المقدمة

(حق التصرف وأحكام انتقاله في القانون المدني العراقي)

مقدمة البحث وأهميته :

حق التصرف يُعد من أبرز الحقوق العينية التي تخوّل صاحبها السيطرة الكاملة على الشيء محل الحق، وإن انتقال هذا الحق يخضع لقواعد معينة في القانون المدني، بمعنى أنه قد نظم انتقال هذا الحق من خلال مجموعة من الأحكام القانونية التي تهدف بمجملها إلى تحقيق العدالة وضمان استقرار المعاملات القانونية، مما أضفت على دراسة أحكام انتقاله أهمية كبيرة لما لها من دور في حماية الحقوق، وتوضيح الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، بالإضافة الى تحقيق الهدف الذي يسعى الى تحقيقه، وإن انتقال هذا الحق يتطلب استيفاء أركان محددة قانونا، ويعتبر التسجيل في السجلات الرسمية اي تسجيل التصرف في دائرة التسجيل العقاري، بالإضافة إلى التراضي، والأهلية القانونية، والسبب ركنا من اركانه، وإن دراسة أحكام انتقال حق التصرف في القانون العراقي تحمل أهمية كبيرة للكشف عن ثغرات أو قصور في النصوص القانونية المتعلقة بانتقال حق التصرف، مما يساعد المشرّع العراقي في تحسين وتطوير القوانين لتلبية الاحتياجات المتغيرة، زد على ذلك فإن البحث يُعد إضافة نوعية للمكتبة القانونية العراقية، خاصة إذا تناول القواعد الخاصة بانتقال حق التصرف من منظور تحليلي مع تعزيزه بالقرارات القضائية الحديثة، وبالرجوع الى النصوص التي عالجت موضوع حق التصرف نجد بأنها مقننة ضمن نصوص القانون المدني وبمواد عديدة والتي جعلتها مغبونة مقارنة بالمواضيع الأخرى التي خُصِصَت لها كتاب أو فصول منه، وهذا ماجعلته أيضا سببا من تجنب الباحثين الكتابة في هذا المجال، إذ إن قلة المراجع والمصادر العراقية حول هذا الموضوع خير دليل على صحة زعمنا المذكور، مع أن المنازعات التي تخص حق التصرف وكيفية إنتقاله هي من أهم المنازعات التي تغطي سجلات محاكم البداءة، وقلما يمر يوما ولم يعرض على القاضي منازعة حول أحد مواضيع حق التصرف، لذا جعلت (حق التصرف وأحكام إنتقاله في القانون المدنى العراقي) عنوانا لهذا البحث.

مشكلة البحث /

تكمن اشكالية هذا البحث في اللبس الحاصل في حالة وفاة مالك حق الملكية و وفاة المتصرف في حق التصرف، والذي حاولنا التغلب عليه عن طريق إزالته، زد على ذلك فإن الإختلاف الحاصل في الكثير من أحكام حق الملكية عن أحكام حق التصرف خاصة كيفية إنتقال وتوزيع الحصص بعد وفاة صاحبهما على المستحقين، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الأسلامية بوصفها أحد أهم الأسس للتشريع في العراق حسب المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إذ إننا حاولنا تجاوز هذه المشاكل عن طريق الإجابة على معظم التساؤلات المثارة والتي تتعلق بالارث الشرعي بموجب القسام الشرعي و انتقال حق التصرف بموجب القسام النظامي او القانوني.

منهجية البحث /

ان المنهج الذى اتبعناه في هذا البحث هو منهج تحليلي تطبيقي للنصوص القانونية، وقمنا بشرح أهم الاحكام التى يتضمنها قانوننا المدني إبتداءً بماهية حق التصرف، ومرورا باسباب كسبه ومن ثم اسقاطه وإنتهاءً بانتقاله، وحاولت تطعيم البحث وتعزيز الآراء ببيان موقف القضاء تجاهها.

خطة البحث /

ولكي تتمشى الخطة والهدف الذي نسعى الى تحقيقه، فإن البحث يتكون من مقدمة وثلاثة مباحث وكالاتي :

- المبحث الأول/ ماهية حق التصرف.

-المطلب الأول/ تعريف حق التصرف.

- المطلب الثاني / نطاق حق التصرف.

- المطلب الثالث / تمييز حق التصرف عما يشابهه من الحقوق.

- المبحث الثاني / اسباب حق التصرف .

-المطلب الأول/ أسباب كسب حق التصرف،

-المطلب الثاني / اسباب انقضاء حق التصرف،

- المبحث الثالث / انتقال حق التصرف و موانع انتقال حق التصرف.

- المطلب الأول/ القسام القانوني.

- المطلب الثاني/ اصحاب حق الانتقال وتطبيقات العملية.

- المطلب الثالث/ موانع انتقال حق التصرف،

-المطلب الرابع / مدى دستورية المواد المنظمة لانتقال حق التصرف في قانون المدني العراقي مع الدستور العراقي الدائم.

- الخاتمة والتي تتضمن عرض اهم النتائج التي توصلنا اليها خلال الكتابة، وكذلك مجمل المقترحات التي تلمسناها والتي نأمل أن تكون مساعدة للرقي بتشريعنا الى مستوى عال.

والله الموفق

الباحث

المبحث الاول / ماهية حق التصرف

قسمنا هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول تعريف حق التصرف و في الثاني نطاق حق التصرف و في الاخير تمييز حق التصرف عما يشابهه من الحقوق وعلى المنوال الاتي :

المطلب الاول

تعريف حق التصرف

يقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول تعريف حق التصرف من الناحية اللغوية وفي الثاني تعريفه من الناحية الاصطلاحية وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول /

التصرف لغةً صرف : الصرف رد الشيء عن وجهه ، صرفه يصرفه صرفا فانصرف وصرف الشيء أعمله في غير وجه كأنه يصرفه عن وجه الى وجه [1].

الفرع الثاني /

حق التصرف اصطلاحاً:

يعرف حق التصرف بانه حق يخول صاحبه التصرف بالاراضي الاميرية المفوضة بالطابو او الاراضي الاميرية الممنوحة باللزمة او الموقوفة وقفا غير صحيح من حيث الانتفاع بها واستغلالها بالوجوه المقررة قانونا كافة، واجراء جميع التصرفات القولية والفعلية الجائزة، وكما ان هذا الحق ينتقل بعد وفاة المتصرف الى اصحاب حق الانتقال من ورثته مع بقاء رقبتها ملكا للدولة ويسمى المنتفع بـ(المتصرف) [2].

المطلب الثاني

نطاق حق التصرف

يقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول في الاول نشوء حق التصرف وفي الثاني نطاق حق التصرف وفي الاخير القيود التى ترد على حق التصرف و على النحو الاتي:

الفرع الأول / نشوء حق التصرف

ان حق التصرف ظهر في فترة الحكم العثمانية، وقبل هذا التاريخ كانت جميع الاراضي الزراعية مملوكة للدولة وتعطي للتصرف بها، نفعا واستغلالا الى من هو قادر عليها في مقابل دفع الضريبة الى بيت المال وهذه الضريبة اصطلح على تسميتها بـ (الخراج)، ولكن في عهد العثمانيين ولرغبتهم في زيادة ايرادات الدولة عملوا على تقوية علاقة المتصرف بالارض الزراعية حيث لم يعد المتصرف بالارض مجرد مستاجر

---

(١) ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج٩، ط١، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص ١٨٩.

(٢) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة الطبع، ص ١٢٧.

يقوم بالاستغلال والانتفاع مقابل بدل يدفعه كل سنة بل اصبح مع مرور الزمن وباجازة الدولة يمتلك حق التصرف بالارض التى تحت يده وينتقل هذا الحق الى ورثته ، بمعنى ان حق التصرف اصبح كحق الملكية من الحقوق التى تورث وتنتقل بعد الوفاة من المتصرف الى خلفه [١].

ان جعل رقبة الاراضي للدولة والتصرف للافراد ليس امرا حادثا وانما هو قديم وان الناس قد اعتقدوا من القديم ان الاراضي ملك الملك وقد روى ان المصريين تركوا حليهم ونقودهم وبالأخير ارضهم للحصول على الخبز اثناء القحط في زمن النبى يوسف عليه السلام، فانتقلت الاراضي الى الفراعنة بهذه الطريقة ولكن كان للأفراد حق الانتفاع على ان يدفعوا حصة معينة من الحاصل، اما الرومانيين القدماء فان اساس التمليك والتصرف في الاراضي عندهم كان مستندا الى حق الفتح. وحق تقسيم الارض بين الفاتحين وقسمت الاراضي المفتوحة بين رؤساء العائلات قطعا وبعدها شرعت الحكومة في تمليكها للافراد ببدل وللشيوخ من الجند ذوي الخدمة السابقة بلا بدل، اما الاراضي غير المزروعة فانها تبقى ملكا للدولة ولكن يحق لكل فرد ان يرعى اغنامه ويتصرف فيها على ان يزرعها وكان ينتقل هذا التصرف الى ورثة المتصرف[٢].

و في العهد العثماني فقد نص قانون الاراضي الصادر سنة ١٨٥٧ في المادة الاولى على الاراضي الاميرية وهي الاراضي التى تعود رقبتها للدولة وفوضت امر زراعتها للافراد كما ان المادة الثالثة قد قسمت الاراضي الاميرية الى ثلاث انواع الاول الخاص وهو ما خصص للسلاطين او الامراء والوزراء الثاني الزعامة وهو ما خصص لقادة الجيش والثالث التيمار ما خصص للمحاربين في الجيش [٣].

و قد رأت الحكومة العثمانية انه كلما قويت علاقة المتصرف بالارض زادت عنايته بها وهذا يؤدي بطبيعة الحال الى زيادة الانتاج الزراعي وتحسين الحالة الاقتصادية فأخذت بتقوية حق التصرف في الاراضي الاميرية فكان في بادئ الامر حقا ضعيفا لا يزيد كثيرا عن حقوق المستاجر وكان هذا الحق لا ينتقل الى ورثة المتصرف الا بحدود ضيقة ولكنها باشرت في توسيع حق التصرف واجازت تدريجيا انتقال هذ الحق الى بعض الورثة بمقتضى اوامر سلطانية غير مقيدة بطريقة الارث الشرعي ما دامت الرقبة للدولة وليست ملكا للمتصرف وقد اطلق على هذه الطريقة (الانتقال) في التصرف بالاراضي الاميرية وكانت الاوامر السلطانية والقوانين التى تصدر بين اونة واخرى كلها ترمي الى توسيع درجات الانتقال حتى اصبح هذا الحق كحق الملكية تقريبا وقد أقر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بالاراضي الاميرية في المواد (١١٦٩ –١٢٤٦) كما ان قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ قد عد في المادة الثانية منه ما زاد عن الحد المقرر ملكا للدولة ايا كان صنفها قبل صدور القانون[٤].

---

(١) القاضي وائل ثابت الطائي، المرشد الى القسامات وتوزيع التركات، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠٢٤، ص ٢٣٨ – ٢٣٩.

(٢) المحامي ابراهيم ناجي، حقوق التصرف شرح قانون الاراضي، ط٢، مطبعة الفلاح، بغداد، ١٩٢٥، ص٢٢ –٢٣.

(٣) المحامي ابراهيم ناجي، مصدر نفسه، ص ٢٩–٣٠.

(٤) المحامي حسين دليل السلطاني، القسام النظامي وتطبيقاته العملية، الطبعة الثانية ، مكتبة نور العين القانونية، بغداد، ٢٠٢٤، ص١٣ –١٤.

ان قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ في العراق واقليم كوردستان حتى الان قد صنف الاراضي الاميرية الى ثلاث انواع والتي تنص المادة (٧) منها (الاراضي الاميرية هي التي تعود رقبتها للدولة) وتكون على ثلاثة انواع :-

١- الاراضي الاميرية الصرفة هي التي تعود رقبتها وجميع حقوقها الى الدولة.

٢- الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو هي الاراضي التى فوض حق التصرف فيها الى الاشخاص وفق احكام القوانين. وتعتبر الاراضي الموقوفة وقفا غير صحيح التي يقتصر وقفها على الرسوم والاعشار او كليهما بحكم الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو.

٣- الاراضي الاميرية الممنوحة باللزمة هي الاراضي التي منح حق التصرف فيها الى الاشخاص حسب احكام قانوني التسوية واللزمة. وان هذا النوع من الاراضي ظهر بعد سيطرة رؤساء وافراد العشائر على مساحات واسعة من الاراضي الزراعية الصرفة (غير المفوضة) وتصرفوا بها تصرف المالك لفترة من الزمن واستغلوها بالزراعة وشغلوها بالسكن فاصبحت فيما بعد بمثابة حق لهم بنص القانون، وصدر قانون اللزمة رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢ الذى الغي بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٩ وكما ذكر هذا النوع في المادة (١١) من قانون تسوية الاراضي رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٢ والذى الغي ايضا بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٨[١].

وان المشرع قد تنبه الى تعدد اصناف الاراضي فأنهى هذا التعدد بان اصدر قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ فقد صنف هذا القانون في المادة الاولى فقرة اولا (جميع الاراضي الاميرية الصرفة والمفوضة بالطابو، والممنوح باللزمة والموقوفة وقفا غير صحيح والاراضي المتروكة، من صنف الاراضي المملوكة للدولة وتسجل باسم وزارة المالية وتعدل سجلاتها وسنداتها في دوائر التسجيل العقارى على هذا الاساس تلقائيا دون اية اجراءات اخرى وقضت الفقرة الثانية من المادة نفسها بانه (يبقى لاصحاب الحقوق التصرفية في الاراضي المذكورة في البند اولاً من هذه المادة حق التصرف بالارض حسب التعامل السابق ويؤشر هذا الحق في سجلاتها وسنداتها الخاصة) واجازت الفقرة الثانية من المادة الثانية لصاحب حق التصرف في الاراضي المشمولة باحكام القانون فراغ الحقوق التصرفية ببدل او بدون بدل وقسمة الاراضي او توحيدها او افرازها كما اجاز له وضع الحقوق التصرفية تامينا للدين واعطيت المادة الثالثة من هذا القانون للدولة الحق في اطفاء حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة عند تحقق حالة من الحالات التى حددتها هذه المادة ومنها حاجة الدولة لانشاء او توسيع مشروع ذي منفعة عامة او تشغيلية وفي حالة اذا كان صاحب حق التصرف لايتخذ الزراعة مهنة رئيسية له ويكون اطفاء حق التصرف مقابل تعويض[٢].

(١) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٢) المحامي حسين دليل السلطاني، مصدر سابق، ص ١٤- ١٥.

الفرع الثاني

نطاق حق التصرف

يعطي حق التصرف لصاحبه من السلطات ما يعطيه حق الملكية للمالك بالقدر الذى يتناسب مع طبيعته كونه واردا على أرض تملك الدولة رقبتها وهذه السلطات هي سلطة الانتفاع استعمالا واستغلالا وسلطة التصرف [١]. وقد تعرضت المادة ١١٦٩ من القانون المدني العراقي لنطاق حق التصرف وهي تحدد الاعمال والتصرفات التى يجوز للمتصرف القيام بها في سبيل الانتفاع بالارض الاميرية محل الحق، الى تصرفات مادية و قانونية.

اولاً / التصرفات المادية

فالفقرة الاولى من المادة المذكورة تناولت التصرفات المادية، فاعطى للمتصرف حق الانتفاع بالارض وزوائدها. وله أن يزرعها كما يشاء مع مراعاة احكام القوانين الخاصة التي تقيد حقه هذا كالقيود المتعلقة بزراعة بعض المحصولات، وله ان يقيم عليها الابنية الخاصة باعمال الزراعة كحظائر المواشي ومعامل الالبان ومخازن الحبوب وبيوت الفلاحين دون غيرها من الابنية التي تخرج عن الاغراض الزراعية. فحقوق التصرف يحميها القانون ويحترمها مادامت تنسجم مع طبيعة تخصيص الارض وتحقق الاغراض الزراعية.

ثانياً/ التصرفات القانونية

وقد تعرضت الفقرة الثانية من المادة المذكورة انفا للتصرفات القانونية التي يجوز للمتصرف القيام بها من افراغ (البيع و الهبة) ومقايضة واجارة ورهن .... الخ. ولم تكتف المادة القانونية بذلك بل رجعت ووضعت قاعدة عامة لسلطات المتصرف المادية والقانونية في الفقرة الثالثة منها ونصت ان المتصرف له بوجه عام أن ينتفع بارض وان يستغلها وان يتصرف في حقه عليها في حدود القانون، وتبقى في كل الاحوال رقبة الارض مملوكة للدولة. [٢]

وبهذا الاعتبار يعتبر حق التصرف جزءا من الذمة المالية للمدين وتعتبر ضمانا عاما لدائنيه، فيجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من ثمن بيعه سواء في حياته او بعد مماته. وللمتصرف ان يرتب حقوقا عينية أصلية على حقه كحق ارتفاق او مساطحة او إجارة طويلة على ان تكون المنشات التى يراد انشائها بموجب حق المساطحة أو الاجارة الطويلة من قبيل المنشات الزراعية. [٣]

---

(١) الدكتور درع حماد عبد، الحقوق العينية الاصلية حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨ ، ص٣٤٦.

(٢) الدكتور سامان فوزي عمر، الحقوق العينية ق ١، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الاولى، من منشورات جامعة التنمية البشرية – العراق، السليمانية،٢٠٢٣، ص ٢٦٢.

(٣) الدكتور درع حماد عبد، مصدر نفسه، ص٣٤٨.

الفرع الثالث

القيود التي ترد على حق التصرف

هناك بعض القيود وردت على حق التصرف في القانون المدني والقوانين الاخرى فالقيود الواردة في القانون المدني هي :

منعت المادة (١١٧٢) من القانون المدنى المتصرف من وقف الاراضي الاميرية او ان يوصي بها والسبب في هذا المنع واضح ذلك ان من شروط الوقف والوصية أن يكون الواقف او الموصى مالكا للرقبة، ورقبة الارض الاميرية مملوكة للدولة وليس للمتصرف فيها سوى حق الانتفاع بها. [١]

وكما أورد المشرع في المادة (١١٧٣) من القانون المدنى العراقي نصا عاما يقضي بتطبيق ما يرد من قيود على حق الملكية على حق التصرف بقول : (ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف). وبهذا النص يشير المشرع الى التزامات الجوار والقيود المقررة لمصلحة عامة أو القيود المقررة لمصلحة خاصة كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وكذلك شرط المنع من التصرف.

