

التنظيم القانوني لعقد المغارسة في القانون العراقي دراسة مقارنة

"Legal Regulation Of The Contract Of Engagements In Iraq Law" A comparative study



م.م. كريم علي سالم

مدرس مساعد كريم علي سالم تدريسي في كلية الفارابي

قسم القانون الجامعة – العراق

ملخص المقال باللغة العربية:

إن القضاء بين الخصوم علم جليل، لما له من أهمية في حياة الشعوب، وإن عقد المغارسة له من الأهمية القانونية لبيان أحكامه، ما يستدعي دراسته، حيث أن هذا العقد هو إعطاء صاحب الأرض أرضه لمغارس، يتولى غرس الأرض بالأشجار وفقاً لما منصوص عليه في العقد، أو ما يقضي به العرف، كما إن الطبيعة القانونية لهذا العقد، تميزه عن باقي العقود، ذلك أن هذا العقد يبدأ في صورة وينتهي بأخرى، ويرتب حق شخصي ابتداءً، وينتهي بترتيب حق عيني على عقار المالك، وقد سمح المشرع العراقي بأثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً، وحتى يستحق المغارس نصيب من الأرض يجب أن يوفي بالالتزامات المترتبة عليه في العقد، يختلف هذا العقد عن غيره من العقود كعقد السطحية أو الإيجار، أو عقد البيع، ينتهي هذا العقد أما بتنفيذ المغارس لالتزاماته واستحقاق جزء من الأرض، أو بتخلفه أو ورثته عن تنفيذ بنود العقد، وبالتالي لا يكون له إلا المطالبة بالتعويض عما أحدثه من غرس في أرض المالك، كما يترتب آثار قانونية ملزمة للطرفين، وخاصة المالك، وهو في حال غرس المغارس الأرض وبلغ الشجر حد الإطعام، استحق المغارس النصف في الأرض والشجر، ويبطل أي اتفاق ينص على خلاف ذلك.

الكلمات المفتاحية: (عقد المغارسة، أرض، آثار، فسخ، تعويض).

التدقيق اللغوي : ا.م.د. ابراهيم علوان ياسين .

Summary in English:

The judiciary among the litigants is a great science, because of its importance in the lives of peoples, and the contract of cultivation has legal significance to clarify its provisions, which calls for its study, as this contract is the landowner's giving his land to planters, who undertakes planting the land with trees according to what is stipulated in the contract Or what is stipulated by custom, and the legal nature of this contract distinguishes it from the rest of the contracts, because this contract begins in a form and ends in another, and arranges a personal right starting, and ends by arranging a right in kind on the property of the owner, and the Iraqi legislator allowed this contract to be proven in all Methods of proof legally established, In order for the plantation to be entitled to a share of the land, it must fulfill its obligations in the contract, this contract differs from other contracts, such as the musataha or lease contract, or the sale contract. The contract, and consequently, he has no choice but to claim compensation for what he has planted in the land of the owner, and it also arranges legal effects that are binding on the two parties, especially the owner. Unlike that.

Key words: (contract of cultivation, land, antiquities, annulment, compensation).

مقدمة:

يعد عقد المغارسة من العقود التي لها أهمية في الواقع العملي، لكونه يرد على الأرض الزراعية التي تمتاز بالأهمية الاقتصادية بالنسبة لصاحب الأرض، لما للزراعة من أهمية في حياة الفرد، حيث أولى المشرع العراقي والمشرع المقارن لهذا العقد أهمية خاصة، إذ بحث المشرع العراقي أحكام هذا العقد في الفرع الثاني من الفصل الأول الخاص بعقد الايجار، تحت عنوان (أحكام مختلفة من الايجار)، كذا الحال بالنسبة لموقف المشرع المغربي والتونسي والمقارن، إن حق تملك الارض كان قد ظهر بعد ان مارس الانسان الزراعة عليها، وغرسها بالأشجار، كمورد للعيش والتمتع بثمار هذه الاشجار، حيث كانت الجماعات البدائية الأولى لها الحق في تملك الارض ملكية جماعية، وليس لهم ذلك في التملك الفردي للأرض، وذلك لاعتقادهم بأهمية الارض ووجوب غرسها وزراعتها، لما لها من أهمية في حياة مختلف الشعوب، واصبح لهم حق التملك فيما بعد، حيث ظهر ما يسمى بالملكية العائلية، ثم الملكية المفردة¹، ومع تطور الحياة البشرية، اصبح بعض الناس بحاجة الى اراضي، وهذه تحتاج الى اصلاح وغرس، مما اضطرهم الى التعاقد مع ملاك تلك الاراضي للقيام بذلك، مقابل الحصول على جزء من هذه الارض، ومن هنا ظهر أهمية عقد المغارسة، حيث تناولت اغلب التشريعات المقارنة، هذا العقد بالتنظيم القانوني لأحكامه، للأهمية الاقتصادية والقانونية، ونجد ان المشرع العراقي قد تناول احكام هذا العقد في المواد من (824-833) من القانون المدني، كذلك قانون الاصلاح الزراعي رقم 117 لسنة 1971 وقانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 .

تأتي أهمية هذه الدراسة، لبيان الاحكام القانونية المتعلقة بهذا العقد، لما له من أهمية اقتصادية، وتأثير على الامن القانوني، خصوصاً ان بعض التشريعات تشترط وجوب كتابة هذا العقد عند ابرامه، وما الحل اذا ابرام شفهيًا، وبيان طبيعة هذا العقد، وهذا هو موضوعنا "عقد المغارسة"²؛ كذلك تأتي أهمية هذه الدراسة، من أجل بيان الأهمية العملية لأبرام عقد المغارسة، فقد يحصل ان لا يتم ابرام عقد المغارسة كتابة، وبالتالي ما هو الحل الذي نص عليه المشرع لمنع أهدار حقوق المغارس، كما تكمن أهمية هذه الدراسة ، في بيان مدى ضرورة ابرام عقد المغارسة بموجب محرر رسمي مكتوب، وفقاً لما نص عليه المشرع المغربي في "مدونة الحقوق العينية" وهل يمكن ابرام هذا العقد شفويًا، وما هو موقف التشريعات التي نصت على وجوب ابرام عقد المغارسة بموجب محرر كتابي، عند ابرام العقد شفهيًا كالمشرع العراقي الذي أجاز ذلك؟ هل يمكن أثبات هذا العقد أم تقدر حقوق المغارس؟ وما هي المدة المقررة لاستحقاق المغارس حصة في الارض؟ كل هذه التساؤلات سوف يتم الإجابة عليها في البحث.

ومن الدراسات السابقة، التي تناولت بيان عقد المغارسة (أحكام عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية)، للباحث / الشعابني، عثمان، 2018، وكذلك (معنى عقد المغارسة وطبيعته) بحث

1-هاشم حافظ وآدم وهيب الندوي، تاريخ القانون، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص15 وما بعدها.

2- لمزيد من المعلومات راجع القانون المدني العراقي النافذ رقم (40) لسنة 1951، كذلك قانون الاصلاح الزراعي رقم (117) لسنة 1971 وقانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971.

منشور في مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين العراقيين - بغداد - 1986، وأيضاً /عقد المغارسة - دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الاصلاح الزراعي/، ويعاني عقد المغارسة من عدم منحه الأهمية الكافية في المجال الاكاديمي، لذا واجه الباحث ندرة في المصادر والمراجع المتخصصة في بحث أحكام عقد المغارسة.

