرض سواء كان حسن النية أم سيئها فإذا لم يمكن قلعها من غير أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم تملك صاحب الأدوات بالالتصاق وكان عليه أن يدفع تعويضا عنها لمالكها يزيد إذا كان مالك الأرض سيئ النية .

ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء ، أما إذا كان قد أدخل في بنائه تمثالا أو أثرا ثميناً أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء فلا يملكه بالالتصاق مطلقاً بل يجب قلعها ولو أحدث القلع ضرراً جسيماً بالبناء .

١٣٣ - الفرض الثاني : البناء على أرض الغير : إذا كان صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره فإنه يجب التفارقة بين ما إذا كان سيئ النية أو حسن النية .

فإذا كان سيئ النية فإن المادة (١١١٩) تقرر أنه « إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده في أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها ، فإذا كان القلع مضراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع » (المادة ٩٢٤ مصرى) . ومعنى هذا أنه إذا كان الباني أو الغارس سيئ النية أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له ، وبني أو غرس على الأرض دون رضا صاحبها ، كان لهذا الأخير أن يختار بين طلب الإزالة على نفقة الباني أو الغارس وإعادة الشيء إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وبين تملك المنشآت بالالتصاق ودفع قيمتها مستحقة للقلع .

ومعرفة كون الباني أو الغارس حسن النية أو سيئها مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع . والعبرة في حسن النية أو سيئها هو وقت الغرس أو إقامة المنشآت . وحسن النية مفترض وعلى من يدعى خلاف هذا الافتراض أن يقيم الدليل عليه . ولعل من المفيد أن نذكر هنا حكم الشريعة

الاسلامية في هذه المسألة ، واقتصر في هذا على ما ذكره الفقيه الحنبلي الكبير (ابن قدامة) فقد جاء في كتابه (المغنى) « اذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الارض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك ... لما روى عن سعيد بن زيد ... ان النبي (ص) قال « ليس لعرق ظالم حق » وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث انه قال لقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في أرض رجل من الانصار فاختصما الى النبي (ص) ففضى للرجل بارضه وقضى للآخر ان ينتزع نخله ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفرغه ... واذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الارض الى ما كانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته ، وان أراد صاحب الارض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض أخذه ، وان طلب أخذه بقيمته وأبى مالكة الا القلع فله القلع لانه ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ قيمته لانها معاوضة فلم يجبر عليها والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه « (١) .

وفهم مما نقلناه عن هذا الفقيه ان الحكم في الشريعة الاسلامية لا يختلف عما يقضى به القانون المدني الا في ان القانون المدني يعطى للمالك الارض الخيار بين طلب القلع وبين تملك المحدثات أو الغرس بقيمتها مستحقة القلع مع ان الشريعة الاسلامية لا تعطيه مثل هذا الخيار .

١٣٤ - واذا كان الباني حسن النية فانه يجب تطبيق أحكام المادتين (١١٢٠ و ١١٢١) وتقضى أولاها بأنه « اذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعى فان كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الارض كان للمحدث ان يملك الارض بثمان مثلها ، واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الارض ان يملكها بقيمتها قائمة » .

(١) المغنى ج ٥ ص ٢٤٤ - ٢٢٥ باختصار .

ويفهم من نص هذه المادة انه لا يكفي لاعتبار الباني حسن النية ان يعتقد انه مالك للارض التى يقيم عليها البناء أو الغراس أو المنشآت وانما لابد ان يستند اعتقاده هذا على (زعم سبب شرعى) كما يقول المشرع العراقى وفقهاء الشريعة ، أو على سبب صحيح كما يقول فقهاء القانون المدنى • وستولى شرح معنى السبب الصحيح عند الكلام عن الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية ونكتفى هنا بأن نقرر ان العبرة بحسن النية أو سوءها هو وقت البناء أو وقت الغراس ، ومع هذا فقد جرى القضاء على ان واضع اليد الذى ترفع عليه دعوى الاستحقاق يجب اعتباره سىء نية بعد رفع هذه الدعوى فاذا ما اقام بعدها منزلا أو بناء على الارض فانه يلزم فى حالة نجاح الدعوى بهدم البناء أو بتملكه للمالك الارض بقيمته مستحق القلع على ما مر فى شرح المادة (١١١٩) •

فاذا كان الباني أو الغارس حسن النية أى يستند الى سبب صحيح أو الى زعم سبب شرعى فإنه اذا كانت المحدثات أو الابنية التى أقامها تزيد قيمتها على قيمة الارض كان له ان يملك الارض بثمن مثلها واذا كانت قيمة هذه المحدثات أو الابنية تساوى قيمة الارض أو تقل عنها تملكها مالك الارض بقيمتها قائمة لا مستحقة القلع • وهذا الحكم تطبيق للقاعدة التى تقرر ان الفرع يتبع الاصل أو لقاعدة التابع تابع كما تقول المجلة •

وهذا الحكم الذى قرره المشرع العراقى فى المادة المتقدمة لا يتفق مع ما يقرره المشرع المصرى فى المادة (٩٢٥ منه) الذى تقضى بأنه " ١ - اذا كان من أقام المنشآت المشار اليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية ان له الحق فى اقامتها فلا يكون لصاحب الارض ان يطلب الازالة وانما يخير بين ان يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو ان يدفع مبلغا يساوى ما زاد من ثمن الارض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها • ٢ - الا أنه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجساماة يرهق صاحب الارض أن يؤدى ما هو مستحق عنها كان له ان يطلب تملك الارض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل • " ومعنى هذا انه لا يملك الباني الارض حتى ولو زادت قيمة المحدثات

على قيمة الارض كما هي الحالة فى القانون المدنى العراقى وإنما يكون لمالك الارض ان يدفع قيمة هذه المحدثات قائمة أو مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الارض ، وله اذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة لا يستطيع معه ان يؤدى ما هو مستحق عنها ان يطلب تملك الارض للبائى نظير تعويض عادل وهذا كله اذا لم يطلب البائى نزع المحدثات ولم يكن نزعها يلحق ضررا جسيما بالارض .

وتقضى المادة (١١٢١) بأنه « اذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على غير أرضه باذنه فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه فلا يجوز لصاحب الارض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ان يؤدى اليه قيمتها قائمة » . ويترب على هذا انه اذا كان البائى قد حصل على اذن مالك الارض فان الاتفاق المبرم بينهما يحدد مصير المنشآت فاذا لم يتم الاتفاق بينهما على مصير المنشآت فانه لا يجوز لصاحب الارض ان يطلب ازالة هذه المنشآت وإنما هو يستطيع تملكها بالاتصاق وذلك بأن يدفع الى البائى قيمتها قائمة ، أى قيمة المواد وأجر العمل ، هذا اذا لم يطلب البائى ازالة ما بناه .

١٣٥ - الفرض الثالث : البناء على أرض الغير بأدوات مملوكة لشخص ثالث : عالجت هذا الفرض المادة (١١٢٢) بنصها على انه " اذا أحدث شخص غراسا أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لغيره على أرض أحد فليس لمالك المواد ان يطلب استردادها وإنما له ان يرجع بالتعويض على المحدث كما ان له ان يرجع على صاحب الارض بما لا يزيد عما هو باق فى ذمته للمحدث من قيمة تلك المحدثات » (م ٩٣٠ مصرى ، ٨٩١ سوى) .

ويقهم من هذه المادة انه لا يجوز لصاحب المهمات ان يطالب باستردادها وذلك لانها فقدت صفقتها كمنقولات وأصبحت عقارات بطبيعتها ، وإنما يحق لمالكها ان يرجع بالتعويض ، وهو يرجع على البائى الذى أخذ هذه المهمات غير المملوكة له ، ولو اتنا طبقنا أحكام القواعد العامة لقلنا بأن مالك المهمات يرجع على البائى ، ثم يرجع البائى على صاحب الارض وانه لا يستطيع مالك المهمات أن

يرجع مباشرة على مالك الارض • هذا ما تقتضى به القواعد العامة غير ان المشرع العراقي (ومثله السوري والمصري) آثر ان يعطى للمالك المهمات دعوى مباشرة قبل صاحب الارض يرجع بمقتضاها عليه بما يكون للباني في ذمته ، وذلك لان الباني قد يكون سىء النية وعندئذ لا يستحق من مالك الارض سوى قيمة المهمات مستحقة القلع ، اما مالك هذه المهمات فهو يستحق قيمتها وقت الاستعمال مع التعويض اذا كان الباني سىء النية أى يعلم ان هذه المهمات غير مملوكة له • واحب ان الفت النظر الى ان الباني قد يكون سىء النية بالنسبة لوضع يده على الارض وحسن النية بالنسبة للمهمات ، وقد يحدث العكس •

١٣٦ - وتقتضى المادة (١١٢٣) بأنه « اذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة فتقسم فان أصاب ذلك البناء حصّة بانيه ملكه وان أصاب حصّة الآخر فله ان يكلف الباني بالهدم » •

لما كانت القسمة كما عرفنا كاشفة بالنسبة للعين التي انصبت عليها فان مضير البناء على جزء من هذه العين يتوقف على نتيجة القسمة ، وعلى هذا فانه اذا بنى أحد الشركاء في عين قابلة للقسمة على هذه العين دون اذن بقية الشركاء فانه لا يجوز لهؤلاء ان يلزموه بقلع البناء بالرغم من انه يعلم ان العين مشتركة بينه وبين الآخرين وانما لابد من الانتظار الى نتيجة القسمة ، فاذا وقع البناء في حصته ملكه ، واذا وقع في حصّة غيره عد الباني بانيا في ملك الغير ولما كان سىء النية فانه يجوز لمن وقع البناء في حصته ان يلزمه بهدمه أو ان يملكه بقيمته مستحق القلع •

١٣٧ - وتقتضى المادة (١١٢٤) انه « اذا بذر اجنبى في أرض الغير بدون اذنه ونبت البذر كان للمالك الارض الخيار في ان يملك البذر بمثله أو ان يترك الارض بيد الاجنبى حتى الحصاد ، بأجر المثل » • وقد اقتبس المشرع العراقي هذا النص عن المادة (٢١) من قانون المحاكم الصلحية • والنص واضح لا يحتاج الى شرح •

ثانيا : الالتصاق بالمنقول

١٣٨ - لقد كان للالتصاق بالمنقول أهمية كبيرة في القانون الروماني بل وفي
فقه الشريعة الإسلامية ، ولقد تأثر المشرع الفرنسي على عاداته بالقانون
الروماني فخصص للالتصاق بالمنقول ثلاث عشرة مادة (٥٦٥ - ٥٧٧) •
غير ان المشرع العراقي آثر تقرير الواقع الذي جعل أهمية هذا النوع من
الالتصاق ضئيلة الى حد بعيد وعلى الاخص بعد ان قرر قاعدة (الحيازة في
المنقول سند الملكية) (م ١١٦٣) ولهذا فان المشرع العراقي لم يخصص
لهذا النوع من الالتصاق سوى مادة واحدة هي المادة (١١٢٥) التي تقرر
انه « اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف
أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاء وقدر
ملك صاحب المنقول الاكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته » • ولا يعنينا في
هذا المؤلف الموجز ان نعدد أنواع الالتصاق بالمنقول أو صوره كما انه
ليس من المهم ضرب الامثلة له • ولكننا نكتفي هنا بأن نلفت النظر الى انه
يشترط لتملك المنقول بالالتصاق ان يكون اتصال المنقولين بحيث لا يمكن
فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ، وان يكون الالتصاق قد وقع قضاء
وقدرا ، وان لا يكون بين المالكين اتفاق بشأن مصير هذين المنقولين ، ومعنى
هذا انه اذا (الصق) مالك منقول منقوله بمنقول مملوك لشخص آخر
فانه لا يملكهما حتى ولو كانت قيمة منقوله أكثر من قيمة المنقول الثاني •

المطلب الثاني

العقد

١٣٩ - لم يورد المشرع العراقي بصدد العقد كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية غير نصين قرر في أولهما أن العقد يصلح كقاعدة عامة سببا لنقل الملكية في المنقول وفي العقار غير ان انتقال الملكية في العقار لا يتم الا باتباع طرق شكلية خاصة يرسمها قانون خاص ، وقرر في ثانيهما ان الاخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض .

ونحن لا يعني هنا ان نبين معنى العقد واركانه وطريقة انتقال الملكية في العقار وفي المنقول ، فلك من مواضع نظرية الالتزامات . وانما نقصر كلامنا في هذا المطلب على بيان أحكام شهر التصرفات العقارية ونلخص هنا أهم الأحكام التي انطوى عليها نظام الطابو الصادر عام ١٩٤٣ .

١٤٠ - لقد كانت الثروة العقارية منذ عهود سحيقة في القدم محلا لعناية المشرع الخاصة ولهذا فقد حرص المشرعون على احاطة التصرفات التي تنصب على الملكية العقارية أو أى حق عيني عقارى بضمانات تتناسب مع هذه الأهمية وتكفي للفت نظر المتعاقدين الى خطورة العمل الذي يقدمان عليه ، ولسنا نريد في هذا المؤلف الموجز ان نتبع تطور نظام التسجيل في البلدان الاجنبية أو في العراق ، ولهذا نكتفى بالقول بأن المشرع العراقي أصدر القانون رقم (٥٩) لسنة ١٩٣٥ الذي تقضى المادة الثانية منه بأن « معاملات الاموال غير المنقولة التي يجب ان تجرى وتسجل في دوائر الطابو هي كل ما من شأنها انشاء حق تملك أو تصرف أو انتقال أو تقييد تصرف أو

تغييره أو زواله كالباع والفراغ والهبة والارث والانتقال والتفويض والاستملاك والقسمة والافراز والتوحيد والمبادلة والوصية والوقف والتأمين لقاء دين أو كفالة سواء نشأت عن عقود أو خليفة أو أسباب قانونية أو شرعية » • واستنادا الى المادة الرابعة من هذا القانون صدر نظام الطابو (٢٦) لسنة ١٩٤٣ •

١٤١ - تقرر المادة السابعة عشرة من هذا النظام انه « تتألف قيود الطابو من الانواع الآتية :

١ - القيود التي بذاتها لا تثبت الملكية بل تعتبر من الدلائل لاثباتها وان الاموال غير المنقولة المقيدة فيها تكون تابعة لمراسم المجدد الاعتيادية وهي :

أ - سجلات الاساس أو التحرير التمهيدى التى نظمت أو تنظم عند فتح دائرة الطابو وقبل البدء فى المعاملات التصرفية أو التى نظمت بعد فتح دائرة الطابو أو بعد قبول المعاملات التصرفية وذلك لغرض تجديد شكل التحرير التمهيدى على أساس الوحدات الادارية للالوية أو الاقضية أو النواحي أو القرى أو المقاطعات أو لاسباب أخرى تتطلبها تشكيلات دوائر الطابو •

ب - قيود التحقق للتفتيش « اليوقلمه » المنظمة لاغراض الدائرة بغية وضع قيود عن الاملاك وعائديتها (؟ !) ضمن مناطق معينة وذلك تمهيدا لاعطاء سندات بالاموال غير المستحصل بها قبلا سندات حسب الاصول المتبعة وقتئذ •

٢ - القيود التى تفيد الملكية والتى لا يمكن معارضتها أو ابطالها الا بأمر المحكمة المختصة وهى :

أ - قيود التحصيل للتفتيش « اليوقلمه » التى تصدر منها سندات التملك بعد دفع رسومها وتكون عادة منقولة من قيود التحقق للتفتيش « اليوقلمه » •

- ب - القيود الدائمة التي تسجل فيها معاملات وعقود التملك والتصرف التي تجرى اعتياديا وتصدر منها السندات •
- ج - قيود الحاصلات المصدقة والصادرة في عهد الحكومة العثمانية عند فقدان سجلاتها الاصلية وتعتبر صورها كالاصل أيضا •
- د - دفاتر الحاصلات المصدقة والصادرة في دورى الاحتلال والحكومة العراقية سواء بوجود قيودها أم بفقدانها •
- هـ - قيود التسوية التي تسجل فيها معاملات الاموال غير المنقولة الجارية تسويتها وفقا لقانونها الخاص •

٣ - قيود العقود المؤقتة وهى :

- أ - قيود الرهن التي سجلت فيها عقود الرهن الاعتيادى والبيع والافراغ بالوفاء ، بالوكالة الدورية •
- ب - قيود الفك التي تدون فيها معاملات فك الرهن أو البيع والافراغ بالوفاء الجارية اعتياديا •
- ج - قيود المدانيات التي تدون فيها عقود وضع الاموال غير المنقولة توثيقا للدين مع قسمتها بالطرق الاعتيادية •

- ٤ - القيود المختلطة : المدونة فيها الانواع المبينة فى الفقرة (٢ - ب) والفقرة (٣ - أ - ب) بالتعاقب ويعتبر حكم كل نوع من المعاملات الداخلة فيها كحكم الصنف الذى تدخل ضمن شموله بمقتضى القرارات المذكورة •

١٤٢ - ويفهم من نص المادتين الاولى والثانية من قانون تسجيل الاموال غير المنقولة فى الطابو ان التصرفات والاحكام التي يجب تسجيلها هى : أ - ما لم يكن مسجلا من العقارات • ب - التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية •

١٤٣ - أ - تسجيل ما لم يكن مسجلا من العقارات : ويسمى هذا التسجيل بالتسجيل (المجدد) تقوم دائرة الطابو بتسجيل الاموال غير المنقولة مجددا باسماء مالكيها الحقيقيين أو ورثتهم واصدار سندات طابو باسمائهم حسب القواعد المقررة فى نظام الطابو • ويشترط أن تكون الاموال المذكورة : -

- ١ - غير مسجلة سابقا فى قيود الطابو •
 - ٢ - مسجلة سابقا ولكن قيودها وسندات مفقودة •
 - ٣ - مسجلة سابقا وسندات مفقودة وقيودها ممزقة ومشوهة بدرجة لا يمكن معها اتباع غير طريقة التسجيل المجدد •
 - ٤ - مسجلة سابقا وقيودها مفقودة وسندات أو صورها ممزقة أو مشوهة أو غير مصدقة تصديقا يمكن اتخاذه أساسا للتأييد •
 - ٥ - اذا كانت القيود الموجودة ليست من القيود المعدة لاصدار سندات تملك منها كقيود التحقق أو الأساس (م ١٦٠) •
- ويجب أن يستند سبب التملك فى معاملات التسجيل المجدد الى أحد الاسباب الآتية :-

١- الارث • ٢- الشراء أو الانتهاب • ٣- الانشاء •

واذا كان السبب يستند الى الارث أو الشراء أو الانتهاب فيعتبر ذلك لمرتبة واحدة بالنسبة الى المالك الاخير دون الرجوع الى حلقة متسلسلة من المالكين الاولين • هذا اذا كانت مدة تصرف المالك الاخير تبلغ نصاب مرور الزمان ، واما اذا نقصت عن ذلك فتضاف مدة تصرف المورث الى الوارث والبايع ، أو الواهب الى المشتري أو المتهب وهكذا الى أن تبلغ مدة التصرف النصاب القانونى حتى وأن ادى الامر الى الرجوع الى اكثر من مرتبة واحدة (م ١٦٢ ن • ط) •

وقد فصل نظام الطابو بعد ذلك الاجراءات التى تتبع فى هذا التسجيل المجدد فقرر بأن التسجيل المجدد يجرى بناء على طلب تحريرى يتضمن طلب فحص القيود وذكر الايضاحات اللازمة عن العقار ثم تقوم هيئة من بعض الخبراء وذوى الشأن بالكشف على العقار ، وبعد انتهاء مراسم الكشف يعلن طلب التسجيل لمدة ثلاثين يوما فاذا لم يقع اعتراض خلال هذه المدة ارسلت الاوراق الى المجلس الادارى المختص لاجل تصديق التسجيل فاذا صدق على التسجيل أرسلت الاوراق الى مديرية الطابو العامة لتدقيقها فاذا تبينت صحتها اعادتها الى

الدائرة المختصة لقبض رسومها وتسجيلها • وإذا وجدت فيها نقصا أوصت باستكماله • (م ١٦٣ - ١٦٧) وقرر بأنه إذا كان التسجيل المجدد يستند الى حكم صادر من محكمة مختصة ومكتسب الدرجة القطعية وعليه الصيغة التنفيذية (نفذ اجرائيا) فان الحكم المذكور يتخذ أساسا للتسجيل دون حاجة الى الاعلان أو مصادقة المجلس الادارى (م ١٦٨) •

وإذا وقع اعتراض على التسجيل مجددا خلال المدة المعلن عنها (٣٠ يوما) فانه يجوز لدائرة الطابو أن تضرب موعدا للمعتراض لا يزيد على ثلاثين يوما لمراجعة المحكمة وتؤخر المعاملة خلالها حتى اذا ما انتهت المدة ولم يرد اشعار من المحكمة بالتأخير أو سحب المعتراض اعتراضه يباشر فى المعاملة من النقطة التى كانت قد وقفت عندها ، واما اذا كانت مدة الاعلان منتهية فيجوز تبليغ المعتراض بمراجعة المحكمة بدون تعيين مدة أو تأخير المعاملة (م ١٧٠) •

وإذا طلب التسجيل من لم يكن واضع يد واعترض على ذلك واضع اليد يرفض طلب التسجيل ويبلغ الطالب بمراجعة المحكمة لرفع يد المعتراض ولا حاجة الى تحديد مدة لمراجعة المحكمة ، ولا يمنع ذلك من قبول طلب التسجيل اذا قدمه واضع اليد (م ١٧١) • وإذا طلب التسجيل واضع اليد واعترض شخص عليه وكان الاعتراض قبل انتهاء مدة الاعلان يبلغ المعتراض بمراجعة المحكمة خلال ثلاثين يوما لاثبات ملكيته وبعد ذلك يستمر فى اجراء المعاملة من النقطة التى وصلت اليها (م ١٧٢) وإذا ثبت وضع يد كل من المعتراض وطالب التسجيل وكان الطرفان يدعيان الاستقلال بالمال فيوجهان الى المحكمة لاثبات ما يدعيه وتمتنع دائرة الطابو عن التسجيل باسم احدهما الى حين الفصل فى النزاع (م ١٧٣) وإذا ثبت وضع يد كل من طالب التسجيل والمعتراض وكان احدهما يدعى الاشتراك ويدعى الآخر الاستقلال بالمال فيوجه من يدعى الاشتراك الى المحكمة خلال ثلاثين يوما هذا اذا كان طالب التسجيل هو المدعى بالاستقلال ، أما اذا كان طالب التسجيل يدعى الاشتراك فتمتنع دائرة الطابو من قبول التسجيل ما لم يستحصل حكما من المحكمة يؤيد صحة ما يدعيه

(م ١٧٤) • وإذا طلب التسجيل شخص واعترض آخر وادعى كل منهما وضع اليد وتعذر تعيين واضع اليد منهما يوجهان الى المحكمة وتمتع دائرة الطابو عن التسجيل الى حين الفصل في النزاع (م ١٧٥) • وإذا كان العقار منتقلا بالارث وطلب قسم من الورثة التسجيل باسمهم مستقلا استنادا الى الشراء من المورث أو من الورثة الآخرين فلا يجوز التسجيل باسم قسم منهم بل يجرى التسجيل باسم الورثة جميعا حتى ولو كان بعضهم غير واضح يد (٦) أما اذا كان بيد طالب التسجيل اوراق رسمية تثبت صحة الشراء أو اعتراف من باقى الورثة بصحة البيع فيجوز التسجيل باسم طالب التسجيل مستقلا (م ١٧٦) • وإذا طلب تسجيل العقار وظهر أنه مقسوم بين الشركاء قسمة خارجية وقد استعمل كل فريق ما اصابه ومضى على القسمة المذكورة خمسة عشر عاما وكان كل قسم قائما بحدوده حسب العرف المحلى يسجل ذلك القسم مجددا باسماء اصحابه ويستوفى رسم المجدد فقط ، وإذا اعترض أحد المتقاسمين مدعيا بقاء الشيوع يبلغ بمراجعة المحكمة خلال ثلاثين يوما وان لم يرد اشعار من المحكمة خلالها يستمر فى اجراء التسجيل (م ١٨٣) • ثم عرض النظام المذكور بعد هذا التسجيل اموال الخزينة والوقف والمقابر ، والغابات والانهار الخاصة المملوكة والصهاريج تسجيلا مجددا مما لا نرى حاجة الى ذكره ويكتفى بالرجوع الى مواد هذا النظام المعقد الذى ينبغى أن يعاد النظر فيه فورا بعد تطبيق القانون المدنى •

١٤٤ - ب - تسجيل الاسباب والتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية :

قلنا ان المادة الثانية من قانون التسجيل تنص على أن « معاملات الاموال غير المنقولة التى يجب أن تجرى وتسجل فى دائرة الطابو هى كل ما من شأنها انشاء حق تملك أو تصرف أو انتقال أو تقييد تصرف أو تغييره أو زواله » • وقد فصل نظام الطابو فى الباب الثانى منه هذه الاسباب والتصرفات التى يجب تسجيلها ونحن نلخص هنا أهم أحكام هذا النظام •

١٤٥ - أولا - البيع والافراغ : ينظم لكل عقار يراد بيعه أو افراغه

رضاء في دائرة الطابو بيان مصدق من هيئة المحلة أو المقاطعة يتضمن أ - اوصاف المال كالحدود والمساحة والجنس والتنوع والرقم واسم الوحدة الادارية والموقع والشارع وما اذا كان مستقلا أو شائعا ، وفي حالة الافراغ يؤيد أن المال لم يترك أو يعطى من الزراعة مدة تزيد على ثلاث سنوات • ب - هوية المتعاقدين الكاملة كالاسم والشهرة والجنسية ج - مقدار البدل وما اذا كانت هناك شروط أخرى تخص البدل أو محل محله ، واذا كان الافراغ بدون بدل فيجب أن يذكر هذا في البيان • واذا كان البائع أو المفرغ قد عين بدلا واحدا في الوكالة لاكثر من مال واحد يجب تعيين بدل كل مال على حدة بالاتفاق بين الوكيل والمشتري أو المتفرغ (المفرغ له) ولا تسري هذه القاعدة على وكيل المشتري أو المتفرغ (المفرغ له) ما لم يفرقها الوكيل نفسه أو من يقوم مقامه قانونا • د - عدم وجود محذور أو مانع من جراء العقد كالصغر والجنون والحجر والافلاس والوفاة ، هذا اذا لم يكن هناك وكالة يتعلق بها حق الغير (م ٣٩) • ويلاحظ أن الفقرة (ج) من المادة المذكورة تشير الى حالة ابرام العقد بطريق الوكالة ، وهي تفرق في هذا بين الوكالة عن البائع والوكالة عن المشتري فاذا وكل البائع غيره لابرام عقد البيع أو الافراغ وكان العقد قد انصب على عدة عقارات فإن الفقرة السالفة تتطلب بيان بدل كل عقار على حدة وتعطى للوكيل بالاتفاق مع المشتري تسمية بدل كل منها • اما اذا وكل المشتري غيره فإن الفقرة السالفة لا تعطى للوكيل مثل هذا الحق وانما لا بد من الرجوع الى المشتري نفسه أو نائبه وهذا الحكم منتقد اذا ما هو السند القانوني الذي استند اليه واضع النظام في لزوم بيان ثمن كل عين اذا كانت بضعة عقارات قد بيعت أو افرغت جملة واحدة وبصفقة واحدة بثمان اجمالى لها جميعا ؟ هل أراد المشرع بهذا النص النزول عند ارادة موظفي دائرة الطابو والتخفيف عنهم حتى لا يحاروا في اثبات ثمن كل عين أمام سجلها المخصص لها ، وهل يصعب حقيقة على موظفي الطابو أن يشتوا أمام كل عين أن ثمنها وثمان العين المرقمة (كذا) قدره (كذا) ديناراً ؟ وما هي الحكمة من معاملة وكيل البائع ووكيل المشتري

معاملة مختلفة ؟ إن هذا النص مثال بسيط لأمثلة الفوضى التشريعية التي يمر بها العراق منذ عهد ليس بالقريب^(١) . ويلاحظ كذلك ان المادة السالفة تشترط مصادقة هيئة المحلة أو القرية أو المقاطعة على البيان ، ونحن لا نجد في أى تشريع حديث مثل هذا الاشتراط وهو ليس الا أثرا من مخلفات القرون الوسطى .

وعلى دائرة الطابو - بعد تسلمها البيان - أن تدقق قيد العقار ومحفظته للتأكد من صحة البيان المذكور ومستنداته ومن عدم وجود ما يمنع العقد كالجزء والرهن والتأمين والتأخير ، أو كون البائع أو المفرغ مقلسا ولم يصلح ارباب ديونه أو كان المال ممنوحا باللزمة ويتطلب مصادقة السلطة الادارية أو كان واقعا في احدى مناطق التسوية التي لم تنته فيها أعمال التسوية بدون اذن السلطة المختصة على أن نشرح نتيجة التدقيق في الأوراق ويصدقها الموظف أو الموظفون المسؤولون ، وللدائرة أن ترفض الطلب اذا ظهر لها - عدم امكان بيع المال أو افراغه لوجود شائبة فيه ، أو لتوقيف قيده من اجل نقص يستلزم التوقيف أو لاسباب أخرى . ب - عدم امكان قبول تصرفات البائع أو المفرغ ج - عدم امكان قبول تصرفات المشتري أو المفرغ له (م ٤٠) .

ويجب أن يلاحظ أن كلا من الرهن التأميني والرهن الحيازي لم يعد سببا يحول دون ابرام عقد البيع أو الافراغ فقد قررت المادة (١٢٩٥) بالنسبة للرهن التأميني « يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنا تأمينيا وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن » وقررت المادة (١٣٣٤) بالنسبة للرهن الحيازي أنه « يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهنا حيازيا وأى تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن » .

وتقرر المادة (٤١) من نظام الطابو أنه « يتم عقد البيع أو الافراغ باعتراف الطرفين المتعاقدين بالايجاب والقبول بحضور موظف الطابو المسئول وحضور شاهدين على الاقل يشهدان العقد ويعرفان شخصية المتعاقدين . ويصدق هؤلاء

(١) انظر ولفنا في البيع ف ١٥٠ .

جميعهم شرح الاعتراف الواجب تدوينه على الاوراق والسجل ، واذا كان الاعتراف واقعا خارج الدائرة يجرى التصديق على الاوراق فقط أما السجل فيصدقه الموظف الذى قام بأخذ الاعتراف ، وتتبع القواعد القانونية العامة بشأن الشهود وشهاداتهم * وتعرض المادتان الثانية والاربعون والثالثة والاربعون لأخذ الاعتراف بطريقة الاستنابة ومدى مسؤولية الدائرة التى قامت بأخذ الاعتراف عن صحة البيانات * وتقرر المادة (٤٤) حالة ما اذا توفى من رسا عليه المزارد قبل أن يتم التسجيل فى دائرة الطابو فتجيز التسجيل باسمه أو باسم ورثته مباشرة وفى هذه الحالة يستوفى رسم البيع أو الافراغ على حسب الاموال دون رسم الانتقال * وتقرر المادة (٤٥) أنه لا يجوز لموظف الطابو أن يقبل الشراء أو التفرغ لنفسه أو لاولاده أو لاقاربه الذين لا تجوز شهادتهم له قانونا ويجوز أن ينوب عنه فى أخذ الاعتراف موظف آخر من دائرة الطابو .

وتقرر المادة (٤٦) أنه لا يجوز قبول البيع أو الافراغ على المحدثات دون الارض أو بالعكس اذا كانتا مسجلتين فى قيود الطابو تسجيلا لا يختلف معه اشتراك صاحب الارض عن صاحب المحدثات * أما اذا كانتا مسجلتين ولكن يوجد اختلاف فى الاسماء أو فى السهام والحصص بين الارض والمحدثات فيجوز اجراء المعاملة على احدهما دون الاخرى اذا كانت هذه المعاملة تؤدى أو تمهد السبيل الى تساوى الاسماء ومقادير الحصص والسهام بينهما * ويستثنى من ذلك المحدثات المشيدة أو المغروسة على المقاطعات الوقفية وامثالها من القضايا التى تقضى الضرورة بعدم تملك صاحب المحدثات حقا فى الارض يماثل حقه فى المحدثات .

والرأى عندى ان هذه المادة تعارض مع احكام القانون المدنى ولهذا فانها تعتبر ملغاة ، وذلك أن القانون المدنى نظم ملكية الطبقات (م ١٠٨٢ - ١٠٨٦) فلا مانع فيه من أن يمتلك المحدثات شخص والارض شخص آخر ، فضلا عن جواز اختلاف ملاك كل طبقة من طبقات البناء ، وليس فى بيع المنشآت دون الارض ما يخالف النظام العام أو الآداب فهو عقد صحيح * هذا عن المنشآت

القائمة بالفعل أما تلك التي ستنشأ على الارض فلا مانع كذلك من تسجيلها باسم شخص غير مالك الارض على سبيل المساطحة فقد قررت المادة (١٢٦٦) أن هذا الحق يخول صاحبه اقامة بناء أو منشآت على أرض الغير بمقتضى اتفاق يحدد حقوق هذا المساطح والتزاماته وانه يجب تسجيل هذا الحق في دائرة الطابو .

وتقرر المادة (٤٧) أن البيوع والافراغات بالمزايدة التي تقوم بها الدوائر الرسمية المخولة اذا طلب تسجيلها في دائرة الطابو وظهر ان قيودها مفقودة أو ان بعضها غير مسجل أو تابعة لمراسم قانونية أخرى ، يجب اكمال تلك النقاط قبل التسجيل واذا تعذر اكمالها أو كان الاكمال يتعارض مع طلب التسجيل فعلى دائرة الطابو ان تبلغ ذوى العلاقة وتدعوهم الى مراجعة المحكمة خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً واذا لم يرد اشعار من المحكمة المختصة يجب اتمام التسجيل طبقا للطلب .

وتقرر المادة (٤٨) ان على دوائر الطابو ان تتأكد من جنسية المشتري أو المفرغ اليه أو طالب أية معاملة تصرفية أخرى ولها ان تكلفه ابراز وثائق رسمية بمقتضى القوانين المرعية تبين جنسيته الصحيحة وان العقود والمعاملات الجارية باسم شخص باعتباره عراقيا وظهر انه (يعتقد ؟ !) جنسية أخرى اجنبية تبطل ويعاقب الفاعل وفق ما تقتضيه القوانين المرعية . وتقرر المادة (٤٩) بان دائرة الطابو تقوم بتسجيل الوثائق التي صدرت من دوائر الطابو في عهد الحكومة العثمانية توثيقا للعقود ولم تسجل بوقتها في السجلات التصرفية وذلك بدون حاجة الى الاعتراف بشرط ان تكون تلك الوثائق صحيحة وخالية من الشوائب وان يكون المال مسجلا في الاصل في قيود الطابو .

١٤٦ - ثانيا : الارث والانتقال : تقرر المادة (٥٣) انه تجرى معاملات الارث في دائرة الطابو على : ١ - جميع الاموال غير المنقولة التي هي ملك صرف . ٢ - المسقفات والبساتين المحدثه قبل نشر قانون التصرف بالاموال غير المنقولة ، على ارض أميرية مفوضة أو موقوفة من قبيل التخصيص ويبقى هذا الصنف محتفظا بنوعه المذكور لغرض الارث مهما تكرر هدم البناء

وقطع الاشجار وتجديدها أو استبدالهما قسما أو كلا بنوع آخر من المحدثات بشرط ان تكون الفترة التي تمر بين الهدم والقطع وبين التجديد (معقولة) ؟
حسب العرف المحلى • وإذا بقيت الارض خالية بدون مبرر يتطلبه عمل التجديد ينظر فى أمر انتقالها حسب المادة (٥٤) ما لم يتحقق خلاف ذلك .
٣ - المسقفات والبساتين الموقوفة من نوع ذات المقاطعة المحدثه على الارض الموقوفة وقفا صحيحا • ٤ - الحصص العقارية •

وتقرر المادة (٥٤) انه تجرى معاملات الانتقال فى دائرة الطابو على :
١ - الاراضى الاميرية المفوضة • ٢ - الاراضى الاميرية الممنوحة باللزمة •
٣ - الاراضى الاميرية الموقوفة رسوما وقفا غير صحيح • ٤ - المسقفات والمستغلات الموقوفة ذات الاجارتين • ٥ - المسقفات والبساتين المحدثه بعد نشر قانون التصرف ، على الاراضى الاميرية المفوضة أو الموقوفة وقفا غير صحيح •

وتقرر المادة (٥٨) انه تتبع المراسم التالية لغرض تسجيل معاملات الارث والانتقال :

١ - على ذوى العلاقة ان يبرزوا قسما شرعيا أو وثيقة قانونية حسب مقتضى الحال ، وسند المال أو صورة قيده ويرفقوهما ببيان مصدق من هيئة المحلة أو القرية أو المقاطعة متضمنا اوصاف المال واسماء المتوفين وورثتهم أو اصحاب حق انتقالهم (؟) والسهام والحصص المطلوب اجراء المعاملة عليها ورقم وتاريخ القسم أو الوثيقة واسم المحكمة التى أصدرتها •
٢ - يجوز الاستغناء عن البيان والاكتفاء بالقسم والوثيقة عندما يكون الطلب مستندا الى مذكرة رسمية كالانتقال أو الارث للذين يجريان ضمن معاملات ازالة الشيوع والبيع والافراغات الاجرائية والاستملاكية ويجوز لمثل هذه الاغراض أيضا تأخير تسجيل الارث والانتقال لغير الطالبين ، وتجرى مراسيم البيع أو الافراغ بالمزايدة أو الاستملاك استنادا الى القسم أو الوثيقة مع سند المال أو صورة قيده • وتكون المحكمة أو الدائرة القائمة بالمزايدة أو الاستملاك مسئولة عن استيفاء رسوم الارث

والانتقال وتفرعاتها اذا وجدت وارسالها الى دائرة الطابو ، ويكون كل وارث أو صاحب حق انتقال مسئولاً عما يصيب استحقاقه من الرسوم ويجرى تسجيل الارث والانتقال مع البيع والافراغ بالمزايدة أو الاستملاك في وقت واحد حسب القواعد المقررة •

٣ - على دوائر الطابو ان تفحص القيد والاضارة لكل مال غير منقول وتتأكد من عدم وجود ما يمنع تسجيل المعاملة أو يؤخرها ، وفي حالة الانتقال تقوم بالتقسيم طبقاً للوثيقة القانونية ثم تستوفي الرسوم القانونية ويتم التسجيل •

وتقرر المادة (٥٩) انه يجوز اجراء معاملة الارث والانتقال على المال المؤمن أو المحجوز اذا كان في ذلك ما يساعد على تسهيل مهمة فك التأمينات أو رفع الحجز ويشترط ان يبقى المال محبوساً ولا تجرى عليه معاملة أخرى ما لم يرد الدين أو يرفع الحجز ، ويلاحظ على هذه المادة انها تجيز اجراء تسجيل معاملة الارث أو الانتقال على المال المرهون على شرط ان يكون ذلك مما يساعد على تسهيل فك الرهن ، وهذا الحكم يتعارض مع أحكام القانون المدني التي تجيز بيع العين المرهونة مع بقاء دين الدائن المرتهن واحب ان الفت النظر كذلك الى ان الموت لا يعتبر سبباً لسقوط الاجل لان الدين مضمون بهذا التأمين العيني (م ٢٩٦ ، ١٢٩٥) •

١٤٧ - ثم شرح النظام بأسلوبه الركيك وعباراته الغامضة التي تدل دلالة واضحة قاطعة على ان واضعيه ممن لم تستقر في اذهانهم أبسط القواعد العامة للصياغة التشريعية الفنية ، أقول ان هذا النظام تولى بعد هذا شرح تسجيل الاستملاك والهبة والصلح والتخارج ، والوصية ، والوقف •

ثم يعرض بعد ذلك للافراز ، والتوحيد ، والقسمة ، والمبادلة (المقايضة) • ونحن نكتفي بالنصوص التي أوردناها فيما تقدم •

١٤٨ - وقد قلنا مراراً ان الشكلية التي يقررها القانون بالنسبة لبعض العقود ، وهي العقود التي يكون من شأنها انشاء أو نقل أو تغيير أو انتهاء

حق عيني عقارى ، تعتبر ركنا من أركان هذه العقود فلا تنعقد بدونها ، ومعنى هذا ان العقد قبل التسجيل يعتبر فى نظر المشرع فى حكم العدم ، ومن المعلوم ان الشرط الجزائى التزام تبعى فبطلان الالتزام الاصلى يؤدى الى بطلانه ، فالشرط الجزائى الذى يتضمنه العقد الشكلى الذى لم يسجل بعد باطل لبطلان نفسه ، وعلى هذا فانه لا يجوز للمتعاقد ان يطالب به اذا اخل المتعاقد الثانى بالتزامه بان امتنع عن تسجيل العقد ، وليس امام الدائن فى هذه الحالة الا ان يطالب بتعويض مناسب على اساس المسؤولية التقصيرية لا على اساس المسؤولية التعاقدية وهذا ما تكاد تصرح به المادة (١١٢٧) بنصها على ان « التعهد بنقل ملكية عقار يقصر على الالتزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بعهده سواء اشترط التعويض فى التعهد أم لم يشترط » . فأحكام المحاكم العراقية التى كانت تقضى باحترام الشرط الجزائى فى مثل هذه الحالة تخالف الصفة التبعية للشرط الجزائى مخالفة صريحة واضحة . وينبغى ان لا نستهدى فى هذه المسألة بما تجرى عليه أحكام المحاكم المصرية لاختلاف نظام التسجيل عندنا عما هو عليه فى مصر ، فالمشرع العراقى يجعل الشكلية ركنا من أركان العقد على خلاف المشرع المصرى الذى يجعلها شرطا لانتقال الملكية أو الحقوق العينية الاخرى .

ومع هذا فاننا نستطيع ان نتلمس لقضاء المحاكم العراقية مخرجا فى أقوال الفقهاء ، ذلك ان بعض الفقهاء يقررون ان القاعدة التى تقضى بان بطلان الالتزام الاصلى لها بضعة استثناءات منها انه اذا ترتب على بطلان الالتزام الاصلى تعويضات فانه على الرغم من هذا البطلان يبقى الشرط الجزائى صحيحا ويضرب الفقهاء لهذا الاستثناء بيع ملك الغير لمشتري حسن النية اذا تضمن هذا العقد شرطا جزائيا^(١) ، ونضرب له قياسا على هذه الحالة ، العقود الشكلية التى لم تستوف الشكل المقرر قانونا .

ونكتفى بما تقدم عن العقد كسبب من أسباب الملكية وبه ينتهى المطلب الثانى .

(١) انظر مؤلفنا - أحكام الالتزام ط ٢ ف ٥٩ والمراجع المشار اليها فيه .

المطلب الثالث

الشفعة

١٤٩ - تمهيد وتقسيم : الشفعة لغة مأخوذة من الفعل (شفع) أى ضم أو راد ، وهى عند فقهاء الشريعة حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة (م ١١٢٨ ، ٩٥ مرشد الخيران ، ٩٥٠ مجلة ، ٩٣٥ مصرى) . وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من فقه الشريعة الاسلامية ذلك أن الشفعة ثابتة فى فقه الشريعة بالسنة والاجماع ، أما السنة فقد رويت عدة احاديث عن الرسول (ص) تثبت حق الشفعة منها قوله « جار الدار أحق بالدار » ومنها ما روى عنه أنه قال « قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » واما الاجماع فقد أخذ بها فى كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد من أئمة الاسلام ، وفى المغنى أنه لا يعلم فى ثبوتها خلاف لاحد الا لأبي بكر الاصم^(١) . وحكمة شرعها رفع ما قد يصيب الشريك من ضرر فى شركته واتقاء ما يتوقع من ضرر قد يحدث له أما بسبب مشاركته لشخص لا تؤمن عواقبه واما بسبب مجاورته فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع ردىء الخلق سيىء المعاشرة ، يضاف الى ذلك ما ينال الشفيع منها من سعة فى مسكنه قد تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافتقد به راحته والضرر يجب أن يدفع وأن يجتبى ما أمكن ذلك لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ولهذا كان شرع الشفعة متفقا مع اصول الشريعة العامة ومحققا لروحها وان كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود وما

(١) المغنى ج ٥ ص ٢٨٤ .

سن لعقودها من قواعد وما جعل لها من آثار اذ من الواضح ان الاخذ بالشفعة جبرا عن المشتري ينافى قاعدة اشتراط الرضا فى انتقال الملك من شخص الى آخر ، ولكنه استثناء دعت اليه المصلحة ، ولم ينل البائع ولا المشتري بسببه عظيم ضرر فقد توفر للبائع معه ما يبغي من مال عوضا عن ملكه وكان المشتري فى غنى عما اشتراه قبل شرائه وقد وجد من هو احق به منه ومن فى صرف الصفقة عنه الى غيره ظلم له ، فقدم عليه دفعا للاضرار به وتمكينا له من حقه (١) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية المصرية « وقد استقر رأى اللجنة بعد مناقشات طويلة على ابقاء الشفعة سببا لكسب الملكية لاعتبارات تاريخية ولان هذا النظام قد اصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا الى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع الى الرقبة من طريق الاخذ بالشفعة . على ان اللجنة اذا كانت قد انتهت الى استبقاء الشفعة فقد عملت من ناحية أخرى على التضييق فى الاخذ بها اذ هى قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيقت اللجنة فى الشفعة من ناحية الموضوع ومن ناحية الاجراءات فأوردت فى الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها اذ جعلت قرابة الحواشي المانعة من الاخذ بها تمتد الى الدرجة الرابعة ، واجازت ان يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع وانقصت المدة التى تسقط حق الاخذ بالشفعة الى ثلاثة اشهر من يوم تسجيل البيع (فى القانون العراقى ستة اشهر) وعالجت من ناحية الاجراءات مسألة هامة بروح التضييق فى الاخذ بالشفعة فأوجبت على الشفيع ان يودع الخزينة مبلغا يساوى على الاقل ثلث الثمن الحقيقى (فى القانون العراقى النصف) .

وقد اختلف فقهاء القانون المدنى اختلافا كبيرا فى تكييف الشفعة هل هى حق أولا ، واذا كانت حقا فهل هى حق عينى أو حق شخصى . وحسما لهذا الخلاف الطويل عرف المشرع المصرى الشفعة بانها « رخصة تجيز فى

بيع العقار الحلول محل المشتري في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها
في المواد التالية » (م ٩٣٥) .

غير ان المشرع العراقي لم يحدد حذو المشرع المصري فقد عرف الشفعة بانها « حق تملك العقار الخ » واذن فانا نتساءل هنا عن تكييف هذا الحق .
لقد ذهبت بعض المحاكم المصرية الى ان الشفعة حق عيني ثابت على العقار
وانه متى ترتب هذا الحق بمجرد حصول البيع فانه يكون تابعا للعقار في يد
أى كان ولا يزول عنه الا بمسوغ قانوني كالنزول عنه صراحة أو ضمنا
وعدم المطالبة به لمدة معينة . وذهب بعض الفقهاء الى هذا الرأي أيضا فقد
كان استاذنا (كامل مرسى) يرى ان الشفعة حق عيني عقارى ^(١) ، ويرى
استاذنا (عبد السلام ذهني) ان الشفعة حق شخصي بالنسبة للشفيع بالذات
أى ان حق الشفعة حق شخصي عيني ، شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة
للعقار المشفوع فيه ولذا سماه (دى هلتس) حقا شخصيا في الشيء وهو حق
عيني عقارى بالنسبة للعقار المشفوع فيه ^(٢) .

وذهبت بعض المحاكم وبعض الفقهاء الى ان الشفعة حق شخصي ، ويرى
استاذنا الجليل (الدكتور السنهورى) ان الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا
شخصيا وانما هي واقعة قانونية طبيعية تعتبر من أسباب اكتساب الملكية فهي
ليست بحق بل مصدر للحق ، ولا يصح ان يقال انها حق عيني أو شخصي
بالقدر الذى لا يصح ان يقال به ان العقد وهو مصدر للحقوق أيضا حق
عيني أو شخصي ، والاهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا هي انه لا يجوز
لدائى الشفيع ان يستعملوا الشفعة باسم مدينهم ^(٣) .

ونحن نرى ان الشفعة عبارة عن دعوى شخصية للحلول في حق
المشتري فهي ليست حقا من الحقوق العينية وذلك لان المشرع العراقي ذكر
الحقوق العينية على سبيل الحصر في المادة (٦٨) ولم يذكر الشفعة بين
هذه الحقوق .

(١) الاموال ص ٤٧٦ .

(٢) الاموال ف ٤٥٩ .

(٣) الموجز - هامش ص ٢١ .

بعد هذه الكلمة التمهيدية عن التعريف بالشفعة وتكييفها تتناول الكلام عنها في ستة فروع :

- أولها : لتحديد من له حق الشفعة .
- وثانيها : لبيان العقود التي تجيز الشفعة .
- وثالثها : لبيان ما تجوز فيه الشفعة .
- ورابعها : لاجراءات الشفعة وشروطها .
- وخامسها : لاحكام الشفعة .
- وسادسها : لسقوط الشفعة .

الفرع الاول

من له حق الشفعة

١٥٠ - تقرر المادة (١١٢٩) أنه « ثبتت الشفعة : أولا للشريك في العقار الشائع • ثانيا للخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع • ثالثا للجار الملاصق في الحاليتين الآتيتين : أ - اذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من الدور أو من الاراضي المعدة لبناء الدور • ب - اذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو كان لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع » . وتقرر المادة (١١٣٠) انه « ١ - يعتبر الشريك في ارض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ويأتي في مرتبته بعد الشريك في الشيوع مباشرة • ٢ - واذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين اعتبر كل منهما جارا ملاصقا للآخر » • (تقابل المادة ٩٣٦ مصرى ، وينبغي ان يلاحظ ان القانون المدني السوري النفي الشفعة وجاء في مذكرته الايضاحية انه الغاها لانها في الواقع من الحقوق الضعيفة ولان الحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الاخذ بها) • وتتولى الان شرح المادة العراقية المتقدمة •

١٥١ - أ - الشريك فى الشىوع : جعل المشرع العراقى الشريك فى الشىوع فى المرتبة الاولى من أصحاب حق الشفعة ولا عبء بعد هذا بالمصدر القانونى الذى نشأت حالة الشىوع عنه فقد يكون ميراثا أو وصية أو عقد بيع أو هبة ، ولا عبء بشخص المشتري فقد يكون اجنيا وقد يكون احد الملاك على الشىوع وهذا على خلاف ما يقرره المشرع المصرى الذى يقصر حق الشريك فى الاخذ بالشفعة على حالة ما اذا كان المشتري اجنيا وقد عرفنا عند الكلام عن الملكية المشاعة ان تصرف الشريك فى حصته المشاعة قد ينصب على جزء مفرز من هذه العين وان هذا التصرف يعتبر صحيحا ولكنه يكون موقوفا على نتيجة القسمة فاذا وقع هذا الجزء فى نصيب البائع نفذ البيع اخذا بفكرة الاثر الرجعى للقسمة وبطبيعتها الكاشفة وان وقع فى حصة غيره بطل^(١) . وتساءل الان عما اذا كان يجوز لبقية الشركاء الاخذ بالشفعة فى هذه الحالة ؟ يذهب شراح القانون المدنى المصرى الى ان مثل هذا البيع يعطى لبقية الشركاء حق الشفعة ويقررون ان نفاذ الشفعة ، كاليبيع نفسه ، يبقى معلقا على نتيجة القسمة . والى هذا الرأى ذهب بعض المحاكم المصرية فقد قضت احداها « ان البيع على التحديد (أى بيع جزء مفرز) ممن يملكون على الشىوع غير باطل اصلا ولكنه قابل للبطلان فلا تمتنع الشفعة فيه لان البيوع الفاسدة اى القابلة للبطلان والبيوع الموقوفة على شرط تعتبر جميعها مشروعة اصلا وتترتب عليها نتائجها القانونية ولذلك تجوز فيها الشفعة وفقا للقانون » .

ونحن نرى انه لا يصح الاخذ بهذا الرأى فى فقه القانون المدنى العراقى وذلك لان البيع فى هذه الحالة وان كان صحيحا الا انه (موقوف) على نتيجة القسمة والعقد الموقوف عقد لا يترتب عليه أى أثر ومعنى هذا ان ملكية البائع لا تزال باقية له فلا يصح اخذ هذه الحصة المفروزة بالشفعة لان الاخذ بالشفعة يشترط فيه زوال ملكية البائع عن المبيع وفى هذه الحالة لم

(١) ف ٦٥ من هذا المؤلف .

تزل ملكية البائع باقية له كما قلنا •

ويلاحظ ان المقصود بالشريك هنا هو الشريك في العقار المبيع نفسه
ويترتب على هذا انه اذا ملك شخص ارضا زراعية على سبيل الاستقلال ملكية
خالصة له وكانت فيها آلة للرى مملوكة على سبيل الشيوع بينه وبين شخص
آخر ثم باع مالك الارض أرضه وحصته من آلة الرى فانه لا يجوز للشريك
في هذه الآلة ان يطالب بالشفعة •

١٥٢ - ب - الحليط في حق ارتفاق للعقار المبيع : - ولفظ الحليط
هنا معناه الشريك ولهذا قال شارح المجلة (على حيدر) انها من باب التفنن
في العبارة ؟! •

فاذا اشترك عقاران في حق ارتفاق كحق مرور المجرى أو شرب ،
وبيع أحد هذه العقارين فانه يجوز للمالك العقار الآخر أن يأخذ هذا العقار
المبيع بالشفعة • فاذا بيعت دار على طريق خاص مشترك كان لاصحاب
الدور الاخرى جميعا حق أخذها بالشفعة وذلك بصرف النظر عما اذا كانت
دورهم ملاصقة أو غير ملاصقة لهذه الدار المبيعة •

١٥٣ - ح - الجار الملاصق : والشرط الجوهرى في هذه الحالة
الثالثة هو التلاصق المباشر بين كل من العقارين المشفوع والمشفوع به فكل
فاصل بينهما يمنع من استعمال هذا الحق ، ويجب أن يكون التلاصق قائما
وقت طلب الشفعة •

وشفعة الجار ليست محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الاسلامية فعند
الحنفية أن هذا الحق يثبت للشريك في العين المبيعة أولا ثم للشريك في حق
من حقوق الارتفاق الخاصة ، ثم للجار ان لم يكن للبائع شريك في هذا
أو ذاك ، أما الجمهور الاعظم من الفقهاء (الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل
الظاهر) فقد اجمعت كلمتهم على أن حق الشفعة ليس الا للشريك وحده
فلا شفعة عندهم للحليط (أو الشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة)
ولا للجار أيضا • ولهذا السبب أثر المشرع العراقي أن يقيد من حق الجار

فى الاخذ بالشفعة فقرر بأن الجار الملاصق يحق له الاخذ بالشفعة فى حالتين : الاولى اذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من الدور أو من الاراضى المعدة للبناء ويترتب على هذا أنه لا يجوز للجار فى الارض الزراعية أن يطالب بأخذها بالشفعة ما لم يكن شريكا أو خليطا ، والثانية اذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو كان لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع ويشترط لتطبيق هذه الحالة الثانية :

أ - أن يكون الشفيع جارا ملاصقا ولا يشترط فى الجوار أن يكون من حدين بل يكتفى أن يكون الجوار بالملاصقة فى أى مكان من العقار المشفوع . ويستوى بعد هذا أن يكون العقاران أو احدهما من الاراضى المبنية أو المعدة للبناء أو من الاراضى الزراعية .

ب - أن يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق على العقار المشفوع به أو على العكس أن يكون للعقار المشفوع به حق ارتفاق على العقار المشفوع .
وعلة الشفعة فى هذه الحالة الثانية ظاهرة لان الشفعة تعتبر فى هذه الحالة وسيلة لزوال حق الارتفاق والتخلص من مضايقاته اذا اجتمع العقاران لمالك واحد .

١٥٤ - وتقرر المادة (١١٣٠) أنه « ١ - يعتبر الشريك فى ارض حائط فى حكم الشريك فى نفس العقار ويأتى فى المرتبة بعد الشريك فى الشيوع مباشرة » ٢ - واذا كان السفلى والعلو لشخصين مختلفين اعتبر كل منهما جارا ملاصقا للآخر » . (م ٩٨ مرشد الحيران ، ١٠١٢ مجلة)
ويترتب على هذه المادة أن الشريك فى بناء الحائط وحده لا يجوز له طلب الشفعة استنادا الى هذه المادة وانما هو يطلبها بصفته جارا ويكون فى المرتبة الثالثة لا فى المرتبة الاولى من الشفعاء ، وانه اذا كان العلو لشخص والسفلى لشخص آخر اعتبر كل منهما جارا ملاصقا للآخر .

١٥٥ - وتقضى المادة (١١٣١) بأنه « ١ - اذا تراحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المبين فى المادتين السالفتين » ٢ - واذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على

التساوى • الا انه فيما بين الخلطاء يقدم الاخص على الاعم فمن له حق فى شرب الحرق المشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب فى ذلك النهر ويقدم الخليط فى حق الشرب على الخليط فى حق المرور • وتقرر المادة (١١٣٢) أنه « اذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفعيا فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » • تعرض هاتان المادتان لحالة تراحم الشفعاء ولشرحهما نقول : -

اذا تراحم الشفعاء بأن كانوا أكثر من واحد ، فإن الحال لا يخلو من أحد فرضين : أحدهما أن يكونوا من مرتبة واحدة بأن يكون كل منهم شريكا أو خليطا أو جارا ، وثانيهما الا يكونوا من طبقة واحدة بأن يكون أحدهم شريكا فى المبيع نفسه والاّ آخر خليطا والثالث جارا •

ففى الحالة الاولى يجب أن يقسم العقار المشفوع بين الطالبين جميعا بالتساوى فلا يزداد شريك بالنصف على شريك بالربع أو الثلث • ولا جار فى جانبين على جار فى جانب واحد ولا جار ملاصق فى مسافة قدرها عشرون مترا على جار ملاصق فى مسافة مترين أو ثلاثة ، وذلك لقول الرسول (ص) « والشفعة على رؤوس الرجال » ولأن أهل المرتبة الواحدة تساوا فى استحقاق أخذ المبيع بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده ، فاذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على التساوى لاستوائهم جميعا فى استحقاقه • واذا تنازل أحد الشفعاء عن حقه لواحد منهم فى هذه الحالة كان تنازله اسقاطا لحقه فى الشفعة وكان نصيبه بين سائر الشفعاء على السوية لا يختص به من كان التنازل لاجله لان المتنازل لم يملك شيئا يصح أن يملكه لغيره •

ومع هذا فانه يجب أن لا يظن أن هذا الحكم ، واعنى به قسمة العقار المشفوع بين طالبى الشفعة من مرتبة واحدة بالتساوى ، حكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة الاسلامية ، فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى أنه اذا تعدد الشركاء فى العقار وطالبوا جميعا بالشفعة فيه قسم بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها الى بعض فاذا كان العقار مشتركا بين أربعة لاحدهم ثلثه

وللثاني رבעه وللثالث سدسه وللرابع رבעه فباع الرابع حصته لاجنبى فطلب أخذها بالشفعة الشركاء الثلاثة الباقيون فانها تعطى لهم وتقسم بينهم قسمة تناسبية (وبما أن مقدار الحصة المبعة هو ٣ اسهم من ١٢ سهما فانها تقسم على سهام الآخرين وجعلتها تسعة اسهم فيخص كل سهم منها ثلث سهم ، فيكون لصاحب الثلث سهم وثلث ، (لان حصته أربعة اسهم) ولصاحب الربع سهم ، ولصاحب السدس ثلث سهم . وقد استدلوا على هذا الرأى بقولهم أن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم وكأنه ثمرة من ثمراته فيقدر بقدره عند التزاحم فيها ويستحقونها على حسب ما يملكون من أصلها^(١) .

هذا هو حكم الحالة الاولى كقاعدة عامة ومع هذا فان هناك استثناء لهذه القاعدة بالنسبة للخليط أى الشريك فى حقوق الارتفاق فقد قرر المشرع أنه فيما بين الخلطاء يقدم الاخض على الاعم وضرب مثلا لهذا بالاشتراك فى حق الشرب نقله عن المجلة (م ١٠١٠٤) فقرر بأن الخليط الذى له حق شرب فى الحرق المنشعب من النهر الخاص يقدم على الخليط الذى له حق شرب فى ذلك النهر ، وان الخليط فى حق الشرب يقدم على الخليط فى حق المرور . ويترتب على هذا الاستثناء ان من كان لداره باب فى الزقاق المنشعب أو كان له حق فتح باب فى هذا الزقاق المنشعب يقدم على من له حق المرور فى سائر الطريق الخاص .

وفى الحالة الثانية ، أى حالة ما اذا لم يكن الشفعاء من طبقة واحدة ، فان كل طبقة تقدم على الطبقة التى تليها ، فيجب تقديم الشريك فى المبيع نفسه ثم الشريك فى بعض حقوق الارتفاق الخاصة ، ويأتى الجار أخيرا . ولا خلاف فى هذا بين الاصناف ، وهم يستدلون على ذلك بقول الرسول « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفع » أما المادة (١١٣٢) فانها تعرض لتزاحم الشفعاء مع المشتري ، فاذا كان المشتري أحد الشفعاء الذين ورد ذكرهم فى المادة (١١٢٩) فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى ، ويلاحظ أن المشتري لا يلزم باتباع

(١) استاذنا الشيخ الحفيف ص ١١٩ .

الاجراءات التي رسمها القانون للشفعة وذلك لانه لا يشفع بالمعنى الحقيقي لهذه الكلمة فهو لا يحصل على ملكية جديدة بالحلول في شراء شخص آخر ، وانما هو يستبقى ملكا كان قد حازه من قبل مستمسكا بأولوية مستداته لدفع دعوى طالب الشفعة . ولكنه يبقى خاضعا للشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الشفيع ومنها أن يكون طالب الشفعة حائزا لسببها وقت تولد الحق فيها أي وقت البيع الذي هو منشؤها والقول بغير ذلك يترك مصير الشفعاء الذين قام بهم سبب الشفعة وقت البيع معلقا على ما قد يطرأ من تصرفات لاحقة . وفي ذلك اصرار بالحقوق المكتسبة كما أن فيه ما قد يفتح الباب لوسائل احتيالية ترمى الى تعطيل تلك الحقوق (١) .

الفرع الثاني

العقود التي تجيز الشفعة

١٥٦ - تقرر الفقرة الاولى من المادة (١١٣٣) أنه « لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع » . ولتحديد العقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها نورد هنا كلمة مختصرة عن موقف الفقه الاسلامي ، ثم تتبعها بيان حكم القانون المدني العراقي .

أما عن موقف الفقه الاسلامي فيرى الحنفية أن الشفعة تثبت بعقد البيع وما في معناه من المعارضات المالية ، وعمدة الحنفية في هذا ظاهر الاحاديث ، واذن فلا شفعة في حالة ما اذا خرج العقار عن ملك صاحبه بلا عوض مطلقا كالهبة بغير شرط العوض والوقف والوصية والميراث ، ويعلل الفقهاء منع الشفعة في هذه الحالات بقولهم انها تملك المبيع جبرا عن المشتري بالثمن والتكاليف التي دفعها ولكنه لم يدفع شيئا بل تملكه بالمجان ونضيف الى هذا ان الاخذ بالشفعة في هذه الحالات يقف في سبيل رغبة المتصرف في عمل الخير أو صلة ذوى

(١) كامل مرسى ف ٢٧٥ والحكم المشار اليه في الهامش .

قرباه ورحمه • ولا شفعة كذلك في حالة ما اذا زال الملك بعوض ولكنه ليس
مالا كأن يكون مهرا أو بدل خلع •

والفقهاء جميعا على اتفاق فيما يخص بمنع الشفعة في الحالة الاولى ولكن
الشافعية والمالكية اجازوا للشفيع الاخذ بالشفعة في الحالة الثانية • لان الغرض
من الشفعة دفع ضرر الدخيل وهذا متحقق هنا ، ثم من الممكن أن نعرف
ما يجب أن يدفعه الشفيع سواء أكان ذلك قيمة العقار أم قيمة بدله ،
وحينئذ على الشفيع ان يدفع للمشتري قيمة العقار مهما كانت عند مالك على
حين يوجب الشافعي دفع قيمة البدل لا قيمة العقار أي مهر المثل في حالة جعل
العقار مهرا أو بدل الطلاق أو الخلع ^(١) •

هذا موجز لموقف الفقه الاسلامي من العقود التي تجيز الشفعة ، وأما عن
الحكم في القانون المدني فان المادة (١١٣٣) تقرر في فقرتها الاولى أن الشفعة
لا تثبت الا (بيع) العقار المشفوع ويفهم من هذه الفقرة أن العقد الذي يجيز
الاخذ بالشفعة هو (البيع) وعلى الرغم من أن النص المتقدم يشعر بأنه جاء على
سبيل الحصر فاننا نذهب الى أن الشفعة تجوز (في كل عقد يأخذ حكم البيع) •
ويترتب على هذا أن العقود التي تجيز الاخذ بالشفعة خلاف البيع بمعناه
الضيق الدقيق هي : -

١ - المقايضة : - فنحن نرى أنه يجوز الاخذ بالشفعة في المقايضة وذلك
لان المصدر الرئيس للتقنين المدني العراقي ، وفي الشفعة بوجه خاص ، هو
الشريعة الاسلامية ولا يفرق فقهاء الشريعة بين البيع والمقايضة بل انهم يعتبرون
العمليتين بيعا ، وعلى هذا سار المشرع العراقي فقد عرف البيع بأنه « مبادلة مال
بمال » ولم يعرفه كما عرفه المشرع المصري بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل
للمشتري ملكيته شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي » (م ٤١٨) وقد أكد
المشرع العراقي هذا الاتجاه عندما تكلم عن المقايضة في الفرع الثاني من كتاب
البيع تحت عنوان (بعض انواع البيوع) ولهذا فاننا نرى فيما ذهب اليه بعض

(١) الدكتور محمد يوسف موسى ف ٣١٩ •

من كتبوا في القانون المدني العراقي شطحة من شطحات عبقرتهم اليتيمة^(١) !
ومن المؤسف أن ينجرّف هؤلاء الكتاب وراء نزوة عارضة وأن يقلدوا شرح
القانون المدني المصري تقليداً أعمى دون أن يلاحظوا اختلاف النصوص ، فقد
عد المشرع المصري عقد المفاضلة عقداً قائماً بذاته فقد تكلم في الفصل الاول
من الباب الاول من الكتاب الثاني المخصص للعقود المسماة عن عقد البيع وتكلم
في الفصل الثاني عن عقد المفاضلة ولم يدخل المفاضلة في تعريف البيع ولا في
بعض أنواع البيوع كما فعل المشرع العراقي •

٢ - الصلح - يقسم القانون المدني العراقي الصلح الى ثلاثة أنواع : صلح
عن اقرار و صلح عن انكار و صلح عن سكوت ومثال الاول أن يدعى شخص على
آخر ديناً أو منفعة فيقر المدعى عليه ثم يتصالحان ، ومثال الثاني أن ينكر المدعى
عليه دعوى المدعى السالفة ثم يتصالحان ، ومثال الثالث أن يسكت المدعى عليه
فلا يقر ولا ينكر ثم يتصالحان • ويقرر أن الصلح عن اقرار لا يعتبر صلحاً فاذا
كان المدعى به عيناً معينة وأقر المدعى عليه بها وصالحه عنها بمال معلوم صح الصلح
وكان حكمه حكم البيع (م ٧٠٧) ويترتب على هذا أنه يجوز الاخذ بالشفعة في
هذه الحالة اذا كان المدعى به عقاراً •

هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن يلاحظ أن الصلح (وأعني به
الصلح الحقيقي أى الصلح عن انكار أو عن سكوت كما يقول فقهاء الشريعة)
يعتبر بالنسبة للحق المتنازع فيه كاشفاً للحق ، وبالنسبة لبطلان الصلح منشئاً
له • ويترتب على أن الصلح كاشف للحق المتنازع فيه أنه اذا انصب النزاع على
ملكية عقار ثم تصالح الخصمان فإنه لا يجوز طلب أخذ هذا العقار بالشفعة ،
مثال هذا لو ادعى شخص بأن الدار التي في يد شخص آخر مملوكة له فأنكر
المدعى عليه ثم تصالحا على أن يدفع المدعى عليه للمدعى (٥٠٠) دينار مقابل
تنازله عن دعواه صح الصلح ولا يكون للشريك أو الحليط أو الجار أخذ هذه
الدار بالشفعة وذلك لان الصلح لم ينقل ملكية هذه الدار للمدعى عليه وقد

(١) انظر التعليقات الوافية لصلاح الدين الناهي ص ٣٨ •

كان بدل الصلح مقابل حفظ المدعى فى كسب الدعوى أو فداء اليمين وقطعا
للخصومة كما يقول فقهاء الشريعة •

ويترتب على أن الصلح منشىء بالنسبة للبذل أنه يجوز أخذ هذا البذل
بالشفعة اذا توافرت شروطها فاذا ادعى شخص دينا له فى ذمة الغير مقدار ألف
دينار وكان المدعى عليه منكرا لهذا الدين ثم تصالحا على أن يتنازل المدعى عن
دعواه فى مقابل قطعة أرض معدة للبناء جاز للجار مثلا ، ان لم يكن هناك
شفيع أقوى منه درجة ، أن يأخذ هذه الأرض بالشفعة اذا هو دفع للمدعى ألف
دينار مع المصروفات وهذا ما تقضى المادة (٧١٦) بنصها على أنه « الصلح عن
انكار أو سكوت هو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه خلاص من
اليمين وقطع للمنازعة • ٢ - فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه ولا تجرى
فى العقار المصالح عنه » •

٣ - الوفاء بمقابل : - تقضى المادة (٤٠٠) بأنه « يسرى على الوفاء بمقابل
من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذى أعطى فى الدين أحكام البيع ، وبالاخص ما يتعلق
منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية » • ونحن
نرى أنه اذا كان المدين قد أعطى لدائنه عقارا فإنه يجوز أخذه بالشفعة وذلك
خلاف لما ذهب اليه بعض فقهاء القانون المدنى المصرى^(١) • فقد أعطى المشرع
العراقى للوفاء بمقابل أحكام عقد البيع من حيث أنه ينقل الملكية •

الفرع الثالث

ما تجوز فيه الشفعة

١٥٧ - تقرر الفقرة الثانية من المادة (١١٣٣) أنه « يشترط فى المال
المشفوع أن يكون عقارا مملوكا وأن يكون بيعه قد تم قانونا ، ويشترط فى

(١) كامل مرسى ف ٣٠٤ - فتحى زغلول باشا ص ٨٣ و ٨٤ •

العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكا له الى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها » •

وفهم من هذا النص أن الشفعة لا تنصب الا على العقارات المملوكة ، فلا شفعة في المنقول كحيوان واحطاب وسيارة حتى وان بيع مع العقار •

ومن المعلوم أن العقارات نوعان ، عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص ، أما بالنسبة للعقارات بطبيعتها فانها تكون محلا للشفعة من غير جدال سواء أكانت أرضا أو بناء ، هذا ويلاحظ أن الجار الملاصق الذي يريد الاخذ بالشفعة ولا يكون للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو يكون لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع ، لا يستطيع الاخذ بالشفعة الا اذا كانت العقارات من الدور أو الاراضى المعدة لبناء الدور • ويترتب على هذا أنه لا يجوز للجار في هذه الحالة أن يطالب بالشفعة اذا كان عقاره ارضا زراعية أو معملا أو كان العقار المبيع كذلك • وللتمييز بين الاراضى الزراعية والاراضى المعدة للبناء لا ينبغي النظر الى كون العين المطلوبة بالشفعة محاطة باراضى مزروعة أولا ، ولا الى كونها بيعت بالمزاد بالقطعة بل يجب الرجوع الى خريطة المدينة أو القرية ومعرفة ما اذا كانت هذه القطعة تدخل في ضمن دائرتها أولا فاذا اتضح انها تدخل ضمن دائرة المدينة أو القرية وجب اعتبارها من الاراضى المعدة للبناء • وقاضى الموضوع يفصل في ذلك على حسب الاحوال • والعبرة باعداد البائع الارض للبناء لا اعداد المشتري لها فاذا اشترى شخص ارضا زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء فلا تثبت الشفعة فيها للجار الملاصق لانها تعتبر ارضا زراعية كما أعدها البائع ولا تعتبر من الاراضى المعدة للبناء كما يعدها المشتري (١) •

وأما بالنسبة للعقار بالتخصيص فيلاحظ أنها تتبع العقارات التى رصدت لخدمتها فيما اذا بيعت معها ، أما اذا بيعت على وجه الاستقلال فلا شفعة فيها لانها تعتبر من المنقولات فى هذه الحالة •

(١) كامل مرسى ف ٢٣١ •

الفرع الرابع

شروط الشفعة واجراءاتها

١٥٨ - يشترط في الشفعة : -

١ - أن يكون كل من المال المشفوع والمشفوع به من العقارات وقد تقدم الكلام عن هذا •

٢ - أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به من العقارات المملوكة ويترتب على هذا أنه اذا كان كل من العقارين أو احدهما مملوكا للدولة وقد تترتب عليه حق تصرف لبعض الاشخاص فانه لا يصلح لان يكون عقارا مشفوعا أو مشفوعا به • هذا ويلاحظ أن الافراغ يعطى حق الرجحان الذى يقوم مقام الشفعة في العقارات المملوكة على تفصيل سنذكره عند شرح حق الرجحان •

ويترتب على هذا أيضا أنه لا تثبت الشفعة في حالة ما اذا بيع عقار ملاصق لعقار موقوف لا لناظر الوقف ولا للمستحقين وذلك لانهم ليسوا مالكيين ، وكذلك الحكم في حالة ما اذا بيع عقار موقوف لاستبدال بعض اعيانه بغيرها فإنه لا يجوز للجار الملاصق أو للخليط أن يطالب بأخذه بالشفعة لان العقار المشفوع (المبيع) غير مملوك (راجع م ١١٣٣/٢) •

٣ - أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار وأن يبقى مالكا له الى حين صدور الحكم بالشفعة أو الى حين التراضى عليها • ويترتب على هذا أنه لو بيع عقار فطلبه الشريك أو الخليط أو الجار بالشفعة ، ثم باع العقار الذى أراد أن يشفع به قبل الحكم له بالشفعة أو قبل التراضى عليها فانه لا يكون له حق أخذه بالشفعة لان الشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشريك أو الخليط أو الجار وقد زالت هذه الصفة عنه بعد بيع ما يشفع به • ويترتب على هذا أيضا أنه ليس للوارث حق الاخذ بالشفعة في عقار بيع في حياة مورثه لان الوارث لم يكن مالكا لما ورثه قبل ابرام عقد البيع •

١٥٩ - وأما عن اجراءات الشفعة فهى تلك الاعمال التى ينبغى على من

يريد الاخذ بالشفعة القيام بها من وقت أن يعلم بالبيع الى أن يحكم له بالشفعة ؛
ونستطيع حصر هذه الاجراءات فى الاجرائين التاليين •

١٦٠ - أ - اعلان الرغبة : - تقرر المادة (١١٣٨) أنه « على من يريد الاخذ
بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة
عشر يوما من تأريخ انذاره بالبيع انذارا رسميا من البائع أو المشتري والا سقط
حقه ، ويجب أن يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بيانا واضحا وبيان الثمن
وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل اقامته والا كان الانذار
باطلا » •

وفهم من نص هذه المادة أنه ينبغي على الشفيع أن يعلن عن رغبته فى
الاخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو ، خلال خمسة عشر
يوما من تاريخ انذاره بالبيع من البائع أو من المشتري •

ويلاحظ أن المشرع العراقى (ومثله المصرى م ٩٤٥) يجعل فترة الاعلان
خمس عشرة يوما من تاريخ انذار من له حق الاخذ بالشفعة ، لا من تاريخ علمه
بالبيع ، اذ قد دلت التجارب على أن اثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيرا
من الاشكالات والقضايا فحسما لذلك رأى المشرع أن تبدأ المدة من تأريخ
الانذار الرسمى وحده •

وهذا الانذار الرسمى يوجهه البائع أو المشتري لان لكل منهما مصلحة
ظاهرة فى الثبوت من أن من له حق الاخذ بالشفعة يريد أن يستعمل حقه هذا
أو أنه عازف عنه •

وينبغى أن يشتمل هذا الانذار على بيان دقيق بالعقار ، وبيان الثمن وشروط
البيع ، واسم كل من البائع والمشتري ومحل اقامته ، والا كان باطلا •

ويجدر بنا أن نتساءل عن طريقة (الاعلان عن الرغبة) هل يشترط فيه أن
يكون رسميا أو يكفي فيه أن يكون غير رسمى • ان المادة (٩٤٢) من القانون المدنى
المصرى تشترط فى الاعلان عن الرغبة أن يكون رسميا والا كان باطلا وتقضى
بوجوب تسجيل هذا الاعلان لكى يعتبر حجة على الغير • ولا نجد مثل هذا

الشرط في القانون المدني العراقي ولهذا فالتا نذهب الى القول بأن اعلان الرغبة لا يشترط فيه أن يكون عن طريق رسمي (الكاتب العدل) اذ يجوز أن يكون الاعلان غير رسمي ولو بخطاب عادي في البريد وان كان من الافضل أن يتم الاعلان بطريق رسمي لما قد يعتور طريقة الخطابات العادية بل حتى المسجلة من مشاق الاثبات ، وبهذا المعنى قضت إحدى المحاكم المصرية على الرغم من أن نص المادة (١٤) من قانون الشفعة الملغى يقضى بوجوب اعلان الرغبة الى البائع والمشتري كتابة وعلى يد محضر ، أقول قضت إحدى المحاكم على الرغم من هذا النص أنه يكفي أن يكون الاعلان بكتاب في البريد وخصوصا اذا حصل الاعلان الى الشفيع بهذه الطريقة ، وليس للقاضي أن يقضى بالبطلان لان البطلان الخاص بالشكل وسقوط الحق لا يمكن أن يقرر الا بموجب نص صريح في القانون (١) .

١٦١ - واذا ما انذر الشفيع بالبيع واعلن عن رغبته في الاخذ بالشفعة فإنه يجب عليه أن يوجه هذا الاعلان الى كل من البائع أو المشتري أو أن يوجهه الى دائرة الطابو التي يجري تسجيل البيع لديها . فاذا وجه الشفيع رغبته الى البائع وحده أو الى المشتري وحده كان اعلانه باطلا لا ينتج أى أثر ويشترط القانون في اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة أن يقع في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انذاره بالبيع فان تأخر عن هذه المدة سقط حقه في الشفعة . وتطبيقا لاحكام القواعد العامة لا يحسب اليوم الاول الذي تسلم فيه الشفيع الانذار ويحسب اليوم الاخير الا اذا وقع في يوم عطلة رسمية أو عيد فإنه يمتد الى ما بعد انتهائه . وينبغي أن تضاف الى هذه المدة المدد التي يقررها قانون المرافعات للمسافات .

