



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

أثر حُسن النية في نطاق الحقوق العينية (دراسة مقارنة)

اطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من
متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون / القانون الخاص

من قبل الطالب
محمد عدنان باقر مكي

اشراف
أ.د. سلام عبد الزهرة عبد الله

٢٠٢٢ م

١٤٤٣ هـ



﴿إِقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (٣) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (٤)
عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (٥)﴾

(صدق الله العلي العظيم)

(سورة العلق (آية ٣-٥))

الإهداء

إلى سيدي ومولاي أمير المؤمنين عليه

السلام أهدي جهدي المتواضع هذا

راجيا القبول

شكر وتقدير

اما وقد انعم الله علي ووفقني في اتمام هذه الاطروحة فان الوفاء والعرفان بالجميل يحتمان علي تقديم شكري وتقديري واحترامي الى كافة الايادي الكريمة التي امتدت لمساعدتي واسهمت في تمكيني من انهاء هذا العمل .

فأبدا بتسجيل وافر شكري وتقديري وامتناني الدائم الى الاستاذ الدكتور (سلام عبد الزهرة عبد الله) المشرف على هذه الاطروحة لما قدمه لي من مساعدة ومتابعه مستمرة وتوجيهات قيمة وسديدة لتذليل العقبات وازالة العراقيل ليخرج هذا البحث بالصورة اللائقة ، فله مني جزيل الشكر والتقدير متمنيا من الله تعالى ان ينعم عليه بالصحة ودوام الموفقية . اود ان اخص بالشكر والامتنان الى الاستاذ الدكتور ميري كاظم عبيد عميد الكلية الذي كان له الفضل في اثراء الاطروحة . والاستاذ الدكتور خيري الدين الامين رئيس القسم الخاص لتقديمه المساعدة والدعم المستمر .

واود ان اسجل عظيم شكري وامتناني الى استاذتي الافاضل في القسم الخاص . كذلك اتقدم بوافر الشكر الى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل والله من وراء القصد .

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
١	موضوع البحث وأهميته
٣	مشكلة البحث
٤	أسباب اختيار البحث
٤	منهجية البحث ونطاقه
٥	خطة البحث
٣٣-٦	الفصل الأول : مفهوم مبدأ حسن النية .
٢٢-٦	المبحث الأول : تعريف مبدأ حسن النية.
١٩-٧	المطلب الأول : معنى حسن النية
١٢-٧	الفرع الأول : تعريفه لغة واصطلاحاً
١٩-١٢	الفرع الثاني : تعريفه اصطلاحاً.
٢٢-١٩	المطلب الثاني : تمييز مبدأ حسن النية مما يشته به.
٢٠-١٩	الفرع الأول : تمييزه عن الإرادة.
٢٢-٢٠	الفرع الثاني : تمييزه عن الباعث
٣٣-٢٣	المبحث الثاني : خصائص مبدأ حسن النية ووظائفه.
٢٧-٢٣	المطلب الأول : خصائص مبدأ حسن النية.
٢٦-٢٣	الفرع الأول : حُسن النية وطبيعته الذاتية .
٢٧-٢٦	الفرع الثاني : حسن النية وأصله الأخلاقي .
٣٣-٢٨	المطلب الثاني : وظائف مبدأ حسن النية
٣٠-٢٨	الفرع الأول : حسن النية وتحقيق العدالة
٣١-٣٠	الفرع الثاني : حسن النية كمعيار مرن
٣٣-٣١	الفرع الثالث : حسن النية في استقرار المعاملات

الصفحة	الموضوع
١٤٣-٣٤	الفصل الثاني :حُسْنُ النية في الحقوق العينية الأصلية
٨٦-٣٥	المبحث الأول :أثر حُسْنُ النية في حق الملكية
٦٠-٣٥	المطلب الأول :أثره في علاقات الجوار
٥١-٣٦	الفرع الأول: أثره في علاقات الجوار غير المألوفة
٦٠-٥١	الفرع الثاني : أثره في علاقات الجوار المألوفة
٨٦-٦١	المطلب الثاني: أثر حسن النية في اكتساب الملكية
٦٥-٦١	الفرع الأول: أثره في الاستيلاء
٧٤-٦٦	الفرع الثاني : أثره في الالتصاق
٨٦-٧٤	الفرع الثالث: أثره في الحيازة
١٤٣-٨٧	المبحث الثاني: حسن النية في الحقوق المتفرعة من حق الملكية
١٢٥-٨٧	المطلب الأول: أثره في اكتساب الحقوق المتفرعة من حق الملكية
١٠١-٨٧	الفرع الأول: حق التصرف والحكر
١٠٦-١٠١	الفرع الثاني : حق الانتفاع
١٠٧-١٠٦	الفرع الثالث : حق الاستعمال وحق السكنى
١١٠-١٠٨	الفرع الرابع : حق المساطحة
١٢٥-١١١	الفرع الخامس: حقوق الارتفاق
١٤٣-١٢٥	المطلب الثاني : أثر حسن النية في المسائل المترتبة على الحقوق المتفرعة من حق الملكية
١٣٧-١٢٥	الفرع الاول : الحائط المشترك والحائط الفاصل
١٤٣-١٣٧	الفرع الثاني : ملكية السفل والعلو
٢١٧-١٤٤	الفصل الثالث : أثر حسن النية في مسائل الحقوق العينية التبعية
١٨٨-١٤٥	المبحث الاول :أثره في الرهن الحيازي والتاميني
١٦٥-١٤٥	المطلب الاول : أثر حسن النية في الرهن الحيازي

الصفحة	الموضوع
١٤٩-١٤٥	الفرع الاول : مفهوم الرهن الحيازي وأهم خصائصه
١٦٤-١٤٩	الفرع الثاني : آثار الرهن الحيازي
١٦٥-١٦٤	الفرع الثالث : انقضاء الرهن الحيازي
١٨٨-١٦٦	المطلب الثاني : اثر حسن النية في الرهن التأميني
١٧١-١٦٦	الفرع الاول : مفهوم الرهن التأميني وأهم خصائصه
١٨٢-١٧٢	الفرع الثاني : آثار الرهن التأميني
١٨٨-١٨٢	الفرع الثالث : انقضاء الرهن التأميني
٢١٧-١٨٩	المبحث الثاني : أثر مبدأ حسن النية في حقوق الامتياز والاختصاص
٢٠٠-١٨٩	المطلب الاول : اثر مبدأ حسن النية في حق الامتياز
١٩٤-١٨٩	الفرع الاول : مفهوم حق الامتياز وأهم خصائصه
٢٠٠-١٩٤	الفرع الثاني : آثار حق الامتياز
٢١٧-٢٠٠	المطلب الثاني: أثر مبدأ حسن النية في حق الاختصاص
٢٠٨-٢٠٠	الفرع الاول : مفهوم حق الاختصاص والشروط الموضوعية لتقريره
٢١٧-٢٠٨	الفرع الثاني : آثار حق الاختصاص وانقضاءه وانقضائه
٢٢٢-٢١٨	خاتمة البحث
٢٢٠-٢١٨	الاستنتاجات
٢٢٢-٢٢١	التوصيات
٢٣٧-٢٢٣	المصادر
A	الملخص باللغة الانكليزية

المقدمة

يُعد أثر حسن النية في الحقوق العينية من المواضيع المهمة على الصعيدين النظري والعملي وفي سبيل ذلك يقتضى بيان موقف بعض القوانين المدنية والفقه الإسلامي مدعماً بموقف القضاء منه وما يرافق ذلك من تباين في الآراء وقبل ذلك كله وجب الوقوف على لمحة بسيطة في سبيل معرفة موضوع البحث وأهميته ومشكلته وأسباب اختياره ومنهجيته ومن ثم التعرف على خطته.

موضوع البحث وأهميته :

بين حقوق مستقلة بذاتها ولذاتها دون أن تستند إلى حق آخر ، وهي حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر والارتفاق ، وبين حقوق تقوم مستنده إلى حق آخر لضمان الوفاء به وهي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز ، وإذا كان من بين المبرز من تلك الحقوق ، هو حق الملكية بما يؤديه من وظيفة اجتماعية وبما يخوله ذلك الحق لصاحبه من عناصر في تصرف أو استعمال أو استغلال، فإن مبدأ حسن النية لا يفارق ذلك الحق في عنصر من عناصره أو على مستوى تأديته لوظيفته الاجتماعية وكذلك في أسباب كسب الملكية سواء كانت أسباباً منشئة أي تؤدي إلى اكتساب بشخص الملكية شي لم يكن مملوكاً لأحد من قبل أو أسباباً ناقلة ، أي يؤدي لاكتساب ملكية كانت قائمة في ذمة شخص قبله فهذا المبدأ يدخل في هذه الأسباب فهو في الاستيلاء يكون بجانب العنصر المادي عنصراً معنوياً هو نية التملك وما يؤثر بها في تكوين هذه النية.

وهو كذلك في الالتصاق بنوعيه الطبيعي والصناعي إذ هو في الأول يتخذ في سوء النية وإحداث ذلك الاتفاق ، أما إذا كان بفعل الإنسان فقد كان حسن النية أساساً للتمييز بين الباني حسن النية والباني سيئ النية فيرتب آثاراً على ذلك وكان ذلك مبنياً على اعتقاد الباني أن له حقاً

في إقامة المنشآت سواء لاعتقاده انه مالك للأرض التي بنى عليها أو لاعتقاده انه من حقه هذا البناء رغم عدم تملكه للأرض بناء على سبب يسوغ له البناء في ارض الغير ، أما إذا كان سيء النية في العلم بأنه ليس من حقه إقامة البناء لعلمه أنه لا يملك هذه الأرض وان ليس له سبب قانوني يسوغ البناء عليها ، كما وكان لهذا المبدأ أن يخالف المنطق القانوني في مسألة الجود بحسن النية على جزء ملاصق من أرض الجار وهو في الحيابة، ما يرتبه القانون عليها من آثار في الحماية التي يسبغها عليها ودورها في إثبات الحق والاعتراف بها سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية فيكاد يكون مبدأ حسن النية فيها أساساً في خلوها من كل عيب إذ أن العنصرين وحدهما غير كافيين ما لم تكن خالية من العيوب ، ومن ثم فإن جملة الصفات التي يبطلها القانون لترتيب الآثار تتفق مع حسن النية لدى الحائز ، ويبقى حسن النية مواكب للحيابة خصوصاً في انتقالها إلى الخلف العام في التقادم المكسب، كما يؤدي دوراً مهماً في قصر المدة وطولها ، أما في المنقول فهي تؤدي إلى كسب الملكية دون اشتراط استمرار هذه الحيابة مدة معينة ، على أن يكون الحائز حسن النية لتكتمل شروط انطباق قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز أما حسن النية في مجال نطاق تلك الحقوق فهو الرائد في ضبطها بما يمثله من حدود لهذه الحقوق ممثلنا في تلك القيود المفروضة على حق الملكية وما يفرضها الجوار بوجه عام بالامتناع عن الغلو في استعمال الحق، فيما نجد المشرع في القانون المدني المصري في المادة (١٠٣٤) انحاز لمصلحة الدائن المرتهن بإبقاء الرهن الصادر من غير المالك الذي تقرر إبطال سند الملكية أو فسخه أو إلغاؤه إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن حماية الثقة المشروعة واستقرار المعاملات وحماية الائتمان في المجتمع في حين لم يكن المشرع العراقي ليقدر مثل ذلك النص كما وان الشيء نفسه في الرهن الصادر من الوارث الظاهر وما ذهب الفقه في فرنسا ومصر إلى الاعتداد بالوضع الظاهر وصحة الرهن ونفاذه في مواجهة

الوارث الحقيقي إذا كان حسن النية تأسيساً على قاعدة الغلط يولد الحق كما أن هذا المبدأ يكون معياراً يمكن الالتجاء إليه حال التنازع بين الدائن المرتهن وامتياز بائع المنقول ، في متنازع بائع المنقول يزول حتى يتعارض مع حقوق كسبها الغير بحسن النية ، وعلى ذلك إذا كان الدائن المرتهن حسن النية لا يعلم بامتياز بائع المنقول فإن التقدم والأفضلية تكون له وكذلك في الرهن الحيازي فلم يكن المشرع العراقي موافقاً لقواعد حسن النية والأرض الظاهرة ، فالمالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي بسبب فسخ عقد ملكيته أو زواله لأي سبب يُعد كأن لم يكن مالكا ترتب على زوالها زوال الرهن حتى وإن كان الدائن المرتهن حسن النية .

مشكلة البحث :-

١- إذا كانت فكرة حسن النية من أهم الأفكار الشائعة في الغالبية العظمى من النظم القانونية ، ولكن من النادر يهتم المشرعون بوضع تعريف محدد واضح لها وهذه مهمة الفقه والقضاء.

٢- تعدد الأدوار الذي تؤديه هذه الفكرة ، فهي تختلف من نظام قانوني إلى آخر ، ومرد ذلك لكونه من الأفكار المرنة إذ تؤدي النية دوراً كبيراً في تحديد مضمونه ، كما أن بعض النظم تجعل مكانه احتياطياً في النظام القانوني من ناحية ثابتة ، فضلاً عن إن النية في جوهرها مدة أخلاقية ودينية واجتماعية

٣- أن أثر حسن النية إذا شئنا نستجليه في تشريع من التشريعات علينا النظر في مثل وعمق النظرة الأخلاقية، ومدى تغلغل النزعة الدينية في ذلك المجتمع وهذا ما يثير صعوبة وخصوصاً في مجال التطبيق الفعلي قلة الدراسات في فكرة حسن النية فهي إذا كانت من التصرفات ملحوظة فلا نجدها تكاد موجودة في مجال الحقوق سواء كانت حقوق عينية أصلية أو تبعية

أسباب اختيار البحث:-

١- لا يخفى أن مبدأ حسن النية من المبادئ المهمة التي تقوم عليها معظم النظم القانونية الحديثة ، فهو مبدأ واسع النطاق ونفهم أهميته بعد انتشار وسائل الغش والخداع والحيل غير المشروعة ، وبذلك يظهر دوره فيما يؤديه قدر من العدالة الأمر الذي يؤكد ضمان سيادة النظام وحسن تطبيقه .

٢- لابد من النظر إلى الوضع الظاهر مراعاة لاستقرار المعاملات وتحقيق قدر من العدالة وهنا يأتي دور مبدأ حسن النية في التوفيق بين هذين الأمرين

٣- اثر النزعة الأخلاقية والمثل التي يحملها مجتمع معين اذ يبدو ذلك الأثر في انطباع الصياغة التشريعية ولاسيما انعكاسها الذي يكون أكثر وضوحا في النطاق التطبيقي بما يؤدي ذلك إلى نقل أسباب التنازع فيمنحي سوء النية أو يكاد

٤- على الرغم من اختلاف الفلسفات التي أنتجت التشريعات فإن الحقوق التي تمنح لا تكون مطلقة بغير قيود تضمن ممارستها في إطار تحقيق الغاية في تقريرها، فالقانون لا يمكن له أن يضطلع بتلك المهام ما لم يستند إلى مبادئ توجيهية ، ومن هذه المبادئ حسن النية

منهجية البحث ونطاقه :-

انتهجنا لموضوع اثر حسن النية في نطاق الحقوق العينية منهجا تحليلياً مقارناً في سبيل بحث الموضوع وأجريناه مقارنة بين القانون المدني العراقي، وبعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري فضلاً عن القوانين المدنية الغربية متمثلة بالقانون المدني الفرنسي وكذا الآراء الفقهية التي قيلت في موضوع البحث، مساييرين أيضاً القرارات القضائية الصادرة من القضاء العراقي والقضاء المصري والقضاء الفرنسي فيما يتعلق بموضوع حسن النية وفي نطاق الموضوع

تم بحث حسن النية في نطاق الحقوق العينية سواء كانت حقوقاً عينية أصلية في نطاق ممارستها أو اكتسابها وتأثير حسن النية عليها ، كما بحثنا ذلك التأثير في مجال الحقوق العينية المنبثقة ، من رهن تأميني أو رهن حيازي أو حق امتياز ومدى تأثير ذلك بمبدأ حسن النية .

خطة البحث :-

توزع موضوع البحث في ثلاثة فصول ، خُصَّصَ الفصل الأول منه إلى مفهوم مبدأ حسن النية، يتفرع كلامنا فيه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول تعريفَ حسن النية وكان الحديث في المبحث الثاني عن خصائص مبدأ حسن النية ووظائفه . أما في الفصل الثاني فكان الكلام فيه عن حسن النية في الحقوق العينية الأصلية، ويضم مبحثين فصلنا في المبحث الأول منهما الكلام حول أثر حسن النية في الحقوق العينية الأصلية في حين كان المبحث الثاني يتناول حسن النية في الحقوق المتفرعة من حقوق الملكية ، وأما الفصل الثالث ففيه تناولنا أثر حسن النية في مسائل الحقوق العينية التبعية، وفيه مبحثان كان الكلام في الأول منهما عن أثر حسن النية في الرهن الحيازي والتأميني ، فيما كان اثر مبدأ حسن النية في حقوق الامتياز والاختصاص هو عنوان المبحث الثاني والأخير فإذا تم لنا البحث كانت الخاتمة تضم الاستنتاجات والمقترحات التي توصل إليها هذا البحث .

الفصل الأول

مفهوم مبدأ حسن النية

الفصل الاول

مفهوم مبدأ حسن النية

ان مبدأ حسن النية يحتل في القوانين المعاصرة كما هو في القوانين القديمة ارحب مكان ، بينما تسعى النظم القانونية ان تقوم علاقات الافراد على أساس التفاهم التعاون المتبادل تحقيقا للخير العام ، بما اوجبت على الفرد في ان يسلك من الأفعال ما لا يضر بها الغير ضررا كان في إمكانه ان يتجنبه او ان يقلل منه الى ادنا حد ممكن حتى تنتشر الطمأنينة ، وتخلق الثقة ، وتحارب سوء النية خدومة للمجتمع ، والانسان في ان يكون الفرد حسن النية اتجاه أبناء مجتمعه ، ولا ينوي به سواء ويعاملهم بمثل ما يروم ان يعاملوه به وان يتصرف بقدر ضروري من التبصر والاهتمام بشؤون الآخرين كي لا يسبب لهم ضررا لاعن سوء نية ، ولا عن اهمال ولهذا كان لمبدأ حسن النية الأثر القوي في اعلاء شان القاعدة الأخلاقية في النطاق القانوني ، ولإعطاء صورة عن هذا المبدأ سنقسم هذا الفصل على مبحثين نبين في المبحث الأول تعريف حسن النية وفي المبحث الثاني نعرض اهم خصائصه ووظائفه .

المبحث الاول

تعريف مبدأ حسن النية

ان تحديد نطاق مبدأ حسن النية يتطلب رفع أي خلط او لبس من خلال اعطاءه معنا واضحا ومحددا ولما كان مبدأ حسن النية مصطلحا مركبا من كلمتين فان تحديد معناه لا يكون الا بتحديد معنى هذين اللفظين كل منهما على نحو مستقل وليبان ذلك سنقسم المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول معنى حسن النية اما المبحث الثاني فسنكرسه لتمييزه مما يشته به .

المطلب الاول

معنى حسن النية

حسن النية مركب إضافي من جزأين هما ((حسن)) و((نية)) ولتعريف هذا المركب الإضافي علينا التعرض الى تعريف كل جزء من أجزائه على حده، فنعرف الحسن ثم نعرف النية وبذلك يسهل علينا تعريف المركب الإضافي (حسن النية).

الفرع الأول

اولاً. تعريفه لغة واصطلاحاً:

سنعرض بهذا الفرع من خلال فقرتين ، ابين في الاولى تعريف الحسن لغة وشرعاً وفي الثانية تعريف النية لغة وشرعاً .

أ- الحسن لغة :

الحسن لغة" من حسن الشيء تحسيناً، زينه وجمله، ويقال حسن الشيء حسناً، وأحسن اليه ربه، ويحسن الشيء يعلمه، يستحسنه بعده حسناً، ورجل حسن وامرأة حسنة والحسنة ضد السيئة، والمحاسن ضد المساوي، والحسن ضد السوء، ويجمع الحسن على محاسن^(١).

ب- تعريف الحسن شرعاً:

لم تبتعد مادة الحسن بمشتقاتها في القرآن الكريم والسنة النبوية المباركة عن المعنى اللغوي، ولكن مسألة الحسن والقبح بين متكلمي الاسلام القدامى تثير تسأل آخر هل الحسن والقبح شرعيان أم عقليان؟، ذهب المعتزلة إلى أن الحسن والقبح صفتان ذاتيتان للأفعال ((فالقبح

(١) مختار الصحاح، طبعة دار الحديث، باب الحاء والسين وما يثلثهما. ص ١٣٦ و ص ١٣٧ وفي هذا المعنى المصباح المنير المطبعة الاميرية ط ٤ باب الحاء مع السين والنون

يقبح الوجوه معقولة متى تثبت اقتضت منعه، والحسن يحسن متى انتفت تلك الوجوه عنه، أي إن الفعل القبيح له صفة يختص بها من أجلها يكون قبيحا، والحسن كذلك^(١).

فالصدق فيه صفة ذاتية جعلته حسنا، والكذب فيه صفة ذاتية جعلته قبيحا، ولذلك يشترط العقلاء في حسن الاحسان الى الفقير، وانقاذ الغريق، ويستقبحون كفران الجميل، وإيلاء البريء، ولو لم يصلهم في ذلك شرع، بل لو كانوا ملحدين، فالشرع لم يجعل الشيء حسنا بأمره به، ولا القبيح بنهيه عنه، بل الشرع إنما أمر بالشيء لحسنه، ونهى عن الأمر لقبحه، ولا يستطيع الشرع أن يعكس لأن أمره ونهيه تابعان لما في الشيء ذاته من حسن وقبح^(٢).

فمن غير الملائم وفقا للمذهب المعتزلي محاولة وضع معايير أو ضوابط من خارج العقل الانساني للحكم على صحة أو شرعية الأفعال الانسانية لان وجوب المصلحة وقبح المفسدة متقرران في العقل الانساني قبل ورود الشرع، فشرعية الأفعال واجب أو حرام تكتسب من محتوى أو مضمون، استنادا الى أقوال المعتزلة في التحسين والتقييح، وإن الأوامر والنواهي الالهية، ما هي الا مجرد تأكيد وإثبات لأحكام الشرعية العقلية، تأسيسا على فكرة العدل الالهي، وتتمام معنى التكليف^(٣). والواقع أن القول بالتحسين والتقييح لا يستطيع بذاته إنكار ضرورة الشرع فقد استند اليه المعتزلة ليؤكدوا ببرهان العقل صحة ما جاء به الشرع، فقالوا ((الحسن لو لم يعقل فيه ورود الشرع لما فهم أيضا عند وروده))^(٤).

(١) الشهرستاني، الملل والنحل، مكتبة الإيمان، ط ١، المنصورة، ٢٠٠٦، ص ٤٥.

(٢) أحمد أمين، فجر الاسلام، الطبعة ٨، مطبعة الخانجي، القاهرة، ص ٤٧٠.

(٣) د. محمد السيد اسماعيل حسنين بركات، مقارنة بين بعض الفلسفة الوضعية القانونية في الفكر الاوربي وبعض فلاسفة الاسلام، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، عين الشمس، ٢٠٠٦، ص ٩٥.

(٤) الجويتي، الارشاد الى قواطع الأدلة في اصول الاعتقاد: تحقيق د. محمد يوسف عيسى، مكتبة الخانجي، مصر، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٢٥٩.

كما ان توافق ما استدل به العقل مع الشرع يشهد بصحة ما جاء به الشرع من تكليف. بل ان التكليف العقلي وهو ما يدل عليه العقل بالنظر الى قدرته على معرفة الحسن والقبح ووجوههما يسبق التكليف السمعي لضرورة معرفة الله توصلا الى معرفة ما كلفناه، فلا بد من النظر للاستدلال على وجود الله، إذ لا يتصور معرفة صحة التكليف السمعي إلا بعد معرفة المكلف الحكم^(١). ويتضح مما سبق أن المعتزلة يجعلون العقل هو الشرع عند غياب النص ويعدونه مصدراً للأحكام، وينفون القياس لأنهم يجعلون مرتبة العقل في التحسين والتقييح تلي مرتبة النصوص والاجماع مباشرة ولا يرون ثمة حاجة الى محاولة الالحاق بالنصوص وان لم تكن النصوص مبينة.

يتفق الجميع من معتزلة وأشاعرة على مستوى الفقه على ان النصوص ذات المعنى الواضح والظاهر لها سلطة عليا ليست محل نزاع. ولذلك فان التعارض بين المعتزلة والاشاعرة ليس تعارض مصدره الاحكام فالكل مجمعون على ان معيار الحسن والقبح بعد الرسالة هو الشرع فما اباحه الشرع فهو حسن وما نهى عنه فهو قبيح^(٢). إنما يقع التعارض في منهجيات البحث ومنظومة الاحكام الناجمة عنها واعتبار العقل آلة الاستدلال التي جعلها الخالق لتكون مدار التكليف، فحكمة الله وعدله تقتضي تمكين الاستدلال بالأدلة العقلية والسمعية، فيكون مكافأ عقلا وسمعا.

وفي ذلك القول بالتحسين والتقييح العقليين لا يتعارض في فكر المعتزلة مع الشرع. ومن أجل التعرف على هذه الحقيقة يجب ان نأخذ بعين الاعتبار ، ان مناشيء ادراك الحسن والقبح في الافعال عديدة ،منها تعلم ومنها البيئة ومنها الانفعالات ومنها التربية ومنها

(١) القاضي عبد الجبار، فضل الاعتزال وطبقات المعتزلة ، تحقيق د. فاد سعيد . تونس ، ١٩٩٤ ، ص ٢١٦ .

(٢) د. عبد المجيد مطلوب، اصول الفقه الاسلامي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٤١٨ .

الدين ومنها العقل ومنها غير ذلك ،فاذا اردنا التمييز بين الإدراك العقلي والادراك الناشئ عن اي مصدر اخر من المصادر التي ذكرنا بعضها ،علينا ان نحرز اجماع العقلاء بما هم عقلاء ، لانهم مختلفون في تلك المناشئ ومتفقون في كونهم عقلاء ،فعندما نجهدهم متفقين على ادراك ما، سنعلم بان هذا الادراك عقلي ،اذ لو كان هذا الادراك ناشئا من مصدر اخر لاختلفوا فيه تبعا لاختلافهم في مصدره واذا كان الادراك العقلي مقصورا على القضايا الكلية ، وافعال المكلفين قضايا جزئية توقف إدراك العقل لحسنها أو قبحها على ما يبين اندراجها في اطار الكلي الذي يدرك العقل حسنه أو قبحه وان اصدق مبين هو النص الشرعي عن طريق الرسل^(١) .

ثانيا: النية:

أ- تعريف النية في اللغة:

تطلق النية في لغة العرب ويراد بها القصد فالعرب يستعملون النية والقصد بمعنى واحد، ومادة قصد يوافقها في لغة العرب العزم والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان او جور، والنية مصدر نوى الشيء ينويه نية نواه واصلها نويه بكسر النون وسكون الواو ووزنها فعله، اجتمعت الواو والياء وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء، وادغمت في الياء، فالنية على ذلك واو به العين يائيه الفاء^(٢) .

(١) د. احمد كاظم البهادلي ، مفتاح الوصول الى علم الاصول، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٠٨.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية واثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،

٢٠١٠، ص ٤٥، نقلا عن المهذب، لابي اسحاق الشيرازي دار الفكر، ج ١.

والنية بالتشديد هيه نية مخففة ومعناها واحد هو القصد، فالذي ينظر الى استعمال العرب لهذه الكلمة يجدها تدور في كل تصاريفها على القصد، وتجدهم يقولون: نوى الشيء ينويه نيه ونه، وانتواه قصده، ونوى المنزل واحتواه كذلك ونوت المرأة وجه كذا اي قصدته.^(١)

ب- تعريف النية شرعاً

في هذا المعنى اللغوي للنية كانت تعريفات الفقهاء في دورانها حول معنى واحد هو القصد.

فقد عرفها ابن عابدين من فقهاء الحنفية بانها ((عزم القلب على الشيء اما في الشرع فهي: قصد الطاعة والتقرب الى الله في ايجاد الفعل ودخل فيه المنهيات، فان المكلف به الفعل الذي هو كف النفس ثم العزم المقترن به مع دخوله تحت علم المنوي.

كما وعرفها القرافي من المالكية بانها قصد الانسان بقلبه ما يريد وقال النووي في تعريفها ((هي القصد الى الشيء والعزيمة على فعله)) وهو من الشافعية وكذا الشيرازي في تعريفها ((النية هي القصد الى الشيء والعزيمة على فعله))^(٢).

من كل هذه التعريفات نجد أن النية لم تخرج عن معناها، انها القصد والعزم. وقد اورد الامام الغزالي بياناً في أمر النية قال فيه: ((النية اذا اطلقت اريد بها انبعاث القصد موجها الى ذلك الغرض، فالغرض عله ولكن شرط النية الاحاطة بصفات المقصود. اعلم ان النية والإرادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد وهو حالة وصف للقلب يكتنفها امران: علم وعمل وذلك لان كل عمل اختيار لا يتم الا بثلاثة امور علم اراده وقدره، فلا تحقق الارادة الا بعد العلم لان

(١) لسان العرب لابن منظور، دار المفروق، وفي هذا المعنى مختار الصحاح، طبعة دار الحديث، ص ٦٨٧، جاء فيه ((نوى ينوي فيه ونواه عزم عليه، وانتوى مثله، والنية ايضاً والنوى: الوجه الذي ينويه المسافر من قرب او بعد وهي مؤنثة لا غير))، المصباح المنير، ج ٢، ص ٨٦٨.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية واثره في التصرفات، مصدر سابق، ص ٤٦، ٤٧.

الانسان لا يريد ما لا يعلمه فلا بد وان يعلم، ولا يعلم مالم يريد فلا بد من ارادة فاذا انبعثت الإرادة انتهزت القدرة لتحريك الاعضاء، فالقدرة خادمة للإرادة تابعه لحكم الاعتقاد والمعرفة، فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الارادة وانبعثت النفس يحكم الرغبة والميل الى ما هو موافق للغرض اما في الحال وما في المال، فالمحرك الاول هو الغرض المطلوب وهو الباعث والغرض الباعث هو المقصد المنوي والانبعثات هو القصد والنية)).^(١)

الفرع الثاني

تعريفه اصطلاحا

ومن خلال هذا الفرع نعرض تعريف حسن النية في فقرتين نبحت في الاولى تعريف حسن النية في الفقه الاسلامي وفي الفقرة الثانية تعريف حسن النية في القانون .
اولا: في الفقه الاسلامي:

في حين كان معنى الحسن هو كل امر حكم الشارع بحسنه، وكانت النية لا تخرج عن انها القصد عن امر معين في الحال او المال معنى حسن النية كمركب اضافي يكون كما يلي:
معنى حسن النية

لا يتضح معنى المركب الاضافي الا من خلال حسن النية: - ((قصد الالتزام بأحكام الشريعة الاسلامية ومقاصدها في التصرفات))^(٢)، كما وعُرف أيضا ((انتفاء نية الاضرار بالغير))^(٣) .

(١) د.عبد الحميد فوده، مبدا حسن النية في القانون الروماني في التصرفات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٠، ص١٤.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوتي، حسن النية واثر في التصرفات، مصدر سابق، ص٧٥ .

(٣) د. مصطفى الرزقا ، المدخل الفقهي العام، ط٩، ج١، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان، ص٢٨٨.

لا يتضح معنى المركب الاضافي إلا من خلال ضم أجزائه من حسن في جزء أول ونية من جزء الثاني فينتج لنا مصطلح حسن النية، " قصد الالتزام بأحكام الشريعة الاسلامية ومقاصدها في التصرفات" أو " قصد مطاوعة احكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات"^(١) كما عرف انه " انتفاء نية الاضرار بالغير"^(٢)، وهي جميعها تدخل في التعريف الاول وانتفاء نية الاضرار بالغير في التصرفات يعتبر التزاما مقصودا بأحكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات وكذلك في مطاوعة احكام الشريعة ومقاصدها فهو التزاما مقصودا في اتباع احكام الشريعة ومقاصدها، وفي شرح التعريف يكون قصد الالتزام يطلق القصد في لغة العرب ويراد به اتيان الشيء وبابه ضرب بقول : قصد وقصد له وقصد اليه بمعنى واحد، قصد قصده ، اي نحا نحوه، والقصيد : جمع قصيدة من الشعر والقاصد: القريب ، يُقال بيننا وبين الماء ليلة قاصدة : اي هينة يسيرة لا تعب فيها ولا بطةء، والقصد بين الاسراف والتقتير، يقال فلان مقتصد في النفقة، واقتصد في مشيك ، والقصد العدل^(٣) وسنوضح التعريف فيما يلي:

أ _ أما القصد في الاصطلاح: يمكن تعريفه بأنه انعقاد العزم وتوجهه نحو القيام بعمل من الاعمال خيرا كان ام شراً ، فالقصد لفظ عام يدخل فيه قصد الطاعة وقصد المعصية، ويترتب على ذلك الثواب والعقاب^(٤) ، وقد جرى استعمال القصد والنية والارادة بمعنى واحد مكان فقهاء الشريعة القدامة يرون به الارادة ، ونستطيع ان نلتبس بشيء من الوضوح تحديدا للإرادة من خلال ما ذكر ابن القيم الجوزية الفقيه الحنبلي عن ((النية)) في

(١) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوتي، حسن النية واثر في التصرفات، مصدر سابق ، ص ٧٥ .

(٢) د. مصطفى الرزقا ، المدخل الفقهي العام، ط ٩، ج ١، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان، ص ٢٨٨.

(٣) مختار الصحاح ، الرازي، باب القاف والصاد والدار، طبعة دار الحديث، القاهرة، ص ٢٣٦ .

(٤) د. عبد الحليم القوتي، مبدأ حسن النية، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

المقاصد ، إذ يقول لابد من اعتبار النيات والمقاصد في الالفاظ وانها لا تلزم بها حتى يكون المتكلم بها قاصدا مريدا بموجباتها))^(١) ، أما في الالتزام فهو عدم من لغة احكام الشريعة ومقاصدها .

ب- أحكام الشريعة هي ((خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتناء او التخيير او الوضع ..))^(٢) .

مقاصد الشريعة فهي مصالح العباد في العاجل والاجل ، وهي المصالح او الحكم والعلل التي شرعت من اجلها الاحكام، والمراد بالمصلحة شرعا، عبارة عن منفعة مادية او معنوية او اخروية يجنبها المكلف من عمله بما هو واجب او مندوب او مباح او درء مفسدة مستديمة بالامتناع عن العمل بما هو محرم او مكروه وهي ترادف الحكمة المقصودة من تشريع الحكم من الشارع والباعث الدافع الى تنفيذه من المكلف ومعيار التمييز بين المنافع والمفاسد معيار شرعي وليس شخصا .

اخبر في معنى تصرف معين : ويقصد بالتصرف هنا التصرف الشرعي وهو كل ما يصدر عن شخص من قول أو فعل يترتب عليه الشارع أثرا من الاثار، وهو يشمل الاقوال الصادرة عن الشخص الايجابية والسلبية كالبيع والهبة والوقف والوصية والافرار بحق من الحقوق والامتناع عن قبول الايجاب ، كما يشمل الافعال الايجابية كأحرار المباحات والاستهلاك والانتفاع والسلبية كامتناع مالك الحائط المائل الى الطريق عن هدمه على الاشهاد، وبناء على ذلك يكون التصرف اعم من العقد والالتزام لأنه يشمل الاقوال والافعال والتصرف بهذا المعنى

(١) د. محمد بحر العلوم ، عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية ، دار الزهراء للطباعة والنشر ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٢٤ .

(٢) د. احمد كاظم البهادلي، مفتاح الوصول الى علم الاصول، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٣٨ .

يكون شرعياً إذا كان قاذفاً فيه، وخرج بذلك التصرف غير المأذون فيها شرعاً، لأن اتيانها أصلاً يعد تعدياً وخروجاً عن إطار المشروعية فلا يتصور منافسة حسن النية أو سوءها فيها ^(١) .

ثانياً : في القانون:

ان تعبير حسن النية يرد بصورة شائعة في القانون كأحد وسائل تطبيق القاعدة المعنوية في القانون، وما يتضمنه من معنى واسع غير محدود بوصفه عنصراً معنوياً تارة أو كونه فكره يعبر عن المشاعر الغامضة تكون من الصعوبة في تحديد مضمونها فقد جد الفقه في اتجاهات تحديدها ومن أبرز هذه الاتجاهات اتجاهان:

يرى هذا الاتجاه ان حسن النية هو الجهل المسوغ بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً^(٢). وحسن النية هنا مرده الجهل الذي يقع به الغير بالصفة الحقيقة للمتصرف فمثلاً من يشري قطعة ارض وهو يجهل انه يشتريها من غير ذي صفة فهو اعتقاد مغلو، اذ ان هذا الخلف يعتقد بانه يتلقى الحق من صاحبه الفعلي، وحسن النية نشأ من جهل الغير بالصفة الحقيقة للمتصرف او الاعتقاد بالتعامل مع ذي صفة وبذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعه معينه يرتب عليها الشارع اثراً قانونياً، فهو وفقاً لهذا الاتجاه يمثل أمراً ذاتياً ونفسياً تقاس بالنسبة لشخص الغير فقط، فهو يتعلق بواقعة سلبية ولا يطالب المرء بإثبات الوقائع السلبية، فتكون اثباتها على عاتق من يدعي خلافاً يقع عبء اثبات سوء النية عليه، فقد يستعصي مصدر الحق ذاته على الاثبات كونها فكرة مجردة لذلك يصار الى نقل حمل الاثبات من هذه الفكرة الى الوقائع والاعمال التي يمكن الاستدلال من تحقق هذه الفكرة. اي الوقائع والاعمال التي يمكن الاستدلال من تحقق هذه الفكرة، ففي هذا الاتجاه سوء النية يطابق الخطأ، ولذلك تكون حالة

(١) د. عبد الحليم القوتي، مبدأ حسن النية، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية واثره في التصرفات، مصدر سابق، ص ٨١، ص ٨٣.