اما إشكالية البحث، فتتمثل بأن المشرع العراقي نص على ان الاصل العام، هو ان يتم إبرام عقد المغارسة بصورة تحريرية، ولكن اذا تعذر ذلك وتم إبرام هذا العقد بصورة شفوية، فهذا جائز الأثبات قانوناً، على العكس من موقف بعض التشريعات المقارنة ومنها المشرع المغربي، الذي يشترط وجود دليل كتابي لإمكان أثبات هذا العقد، في حين إن فرضية البحث، تنصب هذه الدراسة على وجوب تبني بعض المشرع المقارن النص على ان يكون الأصل في إبرام عقد المغارسة هو ان يتم كتابة، ولكن ان حصل وتم إبرام هذا العقد بصورة شفوية، فأن ذلك لا يمنع من أثبات إبرام هذا العقد، لكون واقعة الأثبات من الوقائع المادية التي أجاز القانون العراقي أثباتها بكافة طرق الأثبات، وليبيان كل ذلك اعتمد الباحث على المنهج الفقهي القانوني المقارن، الذي يبين موقف القوانين العراقية ممثلة بالقانون المدني النافذ، وقانون الاصلاح الزراعي، وقانون التسجيل العقاري، ومقارنتها بالقوانين محل الدراسة، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي، من أجل تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية، وترجيح الآراء عند الاختلاف في موضوع ما، مع بيان موقف القضاء من عقد المغارسة من النصوص القانونية محل الدراسة. اما خطة البحث، فقد تم تقسيم الدراسة الى شقين، الشق الأول يشمل (ماهية عقد المغارسة)، من خلال بيان مفهومه وتمييزه عن غيره من المفاهيم. أما الشق الثاني فشمل (أحكام عقد المغارسة)، سواء بانقضائه أو بيان آثاره عقد المغارسة، ويلاحظ بعد بيان التنظيم القانون لعقد المغارسة، إن هذه الدراسة قد تناولت بيان احكام عقد المغارسة بين القانون العراقي والمغربي، وبالتالي ضرورة تبني التشريعات التي تشترط وجوب إبرام هذا العقد كتابة للأحكام التي جاء بها المشرع العراقي، وهو جواز اثبات عقد المغارسة عند إبرامه بصورة شفوية، لكون ذلك اقرب الى تحقيق المنطق والعدالة القانونية مما لو استلزم المشرع وجوب وجود سند يثبت إبرام هذا العقد.

أولاً: ماهية عقد المغارسة

يعد عقد المغارسة من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، وله خصوصية معينة، حيث ان الطبيعة القانونية لهذا العقد، هي طبيعة خاصة، لكون ان هذا العقد يبدأ في صورة وينتهي في صورة أخرى، فمحل الالتزام يرد ابتداءً على أرض جرداء، وينتهي في صورة بستان مثمر، للمغارس حق شخصي في الحالة الأولى، وحق عيني في الحالة الثانية، لذا سوف نبين ماهية عقد المغارسة، من خلال مفهومه، ثم تمييزه عن غيره المصطلحات المشابهة به.

أ: مفهوم عقد الممارسة

يعد عقد الممارسة من العقود المهمة، والتي ثار خلاف بشأنها وكيفية اثباتها، ولم يتم معالجة احكام هذا العقد بشكل واضح ومستقر وكامل، وهو ما انعكس على احكام القضاء، ولغرض الاحاطة بالموضوع من كافة جوانبه، وكذلك من اجل بيان حقوق والتزامات كل من صاحب الارض والممارس، كان لزاماً علينا بيان تعريف عقد الممارسة، وخصائصه، ثم تمييزه عن غيره، وتناول بيان ذلك تباعاً.

1: تعريف عقد الممارسة¹

عرفت المادة (824) من القانون المدني العراقي عقد الممارسة بأنه "عقد على اعطاء احد ارضه الى آخر ليغرس فيها اشجاراً معلومة ويتعهد بترتيبها مدة معلومة على ان تكون الاشجار والارض، أو الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة².

اما قانون الاصلاح الزراعي رقم (117) لسنة 1970 فقد جاء خالياً من اي تعريف للممارسة، وإنما جاء هذا القانون بتعريف الممارس، حيث عرفه بأنه "الشخص الذي يتفق مع صاحب الأرض على اعمار وغرس مساحة معلومة بالأشجار مدة معلومة وبشروط معينة، ويشمل تعبير الممارس التعاب"³. ولم يتناول المشرع المصري تنظيم الاحكام الخاصة بعقد الممارسة، وإنما ترك ذلك الى القواعد العامة، واحكام الشريعة الاسلامية⁴، في حين عرف المشرع المغربي هذا العقد بأنه "عقد يعطي بموجبه مالك الارض ارضه لأخر، ليغرس فيها على نفقته شجراً مقابل حصة معلومة من الارض والشجر، يستحقها الممارس عند بلوغ الشجر حد الاطعام⁵.

1- عرفت المادة (73) من القانون المدني العراقي العقد بأنه "هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر، على وجه يثبت اثره في العقود عليه"؛ اما القانون الصيني فنجد إنه يعرف العقد في المادة (464) من القانون المدني بأنه "هو اتفاق بين الكيانات المدنية لإنشاء وتعديل وإنهاء العلاقات القانونية المدنية"، للمزيد راجع: علي عبد الجبار رحيم، القانون المدني لجمهورية الصين الشعبية بالعربي، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2021، ص 86؛ اما المشرع الفرنسي فقد عرف العقد في المادة (1101) من القانون الصادر بالمرسوم 131 في 2016 بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاء"، للمزيد: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص 14؛ بن خده حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 2018، عدد 11، ص 423 وما بعدها.

2- نص المادة (824) من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951؛ اما المشرع الفلسطيني فقد عرف عقد الممارسة في نص م (700) بأنه "عقد بمقتضاه يتفق صاحب الارض الزراعية مع آخر، على تسليمه الارض، ليقوم باستصلاحها وغرسها، وتربية الغراس والعناية به، وإنشاء من يستلزمه ذلك من الوسائل، خلال مدة معينة، على ان تكون بعدها الارض والشجر وما يتبعها من منشآت شركة بينهما حسبما يقضي الاتفاق، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"؛ وقد جاءت بعض التشريعات العربية بتعريف مقارب لما جاء به المشرع العراقي منها، المشرع الاردني (م747) من القانون المدني؛ المشرع اليمني في (م 733) من قانونه المدني.

3- نص المادة (1) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1970.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد2، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء - الايجار - والعارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 1400؛ تناول المشرع المصري في القانون المدني على احكام عقد المزارعة في المواد من (619-627) منه.

5- نص المادة (265) من مدونة الحقوق المغربية؛ بينما نجد ان مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد اوردت تعريف لعقد الممارسة في المادة (1416) من المجلة.

بينما عرف المشرع الليبي عقد المغارسة بأنه "عقد يسلم بمقتضاه مالك ارضه لغرس يتعهد بغرسها شجراً ثابت الأصل، مثمراً، تتفق او تتقارب مدة اطعامه، وذلك مقابل حصة من الارض تعطى للمغارس"، ويرى البعض ان هذا التعريف يعد من افضل التعريفات التي جاءت بها التشريعات العربية في مجال تعريف عقد المغارسة¹، بينما يعرف بعض الفقه هذا العقد بأنه "اتفقا بين صاحب الارض والمغارس، يلتزم الاخير بمقتضاه بغرس الارض بعدد معين من الاشجار، على ان تكون له ما لا يقل عن نصف المساحة المغروسة"².