١٦٢ - ب - رفع الدعوى : - تقضى المادة (١١٣٩) أنه « ١ - يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان رغبته والا سقط حقه » ٢ - وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى

(١) محكمة الاستئناف المختلطة ١٤ حزيران ١٩٠٦ .

المستعجلة » وتقضى المادة (١١٤٠) بأنه « على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغا يساوى نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع • فان لم يتم الايداع سقطت الشفعة » •

ومعنى هذا أنه ينبغي على الشفيع بعد أن يعلن رغبته في الاخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى بها خلال مدة لا تزيد عن ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان • ودعوى الشفعة دعوى متصلة بشخص الشفيع ويترتب على هذا أنه لا يجوز لدائتيه أن يرفعوا باسمه هذه الدعوى •

وقد نص المشرع صراحة على أن دعوى الشفعة ترفع على كل من البائع والمشتري وان كان المنطق القانوني البحث يقضى بأن الخصم الحقيقي في دعوى الشفعة هو المشتري وحده ، والحكمة التي قصدها الشارع من وجوب ادخال البائع في دعوى الشفعة ان ادخاله من الاحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، اذ أن طلب الشفعة موجه في الحقيقة الى البائع والمشتري في آن واحد ، والحكم في هذا الطلب هو حكم عليهما معا • فان الشفيع بمقتضى المادة (١١٤٢) يحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته • فيتحول عقد البيع اذن من كونه بين البائع والمشتري الى كونه بين البائع والشفيع فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ولا يمكنه أن يطالب بها الا الشفيع الذي حل محله •

ويشترط ان تقام الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال الثلاثين يوما التي يشترطها النص المتقدم فاذا رفعت على البائع وحده في الميعاد المحدد ثم رفعت على المشتري بعد انقضائه فقد سقط حق الشفعة وبهذا قضت محكمة الاستئناف المصرية فقد جاء في حكمها أن ميعاد الثلاثين يوما المنصوص عليه يجب مراعاته بالنسبة الى البائع والمشتري على السواء ولو تعدد كلاهما ، والا سقط الحق في دعوى الشفعة وللمشتري أن يتمسك بهذا السقوط ولو كان قد أعلن بدعوى الشفعة في الميعاد المحدد لان له مصلحة ظاهرة في رفع الدعوى على جميع البائعين له في الميعاد القانوني وبالتالي في التمسك بسقوط حق الشفيع في دعوى الشفعة ان لم يرفع دعواه في الميعاد القانوني • وان اعلان بعض البائعين في الميعاد

القانونى لا يعفى من وجوب اعلان الباقيين فى الميعاد المذكور ولو كان لهم وكيل واحد تولى عقد البيع ما دام هذا الوكيل لا يمثل البائعين فى الخصومة كما لا يعفى من هذا الواجب كون الحصص المبعة هى على الشيوع فى قطعة واحدة لان البائعين لخصص شائعة لا يمثل بعضهم بعضا فى الخصومة ولا يجوز للشفيع أن يعتبر دعواه صحيحة بالنسبة الى بعض البائعين على الشيوع ، وهم الذين اعلنهم بها فى الميعاد القانونى دون الباقيين ، لان فى ذلك تجزئة للصفقة على المشتري بدون رضائه وهى غير جائزة» (١) .

وترفع الدعوى أمام محكمة البداء الكائن فى دائرتها محل العقار المبيع . ويتبع فى رفع هذه الدعوى القواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات (أصول المحاكمات الحقوقية) .

وقد قضت الفقرة الثانية من المادة (١١٣٩) بأن دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة ومعنى هذا أنه يجوز رفعها خلال العطلة المنصوص عليها فى قانون المحاكم .

وتشترط المادة (١١٤٠) على الشفيع الذى يعلن عن رغبته فى الاخذ بالشفعة ويقوم برفع دعاوها أن يودع عند رفع هذه الدعوى لدى صندوق المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع مقدارا من المال يساوى نصف الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع والا سقط حقه فى الشفعة ، وهذا مظهر آخر من مظاهر التضييق من هذا الحق . فهذا النص يفرض على الشفيع أن يودع فى خزانة المحكمة عند رفع الدعوى مبلغا يساوى على الاقل نصف الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . وغنى عن البيان أن الشفيع اذا عرض الثمن كله عرضا حقيقيا عند رفع الدعوى اجزاء هذا عن ايداع نصف الثمن .

١٦٣ - ويلاحظ أن المشرع يلزم الشفيع بايداع نصف الثمن (الحقيقى) ولهذا حق لنا أن نتسال عن الحكم فى حالة ما اذا اتفق البائع والمشتري على زيادة الثمن فى العقد . قضت محكمة النقض والابرام المصرية أن القانون لا

يشترط لصحة العرض أن يكون بالثمن المسمى فى العقد لاحتمال أن يكون ثمنًا غير حقيقى فليس من العدل أن يرتبط الشفيع به وكل ما يطلب منه أن يعرض الثمن الذى يعرف أنه الثمن الحقيقى حسبما وصل الى علمه فاذا نازعه المشتري فى مقداره قضت المحكمة بالشفعة بالثمن الذى يتبين لها أنه الثمن الحقيقى (١) . ومعنى هذا أنه يجوز للشفيع أن يودع فى مثل هذه الحالة نصف الثمن الذى يعتقد بأنه (حقيقى) ثم عليه بعد ذلك أن يقيم الدليل على هذا الاعتقاد ولما كان الشفيع من الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين البائع والمشتري فإنه يستطيع اقامة الدليل على ما يدعيه بكافة طرق الاثبات ، فاذا عجز عن اقامة الدليل فإنه لا يعتبر قد قام بايداع الثمن الذى يفرضه القانون ولهذا يسقط حقه فى الشفعة لان طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته استعداد الطالب للاخذ بثمان أعلى .

على أن اعطاء الشفيع حق اقامة الدليل على صورية الثمن بجميع طرق الاثبات قد ينطوى على ضرر بليغ بالبائع اذ يكون معرضا لشهادة شهود كاذبين يأخذ الشفيع بمقتضاها العقار بثمان أقل من ثمنه الحقيقى ولهذا يجب على القضاة أن يتشددوا كثيرا فى قبول الادلة ، فلا يأمرؤا بتحقيق ادعاء طالب الشفعة الا اذا وجدت فى الدعوى قرائن تدل على صحته كأن يتأكدوا من المستندات المقدمة لهم أو من خبر معتمد ان العقار لا يساوى أكثر من الثمن الذى يدعيه طالب الشفعة وانه لا توجد اسباب خاصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته . ولا يسوغ للقاضى أن يقبل القرائن الضعيفة اثباتا لصورية الثمن المذكور فى عقد البيع بل يجب أن يقوم الدليل على صورية الثمن بطريقة لا تدع مجالاً للشك (٢) .

(١) نقض ١١ كانون ثانى ١٩٤٥ - وانظر حكمها الصادر فى ١٦ شباط ١٩٥٠ منشور بمجموعة أحكام النقض ص ٢٤٨ .
(٢) كامل مرسى ف ٤٢٤ .

الفرع الخامس

احكام الشفعة

١٦٤ - تقضى المادة (١١٤١) أنه « يشب ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضى بالشفعة بالتسجيل فى دائرة الطابو أو عند التسجيل فى الطابو فى حالة التراضى على الشفعة » .

ويفهم من هذا النص أن الاثر الجوهرى للشفعة هو تملك الشفيع للعقار المشفوع الا أن هذه الملكية لا تنتقل الا من وقت تنفيذ حكم القاضى بالشفعة وذلك بتسجيله فى دائرة الطابو ، أو من وقت تسجيله فى هذه الدائرة بناء على رضا المشتري بها . وبهذا النص الصريح الواضح قطع المشرع العراقى كل خلاف حول وقت تملك الشفيع وهو خلاف يدور فى الفقه والقضاء المصرين لسببين أولهما اختلاف نظام الشهر العقارى فى مصر عن نظام التسجيل المتبع فى دوائر الطابو فى العراق فالتسجيل عندنا ركن من أركان العقد على خلاف الحال فى مصر ، وثانيهما خلو التشريع المصرى من تحديد دقيق لوقت انتقال الملكية الى الشفيع كما هى الحالة فى التشريع العراقى .

ويترتب على أن الشفيع لا يملك العقار المشفوع الا من وقت تسجيل الحكم أو الاتفاق أن ثمار هذا العقار فى الفترة الواقعة بين تسجيل عقد البيع وتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل الاتفاق عليها تكون ملكا للمشتري لانه هو المالك للعقار خلال هذه الفترة .

١٦٥ - وتقضى المادة (١١٤٢) أنه « ١ - يحل الشفيع تجاه البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته ، ولكن لا يحق له الانتفاع بالاجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن الا اذا رضى البائع . ٢ - واذا استحق العقار المشفوع بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع بضمان الاستحقاق الا على البائع » . قلنا فى تكييف حق الشفعة أنه عبارة عن دعوى حلول الشفيع محل المشتري قبل البائع ، وقد جاء هذا النص مؤيدا لما نذهب اليه ، اذ بمقتضاه يحل

الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع ، ويترتب على هذا أن للشفيع أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية كما كان يرجع عليه المشتري بها وله كذلك أن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان الاستحقاق .
وانه اذا كان المشتري لم يدفع الا جزءا من الثمن فان الشفيع يحل محله في الالتزام بدفع الجزء الباقي الا أن المشرع استثنى من حلول الشفيع محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات (الاجل) فقد قرر أنه لا يستفيد الشفيع من الاجل الذي منحه البائع للمشتري الا اذا رضى البائع بذلك . وقد اقتبس المشرع العراقي هذا الحكم من المادة (١٢٧) مرشد الحيران) ذلك ان فقهاء الشريعة الاسلامية يرون أنه اذا قضى للشفيع بالبيع وكان ثمنه مؤجلا على المشتري يأخذه الشفيع بضمن حال ، لان رضاء البائع بالاجل في حق المشتري لا يدل على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس في اليسار والاعسار وايفاء الحقوق .

وتقرر الفقرة الثانية من المادة (١١٤٢) أنه اذا استحق العقار المشفوع بعد أخذه بالشفعة فان رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق يكون على البائع لا على المشتري . والسبب في هذا الحكم واضح وذلك لاننا قلنا أن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع ، ومن حقوق المشتري التي يحل فيها الشفيع حقه في الرجوع بضمان الاستحقاق ، ويترتب على هذا أنه اذا اشترط البائع على المشتري منه عدم ضمان الاستحقاق ، ثم أخذ الشفيع العقار ثم استحق في يده فان شرط عدم الضمان يعتبر نافذا بالنسبة له كما كان نافذا بالنسبة للمشتري وتترتب عليه الآثار التي قررها المشرع العراقي في المادة (٥٥٧)

١٦٦ - وتقرر المادة (١١٤٣) أنه « ١ - اذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل أن يبلغ بالرغبة في الاخذ بالشفعة كان الشفيع ملزما بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - اما اذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الاخذ

بالشفعة كان للشفيع أن يطلب القلع وإذا كان القلع مضرا بالعقار كان له أن يستبقى البناء أو الغراس بقيمتيهما مستحقى القلع » •

تعرض هذه المادة للبناء أو الغراس الذى يقيمه أو يغرسه المشتري فى العقار المشفوع ومصير كل منهما بعد أخذ الشفيع العقار بالشفعة ، وهى تفرق فى هذا بين حالتين أولاهما أن يكون المشتري قد أقام البناء أو غرس الشجر قبل أن يبلغ برغبة الشفيع فى الاخذ بالشفعة وفى هذه الحالة يعتبر المشتري بانيا أو غارسا فى ملكه وعلى هذا فان الشفيع يلتزم بأن يدفع له مقدار ما زاد فى قيمة الارض بسبب هذا البناء أو الغراس • وثانيتهما أن يكون المشتري قد أقام البناء أو غرس الشجر بعد تبليغ رغبة الشفيع اليه وفى هذه الحالة ينزل المشتري منزلة الحائز سىء النية اذ كان ينبغى عليه أن يتريث حتى يفصل فى دعوى الشفعة ولهذا جاز للشفيع ، اذا ما أخذ الارض بالشفعة ، أن يلزمه بقلع الشجر أو ازالة البناء اذا لم يكن ذلك مضرا بالعقار فان كان الامر كذلك جاز له أن يملك الشجر أو البناء بقيمتيهما مستحقى القلع •

ولم تعرض المادة السالفة لمصاريف الحفظ والصيانة التى يقوم المشتري بانفاقها على العقار المشفوع لان الحكم فيها واضح لا يحتاج الى نص اذ أن الشفيع يلتزم بدفعها اليه على كل حال أى سواء صرفت هذه النفقات قبل اعلان رغبة الشفيع أو بعد اعلان هذه الرغبة تطبيقا لاحكام القواعد العامة •

١٦٧ - وتقرر المادة (١١٤٤) أنه « لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف ناقل للملكية صدر من المشتري أو أى حق عيني رتبته على العقار المشفوع اذا كان ذلك قد تم بعد تبليغ الرغبة فى الاخذ بالشفعة • ويبقى مع ذلك للدائنين المسجلين ما كان لهم من حق التقدم فيما آل للمشتري من ثمن العقار » • وتقضى المادة (١١٣٧) بأنه « اذا اشترى أحد عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة سقطت شفيعته وتجددت له شفعة على المشتري الثانى » • ويفهم من الجميع بين هاتين المادتين أنه يفرق بالنسبة لتصرفات المشتري بين حالتين أولاهما أن تكون هذه التصرفات قد تمت قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة ، وثانيتهما

أن تتم هذه التصرفات بعد تبليغ الرغبة في الاخذ بالشفعة .

ففى الحالة الاولى - وهى الحالة التى يتصرف فيها المشتري بالعقار قبل اعلان رغبة الشفيع اليه والتى عبر عنها المشرع تعبيراً غير سليم بقوله « قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة » أقول فى هذه الحالة يعتبر تصرف المشتري صحيحاً نافذاً إذ أن حق الشفعة ليس من نتائجه منع المشتري من التصرف فى العقار لمصلحة الشفيع المحتمل الذى قد يطالب بالشفعة وقد لا يطالب بها ففى هذا اضرار به من دون مبرر ، فللمشتري فى هذه الفترة أن يتصرف فى ملكه كما يشاء بالبيع أو الرهن أو تقرير حق ارتفاق عليه ، فإذا ما تصرف المشتري بالعقار بالبيع (أو بالمقايضة التى تعتبر بيعاً فى فقه القانون المدنى العراقى) فإن النص المتقدم يقرر سقوط الشفعة بالنسبة للمشتري الاول وتجدها بالنسبة للمشتري الثانى . والحقيقة أننا هنا لسنا فى صدد سقوط حق الشفعة وإنما نحن فى صدد تحول أو انتقال لها فانها تنتقل أو تتحول من المشتري الاول الى المشتري الثانى .

وفى هذه الحالة يملك الشفيع العقار بثمنه الذى بيع به ثانية بصرف النظر عن الثمن الذى اشتراه به المشتري الاول لأن المشتري الاول يعتبر فى هذه الحالة بائعاً ينبغى أن تعلن الرغبة اليه وان يدخل طرفاً فى الدعوى . وفى الحالة الثانية - أى حالة ما اذا كان التصرف الناقل للملكية أو الذى رتب به المشتري حقاً عينياً على العقار المشفوع قد تم بعد تبليغ رغبة الشفيع اليه فى الاخذ بالشفعة - لا يعتبر هذا التصرف نافذاً فى حق الشفيع فهو يستخلص هذا العقار خالياً من هذه الحقوق العينية التى أثقله بها المشتري ويتزعه من تحت يد المشتري الثانى الذى اشتراه بعد اعلان الشفيع رغبته فى الاخذ بالشفعة . هذا ويلاحظ أن المشرع لم يرد الاضرار بالدائنين المرتهنين الذين سجلوا رهونهم على هذا العقار فأخذ بفكرة الحلول العينية ، فقد نقل حقهم فى التقدم الذى كان لهم على العقار الى الثمن الذى دفعه الشفيع الى المشتري . وواضح جداً أن هذا الفرض لا يتحقق الا اذا كان المشتري قد دفع الثمن الى البائع إذ فى هذه الحالة يقوم الشفيع بدفع هذا الثمن اليه وهكذا ينتقل حق الدائنين فى التقدم الى هذا المبلغ

أما اذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن الى البائع فان الشفيع يقوم بدفعه الى البائع الى المشتري وهكذا يضيع على الدائنين المسجلين حقهم في التقدم •

١٦٨ - وتقرر المادة (١١٣٥) أن « الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه • ولكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » •
تعرض هذه المادة لقاعدة عدم تجزئة الشفعة وتقرر أنه يجب أن تنصب الشفعة على جميع العقار المبيع فلا يجوز طلب جزء من العقار وترك جزء منه والا كان في ذلك تفريق للصفقة واضرار بالمشتري تأباه العدالة والقانون • وقاعدة عدم تجزئة الشفعة مقررة في الفقه الاسلامي بل ان المشرع أخذها عن هذا الفقه الواسع المرن •

ولكن المشرع قرر في النص السالف أنه اذا تعدد المشترون واتحد البائع فان للشفيع الحق في أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي • والرأى عندى أن هذه الحالة لا تعتبر استثناء من قاعدة عدم تجزئة الشفعة فان العقد وان كان واحدا في الحقيقة الا أنه متجزىء حكما ما دامت حصة كل واحد من المشتريين معينة • وبديهي أنه اذا ما اراد الشفيع أخذ حصة بعض المشتريين فإنه ينبغي أن تتوافر فيه شروط الشفعة وعلى الاخص شرط التلاصق أو كونه شريكا في حق ارتفاق بالنسبة لهذه الحصة

١٦٩ - وتقرر المادة (١١٣٦) أنه « ١ - يجب أن يطلب الشفيع كل المشفوع ولو تعدد الشفعاء المستحقون للشفعة ، واذا اسقط شفيع حقه في الشفعة قبل الحكم أو التراضى سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع وان اسقط شفيع حصة بعد الحكم أو التراضى فلا يسقط • ٢ - وليس لاحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لاجنبى أو لشفيع آخر فان فعل سقط حقه » •

يفهم من نص هذه المادة أنه اذا تعدد الشفعاء فإنه ينبغي على كل منهم أن يطالب بالشفعة في كل العقار المشفوع اذ قد يرغب بعض من لهم حق الشفعة في استعمال حقهم هذا والاستفادة منه وقد يعزف البعض عن استعماله اختيارا

أو لاسباب خارجة عن ارادتهم • فإذا سمحنا لكل شفيع بأن يطالب بجزء من العقار المشفوع لترتب على هذا اضرار بالمشتري لتجزئة الصفقة عليه إذ أنه لا يستطيع أن يلزم كل من له حق الشفعة باستعمال حقه هذا فالشفعة حق معلق على مجرد رغبة الشفيع وارادته وليس التزاما مفروضا عليه • وتجزئة العقار بين الشفعاء يكون بعد استعمالهم لحقهم هذا •

ويقرر النص السالف أنه اذا اسقط أحد الشفعاء حقه قبل الحكم أو التراضي فقد سقط حقه في الشفعة ويأخذ الشفعاء الآخرون العقار المشفوع كله سواء أكان الشفيع الذي اسقط حقه في درجة الباقي أم كان أعلى منهم درجة ، فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين مناصفة باع أحد الشريكين حصته واسقط الشريك حقه في الشفعة فإن للخليط أو للجار عند عدم وجود الخليط أن يأخذ هذه الحصة بالشفعة • واذا بيعت دار وكان الشفعاء فيها ثلاثة اسقط أحدهم حقه فيها فإن للشفيعين الآخرين أخذ الدار جميعا مناصفة بينهما •

ويحق لنا أن نتساءل هنا عن الوسيلة التي ينبغي ان يعبر بها الشفيع عن رغبته في اسقاط حقه في الشفعة • اتنا نقرر في هذا الصدد ان اسقاط الشفعة يكون بنفس الطريق الذي رسمه المشرع لاعلان الرغبة في الاخذ بها وحيث أننا قلنا ان اعلان الرغبة لا يشترط فيه أن يكون عن طريق الكاتب العدل بل يجوز ان يكون بخطاب عادي أو مسجل فان اسقاط الحق في الشفعة يتم كذلك باحدى هذه الوسائل^(١) • كما يقرر النص المتقدم انه اذا اسقط الشفيع حقه في الشفعة بعد الحكم أو التراضي فلا يسقط ، ويستطيع بالرغم من هذا التنازل ان يقوم بالتسجيل لتنتقل الملكية اليه •

وتقرر الفقرة الثانية من المادة المتقدمة انه لا يجوز لاحد الشفعاء ان ينزل عن حقه في الشفعة لاجنبى أو لشفيع فان فعل سقط حقه في الاخذ بالشفعة دون أن يكتسب المتنازل له حقا في الشفعة ، والسبب في هذا الحكم واضح وذلك لان حق الشفعة حق متصل بشخص صاحبه لا يجوز له أن يتصرف فيه بمقابل أو من غير مقابل •

(١) انظر ف ١٦٠ •

الفرع السادس

سقوط الشفعة

١٧٠ - تقضى المادة (١١٣٤) بأنه « لا تسمع دعوى الشفعة :

- أ - اذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الادارة .
- ب - اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الاصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة .
- ج - اذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه .
- د - اذا تنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع .

هـ - اذا كان العقار المشفوع وفقا .

و - اذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع . ويسرى هذا الميعاد حتى فى حق المحجورين والغائبين » . وتتولى شرح هذه الحالات باختصار شديد .

١٧١ - أ - البيع بالمزايدة العلنية : لقد رسم نظام الطابو فى المادة (٣٤٩ وما بعدها) طريقة واجراءات البيع بالمزايدة وذلك وفاء لديون الدائنين المرتهنيين الذين امتنع المدين أو عجز عن سداد ديونهم فى مواعييدها المحددة ، ويجرى بيع العقار أو الحصص الشائعة فيه قضاء فى دائرة الاجراء لمحكمة البدء الكائن فى دائرتها هذا العقار وفقا للمادة (٩٨) وما بعدها من قانون الاجراء . وذلك فى حالة طلب الدائن من المحكمة حجز العقار وفاء لدينه وفقا للمادة (٨٩) من القانون نفسه كما تتولى محكمة الصلح ازالة الشيوخ ببيع العقار الشائع .

فى هذه البيوع لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة اذ كان فى امكانه ،

وقد كفل نظام الطابو وقانون الاجراء علانية هذه البيوع ، ان يتقدم للمزايدة على العقار ، اما ان يظل ملتزما جانب الصمت والموقف السلبي البحث حتى يرسو المزاد على شخص فينشط عندئذ لاتنزاعه منه بدعوى اخذه بالشفعة فان فيه ضررا بالمالكين لا يخفى كما ان فيه اضرارا بمن رسا عليه المزاد .

١٧٢ - ب - البيع بين الازواج وبين الاقارب : تقرر الفقرة (ب) من المادة السالفة ان دعوى الشفعة لا تسمع في حالة ما اذا وقع البيع بين الازواج أو بين الاصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . فاذا وقع البيع من زوج الى زوجته أو زوجة الى زوجها فإنه لا تسمع دعوى الشفعة فيه . وكذلك الحال في البيع الواقع بين الاصول والفروع . ولا شفعة في البيوع الواقعة بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . وتحديد الاصول والفروع والحواشي معروف من دراسة علم المواريث .

والحكمة التي دفعت المشرع الى اسقاط حق الشفعة في هذه البيوع هي انه لاحظ ان هذه البيوع ان لم تكن هبة محضه فان فيها شيئا كثيرا من المحاباة لا ينبغي ان يستفيد منها غير المشتري وعلى هذا الاساس حكم بان البيع الذي يصدر من أخ ل أخيه أو لاولاد أخيه لا تقبل فيه الشفعة لان الاخ يعتبر من الدرجة الثانية وابن الاخ من الدرجة الثالثة . وكذلك الحال في البيع الواقع بين أولاد الاعمام لان ابن العم من حواشي الدرجة الرابعة .

١٧٣ - ج - بيع العقار لجعله محلا للعبادة : فاذا بيع عقار لجعله محلا للعبادة أو ملحقا بمحل للعبادة وسجل هذا البيع في دائرة الطابو وذكر في التسجيل ان الغرض من البيع هو ما تقدم فإنه لا يجوز أخذه بالشفعة .

ومحل العبادة لا يقتصر على ديانة خاصة ، فهو يشمل المساجد والكنائس والاديرة ، ولكن يشترط لسقوط الشفعة ان تكون الديانة التي يراد تخصيص العقار لاقامة شعائرها فيه من الديانات التي تعترف بها قوانين الدولة ويترتب على هذا انه اذا بيع عقار لجعله محلا لاقامة شعائر البهائية فيه فإنه يجوز أخذه بالشفعة لان قوانين الدولة لا تعترف بمثل هذه الفرقة الضالة .

١٧٤ - د - تنازل الشفيع عن حقه : يقرر النص ان الشفعة لا تسمع اذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو كان هذا التنازل قد حصل قبل البيع . والتنازل الصريح واضح لا يحتاج الى بيان ، ومثال التنازل الضمني ان يستأجر العقار من مشتريه ، أو ان يتفق معه على ترتيب حقوق ارتفاق لعقاره المجاور لهذا العقار المبيع ، أو ان يطالبه بوضع الحدود الفاصلة بين عقاريهما وهكذا .

هذا ويلاحظ ان المشرع العراقي يقضى بصحة التنازل عن الاخذ بالشفعة سواء أوقع هذا التنازل قبل البيع أم بعده ، وفي هذا يخالف أحكام الفقه الاسلامي ، فهم يقررون ان التنازل عن الشفعة لا يصح الا بعد وقوع البيع وذلك لانه حق لا يوجد قبل البيع فلا يجوز اسقاطه قبل وجوده . هذا وينبغي ان يلاحظ في هذا الصدد انه يشترط لعدم سماع دعوى الشفعة بسبب التنازل ان يتم هذا التنازل قبل الحكم أو التراضي عليها فاذا تم بعد ذلك فان الشفعة لا تسقط كما تقرر الفقرة الثانية من المادة (١١٣٦) .

١٧٥ - هـ - اذا كان العقار المشفوع به وقفا : قلنا عند الكلام عن شروط الشفعة انه يشترط في كل من العقارين المشفوع والمشفوع به ان يكون مملوكا وقلنا كذلك انه وفقا لهذا الشرط الذي تشترطه الفقرة الثانية من المادة (١١٣٣) انه لا تثبت الشفعة في حالة ما اذا بيع عقار ملاصق لعقار موقوف لا لناظر الوقف ولا للمستحقين لان العقار الموقوف المجاور ليس مملوكا لاي منهم^(١) . وكذلك الحال فيما اذا بيع عقار موقوف لاستبدال بعض اعيانها بغيرها فإنه لا يجوز للجار الملاصق أو للخليط ان يأخذ بالشفعة . وقد جاءت هذه الفقرة بنفس الحكم السالف فهي مجرد تكرار كان في امكان المشرع الاستغناء عنه ، ويلاحظ ان المادة (١١٣) من مرشد الحيران تقضى بهذا الحكم بقولها « لا شفعة في الوقف ولا له » وبالحكم نفسه قضت المادة (١٠١٧) من المجلة .

(١) انظر ف ١٥٨ .

١٧٦ - و - انقضاء ستة أشهر من يوم تمام البيع : والمقصود بتمام البيع هو تسجيله في دائرة الطابو فلفظ التمام يرادف الانعقاد في فقه القانون المدني العراقي على خلاف ما يتوهم بعض من كتبوا في القانون المدني . فاذا انقضت ستة أشهر من تأريخ تسجيل عقد المشتري فقد سقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة حتى ولو كان هذا الشفيع محجورا عليه أو غائبا ، ومعنى هذا ان المشرع العراقي جعل هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم فهي لا تقبل الوقف ولا الانقطاع . ويسقط حق الشفيع بعد هذه الفترة حتى وان كان قد اعلن رغبته في الاخذ بالشفعة وفقا لاحكام المادة (١١٣٨) . وقد قضت محكمة النقض والابرار المصرية بان نص المادة (٢٢) من قانون الشفعة - تقابل الفقرة (و) من المادة ١١٣٤ من التقنين العراقي (جاء نصا عاما مطلقا شاملا لكل احوال الشفعة جامعا لكل أنواع البيوع والشفعاء مانعا من أى استثناء ، وعلى ذلك فاذا قضت المحكمة بسقوط حق الشفعة بمضى ستة أشهر من تسجيل عقد البيع كان حكمها غير مخالف للقانون ولو كان البيع مقترنا بشرط الخيار وادعى الشفيع انه اظهر رغبته في الشفعة ثم رفع الدعوى بها في مواعيد القانون محسوبة من تاريخ سقوط ذلك الخيار^(١) . هذا ويلاحظ ان التطبيق العملي للفقرة السالفة هو حالة ما اذا لم يقيم البائع أو المشتري بانذار الشفيع انذارا رسميا اذ في هذه الحالة لا يلتزم الشفيع باعلان رغبته خلال المدة التي تقررها المادة (١١٣٨) وهي (١٥) يوما ، ولا بأن يرفع الدعوى خلال المدة التي تقررها المادة (١١٣٩) وهي (٣٠) يوما بل انه يمتد حقه في رفعها الى الستة اشهر التي تحددها هذه الفقرة .

١٧٧ - وتقضى الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٣) بانه « ومتى ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع » . اما ان الشفعة لا تبطل بموت البائع أو بموت المشتري فهذا موضع اتفاق بين فقهاء القانون والشرعية على حد سواء ، واما انها لا تبطل بموت الشفيع فهذا موضع خلاف بين فقهاء الشرعية وشرائح القانون المدني المصري ومحاكمه .

فقد ذهب الحنفية الى ان حق الشفعة لا ينتقل بالوراثة لانه حق لا يورث اذ هو مجرد ارادة ومشية ، والوارث لا يرث مورثه في رغباته لانها صفات شخصية ، وبهذا أخذ صاحب مرشد الحيران فقد جاء في المادة (١٤٠) منه (انه « تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضاء سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها الى ورثته » (انظر المادة ١٠٣٨ مجلة) •

وذهب الشافعية والمالكية الى ان حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه لانه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار فاذا انتقل ذلك العقار الى الوارث انتقل اليه بحقوقه ، وذهب الحنابلة الى انه يورث اذا ما تقرر بالمطالبة لتأكده وتحققه حينئذ ، فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على حسب موارثهم لانه حق مالي موروث ، وسواء قلنا على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من مورثهم ، فان ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم ان يأخذوا الا الكل أو يتركوا^(١) •

واما عن المحاكم المصرية فانه يلاحظ ان قانون الشفعة الذي الغاه القانون المدني الجديد لم يكن يتضمن نصا يقضى بانتقال أو عدم انتقال الشفعة الى الورثة ، وكذلك الحال في القانون المدني الجديد ، فقد كان مشروع هذا القانون يتضمن نصا يقرر ان الشفعة لا تنتقل بالتحويل ولا بالميراث وان الاخذ بها لا يتجزأ ، وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص لانها استحسنت ان يظل أمر الحكم فيما تضمنه موكولا الى عدل القضاء • ولهذا فقد اختلفت اقضية المحاكم في مصر في انتقال الشفعة الى الوارث أو عدم انتقالها اختلافا لا يعنينا ذكره هنا وانما نكتفي بالاشارة اليه • وبهذا ننهي الكلام عن الشفعة وبه ينتهي المطلب الثالث •

المطلب الرابع

الحيازة - أو وضع اليد

La Possession

١٧٨ - تمهيد وتقسيم : تناول المشرع العراقي الكلام عن الحيازة في المواد (١١٤٤ - ١١٦٨) . عرف فيها الحيازة تعريفاً فقهاً ، ثم تناول شروطها وأنواعها ، ثم عرض لوسائل حماية الحيازة باعتبارها قرينة على الملكية ، ثم قرر بان الحيازة في المنقول سند الملكية ولكنه عاد فاستثنى من هذه القاعدة بضعة حالات جعلت من القاعدة استثناء أو ضيقت نطاقها الى حد كبير ، واختتم المشرع العراقي بحث الحيازة بالحق الذي يعطى للحائز في تملك الزوائد واسترداد المصروفات . ولم ينس المشرع وهو في معرض الكلام عن الحيازة باعتبارها قرينة على الملكية ان يقرر ان ملكية العقارات تكتسب بالحيازة متى استطالت هذه الحيازة لمدة خمس عشرة سنة والظاهر ان المشرع العراقي لم يستطع هضم هذه القاعدة ولهذا قصرها على (العقارات غير المسجلة) . وسنرى فيما يلي ان المشرع العراقي كاد يقضى على فكرة الحيازة باعتبارها قرينة على الملكية .

وبعد هذه الكلمة التمهيدية تناول الكلام عن الحيازة على النحو الآتي :

- الفرع الاول : تعريف الحيازة وشروطها وأنواعها .
- الفرع الثاني : حماية الحيازة - دعاوى الحيازة .
- الفرع الثالث : الحيازة قرينة على الملكية - التقادم أو مضي المدة .
- الفرع الرابع : الحيازة في المنقول .
- الفرع الخامس : تملك الحائز حسن النية الثمار .

الفرع الاول

تعريف الحيازة وشروطها وانواعها

١٧٩ - تعرف الفقرة الاولى من المادة (١١٤٥) الحيازة بأنها « وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق » . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتضمن مثل هذا النص (١٣٩٨ من المشروع) وقد اثار هذا التعريف مناقشة طويلة فى لجنة العدل بمجلس الشيوخ رأى بعدها حذفه لانه تعريف تغلب عليه الصفة الفقهية ولهذا حذف اكفاء بالتعريف المقرر للحيازة فى الفقه .

ويفهم من تعريف المشرع العراقى للحيازة انها عبارة عن وضع مادي على شيء يجوز التعامل فيه والسيطرة عليه سيطرة فعلية والانتفاع به واستغلاله بكافة الوجوه المادية القابل لها .

وقد اختلف فقهاء القانون المدنى فى تكييف طبيعة الحيازة فيذهب بعضهم الى انها حق من الحقوق ، ويذهب آخرون الى انها وضع مادي يرتب عليه القانون بعض الآثار .

فيذهب انصار الفريق الاول الى ان الحيازة حق تتمثل فيه جميع عناصر الحق وصفاته ، فيوجد حق الحيازة كما يوجد حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، أو حق الملكية النخ . ولهذا اسبغ القانون على هذا الحق حمايته فلم يجز لاحد ان يجبر الحائز على التخلي عن حيازته كرها الا اذا قضى ضده فى دعوى الملكية كما ان للحائز ان يحتج بالحيازة ضد الناس كافة . غير ان انصار هذا الفريق وقفوا حائرين عند تأصيل هذا الحق ورده الى أنواع الحقوق الشخصية أو العينية ، ولهذا اضطروا الى القول بأن الحيازة حق قائم بذاته فلا هو حق عيني ولا هو حق شخصي .

ويذهب معظم الفقهاء الى ان الحيازة وضع مادي يرتب عليه القانون بعض

الآثار منها حمايته بدعوى وضع اليد ومنها اكسابه الملكية بهذه الحيازة متى استطلت الى فترة معلومة يحددها القانون ، ومنها انه يعطى للحائز حسن النية حق تملك ثمار الشيء وزوائده • وقد ردوا على انصار المذهب الاول بقولهم ان الحيازة ليست حقا من الحقوق العينية وذلك لان الحقوق العينية ، اصلية وتبعية ، مذكورة في القانون على سبيل الحصر وليست الحيازة من بينها ، كما لا يمكن اعتبار الحيازة حقا من الحقوق الشخصية لان هذه الحقوق تحتم وجود رابطة بين دائن ومدين يلتزم نحو الدائن وهو أمر لا وجود له في الحيازة •

وقد قطع المشرع العراقي كل خلاف حول طبيعة الحيازة بتعريفه اياها بانها « وضع مادي » •

١٨٠ - ومن المقرر لدى فقهاء القانون المدني ان للحيازة ركنين اولهما مادي وثانيهما معنوي •

اما الركن المادي (Corpus) فهو السيطرة المادية أو الفعلية على الشيء • وينبغي لتوفره ان يكون للحائز السلطة التي تخوله اجراء الاعمال المادية التي يستطيع مباشرتها من له حق على الشيء ، كزراعة الارض وسكنى المنزل أو ايجاره واستغلال الغابة • والبحث عن توفر هذا العنصر المادي مسألة موضوعية يترك تقديرها للقاضي فله ان يستخلصه من طريقة الانتفاع بالشيء طبقا لما هو مخصص له حسب العرف المألوف فاذا ما تبين له من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى ان المال في ملكه الحائز وانه قادر على التصرف فيه التصرفات المادية القابل لها قضى بتوافر العنصر المادي ولا معقب عليه في حكمه ، وبهذا قضت محكمة النقض والابرار المصرية في حكم لها جاء فيه « كون الشيء واقعا في حوزة من يدعى حيازته أو غير واقع فيها هو أمر موضوعي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل ، واذا كان القانون قد نص في باب البيع على ان تسليم المنقولات

المبيعة يصح ان يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها فان هذا النص لا يعنى ان من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا لمحتوياتها لان حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما ان حامله متسلط على الخزانة مستأثر بالتصرف فى فراغها ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى لظروفها الواقعة بحيث تدل هذه الظروف على ان حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها ... وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه لرقابة محكمة النقض « (١) » .

وقد يتوفر هذا العنصر المادى للحيازة بالسيطرة أو الحيازة الرمزية مثال ذلك تسليم مفاتيح المخازن الممكنة من دخولها ، أو تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى أمين النقل أو المودعة فى المخازن ، وقد اشار المشرع المصرى الى هذه الحيازة الرمزية فى المادة (٩٥٤) منه ، وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرام المصرية فى حكم لها جاء فيه « ان مفتاح الخزانة يشبه تذكيرة امين النقل من حيث ان كلا منهما يجعل حامله حائزا حيازة رمزية لمنقول ليس فى يده فعلا وتشابه الحالتين يجعل قياس احدى الحالتين على الاخرى قياسا سليما لا يقدر فيه اختلافهما فى وجوه أخرى اذ ليس شرطا لصحة القياس ان يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه » (٢) .

واذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمضى كان الاول هو المعتبر ويترتب على هذا انه اذا باع تاجر بضاعته لمشتريين متعاقبين وتسلم الاول شهادة البضاعة ، وتسلم الآخر البضاعة نفسها فان الافضلية تكون لمن تسلم البضاعة متى كان حسن النية أى غير عالم بالتصرف السابق .

١٨١ - واما الركن المعنوى (Animus) فيراد به ان تتوافر لدى الحائز نية استعمال الشئ المحوز كمالك أو كصاحب حق من الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية كالانتفاع أو الارتفاق أو السكنى ويعتبر العنصر المعنوى

(١) نقض ٣٠ كانون ثانى ١٩٤٧ .

(٢) ٣٠ كانون ثانى ١٩٤٧ الذى سبقته اليه الاشارة .

هو الضابط الذى يميز بين الحيابة الحقيقية والحيابة العرضية على ما سرى ، وهذا العنصر المعنوى مفترض لانه يتفق مع ظاهر الحال ويترتب على هذا ان على من يدعى العكس ان يقيم الدليل على مايدعيه بأن يثبت ان الحيابة عرضية وان واضح اليد انما حاز الشئ باذن مالكة وحسابه • ونظرا لضرورة هذا الركن المعنوى فإنه يشترط فى الحائز ان يكون أهلا ، لان نية التملك لا تصدر عن عديمى التمييز كالصبي الذى لم يكمل السابعة أو المجنون ، الا ان هذا لا يمنعهم من كسب الحيابة عن طريق من ينوب عنهم • اما بالنسبة للصبي المميز وناقص الاهلية فانهم يملكون الحيابة لان الحيابة عبارة عن واقعة أو وضع مادى كما تقدم القول •

١٨٢ - واما عن شروط الحيابة فان الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) تقرر انه « لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص على انه مجرد اباحة أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح • وكذلك لا تقوم على أعمال متقطعة » وتقرر المادة (١١٤٦) انه « اذا اقترنت الحيابة باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الاكره أو اخفيت عنه الحيابة أو التبس عليه أمرها الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب » • ويفهم من الجمع بين هذين النصين انه يشترط فى الحيابة :

١ - ان تكون مستمرة غير متقطعة •

٢ - ان تكون هادئة •

٣ - ان تكون ظاهرة غير خفية •

٤ - الا تكون غامضة •

٥ - الا تقوم على مجرد عمل من أعمال الاباحة أو التسامح •

١٨٣ - الشرط الاول - ان تكون الحيابة مستمرة غير متقطعة : -

لايراد بالاستمرار كشرط من شروط الحيابة ان تكون الاعمال المادية التى يجريها الحائز متواصلة ، لا تنقطع فى كل دقيقة أو لحظة لان هذا مستحيل وانما يراد بالاستمرار ان يكون الحائز على صلة مباشرة بالشئ المحوز وان يقوم بسلسلة من الاعمال المادية فى مواعيد منتظمة دورية تقطع فى الدلالة على اتفاهه

بالشيء • وهذه مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع • وعلى هذا الأساس فإن الحيازة تعتبر مستمرة ولو أن الحائز يستفيع بالعين في فترات متباعدة إذا كانت هذه الأفعال تتجدد في الأوقات والظروف المناسبة ، وإن صفة الاستمرار تتوقف على طبيعة الشيء المحوز فإذا كان الانتفاع به يتطلب أعمالاً مادية لا يمكن مباشرتها إلا في أوقات متباعدة فإن صفة الاستمرار تعد موفورة متى قام الحائز بالانتفاع به في الوقت الملائم تبعاً لطريقة استغلاله ، وحكم بأن إقامة الحدود وتعيين خفراء لحراسة أرض فضاء يكفي لكي يكون دليلاً على الحيازة المستمرة وحكم بأن أخذ أتربة من الأرض المتنازع عليها دفعة أو أكثر ليس هو وضع اليد الظاهر المستمر الدال على نية التملك والمنتج لاكتساب الملكية مهما طال زمنه ولا قيمة لقول من يدعى الملكية بالتقادم من أن مصلحة الأمالك (وهي التي تنازع في الملكية) هي التي تنسب إلى خصمها الاعتداء على الأرض بأخذ الأتربة منها أو أن عمالها عارضوه في ذلك في وقت ما أو أنه صرح له باستخراج الأتربة وقتاً آخر طالما لم يكن ذلك مقصوداً به تملك الأرض بل مجرد الانتفاع بالأتربة المأخوذة منها^(١) •

١٨٤ - الشرط الثاني : - أن تكون الحيازة هادئة : المراد بالحيازة الهادئة

تلك التي خلت من استعمال العنف أو القوة (أي الإكراه) • ولا يشترط أن يوجه العنف ضد المالك الحقيقي بل يكفي أن يوجه ضد الحائز الفعلي أو ضد أي حائز آخر مهما كانت صفته • كما لا يشترط أن تكون أعمال العنف أو الإكراه على درجة معينة من الجساماة أو أن يكون وقعها شديداً وإنما يكفي فيها أن يصبح وضع اليد قلقاً لا يستطيع الحائز معه الانتفاع بالشيء على حسب المألوف والعرف •

ويلاحظ أن عيب الإكراه الذي قد يشوب الحيازة عيب نسبي فلا يمكن أن يحتج به إلا الشخص الذي وجه إليه • وهذا معنى قول المشرع أن هذه الحيازة لا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه •

(١) انظر - خليل عفت - التقادم علماً وعملاً ف ١٣٠ ، محمد عبد اللطيف الحيازة وآثارها ف ٢٤ •

ويذهب فقهاء القانون المدني الى ان الحيازة التي تقوم على الغصب والعدوان تنقلب الى حيازة صحيحة منتجة لكل آثارها القانونية اذا تمكن الغاصب من وضع يده وضعا هادئاً لمدة سنة الا ان المشرع العراقي قرر في المادة (١١٤٦) ان الحيازة التي يشوبها عيب الاكراه لا تنتج أثرها تجاه من وقع عليه الاكراه الا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب ، والواقع ان هذا القيد يكاد يصبح قيداً نظرياً ليس له في الحياة العملية مجال كبير أو صغير للتطبيق ، وذلك لان من كان حريصاً على حيازته يتعين عليه الذود عنها لان المشرع بسط له سبيل الحماية عن طريق دعاوى وضع اليد دفعا لعدوان الغاصب فاذا ما فرط في استعمال هذا الحق ولم يفرع الى القاضي طالبا الحماية واستسلم للغاصب فهو غير جدير بهذه الحماية ولا تثريب على الغاصب اذا هو تمكن من وضع يده على العقار وضعا هادئاً لمدة سنة ولا على المحكمة التي تسبغ عليه هذه الحماية .

وغنى عن البيان ان الاكراه أو العنف الذي يصيب الحيازة هو كل عدوان أو اكراه مادي أو معنوي يأتيه الغير بقصد سلب الحيازة ، اما القوة التي يستعملها الحائز لرد العدوان عن حيازته فهو فعل مباح متى كان داخلاً في نطاق حق الدفاع الشرعي وليس استعمال الحق بالامر الذي يعيب الحيازة . وقد اقر القانون المدني الالماني هذا الرأي في المادة (٨٥٩ منه) . وقد ذهب فريق ثان من الفقهاء الى انه وان كان من حق الحائز ان يرد العدوان الواقع على حيازته بالقوة الا انه يترتب على فعله هذا ان تصبح حيازته غير هادئة اذ كان ينبغي على الحائز ان يلجأ الى القاضي في مثل هذه الحالات . وهذا الرأي أقرب الى فقه القانون المدني العراقي كما سيحيى عند الكلام عن دعوى الاسترداد .

١٨٥ - الشرط الثالث : أن تكون الحيازة ظاهرة غير خفية :

لا يحق للحائز الذي اخفى حيازته عن الناس ان يطالب بحمايتها واحترامها . ومن المتفق عليه فقها وقضاء انه لا يشترط ان تكون الحيازة ظاهرة للناس كافة بل يكفي ان تكون معلومة من قبل المالك أو من يراد الاحتجاج عليه بوضع اليد ولو كان أمرها خافياً عن باقي الناس . وعلى هذا الاساس قضت

احدى المحاكم المصرية^(١) بأنه يشترط لامتلاك الاعيان الثابتة بالتقادم ان يكون الظهور بملكيتها مدة وضع اليد كافيا لعلم المالك بهذه النية حتى اذا سكت عن المطالبة بردها مع علمه بهذه النية يعتبر سكوته دليلا على التخلي الذى هو علة التشريع فى سقوط الحقوق العينية بالتقادم فمن ادعى بأنه شغل ارضا من اراضى البناء بسيارته وحدائده وصفائحته بأن وضعها فى العراء مدة طويلة فان اشغاله على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للاعلام بنية التملك للعين اذ انها من اراضى البناء التى يستلزم التدليل على التظاهر بملكيتها احداث منشآت مستقرة بها لاسيما اذا طال أمد اغتصابها .

وليس من الضروري ان يكون المالك الحقيقى الذى يراد الاحتجاج بالحيازة ضده عالما بوضع يد الحائز بل يكفى ان يكون فى استطاعته العلم به . فاذا وضع الحائز علامات ظاهرة ليدل بها على حيازته للشئ فلا يجوز للمالك ان يحتج بعدم علمه بها بسبب غيابه أو عدم يقظته بل يتحتم عليه أن يتصف بصفات رب الاسرة الحازم فيكون على اتصال دائم بملكه ليدفع كل عدوان يقع عليه .

ويجب أن تكون الحيازة ظاهرة طوال مدة وضع اليد فاذا بدأت خفية ثم أضحت سافرة ظاهرة فانها لا تنتج آثارها القانونية الا من وقت زوال الخفاء . ويعتبر طابع الظهور موفورا حتى لو عمد الجار الى اغتصاب أرض جاره تدريجيا جزءا بعد جزء^(٢) .

١٨٦ - الشرط الرابع : الا تكون الحيازة غامضة : - وقد عبر المشرع

العراقى عن هذا الشرط بقوله « اذا كان فيها لبس » . ويقصد بالغموض أو اللبس الشك الذى يشوب الحيازة بالنسبة الى أحد عنصريها المادى أو المعنوى . وبعبارة أخرى تعتبر الحيازة غامضة متى كانت تحتل الشك أو التأويل أو يمكن تفسيرها على أكثر من وجه .

(١) استئناف مصر ٢٠ ابريل ١٩٤١ .

(٢) الحيازة وآثارها - ف ٣٢ - ٣٧ .

ونسوق هنا ابرز الامثلة على هذه الحيازة الغامضة •

أ - وضع يد الشريك على الشيوع : - يجوز لكل من الملاك على الشيوع أن يقوم بأجراء أعمال الحيازة على الشيء المشاع ، وهذه الاعمال تكون في الغالب مبهمة ، اذ قد تصدر من المشاع بناء على حقه في الملكية أو بصفته حائزا مستقلا بنية الامتلاك ، وما دام هذا الابهام موجودا فانه لا يكون للحيازة أثر بالنسبة لباقي الملاك على الشيوع • ويجب عليه لكي يضع حدا لهذا الغموض أن يظهر ظهورا جليا بأعمال واضحة تنبئ عن نيته في الحيازة (١) •

ب - اذا ادعت الدولة بانها اكتسبت ملكية قطعة ارض بالتقادم بسبب مرور الناس عليها فان الحيازة على هذا النحو تعتبر غامضة اذ يشترط لكي تصبح هذه الارض ضمن الاموال العامة أن تقيم الحكومة الدليل على انها وضعت اليد عليها بنية التملك وانها تولت صيانتها والاشراف عليها بعد أن أصبحت مطروقة لمصلحة الجمهور أما مجرد تخصيص عقار لمنفعة الناس دون تدخل من جانب الحكومة فهو عمل لم يكن مقرونا من جانب هؤلاء المتفعين بنية امتلاكهم لهذا العقار •

ج - حيازة رجال البادية للاراضي الفضاء : - تعتبر حيازة البدو للاراضي الفضاء حيازة غامضة مشكوكا فيها لانهم قوم لا يستقرون في مكان واحد ، وعلى هذا الاساس قضت احدى المحاكم المصرية بأن « وضع اليد المؤدى الى التملك بمضى المدة الطويلة يجب أن يكون علنيا وظاهرا باعمال خارجية تتم من حيث طبيعتها وصفتها عن التملك ، بعكس ما اذا كانت غير مصحوبة بنية التملك حيث تقتصر على الحيازة المادية المشكوك فيها قليلا أو كثيرا كوضع يد البدو كعادات أهلها على قطعة من الارض فيقيمون خيمة وقيمون حوالها بعض الاعمال كسياج ضد الرياح أو لمواشيهم وكفرن مثلا » (٢) •

د - المساكنة : اذا مات المورث عن بعض الورثة واستقل بعضهم بوضع

(١) كامل مرسى ف ٢٢ •

(٢) استئناف مختلط ٥ ابريل ١٩٣٢ •

يده على التركة مدة مهما طال زمنها فإنه لا يملكها بالتقادم ولا تحمى يده هذه بالنسبة لباقي الورثة بدعوى الحيازة ، وكذلك الحال بين الزوجين فإنه اذا اضع الزوج يده على أموال زوجته وقام باجراء جميع الاعمال المادية التي يتطلبها الركن المادى فى الحيازة عليها فإنه لا يعتبر بالنسبة للزوجة حائزا ولا يملك هذه الاموال بالتقادم مهما طال أمد وضع يده لوجود شائبة الغموض فى الحيازة •

١٨٧ - الشرط الخامس : الا تقوم الحيازة على أعمال الاباحة والتسامح :-

يجب ان تكون الحيازة سيطرة متعديّة لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح ، فمن كان يمر بارض جاره وقد رخص له الجار فى ذلك لا على سبيل ان له حق ارتفاق ، لا يعتبر حائزا لحق المرور ، ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره فترك الجار المطل على سبيل التسامح اذ هو لا يضايقه ما دامت أرضه فضاء لا يعتبر حائزا لحق المطل •

والمراد بأعمال الاباحة تلك الاعمال التي يباشرها المالك على ملكه استعمالا لرخصة مقررّة فى القانون ، كاستعمال الشريك فى الحائط المشترك لهذا الحائط ، أو فتح المناور أو المظلات فى حدودها المقررة لها ، أو تكليف مالك العقار الذى يحجز عقارا عن مورد الماء وليس فيه ماء للزراعة بان يدع فى عقاره سيلا لمرور المياه التي تكفى لزراعة الارض أو ريها • والمراد بأعمال التسامح تلك الاعمال التي لا تستند الى رخصة أو حق يقرره القانون ولكن جرى العرف على التسامح فيها وعض النظر عنها ما دامت لم تبلغ حدا من الخطورة والعنف يرقى بها الى درجة الاكراه أو الاعتداء • وتطبيقا لهذا قضى بأنه « اذا كانت الارض موضوع النزاع من اراضى المباني وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها بأكثر من انه اشغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للاعلام بنية التملك ، اذ انه من قبيال الافعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا اتكسب أحدهم حقا قبل

الآخر مهما طال الزمن عليها»^(١) وقضى بأن «فتح مطلين والانتفاع بهما للنظر على السطح الخارجى لسقف المنزل المجاور مما يعفو عنه حسن الجوار أو يفضل به ولا يغيره ان تطول مدته لانه لا يظن بالمنتفع انه قصد تملك حق على جاره ولا يظن بمن عفا أو تفضل انه سكت مستسلما راضيا بما تقرر على ملكه من حق وانما سكت على اذى يسير حتى يشرع فى تغيير أوجه الانتفاع بملكه»^(٢) .

وتعتبر التفرقة بين وضع اليد الذى يقوم على التسامح وبين وضع اليد الذى يقوم على الغصب من ادق المسائل الموضوعية ولهذا كان على القاضى ان يستعين فى معرض التفرقة بينهما بكافة الظروف والملازمات المحيطة بكل دعوى على حدة وان يبذل الجهد فى استخلاص العلاقة التى تقوم بين الجيران وهل يخالطها الود والصفاء الذى ينتفى معه معنى الغصب أم هى علاقة يشوبها التوتر الذى ينتفى معه معنى التسامح والتفضل .

١٨٨ - واما عن أنواع الحيازة فاننا نقول ان الحيازة تنقسم الى قسمين أولهما الحيازة الحقيقية وهى تلك الحيازة التى توافر لها ركنها المادى والمعنوى والتى كملت لها شروطها التى سبق الكلام عنها ، وثانيهما الحيازة العرضية ، وهى حيازة ينقصها العنصر المعنوى .

والحائزون العرضيون على طبقتين الاولى هى طبقة الحائزين الذين يستندون فى وضع يدهم على الشئ الى عقد من العقود التى لا ترتب سوى حقوق شخصية كالمستأجر والمستعير والوديع والوكيل . والثانية هى طبقة الجائزين الذين يستندون فى وضع يدهم على الشئ الى حق عينى غير الملكية . وعلى هذا الاساس فان صاحب حق الانتفاع يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة لمالك الرقبة لان السند الذى يتخذه أساسا لوضع يده على العين يتضمن اعترافا منه بملكيتها وكذلك الحال بالنسبة لصاحب حق الاستعمال

(١) استئناف مصر ٢٠ ابريل ١٩٣١ .

(٢) استئناف مصر ١٧ كانون ثانى ١٩٢٨ .

والسكنى والمساطحة ، وصاحب حق التصرف فى الاراضى الاميرية • ويعتبر الدائن المرتهن حائزا عرضيا ولهذا فإنه لا يتملك العين مهما طال أمد وضع يده عليها ، ويعتبر مستأجر عرصات الوقف بطريق الاجارة الطويلة حائزا عرضيا بالرغم من انه صاحب حق عيني لانه لا يضع يده على العين بنية تملكها فعقد اجارته يتضمن اعترافه بملكية الوقف للعين •

وقد أشار المشرع العراقى الى الحيازة العرضية فى المادة (١١٦٠) التى تقرر انه « ١ - ليس لاحد ان يحتج بالتقدم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع ان يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والاصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة ، ٢ - ولكن يستطيع ان يحتج بالتقدم اذا تغيرت صفة حيازته اما بفعل الغير واما بمعارضة منه هو لحق المالك ، ولا يبدأ سريان التقدم فى هذه الحالة الا من تاريخ هذا التغير » •

ويفهم من هذا النص ان الحائز العرضى ليس له ان يتمسك بالتقدم حتى ولو وضع يده على العين مدة تزيد كثيرا أو قليلا عن مدة التقدم التى يقررها القانون ، وهذه هى الصفة الاساسية للحيازة العرضية •

غير ان الحيازة قد تتغير صفتها فتقلب الى حيازة حقيقية يتوافر لها عنصراها المادى والمعنوى وعندئذ تحدث هذه الحيازة أثرها كاملا باعتبارها قرينة على الملكية ووسيلة لاكتسابها على السواء ، وتغير صفة الحيازة العرضية يكون باحدى وسيلتين :

الاولى : - أن تتغير صفة الحيازة بفعل الغير : - بأن ينقل الغير الى الحائز ملكية العين بيع أو هبة أو مقايضة أو كبدل صلح ، فالمستأجر الذى يشتري العين المؤجرة من غير مالكةا الحقيقى يتغير سبب وضع يده وتصبح حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك • وقد تساءل الفقهاء عما اذا كان يشترط لتغير صفة الحيازة بهذه الوسيلة أن يكون الحائز حسن النية أى أن يكون معتقدا بصحة ملكية من تلقى عنه السبب الجديد المؤدى الى تغير صفة الحيازة ؟ فذهب بعضهم الى أن حسن النية ليس شرطا لتغير صفة الحيازة وذلك لان القانون لم ينص على هذا الشرط ولهذا فان صفة الحيازة تتغير حتى ولو كان الحائز سىء النية أى

علما بأنه يتلقى السبب الجديد من غير مالك ، ويذهب معظم الفقهاء الى اشتراط حسن النية لتغيير صفة الحيازة لان روح النص يوحي بهذا الشرط ان المستأجر أو المزارع الذى يتعاقد مع شخص يعلم بأنه غير مالك ينشئ لنفسه سببا يغير به صفة الحيازة وهو ما لا تجيزه الفقرة الاولى من المادة (١١٦٠) التى تقدم ذكرها ، والى هذا ذهب محكمة النقض والابرام المصرية فى حكم لها جاء فيه أنه « يشترط عند تغيير سبب وضع اليد أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الاغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها » (١) .

الثانية : - أن يحصل تغير صفة الحيازة بفعل الحائز العرضى بأن يتعرض للمالك فى ملكه . ولم يبين القانون الاعمال التى يحصل بها هذا التعرض ، فقد تكون اعمالا مادية أو قانونية ، وهذه مسألة موضوعية يترك تقديرها للقضاء ، الا أنه يشترط فى هذه الاعمال أن تدل دلالة قاطعة على أن الحائز العرضى ينكر على المالك ملكيته ويريد الاستئثار بها لنفسه ، كأن يهدم الدائن المرتهن حيازيا العقار المرهون أو يعيد بناءه من جديد ويقف المالك من هذا الفعل مكتوف اليدين ، أو أن يتمتع المستأجر عن دفع الاجرة ويحتفظ بحيازة العين بأعمال اكراه يوجهها للمالك الحقيقى ، أو أن ينذر المستأجر المالك الحقيقى انذارا رسميا يجابهه فيه صراحة بأن وضع يده قد أصبح مقرونا بنية التملك . وقد قضت محكمة النقض والابرام المصرية بأن تغيير الصفة فى وضع اليد لا يكون الا بعمل مادى أو قضائى مجابه للوقف صاحب الحق فلا يعتبر من هذا القبيل أن يبيع المحتكر العين دون ذكر الحكر لان ذلك لم يحصل فى مواجهة الوقف (٢) .

وعبء اثبات تغير صفة الحيازة يقع دائما على الحائز ، فعليه أن يقيم الدليل على تغير وضع اليد وان سيطرته المادية على العقار انما اريد بها اكتساب ملكيته . وهو يستطيع اقامة الدليل على هذه الواقعة بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة .

(١) نقض ٢٣ ابريل ١٩٣٦ .

(٢) نقض ١٤ مايس ١٩٤٢ .

١٨٩ - وتقضى المادة (١١٤٧) بأنه « اذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائزا من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ما لم يظهر ان من له الحيازة الحالية حصل عليها من غيره بطريقة معيبة » .

وبمقتضى هذه المادة يكفى أن يثبت الحائز أنه يحوز المال في الحال وعندئذ تعتبر هذه الحيازة قرينة على قيامها في وقت سابق متى كانت هذه الحيازة مستجمعة لشروطها القانونية ، وهذه القرينة بسيطة تقبل اقامة الدليل العكسي ، والقرينة في هذه الحالة مبنية على ما يسميه فقهاء الشريعة (الاستصحاب) .

١٩٠ - وتقرر المادة (١١٤٨) بأنه « ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير . وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز الا من الوقت الذي يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير . ويعد كذلك سييء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكره ولو اعتقد أن له حقا في الحيازة . ٣ - وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت وقت كسبها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك » .

تعرض هذه المادة للحيازة بحسن نية وللحيازة بسوء نية ، فالحائز حسن النية هو الحائز الذي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير ، على ألا يكون خطؤه في هذا الجهل جسيما فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية تسهila للاثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية ، واذا كان المشرع العراقي لم يشر ، كما فعل المشرع المصري (م ٩٦٥) الى أن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، فاننا نرى وجوب الاخذ بحكم القانون المصري لاتفاقه مع القواعد العامة .

وحسن النية يفترض دائما وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ما يدعيه . ويمكن اثبات سوء النية بجميع طرق الاثبات بما فيها القرائن ، واذا أريد اثبات أن الحائز سييء النية وجب اقامة الدليل على أنه يعلم أنه لا يملك

الحق الذي يحوزه أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم قزال حسن نيته • على أن حسن نية الحائز يزول حتما من وقت اعلانه في عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذي يحوزه ، ويعد كذلك سييء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكره حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذي اغتصب حيازته • وتبقى الصفة التي اقترنت بها الحيازة حتى يقوم الدليل على أنها تغيرت ، فاذا بدأت الحيازة مقترنة بحسن نية فرض استمرار حسن النية مقترنا بالحيازة حتى يثبت من يدعى العكس دعواه •

١٩١ - وتقضى المادة (١١٤٩) بأنه • ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها • على أنه اذا اثبت الحلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سييء النية • ٢ - ويجوز للخلف ، عاما كان أو خاصا ، أن يضم الى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر • تعرض هذه المادة للاستخلاف على الحيازة اذ ليس من الضروري أن تستمر الحيازة طيلة المدة التي يقررها القانون لحمايتها أو لاعتبارها وسيلة لكسب الملكية قائمة في شخص الحائز الاول ، بل أن الحائز الحالي يستطيع أن يضم الى حيازته حيازة سلفه^(١) •

والحلف عام وخاص ، أما بالنسبة للخلف العام فان فقهاء القانون المدني الفرنسي يقررون ، استنادا الى القاعدة التي تقضى بأن الحلف يعتبر امتدادا لشخصية سلفه ، ان الحيازة تنتقل الى الحلف العام بصفتها التي كانت عند السلف ومعنى هذا أنه اذا كان السلف حائزا عرضيا فان حيازة خلفه العام تكون عرضية كذلك واذا كان السلف حائزا حسن النية اعتبر الحلف كذلك ولو كان سييء النية ، واذا كان السلف حائزا سييء النية فان حيازة خلفه العام تكون مقترنة بسوء النية على الرغم من أنه قد يجهل أنه يعتدى في حيازته على حق للغير^(١) •

ونظرا لاختلاف فكرة الحلف العام في فقه القانون المدني العراقي عنها

(١) بلانيول - ١٥ ص ف ٢١٧٨ طبعة ١٩٥٠ •

(٢) المرجع السالف ف ٢١٧٩ •

فى فقه القانون المدنى الفرنسى فان المشرع العراقى لم يتبع الرأى المتقدم واعطى للخلف العام الحق فى التمسك بحسن نيته ولو كان سلفه سيئاً النية . هذا ويلاحظ بالنسبة للخلف العام أن حيازة سلفه (تنتقل) اليه ومعنى هذا اننا لسنا فى صدد حيازة جديدة وانما تكون الحيازة هى هى انتقلت عن طريق الوفاة الى الخلف العام . أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه يبدأ حيازة جديدة منفصلة عن حيازة سلفه ومستقلة عنها الا أن له الحق فى أن (يضم) الى حيازته حيازة سلفه اذا اقتضت مصلحته ذلك . والامر بسيط فى حالة ما اذا اتحدت الحيازتان فى صفتيهما بأن كانتا مقترنتين بحسن نية ، أو كانتا مقترنتين بسوء نية . ولكن الامر يدق فى حالة اختلاف صفة الحيازتين بأن تكون حيازة السلف مقترنة بسوء نية وحيازة الخلف الخاص حيازة بحسن نية أو على العكس بأن يكون السلف حسن النية والخلف الخاص سيئها .

والقاعدة فى هذا انه اذا تعددت الحيازات وجب أن تتوافر فى كل حيازة الشروط اللازمة للتقادم الذى يحتج به . وللخلف الخاص أن لا يتمسك الا باحدى الحيازتين تبعاً لمصلحته الخاصة .

فاذا فرض أن الخلف الخاص كان سيئاً النية ولكن سلفه كان حسن النية ولديه سبب صحيح وان المدة اللازمة للتقادم كانت قد تمت وقت انتقال الملكية اليه فانه يكون للخلف أن يطرح حيازته هو ويتمسك بحيازة سلفه فيحتج بالتقادم الذى تم ولا يوجد فى هذه الحالة ضم حيازتين ، واذا كان الخلف الخاص حسن النية وقت انتقال الحق اليه ولكن سلفه كان سيئاً النية وحاز الخلف المدة اللازمة للتقادم القصير فإنه يكون له أن يحتج بهذا التقادم متمسكاً بحيازته هو وتاركا حيازة سلفه . وقد يكون للخلف الخاص مصلحة فى التمسك بحيازة سلفه مضافاً اليها حيازته للاحتجاج بالتقادم الطويل فحيازته وان كانت صالحة للتقادم القصير فانها تكون من باب أولى صالحة للتقادم الطويل ، فاذا اشترى شخص عقاراً كان يعتقد ان بائعه مالكا له وحازه على هذا الاعتبار فيكون لديه سبب صحيح وحسن نية ولكنه بعد

زمن بان له أن البائع لم يكن مالكا وأنه كان يحوز الشيء من غير سبب صحيح ولا حسن نية وإنما كان قد مضى على حيازته (١٣) سنة وقت البيع فبعد سنتين يجوز للمشتري أن يحتج بالتقادم الطويل مكتملا مدة حيازته سلفه بحيازته مدة سنتين • وعلى العكس من ذلك اذا كانت حيازة السلف سالحة للتقادم القصير بأن كان حسن النية ولديه سبب صحيح وكان الخلف سييء النية فإنه يكون للخلف أن يحتج بالتقادم الطويل مضافا الى مدة حيازته مدة حيازته سلفه (١) •

الفرع الثاني

حماية الحيازة

١٩٢ - وضع المشرع للحيازة دعاوى ثلاث تحميها وهي : -

أولا : دعوى استرداد الحيازة •

ثانيا : دعوى منع التعرض •

ثالثا : دعوى وقف الاعمال الجديدة •

١٩٣ - أولا : دعوى استرداد الحيازة : - وقد كانت هذه الدعوى

تعرف في التشريع العراقي باسم دعوى رفع اليد ، وقد تأثر واضعو القانون المدني بهذه التسمية فاطلقوا على دعوى الاسترداد دعوى رفع اليد (م ١١٥١) • ونحن نجرى على هذا المصطلح القانوني السليم المعترف به عند الفقهاء ونسمى هذه الدعوى دعوى استرداد الحيازة •

ترمي هذه الدعوى الى اعادة وضع يد الحائز الذي سلبت حيازته يطالب فيها الحائز بأن يسترد حيازته ممن اغتصبها ، وقد نص على هذه الدعوى في المادة (١١٥٠) فقد قضت الفقرة الاولى منها بأن « لحائز العقار اذا انتزعت منه الحيازة أن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها اليه • فاذا كان انتزاع الحيازة خفية بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك • ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة

(١) استاذنا كامل مرسى ف ١٥٦ •

عن غيره » • ومعنى هذا أنه يشترط أن ترفع هذه الدعوى فى السنة التالية لانتزاع الحيازة كبرها أو لكشف انتزاعها خلسة وترفع ضد من انتزع الحيازة أو خلفه ولو كان حسن النية على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل فان لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه فان كان لم يستردها خلال السنة كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذى تحمى حيازته وذلك لان المشرع رأى أن الحيازة التى تستحق الحماية بهذه الدعاوى هى الحيازة التى استطلت مدة سنة على الأقل •

ويصح أن ترفع دعوى الاسترداد ممن ينوب عن غيره فى الحيازة بل ممن كانت له حيازته عن تسامح من صاحب اليد وذلك لان هذه الدعوى لا علاقة لها بالملكية حتى يحرم منها الحائز العرضى •

١٩٤ - وتقضى الفقرة الثانية من المادة (١١٥٠) بأنه « واذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند الى حيازة افضل • والحيازة الفضلى هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى • واذا ابرز كل من الطرفين سندا قانونيا فضل صاحب السند الاقدم تاريخا سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة • واذا كان أحدهما تلقى العقار عن الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخا • واذا تعادلت السندات أو لم يكن لدى أى منهما سند فضل من كان اسبق فى الحيازة ، فاذا استويا فى ذلك حكم لهما بالاشتراك فى الحيازة » •

اذا اراد الحائز استرداد العين وكان كل من المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة فإنه يحكم لمصلحة من كانت حيازته أفضل • وقد أكتفى المشرع المصرى بالنص على أن الحيازة الاحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى فاذا لم يكن لدى كل من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الاحق هى الاسبق فى التاريخ (م ٩٥٩) أما المشرع العراقى فإنه جاء فى هذه المسألة بالجامع المانع كما يقول الفقهاء !!

وقد نسي أنه يضع قاعدة قانونية من ابرز خصائصها المرونة وأنه لا يضع تعريفاً فقهاً يشترط فيه أن يكون جامعاً مانعاً ، وقد اقتبس المشرع المدني هذا النص عن المادة (١٥) من قانون المحاكم الصلحية فحشى على هذا الكنز من الضياع فأثبتته بعد تحويل في الصياغة وترجمة للنص الى اللغة العربية السليمة !! •

بعد هذه الكلمة التقديرية للنص نقول في شرحه :

إذا تنازع شخصان على الحيازة ولم يكن قد مضى على وضع يد كل منهما سنة وكان احدهما يستند الى سند قانوني فضل هذا على الثاني ، فإذا تنازع شخصان على حيازة عقار وكان احدهما يستند الى عقد يعد بطبيعته ناقلاً للملكية لو انه صدر من مالك ولم يكن بيد الشخص الثاني أى دليل أو سند يستند اليه في طلب وضع اليد فانه لا بد من تفضيل الحائز الذي يستند الى العقد •

وإذا ابرز كل من الطرفين سنداً قانونياً فضل صاحب السند الاقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو من أشخاص متعددين • فإذا ادعى كل من الطرفين انه انما اشترى العقار من مالكة وبرز كل منهما سنداً فالعبرة بالاسبقية في التاريخ هذا ما يوحى به ظاهر النص وان كان تطبيق هذا المثل في الحياة العملية القضائية في العراق نادراً ، ونستطيع ان نمثل لهذه الحالة بان ادعى احد الطرفين انه اوصى له بالعقار وادعى الثاني بأنه ورثه فان حيازة الموصى له هي الفضلى لانها اسبق في تاريخ السند القانوني الذي يستند اليه طالب الاسترداد •

وإذا كان احدهما قد تلقى العقار عن الآخر فضل صاحب السند المتأخر وذلك لان هذا السند جعل ما قبله لغوا عديم القيمة • وإذا تعادلت السندات أو لم يكن أى من المتنازعين يستند الى سند قانوني فضل من كان اسبق في الحيازة ، فإذا تساوى اشتركا فيها •

١٩٥ - وتقرر الفقرة الثالثة من المادة (١١٥٠) انه « اذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة الى الطرق القانونية بل استرد حيازته اكرهاها وتغلبا

وطالب الطرف الآخر باعادة يده السابقة حكم باعادة يده وللحائز الاول بعد ذلك ان يلجأ الى الطرق القانونية لاسترداد حيازته « • والحكمة في هذا النص واضحة ذلك ان الاعتداء على الحيازة جريمة مدنية بل قد يكون في بعض الاحيان جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات فلو ان المشرع سمح لكل شخص بان يرد العدوان بمثله اذن لاضطرب نظام المجتمع واثارت فيه القوي فسادا اذ من القواعد القانونية والاجتماعية والخلقية انه لا يجوز للانسان ان ينصب من نفسه قاضيا •

١٩٦ - وتقرر المادة (١١٥١) بأنه « اذا أقام الحائز دعوى رفع اليد لاسترداد حيازته فله ان يطلب منع المدعى عليه من انشاء ابنية أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه اثناء قيام الدعوى بشرط ان يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر اذا ظهر ان المدعى غير محق في دعواه » ولا مقابل لهذه المادة في التشريع المصرى ولا السورى ولا الفرنسى وقد اقتبسها مشروعا من المادة (١٩) من قانون المحاكم الصلحية •

وتقرر المادة (١١٥٢) بأنه « اذا كان المدعى عليه قد انشأ ابنية أو غرس اشجارا في العقار المتنازع فيه قبل ان يمنع من ذلك فله ان يطلب بقاء الابنية والاشجار مع العقار في حيازته حتى يفصل في دعوى الملكية بشرط ان يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى من الضرر اذا لم يثبت المدعى عليه ملكيته ، وبشرط ان يرفع دعوى الملكية خلال شهر واحد من تاريخ تقديمه هذه التأمينات فاذا لم يقدم التأمينات المذكورة أو تأخر في رفع دعوى الملكية عن الميعاد المذكور سلم العقار مع ما احدث فيه من منشآت الى المدعى اذا هو قدم التأمينات الكافية والاسلم الى عدل • ٢ - واذا كان البناء أو الغراس واقعا في قسم من العقار المتنازع فيه فلا تطبق هذه الاحكام الا على هذا القسم وتعاد يد المدعى على الباقي من العقار » (م ٢٠ قانون صلح) •

وتقرر المادة (١١٥٣) بشأن مصير المزروعات انه « ١ - اذا كان للمدعى عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده أمر

بحصد الزرع وتسليم العقار خاليا للمدعى * ٢ - واذا كان البذر لم ينبت فللمدعى الخيار ان شاء اعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه وان شاء تربص حتى ادرك المحصول وحصده فى مقابل أجر مثل العقار * ٣ - واذا كان البذر نابتا ولم يدرك فللمدعى الخيار ان شاء تربص حتى ادراك المحصول وحصده فى مقابل أجر مثل العقار وان شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع اذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر اذا ثبتت ملكيته على ان يضمن المدعى قيمة البذر وحده اذا لم تثبت ملكية المدعى عليه « (م ٢١ صلح) »

هذا وينبغى ان يلاحظ ان المواد (١٣ - ٢٢) من قانون المحاكم الصلحية وهى المواد التى يتضمنها الفصلان الرابع والخامس من القانون المذكور ، ملغاة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (١٣٨١) من القانون المدنى وذلك لان هذا القانون الاخير نقل هذه المواد بين نصوصه كما تقدم .

١٩٧ - ثانيا : دعوى منع التعرض : تقضى المادة (١١٥٤) بأن « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته جاز له خلال سنة من وقوع التعرض ان يرفع الدعوى بمنع هذا التعرض أمام محكمة الصلح » .

ترمى هذه الدعوى الى حماية يد الحائز من كل تعرض يعكر عليه صفو حيازته متى توافرت فيها الشروط الآتية :

١ - ان تكون هناك حيازة مستجمعة لشروطها القانونية التى سبق الكلام عنها ، ويترتب على هذا انه لا يجوز للدائن المرتهن رهنا حيازيا ولا للمستأجر أو للسعير ان يحتجى بهذه الدعوى لان حيازة كل منهم عرضية تفتقر الى العنصر المعنوى ، وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرار المصرية فى حكم لها جاء فيه « ان اساس دعوى منع التعرض هو الحيازة المعبرة قانونا بتوافر نية التملك فيجب على المحكمة عند الحكم فيها ان تبين فى حكمها جميع الشرائط القانونية الواجب توافرها فى وضع اليد وأهمها ان يكون بنية التملك وخصوصا اذا ما قام نزاع جدى حول تحقق هذا

الشرط ، واذن فاذا دفع المدعى عليه دعوى منع التعرض بان وضع يد المدعى على أرض النزاع انما كان باعتباره مستأجرا كما تدل عليه شهادة الشهود والوصلات التي تفيد قيامه بدفع الاجرة ثم حكمت المحكمة بمقولة ان ايجار الخفية لا يكون سببا لحرمان واضع اليد من ملكه متى تبنت محكمة الملكية ان أحوالا اضطرارية هي التي حملته على ان يدفع الاجرة وذلك دون ان تفصل فيما اذا كان وضع يد المدعى هو بصفته مالكا أو بصفته مستأجرا تاركة ذلك على حد قولها لمحكمة الملكية فأنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون « (١) » .

والتثبت من وضع اليد الذي تتوافر فيه شروط الحيازة مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع وبهذا قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها جاء فيه « ان وضع اليد واقعة مادية العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا فاذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الاوراق فيجب الاخذ بهذا الواقع واطراح ما هو غير حاصل ، واذن فلا تريب على المحكمة اذا هى احوالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى فيها اثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ولو كان بيده محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق » (٢) .

٢ - ان يكون الحائز قد وضع يده لمدة سنة على الاقل قبل حصول التعرض له وحكمة اشتراط مرور سنة على وضع اليد مستمد فى الاصل من التشريعات الجرمانية القديمة التى كانت تخول لواضع اليد اكتساب الملكية اذا مضى على وضع اليد سنة كاملة ويوما واحدا ، اذ تمر الفصول الاربعة ويتم الانتفاع الكامل بالاراضى الزراعية وعن هذه التشريعات نقل المشرع الفرنسى الحكم ومنه استمدته القوانين المدنية الاخرى .

ويستطيع واضع اليد ان يضم الى حيازته مدة وضع يد من سبقوه فيجوز للخلف العام ان يتمسك بحيازة سلفه متى استجمعت الحيازتان صفاتهما

(١) نقض ١٨ كانون أول ١٩٤٥ - مجموعة القواعد القانونية ح ٤

ص ٥٣٧ .