لكن هناك قيود خاصة بحق التصرف بالاراضي الاميرية منها ما يتعلق بالحد الاعلى للتملك بموجب قانون الاصلاح الزراعي ومنها ما يتعلق بزراعة أصناف نباتية معينة بموجب أنظمة أو تعليمات خاصة كالزر أو التبغ، ... الخ.

كما يجوز اطفاء حق التصرف في الارض الاميرية وهو اصطلاح يقابل الاستملاك في الاراضي المملوكة، ومن هذه القيود أيضا عدم جواز تملك الاجانب للاراضي الزراعية مطلقا. [٢]

وقد قضت المادة التاسعة من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ بأن للمجلس الزراعي الاعلى حق الاستيلاء على أي ارض تتخلل ارضا للاصلاح الزراعي ولو لم يوافق المتصرف على ذلك. كما ان المادة (٢٦) من القانون نفسه قد منعت افراز الارض الزراعية المفوضة الى مساحات تقل عن حدود التوزيع المقررة في المنطقة الا بموافقة خاصة. [٣]

وان قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ وان لم يرد فيه نصا صريحا بعدم جواز الوقف او الوصية بالاراضي المثقلة بحق التصرف الا انه من خلال الرجوع الى أحكام المادة الثانية منه نلاحظ أنها قصرت الحقوق التي يتمتع بها صاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية على افراغ الحقوق التصرفية او قسمة الاراضي او توحيدها أو افرازها أو وضعها تامينا لدين مما يعنى ان تلك الاراضي لا يجوز وقفها او الايصاء بها وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه ان المادة ١١٦٩ من القانون المدنى قد حددت مدى حق التصرف في الاراضي التي تكون رقبتها للدولة ولم تعط للمتصرف حق الايصاء بها

---

(١) محمد طه البشير ود.غني حسون طه، الحقوق العينة – الحقوق العينية الاصلية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨/٢٠١٧، ص ٣٢٦.

(٢) الدكتور درع حماد عبد، مصدر سابق، ص٣٤٩.

(٣) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

كما أن المادة ١١٧٢ من القانون نفسه نصت بعدم جواز التصرف في الاراضي الاميرية بالوقف أو الوصية وعليه تكون حجة الوصية صادرة خلافا لاحكام القانون. [١]

وتطبيقا لعدم جواز الوصية والوقف في حق التصرف قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم بالعدد (١٤٧١/ هيئة مدنية منقول /٢٠١٣) في ٢٠١٣/٨/١٥ بتصديق حكم محكمة بداءة كركوك بتصحيح القسام النظامي واخراج احدى المذكورات فيه لكونها لا تعد من اصحاب حق الانتقال في قضية تتلخص وقائعها بطلب احد اصحاب الانتقال اخراج احدى المذكورات في القسام النظامي وتصحيحه لعدم جواز اعتبارها من اصحاب حق الانتقال لكونها ليست ابنة للمتصرف لانها مضمومة وفق نظام الضم ولعدم جواز اعتبارها موصى لها أيضا والحكم لها بحصة في حق الانتقال لان الوصية بحق التصرف غير جائزة استنادا الى نص المادة ١١٧٢ من القانون المدني سالف الذكر بالاتي : " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزى مقدم ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلا ولدى النظر في الحكم المميز فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان المادة (١١٧٢) من القانون المدني لا تجيز للمتصرف في الارض الاميرية أن يقفها أو ان يوصي بها لذا فان قرار المحكمة بتصحيح القسام النظامي المرقم (٤٨٢ / ق ق /٢٠١١) في ٢٠١١/١٠/١٨ جاء متفقا وأحكام القانون عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٣/٨/١٥. [٢]

ولابد الاشارة من هنا الى ان الولد الذي يتبناه الوالدان في حياتهما لايستحق الميراث بعد وفاتهما، لان الطفل المتبني لا يمت بصلة قربى الى المتوفي، ومما قضت به محكمة التمييز العراقية[٣] في احدى قراراتها (الولد الذي تبناه المتوفي لا يستحق الميراث). ولكن بعد صدور قانون رعاية الاحداث النافذ رقم٧٦ لسنة ١٩٨٣ أعطي طفل التبني حصة من التركة وفق ما قررته المادة(٢/٤٣) من القانون المذكور ولكن هذا العطاء لا بصفته وارث بل يكون ذلك بمثابة الايصاء اي وصية واجبة من المتوفي حيث نصت المادة المذكورة على ان (يترتب على ضم الصغير التزام طالبي الضم بما يأتي: اولا- الانفاق على الصغير ..... ثانيا- الايصاء للصغير بما يساوى حصة اقل وارث على ان لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها).

---

(١) القاضي لفتة هامل العجيلي، اطفاء الحقوق التصرفية، دراسة في ضوء قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ وقانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٢.

(٢) قصي جمعة رمضان الجبورى، الملكية الناقصة في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، هاتريك للنشر والتوزيع، اربيل، ٢٠٢٣، ص ١٥٤ – ١٥٥.

(٣) رقم القرار (١٠٠٠/شخصية/١٩٧٤) في ١٩٧٥/٢/١٩ نقلاً عن : مجموعة الاحكام العدلية / وزارة العدل/ العدد الاول/ السنة السابعة/ ص١٠٥.

المطلب الثالث

تمييز حق التصرف عما يشابهه من الحقوق

هناك حقين من الممكن المقارنة بينهما مع حق التصرف وهما حق الانتفاع وحق الميراث، ونتناول في هذا المطلب تمييز حق التصرف معهما وذلك في فرعين ، ففي الفرع الاول نحاول تمييز حق التصرف عن حق الانتفاع، وفي الفرع الثاني تمييزه عن حق الميراث.

الفرع الأول/

تمييز حق التصرف عن حق المنفعة

حق الانتفاع هو حق عيني أيضا أصلي عرفه المشرع العراقي في المواد ١٢٤٩ – ١٢٦٥ وعلى العموم يمكن تعريف حق المنفعة بأنه حق عيني أصلي يخول صاحبه الانتقاع بالأموال محل المنفعة سواء كانت عقاراً أو منقول وينتهي حتماً بوفاة المنتفع . وعلى ضوء ذلك سنبين أوجه التشابه والاختلاف كالاتي : [١]

اوجه التشابه بين حق المنفعة وحق التصرف هي :

١– كلا من حق التصرف وحق المنفعة يعدان حقوق عينية، ومتفرعة عن حق الملكية.

٢– ان في حق المنفعة يوجد مالك حق الرقبة ومالك حق المنفعة ، وكذلك حق التصرف يوجد مالك الرقبة ومالك حق التصرف.

٣– مالك حق التصرف يملك سلطة الاستعمال والاستغلال استنادا لنص المادة ٣/١١٦٩ من القانون المدنى العراقي التى جاء فيها " وله بوجه عام ان ينتفع بالارض وان يستغلها وان يتصرف في حقه عليها في حدود القانون وتبقى في كل الاحوال رقبة الارض مملوكة للدولة "، وكذلك مالك حق المنفعة له سلطتي الاستعمال و الاستغلال.

٤– يحق للمتصرف أن يرهن حقه رهنا تأمينيا وحيازيا استنادا لنص المادة ٢/١١٦٩ من القانون المدني التي نصت على " ... وان يرهن حقه في التصرف فيها رهنا تأمينيا أو حيازيا " وكذلك حق المنفعة يمكن رهنه بكلا النوعين من الرهن.

٥– كلا الحقين من الممكن أن يتم كسبهما عن طريق التقادم.

٦– من حق المتصرف أن يتصرف بحقه بالبيع أو بالهبة استنادا لنص المادة ٣/١١٦٩ من قانون المدني العراقي، وكذلك من حق المنتفع أن يتصرف في حقه بالبيع والهبة.

٧– لا يحق للمتصرف والمنتفع أن يوقف أو أن يوصي العين المنتفع بها وذلك لان من شروط الوصية والوقف أن يكون الواقف أو الموصي مالكا لحق الرقبة.

٨– ان حق التصرف ممكن ان يتم كسبه عن طريق العقد ويسمى بالافراغ، ولابد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري استنادا لنص المادة (١/١١٨٤) من القانون المدني العراقي التى نصت على " ... بعد تسجيل هذا الحق في دائرة التسجيل العقاري "، وكذلك حق المنفعة يتم كسبه عن طريق العقد ويتطلب تسجيله بدائرة التسجيل العقاري.

---

(١) قصي جمعة رمضان الجبوري، مصدر نفسه، ص ٩٩ – ١٠٠.

اوجه الاختلاف بين حق المنفعة وحق التصرف هي كالاتي : [١]

١- حق التصرف وان كان محله أرض أميرية ، فهو مقيد فيها بالاستغلال الزراعي (النباتي والحيواني) فقط، وعدم الاستغلال بهذه الصورة يعد سبباً لانتهاء هذا الحق أما حق المنفعة فيجب ملاحظة سند أنشاء حق المنفعة ومن ثم نجد أن حقوق المنتفع يختلف باختلاف طبيعة المال حق المنفعة وان لم نجد نص في اتفاقيات إنشاء حق المنفعة .

٢- حق المنفعة ينتهي حتماً بوفاة المنتفع، أما حق التصرف فأن وفاة المتصرف لا تؤدي الى انقضائه بل أنه ينتقل الى أصحاب حق الانتقال وهم المستحقين لهذا الحق بعد وفاة صاحبه .

٣- اختلاف مصادر حق المنفعة، فحق المنفعة ينشأ بالوصية أو العقد والتقادم ولايمكن للأرث أن يكون مصدراً له أما حق التصرف فهو قد ينشأ بالعقد الذي يسمى (تفويض) وقد ينشأ بالتقادم ويسمى (اللزمة) أي انها تقوم على واقعة الحيازة ، كما إنه قد ينشأ من الوفاة.

٤- حق التصرف محله هو أرض أميرية، اما المنفعة فقد يكون محله عقاراً أو منقول ، فهو أوسع ويصلح ان يكون محلا لحق الانتفاع ليس فحسب الاشياء المادية بل ايضا الاشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع والحقوق الشخصية والايرادات المرتبة والاسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي ليست لحاملها وسندات القروض التي تعقدها الدولة كقروض الانتاج وغيرها . [٢]

الفرع الثاني

تمييز حق التصرف عن حق الميراث

يعتبر حق الارث وحق التصرف من اهم الحقوق لتعلقهما بالحياة المعاشية للافراد وما ينطوي نتاجهما من عائدات مالية، وبين هذا الحقين أوجه تشابه وأوجه اختلاف سنتطرق اليهما من خلال النقتطين الاتيتين[٣] :-

أولاً / أوجه الشبه بين الحقين

١- ان حق الارث ليس عقدا أو تصرفا قانونيا لذلك فان ملكية الاموال المورثة تنتقل الى الوارث بمجرد وقوع حادثة وفاة المورث، وهذا ينطبق ايضا على حق التصرف حيث ينتقل هذا الحق الى اصحاب حق التصرف بتاريخ وفاة المتصرف، ويترتب على هذا ان التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة لا يعتبر ركنا في الحقين، وان فائدة التسجيل هو ان الوارث او صاحب حق التصرف لايستطيع اجراء تصرف

(١) د صالح أحمد محمد عبطان اللهيبي، كسب حق التصرف بسبب الوفاة، دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد الحادي عشر، ٢٠١٤، ص ١٢٠-١٢١.

(٢) د.احمد عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى، ج ٩، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٠، ص ١٢٠٦-١٢٠٧.

(٣) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢٤٥-٢٤٦.

الى الغير بما ال اليه من استحقاق الا بعد تسجيل الحق بأسمه وبذلك يكون اجراء التسجيل هو اجراء كاشف للحق وليس منشىء له.

٢- ان حق الارث وحق التصرف يقوم كل واحد منهما عند توافر اركانه، فحق الارث يتطلب توافر ثلاث أركان (المورث/ المتوفي ، الوارث ، الميراث) في حين ان حق الانتقال هو الاخر يستلزم توافر ثلاث أركان أيضا وهي (المتصرف/ المتوفي ، صاحب حق الانتقال، حق التصرف) وكذلك يتشابه الحقين من حيث شروط الميراث التي يجب أن تتوافر أيضا في حق الانتقال وهذه الشروط (أ – موت المورث أو المتصرف ب- حياة الوارث أو صاحب حق التصرف ج – العلم بجهة الارث او جهة حق التصرف).

٣- الاحكام المتعلقة بتوزيع التركة بشأن الديون التى تترتب بذمة المورث أو بذمة المتصرف هي ذاتها في الحقين حيث تنتقل الديون بانتقال الحق من السلف الى الخلف.

ثانياً / أوجه الأختلاف بين الحقين

١- في حق الارث تطبق قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين، في حين في حق الانتقال يتساوى الذكر مع الانثى.

٢- هناك اختلاف في طبقات المستحقين ومقدار استحقاقهم بين حق الارث وحق التصرف، ولكل أحكامه الخاصة التى تتلاءم مع طبيعته.

٣- هناك اختلاف في حالات الحجب والحرمان بين حق الارث وحق الانتقال، ففي حق الارث يوجد نوعان من الحجب (حجب حرمان وحجب نقصان) وفي حق التصرف كل درجة متقدمة تحجب الدرجة التى تليها ولكن هناك مبدأ يطبق فقط في حق التصرف وهو الحلول الشخصي، فاذا توفى شخص في حياة المتصرف فان اولاده لا يحرمون من هذا الحق وانما يحلون محل ابيهم في استحقاقهم.

٤- ان وجود حالة الحمل لا تؤدي الى تاخير توزيع المستحقات في حق الارث في حين ان هذه الحالة توجب تأخير الانتقال في حق التصرف.

٥- في حق الارث تطبق الاحكام الواردة في قانون الاحوال الشخصية النافذ وعند فقدان النص يكون الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية، اما في حق الانتقال فتطبق الاحكام الواردة في القانون المدنى.

٦- ان المفقود يعتبر حيا حتى تثبت وفاته حقيقة أو حكما في حق الارث في حين في حق الانتقال يعتبر غائب غيبة منقطعة بحكم الميت وتقسم حصصه على مستحقيه. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في احدى قراراتها حول انتقال حق التصرف في حالة وجود مفقود ونورد نص القرار المذكور[1] هذا حيث ادعى وكيل المدعية وحسب قيمومتها لدى محكمة بداءة الزبيدية بأنه سبق لهذه المحكمة وان أصدرت القسام النظامي المرقم ١٣/ قسام نظامي/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٦ الخاص بورثة المتوفي (م. ك. ع ال) حَيثُ لم يتم ذكر أسهم المفقود (ح. م. ك) ضمن الورثة لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بتصحيح القسام النظامي أعلاه وتحميله الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة ولغرض الرسم فأن موكله يقدر قيمة تركة المتوفي بخمسمائة مليون دينار. أصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٠١٣/٥/١٩ وبعدد إضبارة ١٣٨/ب/٢٠١٣ حكمًا حضوريًا قابلاً للتمييز برد دعوى المدعية حسب قيمومتها على المفقود (ح. م. ك)

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٣٠٧/ هيأة مدنية منقول/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٧/١٧ المنشور عند القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ٤، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠٢١، ص٣٩٦-٣٩٧.

وتحميلها الرسوم والمصاريف وأتعاب محاماة وكيل المدعى عليه المحامي (ب. ج. م) مبلغا قدره مائة وخمسون ألف دينار، طعن وكيل المدعية بالحكم طالبًا تدقيقه تمييزًا ونقضه بعريضته المؤرخة ٢٠١٣/٣/١٩.

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر في الحكم المميز، فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان المميزة / المدعية تطلب الحكم لها بتصحيح القسام النظامي بإدخال اسم شقيقها المتوفى (ح. م. ك) ضمن ورثة المتوفي صاحب حق الانتقال المتصرف (م. ك. ع ال) في حين ان شقيقها المذكور قد فقد إثناء الحرب عام ١٩٩١ وحيثُ إنّ أحد أركان وشروط الانتقال أن يكون صاحب حق الانتقال وهو الحي الذي يستحق حق التصرف كما إنّ المفقود قد غاب غيبة منقطعة بحَيثُ لا يعلم أحي هو ام ميت، فتعطى حصته لمن يستحقها بعده استنادًا لأحكام المادة (١١٩٦) من القانون المدني وهذا ما قضت به محكمة الموضوع في حكمها المميز قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٣/٧/١٧.

المبحث الثاني

اسباب حق التصرف

نعالج اسباب حق التصرف من خلال بيان أسباب اكتساب هذا الحق واسباب انقضائه وسنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لأسباب اكتساب حق التصرف في حين نخصص الثاني لأسباب انقضاء حق التصرف وكالتالي :

المطلب الأول

أسباب كسب حق التصرف

يكتسب حق التصرف بأسباب عديدة نص عليها القانون المدني، الا انها اصبح معطلا بموجب تغييرات تشريعية منها اكتساب حق التصرف بسبب حق الرجحان والاستيلاء على الاراضي الموات وحق القرار. وعليه فاننا نبين أسباب كسب حق التصرف في ثلاثة فروع نتناول في الاول كسب حق التصرف ابتداءً وفي الثاني كسب حق التصرف ما بين الاحياء وفي الثالث كسب حق التصرف بسبب الوفاة وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول

كسب حق التصرف ابتداءً

نص القانون المدني العراقي في المواد(١١٨٣ -١١٨٦) على ثلاثة أسباب لكسب حق التصرف هي: التفويض، حق القرار، الاستيلاء على أرض الموات، سيتم توضيحها تباعاً:

اولاً/ التفويض : وهو تلقي حق التصرف من الحكومة مباشرة لقاء بدل، ويقابله في الاملاك شراء المال من الحكومة. [1]

(١) الدكتور شاكر ناصر حيدر، أحكام الاراضي والاموال غير المنقولة، مكتبة الاعتماد، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص٥٣.