2: خصائص عقد المغارسة

50

أولاً: من العقود الرضائية. يعد عقد المغارسة من العقود الرضائية، التي يكفي لانعقادها مجرد توافق الارادتين³، لم ينص القانون المدني العراقي، او قانون اصلاح الزراعي المرقم 117 لسنة 1970 على وجوب تحقق شكلية معينة لانعقاد عقد المغارسة، وبالرغم من ان نص المادة (235) من القانون الاخير، ينص على تسجيل الحقوق الاصلية للمغارس الناشئة عن عقد المغارسة، وكذلك نص المادة (236) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971، إلا انه لم ينص على وجوب ابرام عقد المغارسة في شكلية معينة لانعقاده، وانما يعد تسجيل الحقوق الاصلية للمغارس في دائرة التسجيل العقاري، وسيلة لأثباته وليس لانعقاده⁴، على اعتبار ان العقد يحظى بالوجود القانوني قبل التسجيل، كما يصح ايضاً ابرام عقد المغارسة شفويّاً، ويجب على المغارس ان يكون متمتعاً بالأهلية القانونية، بأن لا يعترض اهلية العاقلين أي عارض من عوارض الاهلية، إذ لا يصح عقد المغارسة الذي يبرمه الصغير المميز ومن في حكمه، إلا بأذن المحكمة وموافقة دائرة رعاية القاصرين⁵.

ثانياً: من العقود الملزمة للجانبين. تنص المادة (826) من القانون المدني على ان يلتزم رب الارض بتسليمها للمغارس، بينما نجد ان نص المادة (827) من ذات القانون تنص على التزام يقع على عاتق

- 1- نص المادة (1003) من القانون المدني الليبي
- 2- عدنان احمد ولي، في القانون الزراعي، جزء 1، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل العراق 1990، ص 14
- 3- حيث تناول القانون المدني عقد المغارسة في الفقرة الرابعة من الفرع الثاني - الباب الثاني، المخصص لأحكام خاصة بأنواع مختلفة من الايجار، وبالتالي يعد عقد المغارسة من عقود الايجار، وان عقود الايجار بطبيعتها تعد من العقود الرضائية، للمزيد من المعلومات راجع: د. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، جزء 1، البيع والايجار، طبعة 3، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص 273.
- 4- نص المادة (235 و 236/2) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 "1- تسجيل الحقوق الاصلية للمغارس الناشئة عن عقد المغارسة في الارض والاشجار الواردة على الارض المملوكة او الموقوفة مع مراعاة احكام القوانين النافذة"، 2- يكون التسجيل بإقرار صاحب الارض والمغارس امام الموظف المختص بعد انتهاء مدة المغارسة واكمال الغرس او بالاستناد الى حكم قضائي حائز درجة التبات او قرار قانوني له قوة الحكم" و نص المادة (236) من ذات القانون "1 - لا تسجل اية حقوق عينية اصلية للمغارس في الارض خلال مدة المغارسة وانما تؤشر في حقل خاص من السجل استنادا الى اقرار الطرفين وتبقى هذه الحقوق ثابتة عند انتقال ملكية الارض الى الغير عن طريق التصرف او الارث، 2- تسجل هذه الحقوق في السجل العقاري بعد اكتساب المغارس حقوق المغارسة بصورة نهائية وفقاً لأحكام القوانين النافذة".
- 5- إذ تنص المادة (43) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 على "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك":
اولاً: جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

المغارس، وهو ان يتم الغراس، وتشير الفقرة الاخيرة من هذه المادة، على انه اذا لم يوف احد الطرفين بالتزاماته، جاز للطرف الاخر طلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى¹. وبالمقابل فأن الارض والاشجار، او الاشجار فقط، تكون مشتركة بينهما بعد انتهاء المدة، وهو ما نصت عليه المادة (824/ مدني عراقي) مع الاخذ بنظر الاعتبار، ان مدة المغارسة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي، قد عدلت بموجب قانون الاصلاح الزراعي رقم 117 لسنة²، 1971، ويعتبر كلا الطرفين دائن ومدين في ذات الوقت³.

51

ثالثاً: من العقود المستمرة التنفيذ. ذلك ان المشرع العراقي قد حدد مدة عقد لمغارسة، بأن جعلها (5) كحد ادني، بموجب نص المادة (827) من القانون المدني العراقي، إذ يتضح من هذه المادة ان الزمن عنصر جوهري في العقد، يلتزم المغارس بالاستمرار في العناية بالمغروسات بعد غرسها طول الفترة المتفق عليها في العقد او المحددة بنص القانون، كما نجد ان قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم (117) لسنة 1971، قد نص في المادة (14) منه على وجوب استمرار المغارس في العناية بالبستان، كشرط لاستحقاق النصف في الارض والشجر بعد انتهاء المدة، اما الفقرة (6) من نفس المادة، فقد اشارت الى ان على المغارس الفعلي، الاستمرار في عمله والعناية بالبستان كالسابق، في مقابل حصوله على الحصة المعينة له⁴.

رابعاً: عقد ملزم للجانبين. حيث يرتب التزامات متقابلة لطرفي العقد، حيث يلتزم المغارس بغرس الارض الخالية التي استلمها، كما يلتزم صاحب الارض بعد اكمال الغرس، بتسليم المغارس ما تم الاتفاق عليه من الارض والشجر، او الشجر لوحده، بموجب القانون المدني، وقانون الاصلاح الزراعي العراقي⁵.

1- نص المادتين (826) "يلتزم رب الارض بتسليمها الى المغارس خالية من الشواغل" ونص المادة 827 من ذات القانون على "على المغارس ان يتم الغراس في مدة خمس سنوات من ابتداء العقد، ما لم يتفق على خلاف ذلك، فاذا لم يوف المغارس بهذا الالتزام كان لرب الارض الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى" من القانون المدني العراقي النافذ؛ يقابله نص المادة (265) من مدونة الحقوق العينية المغربية.

2- راجع نص المادة 824 من القانون المدني العراقي التي تنص على "...على ان تكون الاشجار والارض او الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة..."، ونص المادة (14) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي "يكون للمغارس الفعلي المستمر في العناية بالبستان حصة لا تقل عن النصف في الارض والشجر لمساحة مغارسته بعد انتهاء مدة عقد المغارسة او مرور عشر سنوات على ابتداء غرسه لهما ويظل كل اتفاق على حصة تقل عن ذلك" وتجدر الاشارة الى ان القانون المدني كان ينص على وجوب مرور فترة خمسة عشر سنة لاستحقاق المغارس لحصته اذا لم يتفق على مدة معينة في عقد المغارسة، وهو ما جاء في نص المادة (825) من القانون المدني العراقي.

3- حسن توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 45.

4- نص المادة (827) من القانون المدني العراقي؛ نص المادة (14) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي؛ علي نصرت الاسعدي، المساحة والمغارسة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة 7، العدد 26، 2015، ص 119؛ ذلك ان غرس الاشجار بموجب عقد المغارسة لا يجعل منه عقد فوري التنفيذ، وان الاشجار لكي تثمر، تحتاج الى فترة طويلة، والوصول لهذه النتيجة هو ما يبتغيه كلا طرفي عقد المغارسة، وعلى ضوء ذلك يتحدد نصيب طرفي عقد المغارسة، وهو ما جاءت به المادة اعلاه من قانون الاصلاح الزراعي؛ يقابل ذلك نص المادة (269) من مدونة الحقوق العينية.