(٢) نقض ١٥ حزيران (يونية) ١٩٥٠ - مجموعة أحكام محكمة

النقض س ١ ص ٦١١ .

القانونية ، كما يحق للخلف الخاص ان يتمسك كذلك بحيازة سلفه لاكمال نصاب السنة اللازم لدعوى منع التعرض •

٣ - ان يقع التعرض فعلا : اذ لا تكفى خشية التعرض لرفع هذه الدعوى •

والتعرض مادي وقانوني ، ويراد بالتعرض المادي كل اعتداء يوجه ضد الحائز ويعكر عليه صفو حيازته ويتعارض مع حقه • ولا يشترط في هذا الاعتداء ان يقترن بعمل من اعمال العنف أو القوة ، ومثال التعرض المادي اقامة بناء أو احداث حفرة أو بذر البذور أو حصد المحاصيل أو حرث الارض أو المرور فيها أو رعى المواشى أو اقامة اسلاك للكهرباء على سطح البناء •

ويراد بالتعرض القانوني كل اجراء قضائي أو غير قضائي يوجه الى الحائز ويجعل الحيازة محل نزاع أو خصومة أمام القضاء وعلى هذا يعتبر رفع دعوى الحيازة تعرضا بالنسبة للمدعى عليه ، كما يعتبر تنفيذ الحكم تعرضا اذا تناول عقارا في حيازة شخص لم يكن طرفا في الدعوى التي صدر فيها الحكم ، كما تعتبر الانذارات والشكاوى وتحقيقات الشرطة تعرضا قانونيا متى كان النزاع فيها يمس أصل الحيازة ويتعارض مع حقوق الحائز • فالانذار الموجه الى الحائز بطلب ازالة المباني أو الاكشاك أو الزراعة القائمة في الارض يعتبر تعرضا قانونيا •

ولا بد لاعتبار الاجراء القضائي أو غير القضائي تعرضا قانونيا من ان يوجه الى حق الحيازة نفسها ويترتب على هذا ان دعوى الاستحقاق التي توجه ضد واضع اليد لا تعتبر تعرضا قانونيا ما دام رافع الدعوى لا ينكر على الحائز حيازته •

٤ - ان ترفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعرض • وذلك لانه اذا تمكن الغاصب من وضع يده وضعا هادئا لمدة سنة زالت يد الحائز واصبح الغاصب حائزا يحميه القانون • ويبدأ تاريخ السنة من اليوم

الذى وقع فيه التعرض بالفعل اذا كان التعرض ماديا ، ومن يوم توجيه الاجراء القضائى أو تبليغ الانذار الى الحائز اذا كان التعرض قانونيا .

١٩٨ - ثالثا : دعوى وقف الاعمال الجديدة : - تقرر المادة (١١٥٥) بأن

« ١ - من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة وخشى لاسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له ان يدعى امام محكمة الصلح طالبا وقف هذه الاعمال بشرط الا تكون قد تمت والا يكون قد انقضى عام على البدء فيها . ٢ - وتصدر المحكمة حكما مؤقتا بوقف الاعمال أو باستمرارها ويجوز لها فى كلتا الحالتين ان تأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الاعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى فى الموضوع ان الاعتراض على استمرارها كان على غير اساس . وتكون فى حالة الحكم باستمرار الاعمال ضمانا لازالة هذه الاعمال كلها أو بعضها اصلاحا للضرر الذى يصيب المدعى اذا تبين انه محق فى دعواه بحكم نهائى فى الموضوع » .

وفيهم مما تقدم ان دعوى وقف الاعمال الجديدة ، كدعوى منع التعرض وكدعوى استرداد الحيازة ، يشترط فيها ان يكون المدعى قد حاز العقار لمدة سنة على الاقل على ان تستجمع حيازته شروطها القانونية ، كما يشترط فيها ان ترفع قبل اتمام الاعمال الجديدة وقبل البدء فيها بسنة على كل حال .

ولكن ما هى هذه الاعمال الجديدة التى يحق للحائز ان يطالب بوقفها ؟ هى كل عمل يخشى الحائز لاسباب معقولة انه سيهدد حيازته ويعكر عليه صفوها واستقرارها . وتقدير هذا الامر متروك لفظنة القاضى فله وحده تقدير مدى خطورة العمل ، فاذا تبين له من الظروف والوقائع التى تكشفته له من النزاع المعروض عليه ان هذا العمل اذا تم سيهدد حيازة المدعى كان له ان يأمر بوقفه . ولكن قد يدق الامر على القاضى فى بعض الحالات فلا يستطيع التأكد مما اذا كان هذا العمل سيهدد حيازة المدعى أو لا يهددها ولهذا فقد اعطى المشرع للقاضى حلا منطقيا معقولا روعيت فيه مصلحة كل

من الطرفين وهو ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة المتقدمة ، من اعطاء القاضى الحق فى أخذ الكفالة المناسبة ، فاذا قضى بوقف الاعمال الجديدة أخذ الكفالة من المدعى ضمانا للمدعى عليه اذا قضت محكمة الموضوع فى دعوى الملك بأن المدعى غير محق فى دعواه • واذا قضى بالاستمرار فى هذه الاعمال أخذ الكفالة من المدعى عليه ضمانا للمدعى اذا قضت محكمة الموضوع بازالة هذه الاعمال اذ تصبح الكفالة ضامنة لتعويض الضرر الذى تقدره هذه المحكمة ولمصاريف الازالة •

ونستطيع بعد هذا ان نقرر هنا ان دعوى منع التعرض تختلف عن دعوى وقف الاعمال الجديدة فدعوى منع التعرض كما عرفنا لا ترفع الا عند وقوع التعرض بالفعل اما دعوى وقف الاعمال الجديدة فانها ترفع لمجرد الخشية أو الخوف من التعرض بسبب هذه الاعمال الجديدة ، ودعوى وقف الاعمال الجديدة لا تنصرف الا الى الاعمال المادية على خلاف دعوى منع التعرض التى تنصرف الى الاعمال المادية والقانونية جميعا ، والحكم فى دعوى وقف الاعمال الجديدة ينصرف الى الامر بايقاف هذه الاعمال اما فى دعوى منع التعرض فان الحكم ينصرف الى الازالة •

١٩٩ - وتقضى المادة (١١٥٦) بأنه « لا يفيد الحكم برفع اليد ورد الحيازة أو الحكم بمنع التعرض أو الحكم بوقف الاعمال الجديدة القضاء بملكية العقار لمن حكم له » • يشير هذا النص الى التفرقة بين دعاوى الحيازة وبين دعاوى الملكية ، فدعاوى الحيازة بحد ذاتها بصرف النظر عن اساسها وعن استنادها الى حق الملكية ، اما دعوى الملكية فانها ترمى الى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الاخرى بطريقة مباشرة ، واستنادا الى هذه التفرقة لا يجوز لمحكمة الصلح التى رفعت امامها احدى دعاوى وضع اليد ان تتعرض لموضوع الملكية بل يجب ان ينصب بحثها على ماهية الحيازة والنظر فى توافر شروطها أو عدم توافرها واذا ما دعت ضرورة هذا البحث الى الرجوع الى مستندات الملكية فان ذلك يكون على سبيل الاستئناس وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط الحيازة ولا يجوز للمحكمة ان تقرر

ان الحيابة مرتبطة بالملكية فتوقف الفصل فى دعوى وضع اليد الى حين الفصل فى دعوى الملك أو ان تحيل الخصوم الى محكمة البداءة لتفصل فى النزاع القائم بشأن تفسير أو صحة أحد المستندات المقدمة فى دعوى الحيابة • واستنادا الى هذا قضت محكمة النقض والابرار المصرية فى حكم لها جاء فيه « ان الاستناد فى دعوى اليد الى ادلة الملكية فيه جمع بين دعوى اليد ودعوى الملك وهذا غير جائز قانونا فاذا رفعت دعوى منع التعرض وطلب المدعى الاحالة على التحقيق ليثبت انتفاعه بالشارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة للملك فأجابته المحكمة الى طلبه هذا وباشرت التحقيق ثم عرضت عند الفصل فى الموضوع الى حق الارتفاق على الطريق وبنت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضاءها فى دعوى منع التعرض ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم آخذة بأسبابه رغم تمسك المدعى عليه بعدم قبول دعوى اليد المرفوعة من خصمه بعد ان استحالت الى دعوى ملك فذلك ، لما فيه من جمع دعوى اليد ودعوى الملك ، هو خروج صريح على حكم القانون » (١) •

ويترب على هذا أيضا أنه لا يجوز لقاضى اليد أن يتعرض فى اسباب حكمه لموضوع الحق فلا يجوز له أن يؤسس حكمه على اسباب مستخلصة من اصل الحق بل يجب أن يؤسس على هذه الواقعة المادية التى تتوفر فيها الحيابة • الا ان هذا القول لا يؤخذ على اطلاقه وظاهره فقد يختلط البحث فى الحيابة بالبحث فى المستندات المقدمة فى الدعوى • مثال هذا أنه اذا نازعت الحكومة صاحب اليد بأن ادعت بأن العقار المحوز من الاملاك المخصصة للانتفاع العام وبالتالي لا تجوز حيازته بالمعنى القانونى الدقيق ، ففى هذا المثل على القاضى أن يتأكد أولا من صفة هذا العقار وهل هو فى الحقيقة من الاموال العامة أو أنه من املاك الدولة الخاصة التى تجوز حيازتها واكتسابها بمضى المدة • وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرار المصرية فى حكم لها جاء فيه « اذا كانت المحكمة فى دعوى منع التعرض قد

(١) نقض ١٧ تشرين أول ١٩٤٠ •

حصلت تحصيلاً سائفاً من الأدلة التي ساقتها في حكمها ومن المعاينة التي أجرتها بنفسها ان الأرض المتنازع على حيازتها ما زالت تستعمل جرباً عموماً وانها بذلك تعد من المنافع العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد كان حكمها بعدم قبول دعوى وضع اليد المرفوعة بشأنها صحيحاً قانوناً ، ثم ان تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما اذا كان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك لان المقصود أن تبين حقيقة وضع اليد ان كان يخول رفع دعوى اليد أم لا حتى اذا رأت الامر واضحاً في أن العقار من الملك العام وان النزاع بشأنه غير جدى قبلت الدفع والا فصلت في دعوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد ، كما أن قضاءها في هذا المقام المؤسس على ان العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يعد حاسماً للنزاع في الملك^(١) .

الفرع الثالث

الحيازة قرينة على الملكية

التقادم المكسب

٢٠٠ - تقرر المادة (١١٥٧) أنه « ١ - من حاز شيئاً اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس ٢٠ - واذا ادعى الحائز أن حيازته منصبة على شخص أو على حق عيني غير الملكية اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . اذا ثبتت الحيازة لشخص فانها تكون قرينة على ملكيته للعين ، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس ، لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً في دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها لذلك يقتضى الامر ايجاد قرينة

(١) نقض ٩ مارت ١٩٤٤ .

أخرى هي الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح ، فمن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية وعلى من ينازعه أن يثبت أنه الحائز وان الحيازة هذه انما كانت لحسابه مثلا أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوي • ويتبين من ذلك أن من يستطيع اثبات الحيازة المادية لنفسه له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها وفي هذا تيسير كبير لاثبات الملكية •

ويلاحظ أن الحيازة انما تكون قرينة على الملكية اذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز أما اذا كان هذا خلفا لذلك فلا يجوز أن يحتج الحلف على السلف الا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة ، فالمستأجر مثلا لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ثم من هذه قرينة على الملكية بل ان عقد الايجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزا لا لحق الملكية بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر^(١) •

٢٠١ - وهذه القرينة البسيطة التي أقامها المشرع لمصلحة الحائز فعده مالكا حتى يقوم الدليل العكسي ، تنقلب الى قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسي اذا استطال وضع اليد فترة يحددها القانون ومن هنا كان وضع اليد أو الحيازة سببا من أسباب اكتساب الملكية • واذا بدا أن التقادم المكتسب عبارة عن طريق يقرره المشرع لتبرير الاغتصاب وتحويله الى حق الا أن القانون اضطر الى تبني هذا النظام لغاية سامية تتعلق بالمصلحة العامة ، وهي ضرورة وضع حد لدعوى الغير وايجاد الثقة في نفوس الناس ، فلو لا التقادم لعجز المالك عن اقامة الدليل على أنه مالك اذ لا يكفي أن يدلل على أن العقار الذي يحوزه قد آل اليه بعقد ناقل للملكية بل عليه أن يثبت أن هذا العقار كان مملوكا لمن تلقى عنه الملك ثم عليه أن يثبت أن جميع من تصرفوا في العقار كانوا يملكونه وهذا أمر مستحيل ، ولهذا قال بعض الفقهاء

(١) المذكرة الايضاحية المصرية •

الفرنسيين أن اقرار التقادم جنبنا من الدخول في اثبات لا يقدر عليه
الا الشيطان .

ومعروف أن التقادم ينقسم الى قسمين مسقط ومكسب ، أما التقادم المسقط
فهو عبارة عن وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام عند مضي مدة معينة . وأما
التقادم المكسب فهو عبارة عن تملك الحائز العين التي يحوزها بعد مضي
مدة معينة وهو خاص بالحقوق العينية العقارية .

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي عالج التقادم المكسب والمسقط في باب
واحد ، وقد انتقد رجال الفقه هذا العمل فهم يرون فصل كل من النوعين
وقد سار المشرع العراقي على هذا الرأي ففصل بين نوعي التقادم فعالج التقادم
المسقط في باب انقضاء الالتزام (م ٤٢٩ - ٤٤٣) وعالج التقادم المكسب
في الفصل المخصص لاكتساب الملكية بين الاحياء . ولما كنا قد بحثنا التقادم
المسقط في مؤلفنا عن (احكام الالتزام)^(١) ولما كانت بعض القواعد العامة
تسرى على نوعي التقادم فاننا لا نعيد ما جاء في المؤلف المذكور ونحيل
عليه ونقتصر على ذكر القواعد الاساسية في التقادم المكسب بالقدر الذي
يساعد على فهم نصوص القانون ولا يخرج عن الحدود التي رسمناها لهذا
المؤلف .

٢٠٢ - تقرر الفقرة الاولى من المادة (١١٥٨) بأن « من حاز منقولا
أو عقارا غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره ملكا له أو حاز حقا عينيا على
منقول أو حقا عينيا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع
خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق
العيني من أحد ليس بذى عذر شرعى » . تبين المادة السالفة طريقة ومحل
التملك بالتقادم الطويل وهو التقادم الذي يكون فيه الحائز سيء النية . ويعتبر
تحديد الاموال التي تقبل الحيازة وبالتالي يجوز تملكها بمضى المدة من أهم
ابحاث الحيازة وأدقها ، ولهذا فاننا نعرض هنا باختصار بعض هذه الاموال
التي لا تجوز حيازتها أو التي تكون حيازتها محلا لاختلاف وجهات النظر

(١) ط ٢ ص ٣٣٢ وما بعدها .

ونكتفى هنا بالإشارة إلى الأموال العامة (الدومين العام) وإلى الأموال الموقوفة، وإلى حقوق الارتفاق.

٢٠٣ - أولاً - الأموال العامة : - الأصل أنه لا يجوز وضع اليد على الأموال المخصصة للانتفاع العام أو تملكها بمضى المدة مهما طال الزمن . ويترب على هذا أنه لا يجوز لواضع اليد على عين مخصصة للمنفعة العامة أن يرفع عنها دعوى منع التعرض لأن من شروط هذه الدعوى أن يكون الشخص واضعاً يده بصفة مالك والأموال العامة لا تقبل الحيازة على هذا الوجه ، إلا أنه يلاحظ أن الدفع بعدم جواز وضع اليد على الأموال العامة أو تملكها بالتقادم لا يتمسك به غير الحكومة فلا يجوز لغيرها أن يحتج به لدفع دعوى اليد المرفوعة عليه .

٢٠٤ - ثانياً : - الأموال الموقوفة : - لا نجد في التشريع المدني العراقي نصاً خاصاً بتملك الأموال الموقوفة بالتقادم ، فهل يستفاد من هذا النص أنها تخضع للأحكام العامة في التقادم فتكسب بوضع اليد عليها بنية تملكها مدة خمس عشرة سنة أم أنها لا تزال خاضعة إلى نص المادة (١٦٦١) من المجلة التي تجعل هذه المدة (٣٦) سنة . وهي مادة من مواد الكتاب الرابع عشر الذي لم يلغها القانون المدني ؟ نذهب إلى الأخذ بهذا الرأي الثاني ما دام الكتاب الرابع عشر باقياً لم يلغ ولا يرد علينا بأن المادة المذكورة ملغاة بنص المادة (١٣٨١/٥) لأنها تتعارض مع أحكام القانون المدني لأننا نقرر أن لا تعارض مطلقاً فالقانون المدني يقرر كقاعدة عامة أن المدة اللازمة للتملك بالتقادم الطويل هي خمس عشرة سنة ، وتقرر المادة (١٦٦١) مجلة بأن هذه المدة في الوقف (٣٦) سنة ومعنى هذا أن حق المستحقين في الوقف في نصيبهم من ريعه يسقط بالنسبة للحائز سيء النية أو بالنسبة لناظر الوقف بمضى خمس عشرة سنة (م ٤٣٠) وإن دعوى أصل الوقف لا تسمع بمرور (٣٦) سنة .

٢٠٥ - ثالثاً : - حقوق الارتفاق : - الأصل أن كل الحقوق العينية

تقبل الحيازة والتملك بمضى المدة ، ومع هذا فإن حقوق الارتفاق تستحق شيئا من التفكير والشرح . حقوق الارتفاق أما أن تكون ظاهرة واما أن تكون مستترة ، فالاولى هي تلك التى تدل عليها اعمال خارجية وبعبارة أخرى هي تلك التى يتوافر فيها شرط الاعلان الذى يتطلبه وضع اليد ، مثال ذلك حق المجرى . ويراد بالثانية حقوق الارتفاق التى ليس لها علامة خارجية تدل على وجودها كالمنع من البناء على أرض من الاراضى أو منع رفع البناء زيادة على ارتفاع معين .

وتنقسم حقوق الارتفاق من جهة اخرى الى مستمرة وغير مستمرة فحقوق الارتفاق المستمرة هي التى يكون فيها الاستعمال مستمرا بذاته ومن غير حاجة الى تدخل الانسان كالمطلات على ملك الجار ومجارى المياه والميازيب . وحقوق الارتفاق غير المستمرة هي التى تحتاج فى استعمالها الى تدخل الانسان كحق المرور وحق الرعى .

فهل تخضع حقوق الارتفاق جميعا أيا كان نوعها للتملك بمضى المدة ؟ . اشترط المشرع الفرنسى فى المادتين (٦٩٠ و ٦٩١) أن تكون حقوق الارتفاق التى يجوز اكتسابها بمضى المدة ظاهرة ومستمرة ، فحقوق الارتفاق الظاهرة غير المستمرة ، أو غير الظاهرة سواء أكانت مستمرة أم غير مستمرة ، لا تخضع للتملك بوضع اليد .

وقد اشترط القانون الفرنسى الظهور تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأنه يشترط فى وضع اليد أن يكون ظاهرا ، واشترط الاستمرار لانه رأى أن حقوق الارتفاق غير المستمرة لا تعتبر تعديا على حق الغير وانها تقوم على أعمال التسامح . وقد كان هذا الحكم الذى يقضى به القانون الفرنسى محل نقد كثير من فقهاءهم ويرون أن مرد هذا الحكم الى عادات وتقاليد لم يصبح لها وجود . وقد استفاد المشرع العراقى من هذا النقد فقرر فى المادة (٢/١٢٧٢) أنه « يحتج بالتقادم فى حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة » . فالشرط الوحيد الذى اشترطه المشرع فى كسب حق الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا وذلك حتى لا يشوب

الحيازة عيب الحفاء ، ولم يشترط الاستمرار بما له من معنى خاص في حقوق الارتفاق أى أن يكون الارتفاق غير محتاج فى استعماله الى عمل الانسان وبذلك أصبح جائزا أن يملك حق المرور بالتقادم •

٢٠٦ - ويشترط للتملك بمضى المدة الطويلة أن يكون العقار أو الحق العيني عليه غير مسجل فى دائرة الطابو ، وأن يتوافر فى واضع اليد ركنا الحيازة المادى والمعنوى ، وان يستمر وضع اليد مدة خمس عشرة سنة على الأقل ، وأن ينكر واضع اليد ملكية المدعى • ونريد أن نقف قليلا عند الشرطين الاول والاخير •

أما بالنسبة لاشتراط المشرع العراقى للتملك بمضى المدة أن يكون العقار أو الحق العيني عليه غير مسجل فى دائرة الطابو فاننا نقرر أن هذا الحكم يعتبر مظهرا من مظاهر عدم هضم واستساعة المشرع لهذه القاعدة فقد كاد حكم هذه المادة يصبح أثرا بعد عين وحكما على ورق لا تطبيقا للوقائع وسدا للحاجات العملية • فالعقارات غير المسجلة فى دائرة الطابو وان كانت موجودة بالفعل الا انها آخذة فى التضاؤل والنقصان بسبب أعمال التسجيل المستمرة التى تقوم بها لجان التسوية من جهة وبسبب زيادة الوعى والثقافة عند افراد الشعب من جهة أخرى •

وأما بالنسبة للشرط الاخير واعنى به أن ينكر واضع اليد دعوى الملك أو دعوى الحق العيني المقامة عليه فاننا نقول أن هذا التعبير مقتبس من فقهاء الشريعة وبيان ذلك أن الشريعة ترى أن الحق لا يسقط ولا يكتسب بمرور الزمان ولا تعترف بان الغصب يكون طريقا للتملك بمضى المدة ، ولكنها ترى أن ترك المدعى الدعوى زمانا مع التمكن من اقامتها يدل على عدم الحق ظاهرا ولذلك فهى تقضى بمنعه من دعواه بعد مضى المدة بناء على تلك القرينة وهى أن سكوته عن المطالبة بحقه بلا عذر دليل ظاهر على أن دعواه غير صحيحة • وبطبيعة الحال تتقضى هذه القرينة اذا أقر المدعى عليه بالحق المطلوب ، ولما كان الحق لا يبطل بمرور الزمان فاقرار المدعى عليه به يلزمه برده مهما طال الزمن ويوجب الحكم عليه به ولذلك فالقاعدة الشرعية هى أن عدم سماع

القاضي للدعوى بعد مضي المدة المحددة لسماعها انما هو عند انكار الخصم أما اذا اعترف فسمع ضده ويقضى عليه بناء على اعترافه برد الحق لصاحبه . ومعنى هذا أن الشريعة لا تمنع رفع الدعوى بعد مضي المدة لان القاضي يجب عليه أن يسأل المدعى عليه ليرى ان كان ينكر الدعوى أو يعترف بها فاذا اعترف يحكم للمدعى والا قضي برفض دعواه فالحقيقة أن الدعوى تقبل دائما مهما طال عليها الزمن أى سواء مضت المدة أو لم تمض وانما المسألة مسألة خاصة بالاثبات فقط ، فقبل مضي المدة يجوز للمدعى اثبات حقه بكافة طرق الاثبات واما بعد مضي المدة فلا يجوز له اثباته الا باعتراف المدعى عليه وحينئذ فمضى المدة ليس دفعا بعدم قبول نفس الدعوى وانما هو دفع بعدم قبول ما عدا الاعتراف من طرق الاثبات^(١) .

٢٠٧ - وتقضى الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (١١٥٨) بأنه « ٢ - واذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقارى وكان غير مسجل فى دائرة الطابو واقرنت الحيازة بحسن النية واستندت فى الوقت ذاته الى سبب صحيح فان المدة التى تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقى الحق . ٣ - والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية : أ - الاستيلاء على الاراضى الموات . ب - انتقال الملك بالارث أو بالوصية . ج - الهبة . د - البيع أو الفراغ » .

تعرض هاتان الفقرتان للتقادم الخمسى وتشرطان له الى جانب كون العقار أو الحق العيني العقارى الذى تنصب الحيازة عليه غير مسجل فى دائرة الطابو ، أن يستند الى حسن نية والى سبب صحيح .

وقد قلنا ان حسن النية عبارة عن جهل الحائز بأنه يعتدى على حق الغير وان حسن النية مفترض وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ما يدعيه (م ١/١١٤٨) ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقى الحق فلا ينفيه

(١) من مقال للاستاذ على زكى العرابى - مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٨٦٨ .

سوء النية الذى يطرأ • والسبب الصحيح فى نظر المشرع العراقى اما أن يكون سنداً أو حادثاً يثبت حيازة العقار • ثم حددت الفقرة الثالثة ما يعتبر سبباً صحيحاً بالاستيلاء على الاراضى الموات ، والارث أو الوصية والهبة والبيع أو الفراغ ووضح أن الاستيلاء والارث حوادث قانونية تنقل الملكية وان الوصية والهبة والبيع والفراغ سندات أو أعمال قانونية •

ومعنى هذا أن السبب الصحيح فى نظر المشرع العراقى أوسع منه فى فقه القانون المصرى (أو الفرنسى) الذى يقصره على العمل القانونى الذى يكون بطبيعته وشكله ناقلاً للملكية والذى يعتوره عيب يمنع من انتقالها متى كان الحائز يجهل هذا العيب • وعلى هذا الاساس فإن الميراث فى هذين القانونين لا يعتبر سبباً صحيحاً لانه ليس للوارث ، وهو خلف عام ، أن يبدأ حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه •

وتولى الآن بحث العقود التى تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً •

٢٠٨ - الهبة : - قد يتبادر الى الذهن القول بأنه لما كنا فى معرض الحيازة التى تنصب على عقار أو على حق عيني عقارى فإن هبة هذا العقار أو الحق العيني العقارى لا تنعقد الا بتسجيلها فى دائرة الطابو (م ٦٠٢) وانه يشترط لكى تعتبر الهبة سبباً صحيحاً أن تكون مسجلة فى دائرة الطابو لانها اذا لم تسجل تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كما يقول فقهاء القانون المدنى أو غير منعقدة كما يقرر المشرع العراقى •

قد يتبادر هذا القول الى الذهن ومع هذا فانه ينبغى أن لا يغيب عنا أن التملك بمضى المدة الطويلة أو القصيرة لا يرد مطلقاً على العقارات العينية المسجلة فى دائرة الطابو ، وعلى هذا فإن اشتراط تسجيل العقد لاعتباره سبباً صحيحاً تناقض من شأنه أن يعطل أحكام التقادم الطويل والقصير على السواء • وقد يتبادر الى الذهن مرة أخرى اننا تناقض انفسنا اذا قلنا بأن التقادم الخمسى يجب أن يستند الى حسن نية وسبب صحيح ، اذ كيف يجتمع حسن النية والعقد غير المسجل الا يعتبر الموهوب له الذى لم يسجل عقد هبته عالماً بالعيب

الذى يشوب عقده وعلى الاخص اذا عرفنا أن قواعد الشكلية من النظام العام التى لا يعذر أحد بجهلها؟ ونحن نرد على هذا الاعتراض بالقول بأن معنى حسن النية الذى أقره المشرع هو أن يكون الحائز غير عالم بأنه يعتدى على حق (الغير) ولا يشترط لتوافر حسن النية أن يكون جاهلا أو غير عالم بعيوب السند الذى تلقاه من سلفه • ولا ريب فى أن من يتلقى هبة عقار أو حق عينى عقارى من شخص يشهد ظاهر الحال وحيازته المادية للعقار أو الحق العينى العقارى يعذر اذا ما ادعى بأنه يجهل الاعتدا على حق الغير فى قبول هذه الهبة •

٢٠٩ - البيع : - ما قلناه عن الهبة يصدق كذلك على البيع اذا لا يشترط لاعتبار البيع سببا صحيحا أن يكون مسجلا فى دائرة الطابو •

٢١٠ - الفراغ : - اذا كنا قد ذهبنا الى أنه لا يشترط فى الهبة ولا فى البيع لاعتبارهما سببا صحيحا أن يكونا مسجلين فى دائرة الطابو فاننا لا نستطيع الاخذ بهذا الرأى فى حالة الفراغ ، فاذا كانت هناك بعض العقارات المملوكة لا تزال غير مسجلة فى دائرة الطابو فان التصرف فى الاراضى الاميرية يكون مسجلا على الدوام فى هذه الدائرة ولهذا فان الفراغ الذى لم يسجله المتعاقدان يعتبر باطلا أو غير منعقد ولا يترتب عليه أى أثر قانونى فهو لا يصلح لان يكون سببا صحيحا للتقادم الحسمى (م ١٢٠٣) • وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز العراقية فى حكم لها جاء فيه « أن التصرف المقصود فى المادة (٢٠) من قانون الاراضى يجب أن يكون مطلقا أى غير مستند الى بيع خارجى ذلك البيع الذى لا يفيد الحكم ولا يعتبر قانونا^(١) » •

٢١١ - وتقرر المادة (١١٥٩) أنه « اذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزميين ما لم يقم الدليل على العكس » •

يكفى أن يثبت الحائز التاريخ الذى بدأت فيه حيازته ثم يثبت أنه حائز فى المال فلا يحتاج بعد ذلك لاثبات أنه استمر حائزا فى المدة الواقعة بين هاتين

(١) ١٥ تشرين ثانى ١٩٤٥ •

الفترتين فإن هذا الاستمرار يكون مفروضا حتى يقوم الدليل على العكس ، بل أن قيام الحيازة حالا اذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ما لم يقم الدليل على العكس . ويتبين من هذا أن الحائز اذا قدم لاثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة أو منذ خمس سنين فإنه يعتبر هذا العقد قرينة على أن حيازته استمرت خلال هذه المدة وعلى خصمه أن يثبت العكس اذا ادعاه وهذه القرائن القانونية تيسير لاثبات الحيازة بدءا واستمرارا .

٢١٢ - وتقرر المادة (١١٦٠) أنه « ١ - ليس لاحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والاصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة . ٢ - ولكن يستطيع أن يحتج بالتقادم اذا تغيرت حيازته أما بفعل الغير وأما بمعارضة منه هو لحق المالك ولا يبدأ سريان التقادم فى هذه الحالة الا من تاريخ هذا التغير » . تعرض هذه المادة للحيازة العرضية وقد سبق شرحها فيما تقدم (١) .

٢١٣ - وتقرر المادة (١١٦١) بأنه « لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة اذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى اعادة اليد فى هذا الميعاد » . ينقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بزوال الحيازة وذلك بتخلى الحائز عن حيازته اختيارا أو اضطرارا كما لو تمكن غاصب من بسط يده على الشيء المحوز ، فاذا رفع الحائز دعوى اليد خلال سنة من تاريخ وقوع الغصب وقضى لصالحه فيها فإنه يزول كل أثر للغصب حتى ولو تأخر الفصل فى الدعوى لمدة تزيد عن السنة اذ يترتب على الحكم القاضى بأعادة وضع اليد رفع كل أثر لوضع يد الغاصب ويعتبر الحائز كأنه لم يعقد حيازته فى يوم من الايام .

٢١٤ - وتقتضى المادة (١١٦٢) بأنه « تسرى قواعد التقادم المانع من سماع الدعوى بالالتزام على التقادم المانع من سماع الدعوى بالملك فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه

والاتفاق على تعديل المدة ، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المانع من سماع دعوى الملك ومع مراعاة الاحكام السابقة » .

ولما كنا قد بحثنا بالتفصيل كل هذه المسائل عند كلامنا عن التقادم المسقط فى مؤلفنا عن أحكام الالتزام فاننا نكتفى هنا بالاحالة الى ما قلناه هناك خشية التكرار والاطالة^(١) .

الحيازة فى المنقول

٢١٥ - تقرر المادة (١١٦٣) بأن « ١ - من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا فى حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد . ٢ - والحيازة قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » .

تقرر هذه المادة القاعدة المعروفة فى فقه القوانين المدنية والتي تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الملكية En fait de meubles la possession vaut titre ولم تكن هذه القاعدة مقررة فى فقه القانون الرومانى فلم يفرق الرومان بين المنقول والعقار من حيث انتقال الملكية أو من حيث التملك بالتقادم فمشتري المنقول يبقى معرضا لأسباب الاستحقاق ويستطيع المالك الحقيقى استرداده من يد الحائز ولو كان حسن النية . والميزة الوحيدة التى اقتضاها لتسهيل التجارة هى تخفيض مدة التقادم الى سنة واحدة رفعت فى عهد (جستنيان) الى ثلاث سنوات . اما اذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا فإنه لا يملك بالتقادم فيستطيع ماله استرداده فى أى وقت مهما طال الزمن . وقد سادت روح القانون الرومانى ونصوصه فى القرون الوسطى ، الا انه ما ان طلع القرن الثامن عشر حتى تحولت الافكار واثبتت التجارب فساد القاعدة الرومانية لما لها من خطر داهم يهدد الثقة التجارية فضلا عما فيها من اعتداء صارخ على حقوق حائز المنقول حسن النية وهكذا ظهرت قاعدة « الحيازة فى المنقول سند

(٣) انظر أحكام الالتزام ص ٣٣٢ - ٣٥٣ .

الملكية » وقد كان للفقه ضلع وافر في العمل على خلق هذه القاعدة وعلى الاخص للفقهاء (بوتييه وبورجون وفالين) وقد تأثر المشرع الفرنسي في تقنين نابليون بآراء هؤلاء الفقهاء واقتنع بفائدة هذه القاعدة فأقرها في المادة (٢٢٧٩) •

وقد اختلف الفقهاء تأصيل هذه القاعدة من الناحية القانونية فقرر بعضهم^(١) انها مبنية على فكرة التقدم المكسب وقد استندوا في تبرير هذا الرأي الى ان المشرع الفرنسي أورد القاعدة في التقدم تحت عنوان (بعض حالات خاصة من التقدم) وقد عدل الفقهاء عن هذا الرأي لان التقدم يقتضى حتما مضي مدة • وذهب البعض الآخر^(٢) ان هذه القاعدة رسمت طريقا قانونيا لاكتساب الملكية في المنقول بطريق الاستيلاء وكل ما في الامر انه استيلاء من نوع خاص لانه يقع على منقول مملوك للغير • وذهب معظم الفقهاء الى ان القاعدة السالفة عبارة عن قرينة قانونية على الملكية انشأها المشرع لمصلحة حائز المنقول بحسن نية • وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات الدليل العكسي • وقد أخذ القضاء في مصر وفي فرنسا بهذا الرأي الاخير الا انه جعل هذه القرينة غير قاطعة فأجاز فيها اثبات الدليل العكسي •

وواضح ان الحكمة التشريعية من هذه القاعدة هي انها ترمى الى توطيد الأتمان التجاري ليم التعامل في جو من الثقة والطمأنينة فيقدم الناس على شراء المنقول وهم آمنون لا يخشون ان تمتد اليهم يد المالك الحقيقي فتسترده منهم • ثم ان حائز المنقول يبدو في نظر الناس كافة كأنه هو المالك له ولم تجر في نقل ملكية المنقول اجراءات الشهر التي قررها المشرع في التصرفات العقارية ولهذا فلا تشريب على المشتري اذا هو تعاقد مع حائز هذا المنقول واعتقد بأنه مالك له بل انه يكون من الشطط ان نلزمه بالتثبت من ملكية الحائز •

بعد هذه التمهيدية في التعريف بالقاعدة ومصدرها وتفسيرها القانوني

(١) ديمولومب ح ٩ ف ٦٢٢ •

(٢) بودرى ف ٨٣١ ، بوفنوار ، ٣٥٣ ، كولان وكابيتان ف ٨٩٤ •

والحكمة التشريعية منها تناول الكلام عنها في ثلاث فقرات : الاولى لتحديد نطاق تطبيقها ، والثانية لبيان شروطها ، والثالثة لمستثنياتها •

أولا : نطاق تطبيق القاعدة

٢١٦ - يفهم من نص المادة (١١٦٣) السالف ان نطاق تطبيق هذه القاعدة ينحصر في المنقولات وفي السندات لحاملها • فهي تسرى على سائر المنقولات المادية التي تجوز حيازتها قانونا والتي يمكن تداولها من يد الى يد أخرى دون حاجة الى اتباع اجراءات أو شكلية خاصة • ويترتب على هذا ان هذه القاعدة لا تسرى على المنقولات التي اصبحت عقارات بالتخصيص لان تخصيصها أو رصدها لخدمة العقار أكسبها صفته كما انها لا تسرى الا على المنقولات المادية التي تمكن حيازتها فلا تسرى على المنقولات المعنوية كالملكية الادبية والفنية وكالديون والسندات التي لا تنتقل ملكيتها الا بطريق التحويل •

ويستثنى من المنقولات المادية التي تطبق عليها القاعدة :

- (١) المنقولات المخصصة للانتفاع العام كالاسلحة والمهمات الحربية والمنقولات التي بالمتاحف - الآثار - والكتب التي تحتويها المكتبات العامة •
- (٢) المنقولات التي يشترط القانون لانتقالها شكلية خاصة كالسفن والطائرات •

(٣) محال التجارة : اذا بيع محل تجارى وطلب البائع فسخ البيع لإخلال المشتري بتنفيذ التزاماته وكان هذا المشتري قد تصرف بالمحل ببيعه الى مشتري ثان وتسليمه له فإنه لا يجوز لهذا المشتري الثانى ان يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وذلك لان المحل التجارى لا يشتمل على البضائع والاشياء المادية الموجودة فيه فحسب ولكنه يشتمل فوق هذا على العملاء وحق الايجار واسم المحل وكل هذه الاشياء تكون مجموعة واحدة يعتبرها

الفقه المدنى من الاشياء المعنوية التى لا تقبل الحيازة وبالتالى لا تخضع لقاعدة
الحيازة فى المنقول سند الملكية •

(٤) الرسائل : من المتفق عليه فقها وقضاء ان القاعدة المتقدمة تسرى
على المخطوطات والمراسلات فتعتبر ملكا للمرسل اليه بمجرد استلامها • الا
ان لهذا الحكم بضعة استثناءات منها اذا اشترط المرسل اليه اعدام الرسالة
بعد استلامها والاطلاع عليها ، ومنها الرسائل التى يستلمها الموظفون أو
المستخدمون بحكم وظائفهم فأنها تعتبر ملكا للشخص المعنوى لا لهم ، ومنها
الرسائل التى يرسلها الموكل الى وكيله ، اذ انها تظل ملكا للموكل بالرغم
من حيازة الوكيل لها ولهذا فان الرسائل التى يرسلها الموكل الى محاميه
تبقى من حق الموكل له استردادها فى كل وقت وكذلك الحال بالنسبة
للرسائل التى ترسلها الشركة الى وكيلها • ومنها انه اذا تضمنت الرسالة
أمورا سرية تتعلق بالمرسل فأنها تبقى مملوكة له ولا يجوز للمرسل اليه
افشاءها الا باذن المرسل •

ثانيا : شروط تطبيق القاعدة

٢١٧ - يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية توافر
شروط ثلاثة وهى الحيازة وحسن النية والسبب الصحيح •

٢١٨ - أ - الحيازة : يشترط ان يضع الحائز يده على المنقول وان
تكون حيازته حقيقية بمعنى ان يكون المنقول بين يدى الحائز بحيث يسيطر
عليه سيطرة مادية ويستطيع الانتفاع به والتصرف فيه بجميع الطرق القانونية،
وتعتبر الحيازة من الامور الموضوعية التى يترك تقديرها للقاضى ، وقد تتوافر
الحيازة الحقيقية فى صورة لا يتم فيها تسليم الشئ الى يد الحائز بل تسلم
له اشياء أخرى تعد رمزا له وتقوم مقامه ، كسليم مفاتيح المخازن التى توجد
فيها المنقولات أو تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى امين
النقل أو المودعة فى المخازن ، الا انه يجب ان لا يغيب عن الازهان انه اذا

تعارض هذا التسليم الرمزي مع التسليم الحقيقي فضل هذا الأخير عليه .
ويشترط ان يتوافر للحيازة ركنها المعنوي اى ان يكون الحائز قد
وضع يده على المنقول باعتباره مالكا فلا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني كل من
وضع يده على شيء بعقد من عقود الائتمان كالمستعير والوديع والمستأجر ،
ويشترط فى الحيازة ان تكون مستجمعة لكافة الشروط القانونية التى سبق
الكلام عنها .

وتطبيقا لما تقدم فأنه يحق للموهب له ان يتمسك بقاعدة الحيازة
فى المنقول الخ . ضد ورثة الواهب ، واذا اودع شخص مبالغ من ماله باسم
شخص آخر فى صناديق التوفير بالبريد أو فتح له حسابا جاريا بأحد البنوك
فان الايداع وفتح الحساب يخرجان المال من حيازة المودع الى حيازة المودع
باسمه اذ يعتبر هذا الأخير قد قبض المال وكل ما فى الامر انه قبضه بواسطة
نائب قانوني قام بالقبض لحسابه . وعلى هذا الاساس تعتبر الهدايا التى
يقدمها الزوج لزوجته أو الاب لابنته المتزوجة ملكا لها وليس له ان يستردها
لانها تدفع بقاعدة الحيازة فى المنقول ، وتطبيقا لهذا قضت احدى المحاكم
المصرية بان « كل ما يشتره الزوج لزوجته وقت قيام الزوجية من مصوغات
ومنقولات يعتبر ملكا لها وهدية منه لزوجته والقول بأنه من باب العارية أمر
يتنافى مع العرف والذوق العام » (١) .

٢١٩ - ب - حسن النية : يشترط فى الحائز الذى يريد التمسك بقاعدة
الحيازة فى المنقول الخ . ان يكون حسن النية والمراد بحسن النية هنا ان
يعتقد الحائز انه تلقى المنقول من مالك متمتع بأهلية التصرف ، ويجب ان
تمثل فى الحائز صفات الحرص والحيلة التى يتخذهما الرجل المعتاد
للتحقق من ملكية المتصرف وأهليته ، وعلى هذا فقد قضى بأنه يعتبر سىء
النية تاجر المجوهرات الذى يشتري مصوغات أو احجارا كريمة من شخص
لم يعرف عنه انه يتجر فى مثل هذه الاشياء ، وبأنه يعتبر سىء النية من يشتري

(١) دمياط الجزئية ٣٠ تشرين ثانى ١٩٣٦ .

من شخص حامت حوله الفنون واحاطته الشبهات ، وقضى بأنه « لا يجوز للدائن المرتهن حيازها ان يتذرع بحسن النية قبل مالك السيارة وليس له ان يدعى لنفسه حق الحبس عليها حتى يسدد دينه اذ كان واجبا عليه ان يتحرى الدقة والروية فيتحقق من صحة ملكية المدين الراهن للسيارة لان السيارات تقيد فى المحافظات أو المديریات باسم مالكيها أو باسم من يحمل رخصة القيادة ، وحتى بالنسبة للسيارات الجديدة التى لم تقيد باسم مالكيها فهى تحمل علامة المصنع وانه لمن الممكن التحقق من شخصية مالكيها لدى توكيل المصنع ، فاذا أهمل الدائن المرتهن هذه التحريات فقد أخطأ خطأ جسيما ينزل به الى مرتبة الحائز سىء النية »^(١) . واذا تصرف الوكيل بالعمولة تصرفا جاوز فيه حدود وكالته فإنه لا يجوز للمشتري ان يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول اذ كان ينبغى عليه ان يطلع على التوكيل قبل التعاقد معه ، والعبرة بحسن النية أو سوءها هو وقت تلقى الحيازة فاذا كان واضح اليد حسن النية وقت تلقى الحيازة ثم علم بعد ذلك ان من نقل اليه الملكية لم يكن مالكا فإن علمه اللاحق هذا لا يقلبه الى حائز سىء النية ويظل قادرا على التمسك بالقاعدة المتقدمة .

٢٢٠ - ج - السبب الصحيح : يشترط فى الحائز ان تكون حيازته مبنية على سبب صحيح ، والسبب الصحيح هو التصرف أو العمل القانونى الناقل للملكية بطبيعته . فالعقود الكاشفة كالقسمة والاحكام لا تعتبر سببا صحيحا ، يستثنى من الاحكام أحكام مرسى المزداد لانها ناقلة للملكية . وقد حكم بأنه لا يمكن لمالك المنقول الذى حجز ويبيع بالمزداد العلنى أن يسترده من الراسى عليه المزداد حسن النية الذى يقوم البيع القضائى بالنسبة اليه مقام السبب الصحيح بل له فقط الرجوع على المدين الذى زاد ماله بضمن الشيء المبيع . فاذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له . الا ان يشاركهم فى التوزيع لانه ليس له امتياز عليهم ، اما اذا كان الثمن قد وزع بين الدائنين أو دفع الى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على

(١) استئناف مختلط ١٨ حزيران ١٩٢٩ - الحيازة وآثارها ف ٤٣٧ .

أحد منهم الا اذا كان الدائن الحاجز سىء النية ففى هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادئ العامة ان يطالبه بالثمن بل وبتعويضات^(١) .

ثالثا : مستثنيات القاعدة

٢٢١ - تقرر المادة (١١٦٤) بأنه « استثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الامانة » .

وفيه من هذا النص ان المشرع اجاز لمالك المنقول الذى خرج من تحت يده بضياع ، أو سرقة ، أو غصب أو خيانة أمانة ، ان يسترده من الحائز ولو كان حسن النية ومستندا فى حيازته الى سبب صحيح خلال ثلاث سنين من تاريخ الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الامانة . والحكمة التى جعلت المشرع يثبت هذا النص ان المنقول اذ يخرج من تحت يد مالكة بضياعه أو سرقة أو اغتصابه او بخيانة الامين أمانته فانما هو يخرج من تحت يده كرها وعلى غير ارادته ولا يمكن نسبة أى تقصير أو خطأ اليه فأكثر الناس حرصا على أمواله قد يكون عرضة لضياعها أو سرقتها أو اغتصابها أو أن يخون الامين أمانته ، ولهذا وجد المشرع نفسه بين شخصين لكل منهما حق التملك أولهما المالك الحقيقى وثانيهما الحائز ولهذا فضل الاول اذ يكون الحائز فى أغلب الاحوال مقصرا فان هناك عوامل كثيرة قد ترشده الى كون المال ضائعا أو مسروقا أو مختلسا أو مغتصبا ، كصناعة البائع أو حالته الاجتماعية أو بخس الثمن ، وكل هذه العوامل كفيلة بأن تلقى فى نفس المشتري الشك وقد كان عليه لو حسنت نيته ان يحجم عن الشراء ، فحالة المالك تفضل فى نظر المشرع حالة هذا الحائز ولهذا أجاز للمالك الاسترداد

(١) كامل مرسى ف ٤٢٤ .

وقيده بثلاث سنوات •

ويجب ان تصرف لفظة الضياع الى معناها الاعم ، فهي تشمل خروج المنقول من تحت يد صاحبه بسبب قهري كحالة الفيضان أو الغرق حيث يترك راكب السفينة منقولاته طالبا للنجاة ، كما تشمل خروج المنقول من يد المالك بسبب تقصير منه كما لو نسي شخص قلمه أو ساعته أو حافظة نقوده في مكان ما •

وأما السرقة فان معناها محدد بقانون العقوبات ، وهي عبارة عن اختلاس منقول مملوك للغير بدون رضاه (م ٢٥٨ عقوبات) وأما الغصب ، ويسميه قانون العقوبات الاغتصاب فقد عرفه على النحو التالي « كل من اغتصب بالقوة أو التهديد سنداً مثبتاً أو موجوداً لدين أو تصرف في مال أو براءة ذمة أو سنداً يمكن استعماله لاثبات حقوق الملكية أو أكره أحداً بالقوة أو التهديد على امضاء ورقة من هذا القبيل أو حبتها الخ » (م ٢٧١) ويقرر في المادة التالية ان « كل من تحصل بالتهديد على اعطائه مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنين » ويفهم من هذين النصين ان الاغتصاب أو الغصب هو عبارة عن الحصول على منقول الغير باستعمال القوة والعنف أو بالتهديد بهما • واما خيانة الأمانة فان المشرع عرفها في المادة (٢٧٣ من قانون العقوبات) على النحو التالي « كل من عهد اليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت أو سلم له لائى غرض كان فاستعمله لنفسه بسوء نية أو لفائدته أو لمنفعة أو فائدة شخص آخر أو تصرف فيه بطريقة مخالفة للغرض الذى عهد اليه أو سلم له من اجله حسب ما هو مقرر قانوناً أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن عهد اليه أو سلم هذا الشيء ... » وقرر في المادة التالية تطبيق حكم المادة السالفة على مالك الاشياء المحجوز عليها ادارياً أو قضائياً اذا جعل حارساً عليها أو سلمت له من الحارس فى حالة ما اذا قام باحد الاعمال المنصوص عليها فى المادة السابقة •

٢٢١ - وتطبق الحالة الاستثنائية التى تجيز استرداد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية فى حالة السرقة سواء اتصل بها ظرف مشدد أو كانت

سرقة بسيطة وسواء عرف السارق أو لم يعرف ، والذي يطالب بالرد هو المالك وكل شخص كان واضعا يده على الشيء المسروق وقت سرقة وكان مسئولاً عن حفظه فإذا سلمت منقولات لاحدى شركات النقل أو السكك الحديدية لنقلها فسرقت فإنه يجوز للشركة أو لمديرية السكك كما يجوز للمالك استردادها • كما يجوز للوديع أن يطالب باسترداد المنقول الذي سرق منه وترفع دعوى الاسترداد على الحائز حتى ولو كانت حيازته عرضية غير كاملة ، ومعنى هذا انه يشترط فى المدعى عليه فى دعوى الاسترداد ان يتوفر لديه العنصر المادى للحيازة بصرف النظر عما اذا كان قد اجتمع له الى جانب هذا العنصر المعنوى • ويترتب على هذا ان الدعوى لا تكون مقبولة اذا رفعت على الحائز الاصلى الذى تصرف فى المنقول أى على من اشترى الشيء الضائع أو المسروق أو المغتصب أو المختلس ثم باعه أو وهبه أو قايض عليه وانما ترفع على هذا الحائز الاخير • وواضع اليد اذا انتزعت منه ملكية المنقول الذى اشتراه أو اكتسبه بعقد من عقود الضمان يرجع على من تلقى منه ملكية هذا المنقول بالتعويض والضمان على أساس العقد المبرم بينهما •

وتطبيقاً لنص المادة (١١٦٤) ولنفهم قانون العقوبات لجريمة الاختلاس أو خيانة الامانة اذا سلمت منقولات لشخص على سبيل العارية أو الوديعة أو الرهن أو اوقع حجز قضائى أو ادارى على منقولات شخص وبقيت تحت يده ، فقام المستعير أو الوديع أو الدائن المرتهن أو المالك المحجوز لديه على أمواله بالتصرف بهذه المنقولات فانه يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الامانة وللمالك فى الحالات الاولى وللدائن الحاجز فى الحالة الاخيرة طلب استرداد هذه الاموال ممن يكون قد حازها ولو كان حسن النية •

ومن المقرر أن دعوى الاسترداد تشمل المنقول وتوابعه وان التغير الحاصل فيه لا يمنع من استرداده • أما اذا كان المنقول المسروق أو الضائع أو المغتصب أو المختلس من الاشياء التى تستهلك بالاستعمال فاستهلكه الحائز فانه ليس للمالك فى هذه الحالة من سبيل للرجوع عليه وانما هو يرجع على السارق أو المغتصب

أو خائن الأمانة أو من وجد الشيء الضائع فتصرف فيه •
وتقرر الفقرة الثانية من المادة (٩٧٧) من القانون المدني المصري بأنه « إذا كان
من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو
مزاو علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب منه أن يسترد هذا الشيء
على أن يعجل له الثمن الذي دفعه » • ثم يرجع المالك بعد هذا على من قبض الثمن •
ولا نجد لهذا النص مقابلا في التشريع العراقي ، ولما كان هذا النص استثنائيا لهذا
فإننا نذهب الى عدم امكان الاخذ به في فقه القانون المدني العراقي وهذا الذي نقول
به يتفق مع فقه القانون الألماني الذي حمى مالك المنقول المسروق أو الضائع
حماية مطلقة بأن اجاز له تتبعه واسترداده من يد أي شخص ولو كان حائزا
حسن النية دون أن يدفع له شيئا من الثمن بل دون أن يدفع له حتى مصاريف
الصيانة والحفظ وجعل مدة الاسترداد عشر سنوات لا ثلاثا كما هي الحالة في
أغلب القوانين • الا اننا اذ نقول بهذا الرأي لا نجرى فيه الى هذا الحد البعيد
فنحن نرى أن من حق الحائز حسن النية أن يجلس المنقول حتى يدفع اليه المالك
النفقات التي صرفها في حفظه وصيانه فاذا كان هذا الحق مقررا للغاصب فإنه
مقرر للحائز حسن النية من باب أولى (م ١٩٤ / ٣) ، وسيجيء الكلام عن حق
الحائز حسن النية في استرداد المصروفات الضرورية والنافعة في الفرع التالي •

الفرع الخامس

تملك الحائز حسن النية الثمار واسترداد المصروفات

٢٢٢ - تقرر المادة (١١٦٥) أنه « يملك الحائز حسن النية ما قبضه من
الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته » • وتقرر المادة (١١٦٦) أنه « يكون
الحائز سييء النية مسؤولا من وقت أن يصبح سييء النية عن جميع الثمار التي
يقبضها والتي قصر في قبضها غير أنه يجوز له أن يسترد ما انفق في انتاج
هذه الثمار » •

لا صحة لما يزعمه بعض الفقهاء من أن قاعدة تملك الحائز حسن النية للثمار عبارة عن تطبيق من تطبيقات قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وذلك لان قاعدة تملك الثمار رومانية الاصل على خلاف القاعدة الاخيرة ، ولان نطاق تطبيق قاعدة تملك الحائز حسن النية للثمار لا ينحصر فى المنقولات بل اننا نستطيع القول بأن نطاق تطبيقها الطبيعى هى العقارات لا المنقولات •

واذا اردنا تأصيل هذه القاعدة فانه لا سبيل لنا الا الى ردها الى اعتبار سليم من العدالة ، فالحائز حسن النية وضع يده على الشئ وهو يعتقد أنه مالك له وانه لا يعتدى على حق للغير ولهذا فانه سوف يبذل جهده وعنايته لاستغلاله والانتفاع به فكان حقا له أن يستأثر بثمراته جزاء ما بذل من جهد وما انفق من مال ووقت ، بل ان العدالة تأبى أن يلزم الحائز حسن النية برد الثمار جملة واحدة ومن تاريخ وضع يده على العين لان فى ذلك ارهاقا له قد يؤدى به الى الخراب والدمار • أما مالك الشئ فلا يلوم من الا نفسه اذ لو كان حريصا حازماً لكان قد استرد العين من يد حائزها فورا فاذا هو تراخى واهمل فعليه أن يتحمل هذه الخسارة • والحائز الذى يملك الثمار هو الحائز حسن النية وقد قلنا أن حسن النية عبارة عن جهل الحائز بأنه فى حيازته يعتدى على حق من حقوق الغير • ويترتب على هذا ان الوارث الظاهر يعتبر حائزا حسن النية متى كان يعتقد بحسن نية أن له حقا فى الميراث • ويجب أن يتوافر حسن النية وقت جنى الثمار أو قبضها فان علم الحائز بالعيب الذى يعتور السند الذى يتخذه اساسا لوضع اليد فانه يكون مسؤولا عن الثمار من تاريخ هذا العلم • ويعتبر حسن النية من الامور المتصلة بشخص الحائز فقد يكون الحائز سيىء النية ثم يخلفه خلف عام أو خاص حسن النية وقد يحدث العكس • ومن المقرر فقها وقضاء أن الحائز حسن النية ملزم برد الثمار من تاريخ رفع الدعوى بمطالبته برد العين •

وقد جرى القانون الفرنسى على تقسيم الثمار الى طبيعية وصناعية ومدنية ،

فالثمار الطبيعية هي كل ما ينتجه الشيء من نفسه دون أن يكون ليد الانسان دخل فيه كتاج المواشى واصوافها والبانها والحشائش وكلاء المروج ، والثمار الصناعية هي تلك التي ينتجها الشيء بفعل الانسان وعمله كالزهور التي تزرع في الحدائق والخضروات والحبوب وجميع الحاصلات الزراعية التي تزرع في الحقول والاراضي . والثمار المدنية هي مبالغ النقود التي يأتي بها الشيء في اوقات دورية منتظمة مثل أجور الاراضي والمنازل وفوائد النقد ، وهذا التقسيم موضع نقد من قبل الفقهاء الفرنسيين اذ لا يمكن وضع معيار واضح يفصل بين الثمار الطبيعية والصناعية فلتن كانت الحشائش النامية في المراعى تدخل في عداد الثمار الطبيعية الا انه غالبا ما تمتد يد الانسان اليها فتعهد تربتها بالسماذ والرى فتأتى بنبت وفير فتختلط بالثمار الصناعية بتدخل فعل الانسان ، وقد يتعهد الانسان الماشية بالغذاء مع العناية بها طبقا للاصول الفنية فتأتى بنتاج ممتاز ولبن وفير فتصبح هذه الثمرة بين طبيعية وصناعية^(١) . وقد أحسن المشرع العراقي بعدم التفرقة بين هذه الانواع من الثمار صراحة وقد عبر عنها بالزوائد والمنافع ، وجعل تملك الحائز حسن النية للزوائد (وتشمل كلمة الزوائد الثمار الطبيعية والصناعية على حد سواء) من تاريخ القبض ، وجعل تملك المنافع (وهى الثمار المدنية) من تاريخ الاستيفاء وهو فى هذا لا يختلف عن حكم القوانين المدنية الاخرى اذ من المقرر فى معظم القوانين أن الحائز حسن النية يملك الثمار الطبيعية والصناعية من تاريخ قبضها ، واما الثمار المدنية فانها تعتبر مقبوضة يوما فيوما .

ومع هذا فاننا نذهب الى أن الحكم فى القانون المدني العراقي يختلف عنه فى معظم القوانين الاجنبية بالنسبة لملك الثمار المدنية ، وبيان ذلك أن المادة (٩٧٨) من القانون المدني المصرى تقرر فى فقرتها الثانية أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها « أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة

(١) الحيازة وآثارها ف ٥٠٤ .

يوما فيوما « أما المشرع العراقي فانه يقرر تملك المنافع من وقت « استيفائها » •
ويترتب على هذا أنه اذا « استوفى » الحائز حسن النية الذى وضع يده على قطعة
ارض أو منزل أو سيارة الخ ، اجرة هذه العين مقدما فانه لا يلزم فى فقه القانون
المدنى العراقى ، على ما نرى ، برد شىء من هذه المنافع لانه استوفاه ، وهو
يلزم برد الاجرة المعجلة من الوقت الذى أصبح فيه حائزا لسيء النية وفقا لنص
القانون المدنى المصرى السالف •

٢٢٣ - وتقرر المادة (١١٦٧) بأنه « ١ - على المالك الذى رد اليه ملكه
أن يؤدى الى الحائز جميع ما انفق من المصروفات الاضطرارية ، والمصروفات
الاضطرارية هى المصروفات غير الاعتيادية التى يضطر الشخص الى انفاقها
لحفظ العين من الهلاك • ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام
المواد (١١١٩ و ١١٢٠) • ٢ - واذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز
أن يطالب بشىء منها وعلى ذلك يجوز أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد
الشيء الى حالته الاولى الا اذا أثر المالك أن يستبقيها فى نظير دفع قيمتها
مستحقة للقلع » •

وبناء على هذا النص يجب أن نفرق بين ثلاثة انواع من المصروفات •

النوع الاول المصروفات الضرورية وهى تلك المصروفات التى انفقت
لحفظ العين وصيانتها من الهلاك وهذه المصروفات حق للحائز سواء أكان حسن
النية أم سيئها فله أن يسترد ما انفق منها •

والنوع الثانى هى المصروفات النافعة وهنا تجب التفرقة بينما اذا كان
الحائز حسن النية أم سيئها ، فاذا كان حسن النية فانه لا يجوز للمالك أن
يطالب بازالة آثار هذه النفقات وانما هو يستحق قيمة ما زاد فى العين بسبب
هذه المصاريف ، هذا مع ملاحظة أنه اذا كانت هذه المصروفات النافعة قد
صرفت على اقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الارض المحوزة وكانت
قيمة هذه المحدثات تزيد عن قيمة الارض فأنه يجوز لواضع اليد فى هذه الحالة

أن يَتملك الارض بَمن مثلها • أما إذا كان الحائز سييء النية فإنه لا يستحق
الا قيمة هذه الزيادات التي صرفت النفقات عليها مستحقة القلع •

النوع الثالث المصروفات الكمالية فإنه يخير المالك بين طلب نزاعها على أن
يعيد الحائز العين الى ما كانت عليه وبين دفع قيمتها مستحقة القلع يستوى في
هذا أن يكون الحائز حسن النية أو سييء النية •

٢٢٤ - وتقرر المادة (١١٦٨) بأنه « اذا كان الحائز سييء النية فإنه يكون
مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء الا اذا
أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه » • وهذه
المادة مجرد تطبيق للقواعد العامة (م ١٩٣ و ٢٠١) •

وبهذا ينتهى الكلام عن الحيازة وبه ينتهى الباب الاول •

البَابُ الثَّانِي

حق التصرف والعقر

٢٢٥ - تمهيد وتقسيم : لقد ورث العراق فيما ورث عن الدولة العثمانية جملة من القوانين العتيقة البالية التي لا تتسجم الا مع روح القرون الوسطى ومع الظروف الخاصة التي كان يمر بها (الرجل المريض) • ومن ابرز هذه القوانين هو قانون الاراضى الصادر قبل مائة عام تقريبا (١٢٧٤ هـ) • والذي عدل فى أوقات مختلفة والحقت به قوانين أخرى تتصل به مما لا نرى حاجة الى الاشارة اليه •

وقد لاقى قانون الاراضى عناية خاصة من قبل الشراح والكتاب ، فألفت فيه عدة مؤلفات ابرزها شرح قانون الاراضى للاستاذ التركى على حيدر ، وأحكام الاراضى لشاكر الحنبلى • وآخر لابراهيم ناجى •

واننا لا نستطيع الرجوع الى هذه المؤلفات وغيرها مما كتب فى قانون الاراضى الا اذا جعلنا قسما كبيرا من عقلنا القانونى فى اجازة !! فقانون الاراضى قانون شاذ زائد من الخير أن تعتمد الدولة فى أقرب فرصة الى الغائه والاكتفاء فى استغلال اراضيها بالقواعد العامة كما تفعل معظم الدول المتمدنية •

ونحن لا ننكر على من كتبوا فى شرح قانون الاراضى جهدهم الذى بذلوه ولكننا ننكر على بعضهم ضيقا فى التفكير دفعهم الى الاعتقاد بأن لهم حق احتكار فى هذا الضرب من البحث والتأليف وان كل من يتناول هذا الموضوع بالبحث انما يعتدى على حق من حقوقهم المكتسبة ويسرق مجهودهم وتراث عقولهم النيرة !! •

٢٢٦ - لقد خصص المشرع العراقي الباب الثاني من الكتاب الثالث للحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وخصص الفصل الاول من هذا الباب لحق التصرف والعقر ، وقسم هذا الفصل الى أربعة فروع أولها لنطاق حق التصرف ووسائل حمايته ، وثانيها لاسباب كسب حق التصرف ، وثالثها لاسباب انقضاء حق التصرف ، ورابعها لاحكام ختامية • ونحن نتابع تقسيم القانون فنفرد لكل فرع من هذه الفروع فصلا خاصا به •

الفصل الأول

نطاق حق التصرف ووسائل حمايته

٢٢٧ - تناول المشرع في بحثه لنطاق حق التصرف الكلام عن مدى هذا الحق ، وما يرد عليه من القيود ، وحماية هذا الحق ، والشيوع في حق التصرف ونعالج كلا من هذه المسائل في مبحث خاص .

المبحث الاول

مدى حق التصرف

٢٢٨ - اعتاد من بحث فى قانون الاراضى أن يبدأوا بحثهم بشرح المادة الاولى من هذا القانون التى تتناول تقسيم الاراضى • فهى تقسم الاراضى الى خمسة أنواع •

أولها : الاراضى المملوكة وهى تلك الاراضى التى تكون رقبتها مملوكة لغير الدولة من الافراد أو الاشخاص المعنوية والتى تعطى لمالكها حق التصرف فيها تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا على ما سبق بيانه عند الكلام عن حق الملكية^(١) وتسرى على هذه الاراضى عند انتقالها الى الخلف العام القواعد الشرعية المقررة فى الموارىث •

وثانيها : الاراضى الاميرية وهى تلك الاراضى التى تعود رقبتها للدولة أو لبيت المال كما يقول الفقهاء وقد يكون للغير عليها حق انتفاع من نوع خاص يسمى بحق التصرف • ولا تنتقل هذه الارض وبعبارة أدق حق التصرف فيها الى الخلف العام وفقا للقواعد المقررة فى الموارىث وانما وفقا لقواعد الانتقال التى ستتولى شرحها عند الكلام عن الانتقال كسبب من أسباب كسب التصرف بسبب الوفاة •

وثالثها : الاراضى الموقوفة : وهى تلك الاراضى التى حبست أعيانها وصرفت غلتها على جهة من جهات البر ولو فى المال •

ورابعها : الاراضى المتروكة : واذا رجعنا الى المادة الخامسة من قانون الاراضى الملغى فاننا نجد انها تقرر ان الاراضى المتروكة قسمان : الاول هو الاراضى التى تركت للناس كافة كالطريق العام ، والثانى الاماكن المخصصة

بأهل قرية أو قصبة أو بأهل قرى أو قصبات عديدة كالمراعى المخصصة بالقرى والقصبات ويفهم من هذا ان ما يريده المشرع من الاراضى المتروكة بعيد عن ان تدل عليه هذه التسمية غير الموافقة فهو يريد بها تلك الاراضى المخصصة للانتفاع العام كالطرق والمراعى وعلى هذا فان الاراضى المتروكة هى عبارة عن الاراضى التى تعتبر من الدومين العام ، يؤيد هذا ما جاء فى المادة الثانية من قانون التسوية التى تقرر انه « تكون الاراضى متروكة اذا كانت قد خصصت لاحد أغراض المنفعة العامة أو وهبت خصيصا للجمهور أو مر على استعمالها للغرض المذكور (١٥) سنة فأكثر فيما يتعلق بالاراضى الموقوفة والمملوكة وعشر سنوات فأكثر فيما يتعلق فى الاراضى الاميرية » . وصياغة هذه المادة وعبارتها غير السليمة مثال حي على انحطاط الصياغة التشريعية عندنا . اذ كيف (توهب) الارض للجمهور ؟ الا يغنى عن هذا قول المشرع خصصت للمنفعة العامة ؟!

وخامسها : الاراضى الموات : وهى عبارة عن الاراضى الخالية التى ليست مخصصة للانتفاع العام ولا مملوكة لاحد (م ٦ ق . اراضى ، أنظر م ١٢٧٠ مجلة) .

٢٣٠ - وتنقسم الاراضى الاميرية بدورها الى ثلاثة أقسام فهى اما ان تكون صرفة ، أو مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة . ويراد بالاراضى الاميرية الصرفة تلك الاراضى المملوكة للدولة والتى لا يتقلها حق تصرف للغير ، ويراد بالاراضى الاميرية المفوضة بالطابو تلك الاراضى المملوكة للدولة والتى رتب الدولة للغير حق تصرف فيها مقابل بدل معجل . ويراد بالاراضى الاميرية الممنوحة باللزمة تلك الاراضى المملوكة للدولة والتى منحت باللزمة لمن وضع يده عليها فغرسها أو زرعها وسنعرض لبعض أحكام قانون اللزمة . ونكتفى هنا بان نقرر ان حق الملتزم فى التصرف بالاراضى الاميرية اضعف من حق المتصرف بها عن طريق التفوض بالطابو^(١) .

(١) الاستاذ عبدالرحمن خضر ص ١٣ .

٢٣١ - تقرر المادة (١١٦٩) انه « للمتصرف فى الاراضى الاميرية ان ينتفع بها هى وزوائدها وان يزرعها ويقيم فيها الابنية الخاصة بالزراعة وان يغرس فيها الكروم والاشجار وان يتخذها حديقة أو بستانا أو غابة أو مرعى وان يبنى فيها الدور والحوانيت والمصانع للاغراض الزراعية وان يهدم أبنيته ويجعل منها مزرعة وله ان يقلع اشجارها واحطابها وان ينتفع بترابها وان يبيع رمالها واحجارها فى حدود النظم الخاصة وان يتخذ فيها محلا للبيادر • ٢ - وله ان يفرغها وان يؤجرها وان يعيرها وان يرهن حقه فى التصرف فيها رهنا تأمينا أو حيازيا ويستوفى الدين من بدل الحق حتى لو انحلت الارض بعد موته • ٣ - وله بوجه عام ان ينتفع بالارض وان يستغلها وان يتصرف فى حقه عليها فى حدود القانون • وتبقى فى كل الاحوال ربة الارض مملوكة للدولة •

ان حق التصرف فى الاراضى الاميرية يشبه الى حد كبير حق المنتفع بالاراضى الخراجية قبل زوالها فى مصر ، وهو فى نطاقه يشبه حق المنفعة (أو الانتفاع) غير ان حق المنفعة ينتهى حتما بوفاة المنتفع أولا وهو يرد على الاشياء المملوكة والاميرية منقولة كانت أو عقارا ، أما حق التصرف فإنه لا ينتهى بوفاة المتصرف وهو ينحصر فى الاراضى المملوكة للدولة لا غير • وعلى كل حال فقد قطع المشرع العراقى كل خلاف حول طبيعة حق التصرف وتكييفه القانونى فعده حقا عينيا اصليا ، قائما بذاته ، من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية •

وتعرض المادة المتقدمة لحق المتصرف فى الانتفاع بالارض الاميرية ، وهى تقسم هذا الانتفاع الى مادى وقانونى ، فالفقرة الاولى من المادة المتقدمة تناول صور الانتفاع المادى فهى تعطى للمتصرف الانتفاع بالارض وبزوائدها وعلى هذا فان للمتصرف أخذ ما ينبت فى الارض من كلاً وأعشاب واحطاب سواء فى ذلك ان تكون هذه النباتات طبيعية أو ان انباتها كان بفعل المتصرف ومجهوده • وله ان يزرعها بما يريد من أنواع الجبوب والخضراوات والاشجار مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة التى قد تقيّد من حقه هذا كالقيود

المتعلقة بزراعة الارز والتبغ والقطن والحشيشة الهندي وخشخاش الافيون .
وله ان يقيم عليها الابنية الخاصة بالزراعة كحظائر المواشى ومعامل الالبان وحلج
القطن ومخازن الحبوب وبيوت الفلاحين وما شاكل ذلك . وله أن يفرس فيها
الاشجار سواء أكانت مثمرة أو غير مثمرة للاستفادة من اخشابها وقد خص
المشرع الكروم بالذكر بين الاشجار من غير سبب وجيه وهذا أثر من آثار
النزعة التركية الغالبة في قانون الاراضى .

وله أن يتخذ الارض حديقة أو بستانا أو غابة أو مرعى ، وأن يبنى فيها
الدور والحوانيت والمصانع للاغراض الزراعية ، ان يهدم ابنتها القائمة ليجعل
من الارض مزرعة وأن يقلع اشجارها واحطابها وأن ينتفع بترابها وأن يبيع
رمالها واحجارها فى حدود النظم الخاصة . وقد اراد المشرع بهذه النظم الخاصة
تلك التى تتعلق بالمعادن ومواقد الفخار والطابوق . وله أن يتخذ فيها محلا
للبیادر سواء أكان اتخاذ هذا البيدر لجمع حاصلات ارضه أو لتأجيرها للغير .
ثم تعرض الفقرة الثانية من المادة المتقدمة لبيان التصرفات القانونية التى
يجوز للمتصرف أن يقوم بها فهى تنص على أنه يجوز له أن يفرغها والافراغ كما
سنرى عبارة عن تصرف فى حق التصرف قد يأخذ صورة عقد البيع المطلق أو
المقايضة أو الهبة وقد يكون بدلا فى صلح أو معدلا فى قسمة . وتنص على أن
للمتصرف حق تأجير العين واعارتها ورهنها رهنا حيازيا أو رسميا ، وفى هذه
الحالة يستوفى الدائن المرتهن دينه من بدل حق التصرف حتى لو انحلت الارض
بعد موته . ولفظ الاجارة عام مطلق فهو يشمل حق المتصرف فى ابرام عقد
مغارة أو مزارعة أو مساقاة أو التزام بساتين وفقا لاحكام الخاصة بهذه العقود .
والفقرتان السابقتان من باب اللغو والتزید وقد كان فى امكان المشرع
أن يستغنى عنهما بما جاء فى الفقرة الثالثة التى تعطى للمتصرف حق الانتفاع
بالارض واستغلالها والتصرف فى حقه عليها فى حدود القانون مع ملاحظة أن
رقبة الارض ليست ملكا للمتصرف ولهذا فانها تبقى مملوكة للدولة .

٢٣٢ - وتقرر المادة (١١٧٠) أن « ما يفرسه المتصرف من الكروم
والاشجار فى الارض الاميرية وما يقيمه عليها من الابنية تتبع مع مشتملاته وما

يتفرع عنه الارض في التصرف وفي الانتقال وكذلك ما ينبت من نفسه من الاشجار
في الارض الاميرية يتصرف وينتقل تبعا للارض » • وحكم هذه المادة واضح
وعلى الاخص اذا لاحظنا أن قواعد الانتقال تعتبر من النظام العام ولهذا فانها
تسرى على الماضي (لاحظ المادتين ١٠ و ١٣٠ من القانون المدني) •
٢٣٣ - وتقرر المادة (١١٧١) أنه « يكون حق التصرف كسائر اموال
المدين ضمانا عاما لدائنيه • فيجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من بدله ولو
بعد موت المدين سواء كان المدين لا يملك الا هذا الحق أو كانت له اموال أخرى » •
لم يكن المشرع في حاجة الى أن يورد نصا خاصا يقرر فيه أن حق التصرف
يعتبر جزءا من ذمة المدين المالية وبالتالي فهو كسائر اموال المدين ضمان عام
للدائنين جميعا ، اقول لم يكن المشرع في حاجة الى ايراد هذا النص لولا أن قانون
الاراضي في أول صدوره لم يكن يجيز الحجز على حق التصرف استيفاء لديون
الدائنين من بدله أو ثمنه ، ولكن قانون وضع الاموال غير المنقولة تأمينا للدائنين
أجاز رهن حق التصرف وأجاز الحجز عليه وبيعه سدادا لديون الدائنين المرتهنين
(م ١ و ٩) وقد حرص المشرع العراقي عند وضع النصوص الخاصة بحق
التصرف على أن لا يفرط في هذه الكنوز والآلىء التي تلقيناها من العهد
الامبراطوري العثماني !!

المبحث الثاني

القيود التي ترد على حق التصرف

٢٣٤ - وتقرر المادة (١١٧٢) أنه « لا يجوز للمتصرف في الارض الاميرية أن يقفها أو أن يوصى بها » .

قلنا ان حق التصرف يعطى لصاحبه حق استغلال الارض الاميرية والانتفاع بها دون أن ينقل اليه ملكيتها فرقة الارض لا تزال ، بالرغم من حق التصرف الذي يثقلها ، مملوكة للدولة . وقد ترتب على هذا انه لا يجوز للمتصرف في الارض الاميرية أن يجعلها وقفا أو أن يوصى بها والعلة في هذا واضحة ذلك ان الوقف عبارة عن حبس العين والتصدق بغلتها ، وبعبارة أخرى هو عبارة عن اخراج ملكية العين من ذمة الواقف الى ملك الله ، والمتصرف غير مالك فلا يستطيع التصرف بالملكية أو يخرجها عن ذمته المالية وقد قال فقهاء الشريعة فاقد الشيء لا يعطيه وقال رجال القانون المدني لا يستطيع الانسان أن ينقل لغيره من الحقوق أكثر مما يملك . وما يقال عن الوقف يقال عن الوصية لانها كذلك تصرف منصب على الملكية .

٢٣٤ - وتقرر المادة (١١٧٣) أن (ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف) وقد عرفنا مما تقدم أن القيود التي ترد على الملكية اما أن تكون قيودا قانونية واما أن تكون قيودا اتفاقية ، وان القيود القانونية قد تقرر لمصلحة عامة وقد تقرر لتحقيق مصلحة خاصة وتناولنا الكلام عن كل نوع من انواع هذه القيود بالشرح والتفصيل الكافي بالنسبة لمثل هذا المؤلف ولهذا فاننا لا نعيد هنا ما قلناه

هناك وانما نحيل عليه ونكتفى به^(١) .

٢٣٥ - وتقرر المادة (١١٧٤) أنه « ١ - يبقى محترما ما كان قديما من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرعى وغيرها من حقوق الارتفاق على الاراضى الاميرية » ٢ - ولكن الضرر لا يكون قديما فلا يجوز تسريح المواشى بين المزروعات والكروم والبساتين وان كان قد سبق تسريحها قديما ويضمن صاحبها ما تحدثه من الضرر . ولا يجوز بعد حصد المحصول تسريح المواشى الا فى الاماكن التى كانت تسرح فيها من القديم » . وحكم هذه المادة ظاهر وهو منقول عن المادة (١٢٥) من قانون الاراضى ، وواضح أن كون الارض من الاراضى التى كانت تسرح فيها المواشى من القديم مسألة موضوعية يكشف عنها القاضى فى كل قضية ولفظ القدم هنا لا ينصرف الى المدة اللازمة للتملك بمضى المدة لان اصحاب المواشى لا يريدون تملك هذه المراعى التى اعتادوا رعى اغنامهم أو مواشيهم فيها .

(١) انظر ف ٣٦ وما بعدها من هذا المؤلف .

المبحث الثالث

حماية حق التصرف

٢٣٦ - تقرر المادة (١١٧٥) بأنه « لا يجوز لاحد أن يتتفع بأرض أميرية يكون للغير فيها حق التصرف ولا يحق له احرار حاصلاتها المستتبّة أو الطبيعية وليس له أن يمر منها اذا لم يكن له حق المرور ولا أن يجعلها مرعى أو يتخذها بيدرا أو يقلع اشجارها أو يحتطب منها أو يتعدى عليها بأى وجه من الوجوه وكل تعد يلزم المتعدى بالتعويض » .

اقتبس المشرع حكم هذه المادة عن المادة (١٠) من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة) والمادتين (١٣ و ١٤ اراضى) ووضح جدا أن المادة تعالج بأسلوبها الفقهي وتفصيلاتها المملة حماية حق التصرف من الاعتداء المادى الذى يقع عليه ، فهى تقرر أنه لا يحق للغير احرار الحاصلات المستتبّة فى الارض أو النامية فيها بفعل الطبيعة أى الكلاء وفى هذا يختلف حق المتصرف عن حق مالك الارض فقد عرفنا عند دراسة الاستيلاء ، كسبب من أسباب اكتساب الملكية أن الكلاء من الاشياء المباحة التى تكون ملكا لاول واضع يد عليها والظاهر أن المشرع لم ير الاخذ بهذا الحكم فى الاراضى الاميرية فقد اعتبر الكلاء من الاشياء المملوكة للمتصرف لا من الاشياء المباحة ولهذا حماه من اعتداء الغير عليه واحرازه .

