

الذنون

عناصر في القانون المدني العراقي

349.567:D53mA

الذنون، حسن علي ♦

محاضرات في القانون المدني العراقي ♦

JAN 21 3-5

349.567
D53mA

جامعة الزيتونة
مكتبة الدراسات العربية
٥٥٩.٥٨٢
٥٥٨.٨

محاضرات
في

القانون المدني العراقي

القانون المدني العراقي

ألفها

الدكتور

حسن الزنون

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٢

١٩٥٥

محاضرات
في

القانون المدني العراقي

مفومات الملكية والحقوق العينية

والإتقان العقاري

ألقاها

الدكتور

حسن الزنون

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

١٩٥٥

كلمة تمهيدية وخطة البحث

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

ويتفرع كل من هذين القسمين إلى كتابين : فالكتاب الأول من القسم الأول خصص للالتزامات (مصادرها وأحكامها) والكتاب الثاني منه للعقود المسماة .

والكتاب الأول من القسم الثاني (وهو الكتاب الثالث من القانون) خصص للحقوق العينية الأصلية ، وخصص الكتاب الثاني منه (وهو الكتاب الرابع من القانون) للحقوق العينية التبعية (أو التأمينات العينية) . والصفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية ، فهذه الحقوق جميعاً تشترك في معنى واحد هو أن كل حق منها إذا حلل تكشف عن سلطة مباشرة يغدقها القانون لشخص على شيء معين . إلا أن لكل من هذين النوعين من الحقوق العينية ميزاته الخاصة ، فالحقوق العينية الأصلية قائمة بنفسها مقصودة لذاتها لا تحتاج في قيامها إلى شيء آخر أو حق تستند إليه ، وهي حقوق يغلب فيها الدوام بل إن حق الملكية وهو الحق الذي تتفرع عنه كل الحقوق العينية الأصلية هو حق دائم لا يزول ، ومثل هذا يقال في حق التصرف .

أما الحقوق العينية التبعية فلا تقوم بنفسها وليست مقصودة لذاتها ، بل إنها تستند في قيامها إلى حق شخصي تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دعيّت بالتأمينات العينية ، وهي حقوق مؤقتة تزول بزوال الدين الذي ضمنته . وتتميز الحقوق العينية التبعية أخيراً بأنها تخول صاحبها حق التقدم والتبعية . وهذان لا يظهران في الحقوق العينية الأصلية بوضوح .

٢ - عدت المادة (٦٨) الحقوق العينية بنصها على أن « ١ - الحقوق

العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق
المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحطة ، وحقوق الارتفاق وحق الوقف
وحق الإجارة الطويلة . ٢ - والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن
التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز . »

٣ - يفهم مما تقدم أنني سأعرض عليكم نصوص القانون المدني
العراقي المخصصة لحق الملكية استعراضاً سريعاً بالقدر الذي يتسع له
الوقت ، ثم أقف بعد هذا عند حق التصرف والعقر وهو حق لا نظير له
في القانون المدني المصري ، ثم أتقل إلى بحث شهر التصرفات العقارية
في العراق وفقاً لنظام الطابو رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٣ ، ثم انتهى بعد كل هذا
إلى بحث التأمينات العينية وسأقصر الكلام عنها في الرهن التأميني وحده إن
كان في الوقت متسع .

الفصل الأول

حق الملكية

٤ - عنى المشرع العراقي بحق الملكية عناية ظاهرة فأفرد لها باباً مستقلاً ، وأفرد لبقية الحقوق العينية الأصلية باباً آخر . وقسم الباب المخصص لحق الملكية إلى فصلين : أولهما لحق الملكية في ذاته ، وثانيهما لأسباب كسب الملكية وعلى هذا النحو نسير .

المبحث الأول

حق الملكية في ذاته

تولى في هذا المبحث بحث المسائل الثلاث التالية باختصار شديد .

١ - تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها .

٢ - القيود التي ترد على حق الملكية .

٣ - أنواع خاصة من الملكية .

أولاً : تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها

٥ - عرف المشرع العراقي الملكية على النحو الآتي ، الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها وتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة ، (م ١٠٤٨) (٨٠٢ مصرى ، ٧٦٨ سورى) ، وقد نقل المشرع العراقي هذا التعريف عن مرشد الحيران (م ١١) . ونحن نرى أن النص على أن الملكية حق يعطى لصاحبه التصرف فيما يملكه تصرفاً مطلقاً يعود بنا إلى الوراثة قروناً متعددة حيث كانت النزعة الفردية سائدة وحيث كانت الحقوق مطلقة لا يكاد يحدها حد ، ومنذ أواسط القرن التاسع عشر أخذ الفقهاء يوجهون سهام نقدهم إلى هذه الأفكار الفردية وأصبح قيام

حقوق مطلقة أمراً لا يقره فقيه من الفقهاء المحدثين ، ومع هذا فإن نص المشرع العراقي على أن للمالك أن يتصرف في ملكه « بجميع التصرفات الجائزة » فيه إشارة مهمة إلى أنه يميل إلى الأخذ بهذا التطور الفقهي .

٦ — ويفهم من النص المتقدم أن حق الملكية يعطى لصاحبه حق « المنفعة والاستغلال والتصرف » . وهذه هي عناصر الملكية التي أقرها الفقه المدني ، فالتصرف عمل مادي أو قانوني إذا انصب على الشيء أخرجه من الذمة أو أهلكه ، والاستغلال يراد به الحصول على ثمار الشيء الذي يكون قابلاً لإنتاجها والمنفعة يراد بها استخدام الشيء في وجوه الاستعمال التي أعد لها .

٧ — وتتناول المادة (١٠٤٩) بيان نطاق حق الملكية فهي تقضى بأن « مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتغير . ٢ — وملكية الأرض تشمل ما فوقها علوً وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها . ٣ — ويجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » . هذا وأحب أن ألفت النظر هنا إلى أمرين : أولهما أن نص الفقرة الأولى من المادة (٨٠٣) من القانون المدني المصري كان عند تقديمه إلى البرلمان مطابقاً لنص الفقرة الأولى من التشريع العراقي إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « في العرف » ، لأن العرف ليس هو المرجع الأول في تحديد عناصر الشيء الجوهرية ، بل يرجع في ذلك أولاً إلى طبيعة الأشياء ثم إلى العرف بعد ذلك وكان يجدر بالمشرع العراقي أن يقر هذا التعديل ، وثانيهما أن الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة أجازت فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو تشريعات خاصة ، كتشريعات المناجم والمحاجر والمقالع ، وما حق القرار وحق الحكر وحق المساطحة إلا ضروب من ملكية ما فوق سطح الأرض .

٨ - وتقرر المادة (١٠٥٠) أنه « لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسنها . ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً » وهذا النص ترديد وتأكيـد للمادة العاشرة من القانون الأساسي (الدستور) العراقي التي تقرر صيانة حق الملكية .

هذا ويلاحظ أن المادة السالفة من القانون المدني لا تتعارض مع أحكام قانون الاستملاك الصادر سنة ١٩٣٤ ولا مع التعديلات التي أدخلت عليه بعد ذلك ، ويلاحظ ثانياً أن حماية الملكية ليست قاصرة على رد الاعتداء الواقع عليها من جهات الإدارة بل إنها حمية ضد اعتداء الأفراد كذلك ومظهر هذه الحماية هو دعوى الاستحقاق التي يرفعها مدعي الملكية على شخص يجوز الشيء المتنازع في ملكيته ، وهذه الدعوى لا تسقط بمضي المدة .

ثانياً : القيود التي ترد على الملكية

٩ - يقسم الفقهاء القيود التي ترد على حق الملكية إلى قسمين : أولهما قيود قانونية ، وثانيتها قيود اتفاقية ، ويفرعون القيود القانونية إلى فرعين : فهي إما أن تكون مقررة لمصلحة خاصة ، وإما أن تكون مقررة لمصلحة عامة . ونحن سنتابع في شرح هذه القيود نصوص القانون المدني العراقي فتتولى دراستها على النحو الآتي :

١٠ - (١) التزامات (أو اتفاقات) الجوار : تقرر المادة (١٠٥١) أنه « لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرّاً بالجوار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً . ٢ - وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في العين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع . ٣ - وإذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً

مشروعاً فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه .

ويلاحظ أن هذه المادة مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي أقرها المشرع العراقي في المادة السابعة منه ، والضرر الفاحش كما تعرفه المجلة ومرشد الحيران هو ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو منع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء ، فإذا ما أخل الجار بالتزامات الجوار فقد حقت عليه المسؤولية وجاز للبضار أن يطالب بإزالة الضرر إذا كان هذا ممكناً أو الحكم له بتعويض . ولم يكتف المشرع بالنص على وجوب إزالة الضرر الفاحش بعد وقوعه بل إنه نص في الفقرة الثانية من المادة السالفة على جواز المالبة بمنعه قبل وقوعه فالوقاية خير من العلاج ودفع الضرر خير من إزالة أثره ، فلذلك المهدد بضرر يصيبه من جراء حفر أو أعمال أخرى يقوم بها جاره أن يلزم هذا الجار في قضية مستعجلة باتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر بل إن له أن يطلب وقف هذه الأعمال حتى تفصل المحكمة في موضوع النزاع . والفقرة الثالثة من المادة السالفة من باب اللغو فضلاً عما فيها من لبس وغموض قد يصرف معناها إلى غير ما أرادته المشرع وهي منقولة نقلاً حرفياً عن صدر المادة (١٢٠٧) من المجلة وتزيد مادة المجلة على النص المتقدم أمثلة توضحه فتقول : مثلاً إذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع بنفسه مضرته وليس له حق أن يدعى على صاحب الدار القديمة ، كما أنه لو أحدث أحد داراً في عرصته المتصلة بدار جدار فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد بدعوى أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد ، وكذا إذا أحدث أحد داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بدعوى أن غبار البيدر يصيب داره .

١١ - ب - حق المسيل : - عاج المشرع العراقي حق المسيل في المواد (١٠٥٢ - ١٠٥٤) . ويفهم من هذه المواد أن المشرع العراقي

يفرق بين المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة كياه الأمطار والعيون النابتة وبين المياه التي يستنبطها مالك الأرض بحفر أو سبر أو نحوهما .

فبالنسبة للمياه الطبيعية يحق لمالك الأرض أن يستعمل هذه المياه وأن ينتفع بها على النحو الذي يراه وعلى صاحب الأرض المنخفضة أن يتحمل سبل هذه المياه في أرضه وليس له أن يطالب بأى تعويض ما دامت المياه ناشئة عن فعل الطبيعة لأن هذا يعتبر سبباً أجنياً تتنفي معه المسؤولية . ويتحمل مالك الأرض المنخفضة فوق هذا بالتزام سلبى هو أن يمتنع عن إقامة سد أو حاجز يصد الماء أو يعيق سيره . إلا أنه ليس معنى هذا أن للمالك الأرض العالية أن يوجه صرف هذه المياه الزائدة كما يشاء إذ عليه أن يمتنع عن كل ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة وإلا فإنه يكون ملزماً بالتعويض .

أما بالنسبة للمياه التي يستنبطها المالك بفعله فإن المشرع قرر لها كذلك حق المسيل على الأرضى الواطئة المجاورة فثل هذا الحق ضرورة لا بد منها ، إلا أنه لا حظ أن تحمل الأرض الواطئة للسيل قد يلحق بصاحبها ضرراً فى معظم الحالات ولا حظ من ناحية أخرى أن هذه المياه ناتجة بفعل مالك الأرض العالية ولهذا أعطى لصاحب الأرض المنخفضة حق المطالبة بتعويض الضرر .

١٢ - ح - حق الشرب : - (م ١٠٥٥ - ١٠٥٦) : وهو على ما يعرفه صاحب مرشد الخيران نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع . ويلاحظ أن المشرع العراقي إذا كان قد أجاز فى المادة (١٠٥٥) لمالك الأرض أن يشق فيها جدولاً أو ترعة فإنه قيد هذا الحق بالقوانين والأنظمة الخاصة وأبرزها (قانون مراقبة أمور الرى والسداد) الصادر سنة ١٩٢٣ وما أدخل عليه من تعديلات . فقد نص هذا القانون على منع أصحاب الأرضى من إحداث الجداول أو الأبنية أو الفروع (الشاخات) أو نصب المضخات أو الكروود أو التواوير فى منطقة أعمال الرى بدون

إذن كتابي يصدره ضابط منطقة الري ، وجعل أصحاب الأراضي مسئولين عن المخالفات والاضرار التي تحدث في مجارى المياه في أراضيهم وحملهم النفقات التي تبذل في إصلاح ما أفسدوه وهددهم بالحرمان من المياه ، وأباح السخرة في سبيل ذلك .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشرع المصرى (م ٢/٨٠٨) أجاز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف الخاص فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها ، ولا نجد مقابلاً لهذا النص في التشريع العراقى بل إنه ينص صراحة على أن التزعة أو الجدول الخاص ملك لصاحبه وأن له وحده حق استعماله .

١٣ - - - حريم الآبار : خصص المشرع العراقى لهذا القيد المادة (١٠٥٧) ولا نظير له في القوانين المدنية الحديثة فهو مقتبس من الفقه الإسلامى وعندى أن المشرع العراقى أحسن صنعا بإثبات هذا النص لأنه لا يعدو أن يكون وسيلة لتشجيع إحياء الصحارى والأراضى الموات التي يكثُر وجودها في العراق .

ويراد بحريم الشيء حقوقه ومرافقه التي حوله ، واللفظة من الحرام . وهذا القيد قاصر على الآبار المحفورة في الأرض الموات لائن الغرض منه كما قلنا تشجيع استثمار هذه الأراضى . وإذا كان المشرع العراقى قد اقتبس هذا القيد عن المجلة بطريق مباشر (المواد ١٢٨١ - ١٢٩١) فإنه لم يعتمد إلى نفل أحكامها كما هي وإنما أدخل عليها كثيراً من التعديل والحذف ، فالمجلة تحدد حريم الآبار تحديداً مادياً جامداً (قدره ٤٠ ذراعاً من كل طرف) وكذلك تحدد حريم الآعين والينابيع والنهر الصغير الخ .

ولا وجود لمثل هذه المعايير المادية في التشريع العراقى فتقرير مدى حريم الآبار موكل إلى فطنة القاضى وإلى تقدير أهل الخبرة .

١٤ - - - هـ - حق المجرى : - ويراد به إجراء الماء اللازم لرى أرض بعيدة عن مورد الماء في أرض أخرى متصلة به .

ومن هنا يفهم الفرق بين حق المجرى وحق المسيل فالمسيل لتصرف المياه الزائدة أو غير الصالحة والمجرى لطلب الماء اللازم أو الصالح، وتكاد تكون أحكام هذين القيدين أو الحقين واحدة ولهذا جمع المشرع العراقي في المادة (١٠٥٨) أحكامهما معاً .

وقد قيد المشرع استعمال هذا الحق بقيود معقولة عادلة هي :
أولاً : بعد الأرض عن مورد المياه ولا يشترط بعد هذا أن يكون العقار البعيد أو طاً من العقار المقرر عليه حق المجرى كما يشترط ذلك القانون الفرنسي في المادة (٦٤٠) .

ثانياً : — أن لا يكون في الأرض ماء للزراعة : — ونحن نذهب إلى أن المشرع العراقي لا يعطي هذا الحق لصاحب الأرض التي يكون فيها ماء لا يكفي لزراعتها أو ربها فهو صريح في أن هذا الحق يقرر للأراضي التي ليس فيها ماء للزراعة ، ولا يصح الاستناد إلى نصوص القانون المصري والسوري للقول بخلاف ذلك وذلك لاختلاف النص العراقي عنهما (أنظر م ٧٠٩ — ٨١١ مصري ، ٩٨٠ — ٩٨٣ سوري) .

ثالثاً : أن لا يكون هناك سبيل لمرور المياه مباشرة إلى الأرض البعيدة عن مورد المياه .

رابعاً : أن لا يخل حق المجرى باتساع صاحب الأرض المثقلة به أخلاً لا بيناً لأن الضرر لا يدفع بمثله .

خامساً : التعويض ، وقد جعل المشرع العراقي هذا التعويض على شكل أجر سنوي يدفع مقدماً وفي هذا يختلف حكمه عن حكم القانون المصري الذي يكتفي بأن يكون التعويض (عادلاً) .

ونحن نرى إنه وإن كان المشرع العراقي قد جعل التعويض على شكل أجر سنوي يدفع مقدماً إلا أن هذا النص مفسر غير آمر فيجوز الاتفاق على أن يدفع التعويض في نهاية العام لا بدئه كما يجوز الاتفاق على دفع التعويض جملة واحدة .

ويلاحظ أخيراً أن المشرع العراقي (ومثله المصري والسوري) أعطى للمالك العقار المثقل بحق المجرى حق الاستفادة من المنشآت التي يقيمها على عقاره مالك العقار المخدوم على شرط أن يشارك في مصاريف انشائها وصيانتها بقدر يتناسب مع مقدار استفادته منها .

١٥ - و - حق المرور : - وقد عالج المشرع في المادة (١٠٥٩) وهو عبارة عن حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك الغير ، وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن هذا الحق مقرر لكل من له حق عيني على العقار المحبوس ولا يقتصر على المالك فقط كما توحى صياغة النصوص . ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن المستفيع وصاحب حق الاستعمال والمحتكر لهم أن يطالبوا بحق المرور .

ويكاد الاجماع ينعقد كذلك على أن العقار الخادم قد يكون ملكاً للأفراد أو دوميئاً عاماً أو خاصاً فأملك الدومين العام تخضع لما تخضع له سائر الأملاك من قيود ما دامت لا تتعارض مع تخصيصها للانتفاع العام ويشترط لترتيب حق المرور ما يأتي : -

أولاً : أن يكون العقار محبوساً : ويلاحظ أن المشرع العراقي (ومثله المشرعان المصري والسوري) قد توسع في بيان معنى الحبس فلم يقصره على العقار الذي ليس له اتصال مطلقاً بالطريق العام وإنما أعطاه للعقار الذي يتصل بهذا الطريق متى كان هذا الاتصال غير كاف ولا ييسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة . وقاضى الموضوع هو الذي يقدر حالة حبس العقار وكون الممر كافياً أو غير كاف بعد أن يراعى حاجة العقار الفعلية وقت طلب حق المرور .

ثانياً : ألا يكون الحصر ناشئاً عن فعل المالك . فإذا كان العقار متصلاً بالطريق العام اتصالاً كافياً ثم يجزئه مالكه بتصرف برضاه يكون من شأنه حبس جزء منه عن الطريق العام فإن حق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى .

ثالثاً : التعويض ، قرر المشرع في هذا الصدد ما سبق أن قرره في حق الجرى والمسيل فجعل التعويض على شكل أجر سنوى يدفع مقدماً . وقد قلنا أن هذا النص مفسر فيجوز الاتفاق على ما يخالفه .

رابعاً : حق المرور يقرر على العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضرراً وفى موقع منه بحيث يكلف العقار أقل عبء ممكن وتقدير هذا الشرط مسألة وقائع .

١٦ - ز : وضع الحدود : أشارت إلى هذا القيد المادة (١٠٦٠) فهي تقرر في شطرها الأول أن لكل مالك الحق في تسوير ملكه على أن لا يمنع هذا التسوير الجار من استعمال حق لعقاره كما لو تعارض مع حق مرور أو مسيل وتقرر في شطرها الثانى حق المالك في أن يجبر جاره على وضع الحدود لأملاكهما المتلاصقة وهذا هو القيد الحقيقي ، ونفقات وضع الحدود مشتركة بين المالكين أى أنها تقسم بينهما مناصفة بصرف النظر عن مساحة كل من العقارين . ونكتفي بما تقدم في شرح قيود الملكية .

ثالثاً : أنواع خاصة من الملكية

١٧ - القاعدة العامة في الملكية أن تكون ملكية فردية يسيطر فيها الفرد الواحد على الشيء على أنها قد تتخذ في العمل صوراً أخرى غير هذه الصورة العادية ، فقد تكون مشتركة بين عدد من الملاك وهذه هي الملكية الشائعة أو المشاعة ، وقد تحدد طبيعة العين أو وضعها من حقوق الملاك في التصرف أو الاستعمال كما هي الحالة في ملكية العلو والسفل وفي الحائط المشترك وفي الطريق الخاص المشترك .

يفهم مما تقدم أننا سنعالج هنا (١) الملكية الشائعة (٢) ملكية العلو والسفل (٣) الحائط المشترك (٤) الطريق الخاص المشترك .

١٨ - (١) الملكية الشائعة : عالج المشرع العراقي الملكية الشائعة في المواد (١٠٦١ - ١٠٨١) وهى نصوص تتفق في معظم أحكامها مع نصوص التشريعين المصرى والسورى (٨٢٥ - ٨٤٩ مصرى ٧٨٠ - ٨٠٤

(سورى) . ولهذا فإننى أكتفى فى هذا الصدد ببيان وجوه الاختلاف بين التشريع العراقى من جهة والتشريع المصرى من جهة أخرى .

وأول فارق نلاحظه بين النصوص يتصل بالأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة وهى ما أطلق عليها المشرع العراقى اسم « التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض » كتحويل مطعم إلى مقهى أو ملهى إلى كراج وقد جعل المشرع العراقى القيام بهذه الأعمال من حق أصحاب القدر الأكبر من الحصص مع اشتراط إذن المحكمة (م ١٠٦٥) وبين هذا النص ونص المادة (٨٢٩ المصرية) فارق جوهري يتمثل فى ناحيتين : الأولى أن المادة المصرية لا تكفى بالأغلبية المطلقة لأصحاب القدر الأكبر من الحصص وإنما تشترط أغلبية خاصة تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع ، والثانية أن المادة المصرية جعلت مدة اعتراض الشريك على ما تقرره الأغلبية المتقدمة شهرين من وقت الاعلان ولا نجد لهذا القيد أثراً فى المادة العراقية .

ومن الفروق بين التقنينين أن المشرع العراقى يقرر فى المادة (١٠٦٨) انه « إذا احتاج الملك الشائع إلى مرمة أو عمارة يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم ، وإذا كان بعض الشركاء غائباً أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بإذن من المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم » ولا نجد لهذه المادة مقابلاً فى التقنين المصرى ، وهى مقتبسة عن مرشد الحيران (م ٧٤٧ — ٧٤٩) وعن المجلة (١٣٩٨ — ١٣١٠) .

ومن الفروق كذلك ما تقرره المادة (١٠٦٩) من أنه « إذا انهدمت العين انشاعة كلياً وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون فلا يجبر الآبى على العمارة » ولا نجد لهذه المادة مقابلاً فى التقنين المصرى وهى بدورها مقتبسة عن مرشد الحيران (٧٥٠) والمجلة (١٣١٤) . ومن الفروق كذلك ما تقرره المادة (٨٣٦) من التقنين المصرى بصدد دعوى القسمة فهى

تقرر أن على من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية ، وظاهر أن النص المصري يجعل المدعى عليه في دعوى القسمة جميع الشركاء عدا طالب القسمة بالطبع ولا مثل لهذا النص في التشريع العراقي ومع هذا فإننا نذهب إلى وجوب الأخذ به .

ومن الفروق كذلك نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن الفاحش ، فإذا كان كل من التشريعين العراقي والمصري قد أخذ في تقرير هذا الغبن بمعياري مادي بحت إلا أن مقدار هذا الغبن يختلف في التقنينين فهو في التقنين المصري ما زاد على الخمس ، وهو في التشريع العراقي متى كان بمقدار ربع العشر في الدراهم ، ونصف العشر في العروش والعشر في الحيوانات والخمس في العقار . وقد قرر المشرع المصري سقوط هذه الدعوى بعد مضي سنة كاملة من القسمة أما المشرع العراقي فقد جعل هذه المدة ستة أشهر . هذا ويلاحظ في هذا الصدد أن دعوى نقض القسمة في كل من التشريعين دعوى احتياطية ، فالدعوى دعوى تكملة ثمن أو إزالة غبن أصلاً ودعوى فسخ احتياطاً ، ولهذا قرر المشرع أن كل متقاسم يستطيع وقف سير الدعوى إذا هو أكمل للمدعى عيناً أو نقداً ما نقص من حصته .