وقد نصت المادة (١١٨٣) من القانون المدني العراقي على انه (يصح تفويض الدولة الارض الاميرية للافراد وفقا للقوانين والنظم المعمول بها في هذا الشأن). ومن هذه القوانين قانون الاصلاح الزراعي لسنة ١٩٧٠ التى قضت الفقرة الاولى من المادة (١١٩) منه على أن (كل من ادعى بحق التصرف في أرض أميرية مثبت تصرفه فيها وفق التعامل الزراعي مدة السنوات الخمس السابقة لنفاذ هذا القانون، تسجل باسمه المساحة التى كانت تحت تصرفه مفوضة بالطابو..).

أما قانون تنظيم الحقوق التصرفية في الاراضي الاميرية لأقليم كوردستان العراق المرقم (١) لسنة ٢٠٠٨ فقد قلص هذه المدة الى ثلاث سنوات من تأريخ تنظيم العقد معه من قبل وزارة الزراعة شريطة دفع بدلات الايجار لهذه المدة وما ترتبت بذمتهم لسنوات استغلالهم الفعلي للارض، وبعد ذلك وبعد تحقق جميع الشروط الاخرى يثبت لهم حق التصرف. [١]

ثانياً/ حق القرار (التقادم) : تقضي المادة (١٢١٨ مدني) بانه (١- اذا حاز احد ارضا أميرية غير مسجلة في دائرة الطابو باعتباره متصرفا فيها فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى حق التصرف من شخص اخر اذا انقضت عشر سنوات متواليات على حيازة المدعى عليه ولم يكن لدى المدعي عذر شرعي يمنعه من رفع الدعوى) ونصت المادة (١١٨٤ مدني) على أنه :- (اذا حاز احد ارضا أميرية باعتباره متصرفا فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ثبت له حق القرار عليها، سواء وجد بيده سند أو لم يوجد، ويعطي الحائز في هذه الحالة سندا بحق التصرف في هذه الارض دون بدل بعد تسجيل هذا الحق في الطابو). غير انه لما كان قانون بيع وتصحيح الاراضي الاميرية رقم ٥١ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته قد الغى حق القرار، ومنع المحاكم من سماع الدعاوى التى يستند فيها المدعي الى هذا الحق، ومنع دوائر التسجيل العقارى من تسجيله (الا اذا كان مستندا الى حكم حائز درجة البتات، أو عند استثناء هذا التسجيل بقرار قانوني خاص) كما ان قانون التسوية الغي بقانون الاصلاح الزراعي، وان تثبيت هذا الحق أصبح من مهام اللجان الخاصة في الاصلاح الزراعي (م ١١) وعليه فقد اصبح هذا الحق لا وجود له ، ولم يعد هناك اي مبرر لشرح احكام حق القرار، لاسيما ان قانون التسجيل العقارى لم يبحثه ايضا ، كما ان حكم التقادم الوارد في القانون المدني أصبح معطلا بموجب قانون الاصلاح الزراعي بالنسبة لحق التصرف. [٢]

ثالثاً/ الاستيلاء على الاراضي الموات : الارض الموات هي الاراضي التى ليست ملكا لاحد و لم يتصرف احد بها وغير مخصصة للمنفعة العامة. [٣]

وبالنسبة لهذا النوع من الأراضي فكان قانون التسوية قد اعتبر الاراضي الموات من الاراضي الاميرية الصرفة، وحيث ان قانون بيع وتصحيح صنف الاراضي الاميرية قد اعتبر التجاوز على هذه الاراضي بالغرس أو الزرع جريمة يعاقب عليها، فقد انحصر اكتساب حق التصرف عن طريق الاستيلاء على الارض الموات في صورة ما اذا كان هذا الاستيلاء بناء على اذن من الحكومة، وعندئذ يثبت له حق التصرف عليها بدون بدل ويسجل باسمه ويعطي له سند .

---

(١) الدكتور سامان فوزى عمر، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

(٢) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١،ج ١، مصدر سابق، ص ١٣٤-١٣٥.

(٣) عبدالرحمن خضر، شرح القانون المدني ، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٣، ص٦٣.

غير انه اذا ترك الارض دون حرث أو زراعة مدة ثلاث سنوات متوالية بغير عذر عادت الارض اميرية صرفة وانتزعت منه وفوضت الى غيره (م ١١٨٦ مدني). الا انه بناء على الغاء قانون التسوية بموجب قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠، ولورود نصوص في القانون الجديد بشان التفويض تختلف عن النصوص الواردة في قانون التسوية، فقد اقتضى ملاحظة وتطبيق النصوص الواردة في قانون الاصلاح الزراعي حول هذا الموضوع :

لقد نصت المادة (١/١١) من القانون المذكور على ان كل من ادعى بحق التصرف في ارض أميرية (الارض الموات وغيرها)، وثبت تصرفه فيها وفق التعامل الزراعي المحلي مدة السنوات الخمس السابقة لنفاذ هذا القانون تسجل باسمه المساحة التى كانت تحت تصرفه مفوضة بالطابو على ان لا تتجاوز (٣٠٠) دونم في الاراض التى تسقى ديما، أو (١٥٠) دونما في الاراضي التي تزرع حنطة أو شعيرا أو حاصلات شتوية اخرى وتسقى سيحا أو بالواسطة، أو (٥٠٠) دونما في الارض التى تزرع شلبا او تبغا أو حاصلات صيفية اخرى .

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على ان من كانت له أرض زراعية مملوكة أو مفوضة أو ممنوحة باللزمة تبلغ مساحتها الحد المبين اعلاه، أو من كانت له ارض زراعية الت اليه عن طريق التوزيع بموجب قوانين اخرى لا يستحق التفويض، اي ان القانون الجديد قيد الحكم الوارد في القانون المدني بهذا الخصوص. [1]

الفرع الثانى

كسب حق التصرف ما بين الاحياء

١- الالتصاق : الالتصاق سبب من أسباب كسب حق التملك أو حق التصرف، بمقتضاه يكون لصاحب الشئ أن يتملك ما اتصل به اتصالا يتعذر معه فصله منه دون تلف، ان كان ملكا، ويتصرف فيه ان كان أميريا. وكما تسرى قواعد الالتصاق في الاراضي المملوكة فهى تسرى كذلك فى الاراضي الاميرية . ونظرية الالتصاق هى على وجه العموم، مبنية على قاعدة (التابع تابع) وقاعدة (من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته) المعروفتين فى الفقه الاسلامي، او قاعدة (ان التابع يتبع الاصل) المعروفة فى فقه القانون المدنى، فملكية الشيء تمتد الى ما يلتصق به على النحو المتقدم، ومن يملك الاصل يملك الفرع . على انه لا يمكن اطلاق هذا القول بالنسبة الى القواعد المقررة للالتصاق فى الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقى، اذ أن تلك القواعد ليست كلها مبنية على مبدأ ان التابع يتبع الاصل [2].

وقد فرق المشرع ما بين أن يكون الالتصاق بالارض الاميرية بفعل الانسان أو بفعل الطبيعة.

أ- الاتصاق بفعل الانسان : اذا كانت المحدثات من غراس وأبنية قد اقامها شخص في أرض أميرية مثقلة بحق التصرف للغير، وكان الاحداث بحسن النية وبزعم سبب شرعي، فانه يتم تطبيق قاعدة (الاقل يتبع الاكثر) فاذا كانت قيمة المنشات القائمة أكبر من قيمة الارض فوضت الارض لصاحب المنشات ببدل

---

(١) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، مصدر سابق، ص١٣٦.

(٢) الدكتور شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية، ج ١ في حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ٨٥٤-٨٥٥.

المثل، واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المنشات القائمة يملك صاحب الارض المنشات بعد دفع قيمتها.

ولم يتعرض المشرع لحالة قيام الشخص سيء النية بعمل هذه المحدثات او لحالة عدم زعم شرعي له انذاك، نرى انه من الممكن أن نلجأ لحكم المادة (١١١٩) في موضوع الالتصاق اذ يجبر المحدث بالقلع على نفقته أو ترك المحدثات بقيمة القلع اذا كان القلع مضرا بصاحب حق التصرف.

ب – الالتصاق بفعل الطبيعة : تطبق في هذا الفرض الاحكام نفسها المنصوص عليها في حق الملكية بشان طمي الانهار التدريجي وتغيير النهر لمجراه وتحول الاراضي من مكان الى اخر وغير ذلك وأحكام الالتصاق بالعقار فقد تطبق على الاراضي الاميرية بالقدر الذى لا يتعارض مع طبيعة هذه الاراضي. [١]

٢- الافراغ : الافراغ سبب من اسباب كسب حق التصرف ما بين الاحياء ويراد بافراغ حق التصرف، أي التصرف بحق التصرف نفسه تصرفا ناقل للملكية، وهو ترك الشخص حق تصرفه في الاراضي الاميرية الى الغير بمقابل أو دون مقابل. ومن هذا التعريف يظهر ان عناصر عقد الافراغ أربعة وهي الفارغ والمفروغ له والمفروغ وبدل الافراغ. [٢]

وعلى ذلك فقد نص القانون المدني العراقي على انه (للمتصرف في ارض أميرية ان يفرغها الى من يشاء ببدل من النقود او من غير النقود أو بغير بدل اصلا)، اذن ان الافراغ ببدل عبارة عن بيع حق التصرف في الاراضي الاميرية أو التنازل عنه الى شخص اخر بمقابل، اي ان الافراغ ببدل هو عقد ناقل للملكية كعقد البيع، اذ يمكن القول ان الافراغ ببدل والبيع هما وجهان لعملة واحدة، ولكن في حالة كون حق التصرف في الاراضي الاميرية محلا للتصرف الناقل للملكية يسمى هذا التصرف (بالافراغ)، اما الافراغ بدون بدل هو التنازل عن حق التصرف في الاراضي الاميرية الى شخص اخر دون مقابل، اذ يتميز الافراغ من البيع في ان عقد البيع يكون ناقلا لرقبة الارض فيصبح المشتري او المعاوض مالكا لها بينما يقتصر الافراغ على التنازل عن حق التصرف في الاراضي المملوكة صرفا، وللافراغ معنيان، اما ان يكون ناقلا لحق التصرف بمقابل فيكون مقابلا للبيع أو ان يكون ناقلا لحق التصرف بدون مقابل فيكون موازيا لعقد الهبة في الاشياء المملوكة صرفاً. [٣]

ويجب تسجيل الافراغ في دائرة التسجيل العراقي ذلك لان حق التصرف حق عينى ولهذا فان افراغه لا يعد الا اذا تم تسجيله في الدائرة المذكورة وفق الاجراءات الواردة في قانون التسجيل العقاري. [٤]عليه لايكون الافراغ معتبرا الا اذا أجرى وسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقا للإجراءات المقررة قانونا. وقد نورد هنا

---

(١) الدكتور سامان فوزي عمر، مصدر سابق، ص ٢٧١-٢٧٢.

(٢) الدكتور شاكر ناصر حيدر، أحكام الاراضي والاموال غير المنقولة، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

(٣) ابوبكر عمر حامد، مشكلات الملكية العقارية، دراسة قانونية في ضوء تطورات الواقع و مستجدات السياسة التشريعية، اطروحة دكتوراه المقدم الى كلية القانون – جامعة السليمانية، ٢٠٢٣، ص ١٠١.

(٤) تنظر: المادة (١٢٠٣) من القانون المدني العراقي.

قرارا تمييزيا صادرا من محكمة تمييز اقليم كوردستان[1] بخصوص تنازل عن تعويض حق التصرف و قد اعتبرتها ذلك افراغا:

المميز: المدعي – مع ح. وكيلاه المحاميان س م، و، س خ.

المميز عليهما: المدعى عليها – رِح م.

ادعى وكيل المدعي لدى محكمة بداءة السليمانية بأن المدعى عليها زوجة والده المتوفي (ع ح) وبعد وفاته ترك مجموعة أملاك إلا أن المدعى عليها قد تنازلت عن حصتها في التعويض المقرر للورثة من قبل مديرية مطار السليمانية الدولي في القطعة المرقمة ١/٥٢٤م١١ بكره جو – لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بمنع معارضتها للمدعي في مبلغ التعويض أو تسليمها إليه والبالغ(١٥,٧٥٠,٠٠٠) خمسة عشر مليون وسبعمائة وخمسون ألف دينار وذلك لتنازلها عن حقها وتحميلها المصاريف وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية أصدرت محكمة بداءة السليمانية بتاريخ ٢٠٠٦/١/٨ وبعدد ٣٢٤/ب/٢٠٠٥ حكمًا حضوريًا بحق الطرفين قابلاً للاستئناف والتمييز يقضي برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف وأتعاب المحاماة لوكيل المدعى عليها المحامي (أ ق ص) مبلغًا قدره (٧٥٠,٠٠٠) سبعمائة وخمسون ألف دينار. ولعدم قناعة المدعي بالقرار المذكور طعن فيه بواسطة وكيله طالبًا نقضه للأسباب الواردة في اللائحة التمييزية المدفوع عنها الرسم بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٤ و بعد ورودها وضعت قيد التدقيق والمذاكرة.

القرار : لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه صحيح وموافق للقانون وذلك لان تنازل المدعى عليها عن العقار موضوع الدعوى هو في الحقيقة بمثابة إفراغ لحصتها يستوجب التخارج بينها وبين ورثه المالك (المورث) على ضوء القسام الخاص بالمورث ثُمَّ التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة عملا بإحكام المادة (١٢٠٣) من القانون المدني ولم تجد هذه الهيئة ضمن أوراق الدعوى وإضبارة العقار المجلوبة والمرفقة مع إضبارة الدعوى أية إشارة إلى معاملة إفراغ لحصة المدعى عليها وحَيثُ إنّ المعاملات الجارية على العقار يستوجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري المختصة لذا فإن السند العادي المؤرخ ١٩٩٣/١١/٢٨ المبرز في الدعوى لا ينتج أي أثر قانوني وبالتالي فان تنازل المدعى به لا قيمه قانونيه له لافتقاره إلى ركن الشكلية المطلوبة الذي هو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة. وحَيثُ إنّ محكمة البداءة عند إصدارها لحكمها المميز التزمت وجهة النظر القانونية الصحيحة وقضت برد الدعوى لذا يكون قضائها متفقًا مع أحكام القانون فقرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٧/٦/٢٠.

وقد منع القانون المدني العراقي الطعن بصورية التصرفات الواقعة على الاراضي الاميرية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري. واذا كان المتصرف قد أفرغ الارض بدون تسمية البدل فليس له ولا لورثته من بعده الحق في المطالبة بالبدل. أما اذا تم الافراغ في مقابل بدل معلوم ولم يقم المفرغ له بدفع البدل، كانت

---

(١) قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان المرقم (٢٣٣/ الهيئة المدنية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٦/٢٠ المنشور عند القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ٤، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠٢١، ص٣٩٦ –٣٩

للمفرغ أو ورثته المطالبة بالبدل، أو فسخ الافراغ، علما أن دين بدل الافراغ مضمون بامتياز البائع على حق التصرف في الارض المفرغة.

والعبرة في الافراغ تكون في تحديد حدود الارض لا في مساحتها وعليه لو سمي ثمنها جملة وظهر نقص أو زيادة في المساحة، فليس لاحد الطرفين الرجوع على الاخر اذا ظهر شيئا من ذلك ، ويلتزم المفرغ له بالثمن المسمى. ولكن اذا تمت تسمية الثمن على اساس سعر الوحدة، وتم ذكر حدود الارض ومساحتها، فالعبرة في هذه الحالة بالمساحة لا بالحدود، ويكون للمفرغ له بالخيار بين فسخ الافراغ وبين أخذ الموجود بما يقابله من ثمن.

علما ان الافراغ يشمل الاشجار النابتة بطبيعتها في الارض المفرغة والاشجار والابنية المحدثة فيها دون حاجة الى ذكر توابع الارض المفرغة وفقا للقواعد المقررة في عقد البيع.[1]

الفرع الثالث

كسب حق التصرف بسبب الوفاة

لاحظنا فيما سبق الى انه كان ينظر الى حق التصرف على انه نوع من العلاقة الايجارية بين الدولة واصحاب حق التصرف، ومعنى هذا ان هذه العلاقة لابد أن تنتهي الى أجل محتوم، مما جعل أصحاب حق التصرف الاحجام عن استثمار الارض واعمارها، وقد لاحظت الدولة العثمانية ذلك فاقرت انتقال حق التصرف الى ورثة المتصرف وفق قواعد تختلف عن قواعد الميراث، وقد قنن المشرع العراقي أحكام الانتقال في المواد (١١٨٧ –١١٩٩) من القانون المدني.[2]

اذا توفي المتصرف في الارض الاميرية فان حقه في التصرف فيها ينتقل الى أصحاب حق الانتقال بدون مقابل، وفقا لقواعد أوردها القانون المدني العراقي اهمها:

– تنتقل الارض الى اصحاب حق الانتقال درجة بعد الاخرى بحيث تحجب كل درجة الدرجة التى بعدها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

– للانثى مثل حظ الذكر من طبقتها.

– يقوم الفرع مقام الاصل اذا مات هذا قبل موت المتصرف.

– موانع الانتقال هي القتل واختلاف الدين واختلاف الجنسية.[3]

وسنوضح احكام كسب الحق التصرف بسبب الوفاة وتوضيح احكام انتقاله ونفصل فيه تفصيلا في المبحث الثالث لهذا البحث لذا نكتفي بهذا القدر.

---

(١) الدكتور سامان فوزي عمر، مصدر سابق، ٢٦٨–٢٦٩.

(٢) الدكتور درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ٣٥٢.

(٣) الدكتور قصي سلمان، الحقوق العينية، الحقوق العينية والتبعية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات جامعة جيهان الاهلية/ اربيل،٢٠١٢، ص ١٢٢– ١٢٣.

المطلب الثاني

أسباب انقضاء حق التصرف

ينقضي حق التصرف بعدة أسباب وردت في القانون المدني وبعض القوانين الاخرى، مع ان بعض هذه الاسباب قد تعطلت بموجب القوانين الخاصة اللاحقة، وسنتكلم عنها في اربعة فروع فى الاول التقادم وفي الثاني انحلال الاراضي وفي الثالث ترك الاستغلال وفي الاخير الاطفاء والاستملاك و على النحو الاتي :-

الفرع الأول

التقادم

فقد قضت المادة (١٢١٩) من القانون المدني العراقي بأنه (١- اذا حاز أحد ارضا باعتباره مالكا فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الرقبة من الحكومة، على أساس أن الارض أميرية، اذا انقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى عليه ٢- وتطبق أحكام التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الاخلال باحكام الفقرة السابقة). [١]

فيتضح من ذلك بان هذه المادة قد بحثت في كسب ملكية (رقبة) الارض الاميرية بالتقادم، وبالنظر لان احكام التقادم الواردة في القانون المدني بشأن حق التصرف قد أصبحت معطلة بموجب قانون الاصلاح الزراعي فاننا نكتنفي بما ذكرنا.