الشك في صفة المتصرف تجعل المتلقي سيء النية أو عدم البحث في الاحتمالات ثار حولها
الشك لمعرفة الحقيقة، أو التسرع مع الشك كل ذلك يجعل الشخص مضطراً أو مهملاً وهذا تنزله
منزلة الشخص السيء النية. ذلك ان القانون عندما يقرر حماية الاشخاص حسني النية، انما
يعني الاشخاص الذين لم يتعمدوا الاضرار بالغير والذين لم يقصروا او يهملوا في تصرفاتهم حتى
لا يتسبب اضراراً للغير اذ ليس منطقياً ان يحمي القانون المهملين والمستهترين وذوي الغفلة.^(١)
فقد احتاج اصحاب هذا الاتجاه النظر في سلوك الشخص الواقع بالجهل من خلال معيار
موضوعي، وكان ذلك من خلال معيار الشخص المعتاد او رب الأسرة الحريص، فاذا لم يتخذ
الحيطة والحذر الذي يلتزم بها الشخص في مثل هذه الظروف، كان سيء النية، وبذلك يخرج
عن حماية القانون له، وداعي ذلك يجنباً للمشقة في البحث عن عوامل نفسية داخلية، وحفظاً
لاستقرار المعاملات، فهذا ما ينشده القانون، وفي هذا المعنى ما نجده في النصوص القانونية فقد
نصت المادة (١/١١٤٨) من القانون المدني العراقي ((بعد حسن النية من يحوز الشيء وهو
يجهل انه يعتدي على حق الغير .وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل خلاف ذلك)).
تعرض هذه المادة للحيازة بحسن النية، وللحيازة بسوء النية، فالحائز حسن النية هو الحائز الذي
يعتقد انه يملك الحق الذي يحوزه ويجعل انه يعتدي بحيازته على حق الغير على الا تكون خطئه
في هذا الجهل جسيماً فان الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية تسهلاً للإثبات في مسائل معقدة
تتعلق بالنوايا الخفية، واذا كان المشرع العراقي لم يشر كما فعل المشرع المصري^(٢). فقد نصت
المادة (٩٦٥) مدني على ((بعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدي على حق
الغير الا اذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم)). كما وان حسن النية مفترض في هذه

(١) نقلاً عن أ.د. محمود جمال الدين زكي، حسن النية في كسب الحقوق فقره ٨، ١٠، ١٧، ٢٢، ٢٥.

(٢) د.حسن علي ذنون، الحقوق العينية، مكتبة دار السلام، النجف الاشرف، ص ٩٥.

النصوص، فإذا اريد اثبات ان الحائز السيء النية عليه إقامة الدليل على أنه يعلم أنه لا يملك الحق الذي يحوزه اذ انه يجهل ذلك ثم علم فزال حسن النية، وهذا ما بينته الفقرة الثانية من المادة (١/١٤٨) كما عد سيء النية من اغتصب الحيازة بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن النية انه يملك الحق الذي اغتصبه، كما اشار الى ذلك المادة (٥٥٥) مدني فرنسي ((على ان الشخص حسن النية هو من يجهل العيب الذي يشوب تصرفه وكذلك المادة (٢٦٥٩) مدني فرنسي.

أما الاتجاه الثاني:- فذهب في تحديد حسن النية، بان حسن النية ليس هو الجهل بالعيب ولا هو الغلط المبرر او المشروع فشتان بين هذه الامور وحسن النية، ذلك أن هذه العناصر، سواء كانت جهلا او غلطا او خطأ، هي جميعها عناصر متصلة وقد تلتقي في بعض الظروف إلا أن التطابق بينهما ليس دائما كاملا تاما، فالجهل عبارة عن عدم العلم بأمر من الامور والغلط وهم يقوم في نفس الشخص يصور له الحال عن غير الحقيقة والخطأ سلوك مدان ومعيب لبعده عن الصواب وما يجب ان يكون عليه الشخص المعتاد فأين حسن النية من هذه الامور^(١). فأصحاب هذا الاتجاه يعولون على تحليل المصطلح ، فيما النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين. فهي قرار داخلي يتخذه الشخص في مواجهة امر ما، متأثرا بكل ما يحيط به من عوامل داخلية وخارجية، فالنية ارادة باطنية داخلية لم يعبر عنها صاحبها، والحسن والسوء لدى شراح القانون هم احكام اجتماعيه ترتبط بالقيم السائدة في المجتمع، والحسن والسوء بهذا المعنى يمكن تقريبهما الى فكرة الخير والشر، بيد ان هاتين الفكرتين عبارة عن معان غير محددة لا يمكن الاهتداء بهما لتحديد معنى حسن النية وسوئها، لذا يضع شراح القانون محددات اخرى لها مثل الامانة والاخلاص والاستقامة والعدالة وعدم الجور والبعد عن الغش، وترتيباً على ذلك يكون الشخص حسن النية اذا كان اختار الطريق الذي تفرضه الامانة والاخلاص والاستقامة واداء الواجب على

(١) د. عبد الحليم عبد اللطيف، حسن النية وأثره في التصرفات، مصدر سابق، ص ٨٥-٨٦ .

افضل صوره، وعلى العكس يكون الشخص السيء النية اذا كان يقصد الخيانه والجور على حقوق الغير وقصد الاضرار به، وهذا يرتكز حسن النية وسوئها على قواعد الاخلاق اكثر من ارتكازه على قواعد القانون^(١).

ووفقا لهذه المعاني فإن حسن النية مرتكز على قاعدة معنوية اكثر من ارتكازه على قاعدة مادية، وهي تعبر عما يقصد بالقانون من استقرار النظام وتوفر حد ادنى من العدالة، وبالتالي وجب وضع تعريف قانوني محدد لحسن النية، وإن كان مبتعدا عن معناه الأخلاقي. وهذا التعريف هو ((قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون، وقصد الالتزام وليس الالتزام بذاته اذ قد يقصد المرء الالتزام بحدود القانون ورغم ذلك تقع منه مخالفة لعدم ادراكه لكل حقائق الموضوع او جهله بالقانون، واما لانه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات، فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام))^(٢). كما إن في نصوص القانون ما يؤكد المعنى فقد نصت المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي ((الالتزام بنقل الملكية أو اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك من دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل))، تقابلها المادة (٩٣٤) مدني مصري على أنه ((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى سواء كانت ذلك فيما بين المتعاقدين ام كان في حق الغير الا اذا روعيت الاحكام المبينة في قانون الشهر العقاري)).

كما وعرفها قانون التجارة الامريكي الموحد في المادة (٢٠١) فقرة (١) بأنه " الامانة بالفعل واتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادي " .

(١) عبد الحميد فوده، مبدأ حسن النية في القانون الروماني، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية واثره في التصرفات، مصدر سابق، ص ٨٧.

فهو بذلك لم يحقق الالتزام الفعلي الذي قصده القانون حتى وإن كان حسن النية ، وبهذا كان معنى الالتزام وليس قصد الالتزام ، ومن المادة اعلاه نرى التحقق الفعلي لمصدر الالتزام واتباع الاجراءات وهذا يشير الى حسن النية في الالتزام باتباع اجراءات نص عليها القانون .

المطلب الثاني

تمييز مبدأ حسن النية مما يشتبه به

من الأمور النفسية التي قد تختلط بغيرها هي النية والإرادة والباعث فبعد التعرف على معنى حسن النية فلا بد ان نميزها عن غيرها من تلك المصطلحات وبذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبحت في الأول تمييزه عن الإرادة متعرضين في الثاني الى تمييزه عن الباعث.

الفرع الاول

تمييزه عن الارادة

عادة ما تترك التشريعات وضع تعاريف، في حين يعنى الفقه بذلك، فقد عرفت على أنها ((عمل نفسي ينعقد له العزم على شيء معين))^(١) . وبذلك تكون الارادة الكامنة في النفس عملا نفسيا لا يعلم بها من الناس سوى صاحبها، ولا يعلم بها الغير الا اذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير ،كما وذهب جانب اخر من الفقه في تعريف الارادة بأنها ((امر نفسي ينعقد له العزم على امر معين))^(٢). ومن هذه التعريفات نجد انها تعبر عن الارادة الباطنية فاذا لم تختلف هذه الارادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ باي الارادتين الظاهرة او الباطنة ، مادام متطابقتين ولكن في حال اختلافهما تقسم القوانين فالاتينية منها تأخذ بالإرادة الباطنة ، وعلى عكس ذلك تأخذ النظرية الحديثة والذي كان للألمان الدور الاكبر فيها بالإرادة الظاهرة.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٨ ، ص ١٨٦ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، مطبعة شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ، ١٩٦٧ ،

وبذلك يكون اوجه الخلط بين النية والارادة الباطنة باعتبارها ظاهرتين نفسييتين ولكن يوجد هناك فرق بين المصطلحين ، فالنفسية ليست الا يقينا بلغ العزم . فالنية مع العزم إرادة باطنية والنية مع العزم مع المظهر الخارجي ارادة ظاهره، طالما بقيت النية كامنة في النفس ولم تخرج الى العالم الخارجي بالإفصاح عنها، فأنها لا ترتب اي اثر قانوني ^(١) . كما ويعبر راي اخر في الفقه على أن هناك خلطاً بين النية والارادة من قبل الفقه القانوني في حين انهما مختلفان فالنية لها طبيعة ذاتية بحتة لا حاجة لإظهارها ، في حين الارادة وان كانت ظاهره نفسية بحسب الأصل ، الا أنها يجب أن تكون ظاهرة الى العالم الخارجي ليترتب عليها اثار قانونية فان كان هناك تعارض بين الارادة الظاهرة والباطنية ، فما كان ذلك الا نتيجة عدم الفلاح في التعبير عن الارادة الحقيقية، التي تولد عن نية الرهن ^(٢). كما وجد علماء النفس ذلك بتحليل مراحل هذه الارادة .وبذلك الاختلاف واضحا بين الارادة الباطنة ونية الرهن ^(٣).

الفرع الثاني

تميزه عن الباعث

لم تلتفت التشريعات الى وضع تعاريف، وتحديد معاني الالفاظ كثير من المصطلحات القانونية، تاركة ذلك الى الفقه ، فلم تكن فكرة الباعث بعيدة عن هذا العموم فهي من الافكار

(١) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية واثره في التصرفات، مصدر سابق ،ص ٨٦.

(٢) شيرزاد عزيز سلمان ، حسن النية في ابرام العقود ،دراسة في ضوء القوانين والاتفاقات الدولية ،ط ١ندار دجلة ،الاردن، ٢٠٠٨، ص ١٣٦.

(٣) يقرر علماء النفس ان الارادة يسبقها عملان تخيريان ويليهما عمل تنفيذي ، فأول مرحلة هي اتجاه الفكر الى امر معين ،وهذا هو الادراك ثم يلي ذلك مرحلة التدبر فيزن الشخص الامر ويتدبره . ثم تأتي المرحلة الثالثة ،وهي امضاء العزيمة في هذا الامر او البت فيه، وهذه هي مرحلة التنفيذ، فاذا انعقد لم يبق بعد ذلك الا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ وهي المرحلة الاخيرة هي عمل خارجي اما المراحل الثلاث الاولى هي الارادة المقصودة ، وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تخطط الارادة بالرغبة وهذا شيء سابق ولا تلتبس بالتنفيذ وهو شيء لاحق .نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،ج ١،مصدر سابق ،ص ١٨٧ .

الذاتية والنفسية، رغم ذلك فان بعض من التشريعات عرفت تحت مسمى الدافع .فالقانون اللبناني ينص في المادة (١٩٢) عقوبات على ان الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل ،او الغاية او القصى التي يتوخاها ،كما ونصت المادة (٦٧) من قانون العقوبات العسكري في الجمهورية اليمنية على نفس هذا التعريف ،نصاً مشابهاً مع اختلاف ضئيل في الصياغة فنصت المادة(٥٤) على ان الباعث ((هو العلة الدافعة الى الجريمة، او الغاية التي توخاها الفاعل من ارتكابها))^(١) فاذا كانت النية انعقاد العزم على امر معين يرتب عليه القانون أثر من الاثار، فالباعث هو الذي يحرك النية. ويدفعها صوب الغاية المحددة والهدف المراد تحقيقه ،ولكن على الرغم من هذا الاختلاف بينهما الا تؤخذ النية هذا الاختلاف بينهما الا انه يمكن استعمالها بمعنى واحد ، فيعبر عن الباعث بلفظ النية، وذلك لانهما من طبيعه واحدة وقبل ان تؤخذ النية بتجرد عن الباعث ^(٢) .ام الاختلافين يستعمل في معنيين ،فقد يطلق ويراد به الدافع الذي يدفع الى العمل ، وقد يراد به الغاية التي تجذب نحو العمل ، فكل سلوك يصدر من الانسان بوصفه عملاً ادرايا يتجه بالضرورة نحو غايه معينه ويدفعه اليها باعث معين فالبواعث اذن نوعان ، أحدهما واقعي والآخر غائي والآخر منهما هو الذي يعطي السلوك صفة الخير والشر، او صفة الجمال او القبح وقالوا ان الاخلاق لا تعنى بالباعث الغائي الا بقدر ما يلقي هذا الباعث على العمل في ضوء ذلك ان النية عندما تتعقد انما تتعقد على ذلك الباعث الغائي وليس على الباعث الدافع ، الذي ينصرف حاله الى واحد من أمرين أما أن يضيف على عقل الانسان فيتسلط عليه فيصبح غير مسؤول . واما الا يطغى عليه فيصبح جزءا متما للباعث الغائي ،فكل سلوك اذن لا بد ان يتبع من مصدر نفسي وليس يقتنع الباحث في الاخلاق بالنظر الى ظواهر الاعمال الا اذ عرف

(١) د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية واثره في التصرفات،مصدر سابق ، ص ٦٤.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،حسن النية واثره في التصرفات ،المصدر السابق ،ص ٦٥.

عللها واسبابها، اذ بمعرفة اسس السلوك يمكننا معالجة اذ كان سيئاً وتشجيعه اذا كان حسناً وان الناس رغم اختلافهم يميلون الى الشرف والحق والصدق وسائر الفضائل ،وان كان هذا الميل يختلف فيما بينهم قوة وضعفاً، والتربية الصحيحة هي التي تقوي هذا الميل ^(١). وهذا ما جعل بعض الفقه تفرق بين الباعث والدافع فعَدَّ الباعث عامل نفسي يرتبط بالغرائز اللاشعورية وهو ما وصفه الاخلاقيون بالباعث الدافعي اذ هو يحرك الشخص بطريقة عقلية فهو يصدر عن تفكير والغاية المراد تحصيلها وما يحيط بها من ظروف وملابسات.

^(١) السيد البدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النيهفي المعاملات المدنية،رسالة لحصول على درجة الدكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، ١٩٨٩، ص ٣٤-٣٥ .

المبحث الثاني

خصائص مبدأ حسن النية ووظائفه

بالرغم من الاختلاف في تحديد معنى حسن النية الا انه يمكن القول ان لحسن النية عدة خصائص منها ما هو تابع لطبيعته الذاتية وأخرى مردها انه في الأصل مبدأ أخلاقيا كما وان لمبدأ حسن النية وظائف تتسجم والغايات الأساسية للقانون من تحقيق العدالة واستقرار المعاملات وفي كونه معيارا مرنا وليبان ذلك سنقسم المبحث الى مطلبين يكون المطلب الأول لخصائص حسن النية بينما نبين في المطلب الثاني وظائف حسن النية.

المطلب الاول

خصائص مبدأ حسن النية

ان انتفاء الاضرار بالغير لا يمكن الوقوف عليها الا من خلال العنصر النفسي ، فضلاً عن العنصر الموضوعي وذلك ابتغاء تحقيق الخير العام من خلال الحفاظ على كيان المجتمع ، وسلامته وسنقسم هذا المطلب على فرعين نعرض في الأول حسن النية ، وطبيعته الذاتية اما الفرع الثاني فنبحث فيه الأصل الأخلاقي لحسن النية .

الفرع الاول

حسن النية وطبيعته الذاتية

إن حسن النية ذو طبيعة ذاتية في أصله، ولذلك لا يجوز تقديره وبصورة مستقلة عن عنصره النفسي، وإلا أدى ذلك الى نتائج ظالمة، وانما يتم تقديره بعنصرين أحدهما نفسي وثانيهما موضوعي وهما متكاملان، اذ يعدّ العنصر الموضوعي دليلاً على العنصر النفسي، لكنه دليل يقبل اثبات العكس بالقرائن والأمارات المادية الظاهرة ولكن في حالات استثنائية يمكن تقديره موضوعياً فقط لاعتبارات يقدرها الشارع^(١). وهو بذلك لا يمكن تقديره، من دون الموضوع الى

(١) د. عبد الحليم القوني، حسن النية واثره في التصرفات، مصدر سابق، ٩٨.

الشخص ذاته . ويصدد واقعة معينة فليس بالإمكان ان نصف شخصاً بأنه سيء النية في تصرفه الا اذا رجعنا اليه واثبتنا ذلك. وهذا يتوضح في حاله انتقاء نية الاضرار بالغير، لم تكن هذه الصورة مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة، فهي عند بجذورها فنجد اصولها التاريخية في القانون الروماني والشرعية الاسلامية، كل ذلك كان مدفوعاً يتحقق التوازن بين العدل الخاص والعدل العام. بما يذهب اليه المذهب الفردي والعدل الخاص والعدل العام. بما يذهب اليه المذهب والعدل الخاص في حكم صاحب الحق، ومن ثم يصبح، الحق أداة طبيعة للإضرار بغيره في سبيل تحقيق اغراض غير مشرعة، او المذهب الاجتماعي والعدل العام في انكار الحق أو عدّه مجرد واجب لتحقيق وظيفة اجتماعية. فكان في القضاء على فرض رقابة على استعمال الحقوق، والتوسع في هذا الرقابة حتى استخلص نظرية في فكر التعسف في استعمال الحق، وان لم تكن تنص بفرض مبدأ عام، ففي الاقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة، لمثل هذا المبدأ الذي جرى عليه القضاء واصله الفقه من قبل، حتى بات سائداً في القانون الحديث، غير أن الاخذ بالنظرية في القانون الحديث على نحو لا يعني الاتفاق على مفهوم او مدلول واحد للتعسف، بل نرى اختلاف بين الشرائع والانظمة القانونية الخاسرة في هذا الصدد وتراوحا بين الضيق او التوسعة في نطاق النظرية^(١). في حين التقنين المدني الالمانى، ولعله اول تقنين حديث يمنح تأييداً عاماً وصريحاً لهذه النظرية في مطلع القرن الحالى. يحصر النظرية في اضيق نطاق بنصه على انه " لا يجوز استعمال حق لمجرد الاضرار بالغير " (م ٢٢٦) نجد تقنيات اخرى حديثة تأخذ بمعنى واسع للتعسف وان كانت تختلف في تحديده، كالتقنين المدني السويسري الذي يقضي بانه " يجب على كل شخص ان يستعمل حقوقه ويقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً لقواعد حسن النية. والنسق البيت في استعمال الحق لا يحميه القانون " م (٢) وكالتقنين

(١) د. حسن كيرة، اصول القانون، نشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٥٨، ص ١٠٨٦.

المدني السوفيتي الذي يقرر في المادة الاولى ان " الحقوق المدنية يحميها القانون الا في اطرار التي تستعمل على نحو تخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي " وكالتقنين اللبناني الذي تقرر في المادة (١٢٤١) ما يقرره مشروع التقنين الفرنسي الايطالي للالتزامات (م٧٤) نفسه من انه " يلتزم كذلك بالتعويض كل من سبب اضراراً للغير، بأنه تجاوز في استعمال حقه الحدود التي يرسمها حسن النية او الغرض الذي من اجله اعطي الحق^(١). اما المشرع العراقي في القانون المدني اوردها في الباب التمهيدي ولكن في صور مختلفة نصت عليها المادة (٧)/(٢). وفيها وبطبع استعمال الحق غير جائز في الأحوال الاتية : أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال في حقيقتها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة^(٢) وقريب من صياغة المشرع العراقي فقد تكلفت المادة (٤) (٥) من الباب التمهيدي للتقنين المدني المصري بيان مشروعية استعمال الحقوق، والتعسف في استعمالها ----- على ان: م(٤) " من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ". اما (٥) " يكون استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الاتية: (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير. ب- اذا كانت المصالح التي يرجى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البنية مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة^(٣).

ومع اختلاف النهج في الاسلوب الذي يتبناه المشرع العراقي والمصري في تحديد الحالات التي يعد فيها استعمال الحق غير مشروع. وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول ما اذا كانت هذه

(١) د. حسن كيره، اصول القانون، المصدر السابق، ص ١٠٨٦.

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

الحالات قد وردت على سبيل الحصر ام انها على سبيل الاستثناس والاسترشاد، أي لا تعد ان تكون صوراً للاستعمال غير المشرع للحق، فان هذا المسلك الاخير من جانب المشرع يراه جانبا من الفقه انه مسلك منتقد، وانه كان ينبغي للمشرع اعطاء القاضي المبدأ العام الذي يحكم توجيه كل هذه المعايير وصورها، ويذهب في التقنين المدني المصري هي: " التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها".

اذ لا يتصور ان تكون الحقوق وهي تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير، او لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب النية مع ما يصيب الغير من ضرر، او لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب اولى، او لتحميل الغير بإضرار فاحشة، وفكرة الغاية هذه تحتم اصلاً استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيها على ضوء ابطال التعسف اساساً بفكرة الحق وكون الحق وسيلة لغاية معينة دون ان تكون غاية في ذاته، وعدّ الانحراف عن غاية الحق موجهاً عاماً لكل معايير التعسف وصوره المختلفة^(١). بل إن المشرع حرص على أن يزيد عليها ما ورد حاله استعمال الحق يقصد الاضرار بالغير، وهي صورة وان كانت تجد اصلها في المعيار الشخصي او الذاتي فإنها لا تجد جمالها في التطبيق إلا من خلال إحدى صور المعيار الموضوعي^(٢).

الفرع الثاني

حسن النية واصله الاخلاقي

تحرص كافة النظم القانونية على ان تقوم علاقات الافراد على اساس من التفاهم والتعاون المتبادل ، حفاظا على كيان المجتمع وضمانا لسلامته تحقيقا للخير العام ومن هنا اوجبت هذه النظم القانونية على الفرد ان يسلك من الافعال ما لا يضر بها الغير ضرارا كان في امكانه ان

(١) د. حسن كيرة، اصول القانون، مصدر سابق، ص ١١٣٤.

(٢) د. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٩٣.

يتجنبه او يقلل منه الى ادنى حد ممكن ، وهذا الواجب القانوني هو في الاصل واجب اخلاقي، والقانون والاخلاق يحملان رسالة واحدة ، وان اختلف سبيل كل منهما في تأديتها، تتمثل في نشر الطمأنينة وكف العدوان، وخلق الثقة ومحاربة سوء النية وتوطيد صرح العدالة وخدمة المجتمع والانسان^(١)، واذا كان القانون يختلف اختلافا بينا وجوهريا عن - الاخلاق في الغاية مما يجر وراءه اختلافات اخرى كثيرة بينهما، فان ذلك لا يعني ان القانون منقطع الصلة بتاتا بالاخلاق، اذ ان ذلك نظر متطرف وغير مقبول ، ولا يقل عنه تطرفا النظر العكسي للقانون باعتباره محكوما حكما تاما بالاخلاق. ولا يعني هذا النظر الاخير عند القائلين به ان كل قواعد القانون الوضعي اصبحت موافقة لما تقضي به الاخلاق، فالاخلاق في صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الاخرى الى التسلل الى القانون لتوجيهه وحكمه، والغلبة الاخيرة والنهائية لابد مكتوبة للاخلاق طالما ان القانون يفتقد الاساس المثالي، وهذا ما يفسر كثرة القواعد والنظريات التي توصلت اخيرا الى الدخول في رحاب القانون ، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، والواقع ان اثر الاخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، واثر الاخلاق لابد محدود في نطاق القانون امام اختلاف الغاية بينهما، مما لا يتصور معه بالتالي خضوع القانون خضوعا تاما للاخلاق، فان ذلك لا يعني اصطباغ القانون بصيغة اخلاقية، فهو لايعتمد في تقرير هذه القواعد والنظريات بما تقع من مثل اخلاقية تمثل السمو والكمال النفسي للفرد، اذ ليست هذه غايته، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع مما تشيع فيه عدل ونظام غير ان استقلال القانون عن الاخلاق وعدم اختلاطه بها لا ينفي تأثرها بها في بعض الاحيان اذ لا تجد الجماعة مناصا، لتمسك نظامها من باستلزام قدر معين من الاصول الاخلاقية^(٢) .

(١) د. عبد الحميد فودة، مبدأ حسن النية في القانون الروماني/ مصدر سابق ، ص ٧ .

(٢) د. حسن كير، المدخل الى القانون ، مصدر سابق، ص ٢٩-٣٠ .

المطلب الثاني

وظائف مبدأ حسن النية

ان لمبدأ حسن النية في القانون دورا مهما يؤديه من خلال وظائف ذلك المبدأ في تحقيق غايات القانون ، فبينما يحقق العدالة فهو أيضا يعمل على استقرار المعاملات كونه من المعايير المرنة ، وهذا ما سنعرضه في فروع ثلاث نقدم في الفرع الأول مبدأ حسن النية وتحقيق العدالة ونبين في الفرع الثاني دوره في استقرار المعاملات اما الفرع الثالث سنكرسه كون مبدأ حسن النية معيار مرن .

الفرع الاول

حسن النية وتحقيق العدالة

اذا كانت غايات القانون تختلف من مجتمع الى اخر ومن زمن الى زمن في المجتمع نفسه ، فإنه يمكن حصر الغايات الاساسي للقانون في ثلاث غايات هي العدالة ، والاستقرار القانوني ، والتقدم الاجتماعي، ولهذا فحسن النية والعدالة يكاد ان يكونا صنوان ، اذ لا يفتأ مبدأ حسن النية يبرز الا ويجد العدالة ظهيرا تسوغ حمايته ورعايته ولا يجد حكما تقرره العدالة الا وكان آخذاً في حسبانته حسن النية او هو على الاقل يصادف في تطبيقاته اختلافا في آثاره مناطة وضع النية بالحسن او السوء^(١) ، ولا يمكن الاغفال عن ضرورة التفرقة بين العدل في ذاته وهو القانون الطبيعي ، وبين العدل داخل المجتمع وهو القانون الوضعي، لذلك فإن أرسطو لا ينكر الواقع من أن القانون الوضعي قد يخالف القانون الطبيعي بحيث يصبح محققا للظلم وليس للعدل، ولذلك فان العلاقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي تنحصر في امرين

(١) السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ١٩٨٩ ، ص ٧ .

اولهما ان القانون الطبيعي يقتضي من الافراد اطاعة القانون الوضعي ايا كان العدل الذي يحققه، ونظرا لان القانون الوضعي ليس واحداً في كل الدساتير، فان العدالة تكون بالضرورة مختلفة في كل واحد منها، ومع ذلك ينبغي اطاعة القوانين مهما اختلفت في التعبير عن العدل في ذاته، والامر الثاني هو ان المشرع وهو يضع بإرادته القوانين الملزمة للأفراد، ينبغي ان يلتزم هو نفسه في وضع هذه القواعد ومبادئ القانون الطبيعي الذي يستمد فيه القانون الوضعي قوته الملزمة^(١)، وإذا كان هذا المبدأ بهذه السعة فهو يحكم السلوك القانوني بصفة عامة ، فلا غرو ان الاهتمام به يعد امرا طبيعيا في كل القوانين الحديثة، حيث ان القواعد القانونية توضع لتنظيم العلاقات بين الافراد انفسهم او بينهم وبين السلطة العامة، وبقدر ما يهيمن هذا المبدأ على تفكير المشرع بعد ما يتجلى في نصوص ومحتوى التشريع^(٢) اذ تستمد المبادئ العامة قوتها وتأثيرها من كونها معبرة عن الفكرة العامة للوجود السائد في المجتمع، فالمبادئ العامة مجموعة الافكار الاولى، كما انها من ناحية اخرى تعطي لهذه الفكرة فرص التطبيق العملي عن طريق اماكن استنباط القواعد القانونية منها وهي ما يراعيه المشرع في وضع القوانين وما يراعيه القاضي كذلك في وضع الحلول للمنازعات التي لا يوجد بشأنها حكم في مصادر القانون^(٣) .

إذ إن القانون الروماني يعد اليوم اللغة العامة للفقهاء العالميين، فقد برع الفقهاء الرومان بغريزتهم القانونية ، ثم من بعد حين تأثر الفلسفة اليونانية في الجدل القانوني ، وامتازوا بالقدرة

(١) د. سمير تناعو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ١٣٢ .

(٢) عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة للحصول على درجة الماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ١٩٧٣، ص ١ .

(٣) سمير السيد تناعو، النظرية العامة للقوانين ، مصدر سابق، ص ١٣٣ .

على استخلاص المبادئ العامة وصياغتها وتطبيقها على المسائل التي تعرض في الحياة العملية كما امتازوا بالدقة في اصطلاحاتهم الفقهية وبالوضوح في تقسيماتهم المنطقية^(١).

ان ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني يعد ثمرة من ثمرات تطور هذا القانون ، فمن الحقائق العلمية الثابتة ان القانون وان كان قد تبلور تماما واخذت قواعده كيانا محددا او اكتملت صورتها الخارجية بتدوينها في مجموعات رسمية ، ما يعطي الاستقلال التام لقواعد القانون عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي ، الا ان ذلك لا يعني اطلاقا ان القانون بمنأى عن التعديل او التغيير فالقانون حقيقته وجوهه مظهرا من مظاهر الحياة الاجتماعية ، ومن ثم شكل مضمون الروابط الاجتماعية يتغير ويتطور من حين الى اخر تحت تأثير عوامل وظروف متعددة فان القانون كذلك يتغير ويتطور شكلا ومضمونا، وبما ان الاخلاق هي فن تقييم الافعال، وهي من تجريد الفعل عن المصلحة والمنفعة التي تحرك كل مسلك قانوني، في حين ان التصرف القانوني يحكم عليه من خلال ما تحققه من مصلحة او منفعة، ومهمة علم الاخلاق في هذا التعدد ، هي تقسم العمل ذاته بصرف النظر عما لابس من ظروف او شابه من ملابسات .

الفرع الثاني

حُسن النية كمعيار مرن

قد تكون من الناحية الفنية ، ان القاعدة الجامدة هي الاقرب في مقتضيات صياغة القانون، كون تلك الصياغة تعتمد على الالفاظ والمصطلحات ،محاولةً منها في التعبير عن حقائق الحياة، ولكن قد يكون تحديد اللفظ يعمل على الابتعاد فيما بينه وبين حقائق الحياة المتغيرة والمتنوعة ، واذا رجعنا الى اصطلاحات أرسطو وجدنا أن الصياغة الجامدة يمكن أن تحقق

(١) صوفي ابو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٢٧ .

العدل ، ولكنها لا يمكن ان تحقق الانصاف، والانصاف هو نوع من العدل ، وهو افضل درجات العدل بالنسبة للحالات الخاصة التي قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة ^(١) فالقانون من أجل تحقيق الهدف منه في تحقيق العدل العام والعدل الخاص يكون بأمس الحاجة إلى أن تتضمن كلا النوعين من القواعد اذ لا يتحقق ذلك العدل الكامل في كل حالة خاصة ، إلا بالاستعانة بالقواعد المرنة التي يمكن ان تراعي الظروف الواقعية في كل حالة على حده ، وتكون فكرة حسن النية فكرة محل فكرة وهي وسيلة من وسائل الصياغة القانونية ، اذ لا يكفي مجرد الجهل لجواز الإفلات من حكم القانون ، والا لانهدمت القاعدة ذاتها ولكن يجب أن تقتزن الجهل بظروف اخرى تبرر الاعتداد له على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة ، وتتلخص هه الظروف في فكرة حسن النية ، فكان الجهل يحتمل في فكرة اخرى يتستر وراءها هي فكرة حسن النية ، أما الجهل بمفرده ويتغير احتماؤه في حسن النية ، فلا يؤدي الى امكان الافلات من حكم القانون اي الافلات من حكم القانون لا يتم بسبب فكرة الجهل بل يتم بسبب فكرة حسن النية ، ويلاحظ البعض ايضا ان الجهل لا يعتبر دائما خطأ كما اراد انصار فكرة الالتزام بالعلم بالقانون ، بل قد يعدّ دليلا في حسن النية ، أو على اقل تقدير لا يتعارض مع حسن النية ^(٢) .

الفرع الثالث

حسن النية في استقرار المعاملات

ليس هناك من شك في أثر حُسن النية على استقرار التعامل اثرا غير محدود ، اذ ان هيمنة حُسن النية تنفي أسباب القلق الناشئة عن التخوف من الغش والخديعة وسوء الطوية ، واذا شئنا ان نستجلي ذلك الاثر في تشريع من التشريعات ، علينا أن ننظر في مثل مجتمع

(١) د. سمير تناعو ، النظرية العامة في القانون ، مصدر سابق ، ص ٥٤.

(٢) المصدر نفسه ، ص ٦١٧.

المخاطبين به، ومدى عمق النظرة الاخلاقية وتغلغل النزعة الدينية فيه ، اذ يبدو انطباع الصياغة التشريعية وتأثرها بهاذين العاملين واضحا ،كما يبدو ذلك الاثر اكثر وضوحا في نطاق التطبيق اذ ان احتياجات التعامل في اي زمان ومكان هي ان يتم في جو من الثقة والثبات والاستقرار ، تحقيق تلك الامور مناطه استجماع خصائص معينة، أهمها سلامة المبادئ والمثل الذي يركز عليها النظام التشريعي، فبتحقيقها تنشأ الضمانات الكافية لاستقرار التعامل وثباته حيث تنتفي الخديعة ويختفي الغش وتسد ذرائع الحيلة التي تصل الى تحقيق المصالح غير المشروعة بطرق ملتوية، وتقل اسباب التنازع فيمنحي سوء النية أو يكاد^(١).

ذلك ان القانون وهو يهدف الى تحقيق العدل على اساس من اشاعة الاستقرار والامن والنظام في الجماعة يضطر الى النزول في سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الاخلاقية ، كما يفعل حين يحمي الحياة حتى في مواجهة المالك الاصلي ،و حين يرخص للمدين في الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين^(٢). ولكن قد ينظر البعض الى ذلك على انه مجافي للعدل ،ولكن يكن تسويقها على اساس مقتضيات النظام والامن والاستقرار في المجتمع ،هذا بالنظر الى العدل الخاص اما في حال النظر لها في صورة التوازن بين العدل العام والعدل الخاص، فالغالب ان يتفق العدل الخاص مع العدل العام اذ بمقتضى المدة المقررة عادة يكون الدائن قد استوفى دينه، وصاحب الحق قد استرد حقه ،ولا يخل هذا التوازن إلا في القليل النادر حيث تمضي المدة دون ان يستوفي دائن دينه ، او يسترد صاحب الحق حقه ، ولا يتصور في مثل هذه الحالات الاستثنائية النادرة تغليب العدل الخاص على العدل العام، بل الواجب في شأنها هو تغليب العدل العام اخذا بأمرة الغالب في العمل وتحقيقا للمصالح العام بأسداد الستار على

(١) السيد بدوي ،حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، مصدر سابق ،ص٤.

(٢) د. حسن كيره ،المدخل الى القانون ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،١٩٧١، ص٢٩.

الماضي البعيد الذي يتعذر اثباته وتثبيت ما استقر من اوضاع مدة طويلة دون منازعة او تعرض ، مما يمكن للاستقرار والامن في المعاملات ،ويحقق للمجتمع بذلك نظاما عادلا ^(١).
وذلك وفقا لغاية القانون النفعية في تحقيق ذلك .

(١) د. حسن كيره ، اصول القانون ، منشأ' المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٧ .

الفصل الثاني

حسن النية في الحقوق العينية الأصلية

الفصل الثاني

حسن النية في الحقوق العينية الاصلية

المقدمة

تعدّ الحقوق العينية من أهم المساقات القانونية في إطار القانون الخاص، وفي مقدمتها الحقوق العينية الأصلية، تلك الحقوق التي تنشأ مستقلة بذاتها، خلافاً للحقوق العينية التبعية التي لا تكون إلا تابعة لحق آخر بهدف تأمين استيفائه. ولا يخفى على أحد أن غريزة التملك والاستئثار بالأشياء والتفرد بها عن الغير، جُبِلت عليها النفس البشرية، بغض النظر عن قيمة هذه الأشياء ونوعيتها، وسواء أكانت عقارات أم منقولات. ومن هذا المنطلق برز دور حق الملكية كأهم حق عيني أصلي، لما يخول صاحبه من سلطات وإمكانيات واسعة، دون إغفال لما يتطلبه هذا الحق الجامع المانع من قيود وضوابط قانونية عديدة تنظم آليات استعماله وسبل اكتسابه. والملكية ليست دائماً بالصورة الفردية، بل هنالك صور وأنواع مختلفة من الملكية، كالملكية الشائعة والإجبارية، وملكية الطبقات والشقق، وملكية العلو والسفل، وملكية الحائط المشترك. وفي المقابل تعد الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية على درجة عالية من الأهمية بعد حق الملكية، كحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الحكر وعقد الإجاريتين والاستحقاق في الوقف وحقوق الارتفاق، وهي بذلك تشكل التكملة الشمولية لهذه المنظومة القانونية من الحقوق العينية.

المبحث الأول

أثر حسن النية في حق الملكية

يعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية التي يكتسبها الشخص، لما يمنح صاحبه من سلطات واسعة على الشيء المملوك، وندرس من خلال هذا المبحث أثر حسن النية في علاقات الجوار، أثره في اكتساب الملكية.

المطلب الأول

أثر حسن النية في علاقات الجوار

إن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، ومن ثم لا يمكن العيش بمفرده وإنما يسعى إلى الحياة في جماعة، فالجوار لغة بكسر الجيم مصدر فعل جاور، بمعنى ساكن شخص شخصاً آخر، أي أقام قرب مسكنه، وتجاوز بمعنى جاور بعضهم بعضاً^(١).

ووردت كلمة الجوار في معاجم اللغة الفرنسية التي عرفت الجوار "Voisinage" بأنه تجاور وتقارب الأشخاص أو الأماكن من بعضها البعض^(٢).

أما عن الجانب القانوني فلم يرد تعريف للجوار في التشريعات المقارنة حيث اكتفت هذه القوانين بتنظيم علاقات الجوار وتبيان القيود الواردة عليها إذ تضمنت القيود محددة الجزاء على مخالفتها دون أن تبين معنى الجوار.

وسنقدم المطلب في فرعين نعرض في الفرع الأول لأثر حسن النية في علاقات الجوار غير المألوفة ونبين في الفرع الثاني لأثر حسن النية في علاقات الجوار المألوفة .

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف- القاهرة، ص ٦١٧.

(٢) Paul Robertm , le petit robetdictionnaire de la langue français, s -m Paris 1989, P2111

الفرع الأول

أثر حسن النية في علاقات الجوار غير المألوفة

إن التزامات الجوار مردها الشريعة الإسلامية، وهي مقررة للمصلحة الخاصة بالدرجة الأولى، ولكن لا يعني أنها لا تحقق المصلحة العامة في النهاية. وقد استقر الرأي في الفقه الإسلامي على ترجيح القول بتقييد حق المالك في تصرفه بملكه بقيد عدم الضرر الفاحش، وقد نهج القانون المدني العراقي هذا الاتجاه، فنصت المادة ١٠٥١/١ من القانون المدني العراقي على أن: "١. لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً والضرر الفاحش يزال، سواء كان حادثاً أو قديماً"، وهذا ما أكدته المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري التي نصت على "١. على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، ٢. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحور الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق".

