محاضرات في الحقوق العينية

المرحلة الرابعة كلية القانون /المستنصرية د. محمد علي صاحب ود.اسماء صبر

**الفصل الدراسي الاول**

**الاسبوع /1**

**الحقوق المالية والاشياء**

­ |تقسم الحقوق المالية الى الحقوق العينية والشخصية والحقوق الذهنية ، ويعتبر الشيء محل للحقوق المالية قد يكون عقار ومنقول عليه نقسم الفصل للى الفرعين الآتيين :

**الحقوق المالية**

تقسم الحقوق المالية الى الحقوق العينية والشخصية والذهنية أو الفكرية، نصت المادة (66) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل على أنه " الحقوق المالية تكون أما عينية أو شخصية" . ونظم المشرع الحقوق الذهنية بقوانين خاصة مثل قانون حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971وفانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية رقم 65 لسنة 1970.

تعرف الفقرة الاولى من المادة (68) من القانون المدني العراقي الحق العيني بأنه "سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ". فمحل الحق العيني شيء، .بينما تعرف الفقرة الاولى من المادة (69) منه الحق الشخصي أو الالتزام أو الدين بأنه "هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاه الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل " . فمحل الحق الشخصي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . ويعتبر حق شخصي الالتزام بنقل ملكية شيء ، والالتزام بتسليم شيء.

يتمييز الحق العيني بخصائص معينة تميزه عن الحق الشخصي اهمها ما يأتي :

1- **الحق العيني سلطة مباشرة تنصب مباشرة على شيء معين بالذات** ، لذا يكون لصاحبه حق تتبع هذا الشيء في اي يد يكون ، كما يكون لصاحبه حق التقدم ، ويبرز ذلك بوضوح في الحقوق العينية التبعية كالرهن اذ يتقدم الدائن المرتهن على الدائنيين العاديين والدائنيين التاليين له في المرتبة ، اما الحق الشخصي لا يخول الدائن فيه حق التتبع وحق التقدم، فاذا اعسر المدين وتم التنفيذ على امواله وبيعها يقسم دائنيه هذه الاموال قسمة غرماء ، فالحق الشخصي لا يضمنه سوى الضمان العام على كل اموال المدين ، وهذا الضمان يتعلق بالذمة المالية للمدين في مجموعها ولا يرد على عنصر معين منها.

2- **تعتبر الحوالة وسيلة لنقل الالتزام** فهي قاصرة على الحق الشخصي ولا ينتقل الحق العيني بحوالة الدين او حوالة الحق بل ينتقل بتصرف قانوني كالبيع وغيره .

3- **من اسباب كسب الحقوق العينية ومنها حق الملكية الحيازة و التقادم المكسب** ،لأن محله شيء مادي يمكن حيازته ، اما الحق الشخصي فمحله عمل او امتناع عن عمل ولا يمكن تصور من الناحية الواقعية حيازة العمل او امتناع عن عمل،والحق العيني قابل للحيازة المادية وبخاصة حق الملكية اذ بحيازة الشيء محل الحق حيازة مادية يمكن تملك الحق العيني بالحيازة والتقادم ، اما الحق الشخصي فهو رابطة بين دائن ومدين فلا يمكن تصور الحيازة المادية الحقيقية للحق الشخصي، لذا لا يتملك الحق الشخصي بالتقادم لان التقادم يقتضي حيازة مادية.

4- ان المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين ، اذ لا مدين في الحق العيني ، بل هو تعيين الشيء محل الحق ، فلا يمكن ان يترتب الحق العيني إلا على شيء معين بالذات ،اما المهم في الحق الشخصي ليس محل الحق إذ قد يتعلق بشيء غير معين إذا كان قابلاً للتعيين في المستقبل وانما المهم هو تعيين المديين إذ لا يقوم الحق الشخصي إلا بمدين يترتب بذمته الالتزام.

**الاشياء والاموال**

المشرع العراقي وغيره يميز بين الاموال والاشياء اذ تعرف المادة (65 ) من القانون المدني العراقي المال بأنه "المال هو كل حق له قيمة مادية " فالمال يساوي الحق ، بينما تعرف الفقرة الاولى من المادة (61 ) منه الشيء " كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعنه او بحكم القانون يصح ان يكون محل للحقوق المالية " ، فالشيء محل الحق .

ان الاموال لا تقتصر على الاشياء وحدها فهناك حقوق يصدق عليها فكرة المال مثل حقوق الارتفاق اضافة الى الحقوق الشخصية لان لها قيمة مالية .واالاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، لانها لا تقبل الحيازة على سبيل الاستئثار كالهواء في الجو واشعة الشمس و مياه البحر، وقد تكون اشياء قابلة للتعامل بها بطبيعتها لكن ينص القانون على عدم التعامل بها مثل المخدرات والسموم.

وهناك تقسيمات عدة للاشياء فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (74 ) من القانون المدني العراقي على انه "يصح ان يرد العقد 1- على الاعيان منقولة كانت أو عقار لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ".

فقد يكون الشيء عقار أو منقول ويقسم المنقول الى المنقول المعين بالذات والمنقول المعين بالنوع ، وهناك الاشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك ، وهناك الاشياء العامة والاشياء الخاصة عليه نقسم المبحث الى اربعة مطالب.

**اولا -العقار والمنقول** :تعرف الفقرة الاولى من المادة (62) مدني عراقي العقار بأنه " العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ، فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية".

العقار بطبيعته مثل الارض سواء أكانت الارض ارضاً زراعية او ارضاً فضاء أو عليها بناء ، وكل ماتنبته الارض من ثمار ومحصول ، وكل مايغرس فيها من اشجار يكون عقار بطبيعته لاندماجه في الارض، فما دامت مستقرة في الارض لم تنزع فانها تحتفظ بصفتها العقارية، المباني والمنشآت هي ايضاً عقار بطبيعته لاندماجها في الارض ، والمباني والمنشات قبل تشييدها في الارض كانت مواد البناء وادواته كالطابوق والاسمنت فكانت منقول،ومع ذلك تصبح عقاراً متى اندمجت في الارض على سبيل القرار.

وعلى هذا يعتبر عقار كل ما يتصل بالارض اتصال قرار وثبات كالبناء والمنشات المقامة على الارض والنباتات والاشجار التي تمتد جذورها في باطن الارض والمناجم والمحاجر والسدود والجسور ، واذا فقدت هذه الاشياء صفة الثبات والاستقرار فانها تفقد تبعاً لذلك صفتها العقارية كانقاض البناء والنباتات بعد جنيها فتصبح منقول حسب المآل .

تعرف الفقرة الثانية من المادة (62) من القانون المدني العراقي المنقول بأنه " المنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك".ان فيصل التفرقة بين العقار والمنقول يرجع الى طبيعة الأشياء ، فالعقار هو الشيء الثابت المستقر ، بحيث لا يمكن نقله من مكان الى مكان اخر بدون تهدم أو تلف كالارض ، والمنقول هو كل شيء يمكن نقله من مكان الى آخر دون تلف كالحيوانات.

والعقار اما عقار بطبيعته او عقار بالتخصيص :نصت المادة (63 ) من القانون المدني العراقي على أنه "يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار او استغلاله" تطابقها الفقرة الثانية من المادة (82) من القانون المدني المصري . العفار بالتخصيص هو اذن منقول بطبيعته رصده مالكه على خدمة أو استغلال عقار بطبيعته ،هو ايضا مملوك له ، ضماناً لاستمرار استغلال هذا العقار ، كالآلات الزراعية والآلات الحرث والحصاد والسقي والجني والمواشي التي يرصدها صاحب الارض الزراعية لخدمة مزرعته أو السيارات والمكائن التي يخصصها صاحب مصنع لخدمة مصنعه .يتبين من نص المادة (63 ) من القانون المدني العرافي انه يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص تحقق الشرطين الآتيين::

1-**التخصيص** : يشترط تخصيص منقول بطبيعته لخدمة عقار أو استغلاله كألالات الزراعية والصناعية والرفوف المخصصة لخدمة المحل التجاري ، أما تخصيص منقول لخدمة مالك العقار لا لخدمة العقار نفسه لا يعتبر عقاراً بالتخصيص بل منقول ، كما لو أعدّ صاحب المصنع أو المزرعة سيارته لاستعماله الشخصي ، ولا يشترط ان يكون التخصيص دائماً بل يكفي إلا يكون عارضاً ، بل يجب ان يكون على سبيل الثبات والاستقر وليس لمدة موقوتة قصيرة ، ولا يشترط ان يكون التخصيص ضرورياَ لخدمة العقار.

2- **وحدة المالك :** لابد ان يكون مالك المنقول هو نفسه مالك العقار ، وعلى ذلك لا يغتبر عقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه المستاجر أو الدائن المرتهن رهن حيازي أو المنتفع لخدمة العقار المؤجر أوالمرهون أو المنتفع به ، وكذلك لا يعتبر عقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالك العقار في عقاره إذا كان هذا المنقول غير مملوك له ، كما لو كان مرهوناَ عنده أو معاراَ أو بيده على سبيل الايجار ، فلا يعتبر عقار بالتخصيص المنقولات التي يملكها مستاجر المصنع وكذلك الآلات والمواشي التي يضعها الزراع في العقار المستاجر بل تحتفظ بصفتها المنقولة ما دام العقار غير مملوك له ، وكذلك المنقولات التي يضعها مالك العقار لخدمة عقاره او استغلاله إذا كانت بيده على سبيل الوديعة أو الايجار مثلاً .

وتزول صفة العقار بالتخصيص عن هذه المنقولات وترجع منقول بانقطاع علاقة التخصيص التي تربط بينها وبين العقار الذي رصدت على خدمته أو استغلاله، وهذا اما بإرادة المالك سواء قيامه بعمل مادي مثلاً ان ينزع المالك المنقول عن العقار ويخصصه لاغراض اخرى ، وهذا هو الفصل المادي للمنقول عن العقار ، أو بنصرف قانوني في العقار مستقلاَ عن المنقول ، فإذا باع المالك مواشيه التي رصدها لاستغلال ارضه الزراعية ، بهذا التصرف يكون فصل المواشي عن الارض فتصبح المواشي منقولاً ويكون بيعها بيع منقول لا بيع عقار ،وقد يكون انفصال العقار بالتخصيص عن العقار بطبيعته خارج عن إرادة المالك ، كما لو انفصلت المنقولات عن العقار بسبب انهياره .

عندما يصبح المنقول عقار بالتخصيص يأخذ حكم العقار لا حكم المنقول ، فلا يجوز الحجز على العقار بالتخصيص بمعزل عن العقار بطبيعته، كما ان رهن العقار الاصلي رهناً تامينياً او حيازياً يمتد الى العقار بالتخصيص ، فكل تصرف او معاملة بالعقار تمتد الى العقار بالتخصيص ، فبيع العقار يشمل العقار بالتخصيص لانه من ملحقاته وتوابعه .

المنقول اما منقول بطبيعته او منقول حسب المآل :لايوجد في القانون المدني العراقي وكذلك المصري والفرنسي نص عام حول المنقول حسب المآل كما وجد نص بالعقار بالتخصيص ، بل هناك نصوص متفرقة من هنا وهناك . والمنقول حسب المآل هو عقار بطبيعته يكتسب صفة المنقول ، هو عقار يكون معداً ليصبح منقول في المستقبل بارادة الطرفين المتعاقدين ، كبيع انقاض البناء بعد الهدم او المحصولات او الثمار المعدة للجني او خشب الاشجار المعد للقطع.

ويتميز العقار عن المنقول بالآتي :

1- اخضاع التصرفات القانونية التي ترد على العقار لاجراءات التسجيل والقيد، فيجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، فعقد بيع العقار عقد شكلي لا ينعقد إلا بتسجيلة في دائرة التسجيل العقاري ، وإلا كان العقد باطل في القانون العراقي ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز في قرار حديث جاء فيه :" وحيث ان بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون وفق مادة (508) من القانون المدني وبذا يكون عقد البيع باطل"،بينما التصرفات القانونية على المنقول – كقاعدة عامة -لا تخضع لاجراءات التسجيل والقيد، بيع المنقول عقد رضائي, لكن هناك منقولات لها اهمية وماتمتع به من ضخامة مما يمكن تحديد مكان ثابت لها كالسفن والطائرات والسيارات، فهذه تخضع لنوع من القيد والتسجيل ايضاً.

2- تختلف الاثار القانونية لحيازة العقار عن حيازة المنقول ، فمن حاز منقول وهو حسن النية وعنده سبب صحيح يتملك المنقول بمجرد حيازته وفوراً وفقاً لقاعدة (الحيازة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند الملكية) ، اما العقار فلا تكفي الحيازة وحدها لتملكه ، بل يشترط ايضا التقادم المكسب الطويل أو القصير.

3- تتشدد التشريعات في تملك الاجانب للعقارات وتفرض قيوداً وشروطاً لذلك باعتبارها الثروة الوطنيةوتتعلق بسيادة الدولة ولاوجود مثل هذه القيود بالنسبة للمنقول .

4- القانون الواجب التطبيق على العقود التي ترد على العقار هو موقع العقار، االاختصاص القضائي للدعاوى المتعلقة بالعقار هو محكمة موقع العقار، بينما المحكمة المختصة بالدعاوى المتعلقة بالمنقول محل موطن المدعى عليه او مركز معاملاته او المحل الذي نشأ فيه الالتزام او محل التنفيذ او المحل الذي اختاره الطرفين لإقامة الدعوى.

6=هناك حقوق لا يمكن ان ترد إلا على عقار ،كحق الشقعة وحقوق الارتفاق وحق السكنى والمساطحة والرهن التأميني.

**ثانياً -الأشياء القيمية والأشياء المثلية:** تعرف الفقرة الاولى من المادة (64) من القانون المدني العراقي الأشياء المثلية على أنه "الأشياء المثلية- الأشياء المعينة بالنوع - هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء فتقدر عادة في التعامل بين الناس بالعد أو المقياس أو الكيل أو الوزن تطابقها المادة (85) من القانون المدني المصري .اي التي يوجد نظائر وامثال لها في الاسواق ، ولا تتفاوت احادها أو تتفاوت تفاوت يسير لا يعتد به قانوناً ، اما الأشياء القيمية – المعينة بالذات - هي عكس ذلك لا يوجد نظائر لها في الاسواق واذا وجدت تتفاوت اقيامها تفاوتا كبيرا يعتد به قانونا ً كالحيوانات والسيارات وغير ذلك.

وتتمييز الاشياء المثلية عن الاشياء القيمية بلآتي:

1- لا تنتقل ملكية الأشياء المثلية إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، بل لا بد من افراز المبيع وتممييزه عن غيره وتعيينه بالذات ، بينما تنتقل ملكية الأاشياء القيمية مجرد انعقاد العقد وبحكم القانون دون الاخلال بقواعد التسجيل اذا كان المبيع عقار او منقول يتطلب إجراءات معينة مثل تسجيل السيارة بدائرة المرور.

2- اذا هلك الشيء القيمي بقوة قاهرة بيد البائع وقبل التسليم ينفسخ العقد و ينقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذ الالتزام ، اما إذا هلك الشيء المثلي قبل تسليمه بقوة قاهرة فلا ينفسخ العقد بل يبقى ويلتزم البائع – المدين – بتنفيذالتزامه باعطاء شيء اخر مثله . لان هلاك المثلي لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

**ثالثاً -الاموال العامة والاموال الخاصة:**

تعرف الفقرة الاولى من المادة (71) من القانون المدني العراقي الاموال العامة على أنه "الاموال العامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو الاشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل او بمقتضى القانون ".

معيار التمييز بين الاشياء العامة والاشياء الخاصة هو التخصيص للمنفعة العامة ، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي بعبارة واضحة في الفقرة الاولى من المادة (71) سالفة الذكر . والتخصيص اما ان يكون بطريق رسمي بصدور قانون يخصص الشيء للمنفعة العامة كالمباني العامة او بتخصيص فعلي الاشياء التي لاتحتاج الى تخيصيص رسمي لانها بطبيعتها معد للمنفعة العامة كالطرق والجسور والشواطيء لايجوز التصرف بالاموال العامة بالبيع أاو غيره ولا يجوز الحجز عليها لدين في ذمة الدولة أو احد دوائرها ومؤسساتها ، ولا يمكن اكتساب ملكيتها بالحيازة والتقادم.

وتفقد الاموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وينتهي التخصيص بمقتضى القانون أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت تلك الاموال للمنفعة العامة .

**رابعاً-الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير قابلة للاستهلاك:**تعرف المادة (84) من القانون المدني المصري الأشياء القابلة للاستهلاك "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما اعدت له في استهلاكها أو انفاقها"" ولا مقابل للنص في القانون المدني العراقي وان ورد لفظ الاستهلاك في نصوص متفرقة منها المادة (74) سالفة الذكر ،الاشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك باستعمالها مرة واحدة فلا تقبل تكرار الاستعمال كاستهلاك الماكولات والسوائل والوقود،اما الاشياء غير قابلة للاستهلاك فهي الاشياء التي تقبل تكرر استعمالها ويمكن الانتغاع بها مع بقاء اعياتها كالاراضي والمنازل والحيوانات والسيارات.

والاستهلاك اما ان يكون مادي كما في الطعام والشراب او استهلاك قانوني كالنقود بانفاقه.فالنقود تستهلك باستعمالها المادة (684 ) "القرض هو ان يدفع شخص لاخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها"

واهمية التمييز بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير قابلة للاستهلاك يكمن في ان بعض العقود وبعض الحقوق لا ترد الا على أشياء لا تهلك باستعمالها ، كعقد الايجار والاعارة وحق المنفعة لان المستاجر والمستعير والمنتفع يلتزم برد الشيء عيناً الى مالكه بعد انقضاء العقد.أو الحق .

نصت الفقرة الاولى من المادة (771) من القانون المدني العراقي على انه "اذا انقضى عقد الايجار وجب على المستاجر ان يخلي الماجور للمؤجر في المكان الذي سلمه فيه اذا لم يحدد الاتفاق او العرف مكانا اخر"ونصت الفقرة الاولى من المادة (860 ) منه على انه "متى انتهت الاعارة وجب على المستعير ان يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينة ...." ونصت المادة (847 ) منه على انه "الاعارة عقد به يسلم شخص لاخر شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة إلا بالقبض" .

والحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية ، وحق التصرف ، وحق العقر ، وحق المنفعة والاستعمال والسكنى ، وحق المساطحة ، والارتفاق ، وحق الاجارة الطويلة.

لذا نقسم الكتاب الى بابين نخصص الاول لحق الملكية والثاني للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية .

**حق الملكية**

تميد وتقسيم :

حق الملكية حق عيني يخول صاحبه سلطة الاستعمال والاستفلال والتصرف ، وهناك نوعين للملكية ملكية مفرزة وملكية شائعة ، واسباب كسب الملكية قد يكون العقد أو الوصية إضافة الى اسباب خاصة الاستيلاء والالتصاق والشفعة والحيازة . لذا نقسم الباب الى ثلاثة فصول : الاول نتناول حق الملكية ذاته والثاني نخصصه لانواع خاصة من الملكية والثالث نعقده لاسباب كسب الملكية .

الاسبوع/2

**حق الملكية بذاته**

حق الملكية اكمل الحقوق العينية والاصل المالك حر في التصرف في ملكه الا اذا قيد ذلك بنص في القانون او في العقد .

**مفهوم حق الملكية ونطاقه**

لاعطاء مفهوم لخق الملكية لابد من تعريفه وبيان خصائصه ومضمونه اي السلطات المتفرعة عنه ،كما لا بد من تحد يد نطاقه لذا نقسم المبحث الى مطلبين .

**تعريف حق الملكية وخصائصه ومضمونه**

الفرع الاول : تعريف حق الملكية :

تعرف المادة (1048 ) من القانون المدني العراقي حق الملكية على انه " الملك التام من شانه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة بغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة ". وتعرفه المادة (802) من القانون المدني المصري " لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".ويعرفه العلامة السنهوري حق ملكية الشيء بقوله : "هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك في حدود القانون".

الفرع الثاني : خصائص حق الملكية :

اولاً- **حق دائم**: ان اعتبار حق الملكية حق دائم لا يعني انه دائم لصاحبه ، اذ قد تنتقل ملكية الشيء الى غيره باي سبب بالبيع وغيره ، بل نعني ان حق الملكية يبقى مادام محله باقياً ولا تنقضي إلا بهلاكه ، بمعنى ان الحق يظل باقياً على الشيء رغم انتقاله ، فلا يتغير سوى شخص المالك ، فلا تسقط الملكية بالتقادم ولا تزول بعدم الاستعمال ، لان الملكية بطبيعتها غير مؤقتة، اما الحق الشخصي والحقوق العينية الاخرى المتفرعة عن حق الملكية ليس لها صفة الدوام ، اذ يسفط الحق الشخصي بالتقادم المسقط وحق المنفعة يسقط بعدم الاستعمال وكذلك حق الاستعمال والسكنى . ولا يجوز ان تقترن الملكية باجل فاسخ أو واقف بينما الحقوق العينية الاخرى لها مدة معينة تنقضي بانقضائها كحق المنفعة والمساطحة وغيرهما.

ولا يجوز توقيت حق الملكية بمدة معينة ، فلا يصح اشتراط انتقال ملكية الشيء الى المتصرف اليه لمدة معينة وترجع بعدها للمتصرف ، لان التوقيت يتعارض مع طبيعة حق الملكية.

ثانياً- **حق مانع** : اي حق مقصور على المالك دون غيره ، للمالك وحده ان يستأثر بمزايا ملكه تصرفاً واستعمالاً واستغلالاً ، فله ان يمنع غيره ان يشاركه في هذه المزايا ، او ان يتدخل في شؤون ملكه، فللملك ان يمنع غيره من مشاركته ولو لم يلحقه ضرراً من هذه المشاركة.

وهذا ما اكدته صراحة المادة (802 ) من القانون المدني المصري سالفة الذكر " لمالك الشيء وحده ..."وعدم وجود نص صريح حول ذلك في القانون المدني العرافي .

واذا كان الاصل لا يجوز لغير المالك ان يتصرف في الشيء او ان يستغله او ان يستعمله، ، لكن يجوز بارادة المالك ان يسمح لغيره الافادة من مزايا ملكه ، فيجوز لمالك العقار ان يقرر حق منفعة او ارتفاق لغيره ، كما يجوز بمقتضى القانون الزام المالك بان بتحمل بعض القيود بدون ارادته واهمها الارتفاقات القانونية ، مثلا ان يقرر القانون حق المرور لصاحب الارض المحبوسة عن الطريق العام على الارض المجاورة.

ثالثاً- **حق الملكية حق جامع** : حق الملكية هو اقوى الحقوق العينية واكملها لانه يخول صاحبه جميع السلطات التي ترد على الشيء فللمالك الحق في ان يتصرف بالشيء وان يستعمله وان يستغله.

الفرع الثالث : مضمون حق الملكية (سلطات المالك )

للمالك استعمال الشيء واستفلاله والتصرف به بكافة التصرفات الجائزة قانوناً غسلطات المالك ثلاثة الاستعمال والاستغلال والتصرف كالآتي:

اولاً: **الاستعمال** : استخدام للشيء فيما يتفق مع طبيعته للحصول على منافعه فيما عدا الثمار مع عدم المساس بجوهر الشيء ، و بشرط عدم استهلاك الشيء نفسه كسكن الدار او ركوب السيارة ولبس الملابس . وقد يكون استعمال الشيء شخصي كركوب المالك سيارته او يسكن داره او يلبس ملابسه وقد لا يستعمل المالك الشيء بنفسه بل يدعو غيره الى استعماله دون مقابل ، كما لو دعا المالك غيره للصيد والقنص في ارضهاة يقرر حق استعمال او سكنى لغيره ، ويعتبر من قبيل الاستعمال اعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه و اعادة بناء داره بعد هدمه.

ثانياً: ا**لاستغلال** : هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره، فاستغلال الدار بتاجيرها والبستان بالحصول على ثماره، والماشية بالحصول على نتاجها.الاستغلال قد يكون مباشر مثل ان يزرع الارض مالكها ويجني ثمارها وقد يكون استغلال غير مباشر ايجارالمالك منزله لغيره مقابل الاجرة ، وقد يؤجر صاحب الارض ارضه مزارعة مقابل جزء من المحصول هو غلة الارض ، وقد يستغل المالك مياه الابار و العيون والينابيع الموجودة في ارضه فيبيعها للحصول على ثمنها.

الثمار ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون ان يترتب على اخذه الانتقاص من اصل الشيء ،اما المنتجات كالفحم والمعادن وان اقتظاعها ينقص من اصل الشيء ، والفرق بين الثمار والمنتجات ان الحاثز حسن النية يكتسب ملكية ما يقبضه من ثمار وليس له شيء من المنتجات.وتقسم الثمار الى الثمار الطبيعية والصناعية والثمار المدنية ، والثمار المدنية هو كل دخل دوري منتظم الذي يلتزم به الغير مقابل انتفاعه من الشيء ، كأجرة المنازل وفوائد اقتراض النقود التي يلتزم بها المقترض وارباح الاسهم والسندات في الشركات المساهمة.

في القانون المدني الفرنسي المادة (583) منه عرفت الثمار الطبيعية (هي التي تنتجها الارض من نفسها ومحصول الحيوانات ونتاجها هي ايضا طبيعية.الثمار الصناعية هي التي يكون الحصول عليها من الارض بواسطة الزراعة ). اي بواسطة الانسان. المادة (584)من القانون المدني الفرنسي (الثمار المدنية هي اجور المنازل وفوائد المستحقة ورواتب الايرادات واجرة الاراضي الزراعية تدخل ضمن صنف الثمار المدنية ).

ثالثاً: التصرف: للمالك ان يتصرف في الشيء محل الحق بجميع التصرفات الجائزة قانوناً، وقد يكون التصرف مادي كالاعمال التي تؤدي الى استهلاك الشيء أو اتلافه أو تغييره، وسلطة التصرف المادي لا تثبت لغير المالك.

وقد يكون تصرف قانوني بنقل ملكية الشيء لغيره ببيعاً او هبة او الانتقاص منه بترتيب حق عيني على الشيء كحق انتفاع أو رهن أو ارتفاق ، وقد يتقيد حق المالك بالتصرف مؤقتاً بمقتضى اتفاق او نص في القانون كشرط في العقد اوفي الوصية يمنع المالك من التصرف بملكه.

كما ان المالك قد لا ينقل حق الملكية بل عنصراً من عناصرها كترتيب حق المنفعة فينقل للمنتفغ حق الاستعمال والاستغلال وله ان يتصرف بحق الاستعمال وحده او يخصص الاستعمال بالسكن فقط ، وله ان يرتب على عقاره حق ارتفاق .ويحتلف التصرف بالملكية ذاتها غن التصرف بعنصر من عناصرها ، ففي الاولى لا يجوز استرداد الملكية الا بسبب جديد من اسباب كسب الملكية ، بينما التصرف في عنصر من عناصرها لا يحتاج المتصرف الى سبب لكسب الملكية بل تعود هذه العناصر بانقصاء حق الغير .

اذا اجتمعت السلطات الثلاث-التصرف والاستعمال والاستغلال - في شخص واحد تسمى ملكية تامة ، واذا تخلى المالك عن حق المنفعة او الاستعمال او الاستغلال للغير وابقى لنقسه رقبة الشيء يسمى مالك الرقبة او تسمى الملكية ملكية مجردة.

**نطاق حق الملكية**

حق الملكية يشمل الشيء وكل ما يعد من عناصره الجوهرية وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وما يلحق به من ملحقات .

الفرع الاول :**الشيء وعناصره الجوهرية** :

نصت الفقرة الاولى من المادة (1049) مدني عراقي على انه "مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية عرفاً بحيث لا يمكن فصله دون ان يهلك او يتلف او يتغير ".فيشمل حق الملكية الشيء ذاته، يتحدد نطاق الملكية بمحل هذا الحق ، فحق الملكية باعتباره حقاً عينياً يرد على شيء معين بالذات اي محدداً على نحو يميزه عن غيره من الاشياء ،فان اتصال حدود العقارات قد يؤدي الى صعوبة الوقوف على الحد الفاصل بين كل منها مما يترتب نزاعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم لحقه لذلك نصت المادة (831 ) مدني مصري ان لكل ملك ان يجبر جاره على وضع حدود لاملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شراكة بينهما " فلا بد من رسم الحدود وتحديد الحد الفاصل بين الملكين المتلاصقين.

ويشمل عناصر الشيء الجوهرية التي لا يمكن فصلها عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير، فمالك البناء يملك اجزاءه التي تدخل في تكوينه كالجدران والسقوف والشبابيك وغير ذلك.

الفرع الثاني :**ما يتفرع عن الشيء وملحفاته**:

ويمتد حق الملكية الى ما يتفرع عن هذا الشيء من ثمار الشيء ومنتجاته التي تتولد عنه ويشمل ملحقات الشيء وهو كل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء او استغلاله ،كالعقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق .وتبدو اهمية امتداد الملكية الى ملحقات الشيء عند انتقال ملكية الشيء بالبيع او غيره او عند ترتيب حق عيني على الشيء كالرهن فان هذه التصرفات ترد على الشيء وعلى الملحقات مالم يوجد اتفاق على خلافه. فاذا بيعت بقرة حلوب لاجل اللبن شمل البيع الرضيع دون ذكر.

وتشمل ملكية الارض ما فوةقها من الفضاء وما تحتها من سفل، فيحق للمالك استخدام الفضاء الذي يعلوها في اقامة ما يشاء من البناء او من الغراس او مد الاسلاك الكهربائية فيجوز له اقامة عمارة تتالف من عدة طبقات وشقق .ويملك الطبقات التي تحت ارضه فيحفر فيها الابار او يمد انانبيب الصرف الصحي او يستخرج الاتربة والاحجار والرمال .

ولابد لملكية العلو والسفل من حدود والاتجاه في التشريع والفقه والقضاء هو ان ملكية العلو والسفل نثبت لمالك الارض بالقدر المفيد في التمتع بملكيته علواً وسفلاً ، وهذا مانصت عليه صراحة الفقرةالثانية من المادة (1049) من القانون المدني العراقي بقولها"وملكية الارض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً الى الحد المفيد في التمتع بها" ويجوز الاتفاق على ان تكون ملكية سطح الارض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها كما في نظام الطبقات والشقق .

**قيود الملكية**

هناك قيود قانونية وقيود اتفاقية والقيود القانونية قد ترد على حرية التملك وقد ترد على حق المالكية ذاته

القيود على حرية التملك

قد تفرض قانونا قيود على حرية تملك الشخص الطبيعي كالاجانب او الشخص المعنوي كما قد يكون القيد من حرية التملك لبعض انواع الاراضي كالاراضي الزراعية .

القيود على حرية تملك الاجانب :

لقد نظم المشرع العراقي القواعد المتعلقة بتملك الاجانب للعنقار بالقانون رقم 82 لسنة 1964 القيود التي ترد على حرية تملك الاجانب للعقارات تشترط القوانين المعاملة بالمثل، و اقامة الاجنبي لمدة لاتقل عن سبع سنوات ، عدم وجود مانع اداري او عسكري ، ان لا يكون العقار المراد تملكه بمسافة لا تقل عن ثلاثين كيلو متر عن الحدود ، ان لا يملك اكثر من دار سكن واحد ومحل عمل وغيرها من القيود.

ويجوز للستثمر الاجنبي ان يتملك الاراضي المخصصة للنشاريع السكنية بدون القيود السابقة وكذلك تملك الاراضي لانشاء المشاريع الصناعية .نصتالمادة (7 / ثانيا/أ ) من قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المرقم 50 لسنة 2015 " يحوز تمليك المستثمر العراقي او الاجنبي الاراضي المخصصة للمشاريع السكنية والعائدة للدولة والقطاع العام وللمستثمر العراقي او الاجنبي شراء الارض العائدة للقطاع الخاص او المختلط لاقامة مشاريع الاسكان حصرا شريطة عدم تعارضها مع استعمالات النصميم الاساسي " الفقرة الثانية من نفس المادة " يجوز تمليك المستثمر العراقي الاراضي المخصصة للمشاريع الصناعية والعائدة للدولة والقطاع العام ويجوز عقد شركة مع المستثمر الاجنبي في التمويل اوالادارة ....".

تملك الاراضي الزراعية:

وفق قانون الاصلاح الزراعي رقم 117 لسنة 1970 جاء بمباديء ومحتوى جديد للاصلاح الزراعي سواء في تحديد الملكية الزراعية او في توزيعها فقد حدد هذا القانون الحد الاقصى للملكية الزراعية بعوامل متعددة كخصوبة الارض وقابليتها الانتاجية وطريقة ريها ونوع زراعتها وقربها وبعدها من الاسواق .المادة الثانية منه .

وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 286 لسنة 1987 نص رابعاً منه يلغى الحد الاقتصادي للاراضي الزراعية رقم 137 لسنة 1976 المعدل والتعليمات الصادرة بموجبه ، وحدد الحدود الاقتصادية العليا للافراز في اولا منه خمسة دونم في البساتين وثلاثة دونم في الاراضي الزراعية التي تزرع تبغا وعشرة دونم للراضي المفروسة بالاشجار غير التمرية وعشرة دوانم تزرع شلبا تروى سيحا خمسة عشر دونما تزرع شلبا تروى بالواسطة مائة دونم في الاراضي الزراعية الديمية تزرع شلبا مما يتبين ان الفلاح لا يملك بارادته ماشاء من الاراضي الزراعية بل محدد بقيود هذا القانون بمساحة معينة حسب نوع المحاصيل الزراعية وطريقة سقيها .

الفرع الثالث ::تقييد حرية الشخص المعنوي للتملك :

لا يجوز للشخص المعنوي ان يتملك او يكتسب من الحقوق او يجري من التصرفات ما لا يتفق مع الغرض الذي انشيء من اجله، فلا يجوز ان يتملك من العقارات الا بحدود القدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشيء من اجله.

والاشخاص المعنوية وفق المادة (47) من القانون المدني العراقي الدولة ودوائرها والطوائف الدينية والاوقاف والجمعيات والشركات وكل مجموعة من الاشخاص والاموال يمنحها القانون شخصية معنوية والجمعيات والمؤسسات ، والمؤسسة شخص معنوي ينشا بتخصيص مال مدة معينة .

**القيود القانونية التي ترد على حق الملكية ذاته**

وهذه القيود اما مقرة للمصلحة العامة او مقررة للمصلحة الخاصة:

الفرع الاول : القيود المقررة للمصلحة العامة:

اولاً: **الاستملاك** تعرف المادة الاولى من قانون الاستملاك رقم 84 لسنة 1970 الملغي "الاستملاك هو نزع ملكية العقار والحقوق المتعلقة به للنفع العام لقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون ..." .فالاستملاك نزع ملكية العقارات المملوكة للافراد لتحقيق المنفعة العامة مقابل تعويض عادل سواء كان نقدي او عيني جاء في قرار محكمة التمييز "لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الافي الاحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما المادة 1050 مدني.

كنزع ملكية ارض لاقامة جسر او مستشفى او مدرسة .وهناك الاستملاك الرضائي باتفاق بين المستملك وصاحب العقار .والاستملاك القضائي في حالة رفض صاحب العقار الاستملاك فيضطر طالب الاستملاك مراجعة القضاء لصدور حكم قضائي بالاستملاك ، وهناك الاستملاك الاداري الذي كل من صاحب العقار وطالب الاستملاك جهة ادارية .

ثانياً-**الاستيلاء المؤقت** :اجازت المادة (26 ) من قانون الاستملاك النافذ لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي والمختلط ان تستولي استيلاء مؤقت على العقارات المملوكة للافراد في اوقات الاستثنائية الطارئة كالحروب والفيضانات او الحريق مقابل اجرة تدفع لمالك العقار ، واذا دعت الضرورة الى الاستمرار بالاستيلاء لمدة تزيد على سنتين على الجهة المستولية اما استملا ك العقار او نتسترده لمالكه مع تعويض مالحقه من ضرر بسبب الاستيلاء.

ثالثاً- **التاميم** : نقل ملكية المشرعات الخاصة من الاشخاص الطبيعية او المعنوية الى الدولة مقابل تعويض عادل .وكل من الاستملاك والتاميم نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مع تعويض عادل لكن الاستملاك يرد على عقار بينما التاميم يرد على مشروع بجميع عناصره العقارية والمنقولة ومنها القانون رقم 69 لسنة 1972 تاميم شركة نفط العراق وتاميم قناة السويس وغيرها .

الفرع الثاني :ا**لقيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة**

تتمثل الثيود المقررة للمصلحة الخاصة التزامات الجوار غير المالوفة وقيود الارتفاق .

اولا- التزامات الجوار غير المالوفة:المالك حر في استعمال ملكه بشرط عدم الحاق ضرراً فاحشاً بجاره ، والضرر الفاحش يزال ،نصت الفقرة الاولى من المادة (1051 ) مدني عراقي "لا يجوز للملك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديما". وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية بان لا يتصرف المالك تصرفا يلحق ضرراً فاحشاً بجاره والا يلتزم بتعويض ماحدثه من ضرر.