الفرع الثاني

انحلال الأراضي الاميرية

يقصد بانحلال الاراضي الاميرية انقضاء حق التصرف الثابت لصاحب هذا الحق بسبب وفاته دون ان يترك أحدا من أصحاب حق الانتقال، حيث تعطلت أحكام مواد الانحلال، لان حق التصرف بموجب قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩، يؤول الى الخزينة باعتبار ان الدولة وارث من لا وارث له. [٢] وتصبح الارض أميرية صرفة ويسري عليها حكم الاراضي الاميرية الصرفة بشأن التصرف والتفويض، ولم يسبق اعطاء حق التصرف الى أصحاب الطابو منذ صدور القانون المدني، ولم يبقى لاصحاب الطابو اسم في قانون الاصلاح الزراعي وقوانين التفويض. [٣]

الفرع الثالث

ترك الأستغلال للأرض الاميرية

ان حق التصرف في الاراضي الاميرية حق ينصب على أرض زراعية، وهو يتقرر عليها بقصد الانتفاع بها واستغلالها وان القانون يحمي هذا الحق مادام محققا هذا الغرض. فاذا ترك المتصرف في الارض الاميرية استغلالها بزراعتها لا بنفسه ولا بواسطة غيره عن طريق اجارتها او اعارتها ثلاث سنوات متواليات من غير عذر، فانه يفقد حق تصرفه فيها (المادة ١٢٣٣ مدنى).

---

(١) محمد طه البشير ود.غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

(٢) الدكتور قصي سلمان، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٣) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، مصدر سابق، ص ١٤١.

غير ان قانون الاصلاح الزراعي قيد الحكم الوارد في القانون المدني بشأن مدة ترك الاستغلال، فقد نصت المادة (١٣ ف/ ب) من قانون الاصلاح الزراعي على أنه : (كل أرض زراعية مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة أو موقوفة وقفا غير صحيح، ثبت أن صاحبها لم يزرعها بنفسه أو بغيره موسمين متتاليين بعد نفاذ هذا القانون دون عذر قانوني صحيح، تعتبر محلولة وتسجل أميرية صرفة بعد قيام اللجان المختصة بالتحقيق والفصل في الموضوع واكتساب قراراتها الدرجة النهائية).

وعلى كل حال فانه يشترط لانقضاء حق التصرف لهذا السبب :

١- أن يترك المتصرف استغلال الارض بزراعتها بنفسه أو بواسطة غيره المدة التى يقررها القانون. مع ملاحظة ان المدة التى ترك فيها السلف استغلال الارض لا تضم الى مدة الخلف هذا الاستغلال، فحق المتصرف لا ينقضي الا اذا بلغت أية مدة منهما المدة التى يقررها القانون.

٢- الا يكون ترك الاستغلال لعذر صحيح، وقد اعتبرت المادة (١٢٣٤ مدنى) عذرا صحيحا بوقف مدة السنوات الثلاث التى يهمل فيها المتصرف استغلال الارض والذي يؤدي الى انقضاء حق التصرف ما يأتي :

أ- انغمار الارض بالمياه أو وجوب اراحتها من الزراعة.

ب- وقوع المتصرف في الاسر أو تركه قريته لسبب قهري بشرط ان يعود الى زراعة الارض قبل انقضاء ثلاث سنوات على زوال السبب القهري.

ج – خدمة المتصرف في الجيش في غير القرية التى فيها الارض، ما لم يتحقق موته.

د – نقص أهلية المتصرف. فاذا لم يزرع الولي الارض ثلاث سنوات متواليات كلف بزراعتها بالذات أو بالواسطة. فان امتنع أجرت الارض بأجر المثل وأعطيت الاجرة للولي لحساب المحجور، وعند انتهاء الحجر يسترد المتصرف أرضه من المستأجر.

هـ – اي سبب قهري اخر يمنع المتصرف من زراعة الارض.

بالنسبة الى المتصرف بالارض الاميرية. اما بالنسبة الى صاحب حق الانتقال فان المادة (١٢٣٥) من القانون المدني لا تعتبر عذرا صحيحا أن يوجد صاحب حق الانتقال وقت موت المتصرف في ديار بعيدة أو أن يكون غائبا غيبة منقطعة، اي لا تعرف حياته او مماته. ففي الحالة الاولى اذا لم يأت ويزرع الارض خلال ثلاث سنوات من موت المتصرف سقط حقه . وفي الحالة الثانية تفوض الارض لمن يستحقها بعده، فاذا عاد أو تبين أنه حي خلال ثلاث سنوات من موت المتصرف فانه يسترد الارض ممن أخذها. [١]

وكذلك صدر في اقليم كوردستان – العراق قانون تنظيم الحقوق التصرفية في الاراضي الاميرية ذو الرقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الذي ألزم صاحب حق التصرف المشمول باحكام هذا القانون بالاستمرار في استغلال الارض للاغراض الزراعية والعناية بها وبخلافه يلغي قرار تثبيت حق التصرف اذا ترك صاحب حق التصرف زراعة الارض لثلاثة مواسم متتالية دون عذر مشروع.

---

(١) محمد طه البشير و د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٥٠-٣٥٢.

الفرع الرابع

الاطفاء و الاستملاك

الاطفاء والاستملاك هو سبب من اسباب انقضاء حق التصرف الا ان القانون المدني لم ينظمهما بشكل مرضي وترك هذا الامر للقوانين الاخرى. وحول هذا السبب قضي احدى القرارات القضائية (ان المحكمة جانبت الصواب عندما قضت باطفاء حق التصرف في كامل مساحة العقار وتسجيله ملكا صرفا باسم دائرة طالب الاستملاك (بلدية العمارة) دون ان تقرر استملاك رقبة الارض من وزارة المالية، لان الاطفاء يقتصر على هذا الحق دون أن ينصرف على رقبة الارض التى تبقى باسم وزارة المالية، لذا قرر نقضه واعادة الاوراق الى محكمتها لاتباع ما تقدم). [1]

ولابد من هنا الاشارة الى الفرق بين الاستملاك والاطفاء: يشترك الاستملاك والاطفاء في ان كليهما يمثل نزعا للملكية لقاء تعويض عادل، كما انهما ينظران من قبل محكمة العقار المطلوب استملاكه أو اطفاء الحق التصرف فيه، الا انهما يختلفان في وجوه أخرى، اذ يرد الاستملاك على الاراضي المملوكة ملكا صرفا، فيما يرد الاطفاء على الاراضي المملوكة للدولة وحق التصرف فيها للافراد، كما يختلفان في ان بدل التعويض يدفع كاملا لاصحاب الاملاك الصرفة، بينما يخصم من مبلغ التعويض حصة الحكومة بالنسبة لاصحاب الحقوق التصرفية حسب النسب الواردة بالمادة الخامسة من قانون توحيد أصناف الاراضي رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦. كما أن العقار المستملك ينتقل الى المستملك محررا من الحقوق المترتبة عليه وتنتقل حقوق أصحابها الى عوضها من بدل الاستملاك، أما اطفاء حق التصرف فان ما ينقل الى طالب الاطفاء هو حق التصرف ذاته وتبقى رقبة الارض لوزارة المالية. وقضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية من انه ليس هناك اختلاف في التكييف القانوني بين دعوى طلب اطفاء حق التصرف ودعوى الاستملاك فهما وجهان لعملة واحدة ولهما مدلول واحد وان اختلفت التسميات فالنتيجة واحدة وهي نزع الملكية العقار باعتباره ملكا صرفا فتؤول قيمة الرقبة الى وزارة المالية على وفق النسب القانونية وينفرد أصحاب حق التصرف بهذا الحق فقط. [2]

وبهذا الخصوص جاء في القرار المرقم (١١٠/ هيئة الطعن لمصلحة القانون/ ٢٠١٣) في ٢٠١٣/١٢/٤ لمحكمة التمييز الاتحادية (لدى التدقيق و المداولة وجد ان الطعن لمصلحة القانون المقدم من رئيس الادعاء العام ضمن المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٣٠/ ثانيا/ ب) من قانون الادعاء العام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه غير صحيح لمخالفته احكام القانون ذلك لان استمارة صورة السجل العقارى للقطعة المرقمة ٤٣٣ م ٩٠ شهلة الموحي الثانية تشير الى ان جنس العقار بستان مملوكة للدولة وحق التصرف باسم العراقي (ك. ن . ج) ولما كان طالب الاستملاك اضافة لوظيفته قد طلب استملاك تلك القطعة خلافا لصراحة نص المادة الثالثة من قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل، لذا فقد كان متعينا رد طلبه من هذه الجهة، اذ ان انشاء وتوسيع

---

(١) الدكتور سامان فوزي عمر، مصدر سابق، ٢٧٤.

(٢) القاضي لفتة هامل العجيلي، أحكام دعاوى الاراضي الزراعية، دراسة عملية في ضوء التطبيقات القضائية، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠٢٠، ص٦٠.

مشروع ذي منفعة عامة مثل (مجمع ماء القرنة) يقتضي طلب اطفاء حق التصرف لتتولى محكمة البداءة نظره في ضوء احكام القانون المذكور والقرار النافذ (١٨٤) في ٢٠٠٢/٨/٢٩ وبما ان محكمة الموضوع لم تراع ذلك مما افضى الى حصول خرق للقانون من شانه الاضرار باموال الدولة ومخالفة النظام العام لذا قرر نقض الحكم المطعون به واشعار رئاسة الادعاء العام بذلك واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم واصدار حكم جديد ترسله تلقائيا الى هذه المحكمة لاجراء التدقيقات التمييزية عليه وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٣/١٢/٤. [١]

وتجدر الاشارة الى ان مهمة النظر في طلبات اطفاء حق التصرف قد اناط بلجان شكلت لهذا الغرض وذلك بموجب قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦، واعتمدت في عملها على اجراءات تضمنتها التعليمات رقم ١٣٢ لسنة ١٩٧٦ الصادرة عن المجلس الزراعي.

الا انه وبعد أكثر من ثلاثة عقود أصدر مجلس قيادة الثورة (المنحل) القرار المرقم ١٨١ في ٢٠٠٢/٨/٢٩ والذى اناط مهمة النظر في دعوى اطفاء حق التصرف في الاراضي المشمولة بقانون توحيد اصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ الى محكمة بداءة موقع العقار. [٢]

وبما ان هذا القرار قد صدر بعد سنة ١٩٩١ ولم يتم اصدار القرار النفاذ له من قبل برلمان كوردستان – العراق لذا لا يعتبر نافذا في الاقليم ويتم النظر في طلبات الاطفاء من قبل اللجان المذكورة اعلاه.

المبحث الثالث

انتقال حق التصرف وموانع انتقال حق التصرف

سنوزع هذا المبحث الى اربعة مطالب، المطلب الاول للقسام القانوني (النظامي) والمطلب الثاني لاصحاب حق الانتقال وتطبيقات عملية والمطلب الثالث لموانع انتقال حق التصرف والمطلب الاخير مدى دستورية المواد المنظمة لانتقال حق التصرف في القانون المدنى العراقي مع الدستور العراقي الدائم وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

القسام القانوني (النظامي)

ورد اسم القسام القانوني في قانون المرافعات المدنية المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ففي الاول ورد باسم القسام النظامي تارة وبالقسام القانوني تارة اخرى، ولكن ورد في

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١١٠/ هيئة الطعن لمصلحة القانون / ٢٠١٣) في ٢٠١٣/١٢/٤، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني،٢٠١٤، ص ١٩٦–١٩٧.

(٢) ينظر القرار المرقم (١٨١) لمجلس القيادة الثورة (المنحل) في ٢٠٠٢/٨/٢٩ والذى ينص على (المادة ١ : تختص محكمة بداءة موقع العقار بالنظر في دعوى اطفاء حق التصرف فى الارض المشمولة بقانون توحيد اصناف اراضي الدلوة المرقم بـ ٥٣ لسنة ١٩٧٦ وفق احكام قانون الاستملاك المرقم بـ ١٢ لسنة ١٩٨١، بناء على طلب الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة أو بلديات . المادة ٢ : تقدر المحكمة التعويض نقدا عند اصدارها الحكم باطفاء حق التصرف المنصوص عليه في البند اولا من هذا القرار وفق الاسعار السائدة وقت الكشف الذى يجريه. المادة ٣ : ينفذ هذا القرار من تأريخ نشره في الجريدة الرسمية .

القانون الاخير باسم القسام القانوني، وبما ان الاسم الشائع في المحاكم وبين الملمين والمنشغلين في مجال القانون والقضاء هو القسام القانوني لذا نستخدم مصطلح القسام القانوني بدلا من النظامي، وسنبحثه في أربعة فروع، الفرع الاول نبذة عن القسام القانوني والفرع الثاني تعريف القسام لغة واصطلاحا والفرع الثالث شروط القسام القانوني، والفرع الرابع التمييز بين القسام القانوني والقسام الشرعي .

الفرع الأول

نبذة عن القسام القانوني[1]

قبل صدور قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ كانت المحاكم الشرعية تصدر القسامات القانونية بحسب أحكام الفرع (٥) من الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون ذيل قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٣ وقد ايد ديوان التدوين القانونى بقراره المؤرخ ١٩٦٣/٧/٣١ اختصاص المحاكم الشرعية باصدار القسام النظامي ولكن محكمة التمييز كانت قد قررت بهيئتها العامة وبموجب قرارها المرقم (٥٥٩/ش/٦٥) و المؤرخ ١٩٦٦/٢/٢٦ بان اصدار القسام النظامي وابطاله هو من اختصاص محكمة البداءاة وبعد صدور قانون المرافعات المدنية المذكورة أفتى ديوان التدوين القانوني بقراره المؤرخ ١٩٧٠/٢/٢٥ بانه لما كان اصدار القسام القانوني يرتبط بقواعد الانتقال المنصوص عليها في القانون المدني ولا علاقة له بقواعد الميراث الواردة بالشريعة الاسلامية لذلك تكون محاكم البداءة هي الجهة المختصة باصدار هذا القسام لا سيما وان المادة (٣١٢) من قانون المرافعات المدنية قد أشارت الى هذا المعنى فقد الزمت الفقرة السابعة منها محاكم البداءة بمسك سجل للقسامات القانونية التى تنظمها هذه المحاكم. وقد جاء هذا القرار تأييدا لما اتفق عليه شراح قانون المرافعات وما أقرته محكمة التمييز بهيئتها العامة بقرارها المشار اليه. والواقع ان شراح قانون المرافعات قد اتفقوا على هذا الرأي حيث يرى الاستاذ عبدالرحمن علام بأن اصدار القسام القانوني وابطاله هو من اختصاص محكمة البداءة كما وأيد الاستاذ ضياء شيت خطاب هذا الرأي أيضا. وعلى هذا الاساس فان اصدار القسامات القانونية اصبح من اختصاص محاكم البداءة بالنسبة للمسلمين وغير المسليمن لانه يرتبط بقواعد الانتقال المنصوص عليها في القانون المدني الذي يسرى حكمه على المسلم وغير المسلم ولا علاقة له بقواعد الميراث الواردة في الشريعة الاسلامية التي تسري حكمها على المسلم والطوائف غير المسلمة التى لم تعترف الحكومة بكيانها (كاليزيدية والصابئة والبهائية).

الفرع الثاني

تعريف القسام القانوني

اولاً / تعريف القسام لغةً :

القسام لغة مصدر قسم، وقسم الشئ قسما: جزأ أي جعله نصفين بين القوم: اعطى كلا نصيبه، وقسم الشئ يقسمه قسما، وقسمه: جزأه وهي: القسمة والقسم: النصيب،[2]

(١) مصطفى مجيد، أحكام انتقال حق التصرف، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠١١، ص٥٣ –٥٤.

(٢) الدكتور سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق – سورية، ١٩٨٨ م ، ص ٣٠٢ .

ثانياً / تعريف القسام القانوني اصطلاحا :

لم يرد تعريفا خاصا له في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وذلك لكون التعريفات من اختصاص الفقه اما القوانين فانها عادة تكون بعبارات موجزة، وتوجد اشارات على القسام القانوني وردت في القوانين منها ما نصت عليه المادة (١٩٠) من قانون التسجيل العقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على انه " ينتقل حق التصرف في الاراضي الاميرية الى اصحاب حق الانتقال عند وفاة المتصرف ويسجل بأسمائهم في السجل العقاري بالاستناد الى قسام قانوني أو حكم قضائي حائز درجة البتات صادر من المحكمة المختصة يبين فيه اصحاب حق الانتقال وانصبتهم وفقا لاحكام القانون النافذ عند الوفاة ".

عليه ومن خلال ما تقدم يمكننا ان نعرف حجة القسام القانوني اصطلاحا: (بانها حجة رسمية تصدر عن محكمة البداءة تتضمن اسم المتوفي (المتصرف) الكامل وتأريخ وفاته ومحل سكناه وشاهدين واسماء أصحاب حق الانتقال واصل المسالة الانتقالية وحصة كل صاحب حق الانتقال التى تعتمد في احتسابها على القانون). [١]

الفرع الثالث

شروط القسام القانوني

من خلال تعريف القسام القانونى يمكننا ان نبين شروط القسام القانوني وكالاتي :- [٢]

١- اختصاص محكمة البداءة باصدار حجة القسام القانوني : - وهذا الشرط لم يرد به نص خاص لكن المعمول به في المحاكم هو اختصاص محكمة البداءة باصدار القسام القانوني لما لها من ولاية عامة فضلا عن ذلك ان احكام حق التصرف والاراضي الاميرية نظمها القانون المدني فبذلك تكون هي المختصة باصدار هذه الحجة.