5- كما يعد ايضا من عقود المعاوضة، لأن كل طرف يأخذ مقابل لما يعطي، حيث ان العمل والجهد الذي ينفقه المغارس في سبيل اكتمال الغرس وصولا الى مرحلة ثمار الاشجار، لا يعد تبرعا وإنما من أجل الحصول على جزء من الارض والاشجار، مقابل حصول صاحب الارض على مردود اقتصادي، يتمثل بالحصول على بستان، بعد ان كانت الارض خالية، للمزيد راجع: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 45؛ المادة (14 و 32) من قانون الاصلاح الزراعي؛ المادة (830) من القانون المدني العراقي؛ اما بالنسبة لموقف

خامساً: عقد ذو طبيعة خاصة. حيث يبدأ عقد المغارسة في صورة، وينتهي في صورة أخرى، فتصبح الحقوق الشخصية ابتداءً، حقوقاً عينية عند انتهاء المءة وتنفيذ شروط عقد المغارسة، حيث يستلم المغارس الارض المتفق عليها، ارضاً جرداء لتنتهي في صورة بستان مثمر، لذلك فإن هذه الطبيعة لعقد المغارسة تؤدي الى القول بأن هذا العقد هو صورة من صور الاستثمار الزراعي، والتي تؤدي الى تأمين مردود اقتصادي¹.

ب: تمييز عقد المغارسة عن غيره

إن عقد المغارسة يتميز بطبيعة قانونية مغايرة عن الحق في المساطحة، والمقولة، والعديد من الافكار، نتولى بيان البعض منها على التوالي:

بخصوص حق المساطحة وحق المغارسة وانطلاقاً من تعريف الحق الأول وهو أنه: "حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناءً او منشآت أخرى غير الغراس على ارض الغير، بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض"²، يتضح من هذا التعريف ان حق المساطحة ينشأ بالاتفاق بين مالك الارض والمساطح، للقيام بتشيد بناء او منشآت غير الغراس على ارض المالك، لمءة يتم الاتفاق عليها، مقابل انتفاعه في المنشآت التي يقوم بتشيدها، فيلاحظ ان حق المساطحة يختلف عن حق المغارسة، فالمساطح يملك البناء ملكية تامة خلال فترة العقد، في حين ان المغارس يملك نصف الارض ويصبح مالكاً عند انتهاء مءة العقد والوفاء بالتزاماته³، وقد اشترطت المءة (2/1266) من القانون المءني العراقي، تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري، وإلا كان العقد باطلاً لتخلف ركن التسجيل، الذي يعد من الاركان الشكلية التي استلزمها المشرع صراحة⁴، اما عقد المغارسة، فهو عقد رضائي لا يشترط القانون ان يتخذ شكلية معينة، وانما يتم انعقاد هذا العقد بصورة شفوية او بالكتابة، وان القانون اشترط الكتابة لأثبات الحقوق الناتجة عنه، و ليس لانعقاد العقد، حيث يجوز اثبات وجود عقد المغارسة بكافة طرق الاثبات ومنها الشهادة⁵.

- القضاء المغربي، فقد استقر على ان عقد المغارسة هو من العقود الملزمة للجانبين، عمر أزوكار، التحفيظ العقاري في ضوء التشريع العقاري وقضاء محكمة النقض، طبعة أولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2014، ص156.
- 1- لفته هامل العجيلي، التنظيم القانوني لعقد المغارسة، دراسة في ضوء القانون المءني وقانون الاصلاح العراقي، رسالة ماجستير- معهد العلمين للدراسات العليا، 2017، ص15-16.
- 2- نص المءة (2/1266) من القانون المءني العراقي "وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري".
- 3- عبدالله غزاي، حق المساطحة والاجارة الطويلة وموقف القضاء منها، مجلة العدالة عن وزارة العدل، السنة2، 2000، العدد الأول، بغداد، ص182.
- 4- حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية في القانون المءني العراقي، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص354؛ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 1852/ح/1963 في 1963/12/23.
- 5- إن عدم تسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري، استناداً لنص المءة (2/1266) من القانون المءني العراقي، لا تجعل هذا الحق باطلاً، وانما التسجيل هو لتوثيق الحق وليس لإنشائه، وهو ما جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 275/ج/1969 في 1969/12/20؛ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 1400/هيئة عامة/ 1969 في 1969/12/6.

وبخصوص عقد المغارسة وعقد ايجار الاراضي الزراعية فقد عرفت المادة (722) من القانون المدني عقد الايجار بأنه "عقد تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور"¹.

إن اوجه الشبه بين كليهما، هو ان كلاهما ارض زراعية معدة للاستغلال، وان نص المادة (794) من القانون المدني العراقي²، تنص على انه يصح اجارة الاراضي الزراعية، مع بيان ما يزرع فيها، اما المغارسة فتعني اعطاء احد ارضه الى اخر، ليغرس فيها اشجاراً (المادة 824/ مدني عراقي)³، وكلاهما محدد بمدة معينة (المادة 799/ مدني عراقي)⁴، لسنة او عدة سنوات، في حين ان عقد المغارسة لا تقل المدة فيه عن خمسة عشر سنة، في القانون المدني، اما قانون الاصلاح الزراعي فهي عشر سنوات⁵.

اما نقاط الخلاف بينهما، فهو ان ايجار الاراضي الزراعية، تحكمها القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون المدني، كما ان المستأجر للأرض الزراعية ملزم بإعادة الأرض الى مالكها بعد انتهاء مدة الايجار، اما المغارس فيستحق نصف الأرض والغراس بعد ان اصبحت بستاناً عند انتهاء مدة عقد المغارسة⁶.

ثالثاً: عقد المغارسة و عقد البيع. يختلف عقد المغارسة عن عقد البيع، الذي عرفه القانون المدني العراقي بأنه "مبادلة مال بمال"⁷، اما عقد المغارسة، فإنه الأرض لم تتم مبادلتها بمال كما الحال في عقد البيع، كما ان الطبيعة القانونية لكل منهما تختلف عن الاخر، فعقد البيع هو عقد فوري التنفيذ، على اعتبار إنه يرد على اداء يمكن تنفيذه في الحال، اما عقد المغارسة، فهو عقد مستمر التنفيذ⁸.

ثانياً: أحكام عقد المغارسة

على الرغم من تعدد مفاهيم عقد المغارسة، إلا ان جميعها تقضي ان مضمون عقد المغارسة هو عقد ينشأ بين طرفين، ليقدم احدهما أرضه للآخر ليغرسها له بالأشجار، ويتفق الطرفان على حصة معينة من الشجر والأرض للطرف العامل، كالنصف او الثلث، وان القانون حدد بأن لا تقل الحصة عن النصف من الأرض والشجر، وكل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً، وعليه فسيتم بيان كيفية ابرام عقد المغارسة ثم بعد ذلك توضيح آثار عقد المغارس.