إن الإضرار بالجار من قبل مالك العقار المجاور أو شاغله يمكن أن يحصل بإحدى

الصور الآتية:

- حالة تعدد المالك الإضرار بالجار:

وفي هذه الحالة تكون نية المالك في استعمال عقاره ليس من أجل تحقيق أية منفعة خاصة به، وإنما يرمى إلى الإضرار بجاره حسب، أي وجود سوء النية لديه، مثال ذلك أن يبني حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور عن جاره، أو أن يحفر أحد بئراً في أرضه لا ليستقي

منها وإنما تقيض بئر جاره^(١)، ففي كل هذه الأحوال يكون عمل المال غير مشروع لأنه لا يريد أن يستعمل حقه، وإنما يتوفر لديه سوء النية لذلك عليه التعويض بإجماع الفقه والقضاء والقانون، وهنا لا تدخل هذه الأضرار في باب التزامات الجوار التي نحن بصددتها.

ـ حالة إهمال المالك:

هنا يقوم المالك بعمل ما في ملكه لمصلحته، ولكنه لا يتخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون إلحاق الضرر بجاره، وكان في وسعه أن يتخذ هذه الاحتياطات فيحدث الضرر بالجار، أي ان بإمكانه أن يحصل على الفائدة نفسها التي حصلت لديه أو اتخذ الاحتياطات لمنع الضرر بالجار، مثال ذلك، مالك يقيم مدخنة حمامه فوق سطح داره، وكان بإمكانه أن يجعل اتجاهها بعكس اتجاه الجار، فلم يفعل، وحدث ضرر للجار، فالمالك مسؤول باتفاق الفقه والقضاء والقانون، وهنا لا تدخل هذه الإضرار في باب التزامات الجوار^(٢).

ج. حالة استعمال المالك حقه استعمالاً سالباً:

في هذه الحالة يقوم المالك باستعمال حقه بصورة صحيحة ويتخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون الإضرار بالجار، ولكن الضرر يقع على الجار على الرغم من ذلك، هذه الحالة هي التي أوردها القانون المدني العراقي في المادة (١٠٥١) التي تسمى التزامات الجوار، وكما ذكر فإن خلافاً قد ثار حول الأساس القانوني لالتزامات الجوار.

(١) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، السنة التاسعة والعشرون، ١٩٧٤م، ص ٤٢.

(٢) د. سامي إبراهيم صالح، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار، دون بلد النشر، ١٩٨٧م، ص ٨.

أولاً: تحديد مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش :

١. بالنسبة للتشريع العراقي:

جاء النص على الضرر الفاحش في المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي، وقد أخذ المشرع العراقي مصطلح الضرر الفاحش من نص المادة ١١٩٩ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٥٩ من مرشد الحيران، وقد عرفت المادة ١١٩٩ الضرر الفاحش بقولها "هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكني، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه"، أما المادة ٥٩ من مرشد الجيران فقد عرفت الضرر الفاحش وميزته عن الضرر غير الفاحش بقولها "الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء".

وهنا ينبغي التفريق بين حالة التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في المادة ٧ من القانون المدني العراقي وحالة الضرر الفاحش المنصوص عليه في المادة ١٠٥١، ففي الحالة الأولى وضع المشرع معايير معينة لمسؤولية المالك وهي "قصد الإضرار بالغير إذا كانت المصالح التي يرمي إليها هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة"، وهذه الأحوال تختلف عن حالة الضرر الفاحش، فالمشرع لم يتطلب في نص المادة ١٠٥١ أن يقصد المالك الإضرار بجاره، بمعنى آخر أن المالك يكون مسؤولاً تجاه جاره حتى وإن لم يقصد الإضرار به طالما ترتب على فعله ضرر فاحش.

كما أن المالك يكون مسؤولاً تجاه الجار حتى وإن كانت المصالح أكبر وليس أقل، أو كانت تتناسب مع المصالح، فالمعيار هو وجود الضرر الفاحش إذ طالما ترتب على فعل الجار ضرر فاحش كان المالك مسؤولاً عن هذا الفعل تجاه الجار، وألا فأن المالك لا يكون مسؤولاً إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الجار ضرراً فاحشاً.

فالمالك طبقاً لنص المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي يكون مسؤولاً عن الضرر الفاحش وإن كان يستعمل حق ملكيته، ولكنه في هذا الاستعمال لم يخرج عن حدود الحق ، فلم يخالف المالك اللوائح والقوانين ولم يخرج عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ولم يفرض القانون أي خطأ في جانبه، كما أن المالك يكون مسؤولاً حتى وأن لم يتعسف في استعمال حقه، فلا هو قصد الإضرار بالجار ولا كان للمالك مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحته^(١)، ومعيار الضرر الفاحش الذي تطلبه المشرع العراقي أبلغ وأدق في المعنى من معيار "الضرر غير المألوف" المنصوص عليها في المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري.

وبالجمع بين نص المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي ونص المادة ١١٩٩ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٥٩ من مرشد الحيران، يمكن القول بأنه يشترط لتحقيق الضرر الفاحش توافر شرطين أساسيين: الأول أن يكون من شأن الضرر حرمان الجار من منافع السكن الأصلية، والثاني أن يؤدي الضرر الى ضعف البناء أو انهدامه.

إن الضرر الفاحش لا يشترط وقوعه بصورة مادية، فقد يقع الضرر بصورة أخرى وهي الصورة غير المادية (المعنوية) كالإطالة على مقر النساء في بيت الجار، ومن يستغل بيته لأفعال غير مشروعة، أو غير أخلاقية يكون قد أذى دار جاره وأضر به ضرراً فاحشاً بصورة غير مادية يتمثل بالأذى الذي يصيب الجار وعائلته بسمعة سيئة التي تتجم عن هذه الأعمال على الرغم من أنه لم يلحق بالجار أي ضرر مادي.

وعموماً فإنه يشترط لقيام مسؤولية المالك تجاه الجار ما يأتي:

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، منشأة المعارف - الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٦٢٢.

١- فعل من المالك، يؤدي إلى حدوث ضرر فاحش: فليس كل ما يصدر من أفعال من قبل المالك تجاه الجار يوجب مسؤولية المالك بل يجب أن ينتج عن هذا الفعل ضرر يصيب الجار، ولا يهتم في فعل الجاني إذا كان يقصد احداث الضرر الفاحش بالجار أم لم يقصد ذلك، فلا قيمة قانونية لقصد المالك طالما أنه الحق بفعله ضرراً فاحشاً بالجار، وليس كل ضرر يصيب الجار يؤدي إلى مسؤولية المالك بل يجب أن يكون هذا الضرر "فاحشاً" على حد تعبير المشرع العراقي في المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي^(١). ولا يشترط أن يكون هناك خطأ بجانب المالك، كما أن المفترض أن الشخص في هذه الحالة حسن النية في الاضرار بالجيران ضرراً فاحشاً ولا يقصد ذلك على الاطلاق^(٢)، ويذهب بعض الفقهاء الى أن الأصل في المسؤولية المدنية أنها تقوم على ركنين (الخطأ والضرر) وأن الخطأ لا يتكون الا من فعل يقع مخالف للقانون أو اللوائح أو يقع بسبب الإهمال غير أنه عندما بدأ العهد الذي كثر فيه استعمال الآلات الحديثة تغير الموقف وأتجه الى أن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من ضرر ولو لم يخالف في عمله نصوص القوانين واللوائح، متى كان الضرر الذي أصاب الجار "فاحشاً"^(٣).

٢. أن يؤدي فعل المالك الى إصابة الجار بضرر فاحش سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً: فليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب مسؤولية المالك بل لابد أن يكون هذا الضرر فاحشاً، والضرر الفاحش لا يشترط وقوعه بصورة مادية كما ذكرنا بل قد يقع الضرر بصورة

(١) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، شركة العاتك لصناعة الكتاب- القاهرة، بلا سنة النشر، ص ٧١.

(٢) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، منشأة المعارف- الإسكندرية، ١٩٧٨م، ص ١١٥.

(٣) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، منشأة المعارف- الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٣٤١.

معنوية أو غير مادية، فمن يقوم بعمل يؤدي الى تصدع بناء جاره الملاصق له، ويكون آيلاً للسقوط، كمن يقوم بحفر بجانب بيت الجار مما يؤدي إلى حدوث إصابة البناء بضعف يكون سبب انهدامه، فإنه يعد ضرراً فاحشاً ويترتب عليه مسؤولية المالك، ومن يقوم بالنظر إلى مقر النساء أو الإطالة على منزل الجار، ومن يقوم باستغلال الدار لأغراض غير مشروعة فإنه يؤدي إلى إصابة المالك بضرر فاحش على الرغم من وقوعه بصورة غير مادية، والمهم هنا هو تحقق "الضرر الفاحش".

٣. أن يكون الضرر الفاحش الذي أصاب الجار بسبب فعل المالك أي أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل المالك والضرر الذي أصاب الجار: ويقصد بذلك أن يكون الضرر الفاحش الذي أصاب الجار نتيجة طبيعية ومباشر لفعل المالك، والعلاقة السببية كما ذكرنا تعني أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لفعل المالك فإذا كان هناك سبب آخر أدى إلى حصول الضرر الفاحش فلا يكون المالك مسؤولاً عن أي ضرر وتنتفي مسؤوليته، وإذا ساهم مع فعل المالك سبباً آخر وكان وحده كافياً لتحقيق الضرر الفاحش فإن ذلك يؤدي إلى عدم قيام مسؤولية المالك فإذا توافرت الشروط السابقة الذكر تحققت مسؤولية المالك، ويكون مسؤولاً تقصيراً تجاه الجار عن الضرر الفاحش^(١).

مما تقدم نخلص إلى أنه لا يشترط لقيام مسؤولية المالك أن يكون هناك خطأ بجانب المالك ولا يشترط يقصد الاضرار بالجار، فمسؤولية المالك تنهض حتى وأن لم يقصد

(١) يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وفي حالة مضار الجار لا يشترط وقوع خطأ من قبل المالك تجاه الجار لكي تتحقق مسؤوليته بل يكفي إصابة الجار بضرر فاحش لكي تنهض مسؤولية المالك، ذلك أن نص المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي يفرض التزاماً على المالك مقتضاه عدم الاضرار بالجار ووقوع الضرر الفاحش يعني أن الجار أخل بهذا الالتزام. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٤٢.

المالك الاضرار بجاره، طالما ترتب على فعله ضررٌ فاحشٌ أصاب جاره، ولكن قيام مسؤولية المالك تجاه الجار ترتبط بضرورة أن يكون الضرر الفاحش هو نتيجة طبيعية لفعل المالك وليس سبباً آخر.

٢. بالنسبة للتشريع المصري:

من خلال نص المادة ٨٠٧ وضع المشرع المصري مقتضيات معينة لتقدير الضرر غير المألوف، وهذه المقتضيات هي^(١):

١. العرف: فما جرت به العادة أن يتحملة بعضهم من بعض يكون ضرراً مألوفاً لا يوجب مسؤولية المالك، أما ما جرت به العادة على عدم تحمله فلا يكون ضرراً مألوفاً.
- ب. طبيعة العقارات: ويقصد بذلك نوع النشاط الذي يزاول فيه العقار فإذا كان العقار محلاً أو مقهى أو فندقاً يتحمل من الضوضاء أكثر مما يحتمل المسكن الهادئ، فما يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى هذه الأمكنة العامة يعد ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى المسكن.
- ج. موقع العقار: ويقصد بذلك موقع العقار بالنسبة للضرر نفسه، فصاحب السفل بالنظر لطبيعة موقعه يجب عليه أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفل بهذا قضي موقع السفل.
- د. الغرض الذي خصص له العقار: إن العقار الذي خصص للسكني الهادئ غير العقار الذي خصص لأغراض تقتضي دوام الحركة واختلاف الناس عليه، فما يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة للأول قد يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الآخر.

نخلص من ذلك إلى أن المشرع المصري حرم عن الغلو المؤدي إلى حدوث ضرر غير مألوف، كما أن المشرع المصري وضع مقتضيات معينة لما يمكن أن يعد ضرراً غير مألوف،

(١) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، دون دار نشر - القاهرة، ١٩٦٥م، ص ٦٢.

إلا أنه مما ينبغي قوله هنا هو أن المشرع المصري لم يضع معياراً محدداً للتفريق بين ما يعد ضرراً مألوفاً وبين ما يعد ضرراً غير مألوف، ومعيار الضرر غير المألوف الذي نص عليه المشرع المصري يُعد معياراً موضوعياً وليس ذاتياً فلا عبء بحالة الشخص وإنما العبء بحدوث الضرر غير المألوف^(١).

وقد اشترط المشرع المصري شروطاً تختلف في موضوعها عن الشروط التي تطلبها المشرع العراقي، فطبقاً للمادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري يشترط لقيام مسؤولية المالك ما يأتي:

١. غلو المالك في استعمال حقه: يقصد بالغلو مجاوزة الحدود، والغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار بمعنى آخر أن يؤدي غلو المالك إلى إصابة الجار بضرر غير مألوف، أما إذا أدى غلو المالك في استعمال حقه إلى إلحاق الضرر بالجار ولكنه ضرر مألوف وجرى التعامل على تحمله فيما بين الناس، فلا يترتب على ذلك قيام مسؤولية المالك^(٢)، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الغلو هو الضرر الفاحش المنصوص عليه في المادة ١٩٩٩ من المجلة^(٣)، والذي يبدو أن الغلو ليس هو الضرر الفاحش المنصوص عليه في المادة ١١٩٩ السابقة الذكر، فالغلو هو الفعل الصادر من المالك تجاه جاره في

(١) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية- القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥١م، ص ٢٤٨.

وأنظر أيضاً: عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مكتبة سيد عبد الله وهبة- القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٩م، ص ٧٥.

(٢) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة للنشر- مصر، ٢٠٠٧م، ص ٦٥.

وأنظر أيضاً: عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٨٢.

وأيضاً: د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٥٠.

(٣) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٤٩.

حين أن الضرر الفاحش هو النتيجة التي يؤدي إليها فعل المالك، بمعنى آخر أن الغلو هو الفعل وليس الأثر، ودليل ذلك ما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"، فليس الغلو غير المشروع في هذا النص وإنما غير المشروع هو الضرر غير المألوف الذي يؤدي إليه فعل المالك من أضرار لأن الغلو لا يؤدي إلى قيام مسؤولية المالك ما لم يكن من شأنه الأضرار بالجار ضرراً غير مألوف، فالذي يستلزم مسؤولية المالك هو الضرر غير المألوف وليس الغلو في استعمال الملك لحقه.

٢. الضرر غير المألوف: لا يكفي لتحقيق مسؤولية المالك أن يغلو في استعمال حق بل لابد أن يترتب على غلو المالك إصابة الجار بضرر غير مألوف، فليس للجار أن يرجع على جاره إذا كان الضرر الذي أصابه مألوفاً، فهذه الأضرار لا تؤدي إلى قيام مسؤولية المالك، فإذا تجاوز الضرر الحد المألوف قامت مسؤوليته تجاه جاره.

مما تقدم نستنتج أن النهي الوارد في نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري ينصب على الضرر غير المألوف وليس على الغلو، كما أن المعيار الوارد في القانون العراقي يختلف عن النص الوارد في القانون المصري في نواحي عدة، فالنص العراقي أكثر دقة وخصوصية على خلاف نص المشرع المصري الذي يكتفه الغموض، فالمشرع المصري لم يوضح ما يمكن اعتباره ضرراً مألوفاً أو غير مألوف، كما أن المشرع المصري لم يضع معياراً محدداً للتفريق بين الضرر المألوف والاضرر وغير المألوف.

ثانياً: الأساس القانوني لمسؤولية المالك:

انقسم الفقه في موضوع الأساس القانوني عن مضار الجوار على آراء متعددة ومختلفة، بعض الآراء يستند إلى حجج قانونية قوية، في حين أن البعض الآخر بعيدة كل البعد عن

الأساس القانوني لمسؤولية المالك^(١)، ونورد هنا آراء الفقهاء التي تحمل في طياتها حجج قانونية مقبولة وتستند إلى أساس قانوني، وهذه الاتجاهات هي:

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إقامة مسؤولية المالك عن الأضرار التي تصيب الجار على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق ويستند أنصار هذا الرأي إلى إرادة واضعي القانون المدني الذي أفسح مكاناً لمعيار لمضار الجوار، إلى جانب المعايير العامة للتعسف، وأن كان هذا المعيار لم يظهر في النصوص التي عالجت نظرية التعسف في استعمال الحق، فليس معنى ذلك أن المشرع قد عدل عن عدّه واحدًا من معايير هذه النظرية ولكنه أكتفى بتطبيقه على حالة مضار الجوار^(٢).

ويذهب فقهاء آخرون^(٣) إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار ليست سوى تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق لأن الشريعة الإسلامية التي تم اعتمادها في صياغة نظرية

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء الثامن، مصدر سابق ص ٦٢٩. وأنظر أيضًا: د. أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة تحليلية نقدية في القانون المقارن وفقه الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد الثاني، ص ٤٥.

وأيضًا: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٨٩. (٢) د. بشرى جندي، حتمية التطور الاشتراكي في مبادئ القانون المدني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة ١١، ١٩٦٧م، ص ٧٣٨.

وأنظر أيضًا: د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، جامعة الدول العربية، ١٩٦٦م، ص ٣٦. وأيضا: د. حسن كيرة، ص ١٤٤.

وأيضًا: د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مصدر سابق ص ٦٢. (٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد، ١٩٦٠م، ص ٨٦.

وأنظر أيضًا: د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف- الإسكندرية، ١٩٨٨م، ص ١٤٥.

عامة للتعسف في استعمال الحق كانت تعد من معايير التعسف في استعمال الحق معيار الضرر الفاحش بالغير أو الجار.

الاتجاه الثاني: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مسؤولية المالك ليست تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، ذلك أن المالك لا يعد متعسفاً بمقتضى نظرية التعسف إلا إذا توافرت هذه المعايير، وهي: قصد الإضرار بالغير، ورجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، وعدم مشروعية المصلحة التي يروم المالك لتحقيقها، ولا يشترط توافر هذه المعايير حتى يتحقق الضرر الفاحش، فالشركة التي تقيم مصنعاً يتضرر الجوار من وجوده لا تقصد بذلك الإضرار بجيرانها، وهي لا ترمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومع ذلك، تكون الشركة مسؤولة عن الضرر الفاحش.

الاتجاه الثالث: يذهب أنصار^(١) هذا الاتجاه إلى أن تقييد سلطة المالك بسبب الجوار إنما هو نتيجة طبيعية لاعتبار الملكية وظيفة اجتماعية، ومن ثم فإن مسؤولية المالك تقوم على أساس ضرورة التضامن الاجتماعي، ذلك أن التضامن الاجتماعي يجب أن يتمخض لخير الكافة، فلا يستقيم مع هذا التضامن أن لا يعبأ المالك بما يترتب على استعمال ملكه من ضرر فاحش لأولئك الذين يعيشون بقربه وجواره، وعلى ذلك فتقرير التزامات الجوار إنما هو في مصلحة الجيران جميعاً، وهذا التضامن يتطلب من الجيران التسامح في كثير من الأضرار التي تعتبر نتيجة طبيعية لحالة الجوار. فقد ينشأ من استعمال المالك لملكه ضرر بالجيران، فلا بد لهؤلاء من تحمل جانب من الضرر الذي تقتضيه طبيعة الجوار وألا لغلت يد المالك عن استعمال حقه وتعطلت ملكيته، ولكن إذا تصرف المالك في استعمال ملكه على وجه يضر بالجيران ضرراً

(١) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة، ١٩٥٨م، ص ١٠٦. وأنظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة للطباعة والنشر - مصر، دون سنة النشر، ص ٨٩ - ٩٢.

فاحشاً، فعندئذ تنهض مسؤوليته قبلهم، فكما أن التضامن يتطلب من المالك ألا يستعمل حق ملكيته بما فيه ضرراً فاحشاً للجيران، فإنه يتطلب من الجيران أن يتحملوا الضرر اليسير أو مضايقات الجيران.

ثالثاً: الآثار المترتبة على قيام مسؤولية المالك:

بعد أن توافرت الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المالك التقصيرية تجاه الجار، فإن ذلك يؤدي إلى توقيع الجزاء المنصوص عليه قانوناً، وهذه الجزاءات يمكن تلخيصها في الآتي:

١. **الاجراء الوقائي:** أنفرد المشرع العراقي بالنص على الإجراء الوقائي في نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي، إذ نصت على أنه "للمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر وله أيضاً أن يطلب وقف الاعمال أو اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع"، في هذا النص أعطى المشرع العراقي للجار الحق في اتخاذ الإجراءات التي تحول دون وقوع الضرر، ولا يوجد مقابل لهذا النص في التشريع المدني المصري، وبموجب هذا النص للمالك الحق في إقامة دعوى على الجار الذي يقوم بأعمال من شأنها إلحاق الضرر الفاحش بملك الجار حتى تفصل المحكمة في النزاع الحاصل^(١)، كما أن من حق الجار أن يلزم جاره بأن لا يحدث في ملكه ما يؤدي الى أحداث أضرار في العين ويشترط للقيام بهذا الاجراء ما يأتي:

- أن يكون هناك خطر أو ضرر فاحش يهدد ملك الجار، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً.

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ١٩٩٧م، ص ٣٨٢.

- أن يقوم الجار باتخاذ مايلزم بالقدر المناسب لدفع الضرر.
- إذا فشل المالك في دفع الضرر الفاحش بعد اخذه كل الاحتياطات اللازمة لدفع الضرر، فيكون للجار رفع دعوى على المالك يطالب فيها وقف الاعمال المسببة للضرر الفاحش.
- إذا كان من شأن رفع الدعوى على المالك أن تتأخر المحكمة في فصل النزاع، وكان الضرر الفاحش محدقاً بالجار، فيكون من حق الأخير القيام بصورة عاجلة بدفع الضرر، كما لو قام المالك بحفر في منزله وأدى ذلك إلى تصدع بيت الجار، فيكون من حق الأخير القيام بردم الحفرة بإذن المالك أو بغير أذنه في حالة الاستعجال، ومن ثم يكون من حقه رفع دعوى على المالك للمطالبة بدفع تكاليف ردم الحفرة أو التعويض بحسب الأحوال.

٢. **التنفيذ العيني:** إذا تحقق وقوع الضرر الفاحش وتوافرت الشروط اللازمة السابقة، فعندئذ تتعدّد مسؤولية المالك ويجب عليه إزالة الضرر، وإزالة الضرر الفاحش قد تكون عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال، والمطلوب هو إزالة الضرر الفاحش بأي وجه كان، ولا يشترط إزالة مصدر الضرر، وإذا لم يمكن إزالة الضرر إلا بإزالة مصدره فعندئذ يجب إزالة الضرر ومصدره^(١).

وإزالة الضرر الفاحش تتخذ صوراً مختلفة بحسب ظروف كل حالة، فإذا أمكن رفع ضرر فتحة التصريف القريبة من ملك الجار أو المدخلة أو الشباك المطل على مقر النساء، بإحكام بناء فتحة التصريف بالاسمنت أو بنقل الماكنة من مكانها الى مكان آخر أو توجيه فوهة المدخنة توجيهاً آخر أو وضع ستارة على الشباك، حكا القاضي بلك، وكثيراً ما تكون إزالة الضرر الفاحش غير كافية للتعويض عن الضرر تعويضاً كاملاً إذ هي تكفل منع الضرر في المستقبل ولكنها لا تعوض الجار عما أصابه من ضرر في الماضي، ففي هذه الحالة يحكم

(١) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٥٢.

القاضي بالإزالة وبتعويض نقدي عما أصاب الجار من ضرر في الفترة السابقة على إزالة الضرر إذا كان هناك مقتضى لذلك^(١).

والتنفيذ العيني يتخذ صوراً شتى فهو يتدرج من الأمر بتعديل في طريقة الاستغلال إلى الأمر بتحديدده نسبياً من حيث الزمان (بمنع التشغيل ليلاً مثلاً) أو المكان (بتغيير موضع المحل مثلاً)، إلى الحكم بوقف جزء منه، إلى الحكم بإزالته كلياً وغلق المحل أو المصنع، والقاضي ليس مجبراً على اجابة الجار المتضرر إلى الازالة الكلية أو الغلق، وإنما هو يقضي بما يراه مناسباً طبقاً للصالح العام من جزاء عيني أو نقد يفضل عن الجار المتضرر يكون في هذه الصورة متعسفاً في حق طلب الازالة الكلية أو الغلق، إذا في غالب الأحوال لا تتناسب البتة مصلحته التي يقصدها من ورائه مع ما يصيب المستغل والاستغلال من ضرر الازالة^(٢).

وينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن إلى أنه ليس للجار المستجد أن يتضرر من مجاورته الجار يسبقه اذا لحقه ضرر فاحش من النشاط الذي يمارسه الجار القديم، ما لم يكن النشاط الصادر من الجار القديم او السابق غير مشروع، فعندئذ يحق للجار اللاحق أن يتضرر من فعل السابق ويكون الاخير مسؤولاً تقصيرياً تجاه جاره، وهذا ما يفهم من نص الفقرة الثالثة من المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي، التي جاء فيها "إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً، فجاء آخر وأحدث بجانبه بناءً وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه" فمفهوم المخالفة لهذا النص هو أن الجار السابق إذا تصرف في ملكه تصرفاً غير مشروع فإنه يكون مسؤولاً تجاه الجار عن الضرر الفاحش الذي يلحق به نتيجة هذا الاستعمال^(٣).

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٠.

(٢) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ١٣٦.

(٣) د. علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، الجزء الثالث، دار عالم الكتب - بيروت، دون سنة النشر، ص ٢٣٤.

ويؤخذ على اتجاه المشرع هذا أنه يؤدي الى فرض أرادة الجار السابق على الجار اللاحق.

أما في التشريع المصري فقد ذهب اغلب الفقهاء الى أنه ينبغي التفرقة بين النشاط السابق إذا كان جماعياً بحيث يترتب عليه صبغ المنطقة الموجود بها بنشاط معين كأن يجعلها منطقة صناعية أو منطقة تجارية، فالضرر في هذه الحالة يعد ضرراً مألوفاً لا يسأل عنه الجار السابق، أما إذا اتصف النشاط السابق بالفردية فلا تؤثر أسبقية النشاط في وصف الضرر غير المألوف وقيام المسؤولية عنه^(١)، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العبرة في تحديد هذه المضار تكون بطبيعة الذي توجد فيه هذه العقارات ونوع الاستغلال المعدّ له ومدى عدّه مألوفاً في هذا الحي طبقاً للعرف السائد^(٢).

والذي نراه هو الأخذ بهذا الرأي كونه أصوب من الرأي الأول إذ لا يجوز الحكم بمشروعية أو عدم مشروعية الفعل الصادر من الجار السابق إلا بعد التأكد من طبيعة هذا لنشاط ومدى ملاءمته لطبيعة الحي أو المكان الذي هو فيه.

٣. التعويض النقدي: يحكم القاضي بالتعويض عن الأضرار الفاحشة التي لحقت الجار في الماضي، فيلتزم المالك بتعويض الجار عن الخسارة التي لحقته وعن الكسب الذي فاتته، ويذهب بعض الفقهاء^(٣) إلى أن الضرر قد يدوم زمناً معيناً، فيجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي عن كل مدة زمنية يدوم فيها الضرر، كأن تكون عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أكثر من ذلك.

(١) د. محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دون دار النشر، ١٩٧٤م، ص ٢٣٩.

(٢) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، مصدر سابق ص ٦٧. وأنظر أيضاً: د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ١٥٠.

(٣) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٦٣٤.

نخلص مما تقدم الى أن المشرع العراقي أنفرد بالنص على الإجراء الوقائي في الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١، فيسمح للجار قبل وقوع الضرر الفاحش أن يطالب بإيقاف الضرر إذا كان يتهدد ملكه، كما أن من الجار مطالبة المالك بالتنفيذ العيني أو التعويض بحسب الأحوال. والذي نراه هو إعطاء الحق للمتضرر بالمطالبة بإيقاع الغرامة التهديدية في حالة استمرار المالك بالأعمال التي تؤدي الى الحاق الضرر الفاحش بالجار وعمومًا إذا ساهم الجار مع فعل المالك في أحداث الضرر فان المالك لا يكون مسؤولاً عن جميع الاضرار التي تصيب الجار بل يسال فقط في حدود مسؤوليته عن الضرر الفاحش.

الفرع الثاني

أثره في علاقات الجوار المألوفة:

لقد نظم المشرع العراقي قيود الجوار الخاصة في المواد من ١٠٥١ - ١٠٦٠، والمواد ٨٠٦ - ٨٢٤ من القانون المدني المصري، وهذا ما سنتناوله الآن كالآتي:

اولا : القيود الخاصة بموارد المياه:

لقد نظمت التشريعات المقارنة هذه الثروة الوطنية "المياه" في مقدمة القيود الواردة على حق الملكية، وتتمثل القيود الخاصة بموارد المياه في حق المسيل، حق المجرى، وحق الصرف أو السيل.

أ. **حق المسيل:** والمقصود به حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم من المسقاة التي تخص صاحبها^(١)، فإذا أنشأ شخص مسقاة على أرضه وبأمواله الخاصة يكون مالكا لها ويكون له وحده حق الانتفاع بها غير أن القوانين المقارنة وضعت قيوداً في ذلك في حالة استيفائه لحاجاته وبقي له فائض من الماء، فالقانون خول للملاك المجاورين

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٦.

الانتفاع به وسقي أراضيهم على أن يشتركوا في نفقات إنجاز المسقاة وصيانتها، فهذا القيد يتحقق

إن بتوافر هذه الشروط:

- وجود مسقاة خاصة.
- وجود فائض من مياه المسقاة عن حاجة مالكيها.
- حاجة الأرض إلى الري عن طريق مجرى^(١).
- الاشتراك في نفقات الانجاز

فقد أشارت المادة ١٠٥٢ من القانون المدني العراقي إلى حق المالك في الاستفادة من المياه التي تتحدر بفعل الطبيعة المرتفعة عنها كمياه الأمطار والعيون الطبيعية وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدًا يصيد الماء، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك في الحدود التي رسمها القانون. وفي ذلك اشار واضح الى المسلك البعيد عن سوء النية في استخدام هذا الحق من خلال ما وصفته المادة من صور تبين قرائن لحسن النية وسوئها.

ولكل شخص الحق في أن يسقي أرضه من مياه الأنهر والترع العامة، وله أن يشق جداولاً لأخذ هذه المياه إلى الأرض لأنها ملكاً لعامة الناس وليست خاصة أو حرجاً على شخص معين وذلك كما أشارت المادة ١٠٥٥ من القانون المدني العراقي.

ب. حق المجرى: إذا كان حق السقي مقررًا لمالك الأرض بالانتفاع بالمياه المملوكة ملكية خاصة في أرض مجاورة له، فإن حق المجرى هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في

(١) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية "الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية"، دار الجامعة - الإسكندرية، ٢٠٠٧م ص ٣٥.

أن يُمرر فوق أرض غيره المياه التي تكفيه لسقي أرضه المنفصلة عن هذا المورد، ويقوم حق المجرى إذا توافرت الشروط الآتية:

- وجود أرض بعيدة عن مورد المياه.
- حاجة الأرض إلى الري عن طريق المجرى.
- أن تتوسط بين الأرض البعيدة ومجرى المياه أرض مملوكة للغير.
- يشترط المرور في الظروف الأكثر عقلانية والأقل إضراراً بالأرض الوسيطة.
- دفع تعويض مناسب لصاحب الأرض الوسيطة^(١).

ج. حق الصرف أو السيل: إذا كان الهدف من حق السقي وحق المجرى هو تزويد الأرض بالمياه الصالحة لخدمتها فإن حق الصرف أو المسيل يقصد به حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف الماء الزائد عن حاجة أرضه، فيجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي، بشرط أن يحصل المالك على تعويض، فحق الصرف يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بعد أن يستوفي الجار حاجياته، أو أن ينشئ مصرفاً خاصاً على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المرفق العام^(٢)، وهذا ما نظمته المشرع المصري في المواد من ٨٠٦ إلى ٨١١، وكذلك في القانون العراقي في المواد من ١٠٥١ إلى ١٠٥٨، وقد أشارت المادة ٨٠٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١٠٥٦ من القانون المدني العراقي إلى أن من أنشأ مسقاه أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها، كما أوجب القانونان المصري في المادة ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١ والعراقي في المادة ١٠٥٨ على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر

(١) د. عواطف زراة، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة- الجزائر، الطبعة الثانية، ٢٠١١م، ص ١١٦.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٦.

بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف التي تأتي من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً في حالة تعرضه للضرر، وإذا لم يتفق الطرفان على الأجر تولت المحكمة تقدير ذلك. وهذا القيد القانوني المفروض من قبل الشارع يحدد الوضع العادي والتنظيم المألوف لحق الملكية فهو التزام عيني وجب تنفيذه بحسن نية

ويتخذ حق المسيل إحدى الصورتين الآتيتين:

- الصرف المباشر وهو صرف المياه الزائدة مهما كان نوعها في مصرف الجار أي يستعمل مصرف الجار لصرف المياه في مصب عمومي.
- الصرف غير المباشر: هو صرف المياه الزائدة في ممر عمومي بعد تمرير قنوات الصرف في أرض الجار^(١).

ثانياً : القيود الخاصة بالمرور

إذا كانت الملكية قطعة أرض فمن حق المالك منع الغير من المرور عليها، لكن هناك حالات تكون فيها الأرض محبوسة عن الطريق العام، وعليه فمنع الجار من المرور على هذه الأرض وعزله عن الطريق العام سيعطل حتماً استغلالها، لذلك راعى المشرع حالة العقار المحصور، وأعطى لصاحب هذا الأخير حق المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام^(٢)، وهذا ما تضمنته المادة ٨١٢ من القانون المدني المصري، والمادة ١٠٥٩ من القانون المدني العراقي اللتين نصتا على "١. مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق ألا بنفقة باهظة أو

(١) د. زرار عواطف، التزامات الجوار، مصدر سابق ص ١١٦.

(٢) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها، مصدر سابق ص ٥٠.

مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام وذلك في نظير تعويض فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك، ٢. على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء"، وحسب المادة المذكورة فإن الحصر يتحقق في حالتين هما:

- أن لا يصل بين الأرض والطريق العام أي ممر.
- يكون للأرض ممر إلى الطريق العام ولكن الممر غير كاف أو غير ممكن المرور إليه إلا بمشقة كبيرة أو أنها تكلف المالك بذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار، ومتى تحققت هذه الشروط يكون للجار مالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره للوصول إلى الطريق العام مقابل تعويض مناسب للأضرار التي تتجم من جراء استعمال هذا الحق، فالعبرة بالتعويض تكون بالضرر وإن لم يوجد ضرر فلا تعويض، وتنتهي حقوق الارتفاق بانتهاء الأجل المحدد بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين^(١). وهذا يقرر للغير تكليفاً على العقار فهي تحد من منفعة عقار على ان لا يخرج عن الحد الذي رسمه المشرع أي لا يخرج عن المألوف وهذا المسلك من التسامح يتفق ومبدأ حسن النية .

(١) د. سميحة حنان خوادجية ، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير - بسكرة، ٢٠٠٨م، العدد الرابع، ص ١٤٨.

ثالثاً : قيود التلاصق في الجوار:

يثير التلاصق في الجوار نزاعات عديدة بين الجيران، ولفض هذه النزاعات فرض المشرع قيوداً على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة، فهي إما قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين هذه الملكيات، أو قيود تتعلق بوضع حائط فاصل مشترك، أو قيود تتعلق بالمسافات التي يجب أن تراعي فيما بين الحيطان، وهو ما يعرف بالمطّلات والمناور.

أ. **وضع الحدود للأمالك المتلاصقة:** تنص المادة ٨١٣ من القانون المدني المصري وكذلك المادة ١٠٦٠ من القانون المدني العراقي على أنه: "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"، ويتضح من هذه المادة أن المشرعين قد قيّد استعمال حق الملكية لمصلحة الجار الملاصق، حيث ألزم كل مالك بوضع حدود فاصلة بين أملكهما المتلاصقة، على أن يشتركا معاً في نفقات هذا التحديد، ووضع حدود عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنتين واطهاره بعلامات مادية، هذه العلامات المادية الظاهرة تبين معالم الحدود بين الملكيتين المتجاورتين ليظهر حد كل منهما على وجه التحديد، فتتقيد بذلك حرية المالك ومملكه بعد أن كان حرّاً في تحديد هذا الملك أو في عدم تحديده، ذلك ما لم يتفق المالكان ودياً على وضع الحدود التي تتم إما ودياً أو إجبارياً، إذ أن اتصال حدود عقار بحدود غيره قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منهما، الأمر الذي قد يثير منازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم لحقه، لذا أتاح القانون للملاك المتجاورين تجنب ذلك بالاتفاق بينهم على وضع حدود فاصلة وظاهرة بين ملكياتهم بالتراضي، دون حاجة للجوء إلى القضاء، إذ يتم الاتفاق حول مساحة الأرض التي يملكها كل واحد منهما لكنهما لا يعلمان الحدود المادية الفاصلة بين أرضيهما، فيقومان بوضع

حد فاصل بينهما إما بالاتفاق فيما بينهما وعند الضرورة يلجأ إلى تعيين خبير يتم الاتفاق عليه^(١).

وفي حالة إذا طلب أحد الملاك وضع الحدود بينه وبين جاره ورفض هذا الأخير هذا الطلب، فإن وضع الحدود يكون إلزاماً له وإجباراً عليه، وذلك استناداً إلى المادة السابق الإشارة إليها، أي عن طريق القضاء، فيرفع المالك دعوى رسم الحدود بين الملكيتين المتجاورتين، وبموجب هذه الدعوى يتم تعيين خبير من قبل القاضي المختص وإذا أثبتت الخبرة وجود ملكيتين متلاصقتين يتم رسم الحدود بينهما جبراً، ولا يحق للمالك المدعى عليه الاعتراض على ذلك إلا إذا قدم دليلاً يثبت عكس ذلك^(٢).