وازالة الضرر قد لا يستلزم منع الاستعمال وانما فقط اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمنع وقوع الضرر مع بقاء الاستعمال، نصت الفقرة الثانية من المادة (1051 ) مدني عراقي على أنه "وللمالك المهدد عقاره من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة ان يتخذ كل ما يلزم لاتقاء الضر وله ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع " .

كما يلزم المالك بتعويض جاره ما لحقه من ضرر بسبب العمل غير المشروع للمالك على اساس المسؤولية التقصيرية فيشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع .

تقضي المادة( 1054) مدني عراقي :"على صاحب الارض اذا اراد انشاء ابنية فيها ان يجعل سطح البناء بحيث يسيل منه المطر على ارضه او على الطريق العام لا على الارض المجاورة وذلك وفقا للقوانين والانظمة المعمول بها في هذا الشأن" .

ليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب مسؤولية المالك، وانما يشترط ان يكون الضرر فاحش ، والضرر الفاحش عرفته المادة 1199 مجلة الاحكام العدلية "هو كل ما يمنع الجوائح الاصلية يعني المنفعة الاصلية من البناء كالسكنى او يضر بالبناء اي يجلب له وهنا ويكون سبب تهدمه "اما الاضرار المالوفة التي يتسامح بها العرف فلامسؤولية المالك عنها وهي الاضرار المعتاد حدوثها كنتيجة طبيعية لاستعمال المالك ملكه ولا يمكن تجنبها كتطاير بعض الدخان والاتربة واصوات الموسيقى في الاعراس او اصوات وبكاء الاطفال .

الضرر غير المالوف هو الضرر الذي يزيد على المعهود فيما يتحمله الجيران بعضهم من بعض بحكم الجوار ، وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة (807) مدني مصري رقم 131 لسنة 1948 "وانما له (الجار) ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المالوف على ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للاخر والغرض الذي خصصت له ."اي يراعى القاضي في تحديد الضرر غير المالوف اعتبارات خاصة كالعرف وطبيعة العقارات المجاورة وموقعاه والغرض منها.

اساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار اختلف الفقه بشانه الى ثلاثة اراء : راي التعسف في استعمال الحق واخر الخطأ الشخصي وراي ثالث على اساس التزام قانوني يفرضه القانون بعدم الاضرار بالجار.

تقضي المادة (7 ) مدني عراقي "1- من استعمل حقه استعمال غير جائز وجب عليه الضمان 2- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية ا- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة "ويتبن من هذه المادة ان الحالات التي يعتبر المالك متعسفاً في استعمال حقه هي :

1- **قصد الاضرار بالغير**: قد لا يقصد صاحب الحق من استعمال حقه تحقيق منفعة له وانما يقصد الاضرار بجاره بما يكنه من عداوة وحقد لجاره لاي سبب ، كبناء حائط عالي ليحجب النور عن جاره او لحفر بئراً زائدا عن حاجته لتغيض بئر جاره .

2- **رجحان الضرر على المصلحة رجحانًا كبيراً** :قد يكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه لكن هذه المصلحة لا تبرر هذا الاستعمال لكونها قليلة الاهمية الى ما يصيب جاره من ضرر بسببها ، نصت الفقرة الثانية من المادة (1091 ) مدني عراقي " ومع ذلك ليس للمالك ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" و المادة (1060) منه " لكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمنع ذلك استعمال حق لعقار مجاور" .

3- **عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها**:وتعتبر المصلحة غير مشروعة اذا كانت مخالفة للقانون او النظام العام او الاداب العامة ،كأن يخصص المالك منزله لخطف الاطفال وحجزهم رهيتة أو لتعاطي المخدرات أوممارسة الدعارة او لعب القمار.

نصت الفقرة الثالثة من المادة (1051 ) مدني عراقي " واذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا فجاء اخر واحدث في جانبه وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه "وهذه المادة تقرر الاسبقية في التملك او الاستغلال، فلو بنى شخص داره بجوار مصنع كان قائماً قبل انشاء الدار وتضرر من مضايقات هذا المصنع ، فلا يسال صاحب المصنع عن اضرار الجوار بل على الباني للدار ان يدفع الضرر بنفسه باتخاذ الاحتياطات اللازمة بدفع الضرر عنه ولا يجبر صاحب المصنع على ازالة الضرر ولا يتحمل المسؤولية عن الاضرار التي تحدثها مصنعه بصاحب الدار .

قد يكون الاستغلال الذي قام به المالك واضر بجاره مرخصاً به من جهة ادارية كما في المحلات المقلقة للراحة او المضرة بالصحة او الخطرة ان الترخيص الاداري لا يحول دون قيام مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش الذي يلحق الجار ، لان الترخيص لغرض ضمان توفر شروط معينة لمباشرة انواع معينة من الاستغلال ، وقد نصت المادة(807 )مدني مصري "لايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق "اي المسؤولية عن الضرر ولا يوجد نص مقابل في القانون العراقي وحسنا فعل مشرعنا ، لان الترخيص الاداري لاعلاقة له بحقوق الغير وانما هدفه توفر الشروط المطلوبة لمهنة معينة قانونا كما ان الحكم القاضي بازالة الضرر لاشان له بالقرار الاداري الصادر بالترخيص وانما هو يقضي بتعويض ما لحقه الجار من ضرر.

ثانيا: **قيود الارتفاق** :

قد تكون هناك قيد على عقار لمنفعة عقار اخر وهي حق المرور والشرب والمسيل والمجرى وغيرها .

1- **حق الشرب** : هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للارض أاو الشجر أو الزرع ،نصت المادة (1055 ) مدني عراقي "لكل شخص ان يسقي من مياه الانهر والترع العامة وله ان يشق جدولا لاخذ هذه المياه الى ارضه" .

2- حق المجرى ::حق صاحب الارض البعيدة عن مورد المياه في اجراء المياه الكافية لري ارضه في ارض اخرى مملوكة للغير تكون متصلة بالمورد. نصت الفقرة الاولى من المادة (1058 ) مدني عراقي "على صاحب الارض ان يسمح بان تمر بارضه المياه الكافية لري اراضي غيره البعيدة عن مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة ....".ويشترط لحق المجرى الشروط الآتية :

أ- ان تكون الارض بعيدة عن مورد المياه.

ب- ان لا يكون في الارض ماء للزراعة فاذا كانت في الارض بئراً او او عيناً فلا يكون لصاحبها الحق في اجراء المياه في ارض الغير .

3- حق المرور : هو حق صاحب الارض المحبوسة عن الطريق العام بالمرور في ارض الغير للوصول للطريق ، نصت الفقرة الاولى من المادة (1059 ) مدني عراقي "مالك الارض المحبوسة عن الطريق العام التي يوصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهضة او مشقة كبيرة له حق المرور في الاراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على وجه مناسب ..."، ويشترط لحق المرور الشروط الآتية :

أ- ان تكون الارض محبوسة عن الطريق العام انحباسا كليا او انحباسا جزئيا ولكن يتحمل للوصول الى ذلك الطريق نفقة باهضة او مشقة كبيرة له حق المرور في الاراضي الجاورة .

ب- ان لا يكون الانحباس ناشئاً بفعل المالك سواء كان عملاً مادياً او قانونياً كما لو بنى المالك بناء سد ممر له على الطريق ، او قام المالك بقسمة عقاره وبيع جزء منه وبقى الجزء الذي يملكه ليس له ممر للطريق العام.

4- حق المسيل نصت المادة (1052 ) مدني عراقي "تتحمل الارض المنخفضة ما ينزل فيها من المياه بفعل الطبيعة من الاراضي المرتفعة عنها كمياه الامطار والعيون الطبيعية وليس لملك الارض المنخفضة ان يقيم سد يصد المياه وليس لمالك الاررض المرتفعة ان ياتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب ان تتحمله الارض المنخفضة من ذلك الا في الحدود التي رسمها القانون ".

**القيود الاتفاقية (شرط منع من التصرف )**

نصت المادة (823 ) من القانون المدني المصري "1-اذا تضمن العقد او الوصية شرطاً يمنع المتصرف في ماله فلا يصح الشرط مالم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً مدة معقولة 2- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او للغير 3- والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه أاو الغير"

شروط صحة شرط منع من التصرف

ويشترط لصحة شرط منع من التصرف توفر شرطين الاول ان يكون الباعث مشروعاً والثاني ان يكون المنع من التصرف لمدة معقولة:

اولا- **ان يكون الباعث مشروعا**ً، بان تكون هناك مصلحة جدية من هذا الشرط سواء كانت حماية مصلحة المتصرف او المتصرف اليه او الغير.مصلحة مشروعة للمتصرف مثلا اذا وهب منزلا لاحد ذويه واشترط لنفسه حق السكنى مدى حياته ، او يشترط البائع على المشترط عدم التصرف الا بعد سداد كامل الثمن. والمصلحة المشروعة للمتصرف له اذا وهب عقار لاحد اولاده بشرط ان لا يتصرف فيه حتى يبلغ سن معينة حتى ينضج ويكتسب خبرة . او لحماية مصلحة مشروعة للغير يهب شخص عقاره لاخر ويشترط عدم التصرف فيه لانه يمثل من الاجرة ايراداً لزوجته مدى الحياة .

ثانيا- **ان يكون المنع من التصرف لمدة معقولة** :حتى لو كانت مدة حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير لانها مدة مؤقتة.

واجاز القانون الفرنسي بشرط منع من التصرف لحالات استثنائية اجاز التبرع الوالدين لاولادهما مع اشتراط عدم التصرف في هذه الاموال طيلة حياة الوالدين المادة 1048 مدني فرنسي.ونص القانون المدني الاردني على شرط منع من التصرف إذ نصت المادة(1028 ) منه "ليس للمالك ان يشترط في تصرفه عقدا كان او وصية شروطا تقيد حقوق المتصرف اليه الا اذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير لمدة محددة .

ولا يوجد نص صريح في القانون المدني العراقي على شرط منع من التصرف لكن هناك نصوص متفرقة من هنا وهناك تعد تطبيقا لشرط منع من التصرف مثل المادة 1070 مدني عراقي .وطبقا للقواعد العامة للشروط المقترنة في العقد اذا كان الشرط غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الاداب العامة يعتبر صحيح ، وهذا ما اكدته المادة 131 مدني عراقي على انه "1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة 2- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للاداب والا لغي الشرط وصح العقد مالم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا " فعليه اذا كان شرط منع من التصرف لمصلحة مشروعة ولمدة معقولة يكون صحيحا في القانون العراقي ايضاًوهذا كله يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية .

احكام شرط منع من التصرف

واذا لم يتوفر في شرط منع من التصرف شرط وجود المصلحة المشروعة او المدة المعقولة فان الشرط يبطل ويبقى التصرف، الا اذا كان الشرط هو الباعث للتعاقد فيبطل الشرط والتصرف ايضا.واذا كان الشرط صحيحا تتقيد حرية المالك في التصرف بالشيء الى انتهاء المدة المحددة للمنع او تنازل المتصرف عن التمسك بهذا الشرط .

اساس شرط منع من التصرف

اختلف الفقه حول اساس المنع من التصرف راي يعتبره انتقاص من اهلية المالك لكن الاهلية من النظام العام ولابد من بيان كل مايتعلق بهاا ومنها شرط منع من التصرف اذا كان اساسه انتقاص الاهلية كما ان المتصرف كامل الاهلية والا لا صحة التصرف الناقل للملكية للمتصرف اليه .وراي ان هذا الشرط يعتبر التزاما بالامتناع عن عمل ،بينما الراي الراجح فقهاً المنع يتغلق بالشيء محل النصرف فهذا الشيء لا يجوز التصرف به.

**الاسبوع /3**

**انواع خاصة من الملكية**

الصورة العادية للملكية هي الملكية المفرزة ،هناك مالك واحد يسيطر على شيء معين، و الى جانب هذه الصورة العادية للملكية صور اخرى هي الملكية الشائعة وقد تحد طبيعة العين او وضعها من حقوق الملاك في التصرف والاستعمال وهو في الشيوع الاجباري كما في ملكية الطبقات . نقسم الفصل الى مبحثين الآتيين :

**الملكية الشائعة**

**ل**اعطاء مفهو عام للملكية الشائعة لا بد من تعريفها وبيان اسباب نشؤها وادارة الاجزاء المشتركة والانتفاع منها والتصرف فيها ، كنا ان الملكية الشائعة حالة مؤقتة تنتهي بالقسمة لذا نقسم المبحث الى مطلبين: المطلب الاول تعريف الملكية الشائعة ومصادرها والثاني احكام الملكيةالشائعة

تعريف الملكية الشائعة ومصادرها

:تعريف الملكية الشائعة

نصت الفقرة الاولى من المادة (1061 ) من القانون المدني العراقي على انه " اذا ملك اثنان او اكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية ، اذا لم يقم دليل على غير ذلك" تقابلها المادة 825 مدني مصري "اذا ملك اثنان او اكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على غير ذلك "

تعرف الملكية الشائعة بانها (حق الملكية لاثنين او اكثر في شئ معين لا تتعين حصة احدهم في جزء مفرز معين منه) ، الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه اكثر من شخص وهذه شركة الملك التي عرفتها المادة (1060 ) من مجلة الاحكام العدلية " شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين اثنين فاكثر اي مخصوصا بهما بسبب من اسباب الملك "نصت المادة 837 من قانون الموجبات والعقود اللبناني "لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك ومنتجاته ...."اي يتعدد الملاك للشيء الواحد بحيث يكون هذا الشيء مملوكا لاكثر من شخص يملك كل منهم حصة محددة شائعة في الشيء المملوك باكمله وفي كل ذرة من ذراته.

تتميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة بالاتي :

1- الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لاكثر من شخص ، بينما الملكية المفرزة تثبت لمالك واحد ، في الملكية الشائعة يكون محل الحق محددا تحديدا معنوياً اذ يملك كل شريك حصة شائعة معنوية رمزية يرمز لها بنسبة حسابية الربع او النصف وغير ذلك ، بينما في الملكية المفرزة محل الحق محدداً تحديداً مادياً .

2- ويتقيد المالك في الشيوع بالانتفاع في حصته وبالمال الشائع كله بقيود خاصة بحدود حصته وعدم الحاق ضرر ببقية الشركاء والغرض المعد له المال الشائع ،اما في الملكية المفرزة يستاثر المالك بجميع منافع ملكه وحده ولا ياخذ الاذن من غيره للانتفاع بملكه.

:مصادر الشيوع:

نصت المادة (824 ) موجبات وعقود لبناني "عندما يكون شيء او حق ما ملكا شائعا ومشتركا بين عدة اشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك او شبه شركة ، وهي تكون اختيارية او اضطرارية" اي هناك اسباب لنشوء الملكية الشائعة اما اختيارية بارادة الامسان كالعقد والوصية او اضطرارية بقوة القانون كالميراث والشفعة ، .سباب نشوء الملكية الشائعة هي نفس اسباب كسب الملكية العادية ، واهم هذه الاسباب هي الميراث ، فاذا مات المورث تنتقل تركته لورثته المتعددين فتنتقل اليهم امواله ،فيصبحوا شركاء على الشيوع ، وقد يكون مصدر الشيوع الوصية كما لو اوصى شخص لاثنين بماله على الشيوع ، او اوصى لاحد بجزء من ماله والباقي لورثته فيكون الموصى له شريكاً مع الورثة على الشيوع.

وقد تنشا الملكية عن تصرف قانوني من عقد او وصية كشراء شخصين او اكثر شيئا على الشيوع او يوصي شخص لاثنين او اكثر بحصة معينة في الشيء الموصى به اوبسبب الحيازة كحيازة اثنان حيازة مشتركة يؤدي الى اكتسابهما ملكية الشيء على الشيوع بعد مضي مدة التقادم المكسب ، كذلك قد يكون مصدر الشيوع الالتصاق والاستيلاء والشفعة.

احكام الملكية الشائعة

لكل شريك له حق التصرف بحصته ويمكن للشركاء الانتفاع بالمال الشائع والتصرف بهعليه نقسم المطلب الى الفرعيين الاتيين :

الفرع الاول : سلطة المالك المشتاع على حصته الشائعة

اختلف الفقه حول تكييف وتحديد طبيعة حق الشريك في الشيوع ، فذهب راي انه مجرد حق شخصي ، لان الحق العيني يفترض ان يكون الشيء محل الحق معينا تعينياً مادياً ومفرزاً ، وراي اخر انه حق عيني من نوع خاص ، والراي الراجح فقهاً وقانوناً انه حق ملكية.وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة( 1061 ) من القانون المدني العراقي على انه " وكل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها البيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم " المادة 826 مدني مصري "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء" فللشريك كمالك ان يتصرف بحصته وان ينتفع بها ويستغلها .

يلاحظ ان نص المشرع العراقي ادق من المصري فالنص المصري نص على حق الشريك باستعمال حصته الشائعة وهذا غير ممكن ، فالاستعمال يرد على شيء مادي وليس شيء معنوي –حصة- ، بل الاصح القول باستعمال الشريك المال الشائع كله بحدود حصته.

اولا: التصرف في الحصة الشائعة : للشريك ان يتصرف بحصته كلها او بعضها لشريكه او لاجنبي ،باعتباره مالكا لها تصرف المالك بالبيع او الهبة او باي تصرف اخر ناقل للملكية ، ويعتبر التصرف صحيحاً ونافذاً في حق بقية الشركاء دون موافقتهم ويحل المتصرف له – المشتري او الموهوب له -محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة شريكاً مع بقية الشركاء ، وله ان يتصرف بعض حصته الشائعة كما لوكان له النصف من العقار الشائع فيبيع جزء منها ويدخل المشتري شريكا بقدر حصته مع بقية الشركاء ومن ضمنهم الشريك البائع.وليس لبقية الشركاء الاعتراض على البيع ، وا ذا اراد بقية الشركاء منع دخول اجنبي شريكاً معهم فلهم الحق الاخذ بالشفعة .

وقد يرتب الشريك حقاً عينياً على حصته، وكما يكون للشريك ان يتصرف بحصته تصرفاً ناقل للملكية فله ايضاً ان يرتب عليها حقاً عينياً اصلياً آخر ولو دون اذن بقية الشركاء كحق منفعة او حق عيني تبعي كرهن ويكون هذا التصرف صحيحاً ونافذاً بحق بقية الشركاء. فاذا تمت القسمة قبل انقضاء حق المنفعة او قبل حلول اجل الدين المضمون ماهو مصير حق المنفعة او الرهن قبل ان ينفذ الدائن المرتهن بحقه ؟ وهذا ما سوف نبحثه بالتفصيل في الرهن .

يعتبر كل شريك اجنبياً بالنسبة لحصص بقية الشركاء فلا يعتبر نائباً عن بقية الشركاء فلا يجوز لاي شريك ان ينتفع او يتصرف بحصة شريكه بدون اذنه ويعتبر التصرف بحصة شريك اخر أو بالمال الشائع بدون نيابة او موافقة موقوف على اجازة بقية الشركاء. ويعتبر عندئذ فضولي فاذا اجازه المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الشريك بالبدل الذي قبضه واذا لم يجز بطل التصرف.

تصرف الشريك بحصة شريك اخر فالشريك لا يملك كل المال الشائع بل جزء منه المادة1062/1 مدني عراقي " كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا باي وجه من الوجوه ".فاذا تصرف بحصة شريك اخر بالبيع وغيره فان هذا التصرف موقوف على اجازة مالك الحصة .

ولايجوز ان يتصرف تصرف ضار ببقية الشركاء والا يتحمل المسؤولية التقصرية والتعويض عن الضرر ، نصت .الفقرة الثالثة من المادة 1062 مدني عراقي "وحصة كل شريك امانة بيد الاخر فاذا اتلفها بتعديه ضمن "

ثانيا :ايجار الشريك حصته الشائعة :

نصت الفقرة الثالثة من المادة ( 1061) مدني عراقي على انه " يجوز للشريك في الشيوع ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه" وهذا النص زائد لان المشرع نص على استغلال الشريك لحصته الشائعة في الفقرة الثانية من نفس المادة سالفة الذكر والايجار نوع من الاستغلال .

فيجوز قانوناً للشريك ان يؤجر حصتة الشائعة لشريكه او لغير شريكه ، بينما يذهب الفقه الحنفي جواز ذلك بالنسبة لشريكه وفساد ايجار الشريك لحصته للغير والفساد مبني على تعذر تسليم الحصة الشائعة مفرزة ، فلا يكون استيفاء المنفعة مقدورا ،لان استيفاء المنفعة بتسليم الشيء الشائع.

ثالثا :استغلال الشريك لحصته وقبض ثمارها :

للشريك استغلال حصته الشائعة بما يتفق الغرض المعد له المال الشائع ، ولا يلحق ضرراً ببقية الشركاء ،كما لوكانت ارض زراهية فيقوم بزراعة حصته من الارض وجني ثمارها ، وله قبض ثمارها سواء كانت ثماراً طبيعية او صناعية او مدنية كأجرة ايجار الشريك لحصته الشائعة.وتحدد حصة كل شريك بالاتفاق واذا لم تحدد فبالتساوي.

الفرع الثاني : سلطات الملاك المشتاعين على الشيء الشائع:

انتفاع الشركاء بالمال الشائع ولهم ادارته للحصول على منافعه ولهم التصرف به

اولا الانتفاع بالشيء الشائع

قلًّ ما يقبل الشيء الشائع الاستعمال المشترك ، ولذا وجدت قسمة المهايأة وهي قسمة منافع المادة 1174 مجلة الاحكام العدلية "وهي اتفاق الشركاء على انتفاع كل شريك من المال الشائع بقدر حصته هي قسمة مؤقته لا تنتهي بها حالة الشيوع بل لتنظيم عملية الانتفاع بالمال الشائع طوال مدة البقاء على الشيوع " المادة 1054 مدني اردني" المهاياة قسمة منافع وقد تكون زمانية او مكانية ففي الاولى يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال الشائع مدة تتناسب مع حصة كل منهم وفي الثانية ينتفع كل منهم بجزء معين من العين المشتركة "

نصت الفقرة الاولى من المادة 1078 من القانون المدني العراقي على انه "يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ولا يصح الاتفاق على قسمة المهاياة لمدة تزيد على خمس سنيين .....".المادة 1078 /2 مدني عراقي " ويصح ان تكون المهايأة زمانية بان يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته "يتصح من هذا النص ان هناك نوعين من للمهايأة مهاياة مكانية ومهايأة زمانية .

1- المهايأة المكانية : يجوز ان يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته الشائعة ، كما لو اتفق شريكين في دار احدهما ياخذ الطابق السفلي والاخر الطابق الثاني ، ولا يصح على الاتفاق على المهاياة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات ، اما اذا لم تحدد مدة المهايأة تكون لمدة سنة قابلة للتجديد بحكم القانون .

ولا تتحول قسمة المهايأة المكانية مهما طالت مدتها الى قسمة نهائية في القانون العراقي ، خلافاً للقانون المدني المصري اذا استمرت مدة المهاياة المكانية خمس عشرة سنة تتحول الى قسمة نهائية، نصت الفقرة الثانية من المادة (846 ) من القانون المدني المصري " تنقلب قسمة المهاياة المكانية الى قسمة نهائية متى ثبت دوامها مدة خمس عشرة سنة وثبت ان الشركاء في الاصل لم يتفقوا على غير ذلك " .عندما تحقق قسمة المهاياة المكانية الغاية المرجوة منها من تسهيل الانتفاع بالمال الشائع فيرى الشركاء انها خير وسيلة لانهاء حالة الشيوع لبقائها لمدة طويلة ، وتتحول قسمة المهأياة الى قسمة نهائية بحكم القانون في القانون المصري.

2- المهاياة الزمانية: ويجوز ان يتفق الشركاء على ان يتناوبوا في الانتفاع بالشيء الشائع كله كل منهم لفترة زمنية تتناسب مع حصته ، مثلا الاتفاق على ان يزرع كل منهم الارض المشتركة سنة واحدة او اكثر أو ان يسكن كل منهم الدار الشائعة سنة واحدة أو اكثر .

وتخضع المهأياة من حيث الاهلية وحقوق والتزامات الشركاء لاحكام عقد الايجار ما دامت هذه الاحكام لا تتعارض مع طبيعة المهاياة.

الاصل ان تكون المهايأة رضائية باتفاق الشركاء ، لكن قد يمتنع احد الشركاء من اجراء المهايأة فيرفع الامر الى القضاء للحكم بها ، على ان القانون المدني العراقي قصر المهايأة القضائية على المنقولات فقط . نصت المادة (1080) من القانون المدني العراقي على انه "اذا ام يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول ولم يطالب احدهم ازالة الشيوع فللشريك الذي يطلب مهايأة مراجعة محكمة البداءة لاجرائها "

ثانيا: الادارة المعتادة والادارة غير المعتادة للمال الشائع:

ادارة المال الشائع قد تكون من قبل احد الشركاء نيابة عنهم او من قبل الشركاء بالاغلبية او من قبل مدير يعينه الشركاء او المحكمة عند الاصطرار .

1- اعمال الادارة المعتادة: نصت الفقرة الثانية من المادة (1064 ) من القانون المدني العراقي على انه " وما يستقر عليه راي اصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الراي ، فان لم تكن ثمة اغلبية فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من الاجراءات مما تقتضيه الضرورة ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع وللاغلبية ايضا ان تختار مديراً وان تحدد مدى سلطته في الادارة "

واعمال الادارة المعتادة كاجارة الشيء الشائع لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات تكون بالاغلبية لعدد الحصص وليس الرؤوس، .ويكون راي الاغلبية ملزم للاقلية التي خالفت هذا الراي ولا تستطيع الا ان تطعن بالتعسف باستعمال الحق وفق المادة (7 ) من القانون المدني العراقي ، وللاغلبية بدلا من ادارة المال الشائع بانفسهم ان يختاروا مديراً من بينهم او من الغير يتولى ادارة المال الشائع وتحديد سلطاته واجوره .

ولابد من اغلبية الحصص فاذا كانت النصف من الحصص لايجوز الزام راي الاقلية وهذا ما اكدته محكمة الاستئناف العراقية بصفتها التمييزية في قرار حديث لها جاء فيه :"ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة اعتبرت المدعيين (أ.ع.) و(هـ .ع.) يمثلان غالبية الحصص في حين انهما يملكان (96) حصة من أصل (192) حصة في العقار المرقم 1/758 رأس القرية وهو يمثل النصف من الحصص وليس الاغلبية ، كما ان ادخال بقية الشركاء يجب ان يكون الى جانب المدعين بشكل اختصامي وليس للاستيضاح اذ الاغلبية يجب ان تكون في حالة الخصومة وليس غيرها ، هذا من جانب أما من جانب آخر فان المحكمة عينت مديرا للمال الشائع دون ان تحضره امامها وتتأكد من موافقته على قبول هذه المهمة وافهامه بمهامه في ادارة المال الشائع ، وكل هذه النواقص اخلت بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه.

ليس لمن لا يملك القدر الاكبر من الحصص ادارة المال الشائع بدون اذن بقية الشركاء وهذا ما اكدته محكمة التمييزالعراقية .

وعند تعذر استقرار الاغلبية على راي في ادارة المال الشائع تتخذ المحكمة بناء على طلب احد الشركاء إجراءات معينة والتدابير التي تقتضيها الضرورة لادارة المال الشائع ، كأن تامر بتاجير الارض الزراعية الشائعة لمن يرغب بايجارها ، او تعيين مدير يتولى القيام بادارة المال الشائع.وفي قرار حديث لمحكمة التمييز العراقية اكدت فيه ان الحكم بازالة شيوع العقار الشائع لا يمنع من تعيين من يتولى ادارته ادارة معتادة بعد عزل المدير السابق لسوء ادارته.

2- اما الادارة غير المعتادة فهي احداث تغييرات اساسية على المال الشائع والتعديل في الغرض المعد له المال الشائع في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، كتحويل الارض من زراعة القطن الى الرز او تحويل الارض الفضاء الى بناء او تحويل الارض الزراعية الى مصنع او محلات تجارية او تحويل منزل الى فندق او تحويل مطعم الى مقهى .

نصت المادة (1065 ) من القانون المدني العراقي على انه "" للشركاء اصحاب القدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا باذن من المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة "

وتكون الادارة غير المعتادة بالاغلبية مع اخذ موافقة المحكمة سلفا بهذه الاعمال ، وللمحكمة ان تتخذ من الاجراءات اللازمة كأن تشترط شروط معينة لتنفيذ قرار الاغلبية او تامر باعطاء الشريك المخالف كفالة تضمن له الحصول ما يتسحقه من تعويض اذا لحقت الادارة غير المعتادة ضرراً بمصلحة الشركاء.

ومن قبيل الادارة غير المعتادة تشييد منشآت على العقار الشائع فلا يكفي موافقة بعض الشركاء للقيام بهذا التصرف بل لابد من الاغلبية وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها .

والمشرع العراقي لم يفرق بين الادارة المعتادة وغير المعتادة بالاغلبية المطلوبة باصحاب القدر الاكبر من الحصص ، بينما يشترط المشرع المصري ثلاثة ارباع الحصص في الادارة غير المعتادة واغلبية معتادة النصف زائد واحد في الادارة المعتادة.

ويجوز لاحد الشركاء ادارة المال الشائع بدون اعتراض بقية الشركاء باعتباره وكيلا عنهم وهذه الوكالة الضمنية. فيجوز لاحد الشركاء تاجير او البناء على الارض الشائعة بدون اعتراض بقية الشركاء باعتباره نائبا عنهم .وهذا ما،نصت عليه صراحةالفقرة الثالثة من المادة 1064 ) مدني عراقي على انه "واذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم " تطابقها الفقرة الثالثة من المادة 828 مدني مصري..

لا يجوز لاحد الشركاء ان ينفرد بالانتفاع من المال الشائع كله باستعماله او استغلاله كدار يسكنها او ارض يزرعها او يؤجرها بدون اذن بقية الشركاء ، فان فعل فعليه ان يدفع لبقية الشركاء اجر مثلها عند سكنه الدار، ووجب عليه ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة اذا اجر الدار للغير وكانت اعلى من اجر المثل وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1063 من القانون المدني العراقي على انه "ويجوز كل منهم-الشركاء - حق الانتفاع بحصته فاذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل على انه اذا اجر العين الشائعة باكثر من اجر المثل وجب عليه ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة ".

وهذا ما اكدته محكمة التمييز في قرار حديث لها جاء فيه "هذا الانتفاع الذي انفرد به الشريك قد حصل بدون أذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل ولما كان القانون قد رسم الطريق  في حالة استحواذ احد الشركاء بالانتفاع  بالملك الشائع كلا" أو جزءا" أن يكون هذا الشريك ملزم قانونا" باجر مثل حصة باقي الشركاء".

وفي قرار لمحكمة التمييز اذا انتفع احد الشركاء من المال الشائع بالسكن فيه وطرد بقية الشركاء فلهم اجر المثل بقدر حصته من تاريخ الطرد الى وقت رفع الدعوى.

قرار اخر لمحكمة التمييز "لا يقدر اجر المثل العقار استنادا الى تقدير بدل ايجاره في دائرة الضريبة لا قتصار ذلك على المطالبة بالاجرة المسمى".

واذا انتفع احد الشركاء بحصة شريك اخر الذي اباح له الانتفاع فلا يستحق اجر المثل لانه لا سند له قانوني وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في قرار حديث لها  .

وفي قرار حديث محكمة التمييز الاتحادية ان الطرفين المتنازعين شركاء على الشيوع في العقار موضوع الادعاء وحيث انه اذا حصل استغلال وانتفاع للمال الشائع من احد الشركاء دون اذن بقية الشركاء الاخرين فلا يحق للشريك الذي حرم من من الانتفاع بحصته ان يطلب رفع التجاوز الحاصل من شريكه وانما له الحق بالمطالبة باجر المثل كتعويض له جراء حرمانه من الانتفاع بحصته ".

ولا يجوز لاحد الشركاء ان ينفرد بتغيير الغرض المعد له المال الشائع ، كما لو كان العقار الشائع ارض زراعية يحول قسم منها الى سكنية، مما يلحق ضرراً ببقية الشركاء لانه سيحرمهم من الانتغاع من وارداتها .وهذا ماكدته محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها.

ووفق المادة 744 مجلة الاحكام العدلية "اذا اجر الشريك الشيء الشائع كله بدون اذن بقية الشركاء كان فضوليا، فتنعقد الاجارة موقوفة بالنسبة لحصة بقية الشركاء وصحيحة نافذة بقدر حصته ".

ثالثا : صيانة الشيء الشائع :

نصت المادة 1066 مدني عراقي على انه " لكل شريك في الشيوع الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء "

لكل شريك الحق في اتخاذ الاجراءات اللازمة في حفظ المال الشائع كقطع التقادم الساري لشخص اجنبي او دفعه الضرائب المستحقة لمنع الحجز عليه وبيعه ويتحمل هذه النغفقات الشركاء بقدر حصتهم ولو بدون اذنهم للاضطرار .قرارر لمحكمة التمييز" للشريك في الملك المشتاع ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء حتى لو كان ذلك بغير موافقة الشركاء". وفي قرار اخر لمحكمة التمييز "من حق كل شريك ان يدفع الضرر عن الملك المشتاع وليس للشركاء الاخرين طلب ابقاء الضرر على حاله".

نصت المادة( 1067) مدني عراقي على انه " نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة علية وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع او المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء بقدر حصته "تطابقها المادة 1037 مدني اردني "اذا كان كل الشركاء يشتركون في الحصول على منافع الشيء الشائع كل بقدر حصته فالمقابل يتحملون نفقات ادارته وحفظه كالضرائب ونفقات قسمة المال الشائع وادارته كل بقدر حصته.

نصت الفقرة الاولى من المادة 1068 مدني عراقي على انه "اذا احتاج المال الشائع الى مرمة او اعمار فيعمره اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم "واذا احتاجت الدار الشائعة الى ترميم او تعمير فنفقات ذلك على الشركاء كل بقدر حصته.

المادة 1069 مدني عراقي "اذا انهدمت العين الشائعة كليا واراد بعض الشركاء عمارتها وابى الاخرون فلا يجبر الابي على العمارة " القاعدة لا يجبر احد على عمارة ملكه ومن عمرها يتحمل نفقات تعميرها باعتباره متبرعا فلا يرجع بما انفق على الشريك الممتنع عن التعمير.

وهذا ما اكدته محكمة التمييز في قرارها جاء فيه "اذا اعاد احد الشركاء بناء الدار المشتركة المنهدمة كليا دون اذن بقية اشركائه جميعا فلا يحق له الرجوع عليهم بقيمة ما بنا وانما يكون البناء للشركاء جميعهم لانه غير مضطر على البناء.

رابعا: التصرف في الشيء الشائع :

للشركاء التصرف بالمال الشائع تصرفاً مادياً او قانونياً بالاجماع فلهم ان يتفقوا على هدم البناء الشائع او بناء الارض المشترك ، ولهم بيع المال الشائع ويقتسموا ثمنه بقدر حصصهم ولهم ان يرهنوا المال الشائع او ترتيب اي حق عيني اخر عليه كحق منفعة او ارتفاق ، ولهم التصرف بجزء مفرز من المال الشائع بالاجماع ، فاذا كان التصرف ناقل للملكية وورد على الشيء الشائع كله انتهت حالة الشيوع ، واذا ورد التصرف على جزء مفرز خرج هذا الجزء من الشيوع واقتصر الشيوع على الاجزاء الباقية.

وكل شريك اجنبي في حصة بقية الشركاء ولا يجوز التصرف بالنال الشائع بدون موافقة بقية الشركاء والا كان تصرف فضولي موقوف على اجازة بقية الشركاء او تصرفا ضارا ببقية الشركاء.وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية بقرار حديث لها .

اذا كان القانون المدني اعطى لاغلبية الشركاء سلطة القيام باعمال الادارة فانه لم يعطي الاغلبية سلطة التصرف بالشيء الشائع بخلاف المادة (832 ) مدني مصري فيجوز التصرف بالاغلبية بشروط ورقابة القضاء .نصت المادة( 832) مدني مصري" للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا التصرف فيه اذا استندوا في ذلك الى اسباب قوية على ان يعلنوا قراراتهم الى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ان تقرر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا "

فبرغم ان التصرف بالمال الشائع لابد ان يكون بالاجماع لكن قد تعرض ظروف هامة واسباب قوية تستدعي التصرف ومع ذلك يتعذر الاجماع لذلك اجاز المشرع المصري صحة التصرف بالاغلبية ثلاثة ارباع المال الشائع باعطاء ضمانات للاقلية ، فلابد اعلان التصرف لللاقلية وجود اسباب جوهرية للتصرف.