ولا يجوز للغير أن يتخذ له ممرا فى الارض الاميرية التى تكون مثقلة بحق التصرف الا اذا كان هذا الحق مقررا له بمقتضى اتفاق خاص أو كان قد اكتسب حق الارتفاق هذا بمضى المدة . كما لا يجوز للغير أن يتخذ

فى الارض بيدرا أو أن يعتدى على اشجارها بالقلع أو قطع اخشابها • وعندى أن نص المادة السالفة لغو لا فائدة فيه وهو عبارة عن تحصيل حاصل وبديهيات لا تحتاج الى نص خاص بها •

٢٣٧ - وتقرر المادة (١١٧٦) أنه « ١ - اذا اغتصب أحد ارضا أميرية فللمتصرف فى هذه الارض أن يستردها منه وأن يرجع بأجر المثل عن مدة بقائها فى يده • ٢ - واذا كان فى الارض عند استردادها غرس أو بناء للغاصب أو اذا كان أحد بغير حق غرس اشجارا أو كروما فيها أو أقام أبنية عليها فللمتصرف أن يطلب قلع الاشجار والكروم وهدم الابنية ، فاذا كان القلع أو الهدم يضر بالارض فله أن يملك هذه المنشآت بقيمتها مستحقة للقلع أو الهدم • ٣ - اما اذا كان فيها بذر فان للمتصرف الخيار فى أن يملكه بمثله أو قيمته أو أن يترك الارض لصاحب البذرحتى الحصاد بأجر المثل » •

تعطى الفقرة الاولى من هذه المادة للمتصرف فى الارض الاميرية حق استردادها من غاصبها وحق مطالبته بأجر المثل عن مدة بقاء الارض فى حيازة الغاصب ولا مجال فى هذه الحالة لتطبيق القاعدة التى يذهب اليها بعض فقهاء الشريعة والتى تقضى بأن (الاجر والضمان لا يجتمعان) وذلك لان القانون المدنى لم يأخذ بهذه القاعدة ، وعندى أن مطالبة الغاصب بأجر المثل لا تمنع المتصرف من مطالبته كذلك بالتعويض عن الاضرار التى لحقت بالارض تطبيقا لاحكام القواعد العامة •

وتقرر الفقرة الثانية بأنه اذا كان المغتصب قد أقام على الارض أبنية أو منشآت أو غرس فيها اشجارا (أو كروما !!) فان للمتصرف الحق فى أن يطالبه بازالة المنشآت وقلع الاشجار فاذا كان القلع أو الهدم مضرا بالارض فان للمتصرف أن يملك هذه الزوائد بقيمتها مستحقة للقلع تطبيقا للقواعد العامة التى قررها المشرع فى الالتصاق •

وتقرر الفقرة الثالثة أنه اذا كان الغاصب قد بذر الارض فان للمتصرف ان يختار بين أمرين أولهما أن يترك الارض تحت يد الغاصب بأجر مثلها •

وثانيهما أن يملك هذه البذور بمثلها أو قيمتها ولم يحدد المشرع وقت تقدير هذه القيمة وهل يكون تملكها بقيمتها وقت البذور أو وقت التملك .
والرأى عندى أن المتصرف يملك هذه البذور بقيمتها وقت التملك لا وقت البذر .

٢٣٨ - وتقرر المادة (١١٧٧) ان « للمتصرف فى ارض اميرية أن يسترد حيازتها وان يطلب منع التعرض ووقف الاعمال الجديدة وفقا للاجراءات المقررة فى دعاوى الحيازة » ولما كنا قد أوفينا الكلام عن الحيازة حقه من البحث والشرح فإننا نكتفى هنا بالاحالة على ما قلناه (١) .

٢٣٩ - وتقرر المادة (١١٧٨) أنه « لا يجوز أن يحرم المتصرف فى أرض اميرية حق تصرفه الا فى الاحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى رسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما » .

كما ان القانون حمى حق الملكية وقرر أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الا فى الاحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى رسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما (م ١٠٥٠) فإنه حمى حق التصرف بالحماية ذاتها . ويترتب على هذا أنه لا يجوز نزع ارض اميرية للمنافع العامة الا اذا توافرت الشروط التى يقررها قانون الاستملاك وبعد اتباع الاجراءات المقررة فيه وبعد تعويض المتصرف تعويضا عادلا على النحو الذى سبق بيانه فى الكلام عن الملكية (٢) .

(١) ف ١٩٣ وما بعدها .

(٢) ف ٥٠ .

المبحث الرابع

الشيوع فى حق التصرف

٢٤٠ - تقرر المادة (١١٧٩) أنه « اذا كان حق التصرف فى الاراضى الاميرية شائعا بين أكثر من شخص واحد فلا يجوز لاحد من الشركاء الذين يتصرفون فى غابة أو مدغل من هذه الاراضى أن يجعلها كلها أو قسما منها مزرعة بدون اذن شركائه ، واذا فعل فإن بقية الشركاء يشتركون فى المزرعة بلا عوض ويأخذون نصيبهم من الاشجار المقطوعة أو من قيمتها قائمة ، أما اذا كان تحويل الغابة أو الدغل الى مزرعة حصل بأذن الشركاء فانهم يشتركون جميعا فى نفقات هذا التحويل » •

الشيوع فى حق التصرف عبارة عن أن يملك شخصان أو أكثر حق التصرف فى الارض الاميرية على سبيل الشيوع ، وقد عرفنا أن القاعدة العامة فى الملكية المشاعة هى ان يعتبر كل شريك مالكا لحصته أجنيا عن حصص الآخرين ، وتطبق هذه القاعدة على التصرف المشاع • وقد عرفنا كذلك أنه لا يجوز للملاك على الشيوع أن يدخلوا على المال الشائع من التغيرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له هذا المال الشائع ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة الا اذا توافر شرطان أولهما اتفاق اصحاب القدر الاكبر فى الحصص وثانيهما اذن المحكمة بذلك (م ١٠٦٥) وقد عرض المشرع فى المادة (١١٧٩) السالفة لحالة ما اذا خالف أحد المتصرفين على الشيوع هذا الحكم فقرر بأنه لايجوز لاحد من المتصرفين بغير اذن بقية الشركاء أن يتصرف فى الغابة أو المدغل الكائن فى الاراضى الاميرية المثقلة بحق التصرف ليحيل الارض كلها أو قسما منها الى

مزرعة ، فان فعل اشترك بقية الشركاء فى المزرعة كل بنسبة حصته فى حق التصرف ولا يدفعون مقابل اشتراكهم هذا شيئا من النفقات التى قام الشريك بصرفها ، ولهم فوق هذا الحق فى أن يأخذوا نصيبهم من الاشجار المقطوعة أو من قيمتها قائمة ، وتقدير قيمة هذه الاشجار مسألة موضوعية يتبينها القاضى فى كل قضية وسبيله الى هذا أن يقدر قيمة الارض من غير هذه الاشجار وقيمتها مع هذه الاشجار اذا كانت قائمة فيها والفرق هو قيمة الاشجار وحدها • ويقرر النص كذلك أنه اذا كان تحويل الغابة أو المدغل الى مزرعة قد تم بأذن الشركاء فأنهم يشتركون جميعا فى نفقات هذا التحويل وواضح جدا أن تطبيق هذا الحكم قاصر على عدم وجود اتفاق خاص بين نصيب كل من الشركاء فى نفقات هذا التحويل •

٢٤١ - وتقرر المادة (١١٨٠) « اذا كان احد المتصرفين فى الشيوخ فى ارض اميرية قد طعم اشجارا نابتة بنفسها ورباها فانه يملكها دون سائر شركائه » • وقد اقتبس المشرع هذا الحكم من المادة (٢٦ أراضى)^(١) ويترتب على هذا النص أنه اذا قام احد الشركاء فى حق التصرف بتطعيم الاشجار النابتة من تلقاء نفسها وتعهدها بالتربية والعناية فان هذه الاشجار تصبح ملكا خالصا له ، وواضح أنه يشترط لتطبيق هذه المادة أن تكون الاشجار نابتة من تلقاء نفسها فاذا كانت قد زرعت أو غرست فانها لا تخضع للحكم السالف وان يعنى من قام بتطعيم هذه الشجرة بتربيتها وصيانتها وان لا يكون بين الشركاء اتفاق خاص يحدد مصير هذه الاشجار المطعمة • فاذا توافرت الشروط السالفة فان هذه الاشجار المطعمة تصبح (ملكا) لمن قام بتطعيمها وعندئذ فانها لا تتبع الارض فى طريقة الانتقال وانما تعتبر تركة يتلقاها الخلف العام كما يتلقون أموال المتوفى وتقسم بينهم على حسب القواعد المقررة فى الميراث • ولعل العلة فى هذا الحكم هو تشجيع المتصرفين على حسن الانتفاع بالاراضى الاميرية •

٢٤٢ - وتقرر المادة (١١٨١) أنه « ١ - ينطبق على الشيوخ فى حق التصرف ما ينطبق على الشيوخ فى حق الملكية من الاحكام الا ما تعارض منها

(١) انظر م ١٣ قانون تصرف •

مع نص خاص أو مع طبيعة التصرف + ٢ - وتطبق بنوع خاص الاحكام المتعلقة بحقوق الشركاء والتزاماتهم وبمدة بقائهم فى الشيوع وبادارة المال الشائع وبقسمته قسمة مهايأة * . يقرر هذا النص أن القواعد التى تخضع لها الملكية تطبق على الشيوع فى التصرف الا ما تعارض منها مع نص خاص أو مع طبيعة حق التصرف وتطبق بنوع خاص الاحكام التى تسرى على الملكية المشاعة من حيث حقوق الشركاء والتزاماتهم ، ومن حيث مدة بقائهم فى الشيوع ، ومن حيث ادارة المال الشائع وقسمته قسمة مهايأة * .

وقد قلنا عند بحثنا للملكية المشاعة^(١) ، أنه يجوز لكل مالك على الشيوع أن يتصرف فى حصته بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الاجارة سواء أكانت لشريك أم لاجنبى وتسرى هذه القواعد جملة وتفصيلا على الشيوع فى التصرف . كما تسرى على الشيوع فى التصرف القواعد الخاصة بادارة المال الشائع والانتفاع به ومدة البقاء فى الشيوع التى لا يجوز القانون الاتفاق على أن تزيد عن خمس سنوات * . وقد قرر النص السالف كذلك أن القواعد المقررة فى قسمة الملكية المشاعة قسمة مهايأة تطبق على التصرف المشاع * .

٢٤٣ - وقد خصص المشرع المادة (١١٨٢) لقسمة التصرف المشاع قسمة نهائية فهى تقرر أنه « تكون قسمة الاراضى الاميرية بين المتصرفين فيها على الشيوع قسمة نهائية وافراغها لازالة الشيوع خاضعا للاحكام التى تسرى على الاملاك الشائعة + ٢ - غير أنه لا تجوز القسمة ولو كانت رضائية فى الاراضى الاميرية الا اذا كانت هذه الاراضى قابلة للقسمة وكان فى امكان الشريك أن ينتفع بحصته المفروزة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة * .

تقرر هذه المادة أن قسمة الاراضى الاميرية بين المتصرفين على الشيوع تخضع للاحكام العامة المقررة فى قسمة الاملاك الشائعة ولما كنا قد أوفينا بحث القسمة حقه من الشرح والتفصيل فأتانا لا نعود الى تكرار ما قلناه ونكتفى بالاحالة عليه^(٢) ونقصر الكلام على هذا الحكم الاستثنائى الذى تقررته الفقرة الثانية

(١) ف ٦٢ وما بعدها .

(٢) ف ٧٣ وما بعدها .

من المادة السالفة ، فهي تقرر أنه لا تجوز قسمة الاراضى الاميرية بين المتصرفين على الشيوع ولو قسمة رضائية الا اذا كانت هذه الارض قابلة للقسمة وكان فى امكان الشريك أن ينتفع بحصته المقررة كما كان ينتفع بحصته الشائعة .
وواضح أن المشرع خرج فى هذا الحكم على القواعد المقررة فى قسمة الاعيان المملوكة على سبيل الشيوع اذ من المقرر أنه تجوز قسمة هذه الاعيان قسمة رضائية بصرف النظر عما اذا كانت العين المشاعة تقبل القسمة أو لا تقبلها ما دام الشركاء قد ارتضوا هذه القسمة . أما فى الاراضى الاميرية فانه لا يجوز للشركاء فى التصرف أن يقتسموه بينهم اذا كانت الارض غير قابلة للقسمة لان حق الدولة لا يزال متعلقا بهذه الارض ولانها ارادت بمنحهم حق التصرف عليها أن تستغل هذه الاراضى على خير وجه ولا ريب فى أن تقطيع أوصالها الى اجزاء صغيرة مما يتنافى مع هذه الغاية ويضر بالثروة العامة .

وعملا بأحكام النظام المرقم (٦ لسنة ١٩٣٣) يرفض تسجيل فراغ أو رهن المتصرف باللزمة اذا كان الفراغ يؤدي الى خفض مساحة القطعة أو الى ايجاد قطعة جديدة تقل عن عشرين دونما فى الاراضى الزراعية وخمسة دونمات فى الاراضى المغروسة . وهذا الحكم يتناول القسمة كذلك .

الفصل الثاني

اسباب كسب حق التصرف

٢٤٤ - تهذيب وتقسيم : - عالج المشرع العراقي اسباب كسب حق التصرف في المواد (١١٨٣ - ١٢١٨) وتناول بيان هذه الاسباب على النحو الذى تناول فيه اسباب اكتساب الملكية . فقسم هذه الاسباب الى ثلاثة انواع . أولها تلك الاسباب التى تكسب حق التصرف ابتداء ، وثانيها تلك الاسباب التى يكسب فيها حق التصرف بسبب الوفاة ، وثالثها للاسباب التى يكسب فيها حق التصرف بين الاحياء .

ونحن نتابع تقسيم القانون وتتناول بحث كل نوع من هذه الانواع فى مبحث خاص .

المبحث الاول

كسب التصرف ابتداء

٢٤٥ - لكسب حق التصرف ابتداء ثلاثة طرق أولها التفويض وثانيها القرار ويلحق به اللزمة ، وثالثها الاستيلاء على الارض الموات • ونعالج كل طريق من هذه الطرق في مطلب خاص •

المطاب الاول

تفويض الاراضى الاميرية

٢٤٦ - تقضى المادة (١١٨٣) أنه « يصح تفويض الدولة الارض الاميرية للأفراد وفقا للقوانين والنظم المعمول بها فى هذا الشأن » • يلاحظ أن معظم الاراضى الزراعية فى العراق مملوكة للدولة ومن الثابت عملا أن الدولة لا تستطيع استغلال هذه الاراضى استغلالا حسنا يعود عليها وعلى جميع افراد الشعب بالخير • ولهذا جرت العادة على أن ترتب الدولة للأفراد حق تصرف على هذه الاراضى ببدل أو من غير بدل ويسمى هذا العمل تفويضا • وقد احدثت المادة السالفة الى القوانين الخاصة التى تنظم طريقة أو اجراءات تفويض الاراضى الاميرية وأهم هذه القوانين والانظمة هو قانون التسوية ، وقانون بيع الاراضى الاميرية وقانون تفويض الاراضى الاميرية ، وقانون اعمار واستثمار الاراضى الاميرية الصرفة لسنة ١٩٥١ • ونحن نورد هنا أهم الاحكام التى جاءت بها هذه القوانين • •

٢٤٧ - قضى قانون تفويض الاراضى الاميرية (رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١) بأن لوزير المالية أن يفوض ببدل المثل أية أرض اميرية صرفة أكسب قرار تسويتها الدرجة القطعية ، اذا توافرت فى طالب التفويض شروط منها أن يكون عراقيا وأن تكون الارض تحت يده بمقتضى عقد ايجار ، وأن لا تزيد الارض عن وحدة التوزيع المقررة من قبل مجلس الوزراء • وتقوم لجنة خاصة بتعيين بدل المثل بعد الكشف على الارض ولمدير الواردات وطالب التفويض حق الاعتراض على هذا التقدير خلال ثلاثين يوما من تبليغه بقرار

وقد اعطى قانون بيع الاراضى الاميرية (رقم ١١ لسنة ١٩٤٠) لوزير المالية الحق فى أن يفوض بالطابو عن طريق المزايدة العلنية الاراضى الاميرية الصرفة الواقعة خارج حدود القرى والقصبات والمدن التى تمت تسويتها على أن لا تتجاوز مساحة كل قطعة معروضة للتفويض بهذه الطريقة عن خمسة آلاف دونم • ولوزير المالية الحق فى أن يجعل الاراضى الاميرية الممنوحة باللزمة مفوضة بالطابو بعد أن يستوفى ربع بدل مثل الارض • وقد نص القانون على تأليف لجنة برئاسة المتصرف أو القائم مقام أو مدير الناحية وذلك لتقدير بدل المثل • ومنع القانون الاشخاص من الاشتراك فى المزايدة العلنية رفعا للشبهة وخوفا من أن يستغلوا نفوذهم استغلالا سيئا ، وضمانا للحصول على بدل المثل (كمنع المدينين للحكومة من المزايدة) وأعطى للخزينة بأن ترفع بواسطة من يمثلها دعوى الغبن الفاحش تطالب فيها بفسخ العقد وذلك خلال سنتين من تاريخ العقد •

٢٤٨ - وتقضى الفقرة (ب) من المادة (١٠) من قانون التسوية رقم (٢٩ لسنة ١٩٣٨) بأنه : -

تكون الاراضى الاميرية مفوضة بالطابو فيما : - ١ - اذا كانت مسجلة فى سجلات الطابو على هذا الوجه • ٢ - اذا وجدت وثائق تبرر تسجيلها مجددا • ٣ - اذا كانت مغروسة بالاشجار بما فيها النخيل والكروم (؟) لمدة لا تقل عن عشر سنوات وعلى أن لا يقل عددها عن (٤٠) شجرة لكل دونم على أن يؤخذ بنظر الاعتبار معدل عدد الاشجار وأن يكون عمر أكثريتها لا يقل عن عشر سنوات (؟) وأن لا يقل عدد الاشجار المنمرة عن عشرين شجرة لكل دونم • ٤ - اذا كانت تحت تصرف شخص أو من حل محله وكانت مستثمرة حسب التعامل الزراعى المحلى لمدة لا تقل عن عشر سنوات سبقت تاريخ اعلان التسوية بشأنها ولا زال مستثمرا لها ولم تدفع عنها اجرة الارض فى المدة المذكورة • وتقرر الفقرة (ج) من المادة المذكورة أنه : تسجل الاراضى المفوضة بالطابو باسم : ١ - الشخص الذى

تكون الارض مسجلة باسمه في الطابو • ٢ - الشخص الذي يبرز وثائق
تبرر تسجيلها باسمه • ٣ - الشخص العراقي الذي توفرت فيه الشروط
المدرجة في (٣ ، ٤) من الفقرة (ب) السالفة •

٢٤٩ - وقد نص قانون اعمار واستثمار الاراضي الاميرية الصرفة
(رقم ٤٣ لسنة ١٩٥١) على أن جميع الاراضي الاميرية القابلة للاستثمار
الزراعي •• يجب اعمارها وفق هذا القانون من قبل اللجنة المؤلفة بمقتضاء
والتابعة لوزارة الاقتصاد • وقد اشترط هذا القانون تقسيم الاراضي المطلوب
اعمارها واستثمارها الى (وحدات) واشترط في الوحدات الا تزيد عن :

- ١ - ٢٠٠ مشاركة في الاراضي الجبلية •
- ٢ - ١٠٠ مشاركة في الاراضي السيحية •
- ٣ - ٢٠٠ مشاركة في الاراضي العالية بالمناطق السيحية والتي يمكن
ارواؤها بواسطة الضخ الواطيء •

٤ - ٤٠٠ مشاركة في الاراضي المطرية •
وقد صدر مرسوم بقانون رقم (٤ لسنة ١٩٥٢) فقرر أنه يجب
التصرف بهذه الاراضي من قبل اللجنة المذكورة وبهذا تعطلت جميع القوانين
التي تخول حق التفويض والتمليك واللزمة وقيدت سلطة وزارة المالية
وخلقت مشكلات كبرى^(١) •

٢٥٠ - واذا كان القانون المدني يقرر في المادة (١١٨٣) أنه يجوز
تفويض الاراضي الاميرية (للأفراد) وفقا للقوانين والنظم المعمول بها فليس
معنى هذا انه لا يجوز تفويض الاراضي الاميرية للأشخاص المعنوية • ذلك
ان قانون تسجيل الاموال غير المنقولة باسم الاشخاص الحكومية (رقم ٣٤
لسنة ١٩٢٩) أجاز تملك العقارات والتصرف في الاراضي الاميرية
لبعض الاشخاص المعنوية وهي : (١) الدولة العراقية • (٢) البلديات •
(٣) الجمعيات • (٤) الشركات العراقية والاجنبية • (٥) الطوائف العراقية •
(٦) الدول الاجنبية •

(١) الاستاذ عبدالرحمن خضر ص ٥٧ هامش رقم ١ •

وقد اشترطت المادة الخامسة من هذا القانون بالنسبة للشركات الاجنبية
المؤسسة وفق قانون أجنبي :

أن تكون مسجلة في العراق بالطريقة المعينة لتسجيل الشركات
الاجنبية • وأن يكون مسموحاً لها بالتصرف بالمال غير المنقول بمقتضى نظامها
الداخلي • وأن يكون العقار واقعاً داخل حدود المدن والقصبات أو كان
مطلوباً بمقتضى امتياز أو اتفاقية عقدت مع الحكومة العراقية ، وأن يوافق
وزير الداخلية على هذا التملك أو التصرف •

المطلب الثاني

حق القرار واللزمة

٢٥١ - تقرر المادة (١١٨٤) أنه « ١ - إذا حاز احد أرضا أميرية باعتباره متصرفا فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ثبت له حق القرار عليها سواء وجد بيده سند أو لم يوجد ويعطى الحائز في هذه الحالة سندا بحق التصرف في هذه الارض دون بدل بعد تسجيل هذا الحق في الطابو ٢٠ - لكن اذا أقر الحائز بأن الارض كانت محلولة وأنه يتصرف فيها بغير حق أو كانت المدة التي حاز فيها الارض أقل من عشر سنوات فلا اعتبار للتقدم بل تعرض عليه ببدل مثلها فاذا لم يقبل تفوض لمن ترسو عليه بالمزايدة من الطالبين وفي جميع الاحوال يرجع عليه بأجر المثل عن المدة التي حاز فيها الارض بغير حق » .

وواضح من نص هذه المادة أن ما يسمى (بحق القرار) عبارة عن تملك حق التصرف بمضى المدة ، ويشترط لتطبيق هذه المادة :

أولا : أن تكون هناك حيازة حقيقية توافر لها عنصرها المادى والمعنوى ، أى أن تكون للحائز سيطرة مادية على الارض وأن يظهر بمظهر صاحب حق التصرف وبعبارة أخرى أن تكون لديه نية تملك حق التصرف .

ثانيا : أن يقوم بزرع هذه الارض مدة عشر سنوات متوالية .

ثالثا : أن تكون حيازته للارض هادئة من غير منازع ، ولا فرق بعد هذا أن يكون الحائز حسن النية أم سيئها . فاذا توافرت هذه الشروط فقد ملك الحائز حق التصرف وكان من حقه أن يتقدم الى دائرة الطابو لتسجيل هذا

الحق ، واخذ سند بالتصرف فيها من غير بدل .

فاذا لم تتوفر الشروط السالفة بأن أقر الحائز بأن الارض محلولة أى اقر بأنه حائز عرضى ليست لديه نية اكتساب حق التصرف ، أو كانت المدة التى استغرقتها الحيازة تقل عن عشر سنوات فانه لا يكتسب حق القرار وانما يكون له حق أخذها بطريق التفويض مقدما على غيره ، فتعرض عليه ببدل المثل فان رضى فوضت اليه وان لم يرض فوضت لمن توسو عليه بالمزايدة العلنية . ويضمن الحائز فى هذه الحالة أجر مثل الارض عن المدة التى وضع يده عليها .

٢٥٢ - قلنا ان معظم الاراضى الزراعية تملكها الدولة وقلنا ان الامبراطورية العثمانية كانت تسمى فى عرف الدول جميعا (الرجل المريض) ولهذا فأنها وان كانت قد بسطت سيادتها القانونية على رقعة كبيرة من الشرق الاوسط الا أن هذه السيادة كانت فى كثير من الاحوال سيادة اسمية ولهذا فقد استطاعت بعض الولايات أن تنفصل عمليا عن (مركز الخلافة والباب العالى) واستطاع كثير من أصحاب النفوذ ورؤساء العشائر أن يفتصبوا هذه الاراضى المملوكة للدولة والتى تكاد تكون فى حكم السائبة . وقد ورث العراق هذا الوضع الشاذ فرأى دفعا للمشاكل العديدة وتجنبنا للاصطدام الذى لا مبرر له مع شيوخ العشائر وافرادها ورأفة بهم أن لا ينتزع منهم هذه الارض التى استغلوها فترة طويلة وأصبحت مورد رزقهم ومعيشتهم ، وعلى هذا الاساس صدر قانون اللزمة (رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢) وبمقتضاه انقلبت يد هؤلاء على الاراضى الاميرية من يد فعلية لا تستند الى حق وانما هى مجرد غصب ، الى يد قانونية .

وقد قضت المادة الاولى من قانون اللزمة بأنه يقصد باللزمة الممنوحة فى الاراضى الاميرية غير المفوضة الوارد ذكرها فى المادة (١١) من قانون تسوية الاراضى . وقد قضت المادة (١١) من قانون التسوية بأنه « على رئيس التسوية أن يمنح باللزمة المصرح بها فى القانون ٥١ لسنة ١٩٣٢ فى الاراضى الاميرية

غير المفوضة في الطابو في المناطق التي تعين بيان يصدره وزير العدلية بعد أخذ موافقة وزير المالية الى الشخص العراقي الذي تصرف بها أو من حل محله من العراقيين في خلال الخمسة عشر سنة السابقة لاعلان التسوية على الا تقل مدة التصرف عن ثلاث سنوات مستمرة حسب التعامل المحلي ويرجح من كان تصرفه هذا أقرب الى اعلان التسوية ويعتبر تصرفا بالاراضي لغرض هذه المادة :

١- زراعتها حسب التعامل المحلي * ٢- غرسها بالاشجار حسب التعامل المحلي * .

وتقرر الفقرة (هـ) من المادة نفسها أنه « لمجلس الوزراء أن يمنح اللزمة في الاراضي الاميرية الصرفة لغرض اسكان العشائر بنظام خاص يعين فيه كيفية المنح وطريقة التوزيع وفق الشروط الآتية :

١ - أن تسجل الاراضي التي تمنح باللزمة لغرض الاسكان باسم الفرد من العشيرة المراد اسكانه فيها * .

٢ - أن توصف اللزمة التي تمنح لهذا الغرض في سجلات الطابو انها ممنوحة لغرض الاسكان * .

٣ - أن تحدد مساحة الارض التي تمنح لزمته لاسكان الفرد من العشيرة (١) * .

وتقرر الفقرة (و) من المادة نفسها أنه « لا يجوز أى تصرف في الاراضي الممنوحة وفق الفقرة (هـ) يخرجها عن الغرض الذي منحت من اجله بما في ذلك البيع والرهن والايجار خلال خمس سنوات من تاريخ منح اللزمة ، كما لا يجوز الحجز عليها لايفاء دين خلال المدة المذكورة عدا ديون الخزينة » وواضح جدا أن هذا الحكم يختلف عما هو مقرر للمتصرف في الاراضي الاميرية بطريق التفويض ، فقد قيد النص المتقدم حق المتصرف في الارض الاميرية بطريق اللزمة فمنعه من بيعها أو رهنها أو اجارتها خلال السنوات الخمس التي تلي منحه اياها باللزمة ، ولكنه من جهة أخرى لم يجز ايقاع الحجز على هذه الارض استيفاء لديون الدائنين الا اذا كانت ديونا للخزينة * ولا نجد نظيرا لهذه القيود

(١) انظر نظام منح اللزمة في اراضي المشروع الجنوبي من أبى غريب لافراد آل فيصل وآل شلال رؤساء عشائر شمر * .

بالنسبة للمتصرف فى الارض الاميرية بطريق التفويض * ويلاحظ كذلك أن
الفقرة (و) المشار اليها منعت الملتزم من أى تصرف فى الارض يخرجها عن
الغرض الذى منحت من اجله وهذا بدوره قيد خطير لا مثيل له فى الاراضى
المفوضة بالطابو * وفيما عدا هذه النصوص الاستثنائية تعتبر حقوق الملتزم
كحقوق المتصرف فى الارض الاميرية بطريق التفويض وهذا ما تقرره المادة
(١٠) من قانون اللزمة *

٢٥٣ - وتقرر المادة (١١٨٥) أنه « اذا أجرة أحد ارضه التى يتصرف
فيها أو أعطاها مزارعة أو أعارها وزرعها المستأجر أو المزارع أو المستعير
وتصرف فيها مدة عشر سنوات أو أكثر مع بقاءه معترفا بالاجارة أو المزارعة
أو الاعارة فلا يثبت له حق القرار بل للمتصرف فى الارض أن يستردها
منه فى أى وقت » *

وهذه المادة من باب اللغو الذى يكثر فى ثنايا قانوننا المدنى مع الاسف
الشديد اذ انها لا تعدو أن تقرر حكما بديها لا يحتاج الى نص خاص فهذا
المستأجر أو المزارع أو المستعير حائز عرضى لا يستطيع التمسك بحقوق الحائز
مهما استطال أمد وضع يده على العين *

المطلب الثالث

الاستيلاء على الارض الموات

٢٥٤ - تقرر المادة (١١٨٦) أنه « ١ - يجوز لكل عراقي أن يستولى بأذن الحكومة دون مقابل على الارض الموات فى المناطق المسموح فيها بذلك قانونا فيثبت له عليها حق التصرف اذا قام باحيائها ويعطى له سند بحقه بعد تسجيله بالطابو ، الا أنه اذا ترك الارض دون حرث أو زراعة ثلاث سنوات متوالية بغير عذر انتزعت منه وفوضت الى غيره . ٢ - واذا استولى عليها بغير اذن الحكومة فلا تفوض له الا بعد دفع بدل المثل وقت الاستيلاء » . تعرض هذه المادة لكسب حق التصرف ابتداء بطريق احياء الموات .

ونستطيع تعريف الارض الموات بأنها الارض التى لا يملكها أحد ولم يتعلق بها حق أحد ولا يتفعل بها لعدم وصول الماء اليها أو لغلته عليها أو لسوء تربتها لانها أرض سبخة أو كثيرة الحصى أو لغير ذلك من الاسباب التى تحول دون الانتفاع بها . ويرى كثير من الفقهاء أن الارض الموات مملوكة للدولة ، ويرى بعضهم أنها مال مباح . وقد ترتب على هذا اختلافهم فى طريقة اكتساب ملكية هذه الارض . فمن رأى بأنها مال مباح قال بأنها تملك بطريق الاستيلاء سواء أكان ذلك بأذن الحكومة أم من غير اذنها واستدل هذا الفريق على رأيه بقول الرسول (من احيى ارضا ميتة فهى له) ومن رأى بأنها أرض مملوكة للدولة لم يجز تملكها الا بأذن الحكومة والى هذا ذهب الامام الاعظم أبو حنيفة النعمان مستدلا على رأيه بقول الرسول (ليس للمرء الا ما طابت به نفس أمامه) . هذا ملخص لاحياء الموات فى الفقه الاسلامى ، وقد جمع المشرع المصرى

بين هذين الرأيين فقرر في المادة (٨٧٤) أن « ١ - الارض غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة • ٢ - ولا يجوز تملك هذه الاراضي أو وضع اليد عليها الا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح • ٣ - الا أنه اذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة • ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » وظهر من هذا النص أن المشرع المصرى رَسَمَ للاستيلاء على المال المباح طريقين : طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقاً للسوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير • وقد كان يجدر بالمشرع العراقى وهو يعلم تمام العلم أن الاراضى الموات فى العراق كثيرة أن يعتمد الى ما عمد اليه المشرع المصرى تشجيعاً للناس على احياء هذه الاراضى فيستفيدون ويستفيد المجتمع بأسره ولكنه مع الاسف لم يكف باشتراط الاذن وانما جعل لمن احياء هذه الارض الموات حق التصرف لا حق الملكية فرقبة الارض لا تزال ملكاً للدولة • واشترط الا يترك من احياء هذه الارض زراعتها أو حرثها ثلاث سنوات متوالية والا انتزعت الارض منه وفوضت الى غيره ولم يحدد المدة التى يكون ترك الحرث أو الزراعة خلالها سبباً لنزع الارض من يد من احيائها وتفويضها لغيره كما فعل المشرع المصرى • فاذا فرضنا أن شخصاً حصل على اذن الحكومة باحياء أرض موات فشق فيها الجداول والترع وجفف مستنقعاتها مدة عشرين سنة ثم ترك زراعة هذه الارض ثلاث سنوات متوالية من غير عذر هل تنزع الارض من تحت يده ؟ ظاهر النص يوحى بهذا القول والعدالة تأباه والمشرع صامت •

المبحث الثاني

كسب حق التصرف بسبب الوفاة الانتقال

٢٥٥ - لقد مر انتقال حق التصرف الى الخلف العام في مراحل عديدة لا يعيننا شرحها لاننا لا نضع مؤلفا في تاريخ قانون الاراضى كما يفعل بعض المؤلفين الذين يريدون أن يجعلوا من مؤلفهم سفرا كبير الحجم وان حوى كثيرا من المسائل التي لا فائدة فيها ولا علاقة لها بموضوع مؤلفهم ، كشرح الاوقاف والمغارسه والمساقاة وانواع القسمة الخ • مما افقدت تلك المؤلفات الصفة العلمية وجعلتها كناسا جمع فيه المؤلف من هنا وهناك اشتاتا من المسائل لا رابط بينها ولا وحدة تجمعها •

ويكفي في هذا المقام أن نقرر أن حق التصرف لم يكن في بدء صدور قانون الاراضى لينتقل الى ورثة المتصرف الا في حدود ضيقة جدا وعلى سبيل الاستثناء ، ثم وجدت الدولة أن هذا الامر يتعارض مع حسن استغلال هذه الاراضى ولهذا عمدت الى اصدار أوامر وارادات سنية وقوانين لتلافي هذا النقص كان أهمها هو قانون الانتقال الذى ظل نافذا الى حين تنفيذ القانون المدني حيث الغى بمقتضى صراحة نص المادة (٤ / ١٣٨١) •

٢٥٦ - قسم المشرع العراقى أصحاب حق الانتقال الى درجات أو طبقات ثلاث تحجب كل درجة منها الدرجة التى تليها كقاعدة عامة •

والدرجات الثلاث هى : -

١ - فروع الميت من أولاد واحفاد للذكر مثل حظ الانثى •

٢ - أبوا الميت وفروعهما •

٣ - جدود الميت وجداته وفروعهم •

ويلاحظ على هذه الدرجات الثلاث أمران : أولهما ان أبوى الميت اللذين يكونان على قيد الحياة عند موته يشتركان مع أصحاب الدرجة الاولى بمقدار السدس لهما بالتساوى أو لمن يكون حيا منهما ، وثانيهما أن الأزواج اذا اجتمعوا مع أصحاب الدرجة الاولى كان لهم الربع ولهم النصف مع اصحاب الدرجة الثانية أو الثالثة على تفصيل سنذكره فيما بعد • فاذا لم يوجد للمتصرف أصحاب حق انتقال من الدرجات الثلاث استقلت الزوجة أو الزوج بحق التصرف كله •

ويلاحظ من جهة أخرى أن المشرع قضى بتأخير الانتقال الى حين ولادة الحمل ، وقضى بأن الارض لا تنتقل الى القاتل أو شريكه وان اختلاف الجنسية والدين مانع من الانتقال •

بعد هذه الكلمة التمهيدية نتناول الكلام عن أصحاب حق الانتقال بالنسبة للدرجات الثلاث وبالنسبة لاشترائك الابوين مع أصحاب الدرجة الاولى وبالنسبة لاشترائك الزوج أو الزوجة مع اصحاب حق الانتقال من الدرجات الثلاث ، ثم لبعض القواعد الخاصة فى الانتقال واخيرا لموانع الانتقال •

المطلب الاول

الانتقال لاصحاب الدرجة الاولى

٢٥٧ - تقرر المادة (١١٨٧) انه « اذا مات المتصرف في أرض أميرية فان الارض تنتقل دون مقابل الى اصحاب حق الانتقال مرتبين درجات على الوجه المبين في المواد التالية ، وكل درجة تحجب الدرجات التي هي أدنى دون اخلال بحكم المادتين ١١٩٢ و ١١٩٣ » •

وتبين المادة (١١٨٨) اصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى بنصها على ان « ١ - الدرجة الاولى من اصحاب حق الانتقال هم فروع الميت من أولاد وأحفاد للذكر مثل حظ الانثى • ٢ - وفي هذه الدرجة يكون حق الانتقال أولا للأولاد ثم للذين يخلفونهم من الاحفاد ثم لمن يخلف هؤلاء من أولادهم وهكذا فيكون كل فرع عند موت المتصرف حاجبا لفرعه ، اما اذا مات الفرع قبل موت المتصرف فان فروع هذا الفرع يقومون مقامه درجة بعد درجة وينتقل اليهم نصيبه • واذا كان للميت عدة اولاد ماتوا جميعا قبله فان نصيب كل من هؤلاء ينتقل الى فروعه درجة بعد درجة • واذا كان أحد أولاد المتصرف قد مات قبله بلا فرع فان حق الانتقال ينحصر في باقي الاولاد أو فروعهم » •

ويترتب على هذا النص انه :

اذا مات متصرف عن : ابن وبنت • فان حق التصرف يقسم بينهما

• مناصفة •

واذا مات عن ابن وثلاث بنات قسم الحق بينهم ارباعا لكل منهم الربع •

واذا مات عن حفيد واربع حفيدات : قسم الحق عليهم أخماسا لكل

منهم الخمس يستوى في هذا ان يكون هؤلاء الاحفاد من ولد واحد أو من أولاد مختلفين •

وكل طبقة من طبقات الدرجة الواحدة تحجب الطبقة التي تليها ويترتب على هذا :

إذا مات عن ابن وبنت وللاين ثلاثة أولاد فإن الارض تقسم بين أولاد المتصرف مناصفة ولا يستحق أحفاده (أولاد ابنه) شيئاً لانهم محجوبون بأبيهم •

وإذا مات الفرع قبل موت المتصرف حلت فروعه محله في الانتقال ويترتب على هذا انه :

إذا كان للمتصرف أربعة أولاد مات أحدهم أثناء حياة المتصرف عن ابن وبنت ، ثم مات المتصرف ، فإن حق التصرف يقسم أولاً كما لو كان جميع أولاد المتصرف (بما فيهم المتوفى) أحياء فينال كل منهم الربع ، ولما كان أحد أولاد المتصرف قد توفى حال حياة المتصرف عن ابن وبنت فإنهما يحلان محله في نصيبه وهكذا يقسم الربع عليهما مناصفة لكل منهما الثمن •

وإذا مات الفرع قبل موت المتصرف دون ولد فإن حق الانتقال ينحصر في باقى فروع المتصرف •

ويترتب على هذا انه :

إذا كان للمتصرف ابنان وبنت ، ماتت البنت في حال حياة أبيها قبل زواجها ، انحصر الانتقال بين الابنين لكل منهما النصف •

وإذا كان للمتصرف بنتان وابن ، مات الابن دون ولد وماتت إحدى البنتين عن ابنين وبنتين • فإن حق التصرف يقسم بين بنت المتصرف وحفدته فتأخذ البنت النصف وتأخذ الحفدة الأربعة النصف الآخر بالتساوى لكل منهم الثمن • وعلى هذا تقاس سائر الامثلة •

المطلب الثاني

الانتقال لاصحاب الدرجة الثانية

٥٧ ٢- تقضى المادة (١١٨٩) بأن « ١ - الدرجة الثانية من اصحاب حق الانتقال هم أبوا الميت وفروعهما • ٢ - فإن كان الابوان كلاهما حي انحصر فيهما حق الانتقال لكل منهما مثل نصيب الآخر واذا كان أحدهما قد مات قبل موت ابنه فإن فروعه يقومون مقامه درجة بعد درجة ، واذا لم تكن له فروع انحصر حق الانتقال في الحي من الابوين • واذا كان الابوان قد ماتا جميعا قبل موت ابنهما فإن نصيب كل منهما ينتقل الى فروعه درجة بعد درجة • فإن لم يكن لاحدهما فرع انتقلت حصته الى الفرع الآخر » •

ويفهم من هذا النص ان اصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية هم : الابوان ، وأخوة المتوفى وأولاد أخوته سواء كانوا أخوة اشقاء أو أخوة لاب أو أخوة لام دون تفاضل بينهم •
فاذا مات متصرف عن اب وأم كان الانتقال لهما بالتساوي لكل منهما النصف •

واذا كان للمتصرف اب ، وأم توفيت الام حال حياة ابنها المتصرف عن ابن وبنت •

(والمفروض بداهة انهما من زوج آخر غير اب المتصرف) •
في هذا المثال يقسم الحق بين الابوين مناصفة (أى يفترض ان الام لا زالت حية) ثم يعطى نصيب الام لفروعها لكل من الابن واليئ الربيع •

وإذا توفيت الام حال حياة المتصرف من غير ان يكون لها فرع كان الانتقال كله للاب عند عدم وجود صاحب حق انتقال من الدرجة الاولى وعدم وجود أحد الزوجين كما سيأتى •

وإذا مات أحد الابوين عن فرع ومات الآخر من غير فرع انحصر الانتقال فى هؤلاء الفروع •

مثال هذا :

لمتصرف أبوان ماتت الام حال حياته من غير فرع ، ومات الاب عن بنتين وابن • يقسم حق التصرف اثلاثا لكل من أولاد الاب الثلث •
وإذا كان لمتصرف أم واب مات الاب حال حياة المتصرف عن ابن وبنت وماتت البنت عن ابنتين وبنتين •

يقسم الحق أولا مناصفة بين الام والاب ، ثم يقسم نصيب الاب نصفين بين كل من ابنه وبنته ، ثم يقسم نصيب البنت ارباعا بين أولادها بالتساوى • وعلى هذا تكون المسألة من (١٦) سهما •

للأم ثمانية •

وللاب ثمانية •

ثم يحل فروع الاب المتوفى محله •

فلكل من الابن والبنت (أخوة المتصرف) أربعة أسهم •

ولما كانت البنت قد ماتت حال حياة المتصرف عن ابنتين وبنتين فإنه

يكون لكل من أولادها سهم واحد وعلى هذا تقاس سائر الامثلة •

المطلب الثالث

الانتقال لاصحاب الدرجة الثالثة

٢٥٨ - تقرر المادة (١١٩٠) ان « ١ - الدرجة الثالثة من اصحاب حق الانتقال هم جدود الميت وجداته وفروعهم • ٢ - فان كان الجدان والجدتان من جهتي الاب والام جميعهم أحياء تساوت انصبتهم في حق الانتقال وان كان أحد من هؤلاء قد مات فان فروعهم تقوم مقامه درجة بعد درجة • وان لم يكن له فروع فان نصيبه ينتقل الى زوجه الحي ، فان لم يكن زوجه حيا انتقل نصيبه الى فرع زوجه درجة بعد درجة • فان لم يكن لزوجه فرع انحصر حق الانتقال في الجد والجدة من الجهة الاخرى » • ويفهم من نص هذه المادة ان اصحاب حق الانتقال من الدرجة الثالثة هم أجداد المتصرف لابيه أو لامه ، وأعمامه وعماته ، وأخواله وخالاته ، وأولاد أعمامه وأولاد عماته وأولاد أخواله وأولاد خالاته وان نزلوا •

ويترتب على هذا انه اذا :

مات المتصرف عن : جد لاب جدة لاب جد لام جدة لام •
يقسم الحق بينهم بالتساوي لكل منهم الربع •
فاذا مات أحد من هؤلاء حال حياة المتصرف عن فرع حل فرعه محله في الحق • ويترتب على هذا انه : اذا فرضنا في المثال المتقدم ان الجدة لام كانت قد ماتت حال حياة المتصرف عن بنتين وابن فان الربع الذي كانت تستحقه لو كانت حية يقسم على هؤلاء بالتساوي لكل منهم $\frac{1}{12}$ •
واذا توفي أحد الاجداد من غير فرع انتقل نصيبه الى زوجه •
ويترتب على هذا انه :

اذا كان للمتصرف جد لاب جدة لاب جد لام جدة لام •

ماتت الجدة لام من غير فرع فإن الحق يقسم عليهم جميعا بالتساوى
كما لو كانت الجدة حية لم تمت • فينال كل منهم الربع • ثم يعطى ربع
الجدة المتوفاة الى زوجها وهكذا ينال الجد لاب الربع ، والجدة لاب الربع
كذلك ، ويستحق الجد لام النصف (الربع نصيبه والربع الآخر تلقاه
من زوجته المتوفاة) •

فإذا مات أحد الاجداد ولم يكن زوجة حيا كذلك انتقل نصيب المتوفى
من الاجداد الى فرع وزوجه • مثال هذا :

لمتصرف جد لام وجدة لام وجد لاب وجدة لاب •
مات الجد لاب من غير فرع وماتت الجدة لاب عن بنتين وابن • فإن حق
المتصرف يقسم ارباعا يعطى لكل من الاجداد الربع ، ثم يعطى نصيب الجدة
المتوفاة الى فروعها ، ويعطى نصيب الجد المتوفى لزوجته ولما كانت الزوجة
متوفاة بدورها فإن نصيب زوجها يعطى لفرعها • وهكذا ينتقل الى أولاد
الجدة لاب نصف الحق فيعطى لكل منهم السدس • فيكون أصل المسألة
كما يقول علماء الفرائض (١٢) سهما لكل من الجدة والجد لام ثلاثة
سهام • ولكل من أولاد الجدة لام الثلاثة سهران •

٢٥٩ - وتقضى المادة (١١٩١) انه « اذا استحق الفرع فى أى
الدرجات الثلاث انصبه متعددة من جهات مختلفة فانه يأخذها جميعا » •
ويترتب على هذا انه :

اذا مات متصرف عن اخ شقيق وأخ لاب وأخ لام • قسم الحق
ارباعا يأخذ كل من الاخ لام والاخ لاب الربع ويأخذ الاخ الشقيق النصف
لانه يدلى الى المتصرف من جهتين جهة الاب وجهة الام •

واذا كان لمصرف اب وأم ، ولابيه المتوفى حال حياته بنت من زوجة
أخرى غير أم المتصرف وابن هو شقيقه ، وماتت الام عن هذا الولد الذى
هو شقيق المتوفى •

فإن الحق ينتقل اليهم بنسبة الربع للبنت ، والثلاثة أرباع للابن الذى
يرث من جهتين •

المطلب الرابع

الانتقال للأبوين والزوجين مع الدرجات المتقدمة

٢٦٠ تقضى المادة (١١٩٢) بأنه « اذا كان ابوا المتصرف أو أحدهما على قيد الحياة عند موت المتصرف ووجد اصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى فان السدس ينتقل الى الأبوين بالتساوى أو الى من كان حيا منهما » .
قلنا ان القاعدة العامة فى الانتقال ان اصحاب هذا الحق مرتبون على درجات وكل درجة تحجب الدرجات التى تليها ، الا ان المشرع استثنى من هذه القاعدة الأبوين فهما كما تقدم القول من أصحاب الدرجة الثانية فى حق الانتقال ومع ذلك فانهما لا يحجبان بأصحاب الدرجة الاولى وانما يكون لهما السدس بالتساوى ويستقل بالسدس من يوجد منهما على قيد الحياة عند وفاة الاصل الآخر .

ويترتب على هذا انه اذا مات المتصرف عن ابن وبنت واب وأم .
فانه يكون للاب والام السدس بالتساوى لكل منهما سهم من اثنى عشر سهما . والباقى وقدره عشرة أسهم يقسم بين الابن والبنت بالتساوى لكل منهما خمسة اسهم .

واذا كان لمتصرف ابن وبنت واب وأم توفيت فى حال حياة المتصرف من غير فرع . فان الاب يختص وحده بالسدس ، والباقى وقدره خمسة أسداس يقسم بالتساوى بين ابن المتصرف وبنته فيكون أصل المسألة (١٢) سهما للاب سهران ، ولكل من البنت والابن خمسة اسهم . واذا كان لمتصرف ابن وبنت وأم واب ، وقد توفى الاب حال حياة المتصرف عن ابن

وبنتين • تختص الام بالسدس ، ولا شيء لاولاد الاب المتوفى لانهم محجوبون ، والباقي يقسم بين ابن المتصرف وبنته على ما تقدم بيانه • وعلى هذا تقاس سائر الامثلة •

٢٦١ - واما بالنسبة للزوجين فان المادة (١١٩٣) تقضى بأنه « ١ - اذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى كان نصيبه الربع ، واذا اجتمع مع اصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية أو مع الجد والجددة كان نصيبه النصف ، واذا وجب ان ينال فرع الجد والجددة معهما حق الانتقال بمقتضى المادة (١١٩٠) اخذ ما يصيب هذا الفرع أيضا • واذا لم يوجد أحد من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية ولم يوجد جد أو جدة انحصر حق الانتقال في الزوج الحي • ٢ ويثبت حق كل من الزوجين في الانتقال حتى لو مات أحدهما قبل الخلوة الصحيحة أو قبل انتهاء العدة في الطلاق الرجعي • واذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت ومات قبل انتهاء العدة ثبت للزوجة حق الانتقال » •

وتبين من نص المادة السالفة ان الانتقال الى الزوج له أربع حالات : الاولى - اجتماعه مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى : وفي هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة الربع ، واذا تعددت الزوجات كان الربع بينهما بالتساوي •

فاذا مات متصرف عن ابن وبنتين وزوجة • فان للزوجة الربع ، والباقي بين البنين والابن لكل منهم الربع • واذا مات متصرف عن ابني بنت وبنتي ابن وزوجة • فان للزوجة الربع والباقي وقدره ثلثه أرباع يقسم بين الاحفاد الاربعة بالتساوي • ومعنى هذا ان أصل المسألة هو (١٦ سهماً) للزوجة اربعة اسهم ولكل من الاحفاد ثلاثة •

الثانية : اجتماع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية أو مع الاجداد والجدات من اصحاب الدرجة الثالثة • وفي هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة النصف فاذا مات متصرف عن أم واب

وزوجة فان للزوجة النصف والنصف الآخر للام والاب لكل منهما الربع .
واذا مات متصرف عن أخوين شقيقين وأختين شقيقين وزوجة .

فان للزوجة النصف ، والنصف الآخر للاخوة والاخوات لكل منهم الثمن . فيكون اصل المسألة (٨) اسهم . اربعة للزوجة وسهم واحد لكل من الاخوة والاخوات الاشقاء . واذا كان حق التصرف لامرأة ماتت عن زوج وجد لاب ، وجدة لاب ، وجد لام ، وجدة لام . فان للزوج النصف والنصف الآخر بين الاجداد لكل منهم الثمن .

الثالثة - اجتماع الزوج أو الزوجة مع الاجداد اذا كان بعضهم حيا وبعضهم ميتا وقد ترك بعض الفروع . في هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة النصف أولا ، ثم يحجب فرع الجد أو الجدة فيأخذ نصيبه كذلك ، مثال :

لمتصرف جد لاب جد لاب جدة لام (متوفاة عن ولدين) جد لام (متوفى عن أربعة أولاد) . زوجة .

في هذا المثال تأخذ الزوجة النصف أولا ، ويأخذ كل من الجد والجدة لاب الاحياء الثمن ، كما لو كان الاجداد الاربعة احياء ، ثم تأخذ الزوجة نصيب الجد والجدة المتوفين فيكون مجموع نصيبها ثلاثة أرباع حق التصرف ولا يأخذ أولاد الجد لأم أو الجدة لأم شيئا لانهم محجوبون بالزوجة .

الرابعة : اجتماع أحد الزوجين مع فروع الجد أو الجدة (مع الاعمام والاخوال والعمات والخالات وأولادهم) في هذه الحالة يحجبهم جميعا ويستأثر بحق التصرف دونهم .

فاذا فرضنا في المثال المتقدم ان جميع اجداد المتصرف قد توفوا حال حياته عن فروع فأنهم لا يأخذون شيئا لان الزوجة كما قلنا تحجبهم . أما نص المشرع على حق الزوجة في الانتقال ولو مات زوجها قبل الحلوة وحققها في الانتقال اذا طلقها في مرض موته ومات قبل انتهاء العدة (طلاق الفار) فليس فيه ما يخرج على الاحكام العامة في المواريث .

٢٦٢ - وتقرر المادة (١١٩٤) انه « ١ - يراعى دائما فى حق الانتقال أن يكون للذكر مثل حظ الانثى أيا كانت الدرجة التى انتقل اليها هذا الحق . ٢ - ويراعى كذلك فى جميع الدرجات ان يقوم الفرع مقام الاصل اذا مات هذا قبل موت المتصرف » . وهذه المادة عبارة عن تكرار للنصوص المتقدمة وتأكيد لقاعدة مساواة الانثى بالذكر فى الانتقال ، ولحلول الفرع محل الاصل وان كان هذا الاصل قد توفى حال حياة المتصرف وكل هذا على خلاف القواعد المقررة فى الموارث .

وتقرر المادة (١١٩٥) انه « اذا كان بين اصحاب حق الانتقال حمل مؤخر الانتقال الى ولادته » وهذه المادة تخرج بدورها على القواعد المقررة فى الموارث والتى تجيز قسمة التركة مع الاخذ بأحسن الفروض بالنسبة للحمل على تفصيل لا نرى محلا لشرحه هنا .

وتقرر المادة (١١٩٦) انه « اذا كان أحد أصحاب حق الانتقال غائبا غيبة منقطعة بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت أعطيت حصته لمن يستحقها بعده ، غير أنه اذا حضر خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة المتصرف أو تبين خلال هذه المدة انه حى استرد حصته ممن أخذها » .

ومعروف ان الغائب غيبة منقطعة هو من كان غائبا ولا يعلم مكانه ولا يعرف ما اذا كان حيا أم ميتا ، فى هذه الحالة تعطى حصة هذا الغائب لمن يستحقها بعده ، غير انه اذا حضر خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة المتصرف أو تبين خلال هذه المدة أنه حى استرد حصته ممن أخذها » . ومعروف ان الغائب غيبة منقطعة هو من كان غائبا ولا يعلم مكانه ولا يعرف ما اذا كان حيا أم ميتا ، فى هذه الحالة تعطى حصة هذا الغائب لمن يستحقها بعده ، غير انه اذا حضر خلال ثلاث سنوات كان له ان يسترد هذه الحصة ممن اعطيت له .

فاذا مات متصرف عن اخ (غائب غيبة منقطعة) وابن عم . يعطى حق التصرف فى الارض كلها الى ابن العم .
واذا مات متصرف عن بنتين ، وابن غائب غيبة منقطعة (وقد تزوج

قبل غيابه وله ولدان) فان الحق يقسم بين أولاد المتصرف الثلاثة لكل منهم الثلث ، ثم يعطى نصيب الابن الغائب الى ولديه لكل منهما السدس • وعلى هذا تقاس سائر الامثلة •

وتقرر المادة (١١٩٧) أنه « ١ - اذا غاب المتصرف فى أرض أميرية غيبة منقطعة مدة ثلاث سنوات بحيث لا يعلم أحى هو أم ميت انقلبت أرضه الى أصحاب حق الانتقال فان لم يوجد أحد من هؤلاء أصبحت مستحقة للطابو • فان لم يوجد أحد من أصحاب حق الطابو فوضت الى من ترسو عليه المزايدة من الطالين • ٢ - ومع ذلك اذا كان المتصرف فى الأرض الاميرية جنديا غاب عن بلاده بسبب خدمته العسكرية فان أرضه تنتقل الى أصحاب حق الانتقال ، فان لم يوجد أحد من هؤلاء سلمت وديعة لاحد أقاربه أو أمثائه لزراعتها ووفاء حقوقها • واذا عاد المتصرف كان له الحق فى استرداد أرضه من يد أصحاب حق الانتقال أو من أية يد كانت ، اما اذا تحتمق موته فان أرضه تنتقل نهائيا الى من له الحق فى ذلك » • بعد ان عالجت المادة (١١٩٦) حالة الغائب من أصحاب حق الانتقال عالجت هذه المادة (١١٩٧) حالة ما اذا كان الغائب هو المتصرف نفسه •

فهى تقرر كقاعدة عامة انه اذا غاب المتصرف فى أرض أميرية غيبة منقطعة لمدة ثلاث سنوات ولا يعلم أحى هو أم ميت ، فانه يعتبر فى حكم الميت وهكذا ينتقل التصرف الى أصحاب حق الانتقال على النحو الذى تقدم شرحه فاذا لم يكن للمتصرف أحد من أصحاب حق الانتقال أعطيت الى أصحاب حق الطابو الذين سيجىء الكلام عنهم عند الكلام عن أسباب انقضاء حق التصرف • فاذا لم يوجد أحد من أصحاب حق الطابو أو لم يرد أحد منهم أخذ الأرض فانها تعرض للبيع بالمزايدة العلنية وتفوض الى من ترسو عليه طبقا للإجراءات المقررة فى بيع الأراضى الاميرية التى أشرنا اليها فيما تقدم •

ثم تقرر الفقرة الثانية من المادة المتقدمة حكما استثنائيا بالنسبة للمتصرف الذى يغيب عن بلاده غيبة منقطعة اذا كان سبب غيابه اداؤه لواجب

الخدمة العسكرية فان الارض الاميرية التى يكون له عليها حق تصرف تعطى
لاصحاب حق الانتقال ، فان لم يوجد أحد من هؤلاء فانها لا تعطى لاصحاب
حق الطابو كما هى القاعدة العامة التى تقررها الفقرة الاولى ولكنها تسلم
على سبيل الوديعة لاحد أقاربه أو امثاله وذلك لاستغلالها باسم المتصرف
ولحسابه وسداد رسومها وضرائبها • فاذا ما عاد المتصرف فان له ان يسترد
هذه الوديعة ممن تكون قد انتقلت اليه من أصحاب حق الانتقال أو من
يد من سلمت اليه على سبيل الوديعة • فاذا تحقق موته نهائيا طبقت قواعد
الانتقال وانتقلت نهائيا الى من له الحق فى ذلك •

المطلب الخامس

موانع الانتقال

٢٦٣ - ان موانع الانتقال التي نص عليها المشرع صراحة هي القتل واختلاف الدين واختلاف الجنسية •

٢٦٤ - أولا - القتل - تقرر المادة (١١٩٨) انه « لا تنتقل أرض المقتول الى القاتل أو شريكه » •

وواضح ان هذه المادة تقرر حرمان القاتل أو شريكه من حق الانتقال كما يحرم من الارث على ما هو معروف من دراسة الفرائض •

ولانريد في هذا المجال أن نخوض في بيان أنواع القتل عند فقهاء الشريعة الاسلامية ، وفي فقه قوانين العقوبات ، وانما يكفينا في هذا المقام ان نقرر ان القاعدة في حرمان الشخص من حق الانتقال هو ان يكون قد أزهق مباشرة أو تسببا روح المتصرف ازهاقا يعاقب عليه قانون العقوبات • فالعبرة أو الضابط في هذا هو أن تتسائل عما اذا كان القتل يعد في نظر قانون العقوبات جريمة معاقبا عليها أو انه لا يعاقب عليها لوجود سبب من أسباب الاباحة أو مانع من موانع العقاب •

ويترتب على هذا الرأي الذي نذهب اليه ان القتل في حالة الدفاع الشرعى أو القتل قياما بواجب ، أو القتل اذا كان القاتل مجنونا أو طفلا غير مميز كلها لا تحرم القاتل من حق الانتقال • وعلى عكس ما تقدم فاننا نذهب الى ان قتل المحارم في حالة التلبس بالزنا (م ٢١٦ عقوبات) والقتل

الخطأ (م ٢١٩) والقتل تسببا تحرم القاتل من حق الانتقال ، ومن باب أولى يعتبر الضرب المفضى الى الموت والقتل العمد سببا للحرمان من حق الانتقال .

٢٦٥ - ثانيا - اختلاف الدين : يقضى الشطر الاول من المادة (١١٩٩) انه « لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين فى الدين » ويفهم من هذا النص ان اختلاف الدين كما يعتبر مانعا من الميراث فانه يعتبر مانعا من الانتقال . والعبرة باختلاف (الدين) لا المذهب أو الملة ، ويترتب على هذا ان المسلم قد يكون صاحب حق انتقال بالنسبة للمسلم بالرغم من اختلاف مذهب المتصرف وصاحب حق الانتقال وكذلك الحال بين طوائف المسيحية واليهودية . ويترتب على هذا أيضا انه لا يجوز ان يكون المسيحي صاحب حق انتقال بالنسبة للمتصرف المسلم والعكس صحيح . ولا يثبت حق الانتقال بين المسيحي واليهودي لاختلاف الدين . والعبرة فى تحديد اختلاف أو اتحاد الدين هو وقت الوفاة .

٢٦٦ - ثالثا - اختلاف الجنسية - يقرر الشطر الاخير من المادة (١١٩٩) السالفة ان حق الانتقال لا يثبت بين (عراقى وأجنبى) ، وواضح ان هذا النص يمنع الانتقال بين العراقي والاجنبى والعبرة باختلاف أو اتحاد الجنسية هو وقت نشوء سبب الانتقال سواء أكان ذلك بسبب الوفاة أو بسبب الغيبة المنقطعة على النحو الذى سبق الكلام عنه . والرأى عندى أنه لا مجال وفقا لفقه القانون المدنى العراقى الى تطبيق نص المادة (١١٠) من قانون الاراضى التى كانت تجيز حق الانتقال من المتصرف الاجنبى فنص المادة العراقية عام مطلق . ولا مجال كذلك للقول بأن التصرف فى الاراضى الاميرية يكون اصلا للعراقي لاننا نقول ان هذا المتصرف العراقى قد غير جنسيته بعد ذلك وقد تتلقى العراقية حق تصرف ثم تتزوج بأجنبى فتكسب جنسيته بالزواج على النحو المقرر فى قانون الجنسية وفى فقه القانون الدولى الخاص ، وفى هذه الحالة يصبح المتصرف أجنبيا ولا يمكن ان يقال بأى

حال من الاحوال ان هذه الارض الاميرية تصبح منحلة لاننا لا نجد في
نصوص القانون المدني ما يشير من قريب أو بعيد الى ان حق التصرف
ينتهي في مثل هذه الحالة وتصبح الارض منحلة كما كانت تقضى بذلك
المادة (١١١) من قانون الاراضى ولا يمكن الاحتجاج بالمادة الخامسة من
قانون الاحوال الشخصية للاجانب التى تقضى بان « اختلاف الجنسية غير
مانع من الارث فى الاموال المنقولة والاملاك الصرفة فيتوارث الاجانب مختلفو
الجنسية بعضهم من بعض ويرث العراقى من الاجنبى والاجنبى من العراقى
اذا كانت قوانين دولة ذلك الاجنبى تسوغ ذلك » لاننا نقول ان هذه المادة
لا علاقة لها بالاراضى الاميرية ولا بحق الانتقال وانما هى تتكلم عن المنقولات
والعقارات المملوكة وعن الارث فيها •

المبحث الثالث

كسب التصرف ما بين الاحياء

٢٦٧ - تمهيد وتقسيم - جرى المشرع فى بحث اسباب كسب التصرف بين الاحياء على النحو الذى سار عليه فى الملكية مع ملاحظة طبيعة حق التصرف •

وقد سبق ان بينا^(١) ان الملكية تكتسب بين الاحياء : بالالتصاق وبالعقد ، وبالشفعة ، وبالحيازة (التقادم) ، وهذه هى أسباب اكتساب حق التصرف بين الاحياء مع ملاحظة أن العقد الذى ينقل به المتصرف حقه للغير يسمى (الافراغ) وان حق الشفعة فى الاراضى الاميرية يسمى بحق (الرجحان) مع بعض الفروق التى ستوضح فى الابحاث التالية •

يخلص مما تقدم أن أسباب كسب التصرف ما بين الاحياء هى : الالتصاق ، والافراغ ، وحق الرجحان ، والتقادم وتتولى بحث كل سبب من هذه الاسباب فى مطلب خاص •

(١) ف ١٢٦ وما بعدها من هذا المؤلف •

المطلب الاول

الالتصاق

٢٦٨ - تقرر المادة (١٢٠٠) أنه « اذا غرس أحد اشجارا أو أقام
أبنية في أرض أميرية ليس له فيها حق التصرف وكان ذلك بحسن نية وبزعم
سبب شرعى ثم استحققت الارض فان كانت قيمة المنشآت قائمة أكبر من قيمة
الارض فوضت الارض لصاحب المنشآت ببدل المثل واذا كانت قيمة الارض
لا تقل عن قيمة المنشآت قائمة تملك صاحب المنشآت بعد دفع قيمتها » .
قلنا عند بحث الالتصاق كسبب من أسباب اكتساب الملكية أنه نوعان
طبيعى وصناعى ، فالالتصاق الطبيعى هو ذلك الذى يحدث من تلقاء نفسه ومن غير
حاجة الى تدخل يد الانسان والالتصاق الصناعى هو ذلك الذى يحدثه
الانسان بعمله ، وتعرض المادة السالفة لحالة الالتصاق بفعل الانسان والى
صورة خاصة من صور هذا الالتصاق وهى صورة ما اذا كان الحائز حسن
النية ويستند فى احداث هذه الزيادات الى سبب صحيح (أو زعم سبب
شرعى كما يعبر المشرع العراقى احيانا وفى المادة السالفة على وجه خاص) .
فهى تقرر أنه اذا غرس أحد اشجارا أو أقام أبنية فى أرض أميرية
لا يملك عليها حق تصرف وكان هذا الغارس أو الباني حسن النية ويستند
فى وضع يده الى سبب صحيح (أو بزعم سبب شرعى) ثم استحققت الارض
من تحت يده فإنه اذا كانت قيمة هذه المنشآت (الشجر أو الابنية) قائمة
أكبر من قيمة الارض فوضت اليه ببدل المثل والا استحق ما يستحقه الحائز
حسن النية من قيمة هذه المنشآت قائمة لا مستحقة للقلع أو الهدم .
وظاهر أنه يشترط لاعمال حكم هذه المادة أن تكون الارض أميرية
وقد ترتب عليها للغير حق تصرف . وأن يكون الحائز حسن نية وقد سبق

أن قلنا أن معنى حسن النية هو أن يعتقد الحائز أنه لا يعتدى في وضع يده أو حيازته على حق الغير مثال هذا إذا فرضنا أن مات المتصرف وكان الظاهر يدل على أن أقرب أصحاب حق الانتقال هو أخوه ، ثم تبين بعد أن فوضت الأرض إليه انتقالا ان ظهر أن للمتوفى ابن أو بنت وكان الاخ في خلال هذه الفترة قد قام بغرس الأرض أو اقامة أبنية أو منشآت عليها ، فان هذا الاخ يعتبر حائزا بحسن نية يطبق عليه حكم المادة السالفة .

٢٦٩ - وتقضى المادة (١٢٠١) بأن « الاحكام المنصوص عليها في حق الملكية بشأن طمى الانهار التدريجي وتغيير النهر لمجره وتحول الاراضى من مكان الى آخر واعتبار ما ينشأ على الارض من عمل صاحب الارض وغير ذلك من أحكام الالتصاق بالعقار تطبق على الاراضى الاميرية بالقدر الذى لا يتعارض مع طبيعة هذه الاراضى » .

تحيل هذه المادة الى الاحكام الخاصة بالالتصاق بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان والتي سبق الكلام عنها عند الكلام عن الالتصاق كسبب من أسباب اكتساب الملكية ، وتقضى بتطبيق تلك الاحكام على الاراضى الاميرية الا اذا تعارضت مع طبيعة هذه الاراضى . ولما كنا قد بحثنا أحكام الالتصاق الطبيعي والالتصاق بفعل الانسان وقلنا أن النهر اذا جاء بطمى على أرض أحد فهو ملكه ، وان الطمى اذا كون أرضا جديدة فهى ملك للدولة ولو كانت متصلة بأرض الغير وفي هذه الحالة يجوز للملاك المجاورين أخذها ببدل المثل وتقضى طبيعة الاراضى الاميرية فى هذه الحالة أن (تفوض) هذه الاراضى الجديدة للمتصرفين المجاورين ببدل المثل ، وبحسنا كذلك حالة تحول النهر عن مجراه القديم الى مجرى جديد والاراضى التى ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الانهر الخ وفرقنا بالنسبة للالتصاق بفعل الانسان بينما اذا كان الحائز حسن النية أو سيئها فاذا كان الحائز حسن النية ويستند فى حيازته الى سبب صحيح وكانت الارض أميرية طبقت أحكام المادة (١٢٠٠) التى سبقت الاشارة اليها واذا كان الحائز سيئ النية طبقت على الاراضى الاميرية نفس الاحكام التى سبق الكلام عنها فى الاراضى المملوكة .

المطابق الثاني

الافراغ

٢٧٠ - تقضى المادة (١٢٠٢) بأن « للمتصرف فى أرض أميرية أن يفرغها الى من يشاء ببدل من النقود أو من غير النقود أو بغير بدل أصلا » .
• ويفهم من هذا النص أن الافراغ عبارة عن « التصرف فى حق التصرف » . فحق التصرف فى الاراضى الاميرية حق لا يتصل بشخص صاحبه ولهذا كان له أن يتصرف فيه بجميع انواع التصرفات فله أن يبيعه أو أن يقايض عليه أو أن يهبه أو أن يقدمه حصه فى شركة أو بدلا فى عقد صلح وهكذا .

ولما كان التصرف حقا من الحقوق العينية العقارية فان التصرف فيه (أو افراغه) لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا أى الا اذا سجل فى دائرة الطابو ، وهذا ما تقضى به المادة (١٢٠٣) بنصها على أنه « لا يكون الافراغ معتبرا الا اذا أجرى وسجل فى دائرة الطابو وفقا للاجراءات المقررة قانونا » . واذا رجعنا الى نظام الطابو نجد أنه رسم طريقة تسجيل الافراغ فى المادة (٣٣) وما بعدها ، ونصوص هذا النظام تقضى عن شرحه وقد نقلنا هذه النصوص فيما تقدم فلا حاجة الى تكرارها (١) .

٢٧١ - وتقضى المادة (١٢٠٤) أنه « لا يجوز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على الاراضى الاميرية بعد تسجيلها فى دائرة الطابو » .
• لقد كان جواز الطعن بالصورية فى العقود المسجلة منارا لخلاف كبير

في الفقه وفي القضاء وقد ترددت أحكام محكمة النقض والابرار المصرية أمدا طويلا في الاخذ برأى معين دون آخر ويظهر أن قضاءها الاخير قد استقر على قبول هذه الدعوى في العقود المسجلة فقد قضت هذه المحكمة بأن التسجيل لا يمكن أن يوجد للعقد الصوري آثارا قانونية لم تكن له فيقف في مضمار المفاضلة مع عقد جدي صادر من نفس البائع ولو كان غير مسجل^(٢) وقد خالف المشرع العراقي هذا القضاء وخرج على القواعد العامة اذ قضى بعدم جواز الطعن بالصورية في الافراغ (بعد تسجيله في دائرة الطابو) وهذه العبارة تزيد من المشرع اذ لا فراغ الا اذا سجل في الدائرة المذكورة ، ويترتب على هذا أنه اذا أفرغ متصرف حقه لزوجته أو أخيه أو أولاده فإنه لا يجوز له بعد هذا أن يطعن بعدم جدية العقد ولو استند في طعنه هذا الى (ورقة ضد) حصل عليها من المتعاقد الآخر . ولما كان هذا النص نصا استثنائيا فإنه لا يجوز التوسع فيه ويترتب على هذا أنه يجوز الطعن بالافراغ عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات ففي المثال المتقدم اذا لم يكن يجوز للمتصرف أن يطعن بصورية العقد ، الا أنه يجوز لدائنيه أن يطعنوا به عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات (أو الدعوى البوليصة كما يسميها شراح القانون المدني) اذا توافرت شروط هذه الدعوى بأن كان الافراغ قد أضر بحقوقهم السابقة عليه ولما كان الدائن غيرا بالنسبة للافراغ فإنه يجوز له أن يثبت صوريته بجميع طرق الاثبات .

٢٧٢ - وتقرر المادة (١٢٠٥) بأنه « اذا افرغ المتصرف ارضه بدون تسمية بدل فلا يجوز له ولا لورثته من بعده أن يدعوا بعد ذلك بدلا لها .
٢ - واذا افرغها في مقابل بدل معلوم ولم يؤد المقرغ له البديل فللمقرغ ولورثته من بعده أن يطلبوا بالبدل . ولهم أن يطلبوا فسخ الافراغ اذا لم يؤد البديل كما أن لهم امتياز البائع على حق التصرف في الارض المفرغة » .

تقرر الفقرة الاولى من المادة السالفة أنه اذا افرغ متصرف أرضه

دون ذكر بدل فانه لا يجوز له بعد هذا أن يطالب ببدل ولا يجوز ذلك لورثته من بعده ، وأحب أن الفت النظر الى تعارض هذا الحكم مع ما تقرره المادة (٣٩/ح) من نظام الطابو التي تقرر أنه « اذا كان الافراغ بدون بدل يجب بيانه أيضا » . وقد قلنا ان مثل هذه النصوص التي نجدها في النظام المذكور تدل على عقلية فجأة وتفكير بدائي ولعل العلة في وضعها هي التسهيل على موظفي دوائر الطابو في احتساب رسوم التسجيل !! ومهما يكن من أمر فقد أصبحت هذه الفقرة ملغاة من وقت نفاذ القانون المدني .

وأما عن الفقرة الثانية من المادة (١٢٠٥) المتقدمة فانها تقرر أنه اذا افرغ متصرف أرضه مقابل بدل معلوم ، ولم يقم المفرغ له بدفع هذا البدل فإنه يجوز للمفرغ أو لورثته المطالبة بالبدل ولهم كذلك أن يطالبوا بفسخ العقد مع التعويض أو بدونه على حسب الاحوال ، وقد قرر لهم المشرع امتياز بائع على حق التصرف في هذه الارض . وهذه الفقرة لا فائدة فيها وهي ان دلت على شيء فانما تدل على ان مشرعنا نسي أنه وضع نظرية عامة في الالتزامات لم تكن موجودة من قبل أو كانت أحكامها مبشرة في نصوص متفرقة وفي اشتات من القوانين واننا نستطيع الوصول عن طريق تطبيق هذه القواعد العامة الى نفس الحكم الذي تقرره الفقرة السالفة .

٢٧٣ - وتقرر المادة (١٢٠٦) أنه « اذا افرغت أرض وذكرت حدودها ومساحتها وسمى ثمنها جملة فالعبرة بالحدود لا بالمساحة ويجب دفع الثمن المسمى سواء ظهر في الارض المحددة نقص أو زيادة » ٢ - واذا افرغت أرض وذكرت حدودها ومساحتها وسمى ثمنها بسعر الوحدة فالعبرة بالمساحة لا بالحدود فان ظهر في الارض المحددة نقص أو زيادة كان المفرغ له مخيرا ان شاء فسخ الافراغ وان شاء أخذ المقدار الموجود بما يقابله من الثمن » . وهذه المادة بدورها لغو وتكرار للقواعد التي قررها المشرع في عقد البيع (المواد ٥٤٣ - ٥٤٦) وملخص حكم المادة المتقدمة أنه اذا افرغ متصرف أرضه وسمى ثمنها جملة مع ذكر حدودها فالعبرة بهذه الحدود

ولا عبءة بذكر المساحة بعد هذا وعلى المفرغ له أن يدفع الثمن سواء ظهر فى الارض المحددة زيادة أو نقص ، واذا افرغت الارض على اساس سعر الوحدة وذكرت مساحة الارض وحدودها فالعبءة فى هذه الحالة بالمساحة فاذا ظهرت زائدة أو ناقصة فان على المفرغ له أن يختار بين أمرين أولهما فسخ العقد وثانيهما أن يدفع ما يقابل المساحة من الثمن • وغنى عن البيان أن هذه الاحكام ليست الا تطبيقا للقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ولا تعتبر من النظام العام فهى تطبق ما لم يوجد اتفاق خاص يقضى بغيرها •

٢٧٤ - وتقضى المادة (١٢٠٧) بأنه « ١ - يدخل فى الافراغ من غير ذكر الاشجار النابتة بطبيعتها فى الارض المفرغة والاشجار والابنية المحدثة فيها • ٢ - ويدخل أيضاً فى الافراغ من غير ذكر توابع الارض المفرغة وفقاً للقواعد المقررة فى البيع » •

تناول هذه المادة بيان ما يدخل فى الارض المفرغة من غير ذكر ، وهى تقرر فى الفقرة الاولى أن الاشجار النابتة بطبيعتها أو المغروسة وكذلك الابنية المقامة على الارض تدخل فى افراغها من غير ذكر وتحيل الفقرة الثانية الى عقد البيع لمعرفة بقية التوابع التى تدخل فى الارض المفرغة ومعنى هذا ان هذه الفقرة تحيل الى المادة (٥٣٧) التى تقرر أنه يدخل فى البيع من غير ذكر •

١ - ما كان فى حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً الى الغرض من الشراء •

٢- توابع المبيع المتصلة المستقرة •

٣ - كل ما يجرى العرف على أنه من مشتملات المبيع •

والرأى عندى أن الفقرة الاولى من المادة (١٢٠٧) زائدة لا ضرورة لاثباتها ذلك أن الابنية المقامة على الارض والاشجار النابتة أو المستنبئة فيها تعتبر من توابع الارض المتصلة المستقرة فهى مما يشملها حكم الفقرة الثانية ولا حاجة الى تخصيص نص لها •

٢٧٥ - وتقضى المادة (١٢٠٨) أنه « اذا كان المتصرف فى أرض اميرية محجورا جاز لوليه أن يفرغ الارض بأذن من المحكمة لمسوغ شرعى . ٢ - وللولى أن يقبل الافراغ عن المحجور بأذن من المحكمة اذا كان ذلك يعود بالنفع عليه » . لعل للمشرع عذرا فى ايراد هذا النص الذى لا يعدو عن كونه مجرد تطبيق لاحكام القواعد العامة ، فقد اراد به أن يظهر ارادته صريحة لا تدع مجالا للشك واختلاف الرأى فى أنه يجوز للولى أن يفرغ الارض الاميرية التى يكون المتصرف فيها محجورا عليه . وبيان ذلك أن المادة (٥٢) من قانون الاراضى كانت تنص على أن « الاراضى التى تكون قد دخلت بعهدة الصغير أو الصغيرة أما بطريق الانتقال أو بصورة أخرى (؟) لا يستطيع أولياؤهم أو أوصياؤهم أن يفرغوها للغير لضرورة الدين أو النفقة أو الوصية المرسلة أو لای سبب آخر .. الخ » . فخرج المشرع العراقى بنصه السالف على هذه المادة صراحة وانسجم فى حكمه الذى قرره مع القواعد العامة من جهة ومع ما قرره فى عقد البيع من جهة أخرى ، الا أنه يلاحظ على النص السالف (م ١٢٠٨) أنه يقرر فى الفقرة الثانية منه أنه يجوز للولى أن يفرغ الارض ، التى يكون للمحجور عليه حق تصرف عليها ، لنفسه بأذن من المحكمة وعلى أن يكون ذلك (أى الافراغ) نافعا للمحجور عليه ، ولا نجد لمثل هذه القيود أثرا بالنسبة لبيع الاولياء أو شرائهم لانفسهم ذلك أن المشرع قرر أنه يجوز للولى أن يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه أو أن يبيع ماله للصغير وكل ما يتطلبه فى هذه الحالة أن يخلوا البيع أو الشراء من الغبن الفاحش . كما أن المادة (١٢٠٨) تشترط للافراغ اذن المحكمة لهذا الافراغ والمحكمة المختصة باصدار هذا الاذن هى المحكمة الشرعية لان الاذن للاولياء والوصياء من اختصاصات هذه المحكمة وفقا لما يقضى به قانون المرافعات الشرعية .