ب. الحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين: لقد نص القانون المدني على الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكين في المادة ٨١٤ من القانون المدني المصري ، وقد تناول القانون المدني العراقي في المادة (١٠٨٧) وما بعدها الى المادة (١٠٩٢) ، اذ نظمت هذه المواد ملكية الحائط المشترك وسلطات المالك أو الملاك في الاستعمال والتصرف، والحائط الفاصل هو الذي يفصل بين بنائين، فإذا فصل هذا الحائط بين أرضين، أو بين أرض وبناء لما كان فاصلاً بالمعنى المقصود الذي تنطبق عليه الأحكام الواردة في القانون المدني، حيث نصت المادة ٨١٤ على "١. لملك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته، ٢. فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادةً فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه"، فاستعمال الشريك للحائط المشترك يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، وألا

(١) د. زرار عواطف، التزامات الجوار، مصدر سابق ص ١٠١ - ١٠٢.

(٢) د. حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة - الجزائر، ٢٠٠٢م، ص ٢٩٥.

يحول دون استعمال الشريك الآخر له، وألا يكون من شأنه تحميل الحائط فوق طاقته، فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله، كما أعطى المشرع الشريك في الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة الحق في تعليته، وهذا حسب نص المادة ٨١٥ من القانون المدني المصري "١. للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته، ٢. فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركاً دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض"^(١).

ج. قيد المسافات القانونية: الأصل أن لكل مالك أن يفتح في بنائه ما يشاء من فتحات النظر أو التهوية أو الإضاءة، إلا أن هذه الحرية قيدها المشرع المصري بالزامية احترام المالك لمسافة معينة حددها القانون في المواد من ٨٢٠ إلى ٨٢٤ من القانون المدني المصري، فإذا كانت الفتحة معدة للضوء والهواء والنظر أعدت مطلاً، وهذا القيد يتعلق بملكية المباني ويفرض مسافات معينة يجب مراعاتها على الخصوص في فتح المطلات على أملاك الجيران، أما إذا اقتصرَت الفتحات على الضوء والهواء دون النظر عُدت منوراً، ولم يضع القانون قيوداً على فتحها لكنه ترد قيود على استعمالها، إذ يحتاج البناء إلى فتحات فيه تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء بما يحقق الاستفادة منه أيّاً كان نوع الاستغلال الخاص به، ومع ذلك فإن إقامة هذه

(١) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية "الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية"،

مصدر سابق ص ٧١.

الفتحات قد تسبب مضايقات للجار إذا أدت إلى الأطلال على عقاره، على الفتحات الأخرى التي لا تسمح بهذا الإطلال، ورغم أن المشرع لم يقيد من طول ولا عرض ولا ارتفاع المطلات، إلا أنه قيد المالك عند فتح المطلات على اختلاف أنواعها بضرورة مراعاة مسافات معينة تفصلها عن حدود الملك سواء كان ملك الجار أرضاً زراعية أو عمرانية أو بناء^(١)، وقد حددت المادة ٨١٩ من القانون المدني المصري على "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجية، ٢. وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل"، أما المادة ٨٢٠ فقد حددت أحكام المطل المنحرف بنصها: "لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترًا من حرف المطل ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام".

وإذا كان المطلّ المواجه أو المنحرف مستوفيًا لشرط المسافة القانونية فإن صاحبه يعد مستعملًا لحق ملكيته في الحدود المرسومة له وعد جاره محميًا، أما إذا كان المطل غير مستوف لقيود المسافة كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب سد المطل بحكم قضائي، ولو لم يصبه ضرر من جراء فتحه، فإذا رغب المالك في البناء على أرضه وإقامة بناء جديد فهو مقيد بأن

(١) د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، منشورات المكتبة العصرية - بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٦٢م، ص ١١٦.

وأنظر أيضًا: د. وائل محمد شحاتة الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفية لتوزيع الكتب القانونية - مصر، دون سنة النشر، ص ٧٦.

يقيم بناءً جديداً في حدود ملكيته ويقيم حائطاً على الخط الفاصل بين العقارين ولكنه لا يستطيع أن يفتح مطلاً^(١).

أما فيما يتعلق بالمناور فقد نصت المادة ٨٢١ من القانون المدني المصري على "لا تشترط أية مسافة لفتح المناور وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الأطلال منها على العقار المجاور"، إذن فالقيد الوحيد في المنور هو الارتفاع عن قاعدة الغرفة المحدد بمترين، وهو ارتفاع يفوق قمة الإنسان المعتادة حتى لا يستطيع الإطلال منه، فيجوز للمالك أن يقيم بناءه على الخط الفاصل بين العقارين ويفتح ما يشاء من المناور على ارتفاع مترين، ولا يجوز لصاحب العقار المجاور أن يعترض عليه أو يطلب سده، ذلك أن هذا النوع من الفتحات لا يؤدي الجار أو يمس بحريته الشخصية، المهم أن يكون موضع فتحها مرتفعاً لا يبلغه الإنسان، وإذا فتح المناور على ارتفاع أقل من مترين فإنه يتحول لمطل ويخضع للأحكام السابق بيانها، وإذا استعمل المالك المناور لإلقاء البقايا المنزلية، انتفت مشروعيتها ولا تبقى حقا من حقوق المالك^(٢)، وإذا أساء مالك المنور استخدام منوره بالتسلق عليه والإطلال منه على جاره، أو القاء مخلفات من منزله على جاره بواسطة هذا المنور عد متعسفاً في استعمال حقه ويجوز للجار في هذه الحالة أن يطلب سد هذا المنور تطبيقاً للقواعد العامة في استعمال الحقوق^(٣).

(١) د. سميحة حنان خواديجة ، قيود الملكية العقارية، مصدر سابق ص ١٤٥.

(٢) د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ١١٩.

(٣) د. زارة عواطف، التزامات الجوار، مصدر سابق ص ١٥٠.

المطلب الثاني

أثر حسن النية في اكتساب الملكية

يمكن تقسيم أسباب كسب الملكية إلى أسباب تؤدي إلى اكتساب الملكية ابتداءً مثل الاستيلاء، وأسباب تؤدي إلى انتقال الملكية من شخص إلى شخص آخر كالحيازة والالتصاق، وسوف نعرض لأثر حسن النية في اكتساب الملكية.

الفرع الأول

اثره في الاستيلاء

الاستيلاء بوصفه سبباً لكسب الملكية يفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء، وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له، فهو شيء لا مال، ويصبح مالاً بالاستيلاء^(١). وهناك نوعان من الاستيلاء: هما الاستيلاء في المنقول، والاستيلاء في العقار.

أولاً: الاستيلاء في المنقول:

نصت المادة ٨٧٠ من القانون المدني المصري على "من وضع يده على منقولات لا مالك له ينبه تملكه ملكه"، وهذا ما أكدته المادة ١٠٩٨ من القانون المدني العراقي على "كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه"، ويخلص من هذه التشريعات إلى أن الاستيلاء يتكون من ثلاثة أركان وهي^(٢):

أ- الركن الأول: منقول لا مالك له: ويقصد به المنقول المادي وليس المنقول المعنوي، ويكون المنقول لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية أو يكون له مالك ثم يتخلى عنه.

(١) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مصدر سابق ص ١١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الحقوق العينية، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي- مصر، دون سنة النشر، مصدر سابق ص ١٨٧-١٨٨.

ب- الركن الثاني: وضع اليد على المنقول الذي لا مالك له أي الحيازة، فلكي يتحقق الاستيلاء، يجب أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه، فيصبح في حيازته تحت تصرفه ويستأثر به دون سائر الناس.

ج - الركن الثالث: نية التملك وهو العنصر المعنوي للحيازة.

ومن ثم يتضح لنا أن من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين العنصر المادي والمعنوي، فيصبح حائزاً للمنقول، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء، فلو التقط شخص منقولاً ملقى في الطريق مدفوعاً بعامل الفضول، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية في الطريق، فإنه لا يملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوي للحيازة وهي نية التملك، ولما كانت نية التملك واجبة، فإن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولاً بالاستيلاء لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز^(١).

أما عن أحكام الاستيلاء على أنواع مختلفة من المنقولات:

- المنقولات التي لم يكن لها مالك من قبل: فهناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس كالشمس والهواء والبحر وهي غير قابلة للتعامل فيها لاستحالة هذا التعامل، ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي، فعند ذلك تصبح منقولاً ليس له مالك، ويجوز تملكها بالاستيلاء^(٢)، وقد جاء هذا في التقنين العراقي في المادة ١٠٩٩ ولم يشر إليه القانون المصري، فقد نصت على "١. الماء والكأ والنار مباحة والناس في هذه الثلاثة شركاء، فيجوز لهم الانتفاع بها وإحراز الماء والكأ بشرط عدم الضرر، ٢. ويعتبر مباحاً الكلاء النابت في ملك شخص بغير قصده، ولكن المالك أن يمنع الغير من الدخول في ملكه، ٣.

(١) المصدر السابق ص ١٨٨.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، مصدر سابق ص ١٨.

وللإنسان والحيوان حق الشفعة في الماء الذي لم يحرز وفي المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط عدم الضرر"، وأيضاً المادة ١١٠٠ التي نصت على "١. يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة إذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته، ٢. وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعي المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيه مواشيهم وأن ينتفعوا بنباتاته من غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم، ويجوز لغير أهل القرية أن لم يكن مضرّاً بأهلها أن يراعوا مواشيهم في هذا المراعي وأن ينتفعوا بنباتاته وفق ما يجيزه القانون".

- المنقولات التي لم يستطع أحد إثبات ملكيتها: فقد نصت المادة ٨٧٢ من القانون المدني المصري على "١. الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، ويكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته، ٢. والكنز الذي يعثر عليه في عين مرقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته"، وهذا ما تضمنته أيضاً المادة ١١٠١ من القانون المدني العراقي^(١)، ونجده أيضاً في المادة ٧١٦ من القانون المدني الفرنسي.

وهناك رأي يذهب إلى أن مالك العقار الذي وجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقداً أنه قد أصبح مالكا له، ومن ثم تسرى القاعدة التي تقضي بأن الحياة في المنقول سند الملكية، ولكن الكنز يعد في حكم المفقود فيكون لمالكه حق استرداده في خلال ثلاث سنوات من وقت فقده أي من وقت حياة مالك العقار للكنز، ولكن الرأي الراجح هو أن مالك العقار الذي حاز الكنز لا يمكن أن تكون حياته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، مصدر سابق ص ١٩١-١٩٢.

للكنز مالكا من حقه أن يسترده، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (بالنسبة للقانون المصري)، ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار في أي وقت لا في خلال ثلاث سنوات فقط، هذا ما لم يملك مالك العقار الكنز بالتقادم الطويل^(١)، أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتري حسن النية فإن المشتري يملكه بالحيازة، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى في خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعد مفقودا ولا مسروقا^(٢).

- صيد البر والبحر واللقطة (الأشياء الضائعة): وهذا ما أشارت إليه المادة ١١٠٣ من القانون المدني العراقي "الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه القوانين الخاصة"، ونجد نفس المضمون في المادة ٨٧٣ من القانون المدني المصري^(٣).

ثانياً: الاستيلاء على العقار:

فقد نصت المادة ٨٧٤ من القانون المدني المصري "١. الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة، ٢. ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح، ٣. إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك"، وكذلك نص المادة ١١٠٥ من القانون المدني العراقي "١. إذا ردم عراقي جزءاً من البحر بإذن الحكومة ملك الجزء المردوم، لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات بطل الإذن ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه، ٢. وإذا كان الردم بغير إذن المحكمة صار الجزء المردوم ملكاً خاضعاً للدولة، ويباع الردم ببذل المثل، فإن لم يقبل بيع لمن

(١) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مصدر سابق ص ٢٦ - ٢٧.

(٢) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ١٢.

(٣) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مصدر سابق ص ٢٣.

ترسو عليه المزايدة، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم، فإنه لا يطالب إلا ببذل مثل الأرض دون الأبنية وإذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض أعطت الباقي للرادم".

ويستخلص من النصوص السابقة أن هناك ثلاثة شروط للتملك الاستيلاء قد وضعها المشرع المصري وهي:

- أ- أن تكون الأرض المعتبرة ملكاً للدولة أرضاً غير مزروعة.
- ب- أن يكون الشخص الذي يستولى على الأرض مصري الجنسية سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أراضي.
- ج- وأن يكون الاستيلاء مصحوباً بالتعمير وهذا هو الغرض الأساسي من إباحة الاستيلاء على الأراضي الصحراوية حتى يكون هناك حافز يستحث ذوي المقدرة على إحياء الأرض الموات ويشجعهم على ذلك^(١).

أما عن الشروط التي وضعها المشرع العراقي في ردم الأرض فهي:

- أ- أن يكون حاصلاً على إذن من الحكومة بالردم.
- ب- إذا لم يكن حاصلاً على الإذن فلا يحق له الردم، وبظل خاضعاً للدولة، ويبيع الردم ببذل المثل فإن لم يقبل بيع لمن ترسو عليه المزايدة.
- ج- إذا كان الرادم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم فإنه لا يطالب إلا ببذل مثل الأرض دون الأبنية.

- د- إذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقي للرادم.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء السادس، مصدر سابق ص ١٩٧.

الفرع الثاني

آثر حسن النية في الالتصاق

سنقدم بهذا الفرع في فقرتين نبحت في الفقرة الاولى تعريف الالتصاق وفي الثانية حالات الالتصاق .

أولاً: تعريف الالتصاق

يرى بعض الفقهاء أن الالتصاق هو اتحاد شيئين اتحاداً مادياً إما بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان، بحيث يتعذر فصل أحدهما عن الآخر دون تلف واعتبروا أن الالتصاق واقعة قانونية خالصة لأن ما يترتب على الاندماج بين شيئين واقعة مادية، وهي اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي^(١).

وقد عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه: "الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج"^(٢).

أما الدكتور رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري فقد عرفه على أنه: "اندماج شيئين متميزين عن بعضهما ومملوكين لشخصين مختلفين دون اتفاق بينهما وبطريقة لا يمكن فصلهما إلا بتلف"^(٣).

(١) د. محمد المنجي، موسوعة الدعوى العملية- دعوى ثبوت الملكية، منشأة المعارف- الإسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩م، ص ٢٥٧.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، منشأة المعارف- الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م، ص ٢٤٥.

(٣) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية- لبنان، ٢٠١٢م، ص ١٥١.

وقد عرفه الدكتور رمضان أبو السعود بأنه: "اتحاد يحدث بين شيئين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاتحاد، ومعنى الاتحاد أي الاندماج، بمعنى هذين الشيئين أصبحا شيئاً واحداً بحيث يتعذر فصلهما دون تلف فإذا لم يوجد اتفاق سابق بين مالكين الشيئين على من يمتلك الشيء بعد الاتحاد"^(١).

والالتصاق حسب تعريف الدكتور نبيل إبراهيم سعد هو "اتحاد أو اندماج شيئين غير مملوكين لشخص واحد اندماجاً مادياً بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان"^(٢).

وعرف الدكتور محمد حسين منصور الالتصاق بأنه "اندماج شيئين متميزين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج يؤدي اندماج أحد الشيئين في الآخر إلى أن يصبح كلاهما شيئاً واحداً ويتعذر الفصل بينهما دون تلف"^(٣).

ومن خلال ما سبق نستخلص أن الالتصاق يعد واقعة مادية تقوم على اتحاد واندماج شيئين متميزين مملوكين لشخصين مختلفين من غير سابق اتفاق، ومن الاستحالة فصلهما دون إلحاق ضرر بأحدهما أو كلاهما.

ثانياً: حالات الالتصاق:

أما عن حالات الالتصاق فهي حالة الالتصاق الطبيعي بالعقار، حالة الالتصاق الصناعي بالعقار، حالة التصاق المنقول بالمنقول.

١. الالتصاق الطبيعي بالعقار بفعل المياه:

(١) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، مصدر سابق ص ٢٣٦.
(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ٢٠١٠م، ص ٣٠١.
(٣) د. محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية)، مصدر سابق ص ٣٨٧.

فقد نص القانون المدني العراقي في المواد من ١١١٣ إلى ١١١٦ ونجد المضمون نفسه في القانون المدني المصري في المواد ٩١٨ إلى ٩٢١، وفي القانون المدني الفرنسي في المواد ٥٥٢ إلى ٥٥٥، ويتبين من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات والبرك، وليس في هذه الحالة مجال للتملك بالالتصاق، وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكاً لصاحب الأرض المجاورة، وفي هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية إذ يملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب الالتصاق، وقد يحرك النهر أرضاً من مكانها إلى مكان آخر أو ينكشف عنها وهذا ما يسمى بطرح النهر، فهذه جميعاً تخضع لقوانين خاصة ولا تسري عليها أحكام الالتصاق.

٢. الالتصاق الصناعي بالعقار بفعل الإنسان:

فقد نصت المادة ٩٢٢ من القانون المدني المصري على "١. كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى يعد من عمل صاحب الأرض إقامة على نفقته ويكون مملوكاً له، ٢. ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً من عمل هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها"، ونجد نفس المضمون في المادة ١١١٧ من القانون المدني العراقي، ويتبين من النص المتقدم في فقرته الأولى أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى يعد من عمل صاحب الأرض، وأنه هو الذي أنشأه على نفقته ومن ثم يكون مملوكاً له^(١).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، مصدر سابق ص ٢٦١.

أما عن صور تملك صاحب الأرض المنشآت بالاتصاق فيكون على حالات :

الحالة الأولى: تنص المادة ١١١٨ من القانون المدني العراقي على "يكون ملكاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غرس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يمكن قلعها دون أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم وعليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه أما إذا أمكن قلعها بلا ضرر جسيم وإراد صاحبها استردادها فله ذلك وعلى صاحب الأرض نفقة القلع"، ونجد نفس المضمون في المادة ٩٢٣ من القانون المدني المصري.

الحالة الثانية: فقد نصت المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي علماً أنه "إذا أحدث شخص بناءً أو اغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع"، ونجد المضمون نفسه في المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري.

الحالة الثالثة: فقد نصت المادة ١١٢٠ من القانون المدني العراقي على أنه "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك الأرض بثمن مثلاً وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة".

إذا كان صاحب الأرض وهو يبني بأدوات غيره حسن النية أي يعتقد أن هذه الأدوات هي ملك له فيغلب أن يكون قد تملكها فعلاً بالحيازة، وعلى ذلك لا يكون في حاجة إلى أن

يتملكها بالالتصاق، ويكون قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة له، فتكون المنشآت ملكاً له، وتسري عليها أحكام الحيابة لا أحكام الالتصاق^(١).

وقد يكون صاحب الأرض معتقداً أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح، كما لو كان حائراً للأدوات بسبب ظني لا وجود له أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التي تقضي بأن الحيابة في المنقول سند الملكية ولا يملك صاحب الأرض الأدوات بالحيابة، ويكون في هذه الحالة قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة لغيره على الرغم من حسن نيته فإذا ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيابة بل بالالتصاق ويستوى في ذلك هو وصاحب الأرض شيء النية^(٢).

أما إذا كان صاحب الأرض شيء النية كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له أو كان حسن النية ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح ليمتلك الأدوات بالحيابة على النحو الذي قدمناه فإنه يجب أن نميز بين فرضين^(٣):

الفرض الأول: ألا يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم^(٤)، كأن تكون هذه الأدوات طوباً أو جيراً أو حبساً أو دهاناً أو نحو ذلك، وهذا هو الفرض الغالب، وفي هذا الفرض يملك صاحب يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته، وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق، ومتى

(١) د. بلانيول ريبير وبيكار ، نقلاً عن د. حسن كيرا ، الموجز في احكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٦٤ - ٢٦٥.

(٢) د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، مطبعة جامعة القاهرة- القاهرة، ١٩٥٤م، ص ٦٦.

وأنظر أيضاً: عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٢٦٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٣٣٠.

(٤) د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، مصدر سابق ص ٦٧.

تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق على هذا النحو فإنه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب نقل الملكية وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت في الأرض سواء كان ذلك بحادث فجائي أو بفعل صاحب الأرض فإن صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذه بعد وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده^(١).

وما دام صاحب الأرض يمتلك الأدوات بالالتصاق على النحو الذي ذكرناه فإنه يكون ملتزمًا بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات، فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض أي وقت ادماج الأدوات في الأرض وصيرورتها عقارًا بطبيعته^(٢)، وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضًا عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التي كانت مملوكة له كما لو كان في حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره في استبدال غيرها بها ضرر له، وليس من الضروري لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات في الأرض "بطريق الغش والتدليس" كما أن التقنين المدني يشترط أن يكون هناك خطأ في جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس، ولهذا فقد أقرت المادة ٩٢٣ من القانون المدني المصري، والمادة ١١١٨ من القانون المدني العراقي بأن صاحب الأرض ملزمًا بدفع التعويض، وهذا التعويض يزيد إذا كان صاحب الأرض سيء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له،

(١) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق ص ٧١.
وأنظر أيضًا: د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة المصرية- القاهرة، ١٩٥٠م، ص ٢٥١.

(٢) د. عبد المنعم البدر، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٥٢.

عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح.

الفرض الثاني: أن يكون ممكن نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم كأن تكون الأدوات أبواباً وضعها صاحب الأرض في البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطاً ألصقه بأرضيته أو خشباً من الباركية غطى به أرضية الغرف، فإن هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم، وفي هذا الفرض لا يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض بل تبقى على ملك صاحبها، ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في المنشآت، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق، فإذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في هذا الميعاد كما له أن يسترد الأدوات قد بقيت على ملكه، ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل^(١)، ويستوي في كل ذلك أن يكون صاحب الأرض سيء النية أو حسن النية ولكنه لم يملك الأدوات بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح^(٢).

٣. التصاق المنقول بالمنقول:

فقد نصت المادة ٩٣١ من القانون المدني المصري على أنه "إذا التصق منقولان لمالكين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، ولم هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل

(١) د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، مصدر سابق ص ٦٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مصدر سابق ص ٣٣٠.

منهما"، ونجد نفس المضمون في القانون المدني العراقي في المادة ١١٢٥ التي نصت على أنه "إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاءً وقدرًا ملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته"^(١).

أما عن شروط التصاق المنقول بالمنقول فلا بد من توافر شروط أربعة:

- أن يتم الالتصاق بين منقول ومنقول.
- أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين.
- أن يندمج المنقولان أحدهما في الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما.
- ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين في شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق.

ويميز القانون الفرنسي في هذا الصدد بين الضم (وفيه ينضم منقول إلى منقول ويكون بالإمكان تميز أحدهما عن الآخر مثل وضع صورة في إطار ووضع قطعة من الماس في خاتم من ذهب)، والمزج (وفيه يختلط فيها المنقولات في نحو لا يمكن تميز أحدهما عن الآخر مثل ذلك اختلاط سائلين معًا)، والتحويل (وفيه يختلط منقولين إلى وجود شيء مغاير لكل منهما كتحويل خشب إلى أثاث)^(٢).

أما بالنسبة لأحكام التصاق المنقول بالمنقول، فنجد المشرع الفرنسي قد خصص في القانون المدني المواد من ٥٦٥ حتى ٥٧٧ لأحكام هذه الحالة، أما بالنسبة للقانون المدني

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٢٦.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٧٩.

المصري فلم يعر تلك المسألة اهتماماً سوى أن القاضي لابد أن يراعي القاضي الضرر الذي حدث وأن يراعي حسن نية كل من الطرفين فأى منهما كان حسن النية، وكان قادراً على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له، وقد يجعل القاضي المنقولين ملكاً للمالك سيء النية الذي نعدم خلط أحدهما بالآخر، إذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص من قيمتها ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقولة بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط، وقد يرى القاضي أن العدالة تقضي بتمليك صاحب الشيء غير الأصلي الشيء الأصلي نظراً لسوء نية صاحب هذا الشيء الأخير.

وقد لا يرى القاضي مرجحاً لجعل الملكية لأحد من المالكين فيجعل المنقول الذي نتج من التصاق المنقولين أحدهما بالآخر مملوكاً على الشيوع لهما معاً كل بنسبة قيمة المنقول الذي كان يملكه.

الفرع الثالث

آثر حسن النية في الحيابة

نعرض من خلال هذا الفرع الى تعريف الحيابة اولاً وبعدها نبين انتقال الحيابة في فقرة ثانية وأخيراً وسائل الحماية القانونية للحيابة في فقرة ثالثة .

أولاً: تعريف الحيابة

إن الحيابة مأخوذ من الحوز والاحتياز بمعنى واحد، والحيابة في اللغة العربية تعني الاستحقاق فإذا حاز شخص أرضاً بين حدودها يكون مستحقاً لها دون غيره^(١).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ص ٢٦٩.

ولقد اختلف الفقهاء في تعريف الحيابة، فمنهم من يرى أنها وضع مادي، ومنهم من ذهب إلى أنها الوجه الظاهر لممارسة الحق في حين يرى البعض الآخر أنها وضع مادي بنية التملك^(١).

فالحياة أو وضع اليد سلطة واقعية يمارسها الحائز على شيء بحيث تتفق في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مع مزاولة حق الملكية أو أي حق عيني آخر وأن لم تستند هذه السلطة إلى حق يعترف به القانون^(٢).

مما تقدم أن وجود الحق ليس لازماً لوجود الحياة، فالسارق أو الغاصب أو من يعتقد خلافاً للواقع أنه صاحب الحق يعد حائزاً طالما له سلطة فعلية على الشيء ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر^(٣).

وقد عرفت المادة ١١٥٤ من القانون المدني العراقي الحياة بأنها "وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالوساطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق"، ولقد رأى بعض الفقهاء أن هذا التعريف ناقصاً لأنه تناول الحياة المادية دون الحياة بنية التملك^(٤)، أما بالنسبة للتشريع المصري فقد ألغي المادة ١٣٩٨ من المشرع التمهيدي للقانون المدني المصري^(٥).

(١) د. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحياة، المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م، ص ١٧.

(٢) د. محمد طه البشير، غنى حسن طه، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ١٩٩.

(٣) المرجع نفسه ص ١٩٩.

(٤) د. حامد مصطفى، القانون المدني العراقي الملكية وأسبابها، مصدر سابق، ص ٣٣٨.

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، مصدر سابق ص ٤٤٩.

وهناك خلاف فقهي في الطبيعة القانونية للحيازة اذ يرى بعض الفقهاء أنَّ الحيازة حق كونها تمثل صفات الحق فيها فيوجد حق الحيازة كما يوجد حق الارتفاق وحق الانتفاع، فحق الحيازة يشمل بصفة أساسية حق الاستيلاء على الشيء ما دام لم يثبت أنه مملوك للغير وهذا الحق يحتج به أمام الكافة وله جميع صفات الحق المطلق^(١).

ومن الجدير بالذكر أن أنصار هذا الرأي لم يتمكنوا من تأصيل هذا الحق وردوه إلى أنواع الحقوق العينية أو الشكلية ولذلك انتهوا إلى أن الحيازة ذات طبيعة خاصة تتعلق بالحماية التي شرعت لحماية الحائز ضد الاعتداءات المحتملة على الحيازة ومن المصلحة العامة أن يمكن الحائزون من حيازتهم لضمان استقرار المعاملات الظاهرة إلى أن ترفع أيديهم بوسائل مشروعة، فهذا الحق قائم بذاته لا هو حق عيني ولا هو حق شخصي^(٢).

ويعاب على هذا الرأي أن الحيازة لا يمكن عدّها حقاً من الحقوق التي تصلح أن تكون محلاً للتعامل حيث أن الحقوق وفقاً لنص المادة ٦٦ من القانون المدني العراقي التي نصت على أن "الحقوق المالية إما عينية أو شخصية"، والحيازة ليست من الحقوق العينية ولا الشخصية وفقاً لنصوص المواد ٦٨ - ٦٩ من القانون المدني العراقي.

في حين يذهب أغلب الفقهاء إلى عد الحيازة واقعة مادية وليست حقاً وهذا ما أخذ به المشرع العراقي من تعريفه للحيازة بنص المادة ١١٤٥ بأنها "وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من

(١) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية، الجزء الرابع، مصدر سابق ص ١٥-١٦.

(٢) د. علي حسن الذنون، شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة - بغداد، ١٩٥٤م، ص ١٨٣.

الحقوق"، ولما كانت الحيازة وضعاً مادياً فهي ليست الحق العيني ولا هي الحق الشخصي وهي ليست حقاً أصلاً وإنما هي سبب لكسب الحق، فالحيازة واقعة بسيطة تحدث أثراً قانونية^(١).

وتتكون الحيازة من عنصرين:

١. العنصر المادي: وهو مجموعة الأعمال المادية التي يباشرها الحائز التي يظهر فيها بمظهر صاحب الحق العيني وهذه الأعمال يجب أن تتفق مع الحيازة بمظهرها الخارجي كحيازة المالك، والأعمال المادية التي يتحقق بها العنصر المادي في استعمال الشيء واستغلاله أو تغييره وحسب طبيعة الشيء، فحيازة الأرض الزراعية بزراعتها وحيازة المنزل بسكناه.

أما الأعمال القانونية كالبيع والإيجار فإنها لا تكفي لوحدها لتحقيق العنصر المادي للحيازة لأنها يمكن أن تصدر من غير الحائز ولأنها ترد على الحق العيني كالملكية ولا ترد على الشيء المادي نفسه، وكذلك يمكن أن تكون الحيازة بالواسطة كأن تكون باسم الحائز ولحسابه أي حيازة غير مباشرة كحيازة المستأجر لحساب المؤجر، وهذا النوع من الحيازة يتوفر فيه العنصر المادي دون المعنوي^(٢).

٢. العنصر المعنوي: والمقصود به نية استعمال الشيء الذي يحوزه الحائز فيستعمله كمالك كصاحب حق عيني آخر عليه أي نية الظهور بمظهر صاحب حق عيني على الشيء يحوز لنفسه ولحسابه الخاص، والعنصر المعنوي هو الذي يحدد ما إذا كانت الحيازة قانونية أو عرضية.

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، مصدر سابق ص ٧٨٥.

(٢) محمد طه البشير وغنى حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٢٠٣.

وكما هو معلوم يشترط في الحائز الذي يتوفر لديه العنصر المعنوي (الأهلية) وإذا لم يكن أهلاً فيشترط توفر الأهلية لدى الولي أو الوصي أو القيم وكذلك الشخص المعنوي، وفيما عدا ذلك لا يصح توفر العنصر المعنوي لدى غير الحائز^(١).

وخلاصة القول حتى تكون الحيازة قانونية يجب أن يتوفر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي كحيازة المؤجر والمعير... الخ، أما الحيازة العرضية فيتوفر فيها الركن المادي فقط دون نية التملك أي دون العنصر المعنوي كحيازة المستأجر.

ثانياً: انتقال الحيازة

يترتب على انتقال الحيازة آثار مهمة ولا سيما ما ينشأ عن انتقالها من نزاعات بين الأطراف التي تدعي ملكية الشيء..

١. انتقال الحيازة بقوة القانون من الحائز السابق إلى الخلف العام

وتنتقل الحيازة عن طريق الاستخلاف فحيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها وانتقال الحيازة هذا يكون بقوة القانون كانتقال الحيازة إلى الورثة، فتنقل الحيازة في هذه الحالة بنفس صفة الحيازة التي كانت للسلف، حيث تكون حيازة الخلف استمراراً لحيازة السلف، ولا تعتبر حيازة الخلف حيازة جديدة، فإذا كانت حيازة السلف معيبة بعيب من العيوب فإنها تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها حتى يزول العيب الذي شابها، وإذا كانت حيازة السلف عرضية فإن حيازة الخلف العام ستكون عرضية كذلك^(٢).

(١) محمد طه البشير، غنى حسون طه، الحقوق العينية، المصدر نفسه، ص ٢٠٥.

(٢) محمد طه البشير، غنى حسون طه، الحقوق العينية، المصدر نفسه، ص ٢١٣.

فإذا كان السلف في حيازته حسن النية فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام على وفق الوصف المذكور وكذلك الحال إذا كان السلف في حيازته سيء النية^(١).

إلا أنه يجوز للخلف اثبات أنه كان حسن النية عند انتقال الحيازة إليه من سلفه وله أن يتمسك بذلك تجاه الغير حتى وإن كان سلفه سيء النية وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٤٩ الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي "تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سيء النية"، ونجد المضمون نفسه في المادة ٩٥٥ من القانون المدني المصري "١. تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته، ٢. ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته سلفه في كل ما يرتب القانون على الحيازة ثمن أثر".

ومن الجدير بالذكر أن المورث إذا كان غاصباً لعقار مملوك لغيره وخلفه وارثه في حيازة هذا العقار المغصوب فلا يستطيع الوارث إذا كان يجهل تماماً واقعة الغصب أن يحتج بحسن النية، ولكن يستطيع الوارث بعد علمه بواقعة غصب العقار أن يتجه إلى من يعتقد أنه مالك للعقار فيشتريه منه فيحصل بذلك على سبب صحيح، فإذا ظهره المالك الحقيقي للعقار فإنه يستطيع أن يحتج بحيازته الجديدة^(٢).

٢. انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص:

(١) د. لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوي حماية الحيازة- دراسة في ضوء أحكام القانون وآراء الفقهاء وتطبيقات القضاء، مطبعة الكتاب- بغداد، ٢٠١٢م، ص ٣١.

(٢) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، مصدر سابق ص ٣٣٧.

الخلف الخاص هو من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات أو حقًا عينيًا على هذا الشيء^(١).

فالمستأجر الذي يقوم بشراء الشيء محل الحيازة حيث يستبقيه بصفته أصبح مالكًا له في هاتين الحالتين لم يحصل تسليم مادي وإنما تسليم حكمي، ونصت على ذلك المادة ٩٥٣ من القانون المدني المصري على "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعًا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعًا يده ولكن لحساب نفسه"^(٢).
أو قد يكون التسليم رمزيًا وهو الذي يتم بتسليم سندات شحن البضائع أو مفاتيح المنزل مثلاً.

فحيازة الخلف الخاص حيازة جديدة عن حيازة سلفه، وتثبت له صفاتها الخاصة التي قد تماثل صفات حيازة السلف وقد تختلف عنها^(٣).

فقد تكون حيازة السلف أصلية، ولكن حيازة الخلف عرضية كحيازة المرتهن رهناً حيازياً وكذلك المستأجر، فحيازة المالك أصلية، بينما تكون حيازة المستأجر حيازة عرضية، وقد تكون حيازة السلف عارضة وحيازة الخلف أصلية كان يبيع المستأجر العين التي تحت حيازته إلى حائز آخر يكون حسن أو سيء النية.

وإذا كانت حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف، فإذن ذلك لا يمنع من ضم حيازة الخلف إلى حيازة السلف في كل ما يرى لكسبه القانوني من أثر، وهذا ما نص عليه المادة

(١) د. محمد طه البشير، غنى حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٢١٣.

(٢) د. لفظة هامل العجيلي، أحكام دعاوي حماية الحيازة - دراسة في ضوء أحكام القانون وآراء الفقهاء وتطبيقات القضاء، مصدر سابق ص ٣٢.

(٣) د. محمد طه البشير، غنى حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٢١٤.

١١٤٩ من القانون المدني العراقي "يجوز للخلف عامًا أو خاصًا أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر" إلا أن هذا الضم مشروط بشروط منها:

١. يجب أن تكون حيازة السلف صالحة لأن تنتج الآثار القانونية لكسب الملكية بالتقادم، فإذا كان من تلقى عنه الحيازة حائزًا عرضيًا كالمستأجر، فإن حيازة المستأجر التي يريد ضمه إلى حيازته لا تنتج أثرًا كونها غير صالحة لكسب الملكية بالتقادم.

٢. أن تكون حياز السلف الذي يريد الخلف ضمها إلى حيازته بالتقادم الخمسي المكسب للملكية أن تكون حيازته لها بحسن نية وسبب صحيح، فإذا لم تكن تلك الحيازة مستندة إلى حسن النية والسبب الصحيح فإن على الخلف أن يعد مدة جديد في اكتساب الملكية في التقادم الخمسي بشرط وجود السبب الصحيح وحسن النية^(١). وهذا ما تقضي به المادة (١١٤٩) من القانون المدني العراقي ، وبناءً على ما تقدم فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف إما بالميراث أو بعلاقة قانونية بين الطرفين كالبيع والإيجار، أما إذا كان الحائز الحالي لا تربطه أي علاقة قانونية بالسلف، كما لو حصل الحائز على الحيازة اغتصاباً فإن مدة السلف لا تضم إلى الخلف لأن الحائز الحالي يكون قد كسب الحيازة عندئذ ابتداءً لا انتقالاً من حائز سابق وأن فعل الغصب الذي كان سبباً في وصول الحيازة إلى خلف قد أدى إلى إلغاء الحيازة السابقة^(٢) ، ومن الجدير بالذكر أن الحيازة تزول إذا اغتصبت من الحائز إلا إذا استردها خلال سنة، فإنه لا يُعد في حالة الاسترداد قد فقد الحيازة، أما إذا لم يستردها خلال هذه المدة فإنه يعتبر قد فقدها من يوم اغتصبها^(٣)، وهذا يتفق مع القانون المدني

(١) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، مصدر سابق ص ٣٤٢.

(٢) د. محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ١٩٩٣م، ص ٧٦.

(٣) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٢١٥.

المصري حيث نصت المادة ٢/٩٥٧ على "١. لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي ٢. ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه، وتحسب ابتداءً من الوقت الذي باتت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية".

٣. وسائل الحماية القانونية للحيازة : أصبح من الواضح لدينا أن القانون يحمي الحيازة لذاتها ويرتب عليها آثارها بغض النظر عما إذا كانت تستند أو لا تستند إلى حق يعترف به القانون وقد وضع القانون المدني العراقي والمصري للحيازة دعاوي ثلاثة هي دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، وهذه الدعاوي تحمي حيازة العقارات فقط، أما بالنسبة للمنقولات فهي محمية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولأن المنقولات أقل أهمية من العقارات فإن القوانين الحديثة قصرت هذه الدعوى على حماية العقار دون المنقول^(١).

أ. دعوى استرداد الحيازة: فقد تناولت المادة ١/١١٥٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١/٩٥٨ من القانون المدني المصري وهي بصدد دعوى استرداد الحيازة، فحددت المقصود فيه، بعد أن حددت المدعي فيها والشروط الأخرى إذ نصت المادة من القانون المدني العراقي على "أن لحائز العقار إذا انتزعت منه الحيازة أن يطلب من محكمة البداية خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه"، والهدف من هذه الدعوى ليس حماية الحيازة في ذاتها كما تقدم وإنما هدفها إزالة أثر الفعل المحرم المخالف للسلم والأمن العام الذي يأتيه من قام بسلب حيازة غيره فدعوى استرداد الحيازة ترمي إلى إعادة وضع يد الحائز على العقار

(١) محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، المصدر السابق ص ٢١٥.

