Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14- Issue 1- June 2024 المجلد ١٤- العدد ١ – حزيران ٢٠٢٤

Legal rules for gaining ownership of treasure in common real estate -Comparative study-

[1] Dr.Nada Mahmood Thannoon
[1] College of Law-University of Mosul
1: Email: nadnth68@uomosul.edu.iq
2: Email:

Abstract:

Treasure is a valuable movable item that was found and whose owner is not known. The Iraqi legislator generally regulated its provisions in Article (1101) of it that it belongs to the owner of the property if it is owned, to the state if the land is princely, and to the endowment authority if it is endowment unless anyone can prove ownership of it. The issue that may raise many legal challenges, disputes and questions is whether this treasure is found in a property jointly owned by several partners, what is its ruling and to whom will it be transferred? Will the text of this article be sufficient to explain its provisions? Especially since ownership has its common provisions. It is, as we know, a special type of ownership with its own provisions that distinguish it from others. Therefore, the Iraqi Civil Code and other Arab civil laws have texts that clarify their provisions to address the problems and disputes they raise.

Therefore, we find that the text of this article is insufficient to explain the legal provisions related to treasure found in a common property, and the matter needs to be organized by adding legal texts specific to the subject or amending the existing texts.

DOI 10.37651/aujlps.2024.149041.1241

Submitted: 24/3/2024
Accepted: 10/4/2024
Published: 1/06/2024

Keywords:
Treasure
ownership
real estate
common
portion
behaviour.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

الأحكام القانونية لكسب ملكية الكنز في العقار الشائع- دراسة مقارنة-

[١] م.د. ندى محمود ذنون
[١] كلية الحقوق جامعة الموصل

الملخص:

الكنز هو شيء منقول ثمين يعثر عليه ولا يعرف مالكه، نظم المشرع العراقي أحكامه بشكل عام في المادة (١١٠١) من القانون المدني بأن يكون لمالك العقار إن كان مملوكاً، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ولجهة الوقف إن كانت موقوفة مالم يستطع أحد إثبات ملكيته له، إلاّ إنَّ الموضوع الذي قد يثير العديد من التحديات القانونية والنزاعات والتساؤلات هو فيما إذا عثر على هذا الكنز في عقار مملوك على الشيوع بين عدة شركاء، فما هو حكمه ولمن سيؤول ؟ وهل سيكفي نص هذه المادة لبيان أحكامه ؟ خاصة وإنَّ الملكية الشائعة هي كما نعلم نوع خاص من أنواع الملكية لها أحكامها الخاصة التي تميزها عن غيرها، لذا خصها القانون المدني العراقي وغيره من القوانين المدنية العربية بنصوص تبين أحكامها لمعالجة ما تُثيره من إشكاليات ونزاعات.

لذا نجد أنَّ نص هذه المادة غير كافٍ لبيان الأحكام القانونية المتعلقة بالكنز الذي يعثر عليه في عقار شائع، والأمر بحاجة إلى تنظيم بإضافة نصوص قانونية خاصة بالموضوع أو تعديل النصوص الموجودة.

الكلمات المفتاحية:

كنز، ملكية، عقار، شائع، قسمة، تصرف.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بالموضوع:

يعد الكنز بشكل عام والأحكام المتعلقة بملكيته وتلك الخاصة باكتسابه وتحديداً لو وجد في عقار مملوك على الشيوع من المسائل المثيرة للاهتمام، خاصة مع عدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم هذا الموضوع تحديداً سواء في القانون المدني العراقي أو القوانين المقارنة، وإنما توجد فيها أحكام تنظم ملكية الكنز بشكل عام، وهذا ما يدعو إلى أهمية البحث في هذا الموضوع ومعرفة تفاصيله.

ثانياً: أهمية الموضوع وأهدافه وسبب اختياره:

١- محاولة إلقاء الضوء على الأحكام القانونية لملكية الكنز فيما لو عثر عليه في عقار شائع ومدى كفاية النصوص العامة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة لمعالجة الموضوع.

٢- تحديد المبادئ والقواعد القانونية لتنظيم ملكية الكنز في العقار الشائع، وهل يكون لمكتشفه أم لملّاك العقار الشائع أم للدولة، وهل لو كان للملّاك تكون ملكيته لهم بالتساوي أم كل حسب نصيبه في العقار ؟ لاسيما في ظل غياب نص قانوني خاص يعالج هذا الموضوع وينظم أحكامه.
٣- تحليل التصرفات التي تصدر سواء من الشريك أو كل الشركاء في العقار بحصة أو بجزء مفرز أو بكل العقار الشائع وتأثيرها على حكم ملكية الكنز واختلاف أحكامها بأن كان التصرف قبل القسمة أم بعدها.
٤- معرفة مدى أحقية أي من الشركاء والدائنين للطعن في القسمة فيما لو عثر على كنز في عقار شائع للغبن الفاحش، ومدى تأثير حسن أو سوء النية لدى الشركاء في الموضوع.

ثالثاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في عدم وجود نصوص قانونية خاصة في القانون المدني العراقي ولا في القوانين المدنية العربية توضح وبشكل صريح ومباشر الأحكام القانونية لكسب ملكية الكنز فيما لو عثر عليه في عقار مملوك على الشيوع أو تعالج مايمكن أن ينشأ عن هذه الحالة من إشكاليات ومنازعات واقتصار النصوص الحالية كما نراها على تنظيم هذه الأحكام في الملكية المفرزة في حين ان هذه الأحكام بحاجة الى تنظيم خاص لها في الملكية المشاعة نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من خصوصية.

رابعاً: منهجية البحث:

سنعتمد في دراستنا للموضوع بإذن الله تعالى على المنهج التحليلي المقارن بين القانون المدني العراقي وبعض من القوانين العربية وتحليلها في محاولة لوضع إطار قانوني خاص يعالج المسألة موضوع البحث.

خامساً: هيكلية البحث:

المبحث الأول: التعريف بالكنز.
المطلب الأول: تعريف الكنز وشروطه
المطلب الثاني: تمييز الكنز عن غيره من المصطلحات
المبحث الثاني: أحكام ملكية الكنز في العقار الشائع.
المطلب الأول: أحكام ملكية الكنز وقت الشيوع
المطلب الثاني: أحكام ملكية الكنز بعد القسمة

I. المبحث الأول

التعريف بالكنز

لغرض التعريف بالكنز كان لا بد أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين: الأول تعريف الكنز وشروطه، بينما يكون تمييزه عن غيره من المصطلحات عنواناً للمطلب الثاني وكما يلي:

I.أ. المطلب الأول

تعريف الكنز وشروطه

سنتناول في هذا المطلب تعريف الكنز وشروطه وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

I.أ.١. الفرع الأول

تعريف الكنز

سنتناول في هذا الفرع تعريف الكنز لغةً وتعريفه في الاصطلاح الفقهي والقانوني :

أولاً: تعريف الكنز لغةً:

الكنز لغة هو اسم للمال إذا أحرز في وعاء ولما يحرز فيه، وقيل الكنز المال المدفون، وجمعه كنوز، كنزه يكنزه كنز أو اكتنزه، وتسمي العرب كل كثير مجموع يتنافس فيه كنزاً[١].

ثانياً: تعريف الكنز اصطلاحاً:

١- تعريفه في الاصطلاح الفقهي:

عرف الكنز بأنه: "المنقول المدفون أو المخبوء الذي لا يعرف له مالك"[٢]، وعرف بنفس المعنى بأنه: "الشيء المنقول المدفون في الأرض الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته"[٣]، كما عرف بأنه: ما يوجد في باطن الأرض مما أودعه الإنسان نقوداً كان أو حلياً أو سبائك، ولهذا فهو لا يعد جزءاً من الأرض التي دفن فيها فلا يتناوله ملكها"[٤].

٢- تعريفه في الاصطلاح القانوني:

لم يرد تعريف للكنز في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ولا في أغلب القوانين المدنية العربية، وإنما اكتفت ببيان شروطه وحكمه[٥]، بينما نجد أنَّ المشرع الجزائري

---

(١) العلامة ابن منظور، *لسان العرب*، ج٧، (القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٢)، ص ٧٣٨- ٧٣٩.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، *الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٢)، ص ٢٩٦.

(٣) د. محمد المرسي زهرة، *الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية- دراسة مقارنة*، ط١، (مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة: ١٩٩٩)، ص ٣٧.

(٤) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، *الحقوق العينية الأصلية*، ج١، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة طبع)، ص ١٩٢.

(٥) المواد (١١٠١)، من القانون المدني العراقي، (٧٨٢)، من القانون المدني المصري رقم (٣١)، لسنة ١٩٤٨، (٨٧٧)، من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧)، لسنة ١٩٨٠، بينما لم يوضح المشرع الأردني شروط الكنز واكتفى ببيان حكمه وفقاً للمادة (١٠٧٨)، من القانون المدني رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧٦، وكذلك المشرع الإماراتي وفقاً للمادة (١٢٠٥)، من قانون المعاملات المدنية رقم (٥)، لسنة ١٩٨٥.

على الرغم من عدم النص على الكنز وحكمه في القانون المدني، إلاّ انه عرفه ونظم أحكامه في القانون المتعلق بالأملاك الوطنية رقم (٣٠/ ٩٠) لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم (١٤/٠٨) لسنة ٢٠٠٨ إذ عُرف في المادة (٥٧) من هذا القانون بأنه: "كل شيء أو قيمة مخفية أو مدفونة تم اكتشافها أو العثور عليها بمحض الصدفة، ولا يمكن أحداً أن يثبت عليها ملكيته".

بعد اطلاعنا على التعريفات التي وردت بشأن الكنز سنورد عليها الملاحظات الآتية:

١- حسناً فعل المشرع العراقي وغيره من القوانين المدنية العربية في عدم إيراد تعريف للكنز، فوضع التعريفات ليس من عمل المشرع وإنما الأمر متروك للاجتهادات الفقهية المختلفة.

٢- لم يرد في التعريفات الفقهية للكنز أية إشارة على ضرورة أن يكون لهذا المنقول المدفون أو المخبوء قيمة سواء كانت هذه القيمة مادية أو معنوية حتى يطلق عليه وصف الكنز، إذ ليس كل منقول مخبوء أو مدفون يطلق عليه هذا الوصف.

٣- نجد انه من الأفضل الإشارة في التعريف إلى أنَّ الكنز يجب أن لا يعرف له مالك بدلاً من القول انه الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، لأنه من الوارد أن يظهر لهذا الكنز مالك ويستطيع إثبات ملكيته له.

٤- عدّ المشرع الجزائري كل شيء أو قيمة مخفية أو مدفونة كنزاً، بمعنى انه يجوز وفقاً لهذا التعريف أن يكون الكنز منقولاً أو عقاراً، فهو لم يقيده بأن يكون مالاً منقولاً.