٢- الاسم الكامل للمتوفي (المتصرف) ويعد هذا الشرط من الشروط البديهية لكي يتم تمييز هذه الحجة عن بقية الحجج فان حجة القسام بمثابة هوية فهل يتصور صدور هوية من دون اسم كامل لحامل هذه الهوية؟.

٣- تأريخ الوفاة : ويعد هذا الشرط مهم في حجة القسام فمن المعلوم للجميع ما لتأريخ الوفاة من اهمية في تحديد اصحاب حق الانتقال وتستند المحكمة على شهادة وفاة المتصرف او حجة وفاة تصدر من محكمة الاحوال الشخصية.

٤- محل سكن المتوفي : ان تحديد محل سكن المتصرف يكون عن طريق بطاقة السكن او تأييد لمختار المنطقة.

٥- يجب ان يكون اصحاب حق الانتقال من العراقيين : من الشروط المهمة التى نص عليها قانون التسجيل العراقي هي وجوب ان يكون اصحاب حق الانتقال من العراقيين فاذا وجد قسم منهم لا يحملون الجنسية

---

(١) د.عامر جايد زيدان، التمييز بين القسام الشرعي والقسام النظامي في التشريع العراقي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٣، العدد ٤٨، تكريت،٢٠٢٤، ص٤٣٤-٤٣٥ .

(٢) د.عامر جايد زيدان، مصدر نفسه، ص٤٣٦.

العراقية فان حق التصرف يحصر بالباقين الذين يحملون الجنسية العراقية، واذا كان جميع اصحاب حق الانتقال لا يحملون الجنسية العراقية فتعتبر الارض الاميرية منحلة ويعاد تسجيلها باسم وزارة المالية.

٦- شاهدان : تتضمن حجة القسام القانونى اسماء شاهدان وهذا الشرط لكي تستفهم المحكمة منهما اصحاب حق الانتقال وعما اذا كان هناك اخرين لم يذكروا في القسام وهذان الشاهدان محلفان وعلى الاغلب يكون هولاء الشهود من اقارب المتصرف او من جيرانهم ممن يعرف المتصرف واصحاب حق الانتقال.

٧- اسماء اصحاب حق الانتقال : لايمكن صدور قسام قانونى بدون اصحاب حق الانتقال فاذا لم يوجد احد منهم اعتبرت الارض منحلة ويعاد تسجيلها باسم وزارة المالية، وتستند المحكمة على صورة قيد المتوفي (المتصرف) في تحديد اسماء اصحاب حق الانتقال.

٨- مفاتحة دائرة الضرائب: وهو من الشروط المهمة في اصدار القسام القانوني لمعرفة عما اذا كان هناك ضرائب على الاراضي الاميرية العائدة للمتصرف وهل تم تسديدها من عدمه.

٩- اصل المسألة الانتقالية وحصة كل صاحب حق انتقال: بعد ان تكمل المحكمة كافة الاجراءات تقوم بتحويل الاوراق الى خبير قضائي لاحتساب المسألة الانتقالية.

وبعد اكمال كافة الاجراءات المتقدمة فان قاضي محكمة البداءة يقوم بتحويل الاوراق الى الرسم ومن ثم تسجيلها بسجل خاص واستصدار حجة القسام القانوني.

الفرع الرابع

التمييز بين القسام القانوني و القسام الشرعي

اوجه الاختلاف بين القسام الشرعي والقسام القانوني

على الرغم من تشابه القسام الشرعي والقسام القانوني في الاجراءات وكذلك الطريقة الحسابية لاستخراج اصل المسالة، الا انه توجد عدة اختلافات بين القسامين منها ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي واستنادا لما تقدم فاننا سنقسم هذا الاختلافات كالاتي :-

اولاً: اوجه الاختلاف الشكلية

الشكلية هي مسائل لا تمس اصل الحق ولكن امور يتطلبها القانون ومخالفتها تؤدي الى بطلان الحجة من حيث الشكل ويفقدها قوتها الملزمة واهم شيء يختلف فيه القسامين الشرعي والقانوني هو صدور كل قسام من محكمة مختلفة عن الاخرى وكذلك نوع الملك الذي يسري عليه كل قسام لذا سنبين كل الاختلاف على حدة من خلال فقرة مستقلة كالاتي:-

١- اختلاف المحكمة: تختلف المحكمة التي تصدر عنها كل حجة ، فبالنسبة لحجة القسام الشرعي فان محكمة الاحوال الشخصية التي تقع في محل سكن المتوفى (المورث) الدائم هي المختصة في اصدار حجة القسام الشرعي ، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٠٥) من قانون المرافعات على انه " ١- تختص محكمة محل اقامة المتوفى الدائمي بإصدار القسام الشرعي ولا يعتد بالقسامات الشرعية الصادرة من محكمة اخرى .". وبالنسبة لحجة القسام القانوني فان محكمة البداءة هي المختصة بإصداره بحكم الولاية العامة التي تختص بها محكمة البداءة .

٢- اختلاف نوع الملك : ايضا يختلف القسام الشرعي عن القسام القانوني من حيث نوع الملك فان القسام الشرعي يسري على المنقول والعقار وكل ما تركه المتوفى وبالنسبة للعقار فانه يكون مملوك ملكا تاما للمتوفى (المورث) اي ان رقبة العقار والحقوق المتعلقة به جميعها تعود للمتوفى (المورث) وينتقل هذا الحق الى الورثة اعتبارا من تأريخ وفاة المورث لكن لايمكن التصرف به الا عند تسجيله في دائرة التسجيل العقاري . وبالنسبة للقسام القانوني فانه يسري فقط على حق التصرف الذي يرد على الاراضي الاميرية والتي تعود رقبتها للدولة، ولا ينتقل هذا الحق الا بموجب قسام قانوني او حكم قضائي. [١] ومن التطبيقات القضائية التى تؤكد هذا الحكم ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية: [٢]

(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزى مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون، ذلك لأن محكمة الموضوع اعتمدت في اثبات خصومة المدعي (المميز عليه) وملكيته للسهام في القطعة المرقمة ٤٢م ١٧٦ أم حولية الى القسام الشرعي الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الحلة بالعدد ١٢١١ في ٢٠١١/١٠/٢٣ دون ملاحظة ان صنف القطعة موضوع الدعوى هي مملوكة للدولة (مفوضة بالطابو) وحق التصرف للشركاء فيها من بينهم مورث المدعي مما كان المتعين تكليف المدعي بابراز القسام النظامي الذى ينظم قواعد الانتقال وفق أحكام المادة (١١٨٧) مدني وعلى ضوء ذلك استكمال التحقيقات اللازمة واصدار الحكم القانوني السليم وفق ما يترأى لها على ضوء الادلة المطروحة أمامها لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها واتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٨/٧/٢٦)

ثانياً / أوجه الاختلاف الموضوعية

يختلف القسام الشرعي عن القسام القانوني من الناحية الموضوعية بعدة مسائل اهمها اختلاف الانصبة وكذلك عملية الحجب ونبين هذه الاختلافات من خلال الفقرات التالية :

١- اختلاف الانصبة :

المساواة بين الذكر والانثى في الانتقال دون الميراث، للبنت ما للابن دون اي تمييز، وللاخت ما للاخ مطلقا، وللام ما للاب، وللجدة ما للجد، وللعمة ما للعم، وللخالة ما للخال، ولأولاد البنت حصة والدتهم المتوفاة كما لاولاد الابن حصة والدهم المتوفي. [٣] ويختلف القسام الشرعي عن القسام القانوني في الانصبة حيث ان الاول تنظمه احكام الشريعة الاسلامية فمثلا يكون نصيب الزوجة الثمن في حالة وجود الفرع الوارث والربع في حالة عدم وجود الفرع الوارث، والزوج يأخذ الربع في حالة وجود الفرع الوارث والنصف في حالة عدم وجود الفرع الوارث، والاب يأخذ السدس في حالة وجود الفرع الوارث ويأخذ الباقي في حالة عدم وجود الفرع الوارث، والام تأخذ السدس مع وجود الفرع الوارث واثنان واكثر من الاخوة الاشقاء، وتأخذ

---

(١) د.عامر جايد زيدان، مصدر سابق، ص٤٣٣ .

(٢) رقم القرار ٤٥٣٢/ الهيئة المدنية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/٢٦، قاسم فخرى الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٧٧.

(٣) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، مكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٤، ص ١٩٤.

الثلث في حالة عدم وجود الفرع الوارث واثنان واكثر من الاخوة الأشقاء، وتأخذ ثلث الباقي بعد نصيب احد الزوجين في حالة وجود زوج للمورث، وبالنسبة للعصبة وفق قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين.....الخ، اما في القسام القانوني فيكون للزوج والزوجة نفس الفرض وهو الربع في حالة وجود فرع للمتصرف والنصف في حالة عدم وجود الفرع، وللاب والام السدس مشترك بينهما في حالة وجود الفرع وفي حالة كون المتصرف غير متزوج فان الاب والام ياخذان حق التصرف مناصفة بينهما ويأخذ الحي منهم النصف والنصف الباقي لفرع احد الابوين المتوفي واذا لم يكن له فرع فان جميع الحق يكون للحي من الابوين ، ويتساوى الذكر والانثى بالحصص.....الخ[1]

ونأخذ المثال الاتي للتوضيح:- توفي شخص وترك ام واب وزوجة وابن وبنت وترك عقارات ملك صرف واراضي اميرية بّين سهام كل وارث وفق القسام الشرعي وحصة كل صاحب حق انتقال وفق القسام القانوني ؟

١- سهام الورثة وفق القسام الشرعي ستكون وفق الاتي :

ت	الورثة	السهام	اصل المسالة ٢٤ صحح الى ٧٢
١	الاب ٦/١	٤	١٢
٢	الام ٦/١	٤	١٢
٣	الزوجة ٨/١	٣	٩
٤ ٥	ابن بنت	الباقي تعصيبا وفق قاعدة للذكر مثل الحظ الانثيين	٢٦ ١٣

٢- حصص اصحاب حق الانتقال ستكون وفق الاتي :

ت	الورثة	السهام	اصل المسالة ١٢ صحح الى ٢٤
١ ٢	الاب الام	٦/١ شركاء في السدس	٢ ٢
٣	الزوجة	٤/١	٦
٤	ابن بنت	الباقي يوزع بالتساوى	٧ ٧

٢- اختلافهما من حيث الحجب:

يختلف الحجب والحرمان بين الارث الشرعي والانتقال، ففي الارث الشرعي يوجد حجب حرمان وحجب نقصان، ولكن في الانتقال كل درجة من درجاته تحجب الدرجة التي تليها كقاعدة عامة. [2]

(١) د.عامر جايد زيدان، مصدر سابق ، ص٤٤٤.

(٢) مصطفى مجيد، أحكام انتقال حق التصرف، مصدر سابق، ص ٥١.

والحجب هو المنع من الميراث لا بسبب مانع منه، بل لوجود شخص أقرب منه إلى الميت، والحجب نوعان ، حجب نقصان وحجب حرمان، فحجب النقصان هو نقص ميراث أحد الورثة لوجود غيره ويكون لخمسة أشخاص، الزوج يحجب من النصف إلى الربع عند وجود الولد والزوجة تحجب من الربع إلى الثمن عند وجود الولد، والام تحجب من الثلث إلى السدس عند وجود الفرع الوارث واثنان واكثر من الاخوة وأما حجب الحرمان فهو منع جميع الميراث عن شخص لوجود غيره كمنع ميراث الاخ عنه عند وجود الابن، فان القسام الشرعي يخضع لاحكام الشريعة الاسلامية والتي تعمل بالحجب في مسائل المواريث، اما القسام القانوني فلا يوجد فيه حجب بل فيه حلول وهو ان يحل الفرع مقام الاصل في حالة وفاة الاصل. [1]

وناخذ المثال الاتي للتوضيح:- توفى شخص عن اخوان شقيقان واخت شقيقة وابن اخ شقيق متوفي قبله وترك عقارات ملك صرف واراضي اميرية بّين سهام كل وارث وفق القسام الشرعي وحصة كل صاحب حق انتقال وفق القسام القانوني ؟

١- سهام الورثة وفق القسام الشرعي ستكون وفق الاتي :

ت	الورثة	السهام	اصل المسالة ٥
١	اخ شقيق	تعصيبا للذكر مث حظ الانثيين	٢
٢	اخ شقيق		٢
٣	اخت شقيقة		١
٤	ابن اخ شقيق	محجوب	صفر

٢- حصص اصحاب الانتقال وفق القسام القانوني ستكون وفق الاتي :

ت	الورثة	الحصص	اصل المسالة ٤
١	اخ شقيق	١	١
٢	اخ شقيق	١	١
٣	اخت شقيقة	١	١
٤	ابن اخ شقيق	١	١

(١) د.عامر جايد زيدان، مصدر سابق، ص٤٤٥.

٣- من حيث اختلاف الجنسية بالنسبة للمستحقين : في القسام الشرعي اختلاف جنسية أحد الورثة أو كلهم لا يكون مانعا من الارث متى ما تحقق مبدأ المعاملة بالمثل، وعلى ذلك نصت المادة (١٨٨) من قانون التسجيل العقاري : (١- يجوز تسجيل حق الارث عند اختلاف جنسية المورث والورثة ويكون التسجيل باسم الوارث الاجنبي من مورث عراقي استنادا لمبدا المقابلة بالمثل.

٢- يخضع تسجيل الارث بأسم الاجنبي للقيود المفروضة على تملك الاجنبي العقار في العراق أما في القسام القانوني يعتبر اختلاف الجنسية مانعا لحق الانتقال وعلى ذلك نصت المادة (١٩١) من قانون التسجيل العقارى (١- يشترط أن يكون صاحب حق الانتقال من العراقيين فان كان قسم منهم لا يحمل الجنسية العراقية فينحصر انتقال حق التصرف بالعراقيين منهم . ٢- اذا كان جميع اصحاب حق الانتقال من غير العراقيين فتعتبر الارض الاميرية منحلة وتسجل باسم وزارة المالية).[١]

٤- وجود حمل وقت الوفاة : في حالة وجود حمل وقت وفاة المورث فان ذلك لا يؤخر تقسيم الارث ويقدر للحمل النصيب الاكبر اي انه يقدر له سهام (ذكر) فان كان كذلك تبقى المسالة كما هي وان كان الحمل (انثى) يعاد تقسيم المسالة مجددا، اما في القسام القانوني فان كان من بين اصحاب حق الانتقال حمل فانه يؤخر لحين الولادة .[٢]

المطلب الثاني

اصحاب حق الانتقال و التطبيقات العملية

قسم القانون المدني العراقي اصحاب حق الانتقال الى ثلاث درجات فضلا عن الزوجين في المواد (١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠ و١١٩٣) لذا نحاول شرح تلك الدرجات في هذا المطلب ونوزعه على أربعة فروع، في الاول نشرح الانتقال لاصحاب الدرجة الاولى، وفي الثاني نشرح الانتقال لاصحاب الدرجة الثانية، وفي الثالث نشرح الانتقال لاصحاب الدرجة الثالثة وفي الاخير نشرح احكام الانتقال للزوج أو الزوجة.

الفرع الأول

الانتقال لاصحاب الدرجة الاولى

نصت المادة (١/١١٨٨) من القانون المدني العراقي :

(الدرجة الاولى من أصحاب حق الانتقال هم فروع الميت من أولاد وأحفاد للذكر مثل حظ الانثى)

يتضح من منطوق نص المادة اعلاه ان الدرجة الاولى من اصحاب حق الانتقال هم فروع الميت (الاولاد والاحفاد) تقسم عليهم الانصبة للذكر مثل حظ الانثى، وهذه الدرجة هم :

أ- اولاد الميت أى الابناء والبنات.

ب- أحفاد الميت، أي أولاد الابناء وأولاد البنات.

---

(١) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢١ -٢٢.

(٢) د.عامر جايد زيدان، مصدر سابق، ص٤٤٨.

ت- أبناء الاحفاد وبناتهم وان نزلوا.

هذه الدرجة هي المقدمة على غيرها في الاستحقاق ويوزع عليهم كالاتي:

١- أولاد الميت (المتصرف) الذكور والاناث اذا كانوا جميعهم أحياء تقسم عليهم الانصبة للذكر مثل حظ الانثى وكل فرع يكون حجبا لاولاده.

٢- اذا مات الفرع فيقوم أولاده (أي الاحفاد) محله ويشاركون من هو حي من أولاد المتصرف (المتوفي)، ويرثون حصة أبيهم، حق الانتقال ينتقل درجة بعد درجة وكل درجة متقدمة تحجب غيرها.

٣- اذا كان للمتصرف المتوفي أولاد ماتوا حال حياته، فان اولاد كل واحد منهم (أي الاحفاد) يحلون محل أبيهم ويأخذون بقدر نصيبه من حصة الجد.

٤- اذا توفى أحد أولاد المتصرف قبل وفاة أبيه ولم يكن لديه فرع وارث فحصته في حق الانتقال تذهب الى الاولاد الاخرين. (١)

ويلاحظ ان الاحفاد عندما يستحقون سهاما من التركة بمقدار حصة أبيهم المتوفي في حياة جدهم، لا يستمدون حقهم بالميراث من أبيهم المتوفي قبل جدهم، بل يستمدونه من الجد مباشرةً، وفقا للقاعدة التي تقضي بوجوب أن يكون الوارث حيا حين موت المورث حقيقة أو تقديرا، وأبوهم الذي مات في حياة المورث (الجد) ما هو الا صلة لنقل ما أصابهم من ميراث جدهم. (٢)

هذا التوزيع نصت عليه المادة (٢/١١٨٨) من القانون المدني العراقي :

(وفي هذه الدرجة، يكون حق الانتقال اولا للأولاد، ثم للذيين يخلفونهم من الاحفاد، ثم لمن يخلف هولاء من أولادهم وهكذا. فيكون كل فرع حي عند موت المتصرف حاجبا لفروعه، أما اذا مات الفرع قبل موت المتصرف، فان فروع هذا الفرع يقومون مقامه درجة بعد درجة وينتقل اليهم نصيبه، واذا كان للميت عدة اولاد ماتوا جميعا قبله فان نصيب كل من هولاء ينتقل الى فروعه درجة بعد درجة، واذا كان أحد أولاد المتصرف قد مات قبله بلا فرع فان حق الانتقال ينحصر في باقي الاولاد أو فروعهم). (٣)

أمثلة تطبيقية خاصة بالدرجة الاولى :

المسألة الاولى / مثال توفي المتصرف وترك اولادا ٣ ذكور و٤ اناث .