٢٧٦ - وتقضى المادة (١٢٠٩) بأنه « اذا كانت ادارة ضيعة المحجور متعذرة على الاولياء دون أن يلحق المحجور ضرر وكانت مشتملات الضيعة ومنشئاتها ذات قيمة كبيرة ويخشى عليها من التلف بحيث يجب بيعها استنادا

الى مسوغ شرعى وتحقق الضرر من الفصل ما بين الارض وما تشتمل عليه من المنشآت فللمحكمة أن تأذن بافراغ الضيعة بدل المثل ولا يجوز للمحجور استردادها بعد ذلك « • وقد نقل المشرع هذه المادة كذلك عن المادة (٥٢) من قانون الاراضى وذلك بعد ترجمتها الى اللغة العربية ، وكأنه خشى على هذا الكنز الثمين من الضياع فحرص على نقل أحكامه ومواده جملة وتفصيلا فالمادة السالفة لغو وزيادة وهى لا تعدو أن تكون مجرد تكرار لحكم الفقرة الاولى من المادة (١٢٠٨) التى سبق ذكرها ، وهو تكرار اذا كان مستساغا بالنسبة لتشريع تركى وضع قبل حوالى مائة عام فانه تكرار معيب فى تشريع يوضع فى منتصف القرن العشرين •

٢٧٧ - وتقرر المادة (١٢١٠) أنه « اذا كان المتصرف فى أرض أميرية محجورا وكان فى الارض اشجار أو أبنية مملوكة فللولى اذا باع هذه الاشجار أو الابنية لمسوغ شرعى باذن من المحكمة ان يفرغ الارض الاميرية تبعا لها باذن من المحكمة » • وقد جاء فى شرح هذه المادة للاستاذ (عبد الرحمن خضر) قوله : « اذا كانت الاشجار مغروسة بعد نشر قانون التصرف فأنها تابعة للارض فى الافراغ ولذلك فانها تنتقل بالافراغ بدون ذكر ، ولكن اذا كانت فى الارض اشجار مغروسة قبل نشر قانون التصرف فانه اذا تقرر بيع الاشجار أو الابنية المحدثه قبل نشر قانون التصرف فيجوز افراغ الارض الاميرية تبعا للمحدثات باذن من المحكمة كذلك « (١) •

٢٧٨ - وتقرر المادة (١٢١١) انه « ١ - ينعقد موقوفا افراغ الارض الاميرية اذا كان ناشئا عن جبر وأكراه ممن يقتدر على ايقاع تهديده ، فاذا مات المفرغ قبل اجازة العقد ولم يترك احدا من أصحاب حق الانتقال فان الارض لا تنحل بل تبقى فى يد المفرغ له أو من يخلفه • ٢ - ويطبق على الاكراه فى افراغ الاراضى الاميرية سائر قواعد الاكراه فى العقود » • وتقرر المادة (١٢١٢) انه « ينعقد موقوفا افراغ الارض الاميرية اذا وقع

(١) المرجع السالف ص ١٢٦ •

فى الافراغ غلط أو تحقق فيه غبن مصحوب بتقرير ويراعى فى كل ذلك القواعد المقررة فى العقود ٢٠ - غير انه اذا مات المفرغ قبل اجازة العقد ولم يترك أحدا من أصحاب حق الانتقال فان الارض لا تنحل بل تبقى فى يد المفرغ له أو من يخلفه » • وتقرر المادة (١٢١٣) انه « لا يجوز افراغ الارض الاميرية فى مرض الموت اذا كان دون بدل أو ببدل فيه محاباة » • وهذه المواد الثلاث بدورها لغو وتكرار للقواعد العامة هذا فضلا عما يلابس المادة الاخيرة من غموض وعدم دقة فى التعبير اذ ماذا يريد المشرع من قوله « لا يجوز » هل يريد بذلك ان يجعل من افراغ المريض مرض الموت عقدا باطلا أو ان مثل هذا العقد يبقى موقوفا تطبيقا لاحكام القواعد العامة • وما هو نطاق المحاباة التى تجعل هذا العقد « غير جائز » • اما عن قوله (لا يجوز) فاننا نذهب الى القول بان هذا التعبير تعبير غير سليم عن رغبة المشرع فى ان يجعل هذا العقد « موقوفا » عملا باحكام القواعد العامة ، واما عن نطاق المحاباة فاننا نذهب كذلك الى وجوب تطبيق القواعد العامة المقررة فى تصرفات المريض مرض الموت واعنى بهذه القواعد انها تلحق بالوصية ويترتب على هذا انه يشترط فى هذه المحاباة ان تزيد عن ثلث تركة المتصرف أولا وان يكون له ورثة أو دائنون ثانيا يضارون بهذه المحاباة • ويستوى بعد هذا ان يكون الافراغ قد حصل لصاحب حق الانتقال أو لاجنبى •

٢٧٩ - وتقرر المادة (١٢١٤) أنه " ١ - اذا افراغ المتصرف فى أرض اميرية الارض التى يتصرف فيها واشترط كتابة فى سند الافراغ ان يعوله المفرغ له طول حياته فالافراغ صحيح والشرط معتبر • وعلى المفرغ له ومن يخلفه من أصحاب حق الانتقال ان يقوموا باعالة المفرغ وفقا للشرط ، ولا يجوز لهم قبل موت المفرغ ان يفرغوا الارض الى آخر ولا ان يرهنوها رهنا تأمينيا أو حيازيا كما لا يجوز لدائنيهم حجزها ٢٠ - واذا لم يقم المفرغ له أو من يخلفه من اصحاب حق الانتقال باعالة المفرغ وفقسا للشروط فللمفرغ ان يطلب فسخ الافراغ واسترداد الارض واعادة تسجيلها

باسمه واذا مات المفرغ له دون ان يخلف احدا من اصحاب حق الانتقال فان الارض تعود كذلك الى تصرف المفرغ » • تعالج هذه المادة شكلا خاصا من الافراغ وهو ان يتخذ الافراغ صورة ترتيب ايراد مدى الحياة ، وواضح جدا أن العقد في هذه الحالة عقد احتمالي قائم على عنصر الغرر والمقامرة فلا يجوز الطعن فيه بالغبن ، وقد سبق للمشرع العراقي ان عالج في المواد (٩٧٧ - ٩٨٢) عقد المربى مدى الحياة ، وقد كان في امكانه ان يستغنى بهذه النصوص عن نص المادة (١٢١٤) التي تقدم ذكرها ونكتفى هنا بأن نلفت النظر الى الامور التالية :

اولا - ان عقد المربى مدى الحياة (أو ترتيب الايراد مدى الحياة) لا بد فيه من الكتابة والكتابة شرط للانعقاد لا شرط للاثبات (م ٩٧٩) •

ثانيا - ان المشرع العراقي قرر صراحة بأنه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه فانه يجوز للدائن ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض ان كان له محل ، وهو بهذا النص قطع كل شك أو خلاف حول امكان فسخ هذا العقد فقد ذهب بعض الفقهاء (وبعض التشريعات) الى عدم جواز فسخ هذا العقد لان أثر الفسخ هو ارجاع الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد وهو أمر لا يمكن تحقيقه في هذا العقد •

ثالثا - قرر المشرع انه لا يجوز للمفرغ له ولا لاصحاب حق الانتقال من بعده ان يفرغوا الارض الى آخر أو ان يرهنوها رهنا تأمينا أو حيازا ما دام المفرغ على قيد الحياة •

رابعا - وقرر بأنه اذا مات المفرغ له دون ان يكون له صاحب حق انتقال فان الارض لا تنحل وانما يستردها المفرغ ويعاد تسجيلها باسمه •

٢٨٠ - وتقرر المادة (١٢١٥) بأن « ١ - تطبق أحكام البيع والهبة وأحكام العقود بوجه عام على افراغ حق التصرف في الاراضى الاميرية وذلك فيما لم يرد فيه نص • ٢ - وتطبق بنوع خاص الاحكام المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وتسليم الشيء مع توابعه والقواعد المقررة في الاهلية وفي تعاقد الولي مع نفسه وفي عيوب الرضا وفي

الاستغلال والفسخ « قلنا ان الافراغ عبارة عن التصرف فى حق التصرف ،
وقد يأخذ هذا التصرف صورة عقد البيع أو الهبة أو الشركة أو الصلح أو
المقايضة أو غير ذلك من عقود الادارة ومن العقود الاحتمالية • وفى كل
هذه الحالات تطبق الاحكام العامة أولا وأحكام هذه العقود التى ينطوى
عليها الافراغ ما لم يوجد نص صريح يقضى بخلاف ذلك • ولما كنا قد بحثنا
أحكام العقود بالتفصيل فى الاجزاء المخصصة من شرحنا للعقود المسماة لهذا
فاننا لا نعيد هنا ما قلناه وانما نكتفى بالاشارة اليه والاحالة عليه •

المطلب الثالث

حق الرجحان

- ٢٨١ - خصص المشرع العراقي لحق الرجحان المادتين (١٢١٦ و ١٢١٧) قرر في اولاهما حالات الاخذ بهذا الحق واصحابه مرتبين درجة بعد درجة ، وقرر في في ثانيتهما سريان احكام الشفعة على حق الرجحان . وقد قلنا ان حق الرجحان في الاراضي الاميرية يقابل حق الشفعة في العقارات المملوكة مع بعض الفروق التي سنتولى شرحها فيما يلي :
- ٢٨٢ - تقرر المادة (١٢١٦) أنه « اذا افرغ المتصرف في أرض أميرية ارضه ببدل أو بغير بدل جاز أن يأخذها ببدل المثل حين الطلب اصحاب حق الرجحان الآتي بياهم مرتبين واحدا بعد الآخر :
- أولا - الشريك في الشيوع في الأرض المفرغة .
 - ثانيا - الخليلط في حق ارتفاق للأرض المفرغة .
 - ثالثا - مالك الاشجار أو الابنية القائمة على الأرض المفرغة .
 - رابعا - من له حاجة بالأرض المفرغة من أهل القرية التي توجد فيها ، ويراعى في هذه الحالة الحكم الوارد في المادة (١٢٢٠) .
- ومن هذا النص يتضح ان هناك بعض الفروق بين الشفعة وحق الرجحان ، فالشفعة تنصب على العقارات المملوكة اما الرجحان فلا يكون الا في الاراضي الاميرية ، سواء أكانت مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة ، ولا يجوز الاخذ بالشفعة في حالة ما اذا كان التصرف قد تم بمقتضى عقد من عقود التبرع فلا تجوز الشفعة في حالة هبة العقار ، وذلك على خلاف حق الرجحان فإنه ينهض سواء أكان التصرف بعقد من عقود المعاوضة أم

من عقود التبرع ، ويلتزم الشفيع بأن يدفع الثمن المسمى والمصاريف ، اما صاحب حق الرجحان فإنه يلتزم بدفع بدل المثل بصرف النظر عن الثمن المسمى . وأصحاب حق الرجحان ليسوا كلهم من أصحاب حق الشفعة فيما لو كانت الارض مملوكة فإنه اذا كان لكل من الشريك والخليط أن يأخذ بالشفعة في الاراضى المملوكة وبالرجحان في الاراضى الاميرية الا ان الجار مثلا له أن يأخذ بالشفعة اذا توافرت شروطها ولا يعتبر الجار من أصحاب حق الرجحان . ومالك الاشجار والابنية المقامة على الارض الاميرية صاحب حق رجحان ، وكذلك من كانت له حاجة بالارض من أهل القرية وليس هؤلاء بشفعاء في الاراضى أو العقارات المملوكة .

وبعد هذه الكلمة تتولى شرح كل طبقة من طبقات اصحاب حق الرجحان .

٢٨٣ - أولا - الشريك : قلنا أنه كما تكون الملكية مشاعة بين عدد من الملاك فإن حق التصرف قد يملك على سبيل الشيوع بين عدد من المتصرفين ابتداء أو بطريق الانتقال ، فاذا ما أراد المتصرف على الشيوع ان يبيع حصته المشاعة في حق التصرف فإنه يجوز لبقية الشركاء أخذ هذه الحصّة بالرجحان ويستوى بعد هذا ان يقع الافراغ لشريك آخر أو الاجنبى خلافا لما ذهب اليه بعض شراح قانون الاراضى . وحق الرجحان في هذه الحالة يقسم بين الشركاء الذين يطالبون بالتمسك به على مقدار رءوسهم لا على مقدار حصصهم في حق التصرف .

٢٨٤ - ثانيا - الخليط : الخليط هو من كان شريكا في حق ارتفاق مقرر للارض كحق المرور أو المجرى أو المسيل ومعنى هذا ان الخليط ليس في الحقيقة غير شريك وكل ما في الامر ان الاشتراك في حالة الخليط انصب على حق الارتفاق وليس على حق الملكية أو على حق التصرف . فاذا اشترك عقاران من الاراضى الاميرية في حق ارتفاق كحق مجرى أو مرور وافرغ أحد هذين العقارين ببذل أو بدون بدل فإنه يجوز للمتصرف في العقار الثانى ان يطالب بحق الرجحان فيأخذ العقار المفرغ . واذا تعدد الحظاء قسمت الارض بينهم بالتساوى على عدد رءوسهم أخذا بقواعد الشفعة ،

ويقدم الخليلط الاخص على الاعم فمن كان له حق شرب في الحرق المشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ويقدم الخليلط في حق الشرب على الخليلط في حق المرور تطبيقا للقواعد التي سبق الكلام عنها في الشفعة^(١) .

٢٨٥ - ثالثا - مالك الاشجار أو الابنية : قلنا عند شرح المادة (١٢١٠) ان الاشجار والابنية التي غرست أو انشئت على الارض الاميرية قبل قانون التصرف (١٩ نيسان ١٩١٣) تعتبر مملوكة وتسرى عليها أحكام الملكية . فاذا فرضنا ان متصرفا بهذه الارض الاميرية قام بافراغها فإنه يجوز لمالك هذه الاشجار أو المباني ان يطالب بحق الرجحان وهو في مطالبته هذه يكون في المرتبة الثالثة بعد الشريك وال خليلط .

٢٨٦ - رابعا - المحتاج من أهل القرية : وهذا هو صاحب حق الرجحان في المرتبة الرابعة والاخيرة فاذا افرغ متصرف ارضه الاميرية لشخص من غير أهل القرية التي تقع الارض في دائرتها ونظامها الاداري سواء أكان المفرغ له في حاجة اليها أو لم يكن محتاجا لها ، واذا افرغ المتصرف ارضه لشخص غير محتاج من أهل القرية فإنه يجوز لمن كان في حاجة الى هذه الارض من أهل القرية ان يطالب بأخذها بالرجحان اذا لم يكن هناك شريك أو خليلط أو بان أو غارس ، وتقدير الحاجة مسألة موضوعية تترك لفظنة قاضي الموضوع وما يتكشف له في كل قضية على حدة ولا معقب لمحكمة النقض عليه في قضائه في هذه المسألة .

٢٨٧ - وتقرر المادة (١٢١٧) انه « ١ - فيما عدا الاحكام السابقة تطبق احكام الشفعة على حق الرجحان » ٢ - وتطبق هذه الاحكام بنوع خاص في نزاحم اصحاب حق الرجحان وفي انتقال هذا الحق الى الورثة وفي شروط الاخذ به وفي أسباب سقوطه ، وفيما يترتب على استعماله من النتائج وفي الاجراءات الواجب اتباعها في هذا الاستعمال من الانذار وابداء

الرغبة وايداع البدل ورفع الدعوى وفي المواعيد الواجب مراعاتها في كل ذلك » .

وحيث اننا اوفينا كل هذه المسائل حقها من البحث والشرح لهذا فاننا لا نعيد هنا ما قلناه ونكتفى بالاحالة عليه (١) .

المطلب الرابع

التقادم

٢٨٨ - تقضى المادة (١٢١٨) انه « ١ - اذا حاز احد أرضا أميرية غير مسجلة في دائرة الطابو باعتباره متصرفا فيها فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى حق التصرف من شخص آخر اذا انقضت عشر سنوات متواليات على حيازة المدعى عليه ولم يكن لدى المدعى عذر شرعى يمنعه من رفع الدعوى .
٢ - وتطبق أحكام التقادم المنصوص عليها فى حق الملكية مع عدم الاخلال باحكام الفقرة السابقة » .

تعرض هذه المادة لكسب حق التصرف بالتقادم ولا غنى فى هذا المجال من ان نشير الى المادة (١١٨٤) التى تعطى حق القرار لمن حاز ارضا أميرية باعتباره متصرفا فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع سواء وجد بيده سند أو لم يوجد . ومن الجمع بين هاتين المادتين يتبين ان حق القرار الذى تشير اليه المادة (١١٨٤) انما ينصب على الاراضى الاميرية الصرفة التى لم يثقلها حق تصرف للغير وان المادة (١٢١٨) تشير الى اكتساب حق التصرف فى الاراضى الاميرية التى يكون لشخص عليها حق تصرف ، فاذا كان المدعى عليه فى المادتين هو واضع اليد أو الحائز الا ان المدعى فى المادة الاولى (١١٨٤) هو الدولة وهو فى المادة الثانية (١٢١٨) المتصرف فى هذه الارض .

وظاهر من النص أنه يشترط لتطبيقه : (١) أن تكون الارض الاميرية غير مسجلة فى دائرة الطابو ويحق لنا ان نتساءل هنا عن امكان التوفيق بين هذا

الشرط وبين دعوى التصرف التي يقيمها المدعى • فإذا لم يكن حق التصرف ثابتاً لشخص في سجلات الطابو هل يجوز له ان يدعى به وان يقيم الدليل عليه ؟ قلنا ان من أنواع التسجيل عندنا هو تسجيل ما لم يكن مسجلاً من العقارات ويسرى هذا النوع من التسجيل المجدد على العقارات المملوكة والاراضي الاميرية ومعنى هذا انه اذا وضع شخص يده على ارض اميرية غير مسجلة في دائرة الطابو ثم طلب التسجيل من لم يكن واضع يد واعترض واضع اليد على هذا الطلب واحالت دائرة الطابو المتنازعين الى المحكمة المختصة فانه لا تسمع دعوى المدعى بأن له حق تصرف على هذه الارض متى اثبت الحائز أنه حازها باعتباره متصرفاً فيها لمدة عشر سنوات من غير منازع •

- (٢) ويشترط لتطبيق النص السالف ان تتوافر لدى واضع اليد شروط الحيازة وركناها المادى والمعنوى على النحو الذى سبق بيانه فى الحيازة •
- (٣) ويشترط لتطبيقه ان تستمر الحيازة مدة عشر سنوات متوالية واثبات هذه المدة مسألة وقائع يبينها القاضى فى كل قضية على حدة •
- (٤) ويشترط ان لا تكون المدة السالفة قد تعرضت للقطع أو للايقاف على النحو المعروف فى قواعد التقادم • ولهذا قرر المشرع وجوب استمرار المدة السالفة مع انكار المدعى عليه فى حق التصرف ، ومن غير وجود مانع أو عذر شرعى يمنع المدعى من رفع دعواه •

الفصل الثالث

اسباب انقضاء حق التصرف

قسم المشرع العراقي اسباب انقضاء حق التصرف الى ثلاثة أقسام أولها للتقادم ، وثانيها لانحلال الاراضى الاميرية ، وثالثها لترك استغلالها • ونعالج كل سبب فى مبحث خاص •

المبحث الاول

التقادم

٢٨٩ - تقرر المادة (١٢١٩) بأنه « ١ - اذا حاز احد ارضا باعتباره مالكا لها فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الرقبة من الحكومة على اساس ان الارض أميرية اذا انقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى عليه ٢٠ - وتطبق احكام التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الاخلال بأحكام الفقرة السابقة » .

ان موضع هذه المادة من القانون يدعو الى شيء كثير من الدهشة والعجب فهي قد حشرت حشرا في اسباب انقضاء حق التصرف مع انها في الحقيقة تنص على اكتساب الملكية بالتقادم ولهذا كان من الطبيعي ان ينص عليها في اسباب اكتساب الملكية . ومهما يكن من أمر فانه يجب ان لا يغيب عن الالذهان ان المادة السالفة تعالج اكتساب (حق الملكية) لا حق التصرف بمرور الزمان ، فهي تقرر أنه اذا حاز احد أرضا اميرية بنية تملكها ثم ارادت الحكومة أن ترفع عليه دعوى بملكية هذه الارض للدولة فان دعواها لا تسمع متى كانت الحيازة المتقدمة قد استمرت مدة ست وثلاثين سنة . وبديهي أنه يجب أن يتوافر لحيازة من يتمسك بالتملك بمضى المدة شروطها التي سبق الكلام عنها .

واحب ان الفت النظر كذلك الى ان نص المادة جاء عاما مطلقا ولهذا فان الاراضي الاميرية تملك بالتقادم بمرور ست وثلاثين سنة على حيازتها سواء اكانت هذه الارض مسجلة في دائرة الطابو على انها ملك للدولة ام لم تكن مسجلة وعلى هذا فاننا نستطيع القول بأن هذه المادة استثناء من القاعدة التي أقرها المشرع العراقي في التقادم والتي لا تجيز التمسك بالتقادم في العقارات

المسجلة في دائرة الطابو • كما استثنى المشرع كذلك حق القرار كسبب
من اسباب اكتساب حق التصرف من القاعدة المتقدمة فأجاز التمسك به ،
على ما نذهب اليه استنادا الى ظاهر نص المادة (١١٨٤) ، حتى ولو كان حق
التصرف مسجلا في دائرة الطابو • وتقضى الفقرة الثانية من المادة المتقدمة
بتطبيق احكام التقادم المقررة في الملكية والتي سبق الكلام عنها •

المبحث الثاني

انحلال الاراضى الاميرية

٢٩٠ - يقصد بالاراضى المنحلة (او المحلولة كما يسميها بعضهم) الاراضى الاميرية التى ينتقل التصرف بها الى الدولة بسبب من الاسباب ك وفاة المتصرف بها من غير ان يترك احدا من اصحاب حق الانتقال ، وكأن غير المتصرف جنسيته الى جنسية اجنبية وفقا لاحكام قانون الاراضى • وقد انحصر سبب انحلال الاراضى الاميرية فى فقه القانون المدنى العراقى فى السبب الاول واعنى به وفاة المتصرف من غير ان يترك احدا من اصحاب حق الانتقال ، وفى هذه الحالة يحق لاصحاب (حق الطابو) أن يأخذوها بدل المثل الذى يقدره الخبراء وقت الطلب لا وقت وفاة المتصرف • ويراد بالطابو الاجرة المعجلة التى هى بدل التصرف أو مقابله • وحق الطابو هو الحق بتفويض الاراضى الاميرية المنحلة ببدل المثل^(١) •

٢٩١ - تقرر المادة (١٢٢٠) انه « اذا مات المتصرف فى ارض اميرية ولم يخلف احدا من اصحاب حق الانتقال فان ارضه تنحل ولاصحاب حق الطابو الاتى بيانهم مرتين واحدا بعد الاخر الحق فى اخذها بدل المثل خلال سنة من موت المتصرف : -

اولا : - ورثة المتصرف الذين يرثون الاشجار والابنية القائمة على الارض الاميرية والتى لم تتبع الارض بل بقيت مملوكة للمتصرف •
ثانيا : - شريك المتصرف فى الشيوخ فى الارض الاميرية •
ثالثا : - الخليفة فى حق الارتفاق للارض الاميرية •

(١) شاكر الحنبلى ص ٢٦٢ •

رابعاً : الاجنبى غير الوارث الذى يملك اشجاراً أو أبنية قائمة على الارض الاميرية .

خامساً : - من له حاجة بالارض الاميرية من اهل القرية التى توجد فيها الارض .

واذا تعدد اصحاب الحاجة من اهل القرية ورغبوا جميعاً فى اخذها قسمت بينهم بالتساوى فاذا كانت الارض غير قابلة للقسمة او كان فى قسمتها ضرر اقترح بين الطالبين واعطيت من اصابته القرعة .

وظاهر من هذا النص ان الدرجة الاولى من اصحاب حق الطابو هم ورثة المتصرف الذين يرثون الابنية والاشجار القائمة على الارض الاميرية والتى لم تتبع الارض بل بقيت مملوكة للمتصرف على الا يكون هؤلاء الورثة من اصحاب حق الانتقال ، وقد ذهب بعض شراح قانون الاراضى الى ان اصحاب حق الطابو من الدرجة الاولى لا وجود لهم فقد جاء فى احكام الاراضى للاستاذ (شاكر الحنبلى) « على انه بعد ان صارت الابنية والاشجار تابعة فى أمر التصرف والانتقال للاراضى بمقتضى المادة الخامسة من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة ، اصبحت الاحكام المتعلقة بأصحاب حق الطابو فى الدرجة الاولى من قانون الاراضى وقانون توسيع الانتقال ملغاة ضمناً لان انسلاخ امكان انتقال الابنية والاشجار مجرودة عن الاراضى الى الورثة الشرعيين يستلزم انعدام وجود اصحاب حق الطابو من الدرجة الاولى (١) » .

وهذا الذى يذهب اليه الاستاذ (شاكر الحنبلى) نظر غير سليم ، اذ من المتصور وجود ورثة للمتصرف يرثون الابنية والاشجار دون ان يكونوا من اصحاب حق الانتقال فاذا فرضنا ان متصرفاً فى ارض اميرية اقام عليها ابنة أو غرسها اشجاراً قبل نفاذ قانون التصرف (١٩ نيسان ١٩١٣) ثم مات هذا المتصرف عن ابن عم وابن بنت ، ففي هذا المثل يعتبر ابن العم وارثاً فهو يرث الابنية والاشجار ، وابن البنت وان لم يكن وارثاً الا انه صاحب انتقال فينتقل اليه حق التصرف فى الاراضى ، فاذا فرضنا بعد هذا ان مات ابن

البت وليس له احد من اصحاب حق الانتقال فان الارض الاميرية تنحل لعدم وجود صاحب حق انتقال ويكون ابن عم المتصرف صاحب حق طابو من الدرجة الاولى فيأخذ الارض ببدل المثل خلال سنة من موت ابن بنت المتصرف الذى انتقل اليه حق التصرف •

والدرجة الثانية من اصحاب حق الطابو هم شركاء المتصرف فيه، الشيوع وظاهر جدا ان النص السالف ينصرف الى الشريك أى من غير اصحاب حق الانتقال اذ لو كان منهم لما انحلت الارض ولانتقلت اليه وفقا لقواعد الانتقال التى تقدم بيانها •

فاذا لم يوجد احد من اصحاب حق الطابو من الدرجتين الاولى والثانية كان هذا الحق للخليط على النحو الذى سبق بيانه • فاذا لم يوجد احد من اصحاب حق الطابو من الدرجات الثلاث فان صاحب حق الطابو هو المحتاج الى الارض من اهل القرية فاذا تعدد المحتاجون اليها قسمت بينهم بالتساوى ان كانت قابلة للقسمة والا اقترع بين الطالبين واعطيت الارض لمن اصابته بالقرعة وعندى ان هذه طريقة بدائية معيبة وكان ينبغى ان يترك أمر الخيار الى المحكمة تقدره بناء على ما يترأى لها من تفاوت احتياج كل من الطالبين وظروفهم الاقتصادية والاجتماعية •

٢٩٢ - وتقرر المادة (١٢٢١) بأنه « ١ - لا توقف مدة السنة المبينة فى المادة السالفة بعذر الصغر أو الجنون أو السفه ، أو غير ذلك من الاعذار ويسقط حق الطابو اذا اسقطه صاحبه صراحة أو دلالة أو اذا انقضى الاجل المحدد له ولم يطالب به • ٢ - فاذا طالب صاحب حق الطابو بحقه خلال الاجل المحدد له وأدى بدل المثل وقت الطلب فوضت الارض كلها أو بعضها له ولو سبق تفويضها لمن هو دونه أو مثله فى المرتبة » •

قلنا ان المدة التى يسمح لصاحب حق الطابو أن يطالب خلالها باعطاء الارض الاميرية له بطريق التفويض هى سنة من وقت موت المتصرف • وقد جعل المشرع من هذه المدة مدة اسقاط *delaide dechéance* لا مدة تقادم *prescription* ولهذا فانه قرر فى الفقرة الاولى من المادة

السالفة أن هذه المدة لا تكون عرضة للموقف لأى سبب من الاسباب كالصغر أو الجنون أو السفه أو الغيبة فى البلاد الاجنبية النائية أو لوجود مانع استحال معه على صاحب حق الطابو أن يطالب بحقه كوجوده فى حالة الاسر أو فى بلد معاد وضع فيه فى المعتقلات المخصصة لرعايا العدو • كما قررت الفقرة السالفة سقوط حق الطابو بالتنازل عنه صراحة أو دلالة ، كما لو فوضت الارض الى غيره فاستأجرها منه أو ارتهنها وفاء لدين له فى ذمة هذا المتصرف الجديد • والحكم الذى تقررره الفقرة الثانية من المادة السالفة واضح لا يحتاج الى شرح •

٢٩٣ - وتقرر المادة (١٢٢٢) أنه « اذا تعدد اصحاب حق الطابو وتساووا فى المرتبة فوضت الارض اليهم جميعا بالتساوى واذا اسقط أحدهم حقه كان للباقيين أن يطلبوا تفويض الارض جميعا اليهم » والمادة واضحة وهى تطبيق محض للقواعد المقررة فى الشفعة وفى حق الرجحان • وتقرر المادة (١٢٢٣) أنه « ١ - اذا اسقط المتقدم فى المرتبة من اصحاب حق الطابو حقه عرضت الارض على من يليه فى المرتبة ٢ - واذا مات صاحب حق الطابو قبل أن تفوض له الارض فإن حقه لا ينتقل الى خلفه » • وما تقررره هذه المادة فى فقرتها الاولى مطابق لما تقضى به قواعد الشفعة وحق الرجحان ما عدا فرق واحد هو أن الشفعى أو صاحب حق الرجحان هو الذى يطالب بحقه فى الاخذ بالشفعة أو بالرجحان أما صاحب حق الطابو فإن الارض (تعرض) عليه كما يقول النص •

واما الفقرة الثانية التى تقرر أن حق الطابو لا يورث فهى خروج صريح على القواعد المقررة فى الشفعة وفى حق الرجحان كما علم من قبل • وتقرر المادة (١٢٢٤) أنه « اذا كان صاحب حق الطابو محجورا فلا اعتبار لاسقاطه حقه سواء اسقطه بنفسه أو بواسطة وليه » وهذا النص لغو فهو مجرد تكرار لاحكام القواعد العامة وتقرر المادة (١٢٢٥) أنه « ١ - اذا كان صاحب حق الطابو محجورا أو غائبا غيبة منقطعة فلوليه أن يأخذ الارض ببدل مثلها بعد اذن المحكمة اذا كان فى ذلك منفعة للمحجور

أو للغائب •

٢ - وإذا لم يمكن تفويض الارض للمحجور أو للغائب فلا يمنع ذلك من تفويضها الى الموجودين في نفس المرتبة أو في مرتبة أدنى على أن يبقى للمحجور أو للغائب حقه في الطابو الى نهاية الاجل المحدد قانونا •

٢٩٤ - ثم قرر المشرع في المادة (١٢٢٦) ان حق الطابو لا يكون للقاتل ولا لشريكه على النحو الذي اتبعه بالنسبة لحق الرجحان ، وقرر في المادة (١٢٢٧) أن حق الطابو لا يثبت بين المختلفين في الدين ولا بين عراقى واجنبى • وقرر في المادة (١٢٢٨) أنه اذا لم يوجد أحد من أصحاب حق الطابو أو وجدوا ولكنهم اسقطوا جميعا حقهم فان الارض المنحلة تفوض لمن ترسو عليه المزايدة وقررت المادة (١٢٢٩) أن دعوى الاستحقاق لا تسمع في الارض الاميرية المنحلة التي فوضت لمن رست عليه المزايدة اذا كانت هذه الدعوى قد رفعت بعد الاحالة القطعية ، وانه اذا اقيمت الدعوى بعد الاحالة القطعية وترتب على اقامتها أن اجلت المحكمة المزايدة ثم تبين لها بعد ذلك أن المدعى غير محق في دعواه فانه يلتزم بتعويض من رست عليه الارض عن الاضرار التي لحقت به من تأخير المزايدة ، والتعويض في هذه الحالة مصدره الفعل الضار وبعبارة أخرى فاننا في صدد مسؤولية تقصيرية •

وقررت المادة (١٢٣٠) أنه اذا فوضت أرض اميرية منحلة لاحد أصحاب حق الطابو ببدل المثل أو فوضت لمن رست عليه المزايدة عند عدم وجود أحد من أصحاب حق الطابو أو عند تنازل هؤلاء جميعا عن حقهم فإنه لا يجوز الرجوع في هذا التفويض حتى لو ظهر من يعرض أكثر من بدل المثل أو أكثر من الثمن الذي رست به المزايدة ، وحتى لو كان هذا العرض قد تم قبل أن يعطى من فوضت له الارض سنداً بحقه هذا • الا أنه اذا فوضت الارض المنحلة لاحد من أصحاب حق الطابو أو لمن رست عليه المزايدة بثمن فيه غبن فاحش جاز خلال سنة واحدة من تاريخ التفويض ان يكلف من فوضت له الارض باكمال الثمن الى بدل المثل ، فان امتنع فسخ

التفويض وانتزعت منه الارض بعد ان يرد اليه الثمن الذى دفعه .
وعندى ان الحكم الذى جاءت به هذه المادة لا محل له فهى تقرر فى فقرتها الثانية الزام من فوضت له الارض من اصحاب حق الطابو أو من رست عليه الارض بالمزاد بأن يدفع ما يرفع به (الغبن الفاحش !!) والا جاز للحكومة أن تطالب بفسخ التفويض وانتزاع الارض من تحت يد من فوضت اليه . وهذا الحكم يدعو الى الدهشة وفيه محاباة صارخة للحكومة لا محل لها على الاطلاق ، فالتفويض لاصحاب حق الطابو يكون كما قلنا مرارا ببدل المثل ، وكيف يقدر بدل المثل ؟ تقدره لجنة تختارها الحكومة من بعض الموظفين واصحاب الخبرة من غير الموظفين ، فاذا ما قدرت هذه اللجنة بدل المثل ثم تبين أن تقديرها كان يشوبه غبن فاحش الحق ضررا بخزينة الدولة فقد كان الاخرى بالمشرع أن يعمد الى تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة فيعطى للدول حق الرجوع بالتعويض على أعضاء هذه اللجنة لا على من فوضت اليه من أصحاب حق الطابو . والحكم كذلك بالنسبة لتفويض الارض لمن رست عليه المزايدة عند عدم وجود أحد من أصحاب حق الطابو .
فهذا شخص يرغب فى أخذ هذه الارض بطريق التفويض ودخل مزايدها عليها مع غيره ودفع فيها أكبر ثمن ووافقت الوزارة المختصة على تفويضها اليه فكيف يجوز لها أن تدعى بعد هذا بان غبنا فاحشا قد لحقها من هذا التفويض ، وان من فوضت له ملزم بأن يختار بين تكملة الثمن وبين أن تفسخ التفويض وتنزع الارض منه ؟ ان هذا الحكم لا سند له من دليل عقلى ولا من العدالة وكأنى بالمشرع عامل الحكومة فى هذه الحالة كما عامل ناقص الاهلية معاملة كلها محاباة وتحيز ولكن شتان بين الحالتين ، هذا فضلا عما فى هذا الحكم من خروج على البيع بالمزايدة وهو بيع لا يجيز المشرع الطعن فيه بالغبن الفاحش كما تقضى بذلك المادة (١٢٤ / ٣) .

٢٩٤ - ويقرر المشرع فى المادة (١٢٣١) أنه اذا فوضت الارض الاميرية المنحلة الى احد من أصحاب حق الطابو أو لمن رست عليه مزايدها فانه لا يجوز له أن يستولى على المزروعات النابتة فى هذه الارض أو أن

يرجع على ورثة المتصرف الاول بأجر المثل ، بل تدخل هذه المزروعات ضمن تركة هذا المتصرف ، وكالزراع الكلاء الذى ينبت بنفسه أو بالرى » •
وقد اقتبس المشرع حكم هذه المادة من المادة (٨٠) من قانون الاراضى وهى تقضى بأن المتصرف بالاراضى الاميرية اذا زرع هذه الارض كان الزرع الذى ينبت فيها والكلاء الذى ينبت بنفسه أو بالرى جزءا من تركة المتوفى فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويقسم ما بقى بين ورثته على حسب القواعد المقررة فى الموارث • فاذا لم يكن للمتصرف المتوفى أحد من أصحاب حق الانتقال فانحلت الارض واعطيت الى أحد من أصحاب حق الطابو أو اعطيت لمن رسا عليه المزارد فإنه لا يجوز لمن فوضت له الارض أن يستولى على هذه المزروعات أو الكلاء النامى من تلقاء نفسه أو بالرى ولا أن يرجع على ورثة المتصرف الاول بأجر المثل عن المدة التى يبقى فيها الزرع فى الارض حتى ينضج •

٢٩٥ - وتقرر المادة (١٢٣٢) أنه « اذا تصرف شخص فى أرض أميرية وغمرها الماء ثم انسحب عنها ترجع اليه ولا تعتبر منحلة الا اذا اهل هو أو من خلفه من أصحاب الانتقال زراعتها بغير عذر ثلاث سنوات متواليات بعد انسحاب الماء عنها وصيرورتها صالحة للزراعة » • وهذه المادة لغو وتزيد من المشرع فحكمها مشمول بالفقرة الاولى من المادة التالية (١٢٣٣) •

المبحث الثالث

ترك الاستغلال

٢٩٦ - ان الغاية التي رمى اليها المشرع من ائصال الاراضى الاميرية بحق المتصرف مزدوجة فقد اراد بترتيب هذا الحق أولا فائدة خزينة الدولة بما تحصل عليه من رسوم واعشار وبدل مثل ، واراد ثانيا فائدة المتصرف فى هذه الارض باعتباره فردا من أفراد المجتمع فتعطيل هذه الاراضى عن الاستغلال والاستثمار يعود بالضرر على الدولة وعلى المجتمع بأسره . ولهذا قرر المشرع فى المادة (١٣٣٣) أنه « ١ - يفقد المتصرف فى الارض الاميرية حق تصرفه فيها اذا لم يزرعها لا بالذات ولا بطريق الاجارة أو الاعارة وتركها دون زراعة ثلاث سنوات متواليات من غير أن يكون له فى ذلك عذر صحيح . ٢ - وتعرض عليه الارض بعد ذلك فاذا طلبها تفوض له ثانية بدل المثل أما اذا كان قد مات فتعرض على من يخلفه من أصحاب حق الانتقال فاذا طلبوها تفوض لهم بدل المثل . فان لم يطلبها هو أو أحد من أصحاب حق الانتقال فوضت الى من ترسو عليه المزايدة من الطالبين ولا يلتفت الى اصحاب حق الطابو » . ويلاحظ أنه يشترط لتطبيق هذا النص أن يترك المتصرف استغلال الارض بالزراعة بنفسه أو بواسطة غيره بطريق الاجارة أو المزارعة أو المغارسة أو المساقاة أو بطريق الاعارة ، مدة ثلاث سنوات متوالية فاذا عمد المتصرف الى زراعة قسم من الارض سنة ثم ترك زراعته وزرع القسم الثانى فى السنة التالية فإن الارض لا تنحل ولا يسقط حقه فى التصرف وكذلك الحال فيما اذا ترك زراعتها سنتين متواليتين ثم قام بزراعتها بعد ذلك أو ترك زراعتها ثلاث سنوات أو أكثر بصورة متقطعة

وغير متتالية • كما يقرر النص أنه لا يجوز في هذه الحالة لأصحاب حق الطابو أن يطالبوا بتفويض هذه الأرض وانما تعطى لمن ترسو عليه بالمزايدة من الطالبين سواء كانوا من أصحاب حق الطابو أو لم يكونوا منهم •

ويقرر النص كذلك أنه اذا تركت الأرض من غير زراعة ثلاث سنوات متتالية فانها تعرض مرة ثانية على المتصرف فاذا طلبها فوضت اليه ببدل المثل والرأى عندى أن هذا الحكم الذى تقررته الفقرة الثانية من المادة السالفة حكم غير سليم فهذا متصرف فى أرض اميرية ترك استغلالها ثلاث سنوات متتالية من غير عذر فنزعت من تحت يده واصبحت أرضا منحلة لماذا تعرض عليه مرة أخرى فيفضل على غيره أما كان الاجدر بالمشرع أن يقرر عرضها على غيره قبل عرضها عليه مرة أخرى؟!

٢٩٧ - وتقرر المادة (١٢٣٤) أنه « يعتبر عذرا صحيحا يوقف مدة السنوات الثلاث المنصوص عليها فى المادة السابقة الحالات الآتية :

- أ - انغمار الأرض بالمياه أو وجوب اراجتها للزراعة •
- ب - وقوع المتصرف فى الامر أو تركه قريته لسبب قهري بشرط أن يعود الى زراعة الأرض قبل انقضاء ثلاث سنوات على زوال السبب القهرى •
- ج - خدمة المتصرف فى الجيش فى غير القرية التى فيها الأرض ما لم يتحقق موته •
- د - نقص أهلية المتصرف • فاذا لم يزرع الولى الأرض ثلاث سنوات متوالات كلف بزراعتها بالذات أو بالواسطة فان امتنع اجرت الأرض بأجر المثل وأعطيت الاجرة للولى لحساب المحجور وعند انتهاء الحجر يسترد المتصرف أرضه من المستأجر •
- هـ - أى سبب قهرى آخر يمنع المتصرف من زراعة الأرض » •

عمد المشرع فى هذه المادة ، على عادة مشرعينا الاقدمين من الاتراك ، الى ضرب الامثلة على العذر الصحيح ونلاحظ على الفقرة (ب) من هذه

المادة أن المشرع خلط بين وقف المدة وانقطاعها فلاعذار السالفة اسباب
لوقف المدة لا لانقطاعها ومع هذا فقد قضت الفقرة المشار اليها أنه يشترط
أن يعود المتصرف « الى زراعة الارض قبل انقضاء ثلاث سنوات على زوال
السبب القهرى » .

ونلاحظ على الفقرة (ح) أن المشرع اعتبر خدمة المتصرف فى
الجيش فى غير القرية التى فيها الارض عذرا صحيحا « ما لم يتحقق موته »
ولا نفهم السبب الذى جعل المشرع يجمع بين هاتين العبارتين سوى حالة
الفوضى والارتباك التى كانت تسود أرجاء الامبراطورية العثمانية .

٢٩٨ - وتقرر المادة (١٢٣٥) أنه « لا يعتبر عذرا صحيحا ان يوجد
صاحب حق الانتقال وقت موت المتصرف فى ديار بعيدة أو أن يكون غائبا
غنية منقطعة . وفى الحالة الاولى اذا لم يأت ويزرع الارض خلال ثلاث
سنوات من موت المتصرف سقط حقه . وفى الحالة الثانية تفوض الارض
لمن يستحقها بعده ، فاذا عاد أو تبين أنه بحى خلال ثلاث سنوات من موت
المتصرف استرد الارض ممن أخذها » . ويفهم من النص السالف أن المشرع
خرج على القواعد العامة التى قررها فى وقف التقادم ذلك ان هذه القواعد
تقضى بوقف مدة التقادم اذا كان صاحب الحق غائبا فى بلاد اجنبية نائية
(م ٤٣٥) وقول المشرع « اذا لم يأت ويزرع الارض خلال ثلاث سنوات
من موت المتصرف سقط حقه » تعبير غير سليم فقد اراد المشرع بهذا النص
زراعة الارض خلال هذه المدة سواء قدم صاحب الانتقال من البلد الذى
كان فيه وقت وفاة المتصرف أو أنه قام باستغلالها بالواسطة بتأجيرها أو
اعارتها مثلا .

٢٩٩ - وتقرر المادة (١٢٣٦) أنه « ١ - فى حساب الثلاث السنوات
التي تترك فيها الارض دون زراعة لا تضم مدة السلف الى مدة الحلف بل
تبقى كل مدة منفصلة عن الاخرى ولا يسقط حق المتصرف الا اذا بلغت أية
مدة منهما ثلاث سنوات . ٢ - فاذا اهمل المتصرف الارض سنتين متواليتين بغير

عذر ثم افرغها الى آخر أو مات وانتقلت الى أصحاب حق الانتقال فأهملها
المفرغ له أو صاحب حق الانتقال ستين متواليين عقب الستين الاولين فان
حق التصرف لا يسقط . • تقرر هذه المادة قاعدة عدم جواز ضم مدة
اهمال السلف الى مدة اهمال الخلف وتضرب لذلك الامثلة •

وتقرر المادة (١٢٣٧) أنه « ١ - اذا كان لاحد حق التصرف في
مصايف أو مشات ثم أهملها في موسمها ولم يعط رسومها ثلاث سنوات
متواليات بغير عذر فان حق التصرف يسقط وتصبح الارض منحلة •
٢ - كذلك اذا كان لاحد حق التصرف في مرعى ولم يحصد ولم يعط
رسوم ثلاث سنوات متواليات بغير عذر فان حق التصرف يسقط ويصبح
المرعى منحلا » • تعرض هذه المادة للمصايف والمشاتى والمراعى التى تعتبر
منحلة ولا بد لتطبيق نص هذه المادة من أن تكون هذه المصايف أو المشاتى
خاصة ومفوضة بالطابو ، ويشترط لاعتبارها منحلة شرطان أولهما أن تترك
من غير حصد وثانيهما أن لا تدفع عنها الرسوم وكل ذلك لمدة ثلاث سنوات
متوالية ، فاذا كان المتصرف يقوم باستغلال هذه الاراضى وبحصدها دون دفع
رسومها المقررة فانها لا تعتبر منحلة وانما تكون الرسوم ديناً للحكومة فى
ذمة المتصرف ، وكذلك الحال فيما اذا قام المتصرف بدفع الرسوم المقررة دون
حصد هذه الاراضى فان حقه فى التصرف لا يسقط •

وتقرر المادة (١٢٣٨) أنه « ١ - اذا احيلت أرض اميرية بصفة
مؤقتة الى البانى أو الغارس على أن يدفع مقاطعة سنوية ما دام بناؤه قائماً أو
الرسوم ما دامت اشجاره قائمة ثم اندثر البناء أو زالت الاشجار ولم يبق
لذلك أثر فان الارض تصبح منحلة وتعرض على صاحب البناء أو الشجر
يبدل المثل فان رفضها جاز تفويضها لطالبها بالمزايدة • ٢ - غير أنه اذا
انتقل حق التصرف فى الارض الى البانى أو الغارس بموجب حق الانتقال
أو بأى سبب آخر فان الارض لا تنحل ولا تنزع من يد البانى أو الغارس
ولو اندثرت الابنية أو زالت الاشجار ما دام مستمرا فى دفع الضرائب

والرسوم المقررة وما دام لم يترك الأرض دون زراعة بغير عذر ثلاث سنوات متواليات من وقت اندثار الابنية أو زوال الاشجار •

تعالج هذه المادة حالة انحلال الاراضى الاميرية التى احيلت بصورة مؤقتة الى البانى أو الفارس وذلك دون استيفاء بدل المثل وانما مقابل (مقاطعة ؟!) سنوية يدفعها البانى ما دام بناؤه قائما أو مقابل رسم (وهو العشر) ما دامت اشجاره قائمة • وهذه المادة وامثالها من نصوص التقنين المدنى التى تعالج التصرف فى الاراضى الاميرية خير دليل على ما نذهب اليه من وجوب مسارعة المشرع الى التخلص من هذه النصوص الركيكة الشاذة بل ومن كل أثر لقانون الاراضى وملحقاته •

وتقرر المادة (١٢٣٩) بأنه « ١ - اذا اقيم بناء موقوف على أرض أميرية واحيلت بصفة مؤقتة الى جهة الوقف على أن تدفع مقاطعة سنوية ما دام البناء قائما ثم اندثر البناء ولم يبق له أثر واهمل المتولى اعادة البناء ولم يؤد الاجرة فان الارض تصبح منحلة • ٢ - وتسرى أحكام الفقرة السالفة أيضا اذا كانت الاشجار المغروسة على الارض الاميرية موقوفة » •

الفصل الرابع

احكام ختامية

٣٠٠ - تقرر المادة (١٢٤٠) انه « تعامل معاملة الاراضى الاميرية الاماكن المتخذة من قديم مصايف ومشاتى يتصرف فيها الافراد ويدفعون رسوم المشتى والمصيف ، اما المصايف والمشاتى التى يتصرف فيها أهالى قرية أو أكثر بالاشتراك فتبقى مالا مشتركا » .

ان المصايف والمشاتى اما ان تكون خاصة بشخص معين واما ان تكون خاصة بأهالى قرية أو أكثر . فى الحالة الاولى تعامل معاملة الاراضى الاميرية المفوضة بالطابو اذ يسوغ له ان يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف فى حدود القانون ، واما فى الحالة الثانية أى فى حالة ما اذا كان المرعى خاصا بأهالى قرية أو عدة قرى فانهم يكونون شركاء فى رعى حيواناتهم ويكون هذا المرعى مالا مشتركا بينهم ^(١) .

وتقضى المادة (١٢٤١) انه « ١ - لا يجوز ان تحال ارض قرية على شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة ما دام أهلها موجودين فيها ، غير ان القرية التى تشئت أهلها فاستحقت ارضهم بالطابو ولم يمكن ارجاع القرية الى حالتها السابقة باسكان زراع جدد وتفويض الاراضى اليهم تجوز إحالتها على شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة » ٢ - والضيعة هى أرض زراعية واسعة بما تشتمل عليه من أبنية ومواش وبذور وأدوات زراعية . فاذا مات صاحبها ولم يخلف أحدا من أصحاب حق الانتقال وكانت تلك الابنية والمنشآت الاخرى قد

(١) الاستاذ عبدالرحمن خضر ص ١٦٢ .

آلت الى الورثة فان الارض تفوض اليهم ببدل المثل والا فوضت الارض وحدها دون مشتملاتها لطالبها في المزايدة » • اقتبس المشرع العراقي حكم هذه المادة من المادة الثامنة من قانون الاراضى التى تقرر انه لا يجوز احالة أو تفويض جميع أراضى قرية أو قصبة صفقة واحدة الى مجموع أهاليها ولا الى شخص أو شخصين أو ثلاثة متخين منهم بل تحال على كل شخص من الاهالى على حدة اقساماً ويعطون سندات خاقانية تبين تصرفهم فيها • والعلة فى هذا الحكم واضحة فقد أراد المشرع بهذا النص تفادى ما قد يثور بين أهالى القرية الواحدة من منازعات ومشاحنات لان كل فرد منهم يطالب بالارض الجيدة ويحرم الضعفاء أن ينالوا شيئاً • غير أنه اذا تشتت أهل القرية لأى سبب من الاسباب فقد زالت العلة وجاز احالة هذه الارض الى شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة • وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة السالفة الضيعة تعريفاً يجعلها قرية مما يطلق عليه فى مصر لفظ (التفتيش) •

٣٠١ - وتقرر المادة (١٢٤٢) انه « ١ - تبقى حقوق العقر بايدى اصحابها اذا كان تصرفهم فيها ثابتاً بسندات معتبرة قانوناً • ٢ - ومن لم يكن بيده سند وتحقق تصرفه فى حق العقر مدة اربعين سنة يعامل معاملة المتصرف بسند معتبر قانوناً » •

جاء فى مقدمة (الفرمان العالى المتعلق بالاراضى العقريّة) والمعروف باسم (فرمان مدحت باشا) لانه طبق فى العراق فى زمن هذا الوالى ما يأتى : « ان أغلب الاراضى فى القطر العراقى تدار بالالتزام ولا تفوض الى أحد ولذلك ترى الملتزمين يهتمون بالاستفادة مدة التزامهم فقط ولا يبالون باعمار الاراضى فلم تتقدم الزراعة والفلاحة فيها ، وكان من النتائج المضرة لهذه الطريقة ان الاراضى الواسعة فى القطر العراقى اصبحت خالية من آثار العمران ، ولا شك ان كثرة الثروة وزيادة العمران فى الملك متوقف على تأمين حقوق الاهالى بالتصرف فيه ، ولم يزل ايصال أمر الزراعة والفلاحة فى ولاية بغداد الى الدرجة المطلوبة منهما مما ترغب فيه ذاتى الملكية ، وان احدى الوسائل والاسباب المؤدية الى ذلك الرقى هو اصلاح قضية التصرف فى

الارض • ولذلك قرر في بادىء الامر اقطاع الاراضى المذكورة واحالتها الى طالبها ، ولكن الصدمات والتقلبات التى اعترت البلاد منذ مائتى سنة سلبت من السكان القوة المالية والقدرة على الزراعة والفلاحة فحدث ان أخذت أغلب الاراضى من اصحابها بانضمام موافقتهم وسلمت الى الحكومة لتزرع الارض فتعمر ويستفيد اصحابها منها ، وهكذا صارت تدار زراعة تلك الاراضى بواسطة الحكومة على ان يترك لاصحابها فى العشرين وفى الخمسة والعشرين وفى الثلاثين واحد باسم العقر ، ولم يزل هذا العمل جاريا على الاراضى المذكورة حتى الآن ، وقد انقضى بعد ذلك اصحاب الاراضى الذين كانوا موجودين فى ذلك الوقت واصبح حق التصرف عائدا الى الميرى ولم تبق على الارض الا الحصة العقرية • ولما كان أصحاب العقر لا يتعرضون للمتصرف بالاراضى بل يأخذون حصصهم العقرية كما هى ولما كانت هذه الحصة تزداد بنسبة عمران الارض وزيادتها فاستفادتهم سترداد طبعا بالتدبير الاعمارية التى يتصور اتخاذها • وقد بقى الفرمان المذكور نافذا الى ان صدر قانون العقر رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٢ حيث طبق على الاراضى التى تمت تسويتها وبقي الفرمان مطبقا على الاراضى التى لم تتم تسويتها • وقد اريد بهذا القانون التخلص من حقوق العقر وهو حق لا نظير له فى البلاد المتمدنية ولهذا اجازت المادة الثانية لصاحب الارض فى أى وقت ان يملك حقوق العقر لقاء تأدية تعويض نقدى يتقدر رضاء فاذا لم يتم الاتفاق عليه فان التعويض مقدر بالقانون بمقدار (١٥) ضعفا من المعدل السنوى لحصة العقر عن الثلاث سنوات الاخيرة قبل الاستملاك على الا يقل عن (١٥) فلسا عن كل دونم •

وقد قضى هذا القانون بان على المحكمة عند بيع اراضيها ان تفويضها ببدل المثل أو منحها باللزمة ان تستملك حقوق العقر وفقا للاجراءات التى رسمها القانون المذكور وذلك قبل تسجيل المعاملة بدائرة الطابو • وقضى باطفاء حقوق العقر وعدم جواز احيائها مرة ثانية متى أصبحت لصاحب الارض • وقد اراد القانون بالتعبير (بصاحب الارض) المالك اذا كانت

الارض مملوكة ، وصاحب الطابو اذا كانت الارض مفوضة ، وصاحب اللزمة اذا كانت ممنوحة باللزمة والحكومة اذا كانت اراض أميرية صرفة .

ويفهم من كل ما تقدم أن صاحب العقر هو مالك الارض انتزعت منه هذه الارض بناء على اهماله أو عدم قدرته على استغلالها وفوضت الى من يستطيع ذلك على أن يستغلها ويدفع جزءا من محصولها ($\frac{1}{3}$ أو $\frac{1}{4}$ أو $\frac{1}{5}$) الى مالكيها . وقد نص المشرع في المادة السالفة على بقاء هذا الحق لصاحبه اذا كان تصرفه فيه ثابتا بسند معتبر قانونا ، فاذا لم يكن بيده سند وثبت تصرفه في حق العقر بأن ثبت أنه كان يستولى على هذه الحصة مدة أربعين سنة فإنه يعامل معاملة المتصرف بسند قانوني .

وغنى عن البيان أن المشرع العراقي اعتبر حق العقر من الحقوق العينية وان انصب على جزء من محصول الارض ، وقد جرت دوائر الطابو على تسجيل حقوق العقر في سجل خاص (مضبطة قومسيون الاعقار) .

٣٠٢ - وتقضى المادة (١٢٤٣) أنه « يجوز لصاحب الارض الاميرية أن يستملك في أى وقت حقوق العقر فيها لقاء تعويض نقدي يعطيه لاصحاب هذه الحقوق وذلك وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٣٢ » .

والقواعد التي يشير اليها القانون المدني بحالته على قانون حقوق العقر نلخصها فيما يلي :

لصاحب الارض (المالك في الاراضى المملوكة ، وصاحب الطابو في الاراضى الاميرية الصرفة) أن يملك حق العقر رضاء أو قضاء أما الرضاء فأمره واضح ، وأما التملك قضاء فقد قلنا أن المشرع جعل بدل هذا التملك مبلغا من النقود يعادل (١٥) ضعفا من المعدل السنوى لحصة العقر في خلال السنوات الثلاث الاخيرة .

ولصاحب الارض أن يرفع الامر الى المحاكم المدنية والمدعى عليه في هذه الدعوى هم اصحاب العقر جميعا الذين يعرفهم المدعى على أن يكون حقهم في

العقر مسجلا ، وللمحكمة أن تضيف فى أى وقت اسم أى شخص آخر يظهر فيما بعد أن له حصة فى العقر . وإذا انصب النزاع على البديل المذكور سالفا قامت المحكمة بتعيين خبراء لتقديره ، ويتحمل المدعى مصاريف الدعوى أما المصاريف الاخرى الناتجة من تعيين الخبراء فان المحكمة هى التى تقرر من يلتزم بها . وحكم المحكمة قابل للتمييز فقط ثم يحصل المدعى على صورة من الحكم لتقديمه الى دائرة الطابو التى تقوم بتسجيله بعد انتهاء مدة التمييز . هذا ويلاحظ ان جواز استملاك العقر بالطريقة المقررة سالفا قاصر على الاراضى التى لم تعلن تسويتها وفقا لقانون التسوية (رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٨) .

٣٠٣ - وتقرر (١٢٤٤) أنه « تنقضى حقوق العقر اذا آلت الى صاحب الارض بأى سبب كان ولا يجوز احيائها ثانية » .

قلنا ان حق العقر حق شاذ لا وجود له فى قوانين الدول المتمدنية ولهذا فقد عمد المشرع الى القضاء على هذا الحق وتخليص الارض منه ، ولهذا قضت المادة السالفة بأنه اذا اكتسب صاحب الارض ، حق العقر بأى سبب من الاسباب فان هذا الحق ينقضى ولا يعود مرة أخرى فيشطب من سجلات الطابو ومن سندات التسوية .

٣٠٤ - وتقرر المادة (١٢٤٥) أن « وزير المالية هو الذى يمثل الدولة فى الدعاوى والمعاملات الخاصة بالاراضى الاميرية من رقبة أو حق تصرف أو غير ذلك ، اذا كانت الدولة طرفا فى هذه الدعاوى والمعاملات » . والمادة واضحة لا تحتاج الى شرح وهى على كل حال مادة لا محل لها فى تقنين مدنى وقد اقتبسها المشرع عن المادة (١٥) من قانون التصرف .

وتقرر المادة (١٢٤٦) أنه « يبقى نافذا قانون تسوية حقوق الاراضى رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٨ وتعديلاته ، وقانون اللزمة رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢ ، وقانون أصول تسجيل الاموال غير المنقولة فى الطابو رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٥ ، وهذا كله ما لم تتعارض أحكام هذه القوانين مع نص فى هذا القانون » .

وقد اريد بقانون التسوية تعيين اصناف الاراضى واصحابها والحقوق المقررة

عليها كحق المجرى والمرور والشرب والمسيل والعقر والتصرف واللزمة وتعيين أصحاب هذه الحقوق مع تعيين حدود ومساحة هذه الاراضى وتثبيت أماكن حقوق الارتفاق التى تثقلها ، وقد انشئت محاكم خاصة لفض المنازعات المتصلة بهذه الحقوق .

وتقضى المادة (١٢٤٧) بأن « الاحكام التى تسرى على حق الملكية واسباب كسبه تسرى أيضا على حق التصرف فى الاراضى الاميرية فيما لم يرد فيه نص خاص ولم يتعارض مع طبيعة حق التصرف » . وقد سبقت الاشارة الى مدى تطبيق الاحكام الخاصة بحق الملكية على حق التصرف مع شرح القواعد الخاصة بهذا الحق الاخير .

وتقضى المادة (١٢٤٨) بأن « الاحكام التى تسرى على الاراضى الاميرية بمقتضى النصوص المتقدمة أو بمقتضى أى نص آخر تسرى أيضا على الاوقاف غير الصحيحة التى هى من قبل التخصيصات ، غير أن الاعشار والرسوم ، كرسوم الفراغ والانتقال وبدل المحلولات وغيرها تعود الى جهة الوقف لا الى خزينة الدولة » . ولشرح هذه المادة نقول : ان الوقف عبارة عن حبس العين والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر ولو فى المال . والاصل أن الوقف لا يرد الا على العقارات وقد يرد على المنقول استثناء فى حالة ما اذا كان تابعا للعقار أو كان العرف قد جرى على وقفه كوقف الكتب والمصاحف والاسلحة والوقف الذى ينصب على الاراضى قسمان وقف صحيح ووقف غير صحيح ، فالاراضى الموقوفة وفقا لصحتها هى الاراضى المملوكة التى حبس المالك ملكيتها عن التصرف وتصدق بمنافعها على جهة من جهات البر ولو فى المال والاراضى الموقوفة وفقا غير صحيح هى الاراضى الاميرية التى خصصت رسومها ومنافعها لجهة من جهات البر ، فرقة هذه الاراضى لا تزال ملكا للدولة ووقفها عبارة عن تخصيص حق التصرف فيها أو منافعها على جهة خيرية . وقد يتناول وقف الاراضى الاميرية رسومها واعشارها فقط ، وقد يقتصر على حق التصرف مع بقاء رسومها واعشارها لخزينة الدولة ، وقد يشمل الوقف كلا من حق

التصرف والرسوم والاعشار • وتسمى الاراضى الموقوفة وقفاً غير صحيح
بالتخصيصات أو الارصاد •

وقد نص المشرع العراقى فى المادة المتقدمة صراحة على ان الاحكام
التي تسرى على الاراضى الاميرية تسرى كذلك على الاوقاف غير الصحيحة غير
أن رسوم الافراغ (وقد اطلق عليه المشرع فى المادة المتقدمة الفراغ وقد كان
يجدر بالمشرع أن يعتمد الى توحيد هذه المصطلحات فى نصوصه المختلفة فيسمى
هذا العمل القانونى افراغاً فى جميع مواده وكلما ورد ذكره) ، ورسوم الانتقال
وبدل المملوكات وغير ذلك من الرسوم تعود الى جهة الوقف لا الى خزينة الدولة
كما هى الحال فى الاراضى الاميرية^(١) • ونحن نكتفى فى شرح المادة السالفة
بما تقدم وبهذا ينتهى الكلام عن حق التصرف وبه ينتهى الباب الثانى •

(١) انظر تفصيلات عن الاوقاف غير الصحيحة شاكر الحنبلى ص ٢٩ وما
بعدها - عن الرحمن خضر ص ١٦٩ وما بعدها •

الباب الثالث

حق المنفعة ، والاستعمال والسكنى ، والمساحة

٣٠٥ - تهديد وتقسيم : جمع المشرع العراقي هذه الحقوق العينية التي تتفرع عن حق الملكية في فصل واحد لما بينها من صلة العام والخاص أو الكل والجزء ، كما سيتضح فيما بعد .

وقد خصص الفرع الاول من الفصل الذى أفرد له لها حق المنفعة ، وخصص الفرع الثانى لحقى الاستعمال والسكنى ، وخصص الفرع الثالث لحق المساحة . وعلى هذا النهج نسير فنبحث كلا من حق المنفعة ، وحقى الاستعمال والسكنى ، وحق المساحة في فصل خاص به .

الفصل الأول

حق المنفعة

٣٠٦ - نتناول الكلام عن حق المنفعة في ثلاثة مباحث اولها لتعريفه
وخصائصه وتحديد نطاقه ، وثانيها لاحكامه أو آثاره ، وثالثها لانقضائه •

المبحث الاول

تعريف حق المنفعة وخصائصه ونطاقه

٣٠٧ - لم يضع المشرع العراقي تعريفاً لحق المنفعة كما فعل المشرع الفرنسي الذي يعرف حق الانتفاع (وهو ما اطلق عليه المشرع العراقي احيانا حق المنفعة) بأنه « هو حق استغلال اشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها المالك نفسه ولكن بشرط المحافظة على كيانها » (م ٥٧٨) .

ويفهم من هذا التعريف ان حق الانتفاع (المنفعة) ليس في حقيقته الا جزءاً أو شطراً من حق الملكية ، فقد قلنا عند الكلام عن عناصر حق الملكية ان هذا الحق ينطوي على عناصر ثلاث هي : حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، وقلنا انه ليس من الضروري ان تجتمع هذه العناصر الثلاثة للمالك نفسه فقد يتجزأ حق الملكية فقد يبقى للمالك حق التصرف فقط ويكون لشخص آخر كل من حق الاستعمال وحق الاستغلال ، والاول هو مالك الرقبة ، والثاني هو المنتفع أو صاحب حق المنفعة^(١) .

٣٠٨ - واحب ان الفت النظر الى ان الانتفاع بشيء يملكه الغير قد يتخذ احدى صورتين : أولاهما ان هذا الحق قد ينشأ كدين عادي بمقتضى عقد ابرمه الانسان مع مالك الشيء ، وثانيتهما انه قد يتخذ صورة الحق العيني ، ويترتب على هذا ان المستعير ومستأجر المنزل ليسا سوى حائزين عرضيين ، فحقهما في الانتفاع بالمنزل عبارة عن دين لهما في ذمة المؤجر والمعير . واما

(١) انظر ف ٢٩ و ٣٠ .

فى الصورة الثانية فان حق الانتفاع حق عينى منصب على العين ذاتها وليس مترتبا فى ذمة المالك^(١) .

وحق المنفعة قيد خطير يرد على حق الملكية بل انه اثقل هذه القيود جميعا ، فهو بتجزئته لحق الملكية وبانتزاع حق الاستعمال وحق الاستغلال من المالك انما ينزع منه فى حقيقة الامر والواقع كل مظهر مادى واقتصادى لها ويبقى للمالك على مظهر قانونى معنوى لا يكاد الانسان يحس له أثرا فى الحياة العملية ، ولهذا فان الملكية التى يثقلها حق منفعة للغير ملكية تافهة بخسة الثمن ، هذا من جهة المالك ، واما من جهة المنتفع فان حق الملكية مما لا يتفق مطلقا مع حسن ادارة الاملاك واستثمارها ، فالمنتفع اذ يعلم بان حقه سينتهى حتما بوفاته أو بانتهاء أمده ، يعتمد الى الغلو فى استغلال الشئ بما ينهكه ويضعف قيمته . وربما ظهرت آثار هذا الارهاق والغلو فى الاستغلال بصورة واضحة فى الاراضى الزراعية اذ لا يزال المنتفع يستغل هذه الارض الى أقصى حد ممكن ويحملها أكثر مما تطيق ولا يعنى كثيرا بتسميدها أو تحسين استغلالها حتى اذا ما انتهى حقه فى الانتفاع تسلمها مالكةا قاعا ييسا وارضا جرداء .

على أنه مع ذلك لا يجوز الاستغراق فى بيان عيوب هذا النظام ، فله الى جانب هذه العيوب بعض المزايا الظاهرة التى لا يصح اغفالها . اذ به يضمن المنتفع غوائل العسر ويطمئن طول حياته من أن ينزل به العوز ، وهو لا يضر المالك ضررا كبيرا اذ ستعود اليه الملكية كاملة غير منقوصة . يضاف الى ذلك أن الغالب فى الحياة العملية ان كلا من المالك والمنتفع تربطهما رابطة من قرابة أو نسب . ولعل من أقوى الادلة التى تساق للتدليل على فائدة هذا النظام هى ندرة المنازعات القضائية التى تثور بين مالك الرقبة والمنتفع . ولكل هذه الاسباب رأى المشرع العراقى أن يكمل النقص الذى كان يعتور تشريعاتنا المدنية باقرار هذا الحق وتنظيمه ، واذا كان استعمال هذا الحق منعدا فى الوقت الحاضر وقد

(١) بلانيول ف ٣٥٠٨ ط ١٩٥٠ .

يبقى نادرا الى أمد ليس بالقصير فان هذه الحجة لا تنهض دليلا على وجوب اغفال هذا الحق وعدم الاشارة اليه وتنظيمه تنظيميا تشريعا ، فقسمة المهايأة والحائط المشترك وحريم الآبار والطريق الخاص المشترك نظم قانونية نادرة التطبيق في الحياة العملية وقد أخذ بعضها بالزوال ومع هذا فقد عني المشرع بتنظيمها •

٣٠٩ - واما عن مزايا أو خصائص حق المنفعة فاننا نلخصها فيما يلي :

١ - حق المنفعة حق عيني : - ولهذا السبب عاجله المشرع العراقي كحق متفرع من حق الملكية • ولهذا جاز الاحتجاج بهذا الحق على الناس كافة • ويتخذ هذا الحق صفة الشيء الذي يستقر فيه فهو حق انتفاع عقارى اذا انصب على عقار ، وحق انتفاع منقول اذا ما استقر فى منقول • وقد جرت عادة الشراح على مقارنة حق المنفعة (أو الانتفاع) بحق المستأجر لما بينهما من شبه ظاهرى لان لكل من المنتفع والمستأجر أن ينتفع بشيء مملوك لآخر • ومع هذا الشبه فان بين الحقين فروقا نلخصها فيما يلي :

أ - حق المنفعة يكون فى الغالب من غير مقابل أما حق المستأجر فإنه لا يتقرر الا بمقابل هو الاجرة •

ب - لما كان حق المنفعة حقا عينيا فهو يتصل بالشيء لا بذمة مالك العين ولهذا فان المالك لا يلتزم قبل المنتفع بأى التزام ، على خلاف الاجارة فحق المستأجر منصب فى ذمة المؤجر ولهذا كان على المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة •

ج - قلنا ان حق المنفعة قد يكون عقاريا أو منقولا تبعا للعين التى استقر فيها هذا الحق ، اما حق المستأجر فهو دائما حق منقول لانه حق دائنيه يربط بين مدين ودائن •

د - وحيث أن حق المستأجر حق شخصى فإنه لا يكون حجة الا على المؤجر وخلفه العام ، اما حق المنفعة فهو كما قلنا حجة على الناس كافة •

هـ - اذا انصب حق المنفعة على عقار فان المنتفع يستطيع رهن حقه هذا رهنا تأمينيا وذلك على خلاف المستأجر فان حقه حق دائنية فلا يجوز رهنه رهنا تأمينيا .

٣١٠ - وقد اشرنا فيما تقدم الى ان حق المنفعة قد يرد على العقار كما يرد على المنقول . واذا كانت القاعدة ان كل المنقولات تصح ان تكون محلا لحق المنفعة الا أن لهذه القاعدة استثناء فبعض المنقولات لا يمكن أن تكون محلا لهذا الحق وذلك لأن المنتفع يلتزم ، كما سنرى عند الكلام عن التزامات المنتفع ، برد العين . ولما كانت بعض المنقولات تهلك بالاستعمال لهذا فانها لا تصلح لأن تكون محلا لحق المنفعة لتعارض هلاكها مع التزام المنتفع بردها . ومع هذا فقد اجاز القانون الفرنسى فى المادة (٥٨٧) ترتيب حق الانتفاع على الاشياء التى تستهلك بالاستعمال على أن يرد المنتفع مثلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع ، وأطلق الشراح على هذا النوع من الانتفاع عبارة « شبه حق الانتفاع » وقد اقتبس المصرى هذا الحكم فأثبتته فى الفقرة الثانية من المادة (٩٩٢) . وقد اغفل المشرع العراقى الإشارة الى شبه حق الانتفاع وحسنا فعل فليس شبه حق الانتفاع من الانتفاع فى شئ وانما هو عقد قرض كما يتضح من نص المادة (٦٨٤) من القانون المدنى العراقى . أما القول بأن الشريعة الاسلامية اجازت شبه حق الانتفاع^(١) استنادا الى نص المادة (٢٢) من مرشد الحيران فقول ينطوى على شئ كثير من المغالطة فان المادة المذكورة تقرر صراحة أن هذا العقد قرض فهى تنص على أن « للمنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التى لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها كالنقدين والمكيلات والموزونات ونحوها ، وعليه رد مثلها أو قيمتها بعد الانتفاع ويكون عليه ضمانها اذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تعديه لكونها قرضا » .

ولا ينحصر محل حق المنفعة فى الاشياء المادية بل أنه يجوز أن يترتب على بعض الاشياء غير المادية كحقوق المؤلفين والاوراق المالية ، والديون ، والمحال التجارية وكل شئ يصح أن ينتج من التمتع به ثمرة أو منفعة .

(١) استاذنا كامل مرسى ح ٢ ف ٢٣٢ .

هذا ما يذهب اليه الفقهاء ومع هذا فإن هذا القول عندى محل نظر وذلك لأن المادة (١٢٤٩) من القانون المدنى تقرر أنه « يصح أن تملك منافع الاعيان دون رقبته سواء كانت الاعيان عقارا أو منقولا » ويشعر ظاهر النص وعلى الاخص التعبير بلفظ « الاعيان » بأن المشرع العراقى اراد قصر حق المنفعة على الاشياء المادية •

٣١١ - وتقرر المادة (١٢٥٠) بأنه « يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية • ويجوز كذلك أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقدم » •

تعرض المادة السالفة لبيان مصادر حق المنفعة فتقرر أن هذه المصادر ثلاثة هى العقد والوصية والتقدم فإذا كان مصدر حق المنفعة العقد وجب أن يخضع هذا العقد لاحكام القواعد العامة ويترتب على هذا أنه يجب أن يثبت بدليل كتابى اذا زادت قيمته عن عشرة دنائير ، كما يخضع العقد من حيث الاهلية والبطلان والوقف والصحة لاحكام القواعد العامة • ومن المقرر فى فقه القانون المدنى أنه يجب تسجيل العقد الذى يراد به انشاء حق انتفاع أو تعديله أو زواله فإذا لم يسجل هذا العقد فإنه يكون غير منعقد أو أن حق المنفعة يتراخى نشوؤه أو زواله أو تعديله الى حين التسجيل على حسب اختلاف القوانين •

وعندى أن العقد الذى يراد به انشاء حق انتفاع لا يخضع وفقا لفقه القانون المدنى العراقى ، للتسجيل • اذ ليس هناك فى نصوص قانوننا المدنى ما يشعر من قريب أو من بعيد بأن المشرع يشترط تسجيل هذا العقد ولا ريب فى أن التسجيل استثناء لا بد من النص عليه • كما أنه لا يجوز الاحتجاج بنص المادية الثانية من قانون أصول تسجيل الاموال غير المنقولة لأن نص هذه المادة يقضى بتسجيل المعاملات التى من شأنها انشاء حق تملك أو تصرف أو انتقال أو تقييد تصرف أو تغييره أو زواله • وواضح أن حق المنفعة لا يدخل فى هذه الحقوق التى يشترط القانون المذكور تسجيل العقود عليها •

واذا كان مصدر حق المنفعة وصية فإنه يخضع لما تخضع له الوصية من شروط شكلية (اذا وجدت) وموضوعية • وترتيب المنفعة بالعمل القانونى

سواء أكان عقداً أو وصية قد يكون بمقابل وقد يكون بغير مقابل وهو الغالب في ترتيب هذا الحق .

وقد يكسب حق المنفعة بالتقادم وفقاً لما تقدم بيانه في الحيازة كسبب من أسباب اكتساب الملكية . ومع هذا فإن تملك حق المنفعة في فقه القانون المدني الفرنسي محل خلاف بين الفقهاء فقد ذهب بعض فقهاءهم إلى أن هذا الحق لا يتملك بالتقادم ويستدلون على رأيهم هذا بأن القانون المدني الفرنسي لم يذكر التقادم كسبب من أسباب تقرير حق الانتفاع أو كسبه . ولكن معظم الفقهاء يقررون أن التقادم يصلح سبباً لكسب هذا الحق ، لأن المهمة الأساسية للتقادم هي قلب أو تحويل حالة واقعية إلى حالة قانونية وإن نجعل ممن يحوز حقاً مالكا لهذا الحق ، وحق المنفعة بطبيعته قابل لوضع اليد وبالتالي للتملك بمضى المدة . والغالب في الحياة العملية أن تملك حق المنفعة بالتقادم يكون بالاستناد إلى سبب صحيح إذا لو كان يستند إلى مجرد وضع يد لملك الحائز رقة العين لا حق المنفعة فيها ، فإذا فرضنا أن شخصا تلقى حق المنفعة من غير مالك ، ووضع يده على العقار باعتباره (منتفعا) فإنه يكسب هذا الحق بالتقادم بمضى خمس سنين إذا كان حسن النية وبمضى خمس عشرة سنة إذا كان سيئ النية^(١) .

(١) بلانويول ف ٣٥٣٨ ط ١٩٥٠

المبحث الثاني

آثار حق المنفعة

يلاحظ أن حق المنفعة يرتب للمنتفع بعض الحقوق ويلزمه ببعض الالتزامات ولا يلزم المالك بشيء .