٥- قيد المشرع الجزائري وصف الكنز على ما يتم اكتشافه أو العثور عليه بمحض الصدفة، بينما قد يكون لدى واجد الكنز معلومات مؤكدة عن وجوده في مكان ما، فهل ينتفي عنه هذا الوصف إذا ما تم العثور عليه بعد البحث والتنقيب ؟ لذا لا يشترط أن يعثر على الكنز بمحض الصدفة، لأنه قد يتوقع شخص أن يكون في الأرض كنزا ويسعى للكشف عنه[١].

٦- قيدت بعض التعريفات الكنز بكونه مدفوناً أو مخبوءً في الأرض، وفي الحقيقة انه قد يكون مدفوناً في الأرض أو مخبوءً في الأسقف أو الجدران أو حتى في أي منقول تسمح طبيعته بإخفاء كنوز داخله.

عليه واستناداً لما سبق نستطيع أن نعرف الكنز بأنه: كل منقول مخبوء أو مدفون ذو قيمة يتنافس عليها يكتشف أو يعثر عليه ولا يُعرف له مالك.

(١) د. محمد علي صاحب، د. أسماء صبر علوان، *الحقوق العينية الأصلية*، ج١، (بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٨)، ص ٩٤.

I.أ.٢. الفرع الثاني

شروط الكنز

وضحت شروط الكنز النصوص الخاصة بالموضوع في القانون المدني العراقي وعدد من التشريعات المقارنة، إذ نصت المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي على: "الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ..."[١].

يتبين من خلال ذلك أن شروط الكنز هي:

أولاً: أن يكون مخبوءً أو مدفوناً: بمعنى أن لا يكون ظاهراً للعيان، فالمنقول الثمين الذي يوجد أو يعثر عليه في مكان ظاهر لا يعد كنزاً، بل يعد مالاً ضائعاً وتطبق عليه أحكام اللقطة.

ويغلب أن يكون مدفوناً أو مخبوءً في عقار سواء كان مدفوناً في الأرض أم مخبوءً في الأسقف أو في أحد الحوائط، وهذا الشرط يقتضي بطبيعة الحال أن يكون هذا الكنز مستقلاً ومتميزاً عن العقار الذي يحويه، فالمناجم أو المحاجر مثلاً التي توجد في باطن الأرض لا تعد كنوزاً ولا ينطبق عليها حكمها، فهي جزء من هذه الأرض ومن ثم فهي عقارات[٢].

كما يمكن أن يكون الكنز مخبأ في منقول من المنقولات كما لو عثر على أوراق نقدية بين صفحات كتاب أو عثر على مجوهرات في قطعة أثاث في منزل[٣].

ثانياً: أن يكون منقولاً: وهذا هو المقصود بأن يكون مخبوءً أو مدفوناً، لأنه لو كان الشيء عقاراً مخبوءً أو مدفوناً في الأرض كالأعمدة والقبور، فهو عندها جزء من العقار الذي وجد فيه ويسري عليه ما يسري على العقار ولا يعد كنزاً، وإذا كان الشيء من الآثار فعندها يخضع لأحكامها ولا تعد كنوزاً[٤].

ثالثاً: أن لا تثبت ملكيته لأحد: بمعنى أن لا يُعرف له مالك، فلو عرف مالكه لما عدّ كنزاً، وإنما من المنقولات الضائعة، ويجوز إثبات حق الملكية لهذا المنقول بكافة طرق الإثبات[٥].

ولو استطاع شخص أن يثبت ملكيته له، وأنه كان قد خبأه أو دفنه في عقار أو مخبأ سري لحمايته من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقائه محفوظاً، فلا يعد كنزاً، وللمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق.

---

(١) ذات الشروط نصت عليها المادة (٨٧٢)، من القانون المدني المصري، المادة (٨٧٧)، من القانون المدني الكويتي، بينما لم يوضح المشرعان الأردني والإماراتي شروط الكنز واكتفت ببيان حكمه في المواد (١٠٧٨)، من القانون المدني الأردني، والمادة (١٢٠٥)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٩٧.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- أسباب كسب الملكية*، ج٩، ط٣، (بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١)، ص ٢٧-٢٨.

(٤) د. محمد حسن قاسم، *الحقوق العينية الأصلية*، *حق الملكية ،الحقوق المتفرعة عن الملكية*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١)، ص ١٦٢.

(٥) د. أحمد إبراهيم الحياري، *شرح أحكام الحقوق العينية- دراسة تحليلية موازنة في النصوص الناظمة للحقوق العينية في القانون المدني والتشريعات ذات العلاقة وفقاً لأحدث التعديلات*، ط١، (عمّان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٢١)، ص ١٤٩.

فالقول بأنه يجب أن لا تثبت ملكيته لأحد أو لا يعرف له مالك غير أن يقال إنه منقول لا مالك له، لأنه لو كان منقولاً لا مالك له فإما انه لم يملكه أحد من الأساس، أو أن يكون مملوك لشخص ثم تخلى عن ملكيته، والكنز ليس كذلك بل قد كان له مالك، ولم يثبت أنه تخلى عن ملكيته، بل الواضح أنه كان حريصاً كل الحرص عليه إما بدفنه أو إخفاءه[١].

رابعاً: فضلاً عما ورد من الشروط نجد أنه لابد من أن يتوافر شرط آخر وهو أن يكون للشيء قيمة ويكون مما يمكن أن يُتنافس فيه حتى يعد كنزاً وذلك لينسجم مع التعريف اللغوي للكنز وفي تحديد مفهومه ومعناه وما يشترط فيه.

I.ب. المطلب الثاني

تمييز الكنز عن غيره من المصطلحات

من أجل تمييز الكنز عن غيره من المصطلحات الأخرى لا بد من تمييزه عن المعادن والآثار فضلا عن تمييزه عن اللقطة، وعليه ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين:

I.ب.١. الفرع الأول

تمييز الكنز عن المعادن والآثار

أولاً: تمييزه عن المعادن:

عرفت المعادن بأنها: "ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة سواء كانت صلبة كالذهب والفضة والنحاس أو سائلة كالزئبق والنفط"[٢]، فهذه المعادن تعد جزءاً من الأرض التي توجد فيها[٣]، إلاّ أنه لا يكون لصاحب الأرض التي تحتويه، وإنما تعد من أموال الدولة[٤].

ولم يرد تعريف للمعادن في القانون المدني العراقي ولا في القوانين المدنية العربية محل المقارنة، وإنما بينت بعضها أحكامها، إلاّ انه ورد تعريف للمناجم التي تحتوي هذه المعادن في قانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل[٥].

هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بين المعادن والكنوز نوجزها بما يلي:

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٣) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٩٧؛ د. طارق كاظم عجيل، *الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية*، ج١، (بيروت- لبنان: دار السنهوري، ٢٠١٩)، ص٦٠؛ كما ينظر: مضر عبد الحسين مهدي، د. محمد علي هاشم الأسدي، "ملكية المواد المعدنية في التشريعات والقانون"، *مجلة لادك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، جامعة واسط*، العدد (٣٧) ، (السنة ٢٠٢٠): ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٥) عرفت الفقرة (٨)، من المادة (١)، الخاصة بالتعريفات في هذا القانون المنجم بأنه: "المكمن الطبيعي المستثمر الذي يحتوي على الخامات المعدنية مثل الحديد والفوسفات والأملاح والكبريت والأطيان الصناعية أو أية خامات معدنية تستعمل لأغراض الصناعة سواء كانت على سطح الأرض أو في باطنها أو في المياه الإقليمية أو تحتها".

يتشابهان من حيث إنَّ كلاهما يتواجدان في باطن الأرض وكلاهما له قيمة، وكلاهما لا يعد الاستيلاء من أسباب كسبهما[١].

إلاّ أنهما يختلفان من عدة وجوه وكما يلي:

١- توجد المعادن في باطن الأرض بأصل الخلقة والطبيعة، بينما لا تعد الكنوز كذلك، فهما يختلفان من حيث التعريف والماهية.

٢- لا يعد الكنز جزءاً من العقار الذي عثر عليه فيه، فيما لو عثر عليه في عقار، بينما تعد المعادن جزءاً من الأرض التي توجد فيها، إلاّ أنها لا تتبعها في الحكم.

٣- يختلفان من حيث أحكام تملكهما:

يتبع الكنز في القانون المدني العراقي في حكمه ملكية العقار استناداً للمادة (١١٠١) منه والتي تنص على: "الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ولجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفاً صحيحاً"[٢].

وبذلك نجد أنَّ الأصل في حكم ملكية الكنز في القانون المدني العراقي هو لمن يستطيع أن يثبت ملكيته وبخلاف ذلك يكون لمالك رقبة الأرض، فلا يعطى لمن له على الأرض حق إجارة أو انتفاع أو غير ذلك[٣].

ويمكن أن تثار هنا عدة تساؤلات وهي فيما إذا ظهر المالك الحقيقي للكنز واستطاع إثبات ملكيته له، فهل له استرداده في أي وقت ؟ وماذا لو كان مالك العقار قد تصرف في هذا الكنز لمشترٍ حسن النية ؟

إذا ظهر المالك الحقيقي للكنز واثبت ملكيته له، فيمكن له استرداده في أي وقت، فهو لا يزال مملوكاً له، ولا يعد مالك العقار الذي وجد فيه الكنز مالكاً له في أي وقت، إلاّ إذا كان قد مرّ على واقعة إيجاده له أكثر من (١٥) سنة، فعندها له أن يملك الكنز بالتقادم الطويل، وإذا كان مالك العقار قد تصرف في الكنز وباعه لمشترٍ حسن النية ولا يعلم انه يشتري كنزاً، فيكون للمشتري أن يمتنع عن رد الكنز إلى مالكه الأصلي طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[٤].

وكذلك هو الحال في القانون المدني المصري، فلا تكون ملكية الكنز لمن عثر عليه، بل لمالك العقار الذي وجد فيه، الا انه يختلف عن القانون المدني العراقي في جعل ملكية الكنز الذي

---

(١) الاستيلاء: هو واقعة مادية تقوم على وضع اليد على منقول لا مالك له أو حيازته وتقترن بنية التملك. ينظر: د. محمد علي صاحب، د. أسماء صبر علوان، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٣) وإن العبرة في تحقق هذا الوصف هو بوقت اكتشاف الكنز، فلا يكون لبائع الأرض التي وجد فيها الكنز المطالبة به، إذا تم اكتشاف الكنز بعد انتقال الملكية إلى المشتري إلاّ إذا فسخ عقد البيع، ففي هذه الحالة يعد البائع هو المالك حتى لو وجد الكنز وكان المشتري حائزاً للعقار. ينظر: د. أحمد إبراهيم الحياري، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٤) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١٦٣؛ كما ينظر: المادة (١١٦٣)، من القانون المدني العراقي.

يعثر عليه في عين موقوفة للواقف ولورثته[١]، وليس لجهة الوقف كما هو الحال في القانون المدني العراقي.

