الفصل الرابع

اسباب كسب الملكيه

المبحث الاول

كسب الملكيه ابتداء

الاستيلاء (او احراز المباحات)

كسب الملكيه ابتداء بالاستيلاء سبب قديم من اسباب التملك عرفته البشريه منذ القدم وقد كانت له اهميه خاصه عند الشعوب البدائيه كما عرفت القوانين القديمه الحرب والغزو سببا من اسباب الاستيلاء على اموال العدو المهزوم اماالتملك بالاستيلاء في القوانين الحديثه فلا يتم عن طريق القوه او الغلبه ولا يرد على شيء مملوك للغير فالاستيلاء في العصر الحديث هوغير السلب و الغنائم و هو رغم تضارل اهميته في الوقت الحاضر فانه وسيله لكسب الملكيه ما دامت هناك اشياء مباحه مع ملاحظه ان الاستيلاء في القوانين المدنيه الحديثه قاصر على المنقولات دون العقارات فالاستلاء بمفهومه الحديث (هو وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنيه تملكه) وهو بهذا الاعتبار واقعه ماديه هي وضع اليد او الحيازه ولكنها تختلط باراده التملك.

شروط تملك المباحات

قدنظمت المواد ١٠٩٨ ١١٠٥ من القانون المدني العراقي الاحكام الخاصه في كيفيه تملك الاشياء المباحه فقد نصت الماده ١٠٩٨ الفقره الاولى على انه ((كل من احرز بقصد التملك منقولا مباحا لا مالك له ملكه)) ويفهم من هذه الماده انه يشترط لكسب الملكيه بالاحراز او الاستيلاء الشروط الاتيه:

الشرط الاول : الاحراز:

الاحراز يعني وضع الشيء في موضع حصين وهو على نوعين **حقيقي وحكمي** فالاحراز الحقيقي يكون بوضع اليد حقيقه او فعلا على الشيء كحصد الكلا او قطع الاشجار او جني الثمار او مسك الصيد او اخذ الماء من النهر، اما الاحراز للحكمي فيكون بتهيئه سبب الاحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب الشبكه للصيد.

الشرط الثاني : ان يكون الشيء منقولا مباحا:

من اجل ان يصح الاحراز او الاستيلاء لابد ان يقع على منقول مباح غير مملوك كالنباتات والماء والنار والكلا والحيوانات البريه والبحريه والاشياء المشتركه التي يستفيد منها الكافه ولا يستطيع احد ان يستاثر بها بمجموعها كمياه الانهار والبحار او الهواء فمن يستحوذ على قدر محدد منها فانه يمتلكه بالاحراز وكذلك المياه غير المحرزه اي الجاريه على سطح الارض او مياه العيون والابار غير المملوكه تكون مباحه كذلك اما المياه في المساقي والقنوات الخاصه فهي ملك لاصحابها.

والمنقولات التي كانت مملوكه ثم اصبحت بغير مالك و هي الاشياء المتروكه التي يتخلى عنها اصحابها بقصد النزول عن ملكيتها كالملابس القديمه وفضلات الطعام ونحو ذلك فانها يصح الاستيلاء عليها.

ويجب التمييز بين الاشياء **المتروكه** التي تعتبر لا مالك لها وبالتالي يمكن تملكها بالاستيلاء ، وبين **الاشياء الضائعه** فالاشياء الضائعه كالحيوانات الاليفه التي تتسرب من اصحابها و الحقائب والامتعه التي يغفل عنها اصحابها في المحطات ووسائل النقل والنقود التي تضيع من اصحابها تعتبر مملوكه لهم لانهم لم يتخلوا عنها وانما خرجت من تحت ايديهم دون ارادتهم ، اذا عثر احد عليها كانت من قبيل اللقطه وجب عليه ان يقوم بما يقرره القانون في سبيل اعاده الشيء الى اصحابه وقد احاله القانون المدني فيما يتعلق باللقطة الى احكام القوانين الخاصه فقد نصت الماده ١١٠٣ على انه ((الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثريه تنظمه القوانين الخاصه)).

الشرط الثالث : ان يكون الاحراز بقصد التملك:

يجب كذلك ان يكون الاحراز مقترنا بقصد التملك فمن يحرز شيئا لا بقصه تملكه بل بالصدفه فانه لا يكون مالكا له بل يبقى الشيء مباحا لكل احد .

فمن وضع اناء او اعد حوضا بقصد جمع الماء فان الماء المتجمع يكون ملكا له ولكنه لو وضع الاناء في محل بدون قصد تجمع الماء فنزل المطر فلا يكون الماء ملكا له، كذلك لو نشر شخص شبكته لاجل تجفيفها ووقع فيها صيد فانه لا يكون له.

يترتب على اشتراط ان يكون الاحراز بقصد التملك انه ليس **للصغير غير المميز او المجنون** ان يتملك بالاحراز لانعدام القصد فاذا كان الاستيلاء واقعه ماديه فهي بذلك لاتتطلب الاهليه ولكننا وجدنا ان هذه الواقعه تختلط باراده التملك وهذه الاراده تفترض قدر معين من الوعي والادراك وذلك غير متوفر في الصغير غير المميز او المجنون .

فاذا توفرت الشروط المتقدمه كسب واضع اليد ملكيه الشيء المستولى عليه فورا دون اشتراط استمرار الحيازه مده معينه.