ومن الفروق كذلك ما قرره المشرع المصري في المادة (١٨٤٦) من أنه إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على خلاف ذلك ، ولا مقابل لهذه المادة في التشريع العراقي وأرى أنه لا محل لتطبيق هذا الحكم في العراق لأنه حكم استثنائي لا يتفق مع أحكام القواعد العامة ولا مع طبيعة قسمة المهايأة .

١٩ - (٢) العلو والسفل (ملكية الطبقات) : عاج المشرع العراقي هذا النوع الخاص من الملكية في المواد (١٠٧٢ - ١٨٠٦) واقتبس معظم أحكامها من الفقه الإسلامي (٦٤ - ٦٨ مرشد الخيران ١١٩٢ - ١١٩٣ مجلة) .

ولا نريد أن نشرح أحكام هذا النوع من الملكية في التشريع العراقي لأنها لا تخرج في جملتها عن الأحكام التي قررها المشرع المصري (والسوري) ولكتنا نحب أن نلفت النظر هنا إلى ملاحظتين :

أولاهما : أن المشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة (٨٥٩) على أنه « إذا امتنع (مالك السفل) عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل » وقرر مثل هذا الحكم في الفقرة الأولى من المادة (٨٦٠) التي تقضى بأنه « إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » . ويفهم من هذين النصين أن المشرع المصري يميز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إذا امتنع مالكه عن ترميمه ، أو إذا انهدم وامتنع عن إعادة بنائه ، وهذا حكم عملي هام اقتبسه المشرع المصري من الشريعة الإسلامية ، ومن العجيب أننا لا نجد ما يماثله في التقنين العراقي ، فإن تقنيننا المدني لا يعطي للقاضي سلطة بيع السفل إذا امتنع مالكه عن ترميمه أو إعادة بنائه وإنما يعطي لصاحب العلو حق ترميمه أو بنائه فإن فعل هذا بإذن المحكمة فإنه يرجع على مالك السفل بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف ، وأن فعله من غير إذن المحكمة فإنه يرجع على صاحب السفل بالأقل قيمة البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع .

وثانيهما : أن المشرع المصري قضى في المادة (٨٥٨/١) بأن « على كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار مالم يوجد اتفاق على غير ذلك » ، ولا يوجد نظير لهذا الحكم في التقنين العراقي وأنا أرى أنه لا يمكن الأخذ بهذا الحكم في فقه قانوننا المدني ، وذلك لأن المادة الأولى من هذا التقنين تحتم أولاً تطبيق النصوص التشريعية الواردة فيه ، وعند عدم وجودها يرجع إلى العرف ، ثم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوصه . ولا يوجد في العراق عرف يمكن

الاعتماد عليه في تحديد مدى مساهمة كل من الملاك في نفقات صيانة وإصلاح الأجزاء المشتركة لندرة هذا النوع من أنواع الملكية في العراق ، كما لا يوجد نص تشريعي خاص به ، وإذن فلا مناص لنا من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أو إلى قواعد العدالة إن لم نجد في الشريعة الإسلامية حكماً .

ومن القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن الغرم بالغنم ، واستناداً إلى هذه القاعدة جعل فقهاء الشريعة مصاريف إصلاح الطريق الخاص المشترك على الملاك جميعاً بنسبة انتفاعهم وكذلك الحال في مصاريف كرى الجدول أو النهر ، وقياساً على هذا نقول أن مصاريف تعمير الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات تقع على ملك الطبقات بنسبة انتفاعهم لانبسبة قيمة ما يملكه كل منهم أي أننا نذهب إلى وجوب الأخذ بحكم المادة (٥٧/٣٦) من التقنين المصري القديم .

٢٠ - (٣) الحائط المشترك : هو الحائط الذي يفصل بين عقارين والذي أنشأه الجاران بمصاريف مشتركة ، وقد أفرد له المشرع العراقي المواد (١٠٨٧-١٠٩٢) وتكاد أحكام هذا النوع الخاص من أنواع الملكية الشائعة في التشريع العراقي تماثل مع أحكام التشريع المصري ، ولهذا فإنني أكتفي بأن ألفت النظر إلى ملاحظتين : أولاً أن المشرع المصري بحث الحائط المشترك على أنه صورة من صور القيود التي ترد على الملكية أما المشرع العراقي فقد اعتبره نوعاً من أنواع الملكية ، وهكذا فقد نظر المشرع العراقي إلى الحائط في ذاته ، أما المشرع المصري فقد نظر إلى العقارين اللذين يفصل بينهما الحائط ، وثانيتهما أن المشرع المصري (م ٨١٤) يجعل مصاريف إصلاح وتجديد الحائط المشترك على الشركاء كل بنسبة حصته ، أما المشرع العراقي (م ٢/١٠٨٧) فيجعل هذه المصاريف على الشريكين مناصفة . وعندى أن حكم التقنين المصري أكثر عدالة وأقرب إلى المنطق السليم ، وأن حكم التقنين العراقي أقرب إلى الواقع العملي إذ من

النادر في العراق اختلاف حصص الشركاء في الحائط .

٢١ - (٤) الطريق الخاص المشترك (م ١٠٩٣ - ١٠٩٧) : وهو طريق أو زقاق مملوك لأصحابه ملكية شائعة فلا يجوز لأى منهم أن يتصرف فيه من غير إذن شركائه سواء أكان هذا التصرف مضرراً أو غير مضر ، وحتى المرور من هذا الطريق الخاص لا يسقط بالتقادم مهما طال أمدّه فإذا سد أحد الشركاء في الطريق الخاص بابّه المفتوح على هذا الطريق وفتح باباً من جهة الطريق العام ، ثم أراد بعد مضي مدة تزيد عن خمس عشرة سنة إعادة فتح بابّه على الطريق فله ذلك ، كما أن خلفه العام أو خلفه الخاص أن يعيد فتح هذه الباب .

ومصاريف تعمير الطريق الخاص على الشركاء كل بقدر ارتفاعه ، ومعنى هذا أن يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التي في مدخل الطريق وهو لا يشارك أحداً منهم حتى ينفرد صاحب الدار التي في منتهى الطريق بنفقات التعمير التي تعود إلى حصته بعد أن يشترك مع سائر الشركاء في نفقات التعمير التي تعود إلى حصصهم . ولتوضيح هذا نضرب المثال التالي : على طريق خاص ثلاثة دور ذات جهات متساوية في الطول ، تكلف تبليط الطريق (١٨) جنيتها ، فإن صاحب الدار الأولى التي في المدخل يدفع جنيتهين ويدفع صاحب الدار الثانية خمسة جنيتهات ، وعلى صاحب الدار الثالثة التي في منتهى الطريق أحد عشر جنيتها .

والطريق الخاص وإن كان مملوكاً ملكية شائعة إلا أنه غير قابل للقسمة ولا للتصرف ويفهم مما جاء في شرح الإستاذ التركي « على حيدر افندي » على المادة (١٢٢٣) من المجلد (١) . أن العلة التي منع الشركاء من أجلها من بيع الحائط المشترك أو قسمته هي حق الناس في المرور فيه عند الزحام ، وهذا ما فعله المشرع العراقي كذلك (١٠٩٦) وقد كان يجدر به أن يغفل النص على منع الشركاء من قسمة الطريق الخاص أو بيعه مستقلاً إذ قد

يكون الطريق مشتركاً بين دارين مثلاً ليس لهما اتصال بالطريق العام إلا عن هذا الطريق الخاص ، ثم تقوم البلدية أو أمانة العاصمة بفتح شارع يطل عليه كل من الدارين فلماذا يحرم الملاك في مثل هذه الحالة من قسمة الطريق الخاص أو بيعه ؟ .

ونكتفي بما تقدم من الكلام عن أنواع من الملكية وبه ينتهي البحث الأول .

المبحث الثاني

« أسباب كسب الملكية »

٢٢ - قسم المشرع العراقي أسباب كسب الملكية إلى ثلاثة أقسام أولها لكسب الملكية ابتداء بالاستيلاء ، وثانيها لكسب الملكية بسبب الوفاة ، بالميراث والوصية ، وثالثها لكسبها بين الأحياء بالاتصاف والعقد والشفعة والحيازة .

أولاً : كسب الملكية ابتداء - الاستيلاء

(المواد ١٠٩٧ - ١١٠٥)

٢٣ - الاستيلاء طريقة تكتسب بها ملكية شيء غير مملوك لأحد من الناس ، وهو يكون بالإحراز المصحوب بنية التملك ، والإحراز نوعان : حقيق وحكمي ؛ فالأول يكون بوضع اليد على الشيء فعلاً أو بالقوة كقطع الأشجار أو جنى الثمار أو إمساك الصيد أو جمع العشب ، والثاني يكون باستعمال الآلات وتهيئة سبب الإحراز لتعلق الصيد بالشبكة وتجميع الماء في الطست (م ١٠٩٨) .

ثم يقرر المشرع العراقي حكم الحديث النبوي في اشتراك الناس في ثلاثة أشياء هي الكلاً والنار . ومعروف أن الكلاً هو ما ينبت في الأرض من تلقاء نفسه كالخشائش والكمأة والفطر ونحوها ، فلا يجوز للمالك الأرض إذا ما وجد فيها كلاً أن يمنع الناس من قطعه ولكن له أن يمنعهم من دخول أرضه لأنها مملوكة له ، ومع هذا فقد ذهب بعض المالكية والحنفية إلى أنه إذا لم يجد الناس الكلاً في غير هذه الأرض وكانت لهم حاجة به كان المالك

خيراً بين أن يخصص لهم بدخول الأرض لأخذ الكلاً وبين أن يقطعه ويسلمهم إياه .

والناس شركاء كذلك في الماء ، وشركتهم كذلك لا تعدو حق الشرب أو الشفعة ، ولهذا قرر المشرع العراقي إعطاءه للإنسان والحيوان على السواء لأنه حق طبيعي لكل كائن حي آدمياً كان أو حيواناً ، وقد نظم المشرع العراقي كذلك حق الاحتطاب والرعى ، فقرر في المادة (١١٠٠) بأنه يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة إذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات وأشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته . ووضح أن المشرع العراقي إذ يعطي للشخص حق أخذ الشجر أو الحطب أو الحجر فإنما يقيد به بالحاجة إليه لاستعماله الخاص لا للتجارة به ، وهذا ما كانت تقضى به المادة (٥) من نظام الإحراج .

وتقرر المادة المتقدمة في فقرتها الثانية جواز رعى أهل القرى والقصبات في المراعى المخصصة لهم دون دفع أى رسم كما يجوز لغير أهل القرية رعى مواشيهم في هذه المراعى إذا لم يكن ذلك مضرراً بأهلها .

٢٤ - ثم تعالج المادة (١١٠١) حكم الكنز . والكنز هو المنقول المدفون أو الخبوء في الأرض ، وقد عده المشرع العراقي جزءاً من هذه الأرض ، ولهذا فإنه يتبعها في الملكية وعلى هذا فإنه إذا لم يعرف مالك الكنز فهو لمالك الأرض إن كانت مملوكة للدولة إن كانت الأرض أميرية ولجهة الوقف إن كانت موقوفة وفقاً صحيحاً .

هذا وأحب أن ألفت النظر إلى اختلاف حكم التقنين المصرى والعراقى بالنسبة للملكية الكنز الذى عثر عليه فى أرض موقوفة فهو وفقاً لأحكام التشريع العراقى ملك لجهة الوقف كما تقدم وهو فى القانون المصرى ملك للواقف وورثته من بعده لاجهة الوقف (٢/٨٧٢م) .

على أن أخطر قيد يرد على تملك الكنز بطريق الاستيلاء هو قانون الآثار القديمة (رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦) ، فالمادة الأولى من هذا القانون تقرر أنه يقصد بكلمة الآثار كل ما صنعه أو تفننت به يد الإنسان قبل

سنة ١٧٠٠ م و ١١١٧ هـ . كالمباني والمغاور والمسكوكات والمنحوتات والمخطوطات وسائر أنواع المصنوعات التي تدل على أحوال العلوم والفنون والصنائع والآداب والديانات و . . الخ من الأجيال الغابرة ؛ ويقرر كذلك أن كل ما يوجد في العراق من الآثار المنقولة سواء ما كان منها على سطح الأرض أو في باطنها يعتبر من ثروة الدولة العامة ، فلا يجوز للأفراد أو للجماعات أن يتصرفوا بها أو يدعوا بملكيتهما إلا ضمن قيود القانون . ويقرر أن ملكية الأرض لا تكسب صاحبها حق التصرف في الآثار الموجودة على سطحها أو في باطنها ولا تخوله حق التنقيب عن الآثار فيها ، وأن الآثار المنقولة التي تكون في حيازة الأشخاص الحقيقية أو الحكيمة عند صدور هذا القانون تبقى تحت حيازتهم على شرط أن يسجلوها لدى دائرة الآثار خلال ستة أشهر ، الخ .

ثم تعرض المادة (١١٠٢) لأحكام الصيد وتقرر إباحته برأ وبحراً ويجوز اتخاذه حرفة وتقيده المادة التالية بالقوانين الخاصة .

ثم تعرض المادة (١١٠٤) لطريق خاص من طرق الاستيلاء وهو التخلي عن المنقول بقصد التنازل عن ملكيته . لأن المنقول في هذه الحالة يصبح من المباحات ويكون ملكاً لأول واضع يد عليه .

ثم تعرض المادة (١١٠٤) للاستيلاء على العقار وهذه المادة منقولة عن المادة (١٣٢) من قانون الأراضي الملغى ، وقد أعطى هذا النص حق تملك شاطئ البحر المردوم إذا وقع الردم بإذن الحكومة واشترط لذلك أن يكون الرادم عراقياً وأن يتم الردم خلال ثلاث سنين من صدور الإذن به فإذا وقع من غير إذن كان الجزء المردوم ملكاً للدولة يباع للرادم ببدل المثل فإن لم يرض بشرائه يبيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم فإنه يطالب ببدل مثل الأرض دون الأرض لأنه غير مالك لها ، فإذا لم يرض تملك الأرض ببدل المثل بيعت بما عليها من منشآت وأخذت الدولة من الثمن قيمة الأرض وأعطى الباقي للرادم الذي أقام تلك المنشآت .

ثانياً : كسب الملكية بسبب الوفاة

٢٥ - لاكتساب الملكية بسبب الوفاة طريقان : أولهما الميراث وثانيهما الوصية .

أما الميراث فهو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من أموال أو حقوق مالية عند وفاته ، وهو لا يكون إلا في مال مملوك أو حق ملحق به ، ولا يكون إلا فيما بقي من ذلك بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث في حدود ثلث ما ترك أو فيما زاد عليه عند أجازة الورثة والبحث التفصيلي عن طريقة اكتساب الملكية بسبب الوفاة يخرج عن نطاق القانون المدني وعن نطاق هذه المحاضرات ، ولهذا فإن المشرع العراقي أحال في (ف) من المادة (١١٠٦) إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالمواريث .

هذا ويلاحظ أن المشرع العراقي لم يجر على ما جرى عليه المشرع المصري في بيان طريقة تصفية التركات ، وكأنه اكتفى في هذه المسألة بقانون تحرير التركات وإدارة أموال القاصرين والغائبين والمحجورين (رقم ٢٧ لسنة ١٩٣٤) .

٢٦ - ومن المحتمل جداً أن دائناً للتركة وليس له تأمين خاص على عين من أعيانها ولم يعلم بدعوة المحكمة للدائنين فلم يظهر دينه في قائمة الجرد أو التحرير حتى تمت عملية التصفية واستولى كل وارث على نصيبه من التركة خالصاً من الديون ، ثم قام الوارث بنقل ملكية نصيبه للغير أو رتب عليه حقوقاً عينية وقد وجه المشرع هذا الغرض فأعطى للدائن العادي حق ملاحقة التركة لاستيفاء دينه فكان المشرع العراقي جعل حق هذا الدائن حقاً عينياً أخذاً بما يذهب إليه بعض فقهاء الشريعة من اعتبار حق الدائنين متعلقاً بعد وفاة المدين بأعيان التركة . ويسقط حق الدائن في ملاحقة أموال التركة بعد مضي ثلاث سنين من موت المدين ويصبح التصرف الصادر من الوارث نافذاً في حقه إلا إذا كان قد صدر عن سوء نية منه وتواطىء

مع الغير للاضرار بالدائن ففي هذه الحالة يستطيع الدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات حتى ولو مرت السنوات الثلاث المتقدمة على أن لا يكون حقه قد سقط بمضى المدة وإلا يكون قد مضى على التصرف المطعون فيه خمس عشرة سنة (م ٢٦٩) .

فإذا لم يكن في استطاعة الدائن ملاحقة أموال التركة فإنه ليس معنى ذلك ضياع حقه وإنما هو يستطيع الرجوع على الوارث في حدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقابل مال التركة كالتن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة بعوض .

٢٧ — وأما الوصية فإن المشرع العراقي اكتفى بالنص فيها على مسألتين على جانب كبير من الأهمية العملية والنظرية ، الأولى صحة الوصية لو ارث والثانية تصرفات المريض مرض الموت التي تأخذ حكم الوصية . وهكذا يكون المشرع العراقي قد خرج على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من عدم نفاذ الوصية لو ارث إلا أن يشاء باقي الورثة وأخذ بما يذهب إليه ، فقهاء الشيعة الإمامية ، وأحب أن ألفت النظر في هذا الصدد إلى نص المادة (٧٧) من الدستور العراقي الذي يقضى بأنه « يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية بموجب أحكام قانون خاص ، ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له . . . » . وأرى أن الجمع بين هذين النصين سيثير في العمل كثيراً من المشاكل من حيث التعارض الظاهر بينهما أولاً ، ومن حيث تحديد جهة الاختصاص ثانياً .

ثم عالج المشرع العراقي في المواد (١١٠٩ — ١١٢) حكم تصرفات المريض مرض الموت ، عمد فيها إلى ذكر تفريعات وجزئيات ، وهي نصوص كان يجدر بالمشرع العراقي أن يقتضها كما فعل المشرع المصري وعلى الأخص إذا عرفنا أن هذه الأحكام التفصيلية التي أقرها المشرع العراقي ليست محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ذهب الإمام الشافعي

إلى أن إقرار المريض مرض الموت صحيح نافذ سواء كان لو ارث أو لأجنبي فلا فرق عنده بين دين يثبت في المرض ودين يثبت في الصحة أياً كان طريق الإثبات ، وهو لا يفرق بين دين المرض ودين الصحة في القوة وطريقة الوفاء ، وذهب الإمام مالك إلى أن كل إقرار تلبسه التهمة وتدل الدلائل على أن الغرض منه التبرع يأخذ حكم التبرع وكان يحسن بالمشرع العراقي أن يتبنى هذا الرأي السديد .

ثالثاً : كسب الملكية بين الأحياء

٢٧ - عاجل المشرع العراقي من أسباب كسب الملكية بين الأحياء أربعة أسباب هي : الالتصاق ، العقد ، الشفعة ، الحيازة ، ونحن نتابع هنا نصوص القانون ونقسياته .

١ - الالتصاق

٢٩ - إن فكرة الالتصاق كسب من أسباب اكتساب الملكية تقوم على القاعدة الفقهية الإسلامية التي تقر أن التابع تابع أو أن التابع لا يفرّد بالحكم وهو يفرق بين الالتصاق بالعقار والالتصاق بالمنقول ، ويميز في الالتصاق بالعقار بين الالتصاق بفعل الطبيعة والالتصاق بفعل الإنسان .

٣٠ - (١) الالتصاق بالعقار بفعل الطبيعة : عاجل المشرع العراقي هذه الصورة من صور الالتصاق في المواد (١١١٣ - ١١١٦) ونحن نلخص هنا أهم هذه الأحكام .

إذا كون النهر طبقة من الطمي على أرض أحد اعتبر الطمي جزءاً من الأرض يتبعها في الملكية ، أما إذا كون الطمي أرضاً جديدة ، فإن هذه الأرض الجديدة تكون ملكاً للدولة سواء كانت متصلة بأرض الغير أو غير متصلة بها ، وإذا ما أرادت الدولة التصرف في هذه الأرض فإن لأصحاب الأراضي المجاورة حق أخذها ببدل المثل . وكذلك يكون ملكاً للدولة

الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر وللبلاتك المجاورين حق أخذها بيدل المثل كذلك .

وإذا حول النهر مجراه فاتخذ له مجرى جديداً تاركا مجراه القديم كان لأصحاب العقارات المجاورة حق أخذ هذا المجرى القديم بيدل المثل كل واحد في الجزء الذي يكون أمام أرضه حتى خط مفترض في وسط المجرى القديم ، ويوزع ثمن المجرى القديم على أصحاب الأراضي التي شغلها المجرى الجديد كل بنسبة ما فقد من أرضه .

٣١ - (ب) الالتصاق بالعقار بفعل الإنسان : (م ١١١٧ - ١١٢٤) يقيم القانون قرينة مزدوجة لصالح مالك الأرض بمقتضاها يعتبر البناء والغراس والمنشآت الأخرى من عمل صاحب الأرض وأنه قد أقامها على نفقته فهي مملوكة له .

غير أن هذه القرينة قرينة بسيطة تقبل إقامة الدليل العكسي ، وعاء الإثبات يقع على عاتق من يريد نفي هذه القرينة القانونية ، فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت أو الغراس فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة ، أولها أن يكون صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره ، وثانيها أن يكون صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره وثالثها أن يكون الباني قد بني في أرض غيره وبأدوات غيره .

٣٢ - الغرض الأول : البناء بأدوات الغير (م ١١١٨) في هذه الحالة يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم يلحق الأرض ، ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء أكان حسن النية أم سيئها ، فإذا لم يمكن قلعها من غير أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق وكان عليه أن يدفع تعويضا عنها لمالكها يزيد إن كان مالك الأرض سيء النية .

٣٣ - الغرض الثاني : البناء على أرض الغير (١١١٩ - ١٢١) وفي هذا الغرض تجب التفرقة بين ما إذا كان الباني سيء النية أو حسن النية .

فإذا كان شيء البنية أى يعلم أن الأرض التى يقيم عليها البناء غير مملوكة له ودون رضاه فإنه يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فإن له أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع . ولعل من المفيد أن نذكر هنا أن حكم الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة لا يختلف كثيرا عن حكم القانون المدنى ، فقد روى عن الرسول (ص) أنه قال « ليس لعرق ظالم حق »، وروى أن رجلا غرس فى أرض رجل من الأنصار فاختصا إلى النبي فقضى للرجل بأرضه وقضى على الآخر أن ينزع نخله^(١)

وإذا كان الباني حسن النية أى يستند إلى سبب صحيح أو إلى (زعم سبب شرعى) فإنه ينظر إلى قيمة هذه المحدثات بالنسبة للأرض فإذا كانت قيمتها قائمة تزيد على قيمة الأرض كان للباني أن يملك الأرض بضمن مثلها وإذا كانت قيمة هذه المحدثات تساوى أو تقل عن قيمة الأرض تملكها مالك الأرض بقيمتها قائمة لاستحقة القلع ، وهذا الحكم تطبيق للقاعدة التى تقر أن الفرع يتبع الأصل . وهو لا يتفق مع ما قرره المشرع المصرى فى المادة (٩٢٥ منه) إذ لا يجيز القانون المصرى للباني تملك الأرض حتى ولو زادت قيمة المحدثات عن قيمة الأرض ، ولكن له إذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه لا يستطيع معه أن يؤدى ما هو مستحق عنها أن يطلب تملك الأرض للباني نظير تعويض عادل وهذا كله إذا لم يكن يطلب الباني نزع المحدثات ولم يكن نزاعها يلحق ضررا جسيما بالأرض .

ويقرر المشرع العراقى (م ١١٢١) أنه إذا كان الباني قد حصل على إذن صاحب الأرض بالبناء فإن الإنفاق يحدد مصير هذه المنشآت فإذا لم يتم الإنفاق بينهما على مصيرها فإنه لا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزاله هذه المنشآت فإذا لم يتم الإنفاق بينهما على مصيرها فإنه لا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة هذه المنشآت وإنما هو يستطيع تملكها بالإنفاق إذا دفع إلى الباني قيمتها قائمة .

٣٤ - الغرض الثالث : البناء على أرض الغير بأدوات مملوكة لشخص ثالث : (م ١١٢٢) لا يجوز لصاحب المهمات أن يطالب باستردادها لأنها فقدت صفتها كمنقولات وأصبحت عقارات بطبيعتها وإنما يحق لما لكها أن يرجع بالتعويض ، وهو يرجع على الباني الذي أخذ هذه المهمات .