أولاً : حقوق المنتفع

٣١٢ - تقرر المادة (١٢٥١) أنه « يراعى فى حقوق المنتفع وفى التزاماته السند الذى انشأ حق الانتفاع وكذلك الاحكام المقررة فى المواد الآتية » .
وإذا لاحظنا المواد التالية التى يشير إليها النص السالف والتى سنثبتها فيما بعد ، نجد أن للمنتفع حقين أولهما حق استعمال العين وثانيهما حق استغلالها .

٣١٣ - أ - حق الاستعمال : - تقضى المادة (١٢٥٢) بأن « للمنتفع أن يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه وله أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه ، وله نتاج المواشى وعليه أن يعوض منها ما نفق من الاصل » . ومعنى هذا أن للمنتفع أن يستعمل الشيء وزوائده وأن يستولى على ثماره مدة انتفاعه . فإذا كان الانتفاع مقرراً على أرض فإن للمنتفع أن يستعملها للزراعة أو للصيد والقنص وله أن يأخذ ما تخرجه هذه الأرض من ثمرات الاشجار ، بل ان للمنتفع أن يقطع من الاشجار ما اعد للقطع على أن يراعى مواعيد القطع ، وللمنتفع أن ينتفع بالمناجم والمحاجر التى تكون مستغلة بالفعل وقت نشوء حقه وليس له حق فى المناجم والمحاجر التى لم تفتح بعد وقد نص المشرع الفرنسى صراحة على هذا ولا مقابل لهذه الاحكام فى التقنين العراقى ، ومع هذا فأننى اذهب الى وجوب تطبيقها والاخذ بها .

وتقرر المادة (١٢٥٤) أن « ١ - على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له وأن يبذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولو بغير تعد إذا كان قد تأخر رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » . ويترتب على هذا النص أنه يجب على المنتفع أن يراعى في استعمال العين التي تقرر له حق انتفاع عليها الغرض الذي أعدت له فإذا فرضنا أن حق الانتفاع تقرر على بستان فإنه لا يجوز له أن يجعلها مخازن للحبوب أو حظائر للمواشي ، أو سينمات صيفية أو مقاهي مثلا ، وإذا تقرر له حق ارتفاق على دار للسكنى فإنه لا يستطيع أن يستعمله محلا للحدادة أو مقهى أو حانوتا وهكذا .

وعلى المنتفع أن يبذل من العناية في استعمال العين ما يبذله الرجل المعتاد .
٣١٤ - ب - حق الاستغلال : - ان حصول المنتفع على ثمار الشيء هو أهم فائدة يحصل عليها من حق الانتفاع . ويفرق فقهاء القانون المدني كما أشرنا الى هذا من قبل^(١) بين الثمار وبين الحاصلات من جهة ، وبين الثمار نفسها من جهة .

فالثمار هي منافع الشيء الدورية المتجددة والتي لا يلحق انتزاعها ضررا أو نقصا محسوسا بأصل العين . وأما الحاصلات فانها ولو كانت منافع الا انها ليست دورية ولا متجددة بل ان أخذها يلحق ضررا بالشيء ونقصا في مادته ، فالأحجار والرمال والمعادن حاصلات وليست ثمارا .

ويقدر الفقهاء بالنسبة للثمار انها طبيعية وصناعية ومدنية أو قانونية وأن المنتفع يملك الثمار الطبيعية من يوم فصلها عن العين فإذا ظلت هذه الثمار معلقة بالفرع وبالجذر فانها لا تعتبر ملكا للمنتفع وهذا ما يقضى به التقنين الفرنسي في المادة (٥٨٥) وقد لاحظ الفقهاء بحق على هذا النص أنه مخالف لقواعد العدالة « وربما كان السبب في هذا الشذوذ هو تبادل الاحتمالات ، اذ من المحتمل أن يملك المنتفع الزرع الموجود في الارض وقت البدء في استغلال حق الانتفاع ثم هو يترك الارض بما عليها من الزراعة وقت انقضاء حق الانتفاع فيملكه مالك الرقبة فان فات هذا الاخير

(١) انظر ف ٢٢٢ .

أولاً ، لا يفوته في النهاية وما فات المنتفع أخيراً فقد ناله في بدء الاستغلال (١) .
ولم يرد نظير لهذا النص في القانون المدني العراقي ولهذا فأننا نرى ، أخذاً
بقواعد العدالة المقررة في الفقه الاسلامي ، أنه اذا انقضت المدة المعينة
للاتنفاع أو مات المنتفع في اثائها وكانت الارض مشغولة بزرع والزرع
بقل لم ينضج فانه يترك له الزرع في الصورة الاولى ولورثته في الصورة
الثانية الى حين الحصاد بأجر المثل . وهذا ما تقرره المادة (٩٩٣) من القانون
المدني المصري .

واما بالنسبة للثمار الصناعية فانهم يقررون أن المنتفع يملك ما كان
قائماً وقت الانتفاع على ما مر ، وهو يملك الثمار المدنية يوماً فيوماً بصرف
النظر عن تاريخ استحقاق دفعها فاذا كانت اجرة الدار مثلاً تدفع سنوياً
وانتهى حق الانتفاع قبل انتهاء السنة فإن المنتفع يستحق ما يقابل الاجرة
من المدة التي وجد حقه فيها ، وقد أقر المشرع العراقي هذا الرأي بنصه
على أن للمنتفع أن يستولى على ثمار الشيء مدة انتفاعه به .

٣١٥ - وتقضي الفقرة الاولى من المادة (١٢٥٣) بأن « للمنتفع أن
يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً ما لم يكن في السند الذي أنشأ هذا الحق
أحكام تخالف ذلك » .

من المقرر فقها وقضاء أن حق المنتفع حق مالي يعتبر عنصراً من عناصر
ذمته ولهذا جاز له أن يتصرف في حقه بمقابل أو من غير مقابل . وبترتب
على هذا أنه يجوز للمنتفع أن يؤجر العين التي ترتب له عليها حق انتفاع
الا انه يلاحظ في هذا الصدد أن من القواعد القانونية والعقلية المستقرة
أنه لايجوز للانسان أن ينقل لغيره من الحقوق أكثر مما يملك ، ولما كان
حق المنتفع مؤقتاً كما سنرى ، ولما كان هذا الحق ينتهي بموت المنتفع على
كل حال فإن الاجارة التي ابرمها المنتفع تنتهي بموته أو بانتهاء حقه في
الانتفاع ولا تعتبر نافذة في حق مالك الرقبة الا اذا اجازها .

وقد جرى البحث عما اذا كان بيع المنتفع الثمار القائمة والتي لم تفصل

(١) عبد السلام ذهني ف ٢٢٧ .

يكون صحيحاً أم أنه بيع باطل فذهب بعض الفقهاء الى القول بطلان هذا البيع وذلك لأن الثمار القائمة التي لا تزال على عروشها أو اغصانها ملك لمالك الرقبة فيبيع المنتفع اياها بيع للملك الغير فهو بيع باطل ، وذهب فريق ثان من الفقهاء الى القول بصحة هذا البيع وذلك لأن هذا البيع عبارة عن عمل من اعمال الادارة التي يراد بها استغلال العين وهو حق مقرر للمنتفع بنص القانون . ونحن نذهب الى هذا الرأي لما تقدم أولاً ولأن المشرع العراقي كما قلنا يجعل الثمار ملكاً للمنتفع حتى قبل جنيها أو حصدها على خلاف ما هو مقرر في القانون الفرنسي . ويجوز للمنتفع أن يتنازل عن حقه للغير بمقابل أو من غير مقابل ، كما يجوز له رهنه رهنًا حيازياً أو رسمياً على شرط. أن ينصب حق الانتفاع في هذه الحالة الأخيرة على عقار . هذا الا اذا كان المالك قد اشترط عليه عدم جواز التنازل أو التصرف في حقه كما تقرر المادة السالفة صراحة .

وتقرر الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٣) بأنه « يبقى حق الانتفاع بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع ويسقط بموته لا بموت من تلقى المنفعة منه » . فحق الانتفاع ينتضي على كل حال بموت المنتفع لأن شخصيته كانت محل اعتبار في ترتيب هذا الحق ولهذا فإنه اذا تصرف المنتفع بحقه للغير بالبيع أو التنازل ثم مات المنتفع بعد هذا التصرف بيومين مثلاً فقد انتهى حق المشتري أو حق المتنازل له ولا يبقى الحق قائماً الى وفاة هذا أو ذاك .

٣١٦ - قلنا ان المادة (١٢٥٢) تقرر في القسم الاخير منها أن للمنتفع « نتاج المواشى وعليه أن يعرض منها ما نفق من الاصل » . ولعل الاشارة الخاصة الى حق الانتفاع الذي ينصب على المواشى تقليد أخذه مشرعنا عن القانون الفرنسي ، واعتقد أنه كان في غنى عن الاشارة اليه . ومهما يكن من أمر فإنه يلاحظ على حق الانتفاع (المنفعة) الذي يقرر على المواشى الملاحظات التالية : -

١ - ان حق الانتفاع لا يعتبر منصبا على كل ماشية على حدة بل أنه منصوب على مجموع المواشى باعتبارها كلاً لا يتجزأ لأن القول بغير هذا

يصطدم مع الزام المنتفع بتعويض ما نفق من أصل المواشى من نتائجها •
٢ - كل ما يولد من المواشى بعد تعويض النافق منها ملك للمنتفع لانه
عبارة عن ثمار للشيء •

٣ - يلتزم المنتفع بتعويض ما نفق من أصل المواشى سواء أكان هلاكها
نتيجة قوة قاهرة كفيضان أو ثلج أو مرض أو اغارة حيوانات مفترسة ،
أو كان هلاكها بخطأ المنتفع وتقصيره •

٤ - اذا نفقت المواشى جميعا نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائى ولم
يكن قد تولد عنها أى نتاج فان حق الانتفاع ينتهى بهلاك العين ولا يلزم
المنتفع بتعويض ما فلا يلزم باحضار مواشى تحل محل هذه المواشى التى
نفقت لتسليمها الى المالك •

ثانيا : التزامات المنتفع

٣١٧ - يرتب حق الانتفاع على المنتفع الالتزامات الآتية :

١ - استعمال الشيء فيما أعد له •

٢ - عمل جرد وتقديم كفيل •

٣ - حفظ العين •

٤ - دفع التكاليف والنفقات •

٥ - ضمان الهلاك •

٦ - رد الشيء •

٣١٨ - ١ - استعمال الشيء : - يجب على المنتفع أن يستعمل الشيء

بحسب ما أعد له ، ولا يمكن وضع ضابط عام يكشف عن طريقة هذا
الاستعمال فذلك يختلف باختلاف طبيعة الشيء أولا وباختلاف القيود التى
قيد بها حق الانتفاع ثانيا ، فاذا كان حق الانتفاع مقررا على بستان مثلا فان
استعمالها الطبيعى المعتاد يكون بالاستفادة مما فيها من اشجار وثمار ، واستعمال
الحيوان بركوبه أو باستخدامه للحرث أو الجر أو بأخذ صوفه ولبنه ونتاجه
على حسب الاحوال وهكذا • واذا استعمل المنتفع الشيء استعمالا غير مشروع
أو غير متفق مع طبيعة الشيء كأن استعمل الحصان الاصيل المعد للركوب

أو للسباق ، وسيلة للجبر أو للحمل فإنه يجوز للمالك أن يعترض هذا الاستعمال ، وإذا تبين أن حقوقه أصبحت في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات سواء أكانت شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن ، فإذا امتنع المنتفع عن تقديم هذه التأمينات أو بقى على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة هذه العين فإنه يجوز للمحكمة أن تنزعها من تحت يد المنتفع وتسليمها إلى عدل يتولى ادارتها وتسليم منفعتها إلى المنتفع بل أنه يجوز للمحكمة إذا تبين لها خطر هذا الاستعمال غير المشروع على العين وأنه قد يعرضها إلى التلف والهلاك أن تصدر حكمها بانتهاء حق الانتفاع على أن لا يضر ذلك بما يكون الغير قد اكتسبه من حقوق عليها (م ١٢٥٤ / ٢) • ونكتفى بما تقدم وسنشير مرة أخرى إلى سقوط حق المنتفع بسبب الارهاق في الاستغلال عند الكلام عن انقضاء حق الانتفاع في المبحث الثالث •

٣١٩ - ٢ - عمل الجرد وتقديم الكفيل : - تقرر المادة (١٢٥٦) أنه « إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة باعادته بعد انتهاء مدة الانتفاع به ، فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة أو بطريقة أخرى فيستولى المنتفع على الربح من ذلك » •

يقرر هذا النص أنه إذا انصب حق الانتفاع على منقول فإنه يجب جرده أولاً وتقديم كفالة من المنتفع باعادته بعد انتهاء حق الانتفاع ، ثم تبين الجزء المترتب على عدم تقديم هذه الكفالة وقد اقتبس المشرع العراقي حكم هذه المادة عن المادة (٩٩٢ مصري و ٦٠٠ فرنسي) •

والجرد عبارة عن ورقة كشف يبين فيها عدد المنقولات وصفتها ، ولا حاجة إلى بيان قيمتها ، والغرض من اشتراط الجرد في حالة ما إذا انصب الحق على منقولات معرفة ما يجب رده عند انتهاء حق الانتفاع • والافضل أن يعمل الجرد بحضور المالك أو نائبه كما اشترط القانون الفرنسي ذلك صراحة ، وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجب أن يتم هذا الجرد على يد

موظف مختص أو أنه يكفي أن يتم بورقة عرفية بمعرفة كل من المالك والمنفع والراجح لدى الفقهاء أنه يجوز أن يتم هذا الجرد بورقة عرفية ما دام كل من المالك والمنفع كامل الاهلية فان لم يكونا أو لم يكن احدهما كذلك فإنه لا بد من أن يتم الجرد بمقتضى ورقة رسمية مصدقة من قبل موظف مختص^(١) . ومن المقرر فقها وقضاء أن مصاريف الجرد تقع على المنتفع لأنها تصرف لمصلحته ، ويذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى أنه اذا كان مصدر حق الانتفاع يتضمن نصا على اعفاء المنتفع من عمل الجرد واثبات حالة المنقولات التي انصب عليها حقه ، فان هذا الاعفاء لا يتناول الا المصاريف اذ يعفى المنتفع من دفع مصاريف الجرد ولكنه يبقى ملزما بعمل الجرد نفسه اذا ما طلب المالك أو الورثة ذلك حتى ولو كان الموصى له المنتفع أحد هؤلاء الورثة وذلك في حالة ما اذا كان مصدر حق الانتفاع هو الوصية .

ولم يشر المشرع العراقي الى ما يترتب على عدم تحرير محضر الجرد من أثر على حق الانتفاع ، ومن المقرر في الفقه وفي القضاء الفرنسيين أن عدم عمل الجرد لا يؤثر على حق الانتفاع وانما هو يعطى للمالك الحق في إقامة الدليل على المنقولات التي تقرر الانتفاع عليها بجميع طرق الاثبات وحتى بالشهرة العامة أو التسامع .

فاذا ما تم جرد هذه المنقولات فان على المنتفع أن يقدم كفالة باعادتها الى المالك بعد انتهاء حقه في الانتفاع ، وهذه الكفالة قانونية فقد قررها القانون بالنص الصريح عليها ، ويترتب على هذا أنه اذا تعدد الكفلاء كانوا مسئولين قبل المالك عن رد المنقولات اليه وعن تلفها أو هلاكها على سبيل التضامن عملا بأحكام المادة (٢/١٠٣٠) . واذا كان القانون قد الزم المنتفع بتقديم كفالة الا أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن الرهن التأميني أو الحيازي يغني عن تقديم الكفالة . ويترتب على هذا أنه لا حاجة الى تقديم كفالة اذا قام المنتفع بايداع مبلغ من النقود ، عند المالك أو عند يد عدل ، يكفي لضمان الوفاء

(١) أنظر بودري ح ٣ ف ٦٤٠ ، بلانيول وريير ح ٣ ف ٨٢٠ ، بلانيول ف ٣٥٤٧ ط ١٩٥٠ .

بالتزامه برد تلك المنقولات • وإذا كان المشرع قد ألزم المنتفع بتقديم كفيل إلا أنه لم يرد أن يجعل من هذا الحكم قاعدة قانونية آمرة ولهذا يجوز أن يعفى المنتفع من تقديم الكفيل فقد نص المشرع صراحة على أنه يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى انشأ حق الانتفاع (م ١٢٥١) • بل ان الفقه والقضاء الفرنسيين يذهبان الى أن إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة قد يكون ضميا •

فإذا ما أدخل المنتفع بالتزامه بتقديم الكفيل فإنه لا يترتب على هذا الإخلال انقضاء حقه في الانتفاع وإنما يقرر المشرع في هذه الحالة بيع المنقول المثقل بحق الانتفاع وتوظيف ثمنه في شراء سندات عامة أو أى طريقة أخرى ودفع الربح الى المنتفع ، وقد اقتبس المشرع العراقى حكم هذه المادة عن المادة (٦٠٢) من القانون الفرنسى ، وعندى أن المشرع العراقى لم يوفق في إيراد هذا الحكم لعدة أسباب منها أنه كان ينبغى على المشرع وهو يضع أحكاما لحق الانتفاع أن يلاحظ أن هذا الحق دخیل على النظم القانونية التى كانت سائدة في العراق ولهذا فإنه كان ينبغى عليه أن يحصر هذا الحق في نطاق ضيق ، كما فعل بالنسبة لمصادره ، وان لا يحاىي المنتفع محاباة ليس لها ما يبررها ، ومنها أن المشرع اذ نقل حكم المادة السالفة عن التشريع الفرنسى لم يلاحظ أن هذا التشريع لا يبيح بيع المنقولات أيا كانت طبيعتها ، وإنما هو يبيح بيع (الغلال ونحوها من المأكولات) • اذ قد يكون في بيع بعض المنقولات اضرار كبير بالمالك ، ومنها أنه غفل عن أن الغالب في حق الانتفاع أنه يتقرر على سبيل التبرع فكان عليه أن يلاحظ مصلحة المالك وهو مفضل لا أن يراعى مصلحة المنتفع وهو مفضل عليه يريد كسبا ومنفعة لا درء ضرر ، ومنها أن النص المتقدم خروج صريح على القواعد العامة في العقود ، ذلك أنه من المقرر في فقه القانون أنه اذا كان العقد ملزما للجانبين فأخل أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يطالب بفسخ العقد وارجاع الحالة الى ما كانت عليه قبل إبرام هذا العقد

والحكم الذى قرره المشرع العراقى فى المادة (١٢٥٦) خروج صارخ على هذه القاعدة •

ومهما يكن من أمر فلا اجتهاد فى مورد النص كما يقول الفقهاء والنص المتقدم صريح فى أنه اذا لم يقدم المنتفع الكفالة التى يفرضها القانون عليه بيع المنقول ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة كسندات القرض الوطنى أو وظف بأية طريقة أخرى كتوظيف الثمن فى أحد البنوك أو فى صناديق التوفير وصرفت الفائدة الى المنتفع •

٣٢٠ - ٣ - حفظ العين : - تقرر الفقرة الاولى من المادة (١٢٥٤)

أن على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد وأنه يكون مسئولاً عن هلاكه ولو بغير تعد اذا كان قد تأخر رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع • وواضح جداً أن معيار العناية التى يلزم المنتفع ببذلها فى سبيل حفظ العين معيار مادى لا يقيم وزناً لما يبذله المنتفع من العناية فى شؤونه واملاكه الخاصة • ويترتب على هذا أنه يجب على المنتفع أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يؤدى الى هلاك العين أو الاضرار بها ، وان يحافظ عليها بحالة جيدة فاذا ما ترتب له حق انتفاع على بستان فان عليه أن يستعيض عن الاشجار التى تجف وتموت بغيرها ، وأن يعنى بتنظيف الترع والجداول التى تروىها وان يقلم الاشجار ويشذب اغصانها على النحو المتعارف عليه فى الزراعة وفى الاوقات المعتادة وهكذا ، واذا ما وقع اعتداء على العقار المثلل بحق الانتفاع وذلك بأن وضع شخص يده عليه بقصد تملكه بالتقادم فان على المنتفع أن يخطر المالك بذلك ، وعليه أن يرفع دعاوى وضع اليد ضد هذا المعتدى • ومن المقرر فقها وقضاء أنه لا يلتزم بالتأمين على العين التى ترتب له عليها حق انتفاع وذلك لأن التأمين على الاعيان عقد احتياطى محض يجاوز ما يبذله الشخص المعتاد من العناية • فاذا لم يحمى المنتفع ببذل هذه العناية التى يفرضها القانون عليه فما هو الجزاء القانونى لهذا الاختلال وهل يستطيع المالك أن يرفع الدعوى ضده مباشرة بعد هذا الاختلال ؟ يذهب كثير من الفقهاء الى أنه لا يجوز للمالك أن يرفع مباشرة دعوى يطالب فيها باسترداد العين وانما

عليه أن ينتظر الى حين انقضاء حق الانتفاع وذلك لأن المنتفع يلتزم بأن يرد اليه العين في حالة جيدة بعد انتهاء مدة انتفاعه وما دام المالك قد ضمن حقه هذا بأخذ كفيل من المنتفع فإنه لا يضار بهذا الانتظار ، ومع هذا فإن فريقاً آخر من الفقهاء يذهب الى خلاف ما تقدم ويقول بأنه يجوز للمالك رفع الدعوى مباشرة لأنه لا يجوز حرمان المالك من هذه الدعوى الا بناء على نص قانوني يحدد لرفعها أجلاً وهذا ما لم يفعله المشرع بل ان هذا الفريق من الفقهاء يذهب الى أنه يجوز للمالك أن يطلب من المحكمة القضاء بانتهاء حق المنتفع لاخلاله بالتزامه ببذل العناية اللازمة في حفظ العين وصيانتها^(١) . وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي فقد قرر في الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٤) أنه يحق للمالك أن يعترض على استعمال الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته ويحق له طلب تقديم تأمينات من المنتفع ، وللمالك بالرغم من تقديم هذه التأمينات أن يطلب من المحكمة أن تحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير ، وسنشير الى حكم هذه الفقرة مرة أخرى عند الكلام عن انتهاء حق الانتفاع .

٣٢١ - ٤ - دفع التكاليف والنفقات : - تقضى المادة (١٢٥٥) بأن

« ١ - المنتفع ملزم اثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة والنفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة » ٢ - أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك بلا جبر عليه ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » .

وفهم من النص المتقدم أن المنتفع ملزم بدفع التكاليف المعتادة والنفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة وذلك لأنه هو المنتفع بالعين المستفيد منها خلال فترة انتفاعه ، ومعنى هذا أن على المنتفع ببستان مثلاً أن يدفع نفقات تشذيب الاشجار وتطهير الترع والجداول ، وتسميد الارض ، وعليه أن يدفع الرسوم والضرائب المقررة عليها .

وتقرر الفقرة الثانية أن التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة

(١) بلانيول ف ٣٥٧١ .

التي تحتاج اليها العين والتي لم تنشأ عن خطأ المنتفع تكون على المالك لا على المنتفع ولكن لا سبيل الى الزامه بها لاننا قلنا في صدد المقارنة بين حق المنتفع وحق المستأجر ان التزام المالك في حق الانتفاع التزام سلبي هو أن يدع المنتفع ينتفع بالعين المدة المتفق عليها أو الى حين وفاة المنتفع على حسب الاحوال أما التزام المؤجر فإنه التزام ايجابي وهو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة •

ويترتب على هذا أنه اذا تقرر حق الانتفاع على بناء فتهدم بعضه بحادث فجائي أو قوة قاهرة فإنه لا يلزم المالك بأعادة البناء أو ترميم ما تهدم منه لأن في تحميل المالك بهذه المصاريف الجسيمة ارهاقاً له ما دام لا ينتفع بالعين ، ومع ذلك فإنه يجوز للمالك أن يقوم بهذه الاصلاحات الجسيمة محافظة على العين وفي هذه الحالة يلتزم المنتفع بأن يدفع اليه فوائد هذه النفقات بالسعر القانوني للفوائد • بل أنه يجوز للمنتفع أن يقوم بهذه الاصلاحات والنفقات الجسيمة حتى يستكمل انتفاعه بالعين وله أن يسترد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع •

٣٢٢ - ٥ - ضمان الهلاك : يد المنتفع على العين يد أمانة ولهذا فإنه لا يضمن هلاك العين الا اذا كان هذا الهلاك نتيجة خطأه وتقصيره ، اما اذا هلكت العين بقوة قاهرة أو حادث فجائي فلا ضمان على المنتفع مع ملاحظة الحالة الاستثنائية الخاصة بالانتفاع بالمواشي فقد قرر المشرع الزام المنتفع بتعويض ما نفق من تاجها وقد سبقت الاشارة الى هذه الحالة • ويلاحظ من جهة أخرى أن الفقرة الاولى من المادة (١٢٥٤) تجعل المنتفع مسؤولاً عن هلاك العين حتى ولو كان هذا الهلاك ناشئاً عن سبب اجنبي اذا هو تأخر في رده الى مالكة بعد انتهاء حق الانتفاع • ويحق لنا أن نتساءل عما اذا كان ينبغي لتطبيق حكم هذه الفقرة أن يعذر المالك المنتفع أم أن مجرد تأخر المنتفع في الرد يجعله مخطئاً ويلزمه بالضمان ؟ • نميل الى الاخذ بهذا الرأي الاخير ونجعل من مجرد تأخر المنتفع بالرد خطأ يلزمه بعد هذا بضمان الهلاك فهذا ما يدل عليه ظاهر النص ونستطيع أن نعلل هذا الحكم الذي يخرج على مقتضى القواعد العامة بنص القانون أولاً وبالنية المشتركة لكل من المالك والمنتفع ثانياً •

٣٢٣ - ٦ - رد الشيء : يلتزم المنتفع برد العين بعد انتهاء حقه في الانتفاع . والتزامه هذا منصب على عين معينة بالذات ولهذا فإنه ينقضى بهلاك هذه العين ولا يلتزم برد مثلها مع ملاحظة الحالة الاستثنائية الخاصة بالمواشي ومن المقرر فقها وقضاء أن المنتفع يلتزم برد العين بالحالة التي كانت عليها عند تقرير حق انتفاعه عليها ما دام ملتزماً بالمحافظة عليها وبالمصاريف اللازمة لصيانتها . فإذا ما أخل المنتفع بتنفيذ التزامه بالرد فإن المالك مخير بين رفع إحدى دعويين فله أن يرفع دعوى استحقاق وظاهر أن هذه الدعوى دعوى عينية لأنها عبارة عن دعوى ملكية وله أن يرفع دعوى شخصية يستمدّها من العمل القانوني الذي أنشأ حق المنتفع .

المبحث الثالث

انقضاء حق الانتفاع

٣٢٤ - ينقضى حق الانتفاع : -

- ١ - بانقضاء الزمن المحدد له •
- ٢ - بموت المنتفع •
- ٣ - بهلاك العين المثقلة بحق الانتفاع •
- ٤ - باستعمال العين استعمالا غير مشروع •
- ٥ - بعدم تنفيذ المنتفع لالتزاماته •
- ٦ - بالتقادم •
- ٧ - باتحاد الذمة •
- ٨ - بالتنازل عنه •

٣٢٥ - أولا : - انقضاء الزمن المحدد للانتفاع : - تقرر المادة

(١٢٥٧) بأنه « ينتهى حق المنفعة بانقضاء الاجل المعين له » قلنا ان الميزة الاساسية التى تتميز بها حق الانتفاع بالرغم من كونه حقا من الحقوق العينية الاصلية أنه حق مؤقت ولهذا فانه ينتهى بانتهاء الاجل المحدد له فاذا رتب شخص لآخر حق انتفاع على أرض أو دار أو قطيع من الاغنام لمدة خمس سنوات وانقضت هذه المدة وكان المنتفع لا يزال حيا فقد انقضى حق الانتفاع والزم المنتفع برد العين •

وتبدأ هذه المدة من تاريخ نشوء حق الانتفاع لا من تاريخ العمل القانونى.

الذى انشأ هذا الحق ولا من تاريخ الانتفاع الفعلى ويترتب على هذا أنه اذا كان حق الانتفاع قد تقرر بمقتضى وصية فان مدته تبدأ من تاريخ وفاة الموصى لا من تاريخ تحرير الوصية ولا من تاريخ تسليم العين المثقلة بالحق الى المنتفع . وقد يحدد أجل الانتفاع ببلوغ شخص ثالث سنا معينة مثال هذا أن يرتب خالد لعلى حق انتفاع على مزرعة ويتفقان على أن يبقى حق الانتفاع الى أن يبلغ محمد الثلاثين من عمره فاذا فرضنا أن محمدا الذى يبلغ من العمر عند ترتيب حق الانتفاع لعلى خمسة عشر عاما مات بعد مضي سنتين فما مصير حق الانتفاع ؟ عرضت المادة (٦٢٠) من القانون المدنى الفرنسى لهذا الفرض الخاص وقررت أن حق الانتفاع يبقى بالرغم من موت هذا الشخص الثالث (محمد) وبالرغم من أن المشرع العراقى لم ينص على هذه الحالة فاننا نذهب الى الاخذ بحكم القانون الفرنسى لاتفاقه مع القواعد العامة أولا ولأنه عبارة عن أخذ بنية الطرفين واحترام لها ثانيا .

٣٢٦ - ثانيا - موت المنتفع : - حق الانتفاع من الحقوق التى تراعى فيها شخصية المنتفع على الدوام ولهذا فانه ينتهى حتما بموت المنتفع بصرف النظر عما اذا كانت المدة المحددة له قد انقضت أو انها لم تنقضى بعد بل ان حق المنتفع ينتهى ولو حدث الموت بعد ترتيب هذا الحق مباشرة .

واذا رتب المالك حق انتفاع على شىء يملكه لاشخاص متعددين فمات بعضهم فقد انقضى حقه ولا تضاف حصته الى بقية المنتفعين .

ولما كان من المحتمل أن تستطيل حياة الشخصية المعنوية فترة طويلة جدا لهذا فان المشرع الفرنسى قرر فى المادة (٦١٩) بأن حق الانتفاع المقرر لغير الافراد لا تزيد مدته عن ثلاثين عاما وجعل من هذه المدة قاعدة قانونية آمرة وقرر المشرع السورى فى المادة (٩٣٦ منه) بأنه لا يجوز انشاء حق الانتفاع لصالح شخص اعتبارى . أما المشرع العراقى (ومثله المشرع المصرى) فإنه لم يعرض لترتيب حق الانتفاع لمصلحة الشخص المعنوى ونحن نرى أنه لا يصح الاخذ بحكم القانون السورى اذ ليس هناك فى القواعد العامة ما يمنع من

ترتيب حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوى وكل ما يشترطه المشرع فى هذا الصدد أن يكون هذا الحق مؤقتا ولا مانع من أن تزيد مدة الانتفاع المتفق عليها عن ثلاثين سنة خلافا لما يقضى به المشرع الفرنسى .

٣٢٧ - ثالثا - هلاك العين : اذا هلكت العين المثقلة بحق الانتفاع هلاكا كلياً فان الحق ينتهى لتخلف محله . وهذا ما تقضى به المادة (١٢٥٨) بنصها على أنه « ١ - ينتهى حق المنفعة بهلاك الشيء غير أنه اذا عوض المالك عن الهلاك انتقل حق المنفعة الى هذا التعويض . ٢ - واذا لم يكن الهلاك راجعا الى خطأ المالك فلا يجبر على اعادة الشيء الى اصله ، ولكنه اذا اعاده رجع للمنتفع حق المنفعة اذا لم يكن الهلاك بسببه وتطبق الفقرة الثانية من المادة ١٢٥٥ فى هذه الحالة » . فاذا ما هلكت العين هلاكا كلياً وكان هلاكها نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائى فقد انقضى حق الانتفاع حتى بالنسبة لبقايا هذه العين ، فاذا كان الانتفاع مقررا على بناء فتهدم البناء نتيجة هزة ارضية أو حريق أو طوفان أو نتيجة فيضان فقد انتهى حق المنتفع ولا يجوز أن يظل منتفعا بالارض أو ببقايا البناء أى الانقاص ، وكذلك الحال فيما اذا كان حق المنتفع مقررا على قطع من الغنم فماتت الاغنام جميعا نتيجة مرض أو غرق أو أى سبب أجنبى آخر فقد انقضى حق المنتفع ولا حق له فى صوف هذه الاغنام ولا فى جلودها فعليه ردها الى المالك .

ويختلف الحكم فى حالة الهلاك الجزئى فان مثل هذا الهلاك ليس من شأنه أن ينهى حق المنتفع ، ولهذا كانت التفرقة بين الهلاك الكلى والهلاك الجزئى مسألة مهمة من الناحيتين النظرية والعملية .

وخير المعايير عندى هو المعيار الذى وضعه الاستاذ (بودرى) وبمقتضاه أن العين تعتبر قد هلكت هلاكا كلياً اذا طرأ عليها تغير أو تحول يجعلها غير صالحة على الاطلاق للانتفاع الذى اعدت له . ويترتب على هذا أنه اذا رتب شخص لآخر حق انتفاع على بحيرة أو مستنقع خاص للانتفاع به بصيد ما فى مائه من اسماك ثم جفت هذه الارض وتحولت الى أرض زراعية فقد انتهى حق الانتفاع ، واذا رتب شخص لآخر حق انتفاع على مزرعة أو بستان

فغمرت المياه الارض وجعلتها بحيرة أو (هورا) فقد انقضى حق الانتفاع وعلى هذا تقاس سائر الامثلة^(١) .

وقد كان المنطق القانوني يقضى بسقوط حق المنتفع بهلاك العين هلاكاً كلياً وبأن لا يعود هذا الحق اذا قام المالك باعادة الشيء الى أصله فاذا فرضنا أن حق الانتفاع تقرر على دار فانهدمت الدار بفعل الفيضان أو الحريق أو قدم البناء فقد انقضى حق المنتفع كما قلنا فاذا أعاد المالك البناء فإن المشرع يقرر ، خلافاً لاحكام القواعد العامة ، بأن حق المنتفع يعود مرة أخرى . وهذا الحكم مظهر آخر من مظاهر محاباة المنتفع دون سبب ظاهر فقد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا على أن حق المنتفع الذى ينتهى بهلاك العين لا يعود باعادة هذه العين الى اصلها^(٢) . وقد اقتبس المشرع العراقى الحكم المتقدم عن المادة (٧٥٠) من القانون لسويسرى وفاته أن حق الانتفاع ، كنظام دخیل جدید بالنسبة للعراق ، يجب أن ينحصر فى نطاق ضيق وأن لا يتوسع فى حماية حق المنتفع من غير مقتض حتى ولو كان هذا التوسع على حساب القواعد القانونية العامة .

وتقرر الفقرة الاولى من المادة (١٢٥٨) فى الشطر الاخير منها أنه اذا عوض المالك عن الهلاك انتقل حق المنفعة الى هذا التعويض ، ومعنى هذا أن حق الانتفاع لا ينتهى فى هذه الحالة وانما هو (ينتقل) الى التعويض ، وهذه حالة أخرى من حالات الحلول العينية . وابرز مثال على هذه الحالة هو نزع الملكية للمنافع العامة والتأمين . فاذا فرضنا أن حق الانتفاع كان مقرراً على عقار فانتزع هذا العقار للمنافع العامة فإنه ينبغي على الجهة أو الهيئة التى تريد انتزاع هذا العقار أن تدفع مقدماً مبلغاً عادلاً كتعويض للمالك ويصبح هذا المبلغ مثقلاً بحق الانتفاع ومعنى هذا أنه ينبغي أن يستغل هذا المبلغ فى شراء سندات عامة أو بأية طريقة أخرى ويستولى المنتفع على الربح الناشئ من هذا الاستغلال . ويطبق نفس الحكم فى حالة ما اذا كان قد تقرر حق الانتفاع

(١) بودرى حـ ٣ ف ٧٤٨ .

(٢) بودرى ف ٧٥٢ ، بلانيول وربير واسمان حـ ٣ ف ٨٦٤ .

على عين مؤمن عليها لدى شركة تأمين فهلكت هذه العين ودفعت الشركة مبلغ التأمين فان حق الانتفاع ينتقل الى هذا المبلغ .

وواضح أن جميع الاحكام السالفة لا تطبق الا في حالة الهلاك الكلي الناشئ عن قوة قاهرة أو حادث فجائي ، أما اذا كان الهلاك قد نشأ عن خطأ أو تقصير فإنه لا بد من تطبيق أحكام القواعد العامة ، فاذا كان الهلاك نتيجة خطأ صادر من الغير فان حق الانتفاع لا ينقضي وانما يتحول أو ينتقل الى التعويض الذي يستحقه المنتفع في هذه الحالة ، واذا كان الهلاك نتيجة خطأ صادر من المنتفع أو من المالك فان حق الانتفاع ينقضي في الحالتين مع ملاحظة أن للمنتفع ، في حالة ما اذا كان الهلاك بخطأ المالك ، أن يتقاضى منه التعويض عن الاضرار التي لحقت به .

٣٢٨ - رابعا - استعمال العين استعمالا غير مشروع : قلنا ان الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٤) تقرر أنه « للمالك أن يعترض على استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء » . فاذا اثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فان لم يقدمها المنتفع أو بقي على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها فللمحكمة أن تنزعها من يده وتسلمها الى عدل يتولى ادارتها . وللمحكمة تبعا لحظورة الحال أن تحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير » .

ان المنتفع كما عرفنا مما تقدم يلتزم بعدة التزامات منها أن يعنى بحفظ الشيء عناية الرجل المعتاد وأن يستعمله بحسب ما أعد له ، وينبغي أن تعتبر هذه الالتزامات شرطا لبقاء حقه في الانتفاع فهو في علاقته مع المالك مرتبط معه بعقد ملزم للجانبين أو برابطة تقرب من هذا العقد على كل حال . فاذا لم يتم بتنفيذ ما تلقيه عليه هذه الرابطة من التزامات فإنه يجوز حرمانه من حقه تطبيقا للقواعد العامة . وعلى هذا فان اسقاط حق المنتفع بسبب اساءته في استعمال العين يقرب كثيرا من فسخ العقود الملزمة للجانبين بسبب عدم التنفيذ^(١) .

(١) بلانيول ف ٣٦٣٠ .

والمعيار في تحديد الاستعمال غير المشروع أو التعسف في الاستعمال معيار موضوعي مادي لا معيار شخصي فيعتبر المنتفع متعسفا في استعمال العين اذا ما أخل بتنفيذ التزامه ببذل عناية الرجل المعتاد في حفظ العين أو استعمالها استعمالا لا يتفق مع طبيعتها ويستوى بعد هذا أن يكون المنتفع حسن النية أو سيئها . وليس من الضروري أن يصدر هذا الاستعمال التعسفي من المنتفع نفسه فقد يصدر من الغير كالزراع أو المستأجر أو الوكيل لأن المنتفع يعتبر مهملا اذا هو لم يلاحظ طريقة انتفاع هؤلاء واستغلالهم للعين . وللمالك في مثل هذه الحالات أن يطالب باسقاط حق المنتفع ، أو الزام المنتفع باصلاح الضرر الذي أصاب العين ، وله أن يجمع طلب اسقاط حق المنتفع الى طلب التعويض .

ومن المقرر فقها وقضاء أن انتهاء حق المنتفع في هذه الحالة لا يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد الاستعمال غير المشروع وانما لا بد لذلك من صدور حكم قضائي بناء على طلب المالك ، ذلك أن تدخل القاضى ضرورى لتقدير جسامة المخالفة ومدى خطرها على العين وعلى حقوق المالك . ويملك القاضى الذى ترفع أمامه دعوى اسقاط حق المنتفع لتعسفه في استعمال العين سلطة تقديرية مطلقة ويستطيع القاضى بما له من سلطة في التقدير أن يتجنب حرمان المنتفع من حقه الذى قد يكون هو المورد الوحيد لرزقه ومعيشته بوسائل أخرى تحفظ على المالك حقه في ربة العين وتحفظ للمنتفع حقه في منفعة العين فله أن يقضى بتسليم العين الى المالك على شرط أن يدفع الى المنتفع سنويا مبلغا من المال يساوى المنفعة التى كان يحصل عليها من استعمال العين أو استغلالها وذلك الى حين وفاة المنتفع أو الى حين انقضاء المدة المحددة للانتفاع على حسب الاحوال . ويستطيع القاضى فضلا عن ذلك أن يلجأ الى الوسيلة التى نص عليها المشرع وهى تسليم العين الى يد عدل يتولى ادارتها واستغلالها نيابة عن المنتفع .

هذا وينبغى أن لا يغيب عن الازهان أن اسقاط حق المنتفع بسبب التعسف في استعمال العين قد يلحق ضررا بدائنيه ولهذا فقد قرر المشرع الفرنسى في

المادة (٦١٨) أنه يجوز لدائني المنتفع أن يتدخلوا في النزاع للمحافظة على حقوقهم ولهم أن يعرضوا القيام بأصلاح التخريب الحاصل وتقديم ضمانات للمستقبل . وعندى أن هذا الحكم يصح الأخذ به في فقه القانون المدني العراقي وان لم ينص عليه القانون لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً محضاً للقواعد العامة .

والأخذ بالمنطق القانوني البحث يؤدي الى القول بأنه اذا ما قضت المحكمة باسقاط حق المنتفع فقد زالت جميع الحقوق العينية التي يكون المنتفع قد رتبها لمصلحة الغير على العين . فاذا كان المنتفع قد رتب على حقه في الانتفاع رهناً تأمينياً مثلاً وقضت المحكمة باسقاط حقه لتعسفه في استعماله فقد زال حق الدائن المرتهن وتسلم المالك العين غير مثقلة بهذا الرهن . وقد لاحظ المشرع ما في هذا الحكم من ظلم كبير يلحق بالدائنين المرتهنين ولهذا قرر لهم حماية خاصة اذ نص في المادة السالفة بأن الحكم بانتهاء حق الانتفاع لا يخل بحقوق الغير .

٣٢٩ - خامساً - عدم تنفيذ المنتفع لالتزاماته : - قلنا ان حق المنتفع قد ينشأ بمقتضى عقد يرم بينه وبين المالك ، وأن هذا العقد قد يكون على سبيل التبرع وقد يكون معاوضة ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون العقد ملزماً للجانبين فيلتزم المنتفع بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذا العقد في ذمته ، وقلنا أن المادة (١٢٥١) تقرر أنه يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي انشأ حق الانتفاع . ويرتب على هذا أنه اذا لم يقم المنتفع بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه فإنه يجوز للمالك أن يطالب بفسخ العقد وانتهاء حق المنتفع تطبيقاً للقواعد العامة في العقود . وهذا ويلاحظ أنه اذا انتهى حق المنتفع لعدم تنفيذه لالتزاماته فان هذا الانتهاء لا يؤثر على حقوق الغير فاذا كان المنتفع قد رهن حقه فان حق هذا الدائن المرتهن في الرهن يبقى قائماً على الرغم من فسخ العقد الذي تقرر حق الانتفاع بمقتضاه .

٣٣٠ - سادساً - التقادم : تقرر المادة (١٢٦٠) أنه « ينتهي حق المنفعة بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة » . وهذه المادة مجرد تطبيق لاحكام

القواعد العامة فى التقادم ، ذلك ان من القواعد القانونية المتفق عليها أن جميع الحقوق شخصية كانت أو عينية تسقط بالتقادم ما عدا حق الملكية ، وان جميع الحقوق بما فيها حق الملكية تكتسب بالتقادم . وقد قرر النص المتقدم سقوط حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . وحكم هذا النص عام يتناول حق الانتفاع المقرر على العقار وعلى المنقول .

ويشترط لسقوط حق المنتفع بالتقادم أن يكون عدم الاستعمال (مستمرا) خلال الفترة التى نص عليها القانون ، وأن يكون (شاملا Complet) ويترتب على هذا أنه اذا كان حق الانتفاع مقررًا على بستان أو على ارض زراعية فاستعمل المنتفع بعض هذه البستان أو الارض فان حقه لا يسقط حتى ولو استمر عدم انتفاعه بالجزء الباقي من البستان أو من الارض خمس عشرة سنة . ومدة التقادم السالفة عرضة للوقف وللانقطاع تطبيقا لاحكام القواعد العامة . ولا تبدأ مدة التقادم الا من تاريخ آخر استعمال قام به المنتفع أو خلفه الخاص بصرف النظر عما اذا كان هذا الاستعمال قد وقع فى وقته المناسب أم وقع فى وقت آخر مثال هذا اذا فرضنا ان حق الانتفاع تقرر على غابة فان مدة التقادم تبدأ من تاريخ آخر احتطاب قام به المنتفع حتى ولو كان هذا الاحتطاب قد وقع فى غير الوقت الذى تقضى به طبيعة الاشياء . ولا عبرة كذلك بنوع الاستعمال فكل من الاستعمال المعتاد والاستعمال التعسفى كاف لمنع سريان التقادم .

ويسقط حق المنتفع بمضى خمس عشرة سنة على عدم الاستعمال بصرف النظر عما اذا كان المالك أو أى شخص آخر قد حل محله فى هذا الاستعمال أو ان العين تركت من غير استعمال لاننا فى صدد سقوط حق الانتفاع بالتقادم ولسنا فى صدد اكتسابه بمضى المدة .

٣٣١ - سابعا - اتحاد الذمة : - كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يشتمل على نص يقرر بأنه « ينتهى حق الانتفاع اذا اجتمعت فى شخص

واحد صفتا المنتفع والمالك غير أنه لا يعد منتفها اذا كان للمالك مصلحة في بقائه » وقد رأت لجنة المراجعة حذف هذا النص لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة • أما القانون المدني العراقي فإنه يقرر في المادة (١٢٥٩) بأنه « ينتهى حق المنتعة اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا المنتفع والمالك ، غير أنه لا يعد منتفها ان كان للمالك مصلحة فى بقائه كأن كانت الرقبة مرهونة » • فاذا مات المالك عن وارث هو المنتفع ، أو اشترى المنتفع العين من المالك أو وهبها المالك له فقد انقضى حق الانتفاع ، وسبب الانقضاء فى هذه الحالة ظاهر وذلك لأنه لا يمكن أن يكسب انسان حق انتفاع أو ارتفاق على عين يملكها فالملكية تستغرق هذا الحق ولا تنهى ولهذا ذهب الفقهاء الى أن حق المنتفع لا ينقضى وانما هو يثبت ويتوطد (Consolider) فالمنتفع الذى يصبح مالكا يبقى له الانتفاع بالعين ولكنه اذ ينتفع بها لا يستعملها أو يستغلها بصفته صاحب انتفاع وانما باعتبارها مالكا •

ولا يفهم مما تقدم أن اتحاد الذمة يقتصر على الحالة التى يصبح فيها المنتفع مالكا وانما هو يشمل الى جانب هذه الصورة الاخرى التى يصبح فيها المالك منتفعا مثال ذلك أن يشتري المالك من المنتفع حقه فى الانتفاع • ومع هذا فإنه يجب أن لا يغيب عن الازهان أن حق الانتفاع ينتهى حتما بوفاة المنتفع ويترتب على هذا أنه اذا مات المنتفع عن وارث وحيد هو المالك فاننا لسنا فى صدد انقضاء حق الانتفاع بسبب اتحاد الذمة وانما يكون حق الانتفاع قد انقضى بسبب آخر هو وفاة المنتفع فلم تجتمع فى المالك صفتا المنتفع والمالك •

ولما كان انقضاء حق الانتفاع فى هذه الحالة ناشئا عن اجتماع صفتى المالك والمنتفع فى شخص واحد وبعبارة أخرى لما كان الاساس القانونى لانقضاء حق المنتفع هو اتحاد الذمة ، لهذا فإنه لا بد من تطبيق الاحكام والقواعد المقررة فى هذا الصدد • ومن القواعد المقررة فى اتحاد الذمة انها انما تنهى الحق الشخصى أو العينى لما يعنى يحول دون مطالبة الشخص لنفسه أو دون تقرير حق عينى على عين يملكها ، ويترتب على هذا أنه متى زال هذا المانع فان الدين أو الحق العينى يبقى كما هو ، ومعنى هذا أنه لا يجوز للمستأجر أن يحتج باتحاد

الذمة ، فاذا كان المنتفع قد أجر العين ثم باع حق انتفاعه للمالك فإن التزام المستأجر بدفع الاجرة لا ينقضى لانقضاء حق الانتفاع باتحاد الذمة • واذا وهبني شخص عينا كان قد اثقلها بحق انتفاع ، ثم اشترت حق الانتفاع من المنتفع ، فقد انقضى هذا الحق باتحاد الذمة ، الا انه اذا رجع الواهب (المالك) في هبته لتوفر سبب من أسباب الرجوع كالحجود أو ولادة ولد بعد الهبة مثلا ، فان حق الانتفاع يحيا مرة أخرى ويعود كما كان لزوال المانع المتقدم • واذا باع المالك العين التي اثقلها بحق الانتفاع للمنتفع فقد انقضى حق الانتفاع لاتحاد الذمة ، الا أنه اذا فسخ عقد البيع لأي سبب من الاسباب فقد عاد حق الانتفاع ، وعلى هذا تقاس سائر الامثلة •

٣٣٢ - ثامنا - التنازل : - من المقرر فقها وقضاء أنه يستطيع المنتفع أن يتنازل عن حقه في الانتفاع ، وينحصر الخلاف بين فقهاء القانون المدني في طبيعة هذا العمل القانوني الذي يجب أن يتصف به التنازل ، فقد ذهب بعضهم الى أن التنازل يتم بادرة منفردة ومن غير حاجة الى رضا المالك ، بل ان هذا التنازل ينهي حق الانتفاع من تاريخ الاعلان عنه ولا يجوز للمنتفع أن يعدل عنه بحجة أن المالك لم يقبله بعد •

ويذهب فريق آخر الى أنه يشترط في التنازل أن يتم بمقتضى عقد فهو لا يقع بادرة منفردة وبالتالي فان حق المنتفع لا ينقضى الا من تاريخ قبول المالك للتنازل • والعلة في هذا الخلاف هو اختلاف فقهاء القانون المدني في تكييف طبيعة التنازل فقد ذهب بعضهم الى أنه عقد من عقود التبرع ، وذهب آخرون الى أنه عمل قانوني يتم بادرة منفردة ، ونحن نرى أن تنازل المنتفع عن حقه يتم من غير حاجة الى رضا المالك فالمشرع العراقي لا يعتبر التنازل أو الإبراء عقدا بل يعده عملا اراديا تكفي فيه ارادة واحدة (م ٤٢٢) •

ولا تشترط في تنازل المنتفع عن حقه أية شكلية خاصة ، فقد يكون هذا التنازل صريحا وقد يكون ضمنيا • وتقدير التنازل الضمني واستنتاجه مسألة موضوعية • ومن المقرر فقها وقضاء أن بيع المالك للعين المثقلة بحق الانتفاع

وعلم المنتفع بذلك وسكوته لا يعتبر تنازلا منه عن حقه فى الانتفاع وذلك لأن المالك انما يبيع حقه فى ملكية الرقبة دون الانتفاع بها • ولكن ما حكم اشتراك المنتفع مع المالك فى بيع العين المثقلة بحق الانتفاع هل يعتبر اشتراكه هذا تنازلا ضمنيا عن حقه ؟ يقرر الاستاذ الكبير (بودرى) أن مجرد مساهمة المنتفع فى البيع واشتراكه فيه لا يعتبر تنازلا ضمنيا عن حقه ولكنه قد يعتبر كذلك اذا أحاطته ظروف أخرى جعلته ينصرف حتما الى معنى التنازل ، ويترتب على هذا أنه اذا باع المالك العين المثقلة بحق الانتفاع بمحرر رسمى وكان الشاهد فيه هو المنتفع فان هذه الشادة لا تعتبر تنازلا عن حقه فى الانتفاع • الا أنه اذا ذكر فى العقد أن المالك انما يبيع الملكية كاملة غير منقوصة أو مجزأة وشهد المنتفع على هذا العقد فان شهادته هذه تدل على أنه اراد أن يطمئن المشتري الى أنه يملك العين ربة وانتفاعا ولهذا فان الشهادة فى هذه الحالة تعتبر تنازلا ضمنيا عن حق الانتفاع (١) •

وواضح جدا أن لدائى المنتفع أن يطعنوا فى تنازله عن حقه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات اذا توافرت شروطها •

(١) بودرى ف ٧٦٣ •

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

٣٣٣ - تقرر المادة (١٢٦١) أنه « يصح أن يكون تملك المنفعة قاصرا على الاستعمال أو على السكنى » . وتقرر المادة (١٢٦٢) أن « نطلاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق واسرته في خاصة انفسهم » .

قلنا ان المشرع العراقي جمع بين حق الانتفاع وبين حق الاستعمال والسكنى لما بين هذه الحقوق من علاقة العام بالخاص أو الكل بالجزء . وبيان ذلك أنه وان كان كل من حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى حقا من الحقوق العينية الاصلية التي تنصب على ملك الغير الا ان حق الاستعمال وحق السكنى كلاهما صورة مصغرة لحق الانتفاع .

ان حق الملكية كما عرفنا من قبل يعطى للمالك حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، فاذا ما تجزأت هذه الحقوق التي يشتمل عليها حق الملكية فأصبح حق التصرف في جهة وصار حق الاستعمال وحق الاستغلال في جهة أخرى قلنا أن من له حق التصرف فقط هو مالك الرقبة واطلقنا على من له حق الاستعمال والاستغلال اسم المنتفع وسمينا الحق الذي يشتمل على كل من هذين الحقين حق الانتفاع أو المنفعة . فاذا ما اكتسب الانسان على ملك الغير حق استعمال فقط دون حق الاستغلال كان هذا الحق العيني جزءا من حق الانتفاع وهو ما يسمى بحق الاستعمال ، فاذا ما اتخذ الاستعمال صورة السكن فهو حق السكنى .

هذا ويلاحظ أن حق الاستعمال قديم النشأة فقد عرفه الرومان وقرروا له أحكامه ، ولكنهم قصرُوا هذا الحق ، كما تدل تسميته ، على (الاستعمال) ولم يجعلوا لصاحبه حقاً في ثمار العين ولا في حاصلاتها .

وقد نقل القانون المدني الفرنسى هذا الحق عن الرومان مع بعض التحوير في نطاقه لا في طبيعته ، فبعد أن كان الرومان يقررون أن لا حق للمستعمل مطلقاً في ثمار العين التى ينصب عليها حقه ، قرر القانون الفرنسى أن للمستعمل الحق في ثمار العين ولكنه لم يذهب في هذا الحق الى الحد الذى قرره للمنتفع وانما قصر هذا الحق على ما يحتاج اليه المستعمل واسرته في خاصة انفسهم ، وهذا ما قرره المشرع العراقى ، ويجب أن يفهم من لفظ (الاسرة) الوارد في المادة (١٢٦٢) جميع من يعيلهم أو ينفق عليهم صاحب حق الاستعمال سواء أكانوا ورثة أم لم يكونوا كذلك ومعنى هذا أن لفظ الاسرة يتناول الاولاد والزوج والام والاب (اذا كان صاحب الحق ينفق عليهم) كما يتناول الخدم أو زوجة الاب أو أم الزوجة ، اذا توفر الشرط السالف .

ويجب عدم الخلط بين حق الانتفاع وبين حق الاستعمال فحق الاستعمال كما عرفنا (انتفاع مصغر Petit Usufruit) حتى لو استغرقت حاجات الاسرة جميع ثمار العين وذلك لما بين الحقيين من فروق أخرى سنشير إليها فيما يلى :

٣٣٤ - وتقرر المادة (١٢٦٣) أنه « لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » .

وهذا مظهر آخر من مظاهر الاختلاف بين حق الانتفاع من جهة وبين حق الاستعمال وحق السكنى من جهة أخرى . فقد قلنا أن للمنتفع أن يتصرف في حقه بجميع نواع التصرفات التى تقبله من بيع أو هبة أو اجارة أو اعارة أو رهن أو مزارعة أو أن يقدمه حصّة في شركة أو بدل صلح الخ . أما صاحب حق الاستعمال أو السكنى فإنه لا يجوز له ذلك كقاعدة عامة . ومعنى هذا أنه اذا ترتب لشخص حق استعمال على مزرعة أو بستان فليس له أن

يتنازل عن حقه للغير أو أن يبيعه إياه أو أن يؤجر المزرعة أو البستان أو
يرهنهما أو يعيرهما وهكذا •

ويترتب على هذا المنع أنه لا يجوز لدائني صاحب حق الاستعمال أو
حق السكنى أن يوقعوا حجرا على حقهما هذا • ويتساءل الفقهاء عما إذا كان
عدم جواز الحجز على حق الاستعمال أو حق السكنى يسرى على المالك كما
يسرى على الدائنين؟ ويذهب الأستاذ (بودرى) إلى وجوب التفرقة في هذه
الحالة بين فرضين أولهما أن يكون ترتيب حق الاستعمال قد جرى على سبيل
التبرع وفي هذا الفرض لا يستطيع المالك نفسه أن يوقع حجرا على هذا الحق
استيفاء لدينه منه ، وذلك لأن حق الاستعمال في هذه الحالة عبارة عن نفقة
مقررة وهي غير قابلة للحجز • وثانيهما أن يكون ترتيب حق الاستعمال قد
جرى بمقتضى عقد من عقود المعاوضة وفي هذا الفرض يعتبر عدم جواز الحجز
على حق الاستعمال مقررا لمصلحة المالك وحده ولهذا فإنه يستطيع أن يتنازل عن
هذا المانع بأن يقوم هو بإيقاع الحجز استيفاء لدينه (١) •

وقد ترتب على أن حق الاستعمال غير قابل لإيقاع الحجز عليه أنه لا يجوز
لدائني صاحب الحق أن يطعنوا في تنازله عن هذا الحق بدعوى عدم
نفاذ التصرفات •

٣٣٥ - وأما حق السكنى فإنه ليس الصورة من صور حق الاستعمال ،
فحق الاستعمال قد يكون على عقار وقد يكون على منقول ، فيصح أن يرد هذا
الحق على أرض أو بستان أو بحيرة خاصة أو دار أو قطيع من المواشى أو ما
شاكل ذلك • أما حق السكنى فإنه لا يكون إلا على الدور كما يظهر من اسمه •
ويترتب على أن حق السكنى عبارة عن صورة من صور حق الاستعمال أنه ،
مثله ، لا يجوز النزول عنه للغير ، ولا يقبل كذلك إيقاع الحجز عليه ، ومع
هذا فإن القانون الرومانى كان يجيز اجارة حق السكنى • هذا ويجب أن لا

(١) بودرى ف ٧٧٤ •

يغيب عن الاذهان أن المادة (١٢٦٣) تجيز لصاحب حق الاستعمال أو حق السكنى النزول عنه للغير بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .
أما الشرط الصريح فهو أوضح من أن يحتاج الى مثال ، وأما المبرر القوى فإن البحث عن توافره أو عدم توافره مسألة وقائع يكشف عنها قاضى الموضوع فى كل قضية على حدة . وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص لأن المبرر القوى كثيرا ما يتحقق فى حق السكنى بأن تقدم الدار الموصى بسكناها أو تصبح غير لائقة لسكن المنتفع فيكون له فى هذه الحالة أن يؤجرها .

٣٣٦ - وتقرر المادة (١٢٦٤) بأنه « ١ - اذا احتاجت الدار التى تقرر عليها حق السكنى الى اصلاح التزم صاحب هذا الحق باجرائه ، على أن تكون المباني التى يقيمها ملكا خالصا له ينتقل الى ورثته . ٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الاصلاح فللمحكمة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالاصلاح خصما من الاجرة ويرد الدار فى نهاية الايجار لصاحب حق السكنى » . وقد كان مشروع القانون المدنى المصرى يحتوى على نص مماثل لهذا النص هو المادة (١٢٥٤) ولكن لجنة مراجعة المشروع رأّت حذفها اكتفاء بالقواعد المقررة فى حق الانتفاع .

وتقرر المادة (١٢٦٥) أنه « فيما عدا الاحكام المتقدمة تسرى الاحكام المتعلقة بحق المنفعة على حق الاستعمال وحق السكنى ما دامت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين » .

ويترتب على هذا النص أن كلا من صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ملزم باستعمال الشئ فيما أعد له أو على النحو المحدد فى العمل القانونى الذى انشأ الحق ، وانه ملزم كذلك بأن يبذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة على العين ، وأن يتحمل النفقات البسيطة والتكاليف والرسوم والضرائب ، واذا كان حق الاستعمال مقررا على منقول وجب جرده والزم صاحب الحق بتقديم كفيل وهكذا ، الا أنه لا تطبق على هذين الحقين من أحكام

حق الانتفاع ما تتعارض مع طبيعتهما وعلى هذا لا يجوز للقاضى أن ينتزع العين من يد صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى ويسلمها لأمين لادارتها نيابة عن صاحب الحق ، وإذا كان حق الاستعمال مقررا على منقول وامتنع صاحب الحق عن تقديم كفيل فإنه لا يجوز بيع العين وتوظيف ثمنها فى شراء سندات عامة أو بطريقة أخرى لأن هذه الاحكام تتعارض مع طبيعة حق الاستعمال المتصل بشخص صاحبه •

الفصل الثالث

حق المساطحة

٣٣٧ - اقتبس المشرع العراقي هذا الحق واحكامه عن القانون المدني السوري اذ اننا لا نجد مثيلا لهذا الحق في القانون المدني المصري ، وقد عرف مشرعنا حق المساطحة في المادة (١٢٦٦) التي تنص على أن « ١ - حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء ، أو منشآت أخرى غير الغراس ، على أرض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض . ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته . ٢ - وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة الطابو » .

ويفهم من هذا التعريف أن حق المساطحة حق عيني عقارى أصلى ، وان مصدره الوحيد هو العقد وان هذا العقد شكلى لأنه لا ينعقد الا بعد تسجيله في دائرة الطابو فالتسجيل ركن من أركانه . ويحدد العقد مدى حقوق والتزامات المساطح . ومهما يكن من أمر فان محل التزام المساطح الاصلى هو عبارة عن اقامة أبنية أو منشآت أخرى غير الغراس ، فيجوز أن يتفق مالك أرض مع شخص على أن يقيم عليها دارا أو سينما أو معملا على أن ينتفع به مدة ثلاثين عاما ثم يصبح بعد ذلك ملكا خاصا لمالك الارض . ونحب أن نتساءل هنا عن العلة التي جعلت المشرع يستثنى الغراس كمحل للعقد المنشئ لحق المساطحة أفلا يجوز الاتفاق بين مالك الارض وبين شخص آخر على أن يفرس هذا أرض المالك ثم يصبح بعد مدة شريكا له أو على أن ينتفع بهذا الغراس عشر سنين مثلا ثم يتركه لصاحب الارض ؟ اننا لا نتردد في الاجابة على هذا السؤال بالايجاب ، واذن نتساءل مرة أخرى عن السبب الذى جعل المشرع

يستثنى الغراس كمحل للعقد المنشئ للمسطحة ؟ السبب في هذا الاستثناء عندى مزدوج فهو يرجع أولا الى أن الغراس ، لا يبقى على الارض طويلا فى الغالب وان العادة لم تجر بالمسطحة فيه ، وهو يرجع ثانيا الى أنه أجاز فى نص سابق هو نص المادة (٨٢٤) اعطاء أحد أرضه الى آخر ليغرس فيها اشجارا ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الاشجار والارض أو الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة ، وسمى مثل هذا الاتفاق مفارسة وعدها نوعا من الاجارة •

وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة (١٢٦٦) تسجيل العقد الذى انشأ حق المسطحة فى دائرة الطابو فاذا لم يسجل العقد فإنه يكون باطلا لتخلف ركن من أركانه وهو الشكلية التى اشترطها القانون صراحة •

٣٣٨ - وتقضى المادة (١٢٦٧) أنه « ١ - لا يجوز أن تزيد مدة حق المسطحة على خمسين سنة فان كانت المدة لم تحدد فلكل من المسطح وصاحب الارض أن ينهى العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك •

٢ - ولا يزول حق المسطحة بزوال البناء قبل انتهاء المدة » •

تقرر هذه المادة الحد الاعلى للمدة التى يجوز أن يستمر فيها حق المسطحة بخمسين سنة فاذا اتفق المالك مع المسطح على تحديد مدة تزيد عن هذه المدة فإنه يستطيع كل من الطرفين بعد فوات الخمسين سنة انتهاء حق المسطحة وتطبيق أحكام العقد التى يقررها فى هذه الحالة • والرأى عندى أنه لا حاجة فى هذه الحالة الى وجوب التنبيه على الطرف الآخر قبل ثلاث سنوات وذلك لأن هذه المدة انما تشترط فى حالة ما اذا لم يقم الطرفان المتعاقدان بتحديد مدة المسطحة • وتقرر الفقرة الثانية من المادة السالفة أن انهدام البناء قبل مضي المدة المحددة للمسطحة لا ينهى هذا الحق فاذا اتفق مالك الارض مع المسطح على أن يقوم الاخير بالبناء على أرض الاول على أن ينتفع بالبناء لمدة أربعين سنة فانهدم البناء كله بعد مضي عشرين سنة فان حق المسطحة يبقى قائما وللمسطح

أن يعيد البناء ويستمر فى الانتفاع بالبناء الجديد الى أن تمضى مدة الاربعين سنة المحددة فى العقد •

٣٣٩ - وتقرر المادة (١٢٦٨) أنه « اذا اتفق على اجرة فى مقابل الحق وتأخر المساطح عن دفعها ثلاث سنوات متواليات كان لصاحب الارض أن يطلب فسخ العقد ، هذا اذا لم يوجد اتفاق يخالفه » •

ليس هناك ما يمنع صاحب الارض من أن يشترط على المساطح ، الى جانب التزامه بالبناء أو اقامة المنشآت الاخرى ، أن يدفع أجرة سنوية له • فإذا ما تأخر المساطح عن دفع هذه الاجرة ثلاث سنوات متواليات فانه يجوز لصاحب الارض أن يطلب من المحكمة فسخ العقد • ومن الواضح أنه يشترط للفسخ أن يكون المالك قد اعذر المساطح بالانذار أو بما يقوم مقامه تطبيقاً لاحكام القواعد العامة • ولا مانع من أن يتفق الطرفان على أن الفسخ يقع من تلقاء نفسه ومن غير حاجة الى انذار أو الى حكم المحكمة عملاً بأحكام القواعد العامة كذلك •

ويجوز أن يتفق الطرفان على أنه لا يجوز لمالك الارض أن يطالب بفسخ العقد وانهاء حق المساطحة اذا ما تأخر المساطح فى دفع الاجرة المتفق عليها ثلاث سنوات متوالية أو أكثر ، كما لو اتفق الطرفان على أنه اذا امتنع المساطح عن دفع الاجرة فان لمالك الارض الحق فى استغلال الارض مدة معينة استيفاء لحقه أو كما لو اتفق الطرفان على ان الاجرة تستقطع مما قد يكون للمساطح من قيمة المنشآت المستحقة عند انتهاء مدة المساطحة أو أية طريقة أخرى يتفقان عليها •

وتقرر المادة (١٢٦٩) أنه « ١ - يملك المساطح ملكاً خالصاً ما احدث على الارض من بناء أو منشآت أخرى ، وله أن يتصرف فيه ، مقتصرنا بحق المساطحة ، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التملك فى دائرة الطابو وذلك دون اخلال بحق صاحب الارض وبالغرض الذى أعد له البناء أو المنشآت

وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه • ٢ - ويتنقل حق المساطح فى المساطحة
وفى البناء والمنشآت بالميراث والوصية •

للمساطح حقان أولهما حق فى البناء أو المنشآت التى أقامها على أرض
المالك ، وثانيهما حق المساطحة نفسه ، أما حقه فى البناء أو المنشآت فهو حق
ملكية خالصة وكل ما فى الامر اننا هنا فى صدد ملكية من نوع خاص • فقد
قلنا عند الكلام عن خصائص حق الملكية أنه حق مؤبد دائم ما بقى الشيء ، الا
أن ملكية المساطح للابنية ملكية مؤقتة تنتهى بانتهاء المدة المحددة فى العقد
على الغالب •

ولما كان المساطح مالكا لهذه الابنية والمنشآت لهذا فانه يجوز له أن
يتصرف فيها بجميع انواع التصرفات فله بيعها أو رهنها أو هبتها أو المقايضة
عليها أو تقديمها حصه فى شركة ، وله من باب أولى أن يقوم باستغلالها عن
طريق اجارتها للغير • الا أنه يلاحظ أن هذه الملكية وان كانت خالصة للمساطح
الا انها مقيدة بقيدتين خطيرين أولهما الغرض الذى أعد له البناء أو المنشآت
وثانيهما المدة المحددة لها فى العقد أو فى القانون ، ولهذا فان المساطح اذ يتصرف
بهذه الملكية للغير يخضع لقاعدة « لا يستطيع الانسان أن ينقل لغيره من حقوق
أكثر مما يملك » وحق المساطح فى ملكية المباني أو المنشآت مقيد بهذين
القيدتين واذن فحق من انتقلت اليه ملكية هذه المباني أو المنشآت مقيد
بهما كذلك •

وحق المساطح فى المساطحة متميز عن حقه فى ملكية المباني والمنشآت
فهو فى حقيقته (حق قرار) ولهذا جاز للمساطح أن يتصرف فى حق المساطحة
فاذا فرضنا أن عقدا ابرم بين مالك أرض وبين شخص على أن يكون لهذا الاخير
حق مساطحة على أرض الاول لمدة ثلاثين سنة على أن يبنى عليها بناء لا تقل
قيمه عن ثلاثة آلاف دينار ، فانه يجوز للمساطح قبل أن يبنى البناء أن يتصرف
فى حقه فى المساطحة أو فى القرار على أرض الغير • واذا مات المساطح قبل
البناء فقد انتقل حقه فى المساطحة الى ورثته على النحو المقرر فى علم الفرائض

وكذلك الحال فيما اذا مات المساطح بعد البناء فان هذا البناء ، وهو ملك للمساطح ، ينتقل الى الورثة بمقدار نصيبهم في تركة المساطح .
على أنه ليس هناك ما يمنع الطرفين من الاتفاق على أنه لا يجوز للمساطح أن يتصرف في حقه مدة المساطحة كلها أو بعض هذه المدة كالسنوات الثلاث الاولى أو الاخيرة .

وينبغي ان لا يغيب عن الاذهان أن المشرع اشترط التسجيل لنشوء حق المساطحة وللتصرف فيه بعوض أو من غير عوض .

٣٤٠ - وتقرر المادة (١٢٧٠) أنه « تنتقل ملكية البناء والمنشآت الاخرى عند انتهاء حق المساطحة الى صاحب الارض على أن يدفع للمساطح قيمتها مستحقة للقلع ، هذا اذا لم يوجد شرط يقضى بغيره » .

تقرر المادة السالفة أن القاعدة العامة في المساطحة هي أن ملكية المنشآت والابنية تنتقل عند انتهاء حق المساطحة الى مالك الارض وفي هذه الحالة يلتزم بأن يعوض المساطح عن قيمة هذه الابنية والمنشآت مستحقة للقلع . ومع هذا فإنه ليس هناك ما يمنع الطرفين من الاتفاق على أن تبقى الابنية والمنشآت بعد انتهاء حق المساطحة مشتركة بين مالك الارض وبين المساطح ، أو على أن يمتلك المساطح جزءا من الابنية أو المنشآت مع الجزء المقامة عليه من الارض . وفي هذه الحالة الاخيرة نجد أنفسنا عند انتهاء حق المساطحة ازاء ملكية شائعة تخضع لما يخضع له الشيوع من قواعد وأحكام .

الباب الرابع

حقوق الارتفاق

٣٤١ - تمهيد وتقسيم : - عالج المشرع العراقي حقوق الارتفاق في المواد (١٢٧١ - ١٢٨٤) وقد أفرد لها فصلا خاصا هو الفصل الثالث من الباب الثاني المخصص للحقوق المتفرعة عن حق الملكية وقسم هذا الفصل الى ثلاثة فروع أولها لترتيب حقوق الارتفاق • وثانيها لاحكام حقوق الارتفاق • وثالثها لانقضاء حقوق الارتفاق • وعلى هذا النهج نسير فنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول على النحو التالي :

- الفصل الاول : ترتيب حقوق الارتفاق
- الفصل الثاني : أحكام حقوق الارتفاق
- الفصل الثالث : انقضاء حقوق الارتفاق

الفصل الأول

ترتيب حقوق الارتفاق

٣٤٢ - نقسم الكلام عن هذا الفصل الاول الى ثلاثة مباحث : -

أولها : لتعريف حق الارتفاق وخصائصه .

وثانيها : لانواع حقوق الارتفاق .

وثالثها : لمصادر حقوق الارتفاق .

المبحث الاول

تعريف حق الارتفاق وخصائصه

٣٤٣ - تعرف المادة (١٢٧١) حق الارتفاق على النحو الآتى « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر » (المادة ١٠١٥ مصرى ، ٩٦٠ سورى ، ٦٣٧ فرنسى ، ٣٧ مرشد الحيران) •

وفيه من هذا التعريف أن حق الارتفاق عبارة عن تكليف مقرر لعقار على عقار آخر يملكه مالك ثان • ويطلق على العقار المثقل بحق الارتفاق اسم العقار الخادم وعلى العقار الذى تقرر هذا الحق لمنفعته اسم العقار المخدم • وظاهر مما تقدم أن حق الارتفاق حق عيني عقارى على الدوام فهو لا يترتب الا على عقار ولمصلحة آخر ، أما اذا تقرر هذا التكليف على عقار لمصلحة شخص كالصيد أو التنزه مثلاً فإنه ليس من حقوق الارتفاق فى شيء • ولا بد من أن يختلف ملاك العقارين اذ لا يتصور أن يتقرر حق ارتفاق على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لنفس مالك العقار الاول •

ونستطيع بعد هذا أن نفرق بين حق الارتفاق من جهة وبين حق الانتفاع الذى يطلق عليه أحيانا اسم (الارتفاق الشخصى) من جهة أخرى • ونجمل هذه الفروق فيما يلى :

- ١ - حق الانتفاع كما عرفنا من قبل قد ينصب على عقار أو على منقول ، وذلك على خلاف حق الارتفاق الذى لا يتقرر الا على عقار ولمصلحة عقار آخر •
- ٢ - لما كان حق الانتفاع مقررا لمنفعة شخص فهو مؤقت بطبيعته ينتهى

أجله او بموت المنتفع على كل حال ، أما حق الارتفاق فإنه يتقرر لمنفعة عقار فهو دائم بدوامه خالد بخلوده .

٣ - حق الانتفاع حق متميز مستقل قائم بذاته ، وهو يعتبر عنصرا من عناصر ذمة المنتفع ولهذا جاز له ان يتصرف فيه بجميع انواع التصرفات من بيع أو هبة أو رهن الخ . اما حق الارتفاق فإنه حق تابع Accessoire للعقار المرتفق ولهذا فإنه لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن العقار كما لا يصح ايقاع الحجز عليه او رهنه الخ .

٤ - ان الاعمال الخاصة بحقوق الارتفاق مقررة ومعيّنة ، خلافا لحق الانتفاع فان المنتفع يعمل كل أعمال الانتفاع كالمالك .

٥ - قلنا ان حق الانتفاع يعطى لصاحبه حق استعمال ملك الغير واستغلاله ، اما حق الارتفاق فإنه لا يعطى للمالك العقار المخدم حق استغلال العقار الخادم أى الانتفاع بمحصولاته وثمراته .

٣٤٤ - وقد جرت عادة المؤلفين على التفرقة بين حق الارتفاق وبين حق الملكية وعلى الاخص الملكية المشاعة . فإنه اذا ظهر للوهلة الاولى ان التمييز بديهى وظاهر بين كل من هذين الحقين الان هذه التفرقة قد تدق فى بعض الاحيان فيصعب تكييف الحق الذى يملكه شخص على عقار بأنه حق ارتفاق أو انه حق ملكية . فاذا فرضنا ان عقارى يفصل عقارك عن الطريق العام ، وكنت تمر الى هذا الطريق العام بممر يخرق عقارى فبأى صفة او سند يحق لك المرور ؟ الغالب ان المرور فى هذا المثل عبارة عن حق ارتفاق يثقل عقارى ولكن الا يصح القول بأنه اذا تقرر لك هذا الحق فقد اصبحت مالكا للممر الذى يخرق عقارى فأرض هذا الممر تصبح ملكا خالصا لك ؟ أو الا يصح القول بأن هذه الارض تصبح مملوكة على سبيل الشيوع بينى وبينك ؟

ونظرا لما تقدم فإنه ينبغى ان نفرق بين الملكية وحق الارتفاق ونحن نلخص الفروق بينهما فيما يلى : -

١ - ان حق الملكية سواء أكانت ملكية مفرزة أم مشاعة يمكن اكتسابه

بالتقادم ، اما حقوق الارتفاق فأنها لا تكتسب كلها بالتقادم وانما يقتصر هذا على حقوق الارتفاق الظاهرة أو الظاهرة المستمرة على اختلاف فى القوانين كما سيتضح فيما بعد .

٢ - ان لمن له حق الملكية ، أو لمن يكون شريكا فى الملكية المشاعة ، ان يرفع عند الاقتضاء دعوى الحيازة لاسترداد حيازته ، ويضمن بذلك لنفسه مركز المدعى عليه فى دعوى الملكية التى تقام بعد ذلك ولهذا المركز فائدة ظاهرة من حيث عبء الاثبات . أما الذى لا يكون له الا حق ارتفاق على العقار فان دعوى منع التعرض تكون له اذا كان حق الارتفاق الذى يدعيه ظاهرا ومستمرا (كما يستفاد من المادتين ٦٩٠ ، ٢٢٢٩ مدنى فرنسى والمادة ٢٣ مرافعات مدنية فرنسى) . وقد جرى القضاء الفرنسى كذلك على ان يمنح صاحب حق الارتفاق دعوى منع التعرض حتى ولو كان هذا الحق غير ظاهر او غير مستمر متى كانت الحيازة ثابتة بسند مصدره الانسان أو القانون وذلك لان مثل هذا السند يزيل قرينة الحيازة العرضية التى تعيب حيازة حق الارتفاق غير المستمر او غير الظاهر . ولكن لا يمكن رفع دعوى وضع اليد اذا كان حق الارتفاق غير المستمر أو غير الظاهر لا يستند الى سند .

٣ - ان حقوق المالك او الشريك فى الملكية اوسع نطاقا من حقوق صاحب حق الارتفاق ، وعلى هذا فان الشريك فى منبع ماء او عين له ان يستخدم ماء هذا المنبع فى كل وجوه الاستعمال التى يكون قابلا لها وليس عليه من قيد الا عدم الاضرار بحق الشركاء الآخرين . أما اذا كان صاحب حق ارتفاق بالمجرى أو الاغتراف فأنه لا يحق له الا أخذ الماء الكافى لرى أرضه أو المجىء لاغتراف الماء .