الحل : ٣ ذكور ٤ اناث أصل المسألة ٧

٣ ٤

لكل واحد منهم ١ سهم بالتساوي (للذكر مثل حظ الانثى)

المسألة الثانية / مثال توفي المتصرف وترك اولادا ٢ ذكور و٣ اناث و احد اولاده الذكور متوفي قبله وترك أولادا ٤ ذكور و٢ اناث ؟ الحل ٢ ذكور ٣ أناث اصل المسألة ٥

اسهم الابن المتوفي ١ سهم توزع على فروعه ٤ ذكور و٢ اناث وهذا لايمكن في مثل هذه الحالة نستخرج اصل المسألة الثاني من فروع الابن المتوفي ثم نضرب أصل المسالة الاولى × اصل المسألة الثانية

---

(١) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢٥٣ -٢٥٥.

(٢) المحامي محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الاولى، مطبعة الرابطة بغداد،١٩٦٢، ص ٤٦٥.

(٣) المادة (٢/١١٨٨) القانون المدني العراقي.

فروع الابن المتوفي	٤ ذكور	٢ اناث	اصل المسألة ٦
	٤	٢	

اصل المسألة الاولى ٥ × اصل المسألة الثانية ٦ = ٣٠ أصل المسألة الذى تحل المسألة به

٣٠÷٥ = ٦ أسهم للذكر الواحد و ٦ أسهم للانثى الواحدة

أسهم الابن المتوفي (٦) اسهم تقسم على فروعه و ٤ ذكور و ٢ اناث ١ سهم للذكر الواحد (حفيد) و ١ سهم للانثى الواحدة (الحفيدة) بالتساوي (للذكر مثل حظ الانثى) [١]

المسألة الثالثة / توفي المتصرف وكان له ثلاث بنات متوفيات قبله ، الاولى لها (ابن و بنت) والثانية (بنتان) والثالثة بنت واحدة، فيقسم حق التصرف بينهما أثلاثا

أحفاد (ابن و بنت)	حفيدتان	حفيدة واحدة
١	١	١
٣	٣	٣

تصح المسألة الانتقالية من ١٨ حصة

للاحفاد كل من (ابن و بنت) ٦ حصص مناصفة

الحفيدتان ستة حصص مناصفة لكل واحدة ثلاث حصص

الحفيدة الواحدة لها ستة حصص[٢]

الفرع الثاني

الانتقال لاصحاب الدرجة الثانية

نصت المادة (١١٨٩) على انه :١ (- الدرجة الثانية من اصحاب حق الانتقال هم أبوا الميت و فروعهما.

٢- فان كان الأبوان كلاهما حي، انحصر فيهما حق الانتقال لكل منهما مثل نصيب الاخر، واذا كان أحدهما قد مات قبل موت ابنه، فان فروعه يقومون مقامه درجة بعد درجة واذا لم تكن له فروع انحصر حق الانتقال في الحي من الابوين، واذا كان الابوان قد ماتا جميعا قبل موت ابنهما، فان نصيب كل منهما ينتقل الى فروعه درجة بعد درجة، فان لم يكن لاحدهما فرع انتقلت حصته الى الفرع الاخر).

الدرجة الثانية من الورثة في حق الانتقال عبارة عن أبوي المتصرف واخوته واخواته واولادهم ذكورا واناثا وان نزلوا، غير ان الابوين يجتمعان مع الدرجة الاولى والثانية ايضا وهما في الحقيقة لا يعدان ضمن الدرجات كالزوجين.

ويتم حق الانتقال الى الورثة من الدرجة الثانية وفق المعايير والضوابط الاتية : [٣]

١- اذا اجتمع الابوان مع فروعهما (اخوة واخوات المتصرف واولادهم) يحجب الابوان فروعهما كحجب الابن والبنت لفروعهما و هما على قيد الحياة وينحصر حق الانتقال فيهما مناصفة

الورثة	أب	ام	اخوة أو اخوات أو اولادهم

(١) المحامي حسين دليل السلطاني، مصدر سابق، ص٤٦-٤٧.

(٢) القاضى وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(٣) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص ١٩٨-٢٠٠

الفروض	٢/١	٢/١	م
الاسهم	١	١	

٢- اذا مات احد الابوين قبل موت المتصرف ولم يكن له فروع أو فروع الفروع ينتقل نصيبه كاملا للاخر الذي هو على قيد الحياة اذا لم يجتمع معه احد الزوجين والا فللزوج أو الزوجة النصف والباقي لمن هو على قيد الحياة من الاب او الام.

٣- اذا مات المتصرف عن اب او ام ولم يكن له وارث من الدرجة الاولى ولم يكن للمتوفي من احد الابوين فرع أو فرع الفرع ينحصر فيه حق الانتقال.

٤- اذا مات المتصرف عن اب زوج او زوجة مع اب أو ام ولم يكن له احد من الدرجة الاولى ولا للمتوفي من احد الابوين فرع او فرع الفرع يكون لاحد الزوجين النصف والباقي لمن هو على قيد الحياة من أب وام.

٥- اذا مات احد أبوي المتصرف قبله وله فرع او فرع الفرع ينتقل نصيبه اليه كاملا واذا كان معهم احد الزوجين فله النصف.

٦- اذا مات ابوا المتصرف في حياته ولهما او لاحدهما فروع ينتقل نصيبهما الى فروعهما او فروع احدهما وهم اخوة واخوات المتصرف او اولادهم ذكورا او اناثا.

٧- فرع كل من مات قبل موت المتصرف يحل محله ويأخذ ما كان يستحقه لو كان على قيد الحياة بعد موت المتصرف.

٨- يستنتج مما سبق ان لابوي المتصرف ثلاث حالات:

أ- اذا كانا وحدهما فيأخذان جميع المال (حق التصرف) واذا كان احدهما موجودا وحده فله الجميع.

ب- اذا كانا مع فروع المتصرف او فروع فروعه فلهما السدس مناصفة بينهما، والباقي للفروع او فروع الفروع. واذا انفرد احدهما يأخذ السدس وحده والباقي للبقية.

ج- واذا اجتمعا مع احد الزوجين فلهما الباقي بعد نصيبه وهو النصف فيقسم النصف الباقي بينهما مناصفة، واذا اجتمع احدهما مع احد الزوجين فالمال بينهما مناصفة.

الفرع الثالث

الانتقال لاصحاب الدرجة الثالثة

الدرجة الثالثة من أصحاب حق الانتقال هم جدود الميت وجداته وفروعهم (الاعمام والعمات والاخوال والخالات) وان نزلوا. اذا لم يوجد أي شخص من الدرجتين السابقتين (الاولى والثانية) انتقل حق التصرف لاشخاص الدرجة الثالثة وهولاء هم جدود الميت وفروعهم، أما جدود الميت فهم :

أ- الجد لأب ب- الجدة لأب ج – الجد لأم د – الجدة لأم

أما فروعهم فهم (أ – أعمام و عمات الميت وفروعهم ب – أخوال وخالات الميت وفروعهم)[1]

وفي ما يلي نوضح حالات الاجداد والجدات:

---

(١) القاضى وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

الاجداد الاربعة وفروعهم : الاجداد كما قلنا هم أب الاب وام الاب واب الام وام الام فلو كان الاربعة أحياء ولم يكن معهم أصحاب حق الانتقال من الدرجتين الاولى والثانية أي لا الفروع ولا الابوان وفروعهما يستحقون حق الانتقال بالتساوي. واذا كان احدهم متوفي وله فروع تنتقل حصته الى فروعه وفق أحكام الدرجة الاولى أي ان فروع الاجداد يستحقون الانتقال بطريق الخلفية، واذا لم يكن له فروع فحصته تنتقل الى زوجه أو زوجته. مثال ذلك : للمتوفي جد لاب حي وجدة لاب متوفاة ولها فروع وجد لام حي وجدة لأم متوفاة وليس لها فروع فتكون حصة الجدة لاب لفروعها وحصة الجدة لام لزوجها وهو جد لام.

واذا لم يكن للمتوفي جد أو جدة من احدى الجهات ولا فروعهما فيكون حق الانتقال للجد أو الجدة أو فروعهما من الجهة الثانية. مثال ذلك : للمتوفي جدة لاب وفروع جد لاب ولم يكن له جد أو جدة لام ولا فروعها فيكون حق الانتقال منحصرا في الجدة لاب وفروع الجد لاب.

واذا اجتمع احد الزوجين مع الاجداد يستحق النصف من الاصل، واذا كان بعض الاجداد أحياء والباقون متوفين ولهم فروع فيأخذ الزوج أو الزوجة حصة فروع الاجداد المتوفين أيضا علاوة على حصتها الاصلية (النصف) أي ان فروع الاجداد وهم (العم والعمة والخال والخالة) لا يستحقون شيء من حق الانتقال اذا وجد معهم أحد الزوجين للمتوفي وتطبيقا لهذه القاعدة اذا كان جميع الاجداد متوفين ولهم فروع فيسقط حق الفروع أي (العم والعمة والخال والخالة) بالزوج أو الزوجة وينحصر حق الانتقال جميعه بأحد الزوجين. ولايضاح حالات الدرجة الثالثة نورد الامثلة التالية:-

المثال (١)

جد لاب	جدة لاب	جد لام	جدة لام	المسألة
١	١	١	١	٤

المثال (٢)

جد لاب	جدة لاب	جد لام لايوجد وليس له فروع	جدة لام لاتوجد وليس لها فروع	المسألة
١	١	-	-	٢

المثال (٣)

جد لاب متوفي		جدة لاب	جد لام	جدة لام متوفاة			المسألة
ابن	بنت			ابن	ابن	ابن	
٣	٣	٦	٦	٢	٢	٢	٢٤

المثال (٤)

جد لاب	جدة لاب متوفاة بلا فرع	جد لام متوفي بلا فرع	جدة لام	المسألة
١	-	-	١	٢

المثال (٥)

جد لاب توفي		جدة لاب متوفاة	جد لام متوفي		جدة لام متوفاة		
ابن	ابن	(بنت) من زوج اخر	بنت	بنت	بنت	بنت	من الجد

				٢			
٣	٣	ابن	ابن من الجد	٣	٣	٣	٣
			٢	٢	من ام + ٣+ ٣		
من الام + ٢ + ٢							
٥	٥	٢ بنت من غير الجد		٦	٦		٢٤

المثال (٦)

زوج	جد لاب متوفي	جدة لاب متوفاة	جد لام	جدة لام متوفاة	المسألة
	٢ ابن	ابن من الجد	١	بنت	٨
	لا يستحق	لا يستحق		لا يستحق	

الجد والجدة لاب ٢

من فرع الجدة لام ١

أي تكون المسألة من ثمانية حصص منها حصة واحدة الى الجد لام وسبعة حصص للزوج، وبهذا ان الزوج علاوة عن حصتها الاصلية وهي النصف اخذ حصة فروع الجد والجدات. [١]

الفرع الرابع

الأنتقال للزوج و الزوجة

ان المشرع في القانون المدنى العراقي قد منح فرضاً معينا لزوج المتصرف المتوفي ولم يجعله ضمن الدرجات الثلاثة التى سبق الاشارة اليها[٢] ونص على ذلك في المادة (١١٩٣) من القانون المدني وحيث جاء فيها :

١- (اذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى كان نصيبه الربع، اذا اجتمع مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية أو مع الجد والجدة كان نصيبه النصف، واذا وجب أن ينال فروع الجد والجدة معهما حق الانتقال بمقتضى المادة (١١٩٠) أخذ ما يصيب هذه الفروع أيضا، واذا لم يوجد أحد من الدرجة الاولى أو الدرجة الثانية ولم يوجد جد أو جدة انحصر حق الانتقال في الزوج الحي).

ومن منطوق الفقرة القانونية في النص اعلاه يتضح ان للزوج والزوجة الحالات التالية:-

١- اذا كان الزوج وحده ولا يوجد غيره من الدرجات الاولى والثانية والثالثة انحصر حق الانتقال به واذا كانت الزوجة وحدها ولايوجد غيرها من الدرجات الاولى والثانية والثالثة انحصر حق الانتقال بها. [٣]

---

(١) مصطفى مجيد، أحكام انتقال حق التصرف، مصدر سابق، ص ١٠٠ -١٠٣.

(٢) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٣) المحامي حسين دليل السلطاني، مصدر سابق، ص ٤٢.

٢- اذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى، كان للزوج أو الزوجة الربع واذا تعددت الزوجات فلهن الربع بينهن بالتساوي واذا اجتمع مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية او مع الدرجة الثالثة الاجداد والجدات كان للزوج او الزوجة النصف.

٣- اذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع الاجداد وكان بعضهم حيا وبعضهم ميتا وقد ترك فروع في هذه الحالة يأخذ الزوج او الزوجة النصف اولا ثم يحجب فرع الجد او الجدة فيأخذ نصيبه كذلك.

٤- اذا اجتمع الزوج او الزوجة مع فروع الاجداد او الجدات (الاعمام والعمات والاخوال والخالات واولادهم) فالزوج او الزوجة يحجبهم جميعا ويستاثر بحق التصرف دونهم. [١]

ولقد جاءت المادة (٢/١١٩٣) من القانون المدني العراقي تبين حالات الاستحقاق بسبب الزوجية فنصت:(ويثبت حق كل من الزوجين في الانتقال حتى لومات احدهما قبل الخلوة الصحيحة او قبل انتهاء العدة في الطلاق الرجعي، واذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا في مرض الموت وقبل انتهاء العدة ثبت للزوجة حق الانتقال).ان نص المادة المشار اليها أعلاه تثبت حق الزوجين في الحالات الاتية [٢]:

١- موت أحد الزوجين قبل الدخول (اي قبل حصول الخلوة الصحيحة) كمجرد وجود عقد الزواج يرتب الاستحقاق الارثي.

٢- يثبت حق الانتقال خلال فترة الطلاق الرجعي اي خلال فترة العدة الشرعية التى تلزمها المرأة بعد طلاقها رجعيا، أما المطلقة البائنة فلا استحقاق لها بسبب انتهاء العلاقة الزوجية.

٣- كذلك تستحق المطلقة البائن من حق الانتقال في حال وفاة زوجها وهو في مرض الموت وقبل انتهاءعدتها.

ولابد في نهاية هذا المطلب الاشارة الى ان كل درجة تحجب الدرجات التى هي أدنى دون اخلال بحكم المادتين ١١٩٢و١١٩٣ من القانون المدني العراقي، بمعنى اخر هناك قاعدة قاضية في كيفية انتقال حق التصرف في حالة وفاة المتصرف الا وهي وجود ثلاثة درجات كما اسلفنا كل درجة تحجب الدرجة التي تليها ولكن هناك استثناءين على هذه القاعدة وهما في حالة وجود الزوج والزوجة او وجود الاب والام أو احدهما. وان حالة وجود احد الزوجين قد فصلناه تفصيلا وبقي حالة وجود الابوين او احدهما. وحيث اذا وجد الاب والام مع أصحاب الدرجة الاولى وهم فروع الميت من الاولاد والاحفاد، فقد اعطى المشرع للأبوان على الرغم من كونهما درجة ثانية مشاركة في الاستحقاق، حيث يعطى السدس عند وجودهما معا يقسم مناصفة وعند وجود أحدهما يستأثر بالسدس كله وهذا ما نصت عليه المادة (١١٩٢) من القانون المدني :

(اذا كان أبوا المتصرف أو احدهما على قيد الحياة عند موت المتصرف، و وجد أصحاب حق الانتقال من الدرجة الاولى، فان السدس ينتقل الى الابوين بالتساوي، أو الى من كان حيا منهما).

واذا استحق الفرع من أي الدرجات الثلاثة انصبة متعددة من جهات مختلفة يأخذها جميعا[٣]. وان من نال حق الانتقال من الفروع من اصحاب حق الانتقال من الدرجات الثلاثة ومن جهات عديدة يأخذ ما يستحقه

---

(١) د.حسن على الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع و النشر، بغداد ،١٩٥٤، ص ٢٧٠-٢٧١.

(٢) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر نفسه، ص ٢٦٤.

(٣) مصطفى مجيد، أحكام انتقال حق التصرف، مصدر سابق، ص ١٠٥ - ١٠٦ .

من الجهات التي نال الانتقال منها كلها اذ قد يكون للشخص الواحد حق الانتقال من جهات عديدة فيجمع استحقاقه من جميع تلك الجهات مع استحقاقه الاصلي ويوحد عند التقسيم وذلك تنفيذا لحكم المادة ١١٩١ من القانون المدني، مثال ذلك : توفي احمد بن محمد عن زوجته نائلة وابيه محمد بن على وابنه كمال ثم توفت زوجته نائلة عن ابنها كمال من زوجها محمد بن علي وبنتها سنية من زوجها الاخر سعيد بن محمود ثم توفي محمد بن على عن ابنه جليل و حفيده كمال ابن احمد، ففي هذه الحالة ان الابن كمال استحق حق الانتقال من جهات ثلاثة ١- من ابيه ٢- من امه ٣- من جده ولذلك يجب جمع استحقاقه من كل هذه الجهات وتوحيده مع حصته الاصلية المنتقلة اليه من والده كما في العملية الحسابية الاتية:

توفي احمد بن محمد عن	المسألة ١٢		المسألة ٢	بعد تضعيف الاعتبار ٢٤			٢٤
زوجة نائلة	٣	توفت عن					
اب محمد بن علي	٢			٤	توفي عن		
ابن كمال احمد	٧	ابن	١	١٧	حفيد	١	١٩
		بنت سنية سعيد محمود	١	٣			٣
					ابن جليل محمد على	١	٢

ويلاحظ من الجدول ان كمال احمد قد استحق ١٤ حصة من ابيه وثلاثة حصص من امه وحصتان من جده وقد جمعت كلها واصبحت له ١٩ حصة من اصل ٢٤ وثلاث حصة الى اخته لام سنية سعيد وحصتين لعمه جليل.