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد ساوى في الحكم بين الكنوز والمعادن بخلاف التشريعات الاخرى، فاذا عثر على اي منهما في ارض مملوكة لشخص معين تكون مملوكة له وعليه الخمس للدولة أما لو كانت الارض مملوكة للدولة فتكون لها كلها وان كانت الارض موقوفة وقفا صحيحا فما يكتشف فيها يكون لجهة الوقف[٢].

وفي القانون المدني الكويتي، فملكية الكنز الذي لا يستطيع احد أن يثبت ملكيته له، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته أو للواقف أو ورثته اذا كان الشيء الذي جد فيه موقوفا[٣].

أما بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فالكنوز التي يعثر عليها في ارض مملوكة لشخص معين تكون مملوكة له وعليه الخمس للدولة، وإن كانت الارض مملوكة للدولة تكون كلها مملوكة لها، وان كانت الارض موقوفة وقفاً صحيحاً فما يكتشف فيها يكون لجهة الوقف[٤].

نلاحظ من خلال استعراضنا السابق لحكم ملكية الكنز في التشريع العراقي والتشريعات المدنية العربية المقارنة أنها لم تتخذ منهجاً واحداً في معالجة الموضوع، ونحن نتفق مع الرأي الذي يرى أنه من العدل أن يكون لمن يعثر على الكنز نصيب فيه[٥]. كما هي الحال في القانون المدني الكويتي، كما أننا نجد أنَّ المشرع الكويتي قد أحسن عندما لم ينص على أن يكون الكنز مخبوء أو مدفون في ارض أو في عقار، وإنما استعمل عبارة (لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز)؛ لأنَّ الكنز قد يعثر عليه في عقار أو في منقول، وهو ما ندعو المشرع العراقي إلى النص عليه بتعديل نص المادة (١١٠١) من القانون المدني.

أما عن حكم ملكية المعادن، فهي ملك للدولة في القانون العراقي[٦]، اذ تعد المعادن من الثروات الطبيعية للدولة بما يحقق التنمية المتكاملة للأجيال[٧].

بينما ساوى المشرع الأردني بين الكنوز والمعادن في الحكم وكما لاحظنا سابقاً. وأحال القانون المدني الكويتي في المادة (٨٧٩) منه حكم ما في باطن الأرض من معادن إلى تشريعات خاصة تنظمها، أما في القانون الإماراتي، فطبقاً للمادة (١٢٠٦) من قانون المعاملات المدنية،

---

(١) استنادا للمادة (٨٧٢)، من القانون المدني المصري.

(٢) استنادا للمادة (١٠٧٨)، من القانون المدني الأردني.

(٣) استنادا للمادة (٨٧٧)، من القانون المدني الكويتي.

(٤) استنادا للمادة (١٢٠٥)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٥) د. أسامة محمد سعيد المفتي، *الدقيق في شرح الحقوق العينية الأصلية*، (الموصل- العراق: دار ومكتبة الجيل العربي، ط١، ٢٠١٤)، ص ١٠١.

(٦) استناداً للفقرة (١)، من المادة (٤)، من قانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي.

(٧) ميثم منفي كاظم العميدي، "الحق في الثروات الطبيعية"، *مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية*، المجلد (٢٧)، العدد (٢)، (السنة ٢٠١٩)، ص ٤٦٧.

فالمعادن التي توجد في باطن الأرض تكون ملكاً للدولة، ولو وجدت في أرض مملوكة. وفي القانون الجزائري، وطبقاً للمادة (٥٠٨) من القانون المتعلق بالأملاك الوطنية، فتمتد يد الدولة إلى جميع الأشياء المنقولة أو العقارية بحكم غرضها والتي تكتسب وفقاً للتشريعات المعمول بها طابع المنفعة الوطنية من الجانب التاريخي أو الأثري أو الفني.

ثانياً: تمييزه عن الآثار:

الآثار وفقاً للفقرة (سابعاً) من قانون الآثار والتراث العراقي رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ هي: "الأموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها أو صفها أو نحتها أو أنتجها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان ولا يقل عمرها عن (٢٠٠) مائتي سنة وكذلك الهياكل البشرية والحيوانية والنباتية".

هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بين الآثار والكنوز:

يتشابهان من حيث إنَّ كلاهما لا يعد الاستيلاء من أسباب كسب ملكيتهما، فلا يكونا لأول شخص يضع يده عليهما باعتبارهما ليسا من الأشياء المباحة[١].

إلاّ أنهما يختلفان من عدة وجوه وكما يلي:

١- يختلفان من حيث التعريف والماهية، فالآثار قد تكون أموال منقولة وقد تكون غير منقولة، كما أنَّ الآثار من صنع الإنسان سواء كانت بالبناء أو النحت أو الرسم أو غيرها. كما أنَّ الآثار قد توجد في باطن الأرض وذلك وفقاً للفقرة (عاشراً) من المادة (٤) من قانون الآثار والتراث العراقي بخلاف الكنز الذي قد يوجد في عقار وهذا هو الغالب، أو في منقول، كما لا يشترط في الآثار أن تكون مخبوءة أو مدفونة بخلاف الكنز.

٢- الآثار يجب أن لا يقل عمرها عن سنين معينة وحسب نص القانون وهذه الشروط لا تتوافر في الكنز، إذ لا يشترط فيه أن يكون قديماً.

٣- الآثار أكثر من كونها أشياء لها قيمة مثل الكنز، بل لها طبيعة خاصة كونها نتاج لحضارات متعاقبة، والتي تقتضي المصلحة الوطنية والقومية حفظها وصيانتها، كما أنَّ الأصل في الآثار أن تكون أموالاً لا مالك لها، بينما الكنز قد يكون له مالك ولا يستطيع أن يثبت ملكيته[٢].

٤- يختلفان من حيث أحكام تملكهما:

الحق في الأشياء الأثرية تنظمه القوانين الخاصة وفقاً للمادة (١١٠٣) من القانون المدني العراقي[٣]. ووفقاً للمادة (٧) من قانون الآثار والتراث العراقي تعود ملكية الآثار إلى الدولة[٤].

---

(١) تنص الفقرة (١)، من المادة (٣)، من قانون الآثار والتراث العراقي على: "١- يمنع التصرف بالآثار والتراث والمواقع التاريخية إلاّ وفق أحكام هذا القانون".

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤١.

(٣) تقابلها المواد (٨٧٣)، من القانون المدني المصري، (١٠٧٩)، من القانون المدني الأردني، (٨٧٩)، من القانون المدني الكويتي، (١٢٠٧)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٤) تنص هذه المادة على: "تسجل جميع المواقع التاريخية والأثرية بما فيها التلول الأثرية العائدة للأشخاص المعنوية العامة باسم وزارة المالية وتخصص لأغراض الهيئة العامة للآثار والتراث".

ولو وجدت الآثار في عقارات مملوكة للأفراد ملكاً صرفاً، فللسلطة الأثرية أن تستملك هذه العقارات وفقاً لأحكام قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ بغض النظر عن قيمة الآثار الموجودة في هذا العقار عند تقدير بدل الاستملاك.

I.ب.٢. الفرع الثاني

تمييز الكنز عن اللقطة

عرفت اللقطة بأنها المنقول الثمين الذي يوجد في مكانٍ ظاهر أو هو المنقول الضائع، فهي الأشياء التي تخرج من يد أصحابها بدون إرادتهم[١]، كما عرفت بأنها المال الذي لا يعرف صاحبه ولا ينتفع به مالكه رغم قيام أصل المالك، كالأموال الضائعة في البنوك أو الكمارك وهكذا[٢].

فالمال الضائع هو: "المال الذي فقد من صاحبه أو فقد ولم يعرف له صاحب"[٣]. وهي ما يعثر عليه في أماكن ظاهرة على سطح الأرض أو ملقى في قارعة الطريق[٤]. فظروف إيجادها لا تدل على توافر قصد النزول عنها، ويجب ردها إلى صاحبها لأنها باقية على ملكه[٥]. وعلى من يعثر على مال منقول ضائع أن يتخذ الإجراءات اللازمة لمعرفة صاحبه، وإذا احتفظ به بنية التملك يعد غاصباً، وإذا هلك في يده يكون ضامناً حتى وان كان الهلاك بدون تقصير أو تعدٍ، أما إذا احتفظ به على أن يتحرى عن صاحبه كان أمانة بيده ووجب تسليمه لمالكه وفقاً للقانون[٦]. وإذا وجد احد لقطة أو مالاً وظن انه متحصل عن جريمة، فيجب عليه اتخاذ إجراءات إجراءات أخرى وفقاً للقوانين ذات الصلة[٧].

هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بين اللقطة والكنز:

---

(١) د. محمد ثامر، *محاضرات في الحقوق العينية الأصلية*، ج١، (بيروت- لبنان: دار السنهوري، ٢٠١٧)، ص ٧٨.

(٢) د. خالد السيد عبد المجيد موسى، *الحقوق العينية الأصلية في الأنظمة السعودية والفقه الإسلامي*، (الرياض- السعودية: دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، ١٤٤٢هـ)، ١٩٦.

(٣) د. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، *المال الضائع- حقيقته وحكمه وطرق التقاطه في الفقه الإسلامي*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧)، ص ١١.

(٤) د. عمر بن الزوبير، "مآل الكنز- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية وفقه الشريعة الإسلامية"، *مجلة الدراسات الإسلامية*، العدد الحادي عشر، جوان، (٢٠١٨): ص ٢٨٩.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٩٤؛ كما ينظر لمزيد من التفصيل عن اللقطة: د.ضحى محمد سعيد، انعام جبار علوان، "أحكام اللقطة، دراسة مقارنة"، *مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية*، العدد ٨، السنة ٢، (٢٠١٠): ص١٣٤-١٩١.

(٦) ينظر: المادة (٩٧٤)، من القانون المدني العراقي؛ كما ينظر لمزيد من التفصيل: د. أسامة محمد سعيد المفتي، المفتي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٧) تنص المادة (٣١٥)، من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣)، لسنة ١٩٧١ على: "إذا وجد احد لقطة أو مالاً ظن انه تحصل عن جريمة فعليه إخبار قاضي التحقيق أو أقرب مركز للشرطة وعلى القاضي اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المواد السابقة". كما ينظر: المادة (٣١٦)، من ذات القانون.

يتشابهان من حيث إنَّ كلاهما عبارة عن منقولات لها قيمة، وكلاهما يتم العثور عليهما، وصاحباهما لم يتخليا عن ملكيتهما بالإرادة، فهما ليسا من الأشياء التي لا مالك لها، وبالتالي لا يكونا محلاً للاستيلاء عليهما، وتشابهان في أنَّ أياً منهما وإن كان له مالك، إلاّ انه غير معروف وقت العثور على الشيء(١).

ورغم هذه الأوجه للتشابه إلاّ أنهما يختلفان من عدة وجوه أخرى وكما يلي:

١- يكون الكنز مدفوناً أو مخبوءً وهذا من شروط اعتباره كذلك بينما يعثر على اللقطة في مكان ظاهر.