ولو أننا طبقنا أحكام القواعد العامة لقلنا أن مالك المهمات يرجع على الباني ثم يرجع الباني على صاحب الأرض وأنه لا يستطيع صاحب المهمات أن يرجع مباشرة على مالك الأرض ، غير أن المشرع العراقي (ومثله المصري والسوري) آثر أن يعطى للمالك المهمات دعوى مباشرة قبل صاحب الأرض يرجع بمقتضاها عليه بما يكون للباني في ذمته ، وذلك لأن الباني قد يكون سىء النية وعندئذ لا يستحق من مالك الأرض سوى قيمة المهمات مستحقة القلع أما مالك هذه المهمات فهو يستحق قيمتها وقت الاستعمال مع التعويض إذا كان الباني سىء النية أى يعلم أن هذه المهمات غير مملوكة له . وواجب أن الفت النظر إلى أن الباني قد يكون سىء النية بالنسبة لوضع يده على الأرض حسن النية بالنسبة للمهمات وقد يحدث العكس .

٣٥ - ولما كانت القسمة كاشفة للحق فإن مصير البناء على جزء شائع يتوقف على نتيجة القسمة فإذا بنى أحد الشركاء على الأرض المشاعة دون إذن بقية الشركاء فإنه لا يجوز لهؤلاء أن يلزموه مباشرة بقلع ما بنى وإنما لابد من الانتظار إلى نتيجة القسمة فإذا وقع البناء في حصة الباني ملكه وإذا وقع في حصة غيره عد الباني بانيا في ملك الغير وبسوء نية ولهذا يجوز لمن وقع البناء في حصته أن يلزمه بهدمه أو أن يملكه بقيمته مستحق القلع (١١٢٣) .

وأخيراً فإن المادة (١١٢٤) تقرر أنه إذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذنه ونبت البذر كان لمالك الأرض الخيار في أن يملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتى الحصاد بأجر المثل ، وقد اقتبس المشرع العراقي هذا النص عن المادة (٢١) من قانون المحاكم الصلحية .

٣٦ - (ح) الالتصاق بالمنقول : لم يخصص المشرع العراقي للالتصاق

بالمنقول سوى مادة واحدة (١١٢٥) التي تقرر أنه إذا التصق المنقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقه فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاء وقدراً ملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته » والنص واضح لا يحتاج إلى مزيد من شرح .

٢ - العقد

٣٧ - لم يورد المشرع العراقي بصدد العقد كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية غير نصين قرر في أولهما (١١٢٦) أن العقد يصلح كقاعدة عامة سبباً لنقل الملكية في المنقول وفي العقار غير أن انعقاد العقد الناقل للملكية عقار لا يكون إلا إذا روعيت فيه شكلية خاصة ينظمها قانون أو نظام خاص ، وقرر في ثانيهما أن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلزام بالتعويض .

ونحن لا يعيننا هنا أن نبحث العقد فذلك من مواضيع نظرية الالتزام وسنحجب نظام الشهر العقاري في العراق (نظام الطابو) كوسيلة من وسائل الائتمان العقاري . ولهذا فإننا نكتفي عن العقد بما تقدم .

٣ - الشفعة

٣٨ - اختلف فقهاء القانون المدني اختلافاً كبيراً في تكييف طبيعة الشفعة وهل هي حق أو رخصة ، وإذا كانت حقاً فهل هي حق عيني أو حق شخصي ولا نريد في هذه المحاضرات الموجزة أن نعرض لهذا الخلاف وإنما نكتفي بأن نقول أن المشرع المصري حسم هذا الخلاف بتعريف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية » (٩٣٥م) ولم يحذ المشرع العراقي حذو المشرع المصري فإنه قرر صراحة أن الشفعة هي « حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة (١١٢٨م) .

والشفعة تثبت في القانون المدني العراقي :

(١) للشريك في العقار الشائع ، ويعتبر الشريك في أرض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ويأتي في مرتبته بعد الشريك في الشيوع مباشرة .

(٢) للخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع .

(٣) للجار الملاصق إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من الدور أو من الأراضي المعدة للبناء أو إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو كان لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع ، وإذا كان العلو والسفل لشخصين مختلفين اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر (قارن هذا بالمادة ٩٣٦ مصرى) .

وإذا تراحم الشفعاء فإن استعمال حق الشفعة يكون على الترتيب السالف ، فإذا كانوا من طبقة واحدة قسم العقار المشفوع بين الطالبين بالتساوى لأن الشفعة على رءوس الرجال كما جاء في الحديث ، إلا أنه فيما بين الخطاء يقدم الأخص على الأعم ، فمن له حق شرب في الخرق المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ، ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور (١١٣١) .

وإذا كان مشترى العقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفعياً فإنه يقدم على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى (م ١١٣٢) فإذا بيع عقار له جاران ملاصقان لأحد هذين الجارين فإنه لا يجوز للجار الآخر أن يطالب بالشفعة ولكن يجوز للشريك أو الخليط أن يطالب بها .

ولا تسمع دعوى الشفعة :

(أ) إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة .

(ب) إذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة .

(ح) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه .

(د) إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع .

(هـ) إذا كان العقار المشفوع به وقفاً .

(و) إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين (م ١١٣٤) .

والشفعة لا تقبل التجزئة فلا يجوز للشفيع أن يطالب بالشفعة في بعض العقار المشفوع ويترك بعضه ، ولكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي (١١٣٥) .

وعلى الشفيع أن يطلب كل المشفوع ولو تعدد الشفعاء المستحقون للشفعة (١/١١٣٦) .

وعلى من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري وإلا كان الإنذار باطلاً (١١٣٨) .

وعلى الشفيع أن يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه ، وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة (١١٣٩) . وهي ترفع أمام محكمة البداءة الكائن في دائرتها محل العقار ، وحيث أنها من الدعاوى المستعجلة لهذا فإنه يجوز رفعها خلال العطلة المنصوص عليها في قانون المحاكم .

ويشترط في الشفيع الذي يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ويقوم برفع دعاوها أن يودع عند دفع هذه الدعوى لدى صندوق المحكمة مقدراً من المال يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وإلا سقط حقه (١١٤٠) (قارن م ٩٤٢ مصرى) .

وأكتفى بما تقدم في الكلام عن الشفعة وأحب أن ألفت النظر في هذا

الصدد إلى أن المشرع السوري لا يقرر الشفعة فقد ألغاهما لأنها في الواقع من الحقوق الضعيفة ولأن الحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها .

٤ - الحيابة (أو وضع اليد)

٣٩ - تناول المشرع العراقي الكلام عن الحيابة في المواد (١١٤٤ - ١١٦٨) .

ونحن نتولى شرح الحيابة على النحو الآتي :

أولاً : تعريفها وشروطها وأنواعها .

ثانياً : حماية الحيابة - دعاوى الحيابة .

ثالثاً : الحيابة قرينة على الملكية - التقادم أو مضي المدة .

رابعاً : الحيابة في المنقول .

خامساً : تملك الحائز الثمار واسترداد المصروفات .

٤ - أولاً - تعريف الحيابة وشروطها وأنواعها : تعرف الحيابة بأنها وضع مادي على شيء يجوز التعامل فيه والسيطرة عليه سيطرة فعلية والاتفاف به واستغلاله .

وقد اختلف فقهاء القانون المدني في تكيف طبيعة الحيابة ، فذهب بعضهم إلى أنها حق وذهب آخرون إلى أنها وضع مادي ، وقد حسم المشرع العراقي هذا الخلاف بإقرار الرأي الثاني (١١٤٥) .

ومن المقرر لدى فقهاء القانون المدني أن للحيابة ركنين : ركن مادي Corpus وهو السيطرة المادية أو الفعلية على الشيء ، وركن معنوي Animus ويراد به أن تتوفر لدى الحائز نية استعمال الشيء المحجوز كمالك أو كصاحب حق من الحقوق العيزة الأصلية ، وهذا الركن هو الفارق بين الحيابة الحقيقية والحيابة العرضية على ماسنرى .

وأما عن شروط الحيابة فإنه يفهم من الجمع بين الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) والمادة (١١٤٦) أنها كما يلي :

أن تكون مستمرة غير منقطعة : ولا يراد بالاستمرار أن تكون الأعمال المادية التي يجريها الحائز متصلة لا تنقطع في كل لحظة أو دقيقة أو يوم ، وإنما يراد بالاستمرار أن يكون الحائز على صلة مباشرة بالشئ المحوز وأن يقوم بسلسلة من الأعمال المادية في مواعيد منتظمة دورية تقطع في الدلالة على انتفاعه بالشئ .

ب — أن تكون الحيازة هادئة : والمراد بالحيازة الهادئة تلك الحيازة التي خلت من استعمال العنف أو القوة ، ولا يشترط أن يوجه العنف ضد المالك الحقيقي بل يكفي أن يوجه ضد الحائز الفعلي أو ضد أى حائز آخر مهما كانت صفته . ويلاحظ أن عيب الإكراه الذي قد يشوب الحيازة عيب نسبي فلا يمكن أن يحتج به الأمن وجه ضده ، وهذا معنى قول المشرع العراقي « إذا اقترنت الحيازة بإكراه . . . فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه » .

ج — أن تكون الحيازة ظاهرة غير خفية : ومن المتفق عليه أنه لا يشترط أن تكون الحيازة ظاهرة للناس كافة بل يكفي أن تكون معلومة من قبل المالك أو من يراد الاحتجاج عليه بها ولو كان أمرها خافياً عن باقي الناس . وليس من الضروري أن يكون المالك الحقيقي الذي يراد الاحتجاج بالحيازة ضده عالماً بوضع يد الحائز بل يكفي أن يكون في استطاعته العلم به . ويجب أن تكون الحيازة ظاهرة طوال مدة وضع اليد فإذا بدأت خفية ثم أصبحت سافرة ظاهرة فأنها لا تنتج آثارها إلا من وقت زوال الخفاء .

د — ألا تكون غامضة : وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الشرط بقوله « أو التباس عليه أمرها » (١١٤٦) ويراد بالغموض اللبس أو الشك الذي يشوب الحيازة بالنسبة إلى أحد عنصرَيْها وبعبارة أخرى تعتبر الحيازة غامضة متى كانت تحتل التأويل أو يمكن تفسيرها على أكثر من وجه . فوضع الشريك على الشيوع يده على المال المشاع يكون على الغالب حيازة مهمة غير واضحة إذ قد يكون ذلك استناداً إلى حقه في الملكية أو بصفته حائزاً

مستقلاً بنية تملك العين ، وكذلك تعتبر حيازة رجال البادية للأراضي الفضاء حيازة مهمة لأنهم قوم لا يستقرون في مكان واحد ، وإذا مات المورث عن عدة ورثة واستقل بعضهم بوضع يده على التركة فإن حيازته تعتبر غامضة مهمة وكذلك الحال بين الزوجين .

هـ — ألا تقوم الحيازة على عمل من أعمال الإباحة أو التسامح : يجب أن تكون الحيازة سيطرة متعديّة لا مجرد رخصة ولا عملاً يقبل على سبيل التسامح .

ويراد بأعمال الإباحة تلك الأعمال التي يباشرها المالك على ملكه استعمالاً لرخصة مقررّة في القانون ، كاستعمال الشريك في الحائط المشترك لهذا الحائط والمراد بأعمال التسامح الأعمال التي لا تستند إلى رخصة أو حق يقرره القانون ولكن جرى العرف على التساهل فيها وغض النظر عنها كأن يضع شخص سيارته أو بعض الأنقاض في أرض فضاء مملوكة للغير .

٤١ — وأما عن أنواع الحيازة فإنها تقسم إلى نوعين حيازة حقيقية وهي الحيازة التي توافر لها ركنها المادى والمعنوى ، وحيازة عرضية وهي حيازة ينقصها العنصر المعنوى ، والحائزون العرضيون على طبقتين : الأولى هي طبقة الحائزين الذين يستندون في وضع يدهم على الشيء إلى عقد من العقود التي لا ترتب سوى حقوق شخصية كالمستأجر والمستعير والوديع والوكيل . والثانية هي طبقة الحائزين الذين يستندون في وضع يدهم على الشيء إلى حق عيني غير الملكية فصاحب حق الانتفاع يعتبر حائزاً عرضياً بالنسبة للملكية الرقبة لأن السند الذي يتخذ أساساً لوضع يده على العين يتضمن اعترافاً منه بملكيتها ، وكذلك الحال بالنسبة لصاحب حق الاستعمال والسكنى والمساطحة وصاحب حق التصرف في الأراض الأميرية . وقد أشار المشرع العراقي إلى الحيازة العرضية في المادة (١١٦٠) التي يفهم منها أن الحائز العرضي ليس له أن يتمسك بالتقادم حتى ولو وضع يده على العين مدة تزيد عن مدة التقادم التي يقررها القانون وهذه هي الصفة الأساسية للحيازة العرضية

غير أن الحيازة العرضية قد تتغير صفتها فتقلب إلى حيازة حقيقية يتوافر لها عناصرها المادى والمعنوى وتتغير صفة الحيازة العرضية يكون بإحدى وسيلتين : الأولى أن تتغير صفتها بفعل الغير بأن ينقل الغير إلى الحائز ملكية العين ببيع أو هبة أو مقايضة أو كبدل صلح ، فالمستأجر الذى يشتري العين المؤجرة من غير مالِكها الحقيقي يتغير سبب وضع يده وتصبح حيازته حيازة حقيقية مقترنه بنية التملك .

وقد تسأل الفقهاء عما إذا كان يشترط لتغير صفة الحيازة هذه الوسيلة أن يكون الحائز حسن النية فذهب بعضهم إلى أن حسن النية ليس شرطاً لتغير صفة الحيازة وذلك لأن القانون لم ينص صراحة على هذا الشرط ، وذهب معظمهم إلى اشتراط حسن النية لأن روح النص يوحي بهذا الشرط إذ أن المستأجر أو المزارع الذى يتعاقد مع شخص يعلم بأنه غير مالك ينشئ لنفسه سبباً يغير به صفة الحيازة وهو ما لا تجيزه الفقرة الأولى من المادة (١١٦) .

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 أعمالاً مادية أو قانونية وهذه مسألة موضوعية يترك تقديرها للقضاء ألا أنه يشترط فى هذه الاعمال أن تدل دلالة قاطعة على أن الحائز العرضى ينكر على المالك ملكيته ويريد الاستئثار بها لنفسه كأن يهدم الدائن المرتن حيازياً العقار المرهون ، ويعيد بناءه من جديد ، ويقف المالك من هذا الفعل مكتوف اليدين أو أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة ويحتفظ بحيازة العين بأعمال إكراه يوجهها للمالك الحقيقي أو أن ينذر المستأجر المالك الحقيقي إنذاراً رسمياً يجابه فيه صراحة بأن وضع يده قد أصبح مقروناً بنية التملك .

٤٢ - وتقضى المادة (١١٤٧) أنه يكفى أن يثبت الحائز أنه يحوز المال وعندئذ تعتبر هذه الحيازة قرينة على قيامها فى وقت سابق متى كانت هذه

الحيازة مستجمعة لشروطها القانونية ، وهذه القرينة بسيطة تقبل إقامة الدليل العكسي والقرينة في هذه الحالة مبنية على ما يسميه فقهاء الشريعة « الاستصحاب » .

٤٣ - وتعرض المادة (١١٤٨) للحيازة بحسن نية وللحيازة بسوء نية فالحائز حسن النية هو الحائز الذي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدي بحيازته على حق الغير على أن لا يكون خطؤه في هذا الجهل جسيماً فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية تسهيلاً للإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالغوايا الخفية ، وإذا كان المشرع العراقي لم يشر كما فعل المشرع المصري (٩٦٥) إلى أن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية فإننا نرى وجوب الأخذ بحكم القانون المصري لاتفاقه مع القواعد العامة . وحسن النية يفترض دائماً وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ما يدعيه . على أن حسن نية الحائز يزول حتماً من وقت إعلانه في عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذي يحوزه ، ويعد كذلك سوء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذي اغتصب حيازته . وتبقى الصفة التي اقترنت بها الحيازة حتى يقوم الدليل على أنها تغيرت .

٤٤ - وتعرض المادة (١١٤٩) لانتقال الحيازة وضمها للخلف ، والخلف كما هو معروف عام وخاص ، أما بالنسبة للخلف العام فإن فقهاء القانون المدني يقررون استناداً إلى القاعدة التي تقضى بأن الخلف يعتبر امتداداً لشخصية سلفه ، إن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفته التي كانت عند السلف ومعنى هذا أنه إذا كان السلف حائزاً عرضياً فإن حيازة خلفه العام تكون عرضية كذلك ، وإذا كان السلف حائزاً حسن النية اعتبر الخلف كذلك ولو كان سوء النية . ونظراً لاختلاف فكرة الخلف العام في فقه القانون المدني العراقي عنها في فقه القانون المدني الفرنسي فإن المشرع العراقي لم يتبع الرأي المتقدم وأعطى للخلف العام حق التمسك بحسن نيته ولو كان سلفه سوء النية . هذا

ويلاحظ بالنسبة للخلف العام أن حيازة سلفه تنتقل إليه ومعنى هذا أننا لسنا في صدد حيازة جديدة وإنما تكون الحيازة هي هي انتقلت عن طريق الوفاة إلى الخلف العام . أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه يبدأ حيازة جديدة منفصلة عن حيازة سلفه ومستقلة عنها إلا أن له الحق في أن (يضم) إلى حيازته حيازة سلفه إذا اقتضت مصلحته ذلك .

٤٥ - ثانياً : حماية الحيازة : - وضع المشرع للحيازة دعاوى ثلاث تحميها وهي :

(١) دعوى استرداد الحيازة : وقد كانت هذه الدعوى تعرف في التشريع العراقي باسم دعوى رفع اليد . وترمي هذه الدعوى إلى إعادة وضع يد الحائز الذي سلبت حيازته ، وقد نص على هذه الدعوى في المادة (١١٥٠) ويفهم من نص الفقرة الأولى أنه يشترط أن ترفع هذه الدعوى في السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً أو لكشف انتزاعها خلسة ، وترفع ضد من انتزع الحيازة أو خلفه ولو كان حسن النية وذلك أمام محكمة الصلح الكائن في دائرتها محل العقار ، على أن الحائز الذي يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استحدث حيازته سنة كاملة على الأقل فإن لم تكن كذلك وانتزعت منه كان من انتزع الحيازة هو الحائز الذي تحمي حيازته وذلك لأن المشرع رأى أن الحيازة التي تستحق الحماية بهذه الدعاوى هي الحيازة التي استتالت مدة سنة على الأقل .

وتقرر الفقرة الثانية من المادة السالفة حالة استرداد الحيازة استناداً إلى الحيازة الفضل ، فإنه إذا أراد الحائز استرداد العين وكان كل من المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة فإنه يحكم لمصلحة من كانت حيازته أفضل . فإذا تنازع شخصان على الحيازة ولم يكن قد مضى على وضع يد كل منهما سنة وكان أحدهما يستند إلى سند قانوني فضل على الثاني ، وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً فضل صاحب السند الأقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو أشخاص متعددين ، فإذا ادعى أحد الطرفين

أنه أوصى له بالعقار ، وادعى الثاني بأنه ورثه فإن حيازة الموصى له هي الفضلى لأنها أسبق في تاريخ السند القانوني الذي يستند إليه طالب الاسترداد وإذا كان أحدهما قد تلقى العقار عن الآخر فضل صاحب السند المتأخر ، وذلك لأن هذا السند جعل ما قبله لغواً عديم القيمة ، وإذا تعادلت السندات أو لم يكن أى من المتنازعين يستند إلى سند قانوني فضل من كان أسبق في الحيازة فإذا تساوى اشتركا فيها .

وتقرر الفقرة الثالثة من المادة السالفة أنه إذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة حكم بإعادة يده وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته ، والحكمة في هذا النص واضحة ذلك أن الاعتداء على الحيازة جريمة مدنية بل قد تكون في بعض الأحيان جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات فلو أن المشرع سمح لكل شخص بأن يرد العدوان بمثله إذن لاضطرب نظام المجتمع وعاث فيه القوى فساداً .

٤٥ — وتقرر المادة (١١٥١) بأنه إذا أقام الحائز دعوى رفع اليد لاسترداد حيازته فله أن يطلب منع المدعى عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعى غير محق في دعواه ولا مقابل لهذه المادة في التشريع المصري (ولا السوري) وقد اقتبسها مشرعنا من المادة (١٩) من قانون المحاكم الصلحية .

٤٦ — وتقرر المادة (١١٥٢) بأنه « إذا كان المدعى عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً في عقار المتنازع فيه قبل أن يمنع من ذلك فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار في حيازته حتى يفصل في دعوى الملكية بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى من الضرر إذا لم يثبت المدعى عليه ملكيته وبشرط أن يرفع دعوى الملكية خلال شهر واحد من تاريخ تقديمه هذه التأمينات ، فإذا لم يقدم التأمينات المذكورة

أو تأخر في رفع دعوى الملكية عن الميعاد المذكور سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعى إذا هو قدم التأمينات الكافية وإلا سلم إلى عدل وإذا كان البناء أو الغراس واقعاً في قسم من العقار المتنازع فيه فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم وتعايد المدعى على الباقي من العقار ، وهذه المادة منقولة عن المادة (٢٠) صلح .

٤٧ — وتقرر المادة (١١٥٣) أنه « إذا كان للمدعى عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعى ، وإذا كان البذر لم ينبت فللمدعى الخيار إن شاء أعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار ، وإذا كان البذر نابئاً ولم يدرك فللمدعى الخيار إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبتت ملكيته على أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه » (منقولة عن م ٢١ صلح)

٤٨ — (ب) دعوى منع التعرض : عرضت المادة (١١٥٤) هذه الدعوى وبنيت شروطها ، والغاية من هذه الدعوى حماية يد الحائز من كل تعرض يعكر عليه صفو حيازته متى توافرت فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون هناك حيازة مستجمعة لشروطها القانونية التي تقدم ذكرها .

(٢) أن يكون الحائز قد وضع يده لمدة سنة على الأقل قبل حصول التعرض ويستطيع ، واضع اليد أن يضم إلى حيازته مدة وضع يد من سبقوه فيجوز للخلف العام أن يتمسك بحيازة سلفه كما يجوز ذلك للخلف الخاص لا كمال نصاب السنة اللازم لهذه الدعوى .

٣ — أن يقع التعرض فعلاً إذ لا تكفي خشية التعرض لرفع هذه الدعوى . ولا يهم بعد هذا أن يكون التعرض قانونياً أو مادياً ومثال التعرض

القانون في رفع دعوى الحيازة فهو تعرض بالنسبة للمدعى عليه ، ويعتبر تنفيذ الحكم تعرضاً إذا تناول عقاراً في حيازة شخص لم يكن طرفاً في الدعوى . ومثال التعرض المادى أعمال العنف والقوة كإقامة بناء أو إحداث حفرة أو حصد المحاصيل أو حرث الأرض أو المرور فيها أو إقامة أسلاك كهربائية على سطح البناء .

٤ - أن ترفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعرض .

٤٩ - - دعوى وقف الأعمال الجديدة : - وقد عرضت لها

المادة (١١٥٥) ويفهم من نص هذه المادة أنه يشترط في دعوى وقف الأعمال الجديدة كذلك أن يكون المدعى قد حاز العقار لمدة سنة على الأقل على أن تستجمع الحيازة شروطها القانونية ، وأن ترفع قبل إتمام الأعمال الجديدة وقبل البدء فيها بسنة على كل حال . وتصدر المحكمة حكماً مؤقتاً بوقف الأعمال أو باستمرارها ويجوز لها في كلتا الحالتين أن تأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى في الموضوع أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب المدعى إذا تبين أنه محق في دعواه بحكم نهائى في الموضوع .

٥٠ - وتقضى المادة (١١٥٦) أنه « لا يفيد الحكم برفع اليد ورد

الحيازة أو الحكم بمنع التعرض أو الحكم بوقف الأعمال الجديدة القضاء بملكية العقار لمن حكم له » ويشير هذا النص إلى التفرقة بين دعاوى الحيازة وبين دعاوى الملكية ، فدعاوى الحيازة بصرف النظر عن أساسها وعن استنادها إلى حق الملكية ترمى إلى حماية وضع اليد ، أما دعاوى الملكية فإنها ترمى إلى حماية حق الملكية ذاته وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة ، واستناداً إلى هذه التفرقة لا يجوز لمحكمة الصلح التى رفعت أمامها إحدى دعاوى وضع اليد أن تتعرض لموضوع الملكية بل

يجب أن ينصب بحثها على ماهية الحيازة والنظر في توافر شروطها ، وإذا ما دعت ضرورة هذا البحث إلى الرجوع إلى مستندات الملكية فإن ذلك يكون على سبيل الاستئناس وبالقدر الذي يقتضيه التحقق من توافر شروط الحيازة .