- 1- اما المشرع المصري فقد عرف عقد الايجار في نصوص المواد من (362-440) بأنه "عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر، ومرافقه مدة معينة، بأجرة معينة"؛ اما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة (179) بأنه "عقد يلتزم به أحد العاقدين ان يجعل الآخر ينتفع بشيء في مدة معينة بأجرة معينة يلتزم هذا الاخير بدفعها".
- 2- نص م (794) من القانون المدني العراقي "تصح اجارة الأرض الزراعية مع بيان ما يزرع فيها او تخيير المستأجر بان يزرع فيها ما بدا له فيها".
- 3- المادة (824/ مدني عراقي).
- 4- تنص المادة (799/ مدني عراقي) "من استأجر أرضاً سنة ليزرع فيها ما يشاء فله ان يزرعها دورة سنوية شتوياً او صيفياً فاذا استأجرها لعدة سنوات، كان له ان يزرعها دورات زراعية بقدر هذه السنوات".
- 5- قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1971.
- 6- عصام أنور سليم، القانون الزراعي طبقاً للتعديلات المعاصرة، طبعة 2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006، ص 384.
- 7- نص المادة (506/ مدني عراقي).
- 8- فالغالب ان ينفذ المتعاقدان التزامهما الناتجة عن العقد دفعة واحدة، في الوقت المعين لذلك في العقد.

أ: إبرام عقد المغارسة¹

يتميز عقد المغارسة² عند إبرامه بخاصية الشكلية، إذ تنص المادة (3) من قانون التسجيل العقاري العراقي على أنه "لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"³، ليتضح أن المشرع فرض شكلية معينة في إبرام التصرفات العقارية، لتعد من أكثر الوسائل أهمية، حيث يلجأ إليها المشرع لتحقيق الأمن التعاقدي، بغية استقرار المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية. أما عن تعريف الشكلية فقد تم تعريفها بأنها "مجموعة من المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم حتى يمكن لها أن ترتب آثارها القانونية"⁴.

54

واستناداً إلى التعريف الوارد في نص المادة (73) من القانون المدني العراقي، فإن عقد المغارسة هو عقد رضائي، استناداً لمبدأ سلطان الإرادة⁵، أما فيما يتعلق بإبرام عقد المغارسة، فقد أوجب المشرع المغربي، بنص (268) من مدونة الحقوق العينية، وجوب إبرام هذا العقد في محرر رسمي، قطعاً بذلك الطريق أمام إبرام هذا العقد بمحررات عرفية⁶، وإن اكتساب المحرر المثبت لعقد المغارسة الصفة الرسمية، رهين بتقيد الوثائق بمجموعة من القواعد القانونية، والتي منها أن يكون محرر العقد مختص مكانياً ووظيفياً، والالتزام بالضوابط القانونية المعمول بها عند إبرامه، على أن يتضمن جملة من البيانات الموضوعية المنصوص عليها قانوناً⁷، في حين نجد أن المشرع التونسي، يعتبر عقد المغارسة الذي تم إبرامه بموجب سند عادي، عقداً رسمياً، إذا أقر الطرفان ذلك، وهو ما جاء في نص المادة (434 و 449) من مجلة الالتزامات والعقود⁸.

1- عرف المشرع العراقي العقد في المادة (73) من القانون المدني بأنه "ارتباط الانجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه".

2- بالإضافة إلى الشروط الشكلية، استلزم المشرع وجود شروط موضوعية لقيام عقد المغارسة صحيحاً، منها شروط تتعلق بالأرض حيث اشترط المشرع توافر شرطين وهما: "لا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقياً مشاعاً"، وكذلك "لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة" وهو ما جاء في نص المادة (265) من مدونة الحقوق العينية المغربية، وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها المرقم 5092/مديني/2010 في 1/1/2010، يقابل ذلك نص المادة (1/31) من قانون الإصلاح الزراعي، كما أن هناك شروط تتعلق بالشجر، حيث يجب لاعتبار عقد المغارسة صحيحاً، أن يتم تعيين نوع الشجر المراد غرسه في ذات العقد، كشجر العنب أو الزيتون، وهو ما جاء في المادة (268) من مدونة الحقوق العينية، وكذلك يجب بيان تاريخ الشروع في غرس الأشجار، نصت عليه المادة (269) من ذات المدونة بقابلها نص المادة (31) من قانون الإصلاح الزراعي العراقي، أما من حيث العدد فإن المادة (270) من المدونة تنص على أنه "إذا قل عدد الشجر عن ثلثي ما هو متفق عليه بالعقد أو العرف، فإن الغراس لا يملك الحصة المتفق عليها..."، في حين بنيت المادة (218) من المدونة وهي منصفة في كل من الأرض والأشجار، وهو ما نصت عليه المادة (1/14) - (3/30) من قانون الإصلاح الزراعي العراقي.

3- التصرف العقاري وفقاً لنص المادة (1/3) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ وهو "كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة".

4- حكيم بلحشر، الأمن القانوني في مجال المعاملات العقارية، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف ماجستير قانون الأعمال والتعمير في الكلية المتعددة التخصصات، دار الآفاق المغربية، 2019، ص 167؛ عبد الرحمن الشراوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، سلسلة البحوث والدراسات القانونية المعمقة، دار القلم، 2008، ص 42.

5- يعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه "هو قدرة الإرادة على إنشاء تصرف ما، وهي قادرة أيضاً على تحديد آثاره، إذ لكل فرد الحق في الدخول في رابطة عقدية جديدة أو عدم الدخول فيها، وكذلك لهم الحرية في طريقة التعبير عن الإرادة"، لمزيد من المعلومات راجع: رسالتنا في الماجستير، بعنوان "حق المستهلك في العدول - دراسة مقارنة"، جامعة الاسكندرية - كلية الحقوق، مصر، 2018، ص 2.

6- تنص المادة (268) من مدونة الحقوق العينية المغربية على "يجب إبرام عقد المغارسة في محرر رسمي استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها في المادة الرابعة من ذات المدونة...". حيث تنص المادة المذكورة على حرية اختيار المحرر في توثيق التصرفات العقارية؛ حكم قضائي صادر عم محكمة النقض التونسية بالعدد 706/مديني/1961 في 24/6/1961.

7- حكم قضائي مديني عدد 30947 مؤرخ في 1/2/1994.

8- تنص المادة (12) من قانون (09-32) "بممارسة الموثق مهامه بمجموع التراب الوظيفي"، وتنص المادة (35) من ذات القانون "يتلقى الموثق العقد الذي يفرض القانون إعطاءها الصيغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية...". وللمزيد: عثمان الشعايب، أحكام عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، 2018، عدد 6، ص 269 وما بعدها.

يتضح من هذه النصوص ان المشرع العراقي، لم ينص على وجوب وجود شكلية محددة بنص قانوني واضح من اجل ابرام عقد المغارسة كما هو عليه الحال لدى المشرع المغربي، الذي كان واضحا بموجب نص المادة (218) من مدونة الحقوق العينية بوجوب تحرير عقد المغارسة في محرر رسمي .

اما فيما يتعلق بأثبات عقد المغارسة، فلم يتضمن القانون المدني العراقي قواعد خاصة بأثبات عقد المغارسة، تاركا ذلك للقواعد العامة، تشير هذه القواعد الى عدم جواز اثبات الالتزام التعاقدي بالشهادة، اذا كانت قيمة التعرف المطلوب اثباته، تزيد عن خمسة الاف دينار الا بالكتابة، اما اذا كانت قيمة التصرف القانوني اقل من خمسة الاف دينار عنءها يجوز اثبات هذا التصرف بالشهادة¹، وهو ما سار عليه قضاء محكمة التمييز في عدد من احكامها²، وهذا يعني إن اثبات عقد المغارسة يكون عن طريق السندات الكتابية او الاقرار او اليمين .