واذا تصرف احد الشركاء بدون موافقة بقية الشركاء بجزء من المال الشائغ فلا يكون للتصرف اثرا ، إلا إذا وقع هذا الجزء في نصيبه نتيجة القسمة . لان القسمة لها اثر كاشف فيعتبر مالكا لهذا الجزء وقت التصرف .وهذا ما اكدته محكمة ستئناف بغداد بصفتها التمييزية.

المادتين (1061 و 1062) من القانون المدني العراقي باعتبار الشريك أجنبي في حصص الشركاء وتطبيقا" لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية "وان المدعى عليه قام بتشييد الدار عليها دون أذن وموافقة باقي الشركاء وحيث أن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا" تاما" بحيث لا يضر بشركائه الآخرين 00 ولا سيما أن إقامة البناء على العقار الشائع يجب أن يتم بموافقة الشركاء جميعا" لأنه من أعمال الإدارة غير المعتادة التي تستوجب الإجماع "" .

وان وجود قسمة المهاياة لا يبيح للشريك البناء على الحصص الشائعة لبقية الشركاء وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بقرارها " أن دعوى المدعي تضمنت طلب رفع التجاوز بالبناء الواقع من قبل المدعى عليه على القطعة وهي بستان مملوكه للدولة وحق التصرف فيها إلى عدد من الشركاء من بينهم مورثي الطرفين وقد ردت محكمة الموضوع الدعوى بحجة وجود قسمة مهايأة مكانية بين المميز والمميز عليه وباقي الشركاء وان الأبنية المطلوبة إزالتها شيدت على الجزء المخصص للمدعى عليه نتيجة تلك القسمة ومن أن موضوع إقامة الأبنية شان يعود للشريك ضمن الجزء المخصص له . وهذا الاتجاه لا سند له من القانون حيث أن قسمة المال الشائع مهاياة كما أشارت إليه المادة (1078) من القانون المدني وهي طريق للانتفاع بالمال وبالتالي فان مجرد وجود قسمة المهاياة لا يبيح للمتقاسم البناء على الجزء المختص دون الحصول على موافقة الشركاء".

ويجب على من أراد من الشركاء البناء في حصص الآخرين من الشركاء الحصول على موافقتهم جميعا" أو استحصال أذن من المحكمة ولا يكفي الحصول على موافقة بعضهم وبذلك

اذا تصرف احد الشركاء بالمال الشائع كله بيعا او رهن اومنفعة او غيرذلك بدون اذن بقية الشركاء وقع البيع فيما زاد عن حصته موقوفة على اجازة بقية الشركاء. ولا يجوز للشريك التصرف بجزء مفرز من المال الشائع ولو كان يعادل حصته لانه حق الشريك لايتركز على الجزء المفرز الذي تصرف فيه الفقرة الثانية من المادة المادة 1062 مدني عراقي "واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذه الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك.

الاسبوع /4

ازالة الشيوع (قسمة المال الشائع)

المادة 1070 مدني عراقي "لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان يمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه "تطابقها المادة 834 مدني مصري تطابقها المادة 841قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة 1930 .

يجوز لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ولا يجبر على البقاء على الشيوع الا اذا وجد نص في القانون كما في الشيوع الاجباري او وجد اتفاق غلى البقاء في الشيوع لمدة لاتزيد على خمس سنين.

يجوز ان يرد شرط البقاء في الشيوع في اتفاق بين الشركاء او يرد بوصية ويعتبر هذا الشرط ساريا بحق الخلف العام والخاص سواء يعلم اولايعلم بوجود الشرط ، خلافا للفقرة الثانية من للمادة 142 مدني عراقي التي تشترط لانتقال الالتزامات الى الخلف الخاص علمه بها وقت انتقال الشيء اليه .

**انواع القسمة**

القسمة اما ان تكون رضائية باتفاق جميع الشركاء ، او قضائية بتدخل محكمة بداءة موقع العقار الشائع او موقع المدعى عليه في المنقول .

**اولا :القسمة الرضائية:**

نصت المادة 1071من القانون المدني العراقي على انه "1 -للشركاء اذا لم يكن بينهم محجورا ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها " بينما المادة 835 مدني مصري "للشركاء اذا انعفد اجماعهم ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فاذا كان بينهم من هو ناقص اهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون".

القسمة عقد يشترط لصحتها رضا جميع الشركاء وان يكون كل منهم كامل الاهلية، فاذا كان بينهم غائب او محجور اي قاصر سواء كان عديم الاهلية لصغر او جنون، او ناقصها -صغير مميز- لاتتم القسمة الا بتدخل مديرية رعاية القاصرين وبما يحقق مصلحة القاصر ، ويسري على القسمة شروط الانعقاد والصحة.

نصت المادة 83 من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 "على المحكمة المختصة عند اصدارها قرار بالحجز اجبار مديرية رغاية القاصرين المختصة لتثبت اموال المحجور وفق احكام هذا القانون فلا يجوز لولي الغائب او المحجوز او وصيه او قيمه ان يوقع القسمة نيابة عنه "

نصت المادة43 منه "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك ومن ضمنها القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيها" .وهذا ما اكدنه محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزيةفي قرار حديث لها.

والقسمة عقد فلا بد من توفر الاهلية وخالية من عيوب الارادة واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع. وتعتبر القسمة عقد شكلي اذا كان محلها عقار فلابد من تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري والا كانت باطلة نصت الفقرة الثانية من المادة 1071 مدني عراقي - لا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري "

وقضت محكمة التمييز في قرار لها "ان المادة 1071/2من القانون المدني تشترط تمام القسمة الرضائية بوجوب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وبدونه لا يمكن الاعتداد بها قانونا.

ويجوز قسمة المال الشائع باي طريقة يتفق عليها الشركاء ، كتقسيم المال الشائع عينا بينهم كل واحد يحتص بجزء مفرز او بالقرعة او يتم بيعه ويقسم الثمن بينهم كل شريك بقدر حصته.

عدم اعطاء الحق للورثة الراشدين ازالة شيوع الدار الموروثة اذا كانت مشغولة من الزوجة .

نصت المادة 1070 مدني عراقي " لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق مقيدا الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه "

يجوز للشركاء برضائهم الاتفاق على البقاء على الشيوع بشرط لمدة لاتزيد على خمس سنين ويسري منع ازالة الشريك بحق الشريك وخلفه العام ورثته وخلفه الخاص مشتري الحصة الشائعة مثلاً.

وقد يكون المنع من القسمة بمقتضى نص في القانون كما في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1497 في 29/11/1982 "لا يحق للورثة الراشدين ازالة شيوع دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة باحد من اولاد المتوفى القاصرين او الزوجة او كليهما حتى بلوغ القاصر سن الرشد او اكمالهم الدراسة في الكليات والمعاه العالية اذا كانوا مستمرين في هذه الدراسة فان كانت الزوجة مستقلة بسكناها في الدار ولم يسكن معها احد من اولاد المتوفى القاصرين فلا يجوز ازالة شيوع الدار الا بموافقة الزوجة ولا تستفيد الزوجة من هذا اذا تزوجت او كانت تملك دار اخرى على وجه الاستقلال "وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1611 الصادر في22 /12/ 1982 "لا تباع ولا يزال شيوع الدار الموروثة اذا كانت مشغولة من قبل الزوجة المتوفى ما دامت الزوجة على قيد الحياة الا اذا وافقت الزوجة على بيع الدار او ازالة شيوعها وتمت هذه الموافقة امام المحكمة التي تنظر في دعوى ازالة الشيوع او امام دائرة التسجيل العقاري المختصة في حالة البيع.

وعدم جواز ازالة شيوع العقار (دار السكن) المشغولة من قبل القاصرين لاعتباررات انسانية واجتماعية لا يحق لمورثة الراشدين ازالة شيوع دار السكن المورثة اذا كانت مشغولة من اخوتهم القاصرين,الا اذابلغ القاصر سن الرشد او اكمل دراسته الاكاديمية او في المعهد ، ولا يجوز بيع دار السكن للزوجة المتوفى الا بموافقتها او اذا ماتت او اذا تزوجت .قرار لمجكمة الاسنثناف بصفتها التمييزية جاء فيه "ان المدعى عليها هي احد ورثة زوجها المتوفى ولما كان قرار مجلس قيادة الثورة رقم 1611 في 23/12/1972قد اجاز لزوجة المتوفى باشغال الدار ولا يزال شيوعها الا بموافقتها.

فرار لمحكمة التمييز جاء فيه "ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1497 في 29 /11/1982 الذي جاء معدلا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1041 في 17/ 8/1982 لم تجوز الفقرة اولا منه ازالة شيوع دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة باحد من اولاد المتوفى القاصرين او الزوجة او كليهما وقد ثبت للمحكمة ان هذه الدار لا زالت مشغولة من ورثة الشريك ...القاصرين وزوجته وان قرار مجلس قيادة الثورة المشار اليه والذي صدر بعد صدور قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 قيد صلاحية مديرية رعاية القاصرين باعطاء الاذن ببيع سهام القاصر في دا سكنه مادامت هذا الدار مشغولة منه ".قرار اخر لمحكمة التمييز" ان ازالة شيوع الدار المرقمة ... بيعا وللاسباب المبينة في الحكم لعدم قابليتها على القسمة بالنسبة لاصغر حصة فيها وجد انه موافق للقانون بالنظر لما استند الية من اسانيد قانونية".

وان الحالات التي يجبر فيها الورثة البقاء في الشيوع تقتصر على دار السكن ولا تشمل الارض الزراعية او البستان لذا لا يجوز التوسع في البقاء الشيوع لورثة المتوفى بسسب زوجة المتوفى او القاصر في عدم بيع الدار المشتركة وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز.

واذا لحقت القسمة ضررا بدائني كل شريك فلهم الطعن بالقسمة اذا كان فيها غشا وتواطؤ بين الشركاء بقصد الاضرار بالدائنين ، نصت الفقرة الثالثة من المادة 1071 مدني عراقي على انه "لدائني كل شريك ان يطعنو بالقسمة اذا كان فيها غش او اضر بمصالحهم " وهذا تطبيقا لدعوى عدم نفاذ التصرف. وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها جاء فيه"فيكون التصرف الذي اجراه المميز الى ولديه بهبة العقار وبدون بدل قد اضر بحقوق الدائنين المميز عليهما وان ذلك التصرف لا يكون نافذا بحقهم وهذا مانصت عليه المادة 264/2 من القانون المدني اما اذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية حتى لو ثبت ان المدعي لم يرتكب غش".

ولا بد ان تتوفر شروط دعوى عدم نفاذ التصرف لذا جاء قرار لمحكمة التمييز :" وحيث ان التصرفات القانونية المشمولة بالمادة (263)هي التصرفات التي تؤدي الى نقصان ذمة المدين كالهبة دون عوض والبيع وحيث ان حجز العقار لا يؤدي الى نقصان ذمة المدين وانما وضع احترازي للدائن " . الدائنون هنا هم دائنو كل شريك سواء كان دائن شخصي او دائن مرتهن ، الدائن يعنيه ان تتم القسمة الرضائية دون اضرار بمصالحه الا يتعمد الشركاء قسمة المال الشائع ان يوقع في نصيب مدينه اعيانا منقولة او نقودا يسهل على المدين تهربها من تنفيذ الدائن عليها ، وكذلك الا يقع في نصيب مدينه الا اموالا قيمتها اقل من حصته فيقل الضمان العام الدائنين .المادة 842 مدني مصري "لدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة عينا او ان يباع المال بالمزاد وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها الزامهم بان يدخلو من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة "

ازالة الشيوع في الاراضي الزراعية وفق قرار مجلس قيادة الثورة رقم 286 لسنة 1987 وحدد الحدود الاقتصادية العليا للافراز في اولا منه ونص ثالثا منه تختص المحاكم المدنية بالنظر في دعاوى ازالة الشيوع وفق احكام القانون المدني مع التقيد في الحدود في الفقرة اولا من هذا القرار.

**ثانيا :القسمة القضائية**

نصت الفقرة الاولى من المادة 1072 مدني عراقي "اذا لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجور فللشريك الذي يريد الخروج في الشريوع مراجعة محكة الصلح ( محكمة البداءة ) لازالته "اذا لم يتفق الشركاء جميعا على قسمة المال الشائع او كان بينهم محجور او غائب واراد بعضهم الخروج من الشيوع فلهم رفع دعوى القسمة امام المحكمة المختصة نصت المادة 31 من قانون المرافعات المدنية رقم 83لسنة 1969 على انه "تختص محكمة البداءة بدرجة اخيرة قابلة للتمييز بالنظر في دعوى ازالة الشيوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما " تقام ازالة شيوع العقار في محكمة بداءة موقع العقار المادة 36 مرافعات مدنية وتقام دعوى ازالة شيوع في المنقول محكمة بداءة موطن المدعى عليه او المحل الذي يختاره الطرفين لاقامة الدعوى المادة 37 مرافعات مدنية .

ويتم الطعن على قرار محكمة البداءة بازالة الشيوع امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لان مبلغ الدعوى لايزيد على الف دينار.

الاصل ان تتم القسمة القضائية عيناً ،حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع واذا لا يقبل القسمة عيناً تتم قسمة تصفية وتقرر المحكمة بيعه بالمزاد العلني .

1- القسمة العينية:

فاذا كان المشاع عقارا تمسح الارض وتفرز على اساس اصغر نصيب يراعى الموع والجودة والميزات الاحرى وبحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق وتعين قيم الحصص باتفاق الشركاء فان لم يتفقوا عينها القاضي. واذا كان المال الشائع منقول يفرز الى حصص متعادلة بمقياس حسب نوعه وتوزع على الشركاء بالقرعة. والاصل ان تتولى المحكمة القيام بعملية القسمة ولكن الغالب ان تندب المحكمة خبيرا او اكثر ليتولى تقدير قيمة المال الشائع وتقسيمه على الشركاء كل بقدر حصته.

واكدت محكمة الاستئناف ميسان بصفتها التمييزية بقرارها على قابلية قسمة المال الشائع عيناًعلى اساس اصغر حصة لكون العقار بعد القسمة يبقى منتفعا به انتفاعا من جنس الانتفاع الذي كان حاصلا قبل القسمة ومن غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة وفقا لما ورد بتقرير الخبراء الخمسة واذا كان العقار الشائع يقبل القسمة لا يجوز للمحكمة ان تقرر بيعه خصوصاً اذا اصحاب النصيب الاصغر رضي بالقسمة عيناً وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية.

اذا كان الشيء الشائع يقبل القسمة فانها المحكمة تقرر قسمته عينا والقسمة العينية اما قسمة جمع او قسمة تفريق .

أ- قسمة الجمع:نصت المادة 1074 مدني عراقي على انه "اذا كان المشاع اعيانا متعددة وكانت متحدة الجنس يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع "قسمة الجمع جمع الحصص الشائعة في الاعيان المشتركة في قسم منها اذا كانت الاعيان المشتركة ثلاث سيارات والشركاء ثلاثة قسمت بينهم كل واحد سيارة .وتجوز القسمة الرضائية في الاعيان المشتركة قسمة جمع سواء كانت متحدة الجنس او غير متحدة الجنس فاذا كانت الاعيان دار وسيارة يجوز الاتفاق على ان ياخذ احد الشركاء الدار والاخر سيارة ولاتجوز القسمة القضائية قسمة جمع الا اذا كانت متحدة الجنس فليس للقاضي ان يعطي لاحد الشركاء دار والاخر دكان او سيارة.وهذ ما اكدته رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية"وعند عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ 18/5/2015 وجد بأنه  صحيح  وموافق للقانون  للأسباب التي استند أليها إذ جاء أتباعا للقرار التمييزي الصادر عن هذه المحكمة بالعدد  139/حقوقية/2015 في 4/3/2015 حيث ثبت من صورة قيد العقار موضوع الدعوى بأنه غير قابل  للقسمة بين الشركاء لأصغر حصة فيه لتعارض القسمة مع مساحة  الحد الأدنى المسموح إفرازها قانوناً بمقتضى أحكام القرار 940 لسنة 1987 وان إزالة شيوعه  قسمة جمع طبقاً لأحكام المادة 217 من قانون التسجيل رقم 43 لسنة  1971 يتطلب موافقة جميع الشركاء  على هذه القسمة باعتبارها نوع من أنواع القسمة الرضائية وهذا غير متحقق في دعوى المميزيين / المدعيين لمعارضة المدعى عليها الرابعة على أجراء القسمة  المذكور ".

ب-قسمة التفريق:تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة بكل جزء من اجزائها في قسم منها كدارمشتركة تقسم بان يختص كل شريك بجزء من هذه الدار.

ثانيا: قسمة التصفية :اذا كانت القسمة عينا لاتتم اوتفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة تلجا الى قسمة التصفية وبيع المال الشائع بالمزاد. بينما نصت المادة 841 مدني مصري "اذا لم تمكن القسمة عينا او كان من شانها احداث نقص في قسمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرفعات وتقصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجملع "فقسمة التصفية تتم ببيع المال الشائع بالمزاد العلني ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر حصته.

**احكام ازالة الشيوع**

**اولا :طبيعة القسمة:**

نصت المادة 1075 مدني عراقي "ترجح جهة الاقراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التي الت اليه وانه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص " تطابقها المادة 843 مدني مصري "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي الت اليه منذ ان تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص "لا تعتبر القسمة بيعا بل ولا تترتب اثارهاها من وقت القسمة كالبيع ، بل هي مبادلة وافراز لذا يكون لها اثر كاشف ورجعي فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المفرزة ليس من تاريخ القسمة بل من تاريخ الشيوع .

ان للقسمة اثر رجعي فاذا تملك بالشيوع بالميراث اعتبر مالكا من وقت موت المرث لا من وقت تمام القسم واذا كان سبب الشيوع الشراء فيعتبر مالكا من وقت البيع لا وقت القسمة.

بينما المادة 883 مدني فرنسي (يعتبر كل شريك في الارث انه قد ورث لوحده على الفور كل الاموال التي تشملها حصته ........................).

**ثانيا:ضمان الاستحقاق:**

نصت المادة 1076 مدني عراقي على انه "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان على ان يكون العبرة في تقدير الشي بقيمته وقت القسمة فاذا كان احد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين " تطابقها المادة 844 مدني مصري تطابقا المادة 984 موجبات وعقود لبناني

ان كل متقاسم يلتزم بالضمان للمتقاسمين الاخرين ما يقع لهم من تعرض او استحقاق في الجزء المفرز الذي وقع في نصيبهم لو استحق الجزء المفرز الذي آل لاحد الشركاء نتيجة القسمةو يجب ان يكون التعرض اوالاستحقاق ناتجا عن سبب سابق على القسمة فلا يتحمل الخسارة الشريك المتقاسم وحده بل يشاركه بقية المتقاسمين لان القسمة تقوم على المساواة ، فيرجع المتقاسم الذي استحق نصيبه على بقية المتقاسمين بالتعويض والعبرة بتقدير التعويض هي بقيمة المقسوم وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ويقسم التعويض على جميع المتقاسمين ومن بينهم مستحق الضمان بقدر حصة كل منهم بالمقسوم واذا كان بينهم معسر يتحمله المتقاسمةن نصيبه كل بقدر حصته .

لمادة 884 مدني فرنسي (يبقى الشركاء في الارث ضامنين تجاه بعضهم البعض حالات التعرض ونزع اليد فقط التي تنشا عن سبب سابق القسمة ......).

**ويشترط** لضمان الاستحقاق:

1- ان يقع تعرض واستحقاق، ان المتقاسم يجب ان يمتنع عن التعرض المادي لبقية الشركاء ويكون ضامن التعرض القانوني دون المادي الصادرر من الغير طبقا للقواعد العامة لضمان الاستحقاق في البيع .

2- ان يكون الاستحقاق لسبب سابق على القسمة ان يكون الحق الذي يدعيه الغير يدعي انه موجود قبل القسمة فاذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة فلا ضمان مثلا ان تنزع ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد تمام القسمة .

3- عدم رجوع الاستحقاق لخطأ المتقاسم نفسه نصت على ذلك العبارة الاخيرة من الفقرة الثانية المادة 844 مدني مصري "ويمتنع الاستحقاق ايضا اذا كان الاستحقاق راجعا لخطا المتقاسم نغسه "ولا وجود نص مثله في القانون المدني العراقي

اذا كانت العين التي وقعت في نصيب المتقاسم بحيازة حائز لم يستكمل مدة تقادمه واهما المتقاسم قطع التقادم واسترداد العين حتى اكملت مدة التقادم

4- عدم وجود شرط يعفي من الضمان تقول العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة 844 مدني مصري "غير انه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشا عنها ..."وعدم وجود نص مماثل في القانون المدني العراقي ولكن نرجع للقواعد العامة لضمان الاستحقاق في البيع بما لا يتعارض مع طبيعة القسمة بواز الاعفاء من الضمان .نصت الفقرة الاولى من المادة 556 مدني عراقي على انه "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا من ضمان الاستحقاق او ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان "

واراد المشرع المصري ان يشدد في شرط الاعفاء من ضمان الاستحقاق في القسمة عن ضمان الاستحقاق في البيع بان اشترط ان يكون صريحا واقتصاره على الحالة الخاصة التي نشا عنها الضمان.

**الثالثاً:الغبن الفاحش:**

نصت الفقرة الاولى من المادة 1077مدني عراقي على انه "يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين لحقه منها غبن فاحش ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل نقد او عينا ما نقص من حصته

للشريك الذي لحقه غبن فاحش نتيجة القسمة ان يطلب نقضها خلال ستة اشهر من انتهاء القسمة وهذه مدة سقوط وليست مدة تقادم لا تقف ولا تنقطع ، فاذا ثبت ذلك نثضت وتم اعادتها من جديد حتى يرفع الغبن الفاحش وتحقيق العدالة وهذا الحكم يقتصر على القسمة الرضائية ولا يشمل القسمة ، ويجوز الطعن بالقسمة سواء بالنسبة للمنقول كالحيوانات والعروض او العقار مثل دار او ارض زراعية ولا يشبرط التغرير والغش والخداع من الشريك الاخر هلافا للفقه الحنفي الذي يشترط لنقض القسمة بالغبن الفاحش التغرير.

ويكون الغبن فاحشا في القانون المدني العراقي بتقدير حسابي مادي ويعتبر الغبن فاحش اذا كان ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار.

والاصل في القانون المدني ان مجرد الغبن الفاحش لا يكفي لفسخ العقد بل يشترط ان يكون ناشئا عن تغرير او ناتجا عن استغلال ولكن هناك حالات استئنائية يكفي الغبن الفاحش وحده يجعل العقد باطلا نصت عليها المادة 124 / 2مدني عراقي كما اذا كان المغبون محجورا او وقفا او مال الدولة .

بينما تقرر المادة 1050 مدني اردني"1- يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا ان يطلب من المحكمة فسخ القسمة واعادتها عادلة 2-وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة "ولقد ركن المشرع المصري الى معيار مادي مجرد وهو الغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة . نصت الفقرة الاولى من المادة 845 مدني مصري "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة "

ويجوز للمدعى عليه ان يتجنب اعادة القسمة من جديد بان يعوض المغبون ما نقص من حصته نقدا او عينا ونصت المادة 947 موجبات لبناني "لايجوز ابطال القسمة سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية الا بسبب الغلط او الاكراه او الخداع او العبن "والقسمة عقد تخضع للابطال بسبب عيوب الارادة الغلط والاكراه اضافة للغبن.

ان الفبن الفاحش يكفي لنقض القسمة وليس من الضروري ان يكون الغبن نتيجة استغلال او تدليس –تغرير –.ويجوز نقض القسمة الرضائية سواء كانت قسمة عينية قسمة كلية او جزئية او قسمة بالبيع. ولا يجوز نقض القسمة القضائية بسبب الغبن الفاحش

بينما المادة 887 مدني فرنسي (يمكن ابطال القسمة - الرضائية - بسبب الاكراه او التدليس ويمكن ايضا ان يحصل الابطال بسبب الغلط اذا وقع هذا الغلط على وجود او مقدار حقوق الشريك المتقاسم او على ملكية الاموال المشمولة من الكتلة القابلة للقسمة....).ويجوز للمحكمة بدلاً من ابطال القسمة الابقاء عليها مع تغويض المغبون تعويض تكميلي يكمل ما نقص من حصته او تقوم بتعديل القسمة مما يزيل الغبن الفاحش وان حدوث غلط في القسمة ليس على الشيء نفسه وانما حتى صفة جوهرية في الشيء يبرر ابطال العقد وهذا ما اكدته المحاكم الفرنسية في كثير من قراراتها

اي ابطال القسمة في القانون الفرتسي نفس البيع لا يكفي الغبن الفاحش وحده بل يحتاج الى التدليس .

الاسبوع /5

**الشيوع الاجباري**

نصت المادة 1070 مدني عراقي " لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق مقيدا الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه "**وهذا ما اكدته** محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية في قرار حديث لان الشريك في المال الشائع لايجبر على البقاء في الشيوع الا بمقتضى شرط او نص.

نصت المادة 1081 مدني عراقي على انه "ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوعه اذا تبين ان الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب ان يكون دائما على الشيوع "ويتضح من هذا النص ان ما يميز الشيوع الاجباري عن الشيوع العادي هو الغرض الذي اعد له .وتحديد الغرض الذي اعد له المال الشائع يستلزم بقاء المال على الشيوع دائماً مسالة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية .

والشيوع الاجباري نوعين اصلي وتبعي والاصلي يتحقق بالنسبة للاشياء التي تخصص لخدمة واستعمال جماعة من الافراد بصةرة داءمة كمدافن الاسرة وصورها ووثائقها .اما الشيوع الاجباري التبعي وهو المهم من الناحية العملية ، فيتحقق بالنسبة للاشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات او اجزاء من عقار واخد مملوكة لشركاء ملكيات مفرزة.

ومن حالات الشيوع الاجباري التي نظم احكامها القانون المدني الحائط المشترك والطريق الخاص المشترك ونظم قانون التسجيل العقارياحكام الطبقات والشقق .

يتميز الشيوع الاجباري عن العادي :

2- لا يجوز للشريك في الشيوع لاجباي ان يتصرف في حصته تصرف يتعارض مع الغرض الذي اعد له الشيء الشائع ، بينما يحق للشريك في الشيوع العادي ان يتصرق بحصته بمختلف التصرفات لشريكه او لغيره .

3- وعلى الشريك في الشيوع الاجباري استعمال الشيء الشائع على نحو لا يتعارض مع الغرض المعد له ولا يضر بالشركاء الاخرين .بينما في الشيوع العادي للشريك استعمال حصته وقبض ثمارها .

4- نفقات الشيء الشائع في الشيوع العادي على الشركاء كل بقدر حصته ، وفي الشيوع الاجباري في الحائط المشترك نفقات صيانته على الشركاء مناصفة المادة 1078 /2مدني عراقي "واذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له عادة فنفقة اصلاحه على الشريكين مناصفة "وفي الطبقات والشقق نفقات صيانة الاجزاء المشتركة على الشركاء كل بقدر قيمة شقته او طبقته .

**الحائط المشترك**

نصت المادة 1091 مدني عراقي "الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائيين يعد مشتركا حتى مفرقهما مالم يقم الدليل على خلاف ذلك "تطابقها المادة 817 مدني مصري

اذن الحائط المشترك هو الذي يفصل بين بنائين فاذا كان يفصل بين بناء وارض او بين ارض وارض لا يعتبر حائط مشترك ووجود الحائط وقت انشاء البنائين.

لكل من الشريكن استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذي اعد له ، بان يضع عليه اخشابا وغير ذلك بقدر ما لشريكه ولا يزيد على ذلك الا باذن شريكه بشرط ان لا يتجاوز ما يتحمله الحائط . واذا وهن الحائط المشترك وخيف سقوطه واراد احد الشريكين هدمه ورفض الاخر يجبر الرافض على هدمه واذا انهدم الحائط المشترك واراد احدهما اعادة بنائه ورفض الاخر يجوز لشريكه باذن من المحكمة اعادة بنائه والرجوع بحصة الشريك الاخر من نفقات البناء.اونفقات الحائط المشترك مناصفة بين الشريكين.

ونظمت المادة 1089 مدني عراقي احكام تعلية الحائط المشترك وبينت ان التعلية ملك للقائم بالتعلية ولا يجوز استعمال الشريك الاخر الجزء المعلى الا اذا اشترك بنفقات التعلية.

**الطريق الخاص المشترك**

تعمير الطريق الخاص يشارك الشركاء صاحب الدار في مدخل الطريق في نفقات التعمير التي تعود في حصته ولا يشارك احد من الشركاء صاحب الدار في منتهى الطريق نفقات التعمير التي تعود في حصته.

**الطبقات والشقق**

لم ينظم القانون المدني العراقي احكام الطبقات والشقق بل نظم احكام العلو والسفل .ونظم القانون الاردني نظام الطبقات والشقق في قانون مستقل هو قانون ملكية الطوابق والشقق رقم 25 لسنة 1968 ووفق المادة 2 منهذا القانون الاجزاء المشتركة "ارض العقار واجزاء البناء المعد لاستعمال البناء المشترك او اي جزء يسجل بهذا الوصف او تقتضي طبيعة البماء ان يكون مشتركا .."

المادة 292 من قانون التسجيل العقاري تكون الملكية العقارية في العمارة عند تسجيل افرازها او قسمتها على نوعين 1- ملكية شائعة بين المالكين في ارض العمارة والاجزاء والمرافق المعدة للاستعمال العام في العمارة "

ونظم المشرع الفرنسي نظام الطبقات والشقق في القانون رقم 65 -557 في 10 تموز / يونيو 1965 تختلف عن نظام العلو والفل فكان اكثر حداثة وحدة ، ويتماشى مع حالة العمارات التي تتكون من عدد كبير من الطبقات خاصة اننا في عصر ناطحات السحابوتشمل اجزاء مفرزة وهي الطبقة والشقة واجزاء مشتركة شيوعا اجباريا .

الفرع الاول :الاجزاء المشتركةوالاجزاء المفرزة

اولا الاجزاء المشتركة : المادة 3 من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي رقم 61 لسنة 2001"اذا تعدد ملاك الطوابق او الشقق في بناء وكان كل منهم يملك طابقه او شقته ملكية مفرزة، فأنهم يعدون شركاء في ملكية الارض وملكية الاجزاء المعدة لاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص في ملكية الاسس والجدران الرئيسة والمداخل والفناءات والسقوف والاسطح والمصاعد والسلالم والممرات والدهاليز والانابيب الا ما كان نها داخل الطابق او الشقة ذاتها، ما لم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك"فالاجزاء المشتركة ارض البناء واجزائها المعدة للاستعمال المشترك كاسس وجدران والاسطح والدهاليز والسلم والمصعد وانبيب النور والمياه والحديقة المشتركة واجهزة التدفئة والتبريد وكل مايعد للايستعمال المشترك وهناك اجزاء مشتركة بين مالكين كلحواجز الفاصلة بين شقتين.

المادة (5) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي "تكون ملكية الجدران او الحواجز الفاصلة بين شقتين مشتركة بين مالكي هاتين الشقتين ."

ونظم المشرع الفرنسي نظام الطبقات والشقق في القانون رقم 65 -557 في 10 تموز / يونيو 1965 الذي ينظم الملكية المشتركة في العقارات المبنية المادة الاولى منه (يطبق هذا القانون على كل عقار مبني او مجموعة عقارات مبنية تتوزع ملكيتها بين عدة اشخاص يتضمن كل منها قسما خاصا وحصة في الاجزاء المشتركة ).

المادة 2 منه تعتبر اجزاء خاصة الاجزاء المخصصة في الابنية والاراضي للاستعمال الحصري لشريك معين في الملكية والاجزاء هي ملك حصري لكل مالك شريك في الملكية ).

المادة 3 منه (تعتبر مشتركة الاجزاء المخصصة في الابنية والاراضي لاستعمال او لمنفعة جميع الشركاء في الملكية لعدد منهم تعتبر مشتركة –الارض والباحات والمتنزهات والحدائق وطرق الدخول اساسات الابنية وجدرانها وسقوفها وعناصر التجهيز المشترك بما فيها اجزاء القنوات التابعة لها صناديق المدخنات واغطيتها ورؤسها -مواقع الخدمات المشتركة الممرات والمعابر.............).

المادة 4 منه تشكل الاجزاء المشتركة ملكية شائعة بين جميع الشركاء في الملكية او بعضهم فقط وتنظم ادارتها وحق التمتع بها وفقا لاحكام هذا القانون.

.**ولا يجوز التصرف بالاجزاء المشتركة بمعزل عن الشقة** نصت المادة 4 من قانون نظام الطبقات والشقق العراقي " لا تقبل قسمة الاجزاء المشتركة المنصوص عليها في مادة ( 3 ) من هذا القانون، وتكون حصة كل مالك فيها بنسبة قيمة الطابق او الشقة التي يملكها، وليس لمالك ان يتصرف في حصته هذه بصورة مستقلة عن ذلك الطابق او الشقة"

المادة 6 من القانون الفرنسي لسنة 1965(لا يجوز ان تكون الاجزاء المشتركة والحقوق التابعة لها موضوع دعوى قسمة او مزاد جبرري بمعزل عن الاجزاء الخاصة..

**ثانيا :لملكية المفرزة في الطبقات والشقق**

يكون لكل مالك طبقة يملك طبقته ملكية مفرزة فله ان يبيعها او يهبها او يرهتها او يؤجرها وله ان يحري فيها كل التحسينات بشرط الاتلحق هذه الاعمال الضرر بالعمارة وببقية الشركاء**.**

المادة 7 من القانون الفرنسي تعتبر الفواصل والحيطان الفاصل بين الاجزاء الخاصة وغير المشمولة بالاساسات وحيطان الدعم مشتركة بين الاماكن التي تفصل بينهما.

الفرع الثاني استعمال الاجزاء المشتركة وتعديلها

اولاً: استعمال الاجزاء المشتركة : المادة (6 ) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي "لكل مالك ان يستعمل الاجزاء المشتركة في ما اعدت له، بشرط ألا يحول ذلك دون استعمال باقي الملاك تلك الاجزاء ."والاجزاء المشتركة تعتبر مملوكة ملكية مشتركة لجميع ملاك الطبقات والشقق والشيوع هذا اجباري لا يقبل القسمة لكل شريك استعمال الاجزاء المشتركة في سبيل الانتفاع بشقته وكل شريك يستعمل الاجزاء المشتركة فيما اعدت له وعلى الوجه الذي لا يضر بالعمارة ملك الدخول من باب العمارة واستعمال السلم والمصعد للوصول الى شقتهوان يوصل انابيبه ومواسيره الداخلية بالانابيب والمواسير المتركة للعمارة في الماء والغاز والكهرباء. ولا يجوز القيام باي عمل يلحق ضر بالاجزاء المشتركة كاي عمل يوهن البناء او يضعف متانه او يؤدي الى تشويه مظهره او استعمال الاجزاء المشتركة لغير الغرض المعد لها.المادة 6 من قانون ملكية الطوابق والشقق الاردني "لكل مالك ضمن شروط النظام المقدم لدائرة التسجيل ان يستعمل القسم المشترك فيما اعد له على ان لايحول دون استعماله باقي المالكين ولا يجوز لاي مالك ان يقوم باي عمل من شانه ان يهدد سلامة البناء او ان يغير من شكله او مظهره الخارجي او اضافة اية ابنية عليه ولا يجوز احداث اي تعديل في القسم المشترك حتى عند تجديد البناء او في كل ماهوضروري لتكوين وتناسق البناء..... الابقرار تصدره الجمعية باغلبية ثلاثة ارباع الاصوات على الاقل "

ثانياً: تعديل الاجزاء المشتركة:

نصت المادة 8من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي "اولاً – لا يجوز لأي مالك ان يقوم بعمل من شأنه ان يهدد سلامة البناء او يغير في شكله او مظهره الخارجي .  
ثانياً – لا يجوز احداث أي تعديل في الاجزاء المشتركة بغير موافقة جمعية الملاك المؤسسة بموجب مادة ( 9 ) من هذا القانون الا اذا كان التعديل الذي يقوم به احد الملاك على نفقته الخاصة من شأنه ان يسهل استعمال تلك الاجزاء دون ان يغير من تخصيصها او يلحق الضرر بالملاك الآخرين" jتطابقها الفقرة الثانية من المادة 857 مدني مصري

ولا يجوز لمالك الطبقة والشقة احداث اي تعديل في الاجزاء المشتركة بغير موافقة بقية الشركاء الا اذا كان التعديل على نفقته ومن شانه يسهل استعمال الاجزاء دون تعيير الغرض المعد لها ودون الحاق ضر ببقية الملاك كتوسيع السلم او جعل المصعد في مكان اليق.

الفرع الثالث تكاليف الاجزاء المشتركة:

نصت المادة 7 قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي" على كل مالك ان يسهم في تكاليف حفظ الاجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها وتكون حصته من هذه التكاليف بنسبة قيمة الطابق او الشقة التي يملكها ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، ولا يجوز لمالك ان يتخلى عن حصته في الاجزاء المشتركة للتخلص من الاسهام في تلك التكاليف" .