الذي سلبت منه حيازة، أن يطلب خلال سنة من تاريخ انتزاع الملكية ردها إليه^(١). وإذا كان انتزاع الحيازة خفيًا فإن سريان المدة يبدأ من وقت الكشف عن ذلك، وإذا أراد الحائز استرداد العين وكان كل من المسترد والمتنازع في الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة حكم لمن كانت حيازته الأفضل أي الحيازة التي تقوم على سند قانوني، فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداهما كانت الحيازة الحق بالتفضيل الحيازة الأسبق في التاريخ كان يدعي أحدهما بأنه موصي له بعقار، وادعى الآخر بأنه ورثه، فإن حيازة الموصي له هي الأفضل لأنها أسبق في تاريخ السند القانوني الذي يستند إليه طالب الاسترداد، ويمكن أن ترفع دعوى الاسترداد ممن ينوب عن غيره في الحيازة فهذه الدعوى لا علاقة لها بالملكية لهذا فإن الحائز العرضي لا يحرم منها^(٢). أما إثبات هذه الدعوى فإن القانون يسر إثباتها إذ يتم بأثبات الحيازة وهي واقعة مادية تثبت بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن ذلك كون المشرع العراقي عرف الحيازة في المادة ١١٤٥ من القانون المدني العراقي بأنها واقعة مادية.

ب. دعوى منع التعرض: تعد دعوى منع التعرض من أهم دعاوي الحيازي، فهي دعوى الحيازة الرئيسية أو دعوى الحيازة المثلى وذلك لكونها تهدف إلى حماية الحيازة في ذاتها^(٣) كما أنها ترفع في كل صور التعويض بعكس دعاوي الحيازة الأخرى التي يقتصر رفعها على صورة خاصة من التعرض^(٤)، وقد أخذ المشرع العراقي بهذه الدعوى في المادة ١١٥٤ من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة ٩٦١ من القانون المدني المصري إذ أشارت كلتا

(١) محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، المصدر نفسه ص ٢١٦.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢١٦.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء التاسع، مصدر سابق ص ٩٢٧.

(٤) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق ص ١٧٣.

المادتين إلى أنه من حاز عقارًا واستمر حائز له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له خلال سنة من وقوع التعرض أن يرفع الدعوى بمنع هذا التعرض أمام المحكمة. وعلى هذا يمكن تعريفها بأنها "تلك الدعوى التي يرفعها حائز العقار ضد الغير طلب بها منع التعرض له في حيازته"^(١)، فدعوى منع التعرض يقيمها الحائز على من ينكر حقه بهذه المنازعة المادية أو على من قام بفعل يتضمن المنازعة فيها^(٢)، وقد يكون هذا التعرض ماديًا أو قانونيًا، فالتعرض المادي كإقامة أسلاك الكهرباء على سطح البناء أو قطع الأشجار أو البناء على أرض الغير أو حفر حفرة في أرض أو حصد الزرع وغير ذلك، وقد يكون التعرض قانونيًا ويراد به كل عمل قانوني يتعارض مع حقوق الحائز ويكون من شأنه أن يجعل الحيازة محل نزاع أو خصومة أمام القضاء^(٣) كالإنذار الذي يوجه للحائز بطلب إزالة الزراعة أو قلع المحدثات القائمة على الأرض و تنفيذ حكم على عقار في حيازة شخص لم يكن طرفًا في الدعوى التي صدر فيها الحكم. وأعمال التعرض هذه إن كانت مادية أو قانونية إذا تتابعت وترابطت وصدرت من شخص واحد أنشأت حالة تعرض واحدة مستمرة، أما إذا تعددت وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن اشخاص مختلفين فإن كل عمل من هذه الأعمال يعد حالة تعرض قائمة بذاتها وتعدد فيها دعاوي منع التعرض بتعدد هذه الاعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم^(٤). ومع هذا فالأصل أن ترفع دعوى منع التعرض ضد المتعرض الذي يتعرض للمدعي في حيازته لكن يجوز أن ترفع من ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية. كما ترفع الدعوى على الخلف العام

(١) د. محمد المنجي، الحيازة، توزيع منشأة المعارف - جلال حزي وشكاؤه، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥م، ص ١٦٩.

(٢) د. صادق حيدر، شرح المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري - بغداد، ٢٠١١م، ص ٣٢.

(٣) محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٢١٦.

(٤) د. محمد المنجي، الحيازة، المصدر السابق ص ١٧٤.

(الورثة)، والخلف الخاص (المشتري وغيره) للمتعرض حتى لو كان هذا الخلف حسن النية، لان هذه الدعوى عينية تتبع العقار في أي يد كان^(١)، وللمدعي أن يدخل في الدعوى المؤجر أو الموكل بوصفه ضامناً^(٢)، أما إذا كان المطلوب في الدعوى منع التعرض هو الخروج من العقار أو إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعرض، فإن هذه الدعوى يمكن ان ترفع ضد الغير الذي انتقل اليه العقار ولو كان حسن النية لايعلم اصلاً بهذا التعرض، ويوجه المدعي هذا الطلب إليه شأنه في ذلك شأن المتعرض نفسه لكن لا يستطيع أن يطلب من هذا الغير التعويض عن الضرر الذي أصابه إلا إذا أثبت أنه سيء النية ويعلم بحصول التعرض^(٣). ويلتجئ الحائز الى القضاء لوقف التعرض وحماية حيازته من الاعتداء بشرط أن تكون حيازته للعقار قد استمرت لمدة سنة على الأقل قبل حصول التعرض، وأن ترفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعرض وهذا ما بينته المادة ١١٥٤ من القانون المدني العراقي لأنه إذا استمر الغاصب في وضع يده على العقار بهدوء لمدة سنة زالت يد الحائز وأصبح الغاصب حائزاً يحميه القانون^(٤).

ج. دعوى وقف الأعمال الجديدة: لقد أمعن المشرع في حماية الحيازة، فلم يكتف بحمايتها من السلب ولم يقتنع بحمايتها من التعرض وإنما نظم فضلاً عن ذلك وقايتها من التعرض قبل حصوله، ولقد أقر المشرع العراقي هذه الدعوى بنص المادة ١/١١٥٥ من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة ٩٦٢ من القانون المدني المصري أن من حاز عقاراً واستمر حائزاً

(١) د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، أحكام حق الملكية، دار الجامعة الجديدة- القاهرة، ٢٠١٠م، ص ١٦٥.

(٢) د. عز الدين الدناصورى، حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، دون دار النشر، ٢٠٠٤م، ص ٥٦٩.

(٣) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، مصدر سابق ص ٩٩٣.

(٤) محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٢١٧.

له سنة كاملة وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له أن يدعي أمام محكمة البداة طالباً وقف هذه الأعمال بشرط ألا تكون قد تمت وألا يكون قد انقضى عام على البدء بها، فهذه الدعوى موجودة في القانون لمواجهة حالات تهديد الحيازة كما أن موضوعها ليس هو تعرضاً تم بل اعمال لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار، فيرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط أن لا يكون قد مضى عام على العمل الذي بدأ وبشرط أن لا يكون قد تم، فإن تم العمل كانت الدعوى التي ترفع هي دعوى منع التعرض^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السادس، مصدر سابق ص ٤٧٩.

المبحث الثاني

حسن النية في الحقوق المتفرعة من حق الملكية

نتناول من خلال هذا المبحث أثر حسن النية في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

كالآتي:

المطلب الأول

أثره في اكتساب الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية

إنَّ حق الملكية يشتمل على ثلاثة عناصر هي استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وهذه العناصر مجتمعة تمثل الملكية التامة لشخص واحد وهو المالك إلا أن تلك العناصر قد تثبت منفردة عندما يتنازل المالك لغيره عن إحدى سلطاته الثلاث، وبناءً على ذلك تتجزأ الملكية إلى أجزاء بحيث يكون كل جزء منها حقاً عينياً مستقلاً بذاته، وهذا ما يعرف بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.

فالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية هي تلك الحقوق العينية التي تنقرر على الشيء، والتي تستمد من حق الملكية بعض عناصره بحيث تنقرر على مال الغير، وتخول صاحبها استعمال هذا المال أو استغلاله.

الفرع الأول

حق التصرف والحكر

سنقسم هذا الفرع على فقرتين تكون الأولى حول حق التصرف بينما نبين في الثانية حق الحكر.

أولاً: حق التصرف:

وفي هذه الفقرة نبحث تعريف حق التصرف والقيود الواردة على حق التصرف والشيوخ في حق التصرف وننتهي الى اسباب انقضاء حق التصرف .

١. تعريف حق التصرف:

عرضت المادة ١١٦٩ من القانون المدني العراقي لنطاق حق التصرف في الاراضي الاميرية، وهي في هذا الصدد تقسم التصرفات التي يجوز للمتصرف القيام بها، في سبيل الانتفاع بالأراضي الاميرية إلى تصرفات مادية وتصرفات قانونية^(١).

تناولت الفقرة الأولى من هذه المادة التصرفات المادية فأعطت للمتصرف حق الانتفاع بالأرض وبزوائدها، فله ان يأخذ ما ينبت فيها من اعشاب وكلاً، وما يوجد فيها من اشجار وحطب، كما له ان يزرعها كما كالتبغ والرز والقطن أو غير ذلك، كما ان له ان يقيم عليها ما يشاء من أبنية خاصة بالزراعة كحظائر المواشي ومخازن الحبوب وبيوت الفلاحين وغيرها، أما الابنية التي لا تدخل في الأغراض الزراعية فلا يجوز للمتصرف ان يقوم بها، وللمتصرف أن يهدم ما على الأرض من ابنية ليجعل منها مزرعة وله أن ينتفع بترابها وأن يبيع رمالها واحجارها في حدود القوانين الخاصة، كما أن له أن يتخذ الأرض حديثة او بستاناً أو غاية أو مرعى وله بوجه عام ان ينتفع بالأرض وبغلتها فيما لا يتعارض مع طبيعة تخصيص الأرض ولا يخرج عن الأغراض الزراعية، فليس له مثلاً ان يقسمها إلى قطع سكنية لإقامة الدور عليها، فإن فعل فإنه يفقد بعمله هذا حق التصرف^(٢).

أما الفقرة الثانية من المادة ١١٦٩ فقد عرضت للتصرفات القانونية التي يجوز للمتصرف اجرائها، فله كصاحب اي حق عيني ان يتصرف بحقه بالبيع (وبيع حق التصرف يسمى اصطلاحاً افراغاً)، أو بالمقايضة او بالرهن تأميناً أو حيازياً، وقد اجاز القانون استيفاء بدل الرهن من بدل بيع حق التصرف ولو عادت الارض للدولة بعد انحلالها لسبب طرأ في حياة المتصرف

(١) د. فؤاد شجاع سلطان وكريم شجاع سلطان، قوانين الملكية العقارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - بغداد، ١٩٩٢م، ص ١٠٢ - ١٠٦.

(٢) د. شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٦٦.

أو بعد وفاته، وللمتصرف ان يؤجر الأرض أو أن يعيرها إلى الغير كما لو كان مالكا، وكل ذلك مع مراعاة قواعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وبعد ان اورد المشرع في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١١٦٩ بعض صور التصرفات المادية والقانونية التي يجوز للمتصرف القيام بها ينتفع بالأرض وبغلتها وان يتصرف في حقه عليها في حدود القانون، وتبقى في كل الأحوال رقبة الأرض مملوكة للدولة والحق ان المشرع كان في غنى عن ايراد الفقرتين الاولى والثانية اكتفاء بالحكم العام الذي أورده في الفقرة الثالثة^(١)، ان ما يقيمه المتصرف في الارض من أبنية وما يغرسه فيها بمقتضى ماله من حق اجراء التصرفات المادية في الأرض الاميرية على نحو ما تقدم، وكذلك ما ينبت في الأرض بفعل الطبيعة يتبع الأرض في التصرف وفي الانتقال كما ورد في المادة ١١٧٠ من القانون المدني العراقي^(٢).

وحق التصرف كأى حق مالي يعد عنصراً من عناصر الذمة المالية لصاحبه، وبالتالي فإنه يعد كسائر اموال المدين ضماناً عاماً لدائنيه، فيجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من بدله ولو بعد موت المدين، سواء كان المدين لا يملك إلا هذا الحق أو كانت له أموال أخرى كما ورد في المادة ١١٧١ من القانون المدني، مع مراعاة ما ورد في المادة ٢٤٨ / ٢ من قانون المرافعات المدني رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل من عدم جواز الحجز احتياطاً كان او تنفيذياً على ما يكفي لمعيشة المدين وعياله من وارداته.

٢. القيود على حق التصرف:

وترد على حق التصرف عدة قيود، منها ما هو مقرر في القانون المدني ومنها ما هو مقرر في قوانين خاصة، فلا يجوز للمتصرف في الاراضي الاميرية أن يقفها او ان يوصي بها

(١) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٣٨.

(٢) د. أسامة محمد سعيد المفتي، التنظيم القانوني لمعالجة تفتيت الملكية الزراعية، المكتب الجامعي الحديث -

الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ١١٦.

حسب نص المادة ١١٧٢ من القانون المدني العراقي، والسبب في هذا المنع واضح، ذلك أن من شروط الوقف والوصية أن يكون الواقف أو الموصي مالكا للرقبة، ورقبة الأرض الأميرية مملوكة للدولة وليس للمتصرف فيها سوى حق الانتفاع بها، كما قضت المادة ١١٧٣ من القانون المدني العراقي بأن ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف وتقرر المادة ١/١١٧٤ من القانون المدني بقاء حقوق الارتفاق القديمة الواردة على الأرض الاميرية كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرعى وغير ذلك، وتقرر الفقرة الثانية من المادة نفسها عدم جواز تسريح المواشي بين المزروعات والبساتين لما فيه من ضرر ولو كان لها حق المرعى قديماً، ولكن إذا جرى الحصاد ورفع المحصول يجوز تسريح المواشي في الاماكن التي كانت تسرح فيها من القديم، أما القيود الواردة على حق التصرف في القوانين الخاصة فاهمها ما ورد في قانون بيع وتصحيح صنف الاراضي الاميرية رقم ١٥١ لسنة ١٩٥٩ المعدل حيث منع هذا القانون افراز أو تقسيم الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو أو الممنوحة باللزمة والتي تقع داخل حدود التصحيح المقررة بالقانون إلا بعد تصحيح صنفها بموجب احكام هذا القانون^(١).

كما خول هذا القانون وزير المالية الحق في تصحيح صنف الاراضي الاميرية ولو جبراً على المتصرف والتصحيح الجبري في هذه الحالة قيد برد على حق المتصرف، ومنع هذا القانون كذلك صاحب حق اللزمة من فراغ حقه أو رهنه إذا كان من شأن ذلك أن يخل بالأمن العام حسب رأي السلطة الادارية، أو إذا كان الفراغ يؤدي إلى نقص مساحة الأرض بحيث لا يمكن استغلالها اقتصادياً، وقد قضت المادة التاسعة من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ بان للمجلس الزراعي الاعلى حق الاستيلاء على اي أرض تتخلل أرضاً للإصلاح الزراعي ولو لم يوافق المتصرف على ذلك، كما ان المادة ٢٦ من القانون نفسه قد منعت افراز

(١) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق ص ١٣٣.

الارض الزراعية المفوضة إلى مساحات تقل عن حدود التوزيع المقررة في المنطقة إلا بموافقة خاصة.

٣. الشيوع في حق التصرف:

قد يكون حق التصرف شائعاً بان يكون لمنتفعين أو أكثر في أرض أميرية، والقاعدة أن أحكام الشيوع في الملكية التامة تطبق على الشيوع في حق التصرف أيضاً بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه الاحكام مع نص خاص او مع طبيعة حق التصرف، فنحيل على تلك الاحكام، أما أحكام الشيوع الخاص بحق التصرف فقد وردت في المواد من ١١٧٩ إلى ١١٨٢.

أ. التصرف في الغابة أو المدغل: فبحسب المادة ١١٧٩ من القانون المدني العراقي لا يجوز لاحد الشركاء الذين يتصرفون في غابة أو مدغل في الأرض الاميرية المثقلة بحق التصرف تحويلها كلها أو قسماً منها إلى مزرعة بدون اذن بقية الشركاء، وإذا فعل فإن الشركاء الآخرين يشتركون في المزرعة دون عوض مقابل ذلك، ولهم بالإضافة إلى ذلك أخذ نصيبهم من الاشجار المقطوعة أو من قيمتها قائمة أما غذا كان التحويل إلى مزرعة قد حصل بأذن باقي الشركاء فإنهم يشتركون جميعاً في نفقات هذا التحويل، والحكم الذي تقرره هذه المادة فيه خروج على حكم القواعد العامة في الشيوع في حق الملكية التامة. فقد رأينا ان المادة ١/١٠٦٥ تجيز للشركاء أصحاب القدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا بإذن من المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الرضا الذي أعد له المال، أما بالنسبة للشيوع في حق التصرف فإن التعديل أو التغيير يتطلب وفق المادة ١١٧٩ موافقة جميع الشركاء وليس في هذه المادة ما يشير إلى أن لأغلبية الشركاء ولو بأذن المحكمة فرض التعديل أو التغيير على الأقلية المخالفة.

ب. تطعيم وتربية الأشجار: وإذا قام أحد الشركاء في حق التصرف بتطعيم الأشجار النابتة من تلقاء نفسها وريائها فإنه يصبح مالكا لها دون شركائه الآخرين حسب المادة ١١١٨ من القانون المدني العراقي، ووضح من حكم هذه المادة أنه يشترط أن تكون الأشجار نابتة من تلقاء نفسها، أما إذا كانت الأشجار مزروعة أو مغروسة فإنها لا تكون ملكاً لأحد الشركاء دون سواه ولو قام بتطعيمها وتربيتها، وتملك الأشجار وفق هذه المادة حكم يخالف ما قرره المشرع في المادة ١١٧٠ التي اعتبرت أن ما يغرسه المتصرف في الأرض الاميرية وما يقيمه عليها من أبنية يتبع الأرض في التصرف وفي الانتقال^(١)، وعلة الحكم الذي تقررره المادة ١١٨٠ تكمن في تشجيع اصحاب حق التصرف في الأراضي الاميرية على استغلالها وحسن الانتفاع بها.

ج. قسمة الأرض الأميرية: تقضي المادة ١١٨٢ من القانون المدني بأنه: "١. تكون قسمة الاراضي الاميرية بين المتصرفين فيها على الشيوخ قسمة نهائية وافراغها لإزالة الشيوخ خاضعاً للأحكام التي تسري على الأملاك الشائعة، ٢. غير أنه لا تجوز القسمة، ولو كانت قسمة رضائية في الاراضي الاميرية إلا إذا كانت هذه الاراضي قابلة للقسمة وكان في امكان الشريك أن ينتفع بحصته المفردة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة"، فالفقرة الاولى من هذه المادة تقرر جواز ازالة شيوخ الأراضي الاميرية المثقلة بحق التصرف على سبيل الاشتراك بالقسمة أو بالفراغ (البيع) كما لو كانت ملكاً، وقد تقدم بيان هذه الاحكام، ومن أهمها كما رأينا ان للشركاء أن يقتسموا المشاع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها، وإن القسمة الرضائية لا تتم إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري، وأن الشيء الشائع يعتبر قابلاً للقسمة إذا امكنت قسمته دون أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل

(١) د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، دار المقتبس - بغداد، ١٩٥٣م، ص ٤٣.

القسمة، ولكن الفقرة الثانية من المادة انفة الذكر لم تجوز القسمة ولو كانت قسمة رضائية، إلا إذا كانت الاراضي قابلة للقسمة وكان في امكان الشريك أن ينتفع بحصته المفترزة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة، وفي هذا خروج على القاعدة المقررة بشأن القسمة الرضائية وهي امكانية القسمة باتفاق الشركاء سواء كان المال الشائع قابلاً للقسمة أو لم يكن^(١).

٤. أسباب انقضاء حق التصرف:

أ. التقادم: فقد قضت المادة ١٢١٩ بأنه: "إذا حاز أحد أرضاً بوصفه الكل فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الرقبة من الحكمة، على أساس أن الارض أميرية، إذا انقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى عليه، ٢. وتطبق احكام التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الاخلال بأحكام الفقرة السابقة". فيتضح من ذلك بأن هذه المادة قد بحثت في كسب ملكية (رقبة) الأرض الاميرية بالتقادم. وبالنظر لأن احكام التقادم الواردة في القانون المدني بشأن حق التصرف قد اصبحت معطلة بموجب قانون الاصلاح الزراعي.

ب. انحلال الأراضي الأميرية: يقصد بانحلال الاراضي الاميرية انقضاء حق التصرف الثابت لصاحب هذا الحق بسبب وفاته دون ان يترك احداً من أصحاب حق الانتقال، وقد نظم القانون المدني احكام انحلال الاراضي الاميرية في المواد (١٢٢٠ - ١٢٣٢)، غير أن احكام هذه المواد قد اصبحت معطلة ايضاً، ذلك ان حق التصرف، بموجب قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩، يؤول إلى الخزينة باعتبار ان الدولة وارث من لا وارث له.

ج. ترك الاستغلال: أن حق التصرف في الاراضي الاميرية حق ينصب على أرض زراعية، وهو يتقرر عليها بقصد الانتفاع بها واستغلالها وأن القانون يحمي هذا الحق ما دام محققاً

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٦٢.

لهذا الغرض، فإذا ترك المتصرف في الأرض الاميرية استغلالها بزراعتها لا بنفسه ولا بواسطة غيره عن طريق إيجارها أو إعارتها ثلاث سنوات متوالات من غير عذر ، فإنه يفقد حق تصرفه فيها حسب المادة ١٢٣٣ من القانون المدني العراقي، غير أن قانون الاصلاح الزراعي قيد الحكم الوارد في القانون المدني بشأن مدة ترك الاستغلال، فقد نصت المادة (١٣ ف ب) من قانون الاصلاح الزراعي على أنه: "كل ارض زراعية مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة او موقوفة وفقاً غير صحيح، ثبت ان صاحبها لم يزرعها بنفسه أو بغيره موسمين متتاليين بعد نفاذ هذا القانون دون عذر قانوني صحيح ، تعتبر محلولة وتسجل اميرية صرفة بعد قيام اللجان المختصة بالتحقيق والفصل في الموضوع واكتساب قراراتها الدرجة النهائية"، وعلى كل حال فإنه يشترط لانقضاء حق التصرف لهذا السبب^(١):

- أن يترك المتصرف استغلال الأرض بزراعتها بنفسه أو بواسطة غيره المدة التي يقررها القانون مع ملاحظة أن المدة التي ترك فيها السلف استغلال الأرض لا تضم إلى مدة ترك الخلف هذا الاستغلال، فحق المتصرف لا ينقضي إلا إذا بلغت أية منهما المدة التي يقررها القانون.

- ألا يكون ترك الاستغلال لعذر صحيح، وقد اعتبرت المادة ١٢٣٤ من القانون المدني عذراً صحيحاً يوقف مدة السنوات الثلاث التي يهمل فيها المتصرف استغلال الأرض والذي يؤدي إلى انقضاء حق التصرف ما يأتي:

- أ- انغمار الأرض بالمياه أو وجوب اراجعتها من الزراعة.
- ب- وقوع المتصرف في الأسر أو تركه قريته لسبب قهري بشرط ان يعود إلى زراعة الأرض قبل انقضاء ثلاث سنوات على زوال السبب القهري.

(١) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق ص ١٤١.

- ج- خدمة المتصرف في الجيش في غير القرية التي فيها الارض ما لم يتحقق موته.
- د- نقص اهلية المتصرف: فإذا لم يزرع الولي الارض ثلاث سنوات متواليات كلف بزراعتها بالذات أو بالواسطة، فإن امتنع اجرت الارض بأجر المثل واعطيت الاجرة للولي لحساب المحجور، وعند انتهاء الحجر يسترد المتصرف أرضه من المستأجر.
- هـ- اي سبب قهري آخر يمنع المتصرف من زراعة الارض.
- بالنسبة إلى المتصرف بالأرض الاميرية، أما بالنسبة إلى صاحب حق الانتقال فإن المادة ١٢٣٥ من القانون المدني لا تعد عذراً صحيحاً أن يوجد صاحب حق الانتقال وقت موت المتصرف في ديار بعيدة أو ان يكون غائباً غيبة منقطعة لأي لا تعرف حياته من موته، ففي الحالة الأولى اذا لم يأت ويزرع الارض خلال ثلاث سنوات من موت المتصرف سقط حقه، وفي الحالة الثانية تفوض الأرض لمن يستحقها بعده، فإذا عاد أو تبين انه حي خلال ثلاث سنوات من موت المتصرف فإنه يسترد الأرض ممن اخذها^(١).

ثانياً: حق الحكر:

سنبين ذلك من خلال تعريف الحكر وحقوق الحكر واخيراً انقضاء الحكر .

١. تعريف الحكر:

لقد استمد المشرع المصري والعراقي تنظيم الحكر من أحكام الفقه الإسلامي، وإذا كان الحكر في الفقه الإسلامي عبارة عن عقد إجارة يعطي للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة ما دام يدفع أجر المثل، فيعد الحكر عقد شكلي يتم وفق إجراءات معينة نص عليها القانون، هذا العقد يمنح من خلاله شخص يسمى المستحكر أو المحتكر حقاً عينياً يمكنه من

(١) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق ص ١٤٢.

البناء أو الغراس على أرض خربة تحتاج إلى بناء أو غراس، وذلك في مقابل التزام المحترق بدفع أجرة لا تقل عن أجرة المثل^(١).

وفي فرنسا قانون الايجار طويل الامد او المساطحة نجد المادة ١/٤٥١ قد عرفتته بأنه عقد إيجار لعقار يخول المستأجر حقًا عينيًا أصليًا يستطيع أن يرهنه^(٢) أو يتصرف فيه طوال مدة الايجار وذلك في مقابل أجرة زهيدة يلتزم المستأجر بدفعها إلى المؤجر مقابل التزام المستأجر بإصلاح العقار محل العقد عن طريق زراعته إذا كان أرضًا زراعية تحتاج إلى الزراعة والغرس أو البناء عليه إذا كانت أرضًا معدة للبناء تحتاج إلى ذلك^(٣).

وتنص المادة ٩٩٩ من القانون المدني المصري على "لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة عدّ الحكر معقودًا لمدة ستين سنة"، وفي فرنسا مدة عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة يجب ألا تقل عن ١٨ سنة ولا تزيد على ٩٩ سنة وذلك حسب المادة ١/٤٥١ من قانون الريف والصيد البحري^(٤).

٢. آثار الحكر:

أ. حقوق المحترق:

- حق المحترق على ما أحدثه من بناء أو غراس:

تنص المادة ١٠٠٢ من القانون المدني المصري على أنه "يملك المحترق ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكًا تامًا وله أن يتصرف فيه وحده أو مترنًا بحق الحكر"، ومقتضى هذه

(١) د. صالح سليمان حمد الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المكتبة الملكية للنشر والتوزيع - مكة المكرمة، ٢٠٠٨م، ص ١١٧.

(٢) د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني - الحقوق العينية، الجزء الثالث، دار الجيل للطباعة - القاهرة، ١٩٧٧م، ص ١٧٦.

(٣) Encyel, Dalloz, Droit civil, vo Bail emphyteotique par C. GIVERDON, no 1. 1975.

(٤) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٤٩.

المادة أيضًا أن للمحتكر حقين يتعارضان أحدهما مع الآخر هو حق الحكر على الأرض أو العقار محل الحكر، والحق الآخر هو حق الملكية على ما أحدثه من بناء أو غراس، ويستطيع المحتكر أن يتصرف في حق الحكر أو في حق ملكيته على ما أحدثه من بناء أو غراس بطريقة منفصلة أو متصلة^(١).

فيستطيع أن يبيع العقار الذي أنشأه منفصلاً عن الأرض التي أقام عليها هذا العقار ويستطيع أن يبيعه وأن يبيع معه حق الحكر على هذه الأرض، فالبناء أو الغراس الذي يقيمه المحتكر يكون ملكاً خالصاً له لا يحق له فقط بيعه، بل يحق له أن يبيعه أو يهبه أو يرهنه أو يورثه بأي صورة من صور التصرف، والحكر بهذا المعنى يختلف عن عقد الايجار الذي لا يرتب للمستأجر سوى حق شخصي لا يبيح له بيع العين المستأجرة أو رهنها، وينتقل الحكر من المحتكر إلى ورثته بعد وفاته بشروط معينة حسب نص المادة ١٠٠٨ من القانون المدني المصري بغير إذن المؤجر^(٢).

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نصت المادة ٤٥١ / ٧ من التقنين الزراعي الفرنسي على أن يلتزم المستأجر بواسطة عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة بالبناء على العقار المعد للبناء أو الغراس في الأرض المعدة للزراعة، ويلتزم بأن يحافظ على هذا البناء وذلك الغراس محافظة الشخص المعتاد، وفي نهاية العقد يلتزم المستأجر بالابقاء على ما شيده من

(١) د. أيمن سعد سليم، الحكر في القانون المدني المصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٣١٤.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٩٨٧/٥/٦، طعن رقم ١٥ لسنة ٥٣ ق، الموسوعة الماسية، الإصدار المدني، الجزء السادس، ص ٦٩٨.

عقار، وما أقامه من غراس ليأخذه المؤجر في نهاية العقد مع العقار محل قانون الايجار طويل الامد او المساطحة دون أن يدفع أي مقابل لذلك^(١).

وقانون الايجار طويل الامد او المساطحة يمنح المستأجر حقًا عينيًا عقاريًا على ما أقامه من بناء أو غراس فيحق له أن يرهنه طوال فترة العقد أو يحول حقه للغير، كما يحق له أن يبرم اتفاقات لإنشاء ارتفاقات سلبية أو إيجابية على العقار محل قانون الايجار طويل الامد او المساطحة أو على ما أقامه من منشآت ولكن لا يجوز أن تزيد هذه الارتفاقات على مدة عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة نفسه ويشترط إبلاغ المالك حسب المادة ٩/٤٥١ من القانون الزراعي الفرنسي، وبحق للمستأجر أن يحمي حيازته ضد أي اعتداء عن طريق استخدامه دعاوي الحيازة الثلاثة ضد أي شخص يعكر صفو حيازته حتى ولو كان المؤجر نفسه الذي لا يستطيع أن يمارس تلك الدعاوي طوال فترة عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة ، وبحق للمستأجر أن يتنازل عن حقه الناشئ عن هذا العقد كما يحق له أن يجري كافة التصرفات على ما أقامه من عقار وما أنشأه من غراس طوال فترة العقد وذلك حسب نص المادة ١٠ / ٤٥١ من القانون الزراعي الفرنسي^(٢).

ب. التزامات المحتكر:

- التزام المحتكر بدفع الأجرة: تنص المادة ١٠٠٣ من القانون المدني المصري على أنه "١. على المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر، ٢. وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك"، وبحق للمحتكر أيضًا إذا لم تدفع له الأجرة أن يطلب فسخ العقد ولكن المشرع المصري اشترط لوقوع الفسخ في هذه الحالة أو للحكم

(١) د. محيي الدين إسماعيل، أصول القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٠٨.

(٢) د. أيمن سعد سليم، الحكر في القانون المدني المصري، مصدر سابق ص ٣٣٤ - ٣٣٦.

به أن يتمتع المحكر عن دفع الأجرة لمدة ثلاث سنوات متتالية حسب نص المادة ١٠٠٩ من القانون المدني المصري^(١).

وفي فرنسا يلتزم المستأجر في عقد قانون الإيجار طويل الامد او المساطحة بدفع أجرة دورية عادة ما تكون سنوية وهي أجرة زهيدة ولا يستطيع المستأجر أن يعفي من دفع هذه الأجرة حتى في حالة عدم قدرته على البناء أو الغراس إلا بترك المال محل العقد ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، والمستأجر لا يلتزم فقط بدفع الأجرة طوال فترة العقد وإنما يتحمل كافة الأعباء المالية المفروضة على العقار محل العقد فهو يتحمل الرسوم والضرائب المفروضة على هذا العقار طيلة مدة العقد وذلك حسب نص المادة ٨/٤٥١ من القانون الزراعي الفرنسي.

- التزام المحكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال: تنص المادة ١٠٠٧ من القانون المدني المصري على أنه "على المحكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزمه لجعل الأراضي صالحة للاستخدام مراعيًا في ذلك الشروط المتفق عليها وطبيعة الأرض والغرض الذي أعدت له وما يقضي به عرف الجهة"، أما في التشريع الفرنسي فيلتزم المستأجر بالمحافظة على العقار محل العقد صالحًا للاستغلال لأنه يلتزم بالاحتفاظ بما أقامه من بناء أو غراس يسلمه للمؤجر في نهاية العقد، وهو مسؤول عن القيام بصيانة هذا العقار وترميمه حتى نهاية العقد ولكنه غير مسؤول عن إعادة بناء ما هدم وذلك وفقًا للمادة ١٧٣٣ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٨/٤٥١ من القانون الزراعي الفرنسي.

ج. انقضاء الحكر:

وضع القانون المدني المصري حالات يتم فيها انقضاء الحكر وهي^(٢):

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٠٧.

(٢) د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، مصدر سابق ص ١٧٠.

- انتهاء الحكر بحلول الأجل المعين له: تنص المادة ١/١٠٠٨ من القانون المدني المصري على أنه "ينتهي حق الحكر بحلول الأجل المعين له"، ومقتضى هذه المادة أن حق الحكر ينتهي بحلول الأجل المتفق عليه بين المحتكر والمحكر بشرط ألا تزيد مدته على ستين سنة وذلك وفقاً للمادة ٩٩٩ من القانون المدني، ويتفق هذا مع الحكم مع نص القانون الفرنسي في المادة ٤٥١ / ١ من القانون الزراعي الفرنسي.

- انتهاء الحكر بموت المحتكر قبل البناء أو الغراس: تنص المادة ٢/١٠٠٨ من القانون المدني المصري على "ومع ذلك ينتهي هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر".

- انتهاء الحكر بسبب زوال صفة الوقف عن الأراضي المحكرة: تنص المادة ٣/١٠٠٨ من القانون المدني المصري على "ينتهي حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفة أو انقاصه لمدته ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

- انتهاء الحكم لسقوطه بالتقادم: تنص المادة ١٠١١ من القانون المدني المصري على "ينتهي حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة إلا إذا كان حق الحكر موقوفاً وينتهي بعدم استعمال مدة ثلاث وثلاثين سنة".

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فلم يرد نص مماثل للنص المصري ولذا ينطبق على الحكر القواعد العامة التي تحكم التقادم الواردة في القانون المدني الفرنسي والنص الوحيد الذي ورد في القانون الزراعي الفرنسي المتعلق بإنهاء قانون الإيجار طويل الامد او المساطحة هو نص المادة

٥/٤٥١ الخاصة بفسخه، ونلخص الأسباب الخاصة لانتهاء قانون الايجار طويل الامد او المساطحة في فرنسا بالأسباب الآتية^(١):

- انقضاء المدة المتفق عليها: عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها لهذا العقد دون حاجة إلى تنبيه أو اذار وعندئذ يجب على المستأجر أن يمكن المؤجر من العقار محل قانون الايجار طويل الامد او المساطحة وما أقام عليه من بناء أو غراس دون حاجة إلى أن يطلب أجلاً لتنفيذ هذا الالتزام.
- عند الهلاك الكلي للعقار محل الايجار: فالهلاك الكلي للعقار محل عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة سبب من أسباب إنهائه أما الهلاك الجزئي فلا يؤدي إلى هلاك هذا العقد وإنما ينحصر حق المستأجر والمؤجر على الجزء المتبقي الذي لم يهلك.
- عند عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته: وهذا النص تنطبق عليه القواعد العامة لكن هناك حكم خاص ورد في نصوص القانون الزراعي والتي مقتضاها أن عقد قانون الايجار طويل الامد او المساطحة يفسخ لعدم سداد الأجرة لمدة سنتين متتابعتين وذلك بعد اذاره من المؤجر، ولا يستطيع المستأجر أن يطلب تجديد العقد بعد انتهائه إلا بموافقة المؤجر.

الفرع الثاني

حق الانتفاع

إن الانتفاع هو حق عيني يتعلق باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله، وهو يخول صاحبه سلطات مباشرة على الشيء الذي يرد عليه الحق تمكنه من الإفادة من حقه من دون وساطة مالك الشيء^(١).

(١) د. أيمن سعد سليم، الحكر في القانون المصري، مصدر سابق ص ٣٤٦.

تنص المادة ٩٨٥ من القانون المدني المصري على أن "حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم، ويجوز أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز للحمل المستكن"، ونجد نفس المضمون في المادة ١٢٥٠ من القانون المدني العراقي "يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية، ويجوز كذلك أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم".

وقد حدد القانون أحكام حق الانتفاع:

١. **حقوق المنتفع:** ثمة حقوق يتمتع بها الشخص إذا ما تمتع بحق الانتفاع، وهذه الحقوق يقابلها التزامات يجب على المنتفع أدائها، وتتمثل تلك الحقوق في:
أ. حق المنتفع في استعمال الشيء: ويقصد بالاستعمال سلطة القيام بأعمال مادية للإفادة مباشرة من منافع الشيء بحسب ما تسمح به طبيعته والغرض الذي أعد له،^(١) وقد نصت المادة ١٢٥٢ من القانون المدني العراقي "للمنتفع أن يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه، وله أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه به وله نتاج المواشي، وعليه أن يعرض منها ما نفق من الأصل"، وهذا ما أشارت إليه المادة ٩٨٧ من القانون المدني المصري "تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣"، وللمنتفع استعمال الشيء فيما أعد له وفي كل يمكن أن يستعمل فيه شريطة أن يكون استعمالاً مشروعاً ومتفقاً مع طبيعة الشيء، ويتقيد المنتفع في استعمال الشيء بالشروط التي قد يتضمنها سبب اكتساب حق الانتفاع، فليس له أن يتجاوز تلك الشروط،

(١) د. سامرة محمد حامد العمري، حق الانتفاع وتطبيقاته المعاصرة- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠١٠م، ص ١٥.

(٢) د. محمد حسين عبد العال، أحكام حق الملكية في القانون المصري، مطبوعات جامعة أسيوط، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص ١٩.