٢- اللقطة لا يتخلى عنها صاحبها بإرادته، بينما الكنز قد يكون مخبوءً أو مدفوناً بفعل صاحبه من أجل حمايته والحفاظ عليه.

٣- يغلب في الكنز أن يكون شيئاً ثميناً وله قيمة ولذلك دفن أو خبأ، أما اللقطة فقد تكون محدودة القيمة وقد تكون ذات قيمة كبيرة كما لو كانت كمية من النقود أو حلي أو مجوهرات.

٤- قد لا يعرف المالك الحقيقي للكنز لأنه قد يكون مدفون أو مخبوء لمدة طويلة، أما اللقطة فاحتمالية التعرف على صاحبها اقرب، إذ غالباً ما يكون قد فقدها منذ مدة قريبة ولم ينقطع في البحث والسؤال عنها(٢).

٥- يختلفان من حيث أحكام تملكهما:

سبق لنا بيان أحكام كسب ملكية الكنز، أما اللقطة فأحكامها تنظمها القوانين الخاصة(٣)، على الرغم من عدم صدور قانون خاص ينظم أحكام اللقطة في القانون العراقي لحد الآن، عليه يتم الرجوع في حكمه إلى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة(٤).

II. المبحث الثاني

أحكام ملكية الكنز في العقار الشائع

تختلف أحكام ملكية الكنز الذي يعثر عليه في عقار شائع بما للملكية الشائعة من خصوصية عن أحكامه فيما لو عثر عليه في عقار مملوك ملكية مفرزة، كما تختلف تلك الأحكام في وقت الشيوع عنها بعد القسمة، ولغرض الوقوف على هذه الأحكام فقد قسمنا هذا المبحث الى المطلبين الآتيين:

II.أ. المطلب الأول

أحكام ملكية الكنز وقت الشيوع

لغرض الوقوف على أحكام ملكيته وقت الشيوع لا بد أن نتناول هذه الأحكام قبل التصرف بالعقار الشائع وبعد التصرف به، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين وكما يلي:

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ، ص ٣٦.

(٣) استناداً للمادة (١١٠٣)، من القانون المدني العراقي وما يقابلها من القوانين المقارنة.

(٤) ينظر: الفقرة (٢)، من المادة (١)، من القانون المدني العراقي.

II.أ.١. الفرع الأول

أحكام ملكية الكنز قبل التصرف بالعقار الشائع

الملكية الشائعة تنشأ في حالة تعدد المُلاك للشيء الواحد بدون أن يخصص لأي مهم نصيب مفرز(١)، إذن فالعقار المملوك على الشيوع هو العقار الذي يملكه عدة مُلّاك لا يقل عددهم عن اثنين بدون أن تتحدد حصة أي منهم بجزء مفرز من هذا العقار، والأصل أن تكون حصص الشركاء على الشيوع متساوية مالم يقم الدليل على خلاف ذلك(٢).

فإذا ما عثر على كنز في عقار شائع وكان تحت تصرف جميع الشركاء، فلمن تكون ملكيته، هل لجميع الشركاء بالتساوي أم لكل واحد منهم حسب حصته فيما لو لم تكن الحصص متساوية ؟

لما كانت ملكية الكنز الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته تؤول إلى مالك العقار إن كانت الأرض مملوكة، لذا تؤول ملكية الكنز إلى المُلاك على الشيوع سواء كان الذي عثر عليه أحد الشركاء أو الشركاء جميعهم أو شخص أجنبي عنهم، وهذا كله مالم يستطع أحد أن يثبت ملكيته له.

وهذا هو ذات الرأي الذي ذهب إليه أحد الشرّاح(٣)، إلاّ انه لم يوضح هل ستكون ملكيتهم له على التساوي أم كلٌ حسب حصته من العقار.

ويمكننا القول بأنه من حيث الأصل تؤول ملكية الكنز هنا لكافة الشركاء بالتساوي لأنَّ المشرع العراقي افترض أنَّ حصصهم متساوية، أما إذا ظهر خلاف ذلك وكان لكل شريك منهم حصة معينة تختلف عن الشركاء الآخرين كأن يكون لأحدهم النصف وللآخر الربع ولآخر حصة أخرى، فنجد انه في هذه الحالة يملك كل واحد من الشركاء في العقار الشائع جزء من الكنز يعادل حصته في هذا العقار، هذا كله مالم يستطع أي شخص أو أحد الشركاء أن يثبت ملكيته المستقلة لهذا الكنز . وقد يقول قائل إنَّ هذا الرأي محل نظر والمفروض أن تكون ملكية الكنز لكل الشركاء وبالتساوي في كل الأحوال وإن لم تكن حصصهم متساوية في العقار الشائع على اعتبار أنَّ الكنز هو ليس جزء من العقار الشائع ولا هو من ملحقاته ولا توابعه ليتبعه بالحكم(٤).

---

(١) ينظر للمزيد من التفصيل: د. عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- حق الملكية*، ج٨، ط٣، (بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١)، ص ٧٩٥ وما بعدها.

(٢) استناداً للفقرة (١)، من المادة (١٠٦١)، من القانون المدني العراقي والمواد (٨٢٥)، من القانون المدني المصري،(١٠٣٠)، من القانون المدني الأردني،(٨١٨)، من القانون المدني الكويتي،(١١٥٢)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٤) الملحقات: هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال شيء أو استغلاله وحسب ما تقضي به طبيعة الأشياء فهي خارجة عن أصل الشيء ومستقلة عنه وعلى الرغم من ذلك فهمي تكمله. ينظر: د. ضحى محمد النعمان، د. محمد سعيد الرحو، *الوجيز في شرح القانون المدني البحريني ،الحقوق العينية الأصلية*، ط١، (جامعة البحرين: ٢٠٢١؟)، ص ٢٢؛ كما ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار، *حق الملكية في ذاته في القانون المدني*، ط٣، (عمّان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩)، ص ٥٢.

ورداً على ذلك نقول صحيح أنَّ الكنز لا يعد جزءاً من العقار ولا من ملحقاته ولا توابعه، إلاّ أنَّ ملكيته لا يجب أن تكون بالتساوي بين الشركاء، وإنما يكون لكل شريك نصيب أو جزء من الكنز يعادل حصته في العقار الشائع، ونجد في نص المادة (١٠٦٧) من القانون المدني العراقي ما يبرر ذلك[١]، فطالما كانت نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وما يفرض عليه من ضرائب أو تكاليف تنتج عن حالة الشيوع أو تقرر على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته، فمن باب العدالة والإنصاف أن تكون الاستفادة مما يعثر عليه في العقار الشائع من كنز لكل واحد من الشركاء كل حسب حصته كذلك. كما أننا نجد أنَّ نص المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي وما يقابلها من القوانين المقارنة قد نظم ملكية الكنز الذي يعثر عليه في عقار مملوك ملكية مفرزة خالصة للمالك، وبالتالي فهي لم تنظم حالة العثور على كنز في عقار مملوك على الشيوع[٢].عليه نقترح على المشرع العراقي تعديل نص هذه المادة بإضافة فقرات أخرى لها تنظم حكم ملكية الكنز الذي يعثر عليه في عقار مملوك على الشيوع.

ويمكن أن يثار هنا تساؤل آخر، وهو ماذا لو تهيأ الشركاء العقار الشائع ووجد الشريك الكنز في زمان أو مكان مهايأته[٣]، فهل يؤثر ذلك على حكم ملكية الكنز ؟

للإجابة نقول انه لا تأثير للمهايأة على ما سبق لنا ذكره من حكم ملكية الكنز للأسباب الآتية:

١- تخضع المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتهايئين لأحكام عقد الإيجار طالما كانت هذه الأحكام لا تتعارض وطبيعة المهايأة[٤]، فالشريك المتهيأ يعد في زمان ومكان مهايأته بحكم المستأجر، وبالتالي لا يعد مالكاً لا للجزء الذي ينتفع به في المهايأة المكانية، ولا لكل العقار الشائع في المهايأة الزمانية، لذا لا يمكن القول بأيلولة ملكية الكنز له إذا ما تم العثور عليه.

---

(١) تنص المادة (١٠٦٧)، على: "نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشيوع أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ". تقابلها المواد(٨٣١)، من القانون المدني المصري،(١٠٣٧)، من القانون المدني الأردني،(٨٢٦)، من القانون المدني الكويتي،(١١٥٩)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) باعتبار أنَّ الملكية المفرزة هي الصورة المثلى والغالبة للملكية وإنَّ حالة الشيوع حالة مؤقتة ومصيرها إلى الانتهاء بالقسمة أو بغيرها.

(٣) المهايأة: هي: "طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء عن طريق الاتفاق بينهم على قسمة منفعة المال الشائع بينهم وحسب طبيعة هذا المال". ينظر: د. ندى سالم حمدون ملا علو، "مفهوم المهايأة وتكييفها"، *مجلة الرافدين للحقوق*، المجلد (١١)، العدد (٤٢)، (السنة ٢٠٠٩): ص ٤٤؛ كما ينظر: د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، *أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩)، ص ١٧ وما بعدها. والمهايأة قد تكون مكانية أو زمانية. وينظر المادة (١٠٧٨)، من القانون المدني العراقي والمواد(٨٤٧،٨٤٦)، من القانون المدني المصري،(١٠٥٤)، من القانون المدني الأردني،(٨٤٣)، من القانون المدني الكويتي،(١١٧٦)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٤) ينظر: المادة (١٠٧٩)، من القانون المدني العراقي والمواد(٨٤٨)، من القانون المدني المصري،(١٠٥٦)، من القانون المدني الأردني،(٨٤٦)، من القانون المدني الكويتي،(١١٧٨)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٢- المهايأة ليست قسمة للشيء الشائع حتى يملك الشريك المتهيأ ما أصبح تحت انتفاعه بموجب المهايأة، بل هي قسمة لمنفعته[١].

II.أ.٢. الفرع الثاني

أحكام ملكية الكنز بعد التصرف بالعقار الشائع

سنتناول الأحكام القانونية لكسب ملكية الكنز في العقار الشائع في حالة التصرف فيه، وهل ستختلف هذه الأحكام فيما إذا تصرف الشريك في هذا العقار وإذا قام كل الشركاء بالتصرف بجزء أو كل العقار ؟ ونحن هنا بصدد التصرف القانوني الذي ينقل ملكية العقار إلى الغير، وهذا ما سنوضحه في الحالات الآتية:

أولاً: أحكام تصرف الشريك في العقار الشائع وأثره في أيلولة ملكية الكنز:

قد يتصرف أحد الشركاء في كل العقار الشائع أو في جزء مفرز منه أو في مقدار شائع من العقار يزيد على حصته، ويختلف حكم التصرف قبل القسمة عن بعد القسمة:

فإذا تصرف أحد الشركاء بشكل مستقل في كل العقار الشائع أو في جزء مفرز منه وكان ذلك بإذن بقية الشركاء فيعد تصرفه صحيحاً[٢]، وبذلك تنتقل الملكية إلى المشتري إذا ما تم البيع وفقاً للإجراءات والشكلية المطلوبة قانوناً، وعندها إذا ما وجد المشتري كنزاً مخبوءً في هذا العقار أو هذا الجزء منه بعد التسجيل فيكون هو المالك له[٣]، مالم يستطع الشريك البائع أو غيره من الشركاء الآخرين أو أي شخص آخر إثبات ملكيته له، وإن باع بإذنهم حصة شائعة تزيد عن حصته، فيصبح المشتري شريكاً معهم، ويشاركهم في ملكية الكنز على النحو الذي ذكرناه سابقاً.