٥١ - ثالثاً : الحيازة قرينة على الملكية - التقادم المكسب : - تقرر المادة (١١٥٧) أنه ١ - من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبة على حق شخصي 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 ، ومعنى هذا النص أنه إذا ثبتت الحيازة لشخص فإنها تكون قرينة على ملكيته للعين فيفرض أن الحائز مالك حتى يقوم الدليل على العكس لذلك كان الحائز مدعى عليه في دعاوى الملكية .

ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قرينة على الملكية إذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز أما إذا كان هذا خلفاً لذاك فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة ، فالمستأجر مثلاً لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة على الملكية ، بل أن عقد الإيجار هو الذي يحدد العلاقة بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة فيكون المستأجر بالنسبة للحيازة - وبناء على هذا العقد - حائزاً لالحق الملكية بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر .

٥٢ - وهذه القرينة البسيطة التي أقامها المشرع لمصلحة الحائز فعده مالكاً حتى يقوم الدليل العكس تنقلب إلى قرينة قانونية قاطعة إذا استطاع وضع اليد فترة يحددها القانون ومن هنا كان وضع اليد أو الحيازة سبباً من أسباب اكتساب الملكية . وإذا بدا أن التقادم المكسب عبارة عن طريق يقرره المشرع لتبرير الاغتصاب وتحويله إلى حق إلا أن القانون اضطر إلى

تبنى هذا النظام لغاية سامية تتعلق بالمصلحة العامة وهي ضرورة وضع حد لدعوى الغير وإيجاد الثقة في نفوس الناس .

٥٣ - وتقرر الفقرة الأولى من المادة (١١٥٨) بأن « من حاز منقولا أو عقاراً غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذى عذر شرعى » . تبين هذه الفقرة طريقة وحل التملك بالتقادم الطويل وهو التقادم الذى يكون فيه الحائز سىء النية .

ويشترط للتملك بمضى المدة الطويلة أن يكون العقار أو الحق العيني العقارى غير مسجل في دائرة الطابو وهذا الحكم يعتبر مظهراً من مظاهر عدم هضم واستساغة المشرع العراقى لهذه القاعدة ، فقد كاد حكم هذه المادة يصبح أثراً بعد عين وحكماً على ورق لا تطبيقاً للواقع وسدّاً للحاجات العملية فالعقارات غير المسجلة في دائرة الطابو وإن كانت موجودة بالفعل إلا أنها آخذة في النقصان بسبب أعمال التسجيل المستمرة التى تقوم بها لجان التسوية من جهة وبسبب زيادة الوعي والثقافة عند أفراد الشعب من جهة أخرى .

ويشترط للتملك بالتقادم الطويل أن ينكر واضع اليد دعوى الملك أو دعوى الحق العيني ، وهذا التعبير مقتبس من فقهاء الشريعة ، فالشريعة ، تذهب إلى أن الحق لا يسقط ولا يكتسب بمرور الزمان ولا تعترف بأن الغصب يكون طريقاً للتملك بمضى المدة ولكنها ترى أن ترك المدعى الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق ظاهراً ولذلك فهي تقضى بمنعه من دعواه بعد مضى هذه المدة بناء على تلك القرينة . وبطبيعة الحال تنتفى هذه القرينة إذا أقر المدعى عليه بالحق المطلوب ، ولذلك فالقاعدة الشرعية هي أن عدم سماع القاضى للدعوى بعد مضى المدة المحددة لسماعها إنما يكون عند إنكار الخصم فقط .

٥٤ — وتعرض الفقرة الثانية من المادة (١١٥٨) إلى التقادم الخمسى وتشترط له إلى جانب كون العقار أو الحق العيني العقارى الذى تنصب الحيازة عليه غير مسجل فى دائرة الطابو أن يستند إلى حسن نية وإلى سبب صحيح (أو زعم سبب شرعى) . ثم تحدد الفقرة الثالثة ما يعتبر سبباً صحيحاً بإحدى الوسائل الآتية :

(أ) الاستيلاء على الأراضى الموات .

(ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية .

(ج) الهبة . (د) البيع أو الفراغ .

وواضح أن الاستيلاء والإرث حوادث أو وقائع قانونية تنقل الملكية وإن الوصية والهبة والبيع والفراغ سندات أو أعمال قانونية ومعنى هذا إن 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 يغتوره عيب يمنع من انتقالها متى كان الحائز مجهول هذا العيب وعلى هذا الأساس فإن الميراث فى هذين القانونين لا يعتبر سبباً صحيحاً لأنه ليس للوارث وهو خلف عام أن يبدأ حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه .

وتتولى الآن بحث العقود التى تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً :

٥٥ — الهبة : — قد يتبادر إلى الذهن القول بأنه لما كنا فى معرض الحيازة التى تنصب على عقار أو على حق عيني عقارى فإن هبة هذا العقار أو الحق العيني لا تنعقد إلا بتسجيلها فى دائرة الطابو (م ٦٠٢) وأنه يشترط لى تعتبر الهبة سبباً صحيحاً أن تكون مسجلة فى دائرة الطابو ، ومع هذا فإنه ينبغى أن لا يغيب عنا أن التملك بمضى المدة الطويلة أو القصيرة لا يرد مطلقاً على العقارات أو الحقوق 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 .

٥٦ - البيع : ماقلناه عن الهبة يصدق كذلك على البيع إذ لا يشترط لاعتبار البيع سبباً صحيحاً أن يكون مسجلاً في دائرة الطابو .

٥٧ - الفراغ : إذا كنا قد ذهبنا إلى أنه لا يشترط في الهبة ولا في البيع لاعتبارهما سبباً صحيحاً أن يكونا مسجلين في دائرة الطابو فإننا لا نستطيع الأخذ بهذا الرأي في حالة الفراغ ، فإذا كانت هناك بعض العقارات لا تزال غير مسجلة فإن التصرف في الأراضي الأميرية يكون مسجلاً على الدوام ولهذا فإن الفراغ الذي لم يسجله المتعاقدان يعتبر غير منعقد ولا يترتب عليه أى أثر قانوني فهو لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً للتقادم الخمسى وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها جاء فيه أن التصرف المقصود في المادة (٢٠) من قانون الأراضي يجب أن يكون مطلقاً أى غير مستند إلى بيع خارجي ، ذلك البيع الذي لا يقيد الحكم ولا يعتبر قانوناً.

٥٨ - وتقرر المادة (١١٥٩) أنه « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين مالم يقيم الدليل على العكس » . وتقرر المادة (١١٦٠) أنه « (١) ليس لأحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة . (٢) ولكن يستطيع أن يحتج بالتقادم إذا تغيرت حيازته أما بفعل الغير وإما بمعارضة منه هو لحق المالك ولا يبدأ سريان التقادم في هذه الحالة إلا من تاريخ هذا التغيير » وواضح أن هذه المادة تعرض للحيازة العرضية وقد سبق شرحها فيما تقدم .

وتقرر المادة (١١٦١) أنه « لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى إعادة اليد في هذا الميعاد » . وتقضى 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 والتسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم

المانع من سماع دعوى الملك ومع مراعاة الأحكام السابقة ، والبحث المفصل في كل هذه المسائل من مواضع التقادم المسقط في أحكام الالتزام فليرجع إليه .

٥٩ - رابعاً : الحيازة في المنقول : قررت المادة (١١٦٣) قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ويفهم من نص المادة أن نطاق تطبيق هذه القاعدة ينحصر في المنقولات المادية وفي السندات لحاملها ومعنى هذا أن هذه القاعدة لا تسرى على المنقولات التي أصبحت عقارات بالتخصيص لأن تخصيصها أو رصدتها لخدمة العقار اكسبها صفته كما أنها لا تسرى على المنقولات المعنوية كالملكية الأدبية والفنية . ويستثنى من المنقولات المادية التي تطبق عليها القاعدة :

(١) المنقولات المخصصة للانتفاع العام كالأسلحة والمهمات الحربية والمنقولات التي في المتاحف .

(٢) المنقولات التي يشترط القانون لا انتقالها شكلية خاصة كالسفن والطائرات .

(٣) محال التجارة وذلك لأن المحل التجاري لا يشمل على البضائع والأشياء المادية الموجودة فيه فحسب ولكنه يشمل فوق هذا على العملاء وحق الإيجار وإسم المحل وكل هذه الأشياء تكون مجموعة واحدة يعتبرها انفق من الأشياء المعنوية التي لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ويشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول توافر شروط ثلاثة وهي :

الحيازة وحسن النية والسبب الصحيح .

٦٠ - وتقضى المادة (١١٦٤) أنه « استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة » . والحكمة التي جعلت المشرع يثبت هذا النص أن المنقول إذ يخرج من تحت يد مالكه بضياع أو سرقة أو اغتصاب أو خيانة أمانة

فإنما هو يخرج من تحت يده كرهاً وعلى غير إرادته ولا يمكن نسبة أى تقصير أو خطأ إليه فأكثر الناس حرصاً على أمواله قد يكون عرضة لضياعها أو سرقتها الخ ، ولهذا وجد المشرع نفسه بين شخصين لكل منهما حق التملك أو لهما المالك الحقيقي واثنيهما الحائز ولهذا فضل الأول إذ يكون الحائز في أغلب الأحوال مقصراً فإن هناك عوامل كثيرة قد ترشده إلى كون المال ضائعاً أو مسروقاً أو مغتصباً .

٦١ — خامساً : تملك الحائز الثمار واسترداد المصروفات : تقرر المادة (١١٦٥) أنه « يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حياته » .

وتقرر المادة (١١٦٦) انه « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار » . وإذا أردنا تأصيل هذه القاعدة فإنه لا سبيل لنا إلا إلى ردها إلى إعتبار سليم من العدالة فالحائز حسن النية وضع يده على الشيء وهو يعتقد انه مالك له وانه لا يعتدى على حق للغير ولهذا فإنه سوف يبذل جهده وعنايته لاستغلاله والانتفاع به فكان حقاً له أن يستأثر بثمراته جزاء ما بذل من جهد وما أنفق من مال ووقت فالعدالة تأبى بأن تلزم الحائز حسن النية برد الثمار جملة واحدة ومن تاريخ وضع يده على العين لأن في ذلك أرهاقاً له قد يؤدى به إلى الخراب والدمار ولم يفرق المشرع العراقي ، كما تفعل معظم القوانين المدنية ، بين الثمار الطبيعية والمدنية والصناعية ، وجعل تملك الحائز حسن النية لها من تاريخ الاستيلاء أو القبض ، ويترتب على هذا أنه إذا استوفى الحائز حسن النية الذى وضع يده على قطعة أرض أو منزل أو سيارة أجرة هذه العين مقدماً فإنه لا يلزم في فقه القانون المدني العراقي ، على ما نرى برد شيء من هذه المنافع لأنه استوفاهما ، وهو يلزم برد الأجرة المعجلة من الوقت الذى أصبح فيه حائزاً سىء النية وفقاً لفقه القانون المدني المصري (م ٩٧٨ / ٢)

وتقرر المادة (١١٦٧) بأن « (١) على المالك الذي رد اليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية . والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك . (٢) أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المواد (١١١٩ و ١١٢٠) . (٣) وإذا كانت المصروفات كإلية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها مستحقة القلع » . وبناء على هذا النص يجب أن نفرق بين ثلاثة أنواع من المصروفات .

١ - المصروفات الضرورية التي انفقت لحفظ العين وصيانتها من الهلاك وهذه المصروفات حق للحائز سواء كان حسن النية أم سيئها فله أن يسترد ما أنفقه منها .

٢ - المصروفات النافعة وهنا تجب التفرقة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أم سيئها ، فإذا كان حسن النية فإنه لا يجوز للمالك أن يطالب بإزالة آثار هذه النفقات وإنما هو يستحق قيمة ما زاد في العين بسبب هذه المصاريف هذا مع ملاحظة أنه إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد صرفت على إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض المحجوزة وكانت قيمة هذه المحدثات تزيد عن قيمة الأرض فإنه يجوز لو اضع اليد في هذه الحالة أن يمتلك الأرض بثمر مثلها ، أما إذا كان الحائز سيئ النية فإنه لا يستحق إلا قيمة هذه الزيادات مستحقة القلع .

٣ - المصروفات الكيالية وفيها يخير المالك بين طلب نزعها على أن يعيد الحائز العين إلى ما كانت عليه وبين دفع قيمتها مستحقة القلع يستوى في هذا أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها . وتقرر المادة (١١٦٨) بأنه إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه وهذه إعادة تطبيق للقواعد العامة .

وبهذا تنتهي من الكلام عن الملكية .

الفصل الثاني

حق التصرف والعقر

٦٢ — تمهيد وتقسيم : ورث العراق فيما ورث عن الدولة العثمانية جملة من القوانين العتيقة البالية التي لا تنسجم إلا مع روح القرون الوسطى ومع الظروف الخاصة التي كان يمر فيها (الرجل المريض) ومن أبرز هذه القوانين قانون الاراضى الصادر قبل مائة عام تقريباً (١٢٧٤ هـ ١٨٥٨ م) والذي عدل في أوقات مختلفة وألحقت به قوانين أخرى تتصل به بما لا نرى حاجة إلى الإشارة إليه . وقد بقيت هذه القوانين نافذة في العراق حتى صدر القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فألغى بمقتضى نص المادة (٤ / ١٣٨١) قانون الاراضى وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة وقانون تقسيم الأموال غير المنقولة وقانون الانتقال ، وقد استعاض عن هذه القوانين بالمواد (١١٦٩ - ١٢٤٨) وهى المواد التي سنتناولها بالشرح .

خصص المشرع العراقى الباب الثانى من الكتاب الثالث للحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وخصص الفصل الأول من هذا الباب لحق التصرف والعقر وقسم هذا الفصل إلى أربعة فروع : أولها لنطاق حق التصرف ووسائل حمايته ، وثانيها لأسباب كسب حق التصرف ، وثالثها لأسباب انقضاء حق التصرف ، ورابعها لأحكام ختامية ، ونحن نتابع تقسيم القانون فنفرده لكل فرع من هذه الفروع مبحثاً خاصاً به .

المبحث الأول

نطاق حق التصرف ووسائل حمايته

٦٣ — تناول المشرع في بحثه لنطاق حق التصرف الكلام عن مدى هذا الحق وما يرد عليه من قيود وحماية هذا الحق والشيوع في حق التصرف .

٦٤ - أولاً مدى حق التصرف اعتماد من بحث في قانون الأراضي أن يبدأوا بحثهم لشرح تقسيم الأراضي التي أشارت إليها المادة الأولى من القانون المذكور : وهي

(١) الأراضي المملوكة : وهي الأراضي التي تكون رقبتهامملوكة لغير الدولة من الأفراد أو الأشخاص المعنوية .

(٢) الأراضي الأميرية : وهي الأراضي التي تقود رقبتهاملدولة أو لبيت المال كما يقول الفقهاء .

(٣) الأراضي الموقوفة : وهي الأراضي التي حسبت أعيانها وصرفت غلتها على جهة من جهات البر ولو في الانتهاء .

(٤) الأراضي المتروكة : وهي عبارة عن الأراضي المخصصة للارتفاع العام كالطرق والمراعى فهي الأراضي التي تعتبر من الدومين العام .

(٥) الأراضي الموات : وهي عبارة عن الأراضي الحالية التي ليست مخصصة للارتفاع العام ولا مملوكة لأحد .

٦٥ - وتقسم الأراضي الأميرية إلى ثلاثة أقسام : فهي إما أن تكون حرقه أو مفوضة بالطابو أو ممنوعة باللزمة .

ويراد بالأراضي الأميرية الصرقه تلك الأراضي المملوكة للدولة والتي لا يتقلها حق التصرف للغير وقد كانت هذه الأراضي موضع عناية الحكومة العراقية منذ عام ١٩٤٤ فقد اتخذت منها وسيلة فعالة لتشجيع وبعث الملكية الصغيرة في العراق . فتقدمت إلى مجلس الأمة بلائحة قانون باسم « قانون أعمار واستثمار أراضي الدجلة » الغاية منه كما تقول الأسباب الموجبة (المذكورة الإيضاحية) هي « افساح المجال لأكبر عدد من الفلاحين للحصول على أراضي زراعية وإعمارها وفق منهاج زراعى حديث لتشرف على تطبيقه لجنة ترأف لهذا الغرض وسوف تكون هذه المنصقة عند إعمارها واستثمارها وفق المنهاج المذكور منصقة نموذجية تعمل الحكومة على إعمار مناطق أخرى على غرارها في سائر أنحاء العراق ، وقد قسمت هذه الأراضي على وحدات

لا تزيد مساحة كل منها عن (٢٠٠ مشاركة ولا تقل عن ١٠٠) وزعت مجاناً على الفلاحين الذين يمتنون الزراعة فعلاً ، وقد نص القانون المذكور على تفويض هذه الوحدات إلى المستثمرين بدون مقابل بعد مضي عشر سنوات من تاريخ التوزيع إذا ثبت أنهم قاموا بكافة الالتزامات المفروضة عليهم . وقد كانت هذه الخطوة خطوة موفقة ناجحة مما شجع الحكومة على تعديل هذا القانون والاستعاضة عنه بقانون آخر يشمل مناطق العراق الأخرى وهكذا صدر قانون إعمار واستثمار الأراضي الأميرية الصرفة رقم (٤٣ لسنة ١٩٥١) واستناداً إلى هذا القانون صدر نظام إعمار واستثمار الأراضي الأميرية الصرفة رقم (٥٢) لسنة ١٩٥٢ . ثم صدر المرسوم رقم (٤) لسنة ١٩٥٢ معدلاً لبعض أحكام قانون إعمار واستثمار الأراضي الأميرية الصرفة ويتولى مجلس الإعمار أو الحكومة الاتفاق على إعمار الأراضي والقيام بما يلزم من حفريات وإنشاءات وطرق ومنازل ودور سكنى وغير ذلك ، وتشرف على توزيع وإعمار هذه الأراضي لجنة خاصة يرأسها موظف من درجة مدير عام ، ويجوز تسليف المستثمر عند منحه الوحدة الزراعية كما يجوز تسليف الجمعيات التعاونية التي ينشئها المستثمرون .

٦٦ - ويراد بالأراضي الأميرية المفوضة بالطابو تلك الأراضي المملوكة للدولة والتي رتبت الدولة للغير حق تصرف فيها مقابل بدل معجل . ويراد بالأراضي الأميرية الممنوحة بالزمة تلك الأراضي المملوكة للدولة والتي منحت بالزمة لمن وضع يده عليها - مخرسها أو زرعها - هذا ويلاحظ أن القانون المدني العراقي لم يبلغ قانون الزمة (رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢ مع تعديلاته) . ولهذا فإن أحكام هذا القانون لا تزال نافذة ، وتكاد تكون حقوق الملزم كحقوق المتصرف في الأراضي الأميرية .

٦٧ - إن حق المتصرف في الأراضي الأميرية يشبه إلى حد كبير من المنتفع بالأراضي الخراجية قبل زوالها من مصر ، وهو في نطاق يشبه حق الانتفاع غير أن هذا الحق ينتهي حتماً بوفاة المنتفع أولاً وهو يرد على

الأشياء المملوكة والأميرية عقاراً كانت أو منقولاً ، أما حق التصرف فإنه لا ينتهي بوفاة المتصرف وإنما هو ينقل إلى خلفه العام بمقتضى نظام خاص وهو ينحصر في الأراضى المملوكة للدولة لا غير . وعلى كل حال فقد قطع المشرع العراقي كل خلاف حول طبيعة حق المتصرف وتكييفه القانوني فعده حقاً عينياً أصلياً من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية .

٦٨ - تعرض المادة (١١٦٩) لحق المتصرف في الانتفاع بالأرض الأميرية وهى تقسم هذا الانتفاع إلى مادى وقانونى فالفقرة الأولى منها تتناول صور الانتفاع المادى فهى تعطى للمتصرف الانتفاع بالأرض وبزوائدها وأخذ ما ينبت فيها من كلاً وأعشاب وأحطاب وأن يزرعها بما يريد مع مراعاة الأحكام الخاصة التى قد تقيد من هذا الحق كالقيود المتعلقة بزراعة الأرز والتبغ والقطن والحشيشة الهندى وخشخاشى الأفيون ، وله أن يقيم عليها الأبنية الخاصة بالزراعة كخطائر المواشى ومعامل الألبان وحلب القطن ومخازن الحبوب وبيوت الفلاحين وما شاكل ذلك . وله أن يتخذ الأرض حديقة أو بستاناً أو غابة أو مرعى إلخ .

ثم تعرض الفقرة الثانية لبيان التصرفات القانونية التى يجوز للمتصرف القيام بها فهى تنص على أنه يجوز له أن يفرغها وأن يؤجرها أو يعيرها أو يرهنها إلخ .

وواضح أن الفقرتين السالفتين من باب اللغو الذى يكثّر فى ثنايا التشريع العراقى إذ كان فى إمكانه أن يستغنى عنهما بما جاء فى الفقرة الثالثة التى تقرر « وله بوجه عام أن ينتفع بالأرض وأن يستغلها وأن يتصرف فى حقها عليها فى حدود القانون ، وتبقى فى كل الأحوال رقبة الأرض مملوكة للدولة » .

وتقرر المادة (١١٧٠) أن ما يغرس وما يقيم على الأرض الأميرية من أبنية يتبع الأرض فى الانتقال وتقرر المادة (١١٧١) أن حق التصرف عنصر من عناصر الذمة المالية فهو جزء من الضمان العام للدائنين وعلى هذا فإنه يجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من بدله ولو كان ذلك بعد وفاة

المدين ، والمادة المذكورة حشو لا فائدة فيه نقلها مشرعنا عن قانون وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين .

٦٩ - ثانياً : القيود التي ترد على حق التصرف : - لما كانت رقبة الأرض مملوكة للدولة فإنه لا يجوز للتصرف أن يوقفها أو أن يوصى بها (م ١١٧٢) وما يرد على حق الملكية من قيود غير قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف (م ١١٧٣) . وتقرر المادة (١١٧٤) أنه :

(١) يبقى محترماً ما كان قديماً من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرعى وغيرها من حقوق الارتفاق على الأراضي الأميرية .

(٢) ولكن الضرر لا يكون قديماً فلا يجوز تسريح المواشي بين المزارعات والكروم والبساتين وإن كان قد سبق تسريحها قديماً ويضمن صاحبها ما تحدثه من الضرر ، ولا يجوز بعد حصد المحصول تسريح المواشي إلا في الأماكن التي كانت تسرح فيها من القديم ، وهذه المادة منقولة عن المادة (١٢٥) ق (٩٠) وهي عبارة عن جزئيات في القواعد العامة ما يكفي لحلها وبيان حكمها .

٧٠ - ثالثاً : حماية حق التصرف : - تقرر المادة (١١٧٥) بأسلوبها الفقهي وتفصيلاتها المملة حماية حق التصرف من الاعتداء المادي ، فهي تقرر أنه لا يحق للغير إحراز الحاصلات المستنبطة في الأرض أو النامية فيها بفعل الطبيعة وفي هذا يختلف حق المتصرف في الأرض الأميرية عن حق مالك الأرض فقد عرفنا أن الكلاً من الأشياء المباحة التي تكون ملكاً لأول واضح يد .

وتقرر المادة (١١٧٦) للمتصرف حق استرداد الأرض من غاصبها وحق المطالبة بأجر المثل عن مدة بقائها في حوزته ، وإذا كان المعتصب قد أقام أبنية أو منشآت أو غرس أشجاراً فللمتصرف حق طلب إزالتها إذا لم يكن القلع أو الهدم مضرراً وإلا تملكها بقيمتها مستحقة القلع ، وإذا كان المعتصب قد بذر الأرض فإن للمتصرف أن يختار بين أن يترك الأرض

تحت يد الغاصب بأجر مثلها وبين أن يملك هذه البذور بمثلها أو قيمتها .
وتعطى المادة (١١٧٧) للمتصرف دعاوى وضع اليد وفقاً للإجراءات
والشروط التي سبق الكلام عنها في الملكية .