نفقات الحفظ والصيانة وترميم الاجزاء المشتركة وادارتها وتجديدها نفقات اصلاح المصعد او السلم او الكهرباء المركزية للعمارة من السلالم والمصعد يتحملها ملاك الطبقات جميعا بقدر قيمة شقة كل شريك. نصت الفقرة الاولى من المادة 858 مدني مصري "على كل مالك ان يشارك في تكاليف حفظ الاجزاء المشتركة وادارتها وتجديدها ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار مالم يوجد اتفاق على غير ذلك ".

المادة 10 من القانون الفرنسي للملكية المشتركة لسنة 1965 ( يلزم الشركاء المساهمة في الاعباء الناشئة عن الخدمات الجماعية وعناص التجهيز المشترك بنسبة المنفعة التي توفرها هذه الخدمات والعناصر لكل قسم )ويلزمون بالمحافظة في الاعباء المتعلقة بحفظ الاجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها نسبة الى قيم الاجزاء الخاصة التي تشملها اقسامهم وفق التقييم الذي وضعته احكام المادة (5).

المادة 5من القانون الفرنسي ( لكل قسم يساوي القيمة النسبية لكل جزء خاص بنسبة مجموع قيم تلك الاجزاء وتستنتج هذه النسب عند انشاء الملكية المشتركة من محتويات الاقسام ومساحتها وموقعها دون اعتبار لوجهة استعمالها).

الفرع ارابع - ادارة الاجزاء المشتركة:

وفق المادة 9 قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي ؤتؤسس جمعية لادارة الاجزاء المشتركة تتالف من كل الملاك ويضع لها نظام لتحسين الانتفاع من الاجزاء المشتركة.المادة 0 منه "اولاً – تضع جمعية الملاك نظاماً داخلياً لتأمين حسين الانتفاع بالاجزاء المشتركة للبناء وادارتها "

في العمارة في فرنسا تؤسس جمعية تتضمن من ملاك الطبقات المادة 14 من القانون الفرنسي (تنظم جماعة المالكين المشتركين ضمن جمعية لها الشخصية المدنية يتناول موضوعها الحفاظ على العقار وادارة الاجزاء المشتركة وتسال عن الاضرار التي يسببها الشركاء في الملكية للغير )والمادة 15 منه (للجمعية لها صفة التقاضي سواء كمدعية او مدعى عليها حتى في مواجهة الشركاء في الملكية).

اذا انهدمت العمارة كلها او جزء منها يتحمل كل الشركاء تشييدها واذا رفض المشاركة تباع شقته جبرا عنه بحكم قضائي او بالمزاد وفق قانون التنفيذ ، وهنا يختلف الحكم الملكية الشائعة حيث لا يجبر الشريك شركه على عمارة حصته

نصت المادة ( 11 ) منقانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق العراقي "اولاً – اذا هلك البناء كلاً او جزءاً لأي سبب التزم الملاك باعادة تجديده او تشييده وفق ما تقرره الجمعية بالاغلبية المنصوص عليها في نظامها الداخلي، على ان يخصص ما يستحق من تعويض بسبب هلاك البناء لأعمال التجديد او التشييد" ثانياً – اذا رفض احد الملاك الاذعان لقرار الجمعية يكون ملزماً ببيع حقوقه الى باقي الملاك او بعضهم بالثمن الذي تقرره المحكمة بناء على طلب من رئيس الجمعية، وعند رفضهم الشراء تباع حقوقه بالطرق المقررة في قانون التنفيذ" .

المادة 38/من قانون الملكية المشتركة للعقارات المبنية الفرنسي (في حالة تهدم البناء كليا او جزئيا تستطيع الجمعية باغلبية الاصوات ان تقرر اعادة بناء هذا المبنى او اعادة الجزء المتضرر الى حالته واذا كان التهدم يطال اقل من نصف المبنى تصبح اعادة الجزء المتضرر الى حالته الزامية).

المادة 41 منه (واذا اتخذت الجمعية قرار بعدم اعادة البناء المنهدم الى الحالة السابقة يتم تصفية الحقوق في الملكية المشتركة وتعويض الشركاء الذين لم يعد بناء قسمهم)

**اسباب كسب الملكية**

قد يكون سبب كسب الملكية التصرف القانوني من عقد او وصية، وقد يكون الميراث ، كذلك هناك اسباب اخرى لكسب الملكية التي تهم دراستنا وهي الاستيلاء والالتصاق والشقعة والحيازة والتقادم . لذا نقسم الفصل الى اربعة مباحث نخصص الاول للاستيلاء والثاني للالتصاق والثالث لحق الشفعة والرابع للحيازة والتقادم.

الاسبوع/6

الاستيلاء (كسب الملكية ابتداءً)

نصت الفقرة الاولى من المادة (1098 ) مدني عراقي على أنه " كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه " وتقابلها المادة (870 ) مدني مصري "من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه "" ، فالاستيلاء واقعة مادية هي وضع اليد على منقول لا مالك له او حيازته ولكنها تقترن بنية التملك . ونرى ان النص العراقي ادق من النص المصري الذي اقتصر على (لا مالك له) ، ولم ينص على (المباح) ، لان هناك اشياء لا مالك لها مع ذلك لا يحوز تملكها او التعامل بها قانوناً.

ويرى العلامة السنهوري بحق :**"ان الحيازة هنا تكفي وحدها للتملك دون اقترانها باية واقعة اخري ، ويرجع ذلك ان المنقول الذي يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له، فتملكه لا يتضمن سلباً لملكية العير او اعتداء عليها"**.

**اركان الاستيلاء وشروطه**

يتبين من نص المادة (1098) مدني عراقي سالفة الذكر ، ان للاستيلاء ثلاثة اركان اذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سبباً لكسب الملكية ، فعليه نقسم المطلب الى ثلاثة فروع :نخصص الاول الاحراز( وضع اليد ) ،والثاني منقول مباح لامالك له ، والثالث قصد التملك (نية التملك ). .

**الاحراز(وضع اليد )**

وهو وضع اليد على منقول .وهذا العنصر المادي للحيازة ، نصت الفقرة الثانية من المادة 1098 مدني عراقي على انه "والاحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء كحصد الكلاء والاحتطاب من اشجار الجبال ، ويكون حكماً بتهيئة سبب الاحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة للصيد "يتبين منهذا النص ان الاحراز على نوعين :

اولاً- الاحراز الحقيقي :وضع اليد حقيقة او فعلاً على الشيء ، فيصبح في قبضة يده ويستأثر به دون غيره ، كحصد الكلاء والاحتطاب من اشجار الجبال .

ثانياً :الاحراز الحكمي : يتمثل بتهيئة سبب الاحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة للصيد.

**محل الاستيلاء (منقول مباح لامالك له)**

لابد ان يقع الاستيلاء او الاحراز على منقول مباح لا مالك له، قد يكون المنقول لا مالك له منذ البداية ، كالاشياء المشتركة، التي تحقق النفع لكل الناس ، كالسمك في الماء والطير في الهواء وكالشمس والهواء والبحر وكالماء والنار والكلاء وغيرها من الاشياء المشتركة التي يجوز الانتفاع منها من الكافة ولا يستطيع احد ان يستأثر بها بمجموعها كمياه الانهار الجارية غير المحرزة فيجوز احراز الماء والكلا بشرط عدم الاضرار.واخشاب الاشجار من الجبال المباحة فيجوز لكل شخص ان يقطع اشجار واحطاب واحجار من هذه الجبال وغيرها من المواد التي يحتاج اليها في البناء والوقود، وصنع الالات الزراعية وحاجات اخرى ، اما الجبال الخاصة باهل القرى او القصبات منذ القدم لا تعتبر مباحة. لا يجوز الاستيلاء على مياه المساقي والعيون والابار المملوكة ، لكن للانسان وحيواناته حق الشفة بشرط عدم الاضرار .واذا وجد داخل حدود قرية مراعي فيجوز لاهل هذه القرية ان يرعوا مواشيهم وينتفعوا من نباتات المرعى بدون دفع رسوم للدولة .

وقد يكون المنقول له مالك ثم يتخلى عن ملكيته ، وهي الاشياء المتروكة التي يتخلى عنها اصحابها بقصد اسقاط ملكيتها ، كالملابس القديمة وفضلات الطعام، في القمامة .اما الاشياء الضائعة كالنقود والحقائب والاشياء الضائعة في وسائط النقل وغير ذلك ، لا تعتبر متروكة لانها مملوكة ولم يتخلى عنها صاحبها وان فقد حيازتها المادية ، بل خرجت من يده بدون رادته، فتبقى ملكاً له ولا تكون محلاً للاستيلاء فتطبق عليها احكام اللقطة.

في التشريع العراقي يسقط كل حق في الادعاء بملكية الأشياء أو ثمنها إذا بيعت بعد مرور خمس سنوات استناداً للمادة (316) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971.

ويعتبر حرام التقاط الضائع بقصد تملكه لحديث الرسول (ص) لاياتي بالضالة الا الضال ، أما فقهاء الشافعية والحنابلة فقد اقروا بأن الالتقاط يكون محرما في حالة إذا كان الشخص يعلم في نفسه الخيانة وإذا اخذ المال لنفسه).وذكر المالكية ان الالتقاط محرما في حالتين إذا كان في بلد سلطانه جائر يأخذ اللقطة إذا أعلن عنها لذلك إذا كان الملتقط غير أمين يحرم الالتقاط سواء خاف على اللقطة من الضياع أم لم يخف كذلك إذا كانت بين أمناء فيحرم أخذها.وعند الجعفرية مكروه .

ويعتبر مباح وان نبت في ارض مملوكة ، الكلاء النابت في ملك شخص بغير قصد، لكن يجوز لمالك الارض ان يمنع غيره من الدخول في ملكه. لكن اذا اذن لغيره بالدخول في ملكه فلهذا الغير اخذ الكلاء ويتملكه بالاستيلاء لانه مباح .

وان يكون وضع اليد على منقول مادي ، فلا يكون الاستيلاء سبباً لكسب ملكية المنقولات المعنورية كحق الؤلف ، فمن كتب شعراً نظمه ثم غيره وتخلى عن الاول ثم اخذالورقة شخص اخر فلا يكسب حق المؤلف بالاستيلاء. وكذلك من رسم صورة ثم مزقها ورماها بقصد التخلي عنها و وضع شخص يده عليها لا يكسب حق المؤلف لان الاستيلاء يقتصر على المنقولات المادية .

**قصد التملك (نية التملك)**

هذا العنصر المعنوي للحيازة ، فيجب لمن يريد تملك منقول بالاستيلاء ان يتوفر عنصري الحيازة المادي والمعنوي، من يحرز منقولاً لا بقصد تملكه بل بالصدفة لا يتملكه بالاستيلاء بل يبقى منقولاً مباحاً ، فمن وضع اناء بقصد جمع ماء المطر فان الماء المتجمع يكون ملكا له ، ولكنه لو وضع اناه لعرضه للبيع فنزل ماء المطر فيه ، فلا يكون الماء ملكا لصاحب الاناء لعدم توفر قصد التملك ، بل يصبح ملكاً لمن شربه ، فلا يجوز لصاحب الاناء طلب ثمناً عنه، وكذلك لو نشر الصياد شبكة لصيد السمك لاجل تجفيفها و وقع فيها طير فيبقى الطير مباحاً لا يتملكه الصياد بالاستيلاء لعدم توفر قصد تملكه فمن اخذه ابتداءً من الشبكة تملكه بلاستيلاء ، فلو التقط شخص منقولاً ملقى في الطريق دفعه الفضول لاخذه، ولما تأمله زهد فيه والقاه ثانية في الطريق فانه لا يتملكه بالاستيلاء ، لفقد العنصر المعنوي للحيازة وهي نية التملك.

وليس لعديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ان يتملك منقولاً بالاستيلاء لا نعدام نية التملك نتيجة انعدام التمييز، اي انعدام الوعي والادراك وقصد التملك ، فالطفل قصده اللعب ولا يفهم من الملك شيئاً ، والمجنون مختل عقله فلا يميز بين الخير والشر ، لذا اذا وقع طير صغير من عشه ومسكه الطفل او المجنون ثم تركه فلا يملكه بالاستيلاء، ثم اخذه مميز فالاخير يتملكه بالاستيلاء.

الاسبوع/7

الكنز

لا يعتبر الاستيلاء سبباً لكسب ملكية الكنز ،رغم تنظيم احكام الكنز في النصوص الخاصة بالاستيلاء ، لذا يقول العلامة السنهوري : "ليس من الدقة القول ان الكنز منقول مباح لا مالك له، فالمنقول المباح اما ابتداءً او يتخلى عنه اصحابه، والكنز ليس كذلك ، فهو قد كان له مالك، ولم يثبت ان هذا المالك تخلى عنه، بل الظاهر انه كان حريصاً عليه عندما دفنه او خبأه، لذلك لا يصح ان يكون الكنز محلاً للاستيلاء" .

تعريف الكنز وتمييزه عن غيره

اولا: تعريف الكنز : نصت المادة 1101من القانون المدني العراقي على انه "الكنز المدفون او المخبوه ..."تطابقها المادة 872 مدني مصري اي هو ما يدفنه اصحابه في باطن الارض من النقود والحلي والسبائك.

ثانيا تمميز الكنز عن غيره::

1- تمييز الكنز عن المعادن: المعدن هو الذي يتولد بفعل الطبيعة في باطن الارض ، سواء كان صلباً كالذهب والفضة أو سائلاً كالنفط والزئبق ، وتعتبر المعادن ملكاً للدولة كثروة وطنية ، اما الكنز فهو المدفون في باطن الارض بفعل اصحابه او اثر حوادث الطبيعة كغرق السفينة.

2- الكنز والاثار القديمة : لا تعتبر الاثار القديمة كنزاً لاغراض المادة 1101من القانون المدني سالفة الذكر ، كالكنوز القديمة للاشررين والبابلين والحضر وتدمر والفراعنة ، فلا تكون محلا لكسب ملكينها بالاستيلاء بل لا تكون محلا لكسب ملكيتها باي سبب من اسباب كسب الملكية وتعتبر ملكا للدولة وتنظمها قوانين خاصة.

ونظم احكام الاثار قانون الاثار العراقي رقم 59 لسنة 1936 وعدل بقانون الاثار والتراث النافذ رقم (55) لسنة 2002.وعرفت سابعاً من المادة( 4ا )منه الاثار بقولها" الاثار : الاموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها او صنعها او نحتها او انتجها او كتبها او رسمها او صورها الانسان ولا يقل عمرها عن 200 مئتي سنة وكذلك الهياكل البشرية والحيوانية والنباتية." وتعرف ثامنا من نفس المادة المواد التراثية بقوله لمواد التراثية : الاموال المنقولة والاموال التي يقل عمرها عن 200 مئتي سنة ولها قيمة تاريخية او وطنية او قومية او دينية او فنية، يعلن عنها بقرار من الوزير ".

ولا تكتسب ملكية الاثار بالاستيلاء نصت المادة(3) من قانون الاثار والتراث "اولا – يمنع التصرف بالاثار والتراث والمواقع التاريخية الا وفق احكام هذا القانون .ثانيا – يمنع مالك الارض التي يوجد فيها الاثر والتراث والموقع التاريخي من التصرف المادي بها او اجراء الحفر فيها او تخريبها او تغيير معالمها".

**شروط الكنز**

نصت المادة (1101) مدني عراقي على انه " الكنز المدفون والذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته يكون لمالك العقار ان كانت الارض مملوكة وللدولة ان كانت اميرية ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وقفاً صحيحاً "يتبين من هذا النص انه يجب ان يتوافر افن للكنز شرطان هما :

اولاً -**ان يكون مدفونًاً او مخبوءاً** ، فهو منقول ، اما العقار المدفون فيكون عادة اثراً من الاثار القديمة تسري عليه الاحكام المتعلقة بالاثار لا الاحكام المتعلقة بالكنز.اما ما يوجد من كنز في مكان ظاهر لا يكون كنزاً بل يعتبر ضائع وتطبق عليه احكام اللقطة . ويصح ان يكون الكنز مدفوناً في باطن الارض او في عقار اخر كسقف او جداربل يصح ان يكون مخبوءاً في منقول اخر يحتويه، كما لو عثر على مجوهرات في صفحة من صفحات الكتب ، ولا يشترط ان يعثر على الكنز صدفة فقد يتوقع شخص ان يكون في الارض كنز ويسعى الكتشف عنه ، ولا يشترط في الكنز ان يكون قديما، ةما دام مدفوناً او مخبوءاً فانه يكون متميزاً عن الارض ، فما يوجد من معادن في باطن الارض لا يعتبر كنزاً ، لانه يتولد بفعل الطبيعة ويعتبر جزءاً من الارض وليس مدفونًا او مخبوءاً بفعل الانسان.

ثانياًا- **الا يستطيع احد ان يثبت ملكيته**، فلو ثبتت ملكيته لصاحب الكنز فيكون صاحب الحق فيه وليس لصاحب العقار المدفون فيه الكنز . فاذ ادعى احد ان الكنز له واثبت ملكيته، وانه كان دفنه خوفا من السرقة او للطمانينة على بقائه محفوظاً فانه لا يعتبر كنزاً ويجوز للمالكه ان يسترده بدعوى الاستحقاق.

**احكام الكنز**

نظمت المادة (1101) مدني عراقي احكام الكنز بقولها "الكنز المدفون والذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته يكون لمالك العقار ان كانت الارض مملوكة وللدولة ان كانت اميرية ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وقفا صحيحا "

والواقع ان المشرع يقيم قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس على ان ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد التمتع بها اذا لم يثبت من يدعي ان الكنز ملكا له فيكون الكنز لصاحب الارض المدفون فيها ، فالكنز يتبع العقار في ملكيته فهو لمالك الارض سواء كانت الارض مملوكة للافراد او مملوكة للدولة او لجهة الوقف ، واذا كان لاحد حق التصرف في ارض اميرية فان الكنز يكون للدولة وليس لصاحب حق التصرف ، وتكون لجهة الوقف اذا كانت الارض موقوفة وقفا صحيحا خيريا اما الوقف الذري فيكون لاصحاب الوقف الذري .ونصت الفقرة الثانية من المادة 872 مدني مصري على انه "الكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته ".

لا يعتبر الاستيلاء سبباً لكسب ملكية الكنز رغم تنظيم احكام الكنز في النصوص الخاصة بالاستيلاء ، فلو عثر شخص على كنز فلا يكون له الحق فيه في القانون العراقي و المصري ، فلو اجر صاحب الاررض عاملاً فحفر فوجد العامل الكنز فان هذا العامل لا يتملكه بالاستيلاء بل يكون ملكا لصاحب الارض المدفون فيها الكنز ولا شيء لمن عثر عليه .ويقسر الفقه هذا التوجه التشريعي بحرمان من عتر على الكنز من اي نصيب فيه بان من عثر على الكنز قد يكون عثر عليه صدفة فليس له فضل غي العثور عليه ولا يستحق شيئاً من اجل ذلك ، وهو لا يستطيع ان يتملك الكنز بالاستيلاء اذ الكنز لا يكون محلاً للاستيلاء وان عثر عليه فانه بناء على تكليف المالك اياه بالبحث فهو اذن كان يعمل لحساب المالك.

ان بعض القوانين تجعل لمن يعثر على الكنز مع صاحب الارض نصيباً في الكنز فقد نصت المادة (237 ) من قانون الملكية العقارية اللبناني "ان الكنز الذي يعثر عليه في الارض تعود ثلاثة اخماسه لصاحب الارض وخمس لمكتشفه والخمس الاخير للخزينة العامة.." تطابقها المادة 830 مدني سوري .اما المادة (716) من لقانون المدني الفرنسي فتقرر بان (يقسم الكنز مناصفة بين صاحب العقار الذي وجد فيه الكنز وبين من عثر على الكنز فان كان من عثر على الكنز هو صاحب العقار نفسه فالكنز له كله).

واذا كان على الارض حق انتفاع اوحق مساطحة او كان لها مستأجر فان الكنز المدفون في الارض اذا عثر عليه لايعتبر ملكاً للمنتفع او المساطح او المستاجر بل ملكاً لصاحب الارض لان الكنز لا يعتبرمن ثمار االشيء ، ولا هو من ملحقاته ،لصراحة نص المادة 1101 مدني عراقي "الكنز المدفون والذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته يكون **لمالك العقار**...".

**صيد البر والبحر**

نصت الفقرة الاولى من المادة (1102 ) مدني عراقي على أنه "الصيد مباح براً وبحراً ويجوز اتخاذه حرفة ".ونصت الفقرة ثانياً منها " وشرط الصيد ان يمتنع الحيوان عن الانسان بقدرته على الفرار ثم يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده " ان ما يحصل عليه الصياد من صيد يتملكه بالاستيلاء لانه مباح ويشترط للتملك بالصيد الشروط الآتية :

1- ان يكون الحيوان ممتنعا عن الانسان .

2-وان يكون له قدرة الفرار كالحيوان المتوحش المفترس كالاسد والنمر ، اذا وضع كمين له اوضربه بطلقة مخدرة لصيده يتملكه الصياد، اما الحيوانات الاليفة والداجنة كالقطط والكلاب والخيل زالدجاج والبط لا تطبق عليها احكام الصيد لانه في الغالب يكون لهذه الحيوانات مالك وايضاً الاسود والنمور والقردة الفارة من السيرك او من حديقة الحيوانات لايكن تملكها بصيدها لان لها مالك .

3- ان يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده .والسمك في الماء وسائر الاحياء المائية هي منقول لا مالك له ويجوز تملكه بالصيد فيكون سبب لكسب الملكية هو الاستيلاء مع التقيد بالاحكام الخاصة التي تنظم الصيد ولكن السمك الموجد في احواض خاصة والترع والمصاريف الخاصة لا تعتبر منقولا مباحا لامالك له بل هي ملك لمالك الحوض او الترع او المصاريف المائية الخاصة.

وتنظم احكام الصيد في البحر والبر القوانين الخاصة نصت المادة 1103 مدني عراقي على انه "الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة"". قانون تنظيم الصيد واستغلال الاحياء المائية وحمايتها رقم 48 لسنة 1976المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1981.

وحددت المادة 4من قانون حماية الحيوانات البرية العراقي رقم 17 لسنة2010 احكام الصيد براً بقولها " أولاً : يمنع أستعمال الوسائل التالية في صيد الحيوانات البرية (أ- وسائل الإبادة الجماعية في صيد الحيوانات البرية مثل الشباك و الفخاخ و المصائد الحديدية و السموم . ب- مطاردة الحيوانات و الطيور البرية بالطائرات و السيـارات ووسائـط النقل الأخرى. جـ-البنادق الاوتوماتيكية و الرشاشات وبنادق الصيد ( الكسرية ) التي يقل طول إطلاقها ( السبطانة ) عن (400 ) مليمتراً. د- إيذاء الحيوانـات البريـة أو إلحاق الضرر بها بأي شكل من الأشكال . هـ- جمع بيض الطيور البريـة أو تخريب أعشاشها .ثانياً : يمنع صيد الحيوانات و الطيور البرية المحرم صيدها ).

ومن ضمن العقوبات على المخالف وفق المادة (9 ) منه مصادرة الصيد وعدته وأدواته ووسائط النقل المستخدمة.تؤول الأموال المصادرة بعد اكتساب الحكم درجة البتات الى وزارة الزراعة تقوم ببيعها وباتلاف الادوات غير المشروعة في الصيد.

**حق الشفعة**

نظم المشرع العراقي حق الشفعة في الفصل الثني الخاص باسباب كسب الملكية من الباب الاول الخاص بحق الملكية من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الاصلية ، اذ يعتبر حق الشفعة سبباً من اسباب كسب الملكية ، ولقد اختلف الفقه في طبيعة حق الشفعة الى اتجاهين الاول : يرى انه حق والثاني : يرى انه ليس حق ، وانفسم الاتجاه الاول الى رايين الاول يرى انه حق شخصي والثاني يرى انه حق عيني ، ويرى الاتجاه الثاني ان الشفعة ليست بحق عيني وليست بحق شخصي بل هي ليست حقاً اصلاً ، انما هي سبب من اسباب كسب حق الملكية ، والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سببه ، فالملكية مثلاً حق عيني وتكسب بالاستيلاء والالتصاق والحيازة والشفعة ولم يتسأل احد هل الاستيلاء او الالتصاق حق ؟ والشفعة باعتبارها سبباً لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوع او الجوار او الصلة المادية الاخرى القائمة بين العقار المشفوع والمشفوع به ، وهذه واقعة مادية بيع العقار المشفوع بالنسبة للشفيع واقعة مادية اخرى باعلان الشفيع رغبته بالاخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر بارادة منفردة فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها الواقعة المادية وليس التصرف القانوني ، ومن ثم يمكن ادخال الشفعة كواقعة مادية . حق الشفعة رخصة واختيار للشفيع (الشريك) في الدار السكنية او الشقة السكنية في تملك العقار المشفوع جبراً على المشتري بعد اتخاذ الاجراءات المقررة قانوناً ، ،وتقتصر الشفعة على العقار ولا تشمل المنقول، ولا بد ان يكون التصرف بيعاً وهناك حالات تسقط فيها الشفعة ، في ضوء ذلك نقسم المبحث الى اربعة مطالب الاول تعريف الشفعة وخصائصها واجراءاتها والثاني شروط الاخذ بالشفعة والثالث احكام الشفعة والرابع سقوط حق الشفعة .

الاسبوع/8

الالتصاق

اما بفعل الطبيعة او بفعل الانسان والالتصاق بفعل الانسان اما في العقار او في المنقول

فالالتصاق اتحاد شيئين متميزين بحيث لا يمكن فصلهما الا بمشقة او نفقات باهضة زالا لتصاق بفعل الانسان اما البناء او الغراسس فب ارض الغير بمواد من الباني فلصاحب الارض قلع المحدثات الا اذا لحق ضرر في الارض فيتملكها بقيمتها قائمة اذا كان الباني حسن النية او مستحقة القلع او الالتصاق باستعمال مواد الغير فلصاحب المواد ان يتملك الارض اذا كانت اقل من قيمة المواد او يتملك صاحب الارض المواد بقيمتها مع التعويض

الالتصاق في المنقول

اذا اتحد منقولين متميزين قضاء وقدر بدون اتفاق يتملك صاحب المنقول الاكثر قيمة الاقل قيمة بالالتصاق.

الاسبوع 9

تعريف حق الشفعة وخصائصه

**نعريف حق الشفعة**

تعرف المادة (1128 ) من القانون المدني العراقي حق الشفعة على انه "الشفعة ، هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " .تقابلها المادة (935 ) مدني مصري على انه " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار، الحلول محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ". يلاحظ ان المشرع العراقي يعرف الشفعة بانها (حق) بينما المصري بانها (رخصة ) وهناك فرق بين المصطلحين .

الرخصة أو المكنة القانونية تتولد بقيام مركز قانوني للشفيع يخوله الاخذ بالشفعة وتحول الشفيع لحق في ان يتملك العقار المشفوع بارادته المنفردة ، بان يعلن رغبته بالشفعة، فالشفعة لا تكون سبباً لكسب حق ( الملكية ) الا بقيام مركز قانوني معين تتهيأ اسبابه باجتماع وقائع مادية ، فيكون للشفيع ليس حق المالك بل الحق في ان يتملك ، واعلان رغبته تصرف قانوني صادر بارادة منفردة تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا لكسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع ويحل محل المشتري.فالرخصة سبباً لاكتساب الحق وليس الحق ذاته .

فالشفعة رخصة اذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه شريكه لغيره وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، فالشفعة لا تكون الا في العقار ويسمى العقار المشفوع ويشفع الشفيع بعقاره اخر يملكه يسمى العقار المشفوع به.

**خصائص حق الشفعة**

يتميز حق الشفعة بالخصائص التالية :

اولا- **حق استثنائي** : انه يؤدي تملك الشفيع العقار المشفوع جبراً على المشتري ، وبدون رضاه وكما تقول المادة (238/1 ) من قانون الملكية العقارية اللبناني "الشفعة حق يجيز لصاحبه ان **ينتزع** العقار المبيع من المشتري..." ، الاصل ان تملك ملك الغير بدون رضاه غير جائز ، والشفعة نظاماً استثنائياً على خلاف الاصل ، بما تحدثه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق التصرف وحق الملكية , ويترتب على ان الشفعة حق استثائي لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الخاصة بها، فلا يجوز مثلاً الشفعة بالمنقول ولا غير الشريك في الدار السكنية او الشقة السكنية .

ثانياً - **حق غير قابل للتجزئة**: نصت المادة (1135 ) مدني عراقي صراحة على انه " الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع ان يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه ، لكن اذا تعددت الصفقة جاز للشقيع ان ياخذ بالشفعة بعض الصفقات دون بعض" ، فلا يجوز للشفيع ان ياخذ جزء من العقار المشفوع ويترك جزء منه جبراً على المشتري ، لان في ذلك تفريق للصفقة واضرار بالمشتري، لكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع فأن للشفيع الحق ان باخذ نصيب بعضهم حتى لو كان شائعاً وترك الباقي فاذا تعددت الصفقات والبائع واحد (المشفوع منه) ، فللشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي.وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية.

ثالثاً- **حق قابل للارث** : :نصت الفقرة الثالثة من المادة (1133) مدني عراقي على انه " ومتى ثبتت ، فلا تبطل بموت البائع او المشتري او الشقيع " اذا ثبتت الشفعة قبل موت الشفيع فللورثة المطالبة بها المدة الباقية قانوناً من طلب الشفعة ، مالم تكن سقطت قبل وفاة الشفيع.بينما تقرر المادة (1038) من مجلة الاحكام العدلية التي هي على المذهب الحنفي سقوط الشفعة بموت الشفيع ولا تنتقل بالارث .

واذا مات الشفيع قبل طلب الشفغة لا ينتقل حقه الى ورثته .اي قبل ان يستعمل حقه فيها بان يكون قد اعلن رغبته في الاخذ بالشفعة قبل موته حتى قبل رفع الدعوى بالشفعة او لم يكن قد تراضى عليها مع البائع( المشفوع منه)

رابعاً- **حق غير قابل للتصرف فيه للغير**: فليس للشفيع ان يتصرف بحقه للغير او لشفيع اخر بمقابل (بيعاً) او بدون مقابل (هبة ) وحق الشفعة لا يجوز تملكيه، فاذا نزل الشفيع عن حقه سقط حقه بالشفعة ، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة (1136) مدني عراقي على انه " وليس لاحد من الشفعاء ان ينزل عن حقه لاجنبي أو لشفيع اخر فان فعل سقط حقه .

**المطلب الثاني**

**اجراءات الشفعة وسقوطها**

لابد لتمسك الشفيع بحقه بالشفعة من اتخاذ اجراءات قانونية معينة والا سقط حقه بالشفعةاعلان رغبته ورفع دعوى الشفعة وايداع نصف الثمن الحقيقي وتسقط الشفعة بسبب عدم اتخاذ هذه الاجراءات واسباب اخرى منها التمازل عن حق الشفعة وزوال ملك الشفيع وهلاك العقار المشفوع . .

**اجراءات الشفعة**

يقصد باجراءات الشفعة الاعمال التي يقتضي على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع ، فحق الشفعة وحده لا يكفي بل لابد من دعمة بالاجراءات المقررة قانوناً ، وعدم بقاء الشفيع تحت ذمة المشفوع منه وحسن نيته، واجراءات الشفعة ثلاثة هي :

اولاً-ا**علان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة :**اذا تم انذار الشقيع انذاراً رسمياً من قبل البائع أو المشتري ، فيجب على الشفيع اذا اراد اخذ المبيع بالشفعة اعلان رغبته في مواجهة كل من البائع والمشتري معاً خلال خمسة عشر يومأ من تاريخ انذاره ، والا سقط حق الشفيع بالشفعة.

ولم يشترط المشرع العراقي اعلان الرغبة بشكل رسمي كما يشترط القانون المصري، بل يصح باي شكل سواء كان بطريق عادي رسالة عادية او بطريق رسمي عن طريق كاتب العدل لانها تعبير عن الارادة . واذا لم يوجه البائع او المشتري انذار رسمي للشفيع فان مدة رقع دعوى الشفعة تكون خلال ستة اشهر من تمام البيع.

ثانياً – **رفع دعوى الشفعة:** على الشفيع رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته، والا سقط حقه بالشفعة. وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة التي تنظر فيها محكمة الموضوع على وجه السرعة.

ثالثاً- **ايداع نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع :** في صندوق محكمة موقع العقار المشفوع ، وذلك لضمان جدية اخذ الشفيع بالشفعة من جهة والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من مشتري ودائنين من جهة اخرى. نصت المادة(1140 ) مدني عراقي على انه "على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يسازي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فان لم يتم الايداع سقطت الشفعة " . بينما تقرر المادة 942/2مدني مصري "كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع". ولا يشمل الملحقات كرسوم التسجيل والدلالة وغيرها لانه يصعب حساب الملحقات على وجه التخقيقي لاول وهلة وخاصة غير الرسمية منها .

فيجب ان يتم ايداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ، فان اودع الثمن ناقصاً أو في غير المحكمة موقع العقار المشفوع ،أو بعد رفع الدعوى سقط حقه بالشفعة، حتى لو كان الثمن كله مؤجلاً باتفاق بين البائع والمشتري ، أو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري .

واذا كان الثمن الذي ذكر بالعقد اكثر من الثمن الحقيقي ، في القانون المصري جاز للشفيع الطعن وله ان يودع الثمن الوارد بالعقد ثم يثبت اثناء نظر الدعوى الثمن الحقيقي فيسترد الفرق ، واما ان يودع الثمن الذي يدعي انه الحقيقي فان تمكن من اثبات ما يدعيه كان الايداع صحيحاً ، وان تعذر عليه الاثبات بطل الايداع وسقط حقه بالشفعة .

اما اذا كان البائع او المشتري يدعيان ان الثمن المذكور في العقد صوري وان الثمن الحقيقي هو اقل فتثور حينئذ مسالة صورية الثمن ومدى امكان الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي يرى جانب من الفقه المصري ان لشفيع الحق الطعن بالثمن الصوري والتمسك بالثمن الظاهر اذا كان حسن النية لانه من الغير في عقد لبع العقار المشفوع وحسن النية مسالة وقائع يعود تقديرها لقاضي الموضوع ، بينما يرى راي اخر بانه ليس من الغير ولا يجوز له الطعن بالصورية.

ولا يجوز في القانون العراقي للشفيع الطعن بالصورية في الثمن بعد تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقارري، اذ نصت المادة (149) من القانون المدني الالعراقي على انه "لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري" وهذا اكدته محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار حديث لها..لكن هذا اذا رفع الشفيع الدعوى بعد تمام البيع ، لكن اذا رفعها بعد اعلان رغبته وقبل تمام البيع فله الطعن بالصورية لانه من الغير كما يذهب الفقه .

وتنص الفقرة الاولى من المادة (529 ) مدني عراقي على انه " زيادة المشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن او زيادته في المبيع بعد العقد يصح وتلحق الزيادة والتنزيل باصل العقد ". وتنص فقرتها الثانية على انه " وما زاد المشتري في الثمن يعتبر في حق العاقدين لا في حق الشفيع وما حطه البائع من الثمن يجعل الباقي بعد الحط مقابلا لكل المبيع حتى في حق الشفيع وما زاد البائع في المبيغ يكون له حصة من الثمن**"**

وتنص الفقرة الثالثة منها على انه " وللبائع ان يحط جميع الثمن قبل القبض لكن لا يلحق هذا الحط باصل العقد فلو ابرا البائع المشتري من جميع الثمن واخذ الشفيع المبيع وجب ان ياخذه بالثمن المسمى " تقرر هذه المادة تعديل الثمن المسمى بعد العقد وهذا التعديل صحيح بالنسبة للمتعاقدين البائع والمشتري ، ولا يلتزم الشفيع بالزيادة من قبل المشتري ويستفاد من تقليل الثمن من البائع و يكون بالنسبة للشفيع ايضاً ، واذا تنازل البائع عن الثمن قبل قبض الثمن لا يمس اصل العقد كبيع ويتحول الى هبة بل يبقى وللشفيع الاخذ بالشفعة بالثمن المسمى بالعقد .