الكنز:

الكنز هو ما يوجد في باطن الارض ، من ما وضعه الانسان نقودا كان او حليا او سبائك ولهذا فهو لا يعد جزءا من الارض التي دفن فيها فلا يتناوله ملكها .

ينبغي التمييز بين الكنز و بين المعادن فالمعادن هي ما يوجد في باطن الارض من اصل الخلقه والطبيعه سواء كانت صلبه كالذهب والفضه والنحاس، او سائله كالزئبق والنفط اما الكنز فهو المدفون في باطن الارض بفعل اصحابه الاولين او على اثر حادث من حوادث الطبيعه يؤدي الى طمر بلد في باطن الارض بما فيه من ثروات وقد نظمت الماده(١١٠١) من القانون المدني العراقي احكام الكنز فقضت بان ((الكنز المدفون او المخبوء الذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته يكون لمالك العقار ان كانت الارض مملوكه للدوله ان كانت الارض اميريه ولجهه الوقف اذا كانت الارض موقوفه وقفا صحيحا))

يتبين من ذلك انه يشترط للكنز ما يلي:

اولا: ان يكون منقولا.

اذ لو كان عقارا لاصبح جزء من العقار الذي يوجد فيه فيسري عليه ما يسري على هذا العقار من احكام.

ثانيا: ويجب ان يكون هذا المنقول مدفونا او مخبوء.

فالمنقول الثمين الذي يوجد في مكان ظاهر لا يكون كنز بل يعتبر منقولا ضائعا ويستوي في ذلك ان يكون الكنز المدفون في ارض او في عقار اخر كسقف او جدار.

ثالثا: ويجب ان لا تثبت ملكيته لاحد.

اذا ثبت ملكيته لشخص اخر غير صاحب العقار الذي يوجد فيه الكنز فانه هو الذي يكون صاحب الحق فيه .

و طبقا للماده (١١٠١) من القانون المدني فان الكنز يعتبع العقار في ملكيته فهو لمالك الارض اذا كانت الارض مملوكه، وللدوله اذا كانت الارض اميريه، ولجهه الوقف اذا كانت الارض موقوفه وقفا صحيحا .

والكنز من حق مالك رقبه الارض فلا يعطى لمن له على تلك الارض حق انتفاع او ايجار او غير ذلك ويبدو ان اساس الحكم الوارد في الماده ١١٠١ هو انه طالما ان ملكيه الكنز لم تثبت لاحد اخر غير مالك العقار فيكون هذا هو احق الناس به.

ويتضح ان كسب ملكيه الكنز في القانون العراقي ليس اساسها الاستيلاء رغما ورود المواد التي تنظم احكامه بين النصوص الخاصه بالاستيلاء.

فالكنز لمالك العقار الذي يوجد فيه ولو كان الذي عثر عليه شخص اخر وضع يده عليه بنيه تملكه فلا يكون لهذا الاخير اي حق فيه، مع ان العداله تقتضي ان يكون لمن وجد الكنز نصيبا فيه و هذا ما اخذت به بعض القوانين في القانون الفرنسي .

الاثار القديمه:

الاثار القديمه اذا كانت من المنقولات فانها لا تعتبر كنوزا واذا كانت من العقارات فان ملكيه الارض لا تكسب صاحبها حق التصرف في الاثار التي توجد فيها كما انها لا تقضي على احكام الاستيلاء بل تخضع لاحكام القوانين الخاصه بها ومن هذا يتضح ان قوانين الاثار القديمه هي من اخطر القيود التي ترد على حق الملكيه .

وقد نظم احكام الاثار القديمه قانون الاثار رقم ٥٩ لسنه ١٩٣٦ وتعديلاته فيتبين من ذلك ان الاثار ليست من الاشياء المباحه التي يجوز اكتساب ملكيتها بالاستيلاء عليها فهي لا تعتبر ملكا لمن وجدها او عثر عليها وهي من جهه اخرى لا تتبع ملكيه الارض لانها من املاك الدوله العامه .

الصيد:

الصيد هو اقتناص حيوان متوحش طبعا مع قدرته على الفرار

وحكمه انه مباح برا وبحرا على انه يشترط لاعتبار الحيوان محل الاستيلاء ان يكون وحشي غير اليف حتى ولو كان من صغار الحيوانات وفراخه الحيوانات الداجنه او المستانسه لاتصلح لذلك والغالب ان يكون لهذه الحيوانات مالك، ويشترط كذلك ان يكون الصيد ممتنعا عن الانسان بقدرته على الفرار.

فاذا توفر هذان الشرطان كان الحيوان مباحا لا مالك له فيكون ملكا لاول من يستولي عليه بالفعل وهذا هو الاستيلاء الحقيقي اول من يجعله في حال يعجز معها على الفرار والخلاص وهذا هو الاستيلاء الحكمي فيكون الحيوان في هذه الحاله مملكا للصائد ولا يجوز غيره ان يستولي عليه ولو وقع في ارض هذا الغير وقد اقتصر المشرع في تنظيم حكم الصيد في القانون المدني على نص الماده ١١٠٢ اكتفاء باحكام القوانين الخاصه التي احالت عليها الماده ١١٠٣ بقولها ((الحق في صيد البر والبحر ....تنظمه القوانين الخاصه)).