أما إذا لم يكن الشريك مأذوناً، وتصرف بكل العقار الشائع أو في مقدار يزيد على حصته، فيكون تصرفه صادراً من غير مالك بالنسبة لما زاد عن حصته، فلو كان التصرف بيعاً، فيكون موقوفاً على إجازة الشركاء الآخرين، فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بطل[٤].

فإذا وجد المشتري كنزاً في هذا العقار بعد إجازة العقد وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري يصبح هو المالك له لو كان البيع على كل العقار، وشريكاً معهم لو كان التصرف بحصة شائعة تزيد على حصة البائع، أما إذا لم يجز الشركاء التصرف، كان العقد باطلاً، وتبقى ملكية الكنز بين الشركاء على الشيوع، وإذا لم يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر من وقت علم بقية الشركاء بالتصرف ولم يصدر منهم ما يدل على الرغبة في نقض العقد، عندها يعد العقد نافذاً[٥]، وتؤول ملكية الكنز إلى المشتري.

وإذا تصرف الشريك بجزء مفرز من العقار الشائع بغير إذن بقية الشركاء وإن كان يعادل حصته فيه، فيعد كذلك تصرف في ملك الغير، فللشركاء الآخرين حقوق في هذا الجزء،

---

(١) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٦.
(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٣٦-١٣٧.
(٣) استناداً للمادة (١١٠١)، من القانون المدني العراقي.
(٤) ينظر: المادة (١٣٥)، من القانون المدني العراقي.
(٥) استناداً للفقرة (٢)، من المادة (١٣٦)، من القانون المدني العراقي.

ويعد تصرفاً موقوفاً على الإجازة كذلك، وإذا سكت الشركاء فلم يجيزوا التصرف ولم يبطلوه وتمت قسمة العقار الشائع، فلن يكون لهذا التصرف أثر إلاّ إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف[١]، وعليه إذا وجد المشتري كنزاً في هذا الجزء، ووقع عند القسمة في نصيب الشريك البائع، فيعد التصرف صحيحاً مرتباً لآثاره في نقل الملكية، وتؤول ملكية الكنز إلى المشتري، أما إذا لم يقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فلن يكون له أي أثر، وسيصبح هذا الجزء ملكاً للشريك الذي وقع في حصته بنتيجة القسمة، وعندها ستؤول ملكية الكنز له، إذ أنه يعد مالكاً لهذا الجزء منذ بداية الشيوع وليس من وقت القسمة، لأنَّ للقسمة أثراً كاشفاً للملكية[٢].

مع أننا نأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٠٧٥) من القانون المدني العراقي ونقترح أن تكون بالصيغة الآتية:

"ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعد كل متقاسم أنه كان دائماً مالكاً للجزء المفرز الذي آل إليه، وأنه لم يملك قط شيئاً غيره" لأنَّ كلمة الحصة في العقار الشائع غير الجزء، إذ إنهما يختلفان في المفهوم وفي الحكم.

أما إذا تصرف الشريك بحصته الشائعة في العقار سواء بالبيع أو الهبة ولو بغير إذن بقية الشركاء، فتصرفه جائز ومشروع[٣]، وهنا من غير المتصور أن يجد مشتري هذه الحصة كنزاً فيها، لأنَّ الحصة في الشيوع هي حصة رمزية معنوية غير محددة تحديداً مادياً، إلاّ انه يمكن القول في حالة العثور على كنز في هذا العقار فسيدخل مشتري الحصة شريكاً آخر مع بقية

---

(١) استناداً للفقرة (٢)، من المادة (١٠٦٢)، من القانون المدني العراقي تقابلها المادة(٨٢٩)، من القانون المدني الكويتي. بينما يختلف الحال في القانون المدني المصري، فاستناداً للفقرة (٢)، من المادة (٨٢٦)، منه: فيما إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من العقار الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف، عندها ينتقل حق المتصرف إليه لو كان مشتري إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف البائع بطريق القسمة، وإذا ما وجد المشتري كنزاً في هذا الجزء، وأصبح بعد القسمة في نصيب المتصرف البائع، عندها تؤول ملكية الكنز إليه طبقاً للفقرة (١)، من المادة (٨٧٢)، من هذا القانون، أما إذا أصبح هذا الجزء في نصيب شريك آخر، فلن يكون عندها للمشتري حقاً على هذا الكنز الذي وجده فيه، لأنَّ حقه سينتقل من هذا الجزء إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف البائع بالقسمة، وعندها ستؤول ملكية الكنز إلى الشريك الذي أصبح في نصيبه هذا الجزء بعد القسمة. وهو في ذات الوقف موقف القانونين الأردني والإماراتي، ينظر المواد(١٠٣١)، من القانون المدني الأردني،(١١٥٣)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي٠.

(٢) يعد كل شريك متقاسم انه كان دائماً مالكاً للجزء المفرز الذي آل إليه وأنه لم يملك مطلقاً شيئاً من باقي أجزاء العقار. ينظر: المادة (١٠٧٥)، من القانون المدني العراقي، وبنفس المعنى المواد(٨٤٣)، من القانون المدني المصري،(١٠٤٧)، من القانون المدني الأردني،(٨٣٨)، من القانون المدني الكويتي،(١١٦٩)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) استناداً للفقرة (٢)، من المادة (١٠٦١)،من القانون المدني العراقي فكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، تقابلها الفقرة (١)، من المادة (٨٢٦)، من القانون المدني المصري. وبنفس المعنى المواد(١٠٣١)، من القانون المدني الأردني،(٨١٩)، من القانون المدني الكويتي،(١١٥٣)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الشركاء في العقار وفي الكنز، هذا مالم يقم بقية الشركاء أو أحدهم بأخذ الحصة المبيعة بالشفعة لو كانت حصه في دار سكني أو شقة سكنية وتوفرت الشروط الأخرى للأخذ بالشفعة[١]. فعندها سيتملك الشفيع سواء كان شريك أو كل الشركاء الآخرين في العقار الشائع الحصة المبيعة المشفوعة بما قام على المشتري من ثمن ونفقات عند التسجيل[٢]. وعندها يخرج المشتري من الصفقة ويعود بأثر رجعي كأنه لم يشتر هذه الحصة أبداً، وبالتالي تبقى ملكية ما يوجد في العقار من كنز بين الشركاء وحدهم.

إلاّ إنَّ السؤال الذي يثار هنا، ماذا لو تصرف المشتري بهذه الحصة في الفترة ما بين الشراء وما بين انتقال ملكيتها إلى الشفيع، ووجد الكنز في هذه الأثناء ؟

نجد أنَّ المسألة لن يكون لها تأثير على أيلولة الكنز، وأنه سيبقى في كل الأحوال بين الشركاء وحدهم فيما لو اتبعوا الإجراءات والمدد القانونية، وإنَّ حكم التصرف واختلافه بين قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وبعدها، يكون تأثيره في حكم العلاقة بين الشفيع وبين المشتري الأول أو الثاني فقط[٣]، ولا علاقة لها بالكنز الذي يبقى في كل الأحوال بين الشركاء.

ومن الجدير بالذكر بأنه لو تم بيع حصة أحد الشركاء بالمزاد العلني، فعندها لن يستطيع الشركاء الآخرين أخذها بالشفعة[٤]، وبالتالي سيدخل كل من يرسو عليه المزاد شريكاً مع بقية الشركاء في العقار الشائع، وعندها سيكون له حصة في هذا الكنز.

ثانياً: أحكام تصرف كل الشركاء في العقار الشائع وأثره في أيلولة ملكية الكنز:

- لو تصرف كل الشركاء بكل العقار الشائع بالبيع مثلاً أو الهبة، ثم وجد المشتري أو الموهوب له كنزاً فيه بعد التسجيل، فلاشك أنَّ تصرف الشركاء صحيح، وهذا ينهي حالة الشيوع وتنتقل ملكية العقار بالتسجيل إلى المشتري وعندها ستؤول له ملكية الكنز.

- ولو انصب التصرف على جزء مفرز من هذا العقار، عندها سيخرج هذا الجزء من الشيوع، وستؤول ملكيته إلى المشتري، وله ستؤول ملكية الكنز فيما لو وجده فيه بعد التسجيل.

- أما لو انصب التصرف على حصة شائعة في العقار، عندها سيدخل المشتري شريكاً مشتاعاً مع بقية الشركاء في العقار بقدر هذه الحصة[٥]، وكذلك سيصبح شريكاً معهم في الكنز، وبالتفصيل السابق ذكره.

وقد يثار هنا تساؤل آخر، وهو ماذا لو قام أحد الشركاء أو كلهم برهن حصة أو جزء أو كل العقار الشائع ووجد فيه كنزاً، فهل يدخل ضمن ملحقات ومشتملات الرهن، ويكون بذلك

---

(١) ينظر: المادة (١١٢٩)، من القانون المدني العراقي المعدلة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٩٧٨) الصادر في ١٩٧٨/٧/٢٤.

(٢) ينظر: المادة (١١٤١)، من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر: المادة (١١٣٧)، من القانون المدني العراقي.

(٤) استناداً للفقرة (أ)، من المادة (١١٣٤)، من القانون المدني العراقي فإنه لا تسمع دعوى الشفعة إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة.

(٥) محمد طه البشير، د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص١٣٥.

للدائن المرتهن سلطة في التقدم في استيفاء حقه منه مقدماً على غيره من الدائنين ؟ أم أنه يدخل في الذمة المالية لهم ويعد ضماناً عاماً لكل الدائنين ؟

الرهن التأميني يمتد ليشمل ملحقات المرهون التي تعد عقاراً[١]، وبالتالي نجد أنَّ الكنز لا يعد من مشتملات الرهن ولا يشمله كونه منقولاً، ولا هو من ملحقات العقار ولا من توابعه، ولا يمكن والحال كذلك أن يشمله الرهن التأميني، كما لا يعد من ثمار المرهون ولا من ملحقاته في الرهن الحيازي[٢].

إلاّ إنَّ الكنز يدخل بكل تأكيد في الذمة المالية للشريك أو الشركاء وفي العقار الشائع، ويدخل بالتالي في الضمان العام للدائنين دون أن يكون لأحدهم حق التقدم على غيره، لأنَّ لا أحد منهم يملك حقاً عينياً تبعياً عليه[٣].