المطلب الثالث

موانع انتقال حق التصرف

نظم المشرع في القانون المدني العراقي موانع انتقال حق التصرف حيث حددت المادتان (١١٩٨ و ١١٩٩) ثلاثة اسباب وحالات تؤدي الى حرمان من قام فيه سبب من هذه الاسباب من حقه في الانتقال، وهذه الحالات أو الاسباب هي القتل واختلاف الدين واختلاف الجنسية. ونحن بدورنا نحاول تسليط الضوء على تلك الحالات في ثلاثة فروع وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول / القتل

فقد قضت المادة (١١٩٨) من القانون المدني بحرمان القاتل وشريكه من حق الانتقال بقولها : ((لا تنتقل أرض المقتول الى القاتل أو شريكه)).

فكما ان قتل الوارث مورثه يحرم القاتل من الارث، كذلك فانه يحرم صاحب حق الانتقال وشريكه من حق الانتقال، والقتل الذي يؤدي الى حرمان صاحب حق الانتقال من حقه هو القتل الذي يعاقب عليه قانون العقوبات. وعلى هذا فان القاتل لا يحرم من الانتقال اذا كان القانون لا يعاقب على القتل لوجود سبب من أسباب الاعفاء من المسؤلية كالقتل دفاعا عن النفس أو اذا كان القاتل مجنونا أو معتوها أو صغيرا دون سن العقاب أو مكرها. [١]

وان الذي يؤاخذ على النص المذكور انه لم يحدد نوع القتل المانع وجعل الصياغة مطلقة شاملة لجميع أنواع القتول (القتل العمد – القتل شبه العمد – القتل الخطأ) لهذا كان المقتضى بيان ذلك ليكون الحكم في هذه المسألة واضحا وجليا. [٢]

الفرع الثاني / إختلاف الدين

فاختلاف الدين مانع من موانع انتقال حق التصرف حيث نصت المادة (١١٩٩) من القانون المدني بانه: ((لا يثبت حق الانتقال بين المختلفين في الدين ....)) كما لو كان المتصرف مسلما وصاحب حق الانتقال مسيحيا أو العكس. والعبرة في تحديد اختلاف الدين وقت الوفاة، فاذا كان المتصرف مسيحيا وصاحب حق الانتقال مسيحيا ثبت حق الانتقال حتى لو أسلم صاحب حق الانتقال فيما بعد.

وما كان يجدر اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الانتقال، فالشريعة الاسلامية لم تعرف سوى قواعد الميراث سواء في تحديد مستحقي الميراث أو تحديد مقدار انصبتهم، وقد لاحظنا ان حقوق الانتقال تختلف في مبناها عن قواعد الميراث الشرعية من تحديد اصحاب حق الانتقال أو مقدار انصبتهم، فليس ثمة اسس شرعية يقوم عليها نظام الانتقال حتى يكون اختلاف الدين مانعا من الانتقال. [٣]

الفرع الثالث / إختلاف الجنسية

نصت المادة (١١٩٩) مدني في شطرها الأخير على مانعية اختلاف الجنسية فإذا كان صاحب الانتقال يحمل جنسية دولة والمتصرف يحمل جنسية دولة أخرى أو بالعكس فإن القانون جعل من هذا الاختلاف مانعاً من موانع انتقال حق التصرف، وفي هذا الحكم مخالفة لما هو عليه في القسام الشرعي الذي اشترط أن يكون هناك غير مانع من الإرث بنص المادة (٢٢) من القانون المدني، وهذا إحدى الفوارق بين نوعي القسام الشرعي والقسام النظامي. [٤] والعبرة باختلاف الجنسية او اتحادها هو وقت نشوء سبب الانتقال سواء اكان ذلك السبب الوفاة ام بسبب الغيبة المنقطعة. [٥]

---

(١) محمد طه البشير ود.غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٤٠.

(٢) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

(٣) الدكتور درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ٣٥٨.

(٤) القاضي وائل ثابت الطائي، مصدر نفسه، ص ٢٦٦.

(٥) مصطفى مجيد، احكام تسجيل العقار في الطابو، الطبعة الاولى، مطبة العاني، بغداد،١٩٦٨، ص ٦٤.

المطلب الرابع

مدى دستورية المواد المنظمة لانتقال حق التصرف في قانون المدني العراقي مع الدستور العراقي الدائم

نتناول في هذا المطلب مدى دستورية أحكام المواد القانونية الواردة في القانون المدنى العراقي والمنظمة لحالات انتقال حق التصرف الى اصحاب حق الانتقال في ضوء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وذلك في فرعين، في الفرع الاول نسلط الضوء على معنى دستورية القوانين، وفي الفرع الثاني نبين موقف القضاء الدستوري في العراق المتمثل في المحكمة الأتحادية العليا تجاه هذا الأمر.

الفرع الأول / معنى دستورية القوانين

قبل ان نبين معنى دستورية القوانين لابد ان نشير الى مبدأ سمو الدستور لانه لولاه لما كان معنى لدستورية القوانين، ويقصد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد والنصوص الدستورية وسيادتها على سائر القواعد والنصوص القانونية في الدولة، بمعنى إعطاء الدستور أحد خصائص الدولة القانونية التي تخضع إليها جميع السلطات العامة في الدولة، أي جعل القواعد الدستورية تعلو جميع القواعد القانونية ووضع تلك القواعد في مكانة سامية تعلو جميع القواعد القانونية الأدنى من الدستور. (١)

وان دستورية القوانين يعنى مطابقة القوانين التى تصدر في دولة ما لقواعد الدستور واحكامه في تلك الدولة، والرقابة على دستورية التشريعات (القوانين والأنظمة): هي تنظيم رقابي على نشاط السلطة التشريعية لضمان عدم تجاوزها لاختصاصاتها في سن قوانين تتعارض مع الدستور وعدم خروجها عن الدائرة التي رسمها لها الدستور. (٢)

وهناك نوعين من الرقابة وهما الرقابة السياسية والرقابة القضائية على دستورية القوانين، والرقابة السياسة هي الرقابة التي تتولاها هيئة سياسية خاصة ينص الدستور على إنشائها لتتولى مراقبة دستورية القوانين والأنظمة في الدولة، ويعرفها البعض بالرقابة اللاقضائية على دستورية القوانين والأنظمة هي أما أن تعهد إلى هيئة متخصصة للنظر في هذه الرقابة أو إلى هيئة غير متخصصة، وهذا ما يحدث في أغلب الأحيان أي أن هذه الهيئة تنظر في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة فضلًا عن نظرها فى مسائل أخرى. (٣)

اما الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي عمل قضائي للبحث في مدى توافق القوانين التي وضعتها السلطة التشريعية مع قواعد الدستور، أي هي وسيلة لحل النزاع بين قاعدتين قانونيتين تحتل احداهما مركزا أسمى في سلم القواعد القانونية. (٤)

والرقابة القضائية وسيلة منطقية تفرض نفسها بحكم طبيعة القضاء ووظيفته، ويجب أن تتمتع الهيئة القضائية بضمانات من الاختصاص الفني والتجرد والاستقلال، ويتمثل ذلك في شخص القاضي، وتتجلى في أصول المحاكمات كحرية المناقشة وتبادل الحجج وعلنيتها وتعليل الأحكام والرقابة القضائية يتم من

---

(١) توفيق حارث كاظم، رقابة المحكمة الاتحادية على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بحث ماجستير قدم الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط الاردنية، ٢٠٢٢، ص ١٧.

(٢) توفيق حارث كاظم، مصدر نفسه، ص ٦.

(٣) توفيق حارث كاظم، مصدر نفسه، ص ٢٣.

(٤) البرزنجي، لطيف شيخ طه شيخ محمود،اصول القانون الدستورى، الطبعة الاولى، المركز العربى، مصر قاهرة، ٢٠٢١، ص ١٧٨.

خلالها إسناد الرقابة على دستورية القوانين إلى المحاكم العادية أو لمحاكم مختصة، وممكن أن تكون مركزية وذلك عندما تسند إلى محكمة واحدة وتكون مستقلة عن السلطة التنفيذية والتشريعية، ويمكن أن تكون لا مركزية عندما تسند إلى جميع المحاكم. وفي الرقابة القضائية على القاضي ألا يبحث فيما إذا كان القانون المطعون بعدم دستوريته كان نافعًا للمجتمع أم ضارًا، بل عليه أن يتحقق فقط من مطابقة أحكام القانون مع الدستور، فإذا تعارضت أحكام القانون فيما بينها وجب على القاضي أن يستبعد هذه الأحكام ويطبق النص الدستوري، تنفيذا لمبدأ سمو القاعدة الدستورية. (١)

للمحكمة أن تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريقتين الأولى بطريق الدعوى الأصلية وتسمى رقابة إلغاء، والثانية عن طريق الدفع الفرعي وتسمى رقابة امتناع وسنتناول كل منهما بحسب الآتي:

أولا: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية (رقابة الإلغاء)

ويقصد بها قيام صاحب العلاقة الذي يتضرر من القانون برفع دعوى أمام المحكمة المختصة ابتداءً ودون أن ينتظر تطبيق القانون عليه طالما تملك تلك المحكمة صلاحية الحكم بإلغاء القانون لمخالفته لأحكام الدستور، بمعنى إذا تبين لدى القاضي مخالفة القانون المطعون بعدم دستوريته بأنه مخالف لأحكام الدستور يتوجب عليه عدم تطبيقه ودون أن يحيل الدعوى إلى محكمة أخرى، وبخلاف ذلك أي إذا تبين للقاضي أن القانون مطابقًا لأحكام الدستور يتوجب عليه تطبيقه.

والرقابة القضائية على الدستورية في هذه الطريقة يكون هناك إذن بالدعوى، وهذه الدعوى لا تقام من قبل فرد أو هيئة ضد فرد آخر، وإنما من قبل فرد أو هيئة على قانون معين قد يكون مخالفًا لأحكام الدستور، ويمكن أن تقام هذه الدعوى أمام المحاكم العادية كدعوى أخرى مع الدعوى الأصلية يقيمها الأفراد أو تقيمها الهيئات على القانون المشكوك بعدم دستوريته، ويمكن أن تقام أمام محكمة متخصصة في النظر بدعاوى عدم دستورية القوانين، وذلك كما في العراق والأردن حيث تقام دعوى عدم دستورية نص قانوني أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وفقا لنص المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، وأمام المحكمة الدستورية في الأردن وفقا لنص المادة (١٥) من قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢. (٢)

ثانيا: الرقابة عن طريق الدفع الفرعي (رقابة الامتناع)

يقصد بالرقابة عن طريق الدفع الفرعي الدفاع وليس الهجوم، لأن آثارها لا تكون إلا بمناسبة خصومة معروضة أمام القضاء، فعندما يراد تطبيق نص قانوني معين لحل هذا النزاع يحق لأي من أطراف الخصومة الدفع بعدم دستورية ذلك النص وطلب عدم تطبيقه على الواقعة. (٣)

فأثارة الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي، تكون بدفع من أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام القضاء، وليس من خلال الدعوى الأصلية، وتتوقف الدعوى لحين فحص دستورية النص القانوني المدفوع

---

(١) توفيق حارث كاظم، مصدرسابق، ص ٣٠.

(٢) توفيق حارث كاظم، مصدر نفسه ، ص ٣٢.

(٣) مرزه اسماعيل، القانون الدستوري دراسة مقارنة لدساتير الدول العربية، الطبعة الثانية، دار ورد الاردنية للنشر والتوزيع، الاردن– عمان، ٢٠١٥، ص ٣٣٧.

بعدم دستوريته، وإذا تبين لدى القاضي عدم صحة الدفع وأن القانون ليس مخالفًا للدستور استمر القاضي في تطبيق القانون الذي يتكيف مع القضية المعروضة أمامه، وإذا تبين العكس أي أن القانون المدفوع بعدم دستوريته فعلا مخالف للدستور أمتنع القاضي عن تطبيقه في النزاع المطروح أمامه. [١]

الفرع الثاني / رأي محكمة الأتحادية العليا حول دستورية انتقال حق التصرف

ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق قضت في احدى قراراتها[٢] برد الدعوى المقامة من قبل المدعى على المدعى عليه رئيس مجلس النواب/ اضافة لوظيفته حيث طالب المدعى فيها عن طريق وكيلاه صدور الحكم بعدم دستورية المواد (١١٨٧ و ١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠ و ١١٩١ و ١١٩٢ و ١١٩٣ و ١١٩٤) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) و ان تلك المواد كما ذكرناهم في هذا البحث هم المواد المنظمة لاكتساب الحق التصرف عن طريق الوفاة و كيفية الانتقال هذا الحق الى اصحابها. حيث جاء في القرار:

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي طه صالح جاسم طلب دعوة المدعى عليه رئيس مجلس النواب أضافة لوظيفته للمرافعة والحكم بعدم دستورية لمواد (١١٨٨,١١٨٧، ١١٨٩ ، ١١٩٠، ١١٩١ ،١١٩٢ ، ١١٩٣ ، ١١٩٤) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لمخالفتها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٢/ اولا/ أ) التي نصت على (الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساس للتشريع) والمادة (١٣/ ثانيا) التي نصت على (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وبعد أجراء المرافعة الحضورية العلنية ولما جاء في دعوى المدعي وطلباته وما جاء في دفوع وكيلي المدعى عليه إضافة لوظيفته توصلت المحكمة الى النتائج التالية:

اولاً: إن المواد المطعون بدستوريتها المذكورة آنفاً من القانون المدني تنظم كسب حق التصرف بسبب الوفاة (الانتقال) حيث نظم القانون المدني أحكام حق التصرف في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص للحقوق المتفرعة عن حق الملكية وافرد له ثمانين مادة من (١١٦٩) الى (١٢٤٩) وأن حق التصرف باعتباره حق عيني اصلي فهو ذو طبيعة خاصة يرد على الأرض المملوكة رقبتها للدولة ويخول مالكه القيام بالتصرفات المادية والقانونية إذ تناولت الفقرة (١) من المادة (١١٦٩) من القانون المدني التصرفات المادية التي يجوز لصاحب حق التصرف القيام بها فأجازت له حق الانتفاع بالأرض وزوائدها أما الفقرة (٢) من ذات المادة فأعطته حق أجراء لتصرفات القانونية إذ يجوز له إفراغ الأرض الأميرية أو تأجيرها أو أعارتها وله أن يرهن حقه رهناً تأمينياً أوحيازياً ولكن في كافة الأحوال تبقى رقبة الأرض مملوكة للدولة استناداً لأحكام الفقرة (٣) من ذات المادة والتي نصت على (وله بوجه عام أن ينتفع بالأرض وأن يستغلها وأن يتصرف في حقه عليها في حدود القانون و فى كل الاحوال تبقى رقبة الارض مملوكة للدولة).

ثانياً: تصنف العقارات بموجب أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل الى:

---

(١) توفيق حارث كاظم، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٢) قرار رقم (١٣٨/ اتحادية /٢٠٢١) المنشور في موقع المحكمة الاتحادية العليا في ٢٠٢٢/١/٢٣. www.iraqfsc.iq/s.2021.

١. العقارات المملوكة وهي التي تعود رقبتها وحقوقها الى مالكها استنادا لأحكام المادة (٥) من القانون المذكور آنفاً.

٢. العقارات الموقوفة وتنقسم الى قسمين: أ- الأوقاف الصحيحة وهي التي كانت مملوكة ملكية تامة ثم أوقفت الى جهة من الجهات بمسوغات شرعية استناداً لأحكام المادة (٦/ أ) من ذات القانون آنفاً. ب- الأوقاف غير الصحيحة وهي العقارات التي كانت رقبتها أميرية التي تعود الى الدولة وحقوق التصرف فيها أو رسومها أو أعشارها جميعها موقوفة تخصيصاً لجهة من الجهات استناداً لأحكام المادة (٦/ ب) من ذات القانون آنفاً.

٣. الأراضي الأميرية التي تعود رقبتها للدولة وتكون على ثلاثة أنواع: أ- الأراضي الأميرية الصرفة التي تعود رقبتها وجميع حقوقها الى الدولة. ب- الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو وهي الأراضي التي فوض حق التصرف فيها الى الأشخاص وفق أحكام القوانين وذلك استناداً لأحكام المادة (٧/ ب) من القانون آنفاً وتعتبر الأراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح التي يقتصر وقفها على الرسوم أو الأعشار أو كليهما بحكم الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو. ج- الأراضي الأميرية الممنوحة باللزمة هي الأراضي التي منح حق التصرف فيها الى الأشخاص حسب أحكام قانوني التسوية أو اللزمة بالإضافة الى أن أصناف الأراضي الأميرية المشار اليها بالفقرات (أ، ب، ج) تعد من صنف الأراضي المملوكة للدولة استناداً لاحكام قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ المادة (١) منه.٤- الأراضي المتروكة وهي العقارات العائدة للدولة والمخصصة لأغراض المنفعة العامة أو لمنفعة أهالي قرية أو قصبة معينة استناداً لأحكام المادة (٨) من قانون التسجيل العقاري.

ثالثاً: ترد على حق التصرف عدة قيود منها ما هو مقرر في القانون المدني ومنها ما هو مقرر في القوانين الأخرى ومن أهم تلك القيود هو عدم جواز وقف الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو وعدم جواز أن يوصي بها استناداً لأحكام المادة (١١٧٢) من القانون المدني التي نصت على (لا يجوز للمتصرف في الأرض الأميرية أن يقفها أو يوصي بها) وذلك لأن من شروط الوقف والوصية أن يكون الواقف او الموصي مالكا للرقبة وان ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية او اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف استناداً لأحكام المادة (١١٧٣) من القانون المدني.