سقوط الشفعة

اولاً- **التنازل** :نصت المادة 1134 /د مدني عاقي على امخ اذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة او دلالة ولو قبل البيع " تطابقه ا المادة 948/ أ مدني مصري " اذا نزل الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع "

اذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة صراحة او ضمناً ، سواء كان قبل البيع او بعده بعوض او بدون عوض، سقطت الشفعةـ، ويكون ضمناً اي تصرف من الشفيع يتضمن اقراره بصفة المشتري كمالك للعقار المشغوع ،كما لو اشترى العقار المشفوع من مشتريه او استاجره منه او كان وكيلا للمشتري في البيع او يشهد على البيع . واذا تعدد الشفعاء وتنازل الشفيع المتقدم قبل التراضي اوقبل صدوز الحكم بالشفعة سقط حقه وياخذ الشقعاء الاخرون كل المشفوع ، واذا تم التنازل بعد التراضي اوبعد صدور الحكم، فالشفعة لا تسقط واذا سقط حق الشفيع المتقدم بمرتبة الشفغاء انتقل الحق الى الشفعاء الاخرين بشرط حصول طلب الشفعة عند حصول البيع ، واذا تنازل الشفيع تنازل جزئي كتنازله عن جزء من العقار المشفوع يعتبر التنازل كلياً ، لان الشفعة حق غير قابل للتجزئة.

وعلى من يدعي سقوط الشفعة بالتنازل اثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الاثبات ، ونظراً لخطورة ما يترتب على التنازل من سقوط الشفعة فينبغي التشدد في استخلاص التنازل الضمني ، بحيث يكون ما يصدر من الشفيع من فعل او تصرف قاطع الدلالة على تركه الاخذ بالشفعة ، ويخضع التنازل الضمني للسلطة التقديية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية.

ثانياً -**عدم قيام الشفيع باجراءات الشفعة** :وتسقط الشفعة اذا لم يقم الشفيع بالاجراءات المقررة قانوناً في المواد 1139 -1140 من القانون المدني ، اذا لم يعلن الشفيع عن رغبته خلال مدة خمسة عشر يوماً من انذاره ، واذا لم يرفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من اعلان رغبته، واذا لم يودع نصف الثمن الحقيقي الذي حصل فيه البيع في صندوق المحكمة .والمدد المحددة مدد سقوط لا تقف ولا تنقطع .

ثالثاً-**عدم رفع دعوى الشفعة خلال ستة اشهر من تمام البيع** : فاذا انقضت مدة ستة اشهر من تمام البيع اي من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري سقط حق الشفيع بالشغعة ، وهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم لا تقف ولا تنقطع ، وتسري حتى في مواجهة الشفيع الغائب او المحجور".

رابعاً- زوال ملك الشفيع : ويسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه للعقار المشفوع به او بتخلف شرط من شروط ثبوت الشفعة في الفترة بين انعقاد البيع وتمام الاخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه فبل الحكم بالشفعة او قبل التراضي عليها سقط حقه بالشفعة ، اذ يشترط ان يستمر مالكاً للمشفوع به الى الحكم بالشفعة او التراضي عليها فلو باع الشفيع العقار المشفوع به او وهبه او اوقفه لاولاده او لجهة خيرية او استحق للغير بحكم قضائي بالاستحقاق فبل الحكم بالشفعة او قبل التراضي عليها سقط حقه بالشفعة .

**الاسبوع /10**

**شروط الاخذ الشفعة**

لا يثبت حق الاخذ بالشفعة الا اذا توفرت شروط معينة نصت عليها المادة 1133 مدني عراقي نقسم المطلب ثلاثة فروع الفرع الاول ان يكون كل من المشفوع والمشفوع به ،حصة شائعة في دار سكنية او شقة سكنية، الفرع الثاني ان لا يملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال، الفرع الثالث  **ان يكون التصرف بيعاً**.

ان يكون كل من المشفوع والمشفوع بهحصة شائعة في دار سكنية او شقة سكنية

يشترط للاخذ بالشفعة ان يكون المشفوع والمشفوع به عقار فلا تثبت الشفعة في المنقول ، فلا شفعة في بيع حصة شائعة في سفينة لانها منقول ، ولا شفعة في المنقول بحسب المآل كبيع بناء للتهدم ، وان تكون حصة شائعة من دار او شقة سكنية، كما تشترط الفقرة الثانية من المادة (1133) على انه "ويشترط في المال المشفوع ان يكون عقاراً مملوكاً ...."، فلا شفعة للشريك في الارض الشائعة ولا الشريك في مخزن او دكان او اي عقار اخر ليس دار او شقة سكنية .ويجب ان يكون كل من دار او الشقة من العقارات المملوكة فلا تثبت الشفعة لمتولي الوقف ولا مستحقيه لانهما لا يملكان المال الموقوف، ولا شفعة لاموال الوقف ولا بها.ووفق المادة 935 مدني مصري تشمل الشفعة كل عقار سواء كان ارض او بناء لاغراض السكن او غيره لذا اذا كان هناك عقار بالتخصيص في العقار المشفوع فتشمل الشفعة هذا العقار.

ان لا يملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال

نصت المادة( 1129/أ )مدني عراقي "ينحصر حق الشفعة بالشريك في الدار السكنية شرط ان لا يملك دار سكن على وجه الاستقلال "الفقرة ب منها " يعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لاغراض هذا القرار ".ويشترط ان لا يملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال ، اما اذا كان الشريك يملك على الشيوع مع ملاك اخرين دار او شقة سكنية اخرى فله ان ياخذ حصة شريكه المبيعة بالشفعة، وكذلك الحكم اذا كان يملك عقار على وجه الاستقلال غير الدار او الشقة السكنية، كأن يملك ارض زراعية او مصنع او متجر .

ان يملك الشفيع العقار المشفوع به وقت بيع العقارر المشفوع ، وان يستمر مالكاً له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها .نصت المادة 1133/2"....ويشترط في العقار المشفوع به ان يكون ملكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مملوكا له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها "فان كان مالكا له واخرجه عن ملكه قبل البيع ببيعه او وقفه او جعله مسجدا لا يبقى هذا العقار مشفوعا ولا يبقى لمالكه السابق صفة الشفيع لزوال سبب الشفعة ، وكذلك الحكم اذا كان مملوكا له وقت البيع واخرجه من ملكه قبل الحكم بالشفعة او التراضي عليها.

يشترط في القانون العراقي ان يكون الشفيع مالكاً ولا تقرر الشفعة في حق المنفعة او المساطحة كما فعل المشرع المصري ، فاذا باع مالك الرقبة عقاره فللمنتفع اخذه بالشفعة لكن اذا كان العقار المنتفع به شائعاً وباع احد الشركاء حصته ، فلمالك الرقبة اخذ الحصة بالشفعة ولا يزاحمه الشريك الاخر في المنفعة ، لان مالك الرقبة منقدم في ترتيب الشفعاء على المنتفع، وكذلك يجوز للشريك في المنفعة ان ياخذ الحصة المبيعة بالشفعة وكذلك اذا باع مالك الرقبة فللمحتكر اخذها بالشفعة

لا شفعة في القانون العراقي بالنسبة للمنتفع ولا المساطع ولا المستاجر في الاجارة الطويلة ولا المستعير ولا صاحب حق ارتفاق .

**ان يكون التصرف بيعاً أو حكم البيع**

تقضي الفقرة الاولى من المادة 1133 مدني عراقي بانه "لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع ،"واذا كانت المادة تقتصر التصرف بالعقار المشفوع بالبيع فقط الا انه يمكن الاخذ بالشفعة اذا كان التصرف بحكم البيع .

لا بد من عقد بيع بين البائع مالك العقار المشفوع والمشتري حتى يجوز الاخذ بالشفعة فلا يجوز الاخذ بالشفعة اذا كانت واقعة قانونية كالميراث او الالتصاق والتقادم ، واذا كان تصرف قانوني صادر بارادة منفردة كالوصية ، واذا كان التصرف عقد تبرع كالهبة.

ولا بد ان يكون البيع صحيحاً فلا شفعة في البيع الباطل واما البيع المعلق على شرط واقف فيجوز الاخذ بالشفعة فيه لان له وجود قانوني وان كان غير نافذ .

وان يكون البيع حقيقي فاذا كان صوري فان الفقه والقضاء المصري يجيز للشفيع التمسك بالعقد الظاهر الصوري اذا كان حسن النية،يرى جانب اخر من الفقه المصري ان الشفيع ليس من الغير وبالتالي يكون العقد الحقيقي اذا كان تبرعا ولا يجوز له الاخذ بالشفعة.اما في القانون العراقي اذا كان بيع الحصة الشائعة صوري وان العقد الحقيقي تبرع لا يحوز الطعن بالصورية بعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري كما ذكرنا فيجوز الاخذ بالشفعة على اساس العقد الظاهر .

واذا كان يجوز الاخذ بالشفعة في عقد البيع يجوز ايضاً ماهو حكم البيع وكالاتي :

اولا- المقايضة: اعتبر المشرع العراقي المقايضة صورة من صور البيع ، ويجوز ان يكون البيع مبادلة مال بمال ، يعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ومشتريا للشيء الذي قايض عليه ، يجوز الاخذ بالشفعة اذا باع الشريك حصته الشائعة مقايضة فيجوز لشريكه الاخذ بالشفعة.

ثانيا- الصلح : اذا كان الصلح عن اقرار يعتبر بيع ، فاذا صالح المدعى عليه مع المدعي بعد اقراره بحق المدعي على حصة شائعة من دار او شقة يعتبر الصلح بيعاً ويجوز لشريك المدعى عليه الاخذ بالشفعة ، ولكن الصلح عن انكار بان ينكر المدعى عليه دعوى المدعي لا يعتبر بيعاً بحق المدعى عليه بل للتخلص من المنازعة اومن توجيه اليمين، فلا يجوز لشريك المدعى عليه الاخذ بالشفعة وكذلك حكم الصلح عن سكوت .

ثالثا- الإقالة : الإقالة وفق الماد183 مدني عراقي بحق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد ، فاذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة سقطت شفعته ، لكن اذا تقايل البائع والمشتري يجوز له الاخذ بالشفعة لانه من الغير والاقالة بالنسبة له بيع جديد .

رابعا الوفاء بمقابل: تنص المادة 400 مدني عراقي "يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين احكام البيع ..." اذا اتفق الدائن مع المدين على استيفاء الدائن شيئاً اخر من المدين غير دينه الاصلي فهنا نطبق احكم الوفاء واحكام البيع" ، فاذا كان المدين اتفق مع الدائن على الوفاء دينه مقابل حصة شائعة له من دار فهنا نطبق احكام البيع على الحصة (المقابل) ومن ضمنها حق الشفيع في الاخذ بالشفعة .

هناك بيوع لا يجوز فيها الاخذ بالشفعة ولا تسمع دعوى الشفعة نصت عليها صراحة المادة 1134مدني عراقي وهي :

1- البيع بالمزاد العلني :بتدخل الجهات الرسمية القضاء او الادارة نصت المادة لمادة 1134/أ مدني عراقي "اذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء او الادارة " لان هذا البيع يتيح للشفيع العلم بالبيع وبالتالي المشاركة في المزايدة.فقد يكون البيع الجبري بالمزاد بناء على طلب الدائن على اموال المدين لاستيفاء حقه ، وقد يكون بيع بالمزاد بتدخل القضاء في بيع المال الشائع لازالة الشيوع الذي يعرف بقسمة التصفية .ويجوز الاخذ بالشفعة اذا كان البيع ليس بمزاد علني او كان بمزاد عادي وليس رسمي .

2- البيع بين الازواج وبين الاقارب نصت المادة 1134 "لا تسمع دعوى الشفعة ب-اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول والفروع او بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة " ولا يجوز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول والفروع او الحواشي حتى الدرجة الرابعة ،لان هذا البيع تراعى فيه في تقدير الثمن اعتبارات شخصية وعائلية وصلة الرحم والقرابة تكون على الاعلب هي التي دفعت للتصرف.لذا اذا باع العقار المشفوع لاخيه او لعمه اوخاله او ابن عمه لا تسمع دعوى الشفعة.

ويشترط في الزواج استمرار العلاقة الزوجية فاذا انقطعت العلاقة الزوجية بالتفريق او الطلاق البائن فانه يجوز الاخذ بالشفعة ، اما اذا كان الطلاق رجعي وقبل اكمال العدة فانه لا يقطع العلاقة الزوجية فلا يجوز الاخذ بالشفعة.

وهل تشمل القرابة بالمصاهرة مثلاً اذا باع احد لاب زوجته او اخ زوجته حصته الشائعة فهل يحق للشفيع الاخذ بالشفعة ؟

نصت المادة 939/ب مدني مصري "لايجوز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية" وكذلك المادة 1161/2 مدني اردني "اذا وقع البيع بين الاصول والفروع او بين الزوجين او الاقارب حتى الدرجة الرابعة او بين الاصهار حتى الدرجة الثانية ".

ان المفروض الحكم يدور مع علته وان العلة من عدم الاخذ بالشفعة بسبب القرابة تصدق على المصاهرة فيراعى صلة القرابة عند تقدير الثمن وان الثمن المتفق عليه ليس هو الثمن لو باع لشخص اخر غريب ، لكن ان البيوع التي لا يجوز الاخذ بها بالشفعة ذكرت على سبيل الحصر وليس المثال ، ولم ينص المشرع العراقي في المادة 1134/ب انفة الذكر على المصاهرة مع القرابة كسبب لعدم الاخذ بالشفعة ، وتوجه المشرع العراقي بوجه عام لا يعتبر القرابة شاملة للمصاهرة ففي المادة 13 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959 "اسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبد هو القرابة والمصاهرة والرضاع ......" وكذلك المادة ( 91) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل لا يجوز للقاضي نظر الدعوى في الاحوال الاتية" 1- اذا كان زوجاً او صهراً او قريبالاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة " وبالتالي فان المصاهرة ليست كالقرابة ولا يصدق عليها وصف القريب من اصول وفروع وحواشي فلا تمنع البيع لاب الزوجة من الاخذ بالشفعة في القانون العراقي .

3- بيع العقار ليكون محل عبادة ولا تجوز الشفعة اذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة وسجل في دائرة التسجيل العقاري على هذا الوجه فسواء كان محل العبادة مسجد او كنيسة او دير او معبد بل يشمل كل محل عبادة للاديان المعروفة .

احكام الشفعة

اذا توفرت شروط الشفعة واتخذت الاجراءات القانونية من قبل الشغيع بحيث توفرت اسبابها وانتفت موانعها ، ترتبت اثارها القانونية بحق الشفيع والبائع والمشتري وفي مواجهة الكافة ،ومن هذه الاثار حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع بنفس الثمن والنفقات المعتادة ،وقد يتصرف المشتري بالمشفوع باعتباره هو المالك للمشفوع تصرف قانوني او مادي قبل اعلان الشفيع رغبته او قبل صدور حكم قضائي بالشفعة ، مما يقتضي بيان حكم تصرفات المشتري ، عليه نقسم المطلب الى فرعين الاول حلول الشفيع محل المشتري والثاني تصرفات المشتري بالعقار المشفوع .

حلول الشفيع محل المشتري

الاثر الرئيسي الذي يترتب على الشفعة هو تملك الشفيع العقار المشفوع بما قام على المشتري من ثمن ونفقات معتادة، ولكن الملكية لا تنتقل بمجرد التراضي او بصدور حكم قضائي بات بالشفعة ، بل لابد من تسجيل العقار باسم الشفيع في دائرة التسجيل العقاري، وهذا مانصت عليه صراحة المادة (1141) من القانون المدني العراقي على انه "يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري او عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة " .

ولا يتملك الشفيع العقار المشفوع بعقد جديد فهو لا يتلقى الملكية من المشتري ، بل يحل محل المشتري بحكم القانون في نفس العقد في مواجهة البائع كأن هناك علاقة مباشرة بين الشفيع والبائع في جميع حقوق المشتري والتزاماته عدا الاجل الممنوح للمشتري اذا كان الثمن مقسطاً مثلاً، فلا ينتفع الشفيع من اجل منحه البائع للمشتري مالم يرضى البائع ، لذا عليه دفع الثمن والنفقات كاملة وبدون تقسيط .

ومن الاثار المترتبة على حلول الشفيع محل المشتري وخروج المشتري من العقد انه اذا استحق العقار المشفوع بعد الاخذ بالشفعة، يرجع الشفيع على البائع بضمان الاستحقاق ولا يرجع به على المشتري ، وكذلك يضمن البائع التعرض القانوني الصادر من الغير والتعرض المادي والقانوني الصادر منه ، ولا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة( 1142) مدني عراقي على انه " زاذا استحق العقار المشفوع بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع ان يرجع بضمان الاستحقاق الا على البائع " تطابقها المادة (945) مدني مصري .وكذلك اذا تضمن عقد البيع اي اتفاق على تعديل احكم ضمان الاستحقاق سواء بالتشديد او التخفيف فان هذا الاتفاق يسري على الشفيع. كذلك الحكم اذا كان هناك عيب خفي بالمبيع ينقص من قيمنه او منفعته فيرجع الشفيع على البائع بضمان العيوب الخفية وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل احكام الضمان فانها ايضا تسري على الشفيع .

ومن اثار الحلول استرداد المشتري الثمن والنفقات المعتادة من اشلفيع كما يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع الى البائع فاذا امتنع عن تسليمه او تاخر وهلك بيده ضمن هلاكه حتى بقوة قاهرة.

اختلف الفقه المصري بشأن وقت تملك الشفيع للثمار والتزام المشتري بردها أو ضمان ما اتلفه منه حسب الاختلاف في وقت ثبوت ملكية الشفيع ، فراي يذهب الى وقت تمام البيع وراي الى وقت اعلان الرغبة والراي الثالث الذي تاخذ به محكمة النقض هو وقت تسجيل الحكم النهائي. اما موقف الفقه العراقي تصرف المشتري من استغلال او استعمال تبقى سارية في مواجهة الشفيع حتى بعد اعلان الرغبة ، فما يقبضه المشتري من ثمار ونتاج تعتبر ملكاً له لكنها تنتهي بانتقال ملكية العقار المشفوع الى الشفيع من تاريخ تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري.

تصرف المشتري في العقار المشفوع

نميز بين التصرفات القانونية والتصرفات المادية :

اولاً التصرفات القانونية :فاذا تصرف المشتري بالعقار المشفوع تصرف قانوني نميز بين صدور التصرف قبل اعلان الشفيع رغبته او بعد اعلان الرغبة، فقبل اعلان الرغبة، وباعتبار المشتري مالكاً للعقار المشفوع فله ان يتصرف بملكه تصرف المالك ، فكل تصرف قانوني صادر من المشتري ينفذ بحق الشفيع من بيع او ترتيب حق عيني من انتفاغ او ارتفاق او رهن وياخذ الشفيع العقار المشفوع مثقلاً بهذه الحقوق فاذا رهن المشتري العقار المشفوع انتقل العقار مثقلا بالرهن الى الشفيع ، واذا كان التصرف بيعاً وقام المشتري ببيع المشفوع بثمن اعلى فان الشفيع ياخذ العقار المشفوع بالثمن الثاني ، تسقطت شفعته على المشتري الاول وله شفعة جديدة على المشتري الثاني، فخصومة اشلفيع تنتقل من المشتري الاول الى المشتري الثاني .اما بعد اعلان الرعبة من بيع او حق عيني لا ينفذ بحق الشفيع فهو ياخذ العقار المشفوع خالياً من اي حق يثقله.اما في البيوع المتعاقبة فان الشفيع لا ياخذ بالشفعة الا من المشتري الاخير بالثمن الذي اشترى به

ثانياً التصرفات المادية :بناء اوغراس المشتري في العقار المشفوع مما يزيد من قيمته ومنافعة، نصت المادة 1143/1 مدني عراقي على انه "اذا بنى المشتري في العقار المشفوع او غرس اشجاراً قبل ان يبلغ بالرغبة في الاخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بدفع للمشتري مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء او الغراس " ونصت فقرتها الثانية " اما اذا حصل البناء او العراس بعد تبلغ الرغبة في الاخذ بالشفعة ، كان للشفيع ان يطلب القلع ، واذا كان القلع مضراً بالعقار كان له لت يستبقي البناء والغراس بقيمتها مستحقي القلع ". ، نميز ايضا بين حسن نية المشتري وسوء نيته فاذا كان التصرف قبل اعلان الرغبة بالاخذ بالشفعة ، يعتبر المشتري حسن النية ويلتزم الشفيع بمقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء ويتملك البناء بالالتصاق ، اما بعد اعلان الرغبة يعتبر المشتري سيء النية لانه يعلم بوجود حق للغير وانه يعتدي على حق الغير، كان للشفيع ان يطلب القلع ، الا اذا كان القلع مضراً بالعقار، كان له ان يتملك البناء او الغراس بالالتصاق بقيمته مستحقة القلع.

اما المادة 946 مدني مصري فانها تقرر اذا كان البناء قبل اعلان الرغبة الشفيع مخير اما دفع المبلغ الذي انفقه المشتري او مقدار مازاد في قيمة العقار، ويعامل المشرع المصري هنا المشتري معاملة افضل من معاملة الباني او مقيم المنشآت حسن النية في ارض الغير في الالتصاق .اما بعد اعلان الرعبة الشفيع مخير بين قلع البناء واستبقاء البناء على ان يعوض المشتري نفقات البناء.

**الحيازة (وضع اليد )والتقادم المكسب**

تعتبر الحيازة سبباً لكسب الملكية او الحق العيني ، والحيازة تشمل العقار وتشمل المنقول وفي العقار لا تكفي الحيازة وحدها بل لابد من دعمها بالتقادم ، وفي المنقول قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية وسبب صيحيح سند الملكية . .

**الاسبوع 11**

**الحيازة في العقار**

لحيازة وضع مادي على شيء ، تتطلب توفر العنصر المادي والمعنوي ، وهي سلطة فعلية على الشيء بفعل الحائز نفسه وتسمى الحيازة القانونية او بالواسطة وتسمى الحيازة العرضية ، ولا بد ان تكون الحيازة سليمة خالية من العيوب ، والحيازة تنتقل الى الخلف العام والخلف الخاص ، والقانون يحمي الحائز بدعاوى الحيازة ، في ضوء ذلك نقسم المطلب الى ثلاثة فروع الاول تعريف الحيازة وعناصرها وانواعها وعيوبها والثاني انتقال الحيازة وزوالها والثالث دعاوى الحيازة .

**تعريف الحيازة وعناصرها وانواعها** وعيوبها

لاعطاء مفهوم عام للحيازة ولتكون الحياة قانونية لابد من تعريفها وبيان عناصرها وانواعها وان تكون خالية من العيوب .

اولاً- تعريف الحيازة : عرفت الفقرة الاولى من المادة (1145) مدني عراقي الحيازة بانها " وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق "يفهم من هذا النص ان الحيازة سيطرة مادية فمادية على الشيء مصحوبة بنية التملك او اكتساب حق عيني.وهناك نظريتين النظرية الشخصية التي لا تكتفي بمجرد الحيازة المادية بل تعززها بالعنصرالمعنوي وهو نية مباشرة او اكتساب الحق ، وهذا ما اخذ به القانون المدني الفرنسي والمدني المصري ، والنظرية المادية التي تكتفي بعنصر الحيازة المادية دون اشتراط نية مباشرة او اكتساب الحق العيني ، وهو ما ذهب اليه القانون الالماني والسويسري.

الحيازة بمعناها القانوني مجرد وضع واقعي ، ويتجسد هذا الوضع الواقعي بمباشرة الحائز السلطة الفعلية على الشيء سواء كانت هذه السلطة مستندة الى حق او لا تستند الى اي حق ، وان كان في الغالب ان يكون الحائزهو نفسه صاحب الحق العيني على الشيء ، الحيازة سلطة فغلية والملكية سلطة قانونية، ظاهرتان مستقلة احدهما عن الاخرى ،فالحيازة قرينة على الملكية او الحق الشخصي او العيني وهذه القرينة بسيطة قابلة على اثبلت العكس ولا يحتج الحائز بهذه القرينة على من تلقى الحيازة منه ، واذا انتفت هذه القرينة فلا يكون لوضع اليد اثراً قانونياً ، وهذه القرينة هي التي دفعت المشرع لحماية الحيازة في ذاتها بدعاوى الحيازة.

وضع المشرع قرينة على ان الحائز هو المالك حتى يثبت العكس، فالحيازة المادية على العقار الخالية من عيوب الحيازة تكون قرينة على توفر الحيازة القانونية بعنصريها المادي والمعنوي وهذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، فيثبت مدعي الملكية انتفاء العنصر المعنوي او ان الحيازة مبنية على التسامح فينتفي القصد ، ويشترط لهذه القرينة ان لا يكون الحائز خلفاً لمدعي الملكية لان العلاقة بينهما يحكمها العقد المبرم بينهما ، فلا يحتج الحائز بهذه القرينة في مواجهة من تلقى الحق منه .

ووجود الحق ليس لازماً لوجود الحيازة ، فقد يكون الحائز سارق او غاصب او من يعتقد خلاف الواقع انه صاحب حق مع ذلك يعتبر حائز يحميه القانون ما دام يمارس سلطة فعلية على شيء يجوز التعامل به.

ثانياً - عناصر الحيازة :تتكون الحيازة القانونية من عنصرين مادي ومعنوي :

1- **العنصر المادي :** هو قيام الحائز بالاعمال المادية الداخلة في مضمون الحق، ووجوب تحقق السيطرة الفعلية والظهور بمظهر صاحب الحق ،اي مجموعة الاعمال المادية التي يمارسها عادة صاحب الحق العيني ، التي تتفق في مظهرها الخارجي مع ممارسة الحق موضوع الحيازة ، فقد يكون هذا الحق حق ملكية او حق عيني اخر،.والاعمال المادية التي يتحقق فيها العنصر المادي هي استعمال الشيء واستغلاله او تغييره حسب طبيعة الشيء، فحيازة الارض الزراعية تكون بزرعتها والداربسكناها.فلا تكفي التصرفات القانونية وحدها كالبيع ولايجار ولو كانت داخلة في مضمون الحق ، بل لابد من الاعمال المادية الى جانبها لقصور هذه التصرفات عن الدلالة عن السيطرة الفعلية ووضع اليد المادي على الشيء.

ولا تقوم الحيازة على عمل من اعمال الاباحة او الاعمال المبنية على التسامح اوالاعمال المنقطعة ، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة (1145) مدني عراقي على انه " ولا تقوم الحيازة على عمل ياتيه الشخص انه مجرد اباحة ، او عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه وكذلك لا تقوم على اعمال منقطعة " تقابلها المادة 949/1 مدني مصري "لا تقوم الحيازة على عمل ياتيه الشخص على انه مجرد رخصة من المباحات " ، اذن لا تقوم الحيازة على عمل من اعمال الاباحة ،وهي الاعمال التي تعتبراستعمالا لرخصة مقررة قانوناً والتي تؤدي بوجه من الوجوه الى الانتفاع بملك الغير ، فالاعمال المادية المكونة للحيازة يجب ان تنطوي على معنى التعدي ً فلا يتحقق الركن المادي هنا لانتفاء التعدي وانكار الحائز لحق المالك ،ولا يتوفر العنصر المعنوي للحيازة في الاعمال المبنية على التسامح وهي الاعمال التي لا تستند الى رخصة او حق يقرره القانون لكن يتحملها الغير رغم ما فيها من تعد على ملكه تسامحاً منه وان كانت لا تبلغ حداً تحرمه من التمتع بملكه ولا تلحق به ضرراً يعتد به ، كممرفي ارض يبيح مالكها لجاره المرور فيه،اوفتح نافذة على حديقة داره فمثل هذه الاعمال تقوم على اذن المالك الصريح او الضمني وهي بذلك لا تقوم على معنى التعدي ولا تنشا عنها كسب حق ارتفاق بالحيازة .

ويجب ايضاً ان تكون الحيازة منتظمة ومستمرة وغير منقطعة ، او لفترة مؤقتة عارضة ، فلابد ان تكون الاعمال التي يباشرها الحائز من الاهمية والكثرة حتى يخلق شعوراً بان من يناشرها هو صاحب حق، فالاعمال التي يتخللها فترات انقطاع غير اعتيادية لا تكون حيازة جديرة بحماية القانون .ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (1145 ) مدني عراقي في شطرها الاخيرعلى انه " .....وكذلك لا تقوم على اعمال منقطعة "ويعتبر هذا ايضا عيب من عيوب الحيازة اضافة للاكراه والخفاء والغموض ونصت المادة( 2229) مدني فرنسي على عيب التقطع وعدم الاستمرار .

ويشترط في محل الحيازة ان يكون مما يجوز التعامل فيه ،وهذا مانصت عليه المادة 1145 مدني عراقي وهي بصدد وصف الشيء محل الحيازة بقولها ".....شيء يجوز التعامل فيه "،والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستاثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محل للحقوق المالية، فلا ترد الحيازة الا على الاشياء المادية عقار كانت او منقول ، فلا ترد على الاشياء المعنوية كالحقوق الذهنية كحق المؤلف والفنان وبراءة الاختراع والمصنفات الفكرية، كما لاترد الحيازة على المجموعات القانونية كالتركة لانها تتضمن عناصر مادية ومعنوية ، وكذلك المحل التجاري يتضمن عناصر مادية ومعنوية كالبضائع والاسم التجاري والعلامة التجارية، وكذلك الديون لا تصلح محل للحيازة لانها ثابتة بالذمة ولكن اذا تجسدت بسند.مادي يمثلها كالسند لحامله فانها تصبح محل للحيازة وحيازة السند حيازة للدين الثابت فيه.

ويجب ان يكون محل الحيازة قابلاً للتملك او ترتب الحقوق عليه ، فلا يجوز اكتساب ملكية الاموال العامة او المخصصة للمنفعة العامة بالحيازة والتقادم ، وكذلك الاشياء المشتركة التي تحقق منفعة مشتركة كالانهروالبحار والوديان والجبال وهذه الاشياء لا تقبل بطبيعتها الحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار .

2- **العنصر المعنوي :**ويجب كذلك لتحقق الحيازة توفر العنصر المعنوي وهو نية الحائز في استعمال الشيء محل الحيازة كمالك او صاحب حق ، أو نية الظهور بمظهر المالك او صاحب حق على الشيء ، ولما كان العنصر المعنوي قوامه نية الحائز فلا بد من توفر الاهلية القانونية فلا يكتسب الصغير غير المميز او المجنون الملكية بحيازته بنفسه، فنية التملك لا تصدر من عديم التمييز لصغر او جنون لفقدان الوعي والادراك لديه ومن ثم انتفاء العنصر المعنوي للحيازة ، ولكن يمكن ان تتحقق الحيازة له عن طريق من ينوب عنه من ولي او وصي او قيم ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (950) مدني مصري بقولها "يجوز لغير المميز ان يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية "ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني العراقي فهل اذا حاز التائب عن الصغير ارضاً لمصلحة الصغير يتوفر العنصر المعنوي للحيازة في القانون العراقي ؟ نرى انه لا يختلف الحكم فاذا كان النائب عن الصغير يجوز له القيام بالتصرفات القانونية وحقوق الصغير لمصلحة الصغير ، فمن باب اولى ان يحوز الشيء نيابة عنه لان الحيازة سبب لكسب الملكية والحق لا الحق ذاته ،كما ان تعريف الحيازة في الفقرة الاولى من المادة (1145 ) مدني جاءت مطلقة "بنفسه او بالواسطة " فتشمل الحيازة نيابة عن الصغير او غيره ، وكذلك الحكم بالنسبة للشخص المعنوي يتحقق العنصر المعنوي لدى من يمثله قانوناًسواء كانت شركة او جمعية او مؤسسة.

وان الاعمال المبنية على العفو والتسامح ينتفي فيها العنصر المعنوي للحيازة ، ولاترتب الحيازة فيها اثر قانوني ، فلو سمح الجار لجاره بالمرور بارضه او فتح نافذة على حديقة داره لا يكتسب جاره حق ارتفاق بالحيازة لانتفاء العنصر المعنوي.

توفر العنصر المادي للحيازة قرينة على توفر النعصر المعنوي ، فلا يكلف من يضع يده على شيء ويسيطر عليه سيطرة فعلية عبء اثبات حيازة الشيء لحساب نفسه ، وبمقتضى هذا ان مجرد الحيازة قرينة على انها حيازة قانونية او حقيقية ، وهذه القرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ، فيجوز ان يثبت بان الحائز لا يحوزه لنفسه بل حيازته عرضية لحساب غيره، فتنتفي عنده الحيازة القانونية بانتفاء العنصر المعنوي. وان كان من وضع يده ليس حائز قانوني ولا نائب عن الحائز القانوي لا تتوفر الحيازة كحيازة المستاجر لارض مجاورة للعين المؤجرة ومارس الاعمال المكونة للعنصر المادي دون علم المؤجر فلا تتوفرللمؤجر الحيازة القانونية.

ثالثاً انواع الحيازة: تقسم الحيازة الى حيازة قانونية وحيازة عرضية او بالواسطة :

1- الحيازة القانونية يتوفر فيها العنصر المادي والمعنوي ،كمن حاز شيء بقصد تملكه او اشترى شيئاً من غير مالكه ووضع يده عليه بقصد تملكه .

2- الحيازة العرضية فهي التي يتوفر فيها العنصر المادي دون المعنوي ، فهي حيازة الشيء لحساب الغير ، ولا تكون لدى الحائز العرضي نية تملك الشيء او اكتساب حق عيني اخر عليه ، لذا لا تعتبر الحيازة العرضية حيازة قانونية او حقيقية ، فلا يترتب عليها اكتساب الحائز العرضي حق ملكية بالتقادم على الشيء مهما طالت مدته ، ومن امثلة الحيازة العرضية حيازة المستعير والمستاجر والوديع والوكيل والولي والتابع والناقل فهولاء ينتفعون بالشيء او يحافظون عليه او يتولون ادرته لحساب غيرهم فتنتفي لديهم نية الظهور بمظهر المالك او صاحب حق عيني اما الحيازة القانونية فتكون للمؤجر او المعير او المودع او الاصيل او المتبوع . والحائز العرضي يصدق مطلقاً على كل وسيط في القانون العراقي ، لان (بالواسطة) في المادة 1145/1 مدني عراقي وردت مطلقة دون قيد او شرط ، بينما نصت المادة 951 مدني مصري على انه "تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الاثتمار باوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة...." ، لذا تتوفر الحيازة بالواسطة وفق هذا النص المصري عندما يتخلى الحائز الحقيقي عن السيطرة المادية لشخص يكون تابعاً له ويأتمر باوامره ، كالخادم والمستخدم والسائق، بينما يستبقي العنصر المعنوي ، اما اذا كان الحائز ليس تابعاً فتكون حيازته لنفسه بالنسبة للحق المتعلق به ويكون حائز عرضي بالنسبة للحق الذي للغير، كالمستاجر يعتبر اصيلاً بالنسبة لحقه في السكنى وحائزا عرضيا بالنسبة لحق **الملكية اذ ينوب عن المالك ومثل المستاجر المودع لديه**  والمستعير وامين النقل والحارس والولي **والقيم** .فالحيازة العرضية في القانون المصري اما مطلقة او نسبية :

أ- الحيازة العرضية المطلقة ان الحائز هنا يحوز الشيء حيازة مادية دون ان يتصور له نية حيازة اي حق من الحقوق العينية ، حيث سنده الذي يخوله الحيازة المادية لا يخوله اي حق عيني على الشيء فهو يستند في حيازته المادية للشيء الى حق شخصي او مجرد دائن مع بقاء الحق العيني لصاحبه الاصلي ، كالمستاجر **والمستعير والمودع عنده والوكيل فأي من هؤلاء لا يحوزالشيء لحساب نفسه بل لحسب صاحب الحق العيني على الشيء** مما يعني انه يقر ويسلم له بهذا الحق، لذا لا يستطيع مهما طالت مدة حيازته اكتساب اي حق عيني على الشيء فيملك المؤجر **والمودع والمعير والاصيل استرداد الحيازة منه**

**ب= الحيازة العرضية النسبية** تتحقق حين يجمع الحائز بين الحيازة القانونية والعرضية في نفس الوقت، بان يخوله سنده حيازته حقاً عينيا كحق المنفعة على الشيء وهذه حيازة قانونية ، وتتحدد حيازته بهذا الحق بالذات فتنتفي عنده نية اكتساب حق عيني اخر كحق الملكية ، مما يجعله حائز عرضي لذا تكون صفة الحيازة العرضية هنا نسبية فهو حائز حقيقي بحقه وحائز عرضي بالنسبة لحق الملكية.

قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية جاء فيه " انها مستاجرة لذلك العقار والمستاجر يعد حائز قانوني لمنفعة الماجور وان القانون رسم الطريق للحائز في كيفية الدفاع عن حيازته او استردادها وفق دعاوى الحيازة المنصوص عليها في المادة 11 من قانون المرافعات المدنية وضمن شروط واحكام المادة اقرها في المادة 1150 مدني لذا كان على المدعية باعتبارها حائزة للعقار موضوع الدعوى اتباع الطرق القانونية في اقامة الدعوى استرداد الحيازة عند انتزاع الحيازة منها ".ويتبين من هذا القرار ان في القانون العراقي يجوز للمستاجر ان يكون حائز قانوني بحق المنفعة بتوفر العنصر المادي والمعنوي لحيازته وهو حائز عرضي بحق الملكية نيابة عن المؤجر .