II.ب. المطلب الثاني

أحكام ملكية الكنز بعد القسمة

تتطلب دراسة أحكام ملكية الكنز بعد القسمة بيان هذه الأحكام وخصوصيتها بعد القسمة الرضائية فضلاً عن أحكامها بعد القسمة القضائية، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين وكما يلي:

II.ب.١، الفرع الأول

أحكام ملكية الكنز بعد القسمة الرضائية

القسمة بشكل عام هي: "تعيين حصة الشريك في العقار المسجل على سبيل الشيوع"[٤]، وتكون هذه القسمة رضائية عندما يتفق الشركاء على طريقة لاقتسام المال الشائع فيما بينهم، وعندها تتم القسمة بموجب هذا الاتفاق[٥]، بأن يأخذ كل شريك منهم نصيب من هذا المال، فهي بالتالي عقد يتم باتفاق جميع الشركاء على الشيوع[٦]، ولا تتم في العقار إلاّ بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري[٧].

---

(١) كالأشجار والأبنية القائمة وقت الرهن أو تستحدث بعده والعقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق وجميع الإنشاءات والتحسينات التي أجريت على العقار. ينظر: المادة (١٢٩٢)، من القانون المدني العراقي. كما ينظر: الفقرة (٣)، من المادة (١٠٥)، من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥، لسنة ١٩٨٠، التي تنص على: "تدخل في المبيع الزوائد المتصلة بالعقار بعد وضع اليد عليه". كما ينظر للمزيد من التفصيل: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، *الحقوق العينية التبعية*، ج٢، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، بدون سنة طبع)، ص ٣٩٥.

(٢) ينظر: المادة (١٣٣٠)، من القانون المدني العراقي بأن يشمل الرهن الحيازي ثمار المرهون وملحقاته ...

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، *القانون المدني وأحكام الالتزام*، ج٢، (وزارة التعليم العالي والبحث العلمي: ١٩٨٦)، ص ٨٥.

(٤) المادة (٢١٧)، من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧١.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

(٦) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٧) ينظر: المادة (١٠٧١)، من القانون المدني العراقي.

وتثور بشأن أحكام ملكية الكنز بعد القسمة الرضائية تساؤلات عدة، منها ماذا لو انطوت هذه القسمة على غش أضرَّ بالدائنين ؟ أو غبن فاحش وأثرهما على حكم ملكية الكنز ؟

سنحاول الإجابة من خلال النقاط الآتية:

أولاً: حق الدائنين بالطعن بالقسمة الرضائية وأثره على ملكية الكنز:

لو باع أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العقار الشائع وسكت بقية الشركاء بداية فلم يجيزوا التصرف ولم يبطلوه، ووجد مشتري هذا الجزء كنزاً فيه، وحتى يحرم الشركاء المشتري منه عمدوا إلى الاتفاق فيما بينهم على أن يكون نصيب الشريك البائع كنتيجة للقسمة جزء مفرز غير الذي باعه، وذلك تواطؤاً منهم على الإضرار بالمشتري وحرمانه منه والاستئثار به لهم، فهنا لن يكون للمشتري المطالبة بملكية هذا الكنز وسيقتصر حقه في الرجوع على الشريك البائع بالتفصيل الآتي:

- فلو كان المشتري يعتقد أنَّ البائع يملك الجزء المبيع مفرزاً، فعندها سيكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع، ومن ثم يكون هذا العقد موقوفاً بالنسبة له[١]، ولكن بالتأكيد لو كان قد وجد كنزاً في هذا الجزء فلن يطلب نقض العقد للغلط، بل سيجيزه وهذا من خياراته، وعندها يصبح العقد صحيحاً بالنسبة له، وهذا هو الحال قبل القسمة.

أما بعد القسمة، فإذا وقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، فعندها يصبح هذا الجزء مملوك ملكية خالصة للمشتري بعد التسجيل وستؤول له ملكية الكنز. أما إذا لم يقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع خلافاً لما توقع، فعلى الرغم من عدّ العقد موقوفاً بالنسبة للمشتري، إلاّ أنه لن يبطله، وعندها يصبح العقد صحيحاً ملزماً له وللبائع. إلاّ أنَّ هذا التصرف سيكون في قانوننا وفي القانون المدني الكويتي ليس له أي أثر بالنسبة للشركاء الآخرين، بخلاف المشرع المصري والمشرعين الأردني والإماراتي الذي يتحول فيه التصرف من الجزء المفرز الذي وقع عليه البيع إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع نتيجة القسمة[٢]، فتنتقل إلى المشتري الملكية بعد التسجيل، وهنا سوف يتضرر المشتري، إذ لن تؤول إليه ملكية الكنز الذي وجد في الجزء الذي لم يصبح من نصيب الشريك البائع، بل ستؤول إليه ملكية جزء آخر من العقار غير الجزء الذي وجد فيه الكنز.

- أما لو كان المشتري يعلم أنَّ الشريك البائع لا يملك الجزء المبيع إلا على وجه الشيوع، فلا يكون واقعاً في غلط، وإنما هو يتوقع كما البائع أنَّ هذا الجزء سيقع بنتيجة القسمة في نصيب الشريك البائع، وعندها سيكون مالكاً له منذ بداية الشيوع بفعل الأثر الكاشف للقسمة، وعندها سيكون حكم التصرف قبل القسمة صحيحاً بين المتعاقدين، إلاّ أنه غير نافذ في حق الشركاء الآخرين، ويكون قد ارتضى انتظار نتيجة القسمة.

---

(١) استناداً للفقرة (١)، من المادة (١١٨)، من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر لمزيد من التفصيل: د. عبد الرزاق السنهوري، ج٨، مصدر سابق، ص ٨٧٠ وما بعدها. كما ينظر المواد(٨٢٦)، من القانون المدني المصري،(١٠٣١)، من القانون المدني الأردني،(١١٥٣)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

- أما حكم التصرف بعد القسمة، فالأمر لا يخلو من فرضيتين:

١- إذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك البائع، فستخلص ملكية هذا الجزء إلى المشتري بالتسجيل وستؤول إليه ملكية الكنز.

٢- إذا لم يقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع، هنا وحسب القواعد العامة في القانون العراقي يكون للمشتري طلب فسخ البيع أو إبطاله، إلاّ أنه في فرض إيجاده كنز في هذا الجزء فلن يلجأ إلى هذا الخيار، وفي نفس الوقت لن يكون للتصرف أثر بالنسبة لبقية الشركاء. بخلاف المشرع المصري والمشرعين الأردني والإماراتي.

فالسؤال هنا هل يكون المشتري قد تضرر في هذه الحالة، وهل يكون له وفقاً لهذه القوانين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بقيمة هذا الفرق بين الجزء الذي وجد فيه الكنز وبين الجزء الذي سيصبح من نصيبه بعد القسمة ؟

الحقيقة أنَّ الجواب سيكون بالنفي، لأنَّ الكنز مستقل عن العقار وليس جزءاً منه، ولكن لو كان هناك فرق آخر في القيمة بعيداً عن الكنز الموجود فيه فله ذلك[١].

عليه واستناداً لما تقدم نستطيع القول بأنَّ المشتري سيصبح دائناً للشريك البائع، فإذا ما تواطأ هذا الشريك مع الشركاء الآخرين وكان هناك غش بأن كانوا على علم مسبق بوجود الكنز، واتفقوا على أن يقع في نصيب الشريك البائع جزء آخر غير الذي تصرف فيه بقصد الإضرار بالمشتري، فنرى أنه سيكون للمشتري الطعن بالقسمة للضرر الذي لحق به وفقاً للفقرة (٣) من المادة (١٠٧١) من القانون المدني العراقي التي تنص على: "لدائني كل شريك أن يطعنوا بالقسمة إذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم"[٢].

كما نجد إن الغش والتواطؤ قد يكون بشكل آخر والقصد منه أن لا يكون الجزء الذي فيه الكنز من نصيب أحد الشركاء لكي لا يملك الكنز، ولا يدخل بالتالي في ذمته المالية، مما ينقص من العناصر الايجابية لهذه الذمة، ويسبب ضرراً لدائني هذا الشريك.

ثانياً: الغبن الفاحش في القسمة الرضائية وأثره على ملكية الكنز:

في حال تمت القسمة الرضائية بين الشركاء في العقار الشائع واختص كل شريك منهم بجزء مفرز منه يعادل حصته الشائعة فيه قبل القسمة، وتم التسجيل، ثم وجد أحدهم كنزاً في الجزء الذي أصبح من نصيبه، فهل يعد ذلك سبباً يتيح لبقية الشركاء طلب نقض القسمة للغبن الفاحش الذي أصابهم ؟ بشكل عام نقول وفقاً للقانون المدني العراقي والتشريعات المقارنة يجوز لكل شريك طلب نقض القسمة الرضائية إذا أثبت أحد الشركاء المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، ج٨، مصدر سابق، ص ٨٧٧.

(٢) وإنَّ هذا الحق للدائنين مقصور في القانون المدني العراقي على القسمة الرضائية فقط، بخلاف التشريعات المقارنة التي أجازته في القسمة القضائية كذلك بشروط وأحكام معينة ، ينظر: المواد(٨٤٢)، من القانون المدني المصري،(١٠٤٥)، من القانون المدني الأردني،(٨٣٧)، من القانون المدني الكويتي،(١١٦٧)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. والغش هو: "التضليل الصادر من أحد المتعاقدين أو من كليهما أو من قبل الغير بقصد تحقيق غاية غير مشروعة". ينظر: د. هلدير أسعد أحمد، *نظرية الغش في العقد- دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني*، ط١، (لبنان: دار الكتب العلمية، ٢٠١١)، ص ٢٣.

فاحش[١]، فالمعيار هنا هو معيار مادي ينظر فيه إلى نسبة معينة في المال المقسوم، فالعبرة في تقدير قيمة الغبن يكون حسب قيمة الأشياء وقت القسمة[٢]

وللإجابة عن التساؤل نقول:

١- طالما أنَّ العبرة بقيمة الشيء وقت القسمة وليس بعد ذلك، فلو وجد الكنز وقت القسمة فلن تثور هذه المشكلة، إذ سيتم تقاسم الكنز بين الشركاء وحسب ما ذكرنا سابقاً بغض النظر عن قسمة العقار الشائع بينهم، ولو وجد بعد القسمة وبعد التسجيل، فالكنز ليس جزءاً من العقار، وبالتالي لن يكون من حق بقية الشركاء الطعن بنتيجة القسمة، باعتبار أنَّ إيجاد الكنز سبب لاحق للقسمة وللتسجيل ومستقل عنهما، فإيجاد الكنز في جزء معين من العقار لن يزيد من قيمته بالمعنى الذي ذكرناه.