وتقرر المادة (١١٧٨) عدم جواز حرمان المتصرف من حقه
في التصرف إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي رسمها مقابل
تعويض عادل يدفع مقدماً ، هذا ويلاحظ في هذا الصدد أنه إذا كانت
الأرض ممنوحة باللزمة فإن نصف البذل يكون للدولة ونصفه للبائز .

٧١ - رابعاً : الشيوخ في حق التصرف . الشيوخ في حق التصرف
عبارة عن أن يملك شخصان أو أكثر حق التصرف في الأرض الأميرية
على سبيل الشيوخ . وقد عرفنا أن القاعدة العامة في الملكية المشاعة أن كل
شريك يعتبر مالكا لحصته أجنياً عن حصص الآخرين ، وتطبق هذه القاعدة
على التصرف المشاع . وعرفنا أنه لا يجوز للبلاك على الشيوخ أن يدخلوا
على المال المشاع من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له
هذا المال ما يخرج عن حدود الإدارة المضادة إلا إذا توافر شرطان أولهما
اتفاق أصحاب القدر الأكبر من الحصص وثانيهما إذن المحكمة (م ١٠٦٥)
وأرى أنه لا يجوز الأخذ بهذا الحكم في التصرف المشاع وذلك لأن
المادة (١١٧٩) تقرر أنه لا يجوز لأحد المتصرفين على الشيوخ أن يحيل
الأرض التي هي غابة أو مدخل إلى مزرعة بدون إذن بقية الشركاء ، فإن فعل
فإنهم يشتركون في المزرعة بدون عوض ويأخذون نصيبهم من الأشجار
المقطوعة أو من قيمتها قائمة على حسب الأحوال .

وتقرر المادة (١١٨٠) أنه إذا طعم أحد المتصرفين أشجاراً نابتة
من تلقاء نفسها ورباها فإنه يملكها دون سائر شركائه ، وقد اقتبس المشرع
هذا الحكم من المادة (٢٦) من قانون الأراضي ، وواضح أنه يشترط
لتطبيق حكم هذه المادة أن تكون الأشجار نابتة من تلقاء نفسها وألا يكون
بين الشركاء اتفاق خاص على مصير الأشجار المطعمة ، فإذا توافر هذان الشرطان

فإن هذه الأشجار تصبح (ملكاً) لمن قام بتطعيمها وبالتالي فإنها لا تتبع الأرض في طريقة الانتقال وإنما تعتبر تركة يتلقاها الخلف العام على حسب القواعد المقررة في الميراث لا الانتقال .

وتقرر المادة (١١٨١) تطبيق أحكام الشيوع في حق الملكية على الشيوع في التصرف إلا ما تعارض منها مع نص خاص أو مع طبيعة التصرف ، وتطبق بنوع خاص الأحكام المتعلقة بحقوق الشركاء والتزاماتهم وبجدة بقائهم في الشيوع وبإدارة المال الشائع وبقسمته قسمة مهايأة .

وقد خصص المشرع المادة (١١٨٢) لقسمة التصرف المشاع قسمة مهايأة ، فبعد أن تقرر الفقرة الأولى من المادة السالفة خضوع قسمة التصرف المشاع وإفراغه لأحكام قسمة المال المشاع تقرر الفقرة الثانية منها أنه لا تجوز القسمة ولو كانت رضائية في الأراضي الأميرية إلا إذا كانت هذه الأراضي قابلة للقسمة وكان في إمكان الشريك أن ينتفع بحصته المعززة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة .

وواضح أن المشرع خرج في هذا الحكم على القواعد المقررة في قسمة الأعيان المملوكة إذ من المقرر أنه تجوز قسمة هذه الأعيان قسمة رضائية بصرف النظر عما إذا كانت العين المشاعة تقبل القسمة أو لا تقبلها . أما في الأراضي الأميرية فإنه لا يجوز للشركاء في التصرف أن يقتسموه إذا كانت الأرض غير قابلة للقسمة ، لأن حق الدولة لا يزال متعلقاً بهذه الأرض ولأنها أرادت بمنحهم إياها أن تستغل هذه الأراضي على خير وجه ولا ريب في أن تقطيع أوصالها إلى أجزاء صغيرة يتنافى مع هذه الغاية ويضر بالثروة العامة . وبترتب على هذا أنه عملاً بأحكام النظام (رقم ٦ لسنة ١٩٣٣) يرفض التسجيل أو الفراغ إذا كان هذا يؤدي إلى خفض مساحة القطعة إلى أقل من (٢٠) دونماً في الأراضي الزراعية وخمسة دونمات في الأراضي المغروسة وبطبق هذا الحكم على القسمة .

المبحث الثاني

أسباب كسب حق التصرف

٧٢ - تمهيد وتقسيم : عالج المشرع العراقي أسباب كسب حق التصرف في المواد (١١٨٣ - ١٢١٨) وقسم هذه الأسباب ، كما فعل في الملكية ، إلى ثلاثة أنواع ؛ أولها تلك الأسباب التي تكسب حق التصرف ابتداء ، وثانيها الأسباب التي تكسب حق التصرف بسبب الوفاة ، وثالثها الأسباب التي يكسب بها حق التصرف بين الأحياء .

٧٣ - أولاً : كسب التصرف ابتداء . لكسب حق التصرف ابتداء ثلاثة طرق أولها التفويض وثانيها القرار ويلحق به الزمة ، وثالثها الاستيلاء على الأرض الموات .

٧٤ - (١) تفويض الأراضي الأميرية : جرت العادة على أن ترتب الدولة للأفراد حق تصرف على أراضيها ببدل أو من غير بدل ، ويسمى هذا العمل (تفويضاً) . وقد أحالت المادة (١١٨٣) إلى القوانين الخاصة التي تنظم طريقة إجراءات تفويض الأراضي الأميرية ، وأهم هذه القوانين والأنظمة قانون التسوية ، وقانون بيع الأراضي الأميرية ، وقانون تفويض الأراضي الأميرية وقانون إعمار واستثمار الأراضي الأميرية الصرفة لسنة ١٩٥١ . ووضح أن التفويض ينصب على الأراضي الأميرية الصرفة وحدها ، وأن قانون إعمار واستثمار الأراضي الأميرية الصرفة رقم (٤٣) لسنة ١٩٥١ نص على أن جميع الأراضي الأميرية القابلة للاستثمار الزراعي يجب إعمارها وفق هذا القانون من قبل اللجنة المؤلفة بمقتضاه والتابعة لوزارة الاقتصاد (أصبحت الآن تابعة لوزارة الإعمار) وأن المرسوم رقم (٤) لسنة ١٩٥٢ نص على أنه « لا يجوز بيع أي نوع من أنواع الأراضي الأميرية الصرفة القابلة للاستثمار الزراعي أو تفويضها أو إيجارها أو منحها بالزمة » أي أنه يجب التصرف في هذه الأراضي من قبل اللجنة المشار

إليها وهكذا تعطيت جميع القوانين والأنظمة التي تخول حق التعويض والزمته والتملك وقيدت سلطة وزارة المالية الممنوحة لها بقانون تفويض الأراضي الأميرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١

٧٥ - وكما يجوز تفويض الأراضي الأميرية للأفراد وفقاً لقانون إعمار واستثمار الأراضي الأميرية والرسوم المشار إليه فإنه يجوز تعويض هذه الأراضي للأشخاص المعنوية وفقاً لقانون تسجيل الأموال غير المنقولة باسم الأشخاص الحكيمة (رقم ٣٤ لسنة ١٩٣٩) . والأشخاص المعنوية التي أشار إليها القانون المذكور هي : (١) الدولة العراقية (٢) البلديات . (٣) الجمعيات (٤) الشركات العراقية والأجنبية (٥) الطوائف العراقية (٦) الدول الأجنبية .

وقد اشترطت المادة الخامسة من هذا القانون بالنسبة للشركات الأجنبية : أن تكون مسجلة في العراق بالطريقة المقررة لتسجيل الشركات الأجنبية ، وأن يكون مسموحاً لها بالتصرف بالعقار بمقتضى نظامها الداخلي ، وأن يكون العقار واقعاً داخل حدود المدن والقصبات ، وأن يوافق وزير الداخلية على هذا التفويض .

٧٦ - (ب) حق القرار والزمته : - يفهم من نص المادة (١١٨٤) أن ما يسمى (بحق القرار) عبارة عن تملك حق التصرف بمضى المدة . وبشروط لذلك .

(١) أن تكون هناك حيازة حقيقية توافرها عناصرها المادية والمعنوية
(٢) أن يقوم الحائز بزرع الأرض مدة عشر سنوات متوالية .
(٣) أن تكون حيازته للأرض هادئة من غير منازع .
ولا فرق بعد هذا بين أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها .
فإذا توافرت الشروط السالفة فقد ملك الحائز حق التصرف وكان من حقه أن يتقدم إلى دائرة الطابو لتسجيل هذا الحق وأخذ سند بالتصرف من غير مقابل .

أما بالنسبة للزمة فقد قلنا أن معظم الأراضي الزراعية في العراق تملكها الدولة وقلنا أن الإمبراطورية العثمانية وإن كانت قد بسطت سيادتها على رقعة كبيرة من الشرق الأوسط إلا أن هذه السيادة كانت في كثير من الأحيان سيادة إسمية ولهذا فقد استطاع كثير من أصحاب النفوذ ورؤساء العشائر أن يغتصبوا هذه الأراضي المملوكة للدولة والتي تكاد تكون في حكم السائبة وقد ورث العراق هذا الوضع الشاذ فرأى دفعا للمشاكل العديدة وتجنباً للاصطدام الذي لا مبرر له مع شيوخ العشائر وأفرادها ورأفة بهم أن لا ينتزع منهم هذه الأراضي التي استغلوها فترة طويلة وأصبحت مورد رزقهم ومعيشتهم ، وعلى هذا الأساس صدر قانون الزمة (رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢) وبمقتضاه انقلبت يد هؤلاء على الأراضي الأميرية من يد غصب إلى يد قانونية . وقد قضت المادة (١١) من قانون تسوية الأراضي أنه « على رئيس التسوية أن يمنح بالزمة المصرح بها في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢ في الأراضي الأميرية غير المفوضة بالطابو في المناطق التي تعين ببيان يصدره وزير العدلية بعد أخذ موافقة وزير المالية ، إلى الشخص العراقي الذي تصرف بها أو من حل محله من العراقيين في خلال الخمسة عشر سنة السابقة لإعلان التسوية على ألا تقل مدة التصرف عن ثلاث سنوات مستمرة حسب التعامل المحلي ويرجع من كان تصرفه هذا أقرب إلى إعلان التسوية . ويعتبر تصرفاً بالأراضي لغرض هذه المادة : (١) زراعتها حسب التعامل المحلي . (٢) غرسها بالأشجار . وتقرر الفقرة (هـ) من المادة نفسها أن لمجلس الوزراء أن يمنح الزمة في الأراضي الأميرية الصرفة لغرض إسكان العشائر بنظام خاص يعين فيه كيفية المنح وطريقة التوزيع وفق الشروط الآتية :

(١) أن تسجل الأراضي التي تمنح بالزمة لغرض الإسكان باسم الفرد من العشيرة المراد إسكانها .

(٢) أن توصف الزمة التي تمنح لهذا الغرض في سجلات الطابو بأنها ممنوحة لغرض الإسكان .

(٣) أن تحدد مساحة الأرض التي تمنح لزمتها .

ولما كانت الغاية من الزمة في هذه الحالة الأخيرة هي إيجاد مأوى ومورد رزق لأفراد العشائر لهذا فإن الفقرة (و) من المادة السالفة تقرر أنه « لا يجوز أى تصرف فى الأراضى الممنوحة وفق الفقرة (هـ) يخرجها عن الغرض الذى منحت من أجله بما فى ذلك البيع والرهن والإيجار خلال خمس سنوات من تاريخ منح الزمة ، كما لا يجوز الحجز عليها لإيفاء دين خلال المدة المذكورة عدا ديون الخزينة » .

٧٧ — (ح) الإستيلاء على الأرض الموات : تعرف الأرض الموات بأنها الأرض التى لا يملكها ولا ينتفع بها أحد لعدم وصول الماء إليها أو تغلبته عليها أو لسوء تربتها أو لغير ذلك من الأسباب . ويرى كثير من فقهاء الشريعة أن الأرض الموات مملوكة للدولة ويرى بعضهم أنها مال مباح .

وقد ترتب على هذا اختلافهم فى طريقة اكتساب ملكية هذه الأرض فمن رأى أنها مال مباح قال إنها تملك بطريق الاستيلاء سواء أكان ذلك بإذن الحكومة أم من غير إذنها ، واستدل هذا الفريق على رأيه بقول الرسول (ص) « من أحيا أرضاً ميتة فهى له » ومن رأى أنها أرض مملوكة للدولة لم يجوز تملكها إلا بإذن الحكومة وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة النعمان مستدلاً على رأيه بقول الرسول « ليس للهراء إلا ما طابت به نفس إمامه » .

وقد أخذ المشرع العراقي برأى الإمام الأعظم ولكنه لم يكتف بأشراط الإذن وإنما جعل لمن أحيا هذه الأرض الموات حق التصرف لاحق الملكية فرقة الأرض لا تزال ملكاً للدولة . واشترط ألا يترك من أحيا هذه الأرض زراعتها أو حرثها ثلاث سنوات متوالية وإلا انتزعت منه وفوضت إلى غيره ، ولم يحدد المدة التى يكون ترك الحرث أو الزرع خلالها سبباً لانتزاع الأرض من يد من أحياها ، كما فعل المشرع المصرى (م ٨٧٤) فإذا

فرضنا أن شخصاً حصل على إذن الحكومة بإحياء أرض موات فشق فيها الجداول والترع واستخرج منها الماء ثم استغلها مدة عشرين عاماً وتركها بعد هذا ثلاث سنوات متوالية من غير عذر هل تنزع الأرض منه ؟ ظاهر النص يوحي بذلك والعدالة تأباه .

٧٨ - ثانياً : - كسب التصرف بسبب الوفاة (الانتقال) : - لم يكن حق التصرف عند صدور قانون الأراضي لينتقل إلى ورثة المتصرف إلا في حدود ضيقة جداً وعلى سبيل الاستثناء ، ثم وجدت الدولة العثمانية أن هذا الأمر يتعارض مع حسن استغلال هذه الأراضي ولهذا فإنها عمدت إلى إصدار أوامر وإرادات سنية وقوانين لتلافي هذا النقص كان أهمها قانون الانتقال الذي ظل نافذاً إلى حين تنفيذ القانون المدني العراقي .

قسم المشرع العراقي أصحاب حق الانتقال إلى درجات أو طبقات ثلاث تحجب كل طبقة منها الطبقة التي تليها كقاعدة عامة .
والدرجات الثلاث هي : -

(١) فروع المتصرف من أولاد وأحفاد للذكر مثل حظ الأنثى .

(٢) أبوا الميت وفروعهما .

(٣) جدود الميت وجداته وفروعهم .

ويلاحظ على هذا التنظيم أمران :

أولهما أن أبوي الميت اللذين يكونان على قيد الحياة عند موته يشتركان مع أصحاب الدرجة الأولى بمقدار السدس لهما بالتساوي أو لمن يكون حياً منهما .

وثانيهما أن الأزواج إذا اجتمعوا مع أصحاب الدرجة الأولى كان لهم الربع ولهم النصف مع أصحاب الدرجة الثانية أو الثالثة على تفصيل سنذكره فيما بعد . فإذا 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 إلى حين ولادة الحمل وقضى بأن الأرض لا تنتقل

إلى القاتل أو شريكه وأن اختلاف الجنسية والدين مانع من الانتقال .

٧٩ - الانتقال لأصحاب الدرجة الأولى : - تقرر المادة (١١٨٨) أن « ١ - الدرجة الأولى من أصحاب حق الانتقال هم فروع الميت من أولاد وأحفاد للذكر مثل الأنثى » . ٢ - وفي هذه الدرجة يكون حق الانتقال أولاً للأولاد ثم للذين يخلفونهم من الأحفاد ثم لمن يخلف هؤلاء من أولادهم وهكذا ، فيكون كل فرع عند موت المتصرف حاجباً لفرعه . أما إذا مات الفرع قبل موت المتصرف فإن فروع هذا الفرع يقومون مقامه درجة بعد درجة وينتقل إليهم نصيبه . وإذا كان للميت عدة أولاد ماتوا جميعاً قبله فإن نصيب كل من هؤلاء ينتقل إلى فروعه درجة بعد درجة . وإذا كان أحد أولاد المتصرف قد مات قبله بلا فرع فإن حق الانتقال ينحصر في باقي الأولاد أو فروعهم » .

ويترتب على هذا النص أنه :

إذا مات متصرف عن ابن وبنت فإن حق التصرف يقسم بينهما مناصفة . وإذا مات عن ابن وثلاث بنات ، قسم الحق بينهم أربعاً لكل منهم الربع .

وإذا مات عن : حفيد وأربع حفيدات (من ولد واحد) قسم الحق عليهم أخماساً بالتساوى .

وإذا مات عن : ابن وبنت . وللا بن ثلاثة أولاد . فإن الأرض تقسم بين أولاد المتصرف مناصفة ولا يستحق أحفاده شيئاً لأنهم محجوبون بأبيهم .

وإذا كان للمتصرف أربعة أولاد ، مات أحدهم حال حياة أبيه عن ابن وبنت ، ثم مات المتصرف بعد ذلك فإن حق المتصرف يقسم أولاً كما لو كان جميع أولاده ، بما فيهم المتوفى ، أحياء فينال كل منهم الربع ، ولما كان أحد هؤلاء الأولاد قد توفي عن ابن وبنت فإنهما يحلان محله في نصيبه ، وهكذا يقسم الربع عليهما مناصفة لكل منهما الثمن .

وإذا كان لمتصرف ثلاثة أولاد ، ماتوا جميعاً حال حياته ، وترك أولهم

ولدين واثنيهم ثلاثة وثالثهم ولداً واحداً ثم مات المتصرف عن هؤلاء الأحفاد فإن نصيب كل من ولدى الولد الأول يكون السدس ، ونصيب كل من أولاد الولد الثاني يكون التسع ونصيب ولد الولد الثالث يكون الثلث . وإذا كان المتصرف ثلاثة أولاد ، مات أحدهم حال حياته من غير أن يترك فرعاً ، ثم مات المتصرف فإن حق المتصرف يقسم بين ولديه الباقيين مناصفة . وعلى هذا تقاس سائر الأمثلة .

٨٠ — الانتقال لأصحاب الدرجة الثانية : أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية هم : الأبوان ، وأخوة المتوفى وأولاد أخوته ، سواء كانوا أخوة أشقاء أو أخوة لأب أو أخوة لأم . للذكر مثل حظ الأنثى . وتقضى الفقرة الثانية من المادة (١١٨٩) أنه « فإن كان الأبوان كلاهما حي انحصر فيهما حق الانتقال لكل منهما مثل نصيب الآخر ، وإذا كان أحدهما قد مات قبل موت ابنه فإن فروعه يقومون مقامه درجة بعد درجة . وإذا لم يكن له فروع انحصر حق الانتقال في الحى من الأبوين وإذا كان الأبوان قد ماتا جميعاً قبل موت ابنهما فإن نصيب كل منهما ينتقل إلى فروعه درجة بعد درجة . فإن لم يكن لأحدهما فرع انتقلت حصته إلى الفرع الآخر » .

ويترتب على هذا أنه :

إذا مات متصرف عن أب وأم كان الانتقال لهما بالتساوى لكل منهما النصف .

وإذا كان للمتصرف أب ، وأم توفيت حال حياة ابنها المتصرف عن ابن وبنت (والمفروض بداهة أنهما من زوج آخر غير أب المتصرف) . في هذا المثل يقسم الحق بين الأبوين مناصفة ثم يعطى نصيب الأم لفروعها لكل من الإبن والبنت الربع .

وإذا توفيت الأم حال حياة المتصرف من غير أن يكون لها فرع كان الانتقال كله للأب عند عدم وجود صاحب حق انتقال من الدرجة الأولى وعدم وجود أحد من الزوجين كما سيأتى .

وإذا مات أحد الأبوين عن فرع ومات الآخر عن غير فرع انحصر الانتقال في هؤلاء الفروع . مثال هذا :

لمتصرف أبوان ماتت الأم حال حياته من غير فرع ومات الأب عن بنتين وابن . يقسم حق التصرف ثلاثاً لكل من أولاد الأب الثلث .
وإذا كان لمتصرف أم وأب مات الأب حال المتصرف عن ابن وبنت ، وماتت البنت عن ابنين وبنتين ، يقسم الحق أولاً مناصفة بين الأم والأب ، ثم يقسم نصيب الأب نصفين بين كل من ابنه وبنته ثم يقسم نصيب البنت أربعاً بين أولادها بالتساوي .

وعلى هذا يكون أصل المسألة من (١٦) سهماً على النحو الثاني :

للأم ثمانية سهام .

وللأب ثمانية سهام .

ثم يحل فروع الأب المتوفى محله .

فلكل من الابن والبنت (أخوة المتصرف) أربعة أسهم .

ولما كانت البنت قد ماتت حال حياة المتصرف عن ابنين وبنتين فإنه

يكون لكل من أولادها سهم واحد .

وعلى هذا تقاس سائر الأمثلة .

٨١ - الانتقال للدرجة الثالثة تقرر المادة (١١٩٠) أن « ١ - الدرجة

الثالثة من أصحاب حق الانتقال هم جدود الميت وجداته وفروعهم . (٢) فإن

كان الجدان والجدتان من جهة الأب والأم جميعهم أحياء تساوت أنصبتهم

في حق الانتقال وإن كان أحد من هؤلاء قدماء فإن فروعه تقوم مقامه

درجة بعد درجة . وإن لم يكن له فروع فإن نصيبه ينتقل إلى زوجه الحي

فإن لم يكن زوجه حياً انتقل نصيبه إلى فرع زوجه بعد درجة . فإن لم

يكن لزوجه فرع انحصر حق الانتقال في الجد والجددة من الجهة الأخرى .

وفيه من هذا النص أن أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثالثة هم

أجداد المتصرف لأبيه أو لأمه ، وأعمامه وعماته ، وأخواله وخالاته ،

وأولاد أعمامه وأولاد عماته ، وأولاد أخواله وأولاد خالاته وإن نزلوا .

ويترتب على هذا أنه إذا :

مات المتصرف عن : جد لأب جدة لأب جد لأم جدة لأم .

يقسم الحق بينهم بالتساوى لكل منهم الربع .

فإذا مات أحد من هؤلاء حال حياة المتصرف عن فرع حل فرعه محله في الحق ، ويترتب على هذا أنه إذا فرضنا في المثال المتقدم أن الجدة لأم كانت قد ماتت حال حياة المتصرف عن بنتين وابن ، فإن الربع الذي كانت تستحقه لو كانت حية يقسم على هؤلاء بالتساوى لكل منهم $\frac{1}{4}$.

وإذا توفي أحد الأجداد من غير فرع انتقل حقه إلى زوجه مثال ذلك :

إذا كان للمتصرف جد لأم جدة لأم جد لأب جدة لأب .

ماتت الجدة لأب من غير فرع فإن الحق يقسم عليهم بالتساوى كما لو كانت الجدة لأب حية ثم يعطى نصيبها لزوجها (الجد لأب) وهكذا يكون نصيبه النصف ولكل من الجد لأم والجدة لأم الربع فإذا مات أحد الأجداد وليس له فرع ولم يكن زوجه حياً انتقل نصيبه إلى فرع زوجه مثال ذلك :

لمتصرف جد لأم جدة لأم جد لأب جدة لأب .

مات الجد لأب من غير فرع وماتت الجدة لأب عن بنتين وابن .

فإن حق التصرف يقسم أرباعاً كما لو كان الأجداد جميعاً أحياء ، ثم يعطى نصيب الجدة المتوفاة إلى فروعها ويعطى نصيب الجد المتوفى لزوجته ، ولما كانت الزوجة متوفاة فإن نصيب زوجها يعطى إلى فروعها وهكذا : ينتقل إلى أولاد الجدة لأب النصف لكل منهم السدس .

فيكون أصل المسألة ، كما يقول علماء الفرائض ، (١٢) سهماً لكل من الجدة والجد لأم ثلاثة سهام ولكل من أولاد الجدة لأم سهمان .