وللمالك الاعتراض على استعمال المنتفع للشيء استعمالاً غير مشروع، أو مخالفاً للقيد المشروط أو لا يتفق مع طبيعة الشيء وما أعد له عادة^(١) وهذا ما أكدت عليه المادة ٩٨٨ من القانون المدني المصري التي نصت على "على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة"، ونجد المضمون نفسه في المادة ١٢٥٤ من القانون المدني العراقي التي نصت على "المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له وأن يبذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاكه ولو بغير تعد إذا كان قد تأخر رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع"، وهنا لابد من الإشارة على أن سلطة المنتفع في استعمال الشيء تختلف عن سلطة المالك، فإذا كان المالك له أن يستعمل الشيء في جميع الوجود التي يحوز له أن يستعمله فيها سواء كان هذا الاستعمال متفقاً مع أعد له الشيء أو غير متفق، فإن المنتفع يجب أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له ولا يجوز له أن يغير من تخصيص الشيء وهذا ما أكدنا عليه كلاً من التشريع العراقي والمصري في المادتين السابقتين^(٢).

ب. حق المنتفع في استغلال الشيء: يخول حق الانتفاع للمنتفع أن يستغل الشيء، والحق في الاستغلال هو الذي يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال، وحق السكني حيث لا يجوز فيها للمنتفع أن يستغل الشيء، والاستغلال قد يكون مباشراً كأن يزرع المنتفع بنفسه الأرض التي ينتفع بها ويجني ثمارها، وقد يكون غير مباشر عن طريق جعل الغير يجني

(١) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية "الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية"، مصدر سابق ص ٢٢٢.

(٢) د. نصر أبو الفتوح فريد، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م، ص ٢٤٥.

ثمار الشيء ويدفعه للمنتفع مقابلاً لذلك فللمنتفع حق تأجيرهِ للغير ليحني ثماره في صورة الأجرة، وقد يؤجر المنتفع الأرض الزراعية مزارعة ويحصل على جزء من المحصول^(١).

٢. **التزامات المنتفع:** ألزم المشرع على عاتق المنتفع عدة التزامات سواء أثناء سريان الانتفاع أو عند انقضائه، أساس هذه الالتزامات استلامه الشيء الذي يرد عليه حقه والواجب رده عند انتهاء هذا الحق.

أ. الالتزام بالمحافظة على الشيء وصيانتَه: حيث تنص المادة ٩٨٩ من القانون المدني المصري على "١. المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة، ٢. أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك بلا جبر عليه ويلتزم المنتفع أن يؤدي للمالك فوائد ما نفقه في ذلك كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره"، ونجد النص نفسه في المادة ١٢٥٥ من القانون المدني العراقي ، وتبعاً لذلك يكون المنتفع مسؤولاً عن تلف الشيء فيما إذا كانت عناية في الشيء المنتفع به دون العناية التي يلتزمها الرجل المعتاد^(٢)، أما إذا ثبت إنه بذل في الحفاظ على الشيء عناية الرجل المعتاد فيعد أنه قد أوفى بالتزامه، ومن ثم تتفى عنه مسؤولية التلف فإذا تلف الشيء أو هلك دون تعد أو تقصير من المنتفع فلا ضمان عليه، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٩٠ من القانون المدني المصري ، ووفقاً لهذا النص فإنه يجب على المنتفع أن يلتزم أثناء استعماله واستغلاله الشيء بإرادته إدارة جيدة تحافظ عليه، والمعروف أن نوعي الالتزام في كتب الفقه المدني هما: الالتزام بعناية، والالتزام بتحقيق نتيجة، ففي النوع الأول الذي يطلق عليه الالتزام ببذل عناية هو الالتزام الذي

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٢١٢.

(٢) د. نصر أبو الفتوح فريد، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٧.

بموجبه شخص بمجرد اتباع قدر معين من الحيطة والحذر في سلوكه مع الغير دون أي التزام بتحقيق نتيجة معينة^(١).

ب. الالتزام بإخطار المالك عن كل أمر يقتضي تدخله: حيث تنص المادة ٩٩١ من القانون المدني المصري على "إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لما يكن منظورًا، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك وعليه إخطاره أيضًا إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه"^(٢).

٣. انقضاء حق الانتفاع: إن حق الانتفاع يعد حقًا مؤقتًا ينقضي لأحد الأسباب التي نص عليها القانون وهي:

أ. انقضاء الأجل المعين: إذ ينقضي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، كما ينتهي بموت المنتفع قبل انقضاء الأجل المعين، وإذا كانت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه المدة من الزمن، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٥٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٩٣ من القانون المدني المصري^(٣).

ب. هلاك الشيء المنتفع به: يقصد بهلاك الشيء المنتفع به انعدام محل الانتفاع، ويتحقق عندما يصبح الشيء محل الانتفاع غير صالح للانتفاع به حسب الغرض الذي خصص لأجله، غير أنه إذا عوض المالك عن الهلاك انتقل حق المنفعة إلى التعويض، لكن إذا كان

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية- القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٢٨٣.

(٢) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، الأردن، ١٩٩٩م، ص ٢٣٤.

(٣) د. عازي أبو عربي، أحكام الحقوق العينية الأصلية، مطبوعات جامعة الإمارات- العين، ٢٠١٦م، ص ٣٢٦.

الهلاك نتيجة لخطأ المالك فلا يجبر على إعادة الشيء إلى أصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق المنفعة إذا لم يكن الهلاك بسببه، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٩٤ من القانون المدني المصري، والمادة ١٢٥٨ من القانون المدني العراقي.

ج. الفترة الزمنية: فقد أشارا كلاً من القانون المدني المصري (المادة ٩٩٤) والعراقي (المادة ١٢٦٠) إلى أن حق المنفعة ينتهي بعدم الاستعمال بعد مدة خمس عشرة سنة.

الفرع الثالث

حق الاستعمال وحق السكني

السكني حق عيني متفرع من حق الملكية وهو صورة من صور حق الاستعمال إلا أن الاستعمال فيه مقيد بسكني صاحب الحق وأسرته فقط وأن كلاً من حقي الاستعمال والسكني يعدان بدورهما من صور حق المنفعة إذ أن حق المنفعة يخول صاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال في حين لا يكون لصاحبي حق الاستعمال والسكني سلطة الاستغلال وإنما سلطة الاستعمال فقط وتحديدًا بالنسبة لحق السكني بنوع معين من الاستعمال ألا وهو سكني صاحب الحق وأسرته، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة ١٢٦١ "يصح أن يكون تملك المنفعة قاصرًا على الاستعمال أو على السكني"^(١).

ومحل حق السكنى هو الدار التي يسكنها صاحب الحق وأسرته أي أن محله عقار دائماً بل دار أو شقة سكنية تحديداً أما صاحب الحق فيه فإن حق السكنى لا يثبت إلا للشخص الطبيعي فهو من يحتاج للسكنى فقط إلا أن النطاق الشخصي لحق السكنى يمتد ليشمل فضلاً عن صاحب الحق أسرته أيضاً وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي إذ جاء في المادة

(١) د. ضحى محمد سعيد النعمان، السيد عمر رياض أحمد، حق السكني دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، أيلول ٢٠١٦م، ص ٤.

١٢٦٢ "نطاق حق الاستعمال وحق السكني يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته في خاصة أنفسهم"، ونجد المضمون نفسه في المادة ٩٩٦ من القانون المدني المصري^(١).

فيختلف حق الانتفاع كذلك عن حق الاستعمال وحق السكن في أنه يجوز النزول عنه للغير بينما لا يجوز النزول عن حق الاستعمال وحق السكني كقاعدة عامة سواء بمقابل أو بدون مقابل كما لا يجوز أن يؤجره وفي حالة وقوع النزول عنهما اعتبر النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً، إلا إذا كان هناك مسوغ قوي، قوياً وضرورة تقتضي النزول عنهما، وهذا يعني أن الأصل هو عدم جواز النزول عن حق الاستعمال وحق السكني، والاستثناء هو جواز النزول في أضيق الحدود حيث يكون هناك ضرورة تسوغه، ومثال ذلك أن تصبح الدار التي تقرر عليها حق السكني غير ملائمة لصاحب الحق، فيجوز تأجيرها للغير والانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن له ولأسرته، كذلك يجوز النزول عن حق الاستعمال وحق السكن إذا وجد شرط صريح في سند إنشائهما يبيح ذلك ومن ثم لا يجوز استخلاص ذلك بطريقة ضمنية، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦٣ من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ٩٩٧ من القانون المدني المصري.

أما عن مدى تطبيق أحكام حق الانتفاع على حق الاستعمال والسكن فيما عدا ما ذكرناه، فتنص المادة ٩٩٨ من القانون المدني المصري على "فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكني متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين"، ونجد النص نفسه في المادة ١٢٦٥ من القانون المدني العراقي.

(١) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣١٤.

الفرع الرابع

حق المساطحة

حق المساطحة هو "حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير وبمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته، وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري"، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦٦ من القانون المدني العراقي، وهذا الحق لم ينص عليه المشرع المصري^(١)، من خلال هذا النص يتضح أن المشرع العراقي جعل من حق المساطحة حقاً عينياً وليس حقاً شخصياً كحق المستأجر ليكون له الثبات والاستقرار ما ليس لصاحب الحق الشخصي^(٢).

أما بالنسبة للفقهاء وشراح القانون فقد عرفوا حق المساطحة عدة تعاريف، فمنهم من يعرف حق المساطحة بأنه "حق عيني عقاري أصلي ومصدره الوحيد هو العقد فهو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو والتسجيل ركن من أركانه ويحدد العقد مدى حقوق والتزامات المساطح"^(٣).

وجانب آخر من الفقه يذهب إلى تعريف حق المساطحة بأنه "حق عيني أصلي يخول بموجبه المساطح وبالاتفاق مع صاحب الأرض أن يقيم البناء سواء للسكن كالدور أو لغرض الإنتاج كالمعامل والمصانع وهذا الذي جعل المشرع أن يعده حقاً عينياً حتى يستطيع المساطح

(١) د. شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا دار النشر - بغداد، ١٩٧١م، ص ٤٠.

(٢) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٥٤.

(٣) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م، الجزء الثالث، مطبعة المعارف - بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٩م، ص ٩١.

أن ينتفع بتلك الأبنية والمنشآت التي يشيدها لمدة طويلة لا تتجاوز الخمسين سنة وهذا الحق يقتضي تسجيله في دائرة التسجيل العقاري^(١).

أما عن خصائص حق المساطحة فهي:

١. حق المساطحة حق عيني يرد على الأرض: فحق المساطحة هو حق عيني أصلي من الحقوق التي نصت عليها المادة ٦٨ من القانون المدني العراقي، فهو يمنح صاحبه سلطة مباشرة حقه واستعماله دون وساطة من واحد، كما أنه يمنح صاحبه حقًا يخوله تتبع الشيء محل الحق في أي يد يكون وهذا ما يسمى بحق التتبع، كما يمنحه حق التقدم على الدائنين في استيفاء حقه من الشيء محل الحق وهذا هو حق الأفضلية^(٢).

ومن ناحية أخرى فإن حق المساطحة لا يرد إلا على العقارات فهو لا يرد على المنقولات كما أنه لا يرد على جميع العقارات بل على نوع معين منها وهي الأراضي وليس جميع أنواع الأراضي وإنما الأراضي المملوكة ملكًا صرفًا والموقوفة وقفًا صحيحًا والمملوكة للدولة، وهذا ما قصت به المادة ٢٢٩ من قانون التسجيل العقاري.

٢. حق المساطحة حق مؤقت: إن عقد المساطحة الذي ينشئ هذا الحق من العقود الزمنية التي يعد الزمن فيها عنصرًا جوهريًا، فحق المساطحة حق مؤقت ينتهي بانتهاء مدته، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع العراقي قد حدد لهذا الحق مدة معينة محد أعلى ينقضي هذا الحق بانتهائها وهي خمسين سنة^(٣)، كما أن المادة ٢٣٤ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ أشارت إلى حالات انتهاء هذا الحق وهذا دليل على أنه مؤقت.

(١) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٥٤.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف - الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٨٣.

(٣) د. عبد الله غزالي العزاوي، مصدر سابق، ص ١٥٦.

٣. عدم زوال حق المساطحة بزوال البناء: إن ما يميز هذا الحق أيضًا أنه لا ينتهي بزوال الأبنية والمنشآت الأخرى، وبالتالي فإن حق المساطحة يبقى قائمًا طالما أن مدته لم تنته بعد، ويبقى المسطح مستمرًا في تنفيذ التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد الذي أبرمه مع صاحب الأرض، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦٧ من القانون المدني العراقي اذ نصت على "١. لا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين سنة فإن كانت المدة لم تحدد فكل من المسطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك، ٢. ولا يزول حق المساطحة بزوال البناء قبل انتهاء المدة"، وبناءً على ذلك فإن المسطح إذا ما أقام أبنيته ومنشآت أخرى ثم تهدمت قبل انقضاء المدة المتفق عليها لأي سبب كان فصاحب الأرض لا يستطيع إنهاء عقد المساطحة ويبقى للمسطح الحق أن يقيم أبنية ومنشآت أخرى بالشروط نفسها الواردة في العقد الأول طالما أن المدة لم تنته بعد، وحق المسطح هذا لا يزول حتى في حالة عدم قيامه بإعادة البناء أو المنشآت الأخرى^(١).

٤. حق يورث: باستثناء انتهاء المدة المتفقة عليها، لا ينتهي حق المساطحة لا بموت مالك الأرض ولا بموت المسطح، وفيما يتعلق بهذا الأخير؛ على الرغم من أن شخصيته محل نظر إلى درجة كبيرة عند التعاقد على المساطحة إلا أن موته لا يؤثر على استمرارية المساطحة وانتقالها إلى ورثته، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦٩ من القانون المدني العراقي^(٢).

(١) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق ص ١١١.

(٢) د. ريباز أردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد السابع، العدد الأول، ٢٠١٨م، ص ١٤.

الفرع الخامس

حقوق الارتفاق

أولاً: تعريف الارتفاق، وأركانه:

عرف القانون المدني الفرنسي الارتفاق في المادة ٦٣٧ بأنه "عبء يفرض على عقار لاستعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر"، وهنا نلاحظ أنه قد أشار إلى جانب المنفعة في الارتفاق بأنه عبء يثقل به العقار المرتفق به لضمان الانتفاع لصاحب العقار المرتفق وهو يعتبر حق ارتفاق عقاري أو عيني تمييزاً لها عن حقوق الارتفاق الشخصية^(١).

كما عرفه القانون المدني المصري في المادة ١٠١٥ بأنه "حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر"، وعرفه القانون المدني العراقي في المادة ١٢٧١ بأنه "حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر"، ونلاحظ أن التعريف المصري مطابق للتعريف العراقي^(٢).

أما عن أركان حق الارتفاق فهي:

أ. وجود عقار مرتفق: أي يجب أن يكون هناك عقار ينتفع من الارتفاق، والفائدة المستقاة من عقار مملوك لشخص آخر غير مالك العقار المرتفق ويكون حق تابع للعقار المرتفق وملحقاً به وينتقل مع العقار إلى أي يد وحق الارتفاق يزيد في قيمة العقار المرتفق^(٣)، وقد ذهبت لذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم عام ١٩٦٩ "الارتفاقات حقوق عينية تبقى

(١) د. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٤٧٥.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق الأصلية، مصدر سابق ص ٢٢٣.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، مصدر سابق ص ١٢٨٠.

وأنظر أيضاً: د. فايز أحمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية- مصر، ٢٠٠٧م، ص ٣٠٣.

ملازمة للعقارين الذين أنشأت العلاقة بينهما وإلى يد انتقل أي منهما^(١) أي أن يقرر لتوفير الاستعمال الأفضل للعقار فهنا تكون أمام ارتفاق أما إذا كانت المنفعة ليست مقررة لتوفير الاستعمال الأفضل للملكية بل لأجل شخص^(٢).

ب. وجود عقار مرتفق به: وهو العقار المقرر عليه الارتفاق فيحد من منفعة عقار مملوك لشخص آخر أي العقار المرتفق به، ويجب أن يكون محل الارتفاق عقارًا بطبيعته فيقرر على الأراضي غير المبنية والمبنية ببناء أو منشآت^(٣).

وحق الارتفاق يقرر بين عقارين لمالكين مختلفين فإذا اتحد المالك لا تكون أمام حق ارتفاق بل أمام استعمال الشخص لملكه، وقد أيد ذلك حكم نقص فرنسي ١٩٨٠ لا يستطيع القضاة أن يقرروا وجود الارتفاق من دون التأكد أن العقارين بين ملاك مختلفين^(٤)، فإذن لا بد من وجود عقار خادم يتحمل عبء الارتفاق ولا بد أن يكون عقار وأن يكون إقراره لأج توفير منفعة العقار المرتفق لصاحبه فهو قيد عيني ولا يقدر إلا على عقار بطبيعته ولا يقرر على عقار بالشخص لأنه منقول ولا يقرر الارتفاق على منقول، ولا يشترط تجاوز العقارين لإقرار حق الارتفاق أو أن يكونا قريبين وإن كان الغالب هو حالة الجوار فحق المجرى قد يقرر لعقار بعيد عن العقار المقرر عليه حق المجرى^(٥).

(١) Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr
Xavier Henry

القانون المدني الفرنسي باللغة العربية - طبعة دالوز، ٢٠٠٩، الطبعة الثامنة بعد المئة - طباعة إيطالية،
٢٠١٢م، ص ٦٧٨ - ٦٨٨.

(٢) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، مصدر سابق ص ١٣٢٣.

(٣) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، ص ١٢٨٥. وأنظر أيضًا: سعيد سعد، ص ٥٣٩ - ٥٤٠.

(٤) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، ص ١٢٨٠ - ١٢٨١.

Francois Jacob , Alice Tisserand Marti , Guy Venandent , Georges Wiederkehr ,
Xavier Henry-former source - p.687.

(٥) د. محمد كامل مرسي، ص ٤٨١.

وأنظر أيضًا: د. عبد الرازق أحمد السنهوري، ص ١٢٨٢.

ج. حصول منفعة من الارتفاق: وتلك المنفعة يحددها سند إنشاء حق الارتفاق ويتنوع باختلاف حاجة كل عقار مرتفق وقابلية العقار المرتفق به وبالضرورة يزيد من منفعة العقار المخدم ويقلل من منفعة العقار الخادم^(١)، ويشترط في حق الارتفاق تحقيق مضايقة أو وجود تكليف للعقار المرتفق به ينقص في حقوق صاحب العقار المرتفق به ويزيد في حقوق صاحب العقار المرتفق^(٢).

ومثاله حق ارتفاق الرؤية إذ يمنح العقار المرتفق به من البناء ليسمح لصاحب العقار المرتفق الرؤية البعيدة وحق ارتفاق بعدم الارتفاع بالبناء أو عدم التجاوز في رقعة المساحة^(٣). والمنفعة هي منفعة عينية للعقار المخدم ذاته لا لأجل شخص مالك العقار المرتفق للوصول للاستعمال الأفضل للعقار المرتفق وأيدت ذلك محكمة النقض المصرية في حكم ١٩٩٣ "مناطق حق الارتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المخدم أو المرتفق وليست منفعة شخصية لمالك العقار المرتفق"^(٤)، والذي يحدد تلك المنفعة سند إنشاء حق الارتفاق^(٥).

فقد يشير سند الانشاء إلى إقرار صاحب العقار المرتفق بأنه يسمح لصاحب العقار المرتفق المرور بأرضه أو أن يشير سند الانشاء إلى أن صاحب العقار المرتفق به يلتزم بعدم البناء في ملكه لضمان الرؤية لجاره فالمثال الأول يتمثل بالسماح لصاحب العقار المرتفق القيام

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق ص ١٢٨٠.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٦٤.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٦٤.

وأنظر أيضاً: د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٨١.

(٣) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٨٠.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٦٤.

(٥) د. فايز أحمد، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٠٣.

بعمل في العقار المرتفق به، والمثال الآخر يتضمن امتناع صاحب العقار المرتفق به من القيام بعمل في عقاره وكلاهما الفعل والامتناع في العقار المرتفق به تحقيق منفعة العقار المرتفق.

ثانيًا: خصائص حق الارتفاق

أ. حق الارتفاق تابع: أي تابع للعقار المرتفق ولا ينفصل عنه فهو من ملحقاته الإيجابية، وستجرى عليه ما يجرى على العقار المرتفق من تصرفات، فإذا رهن أو بيع العقار المرتفق فيلحقه حق الارتفاق بالحكم، وكذلك إذا حجز العقار المرتفق أو ترتب عليه حق منفعة أو استعمال أو سكني فالحجز وحق المنفعة وغيره تسري على حق الارتفاق، ومن جهة أخرى يبقى العقار المرتفق به مثقل بالارتفاق عند بيعه أو رهنه أو حجزه أو ترتب حق منفعة عليه أو حق سكني^(١).

ولا يمكن لصاحب العقار المرتفق التصرف بحق الارتفاق مستقل عن عقاره ولا يجوز لصاحب العقار المرتفق به نقل حق الارتفاق المثقل به عقاره إلى عقار آخر بسبب ارتباط انتفاع العقار المرتفق بالعبء المقرر على العقار المرتفق به لا غيره^(٢).

ب. حق الارتفاق دائم: والمقصود بالدوام ليس دوام تحقق الملك بل قد يقصد بالدوام بأنه لا يوجد وقت محدد لانقضائه أي أن الحق باقٍ ما دام محله باقياً أو قد يقصد بالدوام إن الحق لا يزول بعدم الاستعمال أو يقصد به أنه لا يقتربن بأجل^(٣).

فحق الارتفاق بالنسبة للمعنى الثاني يختلف عن حق الملكية من حيث أن حق الارتفاق ينقضي بعدم الاستعمال لمدة ١٥ سنة ويختلف عن حق الملكية في المعنى الثالث من حيث إن

(١) د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع - الأردن، ٢٠١١م، ص ٢٣٢.

وأنظر أيضاً: د. جابر محبوب علي، حق الملكية، دار طيبة للطباعة - الأردن، دون سنة النشر، ص ٥.

(٢) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٨٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق ص ١٢٨٤.

الارتفاق يمكن اقترانه بأجل واقف أو فاسخ أما المعنى الثالث فإنه يتفق مع حق الملكية في جزء منه فالدوام ليست من جوهر حق الارتفاق بخلاف الملكية فهي جوهر فيه، وإذن نقول أن الدوام هو الأصل في حق الارتفاق والاستثناء فهو إمكان انقضائه بأحد طرق انقضائه بانتهاء مدته أو فقدان منفعة الارتفاق أو تغيير وضع الأشياء^(١).

ومن ثم يجوز أن يتفق طرفي الارتفاق على تأقيت حق الارتفاق بمدة معينة لأن الدوام من طبيعته، وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها عام ١٩٨٩ "اشتراط الارتفاق المؤقت هو مشروع"^(٢).

ج. حق الارتفاق لا يقبل التجزئة: بمعنى أنه إذا جزء العقار المرتفق فإنه يبقى حق الارتفاق مقررًا لكل جزء منه وإذا جزء العقار المرتفق به يبقى مثقلًا به كل جزء منه^(٣) إلا إذا كانت طبيعة الارتفاق تسمح ببقائه على بعض أجزاء العقار المرتفق به وكان العقد والقانون لا يقرر طريقة استعمال تخالف ذلك^(٤)، وأيدت ذلك المادة ٧٠٠ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على "إذا جرى تقسيم العقار الذي أنشأ الارتفاق لصالحه، يبقى الارتفاق متوجبًا لصالح كل قسم منه ودون أن يزداد، مع ذلك عبء العقار المرتفق به"، والمادتان ١٠٢٤ و ١٠٢٥ من القانون المدني المصري اللتان نصتا على "المادة ١/١٠٢٤: إذا جزئ العقار

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٢٥.

وأنظر أيضًا: د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق ص ١٢٨٥.

(٢) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٥٣٥.

وأنظر أيضًا:

Francois Jacob , Alice Tisserand Marti , Guy Venandent , Georges Wiederkehr ,
Xavier Henry-former source – p.688

(٣) د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مصدر سابق ص ٢٣٢.

وأنظر أيضًا: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٢٩.

وأيضًا: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٦٣.

(٤) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٨٥.

المرتفق بقى الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به، والمادة ١٠٢٥/١: إذا جزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعاً على كل جزء منه"، ونفس تلك النصوص نجدها في المادتين ١٢٧٩ و ١٢٨٠ من القانون المدني العراقي.

ثالثاً: آثار حق الارتفاق

١. المركز القانوني لمالك حق الارتفاق:

أ. عدم مجاوزة مالك حق الارتفاق لحقه:

- من حيث العقار المرتفق: فلا يسوغ لصاحب حق الارتفاق أن يستعمل الارتفاق لصالح عقار آخر غير العقار المرتفق فلو كان لصاحب العقار المرتفق عقار آخر لا يستفيد من ارتفاق ذلك العقار لأن الارتفاق وجد لسد حاجة العقار المرتفق ولا يجوز لصاحب العقار المرتفق استعمال الارتفاق على عقار غير العقار المرتفق به لأنه حاجة العقار المرتفق به لأن حاجة العقار المرتفق تختصر في استعمال العقار المرتفق لا غيره ولا يجوز ذلك وإن لم يلحق ضرر بالعقار المرتفق به لأنه يعتبر مجاوزة لصاحب حق الارتفاق لحقه^(١).

وقد نصت المادة ٧٠٢ من القانون المدني الفرنسي على أن "لا يستطيع من له حق الارتفاق أن يستعمله إلا وفقاً لسنده.. من دون أن يستطيع القيام بأي تعديل.. يكون من شأنه تفاقم العبء على العقار المرتفق به"، والمادة ٢/١٠٢٠ من القانون المدني المصري على "ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق"،

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٨٥.
وأنظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٧.

والمادة ٢/١٢٧٦ من القانون المدني العراقي "ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق"^(١).

- من حيث مضمون حق الارتفاق: فإذا كان حق الارتفاق مقدراً للمرور مشياً فلا يجوز أن يكون المرور للمركبات أو المواشي، أو إذا تقرر حق المرور لدار سكنية ثم جعل جزءاً منه نادياً أو معهداً أو مستوصفاً فإنه لا يزداد عبء العقار المرتفق به بالمرور بسبب التغيير الحاصل بالدار السكنية بل يبقى الارتفاق على وضعه القديم ما لم يتفق مع صاحب العقار المرتفق به على العبء الجديد أي توسعة حق المرور بما يتفق مع التغييرات الحاصلة بالمنزل^(٢)، فإذا تقرر حق شرب لصالح أرض زراعية لريها فلا يجوز استخدام المياه لتشغيل مصنع في الأرض نفسها^(٣)، وأيدت ذلك المادة ٧٠٢ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٢/١٠٢٠ من القانون المدني المصري، والمادة ٢/١٢٧٦ من القانون المدني العراقي، ولا يمكن توسعة الارتفاق إلا بالاتفاق مع صاحب العقار المرتفق به إذا كان الارتفاق اتفاقياً وفق القانون المدني أو الاستملاك إذا كان مصدر الارتفاق نص القانون أي وفق المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي.

ب. عدم إساءة مالك حق الارتفاق استعمال حقه:

يجب على صاحب العقار المرتفق أن يستعمل ارتفاقه دون مجاوزة حقه فلا يحدث تغيير في الارتفاق يلحق ضرر بالعقار المرتفق فإذا كان هناك ارتفاق بالمسيل لعقار مرتفق على عقار مرتفق به فلا يجوز لصاحبه أن يرفع نهاية سطحه التي تتساب عليها مياه الأمطار على الأرض مما يضر بالجار لتجاوز صاحب حق الارتفاق لحقه، ويجب على صاحب العقار المرتفق

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق ص ١٣٧٢.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصادرة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٨٦.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٣٧٥.

استعمال حقه بأقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به فإذا قرر حق مجري على أرض فانه يستخدمه بطريقة تمرير الأنابيب بدلاً عن الجدول لكونه يلحق أقل ضرراً من حفر جدول، وتقدير إساءة استعمال الحق من عدمه يرجع إلى قاضي محكمة الموضوع^(١)، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدني الفرنسي والمادة ١/١٠٢٠ من القانون المدني المصري، والمادة ٢/١٢٧٦ من القانون المدني العراقي.

ولا يوجد لذلك تطبيق في ارتفاق المطار لأنه ارتفاق خفي ومستمر وسليبي التكليف على عائق صاحب العقار المرتفق به، ولا يوجد استعمال على صاحب ارتفاق المطار، ويتجاوز صاحب العقار المرتفق لحقه أو إساءته لاستعمال حقه فيلزم صاحب العقار المرتفق بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أي بإزالة المخالفة والتعويض إن كان له مقتضى وتقدير كل ذلك يرجع إلى قاضي محكمة الموضوع حسب جسامه الضرر وظروف الواقعة والتعويض يعتبر التزام شخصي يلزم به صاحب العقار المرتفق لأنه التزام أساسه الفعل الضار، أما إعادة الحالة فانه تكليف عيني يلزم به صاحب العقار المرتفق أو من انتقل إليه العقار المرتفق^(٢).

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق ص ١٣٧٣. وأنظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥١. وذهبت لذلك محكمة النقض المصرية بقرار عام ١٩٩٣ "لمحكمة الموضوع وتكليف الدعوى وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون ولكنها يجب أن تتقيد بالوقائع والطلبات المطروحة عليها ولا تتقيد بتكليف الخصوم لها".

أنظر: د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، دار الجامعية الجديدة للنشر - مصر، ٢٠٠٨م، ص ٦٦٧.

وأيضاً: د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، العاتك لصناعة الكتاب - مصر، ٢٠٠٧م، ص ٤٢. وأيضاً: د. بكر عبد الفتاح فهد، أصول المحاكمات المدنية، دون بلد النشر، ٢٠١١م، ص ١٥٧. وقد ذهبت محكمة تمييز العراق في قرار لها في عام ٢٠١٢ "أن تكليف الدعوى من اختصاص المحكمة فلا عبرة لوصف المدعي بأن دعواه هي منع معارضة.

أنظر: د. لفقة هامل العجيلي، المرافعات، مصدر سابق ص ٥.

(٢) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٣٧٤.

ج. نفقة استعمال حق الارتفاق أو المحافظة عليه :

يتحمل نفقات استعمال حق الارتفاق أو المحافظة عليه صاحب العقار المرتفق لأنه هو من يستفيد منه فيجب عليه دفع نفقات الانتفاع به ولو كانت ناجمة عن عيب في العقار المرتفق به أو نفقات ناجمة عن تغيير موضع الإنشاء ينجم عن تغيير موضع الارتفاق، أما إذا كان الخطأ من جانب شخص غير صاحب حق الارتفاق فانه هو من يتحمل نفقتها على سبيل التعويض ولو كان صاحب العقار المرتفق به، وتحمل تلك النفقات من قبل صاحب العقار المرتفق به ليس من النظام العام وبجوز الاتفاق على خلافه بأن يتحمله صاحب العقار المرتفق به في سند إنشاء الارتفاق أو في وقت لاحق على وجود الارتفاق وعند كون النفقات على صاحب العقار المرتفق به فإنه يكون التزاماً عينياً لأنه عمل إضافي تابع للارتفاق يلزم العقار وينتقل إلى الملاك المتعاقبين للعقار المرتفق به ولا ينتقل إلى ورثة صاحب العقار المرتفق به الذين لا يدخل في نصيبهم العقار المرتفق به^(١) وذلك وفقاً للمادة ٦٩٨ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه "وتكون تلك الأشغال على نفقته وليس على نفقة مالك العقار المثقل بالارتفاق ما لم ينص سند إنشاء هذا الارتفاق على عكس ذلك"، والمادة ١/١٠٢٢ من القانون المدني المصري، والمادة ١٢٧٧/ ١ من القانون المدني العراقي التي نصت على أن "نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب العقار المرتفق".

وأُنظر أيضاً: د. البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٧٦.

وأيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٨٦ - ٩٨٧.

وأيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٢.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ١٣٧٤ - ١٣٧٥.

وأُنظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٢ - ٢٥٣.

٢. المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به

أ. الامتناع عن إعاقة استعمال حق الارتفاق :

الارتفاق تكليف على عقار فلا يتوجب على صاحب العقار المرتفق به القيام بعمل معين لمصلحة صاحب العقار المرتفق وإلا كنا بصدد التزام شخصي لاحق عيني، إلا أن ذلك لا يحول دون أن تقع على عاتق صاحب العقار المرتفق واجب سلبي يتمثل في الارتفاق السلبي بامتناع صاحب العقار المرتفق به من القيام ببعض الأعمال كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاع بالبناء وفي الارتفاق الإيجابي السماح لصاحب العقار المرتفق بالقيام بأعمال المخولة له بموجب الاتفاق على العقار المرتفق به كالمروور بحق المرور وجريان المياه في حق المجرى^(١).

أي أن التزامات صاحب العقار المرتفق به واجبات سلبية محضة وهو غير مكلف بواجب إيجابي، لأن الارتفاق سلطة مباشرة لصاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به يباشرها دون تدخل أحد ويطلب من صاحب العقار المرتفق به الامتناع عن إعاقة استعمال الارتفاق أو جعله أكثر مشقة^(٢).

ويحتفظ مالك العقار المرتفق به بكل سلطاته المخولة له بموجب حق الملكية مادامت لا تعيق استعمال الارتفاق أو تجعل استعماله أكثر مشقة، فالمقرر على أرضه حق مرور له حق تسوير أرضه بشرط عدم الإضرار بارتفاق المرور منعاً أو جعل الاستعمال أكثر مشقة أو إقامة جسر على الممر بشرط أن لا يضر بحق المرور^(٣)، فليس لصاحب العقار المرتفق به إعاقة

(١) د. البداروي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٨٠ - ٣٨١.

وأنظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٦ - ٢٥٧.

وأيضاً: يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص ٢٣٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ١٣٨١.

(٣) المصادر السابق، ص ١٣٨٢.

وأنظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٩٤.

استعمال الارتفاق أو يجعل الاستعمال أكثر مشقة فمن قدر به حق مرور لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يزرع الطريق بالأشجار أو أن يبني عليه بناء لأنه يعيق ارتفاق المرور أو يعيقه^(١) وذلك وفقاً للمادة ٧٠١ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على "لا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل يرمي إلى إنقاص حالات استعمال الارتفاق أو إلى جعلها أكثر مشقة....."، وكذلك المادة ١٠٢٣ من القانون المدني المصري التي نصت على "لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة....."، والمادة ١٢٧٨ من القانون المدني العراقي التي نصت على "لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة.....".

ويقدر قاضي الموضوع فيما إذا كان العمل الصادر من صاحب العقار المرتفق به معيقاً لاستعمال الارتفاق من عدمه مستنداً؛ إلى الظروف والملابسة ووضعية الأماكن ومضمون سند الارتفاق ونية المتعاقدين ومقدار الضرر الذي لحق بصاحب العقار المرتفق، فإذا أخل صاحب العقار المرتفق به بذلك الالتزام وجب عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه والتعويض إن كان له مقتضى وإعادة الحالة تكليف عيني يثقل به العقار في أي يد يكون أي يلزم به مالك العقار المرتفق به وخلفه، أما التعويض فهو التزام شخصي يترتب بذمة صاحب العقار المرتفق به^(٢).

وأيضاً: د. البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٨١.

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٩٤.

وأنظر أيضاً: د. البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٨٢.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٩٥.

وأنظر أيضاً: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص ١٣٨٤.

وأيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٧.

أي عند الإخلال بالالتزام الناشئ عن الارتفاق الاتفاقي يزال التجاوز مع التعويض وذلك على وفق المادة ١١٤٥ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه "إذا كان الالتزام هو الامتناع عن عمل يلزم من يخالف هذا الالتزام بدفع العطل والضرر لمجرد المخالفة"، والمادة ٢١٢ من القانون المدني المصري التي نصت على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين"، والمادة ٢٥٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل".

ب. تغيير موضع حق الارتفاق

الارتفاق يظل لمدة طويلة نتيجة لارتباطه بالعقارين المرتفق والمرتفق به وخلال ذلك قد يتغير وضع العقار المرتفق به ويتطلب ذلك تغيير استغلاله أو استعماله وينجم عن ذلك وجوب تغيير موضع الارتفاق فهنا يجبر على ذلك صاحب العقار المرتفق على ذلك لكي لا يتعطل استعمال أو استغلال العقار المرتفق به وإذا عارض صاحب العقار المرتفق تلك فإنه يعد متعسفاً في استعمال حقه وينطبق الحكم بغض النظر عن نوع الارتفاق وتلك الرخصة لمالك العقار المرتفق به لا تسقط بالتقادم^(١).

وتبقى الرخصة لصاحب العقار المرتفق به وأن نزل عنها لأن ذلك الحكم من النظام العام لأنه ينظم الملكية ويضمن استثمار أفضل للملكية يرتبط بالمصلحة العامة أكثر منه

(١) د. البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٨٣.

وأنظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٩٧.

وأيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٨.

وأيضاً: د. يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مصدر سابق ص ٢٣٦.

بالمصلحة الخاصة، ويعقب البدرابي بأن تمسك صاحب العقار المرتفق بالنزول يعد سيء النية مادام التغيير لا يضر به ويفيد صاحب العقار المرتفق به ويعد صاحب العقار المرتفق متعسفاً في استعمال الحق^(١).

فقد يقيد مالك العقار المرتفق عقاره في جزء غير مشمول بالارتفاق في حين يقوم بالبناء بالجزء المشمول بالارتفاق، وهنا يجب إزالة التجاوز وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وذلك وفقاً للمادة ١١٤٥ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٢١٢ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٥٢ من القانون المدني العراقي، هو بحد ذاته التنفيذ العيني للالتزام بالنسبة للارتفاق الاتفاقي والقانوني.

ج. تجزئة العقار المرتفق والمرتفق به

- تجزئة العقار المرتفق

فإذا جرى العقار المرتفق بالقسمة أو ببيع جزء منه وأصبح الارتفاق غير ذي فائدة لأحد الأجزاء فإن الارتفاق هنا يزول، فلو أن الأرض ارتفاق على أرض لأخذ السمد منها وجرى العقار المرتفق وأبح أحد الأجزاء مصنعاً فإن حق الارتفاق يزول لهذا الجزء لانعدام المنفعة لعدم الحاجة للسمد^(٢).

تتم تجزئة العقار المرتفق بسبب الميراث بأن يرثه أكثر من واحد أو أن يباع جزء من عقار إلى أجنبي ومن ثم يصبح لكل جزء من العقار حق ارتفاق على العقار المرتفق به بوضعه ومراه القديم ولكن هنا يستعمل من ملاك متعددين بشرط أن لا يزيد في عبء العقار المرتفق فإذا كان هناك حق ارتفاق لعقار بالمرور مقرر على عقار مرتفق به فعند تجزئة العقار المرتفق به

(١) د. البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٣٨٣ - ٣٨٤.

وأنظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٥٧.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ١٣٦٧.