٤ - ان حق الارتفاق يزول بعدم الاستعمال فى المدة القانونية أما حق الملكية فأنه كما تقدم القول لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال مدتة .

٥ - فى حق الارتفاق يجوز لمالك العقار الخادم فى بعض الحالات (المادة ١٢٧٨ / ٢) ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار بل والى

عقار آخر يملكه هو أو يملكه اجنبى اذا قبل هذا الاجنبى اذا ما اصبح من شأن هذا الارتفاق ان يمنع احدث تحسينات فى العقار المرتفق به او كان المحل الذى تقرر فيه مما يزيد فى عبء الارتفاق ، ولا يتصور مثل هذا الفرض فى الملكية اذ لا يجوز ان يفرض شخص على آخر استبدال عين بأخرى والا كان هذا نوعا من نزع الملكية لا صلة له بالمصلحة العامة فهو غير جائز^(١) .

٣٤٥ - وفصل التفرقة بين حق الملكية وحق الارتفاق هو السند أولا ، كعقد البيع او القسمة ، فاذا حصل نزاع فى تفسير بعض عبارات هذا السند فصل قاضى الموضوع فيه دون ان تكون لمحكمة التمييز رقابة عليه فى هذا ، فاذا فرضنا ان السند المتنازع فى تفسير بعض عباراته هو عقد قسمة وكانت نصوص العقد غير صريحة ، وجب ان يفترض ان اجزاء العقار المتروكة لاستعمال جميع المتقاسمين (كالبئر أو الحوش أو الممر) مملوكة بينهم على سبيل الشيوع .

٣٤٦ - وقد ينشأ الحق الواحد اما عن التزام ، او عن حق انتفاع او استعمال ، أو عن حق ارتفاق . ويضرب الاستاذ (بودرى) لتوضيح هذه المسألة المثال الآتى : -

اذا كنت مالكا لقصر وكنت مالكا لغابة مجاورة ، وكنت احتاج فى كل سنة الى مقدار من الخشب للتدفئة وكان فى امكاني الحصول عليها من الغابة التى تملكها ، فأننى استطعت الحصول عليها بأحد الاتفاقات الثلاثة الآتية : -

١ - اتفق معك على ان تورد لى فى كل سنة مقدارا معينا من الخشب بمبلغ قدره خمسون دينارا ، وهذا الاتفاق ينشئ بينى وبينك رابطة تعاقدية تفرض عليك التزاما شخصيا وتنشئ لى حقا شخصيا فى هذا المقدار من الخشب .

٢ - اتفق معك على ان ادفع لك الف دينار على ان يكون لى الحق ، ما دمت حيا ، بان اقتطع كل سنة من غابتك المقدار اللازم للتدفئة . وهذا الاتفاق ينشئ لى حقا عينيا على غابتك هو حق استعمال .

(١) بودرى ف ٨٠٥ كامل مرسى ف ٣٣٥ .

٣ - اتفق معك على ان ادفع لك الفى دينار على ان يكون لقصرى حق دائم على غابتك فى أخذ مقدار الخشب اللازم للتدفئة بصرف النظر عن مالك هذا القصر ، وهذا الاتفاق ينشئ لقصرى حق ارتفاق على غابتك يبقى ما بقى العقاران^(١) .

٣٤٧ - وكما ان حق الملكية يخضع لبعض القيود القانونية أو الاتفاقية فان حق الارتفاق يخضع بدوره الى بعض أنواع من القيود .

فالقيد الاول فى حقوق الارتفاق هو ان لا ميزة لعقار على عقار وقد قرر هذا القيد بالمادة (٦٣٨) من القانون المدنى الفرنسى ، وكان الغرض الذى رمى اليه واضعو هذا القانون من هذا النص هو القضاء على ما كان معروفا فى القرون الوسطى من امتيازات الاشراف ورجال الاقطاع ، اذ كان لذلك العهد من القواعد المرعية ما يجعل بعض العقارات تفضل بعضها الآخر بنسبة ما يتفاضل به اصحابها فى الجاه والمركز الاجتماعى . وكان من حق من يضع يده على اراضى خاصة ان يكون له حق السيادة على اراضى أخرى كما كان من حقه ان يتقاضى (جعلا) هو علامة الخضوع والتبعية له . وقد قضت الثورة الفرنسية على هذه الامتيازات فساوت بين الافراد وبين العقارات . والقيد الثانى فى حقوق الارتفاق هو انه لا يجوز ان يتقرر هذا الحق لمصلحة الشخص أو ضده ، وقد نصت على هذا القيد المادة (٦٨٦) من القانون الفرنسى ، لان الارتفاق الشخصى عبارة عن استرقاق أو رق وهو ما تحرمة القوانين الوضعية .

والقيد الثالث فى حقوق الارتفاق هو قيد النظام العام فلا يجوز ان يترتب عن الالتزام الخاص بالارتفاق ما يتعارض مع المصلحة العامة أو النظام العام ، فاذا فرضنا ان شخصا باع لآخر جزءا من عقاره واشترط على المشتري ان لا يتصرف فيما اشتراه فان هذا الشرط باطل حتى ولو نظرنا اليه باعتباره حق ارتفاق مقرر على العين التى اشتراها لمصلحة عقاره البائع المجاور .

(١) بودرى ف ٨١٠ .

٣٤٨ - والقاعدة العامة ان حق الارتفاق يجوز ان ينصب على كل عقار

يصح التعامل فيه . ومع هذا فان هذه القاعدة مقيدة من ناحيتين : فهناك بعض العقارات التي يصح التعامل فيها ومع هذا فانها لا تقبل ان تكون محلا لحق الارتفاق ، وهناك بعض العقارات التي لا يصح التعامل فيها ومع هذا فانها يصح ان تكون محلا لحق الارتفاق .

فالأشجار عقارات بطبيعتها ومع هذا فانه لا يجوز ان ينصب عليها حق ارتفاق . ويقرر الأستاذ (بلانيول) ان العلة في هذا الاستثناء هي ان الأشجار معدة للبقاء المؤقت فستموت في يوم ما وحق الارتفاق حق مؤبد ولهذا لا يجوز ان ينصب حق مؤبد على شيء سيفنى قريبا أو بعيدا ، ثم يقرر الأستاذ (بلانيول) ان هذه الحجة محل نظر ومثار لاختلاف في الرأي . ولا يصح ان ينصب حق الارتفاق على العقارات بالتخصيص وذلك لان هذه العقارات عقارات بالتسمية فقط أو هي عقارات بافتراض قانوني ولكنها منقولات بطبيعتها . كما لا يصح ان تنصب حقوق الارتفاق على العقارات المعنوية ، واستنادا الى هذا لا يجوز ان ينصب حق الارتفاق على حق ارتفاق (*Servitus servitutis esse non potest*)

والعقارات المعبرة من الاموال العامة وان كانت لا تقبل التعامل الا انها قد تكون محلا لبعض حقوق الارتفاق . فاذا كانت عقارات الدومين العام لا تقبل التعامل فذلك راجع الى تخصيصها للانتفاع العام ، ويترتب على هذا ان الارتفاق الذي لا يتعارض مع تخصيص هذه العقارات للانتفاع العام يصح ان يرد على هذه العقارات ، وبهذا قضى المشرع المصري في الفقرة الاخيرة من المادة (١٠١٥) التي تنص على انه « يجوز ان يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » .

وقد ذهب الأستاذ الكبير (بودري) الى انه يجب التفرقة بالنسبة لخضوع الاموال العامة لحق الارتفاق بين ثلاثة فروض .

اولها - اذا كان التكاليف الذي يقرر على العقار المعبر من الاموال

العامة لمصلحة عقار مجاور ، يتعارض مع تخصيص هذا العقار للانتفاع العام فانه لا يمكن تقرير حق ارتفاق عليه . واذا كان يجوز للحكومة ان تسمح ببعض أعمال الاستعمال فان لها ان تقف هذه الاعمال بدون ان يكون للمالك الذى يجريها أى حق فى التعويض لانه لم يكتسب حقا وانما كانت هذه الاعمال التى أبيحت له من قبيل التسامح أو الاباحة ، فالمالك المجاور للطريق العام أو ميدان عام لا يستطيع اكتساب الحق فى ان تكون له ارائك أو درج فى الشارع أو فى الميدان او ان يكون له تحت الطريق العام مجرى للماء أو قبو . ولا يستطيع من يرتكز بناؤه على حائط لمسجد أو كنيسة ان يكتسب الملكية المشاعة فى هذا الحائط مهما طال ارتكازه عليه كما لا يكتسب حقا فى الارتفاق فيجوز الزامه برفع بنائه واستناده على الحائط .

وثانيها : اذا كان الاستعمال المرتب لمصلحة الملاك المجاورين للعقار الداخلى فى الاملاك العامة يتفق مع تخصيص العقار ، كما اذا فتحت شبائيك أو أبواب على الطريق العام ، فالمالك المجاور للطريق العام لا يفعل ذلك بناء على تسامح من الادارة وليس للادارة ان تسترد المزاي التى ينتفع بها من غير ان تمنحه تعويضا ، ويكاد الفقه يجمع على وجود حق فى هذه الحالة لمصلحة الملاك المجاورين للملك العام . ولا تتردد المحاكم فى الحكم لهم بتعويض اذا ترتب على اخراج الطرق العامة من الدومين العام المساس بالانتفاع بالحقوق المكتسبة ، وانما ينحصر الخلاف فى تكييف حق الملاك المجاورين لانه اذا اعتبر حق الملاك ارتفاقا وجب ان يكون ارتفاقا من نوع خاص لان الحكومة لها دائما الحق فى تغيير حالة الامكنة وازالة صفة الملك العام عن الطرق العامة ، وبذلك تعدم حق الملاك المجاورين . فحقوق الملاك المجاورين للطريق العام وان كانت تشبه حقوق الارتفاق فانها تختلف عنها فى ان العقار الخادم يجوز تخليصه من التكاليف الذى يتحمل به متى شاعت السلطة الادارية . والتكليف الذى يتحمل به الطريق العام ليس تكليفا حقيقيا بالنسبة الى العقار الذى يخضع له لان المنفعة التى يجنيها الملاك المجاورون لا تنقص من فائدته .

وقد نبذ بعض الشراح فكرة الارتفاق مقررًا أن حق الملاك المجاورين للطريق العام هو نتيجة اتفاق ضمني بينهم وبين جهة الإدارة تضمنه الثقة العامة . إذ أنه عندما تفتح إحدى الطرق يوجد شبه عرض للملاك المجاورين بالبناء وبفتح مطلات واستعمال الطريق العام وفقًا لتخصيصه مع التعهد الضمني بأن الملاك المجاورين لا يمكن حرمانهم من المزايا المكتسبة من غير تعويض . وهذا العرض وهذا الضمان يتجددان ويوجدان بصفة صريحة خاصة عندما يعطى الملاك (خط التنظيم) والتعويض الذى يمنح يجب أن يقدر بنسبة الضرر الذى يلحق الملك المجاور للطريق العام .

وإذا زالت الصفة العامة عن الطريق بأن لم يبق مخصصًا للمنفعة العامة وإنما بيع لأحد الأفراد ، فإنه إذا اتفق مع المشتري على احترام المطلات والمسالك فلا صعوبة فى الأمر ولكن إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإنه يكون للملاك المجاورين ، الذين يحرمون من المزايا التى كانوا يتمتعون بها ، الحق فى طلب تعويض من جهة الإدارة أو من المشتري أن نص فى عقده على الزامه بدفع التعويضات .

وثالثها - إذا كان الاستعمال أو المزايا التى يكتسبها الملاك المجاورون للإملاك العامة ، من غير أن تكون مطابقة لتخصيص العقار الداخلى فى الملك العام ، لا تتعارض مع هذا التخصيص . فى هذه الحالة قد يتولد حق كما فى الحالة السالفة ولا يمكن حرمان الملاك المجاورين من المزايا التى كانوا يتمتعون بها من غير أن يعطوا تعويضًا . ولكن بما أنه لا يتصور هنا وجود عرض سابق فإن وجود الحق خاضعًا لاتفاق صريح أو على الأقل لمضى المدة المقررة للاكتساب ، بالتقادم^(١) .

(١) بودرى فى ٧٩٥ - ٧٩٨ ، كامل مرسى فى ٣٦٣ ، بلانيسول وريبير ح ٣ فى ٨٨٨ .

المبحث الثاني

أنواع حقوق الارتفاق

٣٤٩ - تقرر المادة (٦٣٩) من القانون المدني الفرنسي ان « حق الارتفاق ينشأ اما عن الموقع الطبيعي للامكنة واما عن التزامات يفرضها القانون واما عن الاتفاقات المعقودة بين الملاك » . ويفهم من النص المتقدم ان حقوق الارتفاق تنقسم ، وفقا لاحكام القانون الفرنسي ، من حيث مصدرها الى ثلاثة أنواع : ارتفاقات طبيعية ، وارتفاقات قانونية ، وارتفاقات اتفاقية .

وقد كان هذا التقسيم مثارا لنقد شديد من الفقهاء ، فليس هناك مبرر للفرقة بين حقوق الارتفاق الناشئة عن الموقع الطبيعي للعقارات وتلك التي يرتبها القانون ، فاي فارق يوجد ، من حيث طبيعة الحق ، بين حق الارتفاق الذي تنص عليه المادة (٦٤٦) من القانون الفرنسي والتي تخول كل مالك الحق في ان يلزم جاره بوضع حدود لاماكنهما المتلاصقة ، وبين حق الارتفاق الذي تنص عليه المادة (٦٦٣) من القانون المذكور والتي تسمح بمقتضاها لكل انسان ان يجبر جاره في المدن والضواحي بان يشترك معه في انشاء أو اصلاح السياج الفاصل بين منازلهما أو أحواشهما أو بساتينهما ؟ وكيف يمكن تفسير ان الاول هو من حقوق الارتفاق التي تنشأ عن الموقع الطبيعي للامكنة وان الثاني من حقوق الارتفاق التي يرتبها القانون ؟ ان المنطق يقضي بمزج هذين النوعين وتقسيم حقوق الارتفاق الى نوعين فقط هي تلك التي ينشئها القانون وتلك التي تنشأ بعمل الانسان . هذا ويجب ان لا يغيب عن الاذهان ان الارتفاقات المقررة بالقانون هي في حقيقة الامر والواقع قيود

ترد على حق الملكية ولهذا ورد الكلام عنها عند الكلام عن قيود الملكية
(المواد ١٠٥١ - ١٠٦٠) •

٣٥٠ - وقد أشار القانون المدني الفرنسى فى المواد (٦٨٧ - ٦٨٩)
الى تقسيمات اخرى لحقوق الارتفاق ، فقد قضى فى المادة الاولى ان حقوق
الارتفاق اما ان تكون مرتبة لاستعمال البناء او لاستعمال الارض ، وقرر فى
المادة الثانية ان حقوق الارتفاق اما ان تكون مستمرة او غير مستمرة وقضى
فى المادة الثالثة ان حقوق الارتفاق اما ان تكون ظاهرة أو غير ظاهرة ، وضرب
لحقوق الارتفاق المستمرة وغير المستمرة ، ولحقوق الارتفاق الظاهرة وغير
الظاهرة بعض الامثلة •

وتسمى حقوق الارتفاق المقررة لاستعمال البناء حقوق الارتفاق
المدينة ، وتسمى حقوق الارتفاق المقررة لاستعمال الارض حقوق الارتفاق
الزراعية وقد ورث القانون الفرنسى هذا التقسيم عن القانون الرومانى وهو
تقسيم لامحل له ولا فائدة فيه فى التقنيات الحديثة لانه تقسيم لا يستند على
اساس علمى يقوم على اختلاف طبيعة الحق او نطاقه • ولهذا السبب اغفلت
التشريعات الحديثة الاشارة اليه •

اما المشرع العراقى فقد اشار الى حقوق الارتفاق الظاهرة فقرر فى
المادة (٢/١٢٧٢) بأنه يحتج بالتقادم فى حق المرور وحق المسيل وغيرها
من حقوق الارتفاق الظاهرة •

وقرر فى الفقرة الاولى من المادة (١٢٧٣) بأن « الارتفاقات الظاهرة
يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الاصلى » •

وعلى هذا فاننا نقصر الكلام على شرح الارتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة
أولاً ، والارتفاقات المستمرة وغير المستمرة ثانياً •

٣٥١ - أولاً : الارتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة : حقوق الارتفاق
الظاهرة هى التى تدل عليها أعمال خارجية كالأبواب والشبابيك والقنوات ،
وبعبارة اخرى يكون حق الارتفاق ظاهراً اذا توافر فيه شرط الاعلان الذى

يتطلبه وضع اليد ، فيجب ان يظهر حق الارتفاق لمالك العقار الخادم وان يعلن عنه بطريقة محققة لانغموض فيها ولا لبس ، وليس من الضروري ان يكون هذا الاعلان باعمال تثقل العقار الخادم ولكن على الاقل يجب ان يعلن عنه بعلامة حسية تكشف عنه •

وحقوق الارتفاق غير الظاهرة هي التى ليست لها علامة خارجية تدل على وجودها كحق الارتفاق الخاص بعدم البناء على ارض من الاراضى او منع رفع البناء زيادة على ارتفاع معين •

وقد يحصل احيانا ان يكون الارتفاق جامعاً بين صنفى الظهور وعدم الظهور فقد يكون تارة ظاهراً وطوراً غير ظاهر ، مثال ذلك حق المجرى الذى يستعمل بواسطة انابيب موضوعة على سطح الارض فهو حق ارتفاق ظاهر فاذا وضعت الانابيب داخل الارض ودفنت فيها اصبح هذا الحق غير ظاهر • وحق المرور يكون ظاهراً اذا دل على وجوده طريق من الحجر أو ممر مخطط او باب ويكون غير ظاهر اذا لم يدل عليه اثر ، والغالب فى حق الارتفاق بالمرور فى الغيطان والمزارع ان يكون حق ارتفاق غير ظاهر •

والتفرقة فيما اذا كان حق الارتفاق ظاهراً او غير ظاهر مسألة وقائع يكشف عنها قاضى الموضوع دون ان تكون لمحكمة التمييز رقابة عليه •

٣٥٢ - ثانياً : الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة : - تعرف المادة (٦٨٨) من القانون المدنى الفرنسى حقوق الارتفاق المستمرة بأنها تلك التى يكون استعمالها ، او يمكن ان يكون استعمالها ، متواصلاً من غير حاجة الى العمل الحالى للانسان كمجارى المياه والميازيب والمطلات ونحو ذلك • ومعنى هذا ان حقوق الارتفاق المستمرة لا تحتاج الى عمل مستمر متكرر من جانب مالك العقار المخدوم ، وانما هى تنشأ من الوضع الطبيعى للاشياء فهى تنهض وتنشأ بمجرد تقرير الحالة التى تستلزمها • ويستوى بعد هذا ان تكون هذه الحالة قد نشأت بفعل الطبيعة او بفعل الانسان •

وحقوق الارتفاق غير المستمرة هي التى يلزم لاستعمالها عمل الانسان

أى صدور أعمال متوالية من جانب مالك العقار المخدم ، كحق المرور وحق المرعى وحق اغتراف المياه وحق الشفة •

والذى يميز حقوق الارتفاق غير المستمرة ان استعمالها لا يبقى بعد عمل الانسان بل ينقطع بمجرد انتهاء هذا العمل كحق المرور فإنه يستعمل فى كل مرة يمر فيها مالك العقار المخدم على العقار الخادم •

وتبقى هذه الارتفاقات غير مستمرة حتى فى الحالة التى تنشأ لها أعمال ظاهرة لامكان استعمالها ، ولهذا وجب عدم الخلط بين حقوق الارتفاق الظاهرة وحقوق الارتفاق المستمرة فأنهما نوعان مختلفان •

فحق المرور الذى يدل عليه باب يسلم مفتاحه الى مالك العقار المخدم او الذى تنشأ له بعض الأعمال كطريق يخترق العقار المجاور مثلاً او قنطرة صغيرة فوق خندق حق ارتفاق ظاهر ولكنه غير مستمر •

وهناك بعض الارتفاقات ذات طبيعة خاصة تختلف باختلاف الظروف المحيطة بها كحق الارتفاق الخاص بالمجرى أو بالمسيل ، فإذا كانت المياه مياه أمطار اعتبر حق الارتفاق مستمرا لان استعمال هذا الحق لا يحتاج الى تدخل الانسان ، اما اذا كانت المياه مياه متخلفة عن المنازل أو المصانع أى مياه صناعية كما تسمى أحيانا ، فأن هذه الارتفاقات تعتبر غير مستمرة لانه لا بد لاستعمالها من عمل الانسان بطريقة مطردة متكررة •

٣٥٣ - وقد مثل لقانون المدنى الفرنسى لحقوق ارتفاق المستمرة بمجارى المياه وحق المثل والميازيب • اما بالنسبة لمجارى المياه فان مصدر هذا الارتفاق يكون فى الغالب اتفاقاً بين الملاك ، ومتى وجد فان عمل الانسان يكون لازماً كذلك لانشاء المجرى على العقار المرتفق به (الخادم) كوضع أنابيب أو حفر ترعة ، ولكن متى وضعت الانابيب أو حفرت الترعة فان حق الارتفاق يستعمل من تلقاء نفسه دون تدخل فعل الانسان •

واما بالنسبة لحق المثل فإنه حق ارتفاق مستمر ولا ريب ولا يرد علينا بان الانسان لا يقف باستمرار أمام الشباك للاطلاع على عقار الجار لان العبرة بالحق نفسه فالشباك موجود دائماً وهو يحدد الجار الذى يخشى ان

يرى فالشباك اذن ابصار مستمر على عقار الجار • يضاف الى هذا ان الشبايك
لا تستعمل فقط للاطلاع منها بل انها تستعمل كذلك لتمرير الهواء وادخال
النور ولا يلزم لكل ذلك عمل الانسان •

واما بالنسبة للميازيب فأنها حق ارتفاق مستمر بلا شك واذا كانت
هذه الميازيب لا تستعمل بصورة مستمرة لان السماء لا تمطر على الدوام فانها
تستعمل كلما نزل المطر من غير تدخل الانسان^(١) •

وهناك تقسيمات أخرى لحقوق الارتفاق كتقسيمها الى موجبة وسالبة
وقد أشارت الى هذا النوع من الارتفاقات المادة (١٢٧٤) وستولى بحثها عند
شرح هذه المادة •

(١) أنظر بودرى ف ١٠٨٦ - ١٠٨٨ ، كامل مرسى ف ٣٧٧ - ٣٨٠ •

المبحث الثالث

مصادر حقوق الارتفاق

٣٥٤ - تقرر المادة (١٢٧٢) انه « ١ - يكسب حق الارتفاق بالعقد والميراث وبالوصية ٢٠ - ويحتج بالتقدم فى حق المرور وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة » .

وتقرر المادة (١٢٧٣) ان « ١ - الارتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الاصلى ٢٠ - ويكون هناك تخصيص من المالك الاصلى اذا تبين باى طريق من طرق الاثبات ان مالك عقارين منفصلين قد اقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى فانشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها ان تدل على وجود ارتفاق لو ان العقارين كانا مملوكين للمالكين مختلفين وفى هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى ايدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتها يعد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما مالم يكن ثم شرط صريح يخالف ذلك » .

وفهم من هاتين المادتين ان مصادر حقوق الارتفاق هي :

١ - العقد ٢٠ - الميراث ٣٠ - الوصية ٤٠ - التقدم ٥٠ - تخصيص المالك الاصلى .

وواضح ان العقد والوصية اعمال قانونية ، ولهذا فاننا نجمع الكلام عنهما فى فقرة واحدة .

٣٥٥ - اولاً : - العمل القانونى : - من المقرر فقها وقضاء ان جميع حقوق الارتفاق يجوز انشاؤها بالعمل القانونى سواء اكانت ظاهرة ام غير

ظاهرة ، مستمرة ام غير مستمرة ، موجبة ام سالبة • وليس هناك من قيد يحد من ارادة المتعاقدين أو الشخص سوى قيد النظام العام والقيد المقتبس من طبيعة حق الارتفاق العقارية • وعلى هذا لا يجوز الاتفاق على ترتيب حق ارتفاق بالمرور لتسهيل تهريب البضائع او تقرير حق ارتفاق بالرؤية على غرف النوم او الغرف التي يستبدل فيها المشلات او الرافصات ملابسهن • ومن مقتضى القيد الثانى انه لايجوز تقرير حق ارتفاق لشخص على شخص أو لشخص على عقار أو بالعكس فمثل هذه الارتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام كذلك ، لان طبيعة حق الارتفاق العقارية بلغت من الثبات والاستقرار الى الحد الذى أصبح كل اتفاق على ما يخالفها باطلا وهكذا صارت هذه الصفة من قواعد النظام العام •

وقد حصل التساؤل عما اذا كان الحق الذى ينشأ لمصلحة الاسرة من أجل الاحتياجات المنزلية يعتبر حق ارتفاق أو انه مجرد حق شخصى ؟ ويجب الاستاذ (بودرى) على هذا التساؤل بان الغالب فى مثل هذه الاتفاقات انها تنشئ ارتفاقا شخصيا (ويراد بالارتفاق الشخصى حق الانتفاع والاستعمال والسكنى) الا انه لا مانع من ان تأخذ هذه الحقوق صفة الارتفاقات العينية • مثال ذلك الاتفاق على اغتراف المياه من بئر الجار لالرى العقار ولكن للخدمة والاستعمال المنزلى ، ومثاله الاتفاق على اخذ الحطب اللازم للتدفئة من غابة مجاورة وعلى الاخض اذا كان المنزل بعيدا عن العمران وعن وسائل المواصلات ولا يمكن الحصول على الحطب اللازم للتدفئة الا بمشقة وجهد كبير فى هذه الامثلة وما شاكلها يعتبر الحق حق ارتفاق مقرر لمصلحة المنزل بصرف النظر عن ساكنيه •

ومن المسائل العملية والنظرية المعقدة هى معرفة ما اذا كان الحق الذى ينشأ لمصلحة صناعة او تجارة يقوم بها مالك العقار يعتبر حق ارتفاق ؟ ولا بد فى هذه المسألة من البحث اولا عما اذا كانت الخدمة التى يؤديها العقار الخادم يستفيد منها العقار الآخر أو يستفيد منها شخص المالك ، فاذا كانت الفائدة للعقار نفسه كان

الحق ارتفاقاً ويترتب على هذا انه اذا كنت مالكا لعقار اقيمت عليه معملا للطابوق ، ثم تعاقدت مع مالك عقار مجاور على ان يكون لى اخذ الطين او التراب منه فان هذا العقد ينشئ حق ارتفاق لعقارى على هذا العقار الاخر واذا كنت مالكا لبناء استخدمه كفندق فانه يجوز لى ان اتفق مع مالك ارض مجاورة او غير مجاورة على ان اضع فيها عربات الزبائن او ان اضع فيها موايد أو كراسى أيام الاعياد وفى المواسم ، فهذا الاتفاق يقرر حق ارتفاق لعقارى على هذه الارض .

هذا ما يذهب اليه الاستاذ (بودرى) ^(١) . ومع هذا فان هذا الرأى الذى يذهب اليه الاستاذ (بودرى) محل نظر عندى ذلك لان مثل هذا الاتفاق لم يقصد به خدمة العقار وانما اريد به خدمة مالك العقار وتسهيل تجارته . ومهما يكن من امر فان على القاضى ان يبحث فى كل حالة عن قصد المتعاقدين وطبيعة الحق الممنوح والغرض من الاتفاق وما اذا كان قد اريد به انشاء مجرد التزام او حق انتفاع او استعمال ، او اريد به انشاء حق ارتفاق .

٣٥٦ - ولم تعرض نصوص القانون للاهلية التى يجب توافرها فى مالك العقار الخادم ولا فى مالك العقار المخدم ومعنى هذا السكوت انه لا بد من الرجوع الى القواعد العامة . وتقضى هذه القواعد بأنه يجب ان يكون منشئ حق الارتفاق مالكا للعقار الخادم وان يكون له حق التصرف فيه مادام حق الارتفاق حقا عينيا عقاريا يعتبر جزءا من حق الملكية . ولما كان من الجائز ان يقترن نشوء او زوال حق الارتفاق بشرط فانه يجوز للمالك تحت شرط موقف أو فاسخ ان يرتب حق ارتفاق على العقار الذى يملكه ملكية معلقة على شرط ، الا ان مصير حق الارتفاق يتوقف على مصير الملكية نفسها فيزول بزوالها ويثبت بثبوتها بفعل الاثر الرجعى للشرط . والشريك فى الملكية المشاعة مالك بالنسبة لحصته اجنبى بالنسبة لحصص الآخرين فلا يجوز له ان يتصرف فى العقار تصرفا يضر حصص الآخرين او حقوقهم ، ولما كان حق الارتفاق تكليفا على العقار فان ترتيبه عليه يعتبر مضرأ بالنسبة لبقية

الشركاء ولهذا كانت القاعدة انه لا يجوز للشريك فى العقار المشاع ان يرتب عليه حق ارتفاق الا برضاء الشركاء جميعاً ، ومع هذا فانه قد يرتب الشريك حق ارتفاق على جزء مفرز من العقار وفى هذه الحالة يتوقف مصير حق الارتفاق على نتيجة القسمة فاذا ظهر ان الجزء الذى اثقل بحق الارتفاق يقع فى حصة هذا الشريك فقد ثبت حق الارتفاق والا كان العقد الذى انشأ هذا الحق باطلا وبالتالى زال حق الارتفاق ، هذا ويجب ان لا يغيب عن الازهان ان حق الارتفاق عبارة عن تكليف على العقار ينقص من قيمته ولهذا جاز لبقية الشركاء ان يطعنوا بالعقد الذى أبرمه أحدهم من غير رضاهم والذى يريد به انشاء حق ارتفاق على عقارهم المشترك ، وذلك دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة .

ولما كان ترتيب حق الارتفاق يعتبر عملاً من اعمال التصرف ، فإنه لايجوز للمتفيع ان يرتب على العقار الذى له عليه حق منفعة حقاً من حقوق الارتفاق لانه ليس مالكاً لهذا العقار . وعلى العكس من هذا يستطيع مالك الرقبة ترتيب حق ارتفاق على العقار المثلل بحق انتفاع الا ان هذا الحق الاخير يحول دون الاستفادة من حق الارتفاق الا بعد انتهاء حق الانتفاع . ولا يستطيع واضع اليد (الحائز) حتى ولو كان حسن النية ، قبل ان يتملك العقار بمضى المدة المقررة فى القانون ، ان يثقل هذا العقار بحق ارتفاق يتمسك به ضد المالك الذى يطلب الاستحقاق .

اما بالنسبة لمالك العقار المخدم فإنه يجب ان يلاحظ ان حق الارتفاق انما يتقرر لخدمة هذا العقار وفائدته ولهذا فان الشرط الوحيد الذى ينبغى توافره فى المتفيع بهذا الحق هو ان يكون مالكا لهذا العقار المخدم وليس من الضرورى بعد هذا ان تتوافر فيه اهلية التصرف وانما يكفى ان تتوافر فيه أهلية التعاقد أو أهلية قبول التبرعات على حسب الاحوال . وليس من الضرورى ان يقع قبول ترتيب حق الارتفاق من قبل مالك العقار المخدم نفسه بل قد يقع من قبل وكيل او فضولى او مشرط لحساب الغير او متعهد عن الغير وفقاً لاحكام القواعد العامة المقررة فى هذه الحالات .

٣٥٧ - ويحق لنا ان نتساءل بعد هذا عما اذا كان من اللازم تسجيل العقد الذى يراد به انشاء حق ارتفاق ؟ لا خلاف فى فقه القوانين العربية وفى فقه القانونين المصرى والسورى على وجوب تسجيل حقوق الارتفاق ، ولكن ما هو موقف التشريع العراقى فى هذه المسألة ؟

احب ان الفت النظر هنا الى الامور الآتية : -

١ - ليس فى القانون المدنى العراقى نص يحتم تسجيل العقود التى يراد بها انشاء حق ارتفاق .

٢ - لم يلع القانون المدنى قانون تسوية حقوق الاراضى رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ وتعديلاته . وينص هذا القانون الاخير فى المادة الثالثة منه بان مهمة التسوية تتناول « تثبيت الحقوق المتعلقة بالاراضى كحقوق العقر والمروور والمجرى والمسيل والشرب وتعيين (عائدة !) هذه الحقوق والعلاقات ! » . وينص فى الفقرة (آ) من المادة (١٣) على انه « تسجيل الحقوق المتعلقة بالاراضى كالعقر والمروور والمجرى وحق الشرب والمسيل باسم ذوى العلاقة ؟ ! الذين تتوفر لديهم وثائق او دلائل كافية » .

٣ - ان قانون اصول تسجيل الاموال غير المنقولة فى الطابو ، وهو قانون لم يلقه القانون المدنى كذلك ، يقرر فى المادة الثانية منه « ان معاملات الاموال غير المنقولة التى يجب ان تجرى ! ! وتسجل فى دوائر الطابو هى كل ما من شأنها انشاء حق تملك او تصرف او انتقال او تقييد تصرف او تغييره او زواله ، كالبيع وأنواع الهبة والارث والانتقال والتفويض والاستملاك والقسمة والافراز والتوحيد والمبادلة (؟ !) والوصية والوقف والتأمين لقاء دين او كفالة » .

٤ - تقضى الفقرة الاولى من المادة (٢٤٧) من نظام الطابو بأنه « تكون العبرة للتعامل القديم فيما يختص بحقوق الشرب والسقى ؟ والمجرى والمسيل والمروور » وانه لايجوز تسجيل اى حق من الحقوق المذكورة اذا لم يكن مستنداً الى وثائق قانونية صالحة لاتخاذها اساساً للتسجيل ، او تسجيل حقوق

مخالفة للوثائق القانونية ، او حذف اى حق من الحقوق المذكورة التى سبق تدوينها فى قيود الطابو حتى وان تغير او ترك ذلك الحق ما لم يقترن الامر بحكم من المحكمة المختصة او باتفاق جميع ذوى العلاقة فى القضايا التى يجوز فيها الاتفاق .

٣٥٨ - ويحق لنا بعد ان سقنا هذه النصوص المختلفة ان نتساءل مرة اخرى عن موقف المشرع العراقى من تسجيل حقوق الارتفاق ؟ ان القانون المدنى اغفل الاشارة الى تسجيل العقد المنشئ لحق الارتفاق على خلاف موقفه من حق المساطحة الذى نص صراحة على وجوب تسجيله (م ١٢٦٦ / ٢) والمادة الثانية من قانون تسجيل الاموال غير المنقولة ليست من السعة بحيث تناول حقوق الارتفاق ، غير ان المادة الثالثة من قانون التسوية تقرر وجوب تثبيت حقوق الارتفاق التى تضرب لها بعض الامثلة ، وكذلك الحال بالنسبة للمادة الثالثة عشرة من القانون المذكور ، وتقرر المادة (٢٤٧) من نظام الطابو بان العبرة تكون للتعامل القديم فيما يتصل بحقوق الارتفاق . وامام هذه النصوص المهمة وهذا الموقف المانع من المشرع ، ان صح هذا التعبير ، تقرر ان دائرة الطابو مرتبطة ومقيدة بسجلات الدائرة وبسجلات التسوية التى تعتبر متممة ومكملة لها ، فالسجلات المنصوص فيها على حق من حقوق الارتفاق لابد من تسجيل كل تغير او نقل او زوال يلحق هذا الحق ، بل اننى اذهب الى القول بوجوب تسجيل حقوق الارتفاق متى كان العقار المثقل به والمتفّع منه مسجلين فى دائرة الطابو . فاذا لم يكن العقار مسجلاً فى دائرة الطابو فأنه لاجابة الى تسجيل حقوق الارتفاق التى قد تكون له او عليه ، واذا حصل نزاع على وجود او نفى حق ارتفاق على عقار من هذه العقارات فان المحكمة المختصة تفصل فى النزاع بحسب التعامل القديم ويجوز ان يستند هذا التعامل القديم الى سند رسمى او سند عرفى بل الى مجرد الشهادة .

٣٥٩ - ثانياً : الميراث : - حق الارتفاق من الحقوق المالية التى تعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية الا انه حق متصل بالعقار المخدوم وعلى هذا

فأنه ينتقل الى الحلف العام بانتقال هذا العقار ، واذا كان القانون المدني قد نص في الفقرة الاولى من المادة (١٢٧٢) على ان حق الارتفاق يكتسب (بالميراث) فإنه يجب تفسير هذه اللفظة تفسيراً واسعاً ، فقد اراد بها المشرع ان يقرر انتقال حق الارتفاق الى الحلف العام سواء اكان هذا الحلف وارثاً او صاحب حق انتقال • فاذا كان لعقار مملوك على عقار آخر حق ارتفاق ثم مات مالك العقار المخدم عن وارث او عدد من الورثة فقد انتقل اليهم حق عقار مورثهم في الارتفاق •

واذا كان لعقار من عقارات الدولة حق ارتفاق على عقار آخر ثم مات المتصرف بهذا العقار المخدم فقد تلقى اصحاب حق الانتقال عقار المتصرف بماله من حق ارتفاق •

هذا ويجب ان لا يغيب عن الالذهان ان حق الارتفاق حق عيني عقارى ولهذا فإنه حق مستقر في العقار ولاصق به فهو ينتقل مع هذا العقار وتبعاً له •

٣٦٠ - ثالثاً : التقادم : - من المقرر في فقه القانون المدني الفرنسى ان حقوق الارتفاق التى يجوز اكتسابها بمضى المدة هى حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة وبعبارة اكثر وضوحاً يشترط هذا القانون فى المادة (٦٩٠) لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم شرطين اولهما ان يكون ظاهراً وثانيهما ان يكون مستمراً ، فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، او كان ظاهراً ولكنه غير مستمر فإنه لا يجوز الاحتجاج باكتسابه بالتقادم مهما طال وضع اليد •

وقد كان هذا الحكم الذى قرره المشرع الفرنسى فى المادة السالفة موضع نقد شديد من فقهاء القانون عندهم ، فهم يرون ان اشتراط كون الارتفاق مستمراً حتى يصح اكتسابه بالتقادم لاتبرره سوى العادات التى كانت متبعة فى بعض المدن الفرنسية على عهد القانون القديم ، وان المنطق القانونى البحت يؤدى الى القول بجواز اكتساب حق الارتفاق بالتقادم متى كان ظاهراً ويستوى بعد هذا ان يكون مستمراً او غير مستمر •

وبهذا اخذ المشرع العراقي فقد قرر في الفقرة الثانية من المادة (١٢٧٢) انه « يحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة » وواضح من هذا النص انه يشترط في كسب حق الارتفاق بالتقادم ان يكون ظاهراً وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء ، ولم يشترط الاستمرار بماله من معنى خاص في حقوق الارتفاق اى ان يكون الارتفاق غير محتاج في استعماله الى عمل الانسان ، وبذلك اصبح جائزاً ان يملك حق المرور بالتقادم ، كما اكد القانون ذلك صراحة ، خلافاً لما يقضى به القانون الفرنسى اتباعاً للقاعدة الفرنسية التقليدية التى ليس لها ما يبررها .

والاعمال التى يكون بها حق الارتفاق ظاهراً تقع فى الغالب على العقار المرتفق به (الخادم) ولكن يجوز ان يكون وجودها فى العقار المرتفق (المخدم) بشرط ان تكون ظاهرة من العقار المرتفق به وان يكون واضحاً من وجودها ان الغرض منها استعمال حق ارتفاق على هذا العقار كفتح شبك فى منزل صاحب العقار المرتفق ، والمسألة مسألة وقائع يترك تقديرها لقاضى الموضوع .

وليس من الضروري ان تكون الاعمال من صنع مالك العقار نفسه ، ولكن يشترط فى حالة ما اذا قام بهذه الاعمال شخص آخر غير المالك ، كالحائز ، ان يكون المالك عالماً بها ولا تبدأ مدة التقادم فى السريان الا من وقت علم المالك بها فما دام المالك جاهلاً او غير عالم بهذه الاعمال فانه لا يمكن اعتباره حائزاً بالمعنى القانونى لعدم توافر عنصر النية فى الحيازة .

والتقادم الذى يعتبر سبباً لاكتساب حق الارتفاق الظاهر يعتبر من باب اولى سبباً لتوسيع حق ارتفاق موجود من قبل سواء كان وجود هذا الحق يستند الى عمل قانونى او الى مصدر آخر من مصادر حق الارتفاق . ويترتب على هذا انه اذا لم يكن لمالك عقار سوى حق ارتفاق بمطل يسمح له بفتح شبك واحد فقام بفتح شبكين وظل يستعمل هذا الحق المدة المقررة للتقادم

فأنه يصبح لعقاره على عقار جاره حق مطل بشباكين^(١) . وإذا كان لعقار على آخر حق مرور يسمح بمرور الاشخاص والحيوانات فقام مالك العقار المخدم بتوسيع الممر لاستخدامه لسير السيارات والعربات فإنه يملك (توسيع) هذا الحق بالتقادم .

وواضح انه يشترط لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم ان تتوفر لدى مالك العقار المخدم ركنا الحيابة المادى والمعنوى ، فاذا افقدت الحيابة عنصرها المعنوى كانت حيابة عرضية قائمة على مجرد عمل من أعمال التسامح ولهذا فأنها لا تكون سببا لاكتساب الحق مهما طال مدتھا .

والمدة اللازمة لاكتساب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم هي خمس عشرة سنة فى التقادم الطويل الذى لا يستند الى سبب صحيح والى حسن نية ، فاذا كان يستند الى هذين الامرين كانت المدة خمس سنوات تطبيقاً لاحكام القواعد العامة فى التقادم . ومع هذا فإنه يجب ان لا يغيب عن الازهان ان الفقرة الاولى من المادة (١٢١٨) تقرر انه اذا حاز احد ارضاً اميرية غير مسجلة فى دائرة الطابو باعتباره متصرفاً فيها فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى حق التصرف من شخص آخر اذا انقضت عشر سنوات متواليات على حيابة المدعى عليه ، ويترتب على هذا انه اذا انصبت الحيابة على حق ارتفاق ظاهر لاعلى حق التصرف فأنها تكتسب كذلك ، فى هذه الاراضى الاميرية ، بمضى عشر سنوات متواليات . وبديهي ان مدد التقادم عرضة للوقف وللانقطاع وفقاً لاحكام القواعد العامة .

٣٦١ - رابعاً : تخصيص المالك : -

Destination de père de famille

من القواعد البديهية المقررة منذ عهد الرومان فى فقه القانون المدنى انه لا يستطيع أحد ان يكسب حق ارتفاق على عقار يملكه . الا انه قد يعمد مالك لعقارين أو جزئين من عقار واحد الى خلق حالة واقعية état de fait بين هذين العقارين أو بين هذين الجزئين من العقار الواحد يكون من شأنها انشاء

(١) محكمة النقض الفرنسية ٢١ يناير ١٩٤٧ - بلانيول ف ٣٧٣٥ .

حق ارتفاق لو كان هذان العقاران أو هذان الجزءان من العقار مملوكين لشخصين مختلفين ، وهذا ما يطلق عليه تخصيص المالك .
ويفهم مما تقدم انه يراد بحق الارتفاق الذى ينشئه رب الاسرة او المالك ذلك الحق الذى يقرره مالك لعقارين بحيث اذا تملكهما مالكان مختلفان ابر حق ارتفاق صحيح . أو هو ذلك الحق الذى يقرره مالك لعقار واحد مكون من جزأين حتى اذا ما تملكهما شخصان مختلفان بأن ملك كل منهما جزءاً من هذين الجزأين اعتبر هذا الحق حق ارتفاق بالمعنى القانونى الدقيق لهذه الكلمة .

مثال الحالة الاولى : ان يملك شخص منزلين متجاورين فيجعل للاول منهما منافذ تطل على فناء المنزل الثانى ثم يبيع المنزلين لمشتريين مختلفين ، فيصبح لمشتري المنزل الاول حق ارتفاق على المنزل الثانى .

ومثال الحالة الثانية : ان يملك شخص ارضاً واسعة فى جزئها الشرقى عين ماء فيجعل جزءها الغربى يروى من هذه العين ، فاذا مات هذا الشخص عن وارثين اقسما هذه الارض بينهما فاخص احدهما بجزئها الغربى وثانيهما بجزئها الشرقى فان من وقع الجزء الغربى فى نصيبه يصبح لارضه حق ارتفاق على الجزء الشرقى الذى وقع فى نصيب الوارث الآخر .

والعلة التى يلجأ اليها الفقهاء عادة لتبرير قيام حق الارتفاق فى مثل هذه الحالات هى النية المفترضة لاصحاب المصلحة ، فهناك شرط ضمنى من قبل المتقاسمين او المشتريين يقضى بوجود حق الارتفاق وربما كان التبرير الصحيح الواضح لحق الارتفاق فى هذه الحالات هو ان القانون قضى بتحويل الحالة الواقعية الى حالة قانونية ، كما يذهب الى ذلك الاستاذ بلانيول^(١) .

٣٦٢ - ويجب لنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك توافر الشروط الآتية :

١ - يجب ان يثبت ان العقارين المنفصلين كانا مملوكين للمالك واحد ولا

(١) بلانيول ف ٣٧٤٨ .

يهم بعد هذا ان يكون العقاران متلاصقين ، كما انه يجب ان لا يغيب عن الالذهان انه يجوز ترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك على اجزاء العقار الواحد اذا اصبحت هذه الاجزاء مملوكة لكثر من مالك .

٢ - يجب ان يكون التخصيص من عمل المالك نفسه فلا يجوز ان يصدر عن المتفع او المستأجر او المستعير .

٣ - يجب ان يكون حق الارتفاق ظاهراً لانه اذا لم يكن كذلك كان وسيلة للغش وللاضرار بالغير . ويستوى بعد هذا ان يكون الارتفاق مستمرا او غير مستمر .

٤ - يجب ان تكون الحالة الواقعية التى أنشأها المالك بين العقارين او بين اجزاء العقار الواحد قد اراد بها خلق علاقة تبعية ثابتة بين هذين العقارين لامجرد حالة مؤقتة لرغبة عارضة ولهذا اشترط القانون اقامة بناء أو علامة ظاهرة بين هذين العقارين .

وعلى من يتمسك بتخصيص المالك الاصلى ان يثبت ان العقارين المنفصلين حالا كانا مجتمعين فى يد شخص واحد وان هذا الشخص هو الذى وضع العقارين او تركهما فى الحالة التى نشأ عنها حق الارتفاق وانه وقت التصرف الذى ترتب عليه انفصال العقارين كانت العلامة التى تظهر وجوده موجودة ، وله اثبات ذلك بجميع الطرق القانونية بما فى ذلك البينة والقرائن^(١) .

٣٦٣ - قلنا ان نشوء حق الارتفاق عن طريق تخصيص المالك انما يستند الى النية المفترضة لاصحاب المصلحة ، ويترتب على هذا انه اذا ما افصح اصحاب المصلحة عن نية ظاهرة تتعارض مع وجود حق الارتفاق فإنه لا يمكن الاستناد الى تخصيص المالك للقول بوجوده ، ويترتب على هذا انه اذا كان مالك لعقارين قد انشأ بينهما حالة واقعية تجعل من احدهما خادماً للثاني ، ثم قام ببيع احد هذين العقارين لمشتري اشترط عليه فى عقد الشراء خلو العقار

(١) كامل مرسى ف ٤١٦ .

من اى حق ارتفاق يثقله ، ثم قام بعد هذا ببيع العقار الآخر لمشتري ثان ، فانه لا يجوز ان يحتج أحد هذين المشتريين على الآخر بان لعقاره حق ارتفاق ناشئاً من تخصيص المالك . ويطبق نفس الحكم فى حالة ما اذا مات المالك عن وارثين اقتسما العقارين ونصا فى عقد القسمة على خلو كل من العقارين من اى حق من حقوق الارتفاق .

هذا ويلاحظ اخيراً ان حقوق الارتفاق التى تكتسب عن طريق تخصيص المالك ، او عن طريق التقادم ، يحتج بها على الغير ولو لم تكن مسجلة لاننا لسنا فى صدد عقد حتى يشترط تسجيله .

٣٦٤ - وتقرر المادة (١٢٧٤) انه « ١ - اذا فرضت قيود معينة تحد من حق صاحب العقار فى البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من مجاوزة حد معين فى الارتفاع بالبناء او فى مساحته فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره .

٢ - وكل ضرر ينشأ عن مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة باصلاحه عيناً الا اذا تبين ان الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية » . (تقابل المادة ١٠١٨ مصرى) .

ولشرح هذه المادة نقول : يملك شخص او شركة ، مساحة واسعة من الارض ، عرضها للبيع مجزأة الى قطع واشترط على مشتري هذه القطع قيوداً من حيث ارتفاع البناء ومساحته والامتناع عن بعض المنشآت كالمخازن والاسواق والمقاهى والمصانع والملاهى والكراجات ، فهل تعتبر هذه القيود حق ارتفاق اتفاقية ام انها مجرد التزامات شخصية ؟ عرضت هذه المسألة على المحاكم المصرية بمناسبة الاشتراطات التى تشترطها الحكومة على مشتري أراضيها بجهات الزمالك والجزيرة ومنشية البكرى ، وكذلك بمناسبة الاشتراطات التى تشترطها شركة اراضى الجزيرة (فى الزمالك) عند بيع اراضيها . قام مشتري قطعة ارض من الحكومة او من شركة الجزيرة ببيع

القطعة التي اشتراها الى مشتر دون ان يعلمه بهذه القيود المقررة عليها ،
فرفع هذا المشتري الثانى دعوى يطالب فيها بفسخ عقد البيع بحجة عدم علمه
بهذه الاشتراطات وقت ابرام عقد البيع ، ففى دعوى قال المشتري انه تحقق
بعد شرائه بالرجوع الى سند ملكية بائعه ان الارض المبيعة له بالجزيرة عليها
قيود منها عدم جواز بناء اكثر من نصف الارض ، وعدم تجزئة الارض الى
اقل من الف متر وعدم جواز بناء دكاكين ومخازن وعدم جواز ايجار المنازل
لغير السكن الا باذن الحكومة ، ولهذا فإنه يطالب بفسخ العقد ، وقد اجابته
المحكمة الى طلبه لانه وقع فى غلط دافع لو علمه وقت التعاقد لما أقدم على ابرام
العقد .

ثم طرح النزاع بعد ذلك على المحاكم بشأن طبيعة هذه الاشتراطات وهل
هى حقوق ارتفاق عينية أم التزامات شخصية ؟ وأول نزاع فى هذا الصدد
رفع الى محكمة مصر المختلطة عام ١٩٢٤ فى قضية تبين منها ان شركة اراضى
الجزيرة مالكة لارض فسيحة وقد قسمتها الى قطع ، ولما كانت ترغب فى
انشاء حى نظيف صحى فقد ألزمت كل مشتر من المشترين منها بالتزامات
اهمها الأيقام على الارض الا بناء واحد ، وان تترك مسافة لاتقل عن خمسة
عشر مترا بين البناء المقام والارض المجاورة ، واشترطت الشركة على
المشتري اعتبار هذه الشروط اساسية للبيع وان للشركة الحق فى اى وقت
تشاء فى اكراه المشتري أو خلفائهم على احترام هذه الشروط والعمل بها
بكل دقة وان جزاء مخالفة هذه الشروط هو الهدم حالا بمصروفات على
المشتري خلاف التعويض فى مقابلة الاضرار . وقد قررت المحكمة ان
الشركة قد ارادت بالقيود التي اشترطتها ان تقرر حقوق ارتفاق عينية حقيقية
فى مصلحة قطع الاراضى المجاورة . وفى ٨ يناير ١٩٢٥ اصدرت المحكمة
حكمها بهدم المنزل وعينت مدة للقيام بعملية الهدم واباحت للمدعى القيام
بالهدم اذا امتنع صاحب المنزل عن الهدم بمصروفات يرجع بها على صاحب
المنزل .

واستؤنف هذا الحكم فألغته محكمة الاستئناف فى أول ابريل سنة ١٩٢٦
مقررة ان القيود المذكورة ما هى الا مجرد التزامات شخصية •

وطرح مثل هذا النزاع على محكمة الاستئناف الاهلية فى دعوى
ظروفها كالاتى : عرضت مصلحة الاملاك الاميرية ارضاً بجهة منشية البكرى
مجزأة الى جملة قطع واشترطت صراحة على كل من يشتري قطعة منها الا
يجاوز ارتفاعاً معيناً والا يشغل منها بالبناء الا مساحة معينة ويجب تحويط
الارض المبيعة بدرابزين من حديد ارتفاعه متر ونصف على الاقل وأربعة
أمتار على الاكثر ، بما فى ذلك قاعدته التى ينبغى ان تكون مبنية ويلزم الا
تزيد على متر النخ وجعلت تلك الشروط ركناً اساسياً للبيع وقبلها المشترون
بدون اعتراض •

فقررت محكمة مصر الابتدائية ان الشروط التى تقررت انما هى مجرد
التزامات شخصية روعى فيها مصلحة البائعة وحدها ولا تعتبر حقوق ارتفاق
حقيقية •

ولكن محكمة استئناف مصر عدلت هذا الحكم مقررة انه رتب ،
بموجب الشروط المذكورة التى تعتبر كأنها محررة بين جميع المشترين
مباشرة ، حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة على بعضها
البعض وهذه الحقوق تتبع العقار وتنقل معه بالبيع الى كل مشتر ، وليس
من الضرورى النص عليها فى عقود البيع بلفظ « ارتفاق » لان للمحاكم ان
تفسر الارتفاقات بحسب ما تبين من قصد المتعاقدين بالرجوع الى فحواها
والظروف التى احاطت بها والعرف ، وعلى هذا فلا يسوغ لاي مشتر ان
يخل بتلك الشروط كما لايجوز للبائع ان يتفق مع بعض المشترين على ما
يخالفها •

وقد عرض على محكمة النقض والابرام المصرية نزاع حول تكييف
طبيعة الحقوق التى تنشئها هذه الاتفاقات فاصدرت حكماً جمع خلاصة مايقال
فى هذا الموضوع ونحن ثبت هنا أهم ما جاء فى هذا الحكم الذى يعتبر القول

الفصل فى هذا الموضوع • جاء فى الحكم المذكور : ان الحجج التى استندت اليها الاحكام التى قررت ان القيود الواردة بعقود البيع تعتبر التزامات شخصية تلخص فيما يلى : -

(١) ان كلمة « ارتفاق » لم ترد بعقود البيع الصادرة من الشركة (البائعة) وانه وان كان مما لاشك فيه انه لايراعى فى تفسير العقود والاتفاقات العبارات بالذات التى وردت بالعقود بل يراعى الغرض الذى يرمى اليه المتعاقدون ويراعى ايضا عرف الامكنة ، فانه يصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال لفظة « الارتفاق » الجارية بأنها ارادت مع ذلك تقرير هذا الحق •

(٢) مما يظهر ان الشركة قد ارادت ان تأخذ مجرد تعهد على المشترين انها كانت تشترط هذه الشروط لمصلحتها خاصة ، دون ان تصف هذه الشروط بأنها عينية ، ولم يرد بعقود البيع الصادرة من الشركة عبارة تدل بطريقة واضحة على نية المتعاقدين فى تقرير حق ارتفاق •

(٣) ان الارتفاقات من المسائل التى لايصح التوسع فيها فلا يمكن اعتبار هذه الشروط مقررة لحقوق ارتفاق •

(٤) مما يصعب تفسيره ان الشركة اشترطت لمصلحتها بنص صريح اجبار المشترى على مراعاة شروط البيع واحترامها ، والا كان الهدم جزاء المخالفة • وهذا النص يصعب تفسيره بأنها ارادت تقرير حق ارتفاق ، لانه اذا كان هذا قصدها فلم تكن فى حاجة الى النص صراحة على الهدم لان طلب اعادة العقارات المرتفق بها الى حالتها الاولى هو طلب جائز وصحيح حتى عند عدم النص عليه بالعقد ، اذا وقع ما يخالف التكاليف العقارية التى تقرر على العقارات المرتفق بها •

(٥) انه وان كانت الشركة قد اشترطت كل الشروط على جميع المشترين فلم يكن هناك أى مانع يمنعها من التمييز بينهم ، وقد اباحت الشركة بالفعل لاحد المشترين (بهلر Baehler) مقابل دفع مبلغ من المال ، مخالفة هذه الشروط ، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ولما ملكت الشركة هذا الحق •

(٦) انه وان كان فى الواقع جميع المشترين بالتتابع من المشترين الاصليين قد تعهدوا بنصوص صريحة فى العقود باحترام هذه الشروط فان هذا التعهد لا يخرج عن كونه يربط كل واحد منهم ازاء البائع له .
وبنت المحاكم التى اعتبرت الاشتراطات الواردة بالعقود حقوق ارتفاق رأيها على مايتأتى : -

(١) ان الشركة فى اشتراطها الشروط الواردة بالعقد وفى التزامها المشترين بهذه القيود كانت ترمى الى غرض انشاء حى جميل وصحى . وما كانت تعمل لمصلحتها فحسب ، لتستفيد جميع القطع التى تجزأت اليها اراضيها ، والتى هى معدة جميعها للبيع ، بل كانت تعمل على الاكثر وبوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين الذين يشترون هذه القطع فيما بعد .

(٢) من المؤكد ان جميع المشترين قد تعهدوا فى عقود الشراء المختلفة باحترام هذه الالتزامات التى كانوا يعلمون بها من قبل ، وبأن كل واحد منهم قد اصبح محملا بها بدون استثناء او امتياز بينهم . ومن المؤكد انهم كانوا يمتنعون عن الشراء لو كانوا يعلمون ان هذه القيود قد تقرر فقط لمصلحة الشركة البائعة خاصة ، وان حق المطالبة بتنفيذ هذه الشروط لا يكون الا للشركة وحدها ، وهى الشركة التى اذا ماتم الغرض الذى من اجله قد انشئت فانه لابد ان تنقضى بالذات عاجلا أو آجلا وهو ما وقع هنا بالفعل .

(٣) الارتفاق ينشأ من كل اتفاق حتى ولو لم يكن مكتوباً بين الطرفين بالذات ويستفاد من مجموع الاشتراطات . فالقصد المشترك لجميع المتعاقدين الداخلين فى كل المشتريات التى تمت فى تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم ، مستفاد ضمناً وبطريقة يقينية من الظروف التى ادت الى الاتفاقات التى تمت ، وكذلك من مجموع العقود العديدة المتشابهة التى ابرمت عن هذه المنطقة ، وكلها بنماذج مطبوعة ذات صيغة واحدة وكذا من العرف الجارى فى مثل هذه الاحوال . فلا أهمية لعدم ذكر لفظ « الارتفاق » فى العقود التى ابرمت .

(٤) لا يقبل القول بان مثل هذا الاشتراط انما هو بمثابة تعهد شخصي من كل مشتر لصالح البائعة التي لها وحدها حق طلب الازالة ، لان نص عقود المشتري من جهة لا يؤيد هذا القول ، ومن جهة أخرى فان مثل هذا التعهد الشخصي المزعوم لا يصلح لتحقيق الغرض السالف ذكره ، لانه يؤدي الى تجرد مالك العين ايا كان من كل سلاح يمكنه من المدافعة عن حقه ويجعله تحت رحمة وهوى البائع الذي قد لا يكون له مصلحة في وقت ما في طلب الازالة . وهذه النتيجة التي لا يمكن التسليم بها تكفي للدلالة على فساد هذه النظرية^(١) .

ولهذا افقد اراد المشرع ان يقضى على هذا الخلاف الطويل بنص صريح قاطع ، فجعل من قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات التي فرضت هذه القيود لمصلحتها ، وقد تكون مفرغة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من امر فان لاصحاب العقارات المجاورة ان يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق . وفي هذا تبسيط للموضوع دون حاجة للالتجاء الى نظرية الاستخلاف فيما اذا كيفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنقل الى الخلف الخاص .

والاصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عيناً . ولكن قد يترتب على ذلك ارهاق صاحب العقار المرتفق به ، اذا طلب منه ازالة بناء ضخم اقامه مخالفاً لما فرض عليه من قيود ، فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض اذا وجد القاضي ان هذا جزاء عادل فيه الكفاية . وقد سبق للمشرع ان قرر (م ٢٤٦) هذه القاعدة في تنفيذ الالتزام اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين^(٢) .

(١) لحصنا كل هذه الاحكام من مؤلف أستاذنا كامل مرسى ف ٤٧٠ وما بعدها .

(٢) المذكرة الايضاحية المصرية للمادة ١٠١٨ .

الفصل الثاني

أحكام حقوق الارتفاق

٣٦٥ - تقرر المادة (١٢٧٥) انه « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند انشائها ولما جرى به العرف وللأحكام الآتية » . ولشرح هذه المادة نقول :

ان الوسيلة التي تتحدد بها الاعمال التي يحق لمالك العقار المخدم القيام بها تختلف باختلاف المصدر الذي نشأ عنه حق الارتفاق .

فاذا كان مصدر حق الارتفاق هو القانون فان القانون نفسه يتولى تحديد نطاق هذا الحق ومدى الاعمال التي يحق لمالك العقار المخدم القيام بها ، فمالك العقار المحبوس عن الطريق العام يقرر القانون لعقاره حق مرور على الارض المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها الاستعمال المعتاد ، وكذلك الحال بالنسبة لمالك الارض البعيدة عن مورد المياه والتي لا يكون فيها ماء للزراعة فان القانون يقرر له حق اخذ الماء اللازم لرى ارضه وتمريضها من ارض الغير التي تحجز بين ارضه وبين مورد الماء ، وهكذا .

واذا كان مصدر حق الارتفاق هو العقد فان هذا العقد يحدد طبيعة حق الارتفاق ومداه ، وعلى القاضى ان يرجع أولاً وقبل كل شيء الى نصوص العقد الواضحة وعليه تفسير النصوص الغامضة بما يكشف عن نية الطرفين المشتركة . والمسألة هنا مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع .

واذا كان مصدر حق الارتفاق هو التقادم فإنه يرجع فى تحديد طبيعة هذا الحق ومداه الى وضع اليد الذى كان اساساً للتقادم ، ويترتب على

هذا انه اذا قام شخص بفتح شبك يطل على عقار مجاور وكانت مسافة الشبك تقل عن المسافة التي يحددها القانون في مثل هذه الحالات ، واستمر فتح هذا الشبك المدة اللازمة لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم فقد ثبت له هذا الحق الا انه لايجوز له استناداً الى هذا ان يقوم بفتح شبك آخر لان وضع اليد كان منصّباً على شبك واحد لاغير .

واخيراً فإنه اذا كان مصدر حق الارتفاق هو تخصيص المالك فأن طبيعة هذا الحق ومداه تحددهما ارادة المالك وتكشف عن هذه الارادة (الحالة الواقعية) التي انشأها بين العقارين او بين اجزاء العقار الواحد .

بعد هذه الكلمة التمهيدية نتناول الكلام عن احكام حق الارتفاق في مبشرين اولهما لحقوق مالك العقار المرتفق (المخدم) والتزاماته . وثانيهما لحقوق مالك العقار المرتفق به (الخادم) والتزاماته .

المبحث الاول

حقوق مالك العقار المخدم والتزاماته

٣٦٦ - تقضى المادة (١٢٧٦) بان « ١ - لصاحب العقار المرتفق ان يجرى من الاعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه . الا انه يلزمه ان يستعمل حقه على الوجه الذى لا يتسبب عنه الا اقل ضرر ممكن . ٢ - ولا يجوز ان يترتب على ما يستجد من حاجات العقار المرتفق اية زيارة فى عبء الارتفاق » .

وفيه من هذا النص انه اذا ما ترتب حق ارتفاق لعقار على عقار فانه يجوز لمالك العقار المرتفق ان يستعمل كل ما هو ضرورى للاستفادة من حقه ، ويترتب على هذا انه اذا ترتب لعقار حق ارتفاق بأخذ المياه من عين تقع فى عقار مملوك لشخص آخر فانه يحق لمالك العقار المخدم المرور فى العقار الخادم لان هذا العمل (المرور) ضرورى للاستفادة من حق الارتفاق المقرر ، واذا ترتب لعقار على آخر حق مجرى فان لمالك العقار المرتفق ان يقيم فى العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الحق وصيانته . وحق الارتفاق بالمرور يعطى لصاحب العقار المرتفق الحق فى تبليط الطريق ورصفه حتى يصبح صالحاً للمرور ، وهكذا .

الا انه ينبغى ان تكون هذه الاعمال التى يسمح لمالك العقار المرتفق القيام بها على العقار المرتفق به من الاعمال (الضرورية) للاستفادة من حق الارتفاق وتقدير الضرورة مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع بعد الاستعانة برأى اهل الخبرة فى الغالب ، وتكون مصاريف الكشف واجور الخبراء على مالك

العقار المرتفق كقاعدة عامة ، ومع هذا فإنه يجوز الاتفاق على ان يتحمل مالك العقار المرتفق به هذه المصاريف •

واذا كان يجوز لمالك العقار المرتفق ان يقوم بالاعمال الضرورية اللازمة لاستعمال حقه الا انه ليس معنى هذا ان يوضع مالك العقار المرتفق به تحت رحمته ، بل انه ينبغي على مالك العقار المخدم (المرتفق) ان يراعى فى القيام بهذه الاعمال الطريقة التى تكون اخف ضرراً واقل مضايقة للعقار الخادم ، ويستطيع مالك هذا العقار ان يعين الوقت والمدة التى تجرى فيها هذه الاعمال • ولا يلتزم مالك العقار المرتفق باصلاح الضرر الذى لامناص منه والناتى عن القيام بهذه الاعمال بطريقة حسنة ولا يلزم كذلك بأن يقوم ببعض الاعمال النافعة للعقار الخادم والتى يكون من شأنها تخفيف عبء حق الارتفاق عليه • فمالك العقار المخدم حر فى القيام او عدم القيام بهذه الاعمال الضرورية اللازمة لاستعمال حقه والتى يخوله القانون القيام بها ولكن اذا نشأ عن سوء التنفيذ او نقص الصيانة ضرر بالعقار الخادم فان لمالك هذا العقار حق المطالبة بالتعويض او بالتنفيذ العيني تطبيقاً لاحكام القواعد العامة •

٣٦٧ - وتقضى المادة (٦٩٨) من القانون المدنى الفرنسى بان نفقات القيام بهذه الاعمال الضرورية تكون على مالك العقار المرتفق الا اذا كان السند المثبت للارتفاق يقرر خلاف ذلك وتقضى المادة (٦٩٩) من هذا القانون بأنه فى الحالة التى يكلف فيها مالك العقار المرتفق به بمقتضى السند ، القيام على نفقته بالاعمال اللازمة لحق الارتفاق او صيانه يجوز له دائماً أن يتخلص من التكليف بتخليه عن العقار المقرر عليه الارتفاق لمالك العقار المقرر لمنفعته • وقد اقتبس المشرع العراقى هذين الحكمين فى الفقرة الاولى من المادة (١٢٧٧) التى تقرر ان « نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب العقار المرتفق ، هذا ما لم يشترط غيره • واذا كان صاحب العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بهذه الاعمال على نفقته فله دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله

او بعضه لصاحب العقار المرتفق » • (المادة ١٠٢٢ مصرى ، ٩٩٠ سورى) •
 ويفهم مما تقدم انه يجوز بمقتضى اتفاق خاص ان يلزم مالك العقار
 المرتفق به بأن يقوم بالاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق الذى يثقل
 عقاره ، وان تكون نفقات هذه الاعمال على حسابه ، والغالب فى هذا الاتفاق
 ان يقع فى السند الذى يتقرر به حق الارتفاق ، وليس هناك ما يمنع من ان
 يقع هذا الاتفاق بمقتضى عقد لاحق الا انه يشترط فى هذه الحالة ان يحمل
 هذا العقد تاريخاً ثابتاً حتى يمكن الاحتجاج به على الغير •

وقد يبدو للوهلة الاولى ان مثل هذا الاتفاق يخرج على
 طبيعة حق الارتفاق فقد قلنا فيما تقدم أن حق الارتفاق حق عيني
 عقارى لا يجوز أن يتقرر لمصلحة شخص أو على شخص ، ومثل
 هذا الاتفاق يقرر حق ارتفاق على شخص فهو باطل ، الا ان هذا القول غير
 صحيح ولا يصمد امام التحليل القانونى الدقيق فالتكليف الذى وقع على عاتق
 مالك العقار الخادم ليس هو ارتفاق على الاطلاق فحق الارتفاق مقرر على
 عقار هذا الشخص وكل ما فى الامر انه التزم ببعض الاعمال التبعية اللازمة
 للاستفادة من هذا الحق وتسهيل الانتفاع به وليس هذا الالتزام من الارتفاق
 فى شىء (١) •

٣٦٨ - هذا وينبغى ان يلاحظ ان هذا الالتزام الذى يقع على عاتق
 مالك العقار الخادم التزام متعلق بعين من الاعيان (Propter rem)
 او هو تكليف عيني (Charge réelle) لا يلتزم به المالك التزاماً شخصياً
 يتصل بذمته وانما هو يلتزم به بصفته حائزاً للعقار الخادم (٢) • ويترتب على
 هذا التكليف نتائج عديدة منها •

(١) ان هذا الالتزام يستقر فى العقار الخادم وينتقل بانتقاله سواء اكان
 الشخص الذى انتقلت اليه ملكية هذا العقار خلفاً عاماً للمالك ام خلفاً خاصاً
 له ، ام لم يكن لا خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً • فاذا فرضنا ان هذا العقار الخادم

(١) بلانيول وربير وبيكار ح ٣ ف ٩٧٩ •

(٢) أنظر ف ٧١ •

كان غير مسجل في دائرة الطابو ووضع شخص يده عليه بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة اذا كان سىء النية او خمس سنوات اذا كان حسن النية ويستند في وضع يده الى سبب صحيح ، فقد ملك هذا العقار بالتقادم لا انتقالاً من المالك ، ويصبح هذا المالك الجديد ، وهو لا يعتبر خلفاً للمالك الاصلى ، ملتزماً بما كان يلتزم به مالك العقار من القيام بالاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق على نفقته الخاصة .

(٢) ان المالك الحالى للعقار المرتفق به (الخادم) يستطيع التخلص من الالتزام السالف بالتخلي عن العقار نفسه كله او بعضه لصاحب العقار المرتفق . لاننا قلنا فيما سلف ان فكرة التخلص من الالتزام المتعلق بعين من الاعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق^(١) . وهذا التخلي ، الذى يكون له أثر رجعى بالنسبة للمدة السالفة عليه ، يقع بارادة المالك المنفردة ومن غير حاجة الى قبول مالك العقار المرتفق .

وواضح انه لا يشترط ان يتخلى مالك العقار المرتفق به عن هذا العقار كله بل يكفى لكى يتخلص من الالتزام السالف ان يتخلى عن جزء من العقار هو الجزء المثقل بحق الارتفاق ، فاذا فرضنا ان كان لعقار على آخر حق ارتفاق بالمرور وقد التزم مالك العقار المرتفق به باصلاح الممر وصيانته فانه يكفى للتخلص من هذا الالتزام ان يتنازل لمالك العقار المرتفق عن الارض التى يشغلها الممر .

٣٦٩ - وتقضى الفقرة الثانية من المادة (١٢٧٧) بأنه « اذا كانت الاعمال نافعة ايضاً لصاحب العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » .

اذا كانت الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق نافعة للطرفين كما فى صيانة الارض التى يستعمل عليها حق المرور فان نفقة هذه الاعمال تكون مشتركة بين الطرفين بنسبة ما يعود على كل منهما من الفائدة ونستطيع التمثيل لهذه الحالة بما يقضى به المشرع فى المادة (١٠٥٨) فقد قلنا ان المشرع

قرر في هذه المادة خلق حق ارتفاق بالمجرى لمصلحة العقارات البعيدة عن مورد المياه ، والزم صاحب الارض التي تفصل الارض الاولى عن مورد الماء بان يسمح له بان تمر في ارضه المياه الكافية لرى ارضه البعيدة عن مورد الماء والتي ليس فيها ماء للزراعة ، والزمه كذلك بان يسمح لمالك الارض البعيدة بأن يقيم على ارضه الانشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل . واعطى لصاحب الارض الخادمة الحق في الاستفادة من هذه الانشاءات على شرط ان يتحمل من مصروفات انشائها وصيانتها قدراً يتناسب مع استفادته منها . وتحديد هذا القدر مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع بالاستعانة برأى أهل الخبرة أو من غير الاستعانة بأرائهم على حسب ما يترأى له (١) .

٣٧٠ - ويحق لنا بعد ان عرضنا لحقوق مالك العقار والتزاماته ان

نستعرض وسائل الحماية التي اغدقها القانون على حقه في الارتفاق .

يقرر فقهاء القانون المدني ان لمالك العقار المرتفق دعوى خاصة تسمى دعوى حق الارتفاق (Action Confessoire) وهي تشبه دعوى الاستحقاق ولا خلاف بين الفقهاء في هذا . غير ان خلافهم ينحصر فيما اذا كان يجوز لمالك العقار المرتفق ان يرفع دعوى وضع اليد حماية لحقه . وهم يرون وجوب التفرقة بين انواع حقوق الارتفاق فقد قلنا ان حقوق الارتفاق قد تكون ظاهرة وقد تكون غير ظاهرة وانها من جهة اخرى قد تكون مستمرة وقد تكون غير مستمرة .

اما بالنسبة لحقوق الارتفاق الظاهرة فأنها تعطى لمالك العقار المرتفق حق رفع دعوى الحيازة كما تعطيه حق رفع دعوى منع التعرض وذلك لان حق الارتفاق الظاهر يقبل الحيازة فهو بالتالى محمى بدعاوى الحيازة .

وعلى العكس من هذا يرفض القضاء والفقهاء في فرنسا تقرير حق رفع دعاوى وضع اليد بالنسبة للمالك الذى لا يكون له سوى حق ارتفاق غير ظاهر سواء في ذلك ان يكون هذا الحق مستمراً او غير مستمر .

وكل ما تقدم خاص بحقوق الارتفاق التي لا تستند في نشأتها الى عمل قانوني فاذا كان مصدر حق الارتفاق هو العقد او الوصية (اى العمل القانوني) فان يجوز لمالك العقار المرتفق ان يرفع دعوى الحيازة حتى ولو كان حق الارتفاق غير ظاهر والسبب في هذه التفرقة هو ان العمل القانوني ينفي قرينة الحيازة العرضية كما انه ينفي استناد حق الارتفاق الى مجرد عمل من اعمال التسامح او الاباحة وقد استقر الفقه الفرنسي على الاخذ بهذا الراى منذ عهد بعيد يرجع الى ما قبل تقنين نابليون .

ومن المقرر فقهاً وقضاء انه لايجوز لمالك العقار المرتفق ان يرفع دعوى استرداد الحيازة في حالة ما اذا وضع شخص يده على العقار المرتفق به بطريق الاكراه او العنف وذلك لان مالك العقار المرتفق لا يملك على العقار المرتفق به الحيازة الفعلية التي تخول له رفع هذه الدعوى .

المبحث الثاني

حقوق مالك العقار المرتفق به والتزاماته

٣٧١ - تقضى المادة (١٢٧٨) بأنه « ١ - لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به ان يعمل شيئاً يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق او جعله اكثر مشقة • ولا يجوز له بوجه خاص ان يغير من الوضع القائم او ان يبدل بالموضع المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر •

٢ - ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين اصلاً قد اصبحت من شأنه ان يزيد فى عبء الارتفاق او اصبحت الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به فلصاحب هذا العقار ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار او الى عقار آخر يملكه هو او يملكه اجنبى اذا قبل الاجنبى ذلك • كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق • ٣ - ويصح ايضاً لصاحب العقار المرتفق ان يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق اذا اثبت ان فى هذا التغير فائدة محسوسة له دون ان يكون فيه اضرار بالعقار المرتفق به » •

القاعدة العامة ان مالك العقار المرتفق به ليس ملزماً الا بالتزام سلبى محض ، فعليه أن يتمتع عن كل عمل من شأنه ان يعرقل الاستفادة من حق الارتفاق وان يترك مالك العقار المرتفق يقوم بالاعمال التى ينطوى عليها حقه كالمرور والرعى واغتراف المياه ، ولا يقع عليه اى التزام ايجابى يلزمه بالقيام بعمل عدا الحالة الاستثنائية التى سبق الكلام عنها والتى يجوز فيها

الاتفاق على الزام مالك العقار الخادم (المرتفق به) بالقيام بالاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق • ولكن يجب أن تكون هذه الاعمال من الاعمال التي تعتبر ملحقة بحق الارتفاق ومن توابعه ومستلزماته • وصاحب العقار المرتفق به مالك له فله عليه حق ملكية كاملة مع جميع ما يخوله هذا الحق من مكنات ويترتب على هذا انه يجوز له ان يقوم بجميع الاعمال المادية او القانونية التي يرى القيام بها ولا يرد على حقه هذا سوى قيد واحد هو ان يمتنع عن كل عمل من شأنه ان يعرقل الاستفادة من حق الارتفاق او يجعل الانتفاع به اكثر مشقة • وتطبيق هذه القاعدة مسألة وقائع تختلف باختلاف الظروف وباختلاف موقع العقارين وبخصوص الاتفاقات المنشئة لحق الارتفاق وبالنسبة المفترضة للطرفين • ونحن نسوق هنا بعض الامثلة المقتبسة عن احكام المحاكم الفرنسية • يجوز لمالك العقار الخادم (المرتفق به) المثقل بحق ارتفاق بمرور ان يسور او يقيم المباني فوق محل المرور على شرط ان لا يؤثر هذا في استعمال الحق • ولمالك العقار المثقل بحق ارتفاق بالوعات او ميازيب ان يغير حالة الامكنة اذا كان هذا التغير لا يؤثر في الانتفاع • ويجوز لمالك العقار المثقل بحق ارتفاق بالمرور او بالمرعى او باعتراف المياه ان ينتفع من المكان المقرر عليه حق الارتفاق على شرط الا يخل او يصطدم هذا الانتفاع بحق مالك العقار المرتفق •

وعلى العكس مما تقدم لا يجوز لمالك العقار المقرر عليه حق ارتفاق بالمرور ان يزرع قطعة الارض المقرر عليها الحق او ان يحدث ردماً في الممر بحيث يجعل المرور عسيراً او غير ممكن • كما لا يجوز له ان يقيم تلا او اكمة في مدخل الممر بحيث يصبح المرور صعباً • ولا يجوز لمالك العقار المقرر عليه حق ارتفاق بالمرعى ان يحرق الارض المقرر عليها الحق ولا ان يزرعها باشجار اذا كان من شأن هذا العمل ان يعيق رعى الحيوانات وتجوالها في الارض^(١) •

٣٧٢ - وبعد ان قررت الفقرة الاولى من المادة (١٢٧٨) انه لا يجوز

(١) بلانيول وريير وبيكار ف ٩٨٨ •

لمالك العقار المرتفق به ان يغير من الوضع القائم او ان يبدل بالموضع المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر عاد المشرع في الفقرة الثانية فقص على حالة استثنائية اجاز فيها لمالك العقار المرتفق به تغيير موضع حق الارتفاق اذا كان الموضع الذى عين اصلاً قد اصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو اذا اصبح الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به . وقد اجاز فى هاتين الحالتين تغيير موضع الارتفاق الى موضع آخر من العقار المرتفق به نفسه او الى عقار آخر يملكه مالك هذا العقار بل والى عقار يملكه اجنبى اذا قبل هذا الاجنبى ذلك .