رابعاً: نظم القانون المدني كسب حق التصرف بسبب الوفاة (الانتقال) في المواد(١١٨٧ – ١١٩٠) حيث تنتقل الأرض دون مقابل الى أصحاب حق الانتقال اذا مات المتصرف في الأرض الأميرية مرتبين درجاتهم وفقاً لما جاء في المواد (١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠) من القانون المدني وكل درجة حجب الدرجات التي هي أدنى وتشمل الدرجة الأولى فروع الميت من الأولاد والأحفاد للذكر مثل حظ الأنثى وفي هذه الدرجة يكون حق الانتقال اولاً للأولاد ثم للذين يخلفونهم من الأحفاد ثم لمن يخلف هؤلاء من أولادهم ويكون كل فرع حي عند موت المتصرف حاجباً لفرعه أما اذا مات الفرع قبل موت لمتصرف فإن فروع هذا الفرع يقومون مقامه درجة بعد درجة استناداً لأحكام المادة (١١١٨ /١ و ٢) من القانون المدني. أما الدرجة الثانية من أصحاب حق الانتقال هم أبوا الميت وفروعهما فاذا كان الأبوان كلاهما حي، انحصر فيهما حق الانتقال لكل منهما مثل نصيب الآخر، وإذا كان أحدهما قد مات قبل موت ابنه، فإن فروعه يقومون مقامه درجة بعد

درجة وإذا لم تكن له فروع انحصر حق الانتقال في الحي من الأبوين استناداً لأحكام المادة (١/١١٨٩ و ٢) من القانون آنف الذكر. أما الدرجة الثالثة من أصحاب حق الانتقال فهم جدود الميت وجداته وفروعهم وفقاً لأحكام المادة (١١٩٠) من القانون المدني ويراعى في حق الانتقال أن يكون للذكر مثل حظ الأنثى أياً كانت الدرجة التي انتقل اليها هذا الحق ويراعى كذلك في جميع الدرجات أن يقوم الفرع مقام الأصل إذا مات هذا قبل موت المتصرف استناداً لأحكام المادة (١/١١٩٤و ٢) من القانون آنف الذكر.

خامساً: أن حق التصرف وعلى الرغم من أنه حق عيني اصلي استناداً لأحكام المادة (١/٦٨) من القانون المدني إلا أنه ذو طبيعة خاصة فهو يرد على الأراضي التي تعود ملكية رقبتها للدولة وتخضع الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو الى قواعد خاصة بخصوص انتقال حق التصرف الى الورثة وبما أن ملكية المال للمتوفى يعتبر احد أركان الإرث استناداً لأحكام المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل وحيث أن ملكية الأرض لا تعود للمتصرف ولا تنتقل بموت المتصرف وانما تبقى على مالكها (الدولة) وهذا يعني وجود جهتين مالكتين، الدولة تمتلك الأصل (الرقبة)، والمتصرف يمتلك حق التصرف الذي ليس له علاقة بملكية الرقبة لذا فإن تدخل المشرع لتنظيم انتقال حق التصرف بسبب الوفاة وفقاً لما جاء في القانون المدني جاء متفقاً مع طبيعة حق التصرف وبالتالي فإن توزيع حق التصرف لمستحقيه بعد موت المتصرف لا يخضع لأحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل وإنما يخضع لأحكام القانون المدني. لذا ولكل ما تقدم ولعدم وجود تعارض بين المواد المطعون بدستوريتها والمادتين (٢/ اولاً/أ) و (١٣/ ثانياً) من الدستور قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف وأتعاب محاماة وكيلي المدعى عليه مبلغاً مقداره مائة الف دينار توزع وفق القانون وصدر الحكم بالاتفاق باتاً وملزماً للسلطات كافة استناداً لأحكام المادتين (٩٣ و ٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ و المادتين (٤ و ٥ / ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ و افهم علنا في ٢٢/ جمادي الاولى /١٤٤٣ هجرية الموافق ٢٠٢١/١٢/٢٧ ميلادية.

و اخيرا و ليس اخرا نحن بدورنا نستنبط بان المحكمة الاتحادية العليا العراقية ومن خلال القرار المذكور رجعت الاساس الشرعي لوجود تلك النصوص في ان اساس حق التصرف ليس ملكية خاصة تنتقل بالارث وانما هي منحة من الدولة الى الاشخاص وللدولة وولي الامر (سلطان) او الحاكم ان يوزعها كما يرغب ويريد وليس على وفق الاحكام الشرعية.

الخاتمة / في نهاية بحثنا فقد توصلنا الى عدة استنتاجات و توصيات نلخصها بما يلي :

أولاً / الأستنتاجات:

١- حق التصرف حق عيني اصلي يخول صاحبه التصرف بالاراضي التي تحت تصرفه من حيث الانتفاع بها واستغلالها بالوجوه المقررة قانونا كافة ، واجراء جميع التصرفات القولية والفعلية الجائزة.

٢- ينتقل حق التصرف بعد وفاة المتصرف الى اصحاب حق الانتقال من ورثته مع بقاء رقبتها ملكا للدولة ويسمى المنتفع بـ (المتصرف) .

٣- الفرق الجوهري بين الحق الملكية وحق التصرف تكمن في الوصية والوقف، حيث يوجد الوصية والوقف فى الاول ولايوجد في الثاني.

٤- ان حق التصرف ظهر في فترة الحكم العثماني، وقبل هذا التاريخ كانت جميع الاراضي الزراعية مملوكة للدولة وتعطي للتصرف بها، نفعا واستغلالا الى من هو قادر عليها في مقابل دفع الضريبة الى بيت المال وهذه الضريبة اصطلح على تسميتهابـ (الخراج)، ولكن في عهد العثمانيين ولرغبتهم في زيادة ايرادات الدولة عملوا على تقوية علاقة المتصرف بالارض الزراعية فقد اصبح كحق الملكية من الحقوق التى تورث وتنتقل بعد الوفاة من المتصرف الى خلفه.

٥- ان انواع الاراضي الاميرية الثلاثة الواردة في قانون التسجيل العقاري (الاميرية الصرفة والمفوضة بالطابو والممنوحة باللزمة) اصبحت باسم واحد بموجب قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ تحت اسم (الاراضي المملوكة للدولة) وسجلت باسم وزارة المالية.

٦- ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف، لكن هناك قيود خاصة بحق التصرف بالاراضي الاميرية منها ما يتعلق بالحد الاعلى للتملك بموجب قانون الاصلاح الزراعي ومنها ما يتعلق بزراعة أصناف نباتية معينة بموجب أنظمة أو تعليمات خاصة.

٧- عدم جواز تملك الاجانب للاراضي الزراعية مطلقا.

٨- محل حق التصرف ارض اميري بينما حق الملكية محله ارض صرف.

٩- تنتقل حق التصرف بعد وفاة المتصرف الى اصحاب حق الانتقال بموجب القسام القانوني، بينما تنتقل حق الملكية بعد وفاة المالك الى الورثة بموجب القسام الشرعي.

١٠- يرد الاستملاك على الاراضي المملوكة ملكا صرفا، فيما يرد الاطفاء على الاراضي المملوكة للدولة وحق التصرف فيها للافراد، وان بدل التعويض يدفع كاملا لاصحاب الاملاك الصرفة، بينما يخصم من مبلغ التعويض حصة الحكومة بالنسبة لاصحاب الحقوق التصرفية حسب النسب الواردة بالمادة الخامسة من قانون توحيد أصناف الاراضي رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦. كما أن العقار المستملك ينتقل الى المستملك محررا من الحقوق المترتبة عليه وتنتقل حقوق أصحابها الى عوضها من بدل الاستملاك، أما اطفاء حق التصرف فان ما ينقل الى طالب الاطفاء هو حق التصرف ذاته وتبقى رقبة الارض لوزارة المالية.

١١- ينظر طلبات الاطفاء من قبل اللجان شكلت لهذا الغرض وذلك بموجب قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦، وان المهمة هذه قد اناط الى محكمة بداءة موقع العقار بموجب قرار مجلس

القيادة الثورة (المنحل) المرقم ١٨١ في ٢٠٠٢/٨/٢٩ ولكن هذا القرار غير نافذ فى اقليم كوردستان العراق كونه قد صدر بعد عام ١٩٩١ ولم يتم اصدار قرار النفاذ له من قبل برلمان كوردستان.

١٢- اختلاف الجنسية يكون مانعا من انتقال حق التصرف في القسام القانوني بينما لا يكون ذلك في حق الملكية والقسام الشرعي شريطة وجود معاملة بالمثل.

١٣- ينتقل حق التصرف الى اصحاب حق الانتقال بموجب الثلاث الدرجات الواردة ذكرهم في القانون المدني العراقي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث يحجب كل درجة الدرجة التى تليها كقاعدة عامة مع الاستثناءات الواردة في المادتين١١٩٢ و١١٩٣ بخصوص اجتماع الابوين او احدهما مع الدرجة الاولى و اجتماع احد الزوجين مع اصحاب حق الانتقال من الدرجات الثلاث.

١٤- الطفل المتبني لايستحق الميراث مباشرةً، لانه لا يمت بصلة القربى الى المتوفي ولكن أوجب قانون رعاية الاحداث المرقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ الايصاء له في حدود الثلث، اي انه يتم مشاركته في الميراث بموجب احكام الوصية الواجبة، بينما لا يستحق حق التصرف لان الوصية لايجوز في حق التصرف.

١٥- ان دستورية القوانين يعني مطابقة القوانين التى تصدر في دولة ما لقواعد الدستور واحكامه في تلك الدولة، والرقابة على دستورية التشريعات (القوانين والأنظمة): هي تنظيم رقابي على نشاط السلطة التشريعية لضمان عدم تجاوزها لاختصاصاتها في سن قوانين تتعارض مع الدستور وعدم خروجها عن الدائرة التي رسمها لها الدستور.

١٦- ان المواد المنظمة لانتقال حق التصرف (١١٨٧ و ١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠ و ١١٩١ و ١١٩٢ و ١١٩٣ و ١١٩٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) لايتعارضون مع المادتين (٢ و ١٣) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ و ان المحكمة الاتحادية العليا العراقية وفي قرارها المرقم (١٣٨/ اتحادية/٢٠٢١) في ٢٠٢١/١٢/٢٧ قد قررت دستورية تلك المواد مع الدستور العراقي.

ثانياً / التوصيات

نوصي المشرع كوردستاني والعراقي بما يلي :

١- تعديل نص المادة (١/١١٩٣) من القانون المدني جزئياً وجعله بالشكل التالي بالنسة لهذا الجزء (..... و اذا لم يوجد أحد من الدرجة الاولى او الدرجة الثانية او الدرجة الثالثة ولم يوجد جد او جدة فلا يحجب احد من ورثة الميت الشرعية بغض النظر عن درجة قرابته بوجود الزوج او الزوجة للميت).

٢- توحيد تسمية القسامين القانوني و النظامي الواردين في القوانين المعنية و جعلهما بالقسام القانوني.

٣- تعديل القوانين الخاصة بتعويض اصحاب الحقوق التصرفية في حالة الاطفاء حق التصرف بحيث يزداد النسبة المئوية المقدرة لتعويضهم.

٤- جعل اختصاص اصدار حجة القسام القانوني من اختصاص محكمة الاحوال الشخصية لمحل اقامة الدائمى للمتصرف المتوفي.

٥- اناطة مهمة النظر في طلبات الاطفاء والتعويض المتعلقة بالاراضي الاميرية في اقليم كوردستان الى محكمة البداءة التى توجد فيها الاراضي المثقلة بحق التصرف أسوة بالعراق.

قائمة المصادر و المراجع

القران الكريم

اولاً / المصادر اللغوية :-

١. ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب ، ج٩ ، ط ١، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٥.

٢. الدكتور سعدي ابو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق– سورية، ١٩٨٨ .

ثانياً / المصادر القانونية

٣. البرزنجي، لطيف شيخ طه شيخ محمود، اصول قانون الدستوري، الطبعة الاولى، المركز العربي، مصر، قاهرة،٢٠٢١.

٤. د.احمد عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، ٢٠٠٠.

٥. د.حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد،١٩٥٤.

٦. د.مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، مكتبة القانونية، بغداد،٢٠١٤.

٧. الدكتور درع حماد عبد، الحقوق العينية الاصلية حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دارالسنهوري، بيروت ، ٢٠١٨.

٨. الدكتور سامان فوزي عمر، الحقوق العينية، الحقوق العينة الاصلية، الطبعة الاولى، منشورات الجامعة التنمية البشرية– السليمانية ، ٢٠٢٣.

٩. الدكتور شاكر ناصر حيدر، احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٧.

١٠. الدكتور شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١، بغداد، ١٩٥٩.

١١. الدكتور قصي سلمان، الحقوق العينية، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل،٢٠١٢.

١٢. عبدالرحمن خضر، شرح قانون المدني ، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٣.

١٣. القاضي لفتة هامل العجيلي، احكام دعاوى الاراضي الزراعية، الطبعة الثانية، بيروت ،٢٠٢٠.

١٤. القاضي لفتة هامل العجيلي، اطفاء الحقوق التصرفية، دراسة في ضوء قانون توحيد اصناف اراضي الدولة ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٢.

١٥. القاضي وائل ثابت الطائي، المرشد الى القسامات وتوزيع التركات، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٢٤.

١٦. قصي جمعة رمضان، الملكية الناقصة في القانون المدني، دراسة مقارنة، هاتريك للنشر والتوزيع، اربيل،٢٠٢٣.

١٧. المحامي حسين دليل السلطاني، القسام النظامي وتطبيقاته العملية، الطبعة الثانية، مكتبة نور العين القانونية، بغداد، ٢٠٢٤.

١٨. محمد طه البشير ود.غني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الاول، الحقوق العينية الاصلية، ج١، العاتك/ بيروت/ ٢٠١٧/٢٠١٨.
١٩. مرزه، اسماعيل، القانون الدستوري دراسة مقارنة لدساتير الدول العربية، الطبعة الثانية، دار ورد الاردنية للنشر والتوزيع، الاردن– عمان، ٢٠١٥.
٢٠. مصطفى مجيد، احكام تسجيل العقار في الطابو، الطبعة الاولى، مطبة العاني، بغداد ،١٩٦٨.
٢١. مصطفى مجيد، أحكام انتقال حق التصرف، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١ .
٢٢. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقارى، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة الطبع.

ثالثاً / البحوث و الرسائل

٢٣. أ.م .د صالح أحمد محمد عبطان اللهيبي، كسب حق التصرف بسبب الوفاة، دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، ٢٠١٤ .
٢٤. ابوبكر عمر حامد، مشكلات الملكية العقارية، دراسة قانونية في ضوء تطورات الواقع ومستجدات السياسة التشريعية، رسالة دكتوراه، كلية القانون – جامعة السليمانية، ٢٠٢٣..
٢٥. توفيق حارث كاظم، رقابة المحكمة الاتحادية على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، بحث ماجستير قدم الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط الاردنية، ٢٠٢٢.
٢٦. د.عامر جايد زيدان، التمييز بين القسام الشرعي والقسام النظامي في التشريع العراقي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٣، العدد ٤٨ ، تكريت،٢٠٢٤.

خامساً/ مجاميع القرارات و النشرات القضائية

٢٧. قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٧٧.
٢٨. القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج٤، مكتبة السنهوري، بيروت ،٢٠٢١.
٢٩. مجلة التشريع والقضاء، العد الثاني، ٢٠١٤ .
٣٠. مجموعة الاحكام العدلية، وزارة العدل،العدد الاول، السنة السابعة،١٩٧٦.

سادساً/ القوانين

٣١. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
٣٢. القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣٣. قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٣٤. قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠.
٣٥. قانون التسجيل العقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
٣٦. قانون توحيد أصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦.
٣٧. قانون رعاية الاحداث المرقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

سابعاً /المراجع الالكترونية

٣٨. موقع المحكمة الاتحادية العليا، https://www.iraqfsc.iq/krarid/138_fed_2021.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٢
المبحث الأول :- ماهية حق التصرف	٣
المطلب الأول / تعريف التصرف	٣
أولاً :- التعريف اللغوي	٣
ثانياً :- التعريف الاصطلاحي	٣
المطلب الثاني :- نطاق الحق التصرف	٣
فرع الأول :- نشوء حق التصرف	٣-٥
فرع الثاني:- نطاق حق التصرف	٦
فرع الثالث:- القيود التى ترد على حق التصرف	٧- ٨
المطلب الثالث / تمييز حق التصرف عما يشابهه من الحقوق	٩
الفرع الأول / تمييز حق التصرف عن حق المنفعة	٩-١٠
الفرع الثاني / تمييز حق التصرف عن حق الميراث	١٠-١٢
المبحث الثاني / اسباب حق التصرف	١٢
المطلب الأول :- اسباب كسب حق التصرف	١٢
الفرع الأول :- كسب حق التصرف ابتداء	١٢-١٣
الفرع الثاني :- كسب حق التصرف ما بين الاحياء	١٤-١٦
الفرع الثالث :- كسب حق التصرف بسبب الوفاة	١٧
المطلب الثاني:- اسباب انقضاء حق التصرف	١٨
الفرع الأول :- التقادم	١٨
الفرع الثاني :- انحلال الاراضي	١٨
الفرع الثالث :- ترك الاستغلال	١٨-١٩
الفرع الرابع:- الاطفاء و الاستملاك	٢٠-٢١
المبحث الثالث :- انتقال حق التصرف و موانع انتقال حق التصرف	٢١
المطلب الأول / القسام القانوني	٢١
الفرع الأول :- نبذة عن القسام القانوني	٢٢
الفرع الثاني :- تعريف القسام لغة و اصطلاحا	٢٢
الفرع الثالث :- شروط القسام القانوني	٢٣
الفرع الرابع :- التمييز بين القسام القانوني و القسام الشرعي	٢٤-٢٧
المطلب الثاني :- اصحاب حق الانتقال و تطبيقات العملية	٢٨
الفرع الأول :- الانتقال لاصحاب الدرجة الاولى	٢٨-٢٩

الفرع الثاني :- الانتقال لاصحاب الدرجة الثانية	٣٠-٣١
الفرع الثالث :- الانتقال لاصحاب الدرجة الثالثة	٣١-٣٢
الفرع الرابع :- الانتقال للزوج و الزوجة	٣٣-٣٤
المطلب الثالث / موانع انتقال حق التصرف	٣٥
الفرع الأول :- القتل	٣٥
الفرع الثاني :- اختلاف الدين	٣٦
الفرع الثالث:- اختلاف الجنسية	٣٦
المطلب الرابع / مدى دستورية المواد المنظمة لانتقال حق التصرف في قانون المدنى العراقي مع الدستور العراقي الدائم	٣٧
الفرع الأول / معنى دستورية القوانين	٣٧-٣٨
الفرع الثاني / رأي محكمة الاتحادية العليا حول دستورية انتقال حق التصرف	٣٩-٤١
الخاتمة / الأستنتاجات	٤٢-٤٣
التوصيات	٤٣-٤٤
المصادر	٤٤-٤٦
المحتويات	٤٦-٤٧