٢- نجد أنه لن يكون لبقية الشركاء الطعن بالقسمة إلاّ في حالة إثباتهم غش الشريك الذي وقع في نصيبه العقار أو جزء من العقار الذي وجد فيه الكنز، وعلمه المسبق بوجوده من قبل أن تتم القسمة، وسيكون أساس طلب نقض القسمة ليس الغبن الفاحش خاصة فيما لو كان كل شريك اختص بجزء يعادل حصته وقت الشيوع، وإنما على أساس الغش وقصد الإضرار.

وتبرير ذلك يكمن في النقاط الآتية:

أ- لما كانت القسمة الرضائية هي عقد، فيجب أن يتم هذا العقد وينفذ وفقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[٣]، والذي ينتفي حتماً بالغش، فالغش من مظاهر سوء النية[٤].

---

(١) ينظر: الفقرة (١)، من المادة (١٠٧٧)، من القانون المدني العراقي، المادة(٨٤٥)، من القانون المدني المصري،(١٠٥٠)، من القانون المدني الأردني،(٨٣٢)، من القانون المدني الكويتي،(١١٧٢)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) د. محمود علي الرشدان، *الغبن في القانون المدني- دراسة مقارنة*، ط١، (عمّان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠)، ص ٢٧٢، وما بعدها. كما ينظر لمزيد من التفصيل عن الغبن: د. حسني عبد السميع إبراهيم، *الحماية المدنية للأموال في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة*، (الإسكندرية: منشأة المعارف، دو ن سنة طبع)، ص ١١٥ وما بعدها. ولمعرفة فيما إذا وقع غبن أم لا يجب تقدير المال الشائع محل القسمة وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال وتقدير تبعاً لذلك قيمة حصة الشريك مدعي الغبن، ثم قيمة الجزء الذي خصص لهذا الشريك، وتقارن قيمة هذا الجزء وبقية الحصة التي على أساسها يتضح تحقيق الغبن من عدمه وتستعين المحكمة بكل ذلك بالخبراء ولا ينظر إلى التغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بالزيادة أو النقصان بعد ذلك. ينظر: محمد احمد عيسى الجبوري، "قسمة المال الشائع- دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٥)، ص ١٥٨ وما بعدها، د. عبد الرزاق السنهوري، ج٨، مصدر سابق، ص ٩٠٣. ونقض القسمة للغبن الفاحش حكم تقتضيه طبيعة القسمة ومفهومها. ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، *تعليقات على القانون المدني العراقي*، ط١، (بغداد: دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٢٣)، ص ٢٤٥.

(٣) ينظر: الفقرة (١)، من المادة (١٥٠)، من القانون المدني العراقي.

(٤) يقوم سوء النية على عنصر العلم بكافة عناصر الواقعة القانونية أو التصرف القانوني وما يتمخض عنها من نتائج فضلاً عن إرادة الفعل والنتيجة. ينظر: د. هلدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص ١٠٩-١١٠.

ب- تكون القسمة الرضائية هنا قد بنيت على الغش دون أن يكون هناك غبن أصاب أحد الشركاء كقيمة للجزء الذي أصبح من نصيبه بعد القسمة، وكونه يعادل قيمة حصته أثناء الشيوع، إذ إننا لا نستطيع أن ننكر حالة الشيوع وخصوصيتها في العقار الذي وجد فيه الكنز، حتى لو تم إيجاده بعد القسمة والتسجيل.

ج- كما أعطى القانون لدائني الشركاء الطعن بالقسمة لو كان فيها غش أضرَّ بمصلحتهم، فنجد أنه من باب أولى أن يكون للشركاء أنفسهم هذا الحق لو صدر من أحدهم غشاً أضرَّ بمصلحتهم.

ونأمل من المشرع العراقي النص على هذه الحالة بإضافة فقرة رابعة للمادة (١٠٧١) من القانون المدني بالصيغة التالية: "لكل شريك أن يطعن بالقسمة إذا كان فيها غش أضرَّ بمصلحته"، ووجود مثل هكذا نص سيؤثر وينظم أيلولة ملكية الكنز لو وجد بعد القسمة الرضائية للعقار، وهو مالم تنظمه النصوص المنظمة لملكية الكنز لا في القانون العراقي ولا المقارن.

II.ب.٢. الفرع الثاني

أحكام ملكية الكنز بعد القسمة القضائية

قد تتم قسمة العقار الشائع عن طريق القضاء، عندما تقوم المحكمة بتحديد حصة كل شريك في جزء مفرز يعادل حصته الشائعة قبل القسمة أو تصفيته في حال عدم قابليته للقسمة ببيعه، وحصول كل شريك على ثمن يساوي حصته[١]، فهي كما القسمة الرضائية قد تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية[٢].

فإذا تمت القسمة العينية عن طريق المحكمة وتم التسجيل، ثم وجد أحد الشركاء كنزاً، فعندها سيصبح الجزء الذي يؤول إلى كل شريك ملكاً له وحده وبأثر رجعي يعود إلى وقت الشيوع، وعندها ستؤول ملكية الكنز للشريك الذي وجد الكنز في الجزء الذي أصبح من نصيبه باعتباره مالكاً لرقبته، إلاّ إذا استطاع غيره من الشركاء أو أي شخص آخر إثبات ملكيته له، ولا يمكن هنا أن نتوقع غشاً أو سوء نية من هذا الشريك طالما تمت القسمة بإتباع الإجراءات القانونية عن طريق القضاء.

أما لو كان العقار غير قابل للقسمة، عندها ستلجأ المحكمة إلى قسمة التصفية ببيعه، وفي هذه الحالة فالأمر لا يخرج عن فرضين:

الفرض الأول: عند مراجعة المدعي وهو أحد الشركاء للمحكمة لطلب إزالة شيوع العقار، عندها ستقدر المحكمة بدل المثل بالرجوع إلى أهل الخبرة، وإذا وافق المدعي على بيع حصته بهذه القيمة تعرض المحكمة موضوع الشراء على سائر الشركاء الآخرين، فإذا أبدوا رغبتهم فيها

---

(١) د. جابر مهنا شبل، "انقضاء الشيوع بالقسمة القضائية"، *مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين*، المجلد (١٦)، العدد (١)، (السنة ٢٠١٤)، ص ١٠، كما ينظر: الفقرة (٢)، من المادة (١٠٧٢)، من القانون المدني العراقي.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق، ص ١٤٤. كما ينظر الفقرة (٢)، من المادة (١٠٧٢)، من القانون المدني العراقي والفقرة (١)، من المادة (١٠٧٣) منه. وينظر لمزيد من التفصيل عن هذه القسمة: جمعة سعدون الربيعي، *المرشد إلى أحكام إزالة الشيوع في القوانين العراقية معززاً بقرارات محكمة التمييز*، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ١٩٨٩)، ص ٢٦ وما بعدها.

خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغهم بذلك ووافق كل الشركاء أو بعضهم على الشراء بهذا البدل، عندها تباع الحصة إلى الراغبين فيها بالتساوي فيما بينهم، وإذا عرض أحد الشركاء بدل أعلى تتم المزايدة بين الشركاء وحدهم وعندها تباع لأعلى مزايد منهم[١].

في هذه الحالة لا تنتهي حالة الشيوع إلاّ إذا كان العقار مملوك على الشيوع لشخصين فقط، وإذا كان مملوك لأكثر من اثنين فسيخرج الشريك المدعي من الشيوع ويبقى العقار شائعاً بين الشركاء الآخرين، فلو وجد الكنز في العقار الشائع قبل بيع هذه الحصة وقبل رسو المزاد على الشركاء أو أحدهم، فستبقى ملكية الكنز لكل الشركاء ومن ضمنهم المدعي بإزالة الشيوع. أما لو تم العثور على الكنز بعد رسو المزايدة وتسجيلها في التسجيل العقاري، فستكون ملكية الكنز للشركاء الآخرين ولا يكون للشريك المدعي أي نصيب فيه إلاّ إذا استطاع إثبات ملكيته له.

الفرض الثاني: قد يباع العقار الشائع لغير الشركاء على الشيوع فيما إذا لم يقبل المدعي ببيع حصته بالبدل المقدر، أو فيما إذا لم يرغب أحد الشركاء في الشراء وبقي المدعي مصراً على إزالة الشيوع، عندها سيباع العقار الشائع بالمزاد العلني بإتباع الإجراءات القانونية ويقسم ثمنه بين الشركاء[٢].

فإذا ما وجد كنز في هذا العقار إلى ما قبل رسو المزايدة وتسجيل العقار وفقاً للقوانين المرعية[٣]، فستكون ملكيته للشركاء. أما لو وجد بعدما تم البيع والتسجيل، فستؤول ملكية الكنز للمشتري الذي رسا عليه المزاد ولن يكون بعدها لأي من الشركاء أي حق فيه مالم يثبتوا هم أو الغير ملكيتهم له.

ومما تجدر الإشارة إليه نجد إنه لو كان مصدر الشيوع هو الميراث، فلن يفقد أي من الشركاء الحق في المطالبة بحصته من هذا الكنز وحسب الأنصبة الشرعية لكل منهم فيما لو استطاعوا أن يثبتوا أنَّ الكنز يعود لمورثهم سواء بقي العقار على الشيوع أو تمت قسمته رضاء أو قضاء أو بيعه بالمزايدة العلنية، مالم يمر الزمان المانع من سماع الدعوى ودون الإضرار بحقوق الغير حسن النية.

وآخر سؤال قد يتبادر إلى الذهن هنا هو فيما إذا تمت القسمة العينية سواء كانت رضائية أم قضائية ثم استحق الجزء الذي اصبح من نصيب أحد الشركاء للغير لسبب سابق على القسمة، فلمن ستؤول ملكية ما يوجد فيه من كنز، هل للشريك المتقاسم أم للمستحق لهذا الجزء ؟

نظم القانون العراقي وكذلك القوانين المقارنة حكم الاستحقاق فيما بين الشركاء أنفسهم[٤]، وأما عن أيلولة ملكية الكنز في هذه الحالة فلا يوجد تنظيم قانوني لها.

---

(١) ينظر: الفقرة (٢)، من المادة (١٠٧٣)، من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر: الفقرة (٣)، من المادة (١٠٧٣)، من القانون المدني العراقي. بينما المادة (٨٤١)، من القانون المدني المصري أعطت الحق للشركاء في أن تكون المزايدة بينهم وحدهم بشرط أن يطلب الشركاء ذلك بالإجماع.

(٣) ينظر: المواد (١٠٢، ١٠٣)، من قانون التنفيذ العراقي. كما ينظر: الفقرة (١)، من المادة (٢١٩)، من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(٤) ينظر: المواد (١٠٧٦)، من القانون المدني العراقي،(٨٤٤)، من القانون المدني المصري،(١٠٥٢)، من القانون المدني الأردني،(٨٤٠)، من القانون المدني الكويتي،(١١٧٤)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

نقول بداية إنَّ دعوى الاستحقاق هي دعوى محلها المطالبة بملكية شيء سواء كان عقار أو منقول، فكل مالك له أن يطالب بملكه الذي تحت يد الغير عن طريق دعوى الاستحقاق، فإذا ما صدر حكم للمدعي في هذه الدعوى باستحقاقه لعقار أو جزء منه لملكيته، فيحكم على المدعى عليه حائز العقار بإلزامه بتسليمه إلى المدعي(١).