فيصبح لكل جزء حق المرور على العقار المرتفق به على وفق موضع المرور نفسه وأبعاده^(١) وذلك على وفق المادة ٧٠٠ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على "إذا جرى تقسيم العقار الذي أنشأ الارتفاق لصالحه، يبقى الارتفاق متوجباً لصالح كل قسم منه ودون أن يزداد مع ذلك عبء العقار المرتفق به"، والمادة ٢/١٠٢٤ من القانون المدني المصري "غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطالب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى"، والمادة ١٢٧٩ / ١ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه "غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا بعض هذه الأجزاء، فلصاحب العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى" أي يزول حق الارتفاق جزئياً.

- تجزئة العقار المرتفق به

وكذلك عند تجزئة العقار المرتفق به بالقسمة أو ببيع جزء منه وأصبح الارتفاق غير ذي منفعة إلا على بعض أجزائه دون أخرى للعقار المرتفق فان الارتفاق يزول عن تلك الأجزاء فلو أن عقار مثقل بحق مجرى أو مرور على أرض ثم جرى ذلك العقار فان الجزء الذي مقرر عليه موضع حق المرور أو المجرى فقط أما بقية الأجزاء فيزول عنها حق الارتفاق، وهنا يعرض صاحب الجزء المثقل بالارتفاق من قبل أصحاب الأجزاء الغير مثقلة بحق الارتفاق لأنه يتحمل الارتفاق دون غيره^(٢).

عند تجزئة العقار المرتفق به بطريقة تجزئة العقار المرتفق نفسها ببيع جزء منه أو عقار قسم بين ورثة فان كل قسم من العقار المرتفق يبقى مثقلاً بحق الارتفاق، فلو أن عقاراً

(١) المصدر السابق ، ص ١٣٦٦ - ١٣٦٧.

وأنظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٨٢.

وأيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص ٢٣١.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ١٣٦٩.

وأنظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٨٣ - ٩٨٤.

مُثَقلاً بارتفاق عدم الارتفاع بالبناء وجزء ذلك العقار فان كل جزء منه يبقى مثقلاً بحق عدم الارتفاع بالبناء، فلو أنَّ محجر مثقل بحق ارتفاق أخذ الأحجار منه وجزء العقار المرتفق به إلى ثلاثة أجزاء فيبقى كل جزء مثقلاً بأن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التي تؤخذ من المحجر قبل تجزئته^(١).

أي يبقى العقار المرتفق به مثقلاً بالارتفاق لمصلحة كل جزء من العقار المرتفق وبما يتناسب مع طبيعة حق الارتفاق وحاجة العقار المرتفق والعبء المقرر على العقار على العقار المرتفق به على وفق سند إنشاء حق الارتفاق وأيدت ذلك المادة ١٠٢٥ / ١ من القانون المدني المصري، والمادة ١٢٨٠ من القانون المدني العراقي أما المشرع الفرنسي فلم يتطرق إليها.

المطلب الثاني

أثر حسن النية في المسائل المترتبة على الحقوق المتفرعة من حق الملكية

الفرع الأول

الحائط المشترك والحائط الفاصل:

أولاً: تعريف الحائط المشترك:

الحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين ويملكه صاحبهما على وجه الشيوع، وينشأ الحائط المشترك إذا أقامه الجاران بين عقاريهما، بالاتفاق، أو كان أحدهما قد أقامه ثم شارك الآخر فيه^(٢).

وقد أقام القانون المدني العراقي قرينة على الاشتراك في ملكية الحائط المشترك وهي أن الحائط الذي يفصل بين بناءين يعد حائطاً مشتركاً بين صاحبي هذين البناءين، إلا إذا أقام

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ١٣٦٨ - ١٣٦٧.

وأنظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٩٨٣.

وأيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٣٠.

(٢) د. محمد طه البشير، وغنى حسون، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ١٣٥.

الدليل على خلاف ذلك، وذلك ما نصت عليه المادة ١٠٩١ من القانون المدني العراقي بأنّ "الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركة حتى مفرقهما، ما لم يقد الدليل على خلاف ذلك"، وقد تبني المشرع المصري نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع العراقي بالنسبة لتحديد مفهوم الحائط المشترك، وبالنسبة للقرينة التي يتم بموجبها معرفة فيما إذا كان الحائط مشترك من عدمه، وذلك بالنص في المادة ٨١٧ من القانون المدني المصري "الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين يعد مشتركاً حتى مفرقهما ما لم يقد دليل على العكس".

ويتبين لنا من تلك النصوص أنه يشترط لإعمال قرينة قيام الحائط المشترك توفر

شرطين:

١. أن يفصل الحائط المشترك بين بناءين: فلا يقوم الاشتراك على ملكية الحائط إذا كان يفصل بين أرضين غير مبنيتين أو كان الحائط يفصل بين بناء وأرض غير مبنية، فلا يحق لصاحب الأرض غير المبنية الادعاء بأن الحائط الذي يفصل بين أرضه وبين البناء حائط مشترك وله حقوق على هذا الحائط سواء أكانت هذه الأرض فضاء أم أرضاً مزروعة.
٢. أن يكون الحائط المشترك بين بناءين وقت إنشائه: فلا يفترض الاشتراك في ملكية الحائط المشترك إذا أثبت أحد المالكين أنه كان قد بنى ملكه، ثم بنى بعد ذلك المالك الآخر مستتراً ببناء الأول.

فإذا تحقق هذان الشرطان قامت القرينة القانونية على الاشتراط في الحائط الفاصل بين العقارين حتى مفرقهما، أي حتى أعلى جزء من البناء المنخفض ولكن هذه القرينة يمكن إثبات عكسها، فيمكن لأي من المالكين أن يثبت أنه قد بنى الحائط كله في ملكه وعلى نفقته، أما إذا لم يتحقق شرطاً قرينة قيام الحائط المشترك فعلى من يدعي الاشتراك في الحائط أن يثبت ذلك وعلى وفق القواعد العامة كأن يثبت مالك الأرض الفضاء بأن الحائط قد أقيم بنفقات مشتركة

على جزء من ملكه، وجزء من ملك الجار، فإذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط المشترك سواء بمقتضى القرينة التي نصت عليها التشريعات المقارنة أو بدليل إقامة المدعي فيكون الشيوع في الحائط المشترك شيوعاً جبرياً ومن ثم لا يجوز لأي من المالكين طلب قسمتهن أو التصرف في نصيبه مستقلاً عن العقار الذي يملكه وهذا الحكم وإن لم ينص عليه من قبل التشريعين المصري والعراقي إلا أن الغرض الذي أنشئ من أجله الحائط المشترك يقتضي أن يبقى هذا الحائط على الشيوع دائماً وومن ثم لا يجوز طلب قسمته أو بيع أحد الشركاء نصيبه مستقلاً عن العقار الذي يملكه^(١).

ثانياً: الطبيعة القانونية للحائط المشترك:

إن الحائط المشترك هو من قبيل الشيوع الجبري، وإن حق الشريك في الشيوع الجبري هو حق ملكية، وإن الحائط المشترك هو من قبيل الملكية الشائعة شيوعاً جبرياً في القانونين العراقي والمصري^(٢).

أما القانون المدني العراقي فهو بعد أن نظم الملكية الشائعة بوجه عام، تناول بنصوص خاصة بعض صور الملكية الشائعة، فوضع في المادة ١٠٨١ المبدأ العام للشيوع الجبري ثم نظم ملكية العلو والسفل والحائط المشترك والطريق الخاص المشترك^(٣)، كما يلتزم الشريك في الحائط المشترك بوصفه شيوعاً إجبارياً بالبقاء في حالة الشيوع^(٤).

وكذلك نص المشرع المصري في المادة ٨٥٠ على أن "ليس للشركاء في مال أن يطلبوا

قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع".

(١) د. محمد طه البشير، غني حسون، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ١٣٦.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق ص ٢١٦.

(٣) د. محمد طه البشير، وغنى حسون، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ١٣٤.

(٤) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت،

٢٠٠٦م، ص ١٧٩.

أما عن إثبات الاشتراك في الحائط المشترك فقد خرجت التشريعات محل الدراسة على هذه القاعدة من قواعد الإثبات إذ وضعت قرينة تيسر الإثبات في الحائط المشترك مقتضاها أن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين يعد مشتركاً بينهما حتى مفرقهما، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، فقد نص المشرع العراقي في المادة ١٠٩١ السابقة على أن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين يعد مشتركاً حتى مفرقهما ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك ونجد النص نفسه في المادة ٨١٧ من القانون المدني المصري.

وتعد هذه الأدلة بمثابة قرائن قانونية على اشتراك الجارين في ملكية الحائط الفاصل بينهما ويمكن إثبات عكس ذلك بإثبات اشتراك الجارين بالحائط عن طريق التصرف القانوني أو التقادم ويراد بأدلة عدم الاشتراك تفاصيل البناء التي تدعو إلى الاعتقاد بأن الحائط قد بني من أحد الجارين المجاورين له لأن بناء الحائط الفاصل غير المشترك يتم عادة على نحو يغاير بناء الحائط المشترك، من ذلك أن تبنى قمة الجدار على شكل قلنسوة ذات انحدار وحيد، يتيح سيلان ماء المطر إلى أرض مالكة أو كان يضع فيه بانية من جهة عقاره نتوءات على شكل منقار تعد لحمل جسور البناء في المستقبل^(١).

وقد يثبت الاشتراك في الحائط المشترك بأسباب كثيرة مثل الارتفاق أو الوصية أو التقادم^(٢).

ثالثاً: أحكام الحائط المشترك:

١. استعمال الحائط المشترك:

(١) د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، مصدر سابق ص ٢٤٨.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٢٣٣.

للشريك في المال الشائع أن يستعمل الشيء المشترك، كما أن من حق مالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، فله أن يضع عليه عوارض ليسند إليها سقف بناءه وغيرها بشرط ألا يحمل الحائط فوق طاقته^(١).

وقد تعرضت مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٢١٠ لاستعمال الحائط المشترك بالنص على استعمال الحائط المشترك من قبل الشركاء حيث إذا أراد أحدهما بناء بين في عرضته، فله أن يضع رؤوس جذوعه، لكن إذا وضع عشر أخشاب كان لشريكه أيضاً الحق أن يضع قدرها، وأن يضع ما يتحمل الحائط من أخشاب، ليس له أن يتجاوزها، وإن كان الحائط ركوب لهما بالتساوي وأراد إحداهما أن يزيد في أخشابه فلآخر منعه^(٢).

كما يعد الحائط المشترك بمثابة دعامة وستر للجارين، ولمالكة أن يستعمله بحسب الغرض المخصص لأجله، وعلى ذلك يكون للشريك أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها سقف بناءه بشرط ألا يحمل الحائط فوق طاقته وإلا كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو انقاصه، هذا وللشريك أيضاً أن يحفر في الحائط ليهيئ مكاناً لمدفأته، ونحو ذلك كما أن له أن يسند إلى الحائط ما يشاء من الأمتعة والأثاث شريطة أن يراعي طاقة الحائط وقوة تحمله ويراعي أنه مما يرمى إليه الحائط المشترك هو تسوير أرض الجارين وعزلها عن الجار الآخر، ولذا فإنه يتمتع على الجار أن يفتح مطلاً أو منوراً في الحائط المشترك لأن ذلك يتعارض مع الغرض الذي أعد من أجله^(٣).

هذا ويمكن القول أن المشرع العراقي ساير مجلة الأحكام العدلية وذلك بالنص في المادة ١٠٨٧ من القانون المدني العراقي على: أن "لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشاباً

(١) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٩٩.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق ص ٢١٣.

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق ص ٢١٣.

أو غيرها بقدر ما لشريكة بشرط ألا يتجاوز كل منهما ما يتحمل الحائط، وليس لأحد منهما أن يزيد في ذلك بدون إذن الآخر"، وكذلك نصت المادة ١/٨١٤ من القانون المدني المصري على أن "مالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته".

يتبين من ذلك أن لمالكي الحائط المشترك أن يستعملاه في الغرض المخصص له دون إضرار أحدهما بالآخر، ودون الابتعاد عن الغرض المخصص له، وهذه الأغراض هي^(١):

١. حمل الأسقف.

٢. العوارض.

٣. أن يستر الحائط المشترك ما بين الجارين.

٤. لا يجوز تحمل الحائط المشترك فوق طاقته.

٥. عدم جواز فتح نوافذ أو أبواب في الحائط المشترك.

٢. تعلية الحائط المشترك

لا يجوز للشركاء في الحائط المشترك الزيادة في البناء عليه، أو تعليته دون إذن بقية الشركاء، إلا أنه إذا كان لأحدهما مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك فله ذلك بشرط ألا يلحق ضرراً بليغاً بشركائه، وأن يتحمل نفقات التعلية مع صيانة الحائط وجعله يتحمل العبء الناشئ عن التعلية ومن دون أن يؤثر على قدرته ومثاقته، وللجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلق بشرط أن يدفع نصيبه من نفقات التعلية وقيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة سمك الحائط المشترك، إذا كانت هناك زيادة فقد نص المشرع العراقي في

(١) د. عبد الكريم مبارك سعيد، موجز أحكام القانون المدني، الحقوق العينية، دون دار النشر، ١٩٩٦م، ص

المادة ١٠٨٩ على "١. لا يجوز لأحد الشريكين في الحائط المشترك أن يتصرف بتعلية أو زيادة في البناء بلا إذن الآخر، ٢. ومع ذلك، إذا كان أحد الشريكين مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك فله أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكة ضرراً بليغاً، وعليه وحده أن ينفق على التعلية، وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئة عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركة دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض"^(١).

وهذا يعني أن المشرع العراقي قد أعطى حق التعلية للشريك بشرط ألا يكون من شأن هذه التعلية إلحاق ضرراً بليغاً بالشريك الآخر، فلا يجوز هدم الحائط المشترك لإعادة بناءه إذا كان بناء الشريك الآخر مستنداً إلى الحائط بحيث يترتب على هدمه هدم البناء أو إحداث خلل به، وقد فرق المشرع العراقي بشأن التعلية بين حالتين هما:

الحالة الأولى: حالة ما إذا كان الحائط المشترك صالحاً للتعلية دون حاجة إلى إعادة بنائه، وفي هذه الحالة يتحمل الشريك الذي يريد التعلية وحده نفقات الجزء المعلى مضافاً إليها النفقات التي تستلزمها تعلية السفل أي الجزء المشترك لجعله صالحاً لتحمل الزيادة والعبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد هذا الجزء شيئاً من متانته.

الحالة الثانية: حالة ما إذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فيتطلب الأمر إعادة بناءه من جديد، وفي هذه الحالة تحمل الشريك الذي يريد التعلية جميع نفقات هدم

(١) د. فايز عيدان رحيم، هاشم أحمد محمود، النظام القانوني للحائط المشترك - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٢، المجلد ٢، العدد ٢، الجزء الأول، كانون الأول ٢٠١٧م/ ربيع الأول ١٤٢٩هـ، ص ٢٦٦.

الحائط وإعادة بناءه، وإذا اقتضي الأمر زيادة سك الحائط فتكون الزيادة في الأصل من أرض الشريك الراغب بالتعلية ولا يكون له الحق في مطالبة الشريك الآخر بشيء من ثمن الجزء الذي شغل من أرضه في زيادة سمك الحائط المشترك، فإذا تعذر ذلك وكان لابد من أن يشغل الحائط جزء من أرض الشريك الآخر، التزم الراغب في التعلية بتعويض شريكه عما شغل من أرضه^(١).

وإذا تمت التعلية فإن الجزء غير المُعلّي من الحائط المشترك يظل ملكاً مشتركاً دون أن يكون للشريك الذي قام بالتعلية مطالبة الشريك الآخر بأي تعويض عما زاد في قيمة الحائط بسبب تقويته أو إعادة بنائه، أما الجزء المعلي من الحائط المشترك فيكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعلية من الشركاء فيه إلا أن المشرع المدني العراقي قد أعطى الجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية الحق في الاشتراك في الجزء المعلي من الحائط المشترك إذا هو دفع نصيبه من نفقات التعلية بما فيها ما انفق على السفل لتقويته أو إعادة بناءه وقيمة ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة، حيث نصت المادة ١٠٩٠ من القانون المدني العراقي على أن "للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلي إذا هو دفع نصيبه مما انفق عليه وقيمة ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة"^(٢).

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فلم يرد ففي ضمن الاحكام التي وضعها لتنظيم أحكام الحائط المشترك حكم يمنع أحد الشركاء من التصرف بالتعلية أو زيادة الحائط المشترك بلا إذن الشريك الآخر وإنما أورد توافر شرط المصلحة الجدية في التعلية وعدم إلحاق الضرر

(١) د. فايز عيدان رحيم، هاشم أحمد محمود، النظام القانون للحائط المشترك - دراسة مقارنة، مصدر سابق ص ٢٧٩.

(٢) المرجع نفسه ص ٢٨٠.

بالشريك الآخر نصت المادة ٨١٥ من القانون المصري على "١. للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه، بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته، ٢. فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يعلق ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ويظل الحائط المجدد في الجزء المعلى مشتركاً دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض"، ونجد نفس المضمون في المادة ٦٥٨ التي تنص على "كل شريك في الملكية يمكنه تعلية علو الحائط المشترك لكن يترتب عليه وحده دفع مصاريف التعلية وتصليحات الصيانة التي تتعدى ارتفاع السور المشترك فضلاً عن ذلك يجب عليه منفرداً دفع نفقات الجزء المشترك من الحائط الناتجة عن التعلية"، والمادة ٦٥٩ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على "يحق للجار الذي لم يساهم في تعلية الحائط اكتساب حق الشراكة فيه بدفع نصف المصاريف التي استلزمته، وقيمة نصف مساحة الأرض المقدمة للزيادة في سماكته في حال حصولها"

٣. نفقات الصيانة والإصلاح

يحق لكل شريك إصلاح الحائط المشترك وصيانته كما يحق له مطالبة شريكه بتجديد الحائط إذا تصدع وكاد أن ينقض فإذا رفض، فله القيام بذلك مع الرجوع عليه من بعد بنصيبه في نفقات الهدم وإعادة البناء^(١).

فما الحكم إذا وهن الحائط المشترك وخيف سقوطه وأراد أحد المالكين هدمه وإعادة بنائه

ورفض شريكه ذلك؟

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق ص ٣٢٢.

يجيز المشرع العراقي للراغب أن يعيد البناء بإذن المحكمة والرجوع على المالك الآخر بنصيبه في هذه النفقات وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨٨ على "١. إذا وهى حائط مشترك وخيف سقوطه وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر يجبر الأبى على الهدم، ٢. وإذا انهدم الحائط المشترك وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر يجبر الأبى على البناء ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الأبى بنصيبه من نفقات البناء.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد علق تعلية الحائط المشترك على شرط توافر المصلحة الجدية للمالك على ألا يلحق ضرراً بليغاً بالشريك الآخر أما في حالة الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلى من يرغب بالتعلية أن يقوم بإعادة البناء على نفقته، على أن يبقى الحائط في الجزء المعلي مشتركاً، وذلك النص على ما يأتي:

١. للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه، بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته.

٢. فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يعلق ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في الجزء المعلي مشتركاً دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض^(١).

وبالنسبة للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية له الحق في أن يصبح شريكاً في الجزء المعلى بشرط أن يدفع ما أنفقته شريكة في التعلية، ونصف قيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة

(١) د. فايز عيدان رحيم، هاشم أحمد محمود، النظام القانون للحائط المشترك - دراسة مقارنة، مصدر سابق ص

السك في حالة وجود زيادة، حيث نصت المادة ٨١٦ من القانون المدني المصري "للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء الممل إذا هو دفع ما انفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السك إذا كانت هناك زيادة"، بينما تنص المادة ٦٦٠ من القانون المدني الفرنسي على أن "يجوز للجار الذي لم يساهم في تعلية الحائط اكتساب حق الشراكة فيه بدفع نصف المصاريف التي استلزمها وقيمة نصف مساحة الأرض المقدمة للزيادة في سماكته في حال حصولها...".

رابعاً: الحائط الفاصل غير المشترك:

إن لم يكن الحائط الفاصل بين الجارين مشتركاً فإنه يكون ملكاً لأحد الجارين، ويطلق على الحائط غير المشترك الحائط الفاصل، وهو ذلك الحائط الذي يفصل بين ملكين، ويكون ملكاً لأحد الجارين.

فلو أقام المالك حائطاً يفصل بين ملكه وملك جاره داخل حدود عقاره وبنفقاته الخاصة، فإن له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه مادياً وقانونياً دون منازع له، كما لا يجوز للجار إجبار جاره على بناء حائط منفصل خاص به وهذا ما نصت عليه المادة ٨١٨ من القانون المدني المصري "ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦"، ونجد المضمون نفسه في المادة ١/١٠٩٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على "لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة ١٠٩٠"، والملاحظ من النصوص السابقة أنها تقرر بشأن الحائط المنفصل غير المشترك عدة أحكام وهي:

- أنه ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه: أي أنه للجار الذي يريد تحويط ملكه بجدار منفصل عن جاره فله أن يفعل ذلك إن أراد، ولا يحق لجاره أن يجبره على فعل ذلك، ولا أن يجبره أيضًا على مشاركته في جدار أراد بناءه للفصل بين الملكين، فإذا بنى حائطاً فاصلاً بينه وبين جاره بناءً على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات، وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط وبترميمه إذا اقتضى الأمر ذلك^(١).

وقد جاء هذا النص مخالفاً لما يقضي به القانون المدني الفرنسي من جواز إلزام الجار لجاره بتحويط ملكه بالمساهمة في بناء الحائط الفاصل بينهما أو إصلاحه ، وهو ما نصت عليه المادة ٦٦٣ بأنه "يحق لكل شخص إرغام جاره في المدن والضواحي على الاسهام في بناء وتصليح السور الفاصل بين منزليهما والباحات والحدائق الكائنة في المدن والضواحي..."

- ليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً لهذا الجار: إذ أنه لا يجوز للجار أن يلزم جاره على المشاركة في الحائط الفاصل الذي بناه على نفقته، كذلك لا يجوز أيضاً للجار الآخر أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها^(٢)، وهذا ما أكدت عليه المادة ٨١٨ من القانون المدني المصري التي تنص على عبارة "على أن يعطيه جزءاً من حائطه من الأرض القائم عليها الحائط"، والحالة المذكورة في المادة ٨١٦ من القانون المدني المصري والمادة ١/١٠٩٢ من القانون المدني العراقي هي حالة ما إذا

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٠٠٣.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ص ٨٠.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٠٠٤ - ١٠٠٥.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ص ٨٠.

قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته فإنه يجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلي، ويصبح الحائط مشتركاً بينهما ولكن يشترط أن يكون الحائط مشتركاً منذ البداية فإن كان الحائط غير مشترك فلا يجوز للجار أن يطلب من جاره المشاركة في الجزء المعلي^(١).

- لا يجوز للجار دون عذر قوي أن يهدم الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً له إذا كان جاره مستترّاً به: إذا كان هناك حائط فاصل غير مشترك مملوك لأحد الجارين ملكاً خالصاً، فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه، فإنه يملك بقوة القانون أن ينعه من هدم هذا الحائط الذي يستتر به إذا لم يكن هناك عذر قوي لهدمه، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٠٩٢ من القانون المدني العراقي "ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"، والنص نفسه في المادة ٢/٨١٨ من القانون المدني المصري وذلك تطبيق واضح لنظرية التعسف في استعمال الحق^(٢).

الفرع الثاني

ملكية السفل والعلو

تقوم ملكية العلو والسفل على أساس أن كل مالك يملك طابقاً علواً أو سفلاً، ملكية خالصة، أرضاً وسقفاً وجدراناً وابواباً ونوافذ، فمالك العلو أو السفل يملكه بجميع أجزائه حتى الاجزاء المعدة للاستعمال المشترك مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك^(٣).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٠٠٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مصدر سابق ص ٦٥.

(٣) د. منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الثالث، ص ٨٧.

وأنظر أيضاً: د. شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ١٩٠ - ١٩١.

فملكية العلو او السفل التي يحتويها البناء غير مشاعة بين ملاك الطبقات المتعددة، وإن كان من الجائز ان يكون الطابق مملوكاً على الشيوع لملاك متعددين، وحيث أن كل مالك يملك على وجه الاستقلال علوه أو سفله، فيكون له ما للمالك في الملكية التامة المفردة من حقوق، فله أن يستعمله بنفسه أو أن يستغله بتأجيريه، وله ان يتصرف فيه ببيع أو هبة أو رهن أو وصية أو بغير ذلك من أنواع التصرفات دون أن يتوقف ذلك على إذن أو اجازة من الملاك الآخرين، وله أن يجري في ملكية ما شاء من تعديل او تحسين، وكما ان كل طابق ينقسم إليه البناء يكون مملوكاً ملكية مستقلة لأحد الاشخاص فيكون له وحدة ما للملاك من حقوق، فإن عليه وحده يقع عبء ما يقتضيه ملكه من نفقات، فحق كل مالك هو حق الملكية التامة المفردة ولكن يتعلق بها حق الغير، ذلك أن الوضع الخاص الذي يربط بين العلو والسفل فيجعل أحدهما يتأثر بما يجري في الآخر يقتضي فرض قيود والتزامات على ملكية صاحب العلو وصاحب السفل لصالح الآخر، وتتفرع هذه الالتزامات من حق القرار الدائم للعلو على السفل المعروف في الفقه الاسلامي ومجلة الاحكام العدلية^(١)، وقد أخذ القانون المدني العراقي هذه الالتزامات عن المجلة^(٢).

أولاً: التزامات صاحب السفل:

١. القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو:

فالالتزام الأول الذي يلتزم به صاحب السفل هو أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو كصيانة السقف وترميمه أو صيانة الاعمدة التي تحمله، وهذه الأعمال

(١) الشيخ د. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص ١١٣.

(٢) المادتين ١١٩٢، ١٣١٥ من المجلة.

والترميمات التي يلتزم بها صاحب السفل هي الاعمال الخاصة بالسفل نفسه، فلا يلتزم صاحب السفل بإجراء اي عمل في العلو نفسه لمنع سقوطه.

وإذا أخل صاحب السفل بالتزامه هذا وترتب على ذلك تعديد بسلامة العلو، جاز لصاحب العلو أن يقوم بذلك بإذن من صاحب السفل أو بإذن من القضاء على نفقة صاحب السفل. ولصاحب العلو أن يرجع على صاحب السفل بما أنفقه بالقدر المعروف ولصاحب العلو كذلك أن يقوم بهذه الاعمال ولو بدون استئذان المحكمة أو صاحب السفل، ولكنه في هذه الحالة لا يستطيع الرجوع على صاحب السفل إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع. ويكون لصاحب العلو لاسترداد ما أنفقه من مصروفات الحق في حبس السفل عن صاحبه حتى يستوفي حقه إذا كانت الترميمات قد اقتضت اخلاء السفل وتسليمه لصاحب العلو، كما يجوز لصاحب العلو ان يحقل على اذن من القضاء في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه وهذا ما نصت عليه المادة ٨٥٩ من القانون المدني المصري التي نصت على "١. على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، ٢. فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، ويجوز في كل حال للقاضي الأمر المتعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة، ونجد المضمون نفسه في المادة ١٠٨٥ من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "١. اذا انهدم السفل أو احتاج إلى ترميم فعلي صاحبه بناؤه أو ترميمه فإن امتنع وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف وأن عمره بلا إذن فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع، ٢. ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته"، وهذا الحكم الذي يتفق مع القواعد المقررة في مجلة الاحكام العدلية، والذي يجيز لصاحب العلو ان يطلب من القضاء الامر ببيع

السفل لمن يشتريه ويقوم بترميمه في حالة امتناع صاحبه عن القيام بالأعمال اللازمة لمنع سقوط العلو^(١).

٢. إعادة بناء السفل إذا انهدم:

أما الالتزام الثاني الذي يلتزم به صاحب السفل، فهو التزامه بإعادة بناء السفل إذا انهدم، ويفرق القانون المدني العراقي في مسألة انهزام السفل بين حالتين:

الحالة الأولى: أن ينهدم السفل بفعل من صاحبه حسب نص المادة ١٠٨٤ من القانون المدني العراقي، ففي هذه الحالة يجبر صاحب السفل على إعادة بنائه لتعديده لأن الهدم قد اتلف العلو الملحق بملكه، فيلزمه الضمان كما يلزم في حالة ائتلاف ملك الغير.

الحالة الثانية: أن ينهدم السفل بدون تعد من صاحبه حسب نص المادة ١٠٨٥ من القانون المدني العراقي، كأن يحترق أو يسقط بسبب وهن أو زلزال، ففي هذه الحالة يلتزم صاحب السفل كذلك بإعادة بنائه، فإن امتنع وعمره صاحب العلو بأذن من صاحب السفل أو بأذن من المحكمة فإنه يرجع عليه بما انفقته بالقدر المعروف، وإن عمره بلا اذن فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع، ولصاحب العلو في سبيل استيفاء ما انفق، أن يحبس السفل في يده، ويجوز له ايضاً أن يحصل على أذن من المحكمة في إيجار أسفل أو سكناه استيفاء لحقه.

والمفروض حتى ينشأ التزام صاحب السفل بإعادة بنائه، أن يكون السفل قد انهدم فعلاً. أما إذا كان السفل يهدد بالانهزام دون أن ينهدم بالفعل، فلا يجوز لصاحب العلو أن يطالب هدم

(١) د. محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ص ٦٨.

البناء وإعادة بناء السفل بدعوى ان السفل آيل للانهدام، ولكن يكون له في هذه الحالة ان يلجأ إلى السلطة الادارية المختصة لتأمر بهدم السفل، ثم يطالب بإعادة بنائه^(١).

ونرى أن تمييز المشرع العراقي في انهدام السفل بين ما إذا كان هذا الانهدام بتعد من صاحب السفل أو بدون تعد منه أمر محل نظر سواء من حيث النتيجة أو من حيث رجوع صاحب العلو على صاحب السفل بما انفق في إعادة البناء، وإذا كان المشرع قد اقتبس التمييز بين حالتي الانهدام من المجلة، فإنه قد خالفها في حكم الحالة الثانية، فالمجلة لم تجز في حالة انهدام السفل بدون تعد من صاحبه اجباره على إعادة بنائه، فالقاعدة في الفقه الاسلامي هي أنه لا يجوز اجبار احد على عمارة ملكه، ولم يكن من صاحب السفل في هذه الحالة تعد على حق صاحب العلو، وكان من الأفضل أن يقرر المشرع العراقي الزام صاحب السفل بإعادة بنائه إذا انهدم سواء كان الانهدام بفعل منه او بدون فعل منه، لأن لصاحب العلو حق القرار على السفل ولا سبيل لاستعمال هذا الحق إلا إذا أعيد بناء السفل.

أما في التشريع المصري نجد المادة ١/٨٦٠ قد نصت على "إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه"، ومن ثم نجد أنه اقتصر بالزام صاحب السفل بإعادة البناء في حالة انهدام البناء فقط.

٣. ألا يحدث صاحب السفل في سفله ما يضر بالعلو:

اما الالتزام الثالث الذي يلتزم به صاحب السفل فهو انه لا يجوز له أن يحدث فيه ما يضر بالعلو، لما انه إذا انهدم السفل وأعاد صاحبه بناءه فإنه يجوز له أن يزيد في ارتفاع سفله بما لا يضر صاحب العلو، مع مراعاة القوانين الخاصة بالبناء، وهذا ما نصت عليه المادة

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٦١٨.

٢/١٠٨٦ من القانون المدني العراقي "لا يجوز لذي السفلى أن يحدث فيه ما يضر بالعلو وإذا انهدم السفلى وأعادها صاحبه جاز له أن يزيد في ارتفاعه بما لا يضر صاحب العلو مع مراعاة القوانين الخاصة بالبناء"^(١).

ثانيًا: التزامات صاحب العلو

النص الوحيد الذي تناول فيه المشرع المصري التزامات صاحب العلو في المادة ٨٦١ من القانون المدني المصري التي نصت على أن "لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل"، أما التشريع العراقي فأيضًا المادة الوحيدة التي تناولت التزامات صاحب العلو هي المادة ١/١٠٨٦ من القانون المدني العراقي التي نصت على أن "لا يجوز لذي العلو أن يبني في علوه بناءً جديدًا ولا أن يزيد في ارتفاعه بغير إذن من صاحب السفلى إلا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير إذن".

وبتبيين من هذا النص أن الالتزام الرئيس الذي يلتزم به صاحب العلو هو عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء ببناء جديد إذا كان من شأن ذلك الإضرار بالسفل، ذلك أنه لما كان للعلو حق القرار على السفلى فليس لصاحب العلو بدون إذن صاحب السفلى أن يزيد في عبء هذا الحق، فليس له أن يبني في علوه بناءً جديدًا أو يبني عليه طابقًا ثالثًا إذا كان ذلك يضر بالسفل، أما إذا لم يكن من شأن هذه الزيادة الإضرار بالسفل، فلصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه إلى الحد الذي يريده بدون إذن من صاحب السفلى، مع مراعاة قوانين وانظمة البناء، وإلا يكون في سندات الملك ما يقضي بعدم مجاوزة صاحب العلو حدًا معينًا^(٢)، وليس لصاحب العلو بوجه عام أن يأتي عملاً يضر بالسفل، فلا يجوز له مثلاً أن يحمل سقف السفلى بأشياء ثقيلة تتجاوز

(١) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مصدر سابق ص ١٠٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق ص ٦٢١.

طاقته^(١)، وإلى جانب هذا الالتزام السلبي الذي يلتزم بمقتضاه صاحب العلو بالامتناع عن كل ما يضر بالسفل، هناك التزام إيجابي يقع على عاتق صاحب العلو يجب عليه بمقتضاه أن يقوم بصيانتة وترميم أرضية علوه لمنع حدوث الضرر يقف السفل.

(١) المصدر السابق ، ص ٦٢١.

الفصل الثالث

أثر حسن النية في مسائل الحقوق

العينية التبعية

الفصل الثالث

أثر حسن النية في مسائل الحقوق العينية التبعية

مقدمة:

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساس في القوانين المدنية، وقد نصت الكثير من القوانين على مبدأ حسن النية فحرمت كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية، وحيث أنه في كثير من العقود التي يبرمها الناس بينهم في المعاملات المالية أو التجارية، يتم النص على التزام طرفي العقد بتنفيذه بكل حسن نية، وأنه في حال عدم النص عليه، يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في تنفيذ العقود إلى ما يخالف القانون.

وكما انه الأصل في العقد هو شريعة المتعاقدين فإن مبدأ حسن النية يعد عنصراً أساساً من عناصر هذه القاعدة فحسن النية هو تعبير عن المحافظة على الثقة والصدق في التعامل ويستلزم الأمانة والاخلاص والنزاهة في تنفيذ الالتزامات المترتبة على كل طرف أطراف العقد، ويعد اللجوء إلى مثل هذا المبدأ قد يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية.

المبحث الأول

آثر حسن النية في الرهن الحيازي والتأميني

يعد الرهن الحيازي والتأميني من الحقوق التي نصت عليها القوانين المقارنة ، ومن خلال هذا المبحث نسلط الضوء على اثر حسن النية في الرهن الحيازي في مطلب اول ونبين في المطلب الثاني اثر حسن النية في الرهن التأميني.

المطلب الأول

آثر حسن النية في الرهن الحيازي

ينشأ الرهن الحيازي من عقد بين الراهن والمرتهن، ويشترط فيه أن يكون العقد مستوفياً لشروطه وأركانه، والصفة المميزة له على سائر الحقوق العينية التي ينفرد بها هو انتقال الحيازة من يد الرهن إلى يد المرتهن، وهذا الانتقال هو الذي ينشئ حق الحيازة.

الفرع الأول

مفهوم الرهن الحيازي، وأهم خصائصه

نتعرف بمفهوم الرهن الحيازي بفقرتين نبحت في الاولى تعريف الرهن الحيازي اما الثانية فسنبين فيها اهم خصائصه .

أولاً: تعريف الرهن الحيازي

فقد عرف المشرع العراقي الرهن الحيازي في المادة ١٣٢١ من القانون المدني بأنه: "عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفائه منه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال".

وعرفه المشرع المصري في القانون المدني بنص المادة ١٠٩٦ على أنه "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائم حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"^(١).

ويلاحظ أن مقابل الرهن الحيازي في التشريع الفرنسي يسمى Nantissement فإذا ورد على عقار يسمى antichrèse وإذا ورد على منقول يسمى Gage تنص المادة ٢٠٢٧ مدني فرنسي: «Le Nantissement d'une chose mobilières'appelle gage, celui d'une chose immobilières'appelle antichrèse »

ويلاحظ أن تعريف المشرعين العراقي والمصري قد عدا الرهن الحيازي من التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد حصراً، إلا أن المشرع المصري عد الرهن الحيازي عقداً رضائياً، وتسليم المرهون فيه التزاماً في ذمة الراهن وليس ركناً في العقد، ويستطيع المرتهن مطالبة الراهن بتسليم الشيء المرهون وإلزامه به، فحق الرهن ينشأ بمجرد الاتفاق ويكون سارياً في حق المتعاقدين الراهن والمرتهن^(٢).

إلا أنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا بالحيازة أي قبض الشيء المرهون من قبل الدائن المرتهن أو شخص آخر يتفقان عليه، جاء ذلك بنص المادة ١١٠٩ من القانون المدني المصري "يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان".

أما إذا ورد الرهن الحيازي على عقار فإنه فضلاً عن انتقال الحيازة يشترط أن يقيد في الشهر العقاري حتى يكون نافذاً في حق الغير، جاء ذلك في المادة ١١١٤ من القانون المدني المصري، والمادة ١٢ من قانون الشهر العقاري المصري.

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢١٣.

(٢) د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م،

فالمشرع المصري لا يعد الرهن الحيازي عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم بل هو عقد رضائي والتسليم أو الحيازة يعد واحداً من آثاره ليكون نافذاً في حق الغير.

أما المشرع العراقي فعلى الرغم من مبارحته دائرة العقود العينية التي تعد القبض أو الحيازة ركناً في العقد لا يقوم العقد ولا ينعقد إلا بالتسليم، بحسب ما جاء بتعريفه للرهن الحيازي في المادة ١٣٢١ المذكورة آنفاً، إلا أنه يمكن القول بأنه من العقود الرضائية والتسليم فيه مجرد التزام في ذمة الراهن، فالشرط التي وضعته المادة ١٣٢٢ من القانون المدني العراقي المذكورة آنفاً ليكون الرهن الحيازي تاماً ولازمًا على الراهن أن يتم التسليم للشيء المرهون قد أخرجته من دائرة العقود الرضائية التي تتعقد بالإيجاب والقبول من دون التسليم والتسليم مجرد التزام في ذمة الراهن لا ركن في العقد. ويبدو أن عقد الرهن الحيازي عند المشرع العراقي قد توسط المسافة بين العقود العينية والعقود الرضائية.