ويترتب على هذا النص انه يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يطالب بتغيير موضع حق الارتفاق واستبدال غيره به متى اصبح هذا الحق ، فى موضعه المقرر من قبل ، حائلاً دون الانتفاع بالعقار الخادم او اصبح مانعاً من احداث تحسينات فيه ، وعلى مالك العقار المرتفق ان يقبل هذا التغيير ما دام استعمال الارتفاق فى موضعه الجديد يسر له الانتفاع بالحق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق . وتقدير بواعث هذا التغيير وظروفه مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع . وتكون مصاريف هذا التغيير على مالك العقار المرتفق به . ويصح لمالك العقار المرتفق به ان يطالب بتغيير موضع حق الارتفاق حتى ولو كان هذا الحق ، ومحله ، قد تقررا بمقتضى اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، بل انه يصح له طلب تغيير موضع حق الارتفاق حتى ولو كان هذا الحق قد تقرر بمقتضى نص قانونى .

وقد قضت احدى المحاكم المصرية ، فى هذا الصدد ، فى حكم لها جاء فيه « حق الارتفاق هو عنصر من عناصر الملكية الاصل فيه انه اذا اكتسب بالتراضى او التقاضى فانه يبقى ويستمر بشكله وحدوده التى بدأ بها . فلا يملك صاحب العقار المرتفق او المرتفق به الاستقلال بتغييره او العبث به . وهذا مظهر من مظاهر الاستقرار الواجب للملكية العقارية عموماً ، الا انه يستثنى من ذلك حالة ما اذا تعذر على صاحب العقار المرتب عليه الارتفاق

تنفيذه بدون ضرر كبير ملجئ على عقاره فيجوز له نقله الى مكان آخر بحيث لا تقل استفادة صاحب العقار المرتفق عن مكانه الاول ، وهذا الحكم مظهر لنظرية تطور العقود القائمة بعدم الجمود على نص العقد وهو تقرير نظرية الظروف الطارئة التي تجيز فسخ العقد اذا استحال تنفيذه على المتعاقد ولكن يتعين ان يثبت ان حالة العقار المرتفق به قد بلغ مبلغاً كبيراً من الضرر من بقاء الارتفاق على شكله الاول وان صاحب العقار المرتفق لا يستطيع على هذه الحالة ترميم عقاره ترميماً صالحاً له فلا يكفي اذن الا يكون لصاحب العقار مصلحة في نقل الارتفاق الى مكان آخر بل يجب ان يكون موضع الاثبات والنفي اولاً هو الضرر الكبير الذي يعود على صاحب العقار المرتفق به من الاستمرار في بقاء الارتفاق في شكله الاول ، ثم يلي ذلك انعدام المصلحة لصاحب العقار المرتفق (١) .

ونحن نأخذ على الحكم السالف بعض الاخطاء الواضحة التي وقع فيها وان كنا نتفق معه في النتيجة التي وصل اليها ، فقد اخطأ الحكم عندما قرر ان نظرية تغير الظروف (او الظروف الطارئة) تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبالتالي تجيز فسخ العقد ، فالظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وانما تجعله مرهقاً فقط ، وهي لا تجيز فسخ العقد وانما تجيز تعديله تعديلاً من شأنه ان يخفف من اثر هذه الظروف غير المتوقعة على قدر الامكان . واخطأ كذلك ، عندما استند الى هذه الفكرة وكان الاجدر بالمحكمة ان تؤسس الفكرة على نظرية التعسف في استعمال الحق . فالحكم السالف ليس في حقيقة الامر والواقع سوى مجرد تطبيق لهذه النظرية التي تبسط على الحقوق جميعاً شخصية كانت او عينية .

واما الحالة الاستثنائية الثانية التي تنص عليها الفقرة الثانية من المادة السالفة وهي جواز نقل حق الارتفاق الى عقار يملكه أجنبي اذا رضى هذا الاجنبي بذلك فاننا نقرر ان هذه الحالة مجرد تطبيق لاحكام القواعد العامة ،

فلا بد من ان يتم هذا الاتفاق بين ثلاثة أشخاص هم مالك العقار الخادم، ومالك العقار المخدم وهذا الاجنبى، ولسنا فى الحقيقة فى صدد (نقل) لحق الارتفاق وانما يكون من شأن هذا الاتفاق أن ينهى الارتفاق القديم وينشئ ارتفاقاً جديداً مقرر أعلى عقار هذا الاجنبى . هذه هى الحالة الغالبة فى مثل هذا الاتفاق ولكن الا يصح ان يتم هذا الاتفاق أو العقد بين مالك العقار المرتفق به وبين هذا الاجنبى الذى يملك عقاراً آخر من غير حاجة الى رضا مالك العقار ؟ نذهب الى الاخذ بهذا الرأى فنص الفقرة السالفة لا يشترط سوى رضا مالك العقار المرتفق به ورضا هذا الاجنبى وتطبيق فكرة اساءة استعمال الحق يؤدى حتماً الى الاخذ بهذا الرأى .

٣٧٣ - وكما اجازت الفقرة الثانية من المادة السالفة لمالك العقار المرتفق به ان يطلب تغيير موضوع حق الارتفاق اذا اصبح مرهقاً له او اذا اصبح متعارضاً مع استعمال عقاره او مع ادخال تحسينات عليه ، فإن الفقرة الثالثة تعطى لمالك العقار المرتفق مثل هذا الحق اذا اثبت ان فى هذا التغيير فائدة محسوسة له دون ان يكون فى هذا التغيير اضرار بالعقار المرتفق به . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يحوى مثل هذا الحكم فى القسم الاخير من الفقرة الثانية من المادة (١٢٩٤) وقد اقترح الاستاذ (محمد العشماوى) حذف هذه العبارة لان فيها توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب ان يبقى فى حدوده الضيقة وقد ايد رئيس لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ هذا الحذف لان حق الارتفاق اما ان يكتسب بالتقادم واما ان يكتسب بالعقد فاذا لم تحذف تلك العبارة ادى ذلك الى توسعة فى حق ارتفاق اكتسبه صاحبه اغتصاباً وعلى هذا الاساس جاءت المادة (١٠٢٣) خلوا من هذا الحكم .

وما دام المشرع العراقى قد اثبت الحكم السالف فإنه يترتب عليه انه يجوز لمالك العقار المرتفق ان يطالب بتغيير موضع الارتفاق اذا اثبت امرين اولهما ان فى هذا التعبير فائدة محسوسة له ، وثانيهما ان هذا التغيير لا يضر

العقار المرتفق به ، وتقدير كل من هذين الامرين مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع . ويحق لمالك العقار المرتفق ان يطالب بالتغيير السالف بصرف النظر عن مصدر حقه اى سواء اكان حق الارتفاق نشأ عن نص قانونى او عن عقد او عن وصية او عن تخصيص من المالك او كان قد اكتسب بالتقدم على النحو الذى سبق بيانه .

وحق طلب تغيير موضع حق الارتفاق ، سواء اكان هذا الطلب من جهة مالك العقار المرتفق او من جهة مالك العقار المرتفق به لايسقط بالتقدم مهما طال مدتة .

٣٧٤ - وتقرر المادة (١٢٧٩) انه « ١ - اذا جرى العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه على الا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به . ٢ - غير انه اذا كان حق الارتفاق لايفيد فى الواقع الا بعض هذه الاجزاء فلصاحب العقار المرتفق به ان يطلب زوال هذا الحق عن الاجزاء الاخرى » .

تعرض هذه المادة لمصير حق الارتفاق فى حالة تجزئه العقار المرتفق . فهى تقرر كقاعدة عامة انه اذا جرى العقار المرتفق فقد بقى حق الارتفاق مستحقاً لكل جزء من هذه الاجزاء على شرط الا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به . ومعنى هذا ان القاعدة المقررة فى حق الارتفاق والتى بمقتضاها لايسمح لمالك العقار المرتفق ان يقوم باى عمل من شأنه ان يزيد فى العبء الواقع على العقار المرتفق به تطبق كذلك فى حالة تجزئه العقار المرتفق سواء اكانت هذه التجزئة نتيجة تصرف قانونى كأن قام مالك العقار المرتفق ببيع بعضه أو هبته ، أو نتيجة انتقاله الى عدد من الورثة أو الموصى لهم بطريق الميراث أو بطريق الوصية . فانه على الرغم من تعدد الملاك وزيادة عددهم يبقى حق الارتفاق فى نطاقه الذى كان محدداً له من قبل . وتطبيق هذه القاعدة واضح وبسيط فاذا كان لعقار يملكه مالك واحد ، على آخر حق مغل بشباك واحد مثلاً ثم باع المالك العقار لعدد من المشترين فان حق الارتفاق

يبقى على ما كان عليه بالرغم من تعدد الملاك . وكذلك الحال في حالة ما اذا كان لعقار على آخر حق مرور ثم بيع العقار المرتفق الى عدد من الاشخاص او جزئاً الى عدد من العقارات فان حق المرور يبقى في نطاقه الذي كان محدداً له من قبل دون اية زيادة ويلزم كل الشركاء او الملاك الجدد باستعماله في نفس المكان . ويطبق نفس الحكم على حالة ما اذا كان لعقار على آخر حق مجرى ثم قسم العقار المرتفق الى عدد من الاجزاء فان مقدار الماء الذي كان مقررّاً للعقار المرتفق يبقى كما كان قبل تقسيمه الى هذه الاجزاء .

ومع هذا فإنه اذا تقرر حق الارتفاق دون تحديد دقيق لنطاقه وكانت طبيعة هذا الحق تقضى ان ينفع به جميع ملاك العقار المرتفق فإنه سيكون من جراء تجزئة هذا العقار ، او تعدد ملاكه بعبارة ادق ، زيادة في عبء الارتفاق على العقار المرتفق به مثال هذا اذا تقرر لعقار يملكه مالك واحد على عقار آخر حق ارتفاق هو اغتراء المياه لحاجات المنزل او الحديقة مثلاً ، ثم بيع العقار المرتفق الى عدد من الملاك او توفي المالك الاصلى عن عدد من الورثة فإنه لا يمكن الزام الملاك الجدد او الورثة بالاقتصار على اخذ كمية المياه التي كان يأخذها المالك الاصلى لان تقرير هذا الحق روعيت فيه حاجات ملاك العقار جميعاً ولم يقتصر الامر على حاجات المالك الحالى له وقت تقرير هذا الحق .

٣٧٥ - قلنا ان القاعدة العامة في تجزئة العقار المرتفق ان يبقى حق الارتفاق لكل جزء من اجزاء هذا العقار ومع هذا فان الفقرة الثانية من المادة السالفة تقرر حكماً استثنائياً يجيز لمالك العقار المرتفق به ان يطالب بتخليص عقاره مما يثقله من ارتفاق بالنسبة الى اجزاء العقار المرتفق التي لا يفيدها هذا الحق . وهذا الحكم حكم منطقي عادل وقد اقتبسه مشرعنا عن المادة (٧٤٣) من القانون السويسرى . فاذا فرضنا ان مالكاً لقطعة واسعة من ارض زراعية فيها عين ماء لا تكفى لريها اتفق مع مالك عقار آخر على ان يأخذ من عقاره ما يكفى لرى هذه الارض ، ثم قام مالك هذه القطعة من الارض ببيع او افراغ جزء منها هو الجزء الذى تقع فيه عين الماء وكانت هذه

العين تكفى لريه ، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق به (الخادم) ان يطالب بأزالة هذا الحق عن الجزء المبيع لان الحق لم يعد مفيداً له .

٣٧٦ - وتقرر المادة (١٢٨٠) انه « اذا جزىء العقار المرتفق به بقى الارتفاق واقعاً على كل جزء منه ٢٠ - غير انه اذا كان حق الارتفاق ليس مستعملاً فى الواقع على بعض هذه الاجزاء ولا ممكناً ان يستعمل عليها فلصاحب كل جزء منها ان يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذى يخصه » .
بعد ان عرضت المادة (١٢٧٩) لمصير حق الارتفاق فى حالة تجزئة العقار المرتفق عادت المادة (١٢٨٠) لبيان مصير هذا الحق فى حالة تجزئة العقار المرتفق به . وقد اقتبس المشرع هذا النص عن المادة (٧٤٤) من القانون السويسرى ولا مقابل لها فى التقنين الفرنسى .

والقاعدة العامة التى يقررها النص السالف انه اذا جزىء العقار المرتفق به فان حق الارتفاق يبقى واقعاً على كل جزء من هذه الاجزاء . ويترتب على هذا انه اذا كان لعقار على عقار ارتفاق بعدم البناء او بعدم التعلية ، فجزىء العقار المرتفق به الى عدد من الاجزاء نتيجة لبيع او وصية او ميراث مثلاً فان حق الارتفاق المتقدم يبقى منصباً على جميع هذه الاجزاء ، ويطبق نفس الحكم فى حالة ما اذا كان هذا العقار مثقلاً بحق ارتفاق هو عبارة عن اخذ مقدار معين من الامتار المكعبة من الرمل او من الحجارة ثم جزىء هذا العقار الى عدة اجزاء فان حق الارتفاق السالف يبقى على كل جزء من هذه الاجزاء بمقدار يتناسب مع مساحته بالنسبة الى مساحة العقار كله .

الا انه اذا كان حق الارتفاق منحصرأ فى موضع معين من العقار المرتفق به كحق المرور او حق الشفة او حق اخذ الماء من بئر او عين ماء ، فان تجزئة هذا العقار تؤدى الى تخلص بقية الاجزاء التى لا يستعمل فيها هذا الحق من هذا الحق الذى كان يثقل العقار جميعه قبل تجزئته . وواضح جداً ان زوال حق الارتفاق عن هذه الاجزاء لا يقع من تلقاء نفسه وبمجرد القسمة أو التجزئة اذ لا بد من ان يطلبه المالك الجديد لكل جزء ولا يزول الحق الا بعد صدور حكم المحكمة وشطبه من سجلات الطابو اذا كان مسجلاً فيها .

الفصل الثالث

انقضاء حق الارتفاق

٣٧٧ - ينقضى حق الارتفاق باحدى الطرق الآتية :-

- ١ - انقضاء الاجل .
 - ٢ - هلاك العقار .
 - ٣ - اتحاد الذمة .
 - ٤ - عدم الاستعمال .
 - ٥ - استحالة الاستعمال .
 - ٦ - زوال فائدة الحق .
 - ٧ - النزول عن الحق .
 - ٨ - تحقق شرط فاسخ .
 - ٩ - فسخ حق مقرر الارتفاق او الغاؤه .
- ونتولى شرح كل طريقة من هذه الطرق باختصار .

٣٧٨ - اولا : انقضاء الاجل :- جاء فى المادة (١٢٨١) انه « ينقضى

حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد له » . وقد قلنا عند الكلام عن طبيعة حق ارتفاق وخصائصه انه حق دائم ، ومع ان الاصل فى حق الارتفاق ان يكون دائماً الا ان هذه القاعدة ليست من مستلزمات الحق ، فقد قلنا ان حق الارتفاق قد ينشأ عن عقد وفى هذه الحالة ليس هناك ما يمنع الطرفين من أن يتفقا على تحديد أجل لهذا الحق ينقضى بانقضائه ، وان كان مثل هذا الاتفاق نادر الوقوع فى الحياة العملية .

٣٧٩ - ثانيا : هلاك العقار : ينقضى حق الارتفاق بهلاك العقار المحمل بهذا الحق وذلك تطبيقا لاحكام القواعد العامة التى تقضى بعد جواز بقاء الحقوق من غير محل ، والعقار المرتفق به ليس فى الحقيقة سوى محل لحق الارتفاق ولهذا كان من الطبيعى ان ينقضى الحق بهلاكه .

ويستوى فى هذا الهلاك ان يكون قانونياً او مادياً ، وان كان الهلاك المادى قليل الوقوع فى الحياة العملية . فاذا نزع ملكية العقار المرتفق به للمنافع العامة فقد زال حق الارتفاق الذى كان يثقل هذا العقار الا انه يجب تعويض مالك العقار المرتفق عما فقده من حق تعويضاً عادلاً . ولا يقتصر انقضاء حق الارتفاق على هلاك العقار المرتفق به بل انه ينقضى كذلك بهلاك العقار المرتفق وبهذا تقضى المادة (١٢٨١) بنصها على انه « ينقضى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به او العقار المرتفق هلاكاً تاماً » .

هذا ويلاحظ انه لا بد لانقضاء حق الارتفاق بسبب هلاك العقار المرتفق به او العقار المرتفق ، من ان يكون هذا الهلاك كلياً فاذا كان الهلاك جزئياً فقد بقى حق الارتفاق على هذا الجزء الباقى من العقار المرتفق به . وبقي كله للجزء الباقى من العقار المرتفق اخذاً بقاعدة عدم تجزئة حق الارتفاق .

٣٨٠ - ثالثاً : اتحاد الذمة : - قلنا ان حق الارتفاق عبارة عن تكليف مقرر لعقار لمصلحة عقار آخر يملكه مالك ثان . ومعنى هذا انه ينبغى لتصور حق الارتفاق اختلاف ملاك العقارين المرتفق والمرتفق به ، ويترتب على هذا انه اذا انتقلت ملكية العقار المرتفق به الى مالك العقار المرتفق او على العكس ملك مالك العقار المرتفق به العقار المرتفق فقد انقضى حق الارتفاق بسبب اتحاد الذمة لانه لايجوز ان يكون لانسان حق ارتفاق على عقار يملكه . هذا ويلاحظ ان اتحاد الذمة لا يحدث اثره الا بالمقدار الذى يصبح معه استعمال حق الارتفاق فى عقار الغير غير ممكن . ويترتب على هذا انه اذا كان بين عقارين متجاورين حق ارتفاق بالمرور ، وكان العقاران مملوكين لابنى عم ، ثم مات أحدهما عن عدد من الورثة من بينهم ابن عمه مالك

العقار المجاور لعقاره الذى له على هذا العقار حق ارتفاق بالمرور ، فان حق الارتفاق لا ينقضى فى هذه الحالة بسبب اتحاد الذمة لان اتحاد الذمة لم ينصب على العقار كله وانما على جزء منه فيبقى حق الارتفاق للاجزاء الاخرى هذا الا اذا لم يكن فى بقاءه فائدة لها على النحو الذى سبق بيانه عند الكلام عن تأثير تجزئة العقار المرتفق أو المرتفق به على حق الارتفاق •

ولنفرض الان ان هذين العقارين المرتفق والمرتق به قد عاد مرة أخرى الى ملاك مختلفين فما هو مصير حق الارتفاق الذى كان مقررا بينهما قبل اتحاد الذمة ؟ ينبغي فى هذا الفرض التفرقة بين صورتين : -

الصورة الاولى : اذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى فان حق الارتفاق يعود حياً مرة أخرى ، او بعبارة اخرى ينشط بعد ان كان كامناً مستقراً ذلك انه اذا عاد العقاران الى مالكيهما الاصليين باثر رجعى فان تطبيق هذه الفكرة يؤدى الى القول بان اتحاد الذمة لم يقع على الاطلاق وبالتالي تزول جميع الآثار التى ترتبت عليه ومنها انقضاء حق الارتفاق • ونضرب مثالا لتوضيح ما نقول : مالكان لعقارين متجاورين هما قطعنا ارض زراعية • وقد تقرر على احدى هاتين القطعتين حق مجرى أو مسيل ، باع احد المالكين ارضه لجاره ، فانه اذا تم عقد البيع فقد انقضى حق الارتفاق باتحاد الذمة الا انه اذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن وطالب البائع بفسخ عقد البيع واجابته المحكمة الى طلبه فقد زال كل اثر للعقد واعتبر حق الارتفاق كأنه باق على الدوام لم يصبه الزوال •

الصورة الثانية : اذا زال اتحاد الذمة ولم يكن لزواله اثر رجعى فان حق الارتفاق لا يعود مثال هذا اننا اذا فرضنا ان المشتري فى المثال السالف قام بتنفيذ التزاماته الا انه بعد ذلك باع احد العقارين او اوصى به او قدمه بدلا فى عقد صلح وهكذا فان حق الارتفاق لا يعود ، بل قد ينشأ حق ارتفاق جديد سواء اكان ذلك بالاتفاق ام بنص القانون •

هذا مايقرره المشرع العراقى فى المادة (١٢٨١) التى تقرر بأنه

« ينقضى حق الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد .
 الا انه اذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يستند اثره الى الماضى فان حق
 الارتفاق يعود » . ولا ريب فى ان تطبيق هذا النص على حقوق الارتفاق
 القانونية يدعو الى كثير من الشك فى مدى صحته . فاذا فرضنا ان شخصاً
 يملك قطعة ارض زراعية تفصلها عن المورد العام للماء قطعة ارض اخرى
 يملكها مالك آخر . فى هذا المثل يقرر القانون حق ارتفاق بالمجرى لمصلحة
 الارض المحصورة عن مورد الماء . فاذا قام مالك القطعة المحصورة ببيعها الى
 مالك القطعة الاخرى ثم قام هذا ببيعها الى شخص ثالث فما هو مصير حق
 الارتفاق ؟ ان تطبيق النص السالف على ظاهره يؤدى الى القول بان البيع
 الاول انهى حق الارتفاق وان البيع الثانى يؤدى الى زوال اجتماع العقارين
 فى شخص مالك واحد الا انه زوال لا يستند اثره الى الماضى ولهذا فان حق
 الارتفاق لا يعود . هذا ما يؤدى اليه تطبيق النص السالف ولكن يجب ان
 يلاحظ ان القانون يقرر لكل ارض لاتصل بمورد الماء وليس فيها ماء للزراعة
 حق ارتفاق بالمجرى على الارض التى تفصلها عن هذا المورد ، ولهذا فانه
 اذا بيعت هذه الارض المحصورة مرة اخرى فان القانون يقرر لها حق ارتفاق
 بالمجرى هو ، على وجهه التقريب ، نفس الارتفاق الذى كان مقرراً لها
 من قبل . ومع هذا فاننا نقرر هنا ان هذا الحق الجديد وان اتفق مع حق
 الارتفاق القديم فى طبيعته وفى نطاقه بل وفى موضعه ، يعتبر حق ارتفاق
 جديد لابعثاً او احياء لحق الارتفاق القديم الذى انقضى باتحاد الذمة . والفرقة
 فى معظم الاحوال نظرية بحتة .

٣٨١ - رابعا : عدم الاستعمال : تقرر الفقرة الاولى من المادة
 (١٢٨٢) انه « ينقضى حق الارتفاق بعدم استعماله خمس عشرة سنة . فان
 كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ستاً وثلاثين سنة » .

ان حق الارتفاق كما يكتسب بالتقادم على النحو الذى سبق بيانه ،
 فانه يسقط بالتقادم كذلك ، فاذا لم يقيم مالك العقار المخدوم (المرتفق) باستعمال

حق الارتفاق المقرر لعقاره مدة خمس عشرة سنة متوالية فقد سقط حقه بمضى المدة، فنحن هنا في صدد تقادم مسقط وان سماه المشرع (عدم الاستعمال) جرياً وراء المشرع الفرنسي (م ٧٠٦) • ويذهب الفقهاء الى تأسيس سقوط حق الارتفاق بسبب عدم الاستعمال على فكرة التنازل ، فمالك العقار المرتفق الذى لا يستعمل حق الارتفاق المقرر لعقاره مدة طويلة هي خمس عشرة سنة أحياناً وست وثلاثون سنة أحياناً أخرى يعلن عن ارادة ضمنية بان هذا الحق لم يعد مفيداً لعقاره وانه لهذا متنازل عنه^(١) •

وسقوط حق الارتفاق بمضى المدة او بسبب عدم الاستعمال قاعدة عامة تسرى على جميع أنواع حقوق الارتفاق التى تنشأ عن فعل الانسان سواء أكانت مستمرة ام غير مستمرة ، ظاهرة ام غير ظاهرة • وتسرى كذلك على حقوق الارتفاق القانونية التى يقرر القانون لانشائها تعويضاً لمالك العقار المرتفق به كحق المرور للعقار المحصور وحق ارتفاق تحميل الجدار وحق المجرى وحق المسيل ، وبوجه عام فان الفقهاء يقررون ان قاعدة سقوط حق الارتفاق بالتقادم تسرى على جميع الارتفاقات القانونية المقررة لمصلحة خاصة • اما حقوق الارتفاق القانونية المقررة لمصلحة عامة زانها لا تسقط بمضى المدة^(٢) •

ويذهب فقهاء القانون المدنى الفرنسى كذلك الى تطبيق قاعدة سقوط حق الارتفاق بمضى المدة بصرف النظر عن سبب عدم الاستعمال اى سواء اكان عدم استعمال مالك العقار المرتفق لحق الارتفاق ناشئاً عن عمل اختيارى او عن قوة قاهرة • مثال ذلك ان يكون لعقار على عقار حق باعتراف الماء أو بالمجرى من عين تقع فى العقار المرتفق به ثم ينضب ماء هذه العين • وقد يتعارض هذا الحكم مع ما قلناه سابقاً من ان سبب سقوط حق الارتفاق لعدم الاستعمال مبنى على فكرة التنازل الضمنى عن الحق وفكرة التنازل لا تقوم الا اذا كان عدم الاستعمال ناشئاً عن اختيار ، ولكن الفقهاء يقررون ان نص

(١) انظر بودرى ف ١١٥٥ ، بلانيول وربير وبيكار ف ٩٩٣ بلانيول

ف ٣٧٧٩ •

(٢) بلانيول وربير وبيكار ف ٩٩٣ ، كولان وكابيتان ح ١ ص ٩٩٠ •

القانون عام يطبق على حالة عدم الاستعمال الاختيارى والقهرى على السواء^(١) .

٣٨٢ - اما بالنسبة لابتداء مدة التقادم فإنه تجب التفرقة بين حقوق الارتفاق غير المستمرة وحقوق الارتفاق المستمرة .

فاذا كان حق الارتفاق غير مستمر فان استعمال هذا الحق يكون باعمال متعددة منفصلة ولهذا فان مدة التقادم تبدأ من تاريخ آخر عمل قام به مالك العقار المرتفق . اما اذا كان حق الارتفاق مستمراً فان هذا الحق كما قلنا لا يحتاج الى عمل الانسان وتدخله بين فترة واخرى ، وانما هو يكون حالة مستمرة قائمة بذاتها مثال ذلك حق المسيل وحق المثل وحق ارتفاق الميازيب او البالوعات ، فى هذه الحالة تبدأ مدة التقادم المسقط من تاريخ اى عمل مخالف لاستعمال هذا الحق مثال ذلك سد مجارى الماء المستعملة للصرف او للمجرى . ومثاله ايضاً انه اذا كان لبناء حق ارتفاق على ارض او بناء مجاور بفتح شبك فان مدة التقادم المسقط تبدأ من تاريخ سد هذا الشباك ، وكذلك الحال بالنسبة للارتفاق بعدم البناء فان مدة التقادم تبدأ من تاريخ مخالفة هذا الارتفاق وذلك باقامة بناء على العقار المرتفق به أو بتعليق البناء القائم اذا كان الارتفاق بعدم التعليق .

والعادة ان يقوم مالك العقار المرتفق به بهذه الاعمال التى تتعارض مع حق الارتفاق الذى يثقل عقاره والتى يريد بها اسقاط هذا الحق ، ولكن يجوز ان تكون هذه الاعمال من فعل مالك العقار المرتفق أو من فعل الغير مثال ذلك ان يقوم مالك العقار المرتفق بسد الشباك الذى يطل على الجار ، او ان يقوم مستأجر العقار المرتفق او المنتفع به بسد هذا الشباك .

وعبء اثبات عدم الاستعمال المسقط لحق الارتفاق يختلف باختلاف طبيعة هذا الحق ، فاذا كان حق الارتفاق مستمراً فان عبء اثبات عدم الاستعمال يقع على عاتق مالك العقار المرتفق به وذلك لان عدم الاستعمال يقتضى اقامة

(١) محكمة شامبيري ٢٤ مايس ١٩٤٣ .

الدليل على صدور عمل أو أعمال تتعارض مع هذا الحق واقامة الدليل على هذه الاعمال يقع بلا ريب على عاتق مالك العقار المرتفق به . اما اذا كان حق الارتفاق غير مستمر فان عبء اثبات استعمال الحق يقع على مالك العقار المرتفق . ويجوز اثبات الاستعمال او عدم الاستعمال بكافة طرق الاثبات . ٣٨٣ - وقد اختلف فقهاء القانون المدني الفرنسى بالنسبة لانقضاء حق الارتفاق بالتقادم القصير وذلك فى حالة ما اذا وضع شخص يده على العقار المرتفق به باعتباره خالياً من حق الارتفاق وكان واضع اليد حسن النية ويستند فى وضع اليد الى سبب صحيح . ويذهب معظم الفقهاء الى عدم امكان سقوط حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم وذلك لان المادة (٧٠٦) من القانون الفرنسى لاتعرف من مدد سقوط الارتفاق بالتقادم الا مدة واحدة هى مدة الثلاثين سنة . ونحن نرى ان هذا الرأى يجب اتباعه وفقاً لاحكام القانون المدني العراقى فالارتفاق عندنا لا يسقط الا بمضى خمس عشرة سنة أو ست وثلاثين سنة على حسب الاحوال .

٣٨٤ - ومدة سقوط حق الارتفاق بالتقادم قد تكون عرضة للانقطاع او الوقف ، وتنقطع مدة التقادم نتيجة اجراء يتخذه مالك العقار المرتفق او نتيجة اعتراف يصدر من مالك العقار المرتفق به . فمدة التقادم تنقطع بأى عمل من اعمال استعمال الحق يصدر من مالك العقار المرتفق كالمرور على العقار المقرر عليه حق المرور . وليس من اللازم ان يستعمل مالك العقار المرتفق حقه بنفسه ليمنع انقضاء الارتفاق بعدم الاستعمال ، فيكفى ان يستعمل باسمه بواسطة أحد الزراع أو العمال أو أن يستعمل لمصلحة العقار بواسطة من يمثله كالمنتفع أو الحائز حتى لو كان سىء النية . وقد جاء القانون المدني بتطبيق لهذه القاعدة فى الفقرة الثانية من المادة (١٢٨٢) التى تقرر انه « اذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم يقطع التقادم لمصلحة الباقين » .

ويكون الحكم كذلك سواء أكان استعمال حق الارتفاق غير قابل للتجزئة كما هو الحال بالنسبة الى حق المرور أم كان قابلاً للتجزئة كما

هو الحال بالنسبة الى أخذ كمية معينة من الماء كل سنة من بئر أو عين •
ويكفى ان يستعمل حق الارتفاق لمنفعة العقار المرتفق أى شخص
كصديق أو أجنبي كما اذا ذهب لزيارة مالك العقار المقرر لمنفعته حق المرور
من الطريق المتروك بعدم الاستعمال فإنه بفعله يقطع المدة لمصلحة المالك^(١) •
ومدة التقادم عرضة للوقف اذا توافر سبب من الاسباب التى نص عليها
المشرع فى المادة (٤٣٥) ، كما اذا كان مالك العقار المرتفق ، أو أحد
ملاكه ، صغيرا أو محجورا وليس له ولى ، أو كان غائبا فى بلاد اجنبية
ناثية ، أو كانت الصلة بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به صلة
زوجية أو صلة فرع بأصل ، وقد قرر المشرع فى الفقرة الثانية من المادة
(١٢٨٢) بأن « وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا
لمصلحة سائرهم » • ويطبق هذا الحكم ما دامت حالة الشيوع قائمة ، فاذا
حصلت القسمة ووقع العقار المرتفق فى نصيب الشريك الذى توافر فى
شخصه سبب وقف التقادم فان المدة لا تسرى بل يظل التقادم موقوفا بالنسبة
له ما دام السبب لا يزال قائما فى شخصه • والمسألة فى هذه الحالة واضحة
الا انها تعتقد كثيرا فى حالة ما اذا وقع العقار المرتفق فى نصيب أحد الشركاء
الذين لا تتوافر فيهم اسباب وقف التقادم • ونضرب لما نقول مثالا يوضحه
لعقار على آخر حق ارتفاق بالمرور أو بالمجرى أو بالمسيل ، وكان العقار
المرتفق مملوكا لمالكين أحدهما ناقص أهلية ، قام وليه بطلب القسمة القضائية
فوقع العقار المرتفق فى حصة الشريك الآخر (كامل الاهلية) ، وكان كل
من الشريكين لم يستعمل حق الارتفاق مدة عشر سنوات قبل القسمة فما
هى المدة اللازمة لسقوط الحق بالتقادم بعد القسمة هل هى خمس عشرة
سنة أم انها خمس سنين فقط • عرضت مثل هذه القضية على محكمة النقض
والابرام الفرنسية فأصدرت حكمها بان مدة التقادم التى يسقط فيها حق
الارتفاق تحتسب من يوم عدم الاستعمال لا من تاريخ القسمة ، واستندت فى
حكمها هذا الى طبيعة القسمة ذلك ان من المقرر فى القانون المدنى الفرنسى

(١) استاذنا كامل مرسى ف ٤٥٠ •

(م ٨٨٣) ان القسمه كاشفة للحق لا منشئة أو مقررة له ، ومعنى هذا ان كل متقاسم يعتبر انه كان دائما مالكا للحصة المفروزة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئا غيرها ، فناقض الاهلية يعتبر ، على هذا الاساس ، كأنه لم يملك العقار المرتفق في يوم من الايام وعلى خلاف هذا يعتبر كامل الاهلية مالكا له لا من تاريخ القسمه وانما من تاريخ نشوء حالة الشيوخ وحيث ان حق الارتفاق لم يستعمل مدة عشر سنوات فإن المدة الباقية لسقوطه هي خمس سنوات لا غير .

وقد أثار هذا الحكم نقدا شديدا وجهه اليه فقهاء القانون فذهبوا الى عكس ما ذهبت اليه محكمة النقض ، واستندوا فيما ذهبوا اليه الى المادة (٧١٠) من القانون الفرنسى التي تقضى بان الشريك فى الملك الذى لا يمكن ان يسرى التقادم ضده يحفظ حق سائر الشركاء ، وقرروا ان رأى محكمة النقض يخالف نص هذه المادة ما دام حكمها يؤدى الى ان الشريك لا يحفظ الا حق نفسه لان بقية الشركاء ليس لهم ان يتمسكوا بوقف التقادم . وقد أضاف الشراح الى ما تقدم انه لا يوجد خلاف بين الفقه والقضاء فى ان انقطاع التقادم الحاصل باستعمال أحد الشركاء الارتفاق اثناء الشيوخ يستفيد منه باقى الشركاء فى الملك حتى بعد عمل القسمه فيجب ان يكون الحكم كذلك فى حالة وقف مدة التقادم . ويقوم هذا البحث أيضا فى القانون العراقى لتماثل النصوص فى هذا الصدد^(١) .

٣٨٥ - ويحق لنا ان نتساءل هنا عن أثر عدم الاستعمال الجزئى على حق الارتفاق ؟ تقضى المادة (٧٠٨) من القانون الفرنسى بان « كيفية استعمال حق الارتفاق يجوز ان تنقضى بالتقادم كحق الارتفاق ذاته وبنفس الطريقة » . وينتج عن هذا النص ان لعدم الاستعمال الجزئى نفس الاثر القانونى المقرر لعدم الاستعمال الكلى بمعنى ان عدم الاستعمال الجزئى ينقص من نطاق حق الارتفاق بنسبة ما ترك من استعمال هذا الحق وبعبارة اخرى فان حق الارتفاق ينقضى انقضاء جزئياً فى حالة عدم الاستعمال الجزئى . وقد جعل القانون

(١) بلانيول ف ٣٧٨٤ ، كامل مرسى ف ٤٥١ .

الفرنسي من هذه القاعدة ، التي اقتبسها عن الفقيه دوما Domat قاعدة عامة مطلقة • غير ان محكمة النقض الفرنسية تفرق في هذه الحالة بين فرضين • اولهما ان يكون مالك العقار المرتفق هو الذي انقص من استعمال حق الارتفاق بمحض ارادته واختياره بناء على حاجته الخاصة وفي هذا الفرض يبقى حق الارتفاق على ما كان عليه دون نقص في نطاقه أو مداه • وثانيهما ان يكون الاستعمال الجزئي نتيجة عائق مادي قيد طريقة الاستعمال وفي هذا الفرض يزول حق الارتفاق بمقدار الجزء الذي لم يستعمل • فاذا كان لعقار على آخر حق ارتفاق بالمرور يخول مالك العقار المرتفق حق المرور ماشياً أو راكباً حصاناً أو راكباً عربية ، واكتفى صاحب الحق بالمرور راجلاً المدة المسقطه للحق فان ذلك لا يكفي لنقصان حقه ، ولكن اذا كان سبب تحديد الاستعمال ناشئاً عن حالة المكان المادية كما اذا كان الطريق لا يصلح لمرور العربات فان نطاق حق الارتفاق ينقص بمقدار الجزء الذي لم يستعمل ولا يبقى لمالك العقار المرتفق الا حق المرور ماشياً • كذلك الحكم في حالة ما اذا كان لعقار على آخر حق ارتفاق برعى المواشى من شهر سبتمبر الى شهر مايس فانه اذا لم يرقم مالك العقار المرتفق برعى مواشيه الا في فصل الربيع مدة خمس عشرة سنة فان هذا الاستعمال الجزئي لا يسقط حقه في رعى مواشيه خلال فصل الخريف^(١) •

وبهذا المعنى قضت محكمة النقض والابرام الفرنسية في حكم لها جاء فيه « اذا لم يستعمل صاحب حق الارتفاق كل الحق الذي له على العين المحملة بحق الارتفاق بل قصره على جزء منه انبنى على هذا ان حق الارتفاق يسقط بالنسبة الى الجزء الذي لم يستعمله • ولكن استعمال حق الارتفاق غير المستمر لا يمكن اعتباره استعمالاً جزئياً محدوداً لمجرد ان مالك العين صاحب حق الارتفاق لم يباشر في العين المحملة بالحق الا بعض الحق المخول له (كأن

(١) بلانيول وريير وبيكار ف ٩٩٥ •

مر بأقدمه مع ان له ان يمر راكباً) لانه متى تبين انه استعماله بطريقة متفقة مع الحق المخول له وبقدر حاجته واغراضه ففى هذه الحالة يعتبر منتفعاً بالحق انتفاعاً كاملاً اما اذا تبين ان استعمال صاحب الحق لجزء من حقه فقط لم يكن نتيجة محض رغبته واختياره بل انه اضطر اليه اضطراراً لسبب ما جرى من التقييد فى العين المحملة بالحق مما جعل من المستحيل عليه ان ينتفع بكامل حق الارتفاق بل بجزء منه فقط ، ففى هذه الحالة يسقط حقه بالنسبة الى الجزء الذى جرى فيه التغيير وانقطع استعماله تبعاً لذلك ، ولكن حقه فى هذه الحالة لا يسقط عن ذلك الجزء الا بمضى ٣٠ سنة كاملة (وفقاً للقانون الفرنسى) . ولا يمكن ان يعتبر سكوت صاحب الحق عن الاحتجاج على صاحب العين المحملة بحق الارتفاق بسبب ما احدثه من تغيير تنازلاً ضمناً عن بعض الحق لان التنازل لا يمكن افتراضه ولانه ما دامت مدة التقادم لم تنته فلصاحب الحق ان يطالب باعادته الى ما كان عليه « (١) » .

هذا ويلاحظ اخيراً ان المشرع المصرى قضى فى القسم الاخير من الفقرة الاولى للمادة (١٠٢٧) بأنه « كما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها » ولا نجد مقابلاً لهذا النص فى التقنين العراقى وعلى هذا فان المحاكم ستولى ، بما لها من سلطة فى التقدير ، تحديد موقفها من حالة عدم الاستعمال الجزئى وأثر ذلك على حق الارتفاق .

٣٨٦ - خامساً : استحالة الاستعمال : - تقضى المادة (١٢٨٣) بأنه « ينقضى حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، ويعود اذا عادت الاشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق » (م ١٠٢٨ مصرى ، ٧٠٣ و ٧٠٤ فرنسى) .
يعرض هذا النص لانقضاء حق الارتفاق بسبب استحالة استعماله

(١) نقض فرنسى ٣ ديسمبر ١٩٢٩ نقلاً عن استاذنا كامل مرسى .

الطارئة ، وتقع هذه الاستحالة نتيجة لتغير وضع العقار المرتفق او العقار المرتفق به بحيث يؤدي هذا التغير الى ان يصبح استعمال حق الارتفاق مستحيلا اما اذا كان من شأن هذه التغيرات ان يصبح استعمال حق الارتفاق اقل فائدة للعقار المرتفق أو أكثر عبثا على العقار المرتفق به فان الحق لا ينقضى •

ولا يهم بعد هذا البحث عن السبب الذي جعل استعمال حق الارتفاق مستحيلا فقد يعزى هذا السبب الى حادث فجائي او الى قوة قاهرة ، وقد يعزى الى عمل شخص أجنبي • وتقدير الاستحالة أمر منوط بقاضي الموضوع • ويترتب على هذا انه اذا انحس العقار الذي تقرر عليه حق المرور لمصلحة عقار آخر فاصبح لا يمكن الوصول منه الى الطريق العام فقد انقضى حق الارتفاق ، فان عاد العقار المرتفق به الى حالته الاولى متصلا بالطريق العام عاد حق الارتفاق الا ان يكون قد مضى على عدم الاستعمال المدة التي يسقط بها ، ولا يحسب في هذه المدة الوقت الذي تعذر فيه استعمال حق المرور بسبب حبس العقار المرتفق به •

واذا هدم المنزل المقرر لمنفعته حق المظل على الجار بمسافة أقل من المسافة القانونية او اذا احترق جميعه فانه يصبح من المستحيل استعمال حق الارتفاق المذكور ، ولكن اذا اعيد بناء المنزل ، اى اذا زال المانع الذي عاق الاستعمال فان حق الارتفاق يعود كذلك الا اذا كان قد مضى على عدم استعماله خمس عشرة سنة من تاريخ اعادة البناء اذ في هذه الحالة يكون حق الارتفاق قد انقضى بسبب آخر هو عدم الاستعمال •

هذا ويلاحظ ان فقهاء القانون المدني الفرنسي ينتقدون استعمال مشرعهم للفظتي (ينقضى ، ويعود) فهم يرون ان استحالة استعمال حق الارتفاق ليس من شأنها ان تنهى حق الارتفاق وانما هي عبارة عن عائق مادي *obstacle de fait* تمنع من استعمال الحق او الانتفاع به فالحق لا يزال موجوداً وقائماً ولكنه كما يقول الأستاذ (بودرى) في حالة سبات او نوم ثم هو يستيقظ اذا زال هذا المانع (١) •

(١) بودرى ف ١١٤٨ ، بلانيول ف ٣٧٧٧ •

٣٨٧ - سادساً : زوال فائدة الحق : - تقرر المادة (١٢٨٤) انه
« لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه اذا فقد
الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب
مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . (المادة ١٠٢٩ مصرى ، ٩٩٣
سورى ، ٧٣٦ سويسرى) .

لانجد فى القانون المدنى الفرنسى نصاً كالنص العراقى يقرر سقوط
حق الارتفاق متى زالت الفائدة المتوخاة منه ، وليس معنى هذا ان حق الارتفاق
يبقى وفقاً لاحكام هذا القانون على الرغم من زوال فائدته وذلك لان شراح
القانون الفرنسى والمحاكم الفرنسية تجعل حالة زوال فائدة حق الارتفاق
صورة من صور استحالة استعماله وبالتالي فإنهم يقررون انقضاء حق الارتفاق
متى فقد فائدته . وقد أثر المشرع العراقى ان يجعل من حالة زوال فائدة حق
الارتفاق سبباً مستقلاً من اسباب انقضائه جرياً وراء التقنين السويسرى .

ويترتب على هذا النص انه اذا كان لعقار على آخر حق ارتفاق بالمرور
ثم انفتحت للعقار المرتفق ، نتيجة لفتح شارع جديد او توسيع شارع قائم
من قبل ، سبل أخرى الى الطريق العام أقرب وأيسر فإنه يجوز لصاحب العقار
المرتفق به فى هذه الحالة أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق على أن يدفع
تعويضاً مناسباً اذا كان هناك محل لذلك . وكذلك الحكم فى حالة ما اذا كان
لقطعة أرض على قطعة أرض أخرى يملكها مالك آخر حق ارتفاق بالمجرى ثم
تفجرت فى الارض المقرر لمصلحتها هذا الحق عين ماء تكفى لريها فإنه يجوز
لمالك الارض المثقلة بحق المجرى أن يطالب بتخليص الارض من هذا الحق .

٣٨٨ - سابعاً : النزول عن الحق : - اذا كان القانون المدنى لم ينص
على التنازل كوسيلة من وسائل انتهاء حق الارتفاق ، فان مرد ذلك اكتفاؤه
بأحكام القواعد العامة . اذ من المتفق عليه فقها وقضاء أنه يجوز لمالك العقار
المرتفق (المخدم) ان يتنازل عن حق الارتفاق المقرر لعقاره . ولا حاجة
فى هذا التنازل الى قبول مالك العقار المرتفق به لان التنازل يتم بارادة منفردة

الا ان من المقرر فقها وقضاء ان التنازل لا يحدث اثره بالنسبة للغير الا اذا كان مسجلا ومن تاريخ هذا التسجيل ، ونحن نرى الا ضرورة لهذا التسجيل اذا لم يكن حق الارتفاق نفسه مسجلا وانه يكفي في التنازل لكي يعتبر حجة بالنسبة للغير ان يكون ذا تاريخ ثابت •

ويذهب بعض الفقهاء الى ان حقوق الارتفاق جميعاً تقبل التنازل عنها سواء اكانت قانونية ام اتفاقية اما بالنسبة للارتفاقات الاتفاقية فامرها ظاهر لا يثير مشكلا ، واما بالنسبة للارتفاقات القانونية فان الوسيلة التي تؤدي الى التنازل عنها هي انشاء ارتفاق اتفاقي معاكس للارتفاق القانوني مثال ذلك اذا ما اراد مالك التنازل عن سد الشبايك التي فتحها جاره دون ان يراعى في فتحها الابعاد القانونية فإنه يعتمد الى أن ينشئ لمصلحة هذا الجار حق ارتفاق بالمطل^(١) •

وقد يكون التنازل عن حق الارتفاق صريحا كما قد يكون ضمنيا ، مثال التنازل الضمني ان يأذن مالك العقار المرتفق لمالك العقار المرتفق به بالقيام باعمال تتعارض مع حق الارتفاق المقرر لعقاره او ان يساهم في القيام بهذه الاعمال ، الا انه يجب ان لا يتخذ من مجرد سكوت مالك العقار المرتفق عن الاعتراض على هذه الاعمال التي تتعارض مع حقه دليلا على تنازله الضمني عنه •

وليس من الضروري ان ينصب التنازل على حق الارتفاق كله بل قد ينصب على جزء من هذا الحق وعندئذ ينتهي حق الارتفاق انتهاء جزئيا بمقدار هذا التنازل •

٣٨٩ - ثامناً : تحقق شرط فاسخ : - ليس هناك في احكام القواعد العامة ما يمنع من انشاء حق ارتفاق معلق على شرط فاسخ ، وفي هذه الحالة ينقضى حق الارتفاق بتحقيق هذا الشرط • مثال ذلك : ان يتفق مالك عقار مع مالك عقار آخر على ترتيب حق مرعى على هذا العقار الاخير وذلك بأن ترعى

(١) بلانيول ف ٣٧٨٦ •

الحيوانات الموضوعة في العقار المرتفق في العقار المرتفق به ، ويتفقان كذلك على انتهاء هذا الحق اذا ما قسم العقار المرتفق به قطعاً للبناء او اذا ما اراد مالكة استغلاله كبستان . في هذا المثل ينقضى حق الارتفاق بتحقيق هذا الشرط الفاسخ ، ولا مجال في هذه الحالة للاخذ بفكرة الاثر الرجعى للشرط وذلك لان حق الارتفاق انشأ حالة مستمرة لاسييل الى ازالتها بأثر رجعى (١) .

٣٩٠ - تاسعاً فسخ حق مقرر الارتفاق او الفأؤه : - اذا رتب شخص على عقار يملكه حق ارتفاق ثم زالت ملكيته لهذا العقار وكان لزوالها اثر رجعى فقد زال حق الارتفاق كذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه كما يقول الفقهاء مثال هذا انه اذا اشترى شخص عقاراً عن طريق بيع الوفاء وكان البائع قد اشترط عليه جواز استرداد العقار المبيع اذا هو دفع اليه الثمن والمصاريف ، ثم قام المشتري بترتيب حق ارتفاق على هذا العقار ، ثم استعمل البائع حقه في الاسترداد بعد ذلك ، فانه يترتب على هذا الاسترداد ان تزول ملكية المشتري بأثر رجعى اى يعتبر كأنه لم يكن مالكا للعقار في يوم من الايام وبالتالي فان حق الارتفاق الذى أثقل به العقار يزول لا بأثر رجعى وانما من تاريخ الاسترداد للسبب الذى سبق بيانه في الفقرة السالفة .

هذه هي الطرق التى ينتهى بها حق الارتفاق ويلاحظ اخيراً انه لا يمكن الاخذ بحكم المادة (١٢٥٤) التى تقرر جواز الحكم بانتهاء حق الانتفاع بسبب الاستعمال غير المشروع او الذى لا يتفق مع طبيعة الشيء . فحق الارتفاق لا ينتهى بسبب الاستعمال غير المشروع او التعسف فى الاستعمال وكل مايجوز لمالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة هو طلب التنفيذ العيني القهرى أى الحكم على مالك العقار المرتفق بالتزام حدود حقه وعدم مجاوزة هذه الحدود ، مع طلب التعويض عن الاضرار التى لحقت مالك العقار المرتفق به تطبيقاً لاحكام القواعد العامة .

(١) بلانيول ف ٣٧٧٦ .

الاجارة الطويلة

٣٩١ - قرر المشرع العراقي في الفقرة الاولى من المادة (٦٨) ان « الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة » .

ثم تناول المشرع في الكتاب الثالث منه الكلام عن هذه الحقوق العينية ولكنه اغفل ذكر احكام الوقف والاجارة الطويلة .

والعلة التي جعلت المشرع يغفل بيان احكام الوقف جلية واضحة فهذه الاحكام لم تندمج الى الآن في مجموعة القانون المدني ، فللوقف قانون خاص ينظمه هو قانون ادارة الاوقاف لعام ١٩٢٩ .

غير ان اغفال الكلام عن الاجارة الطويلة يعتبر نقصاً تشريعياً ينبغي العمل على تلافيه في اسرع وقت ممكن . وسيؤدي هذا الاغفال ، وغموض فكرة الاجارة الطويلة ، الى تناقض في احكام المحاكم والى خلط بين الاجارة الطويلة وبين حق المساحة .

٣٩٢ - نستطيع تعريف الاجارة الطويلة بأنها عبارة عن عقد يعطى لائح طرفيه حق احدث الابنية أو المنشآت أو الغراس على عقار موقوف مقابل بدل معلوم يدفع على شكل اجرة سنوية .

ويفهم من هذا التعريف ان حق الاجارة الطويلة وان كان قريباً من حق المساحة الا انه يختلف عنه في الامور الآتية : -

(١) حق المساحة يرد على الارض المملوكة اما حق الاجارة الطويلة فإنه يرد على الارض الموقوفة وحدها .

(٢) حق المساطحة اضيق نطاقاً من حق الاجارة الطويلة ، وبيان ذلك ان حق المساطحة يخول صاحبه اقامة المباني او المنشآت على ارض الغير ولا يجوز ان يرد هذا الحق على الغراس والا كان مغارسة اما حق الاجارة الطويلة فانه كما يرد على البناء على الارض الموقوفة فانه يرد كذلك على غرسها •

(٣) قضى المشرع العراقى فى المادة (١٢٦٧) بتحديد مدة زمنية قصوى لحق المساطحة قدرها خمسون سنة ، والاجارة الطويلة لا تتحدد بهذا القيد الزمنى اذ يجوز ان تبرم لمدة خمسين او ستين سنة مثلاً •

(٤) ليس من الضرورى فى حق المساطحة ان يلتزم صاحب الحق بدفع مقابل سنوى للمالك الارض ، ومثل هذا الالتزام ضرورى فى عقد الاجارة الطويلة •

(٥) يجوز فى المساطحة ان يتم الاتفاق على ان المساطح لا يدفع اى مقابل للمالك الارض غير ما يؤول اليه من ملكية المباني والمنشآت ، بل يجوز الاتفاق على ان يملك المساطح ، بعد انتهاء مدة المساطحة ، جزءاً من هذه المباني التى اقامها على ارض الغير ، ومثل هذا وذاك لا يتصور وقوعهما فى الاجارة الطويلة . فلا بد من ان يدفع المستأجر اجرة سنوية ، ولايجوز ان يملك المستأجر جزءاً من المباني التى اقامها على ارض الوقف •

٣٩٣ - وحق المستأجر اجارة طويلة حق عيني عقارى كما تقضى بذلك المادة (٦٨) صراحة • ويترتب على هذا انه يجوز رهن هذا الحق رهناً تامينياً (رسمياً) وتسجيل هذا الرهن فى دائرة الطابو ، وذلك خلافاً لحق المستأجر اجارة عادية فهو مجرد حق شخصى لا يرد عليه الرهن التامينى •

ومظهر الصفة العينية لحق المستأجر اجارة طويلة هو اعتباره مالكا لكل الابنية والمنشآت والغراس ولهذا جاز له التصرف فيها كما يتصرف المالك •

ونحن نذهب الى ان الاجارة الطويلة فى فقه القانون المدنى العراقى هى حق (الحكر) فى فقه القانون المدنى المصرى الحديث ، ولا يرد علينا باز

المادة السابعة من قانون ادارة الاوقاف لسنة ١٩٢٩ منعت الحكر فى الوقف منعاً مطلقاً لسبيين : -

اولهما : ان الحكر الذى منعه المادة السالفة هو الاجارة المؤبدة ، ذلك لأن الاصل فى فقه الشريعة الاسلامية ان مدة الحكر غير محددة ومعنى هذا ان الاصل فى الحكر ان يكون مؤبداً ، وهذا النوع من التحكير هو الذى منعه المادة السابعة من قانون ادارة الاوقاف •

وثانيهما : اذا فرضنا أن المادة السابعة قضت بمنع الحكر سواء أكان مؤبداً ام مؤقتاً فاننا نقول ان حكم هذه المادة اصبح مقيداً بنصوص القانون المدنى فقد خصصت نصوص هذا القانون هذا المنع العام الذى قضى به قانون ادارة الاوقاف •

٣٩٤ - هذا ويلاحظ ان الاجارة الطويلة (او الحكر) قيد خطير على حق الملكية بل هو ملكية تقوم على الملكية الاصلية مما يجعل امر الاستغلال والتصرف فى الارض المحكرة من الامور غير الميسرة ولهذا قلنا ان هذا الحق لا يرد الا على الاراضى الموقوفة • والحكمة التى من اجلها اجيز هذا العقد هى أن العين التى يقرر عليها الحكر تكون فى حالة لا ينتفع بها حتى انه لا يوجد من يستبدل بها غيرها •

واتماماً للفائدة ثبت هنا نصوص القانون المدنى المصرى المتعلقة بحق الحكر ثم تردفها بنصوص القانون السورى فى الاجارة الطويلة •

٣٩٥ - اولا : حق الحكر فى القانون المصرى : -

المادة (٩٩٩) « لايجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فاذا عينت مدة اطول او اغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة » •
المادة (١٠٠٠) « لايجوز التحكر الا لضرورة او مصلحة وبأذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التى تقع فى دائرتها الارض كلها او اكثرها قيمة ، ويجب ان يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة او من يحيله عليه من القضاة او الموثقين ، ويجب شهره وفقاً لاحكام قانون تنظيم الشهر العقارى » •

المادة (١٠٠١) « للمحتكر ان يتصرف في حقه وينتقل هذا الحق بالميراث » •

المادة (١٠٠٢) « يملك المحتكر ما احدثه من بناء او غراس او غيره ملكاً تاماً وله ان يتصرف فيه وحده او مقترناً بحق الحكر » •

المادة (١٠٠٣) « ١ - على المحتكر ان يؤدي الاجرة المتفق عليها الى المحكر ٢٠ وتكون الاجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة مالم ينص عقد التحكير على غير ذلك » •

المادة (١٠٠٤) « ١ - لا يجوز التحكير بأقل من اجرة المثل • ٢ - وتزيد هذه الاجرة او تنقص كلما بلغ التغيير في اجرة المثل حداً يجاوز الخمس زيادة او نقصاً على ان يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير » •

المادة (١٠٠٥) « ١ - يرجع في تقدير الزيادة او النقص الى ما للارض من قيمة ايجارية وقت التقدير ، ويراعى في ذلك صقع الارض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء او غراس ودون اعتبار لما احدثه المحتكر من تحسين او اتلاف في ذات الارض او في صقع الجهة ودون تأثر بما للمحتكر على الارض من حق القرار » •

المادة (١٠٠٦) « لايسرى التقدير الجديد الا من الوقت الذى يتفق الطرفان عليه والا فمن يوم رفع الدعوى » •

المادة (١٠٠٧) « على المحتكر ان يتخذ من الوسائل مايلزم لجعل الاراضى صالحة للاستغلال مراعيًا في ذلك الشروط المتفق عليها وطبيعة الارض والغرض الذى اعدت له وما يقضى به عرف الجهة » •

المادة (١٠٠٨) « ١ - ينتهى حق الحكر بحلول الاجل المعين له ٢ - ومع ذلك ينتهى هذا الحق قبل حلول الاجل اذا مات المحتكر قبل ان يبنى او يغرس الا اذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر ٣٠ - وينتهى حق الحكر

ايضاً قبل حلول الاجل اذا زالت صفة الوقف عن الارض المحكرة الا اذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه او انقاصه لمدته ففي هذه الحالة يبقى الحكر الى انتهاء مدته » .

المادة (١٠٠٩) « يجوز للمحكر اذا لم تدفع له اجرة ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد » .

المادة (١٠١٠) « ١ - عند فسخ العقد او انتهائه يكون للمحكر ان يطلب اما ازالة البناء والغراس أو استيقاءهما مقابل دفع أول قيمتهما مستحقى الازالة او البقاء وهذا كله مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره ٢٠ - وللمحكمة ان تمهل المحكر في الدفع اذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الامهال ، وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته » .

المادة (١٠١١) « ينتهى حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة الا اذا كان حق الحكر موقوفاً فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

المادة (١٠١٢) « ١ - من وقت العمل بهذا القانون لايجوز ترتيب حق الحكر على ارض غير موقوفة وذلك مع عدم الاخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة ٢٠ - والاحكار القائمة على ارض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى في شأنها الاحكام المبينة في المواد السابقة » .

٣٩٦ - ثانياً : الاجارة الطويلة في القانون السوري : -

المادة (١٠١٧) « ١ - الاجارة الطويلة عقد يكتسب به صاحبه ، مقابل بدل معين ، حق احداث ما شاء من الابنية وغرس ما شاء من الاغراس في عقار موقوف ٢٠ - ويمكنه ايضاً ان يكتسب ملكية هذه الابنية والاغراس ضمن الشروط المعينة في المادة ١٠٢٠ » .

المادة (١٠١٨) « لا يرخص بعقد الاجارة الطويلة الا بالمقاطعة (أى بالبدل السنوى المقطوع) دون اى عقد سواها » •

المادة (١٠١٩) « ١ - يكون البدل مبلغاً معيناً من المال موازياً لقيمة الحق المتفرغ عنه مضافاً الى ذلك المبلغ مرتب دائماً بمعدل اثنين ونصف بالالف من قيمة العقار كما هى محددة فى التخمين المتخذ أساساً لجباية الضريبة العقارية • ٢ - اما الحقوق الناشئة عن عقود الاجارة الطويلة بغير المقاطعة والمعقودة سابقاً فيجب استبدالها وفقاً للنصوص النافذة فى هذا الموضوع » •

المادة (١٠٢٠) « لصاحب حق المقاطعة أن يحوز بأى وقت ملكية العقار مقابل بدل معادل لقيمة ثلاثين قسطاً سنوياً » •

المادة (١٠٢١) « يجب الحصول على اجازة من القاضى قبل اجراء عقد المقاطعة » •

المادة (١٠٢٢) « ١ - ان صاحب حق المقاطعة هو مالك لكل الابنية المشيدة ولكل الاغراس المغروسة فى العقار الموقوف فيستعملها ويستغلها ويتصرف بها بملء الحرية تصرف المالك • ٢ - وله بنوع خاص ان يتفرغ عنها ببدل أو دون بدل وان يرهنها وان يجرى تأمينا عليها وان يقفها وأن يفرض عليها أى حق عيني آخر أو ارتفاق ضمن حدود حقه » •

المادة (١٠٢٣) « تعتبر الارض الموقوفة ملحقة بالابنية المشيدة عليها وبالاغراس المغروسة فيها وبذلك تكون الارض داخلة فى التفرغ ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك » •

المادة (١٠٢٤) « ان حق المقاطعة قابل للانتقال بالارث او بالوصية وفقاً للنصوص المطبقة على العقارات الملك » •

المادة (١٠٢٥) « ١ - اذا لم يبق فى الارض أى أثر للابنية أو للاغراس فيسقط عن صاحب المقاطعة حقه اذا لم يجدد هذه الابنية او

الاعراس بعد انذار موجه اليه من متولى الوقف أو اذا لم يدفع مدة ثلاث سنوات قيمة المرتب السنوى المتوجب + ٢ - ويحكم بسقوط الحق فى هاتين الحالتين بحكم قضائى « •

المادة (١٠٢٦) « ١ - يزول حق المقاطعة اما باتحاد الحقوق فى شخص واحد واما بسقوط الحق من صاحبه واما بانقراض الورثة + ٢ - وفى هذه الاحوال الثلاث يعود الحق الى الوقف « •

المادة (١٠٢٧) « تطبق الاحكام المتعلقة بالشيوع والقسمة على حقوق الاجارة القويلة (المقاطعة) « •

انتهى

فهرس موضوعي

الصفحة	
٢ - ١	كلمة تمهيدية
٢١ - ٣	فصل تمهيدى : -
	الاشياء والاموال - عند فقهاء القانون وفقهاء الشريعة
٩ - ٦	تقسيم الاشياء الى ثابتة ومنقولة : أهمية هذا التقسيم
	انواع العقارات : عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص
	شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص *
١٤ - ٩	النتائج القانونية للفكرة
	انواع المنقولات * منقولات بطبيعتها ، ومنقولات
١٦ - ١٥	معنوية
	تقسيمات أخرى للاشياء : المثليات والقيميات ،
١٨ - ١٧	أهمية هذا التقسيم
٢٠ - ١٨	اشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة له
٢١ - ٢٠	اشياء مملوكة وموقوفة وأميرية ومباحة

الباب الاول

الملكية

٢٤ - ٢٢	تمهيد وتقسيم
	الفصل الاول : تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها
	المبحث الاول : تعريف الملكية وعناصرها
	تعريف الملكية فى القانون الفرنسى والعراقى ، تأثر
٢٨ - ٢٥	التعريف بالافكار الاجتماعية والاقتصادية
٢٩ - ٢٨	خصائص حق الملكية
٣٠ - ٢٩	عناصر حق الملكية

الصفحة

٣٤ - ٣١	المبحث الثانى : نطاق الملكية ووسائل حمايتها
	الفصل الثانى : - القيود التى ترد على الملكية .
٣٥	تمهيد وتقسيم
	المبحث الاول : القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة
٣٩ - ٣٦	المطلب الاول : التزامات الجوار
	المطلب الثانى : قيود الانتفاع بالماء والمرور والتلاصق .
٤٢ - ٤٠	١ - حق المسيل
٤٤ - ٤٢	٢ - حق الشرب
٤٥ - ٤٤	٣ - حريم الآبار
٤٩ - ٤٥	٤ - حق المجرى
٥٣ - ٤٥	٥ - حق المرور
٥٤ - ٥٣	٦ - وضع الحدود
	المبحث الثانى : القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة .
	١ - نزع الملكية للمنافع العامة - شرح بعض نصوص
٥٧ - ٥٥	قانون الاستملاك
٥٨ - ٥٧	٢ - تشريعات البلدية
٥٩ - ٥٨	٣ - تشريعات الزراعة
٦٢ - ٦٠	المبحث الثالث : القيود الاتفاقية - شرط المنع من التصرف
	الفصل الثالث : انواع خاصة من الملكية .
	المبحث الاول : الملكية الشائعة
	معنى الشيوع - حقوق الملاك على الشيوع - انتفاع
٧٦ - ٦٤	الشركاء بالعين المشاعة - ادارة المال الشائع -
	ازالة الشيوع - القسمة : معنى القسمة وانواعها واجراءاتها
٧٧	القسمة الرضائية
٨٢ - ٧٧	القسمة القضائية
٨٦ - ٨٢	طبيعة القسمة وآثارها
٩٠ - ٨٦	قسمة المهايأة
٩٨ - ٩١	المبحث الثانى : العلو والسفل - ملكية الطبقات

الصفحة

٩٩ - ١٠٤	المبحث الثالث : الحائظ المشترك
١٠٥ - ١٠٨	المبحث الرابع : الطريق الخاص المشترك
١٠٩	الفصل الرابع : اسباب كسب الملكية
١١٠ - ١١٩	تمهيد وتقسيم
	المبحث الأول : كسب الملكية ابتداء - الاستيلاء
	الاشياء المباعة : الماء والكلاء والنار - موقف الفقه الاسلامي وفقه القانون المدني من الاستيلاء
	الكنوز والمعادن - موقف الفقه الاسلامي وفقه القانون المدني
	الصيد ، التخلي عن المنقول ، الاستيلاء على العقار :
	المبحث الثاني : كسب الملكية بسبب الوفاة
١٢٠ - ١٢٣	١ - الميراث
١٢٣	٢ - الوصية
١٢٤ - ١٢٧	٣ - تصرفات المريض مرض الموت
	المبحث الثالث : كسب الملكية بين الاحياء
	المطلب الأول : الالتصاق
	١ - الالتصاق بالعقار
١٢٩ - ١٣١	أ - الالتصاق بفعل الطبيعة
١٣١ - ١٣٦	ب - الالتصاق بفعل الانسان
١٣٧	٢ - الالتصاق بالمنقول
	المطلب الثاني : العقد : التسجيل - شرح احكام نظام الطابو رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٣ - التسجيل المجدد -
	تسجيل الاسباب والتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية
١٣٨ - ١٥٠	المطلب الثالث : الشفعة
	تمهيد وتقسيم
	معنى الشفعة لغة وقانونا
	دليل شرعيتها وفائدتها ، موقف المشرعين العراقي والمصري منها
١٥١ - ١٥٤	طبيعتها في كل من التقنين

الصفحة

	الفرع الأول : من له حق الشفعة .
١٥٦ - ١٥٥	آ - الشريك فى الشيوخ .
١٥٦	ب - الحليط فى حق الارتفاق
١٥٧ - ١٥٦	ح - الجار الملاصق . موقف الفقه الاسلامى من شفعة الجار
١٦٠ - ١٥٧	تزامم الشفعة.
	الفرع الثانى : العقود التى تجيز الشفعة : موقف الفقه الاسلامى والمشرع العراقى .
١٦٣ - ١٦٠	١ - المقايضة
١٦٢ - ١٦١	٢ - الصلح
١٦٢	٣ - الوفاء بمقابل
١٦٣	الفرع الثالث : ما تجوز فيه الشفعة .
١٦٤ - ١٦٣	الفرع الرابع : شروط الشفعة واجراءاتها
١٦٥	آ - إعلان الرغبة
١٦٧ - ١٦٦	ب - رفع الدعوى وايداع نصف الثمن
١٧٠ - ١٦٧	الفرع الخامس : أحكام الشفعة .
١٧٦ - ١٧١	الفرع السادس : سقوط الشفعة
١٧٨ - ١٧٧	آ - البيع بالمزايدة العلنية
١٧٨	ب - البيع بين الأزواج والاقارب
١٧٨	ج - بيع العقار لجعله محلا للعبادة
١٧٩	د - تنازل الشفيع عن حقه
١٧٩	هـ - كون العقار المشفوع به وقفا
١٨٠	ر - انقضاء ستة أشهر من يوم البيع
١٨١ - ١٨٠	و - وراثة حق الشفعة فى فقه الشريعة والقانون المدنى
	المطلب الرابع : الحيابة أو وضع اليد .
١٨٢	تمهيد وتقسيم
	الفرع الأول : تعريف الحيابة وشروطها وانواعها .
١٨٦ - ١٨٣	تعريف الحيابة واركانها - الركن المادى والركن المعنوى
	شروط الحيابة .

الصفحة

١٨٧ - ١٨٦	١ - أن تكون مستمرة
١٨٨ - ١٨٧	٢ - أن تكون هادئة
١٨٩ - ١٨٨	٣ - أن تكون ظاهرة
١٩١ - ١٨٩	٤ - ألا تكون غامضة
١٩٢ - ١٩١	٥ - ألا تقوم على أعمال الاباحة والتسامح
	انواع الحيازة : الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية .
	من هم الحائزون العرضيون ، تغير الحيازة العرضية الى حيازة
	حقيقية : بفعل الغير ، وبفعل الحائز العرضي نفسه
١٩٨ - ١٩٤	التنازع على الحيازة ، الاستخلاف على الحيازة
	الفرع الثانى : حماية الحيازة .
٢٠٢ - ١٩٨	اولا : دعوى استرداد الحيازة
٢٠٥ - ٢٠٢	ثانيا : دعوى منع التعرض
٢٠٨ - ٢٠٥	ثالثا : دعوى وقف الاعمال الجديدة
	الفرع الثالث : الحيازة قرينة على الملكية - التقادم المكسب
	بعض الاموال التى لا تكتسب ملكيتها بالحيازة
٢١١	اولا : الاموال العامة
٢١١	ثانيا : الاموال الموقوفة
٢١٣ - ٢١١	ثالثا : حقوق الارتفاق .
٢١٤ - ٢١٣	شروط التملك بمضى المدة
	التقادم الخمسى - حسن النية والسبب الصحيح
	العقود التى تصلح لأن تكون سببا صحيحا :
٢١٥	١ - الهبة
٢٧٦	٢ - البيع
٢١٦	٣ - الفراغ
٢١٨ - ٢١٧	وقف مدة التقادم وانقطاعها .
٢٢٠ - ٢١٨	الفرع الرابع : الحيازة فى المنقول . كلمة تمهيدية
٢٢١ - ٢٢٠	اولا : نطاق تطبيق القاعدة
٢٢٤ - ٢٢١	ثانيا : شروط تطبيق القاعدة
٢٢٧ - ٢٢٤	ثالثا : مستثنيات القاعدة

الفرع الخامس : تملك الجائز حسن النية الثمار وحقه في
استرداد المصروفات ٢٢٧ - ٢٣١

الباب الثاني

حق التصرف والعقر

تمهيد وتقسيم ٢٣٢ - ٢٣٣

الفصل الأول : نطاق حق التصرف ووسائل حمايته :

المبحث الأول : نطاق حق التصرف - أنواع الاراضى في
العراق - الاعمال والتصرفات التى يحق للمتصرف
القيام بها

٢٣٥ - ٢٣٩

المبحث الثانى : القيود التى ترد على حق التصرف

٢٤٠ - ٢٤١

المبحث الثالث : حماية حق التصرف

٢٤٢ - ٢٤٤

المبحث الرابع : الشيوخ فى التصرف

٢٤٥ - ٢٤٤

الفصل الثانى : أسباب كسب حق التصرف

تمهيد وتقسيم ٢٤٩

المبحث الأول : كسب التصرف ابتداء .

المطلب الأول : الاستيلاء ٢٥١ - ٢٥٤

المطلب الثانى : حق القرار واللزمة ٢٥٥ - ٢٥٨

المطلب الثالث : الاستيلاء على الارض الموات ٢٥٩ - ٢٦٠

المبحث الثانى : كسب التصرف بسبب الوفاة - الانتقال .

تمهيد وتقسيم ٢٦١ - ٢٦٢

المطلب الأول : الانتقال لاصحاب الدرجة الاولى ٢٦٣ - ٢٦٤

المطلب الثانى : الانتقال لاصحاب الدرجة الثانية ٢٦٥ - ٢٦٦

المطلب الثالث : الانتقال لاصحاب الدرجة الثالثة ٢٦٧ - ٢٦٨

المطلب الرابع : الانتقال للأبوين والزوجين مع
الدرجات المتقدمة . ٢٦٩ - ٢٧١

بعض حالات الانتقال ٢٧٢ - ٢٧٤

المطلب الخامس : موانع الانتقال ٢٧٥ - ٢٧٧

المبحث الثالث : كسب التصرف ما بين الاحياء .

٢٧٨

تمهيد وتقسيم

٢٧٩ - ٢٨٠

المطلب الاول : الالتصاق

٢٨١ - ٢٨٩

المطلب الثاني : الافراغ

٢٩٠ - ٢٩٣

المطلب الثالث : حق الرجحان

تعريفه - اصحاب حق الرجحان - الشريك - الخليط

مالك الاشجار والابنية - المحتاج من أهمل

القرية - احالة الى أحكام الشفعة .

٢٩٤ - ٢٩٥

المطلب الرابع : التقادم

الفصل الثالث : أسباب انقضاء حق التصرف :

٢٩٦

تمهيد وتقسيم

٢٩٧ - ٢٩٨

المبحث الاول : التقادم

٢٩٩ - ٣٠٥

المبحث الثاني : انحلال الاراضى الاميرية

٣٠٦ - ٣١٠

المبحث الثالث : ترك الاستغلال

الفصل الرابع : أحكام ختامية :

المصايف والمشتاتى ، حقوق العقر ، الاوقاف غير

٣١١ - ٣١٨

الصحيحة .

الباب الثالث

حق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة

٣١٨

تمهيد وتقسيم

الفصل الاول : حق الانتفاع (المنفعة)

٣٢٠ - ٣٢٥

المبحث الاول : تعريفه وخصائصه ونطاقه

المبحث الثاني : آثار حق المنفعة

أولا : حقوق المنتفع

٣٢٦ - ٣٢٧

آ - حق الاستعمال

٣٢٧ - ٣٣٠

ب - حق الاستغلال

ثانيا : التزامات المنتفع

٣٣٠ - ٣٣١

آ - استعمال الشيء بحسب ما اعد له

الصفحة

٣٣٤ - ٣٣١	ب - الجرد وتقديم الكفيل
٣٣٥ - ٣٣٤	ج - حفظ العين
٣٣٦ - ٣٣٥	د - دفع التكاليف والنفقات
٣٣٦	هـ - ضمان الهلاك
٣٣٧	و - رد الشيء

المبحث الثالث : انقضاء حق الانتفاع .

٣٣٩ - ٣٣٨	أولا : انقضاء أجله
٣٤٠ - ٣٣٩	ثانيا : موت المنتفع
٣٤٢ - ٣٤٠	ثالثا : هلاك العين
٣٤٤ - ٣٤٢	رابعا : الاستعمال غير المشروع
٣٤٤	خامسا : عدم تنفيذ الالتزامات
٣٤٥ - ٣٤٤	سادسا : التقادم
٣٤٧ - ٣٤٥	سابعا : اتحاد الذمة
٣٤٨ - ٣٤٧	ثامنا : التنازل

الفصل الثاني : حق الاستعمال وحق السكنى

تعريف كل من الحقين ومقارنتهما بحق الانتفاع من جهة ومع بعضهما من جهة أخرى .

٣٥٣ - ٣٤٩

الفصل الثالث : حق المساطحة :

طبيعته ، ومصدر نصوص القانون المدنى ، وأحكام حق المساطحة .

٣٥٨ - ٣٥٤

الباب الرابع

حقوق الارتفاق

٣٥٩ تمهيد وتقسيم

الفصل الأول : ترتيب حقوق الارتفاق .

٣٦٠ تمهيد وتقسيم

المبحث الأول : تعريف حق الارتفاق وخصائصه

مقارنة حق الارتفاق بحق الانتفاع ، مقارنته بحق الملكية ، القيود التى يخضع لها حق الارتفاق

٣٦٨ - ٣٦١

المبحث الثاني : انواع حقوق الارتفاق .

ارتفاقات طبيعية وقانونية ، ارتفاقات ظاهرة وغير ظاهرة ، ارتفاقات مستمرة وغير مستمرة ، موجبة وسالبة .

٣٦٩ - ٣٧٣

المبحث الثالث : مصادر حقوق الارتفاق

٣٧٤ - ٣٧٩

٣٨٠ - ٣٧٩

٣٨٢ - ٣٨٠

٣٩٠ - ٣٨٢

أولا : العمل القانوني

ثانيا : الميراث

ثالثا : التقادم

رابعا : تخصيص المالك

الفصل الثاني : أحكام حقوق الارتفاق .

٣٩٢ - ٣٩١

٣٩٨ - ٣٩٣

٤٠٦ - ٣٩٩

تمهيد وتقسيم

المبحث الأول : حقوق مالك العقار المرتفق والتزاماته

المبحث الثاني : حقوق مالك العقار المرتفق والتزاماته

الفصل الثالث : انقضاء حق الارتفاق

٤٠٧

٤٠٨

٤١٠ - ٤٠٨

٤١٧ - ٤١٠

٤١٨ - ٤١٧

٤١٩ - ٤١٨

٤٢٠ - ٤١٩

٤٢١

أولا : انقضاء الأجل

ثانيا : هلاك العقار

ثالثا : اتحاد الذمة

رابعا : عدم الاستعمال

خامسا : استحالة الاستعمال

سادسا : زوال فائدة الحق

سابعا : التنازل

ثامنا : فسخ حق مقرر الارتفاق أو الغاؤه

الاجارة الطويلة

تعريفها ، نقص التشريع العراقي ، مقارنتها بحق المساطحة ، مقارنتها بالحكر ، حق الحكر في القانون المصري ، الاجارة الطويلة في القانون السوري .

٤٢٢ - ٤٢٨

349.567:D53hA:c.1

الذنون، حسن علي

الحقوق العينية الاصلية

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01021798

American University of Beirut



349.567

D53hA

General Library