٨٢ - وتقضى المادة (١١٩١) أنه «إذا استحق الفرع في أى الدرجات الثلاث أنصبه متعددة من جهات مختلفة فإنه يأخذها جميعاً» .

ويترتب على هذا أنه : إذا كان للمتوفى أب وأم ، ولأبيه المتوفى حال حياته بنت من زوجة أخرى غير أم المتصرف وابن هو شقيقه ، وماتت الأم عن هذا الولد الذي هو شقيق المتوفى . فإن الحق ينتقل إليهما بنسبة الربع

للبنات والثلاثة أرباع للإبن الذي يرث من جهتين .
 وإذا مات المتصرف عن أخ شقيق ، وأخ لأب ، وأخ لأم .
 قسم الحق أرباعاً يأخذ كل من الأخ لأم والأخ لأب الربع ، ويأخذ الأخ
 الشقيق النصف لأنه يدل إلى المتصرف من جهتين وعلى هذا تقاس سائر الأمثلة .
 ٨٣ — الانتقال للأبوين والزوجين مع الدرجات المتقدمة : قلنا إن
 القاعدة العامة في الانتقال أن أصحاب هذا الحق مرتبون على درجات تصحب
 كل درجة الدرجة التي تليها . إلا أن المشرع استثنى من هذه القاعدة
 الأبوين والزوجين .

أما بالنسبة للأبوين فهما كما تقدم القول من أصحاب الدرجة الثانية ، ومع
 ذلك فإنهما لا يحجبان بأصحاب الدرجة الأولى وإنما يكون لهما السدس بالتساوي
 ويستقل بالسدس من يوجد منهما على قيد الحياة عند وفاة الأصل الآخر .
 ويزترتب على هذا أنه :

إذا مات المتصرف عن ابن وبنت وأب وأم .
 فإنه يكون للأب والأم السدس بالتساوي لكل منهما $\frac{1}{3}$. والباقي
 وقدره (١٠) أسهم يقسم بين الإبن والبنات بالتساوي لكل منهما خمسة أسهم .
 وإذا كان للمتصرف : ابن وبنت وأب ، وأم توفيت حال حياة المتصرف
 فإن الأب يختص وحده بالسدس . والباقي يقسم بالتساوي بين ابن المتصرف
 وبنته . فيكون أصل المسألة (١٢) سهماً .

وإذا كان للمتصرف : ابن وبنت وأم وأب ، توفي الأب حال حياة
 المتصرف عن ابن وبنت . فإن الأم تختص بالسدس ، ولا شيء لأولاد الأب
 المتوفى لأنهم محجوبون بأولاد المتصرف ، والباقي يقسم بين ابن المتصرف
 وبنته على ما سبق بيانه .

وأما بالنسبة للزوجين فإنه يفهم من نص المادة (١١٩٣) أن الانتقال
 إليهما له أربع حالات :

الأولى : اجتماع أحدهما مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الأولى
 وفي هذه الحالة يأخذ الربع مثال ذلك : مات متصرف عن ابن وبنتين وزوجة .

تأخذ الزوجة الربع والباقي يقسم بالتساوى بين أولاد المتصرف لكل منهم الربع كذلك .

وإذا مات متصرف عن ابني بنت ، وبنتي ابن وزوجة ، فإن للزوجة الربع والباقي يقسم بين أحفاد المتصرف بالتساوى (أصل المسألة ١٦) للزوجة أربعة أسهم ولكل من الأحفاد ثلاثة .

الثانية : اجتماع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية أو مع الأجداد والجدات من أصحاب الدرجة الثالثة .

في هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة النصف . مثال ذلك : مات متصرف عن أم وأب وزوجة . للزوجة النصف والباقي للأم والأب لكل منهما الربع .

مات متصرف عن أخوين شقيقين وأختين شقيقتين وزوجة . للزوجة النصف ولكل من الأخوة والأخوات الثمن . وهكذا .

الثالثة : اجتماع الزوج أو الزوجة مع الأجداد إذا كان بعضهم حياً وبعضهم ميتاً وقد ترك بعض الفروع . في هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة النصف أولاً ، ثم يحجب فرع الجد أو الجدة فيأخذ نصيبه كذلك . مثال ذلك :

لمتصرف جد لأب . جدة لأب ، جد لأم (متوفى عن أربعة أولاد) جدة لأم (متوفاة عن ولدين) زوجة في هذا المثال تأخذ الزوجة النصف أولاً ، ويأخذ كل من الجد لأب والجدة لأب الثمن . ثم تأخذ الزوجة نصيب الجد لأم والجدة لأم المتوفين . فيكون مجموع نصيبها ثلاثة أرباع حق المتصرف ولا يأخذ أولاد الجد لأم والجدة لأم شيئاً لأنهم محجوبون بالزوجة .

الرابعة : اجتماع أحد الزوجين مع فروع الجد أو الجدة ، وفي هذه الحالة يستأثر الزوج أو الزوجة بالحق كله ويحجب الأعمام والعلمات والأخوال والخالات وفروعهم .

٨٤ — وتقرر المادة (١١٩٦) أنه « إذا كان أحد أصحاب حق الانتقال غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم أحى هو أم ميت ، أعطيت حصته لمن

يستحقها بعده . غير أنه إذا حضر خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة المتصرف أو تبين خلال هذه المدة أنه حي استرد حصته من أخذها .

وتقرر المادة (١١٩٧) أنه إذا غاب المتصرف في أرض أميرية غيبة منقطعة لمدة ثلاث سنوات ولا يعلم أحى هو أم ميت فإنه يعتبر في حكم الميت وينتقل التصرف إلى أصحاب حق الانتقال على النحو الذي سبق شرحه ، فإن لم يكن للمتصرف أحد من أصحاب حق الانتقال أعطيت الأرض إلى أصحاب حق الطابو ؛ الذين سيجيء الكلام عنهم عند الكلام عن أسباب انقضاء حق التصرف ، فإن لم يوجد أحد من أصحاب حق الطابو أو لم يرد أحد منهم أخذ الأرض فإنها تباع بالمزاد العلني وتفوض إلى من ترسو عليه . ثم تقرر الفقرة الثانية من المادة المتقدمة حكماً خاصاً بالنسبة للمتصرف الذي يغيب عن بلاده غيبة منقطعة إذا كان غيابه أداء لواجب الخدمة العسكرية ، ففي هذه الحالة تعطى الأرض لأصحاب حق الانتقال فإن لم يوجد أحد منهم فإنها تسلم لأحد أقاربه أو أمنائه على سبيل الوديعة لاستغلالها باسم المتصرف ولحسابه وسداد رسومها وضرائبها فإذا عاد المتصرف سلمت إليه وإذا تحقق موته طبقت قواعد الانتقال .

٨٥ - موانع الانتقال : موانع الانتقال هي القتل واختلاف الدين واختلاف الجنسية .

٨٦ - (١) القتل : تقرر المادة (١١٩٨) أنه « لا تنتقل أرض المقتول إلى القاتل وشريكه » ونحن نذهب إلى أن الضابط في القتل الذي يكون سبباً لمنع الانتقال هو القتل الذي يعد في نظر قانون العقوبات جريمة معاقباً عليها . ويترتب على هذا أن القتل في حالة الدفاع الشرعي أو القتل قياماً بواجب أو القتل إذا كان القاتل مجنوناً أو طفلاً غير مميز لا يحرم القاتل من حق الانتقال . وعلى عكس ما تقدم فإن قتل المحارم في حالة التلبس بالزنا (٢١٦ عقوبات) والقتل الخطأ (م ٢١٩) والقتل تسبباً يحرم القاتل من حق الانتقال وكذلك الضرب المفصلي إلى الموت .

٨٧ - (ب) اختلاف الدين : يقضى الشرط الأول من المادة (١١٩٩) أنه « لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين » . والعبرة باختلاف (الدين) لا المذهب ويحدد اتحاد الدين أو اختلافه وقت وفاة المتصرف .

٨٨ - (ح) اختلاف الجنسية : يقرر الشرط الأخير من المادة (١١٩٩) أن حق الانتقال لا يثبت بين عراقي وأجنبي . والرأى عندى أنه لا محل ، وفقاً لفقه القانون المدنى العراقى ، إلى تطبيق حكم المادة (١١٠) من قانون الأراضى الملغى التى كانت تجيز الانتقال من المتصرف الأجنبى . ولا مجال للقول بأن التصرف فى الأراضى الأميرية يكون أصلاً للعراقى لأننا نقول أن هذا المتصرف العراقى قد يغير جنسيته بعد ذلك وقد تتلقى العراقية حق تصرف ثم تزوج بأجنبى تكتسب جنسيته فنفقد جنسيتها العراقية فى هذه الحالات يصبح المتصرف أجنبياً . ولا يمكن أن يقال بأى حال من الأحوال أن هذه الأرض الأميرية تصبح منحلة لأننا لا نجد فى نصوص القانون المدنى ما يشير إلى أن حق التصرف ينتهى فى مثل هذه الحالة كما كانت تقرر ذلك المادة (١١١) من قانون الأراضى .

٨٩ - ثالثاً : كسب التصرف ما بين الأحياء : قلنا عند الكلام عن الملكية أنها تكتسب بين الأحياء بالاتصاق وبالعقد وبالشفعة وبالحيازة . وهذه هى أسباب كسب حق التصرف بين الأحياء مع ملاحظة أن العقد الذى ينقل به المتصرف حقه للغير يسمى (الافراغ) وأن حق الشفعة فى الأراضى الأميرية يسمى حق (الرجحان) .

٩٠ - (١) الاتصاق : تقرر المادة (١٢٠٠) أنه « إذا غرس أحد أشجاراً أو أقام أبنية فى أرض أميرية ليس له فيها حق التصرف وكان ذلك بحسن نية وبزعم سبب شرعى ثم استحققت الأرض فإن كانت قيمة المنشآت قائمة أكبر من قيمة الأرض فرضت الأرض لصاحب المنشآت ببدل المثل وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت قائمة تملك صاحب الأرض المنشآت بعد دفع قيمتها » . وهذا الحكم لا يختلف عما تقررره

المادة (١١٢٠) بشأن اكتساب حق الملكية بالالتصاق بفعل الإنسان .
وتحيل المادة (١٢٠١) إلى الأحكام الخاصة بالالتصاق بفعل الطبيعة
التي قررها المشرع في الملكية ، وتقضى بتطبيق تلك الأحكام على الأراضي
الأميرية .

٩١ - (ب) الإفراغ : يراد بالإفراغ « التصرف في حق التصرف » .
فحق التصرف لا يتصل بشخص صاحبه ولهذا كان له أن يبيعه أو أن يقايس
عليه أو أن يهبه أو أن يقدمه حصة في شركة أو بدلا في عقد صلح (١٢٠٢م)
ولما كان حق التصرف حقاً عينياً عقارياً لهذا فإن إفراغه (أو التصرف فيه)
لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة الطابو (١٢٠٣) وتقرر المادة (١٢٠٤)
عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على الأراضي الأميرية
بعد تسجيلها في دائرة الطابو . ومن المعلوم أن جواز الطعن بالصورية
في العقود المسجلة كان ماثراً لخلاف كبير في الفقه وفي القضاء وقد ترددت
أحكام محكمة النقض والإبرام المصرية طويلا في الأخذ برأى معين ويظهر
أن قضاءها الأخير استقر على قبول هذه الدعوى في العقود المسجلة^(١) ،
ولكن القانون العراقي لم يجار هذا القضاء وقضى بعدم جواز الطعن بالصورية
في الإفراغ .

وتقرر الفقرة الأولى من المادة (١٢٠٥) أنه إذا أفرغ متصرف أرضه
من دون ذكر بدل فإنه لا يجوز له بعد هذا أن يطالب ببدل ولا يجوز ذلك
لورثته من بعده . وأحب أن ألفت النظر في هذا الصدد إلى تعارض هذا
الحكم مع ما تقرر في المادة (٣٩/ح) من نظام الطابو التي تشترط في الإفراغ
بيان البدل حتى ولو كان من غير مقابل ؟! ولعل العلة في هذا النص الأخير
التسهيل على موظفي الطابو في احتساب رسوم التسجيل ، وعندى أن نص
القانون المدني الغي هذا المادة من نظام الطابو .

ثم تعرض المواد (١٢٠٦ - ١٢١٣) لحالات من الإفراغ هي عبارة

(١) أنظر مثلاً نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ .

عن تطبيق لأحكام القواعد العامة في الالتزامات وعقد البيع ولا نرى حاجة لبيانها .

ثم تقرر المادة (١٢١٤) جواز الإفراغ مقابل بدل هو مرتب مدى الحياة . ووضح أن العقد في هذه الحالة عقد احتمالي قائم على عنصر الضرر والمقامرة فلا يجوز الطعن فيه بالغبن . ونحب أن نلفت النظر في هذا الصدد إلى الأمور التالية :

أولاً : — أن عقد ترتيب إيراد مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً (م ٩٧٩) .

ثانياً : — أن المشرع العراقي قرر صراحة أنه إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه فإنه يجوز للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض إن كان له محل وهو بهذا النص قطع كل شك أو خلاف حول إمكان فسخ هذا العقد .

ثالثاً : قرر المشرع أنه لا يجوز للمفرغ له ولا لأصحاب حق الانتقال من بعده أن يفرغوا الأرض أو يرهنوها رهناً تأمينياً أو حيازياً مادام المفرغ على قيد الحياة .

رابعاً : — وقرر أنه إذا مات المفرغ له دون أن يكون له صاحب حق انتقال فإن الأرض لا تنحل وإنما يستردها المفرغ ويعاد تسجيلها باسمه .

٩٢ — (ح) حق الرجحان : — قلنا إن حق الرجحان في الأراضي الأميرية يقابل حق الشفعة في العقارات المملوكة مع بعض الفروق التي نلخصها فيما يلي :

(١) أن حق الشفعة ينصب على العقارات المملوكة أما الرجحان فلا يكون إلا في الأراضي الأميرية سواء كانت مفوضة بالطابو أم ممنوحة بالزمة .

(٢) لا يجوز الأخذ بالشفعة في حالة ما إذا كان التصرف قد تم بمقتضى عقد من عقود التبرع وذلك على خلاف حق الرجحان فإنه ينهض سواء

أكان العقد معاوضه أم تبرعاً .

(٣) يلتزم الشفيع بدفع الثمن المسمى والمصاريف أما صاحب حق الرجحان فإنه يلتزم بدفع بدل المثل بصرف النظر عن البديل المسمى .

(٤) اصحاب حق الرجحان ليسوا كلهم من أصحاب حق الشفعة فيما لو كانت الأرض مملوكة ، فإنه إذا كان لكل من الشريك والخليط أن يأخذ بالشفعة في الأراضي المملوكة وبالرجحان في الأراضي الأميرية إلا أن الجار مثلاً له أن يأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها ولا يعتبر الجار من أصحاب حق الرجحان . ومالك الأشجار والأبنية المقامة على الأرض الأميرية صاحب حق رجحان ، وكذلك من كانت له حاجة بالأرض من أهل القرية وليس هؤلاء بشفعاء في الأراضي أو العقارات المملوكة .

وفيما عدا الفروق المتقدمة تطبق أحكام الشفعة على حق الرجحان (انظر المادتين ١٢١٦ - ١٢١٧) .

٩٣ - (٥) التقادم : - تقرر المادة (١٢١٨) أنه « ١ - إذا حاز أحد أرضاً أميرية غير مسجلة في دائرة الطابو بإعتباره متصرفاً فيها فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى حق التصرف من شخص آخر إذا إنقضت عشر سنوات متوالات على حيازة المدعى عليه ولم يكن لدى المدعى عذر شرعي يمنعه من رفع الدعوى .

٢ - وتطبق أحكام التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة السابقة .

تعرض المادة المتقدمة لكسب حق التصرف بالتقادم ، ولا غنى في هذا المجال من أن نشير إلى المادة (١١٨٤) التي تعطي حق القرار لمن حاز أرضاً أميرية بإعتباره متصرفاً فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ومن الجمع بين هاتين المادتين يتبين أن حق القرار الذي تشير إليه المادة (١١٨٤) إنما ينصب على الأراضي الأميرية الصرفة التي لم يثقلها حق تصرف للغير ، وأن المادة (١٢١٨) تشير إلى إكتساب حق التصرف في الأراضي الأميرية

التي يكون لشخص عليها حق تصرف . فإذا كان المدعى عليه في المادتين هو واضع اليد أو الحائز إلا أن المدعى في الحالة الأولى هو الدولة وفي الثانية هو المتصرف في الأرض .

وظاهر من النص أن يشترط لتطبيقه :

(١) أن تكون الأرض أميرية غير مسجلة في دائرة الطابو . ويحق لنا أن نتساءل هنا عن إمكان التوفيق بين هذا الشرط وبين دعوى التصرف التي يقيمها المدعى فإذا لم يكن حق التصرف ثابتاً لشخص في سجلات الطابو فهل يجوز له أن يدعى به وأن يقيم الدليل عليه؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول : أن من أنواع التسجيل المعروفة في العراق تسجيل مالم يكن مسجلاً من العقارات ويسرى هذا النوع من التسجيل المجدد على العقارات المملوكة والأراضي الأميرية ، ومعنى هذا أنه إذا وضع شخص يده على أرض أميرية غير مسجلة في دائرة الطابو ثم طلب التسجيل من لم يكن واضع يد واعترض واضع اليد على هذا الطلب وأحالت دائرة الطابو المتنازعين على المحكمة المختصة فإنه لا تسمع دعوى المدعى بأن له حق تصرف على هذه الأرض متى أثبت الحائز أنه حازها بإعتبارها متصرفاً فيها عشر سنوات متوالية من غير منازع .

(٢) أن تتوفر لدى واضع اليد شروط الحياة وركناها المادى والمعنوى .
(٣) أن تستمر الحياة عشر سنوات متوالية وأن لا تكون المدة السالفة قد تعرضت للوقف أو للقطع على النحو المعروف في التقادم ، ولهذا قرر المشرع وجوب استمرار المدة السالفة مع إنكار المدعى عليه ومن غير وجود مانع أو عذر شرعى يمنع المدعى من رفع دعواه .

المبحث الثالث

أسباب انقضاء حق التصرف

ينقضى حق التصرف : أولاً بالتقادم ، ثانياً بانحلال الأراضي الأميرية ثالثاً بترك الاستغلال .

أولاً : التقادم

٩٤ - تقرر المادة (١٢١٩) أنه « ١ - إذا حاز أحد أرضاً بإعتباره مالكاً لها فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الرقبة من الحكومة على أساس أن الأرض أميرية إذا انقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى عليه .

٢ - وتطبق أحكام نصوص التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة السابقة .

وعندى أن المادة السالفة تعالج اكتساب (حق الملكية) لاحق التصرف بمضى المدة . فهي بعبارتها السالفة تقرر أنه إذا حاز أحد أرضاً أميرية بنية تملكها ثم أرادت الحكومة أن ترفع عليه دعوى بملكية هذه الأرض للدولة فإن دعواها لا تسمع متى كانت الحيازة قد استمرت ستاً وثلاثين سنة .

وأحب أن ألفت النظر إلى أن نص المادة جاء عاماً مطلقاً ولهذا فإن الأراضي الأميرية تملك بالتقادم بمرور ست وثلاثين سنة على حياتها سواء أكانت هذه الأرض مسجلة في دائرة الطابو على إنها ملك للدولة أم لم تكن مسجلة كذلك . وعلى هذا فإننا نذهب إلى أن المادة المتقدمة استثناء من القاعدة التي أقرها المشرع العراقي في التقادم والتي لا تجيز التمسك به في العقارات المسجلة .

ثانياً : انحلول الأراضي الأميرية

٩٥ - يقصد بالأراضي المنحلة الأراضي الأميرية التي ينتقل حق التصرف عليها إلى الدولة لوفاة المتصرف من غير أن يترك أحداً من أصحاب حق الانتقال .

وفي هذه الحالة يحق لأصحاب (حق الطابو) أن يأخذوها بيدل المثل الذي يقدره الخبراء وقت الطلب لا وقت وفاة المتصرف .

ويراد بالطابو الأجرة المعجلة التي هي بدل التصرف أو مقابله ، وحق الطابو هو حق تفويض الأراضي الأميرية المنحلة بيدل المثل .

٩٦ - وأصحاب حق الطابو كأصحاب حق الرجحان ، مرتبون درجة بعد درجة وهم :

أولاً : ورثة المتصرف الذين يرثون الأشجار والأبنية القائمة على الأرض الأميرية والتي لم تتبع الأرض بل بقيت مملوكة للمتصرف .

ثانياً : شريك المتصرف في الشيوع في الأرض الأميرية .

ثالثاً : الخليط في حق إرتفاق للأرض الأميرية .

رابعاً : الأجنبي غير الوارث الذي يملك أشجاراً أو أبنية قائمة على الأرض الأميرية .

خامساً : من له حاجة بالأرض الأميرية من أهل القرية التي توجد فيها الأرض وإذا تعدد أصحاب الحاجة من أهل القرية ورغبوا جميعاً في أخذها قسمت بينهم بالتساوى فإذا كانت الأرض غير قابلة للقسمة أو كان في قسمتها ضرر اقترع بين الطالبين وأعطيت من أصابته القرعة .

وواضح أن الدرجة الأولى من أصحاب حق الطابو هم ورثة المتصرف الذين يرثون الأبنية والأشجار القائمة على الأرض والتي لم تتبع الأرض بل بقيت مملوكة للمتصرف على ألا يكون هؤلاء الورثة من أصحاب حق الإنتقال إذ من المتصور وجود ورثة للمتصرف يرثون الأبنية والأشجار دون أن يكونوا من أصحاب حق الإنتقال . فإذا فرضنا أن متصرفاً في أرض أميرية أقام عليها أبنية أو غرسها أشجاراً قبل نفاذ قانون التصرف (١٩ إبريل ١٩١٣) ثم مات هذا المتصرف عن ابن عم وابن بنت ، ففي هذا المثل يعتبر ابن العم وارثاً فهو يرث الأشجار والأبنية ، وابن البنت وإن لم يكن وارثاً إلا أنه صاحب حق إنتقال فينتقل إليه حق التصرف ، فإذا فرضنا بعد هذا أن مات ابن البنت وليس له أحد من أصحاب حق الإنتقال فإن الأرض الأميرية تنحل ويكون ابن العم صاحب حق الطابو من الدرجة الأولى فيأخذ الأرض بيدل المثل .

وصاحب حق الطابو من الدرجة الثانية هو شريك المتصرف في الشيوع

والدرجة الثالثة هو الخليط في حق إرثفاق للأرض الأميرية على النحو الذي سبق بيانه . والدرجة الرابعة هو الأجنبي غير الوارث الذي يملك الأشجار أو الأبنية فإذا فرضنا أن المتصرف باع الأشجار والأبنية المحدثه على الأرض قبل (١٩ إبريل ١٩١٣) واحتفظ بالأرض ثم مات وليس له أحد من أصحاب حق الإتيقال ولم يكن هناك أحد من أصحاب حق الطابو من الدرجات الثلاث المتقدمة فإن الأرض تفوض لمشتري الأشجار والأبنية ولا بد لتفوض الأرض بمقتضى حق الطابو من طلب ذلك خلال سنة من وفاة المتصرف ، وتقرر المادة (١٢٢١) أن المدة السالفة لا توقف بأى عذر كالصغر والجنون والسفه . ومعنى هذا أن المشرع العراقي جعل هذه

المدة مدة إسقاط (Delai de dechéance) لأمدة تقادم prescription

ثم قرر المشرع العراقي أن حق الطابو لا يكون للقاتل ولا لشريكه (١٢٢٦) وإنه لا يثبت بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي (١٢٢٧) وقرر في الفقرة الثانية من المادة (١٢٢٣) أن حق الطابو لا يورث على خلاف ما قرره في حق الشفعة وحق الرجحان .

وقرر (١٢٣٠) أنه إذا فوضت الأرض الأميرية المنحلة لأحد من أصحاب حق الطابو ببدل المثل أو فوضت لمن رست عليه المزايدة عند عدم وجود أحد من أصحاب حق الطابو أو عند تنازل هؤلاء جميعاً عن حقهم فإنه لا يجوز الرجوع في هذا التفوض حتى لو ظهر من يعرض أكثر من بدل المثل . إلا أنه إذا فوضت الأرض لأحد من أصحاب حق الطابو أو لمن رست عليه المزايدة بضمن فيه غش فالحش جاز خلال سنة من تاريخ التفويض أن يكلف من فوضت له الأرض بأكمال الثمن إلى بدل المثل فإن امتنع فسخ التفويض وإنزعت منه الأرض بعد أن يرد إليه الثمن الذي دفعه .