نصت المادة 1147 مدني عراقي "اذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائز من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك مالم يظهر ان من له الحيازة الحالية قد حصل عليها من غيره بطريقة معيبة "فالمشرع العراقي يضع قرينة قانونية اذا تعددت الحيازات على شيء واحد بان الحائز الحقيقي هو الحائز الذي بيده الشيء محل الحيازة مالم يقم الدليل على خلاف ذلك ، وهنا يبدو اوضح دلالة منه نص المادة 963 مدني مصري "اذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة ان حائزه هو من له الحيازة المادية الا اذا ظهر انه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة ".

وتتغير صفة الحيازة العرضية وتنقلب الى حيازة قانونية تترتب عليها اثار اكتساب الحق ، ولكن لا يكفي تغير نية الحائز العرضي فقط ، فالاصل العام لا يملك الحائز العرضي تغيير صفة حيازته بنفسه ولنفسه وتحويلها الى قانونية ،وإلا تغيير الاصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة و زالت الحدود بين النوعين من الحيازة واصبح من اليسير قلب كل حيازة عرضية الى حيازة قانونية حسب الاهواء والرغبات . بل يجب ان يتخذ هذا التغييرالمظهر الخارجي الذي يتطلبه القانون ويتم ذلك بطريقتين نصت عليها المادة 1159 /2 مدني عراقي تطابقها المادة 972 /2 مدني مصري . " ولكن يستطيع ان يحتج بالتقادم اذا تغيرت صفة حيازته اما بفعل الغيرواما بمعارضة منه لحق المالك ولا يبدا سريان التقادم في هذه الحالة الا من تاريخ التغيير" :

أ- تغير صفة الحيازة العرضية بفعل الغير:اذا حصل الحائز العرضي كمستاجر مثلاً على سند من غير ملكه ، من شانه ان يكسب **الحق العيني لو انه كان صادر من المالك نفسه ، كالمستاجر** الذي بشتري العقار من غير المالك يتغير سبب وضع يده وتصبح حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك ، ويشترط هنا حسن نية الحائز اي يعتقد ان السند صادر من مالكه او التصرف صادر من مالكه الحقيقي ، لانه لو كان سيء النية يعلم ان المتصرف غير مالك يكون اراد تغير صفة الحيازة بارادته بتعيير نيته وصفة حيازته بنفسه سواء المتعاقد معه متواطئاً معه او غير متواطيء معه وهذه الارادة وحدها لا تكفي .

ب- تغير صفة الحيازة العرضية بفعل الحائز نفسه بان يتعرض الحائز للمالك في ملكه والمقصود ان الاعمال التي تصدر عن الحائز العرضي تدل دلالة قاطعة انه ينكر حق المالك ويريد الملكية لنفسه سواء كان حسن النية او سيء النية، كأن يمتنع المستاجر عن دفع الاجرة وانكار حق المالك لا مجرد اخلال بالتزامه بدفع الاجره بل انكار لحق المالك ، وتقدير ذلك امر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، هنا يهدر الحائز سنده خلافا لتغير صفة الحيازة العرضية بفعل الغير يحصل الحائز على سند جديد.

رابعاً عيوب الحيازة : فحتى تكون حيازة الحائز بنفسه او بالواسطة قانونية وتنتج اثارها القانونية لا بد ان تكون سلبيمة وخالية من عيوب الحيازة ،وعيوب الحيازة ثلاثة نصت عليها المادة 1146 مدني عراقي "اذا اقترنت الحيازة باكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس فلا يكون لها اثر اتجاه من وقع عليه الاكراه او اخفيت عنه الحيازة او التبس عليه امرها الا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب ".فعيوب الحيازة الاكراه والخفاء واللبس .

1- عيب الاكراه : يجب ان تكون الحيازة **هادئة** ، فاذا اقترنت بالاكراه فانها تكون حيازة معيبة ، تكون الحيازة معيبة بعيب الاكراه اذا استحصل الحائز عليها بالتهديد او بالتعدي والعنف منذ بدأ الحيازة ، سواء كان الاكراه مادي او معنوي ،وسواء كان الاكراه ملجأ او غير ملجىء ، اما اذا بدات الحيازة هادئة او بدات بالاكراه ثم انقطع الحائز عن اللجوء الى القوة او التهديد بعد ذلك فانها حيازة سليمة تنتج اثارها القانونية ولو اضطر الحائز بعدها لاستعمال القوة للمحافظة عليها يكون للدفاع عن حيازته وحماية يدهنصت المادة 1150 مدني عراقي على انه " واذا لم يلجا من انتزعت منه الحيازة الى الطرق القانونية بل استرد حيازته اكراها وتغلبا وطالب الاخر باعادة يده السابقة حكم باعادة يده وللحائز الاول بعد ذلك ان يلجا الى الطرق القانونية لاسترداد حيازته ". والنص واضح بان من انتزعت حيازته لا يلجا الى القوة باستردادها بل يستخدم الطرق القانونية لاسترداد الحيازة .

وعيب الاكراه عيب نسبي ومؤقت كسائر عيوب الحيازة ، فهو نسبي لا يتمسك به الا من وقع عليه الاكراه ،ومؤقت ان الحيازة تكون هادئة من وقت زوال الاكراه .

2- عيب الخفاء: وتكون الحيازة معيبة اذا لم تكن ظاهرة او علنية ، فهي معيبة اذا كانت خفية ، لان الحائز يظهر بمظهر صاحب حق على الشيء وعليه ان يتصرف كما يفعل عادة صاحب الحق نفسه ، و صاحب الحق لا يخفى ما يقوم به ولا يخشى احد او يخاف بل يباشره في ظهور وعلانية ، ولا يشترط العلانية في مواجهة الناس كافة بل يكفي ان تكون ظاهرة لمن له مصلحة العلم بها او من يتمسك بالحيازة في مواجهته، ولا يشترط الاعلان عن الحيازة وانما يكفي العلم بوجودها من قبل من يتمسك بها في مواجهته.

اغلب ما يتحقق عيب الخفاء في حيازة المنقول اذ من الممكن اخفاءه ونقله بسهولة من مكان الى اخر ، اما العقارات فمن النادر تصور عيب الخفاء ومن صوره النادرة المرور في ارض الجار ليلاً خلسة وخفية من ان يعلم هذا الجار فلا يكتسب حق ارتفاق بالمرور ، لان الحيازة معيبة بعيب الخفاء**. وعيب الخفاء عيب نسبي ومؤقت فهو نسبي اذ يجب ان تكون الحيازة ظاهرة للمالك او من يراد الاحتجاج عليه بها .وقد اكد المشرع على عيب الخفاء في حق الارتفاق فاشترط لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم ان يكون الارتفاق طاهر وليس خفي .**

**3- عيب الغموض او اللبس:** ويشترط ان تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها ولا غموض ،ولا تكون في الحيازة مما يحتمل الشك او التأويل ، او يمكن تفسيرها على اكثر من معنى ، اي اذا اختلطت بالحيازة ظروف تثير الشك والريبة حول الاستئثار بالحيازة لمن؟ للحائز نفسه او نيابة عن غيره اي من هو الحائز الخقيقي  .وعيب الاكراه و الخفاء ينصب على العنصر المادي للحيازة بينما عيب الغموض ينصب على العنصر المعنوي للحيازة وهو عيب مستقل عن باقي العيوب والمقصود باللبس الغموض الذي يشوب نية الحائز نتيجة احتمال هذه النية معنيين مما يوقع الغير في غموض بشان هذه الحيازة . مثال ذلك اذا وضع احد الشركاء يده على العقار الشائع كله مثلاً فالشك يثور هل نيته انصرفت للاستئثار بملكية العقار لنفسه ام الى ادارة المال الشائع نيابة عن بقية الورثة بعبارة اخرى هل حيازته حقيقية ام عرضية ؟

انتقال الحيازة وزوالها

اولا :انتقال الحيازة :تنتقل الحيازة عن طريق الاستخلاف الى الخلف العام والى الخلف الخاص.

1- انتقال الحيازة الى الخلف العام (الورثة ) تنتقل الحيازة الى الخلف العام بصفاتها وتنتقل بحكم القانون بدون اتفاق او اشتراط التسليم ، حيازة الخلف استمرار لحيازة السلف ولا تعتبر حيازة جديدة ، فاذا كانت حيازة السلف حيازة عرضية تنتقل بنفس الصفة للخلف العام مالم تتغير الى حيازة قانونية ، واذا كانت حيازة السلف معيبة بعيب الاكراه او الغموض او الخفاء فانها تنتقل الى الخلف العام معيبة حتى يزول العيب. كذلك اذا كانت حيازة الخلف بسوء نية تنتقل الى الخلف العام بنفس الصفة مالم يثبت الخلف انه كان في حيازته حسن النية فيستقاد من ترتب الاثر القانوني على ذلك واكتساب الملكية بالتقادم القصير.

2- انتقال الحيازة الى الخلف الخاص كمشتري مثلاً ، فحيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه وتثبت لها صفتها الخاصة التي قد تتماثل صفات حيازة السلف وقد تختلف عنها .فقد تكون حيازة السلف عرضية وحيازة الخلف حيازة قانونية كما لو اشترى الشيء محل الحيازة من يضع يده عليه بوصفه مستاجر او مستعير.

ولا تنتقل حيازة السلف الى الخلف الخاص الا بوجود اتفاق بينه وبين سلفه وسيطرة الخلف على الشيء سيطرة فعلية ،اي باستطاعة الخلف القيام بالاعمال المادية على الشيء محل الحيازة بدون عائق ويتحقق ذلك بالتسلبم المادي للشيء او التسليم الحكمي كمال لواستمر السلف واضع اليد ولكن لحساب الخلف ،كأن يبيع الحائز الشيء ويتفق مع المشتري في الوقت نفسه ان يستاجره منه وقد يكون التسليم رمزي كتسليم سندات شحن البضاعة وهي على السفينة في عرض البحر .

ونصت على ذلك صراحة المادة 952 مدني مصري "تنتقل الحيازة الى غيره اذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت اليه الحيازة ان يسيطر على الحق الوارد عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسلم مادي للشيء موضوع الحق " ولا يوجد نص مما ثل في القانون العراقي .ولكن الحكم لا يختلف لان مفهوم الخلف الخاص يتضمن اتفاق بين السلف والخلف نصت المادة 142/2 "نتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء" .اما التسليم فهو شرط للحيازة التي لا تقوم بدون العنصر المادي والسيطرة الفعلية على الشيء .

ويجوز للخلف الخاص ضم حيازة السلف نصت المادة 1149 /1 مدني عراقي "ويجوز للخلف عاماً كان او خاصاً ان يضم الى خيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من اثر "تقابلها المادة 955 مدني مصري" ويجوز للخلف الخاص ان يضم الى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون في الحيازة من اثر ".وللخلف الخاص في القانون المصري والخلف العام والخاص في القانون العراقي ضم مدة حيازته الى مدة حيازة سلفه اذا اراد ان يحتج بالحيازة في مواجهة الغير الذي يدعي حقاً على الشيء محل الحيازة ، من المقرر ان المشتري باعتباره خلفا خاصا للبائع ان يضم الى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من اثر ومنها التملك بالتقادم المكسب ، فالخلف الخاص الذي هو حسن النية وله سبب صحيح مثلاً عقد بيع صادر من غير مالكه يستطيع ان يضم حيازة سلفه الذي يحوز هو الاخر بحسن نية وسبب صحيح لاكتساب الملكية بالتقادم القصير ، وكذلك اذا كان كل من السلف و الخلف الخاص سيء النية ضم حيازة السلف لا كتساب الملكية بالتقادم الطويل ونرى ان النص المصري ادق من النص العراقي فالخلف العام امتداد لحيازة السلف وليس حيازة جديدة ومن ثمة لا يمكن ان نتصور ان شخص يضم حيازة نفسه لحيازة نفسه .

ثانياً زوال الحيازة :لا تقوم الحيازة الا بتوفر عنصريها المادي والمعنوي ، فتزول الحيازة بفقد العنصرين المادي والمعنوي او بفقد العنصر المادي بارادة الحائز نفسه او بسبب خارج عن ارادته تنص المادة 956 مدني مصري "تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق اذا فقد هذه السيطرة باية طريقة اخرى "ولا يوجد نص مما ثل في القانون العراقي ولكن الحكم في القانون العراقي لايختلف يفهم من مفهوم المخالفة لتعريف الحيازة في المادة (1145) مدني عراقي سالفة الذكر .

1- زوال الحيازة بارادة الحائز نفسه: اذا تخلى الحائز عن حيازته باختياره وبصورة طوعية بعنصريها المادي والمعنوي ،كما لو تصرف الحائز في الشيء محل الحيازة كأن يبيعه او يهبه ويسلمه الى المتصرف اليه ، او ان يتخلى عن الشيء بنية تركه كالمنقولات المتروكة التي يتخلى اصحابها عنها التي لا نفع له بها .

2- وتزول الحيازة بسبب خارج عن ارادة الحائز: اذا فقد الحائز الحيازة بدون اختياره اي بزوال العنصر المادي للحيازة وهو السيطرة المادية للشيء حتى لو بقي محتفظاً بالعنصر المعنوي نية التملك فالنية وحدها لا تكفي ،كما لو انتزعت منه الحيازة بالسرقة او الغصب فيكون السارق او الغاصب هو الحائز للشيء ، لكن للحائز ان يسترد الحيازة بدعاوى الحيازة اذا استردها خلال سنة من تاريخ فقدها ، اما اذا لم يستردها ومضت المدة المقررة لرفع دعوى الاسترداد فانه يعتبر فقد حيازته من يوم اعتصابها لانه كما ذكرنا العبرة بالحيازة الحالية او المادية ،اما الفقد المؤقت للحيازة كفيضان يغمر الارض او بسبب احتلال العدو لا يؤدي الى زوال الحيازة .وتنص المادة 1150 /2 مدني عراقي بصدد دعوى استرداد الحيازة "واذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة من وقت انتزاعها فلا يحوز ان يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند الى حيازةافضل والحيازة الفضلى هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني واذا ابرز كل من الطرفين سندا قانونيا فضل صاحب السند الاثدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد او من اشخاص مختلفة واذا كان احدهما تلقى العقار عن الاخر فضل صاحب السند المتاخر تاريخاً واذا تعادلت السندات ولم يكن لدى اي منهما سند فضل من كان اسبق في الحيازة فاذا اتويا في ذلك حكم لهما بالاشتاك في الحيازة ".

دعاوى الحيازة

رغم ان الحائز ليس هو المالك او صاحب حق فان القانون يحمي الحيازة سواء كان الحائز حسن النية او سيء النية وهذه الدعاوى ثلاثة دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدةوهي دعاوى قاصرة على حيازة العقار ولا تشمل حيازة المنقول وترفع امام محكمة البداءة موقع العقار .

الغاية من دعاوى الحيازة حماية وضع اليد من اي اعتداء دون اعتدااد باساس وضع اليد او مشروعيته فقد لا يوجد للحائز سبب قانوني يجيز له وضع اليد على العقار فقد يستند وضع اليد الى الفصب وهو سبب غير مشروع ، مع ذلك يسبغ القانون حمايته لمجرد كونه حائزاً ، فالحيازة المجردة هي السبب في دعاوى الحيازة عندما يقع اعتداء عليها .اما دعوى الملكية فتنصرف الى القضاء بالملكية مباشرة وقد تكون دعوى استحقاق للعقار اذا وجد في حيازة المدعى عليه ، وقد تكون دعوى تثبيت الملكية عندما يكون العقار بيد المدعي ويجب على الاخير اثبات ملكية العقار حتى لو كان حائز له .

*قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية جاء فيه "ان المدعية اقامة دعواها بمنع المعارضة رغم ان دعوى منع المعارضة هي من دعاوى حماية الملكية ويستلزم القانون من يتقدم بها ان يكون مالكا للعقار موضوع طلب منع المعارضة وحيث ان المدعية ليست مالكة للعقار المذكور فلا يحق لها اقامة هذه الدعوى حيث انها مستاجرة لذلك العقار والمستاجر يعد حائز قانوني لمنفعة الماجور وان القانون رسم الطريق للحائز في كيفية الدفاع عن حيازته او استردادها وفق دعاوى الحيازة المنصوص عليها في المادة 11 من قانون المرافعات المدنية وضمن شروط واحكام المادة اقرها في المادة 1150 مدني لذا كان على المدعية باعتبارها حائزة للعقار موضوع الدعوى اتباع الطق القانونية في اقامة الدعوى استرداد الحيازة عند انتزاع الحيازة منها وفق الشروط المشار اليها في الوزاد اعلاه وحيث ان المدعية لم تسلك ذلك الطريق لذا تكون دعواها واجبة الرد شكلا ".ويتبين من هذا القرار ان هناك فرق بين الدعاوى التي تحمي الحيازة ومنها دعوى منع التعرض عن الدعاوى الخاصة بالملكية .*

اولاً دعوى استرداد الحيازة :نصت الفقرة الاولى من المادة 1149 مدني عراقي على انه "لحائز العقار اذا انتزعت منه الحيازة ان يطلب من محكمة البداءة خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها اليه فاذا كان انتزاع الحيازة خفية بدا سريان المدة من وقت ان ينكشف ذلك ويجوز ايضاً ان يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة "تطابقها المادة 958 مدني مصري

يتبين من هذا النص ان دعوى استرداد الحيازة هي الدعوى التي يرفعها حائز العقار الذي انتزعت منه حيازته طالبا رد العقار اليه واعادة وضع يده ،وهي دعوى موضوعية يتناول القاضي بحث اصل الحيازة وصفاتها القانونية ،فان توفر فيها شرط الاستعجال جاز لقاضي الامور المستعجلة اتخاذ اجراءات مستعجلة لحين الحكم بموضوع الدعوى.

وترقع الدعوى من الحائز القانوني نفسه او من ينوب عنه في الحيازة (الحائز العرضي )خلال سنة من تاريخ انتزاع الحيازة واذا كان الانتزاع خفية من تاريخ ان ينكشف ذلك .فهذه الدعوى لاعلاقة لها بالملكية لذا يجوز ان يرفعها الحائز العرضي كالمستاجر مثلاً .

والعبرة عند تنازع اشخاض متعددون على الحيازة بالحيازة الفضلى وقد وضعت الفقرة الثانية المادة ة 1150 مدني عراقي معايير للحيازة الافضل "واذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة من وقت انتزاعها فلا يحوز ان يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند الى حيازةافضل والحيازة الفضلى هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني واذا ابرز كل من الطرفين سندا قانونيا فضل صاحب السند الاقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد او من اشخاص مختلفة ، واذا كان احدهما تلقى العقار عن الاخر فضل صاحب السند المتاخر تاريخاً ،واذا تعادلت السندات ولم يكن لدى اي منهما سند فضل من كان اسبق في الحيازة ، فاذا استويا في ذلك حكم لهما بالاشتراك في الحيازة "فيؤخذ بالحيازة الافضل حسب وجود سند للحائز ام لا وحسب اذا كان السند اسبق تاريخا واذا تساوت الحيازات من حيث القوة اعبير كل منهما شركاء في الشيء محل الحيازة .

ثانيا دعوى منع التعرض : نصت المادة 1154 مدني عرقي على انه "من حاز عقاراً واستمر حائزاً سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له خلال سنة من وقوع التعرض ان يرقع الدعوى بمنع هذا التعرض امام محكمة البداءة " تطابقها المادة 961 مدني مصري .

ويتبين من هذا النص ان الحائز للعقار اللجوء لدعوى منع التعرض في كل صور التعرض للحيازة سواء التعرض المادي او القانوني وهي دعوى موضوعية يتناول القاضي فيها بحث اصل الحيازة وصفاتها القانونية ليستخلص ما اذا توفر العنصر المعنوي اي بنية التملك ام كانت عرضية او على سبيل التسامح مما تنتفي معه نية التملك ويشترط لقبول دعوى منع التعرض توفر الحيازة القانونية للمدعي بعنصريها المادي والمعنوي لذا لا يستطيع الحائز العرضي رفع دعوى منع التعرض.

وان يقع تعرض للحائز سواء كان مادي او قانوني باي عمل مادي يحرم الحائز الانتفاع منها كليا او جزئياً كسلب الحيازة اوالبناء في العقار او زراعة الارض او حرثها او حفر مسقي او قطع اشجار او فتح نافذة غير قانونية اما التعرض القانوني فيكون بادعاء حق يتعارض مع حيازة الحائز .

ويشترط ان تكون حيازة الحائز للعقار قد استمرت لمدة سنة كاملة قبل حصول التعرض ، وان ترفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعرض .

ثالثاًدعوى وقف الاعمال الجديدة :نصت المادة 1155 مدني عراقي من حاز عقارا واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشي لاسباب معقولة التعرض له من جراء اعمال جديدة تهدد حيازته كان له ان يدعي امام محكمة البداءو طالباً وقف الاعمال بشرط الا تكون قد تمت والا يكون قد قد انقضى عام على البدء بها "

يرفع دعوى الاعمال الجديدة الحائز الذي يخشى التعرض له من اعمال جديدة تهدد حيازته ويطلب فيها وقف هذه الاعمال ويراد بالاعمال الجديدة الاعمال المادية التي لو تمت لكانت تعرض للحيازة وهي مجرد شروع في التعرض ولم تصل حد التعرض ، كما لو بدأ في بناء حائط لو تم بناءه لسد النور على نافذة الجار وتقدير ان الاعمال المادية اعمال تهدد الحيازة ام لا مسالة موضوعية يعود تقديرها لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع القضية .

ولا بد ان يكون الحائز وضع يده لمدة سنة كاملة وان تكون الحيازة قانونية وغير معيبةوان ترفع قبل تمام الاعمال الجديدة. وعلى كل حال قبل سنة على البدء فيها.

الاسبوع12

التقادم المكسب

التقادم نوعين مسقط وهومرور الزمان المانع من سماع الدعوى ، والتقادم المكسب الخاص بالحقوق العينية العقارية ، والتقادم المسقط يشمل الحقوق جميعاً سواء كانت عينية او شخصية كقاعدو عامة وهناك من الحقوق لا يسقط بالتقادم كحق الملكية

ةصت المادة 1162 مدني عراقي على انه "تسري قواعد التقادم المانع من سماع الدعوى بالالتزام ، على التقادم المانع من سماع الدعوى بالملك فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به امام القضاء والتنازع عنه والاتفاق على تعديل المدة ، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المنع سماع دعوى الملك ومع مراعاة الاحكام السابقة "

التقادم نوعين تقادم المانع من سماع الدعوى في الالتزام او الدين (الحق الشخصي ) والتقادم المكسب المانع من سماع الدعوى بالملك او حق عيني اخر .والتقادم نظام قانوني يستند الى مرور الزمان ويتفق كل من نوعي التقادم بانهما يستندان الى مرو الزمان لكن يختلفان من حيث الاساس فاساس التقادم المكسب واقعة ايجابية هي واقعة الحيازة ، واساس التقادم المسقط واقعة سلبية هي اهمال او سكوت الدائن عن المطالبة به او عن استعماله ،ويقتصر نطاق التقادم المكسب على الملكية وبعض الحقوق العينية وهي حق المنفعة والارتفاق ، بينما يتسع نطاق التقادم المكسب ليشمل الحق الشخصي والحق العيني ما عدا الملكية .

التقادم في المسائل المدنية لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به امام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الشك فالدفع بالتقادم من الدفوع التي تتعلق بموضوع الدعوى فلا بد من اثارته امام محكمة الموضوع ولا يجوز الاتفاق على مدة تختلف عن المدة المقررة قانوناً للتقادم ولا يجوز التنازل عن التقادم مقدماً قبل اكمال مدته مهما كانت طبيعنه او مدته. التقادم المكسب نوعين طويل خمس عشرة سنة وقصير خمس سنوات

التقادم الطويل

المادة 1158 /1مدني عراقي من حاز منقول اوعقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً له او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياًًغير مسجل على واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذي عذر شرعي ".ويشترط لاكتساب الملكية بالتقادم الطويل وفق هذه المادة الشروط الاتية :

1-- الحيازة القانونية بعنصريها المادي والمعنوي سواء على عقار او منقول وخالية من عيوب الحيازة ..

2-استمرار الحيازة مدة معينة ومدة التقادم الطويل خمس عشرة سنة، ويضع القانون قرينة بسيطة على استمرار الحياز ومن يدعي خلاف ذلك عليه اثبات ذلك ، فلا يكلف الحائز باثبات استمراره بالحيازة فقط يثبت المدة التي بدات بها الحيازة ثم يثبت انه حائز في الحال.

وتحيل المادة 1162 مدني عراقي بما يتعلق بالتقادم المكسب الى الاحكام الخاصة بالتقادم المسقط ومنها حساب المدة نصت المادة 433 مدني عراقي "تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي وتكون بالايام لا بالساعات "تقابلها نصت المادة 380 مدني مصري على ان تحسب مدة التقادم بالابام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الاول وتكمل المدة بانقضاء اخر يوم فيها".ويدخل في حساب المدة ما يتخللها من عطل رسمية ولكن اذا وقع اخر يوم من مدة التقادم في يوم عطلة رسمية فالمدة تكمل باليوم بعد العطلة.

3- ان يكون العقار او الحق العيني على العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باسم الحائز والا فان الملكية تستند على التسجيل دون بحث الحيازة وشروطها .

4- ان يدفع الحائز بالانكار بحق المالك او صاحب حق عيني، فاذا اقر بحق المالك او صاحب حق على الشيء محل الحيازة سمعت الدعوى ضده وصدر الحكم فيها ضده وعليه رد الحق الى صاحبه .

ثانياً وقف التقادم وانقطاعه تطبق الاحكام الخاصة بوقف التقادم وانقطاعه الخاصة بالتقادم المسقط على التقادم المكسب بما لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب والاحكام الخاصة به .

1- وقف التقادم :نصت المادة 435 /1 مدني عراقي " تقف المدة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي ، كأن يكون المدعي صغيراً او محجوراً وليس له ولي او غائباً في بلاد اجنبية نائية او ان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع او ان يكون هناك مانع اخر يستحيل معه المدعي ان يطالب بحقه "

يقصد بوقف التقادم ان يتعطل سريان المدة لسبب خاص اذا زال عادت المدة الى السريان

اسباب وقف التقادم وفق هذه المادة ذكرت على سبيل المثال وليس الحصر يفهم من العبارة الاخيرة منها "ان يكون هناك مانع اخر يستحيل معه المدعي ان يطالب بحقه ". واسباب وقف التقادم قد تكون مادية وقد تكون ادبية

أ- المانع المادي هو المانع الذي يمنع من يتمسك بالتقادم ضده من رفع الدعوى على الحائز للمطالبة بحقه وهي الظروف المادية الاضطرارية والتي يتعذر معها على الدائن المطالبة بحقه كقيام حرب اوثورة او انقطاع المواصلات بسبب الكوارث الطبيغية كالفيضانات والزلازل وغيرها. وهذه الظروف كالقوة القاهرة تجعل الاستمرار بالحيازة مستحيلاًً وليس مرهقا .

ب- المانع الادبي العلاقات التي تربط بين الحائز ومن يتمسك بالتقادم ضده القائمة على المحبة والاحترام كعلاققة الزوجية او العلاقة بين الاصول والفروع كالعلاقة بين الاب وابنه او بين الاخ واخيه .

ج- ويقف التقادم لصالح عديمي الاهلية او ناقصيها لصغر او جنون كما يقف التقادم لصالح الغائب في بلاد اجنبية نائية ، على ان وقف التقادم لا يقع اذا كان القاصر او المحجور او الغائب لهم من يمثلهم قانونا من ولي او وصي او قيم .ووفق المادة 382مدني مصري يقف التقادم بسبب المانع الادبي وبين الاصيل والنائب ، او من لا تتوفر له الاهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

وحكم وقف التقادم هو عدم حساب المدة التي يتحقق فيها العذر الشرعي او سبب الوقف ، فتحسب المدة السابقة على تحقق سبب الوقف وتضاف اليها المدة اللاحقو فلو كانت المدة خمس عشرة سنة تقادم طويل ومدة العذر الشرعي خمس سنوات والمدة قبل العذر خمس سنوات فانه يحتاج لاكمال مدة التقادم عشر سنوات.

2- انقطاع التقادم سقوط المدة السابقة قبل تحقق اسباب الانقطاع فاذا زال الاثر المترتب على سبب الانقطع تبدا مدة جديدة وتعتبر المدة السابقة كأن لم تكن .واسباب انقطاع التقادم هي :

الانقطاع الطبيعي بسبب زوال الحيازة خلال مدة التقادم بتخلي الحائز عنها بارادته او بفقده اياها .نصت المادة 975 مدني مصري "ينقطع التقادم اذا تخلى الحائز عن حيازته او فقدها بفعل الغير "فلا بد ان يتحقق استمرار الحيازة طوال مدة التقادم اما اذا لم يتحقق هذا الاستمرار كما لو فقد الحائز حيازته طواعية او يفقدها كرهاً فان المدة اللازمة للتقادم تنقطع فتسقط المدة السابقة على الانقطاع ولا يعتد بها ونصت المادة 1161 مدني عراقي "لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة اذا استردها الحائز خلال سنة او رفع دعوى اليد في هذا الميعاد "

و الانقطاع المدني او الحكمي ولم ينص المشرع على هذا السبب في التقادم المكسب لكنه نص عليه في التقادم المسقط ونفس الحكم يطبق هنا :

أ- المطالبة القضائية : نصت المادة 437 /1 مدني عراقي " تنقطع المدة المقرة لعدم سماع الدعوى بالمطلبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فان طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها " ونصت فقرتها الثانية" وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس او توزيع وبوجه عام اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى "

والمطالبة التي تقطع التقادم هي امام القضاء فالمطالبة الودية ولو كانت مسجل او بانذار رسمي او امام كاتب عدل لا تعد من قبيل المطالبة القضائية ، ويقوم مقام المطالبة القضائية كل اجراء مماثل كتقدم الدائن لطلب حقه امام الحارس القضائي الذي عينته المحكمة على اموال المدين او في توزيع اموال المدين ويقطع ايضا بالحجز على اموال المدين كما يقطع التقادم بتدخل الدائن في الخصومة كشخص ثالث.

ب-- اقرار المدين بحق الدائن ونصت المادة 438/1 مدني عراقي "تنقطع ايضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن صراحة او دلالة مالم يوجد نص بخلاف ذلك "

فاقرار الحائز بحق المالك يقطع التقادم لانه نزول عن حقه بالتمسك بالتقادم والاقرار قد يكون صريح وقد يكون ضمني كما لو دفع الحائز اجرة العقار محل الحيازة ولا يشترط شكل معين للاقرار فقد يكون مكتوب او غير مكتوب وهو تصرف قانوني بارادة منفردة.

وقضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها ان اقرار المدن يؤدي الى انقطاع التقادم.

ثالثاً التنازل عن التقادم المكسب ان التنازل عن التقادم لا يجوز قبل اكمال مدته اي قبل ثبوت الحق فيه لوجود شبهة الضغط على الحائز ومن اجل استقرار الاوضاع ،اما اذا اكتملت مدة التقادم فيجوز للحائز ان يتنازل عنه لثبوت حقه ولابد ان يكون التنازل حقيقي لا مجرد اقرار منه بحق المالك الحقيقي ويترتب على التنازل سقوط جميع اثار التقادم الذي تمت مدته ولكن لا يسري هذا التقادم بحق دائني الحائز فيجوز لهم الطعن به بدعوى عدم نفاذ التصرف للاصرا بحقوقهم والتنازل تصرف قانوني صادر بارادة منفردة وقد يكون صريح وقد يكون ضمنيويستخلص النزول الضمني عن التقادم من وقائع وتصرفات لا تدع ظروف الحال شك في ارادة احداث هذ الاثر ، وباعتبار النزول عن الحق في التقادم المكسب تصرف قانوني فانه لا يفترض ويجب الا يكون مشوباً باي عيب من عيوب الارادة كالاكراه والغلط والاستغلال .وبعد صدور التنازل من الحائز لا يحق له الرجوع فيه لانه اسقاط والساقط لا يعود .وتعتبر مدة التقادم خمس عشرة سنة وخمس سنوات من النظام العام وكل اتفاق على تعديل هذه المدة مدة اطول او اقصر يعتبر باطل.

الفرع الثاني التقادم القصير

نصت المادة 1158مدني عراقي على انه "اذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب الصحيح فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات .، ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق " اضافة للشروط السابقة في التقادم الطويل يشترط ايضاً في التقادم القصير (مدة خمس سنوات) السبب الصحيح وحسن النية.

اولاً السبب الصحيح :

نصت الفقرة الثالثة من المادة 1158 مدني عراقي على انه " والسبب الصحيح هو سند او حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل الثالية :أ-الاستيلاء على الاراضي الموات ب- انتقال الملك بالارث او الوصية ج-الهبة د-البيع او الفراغ ". وتعرف المادة 969 /2 مدني مصري السبب الصحيح "...سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء او صاحب حق الذي يراد كسبه بالتقادم "

يعرف الفقه السبب الصحيح بانه تصرف قانوني صادر من غير مالك او صاحب حق من شانه نقل الملكية لو كان صادراً من مالكه، فالسبب الصحيح تصرف قانوني ناقل بطبيعته للحق.ويشترط في السبب الصحيح الشروط الآتية :

1- ان يكون تصرف قانوني صادراً الى الحائز باعتباره خلف خاص فيجب ان يكون السبب الصحيح تصرف قانوني ليبعد الحيازة عن شبهة الغصب ويجب ان يصدر التصرف الى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ،وعلى هذا لا تعتبركل واقعة ومنها الميراث سبباً صحيحاً ولكن اذا كانت حيازة المورث مبنية على سبب صحيح اصلاً فيفيد الوارث من ذلك ويصح له التمسك بالتقادم القصير بناء على هذا السبب الصحيح وليس بناء على الارث وحده، لكن ذلك يصدق على القانون المصري المتاثر بالفقه الفرنسي بهذا الصدد ، اما موقف القانون المدني العراقي يشمل السبب الصحيح التصرف القانوني كالبيع والهبة والوصية والواقعة (الحادث) الميراث والاستيلاء فلا يشترط ان يكون الحائز خلفاً خاصاً بل حتى الخلف العام اذا كان حسن النية يكب الملكية بالتقادم القصير .

2- ان يكون التصرف بطبيعته ناقل للملكية او الحق العيني لو انه صدر من المالك او صاحب حق عيني فيعتبر تصرف قانوني البيع والهبة والوصية والعقود المنشئة لحق المنفعة والارتفاق

وتعتبر بحكم التصرف وان لم تكن تصرف بالمعنى الصيحيح الاحكام الناقلة للملكية كالحكم بالشفعة والحكم برسو المزاد.

وعلى هذا لا يعتبر سبب صحيح السند الظني وهو الذي لا وجود له الا في مخيلة الحائز واعتقاده كم يحوز عيناً معتقداً انه موصى له بها في حين الموصي رجع عن وصيته او الوصية باطلة لاي سبب من الاسباب ،وكذلك لا يعتبر سبب صحيح العقد الناقل للملكية بطبيعته كالبيع والهبة اذا كان باطل وكذلك النصرف الصوري صورية مطلقة اذا اثبت من يحتج بالتقادم ضده هذه الصورية اذ العقد الحقيقي غير ناقل للملكية او حق عيني اخر كعقد ايجاروكذلك العقد المعلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط لا يعتبر سبب صحيح لانه لايرتب اثاره ومنها نقل الملكية الا بعد تحقق الشرط .

لا يصح اعتبار القسمة سبب صحيح لانها مقررة للحق لا منشئة له فلها اثر كاشف وليس منشا للحق واذا كان التصرف مسخرا من المالك واسما مستعارا فان التصرف يكون صادرا في الحقيقة من الاصيل وهو المالك فلا يعتبر سبب صحيح ولا يعتبر الحكم بالاستحقاق سبب صحيح لانه كاشف وليس منشأ للحق.

واعتبرت المادة 1158 /3 مدني عراقي عقد البيع سبب صحيح وهنا يمكن اعتبار المقايضة سبب صحيح لانها حكم البيع ، وكذلك كل ما يعتبر بحكم البيع الصلح عن اقرار والوفاء بمقابل بالنسبة للمقابل حيث يطبق عليه احكام البيع .

3- ان يكون التصرف صادر من غير مالك او صاحب حق عيني لو كان التصرف مثل البيع صادرا من مالكه لانتقلت الملكية بموجب هذا التصرف دون الحاجة للحيازة .