وللإجابة عن التساؤل نقول إنَّ الاستحقاق قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً(٢)، فلو كان الاستحقاق كلياً، فستؤول ملكية ما يوجد من كنز بعد ثبوت الاستحقاق للمدعي الذي يثبت له الملكية لأنه أصبح مالكاً للعقار بهذا التاريخ (تاريخ صدور الحكم) على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح بذلك.

أما لو وجد الكنز قبل صدور الحكم بالاستحقاق فهو للشريك المتقاسم لأن ليس لهذا الحكم أثر رجعي حماية للأوضاع الظاهرة، أما لو كان الاستحقاق جزئياً، فنرى أن ينظر في هذه الحالة إلى الجزء الذي وجد فيه الكنز، فلو وجد في الجزء الذي صدر فيه حكم الاستحقاق وبعد الحكم، فسيكون الكنز لمن يثبت له ملكية هذا الجزء، وإذا وجد قبل صدور الحكم فهو للشريك المتقاسم، وإذا وجد الكنز في الجزء الذي هو من نصيب الشريك المتقاسم، فملكية الكنز له، وكل هذا مالم يستطع أحد أن يثبت ملكيته له.

الخاتمة

توصلنا في ختام هذا البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات سنقتصر بالإشارة إلى أهمها وكما يلي:

أولاً: النتائج:

١- الكنز هو كل منقول مخبوء أو مدفون ذو قيمة يتنافس عليها يكتشف أو يعثر عليه ولا يعرف له مالك.

٢- لا يعد الاستيلاء من أسباب كسب ملكية الكنز، فلا تنطبق عليه شروطه ولا أحكامه رغم ان المشرع العراقي نظمه في القانون المدني مع النصوص الخاصة به.

٣- الكنز لمن يستطيع أن يثبت ملكيته له، وله حق استرجاعه من مالك العقار الذي وجد فيه بأي وقت إلاّ إذا مرَّ على إيجاده ١٥ سنة فيتملكه بالتقادم الطويل.

٤- إذا تصرف مالك العقار بالكنز ببيع أو هبة لشخص حسن النية، فللأخير أن يتملكه ويمتنع عن رده لمالكه الحقيقي وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

٥- عدم كفاية نص المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي وما يقابلها في القوانين المقارنة من تنظيم أحكام ما يوجد في العقار الشائع من كنز كوننا نجد أنها نظمت هذه الأحكام في العقار

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، ج٨، مصدر سابق، ص٩٨١، ٦٠٠، ٥٩١.

(٢) ينظر لمزيد من التفصيل: د. مهدي نعيم حسن الحلفي، "التنظيم القانوني لضمان الاستحقاق في القسمة العينية للمال الشائع"، *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك*، المجلد (٨)، العدد (٣٠)، (٢٠١٩)، ص ١٤٢ وما بعدها.

المملوك ملكية مفرزة وتنطبق أحكامها عليها أكثر، بينما الملكية الشائعة لها خصوصيتها في هذه الأحكام.

٦- الكنز لمُلّاك العقار الشائع بالتساوي إن كانت حصصهم متساوية ومالم يقم الدليل على غير ذلك.

٧- تختلف أحكام ملكية الكنز في العقار الشائع وتتأثر بتصرفات أحد الشركاء أو جميعهم بحصة أو بجزء أو بكل العقار في مرحلتي أثناء الشيوع وبعد القسمة.

٨- للشركاء في العقار الشائع الطعن بالقسمة الرضائية لو صدر من أحدهم غش أضرَّ بمصلحتهم كما هو حق لدائني الشركاء.

ثانياً: التوصيات:

١- نأمل من المشرع العراقي إضافة فقرات أخرى لنص المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي بالتفصيل الآتي:"٢- الكنز لمن يستطيع أن يثبت ملكيته له في أي وقت مالم يمر الزمان المانع من سماع الدعوى" "٣- "الكنز لمن يستطيع أن يثبت ملكيته له دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين إيجاد الكنز وإثبات الملكية"."٤-أ- الكنز لمّلاك العقار الشائع بالتساوي إن كانت الحصص متساوية ولم يقم الدليل على غير ذلك ب- يملك كل شريك في الشيوع جزء من الكنز يعادل حصته في العقار إن لم تكن الحصص متساوية".

٢- نأمل من المشرع العراقي أن يخصص نصوصاً تنظم حكم ملكية الكنز وأيلولته وتأثرها بتصرفات كل الشركاء أو أحدهم بالعقار الشائع أو بجزء منه أو بحصته والفرق في هذه الأحكام بين فترة الشيوع وفترة ما بعد القسمة.

٣- نأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٠٧١) من القانون المدني بإضافة فقرة رابعة لها نصها: "لكل شريك أن يطعن بالقسمة إذا كان فيها غش أضرَّ بمصلحته"، فمثل هذا النص يؤثر في حكم ملكية الكنز.

٤- نأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٠٧٥) من القانون المدني العراقي ونقترح أن تكون بالصيغة الآتية: "ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعد كل متقاسم أنه كان دائماً مالكاً للجزء المفرز الذي آل إليه، وأنه لم يملك قط شيئاً غيره"، فمصطلح الحصة في العقار الشائع غير الجزء، إذ إنهما يختلفان في المفهوم وفي الحكم.

٥- نأمل من المشرع العراقي أن ينظم أحكام ملكية الكنز في موضع مستقل عن الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية.

المصادر

أولاً: الكتب:

١- العلامة ابن منظور، *لسان العرب*، ج٧، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٢.

٢- د. أحمد إبراهيم الحياري، *شرح أحكام الحقوق العينية*، ط١، عمّان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٢١.

٣- د. أسامة محمد سعيد المفتي، *الدقيق في شرح الحقوق العينية الأصلية*، ط١، الموصل- العراق: دار مكتبة الجيل العربي، ٢٠١٤.

٤- جمعة سعدون الربيعي، *المرشد إلى أحكام إزالة الشيوع في القوانين العراقية معززاً بقرارات محكمة التمييز*، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ١٩٨٩.
٥- د. حسني عبد السميع إبراهيم، *الحماية المدنية للأموال في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة*، الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون سنة طبع.
٦- د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، *أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة*، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
٧- د. خالد السيد عبد المجيد موسى، *الحقوق العينية الأصلية في الأنظمة السعودية والفقه الإسلامي*، الرياض- السعودية: دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، ١٤٤٢هـ.
٨- د. ضحى محمد النعمان، د. محمد سعيد الرحو، *الوجيز في شرح القانون المدني البحريني والحقوق العينية الأصلية*، ط١، جامعة البحرين: ٢٠٢١.
٩- د. طارق كاظم عجيل، *الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية*، ج١، بيروت- لبنان: دار السنهوري، ٢٠١٩.
١٠-د. عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- حق الملكية*، ج٨، ط٣، بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١.
١١-د. عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- أسباب كسب الملكية*، ج٩، ط٣، بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١.
١٢-د. عبد المجيد عبد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، *القانون المدني وأحكام الالتزام*، ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي: ١٩٨٦.
١٣-د. عبد المطلب عبد الرزاق، *المال الضائع- حقيقته وحكمه وطرق التقاطه في الفقه الإسلامي*، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
١٤-د. عبد المنعم فرج الصدة، *الحقوق العينية الأصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري*، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٢.
١٥-د. عصمت عبد المجيد بكر، *تعليقات على القانون المدني العراقي*، ط١، بغداد: دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٢٣.
١٦-د. محمد المرسي زهرة، *الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية- دراسة مقارنة*، ط١، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة: ١٩٩٩.
١٧-د. محمد ثامر، *محاضرات في الحقوق العينية الأصلية*، ج١، بيروت- لبنان: دار السنهوري، ٢٠١٧.
١٨-د. محمد حسن قاسم، *الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن الملكية*، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
١٩- محمد طه البشير، د. غني حسون طه، *الحقوق العينية الأصلية*، ج١، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة طبع.
٢٠- محمد طه البشير، د. غني حسون طه، *الحقوق العينية التبعية*، ج٢، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة طبع.
٢١- محمد علي صاحب، د. أسماء صبر علوان، *الحقوق العينية الأصلية*، ج١، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٨.
٢٢-د. محمد وحيد الدين سوار، *حق الملكية في ذاته في القانون المدني*، ط٣، عمّان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.
٢٣-د. محمود علي الرشدان، *الغبن في القانون المدني- دراسة مقارنة*، ط١، عمّان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

ثانياً: البحوث:

١- د. جابر مهنا شبل، "انقضاء الشيوع بالقسمة القضائية"، *مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين*، المجلد (١٦)، العدد (١)، (٢٠١٤).
٢- د.ضحى محمد سعيد، انعام جبار علوان، "أحكام اللقطة، دراسة مقارنة"، *مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية*، العدد ٨، السنة ٢، (٢٠١٠): ص١٣٤-١٩١.
٣- د. عمر بن الزوبير، "مآل الكنز- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية وفقه الشريعة الإسلامية"، *مجلة الدراسات الإسلامية*، العدد الحادي عشر، (٢٠١٨).
٤- د. مضر عبد الحسين مهدي، د. محمد علي هاشم الأسدي، "ملكية الموارد المعدنية في التشريعات والقانون"، *مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية*، جامعة واسط، العدد (٣٧)، (٢٠٢١).
٥- د. مهدي نعيم حسين الحلفي، "التنظيم القانوني لضمان الاستحقاق في القسمة العينية للمال الشائع"، *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك*، المجلد (٨)، العدد (٣٠)، (٢٠١٩).
٦- ميثم منفي كاظم العميدي، "الحق في الثروات الطبيعية"، *مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية*، المجلد (٢٧)، العدد (٢)، (٢٠١٩).
٧- د. ندى سالم ملا علو، "مفهوم المهايأة"، *مجلة الرافدين للحقوق*، المجلد (١١)، العدد (٤٢)، (٢٠٠٩).

ثالثاً: القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١المعدل .
٢- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣)، لسنة ١٩٧١.
٣- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧١.
٤- قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥)، لسنة ١٩٨٠.
٥- قانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي رقم (٩١)، لسنة ١٩٨٨ المعدل.
٦- قانون الآثار والتراث العراقي رقم (٥٥)، لسنة ٢٠٠٢.
٧- القانون المدني المصري رقم (٣١)، لسنة ١٩٤٨.
٨- القانون المدني الأردني رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧٦.
٩- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧)، لسنة ١٩٨٠.
١٠- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥)، لسنة ١٩٨٥.
١١- القانون المتعلق بالأملاك الوطنية الجزائري رقم ٩٠/٣٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ٠٨/١٤/٢٠٠٨.