وعندى أن الحكم الذي جاءت به المادة لا محل له وفيه محاباة صارخة للحكومة ، فالتفويض لأصحاب حق الطابو يكون ببدل المثل كما قلنا ، وتقوم بتقدير هذا البدل لجنة تختارها الحكومة من بعض الموظفين وأصحاب الخبرة

من غير الموظفين فإذا ما قدرت هذه اللجنة بدل المثل ثم تبين أن تقديرها كان يشوبه غبن فاحش الحق ضرراً بخزينة الدولة فقد كان الأحرى بالمشرع أن يعتمد إلى تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة فيعطى للدولة حق الرجوع بالتعويض على أعضاء اللجنة لا على من فوضت إليه الأرض من أصحاب حق الطابو . والحكم كذلك بالنسبة لتفويض الأرض لمن رست عليه المزايدة . فهذا شخص يرغب في أخذ هذه الأرض بطريق التفويض وقد دخل مزايداً مع غيره ودفع فيها أكبر ثمن ووافقت الوزارة المختصة على تفويضها إليه فكيف يجوز لها أن تدعى بعد هذا غبناً فاحشاً قد لحقها من هذا التفويض ؟

ثالثاً : قرار الاستغلال

٩٧ — أن الغاية التي رعى إليها المشرع من أئصال الأراضي الأميرية بحق التصرف غاية مزدوجة ، فقد أراد بترتيب هذا الحق أولاً فائدة خزينة الدولة بما تحصل عليه من رسوم وأعشار وبدل ، وأراد فائدة المتصرف بإعتباره فرداً من أفراد المجتمع . فتعطيل هذه الأراضي عن الإستغلال والإستثمار يعود بالضرر على الدولة وعلى المجتمع بأسره . ولهذا جعل المشرع ترك الإستغلال سبباً لضياع حق التصرف متى استطالت مدته ثلاث سنوات متواليات (م ١٢٣٣) فإذا عمد المتصرف إلى زراعة قسم من الأرض سنة ثم ترك زراعته وزرع القسم الثاني في السنة التالية فإن الأرض لا تنحل ولو استمر على هذه الحال عشرين سنة مثلاً . وكذلك الحال إذا ترك زراعتها سنتين ثم زرعها في السنة الثالثة .

ويقرر النص السالف أنه إذا تركت الأرض من غير زراعة ثلاث سنوات متتالية فأنها تعرض مرة ثانية على المتصرف فإذا طلبها فوضت إليه ببديل المثل فإذا كان قد مات فوضت إلى من يخلفه من أصحاب حق الإنتقال والرأى عندي أن هذا الحكم حكم غير سليم فهذا متصرف في أرض أميرية ترك إستغلالها من غير عذر ثلاث سنوات متواليات على الأقل فنزعت من

تحت يده وأصبحت أرضاً أميرية صرقة لماذا تعرض عليه مرة أخرى فيفضل على غيره؟ أما كان يجدر بالمشرع أن يقرر عرضها على غيره قبل عرضها عليه مرة أخرى؟

ثم يعرض المشرع (في المادة ١٢٣٤) أمثلة للأعذار كأغمار الأرض بالمياه أو وجوب أراحتها للزراعة ، وكوقوع المتصرف في الأسر وكنقص أهليته ، وكخدمة المتصرف في الجيش في غير القرية التي فيها الأرض . وتقرر المادة (١٢٣٦) عدم جواز ضم مدة إهمال السلف إلى مدة إهمال الخلف وتضرب لذلك الأمثلة .

ونكتفي بما تقدم في أسباب إنقضاء حق التصرف

المبحث الرابع

أحكام ختامية

٩٨ — عرض المشرع العراقي في هذه الأحكام الختامية بعض القواعد التي تتصل بالمصايف والمشاتي والضياع وبحق العقر والأوقاف غير الصحيحة ونحن نلخصها فيما يلي :

أما بالنسبة للمصايف والمشاتي فإننا نقول : إنها إما أن تكون خاصة بشخص معين وإما أن تكون مشتركة بين أهالي قرية أو أكثر . ففي الحالة الأولى تعامل معاملة الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو وفي الحالة الثانية تعتبر هذه الأراضي مالا مشتركا بين الأهالي (م ١٢٤٠) .

ولا يجوز أن تحال أرض قرية على شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة ما دام أهلها موجودين فيها بل تحال على كل شخص من الأهالي على حدة ويعطون سندات خاقانية تبين تصرفهم فيها . غير أنه إذا تشتت أهل القرية لأي سبب من الأسباب جاز إحالة هذه الأرض إلى شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة (م ١٢٤١) وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة المتقدمة الضيعة تعريفاً يجعلها قرية مما يطلق عليه في مصر لفظ (العزبة) .

وأما بالنسبة لحق العقر فقد جاء في مقدمة (فرمان العالي المتعلق

بالأراضي العقارية) والمعروف باسم (فرمان مدحت باشا) لأنه طبق في العراق في زمن هذا الوالي ما يأتي « أن أغلب الأراضي في القطر العراقي تدار بالالتزام ولا تفوض إلى أحد ، ولذلك ترى الملتزمين يهتمون بالاستفادة مدة التزامهم فقط ولا يبذلون بإعمار الأراضي ، فلم تتقدم الزراعة والفلاحة فيها . وكان من النتائج المضرة لهذه الطريقة أن الأراضي الواسعة في القطر العراقي أصبحت خالية من آثار العمران . ولا شك أن كثرة الثروة وزيادة العمران في الملك متوقف على تأمين حقوق الأهالي بالتصرف فيه ، ولم يزل إيصال أمر الزراعة والفلاحة في ولاية بغداد إلى الدرجة المطلوبة منهما مما ترغب فيه ذاتي الملكية ، وأن إحدى الوسائل والأسباب المؤدية إلى ذلك الرقي هو إصلاح التصرف في الأرض . ولذلك قرر في بادئ الأمر إقطاع الأراضي المذكورة وإحالتها إلى طالبها ، ولكن الصدمات والتقلبات التي اعترت البلاد منذ مائتي سنة سلبت من السكان القدرة المالية والقدرة على الزراعة والفلاحة ، فحدث أن أخذت أغلب الأراضي من أصحابها بانضمام موافقتهم وسلبت إلى الحكومة لتزرع الأرض فتعمر ويستفيد أصحابها منها . وهكذا صارت تدار زراعة تلك الأراضي بواسطة الحكومة على أن يترك لأصحابها في العشرين وفي الخمسة والعشرين وفي الثلاثين واحد باسم العقر .

وقد بقي فرمان المذكور نافذاً إلى أن صدر قانون العقر رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٢ حيث طبق على الأراضي التي تمت تسويتها وبقي فرمان مطبقاً على الأراضي التي لم تتم تسويتها . وقد أريد بهذا القانون الأخير التخلص من حقوق العقر وهو حق لا نظير له في البلاد المتمدينة ، ولهذا أجازت المادة الثانية منه لصاحب الأرض في أي وقت أن يملك حقوق العقر لقاء تعويض نقدي يقدر رضاء فإذا لم يتم الاتفاق عليه فإن القانون يتولى تقديره بمقدار (١٥) ضعفاً من المعدل السنوي لحصة العقر عن الثلاث سنوات الأخيرة على ألا يقل عن (١٥) فلساً عن كل دونم

ويفهم من كل ما تقدم أن (صاحب العقر) هو مالك الأرض

أو المتصرف فيها والذي انتزعت منه هذه الأرض بناء على إهماله أو عدم قدرته على استغلالها وفوضت إلى من يستطيع ذلك على أن يستغلها ويدفع جزءاً من محصولها ($\frac{1}{4}$ أو $\frac{1}{5}$ أو $\frac{1}{3}$) .

وقد اعتبر المشرع العراقي حق العقر من الحقوق العينية الأصلية ، وقد جرت دوائر الطابو على تسجيل حقوق العقر في سجل خاص يسمى (مضبطة قومسيون الإعتقار) .

وتقضى المادة (١٢٤٣) أنه « يجوز لصاحب الأرض الأميرية أن يستملك في أي وقت حقوق العقر فيها لقاء تعويض نقدي يعطيه لأصحاب هذه الحقوق وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٣٢ » .

ويقصد بصاحب الأرض المالك في الأراضي المملوكة ، وصاحب الطابو (أي المتصرف) إذا كانت الأرض مفوضة بالطابو وصاحب الزمة إذا كانت ممنوحة بالزمة والحكومة إذا كانت الأرض أميرية صرفة .

لصاحب الأرض أن يرفع الأمر إلى الحاكم المدنية والمدعى عليه في هذه الدعوى هم أصحاب العقر جميعاً على أن يكون حقهم مسجلاً في دوائر الطابو والمحكمة أن تضيف في أي وقت اسم أي شخص يظهر فيما بعد أن له حصة في العقر . وحكم المحكمة قابل للتمييز فقط ثم يحصل المدعى على صورة من الحكم يقدمه لدوائر الطابو التي تقوم بتسجيله بعد انتهاء مدة التمييز .

وأما بالنسبة للأوقات غير الصحيحة فقد أشارت إليها المادة (١٢٤٨) ولشرحها نقول :

إن الوقف عبارة عن حبس العين والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر ولو في المال . والأصل أن الوقف لا يرد إلا على العقارات وقد يرد على المنقول استثناء في حالة ما إذا كان تابعاً للعقار أو كان العرف قد جرى على وقفه كوقف الكتب والمصاحف والأساحة . والوقف الذي ينصب على الأراضي قسماً وقف صحيح ووقف غير صحيح ، فالأراضي الموقوفة وقفاً

صحيحاً هي الأراضي المملوكة التي حبس المالك ملكيتها عن التصرف وتصدق بمنافعها على جهة من جهات البر ولو في المال . والأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح هي الأراضي الأميرية التي خصصت رسومها ومنافعها إلى جهة من جهات البر . فرقة هذه الأراضي لا تزال ملكاً للدولة ووقفها عبارة عن تخصيص حق التصرف فيها أو منافعها إلى جهة خيرية .

وقد يتناول وقف الأراضي الأميرية رسومها وإعشارها فقط ، وقد يقتصر على حق التصرف مع بقاء رسومها وإعشارها لخزينة الدولة وقد يشمل كلا من حق التصرف والرسوم والإعشار . وتسمى الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح بالتخصيصات أو الارصاد .

وقد نص المشرع العراقي في المادة المتقدمة (١٢٤٨) على أن الأحكام التي تسرى على الأراضي الأميرية تسرى كذلك على الأوقاف غير الصحيحة غير أن رسوم الإفراغ ورسوم الإلتقال وبدل المملوكات وغير ذلك من الرسوم تعود إلى جهة الوقف لا إلى خزينة الدولة .

ونكتفي بهذا القدر من الكلام عن الأحكام الختامية وبذلك ينتهي الكلام عن حق التصرف .

الباب الثالث

التسجيل العقاري في العراق

(نظام الطابو)

٩٩ - كانت الثروة العقارية منذ عهود سحيقة في القدم محلا لعناية المشرع الخاصة ، ولهذا فقد حرص المشرعون على احاطة التصرفات التي على الملكية العقارية أو أى حق عيني عقارى بضمانات تتناسب مع هذه الأهمية وتكفي للفت نظر المتعاقدين إلى خطورة العمل الذى يقدمان عليه .

ولسنا نريد فى هذه المحاضرات الموجزة أن نتتبع تطور نظام التسجيل فى البلدان الأجنبية أو فى العراق وإنما نكتفى بالقول بأنه فى عام (١٨٥٨ م) أنشأت الدولة العثمانية (نظارة) الدفتر الخاقانى لتسجيل الأموال غير المنقولة وفى عهد (مدحت باشا) تأسست مديريةية (الطابو) فى العراق وفى عام (١٩٢٠) أصدرت حكومة الإحتلال البريطانى فى العراق بيان تحديد وتسجيل الأراضى رقم (٥٤) وعينت هيئتين لأجراء التسجيل أحدهما فى لواء ديالى وثانيتهما فى لواء الحلة غير أن الثورة العراقية (١٩٢١) أوقفت العمل بهذا البيان .

وحلا لمشكلات الأراضى وتسجيلها والمنازعات المستمرة بين واضعى اليد عليها إستدعت الحكومة العراقية (السر داوسن) الخبير فى شئون الأراضى فوضع تقريراً شاملاً عن أراضى العراق وعلى ضوء هذا التقرير أصدرت الحكومة العراقية قانون (تسوية حقوق الأراضى) عام ١٩٣٢ (وقد عدل عام ١٩٣٨) كما أصدرت قانون تسجيل الأموال غير المنقولة رقم (٥٩) لسنة ١٩٣٥ الذى تقضى المادة الثانية منه بأن «معاملات الأموال غير المنقولة التى يجب أن تجرى وتسجل فى دوائر الطابو هى كل ما من شأنها

إنشاء حتى تملك أو تصرف أو إنتقال أو تقييد تصرف أو تغييره أو زواله كالبيع والفراغ والهبة والأرث والإنتقال والتفويض والإستملاك والقسمه والإفراز والتوحيد والمبادلة والوصية والوقف والتأمين لقاء دين أو كفالة سواء نشأت عن عقود أو خلفية أو أسباب قانونية أو شرعية .

وإستنادا إلى المادة الرابعة من هذا القانون صدر نظام الطابو رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٣ . وسنقتصر في دراستنا على شرح بعض أحكام هذا النظام .
١٠٠ — تقرر المادة (١٧) من هذا النظام أنه « تتألف قيود الطابو من الأنواع الآتية :

(١) القيود التي بذاتها لا تثبت الملكية بل تعتبر من الدلائل لاثباتها وإن الأموال غير المنقولة المقيدة فيها تكون تابعة لمراسم المجدد الأعتيادية وهي :

(أ) سجلات الأساس أو التحرير التمهيدى — التي نظمت أو تنظم عند فتح دائرة الطابو وقبل البدء فى المعاملات التصرفية ، أو التي نظمت بعد فتح دائرة الطابو أو بعد قبول المعاملات التصرفية وذلك لفرض تجديد شكل التحرير التمهيدى على أساس الوحدات الإدارية للألوية أو الاقضية أو النواحي أو القرى أو المقاطعات أو لأسباب أخرى تتطلبها تشكيلات دوائر الطابو .

(ب) قيود التحقق للتفتيش (اليوقلة) المنظمة لأغراض الدائرة بغية وضع قيود عن الإملاك وعائديتها ؟! ضمن مناطق معينة وذلك تمهيداً لأعطاء سندات بالأموال غير المستحصل بها قبلا سندات حسب الأصول المتبعة وقتئذ .

(٢) القيود التي تفيد الملكية والتي لا يمكن معارضتها (١٩) أو إبطالها إلا بأمر المحكمة المختصة وهي : —

(أ) قيود التحصيل للتفتيش (اليوقلة) التي تصدر منها سندات التملك بعد دفع رسومها ، وتكون عادة منقولة من قيود التحقق للتفتيش (اليوقلة) .

(ب) القيود الدائمة : التي تسجل فيها معاملات وعقود التملك والتصرف التي تجرى اعتيادياً وتصدر منها السندات .

(ح) قيود الحاصلات : المصدقة والصادرة في عهد الحكومة العثمانية عند فقدان سجلاتها الأصلية . وتعتبر صورها كالأصل أيضاً .

(د) دفاتر الحاصلات : المصدقة والصادرة في دورى الاحتمال والحكومة العراقية سواء بوجود قيودها أم بفقدانها .

(هـ) قيود التسوية : التي تسجل فيها معاملات الأحوال غير المنقولة الجارية تسويتها وفقاً لقانونها الخاص .

٣ - قيود العقود المؤقتة وهي :

(١) قيود الرهن : التي سجلت فيها عقود الرهن الاعتيادي والبيع والإفراغ بالوفاء ، بالوكالة الدورية .

(ب) قيود الفك : التي تدون فيها معاملات فك الرهن أو البيع ، والإفراغ بالوفاء الجارية اعتيادياً .

(ح) قيود المدائنات : التي تدون فيها عقود وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين ، مع فسخها بالطرق الاعتيادية .

(٤) القيود المختلفة والمدونة فيها الأنواع المينة في الفقرة (٢ - ب)

والفقرة (٣ - أ و ب) بالشعاب . ويعتبر حكم كل نوع من المعاملات الداخلة فيها حكم الصنف الذي تدخل ضمن شموله بمقتضى الفقرات المذكورة .

١٠١ - ويفهم من نص المادتين الأولى والثانية من قانون تسجيل

الأموال غير المنقولة في الطابو أن التصرفات والأحكام التي يجب تسجيلها هي : (١) تسجيل مالم يكن مسجلاً من العقارات . (ب) التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية .

١٠٢ - (١) تسجيل مالم يكن مسجلاً من العقارات : ويسمى هذا

التسجيل بالتسجيل (المجدد) . وتقوم دوائر الطابو بتسجيل الأموال غير المنقولة

مجدداً بأسماء مالكيها الحقيقيين أو ورثتهم وإصدار سندات طابو بأسمائهم حسب القواعد المقررة في نظام الطابو .

ويشترط أن تكون العقارات التي تخضع لهذا النوع من التسجيل .

(١) غير مسجلة سابقاً في قيود الطابو .

(٢) مسجلة سابقاً ولكن قيودها وسنداتها مفقودة .

(٣) مسجلة سابقاً وسنداتها مفقودة وقيودها ممزقة ومشوهة بدرجة

لا يمكن معها اتباع غير طريقة التسجيل المجدد .

(٤) مسجلة سابقاً وقيودها مفقودة وسنداتها أو صورها ممزقة أو مشوهة

أو غير مصدقة تصديقاً يمكن اتخاذها أساساً للأييد .

(٥) إذا كانت القيود الموجودة ليست من القيود المعدة لإصدار سندات

تملك منها كقيود التحقق أو الأساس (المادة ١٦٠ من نظام الطابو) .

ويجب أن يستند سبب التملك في معاملات التسجيل المجدد إلى أحد

الأمر الآتية :

(١) الإرث (ب) الشراء أو الاتهاب (ح) الإنشاء أى الغراس أو البناء

وإذا كان السبب يستند إلى الإرث أو الشراء أو الاتهاب (الهبة) فيعتبر

ذلك لمرتبة واحدة بالنسبة إلى المالك الأخير دون الرجوع إلى حلقة متسلسلة

من المالكين الأولين . هذا إذا كانت مدة تصرف المالك الأخير تبلغ

نصاب مرور الزمان ؛ وأما إذا نقصت عن ذلك فتضاف مدة تصرف

المورث إلى الوارث والبائع أو الواهب إلى المشتري أو الموهوب له إلى أن

تبلغ مدة التصرف النصاب القانوني حتى وأن أدى الأمر إلى الرجوع إلى

أكثر من مرتبة واحدة (م ١٦٢ ن . ط)

وقد أراد المشرع بهذا النص الذي تشيع في ثناياه الركائز وعدم الدقة في التعبير

إنه يكفي في قبول طلب التسجيل المجدد من الوارث أو المشتري أو الموهوب

له إذا كانت حيازته لهذا العقار قد استمرت مدة لا تقل عن خمس عشرة

سنة بصرف النظر عن حيازة سلفه المورث أو البائع أو الواهب فإذا نقصت

مدة الحياة (وقد أطلق عليها المشرع في النص السالف لفظ التصرف ؟)
عن المدة السالفة ضمت حياة السلف إلى الخلف إلى الحد الذي تكمل به
مدة وضع اليد المكسب للملكية (١٥ سنة) ولو أدى الأمر إلى الرجوع
إلى حياة سلف السلف .

١٠٣ - وقد فصل نظام الطابو بعد ذلك الإجراءات التي تتبع في هذا
النوع من التسجيل (التسجيل المجدد) . فقرر أن على من يطلب تسجيل
العقار مجدداً أن يتقدم بعريضة إلى دائره الطابو يحدد فيها هذا العقار ويبين
أنه خاضع لهذا النوع من التسجيل فإذا تبين لمديرية الطابو أن العقار خاضع
لهذا النوع من التسجيل فإنها تطلب من طالب التسجيل أن يحصل على بيان
دقيق من مختار المحلة أو القرية أو المقاطعة يحتوى على حدود الملك وأوصافه
والأسباب التي يستند إليها في تملكه . وعلى هذا يقوم مدير الطابو بالكشف
على العقار بحضور المختار والخبراء ويحرر تقريراً بنتيجة الكشف يوقعه
مع المختار والخبراء .

وبعد انتهاء مراسم الكشف يعلن طلب التسجيل لمدة ثلاثين يوماً
فينشر في الجريدة الرسمية وفي إحدى الجرائد المحلية ثلاث مرات وتعلق
نسخة من الإعلان على العقار وأخرى على لوحة الإعلانات في دائرة الطابو .
فإذا لم يقع اعتراض خلال هذه المدة أرسلت الأوراق إلى المجلس الإداري
المختص لأجل تصديق التسجيل ، فإذا صدق على التسجيل أعيدت الأوراق
إلى مديرية الطابو العامة لتدقيقها فإذا تبينت صحتها أعادتها إلى الدائرة المختصة
لقبض رسومها وتسجيلها وإذا وجدت فيها نقصاً أو صحت باستكمالها . وإذا
كان التسجيل مجدداً يستند إلى حكم صادر من محكمة مختصة ومكتسب الدرجة
القطعية ومنفذ إجرائياً فإن الحكم المذكور يتخذ أساساً للتسجيل دون حاجة
إلى الإعلان أو مصادقة المجلس الإداري .

وإذا وقع اعتراض على التسجيل مجدداً خلال مدة الإعلان (٣٠ يوماً)
فإنه يجوز لدائرة الطابو أن تضرب موعداً للمعتراض لا يزيد على ثلاثين يوماً

لمراجعة المحكمة ، وفي هذه الحالة توقف الدائرة معاملة التسجيل ، فإذا انتهت المدة المضروبة ولم يرد إشعار من المحكمة بالتأخير أو كان المعارض قد سحب اعتراضه قامت مديرية الطابو بإنجاز معاملة التسجيل من النقطة التي كانت قد وقفت عندها . أما إذا كان المعارض قد قدم بعد انتهاء مدة الإعلان فإنه لا يكون سبباً لتأخير معاملة التسجيل وإنما تبلغ مديرية الطابو المعارض بمراجعة المحكمة المختصة .

وإذا طلب التسجيل من لم يكن واضح يد على العقار واعترض على ذلك واضح اليد فإن هذا المعارض يحول دون التسجيل ويبلغ طالب التسجيل بمراجعة المحكمة لرفع يد المعارض أولاً ، ولا حاجة في هذه الحالة إلى تحديد مدة لمراجعة المحكمة . ولا يمنع ذلك من قبول طلب التسجيل إذا قدمه واضح اليد .

وإذا ثبت وضع يد كل من المعارض وطالب التسجيل وكان الطرفان يدعيان الاستقلال بالمال فإن دائرة الطابو تحيلهما إلى المحكمة المختصة للفصل في هذا النزاع وتمتنع عن تسجيل العقار باسم أى منهما إلى حين الفصل في الدعوى . وإذا ثبت وضع يد كل من طالب التسجيل والمعارض وكان أحدهما يدعى الاشتراك ويدعى الآخر الاستقلال بالمال فيوجه من يدعى الاشتراك إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً ، هذا إذا كان طالب التسجيل هو المدعى بالاستقلال ، أما إذا كان طالب التسجيل يدعى الاشتراك فإن دائرة الطابو تمتنع عن قبول التسجيل ما لم يحصل المدعى من المحكمة على حكم يؤيد صحة ما يدعيه .

وإذا طلب التسجيل شخص واعترض آخر وادعى كل منهما وضع اليد وتعذر تعيين واضح اليد منهما فإن دائرة الطابو تحيلهما إلى المحكمة المختصة وتمتنع عن التسجيل إلى حين الفصل في النزاع .