والسبب الصحيح لا يفترض بل على الحائز اثباته ويخضع للقواعد العامة في الاثبات سواء كتابة او بشهادة الشهود،بخلاف السبب في الحيازة في المنقول حيث تعتبر حيازة المنقول قرينة على السبب الصحيح واذا كان التصرف القانوني يخضع للتسجيل فلابد من صحة التصرف كسبب صحيح ايضاً ان يكون مسجلا في دائرة التسجيل العقاري والا كان باطلاً وغير ناقل بطبيعته للحق.وعدم حساب مدة التقادم التي سرت قبل تسجيله

الفرع الثاني حسن النية

ويشترط كذلك للتملك بالتقادم الخمسي ان تكون الحيازة مقترنة بحسن نية ويعتبر الحائز حسن النية اذا كان يجهل انه يعتدي على حق الغير ، او يعتقد انه تلقى الحق من صاحبه، فاذا كان يعلم بان ملكية العقار محل نزاع امام القضاء ، وينتفي حسن النية اذا كان الحائز غاصباً او اخذ حيازته بالاكراه .

ومعيار حسن النية معيار شخصي ينظر فيه لاعتقاد الحائز نفسه واشترط المشرع المصري اضافة لحسن النية ان لا يكون جهل الحائز ناشئاً عن خطا جسيم وهو الخطا الذي لا يقع فيه الشخص المهمل كعدم اطلاع المشتري على سند العقار المبيع .وحسن النية مفترض فالاصل البراءة ومن يدعي خلاف ذلك عليه اثبات سوء نية الحائز بانه اثبات الخطا الجسيم الصادر من الحائز وكذلك اثبات بان الحائز غاصب وحاز العقار بالاكراه لذلك لا يستطيع الغاصب وان كان له سبب صحيح ان يتملك الا بالتقادم الطويل .

والعبرة بحسن النية وقت تلقي الحق اي وقت تسجيل التصرف لا وقت صدور التصرف .

اثار التقادم المكسب

اذا توفرت شروط التقادم المكسب الطويل والتقادم القصير فانه يترتب عليه اثاره القانونية ومن اهم هذه الاثار اكتساب ملكية الشيء او حق عيني عليه طوال مدة التقادم اي باثر رجعي ولا تسمع على الحائز دعوى الملك من احد.ولا يترتب هذا الاثر من تلقاء نفسه بل لابد التمسك به من قبل الحائزفلا تحكم المحكمة به من تلقاء نفسها .

ويترتب على صدور حكم قضائي لصالح الحئز باكتساب ملكية العقار بالتقادم المكسب تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري وابطال قيد تسجيل المالك الاصلي وهذا الابطال لا يتم الا بحكم قضائي او بالقانون لان ماقيد في التسجيل العقاري حجة على الناس كاقة لا يجوز الطعن فيه الا بالتزوير وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها .

مدى ما يكسبه الحائز يتحدد بحدود الحيازة التي قام على اساسها التقادم فمن حاز بمظهر المالك يكسب حق ملكية ومن حاز بمظهر صاحب حق منفعة يكسب حق منفعة ومن حاز بمظهرصاحب حق ارتفاق يكب حق ارتفاق ، ومن حاز جزء من العقار لا يكسب الاملكية هذا الجزء .

الاصل ان الحائز يكسب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدا التقادم، فاذا كان الشيءمحل الحيازة مثقلاً بتكاليف وحقوق عينية فان هذه الحقوق تبقى، فلا يستطيع الحائز ان يتمسك بالتقادم المكسب بسقوط هذه الحقوق ، فليس له اثر مسقط ،ولا تسقط هذه الحقوق الابسبب مستقل اي بسبب انقضاء هذه الحقوق بذاتها ،فاذا اكتسب الحاءز ملكية عقار مثقل بحق المنفعة او حق ارتفاق فان مجرد التقادم الذي به كسب الحائز ملكية العقار لا يؤدي الى سقوط حق المنفعة او الارتفاق الا اذا انقضى هذا الحق نفسه باحد اسباب الانقضاء بانثضاء مدته او موت المنتقغ او عدم الاستعمال حق المنفعة لمدة خمس عشر سنة او باتحاد الذمة او بالتنازل عن الحق .وكذلك اذا كان الحق مثقلاً بتامينات عينية كرهن فلا تسقط الا بسقوطه او انقضاء الدين المضمون.

وللتقادم اثر رجعي فيعتبر الحائز مالكا للشيء محل الحيازة منذ بدا مدة التقادم لا منذ تمام التقادم او اكتمال مدته ويترتيب على الاثر الرجعي للتقادم الاثار الاتية :

1- تملك الحائز جميع تمار الشيء محل الحيازة خلال سريان مدة التقادم باعتباره مالكا وليس حائزاً ، سواء كان حسن النية او سيء النية وسواء الثمار التي قبضها والتي اهمل في قبضها.

2-تبقى الدعاوى الشخصية في مواجهة الحائز بسبب التصرف الذي نقل اليه حيازة الشيء التي للحا\زالذي تلقى الحق منه وخلفائه العام والخاص لا تسقط بالتقادم كدعاوى عدم سداد الحائز كمشتري ثمن المبيع او دعوى الفسخ بسبب عيوب الارادة او الاخلال بتنفيذ الالتزام او دعوى البطلان مالم تسقط هذه الدعاوى بالتقادم المسقط.

استرداد المالك الاصلي الزوائد والمنافع واسترداد الحائز المصروفات :

اذا رفع المالك الاصلي دعوى الملك وصدر حكم لصالحه ولم يكسب الحائز ملكية الشيء محل الحيازة بالتقادم لعدم توفر شروطه فان الحائز يلتزم برد الشيء الى مالكه وكما يلتزم الحائز سيء النية برد الثمار ايضاً. تنص المادة 1165 مدني عراقي على انه "يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته "تقابلها المادة 978 مدني مصري " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية "ونصت المادة 1166 مدني عراقي على انه " يكون الحائز سيء النية مسؤولا من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير انه يجوز ان يسترد ما نفقه في انتاج هذه الثمار ".

وعلى المالك الاصلي ان يرد الى الحائز المصروفات الضرورية التي انفقها الحائز لحفظ الشيء من الهلاك ،اما المصرفات النافعة التي تزيد من قيمة الشيء ومنافعه ولا تدرا عنه خطر الهلاك تطبق عليها احكام الالتصاق في المادتين 1119و1120التي تقضي بان الحائز اذا كان سيء النية يتملك المالك البناء او المغروسات بقيمتها مستحقة القلع واذا كان حسن النية فاذا كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الارض كان للمحدث ان يتملك الارض بثمن مثلها واذا كانت قيمة الارض اكثر يتملك صاحب الارض المحدثات بالالتصاق بقيمتها قائمة.

اما المصروفات الكمالية التي لا تدرا خطر عن الشيء محل الحيازة او التي لاتزيد من قيمته ومناقعه بل تشبع رغبات الحائز وذوقه كصبغ الدار باصباغ فبيانو مثلاً او نقوش وزخارف فلا يستطيع الحائز ان يطالب باستردادها من المالك وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منه على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا اثر المالك ان يستبقيها في نظير قيمتها مستحقة القلع "([[1]](#footnote-1)) وهذا قد يكون مستحيلاً في بعض الحالات كما لو صبغ الدار .

التزام الحائز بضمان الهلاك نصت المادة 1168 مدني عراقي" اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء الا اذا اثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولوكان باقياً في يد من يستحقه "فيجعل المشرع الحائز سيء النيءة حكم العاصب يده يد ضمان سواء هلك الشيء بتعد منه او بدون تعد.

لذا لا يجوز للمشتري العقار ان يرجع على البائع حسن النية(لانه حائز حسن النية) الذي لا يعلم بسبب الاستحقاق الذي هو ايضا اشتراه من مالك سابق بالتعويض وانما يسترد الثمن فقط دمع المصاريف المعتادة وهذا ما اكدنه محكمة التمييز في قرار حديث لها.

الحيازة في المنقول لابد من الحيازة في عنصريها المادي والمعنوي خالية من عيوب الحيازة ولا تشمل المنقولات تحتاج الى قيد ولا المنقولات المنعوية ولا المجموعات القانونية ولا المسرقة او المغصوبة .

لابد من السبب الصحيح كالسبب في العقار وحسن النية وللحيازة اثر مكسب يكتسب الحائز الملكية فوراً واثر مسقط تسقط كل التكاليف والقيود التي ترد على المنقول من رهن ومنفعة وغيرذلك .

**الاسبوع /13**

**حق المساطحة**

من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية حق المساطحة وهو حق عيني عقاري يخول صاحبه اقامة ابنية ومنشات بارض الغير لمدة لاتزيد على خمسين سنة مقابل جرة وهو حق مؤقت ينقضي بانتهاء مدته واسباب اخرى

**تعريف حق المساطحة وخصائصه وتمييزه عن غيره**

المطلب الاول تعريف حق المساطحةوخصائصه

الفرع الاول : تعريف حق المساطحة

تعرف الفقرة الاولى من المادة 1266 مدني عراقي "حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت من غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته "

للمساطح ان يقيم على ارض الغير المملوكة او الموقوفة ابنية لاغراض السكن ، او يقيم منشآت اخرى معمل او محل تجاري او مخزن ولا يحوز له الغراس، بينما قوانيين عربية اخرى تشمل المساطحة الغراس ايضا.المادة 1225 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 تعرف المساطحة "حق عيني يعطي صاحبه الحق في اقامة بناء او غراس على ارض الغير ...".

ويقابل حق المساطحة في القانون المدني المصري (حق الحكر) وقد نظم المشرع المصري احكام حق الحكر وجعله حق عيني متفرع عن حق الملكية وجعله في نظاق ضبق على الارض الموقوفة فقط وبهذا يختلف عن احكام المساطحة في القانون العراقي ويشمل حق الحكر اقامة بناء او منشاءات وغراس ومدة العقد لا تزييد عن ستين سنة.

**:خصائص حق المساطحة**

**1- حق عيني اصلي .**

**2- يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت بارض الغير من غير الغراس.**

**3- حق مؤقت مدة المساطحة لاتزيد عن خمسين سنة.**

**4- حق ينتقل بالارث**

**5 الابنية بعد انتهاء المساطحة تكون في الاصل لصاحب الارض مع دفع للمساطح قيمة البناء مستحق القلع .**

**تمييز حق المساطحة عن الايجار وحق المنفعة**

**يتميز كل من المساطحة والايجار والمنفعة بانها تخول صاحبها الانتفاع بشيء مملوك للغير مقابل اجرة ولكن هناك اهتلافات جوهرية بينهما تقتضيها طبيعة حق كل منهم**

**الفرع الاول تمييز المساطحة عن الايجار :**ويختلط كثيراً حق المساطحة بعقد الايجار وقد يكون هو في الاصل عقد اجارة طويلة ثم يتفق المؤجر فيه للمستاجر ان يقيم ابنية ومنشأت فنطبق عليه احكام المساطحة ومع ذلك هناك فروق جوهرية بين الايجار والمساطحة:

اولا- لا يخول الايجار المستاجر الا حق شخصي قبل المؤجر اما حق المساطحة حق عيني

ثانيًا- يخول الايجار المستاجر الانتفاع من العين المؤجرة ولا يخوله اقامة ابنية ومنشات ، بينما يخول حق المساطحة المساطح اقامة ابنية ومنشات وتعتبر ملكا له وله التصرف بها مقترنة بحق المساطحة .

ثالثًا- عقد الايجار لمدة قصيرة بينما مدة المساطحة طويلة قد تصل خمسين سنة .

رابعاً- يخضع الايجار لاحكام الخاصة بعقد الايجار المخصص للعقود المسماة فلا تسري احكام الايجار ومنها احكام قانون ايجار العقار وكذلك احكام الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار على المساطحة بينما المساطحة نظم المشرع احكامها الخاصة في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

خامساًً- قد يرد الايجار على المنقول او على العقار بينما المساطحة حق عيني عقاري و لا يشترط تسجيل عقد الايجار وان ورد على عقار بينما العقد المنشا لحق المساطحة شكلي لا بد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري .

**الفرع الثاني: تمييز حق المساطحة عن حق المنفعة :**

اذا كان كل من حق المساطحة والمنفعة حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بملك الغير مقابل اجرة الا انهما يختلفان بالاتي :

اولاً- حق المنفعة لا يخول صاحبه اقامة ابنية ومنشات بينما يخول حق المساطحة ذلك للمساطح ويعتبر مالكا لها وله ان يتصرف بها بالبيع وغيره مقترن بحق المساطحة .

ثانياً-حق المنفعة ينقضي بموت المنتفع ولا ينتقل بالميراث بينما حق المساطحة لا ينقضي بموت المساطح بل ينتقل الى الورثة ويستفاد الورثة من المدة الباقية للعقدالمنشأ لحق المساطحة .

ثالثاً- محل حق المنفعة يشمل العقار والمنقول بينما محل المساطحة عقار –ارض- ممملوكة للعير .

رابعا: لا تطبق احكام تقديم كفيل ضامن برد المنقل في حق المنفعة على حق المساطحة لان محل الحق عقار وليس منقول لذا يلتزم المساطح برد الارض الى صاحب الارض بدون كفالة ضامنة لتنفيذ هذا الالتزام .

**اسباب كسب حق المساطحة**

يكتسب المساطح حق المساطحة بالتصرف القانوني من غقد او وصية وبالميراث

**العقد**

ينشا حق المساطحة بالعقد سواء كان ابتداءاًعقد مساطحة او كان عقد اجارة طويلة.تطبق عليه احكام المساطحة . تنص المادة (229) من قانون التسجيل العراقي رقم(43) لسنة1971المعدل, بأنه"1**- ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وقفا صحيحا بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في السجل العقاري.2- يسجل عقد الإجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الأرض المستأجر ان يقيم بناء او منشات أخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والإرث لأحكام حق المساطحة** "."

وفي قرار حديث لمحكمة التمييز الاتحادية**وان عقدد المساطحة اذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة(1266/2) مدني يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وعند طلب فسخه تطبق أحكام المادة(774) مدني, وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالاطلاع على اضبارة التسجيل العقاري, فإن كان قد سجل تطبق أحكام المادة(1270) مدني**".

ويشترط لصحة العقد الرضا والمحل والسبب ،لا بد من صحة الرضا الرضا الاهلية والارادة خالية من عيوب الارادة ، والمحل الارض اتي يقيم المساطح ابنيته ومنشاته عليها لا بد ان تكون

معينة ومملوكة لصاحب الارض .ويحدد العقد المسائل الجوهرية من حقوق المساطح والتزاماته ومقدار الاجرة ومدة العقد).

.والمساطحة حق عيني يرد على عقار لا بد من صحته تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ،وبشترط لصحة العقد سواء كان مساطحة او اجارة طويلة تسجيله في دائرة التسجيل العقاري نصت الفقرة الثانية من المادة 1266 مدني عراقي "العقد الذي ينشا حق المساطحة عقد شكلي لابد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري . كما تنص المادة (230) من قانون التسجيل العقاري , بأنه"1**- تسجل عائدية حق المساطحة وشروطها ومدتها في الحقول الخاصة من السجل العقاري.**

وهنا تقرر محكمة التمييز الاتحادية العراقية, بأن"**عقد المساطحة اذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة(1266/2) مدني يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وعند طلب فسخه تطبق أحكام المادة(774) مدني, وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالاطلاع على اضبارة التسجيل العقاري, فإن كان قد سجل تطبق أحكام المادة(1270) مدني**".

واذا كان حق المساطحة يقتصر على جزء من الارض لابد اجراء معاملة الافراز في التسجيل العقاري ليصنح الجزء المفرز وحدة عقارية مستقلة.

وجاء في قرار حديث لمحكمة التمييز "القرار عير صحيج ومخالف للقانون لان المحكمة حكمت بقسخ عقد المساطحة رغم افراز القطعة من قبل دائرة التسجيل العقاري واصدار سند بها ومطابقة الموقع مع العقد بحجة وجود زيادة في مساحة العقار حسب سنده المبرز مع عقد المساطحة المبرز بمقدار 33متر مربع وحيث ان الزيارة المذكورة لصالح الميز عليهما -اصحاب الارض -وليس العكس وبالتالي فان ذلك لا ينهض ان يكون سببا للفسخ وحيث ان المحكمة بحكمها المميز خالفت وجهة النظر المقدمة عليه قرر نقض الحكم المميز ".

ولا يجوز ان تزيد مدة مساطحة على خمسين سنة واذا زادت عن خمسين سنة لا يبطل العقد بل تقلل الى المدة المقررة قانونا خمسين سنة وهذا تطبيق لنظريقة انتقاص العقد.

**نصت الفقرةالثانية** المادة (230) من قانون التسجيل العقاري **"لا يجوز أن تزيد مدة المساطحة عنخمسين سنة فإذا زادت عنها يقتصر التسجيل على مدة الخمسين سنة فقط وذلك بإتفاق الطرفين"**.

واذا لم يحدد العقد مدة المساطحة فلكل من المساطح وصاحب الارض ان ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه بذلك" .

المادة 1267/1 مدني عراقي "مدة المساطحة لاتزيد عن خمسين سنة فان كانت لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الارض ان ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الاخر بذلك "وتطابقها المادة 1228 من القانون المدني الاردني اذ المدة لاتزيد عن خمسين سنة

وهذه المدة ايضا في التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي المادة 10 / ثالثاً من النعديل الثاني رقم 50 لسنة 2015 لقانون الاستثمار العرافي رقم 13 لسنة 2006 "وللستثمر العراقي والاجنبي حق استئجار وتاجير العقارات او المساطحة من الدولة او من القطاعين الخاص والمختلط لغرض اقامة مشاريع استثمارية عليها لمدة لاتزيد عن 50 خمسين سنة قابلة للتجديد بموافقة الهيئة مانحة الاجازة والجهة ذات العلاقة بعد مراعاة طبيعة المشروع والجدوى الاقتصادية باستثناء المشاريع الصناعية المشيدة في المدن الصناعية تملك بموجب بدل وحسب التعليمات "

بينما مدة المساطحة في قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (21) لسنة **2013خمسة وعشرين**

المادة 16 - أ- منه " أن لا تتجاوز مدة المساطحة ( خمسة وعشرون ) سنة غير قابلة للتجديد تؤولبعدها المشيدات الى الجهة المالكة دون بدل ".

ثانيا الحيازة والتقادم

وينشا حق المساطحة ايضا في القانون المدني الاردني بالحيازة المادة 1226 منه اذ حيازة الغير حق المساطحة لمدة 15 سنة بسوء نية وسبع سنوات بحسن نية يكتسب حق المساطحة بالتقادم المكسب"([[2]](#footnote-2)).

ولم ينص المشرع العراقي على ذلك في المساطحة ونص عليه في حق المنفعة المادة 1249 مدن عراقي " يكسب حق المنفعة بالعقد والوصية ويجوز كذلك ان يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم "ولكن لا يمنع طبقاللاحكام العامة للحيازة اكتساب حق المساطحة فمن ابرم حق مساطحة على ارض لايملكها المتعاقد معه وكان حسن النية ومضت مدة تقادم خمس سنواتة يكتسب حق المساطخة بالحيازة فالحيازة ليس سببا قاصرا علىاكتساب حق الملكية وانما اكتساب الحقوق الاخرى ايضا ومنها المساطحة .

**الميراث والوصية**

وينتقل حق المساطح في المساطحة وفي البناء والمنشآت بالارث والوصية.نصت الفقرة الثانية من المادة 1269 مدني عراقي "وينتقل حق المساطح بالمساطحة وفي البناء والمنشآت بالميراث والوصية"".فاذا مات المساطح تنتقل ملكية الابنية والمنشات وحق المساطحة الى ورثته ، و يجوز الوصية بحق المساطحةو الارض تبقى ملكا للورثة .

**حقوق المساطح والتزاماته**

المطلب الاول حقوق المساطح

المادة 1269/1 مدني عراقي "يملك المساطح ملكا خالصا ما احدث على الارض من بناء او منشآت اخرى وله ان يتصرف فيه مقترنا بحق الملكية بالبيع ةالرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري وذلك دون اخلال بحق صاحب الارض وبالغرض الذي اعد له البناء او المنشآت كل هذا مالم يوجد اتفاق يخالفه"

يملك المساطح البناء والمنشآت التي يقيمها على ارض الغير ملكية خالصة ، وللمساطح ان يتصرف بالبناء والمنشآت مقترنة بحق المساطحة بجميع انواع التصرفات بالبيع والهبة او كحصة في شركة او رهن او ايجار،.لكن ملكية المساطح مقيدة بالابنة والمنشآت التي شيدها ومحددة بالغرض الذي اعد من اجله البناء والمنشآت ودون الاخلال بحق صاحب الارضفلا يجوز للمساطح انيبيع المنشات مقلوعة لما تلحق ضررا بحق صاحب الارض .

تنص المادة (233) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971, بأن" **لصاحب الأرض إجراء جميع التصرفات القانونية عليها عدا التصرفات التي تؤثر في حقوق المساطح كإنشاء حق ارتفاق عليها ويجوز له مباشرة التصرفات الفعلية كالإفراز والتوحيد بموافقة المساطح**".

ويملك المساطح حق المساطحة ذاته اي الحق في البناء على ارض الغير وله ان يتصرف به ولو قبل البناء مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

ويجوز ان يشترط صاحب الارض مع المساطح بعدم التصرف بالابنية والنشآ تصرف ناقل للملكية او عدم التصرف بحق المساطحة نفسه للغير .وهذا ما يفهم من العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى 1269 مدني عراقي".... كل هذا مالم يوجد اتفاق يخالفه"

واذا استملكت الارض التي عليها حق المساطحة للمنفعة العامة يستحق المساطح من بدل الاستملاك ما يعادل ما فات عليه من المنفعة المدة الباقية من مدة المساطحة .

تنص المادة(35) من قانون الاستملاك العراقي رقم(12) لسنة1981, بأنه," أولاً: أ- إذا تعلق للغير بالعقار المستملك حق منفعة ، او حق استعمال ، او حق سكنى محددة بمدة معينة ، أو تعلق به حق مساطحة أو حق الاجارة الطويلة ، فيقدر التعويض عن العقار مجردا من هذه الحقوق ، ويستحق أصحابها من بدل الاستملاك ما يعادل بدل الاستفادة منها للسنين الباقية من مدتها ، بعد تنزيل الأجر السنوي المتفق عليه بين المالك وصاحب االحق إن وجد ونفقات الصيانة المعتادة المتوقعة لهذه المدة ، والضرائب والأجور والرسوم التي تتحقق خلالها حسب التشريعات النافذة بتاريخ الكشف والتقدير...د- إذا لم يشيد المساطح الأبنية المتفق عليها على العقار المستملك ، بموجب عقد المساطحة وقت طلب الاستملاك ، فإن نصيبه من بدل الاستملاك يتحدد بما لا يزيد على 10 % منه ، مضافا إليه ما دفعه من اجر سنوي لمالك الأرض للسنين السابقة على طلب الاستملاك والضرائب والأجور والرسوم التي دفعها خلال تلك المدة.ه – يسري حكم الفقرة د على صاحب حق الإجارة الطويلة" .

ان ثبوت حق المساطحة للمساطح لا يغل يد صاحب الارض في التصرف باارضه ولكن يكون بقدر لا يتعارض مع حقوق المساطح فلصاحب الارض اجراء التصرفات القانونية على ارضه بيعها او رهنها عدا التصرفات التي تتعارض مع حقوق المساطح كترتيب حق ارتفاق عليها الا بموافقة المساطح ، ويجوز لصاحب الارض اجراء التصرفات الفعلية كافراز ارضه الى قسمين او توخيدها مع ارض اخرى اذا وافق المساطح على ذلك.

**التزامات المساطح**

المساطحة مقابل اجرة متفق عليها في العقد اذ يلتزم المساطح بدفع الاجرة لصاحب الارض ، فاذا امتنع المساطح عن تنفيذ التزامه بدفع الاجرة او تاخر في دفعها ثلاث سنوات متتاليات يحق لصاحب الارض طلب فسخ العقد مع المطلبة بالتعويض عما لحقه من ضرر

المادة 1268 مدني عراقي "اذا تاخر المساطح عن دفع الاجرة ثلاث سنوات متواليات كان لصاحب الارض ان يطلب فسخ العقد هذا اذا لم يوجد اتفاق يخالفه "

بينما في المادة 16 قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (21) لسنة **2013**-د- إذا تأخر المساطح عن تسديد البدل السنوي في موعده فللوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة تأجيل استيفاء هذا البدل مدة مناسبة من تاريخ استحقاقه وفي هذه الحالة يحمل المساطح سعر الفائدة المصرفي بالنسبة للبدل المستحق وإذا تكرر ذلك فللوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة إلغاء عقد المساطحة وايلولة المشيدات القائمة إلى الجهة المالكة دون بدل.

ويلتزم المساطح بالمحافظة على الارض ويبذل عناية الرجل المعتاد في ذلك واستعمالها فيما اعدت له واعادة الارض بعد انتهاء حق المساطخة الى صاحب الارض مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

واذا اخل المساطح بالتزاماته يحق لصاحب الارض فسخ العقد كعدم اقامة البناء والمنشآت خلال المدة المتفق عليها وقد لا يكمل المساطح البناء وفق الشروط الواردة في عقد المساطحة, متجاوزاً للمدة المحددة في العقد, وهنا تقرر محكمة التمييز الاتحادية في العراق, بأنه" **اذا لم يكمل المساطح البناء وفق الشروط الواردة في عقد المساطحة, وتجاوز المدة المحددة في العقد رغم كونها كافية لإكمال البناء, فمن حق مالك الأرض فسخ عقد المساطحة المسجل في دائرة التسجيل العقاري بعد الإنذار**.

المادة 16 - ج- من قانون بيع وايجار اموال الدولة يلتزم المساطح بإقامة المشيدات خلال المدة المحددة في عقد المساطحة والمقترنة بموافقة الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة مع تقديم مبلغ ضمان للتشييد يعادل بدل المساطحة لتلك المدة وفي حالة عدم التشييد خلالها يصادر مبلغ الضمانة ويعتبر عقد المساطحة لاغيا ويؤول ما هو قائم من مشيدات الى الجهة المالكة دون مقابل ".

**انقضاء حق المساطحة ومصير البناء والمنشآت**

انقضاء حق المساطحة

اولاً- انتهاء المدة : ينقضي حق المساطحة بانتهاء المدة المتفق عليها التي لاتزيد على خميبن سنة.

قرار لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية أنتهاء عقد ألمساطحةا ولاستمرار بأشغال العقار بعد أنتهاء مدة المساطحة يجعل الشاغل للعقار غاصبا ويجب رد المغصوب ان كان عقارا مع أجر المثل عنه

وان حدوث ظرو ف طارئة كحرب او ارتفاع الاسعار يمنع المساطح من الانتفاع من المشيدات خلال الفترة القصيرة المحددة في العقد لا تبرر تطبيق المادة 146 /2 من القانون المدني المتعلقة بالظروف الطارئة لاعادة التوازن بين مصلحة المتعاقدين تمديد مدة العقد لمدة اطول من المدة المتفق عليها وهذا ما اكدته محكمة التمييز في قضية تتلخص وقائعها

ادعى وكيل المدعي المميز سبق وانه تم التعاقد بين موكله ومدير بلدية على غربي حول تنظيم عقد مساطحة حيث ان فترة العقد هي عشرة سنوات وبسبب ظروف قاهرة خارجة عن ارادة موكله ومنها الحرب الاخيرة التي مربها البلد وارتفاع اسعار مواد البناء والتغير الذي حصل في العملة الوطنية وطالب الحكم بتمديد فترة العقد المساطحة الى خمس سنوات اضافية حتى يتمكن موكله المساطح من الاستغادة من المطعم الذي شيده على الارض المتعاقد عليه اصدرت محكمة الاستئناف ميسان الاتحادية تاييد الحكم البدائي ورد الطعن الاستئنافي .

وقررت محكمة التمييز "فان شروط تطبيق المادة 146 /2 من القانون المدني المتعلقة بالظروف الطارئة غير واردة في دعوى المدعي ذلك لانه حتى على فرض صحة تحقق تلك الظروف فان دور المحكمة باعادة التوازن بين مصلحتي الطرفين يقتصر على انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة ذلك ولا ينصرف الى تعديل مدة العقد زيادة او نقصان اذ قد يصح طلب زيادة مدة العقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة في عقود اخرى ليس من بينها عقد الايجار".

ثانياً-قسخ العقد اذا فسخ العقد المنشيء للمساطحة بسبب اخلال المساطح بالتزاماته ومنها تاخره في دفع الاجرة لمدة ثلاث سنوات او عدم البناء وفق الشروط المتفق عليها مع المالك او تاخره في انجاز البناء ولا بد من صدور حكم قضائي بالفسخ حائز على درجة البتات.

وقد يكون ما قام بتشييده المساطح من مشيدات وفق عقد المساطحة اكثر مما بقي فلايبرر فسخ العقد وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في قضية تتلخص وقائعها

ادعى وكيل المدعي ان المدعي مالك العقارابرم عقد مساطحة مع المدعى عليه لغرض تشييد عمارة ذات خمس طوابق بضمنها الملجا وقد اشترطوا في العقد على المدعى عليه نصب مصعد كهربائي الا ان المدعى عليه المساطح لم ينفذ الشرط بالرغم من انذاره لذا طلبوا فسخ عقدالمساطحة واصدرت محكمة الموضوع حكما بفسخ العقد وعند استئنافد الحكم قررت محكم الاستئناف فسخ الحكم البدائي المستانف

وقررت محكمة التمييز" ان عدم تنفيذ المصعد الكهربائي من قبل المميز عليهم المتفق عليه بعقد المساطحة المبرم بين الطرفين يشكل نسبة قلبلة بالنسبة للعقد الذي تم بقية فقراته وان المميزين لا يتضررون حاليا من عدم تنفيذه خاصة وانهم يستوفون بدلات الايجا المتفق عليها وبامكانهم المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ المصعد بعد انتهاء العقد وعليه لا يوجد سبب قانوني لطلب فسخ العقد المذكور وفق المادة 177/مدني لذا قرر رد الطعن التمييزي".

ثالثاً- انتهاء العقد اتفاقا وفق المادة 234 /ب تسجيل عقاري "ينقضي حق المساطحة باتفاق المساطح وصاحب الارض قبل انتهاء مدته ودون اخلال احد الطرفين بالتزامه" وهذه الاقالة وفق القواعد العامة المادة 181 مدني عراقي " للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده "

رابعاً- اتحاد الذمة :ينقضي حق المساطحة اذا اجتمع في شخص واحد صفة المساطح والمالك باتحاد ملكية الارض مع ملكية حق المساطحة والابنية والمنشآت بشخص واحد، فانتقال حق المساطحة الى صاحب الارض او انتقال ملكية الارض الى المساطح بالبيع او الميراث او الوصية.

خامساً- هلاك الارض اذا هلكت الارض بقوة قاهرة ينقضي حق المساطحة .ولم ينص على هذه الحالة المشرع العراق ونص على عدم اعتبار هلاك الشيء سببا لانقضاء حق المنفعة .الفقرة الثانية من المادة 1267مدني عراقي "ولا يزول حق المساطحة بزوال البناء قبل انتهاء المدة "

ولا ينقضي حق المساطحة بموت المساطح بل ينتقل بالميراث.

سادسا-الغاء حق المساطحة في بيع وايجار اموال الدولة يجوز للجهة الادارية المالكة للارض الغاء عقد المساطحة بالارادة المنفردة بقرار اداري لانه عقد ادراي .

مصير البناء والمنشآت بعد انقضاء حق المساطحة

المادة 1270 مدني عراقي ""تنتقل ملكية البناء والمنشآت الاخرى عند انتهاء حق المساطحة الى صاحب الارض على ان يدفع للمساطح قيمتها مستحقة القلع هذا اذا لم يوجد شرط يقضي بغيره "

صاحب الارض يتملك الابنية والمنشآت بقيمتها مستحقة القلع ويجوز الاتفاق بين المساطح وصاحب الارض على ملكية مشتركة بينهما للارض والبناء اوغير ذلك بان يكون الارض والبناء للمساطح .

ويختلف حكم القانون المدني المصري تنص المادة (1010) مدني مصري, بأنه " **1- عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقائهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره**".

بينما قانون بيع وايجار اموال الدولة لمادة 16 - أ- منه " أن لا تتجاوز مدة المساطحة ( خمسة وعشرون ) سنة غير قابلة للتجديد تؤول بعدها المشيدات الى الجهة المالكة دون بدل ".اذا كانت المساطحة على ارض الدولة فبعد انقضاء المساطحة تصبح الا بنية والمشيدات ملكا للجهة الادارية بدون مقابل .

**الاسبوع14**

**حقوق الارتفاق**

**Des servitudes ou services fonciers**

حق الارتفاق حق عيني عقاري ، تابع للعقار المرتفق والمرتفق به ، يمثل قيداً يحد من منفعة عقار لفائدة عقار اخر ، وينشأ بنفس اسباب كسب الملكية ومنها الميراث ، وقد ينشأ بتخصيص المالك ، ويرتب حقوق والتزامات على صاحب العقار الخادم وعلى صاحب العقار المخدوم. لذا نقسمالمحاضرة الى ثلاثة مباحث نخصص الاول لمفهوم حق الارتفاق واسباب كسبه ، والثاني حقوق والتزامات صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به ، والثالث نعقده لانقضاء حق الارتفاق .

**المنحث الاول**

**مفهوم حق الارتفاق واسباب كسبه**

لاعطاء مفهوم شامل لحق الارتفاق لا بد من نعريفه وبيان خصائصه وانواعه واسباب كسبه ، لذا نقسم المبحث الى مطلبين : الاول مفهوم حق الارتفاق ، والثاني اسباب كسب حق الاتفاق .

المطلب الاول

مفهوم حق الارتفاق

حق الارتفاق حق عيني عقاري ، يحد من منفعة عقار لفائدة عقار اخر ، وحق تابع للعقار، وحق دائم ، قد يكون ظاهراً أو خفياً ، وقد يكون ايجابياً أو سلبياً ،عليه نقسم المطلب الى ثلاثة فروع : الاول تعريف حق الارتفاق والثاني بيان خصائص حق الارتفاق ، والثالث انواع حقوق الارتفاق .

**:تعريف حق الارتفاق**

تعرف المادة (1271 ) مدني عراقي حق الارتفاق بانه " الارتفاق حق يحد من منفعة عقار **لفائدة** غيره يملكه مالك اخر " تطابقها المادة (1015) من القانون المدني المصري " الارتفاق حق يحد من منفعة عقار **لفائدة** عقار غيره يملكه شخص اخر ..." ، وتعرفه المادة (637 ) من القانون المدني الفرنسي (الارتفاق هو تكليف مقرر لاستعمال عقار مملوك لمالك اخر و**لمنفعته** ). حق الارتفاق اذن قيد او تكليف يحد من منفعة العقار المرتفق به(الخادم) لفائدة العقار المرتفق(المخدوم) . واستعمل المشرع العراقي والمصري مصطلح( الفائدة ) ، بينما استعمل المشرع الفرنسي (منفعة)، والفائدة اوسع مفهوماً من المنفعة، ان كلمة الفائدة تشمل كل خدمة حالية او مستقبلية تعود على العقار .

**خصائص حق الارتفاق**

يتميز حق الارتفاق عن غيره بعدة خصائص فهو حق عيني عقاري ، و حق تابع ودائم ، وغير قابل للتجزئة :

اولاً: **حق عيني عقاري:** فلصاحبه ان يحتج به على الكافة ، فيحتج به في مواجهة مالك العقار الخادم ودائنيه والخلف العام ، حتى في مواجهة (الخلف الخاص) من تنتقل اليه ملكية العقار الخادم (المرتفق به ).وحق الارتفاق حق عقاري ، ان حق الارتفاق لا يتقرر الا على عقار بطبيعته ، فالمنقول لا يكون محلاً لهذا الحق .

ثانياً: **حق تابع** : حق تابع للعقار لا يمكن فصله عنه ، فهو يتبع العقار الخادم أو المخدوم وينتقل معه ويجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات ، فلا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار بالبيع أو الرهن أو غير ذلك. ويترتب على اعتبار حق الارتفاق تابعاً للعقار انه ينقضي بهلاك العقار.

واذا كان العقار المرتفق مرهوناً فان الرهن يشمل ايضاً حق الارتفاق تلقائياً وبحكم القانون وان لم يذكر في عقد الرهن ، لأنه من ملحقات العقاروتوابعه ، كذلك اذا وضع دائن مالك العقار المرتفق الحجز على العقار المرتفق ، فان الحجز يشمل ايضاً حق الارتفاق فيباع معه ولكن لا يمكن حجز حق الارتفاق وبيعه مستقلاً عن العقار.

ثالثاً: **حق دائم** : وصفة الدوام هذه مترتبة نتيجة كونه حق تابع للعقار، والتابع يتبع الاصل وجودا وعدماً ، فما دام ضرورياً للانتفاع بالعقار فانه له صفاته ومنها حق دائم ، ولكن هذه الصفة ان كانت من طبيعته ، إلا انها ليست من مستلزماته ، لذا يجوز ان يقترن الارتفاق باجل ينقضي به .