إن اشترط البيئة التحريرية لأثبات عقد المغارسة، قد اءى الى ضياع حقوق العديد من اصحاب المغارسة، لان ابرام عقد المغارسة غالبا ما يتم دون سند كتابي، اما بسبب اواصر العلاقة التي تربط بين المغارس وصاحب الارض، او بسبب الجهل بالقانون، لذا كان على المشرع ايجاد حلول لهذه الاشكالية القانونية، حيث صدر القانون رقم (117) لسنة 1970 وقد نصت المادة (14) منه على انه "يجوز اثبات عقود المغارسة بالبيئة الشخصية وكافة طرق الاثبات القانونية الاخرى"³، على اعتبار ان المغارسة هي واقعة مادية بطبيعتها، لذلك اءاز قانون الاصلاح الزراعي اثباتها بكافة طرق الاثبات⁴، منها الأدلة الكتابية⁵، والاقرار⁶، والشهادة واليمين والقرائن⁷.

ويرى الباحث في خلاصة القول، إن ما ذهب إليه المشرع المغربي، من ضرورة إفراغ عقد المغارسة في محرر رسمي، قد يؤدي - بالرغم من محاسن هذا النص - الى ان يفقد الكثير من المغارسين لحقوقهم عند عدم تحقق الشكلية المطلوبة، نتيجة للإهمال أو عدم العلم بهذه الاحكام القانونية، أو لوجود مانع

1- نص المادة (77/ 1 و 2) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 حيث تتفق هذه المادة على "أولاً: يجوز اثبات وجود التصرف القانوني او انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على 5000 خمسة الاف دينار، ثانياً: اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك"، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان نص المادة (18) من ذات القانون تنص على "يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في الحالتين: 1- اذا فقد السند بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه. 2- اذا وجد مانع مادي او ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي".

2- حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 923 \ حقوقية \ 1960 \ 4 \ 5 \ 1960، حيث جاء في حكمها "لا يجوز اثبات عقد المغارسة بالبيئة الشخصية وانما يجب اثبات هذا العقد ببيئة تحريرية".

3- نص المادة (1/14) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم (117) لسنة 1970، ونجد الفقرة الأولى من هذه المادة تنص على انه "يكون للمغارس الفعلي المستمر في العناية بالبستان حصّة لا تقل عن النصف، في الارض والشجر، لمساحة مغارسته بعد انتهاء مدة عقد المغارسة، او مرور عشر سنوات على ابتداء غرسه لهما، ويظل كل اتفاق على حصّة تقل عن ذلك".

4- القاضي لفئة هامل العجيلي، عقد المغارسة، المصدر السابق، ص29.

5- حسين المؤمن، نظرية الاثبات - المحررات، جزء3، بيروت- بغداد العراق، 1975، ص5.

6- ان عقد المغارسة يصح اثباته بالإقرار الصادر من مالك الارض امام المحكمة، وهو ما قضت به محكمة التمييز في حكمها بعدد 933 \ حقوقية \ 1963، في 30/5/1963، راجع: ابراهيم المشهداني، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني، 2007، ص631؛ حكم قضائي تونسي، عدد 3818 \ مدني \ 1980 في 10/7/1980.

7- حيث إن ما ذهبت إليه هيئة تمييز الاصلاح الزراعي في قرارها المرقم 189/عائديه/ 1974 في 11/8/ 1974 هو "إن من كان شاهدا في ادعاء مغارسة لا يحق له الادعاء بذات الحق لنفسه"، أي انها استنبطت من شهادته عدم صحة الادعاء.

مادي أو أدبي يؤدي الى إبرام عقد المغارسة بشكل شفهي، وبالرغم من إمكانية إثبات عقد المغارسة اذا ما تم تحريره بموجب محرر عادي، إلا إن ما تقدم يعد عيباً يؤخذ عليه المشرع المغربي، وان ما ذهب إليه المشرع العراقي في قانون الاصلاح الزراعي، وقضاء محكمة التمييز الاتحادية العراقية، من إمكانية إثبات عقد المغارسة بجميع طرق الإثبات، هو موقف سليم من المشرع والقضاء العراقيين، من أجل السماح للمغارس بأثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً.

ب: آثار عقد المغارسة

56

إذا تحققت شروط عقد المغارسة، الشكلية منها والموضوعية، فإنه يترتب على ذلك كافة الآثار القانونية لطرفي عقد المغارسة، لذا سوف يبين الباحث في البداية كيفية انقضاء عقد المغارسة، ثم بعد ذلك سيتم توضيح الآثار القانونية لعقد المغارسة تبعاً:

1: انقضاء عقد المغارسة

ينقضي عقد المغارسة بأحد طرق ثلاث، وهي اما بانتهاء المدة المحددة، أو فسخ العقد بسبب اخلال المغارس بالتزاماته، أو بسبب عجز الورثة عن الاستمرار بالمغارسة بعد موت المغارس، كالتالي:

من ناحية انتهاء المدة المحددة- فنجد ان القانون المدني العراقي قد حدد مدة هذا العقد بما لا يقل عن خمسة عشر سنة، في نص المادة (825) منه،¹ في نجد ان قانون الاصلاح الزراعي العراقي قد نص في المادة (14) منه على "1-1- يكون للمغارس الفعلي المستمر في العناية بالبستان حصة لا تقل عن النصف في الارض والشجر لمساحة مغارسته، بعد انتهاء مدة عقد المغارسة، أو مرور عشر سنوات على ابتداء غرسه لهما.."²، فأدى بقي مدة عشر سنوات فإنه يكون قد اوفى بالتزاماته الناشئة عن عقد المغارسة، اما انتهاء عقد المغارسة بالفسخ، فنجد ان المادة (827) من القانون المدني العراقي، قد منحت صاحب الأرض بعد اعدار المغارس، الحق في فسخ العقد مع التعويض، اذا لم يتم الغراس الغراس خلال مدة خمس سنوات من تاريخ إبرام العقد³، وللمغارس عند طلب الفسخ طلب بدل المثل عما قام به من اعمال المغارسة⁴، مع الأخذ بنظر الاعتبار إن ما اتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون فيما يتعلق بالمدة المتفق عليها لإنجاز اعمال التشجير⁵.

1- نص المادة (825) من القانون المدني العراقي "اذا لم تحدد للمغارسة مدة، يرجع في تقديرها الى العرف ولا يجوز ان تقل المدة في جميع الاحوال عن خمسة عشر سنة".

2- نص المادة (14) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1970.

3- نص المادة (827) من القانون المدني العراقي "على المغارس ان يتم الغراس في مدة خمس سنوات من ابتداء العقد ما لم يتفق على خلاف ذلك، فاذا لم يوف المغارس بهذا الالتزام كان لرب الارض الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى".

4- نص المادة (832) من القانون المدني العراقي؛ حكم محكمة النقض التونسية بالعدد 5651 / مدني / 1981 في 16 / 6 / 1981؛ نقض تونسي بالعدد 9619 / مدني / 1984.

5- حكم محكمة النقض التونسية بالعدد 37623 / مدني / 1994 في 13 / 12 / 1994.

أما انتهاء عقد المءارسفة بسبب عجز الورثة عن الاستمرار بالمءارسفة بعد موت المءارس، فقد نصت المءاءة (831) من القانون المءني العراقي على ان عقد المءارسفة لا ينفسخ بموت أحد الطرفين بل ينتقل الى الورثة، غير أنه إذا كان ورثة المءارس غير قادرين على الاستمرار في المءارسفة كان لرب الارض طلب الفسخ مع التعويض¹، وهو ما جاء في حكم لمحكمة النقض التونسية²، إذا لهذه الاسباب التي سبق بياؤها ينقضي عقد المءارسفة.