وإذا كان العقار مستقلاً عن طريق الإرث وطلب قسم من الورثة التسجيل باسمهم مستقلاً استناداً إلى الشراء من المورث أو من الورثة الآخرين

فلا يجوز التسجيل باسم قسم منهم بل يجرى التسجيل باسم الورثة جميعاً حتى ولو كان بعضهم غير واضح يد، هذا إذا لم يكن بيد طالب التسجيل مستقلاً مستندات رسمية تؤيد صحة الشراء أو كان باقي الورثة قد اعترفوا بصحة البيع والشراء فإذا كان بيده مثل هذه المستندات أو كان باقي الورثة قد اعترفوا بصحة البيع فإنه يجوز تسجيل العقار باسم طالب التسجيل وحده . وإذا طلب تسجيل عقار مجدداً وظهر أنه ممتسوم بين الشركاء قسمة خارجية وقد استقل كل فريق بما أصابه ومضت على القسمة المذكورة خمس عشرة سنة وكان كل قسم قائماً بحدوده حسب العرف المحلي ، يسجل ذلك القسم مجدداً بأسماء أصحابه ويستوفى رسم المجدد فقط ، وإذا اعترض أحد المتقاسمين مدعياً دوام الشيوع فإنه يبلغ بمراجعة المحكمة خلال ثلاثين يوماً . وإن لم يرد إشعار من المحكمة خلالها يستمر في إجراء التسجيل . (انظر المواد ١٦٠ - ١٨٣ من نظام الطابو) .

١٠٤ - (ب) تسجيل الأسباب والتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية: قلنا أن المادة الثانية من قانون التسجيل تنص على أن « معاملات الأموال غير المنقولة التي يجب أن تجرى وتسجل في دائرة الطابو هي كل ما من شأنها إنشاء حق تملك أو تصرف أو انتقال أو تقييد تصرف أو تغييره أو زواله » . وقد فصل نظام الطابو في الباب الثاني منه هذه الأسباب والتصرفات التي يجب تسجيلها . ونحن نلخص هنا أهم أحكام هذا النظام .

١٠٥ - البيع والإفراغ : ينظم لكل عقار يراد بيعه أو إفراغه رضاء في دائرة الطابو (بيان) مصدق من هيئة المحلة أو المقاطعة يتضمن :
(١) أوصاف المال ، كالحدود والمساحة والجنس والنوع والرقم واسم الوحدة الإدارية والموقع والشارع وما إذا كان مستقلاً أو شائعاً ، وفي حالة الإفراغ يؤيد أن المال لم يترك أو يعطل من الزراعة مدة تزيد على ثلاث سنوات .

(ب) هوية المتعاقدين الكاملة كالإسم والشهرة والجنسية .

(ح) مقدار البدل وما إذا كانت هناك شروط أخرى تخص البدل أو تحل محله . وإذا كان الإفراغ بدون بدل فيجب أن يذكر هذا في البيان . وإذا كان البائع أو المفرغ قد عين بدلا واحداً في الوكالة لأكثر من مال واحد يجب تعيين بدل كل مال على حدة بالاتفاق بين الوكيل والمشتري أو المفرغ له . ولا تسرى هذه القاعدة على وكيل المشتري أو المفرغ له مالم يفرقها الموكل نفسه أو من يقوم مقامه قانوناً .

(و) عدم وجود محذور أو مانع من إجراء العقد كالصغر والجنون والحجر والإفلاس والوفاة هذا إذا لم تكن هناك وكالة يتعلق بها حق الغير (م ٣٩ من نظام الطابو) .

ويلاحظ أن الفقرة (ج) من المادة السالفة تشير إلى حالة إبرام العقد بطريق الوكالة وهي تفرق في هذا بين الوكالة عن البائع والوكالة عن المشتري . فإذا وكل البائع غيره لإبرام عقد البيع أو الإفراغ وكان العقد قد انصب على عدة عقارات بيعت صفقة واحدة بثمن مسمى لها جميعاً جملة واحدة ، فإن الفقرة السالفة تتطلب بيان بدل كل عقار على حدة وتعطى للوكيل بالاتفاق مع المشتري تسمية بدل كل منها .

أما إذا وكل المشتري غيره فإن الفقرة السالفة لا تعطى للوكيل مثل هذا الحق وإنما لا بد من الرجوع إلى المشتري نفسه أو نائبه . وهذا الحكم منتقد إذ ما هو السند القانوني الذي استند إليه واضع (النظام) في لزوم بيان ثمن كل عين إذا كانت بضعة عقارات قد بيعت أو أفرغت جملة واحدة وبصفقة واحدة بثمن إجمالي لها جميعاً ؟ هل أراد المشرع بهذا النص النزول عند إرادة موظفي دائرة الطابو والتخفيف عنهم حتى لا يحاروا في بيان ثمن كل عين أمام سجلها المخصص لها ، وهل يصعب حقيقة على موظفي الطابو أن يثبتوا أمام كل عين أن ثمنها وثن العين المرقمة كذا قدره (كذا) ديناراً ؟ . وما هي الحكمة من معاملة وكيل البائع ووكيل المشتري معاملة مختلفة ؟ ويلاحظ من جهة أخرى أن المادة السالفة تشترط مصادقة هيئة المحلة أو القرية أو المقاطعة

على (البيان) الذي يتقدم به البائع أو المفرغ وهو شرط لا محل له .
وعلى دائرة الصابو (بعد تسلمها البيان السالف) أن تدقق قيد العقار
وسجله للتأكد من صحة البيان ، ومن عدم وجود ما يمنع العقد كالحجز
والرهن والتأمين والتأخير أو كون البائع أو المفرغ مفلساً ولم يصالح أرباب
ديونه (؟) أو كان المال ممنوحاً بالزمة ويتطلب مصادقة السلطة الإدارية ،
أو كان واقعاً في إحدى مناطق التسوية التي لم تنته فيها أعمال التسوية بدون
إذن السلطة المختصة على أن تشرح نتيجة التدقيق في الأوراق ويصدقها
الموظف أو الموظفون المسؤولون ، وللدائرة أن ترفض طلب البيع
أو الإفراغ إذا ظهر لها :

(أ) عدم إمكان بيع المال أو إفراغه لوجود شائبة فيه أو لتوقيف
قيده من أجل نقص يستلزم التوقيف أو لأسباب أخرى .

(ب) عدم إمكان قبول تصرفات البائع أو المفرغ .

(ح) عدم إمكان قبول تصرفات المشتري أو المفرغ له (م ٤٠ ن. ط) .
هذا وأحب أن ألفت النظر إلى أن كلا من الرهن التأميني والرهن
الحيازي لم يعد سبباً يحول دون إبرام عقد البيع أو الإفراغ ، فقد قررت
المادة (١٢٩٥) بالنسبة للرهن التأميني ، والمادة (١٣٣٤) بالنسبة للرهن
الحيازي ، جواز تصرف المدين الراهن بالعين المرهونة وحفظت حق
الدائن المرتهن بأن جعلت هذا التصرف لا يؤثر في حقه .

وتقرر المادة (٤١) من نظام الطابو أنه « يتم عقد البيع أو الإفراغ
بإعتراف الطرفين المتعاقدين بالإيجاب والقبول بحضور موظف الطابو
المسؤول وحضور شاهدين على الأقل يشهدان العقد ويعرفان شخصية
المتعاقدين . ويصدق هؤلاء جميعهم شرح الاعتراف الواجب تدوينه على
الأوراق والسجل .

وإذا كان الاعتراف واقعاً خارج الدائرة يجرى التصديق على الأوراق
فقط ، أما السجل فيصدق الموظف الذي قام بأخذ الاعتراف ، وتتبع

القواعد القانونية العامة بشأن الشهود وشهادتهم .

وتعرض المادتان (٤٢ و٤٣) لأخذ الاعتراف بطريق الاستنابة ، ومدى مسئولية الدائرة التي قامت بأخذ الاعتراف عن صحة البيانات . وتقرر المادة (٤٤) حالة ما إذا توفى من رسا عليه المزاد قبل أن يتم التسجيل في دائرة الطابو فيجوز التسجيل باسمه أو باسم ورثته مباشرة ، وفي هذه الحالة يستوفى رسم البيع أو الإفراغ على حسب الأحوال دون رسم الانتقال ، وتقرر المادة (٤٥) أنه لا يجوز لموظف الطابو أن يقبل الشراء أو التفريغ لنفسه أو لأولاده أو لأقاربه الذين لا تجوز شهادتهم له قانونا ، ويجوز أن ينوب عنه في أخذ الاعتراف موظف آخر من دائرة الطابو .

وتقرر المادة (٤٦) أنه لا يجوز قبول البيع أو الإفراغ على المحدثات دون الأرض أو بالعكس ، إذا كانتا مسجلتين في قيود الطابو تسجيلا لا يختلف معه اشتراك صاحب الأرض عند صاحب المحدثات . أما إذا كانتا مسجلتين ولكن يوجد اختلاف في الأسماء أو في مقادير السهام والحصص بين الأرض والمحدثات فيجوز إجراء المعاملة على إحداها دون الأخرى إذا كانت تلك المعاملة تؤدي أو تمهد السبيل إلى تساوى الأسماء ومقادير الحصص والسهام بينهما .

والرأى عندى أن هذه المادة تتعارض مع أحكام القانون المدنى ولهذا فإنها تعتبر ملغاة ، وذلك أنه ليس في بيع المنشآت دون الأرض ما يخالف النظام العام أو الآداب فهو عقد صحيح ، هذا عن المنشآت أو المحدثات القائمة بالفعل ، أما تلك التي ستنشأ على الأرض فلا مانع كذلك من تسجيلها باسم شخص آخر غير مالك الأرض على سبيل المساطحة ، فقد قررت المادة (١٢٦٦) أن هذا الحق يخول صاحبه حق إقامة بناء أو منشآت على أرض الغير بمقتضى اتفاق يحدد حقوق هذا المساطح والتزاماته وأنه يجب تسجيل هذا الحق في دائرة الطابو .

وتقرر المادة (٤٧) من نظام الطابو أن البيوع والإفراغات بالمزادة

التي تقوم بها الدوائر الرسمية المخولة إذا طلب تسجيلها في دائرة الطابو وظهر أن قيودها مفقودة أو أن بعضها غير مسجل أو تابعة لمراسم قانونية أخرى فإنه يجب إكمال تلك النقاط قبل التسجيل . وإذا تعذر إكمالها أو كان الإكمال يتعارض مع طلب التسجيل ، فعلى دائرة الطابو أن تبلغ ذوى العلاقة وتدعوهم إلى مراجعة المحكمة خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ، وإذا لم يرد إشعار من المحكمة المختصة فإنه يجب إتمام التسجيل طبقاً للطلب .

وتقرر المادة (٤٨) أن على دوائر الطابو أن تتأكد من جنسية المشتري أو المفرخ له ، ولها أن تكلفه بإبراز وثائق رسمية تبين جنسيته الصحيحة . وأن العقود والمعاملات الجارية باسم شخص باعتباره عراقياً ، وظهر أنه (يعتق) !! جنسية أخرى أجنبية تبطل ويعاقب الفاعل وفق ما تقتضيه القوانين المرعية .

١٠٦ - الإرث والانتقال : تقرر المادة (٥٣) أنه تجرى معاملات

الإرث في دائرة الطابو على :

١ - جميع الأموال غير المنقولة التي هي ملك صرف .
٢ - المسقفات والبساتين المحدثّة قبل نشر قانون التصرف بالأموال غير المنقولة على أرض أميرية مفوضة أو موقوفة من قبيل التخصيص ، ويبقى هذا الصنف محتفظاً بنوعه المذكور لغرض الإرث مهما تكرر هدم البناء وقطع الأشجار وتجديدهما أو استبدلهما قسماً أو كلا بنوع آخر من المحدثات بشرط أن تكون الفترة التي تمر بين الهدم والقطع وبين التجديد معقولة حسب العرف المحلي . وإذا بقيت الأرض خالية بدون مبرر يتطلبه عمل التجديد ينظر في أمر انتقالها حسب المادة ٥٤ مالم يتحقق خلاف ذلك .

٣ - المسقفات والبساتين الموقوفة من نوع ذات المقاطعة المحدثّة على الأرض الموقوفة وفقاً صحيحاً .

٤ - الحصة العقرية .

وبعد أن عرضت المادة السالفة للأموال التي تخضع لقواعد الميراث عرضت المادة (٥٤) للأموال التي تخضع لقواعد الانتقال ، إذ تقرر هذه المادة الأخيرة أنه « تجرى معاملات الانتقال في دائرة الطابو على :

- ١ - الأراضي الأميرية المفوضة .
 - ٢ - الأراضي الأميرية الممنوحة بالزمة .
 - ٣ - الأراضي الأميرية الموقوفة رسومها وفقاً غير صحيح .
 - ٤ - المستغلات والمستغلات الموقوفة ذات الإجارتين .
 - ٥ - المستغلات واليساتين المحدثة بعد نشر قانون التصرف على الأرض الأميرية المفوضة أو الموقوفة وفقاً غير صحيح .
- وتقرر المادة (٥٨) أنه « تتبع المراسم التالية لغرض تسجيل معاملات الإرث والانتقال :

- ١ - على ذوي العلاقة أن يبرزوا قسماً شرعياً أو وثيقة قانونية حسب مقتضى الحال ، وسند المال أو صورة قيده ويرفقوها ببيان مصدق من هيئة المحلة أو القرية أو المقاطعة متضمناً أوصاف المال وأسماء المتوفين وورثتهم أو أصحاب حق انتقاليهم (؟) والسهم والحصص المطلوب إجراء المعاملة عليها ورقم وتاريخ القسم أو الوثيقة وإسم المحكمة التي أصدرتها .
- ٢ - يجوز الإستغناء عن البيان والإكتفاء بالقسم والوثيقة عندما يكون الطلب مستنداً إلى مذكرة رسمية كالاتقال أو الإرث اللذين يجران ضمن معاملات إزالة الشيوع والبيع والإفراغات الإجرائية والاستملاكية ويجوز لمثل هذه الأغراض أيضاً تأجيل تسجيل الإرث والانتقال لغير الطالبين ، وتجري مراسيم البيع أو الأفرع بالمزايدة أو الاستملاك إستناداً إلى القسم أو الوثيقة مع سند المال أو صورة قيده ، وتكون المحكمة أو الدائرة القائمة بالمزايدة أو الاستملاك مسؤولة عن إستيفاء رسوم الإرث والانتقال وتفرعاتها إذا وجدت وإرسالها إلى دائرة الطابو . ويكون كل وارث أو صاحب حق إنتقال مسؤولاً عما يصيب إستحقاقه من الرسوم ،

ويجري تسجيل الأثر والانتقال مع البيع والإفراغ بالمزايدة أو الاستملاك في وقت واحد حسب القواعد المقررة .

٣ — على دائرة الطابو أن تفحص القيد والاضبارة لكل مال غير منقول وتؤكد من عدم وجود ما يمنع تسجيل المعاملة أو يخرها ، وفي حالة الانتقال تقوم بالتقسيم طبقاً للوثيقة القانونية ثم تستوفي الرسوم القانونية ويتم التسجيل .

وتقرر المادة (٥٩) أنه يجوز إجراء معاملة الإرث والانتقال على المال المؤمن أو المحجوز إذا كان في ذلك ما يساعد على تسهيل مهمة فك التأمينات أو رفع الحجز ، ويشترط أن يبقى المال محبوساً ولا تجرى عليه معاملة أخرى ما لم يرد الدين أو يرفع الحجز .

وأحب أن ألفت النظر هنا إلى أن واضع هذا النظام أراد بلفظ (المال المؤمن) العقار المثقل برهن تأميني وشتان بين تعبيره وقصده ! كما ألفت النظر كذلك إلى أن هذه المادة تجيز إجراء تسجيل معاملة الإرث أو الانتقال على المال المرهون على شرط أن يكون ذلك مما يساعد على تسهيل فك الرهن ، وهذا الحكم يتعارض مع أحكام القانون المدني إذ يجب وفقاً لفقهاء هذا القانون إجراء معاملة تسجيل الإرث أو الانتقال بصرف النظر عما إذا كان هذا التسجيل يؤدي إلى تسجيل فك الرهن أو لا يؤدي إليه . ولا يرد علينا بأن القاعدة المقررة في المواريث أن لا تركة إلا بعد سداد دين وأن الموت سبب لسقوط الآجال وحلول الديون لأننا نقول أن الموت في هذه الحالة لا يكون سبباً لحلول دين الدائن مادام دينه مضموناً بتأمينات عينية (م ٢٩٦) .

١٠٧ — ثم شرح نظام الطابو بأسلوبه الركيك وعباراته الغامضة تسجيل معاملات الاستملاك (نزع العقار للمنافع العامة) والهبة. والصلح، والتخارج والوصية، والوقف، والافراز، والتوحيد والقسمة، والمبادلة (المقايضة) ونحن نكتفي بالنصوص التي أوردناها فيما تقدم .

ولكننا نحب أن نلفت النظر إلى المادة (٦٦) من النظام المذكور التي تقرر في الفقرة الأولى منها أنه «إذا كان نوع أرض المال غير المنقول ومحدثاته ملكاً صرفاً فلا يجوز أن تسجل هبة الأرض دون المحدثات أو بالعكس أو على نسبة غير متساوية من الأرض والمحدثات مالم يكن القصد من إجرائها تساوى حقوق الموهوب له في الأرض والمحدثات». والرأى عندى أن هذه الفقرة تتعارض مع أحكام القانون المدنى ولهذا فإنها تعتبر ملغاة، وذلك لأن المادة (١٠٤٩/٣) من القانون المدنى تقرر أنه «يجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها». وهذا الاتفاق الذى تنفصل به ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها قد يأخذ صورة عقد هبة، ومعنى هذا أنه يجوز بمقتضى عموم نص المادة السالفة هبة المحدثات أو المنشآت المقامة على الأرض مع الاحتفاظ بملكية الأرض.

هذا بالنسبة للمنشآت القائمة بالفعل، أما تلك التى ستنشأ على الأرض فلا مانع كذلك من تسجيلها باسم شخص آخر غير مالك الأرض على سبيل المساطحة، فقد قضت المادة (١٢٦٦) أن هذا الحق يخول صاحبه إقامة بناء أو منشآت على أرض الغير بمقتضى إتفاق يحدد حقوق هذا المساطح والتزاماته وأنه يجب تسجيل هذا الحق فى دائرة الطابو.

١٠٨ — ويحق لنا بعد هذا أن نتساءل عما إذا كان من اللازم تسجيل العقد الذى يراد به إنشاء حق من حقوق الارتفاق.

لا خلاف فى فقه القوانين الغربية وفى فقه القانونين المصرى والسورى على وجوب تسجيل حقوق الارتفاق ولكن ما هو موقف التشريع العراقى فى هذه المسألة؟

أحب أن ألفت النظر هنا إلى الأمور الآتية:

١ — ليس فى القانون المدنى العراقى نص يحتم تسجيل العقود التى يراد بها إنشاء حق ارتفاق.

٢ — لم يبلغ القانون المدني العراقي قانون تسوية حقوق الاراضى رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ وتعدلاته ، وينص هذا القانون الاخير فى المادة الثالثة منه على أن مهمة التسوية تتناول « تثبيت الحقوق المتعلقة بالأراضى كحقوق العقر والمرور والمجرى والشرب وتعيين عائدة هذه الحقوق والعلاقات؟ وينص فى الفقرة (٢) من المادة (١٣) على أنه « تسجيل الحقوق المتعلقة بالأراضى كالعقر والمرور والمجرى وحق الشرب والمسيل باسم ذوى العلاقة الذين تتوفر لديهم وثائق أو دلائل كافية » .

٣ — أن قانون أصول تسجيل الأموال غير المنقولة فى الطابو وهو قانون لم يبلغه القانون المدني كذلك ، يقرر فى المادة الثانية منه « أن معاملات الأموال غير المنقولة التى يجب أن تجرى وتسجل فى درائر الطابو هى كل ما من شأنها إنشاء حق تملك أو تصرف أو انتقال أو تقييد أو تغييره أو زواله ، كالبيع وأنواع الهبة والإرث والانتقال والتفويض والاستملاك والقسمة والافراز والتوحيد والمبادلة والوصية والوقف والتأمين لقاء دين أو كفالة » .

٤ — تقضى الفقرة الأولى من المادة (٢٤٧) من نظام الطابو بأنه « تكون العبرة للتعامل القديم فيما يختص بحقوق الشرب والسقى والمجرى والمسيل والمرور » وأنه لا يجوز تسجيل أى حق من الحقوق المذكورة إذا لم يكن مستنداً إلى وثائق قانونية صالحة لاتخاذها أساساً للتسجيل أو تسجيل حقوق مخالفة للوثائق القانونية أو حذف أى حق من الحقوق المذكورة التى سبق تدوينها فى قيود الطابو حتى وأن تغير أو ترك ذلك الحق مالم يقرن الأمر بحكم من المحكمة المختصة أو باتفاق جميع ذوى العلاقة فى القضايا التى يجوز فيها الاتفاق .

ويحق لنا بعد أن سقنا هذه النصوص المختلفة أن نتساءل مرة أخرى عن موقف المشرع العراقى من تسجيل حقوق الارتفاق؟ إن القانون المدني أغفل الإشارة إلى تسجيل العقد المنشئ لحق الارتفاق

على خلاف موقفه من حق المساطحة مثلا الذي نص صراحة على وجوب تسجيله (م ١٢٦٦/٢) والمادة الثانية من قانون تسجيل الأموال غير المنقولة ليست من السعة بحيث تتناول حقوق الارتفاق ، غير أن المادة الثالثة من قانون التسوية تقرر وجوب تثبيت حقوق الارتفاق التي تضرب لها بعض الأمثلة ، وكذلك الحال بالنسبة للمادة الثالثة عشرة من القانون المذكور ، وتقرر المادة (٢٤٧) من نظام الطابو بأن العبرة تكون للتعامل القديم فيما يتصل بحقوق الارتفاق .

وأمام هذه النصوص المهمة وهذا الموقف المانع من المشرع تقرر أن دائرة الطابو مرتبطة ومقيدة بسجلات الدائرة وسجلات التسوية التي تعتبر متممة ومكملة لها ، فالسجلات المنصوص فيها على حق من حقوق الارتفاق لا بد من تسجيل كل تغيير أو نقل أو زوال يلحق هذا الحق ، بل إنني أذهب إلى القول بأنه يجب تسجيل حقوق الارتفاق متى كان العقار المتصل به والمنفعة منه مسجلين في دائرة الطابو ، فإذا لم يكن العقار مسجلا فإنه لا حاجة إلى تسجيل حقوق الارتفاق التي تكون له أو عليه وإذا حصل نزاع على وجود أو نفي حق ارتفاق على عقار من هذه العقارات فإن المحكمة المختصة تفصل في هذا النزاع بحسب التعامل القديم ، ويجوز أن يستند هذا التعامل إلى سند رسمي أو سند عرفي بل إلى مجرد الشهادة وكل هذا إذا لم تكن هذه الأدلة مخالفة للسجلات الرسمية .

الفهرست

التمهيد	١
---------	---

الفصل الأول

المبحث الأول : حق الملكية في ذاته	٣
أولا : تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها	٣
ثانيا : القيود التي ترد على الملكية	٥
ثالثا : أنواع خاصة من الملكية	١١
المبحث الثاني : أسباب كسب الملكية	١٧
أولا : كسب الملكية ابتداء - الاستيلاء	١٧
ثانيا : كسب الملكية بسبب الوفاة	٢٠
ثالثا : كسب الملكية بين الأحياء	٢٢
(١) الالتصاق	٢٢
(٢) العقد	٢٦
(٣) الشفعة	٢٦
(٤) الحيازة « أو وضع اليد »	٢٩

الفصل الثاني

حق التصرف والعقر	٤٥
المبحث الأول : نطاق حق التصرف ووسائل حمايته	٤٥
المبحث الثاني : أسباب كسب حق التصرف	٥٢
المبحث الثالث : أسباب انقضاء حق التصرف	٦٨
أولا : التقادم	٦٩
ثانيا : انحلال الأراضى الأميرية	٦٩
ثالثا : قرار الاستغلال	٧٢

المبحث الرابع : أحكام ختامية ٧٣

الفصل الثالث

التسجيل العقاري في العراق

نظام الطابو ٧٧

[تم بحمد الله وحسن توفيقه طبع كتاب : « محاضرات
في القانون المدني العراقي » في مطبعة الرسالة بالقاهرة في يوم
الأحد ٢٩ من جمادى الأولى سنة ١٣٧٤ هـ - الموافق ٢٣
يناير سنة ١٩٥٥ م] .

مدير المطبعة

عبدالحسين محمد حسن



Am 20
102248



349.567:D53mA:c.1

جامعة الدول العربية

محاضرات في لافانون المدني العراقي

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01021799

American University of Beirut



349.567
D53mA

General Library

349.567
D53mA