رابعاً: **حق غير قابل للتجزئة**: فحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة سواء من حيث انشائه أو من حيث زواله ، لذا اذا كان العقار شائع فلا يجوز تقرير حق ارتفاق عليه او لمصلحته من غير رضا جميع الشركاء . واذا تنازل احد الشركاء عن حقه بالارتفاق لا ينقضي، بل يبقى بالنسبة لبقية الشركاء ، واذا قسم العقار المخدوم فان حق الارتفاق بعدم البناء يبقى على كل اجزائه رغم اجراء القسمة.

**انواع حقوق الارتفاق**

تقسم حقوق الارتفاق الى انواع متعددة فهناك الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات الخفية ،و الارتفاقات الايجابية والسلبية، والارتفاقات المستمرة وغير المستمرة والارتفاقات القانونية والاتفاقية وحقوق الارتفاق الطبيعة وحقوق الارتفاق المدنية والزراعية .

نصت المادة (687 ) مدني فرنسي (حقوق الارتفاق اما تكون لاستعمال البناء وتسمى حقوق ارتفاق مدنية او لا ستعمال الارض و تسمى حقوق ارتفاق زراعية). كما تقسم المادة (639) مدني فرنسي حقوق الارتفاق الى خقوق الارتفاق القانونية والطبيعية .ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني العراقي .

وقد نص المشرع العراقي على نوعين فقط ، في ضوء ذلك نقسم المطلب الى ثلاثة فروع الاول : نخصصه لحقوق الارتفاق الظاهرة والخفية والثاني نتناول فيه حقوق الارتفاق الايجابية والسلبية ، والثالث حقوق الارتفاق المستمرة وغير المستمرة .

**اولاً حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية**

لم يعرف المشرع العراقي الارتفاقات الظاهرة والخفية بل اكتفى بذكرها وبيان احكامها .وتعرف المادة (689) مدني فرنسي حقوق الارتفاق الظاهرة (هي التي تدل عليها اعمال خارجية كالابواب والشبابيك والقنوات ، اما حقوق الارتفاقات الخفية هي التي ليس لها علامات خارجية على وجودها مثل المنع من البناء على ارض او منع ارتفاع البناء الى زيادة على ارتفاع معين) . اذن حفوق الارتفاقات الظاهرة هي التي تنشأ عن وجود علامات خارجية أو اعمال ظاهرة محسوسة كالطرق والممرات ، اما حقوق الارتفاق الخفية فهي التي لايوجد ما يدل عليها من مظاهر خارجية أو اعمال كالارتفاقات السلبية كالارتفاق بعدم البناء على ارض .

واشار القانون المدني العراقي الى الارتفاقات الظاهرة والخفية في الفقرة الثانية من المادة (1272 ) التي تشترط لنشوء حق ارتفاق بالحيازة والتقادم ان يكون ظاهراً ، والفقرة الاولى من المادة (1273) التي تشترط لنشوء حق ارتفاق بتخصيص المالك ان يكون ظاهرأ وليس خفياً.، وتضرب الفقرة الثانية من المادة (1272) منه امثلة لحقوق الارتفاق الظاهرة كحق المرو والمجرى وحق المسيل.

**لثانياًحقوق الارتفاق الأيجابية والسلبية**

نصت المادة (1274) مدني عراقي على انه "اذا فرضت قيود معينة تحد من حق صاحب العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء او في مساحته فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره " .واذا خالف صاحب العقار المرتفق به هذه القيود ولحق ضرراً بصاحب حق الارتفاق المخدوم تقرر الفقرة الثانية من المادة (1274) منه حق صاحب حق الارتفاق المطالبة باصلاح الضرر عيناً ،الا اذا تبين ان الحكم بالتعويض يحقق العدالة .

يقسم الارتفاق تبعاً لمضمونه الى ارتفاق ايجابي وارتفاق سلبي ، ،يكون الارتفاق ايجابيا اذا خول مالك العقار المرتفق سلطة ممارسة اعمال ايجابية على العقار المرتفق به يحقق منفعة له ، كالمرور وانشاء مجرى ، ويكون الارتفاق سلبياً اذا كان يقتصر اثره على الزام مالك العقار المرتفق به بالامتناع عن القيام بعمل معين ، فهو الذي يؤدي الى حرمان العقار المرتفق به من استعمال بعض سلطاته كمالك على هذا العقار لمنفعة العقار المرتفق ، ، كالارتفاق بعدم البناء أو عدم تعلية حائط لارتفاع معين.

**لثالثاً حقوق الارتفاقات المستمرة وغير المستمر**ة

نصت على الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة المادة (691 ) مدني فرنسي واشترطت لانشاء حق الارتفاق بالتقادم ان تكون الارتفاقات ظاهرة ومستمرة. وتقسيم حقوق الارتفاق الى مستمرة وغير مستمرة تبعاً لكيفية ممارسة حق الارتفاق ، فحق الارتفاق المستمر هو الذي لا يحتاج استعماله الى تدخل متجدد من قبل صاحب العقار المرتفق ، مثل النوافذ على ملك الجار ومجاري المياه ، اما حق الارتفاق غير المستمر هو الذي يحتاج استعماله تدخل اوعمل متجدد متكرر للانسان مثل حق المرور ولا توجد إلا اذا استمر الاستعمال . ولم ينص المشرع العراقي على هذا النوع لعدم فائدته ، اذ ينشأ حق الارتفاق الظاهربالتقادم سواء أكان مستمراً ام غير مستمر.

**اسباب كسب حق الارتفاق**

نصت الفقرة الاولى من المادة (1272) مدني عراقي على أنه "يكسب حق الارتفاق بالعقد وبالميراث وبالوصية "وتقابلها المادة (1016 ) مدني مصري "حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث " وتقرر المادة(1273) من القانون المدني العراقي سبب خاص لانشاء حق الارتفاق وهو تخصيص المالك، لذا نقسم المطلب الى اربعة فروع : الاول العقد والثاني الوصية والميراث والثالث الحيازة والتقادم والرابع تخصيص المالك .

**العقد**

ينشأ حق الارتفاق بموجب عقد بين مالك العقار الخادم ومالك العقار المخدوم ، وقد يكون العقد معاوضة كالبيع أو مقايضة فيقرر كل من الجارين حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار جاره، وقد يكون تبرعاً كالهبة ، ويصح لكل مالك ان يقرر على عقاره ما يريده من حقوق الارتفاق لمصلحة عقار مملوك لغيره بمقابل او بدون مقابل ، بشرط عدم مخالفة القانون والنظام العام والاداب ، وان يتفق التصرف مع طبيعة حق الارتفاق .

ويخضع العقد سواء أكان بيعاً ام هبة ، معاوضة ام تبرعاً من حيث شروط انعقاده الى القواعد العامة لانعقاد العقد من وجود الررضا و صحته ، ووجود المحل وتعيينه ومشروعيته ومشروعية السبب. فلا بدّ من تطابق الارادتين على المسائل الجوهرية من حيث نوع العقد ونوع حق الارتفاق والعقار المرتفق والمرتفق به والمقابل ، ولا بد من الاهلية القانونية وسلامة الرضا من عيوب الارادة الغلط والاكراه والاستغلال والتغرير ، ولا بد من نعيين المحل تعييناً نافياً للجهالة الفاجشة وان يكون مشروعاً ، ولا بد من ان يكون الباعث الدافع للتعاقد مشروعاً وغير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الاداب العامة.

ويمكن للمالك ان ينشيء حقوق الارتفاق بشرط مراعاة قواعد النظام العام والاداب من جهة ، وطبيعة حق الارتفاق من جهة اخرى ، لذا لا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالمرور لتسهيل تهريب الاسلحة والمخدرات. ولا يجوز ترتيب تكليف على شحص لمنفعة عقار لانه يتنافى مع طبيعة حق الارتفاق ، فالتكليف على شخص لمصلحة العقار كالالتزام بخدمة ارض اوزراعتها يؤدي الى العودة الى الارتفاقات الاقطاعية. ولا ترتيب تكليف على عقار لمنفعة شخص كالحق في التنزه في حديقة غيره او في قطف ازهارها منه أو في الصيد ، فلايعتبر حق ارتفاق عيني وان كان يعتبر مجرد حق شخصي اي حق دائنية ، لان مايحصل عليه من منفعة يعود على شخصه وليس على عقاره. فالارتفاق يكون بين عقار وعقار لا بين شخصين او بين شخص وعقار وهذا ما تقرره صراحة المادة (686) مدني فرنسي. ولم ينص على ذلك المشرع العراقي ، لكن المادة (1271 ) مدني عراقي التي تثضي بأنه " الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك اخر "صريحة في اشتراط ان يكون محل حق الارتفاق عقار سواء بالنسبة للعقار الخادم او بالنسبة للعقار المحدوم فلا يجوز شيء اخر .

وبما ان حق ارتفاق حق عيني يرد على عقار فمن الضروري تسجيل التصرفات القانونية المنشأ لهذا الحق في دائرة التسجيل العقاري وإلا كان التصرف باطل.

يجوز تقرير حق الارتفاق على جميع العقارات سواء أكانت ارض ام بناء سواء أكانت ارض فضاء أم ارض زراعية بشرط ان يجوز التعامل فيها ، ولا يجوز تقرير حق ارتفاق على عقار بالتخصيص ، لانهُ في الاصل منقول ولانهُ مخصص لخدمة العقار بطبيعته ، وتقربر حق ارتفاق عليه يفوت الغاية من تخصيصه او ان تقرير حق ارتفاق عليه يؤدي الى انتزاعه ويرجع الى اصله منقول ولا يجوز تقرير حق ارتفاق على منقول بصريح المادة (1271 ) مدني عراقي سالفة الذكر . ولا يجوز تقرير حق ارتفاق على الاشجار رغم انها عقارات بطبيعتها وهذا ما اكده القضاء الفرنسي ويبرره الفقه الفرنسي بان الاشجار قد تتلف فهي مؤقتة فوجودها غير كافي لتقرير حق ارتفاق مؤبد عليه.ولم يشترط المشرع العراقي ذلك .

ولا يجوز تقرير حق ارتفاق على العقارات العامة نصت الفقرة الاولى من المادة 130 مدني عراقي" يلزم ان يكون محل الالتزام عير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام ولا للاداب والا كان العقد باطل" وتقرر الفقرة الثانية منه ما يعتبر من النظام العام التصرف باموال الدولة فانشاء حق الارتفاق على اموال الدولة يعد باطلا الاوفق الاجراءات المقررة في قانون بيع وتيجار اموال الدولةوالقوانين الخاصة .

نصت صراحة العبارة الاخيرة من المادة (1015) مدني مصري "...ويجوز ان يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا الاستعمال "ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني العراقي.

وعليه ان العقارات العامة يجوز ان تكون محل لحق الارتفاق في القانون المصري بشرط الا يتعارض ذلك مع الغرض الذي خصصت له هذه العقارات .كحق اقامة اكشاك للاستخدام على شاطيء البحر.ولكن يلاحظ ان انشاء اكشاك على شاطيء البحر او في الطريق العام او في المتنزهات العامة لا يعتبر ارتفاق بل ايجار ويتم بالمزايده وفق قانون بيع وايجار اموال الدولة مثله مثل ايجار نادي اومكتب استنساخ في كلية او مدرسة ،.لكن يمكن ان نتصور ان ارض مملوكة على الطريق العام مملوكة للدولة والارض المحبوسة عن الطريق العام مملوكة للافراد يمكن انشاء حق ارتفاق بالمرور او ارض مملوكة للدولة قريبة من مورد الماء واخرى ارض زراعية مملوكة للافراد بعيدة عن مجرى النهر يجوز تقرير حق مجرى عليها ما دام ذلك لا يتعارض مع الغرض الذي خصصت له الاموال العامة .

لا يجوز ترتيب حق الارتفاق على الحقوق ،كانشاء حق الارتفاق على حق ارتفاق اخر ، لان حق الارتفاق يترتب على اعمال مادية لا يمكن تحققها إلا اذا وقعت على شيء مادي، لذا لا يجوز الارتفاق من الباطن ان صح التعبير كالايجار من الباطن.

يجب ان يكون منشيء حق الارتفاق مالكا للعقار الخادم وله حق التصرف فيه ، لأن حق الارتفاق قيد على عقار ويحد من منفعته وينقص من قيمته . ويشترط ان يكون مقرر حق الارتفاق مالكاً للعقار الخادم فلا يجوز للمنتفع ان يقرر حق ارتفاق على العقار المنتفع به كحق مرور او مجرى ،لانه ليس مالكا للعقار وليس له حق التصرف في العقار بل ليس له حق ان يرتب تكاليف عينية مؤقتة مشابهة لحق الارتفاق ، بل يقتصر حقه على التصرف بحق المنفعة ذاته. يجب ان يقرر التكليف لمنفعة عقار اخر مملوك لمالك اخر اي كل من العقار الخادم والعقار المحدوم مملوكين لمالكين مختلفين فلايجوز ان يكونا مملوكين لمالك واحد في الاصل .

ولا يجوز لاحد الشركاء ان يقرر حق ارتفاق على العقار الشائع الا برضا بقية الشركاء فلا يجوز استعمال حق الارتغاق اذا رفض بقية الشركاء إلا اذا وقع العقار الشائع في نصيب هذا الشريك.

**الوصية والميراث**

قد ينشأ حق الارتفاق بتصرف قانوني بارادة منفردة ، او بحكم القانون بالميراث عن واقعة الوفاة .

اولاً الوصية : وقد يكون التصرف المنشيء لحق الارتفاق وصية ، وهي تصرف فانوني بارادة منفردة بدون مقابل مضافاً لما بعد الموت ، فيجوز ان يقرر احد على عقاره بموجب وصية لمصلحة مالك عقار اخر حق ارتفاق كحق مرور أو مجرى أو حق ارتفاق سلبي ، وهنا تطبق شروط صحة الوصية واحكامها المقررة في قانون الاحوال الشخصية ، ولا يكتسب هذا الحق الا بعد موت الموصي.

والوصية تندرج تحت عموم لفظ التصرف القانوني قي الفقرة الاولى من المادة (3 ) من قانون التسجيل العقاري ، ولا ينعقد التصرف العقاري -الوصية بحق الارتفاق - الا بالتسجيله في دائرة التسجيل العقاري . ويشترط في الموصي ان يكون عاقلا وان يكون اهلا للتبرع. وان يكون مختاراً ، ويشترط فقهاء المسلمين ان تصدر الوصية باختيار الموصي وبارادة سليمة وحقيقية ، فلا تصح وصيه المكروه والهازل والمخطيء، واجازت الفقرة الثانية من المادة 109مدني عراقي صحة وصية السفيه بحدود الثلث . وان يكون الموصي مالكاً للموصى به الوصية تصرف تمليكي ولا يملك هذا التصرف الا من يملك الشيء محل التصرف ، والا كانت الوصية باطلة .

ولم يشترط فقهاء المسلمين اتحاد الدين بين الموصي والمزصى له لصحة الوصية، في حين قانون الاحوال الشخصية العراقي فرق في الوصية بين العقار والمنقول ، فاجاز الوصية بالمنقول مع اختلاف الدين ولم يجزها بالعقار ،اذ تقرر المادة 71 منه على انه "تصح الوصية بالمنقول مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل "ً.

ويشترط في الموصى له وفق المادة 68 من قانون الاحوال الشخصية ان يكون موجوداً وحياً وقت انشاء الوصية ، وان لا يكون قاتلاً للموصي. ويشترط في الموصى به مما جرت في الارث فتصح الوصية بالحقوق المالية ومنها حق الارتفاق .وان تكون في حدود الثلث .

وتبطل الوصية بموجب المادة 72 من قانون ااحوال الشخصية العراقي، برجوع الموصي عن الوصية ،و بفقدان اهلية الموصي فلابد ان يبقى الموصي اهلا للتبرع حتى وفاته ، تصرف الموصى بالموصى به تصرف يزيل اسمه.بهلاك الموصى به او استهلاكه من قبل الموصي، وبرد الموصى له الوصية .

ثانياً: الميراث :ويكتسب حق الارتفاق بالميراث تبعاً للعقار المرتفق فلا يترتب على موت صاحب حق الارتفاق انقضاء حق الارتفاق بل ينتقل الى ورثته ، فحق الارتفاق لا يكون عنصراً مستقلاً من عناصر التركة، واذا ورث اكثر من شريك عقار له حق ارتفاق فلا يجوز ان يكون لكل شريك حق ارتفاق مستقل ، واذا تنازل احد الورثة عن حقه بالارتفاق لا ينقضي حق الارتفاق بل يتقرر لبقية الورثة استناداً لقاعدة :(عدم تجزئة حق الارتفاق ) .

الحيازة والتقادم المكسب

نصت الفقرة الثانية من المادة (1272) مدني عراقي على أنه "ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة ".فمن حاز على عقار مملوك لاخر حق ارتفاق ظاهر كحق المرور واستمر حائزاً حيازة قانونية خالية من التسامح ومن الرخصة القانونية مدة خمسة عشر سنة، فانه يكسب هذا الحق بالتقادم الطويل ، واذا اقترنت الحيازة القانونية بسبب صحيح وحسن النية اذا كان التصرف القانوني المنشيء لحق الارتفاق كبيع صادر من غير مالك يكتسب حق الارتفاق بتقادم قصير خمسة سنوات .

ويشترط لكسب حق الارتفاق بالتقادم ان يكون من حقوق الارتفاق الظاهرة وليس الخفية ، لان لها علامات خارجية تدل على وجودها ، فان سكت مالك العقار الذي يباشر حق المرور على ارضه مثلا لمدة التقادم المقررة قانونًا يكسب الحائز حق المرور بالتقادم.

ولم يشترط القانون المدني العراقي ان يكون حق الارتفاق مستمراً لكسب حق الارتفاق كما يفهم ذلك من صريح الفقرة الثانية من المادة (1272) مدني عراقي، كما اشترطت على ذلك المادة 691 مدني فرنسي التي تقضي بان حقوق الارتفاق الظاهرة غير المستمرة لا يمكن انشائها الا بسند .

**تخصبص المالك**

نصت الفقرة الاولى من المادة (1273) مدني عراقي على أنه " الارتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الاصلي "الفقرة الثانية منها "ويكون هناك تخصيص من المالك الاصلي اذا تبين باي طريق من طرق الاثبات ان مالك عقارين منفصلين قد اقام بينهما بناء او علامة ظاهرة اخرى فانشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شانها ان تدل على وجود ارتفاق لو ان العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين وفي هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى ايدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما يعد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما مالم يكن ثم شرط صريح يخالف ذلك "تطابقها الفقرة الثانية من المادة (1017 ) مدني مصري .

من المقرر ان يكون العقار المرتفق والمرتفق به مملوكين لمالكين مختلفين ، فان كانا لمالك واحد فلا ينشأ حق الارتفاق ، واستثناءاً اذا عمد مالك عقارين الى خلق حالة واقعية وعلاقة تبعية بين عقارين منفصلين مملوكين له كيناء او علامات ظاهرة يكون من شانها انشاء حق ارتفاق لو ان العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين ،وهنا الافتراض القانوني وهو قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس ، كأن ينشيء مالك عقارين بينهما منفذ للمرور او يفتح نوافذ بينهما ثم يبيع العقارين لمشتريين مختلفين او يبيع احدهما ويبقي الاخر ملكا له. قيام علاقة تبعية بين عقارين مملوكين لنفس المالك بمقتضاه يتحمل احد العقارين عبء استثنائي افائدة العقار الاخر، واذا تغير وضع الملكية بحيث اصبح لكل عقار مالك مختلف لاي سبب من اسباب نقل الملكية وبقيت علاقة التبعية الواقعية قائمة ينشأ حق الارتفاق .

ويسميه القانون المدني الفرنسي تخصيص الاسرة اذ نصت المادة 692 منه على انه (تخصيص رب الاسرة يكون بمثابة سند في ما يخص بحقوق الارتفاق الظاهرة والمستمرة ) وتشترط المادة 693 منه لذلك (ولا يكون تخصيص رب الاسرة الا اذا ثبت ان العقارين المنفصلين كانا مملوكين لنفس المالك وهو الذي وضع الاشياء بالحالة التي نشًأ عنها حق الارتفاق).

ويشترط لترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك ان تتوفر الشروط الآتية :

1- ان يكون حق الارتفاق ظاهراً مثل حق المرور وحق المجرى ، فلا يشمل حقوق الارتفاق الخفية كحق عدم التعلية او عدم فتح نافذة .

2- يجب اثبات ان العقارين كانا مملوكين لمالك واحد: من يدعي نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك وهو مالك العقار المخدوم وكل ذي مصلحة من دائن عادي ودائن مرتهن عليه اثبات ان العقارين كانا مملوكين لماك واحد وهذا سهل بابراز سند ملكية العقارين قبل بيعهما او قبل التصرف بهما .

3- ان يكون التخصيص اي البناء والعلامة الظاهرة من عمل المالك نفسه فاذا كان من عمل غيره كالمنتفع او المستاجر لا يكون هناك ارتفاق الا اذا اقر المالك ذلك العمل ولا يجوز تقريره من الورثة قبل موت المورث لانه تصرف بتركة انسان على قيد الحياة فهو باطل.

4- ويجب ان تكون الحالة الواقعية التي انشائها المالك بين العقاريين قد قصد بها خلق علاقة تبعية دائمة بين العقارين، وليس مجرد حالة مؤقتة لرغبة عارضة كما لو كان الدار التي يملكها يسكن فيها ابنه وزوجته والاخر يسكن فيها لوحده وتمرض ففتح باب على داره الاخر الذي يسكنه ابنه ليكون قريباً منه .

**الاسبوع 15**

**احكام حقوق الارتفاق**

تخضع المادة (1275) مدني عراقي حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند انشائها وما جرى به العرف وللاحكام الاتية "تطابقها المادة 1019 مدني مصري ، فالقاعدة التي تقررها هذه المادة هي خضوع الحقوق والالتزانات الناشئة عن حق الارتفاق الى اقلواعد المقررة في سند انشائه وما جرى به العرف ، فاذا كان مصدر حق الارتفاق تصرف قانوني (عقد او وصية ) فان هذا التصرف هو الذي يحدد طبيعة الحق ومداه ، واضافة الى سند الانشاء ينبغي مراعاة ماجرى عليه العرف في شان هذه الحقوق ، وان لم يوجد عرف تطبق احكام المواد 1276-1280من القانون المدني التي تنظم احكام حق الارتفاق ومن ضمنها حقوق صاحب العقار المرتفق( المخدوم )والتزاماته وحقوق مالك العقار المرتفق به (الخادم )والتزاماته عليه نقسم المبحث الى مطلبين الاول نخصص الاول لحقوق مالك العقارالمرتفق( المخدوم )والتزاماته والثاني حقوق مالك العقار المرتفق به (الخادم )والتزاماته .

**حقوق مالك العقارالمرتفق( المخدوم )والتزاماته**

يتبن من المادتين 1276 و1277 مدني عراقي ان حقوق مالك العقارات المرتفق هي حقه بالقيام بالاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق وان عليه التزام بتحمل نفقات هذا الاستعمال عليه نقسم المطلب الى فرعين: الاول الاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق والثاني التزام صاحب العقار المخدوم بالنفقات

الفرع الاول

الاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق

لصاحب العقار المخدوم ان يقوم من الاعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم المحافظة عليه ولا ينشأ عنه الا اقل ضرر ممكن بالعقار الخادم.ففي حق الارتفاق بالمرور يخول مالك العقار المخدوم الحق في رصف الطريق وتعبيده ليكون صالحاً للمرور ، وفي حق المجرى يخول صاحبه ان يحفر قناة تجري فيها المياه الى ارضه ووضع المضخات والاجهزة الاخرى لتحقيق ذلك .

ولا بد ان تكون هذه الاعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق ، اما الاعمال غير الضرورية للاستعمال حتى لو لم يترتب عليها ضرراً بالعقارر الخادم فليس له اجراءها وليس له كذلك اقامة التحسينات، ومعرفة اذا كانت الاعمال ضرورية للاستعمال الارتفاق او غير ضرورية مسئلة وقائع تخصع للساطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع القضية ، ويجب القيام بالاعمال بالطريقة التي تكون احف ضرراً واقل مضايقة للعقار الخادم.

يجب على صاحب الارتفاق ان يستعمل حقه في مصلحة العقار المقرر لمنفعته حق الارتفاق ولا يجعله يتعدى لمصلحة عقار غيره من العقارات كالعقارات التي يشتريها بعد تقرير حق الارتفاق ولا يجوز استعمال حق الارتفاق الا للحاجة التي انشيء من اجلها فلا يجوز له ان يتجاوز القدر المقرر له في سند انشائه.

ويجوز لصاحب العقار المرتفق ان يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق اذا ثبت ان في هذا التغيير فائدة محسوسة له دون ان تلحق ضراراً بالعقار المرتفق به.

الفرع الثاني التزام صاحب العقار المخدوم

لا يجوز ان يرتب صاحب العقار المخدوم على ما يستجد من حاجات العقار المرتفق اية زيادة في عبء الارتفاق.يجب على صاحب الارتفاق ان يستعمل حقه في مصلحة العقار المقرر لمنفعته حق الارتفاق ولا يجعله يتعدى لمصلحة عقار غيره من العقارات كالعقارات التي يشتريها بعد تقرير حق الارتفاق ولا يجوز استعمال حق الارتفاق الا للحاجة التي انشيء من اجلها فلا يجوز له ان يتجاوز القدر المقرر له في سند انشائه

ولذلك لا يكون له ان يستعمل ارتفاق غير الارتفاق الذي كسبه ،ولا يغير من وصف وتوع ارتفاقه او طريقة استعماله المحددة على وجه قاطع ،كممارسته المرور بالسيارة في حين انه محدد للمرور على الاقدام ، ولا يجوز له ان يغير بارادته المنفردة موضع حقوق الارتفاق دون موافقة صاحب العقار المرتفق.

وقررت محكمة التمييز العراقية في احد قراراته على ابقاء حق المجرى على وضعه الحالي وعدم احداث مجرى جديد لعدم الضروة له ، لوجود مود مياه كافية وتزيد للقطع المخدومة وان ذلك يلحق ضرر بالعقار الخادم *ستلحق اضرار بهما وتؤدي الى قطع عدد كبير من اشجار الحمضيات المثمرة وتقليص المساحات المزروعة ومن الافضل البقاء على اوراء القطع بوضعه الحالي*.

ولما كان المستفيد من حق الارتفاق هو مالك العقار المرتفق فعليه تقع نفقات الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، واذا كان صاحب العقار المرتفق به المكلف بان يقوم بهذه الاعمال على نفقته فله ان يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لصاحب العقار المرتفق .واذا كانت الاعمال التي يقوم بها صاحب العقار المرتفق نافعة ايضا لصاحب العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة.

**حقوق مالك العقار المرتفق به والتزاماته**

الفرع لباول :الامتناع عن اعاقة استعمال حق الارتفاق :

نصت المادة 1278/1 مدني عراقي على انه "لايجوز لصاحب العقار المرتفق ان يعمل شيئاً يؤدي الى انتقاص من استعمال حق الارتفاق او جعله اكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص ان يغير من الوضع القائم او ان يبدل بالموضغ المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر تطابقها المادة 1023/1 مدني مصري . ًوتقرر المادة 701 مدني فرنسي (لا يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يعمل شيئا يتسبب فيه نقصان الاستعمال او يجعل استعماله اكثر مشقة ).

يتبين من هذه المواد انها فرضت التزاماً سلبياً على مالك الهقار المرتفق به وهو الامتناع عن كل عمل من شانه ان يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق او يعرقل الاستفادة منه او يجعلخ اكثر مشقة ، فليس لمالك العقار المرتفق به ان يعرقل استعمال مالك العقار المرتفق لحقه ،كأن يضع ما يمنع مرور الماء في المجرى ، او يحرث الارض المثقلة بحق المرعى .او يزرع قطعة الارض التي عليها حق الارتفاق بالمرور، او يضع عوائق بالمرور بحيث يجعل المرور عسيراً.

الفرع الثاني: الامتناع عن تغيير موضع حق الارتفاق

:تقرر المادة 1278/1 مدني عراقي في شطرها الاخير" .. ولا يجوز له بوجه خاص ان يغير من الوضع القائم او ان يبدل بالموضغ المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر" تطابقها المادة 1023/1 مدني مصري .

وليس لمالك العقار المرتفق به ان يغير او يطلب تغيير الوضع القائم لحق الارتفاق او ان يطلب تبديل الموضع المعين اصلا لاستعمال حق الارتفاق بموضع جديد ، الااذا اصبح الوضع السابق من شانه ان يزيد في عبء الارتفاق او اصبح تقيل العبء ويشل حق ملكيته ، او اصبح الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات في العقار المرتفق به، مادم الوضع الجديد من شانه تعيين طريقة جديدة للاستعمال تكون اقل ضرراً له ، ولا يترتب عليها مضايقة صاحب العقار المرتفق ، فله ذلك سواء نقله الى عقار اخر يملكه او يملكه اجنبي اذا قبل الاخير ذلك ، مع مراعاة ان هذا التغيير او التبديل لا يضر بحقوق صاحب العقار المرتفق متى كان وضعه الجديد ميسوراً لصاحب حق الارتفاق بالقدر الذي كان ميسوراً في وضعه السابق.

**اسباب انقضاء حق الارتفاق**

نصت المادة (1281) مدني عراقي على أنه "ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد ، وبهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاًً تاماًً ، أوباجتماع العقارين في يد مالك واحد ، الا انه في هذه الحالة الاخيرة اذا زالت حالة الاجتماع هذه والا يستند اثره الى الماضي فان حق الارتفاق يعود "يتبين من هذه المادة ان اسباب انقضاء حق الارتفاق هي :

الفرع الاولً-**انقضاء الاجل المحد**:

اذا تضمن سند انشاء حق الارتفاق من عقد او وصية او اتفاق لاحق على اجل محددة لينقضي به الحق فانقضاء هذا الاجل ينثضي به حق الارتفاق.

الفرع الثاني- هلاك العقار المرتفق به او العقار المرتفق:

اذا هلك العقار المرتفق به اوالعقار المرتفق هلاكا تاماً(كلياً) يصبح استعمال حق الارتفاق مستحيلاً ،وقد يكون الهلاك مادياً كما لو غير النهر مجراه وشغل في المجرى الجديد العقار المرتفق به او العقار المرتفق او الاثنين معاً، او هلاك قانوني كما لو نزعت ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة فينقضي حق الارتفاق مقابل تعويض صاحب حق الارتفاق باستيفاء الفرق بين تقدير بدل العقار مثقلا بحق الارتفاق وتقديره غير مثقل به.واذا كان الهلاك جزئي فلا ينقضي الارتفاق بل يبقى ممكناً في الجزء الباقي من العقار.

الفرع الثالث- اتحاد الذمة :

اذا اجتمع العقارين في يد مالك واحد اي اصبح العقارالمرتفق والمرتفق به مملوكين لشخص واحد ، انقضى حق الارتفاق باتحلد الذمة ، كما لو اشترى صاحب حق الارتفاق العقار المرتفق به أو اصبح مالكاً له باي سبب من اسباب كسب الملكية كالميراث او الوصية ، واذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يستند اثره الى الماضي فان حق الارتفاق يعود . فاذا اشترى مالك العقار المرتفق العقار المرتفق به وفسخ العقد بسبب عدم دفع الثمن او بسبب ضمان العيوب الخفية وغير ذلك يزول العقد باثر رجعي ويرجع معه حق الارتفاق . وكذلك اذا اوصى مالك العقار المرتفق به بعقاره الى صاحب العقار المرتفق وكانت الوصية غير صحيحة يعود حق الارتفاق .

الفرع الرابع -عدم استعمال حق الارتفاق مدة التقادم المسقط

تقرر المادة 1282 /1 مدني عراقي على انه "ينقضي حق الارتفاق بعدم استعماله خمسة عشر سنة فان كان الارتفاق مقرر لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ستا وثلاثين سنة " .ينقضي حق الارتفاق بعدم الاستعمال المدة المقررة قانونا وهي خمس عشرة سنة واذا كانت موقوفة كانت المدة ستا وثلاثين سنة وتخضع هذه المدة لوقف وانقطاع التقادم واذا كان العقار المرتفق شائعا فان انتفاع احد الشركاء بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين كما ان وقف التقادم لصلحة احد الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة جميع الشركاء.

الفرع الخامسً - التنازل عن حق الارتفاق

يجوز لمالك العقار المرتفق اذا كان اهلاً ان يتنازل عن حقه ولا حاجة لقبول مالك العقار المرتفق به لان التنازل تصرف قانوني صادر بارادة منفردة ، وقد يكون التنازل صريحاً او ضمنياً ، و المحكمة تستخلص التنازل الضمني من ظروف القضية فهي مسالة وقائع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، ولا يشترط لتحققه شكل معين شفاهاً او كتابة ،بمحرر عادي او بمحرر رسمي.

استحالة الاستعمال

نصت المادة 1283 مدني عراقي على انه "ينقضي حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ويعود اذا عادة الاشياء الى وضع يمكن استعمال الحق " تطابقها المادة 707 مدني مصري. ونصت على ذلك ايضاً المادة 703 مدني فرنسي بقولها ( وتنتهي حقوق الارتفاق اذا صارت الاشياء في حالة لا يمكن فيها استعمالها )

اذا استحال استعمال حق الاريفاق استحالة بسبب تغير وضع الاشياء ينقضي حق الارتفاق ، كما لو كان حق الارتفاق حق مسيل على منزل الجار وانهدم المنزل كلياً ، وكذلك اذا كان حق الارتفاق بالمرور وانحبس العقار المرتفق به عن الطريق العام بحيث اصبح من المتعذر الوصول معه الى الطريق العام ، وكما اذا غمر ماء النهر ارضاً مقرر عليها حق المرور او حق المرعى فان حق الارتفاق ينقضي بسبب تغير وضع العقار المرتفق به ، غير ان ارتفاق المسيل في المثال المذكور يعود اذا عاد العقار المرتفق به الى حالته الاولى تطبيقا لقاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع ) كما لو تم اعادة بنائه من جديد .

الفرع السابع- زوال فائدة حق الارتفاق

نصت المادة (1284 ) مدني عراقي على انه "لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ولن يبق له غير فائدة محدود ة لا تتناسب مع الاعباء الواقعية على العقار المرتفق به " .اذا فقد حق الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق او كانت الفائدة لاتتناسب مع التكاليف على العقار المرتفق به جاز لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر بارادته المنفردة من الارتفاق كله او جزءاً منه ، كما لو كان حق الارتفاق بالمرور ثم اصبح العقار المرتفق به نتيجة فتح شارع جديد يؤدي للطريق العام اقرب وايسر ، وكذلك اذا كان حق الارتفاق مجرى واكتشف في العقار المرتفق ينبوعاً يحقق نفس منفعة الارتفاق او تزيد عليه .ً

تجزئة احد العقارين

اذا جزيء العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه على ان لايزيد العبء الواقع على العقار المرتفق به ، فاذا كانت ارض زراعية لها حق مجرى وقسمت الى عدة قطع مما يقتضي تامين حق المجرى لكل جزء منها غير انه اذا اصبح حق الارتفاق بعد التجزئة لا يفيد في الواقع الا بعض هذه الاجزاء ، فلصاحب العقار المرتفق به ان يطالب ازالة هذا الحق عن الاجزاء التي اصبحت غير محتاجة اليه .

كما ان تجزئة العقار المرتفق به لا يؤدي الى زوال حق الارتفاق بل يبفى الارتفاق واقعاً على جزء منه. الا اذا كان حق الارتفاق غير مستعملاً في الواقع على بعض هذه الاجزاء اي كان لا يفيد في الواقع الا بعض الاجزاء ولا ممكن ان يستعمل عليها ، ، فيكون من حق صاحب كل جزء منها ان يطالب زوال هذا الحق من الجزء الذي يخصه ، فاذا كان على العقار المرتفق به حق مرور وتم تجزئته وكانت اجزاء منه لا يقع موضع المرور فيها فيجوز لاصحاب هذه الاجزاء المطالبة بتحرير الاجزاء التي تخصهم من ارتفاق المرور الذي كان تثقل العقار باكمله قبل تجزئته.

فسخ حق مقرر الارتفاق او الغائه

اذا فسخ حق مالك العقار المرتفق به اوتم الغائه باثر رجعي ينقضي حق الارتفاق ، كما لو فسخ السند المنشيء لملكية مالك العقار المرتفق به لاي سبب بسبب عيوب الارادة او ضمان العيوب الخفية، فان حق الارتفاق ينقضي تبعاً له تطبيقا لقاعدة (سقوط حق الواهب يستتبع سقوط حق الموهوب له)

الفصل الدراسي الثاني

1. (1)نصت الفقرة الثالثة من المادة 1167 مدني عراقي اذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منه على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا اثر المالك ان يستبقيها في نظير قيمتها مستحقة القلع " [↑](#footnote-ref-1)
2. (2) ينظرتفاصيل ذلك د. يوسف محمد ،مرجع سابق، ص219 [↑](#footnote-ref-2)