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 .