2: آثار عقد المءارسفة

57

تشمل آثار عقد المءارسفة حالة بلوغ الشجر حد الطعام أو حسب ما هو متفق عليه في العقد، أو ما يقتضي العرف.

بالنسبة لآثار عقد المءارسفة عند بلوغ الشجر حد الاطعام فيلاحظ أن المشرع رتب آثار عند المءارسفة، عند بلوغ الشجر حد الاطعام، وهو تملك المءارس حقاً عينياً يتمثل بتملك حصاة شائعة من الارض والاشجار، بعد ان ينفذ المءارس كافة التزاماته المترتبة على العقد، وتنص المءاءة (14) من قانون الاصلاح الزراعي على إنه "تبقى حصاة المءارس في الارض والشجر مشاعة وعلى المءارس الفعلي المستمر في هذه الحالة الاستمرار في عمله بالعناية بالبستان كالسابق مقابل الحصاة المعينة له من الناتج بموجب هذا القانون"³، اما المشرع المغربي فنجد انه نص في المءاءة (267) من مءونة الحقوق العينية، على ان المءارس يملك حقاً عينياً يتمثل بجزء من الارض والشجر عند بلوغ الشجر حد الاطعام⁴، حيث جاء في نص م (272) من المءونة بانه "لا يرتب عقد المءارسفة حقاً عينياً للمءارس إلا إذا تحقق شرط الاطعام..."⁵، وهو ما اكءته محكمة النقض وبعض محاكم الموضوع في بعض احكامها⁶، وان عقد المءارسفة ينعقد بشروط ليس من بينها شرط المءة⁷.

ويتحقق شرط الاطعام، حسب ما يرى البعض من الفقه، "عند اتمام عمل المءارس ونجاح مءارسفته متى توافرت فيها جميع الشروط المقررة، اء لا يصبح المءارس شريكاً بالحصاة المعينة إلا اذا نجح غرسه

1- المءاءة (831) من القانون المءني العراقي النافء؛ قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية جاء فيه "الحق العيني في المءارسفة ينتقل الى الورثة بمجرد وفاة المورث" رقم الحكم 408 / مءارسفة / 2012 في 2012 / 7 / 31.

2- حكم قضائي بالعدد 5651 / مءني / 1981 في 1981 / 6 / 16.

3- نص المءاءة (6\14) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي.

4- نص المءاءة (267) مءونة الحقوق العينية المغربية "اذا بلغ الشجر حد الاطعام اكتسب المءارس حقه العيني وتصير الارض والشجر ملكاً شائعاً بين مالك الارض والمءارس بحسب الحصاة التي وقع الاتفاق عليها عند المءارسفة".

5- نص المءاءة (272) مءونة الحقوق العينية المغربية "لا يرتب عقد المءارسفة حقاً عينياً للمءارس إلا اذا تحقق الاطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي، او ثبت بجزرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة...".

6- القرار المرقم 958 \ عقاري \ في 28 \ 12 \ 2007؛ وكذلك قرار محكمة استئناف مراكش عدد 2101 في 27 / 12 / 2007، مشار اليه لءى: عثمان الشعابتي، المرجع السابق، ص288؛ اما المشرع العراقي فلم نءده ينص على الاحكام التي جاء بها المشرع المغربي.

7- قرار محكمة النقض المغربية في 23\11\1983، في القضية المرقمة 1725 \ مءني \ بالعدد 80778 في 23 \ 11 \ 1983، اما القانون المءني العراقي فقد نصت المءاءة (825) منه على إنه "اذا لم تحءء للمءارسفة مءة، يرجع في تقديرها الى العرف..."، اء يجوز ابرام عقد المءارسفة دون الاتفاق على المءة ابتداءً.

واطعمت الاشجار التي غرسها واثمرت"¹، وبالإضافة الى شرط الاطعام، فقد اشترط المشرع المغربي تحقق شرط الاشهاد على الاطعام، كشرط لاستحقاق الغراس الحق العيني، المتمثل بالنصف في الارض والشجر، وهذا الاشهاد يمكن اثباته بمحرر رسمي، او خبرة قضائية مصادق عليها من قبل المحكمة، وهو ما نصت عليه المادة (272) من المدونة².

ولكن ما الحكم لو هلك الشجر كله او بعضه قبل انتهاء المدة المحددة بالاتفاق او العرف؟

جاء نص المادة (271) من مدونة الحقوق العينية المغربية على إنه "اذا هلك الشجر قبل بلوغه حد الاطعام فلا حق للغراس الا في حدود ما اتفق عليه او بما يقضي به العرف المحلي"³، وهو ما جاء في فقه الشريعة الاسلامية⁴.

وبالنسبة لحالة ما إذا بلغ الغرس ما هو متفق عليه في العقد، أو ما يقتضي العرف فيكون للغراس والحال هذه، حصته في الارض والشجر، حسب ما جاءت به المادة (271) من المدونة حيث جاء فيها "اذا هلك جميع الشجر او جله بسبب قوة قاهرة او حادث فجائي بعد بلوغه حد الاطعام، اعتبر ان الغراس وفي بالتزاماته واستحق الحصص المتفق عليها في الارض".

ويثور التساؤل - عما اذا ابرام عقد المغارسة على ارض مملوكة للدولة أو ارض موقوفة؟ أجابت على ذلك محكمة التمييز الاتحادية العراقية على هذا التساؤل، في الحكم المرقم 143/ مغارسة/ 2007 في 7 / 2 / 2007، حيث نص مبدأ الحكم على "اذا كانت الارض مملوكة للدولة وحق التصرف فيها للغير فلا يجوز لأصحاب التصرف إبرام عقد المغارسة لهذه الارض عملاً بأحكام المادة 235 من قانون التسجيل العقاري"⁵، ولا يمكن تثبيت حقوق المغارسة على عقار لم يكن مالكه خصوصاً في الدعوى⁶.

كما إنه لا يجوز للمستأجر الذي يقوم ببعض الاعمال في العقار، لقاء أجره، واستلامه لهذا الأجر، ان يدعي إن له حق مغارسة على العقار، على اعتبار انه قام بغرس المغروسات، وإنما تخضع اعماله لأحكام عقد المقاولة والإستصناع، وهو ما جاء في نص المادة (864) من القانون المدني، وان المغروسات تعد جزءاً لا يتجزأ من عقد المقاولة⁷.

1- عبد الكريم شهون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 08-39، طبعة أولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2015، ص 470، مشار اليه لدى: عثمان الشعابي، مصدر سابق، ص 274.

2- حكم محكمة استئناف الرباط، رقم القرار 981 في 30\12\2010، مشار اليه لدى: عثمان الشعابي، مصدر سابق، ص 289 و 290.

3- نص المادة (271) من مدونة الحقوق المغربية.

4- عثمان الشعابي، المصدر السابق، ص 291.

5- نص المادة (235) من قانون التسجيل العراقي؛ حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم 1213/ مغارسة/ 2007 في 4 / 7 / 2007، حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 229 / الحياة الموسعة المدنية، 2017 في 18 / 7 / 2017، حيث يكون العقد باطلاً، والعقد الباطل لا يرد عليه الفسخ، لأن الفسخ يرد على العقود الصحيحة.

7- حكم محكمة بداءة كركوك بالعدد 153/ب/ 1992 (غير منشور)؛ حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1521 / مغارسة / 2996 في 19 / 7 / 2006.

يتبين من خلال تحليل الموضوع ما يلي:

1. لم يتناول المشرع العراقي، بالتنظيم الدقيق لأحكام عقد المغارسة، كما فعل المشرع المغربي، من حيث كيفية انتهاء عقد المغارسة، و آثار عقد المغارسة، بالرغم من انه نص على احكام هذا العقد في ثلاث تشريعات مختلفة.

2. تناول المشرع العراقي تعريف عقد المغارسة وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المغربي والليبي والتونسي، اما المشرع المصري فلم ينص على احكام عقد المغارسة، وإنما تناول بالتنظيم لأحكام عقد المزارعة.

3. نص المشرع العراقي على جواز اثبات عقد المغارسة بكافة طرق الأثبات، عند عدم وجود محرر مكتوب.

4. إن الطبيعة القانونية لهذا العقد، مغايرة عن باقي العقود، حيث يبدأ هذا العقد في صورة وينتهي في صورة أخرى مغايرة.

5. لاستحقاق المغارس لنصف الارض والشجر، يجب عليه ان يتم الغراس خلال المدة المتفق عليها، او المتعارف عليها، أو خلال خمس سنوات من تاريخ الاتفاق على عقد المغارسة.

6. يستحق المغارس النصف في الارض والشجر، عند القيام بتنفيذ التزاماته المترتبة على العقد، اما عند عدم قيام المغارس او ورثته بالالتزامات، فلصاحب الارض طلب الفسخ مع التعويض. ولذلك يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

1. ندعو المشرع العراقي الى تنظيم احكام عقد المغارسة بشيء من الدقة، على غرار المشرع المغربي.

2. على المشرع المغربي ان يسمح بأثبات هذا العقد، في حال انعقاده شفهيًا بكافة طرق الاثبات.

3. ندعو المشرع المصري، الى تناول عقد المغارسة بالتنظيم القانوني له، وعدم الاكتفاء بالأحكام الواردة في القانون المدني بخصوص عقد المزارعة.

4. ندعو المشرع العراقي الى توحيد مدة العقد المنصوص عليها في القانون المدني، وجعلها عشر سنوات كما هو الحال في قانون الاصلاح الزراعي.

ندعو القضاء العراقي مثلاً بمحكمة التمييز الاتحادية، ومحاكم الموضوع، الى التطبيق السليم للنصوص القانونية، وتوفير الحماية القانونية، وعلى محاكم الموضوع، السماح للمغارس بأثبات العقد بكافة طرق الأثبات المقررة قانوناً، لا ان ترد الدعوى، وهو ما يثقل كاهل المغارس، وتحمله وقت ونفقات أضافي.

قائمة منابع المقال

1- المصادر

القوانين:

- ✓ القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951.
- ✓ قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1970.
- ✓ قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.
- ✓ القانون الفرنسي الصادر بالمرسوم 131 لسنة 2016.
- ✓ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- ✓ قانون الالتزامات والعقود المغربي 1913.
- ✓ مجلة الالتزامات والعقود التونسية 1906.
- ✓ القانون المدني الليبي النافذ لسنة 1953.

الاحكام والقرارات القضائية:

- ✓ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 1852/ح/1963 في 1963/12/23.
- ✓ قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 275/ج/1969 في 1969/12/20.
- ✓ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 1400/هيئة عامة/ 1969 في 1969/12/6.
- ✓ محكمة النقض المغربية في قرارها المرقم 5092/ مدني/ 2010 في 1/1/ 2010،
- ✓ حكم قضائي صادر عم محكمة النقض التونسية بالعدد 706/ مدني/ 1961 في 24 / 6 / 1961.
- ✓ حكم قضائي مدني عدد 30947 مؤرخ في 1994/2/1.
- ✓ حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 923\حقوقية\ 1960 في 4\ 5\ 1960.
- ✓ حكم قضائي تونسي، عدد 3818\ مدني\ 1980 في 10\7\ 1980.
- ✓ هيئة تمييز الاصلاح الزراعي في قرارها المرقم 189/ عائديه/ 1974 في 11/ 8/ 1974.
- ✓ حكم محكمة النقض التونسية بالعدد 5651 / مدني / 1981 في 16 / 6 / 1981.
- ✓ نقض تونسي بالعدد 9619/ مدني / 1984.
- ✓ حكم محكمة النقض التونسية بالعدد 37623 / مدني/ 1994 في 13 / 12 / 1994.
- ✓ حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم الحكم 408/ مغارسة/ 2012 في 31 / 7 / 2012.
- ✓ حكم قضائي بالعدد 5651 / مدني / 1981 في 16 / 6 / 1981.
- ✓ قرار محكمة النقض المغربية في القضية المرقمة 1725 \ مدني \ بالعدد 80778 .
- ✓ حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم 1213/ مغارسة/ 2007 في 4 / 7 / 2007.
- ✓ حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 229/ الهيئة الموسعة المدنية، 2017 في 18 / 7 / 2017.
- ✓ حكم محكمة بداءة كركوك بالعدد 153/ب/ 1992 (غير منشور).
- ✓ حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1521 / مغارسة / 2996 في 19 / 7 / 2006.

2- المراجعمراجع عامة

- ✓ حسن توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- ✓ حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
- ✓ سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، جزء 1، البيع والايجار، طبعة 3، مطبعة العاني، بغداد، 1974.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد 2، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء- الايجار- والعارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- ✓ علي عبد الجبار رحيم، القانون المدني لجمهورية الصين الشعبية بالعربي، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2021.
- ✓ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
- ✓ هاشم حافظ و آدم وهيب الندوي، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، طبعة جديدة ومنقحة، 2018.

مراجع خاصةكتب مختصة

- ✓ ابراهيم المشهداني، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني، 2007.
- ✓ حسين المؤمن، نظرية الاثبات - المحررات، جزء 3، بيروت- بغداد، 1975.
- ✓ حكيم بلحشر، الأمن القانوني في مجال المعاملات العقارية، الكلية المتعددة التخصصات، دار الأفاق المغربية، 2019.
- ✓ عبد الرحمن الشراوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، سلسلة البحوث والدراسات القانونية المعمقة، دار القلم، 2008.
- ✓ عدنان احمد ولي، في القانون الزراعي، جزء 1، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990.
- ✓ عصام أنور سليم، القانون الزراعي طبقاً للتعديلات المعاصرة، طبعة 2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.
- ✓ عمر أزوكار، التحفيظ العقاري في ضوء التشريع العقاري وقضاء محكمة النقض، طبعة 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014.

أبحاث خاصة

- ✓ كريم علي سالم، حق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، مصر، 2018.
- ✓ لفته هامل العجيلي، التنظيم القانوني لعقد المغارسة، دراسة في ضوء القانون المدني وقانون الاصلاح العراقي، رسالة ماجستير - معهد المعلمين للدراسات العليا، 2017.

3- المقالات

- ✓ بن خده حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 2018، عدد 11.
- ✓ عبدالله غزاي، حق المساطحة والاجارة الطويلة وموقف القضاء منها، مجلة العدالة عن وزارة العدل، بغداد، السنة 2، 2000، العدد الأول.
- ✓ عثمان الشعابتي، أحكام عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، 2018، عدد 6.
- ✓ علي نصرت الاسعدي، المساطحة والمغارسة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة 7، 2015، العدد 26.