ثانياً: خصائص الرهن الحيازي

الرهن الحيازي حق عيني يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الشيء المرهون يخوله حبس المرهون وأن يستوفى حقه من ثمنه بالأفضلية على سائر الدائنين الاعتياديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وهو في عقود الضمان الذي يأتي بعد الرهن التأميني في التعامل به كوسيلة ضمان لما يتمتع به من خصائص مهمة، وهي:

١. لا ينشأ الرهن الحيازي إلا عن عقد يتم بإرادة المتعاقدين الراهن والمرتهن، وسواء كان الراهن هو المدين أو شخص آخر يقدم منقولاً أو عقاراً ضماناً لدين غيره ويسمى كفيلاً عينياً، فهو لا ينشأ لا بحكم القانون ولا بحكم قضائي، وإنما تكون إرادة المتعاقدين حرة في إنشائه.

وهو من العقود الرضائية في القانون المصري ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وتسليم الشيء المرهون ما هو إلا التزام في ذمة الراهن وأثر من آثار العقد وليس ركناً لانعقاده، ويكون نافذاً في

حق المتعاقدين حتى قبل التسليم، أما في القانون المدني العراقي فإن التسليم ليس أثراً من آثار العقد وإنما هو شرطٌ لتمامه ولزومه على الرهن^(١)، وهو في القانون الفرنسي يعد عقداً عينياً يشترط لانعقاده أن يتم تسليم العقار المرهون للدائن طيلة مدة العقد.

٢. الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين، إذ يولد التزامات متبادلة في ذمة الراهن بضمان سلامة الراهن، وفي القانون المصري يلتزم بتسليم العين المرهون عقاراً كان أم منقولاً إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه يسمى عدلاً، والتزامات في ذمة المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته^(٢).

٣. إنه يرد على العقار والمنقول الذي يصح التعامل فيه ويمكن بيعه بالمزاد العلني^(٣).

٤. إنه من العقود التبعية الذي لا ينشأ مستقلاً بذاته إنما هو تابع لالتزام أصلي يرتبط به من حيث وجوده وصحته وبطلانه وانقضائه^(٤).

٥. يفترض فيه نقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن، لذا سمي بالرهن الحيازي ليكون وسيلة فعالة للدائن يطمئن بالحيازة في حصوله على حقه خاصةً إذا كان الشيء المرهون من المنقولات ولإعلام الغير بحصول الرهن الحيازي والاحتجاج عليهم كدائن مرتهن بما له من حقوق قبل المدين^(٥).

٦. الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة، وقد نصت المادة ١٣٣٢ / ١ من القانون المدني العراقي "كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون"، وذات

(١) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف - الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣م، ص ٣٠٥.

(٢) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراة في الحقوق - جامعة أسيوط، ١٩٩٧م، ص ١١٥.

(٣) المادة ١٣٢٨ من القانون المدني العراقي.

(٤) د. محمود عبد الرحيم الديب، أحكام استثمار المال المرهون في القانون المدني، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٦.

(٥) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، متاح على الموقع الالكتروني:

WWW.pdfactory.com ص ٣٤٢.

المضمون ورد في القانون المصري في المادة ١٠٩٨ والمادة ١٠٤١ من القانون المدني المصري^(١)، وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن وخصائصه لا من مستلزماته، فيجوز للراهن والمرتهن الاتفاق على خلاف ذلك كأن يتفقان إذا قضى الراهن جزء من الدين يقوم المرتهن بتسليم الراهن بعض من المرهون^(٢).

٧. يخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون منقولاً كان أم عقاراً حتى يستوفى الدائن حقه^(٣).

٨. إنه حق عيني يعطي للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع، فيستوفى حقه من ثمن الشيء المرهون متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة، وله حق تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه^(٤).

الفرع الثاني

أثار الرهن الحيازي

إذا تم إبرام عقد الرهن الحيازي ترتب على ذلك العقد التزامات على الراهن وله حقوق على ماله المرهون:

أولاً: التزامات وحقوق الراهن:

١. الالتزام بإنشاء حق الرهن الحيازي:

(١) نقض فرنسي ٢٨ أبريل ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ٢١٩.

د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٧٤٤.

(٢) المصدر السابق، ص ٧٤٥.

(٣) المصدر السابق، ص ٧٤٦.

(٤) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١١٦.

يلتزم الراهن وبمجرد إبرام عقد الرهن الحيازي بإنشاء حق الرهن الحيازي على المال المرهون، وهذا الحق هو حق عيني للدائن المرتهن يخوله سلطة مباشرة على الشيء المرهون، فيجوز له حبس الشيء المرهون لحين استيفاء حقه ويخوله حق التقدم على الدائنين الاعتياديين، والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استحصال حقه من ثمن الشيء المرهون ويعطيه حق تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون^(١).

ولا يستطيع الراهن إنشاء حق الرهن الحيازي ما لم يكن مالكا للشيء المرهون، فإذا كان مالكا للشيء المرهون وكان الشيء المرهون معينا بالذات فإن حق الرهن الحيازي يتحقق من تلقاء نفسه على الشيء المرهون دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل وهذا ما ورد في مضمون المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري^(٢)، أما إذا كان الراهن لا يملك الشيء المرهون فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال، وينقلب الرهن صحيحاً إذا أقر ذلك الغير الرهن أو أن الراهن تملك الشيء المرهون، أما الرهن الواقع على مال مستقبل لم يعين بعد فإن رهن الحيازة يقع باطلاً لعدم تعيين المال، وبطلان الرهن الواقع على المال المستقبل ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ من القانون المدني المصري^(٣).

هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الراهن هو في التشريع المصري أما في التشريع العراقي فلا وجود لهذا الالتزام لأن قبض المرهون لا يتم إلا بموافقة الراهن وإرادته وأن إبرام عقد الرهن الحيازي بين الراهن والدائن المرتهن لا يكون تاماً ولازماً على الراهن إلا بالقبض^(٤).

(١) د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ١٢٦.

(٢) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٢٧.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧٨٤.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٢١.

(٤) المادة ١/١٣٢١ من القانون المدني العراقي.

٢. الالتزام بتسليم الشيء المرهون :

تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان هو التزام على عاتق الراهن في التشريع المصري وقد نصت على ذلك المادة ١٠٩٩ "١. على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه، ٢. ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع"^(١).

وقد توالى اجتهادات محكمة النقض الفرنسية لتشدد على عينيته وأنه لا يتم إلا بالتسليم حتى أصبح هذا المفهوم اعتقاداً حقوقياً لا يجوز المساس به. غير أن جانباً من الفقه الفرنسي المعاصر بدأ يتجراً ويتساءل عن جدوى عينية عقد الرهن في الوقت المعاصر على أساس أنه في الوقت الذي صدر فيه القانون المدني الفرنسي لم تكن الأموال المنقولة معتبرة ذات قيم كبيرة، فلم يعدّ المشرع تقديم تلك الأموال رهناً لضمان الدين على أنه تأمين على درجة من الأهمية بالمقارنة مع التأمين العقاري، فاشتراط فيها التسليم.

وقد أصبح التسليم التزاماً في ذمة الراهن لا ركناً في العقد وقبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العيني في التشريع المصري، وقبل التسليم يكون حق الرهن الحيازي نافذة فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة لحقه كدائن مرتهن لا كدائن اعتيادي لكنه لا يكون له حق التقدم على الدائنين الآخرين أو تتبع المال المرهون لأن الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير قبل التسليم^(٢).

وتسري أحكام العين المبيعة على العين المرهونة من حيث زمان التسليم ومكانه وكيفية التسليم، ويتم التسليم على النحو الذي يتفق وطبيعة الشيء المرهون، فإذا كان المرهون من الأشياء المادية فيكون

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٣٨.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧٨٤.

التسليم حقيقياً أو رمزياً كتسليم سند الشحن أما إذا كان المرهون من الأشياء غير المادية كالديون فيتم تسليم سنداتهما^(١).

وجزاء إخلال الراهن بالتزامه بتسليم الشيء المرهون لا يترتب عليه بطلان الرهن الحيازي، ويكون للدائن في التشريع المصري مجموعة خيارات فإما أن يطالب الراهن بالتنفيذ العيني بتسليم المرهون أو أن ينفذ على العين المرهونة إذا كانت العين المرهونة في حيازة الراهن أما إذا خرجت من حيازته فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبعها في يد الغير وله أيضاً أن يطلب إسقاط أجل الدين وأن يستوفى دينه فوراً^(٢).

وهكذا التزم لا يكون ملزماً على الراهن في التشريع العراقي بمجرد إبرام عقد الرهن الحيازي فلا يجبر الراهن على التسليم ولا يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على المرهون قبل التسليم كما هو وارد في التشريع المصري لأن الرهن الحيازي لا يتم في التشريع العراقي ولا يكون لازماً إلا بالتسليم، ويستطيع الراهن العدول عن عقد الرهن الحيازي قبل التسليم.

٣. الالتزام بضمان سلامة الرهن

نصت المادة ١٣٣٥ من القانون المدني العراقي على ان "يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة المرهون أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه"، ونصت المادة ١١٠١ من القانون المدني المصري بذات المضمون وأضافت إليه "... وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون"، وأضافت إلى سلامة الرهن نفاذه، أي يكون نافذاً في حق الغير من خلال القيام بكافة الإجراءات والشروط

(١) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٢٩.

(٢) د. فايز أحمد عبد الرحمن، المصدر السابق ص ١٢٩.

اللازمة لنفاذ الرهن وذلك بحسب طبيعة الشيء المرهون^(١)، الراهن يلتزم بضمان كل تعرض يمس سلامة الرهن الذي يؤثر في حقوق الدائن المرتهن وسواء كان التعرض قانونياً أم مادياً^(٢).

فيلتزم بالامتناع عن التعرض الشخصي المادي أو القانوني كأن يعرقل استعمال المرتهن للمرهون وإدارته واستغلاله ولم يرتكب الأخير تقصيراً في ذلك^(٣)، أو أن يأتي بعمل ينقص من قيمة الشيء المرهون، وإذا قام الراهن بأي عمل من شأنه أن يعرض سلامة الشيء المرهون للخطر، فإنه يحق للدائن المرتهن أن يتخذ على نفقة الراهن كافة الوسائل التي من شأنها المحافظة على الشيء المرهون^(٤).

كذلك يلتزم الراهن بدفع أي تعرض قانوني يصدر من الغير، كأن يدعي الغير أن له حقاً عينياً مقيداً قبل حق الدائن المرتهن، أو إذا ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون، وكان الدائن المرتهن لا يعلم بوجود حق الارتفاق فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء الصادر من الغير، ويكون الراهن ضامناً للضرر الذي من شأنه أن ينتقص من حق الدائن المرتهن^(٥).

أما التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه الراهن ويكون للدائن المرتهن الحق أن يدفع هذا التعرض المادي بنفسه ودون وساطة الراهن، وللدائن المرتهن أن يطلب من المحكمة وقف الأعمال التي تضر بسلامة الرهن وتجعله غير كاف للضمان واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر^(٦).

ويلاحظ أن ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه للحفاظ على حق الدائن المرتهن هو شبيه بضمان البائع للتعرض الشخصي والتعرض الصادر من الغير^(٧).

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٤٠.

(٢) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، دراسة مقارنة، مصدر سابق ص ٣٤٧.

(٣) د. د. أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٦٨م، ص ٣٧٤.

(٤) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣.

(٥) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٦) المادة ١٢٩٦ من القانون المدني العراقي.

(٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٠٠.

٤. ضمان الراهن هلاك المرهون

نصت المادة ١٣٣٦ من القانون المدني العراقي على أنه "١. إذا هلك المرهون رهناً حيازياً أو تعيب قضاء وقدرًا كان هلاكه أو تعيبه على الراهن ويتبع في تخيير المدين أو الدائن إذا هلك المرهون قضاءً وقدرًا أو بخطأ الراهن أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة ١٢٩٧، ٢. وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة ١٢٩٨".

والمضمون نفسه نجده في المادة ١١٠٢ من القانون المدني المصري التي نصت على أن "١. يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة، ٢. وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق"^(١).

وقد فرق المشرع بين حالتين حالة أن يكون الهلاك أو التعيب أو التلف بخطأ الراهن، فأعطى الدائن المرتهن الخيار بين أن يقدم الراهن تأميناً كافياً أو يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وهذه المراجعة للدائن المرتهن سببه أن الهلاك أو التلف كان سببه خطأ الراهن فأعطى الخيار للدائن المرتهن^(٢)، وحالة أن يكون الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه وقد حصل قضاء وقدرًا، وكان الخيار للراهن بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وهذا في حالة عدم قبول الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تأمين^(٣).

أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن وهذا قد يحدث لأن الشيء المرهون في حيازته فلا يحق له أن يطلب من الراهن أن يقدم تأميناً كافياً لأن التلف أو الهلاك حصل بخطئه هو، بل عليه أن يدفع تعويضاً للراهن عما أتلّفه بخطئه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويحل هذا التعويض محل ما

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٠١.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٨٠٤.

(٣) المادة ١٢٩٧ من القانون المدني العراقي.

هلك أو تلف من الشيء المرهون ويصبح مرهوناً في دين الدائن المرتهن، فهو يحل محل الشيء المرهون كما هو الحال في الحلول العيني^(١).

كما أن للراهن في الرهن الحيازي حقاً مدينياً كان أو كفيلاً عينياً كونه مالاً وله الحق في ممارسة سلطات المالك بما لا يتعارض مع حق الدائن المرتهن وهناك سلطات يتعذر عليه ممارستها كحق الاستعمال والاستغلال فإنها معطلة من الناحية الفعلية بسبب انتقال الحياة من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه^(٢).

١. حق الراهن في ممارسة سلطات المالك

إن ملكية الشيء المرهون تظل للراهن، فيحق له أن يباشر سلطاته القانونية كالهبة والوصية أو ترتيب أي حق عيني آخر تالياً لحق الرهن الحيازي لطالما هذا التصرف لا ينقص من حق الدائن المرتهن ولا يمس سلامة الرهن^(٣).

وقد أجازت المادة ١٣٥٣ من القانون المدني العراقي للراهن إذا ما عرضت عليه صفقة مربحة لبيع الشيء المرهون أن يطلب اذنًا من المحكمة ببيع المرهون ولو قبل حلول أجل الدين التي نصها "يجوز للراهن إذا عرضت عليه فرصة لبيع الشيء المرهون، وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب اذن المحكمة في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، وتحدد المحكمة عند الإذن شروط البيع وتفصل في أمر إيداع الثمن"، والنص ذاته ورد في المادة ١١٢٠ من القانون المدني المصري^(٤).

فالمشرع كان حريصاً على أن لا يعطل سلطات الراهن في بيع المرهون كونه مالاً لمحل الرهن وأنه ضمن حق الدائن المرتهن بالحلول العيني للرهن من الشيء المرهون إلى ثمنه المودع، أما

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٠٤.

(٢) د. جميل الشرقاوي، دروس التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٧٦م، ص ٣٤٣.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٤٣.

(٤) د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، مصدر سابق ص ٤٣٣.

التصرفات المادية التي يحصل فيها الاستهلاك أو الإلتلاف فيمتنع على الراهن القيام بها، وللراهن أن يمارس حقه في التصرفات المادية أو القانونية مادامت هذه التصرفات لا تفضي إلى إلحاق الضرر بالدائن المرتهن^(١).

٢. حق الراهن في استرداد المرهون أو وضعه بيد عدل:

إن الشيء المرهون في حياة الدائن المرتهن يقع عليه التزام بأن يبذل في إدارته من الغاية ما يبذله الرجل المعتاد، فإذا أدار المرهون إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً كان للراهن أن يطلب وضعه بيد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

وإذا كان المرهون مهدداً بأن يصيبه هلاك أو نقص في قيمته، فالقانون أوجب على المرتهن أن يعلن الراهن بذلك وإلا فإنه يتحمل المسؤولية وفي حالة إعلان الراهن بهذا الهلاك أو النقص أو التلف يحق للراهن أن يسترد المرهون إذا قدم للمرتهن تأمينا آخر وإذا لم يفعل جاز للمرتهن أن يطلب من المحكمة بيع المرهون وإبقاء ثمنه رهناً في يده، والمضمون ذاته ورد في المادة ١١١٩ من القانون المدني المصري^(٢).

ثانياً: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الدائن المرتهن

يقع على عاتق الدائن المرتهن التزامات ناتجة عن حيازته للشيء المرهون، أما إذا كانت الحيازة بيد عدل يتفقان عليه الراهن والمرتهن، فهذه الالتزامات لا تكون على الدائن المرتهن وإنما على العدل إذا ما تسلم الشيء المرهون^(٣).

(١) د. جميل الشرقاوي، دروس التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، مصدر سابق ص ٣٤٣.

(٢) د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، مصدر سابق ص ٤٣٣.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٤٤.

١. الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون:

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٨ من القانون المدني العراقي "على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهناً حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وأن يدفع ما عليه من ضرائب وتكاليف على أن يرجع بذلك على الراهن وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه"، ونجد المضمون نفسه في المادة ١١٠٣ من القانون المدني المصري^(١).

الدائن المرتهن إذا تسلم الشيء المرهون يكون مسؤولاً عن حفظه وصيانته ويلتزم أن يبذل في المحافظة عليه ما يبذله الشخص المعتاد أي الشخص العادي، والالتزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، والمعيار هنا معيار موضوعي لا معيار شخصي، وتقدير ذلك متروك للمحكمة المختصة وذلك لأن مضمون هذا الالتزام يختلف بحسب محل الرهن ما إذا كان عقاراً أو منقولاً مادياً أو معنوياً وبحسب الظروف^(٢)، وليس هناك ما يمنع الاتفاق على جعل المرتهن مسؤولاً عن الهلاك أو التلف وعند ذلك يكون التزام الدائن المرتهن بتحقيق غاية^(٣).

ومسؤولية الدائن المرتهن في هذا الالتزام هي مسؤولية تعاقدية، فإذا كان المرهون ديناً مهدداً بالسقوط بالتقادم وجب عليه أن يقطع التقادم وإذا كان كمبيالة وجب عليه أن يطالب بالوفاء عند الاستحقاق، فإذا هلك الشيء المرهون أو تلف أو نقصت قيمته بسبب خلل فإن الراهن لا يقع عليه عبء إثبات أن الدائن المرتهن لم يحم بالتزامه في المحافظة على الشيء المرهون بعناية الشخص المعتاد، وإنما

(١) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٤٥.

(٣) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، دار الحرية للطباعة - بغداد، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤م، ص

عبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن، وعليه أن يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي لا بد له فيه سواء كان قضاء وقدرًا أو بخطأ الغير أو بخطأ الراهن نفسه^(١).

٢. الالتزام باستثمار الشيء المرهون:

نصت المادة ١٣٤٠ من القانون المدني العراقي "ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً من دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما أفاده من استعماله يخضم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين"، فلم يلزم الدائن المرتهن باستثمار المرهون في حين نجد أن المشرع المصري أوجب على الدائن المرتهن استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً، جاء ذلك بنص الفقرة الثانية من المادة ١١٠٤ من القانون المدني المصري "١. ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، ٢. وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك، ٣. وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفادة من استعمال الشيء يخضم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يخضم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين"^(٢).

٣. الالتزام بإدارة الشيء المرهون:

نصت المادة ١٣٣٩ على أنه "١. يتولى المرتهن إدارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له أن يتصرف فيه ببيع أو برهن، وعليه أن يبذل في إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير في طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن، ٢. فإذا أدار المرهون إدارة سيئة، أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه، وفي الحالة الأخيرة

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨١١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٤٩.

إذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه، ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للمرتهن إلا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين"، يقابله نص المادة ١١٠٦ من القانون المدني المصري بذات المضمون^(١)، ينبغي على المرتهن أن يباشر أعمال الإدارة للشيء المرهون بما يتفق وطبيعته وضمن حدود الإدارة التي حددها المشرع، فليس له أن يرهن الشيء المرهون أو أن يبيعه فتلك القرارات من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة التي نص عليها المشرع بعدم جوازها.

وعلى الدائن المرتهن أن يبذل في إدارة الشيء المرهون من العناية ما يبذله الشخص المعتاد في إدارة شؤونه الخاصة، وكما كان يديره ويستغله الراهن قبل أن يسلمه للدائن المرتهن، فليس للمرتهن أن يغير من طريقة إدارته واستغلاله، وإذا أراد المرتهن أن يغير طريقة إدارة واستغلال الشيء المرهون وجب عليه أن يتفق على ذلك مع الراهن^(٢).

فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه في إدارة الشيء المرهون وأداره إدارة سيئة أو ارتكب في إدارته إهمالاً جسيماً كان للراهن أحد الخيارين إما أن يطلب من المحكمة المختصة وضعه بيد عدل أو أن يسترد الشيء المرهون مقابل دفع الدين الموثق بالرهن وفي الحالة الأخيرة افترض المشرع أن الفائدة داخلية في أصل الدين إذا لم تكن منفصلة عنه، وإذا لم يكن قد حل أجل الدين فيخصم من أصل الدين الفائدة القانونية عن المدة ما بين يوم الوفاء واليوم الذي كان محدداً لحلول أجل الدين^(٣).

وإذا أصاب الراهن ضرراً من جراء إخلال المرتهن بالتزامه بإدارة الشيء المرهون كان له أن يرجع عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة، كما أن المصروفات اللازمة التي ينفقها المرتهن لحفظ

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٢٥.

(٢) المصادر السابق، ص ٨٢٧.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٤٨.

المرهون فإنه يرجع بها على الراهن، وتخصم من صافي ريع المرهون ولها الأولوية في الخصم وذلك ما نصت عليه المادة ١٣٣٨، ١٣٤٠ من القانون المدني العراقي^(١).

٤. رد الشيء المرهون:

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٥٠ من القانون المدني العراقي "إذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لا يزال باقياً في يد المرتهن، وجب عليه رده إلى الراهن"، وهذه المادة يقابلها نص المادة ١١٠٧ من القانون المدني المصري التي نصت على "يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي حقه كاملاً، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات"^(٢).

ويتضح من النصوص السابقة أن النص العراقي أشمل من النص المصري، إذ حصر التشريع الأخير التزام الدائن برد الشيء المرهون أن يستوفي حقه كاملاً وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات، وهذا انقضاء للرهن الحيازي بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين المضمون، كما أن الرهن الحيازي قد ينقضي بصفة أصلية بالرغم من عدم انقضاء الحق المضمون، لذا نجد أن المشرع العراقي أوجب على الدائن المرتهن رد المرهون إذا انقضى الرهن الحيازي وسواء كان هذا الانقضاء بصفة تبعية بعد أن يستوفي كامل حقه كما هو وارد في التشريع المصري أم كان هذا الانقضاء بصفة أصلية وهو ما لم يرد في التشريع المصري، فإذا انقضى الرهن وجب على المرتهن رد الشيء المرهون، أما إذا بقي شيء من الدين فإنه لا يلتزم بالرد لأن الرهن لا يتجزأ ومبدأ عدم التجزئة يقتضي أن يبقى

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٤٨.

(٢) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣٥.

الرهن قائماً ولو بقي جزءاً من الدين مهما قل ولو كان يسيراً^(١)، وللمرتهن أن يحبس الشيء المرهون حتى يستوفي كامل حقه^(٢).

أما إذا تأخر الدائن المرتهن في رد المرهون بعد انقضاء الرهن كان مسؤولاً عما يصيب الراهن من تلف أو نقص في قيمة المرهون فهو ملزم بتعويض الراهن حتى ولو كان لسبب أجنبي لا يد له فيه إلا إذا أثبت أن المرهون كان سيصاب بالتلف أو النقص في القيمة ولو كان بيد الراهن وذلك ما أشارت إليه المادة ١١٦٨ من القانون المدني العراقي، كما أنه ملزم برد ما حصل عليه من غلة الشيء المرهون^(٣)، وعليه أن يرد الشيء المرهون بالحالة التي كان عليها وقت التسليم^(٤)، أما نفقات رد المرهون فهي على الراهن إلا إذا اتفق الراهن والمُرتهن على غير ذلك كأن تكون مناصفة بينهما أو أن تكون على الدائن المرتهن^(٥).

ثالثاً: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير

إن الغير هو كل شخص يضار من الرهن الحيازي ويتأثر حقه بوجود حق الدائن المرتهن ويشمل الطوائف الآتية:

- الدائنون الاعتياديون وهم الذين لهم حق على جميع أموال المدين بما فيها الأموال المرهونة، وهم متساوون في هذه الأموال، وهذا هو حق الضمان العام على جميع أموال المدين^(٦).

(١) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣٥.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٥٥.

(٣) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣٦.

(٤) د. أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، مصدر سابق ص ٣٨٣.

(٥) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٥٦.

(٦) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣٧.

- الدائنون الذين لديهم حق عيني تبقي على المال المرهون، كحق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي أو حق امتياز^(١).

- كل شخص له حق عيني أصلي على المال المرهون، كما إذا انتقلت ملكية المرهون إلى مالك آخر، وتم تأشير ملكيته بدائرة التسجيل العقاري بعد قيد الرهن في الدائرة ذاتها فإن هذا المالك الآخر يعد من الغير^(٢).

وحتى ينفذ الرهن الحيازي في حق الغير يجب تحقق الشروط الآتية :

١. انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذي ارتضاه المتعاقدان، وهذا المضمون ورد في المادة ١١٠٩ في القانون المدني المصري، وفي التشريع العراقي لا يتم الرهن الحيازي ولا يلزم إلا بالقبض أي الحيازة^(٣).

ويستطيع العدل أن ينوب عن عدة مرتتهنين لنفس الشيء المرهون، ويصح أن يكون أحد الدائنين المرتتهنين حائزاً للمرهون أصالة عن نفسه ونائباً عن غيره من الدائنين المرتتهن بصفته عدلاً، وهذا الجواز يمكن الراهن من أن يرهن الشيء رهن حيازة أكثر من مرة^(٤).

والهدف من انتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتتهن هو تمكين الأخير من حبس العين المرهونة إلى أن يستوفي حقه كاملاً وكذلك تمكنه في إدارة المرهون واستثماره والحصول على دينه أو جزء منه من ناتج غلته، وانتقال الحيازة يعد شهراً للرهن الحيازي حتى يعلم الغير بوجود حق الرهن الحيازي على العين المرهونة^(٥).

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٤١.

(٢) المصدر السابق ، ص ٨٤١.

(٣) المصدر السابق ، ص ٨٤٤.

(٤) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق ص ٨٤٦.

(٥) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ١٣٨.

٢. إذا ورد الرهن الحيازي على عقار يشترط أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري فضلاً عن شرط الحياة وتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل يشترط تسجيل الرهن الحيازي الواقع على العقار في السجل العقاري في دائرة التسجيل العقاري، فإذا تم تسليم العقار إلى الدائن المرتهن ولم يتم التسجيل فإن الرهن الحيازي لا ينعقد ولا يكون نافذاً لا بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ولا يكون نافذاً في حق الغير^(١)، أما القانون المدني المصري وفي المادة ١١١٤ فقد اشترط لنفاذ الرهن العقاري الحيازي في حق الغير إلى جانب انتقال الحياة أن يقيد عقد الرهن بورقة رسمية وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي^(٢).

٣. إذا ورد الرهن الحيازي على منقول يشترط إلى جانب انتقال الحياة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ الموثق بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن حسب نص المادة ١٣٤٤ من القانون المدني العراقي والمادة ١١١٧ من القانون المدني المصري، والحكمة من هذا الشرط هو احتمال أن يتواطأ الراهن مع المرتهن للإضرار بالغير أو أن يفضل دائناً على آخر من خلال تغيير بيانات عقد الرهن بتقديم تاريخه أو زيادة مقدار الدين أو استبدال المرهون بشيء آخر أو أنه ادعى الحياة وأنه مرتهن برغم أن التسليم كان على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار^(٣).

٤. إذا ورد الرهن الحيازي على الدين فإنه لا يكون تاماً إلا بحياة المرتهن بسند الدين المرهون ولا يكون نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ

(١) هذا ما أشارت إليه المادة ١٣٢٤ من القانون المدني العراقي والمادة ٣٢٥ من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٣٣.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٣٤.

الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول حسب نص المادة ١٣٥٤ من القانون المدني العراقي، والمضمون نفسه ورد في المادة ١١٢٣ من القانون المدني المصري^(١).

ولا يكون رهن الدين نفاذاً إلا بتحقق الشرطين المذكورين وهما انتقال حيازة سند الدين المرهون للدائن المرتهن، والشرط الثاني أن يكون نفاذاً في حق المدين بإعلان هذا الرهن إليه بتاريخ ثابت أو قبوله للرهن بتاريخ ثابت "إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو الحجز فلا يجوز رهنه"، وذلك حسن نص المادة ١٣٥٥ من القانون المدني العراقي، والنص نفسه ورد في المادة ١١٢٥ من القانون المدني المصري^(٢).

الفرع الثالث

انقضاء الرهن الحيازي

ونعرض بذلك من خلال فقرتين نتعرض في الاولى انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية وفي الثانية لانقضاء الرهن الحيازي بصفة اصلية .
أولاً: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية:

١ . انقضاء الرهن الحيازي تبعاً لبطلان العقد أو فسخه: ففي حالة البطلان (ينقضي الرهن الحيازي إذا كان مصدر الدين باطلاً فلا أثر له ولا يفيد حكماً فهو منعدم قانوناً وإذا أبطل العقد وجب إعادة كل شيء إلى أصله وبعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويبطل تبعاً له حق الرهن الحيازي، أو إذا كان في ركنه خلل كأن يكون بالإيجاب والقبول صادرين ممن لم يكونا أهلاً للتعاقد أو إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وأن يدفع بالبطلان كالدائن المرتهن أو

(١) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ١٤٠.

(٢) المصدر السابق ، ص ١٤٠.

الكفيل العيني والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها^(١)، أما في حالة الفسخ فهو يكون على ثلاثة أنواع (فهو إما تحكم به المحكمة بطلب أحد المتعاقدين لعدم قيام التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه^(٢)، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا، وإما أن يكون الفسخ بحكم الاتفاق بين المتعاقدين من تلقاء نفسه من دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات^(٣)).

٢. انقضاء الرهن الحيازي والطرق العامة لانقضاء الالتزام: نصت المادة ١٣٤٦ من القانون المدني العراقي "ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونًا في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته"، ونجد النص نفسه في المادة ١١١٢ من القانون المدني المصري^(٤).

ثانيًا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية:

كما ينقضي الرهن الحيازي بصفة أصلية مستقلة عن الدين المضمون، فينقضي وحده من دون أن ينقضي الدين المضمون، وقد نصت المادة ١٣٤٩ من القانون المدني العراقي على أنه "ينقضي الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية: أ. إذا بيع المرهون لإيفاء دين آخر وفقًا للإجراءات المقررة قانونًا، ب. إذا اجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد يعود الرهن إذا زال التنازل دلالة من تولى المرتهن باختياره عن حيازة المرهون أو موقفته على التصرف فيه من دون تحفظ، إذا هلك المرهون"، ونجد المضمون نفسه في المادة ١١١٣ من القانون المدني المصري إلا أنه لم يرد أسباب انقضاء الرهن الحيازي^(٥).

(١) المادة ١٣٧ و ١٤١ من القانون المدني العراقي.

أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٦٤.

(٢) المادة ١٧٧ / ١ من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٦٥.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٨٦٨.

المطلب الثاني

أثر حسن النية في الرهن التأميني

يعد الرهن التأميني من العقود العينية والشكلية الذي لا يرد إلا على عقار، أو حقًا عينيًا على عقار، وله خصائص ومزايا خاصة جعلته من أهم عقود الضمان ، وسنقسم هذا المطلب الى فرعين نعرض في الاول مفهوم الرهن التأميني ونبين في الثاني اهم خصائصه.

الفرع الأول

مفهوم الرهن التأميني، وأهم خصائصه

أولاً: تعريف الرهن التأميني الرسمي

عرف المشرع العراقي الرهن التأميني في المادة ١٢٨٥ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م بأنه "الرهن التأميني عقد به يكتب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينيًا يكون له بمقتضاه أن يتقنن على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"، وبالتعريف ذاته عرفه المشرع المصري بالمادة ١٠٣٠ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م^(١)، والفرق بين التعريفين هو التسمية فقط، إذ سماه المشرع المصري الرهن الرسمي.

ويبدو أن المشرع العراقي قد اقتبس نص التعريف من القانون المدني المصري لأنه أسبق في الإصدار، ويلاحظ على التعريف أنه غير جامع لإغفاله ذكر المقابل النقدي للعقار، فيما إذا هلك أو تلف ذلك العقار قبل بيعه بالمزاد العلني واستحق الراهن مبلغًا من النقود تعويضًا دفعه المتسببين عن الهلاك أو التلف، وأن الراهن استحق مبلغًا من شركة التأمين جراء التأمين على ذلك العقار المرهون، فكان

(١) المصدر السابق ، ص ٢٦٨.

الأولى بالمشروع أن ينص على أن الدائن يباشر حقه بالتقدم على ثمن العقار وعلى المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون^(١).

ويلاحظ أيضاً على التعريف أنه ذكر استحقاقات الدائن بعبارتين مختلفتين فذكرها مرة لوفاء دينه ومرة أخرى في استيفاء حقه، فمرة خصص استحقاق الدائن بالدين، ومرة أخرى عمم استحقاقه بالحق، والحق أشمل من الدين وحيث يشمل الدين والقيام بعمل والامتناع عن عمل، فكان على المشروع توحيد المفردتين اللتان يقصد منهما المعنى ذاته ألا وهو حق الدائن الشخصي، فيكون التعريف كالآتي: "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن حقاً عينياً على عقار مخصص لوفاء حقه يكون له بمقتضاه"، ويفهم من التعريف أن الرهن التأميني لا ينشأ إلا بعقد اتفاقي بين الراهن والمرتهن، فهو لا ينشأ بقرار قضائي ولا يتقرر بحكم القانون، بينما تجد أن المشروع الفرنسي قد نظم ثلاثة أنواع من الرهن الرسمي، النوع الأول ينشأ بالاتفاق بين الدائن والمدين ويسمى بالرهن الاتفاقي، والنوع الثاني ينشأ بقرار قضائي تصدره المحكمة ويسمى بالرهن القضائي، والنوع الثالث يتقرر بحكم القانون لمصلحة الدائن ويسمى بالرهن الرسمي القانوني^(٢).

أما في القانون الفرنسي القديم فقد ظهر في أول الأمر تحت تسمية "التزام الأموال" الذي يقوم على أساس نقل حيازة المال المرهون للمدين ويسمح للدائن ببيعها دون أن يلتزم باتباع أي إجراء معين. أما مصطلح الرهن الرسمي فقد ظهر في القرن السادس عشر وكان في أول الأمر يرد على العقار والمنقول على السواء كما أنه كان اتفاقياً وكان لا يخضع لنظام القيد، وسار الأمر كذلك إلى حين صدور قانون ٩ مسيدور عام ١٧٩٥ الذي قضى بإنشاء مكاتب الشهر العقاري وقيد الحقوق العينية التبعية وصدر أيضاً قانون ١١ برومير بتاريخ ١٧٩٨ الذي أتى بمبدأ تخصيص الرهن الرسمي من حيث

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٦٨.

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م، ص ٦٨ - ٦٩.

الدين المضمون والعقار المرهون، وهكذا توالى التعديلات على نظام الرهن في فرنسا وكان آخر تعديل له في ٢٠٠٦ الذي جاء بأحكام جديدة وقواعد لم تكن معروفة من قبل^(١).

إن التعديلات المستمرة التي أجراها المشرع الفرنسي على الرهن الرسمي كان بسبب أهمية هذا النظام والدور الكبير الذي يلعبه في تشجيع الائتمان ومنح القروض.

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة ٢١١٤ على أنه " L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, elle est de sa nature indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, elle les suit dans quelques mains qu'ils passent "

ثانياً: خصائص الرهن التأميني

الرهن التأميني من عقود الضمان التي تهدف إلى إنشاء تأمين خاص للدائن يختص به دون غيره من الدائنين ويوفر له فرصة الحصول على كامل حقه من ثمن العقار المرهون لمصلحته متقدماً بذلك على سائر الدائنين الاعتياديين والدائنين التاليين له في المرتبة، والرهن التأميني يتميز بـ:

١. أنه من الحقوق العينية، فهو يتميز بما تتميز به الحقوق العينية من سلطات مباشرة على الشيء محل الحق ويستعملها دون وساطة شخص آخر ويكون له حجية مطلقة على الكافة^(٢)، ويعطي حق الرهن

(١) د. بناسي شوقي، أحكام الرهن الرمس في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، ٢٠٠٩م، ص ٤٩ - ٦١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٤١.

التأمين الرسمي للدائن المرتهن حقًا عينيًا عقاريًا بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا و ضمانات عينية^(١).

٢. أنه من العقود الشكلية اذ اشترط القانون لانعقاد عقد الرهن شكلية معينة ألا وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري كما جاء في نص المادة ١/١٢٨٦ من القانون المدني العراقي، وكذلك في المادة ٢/٣٠٥ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م، ومن دون مراعاة لهذه الشكلية لا ينعقد الرهن التأميني ولا يكون له أثرًا كرهن، ونجد المضمون نفسه في المادة ١/١٠٣١ من القانون المدني المصري، والفرق بين نص القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، أن في القانون المصري ينعقد الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وينتج أثره بينهم دون حاجة إلى شهرة في دائرة الشهر العقاري لكنه لا يكون نافذًا في حق الغير إلا إذا شهر العقد في الشهر العقاري فإذا قيد عقد الرهن ترتبت آثاره في حق الغير^(٢)، أما في القانون المدني العراقي لم يترتب أي أثر قانوني على عقد الرهن التأميني لا بين المتعاقدين ولا يكون نافذًا في حق الغير إلا من وقت تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

٣. لا يرد إلا على العقارات، فهو يرد على العقار كقاعدة عامة، ويجوز أن يرد الرهن التأميني على حق عيني على العقار كما نصت على ذلك المادة ١/١٢٩٠ من القانون المدني العراقي "لا يجوز أن يرد الرهن التأميني إلا على عقار أو حق عيني على عقار"، كذلك أجاز المشرع المصري رهن الحق العيني الذي يقع على العقار، وقد نص بالمادة ١/٨٣ من القانون المصري على ان "يعتبر مالاً

(١) وقد يحكم بصحة الرهن، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا طلب الدائن الحكم ببطلان الرهن الصادر مدين إلى دائن آخر وكان الطلب مقصودًا به انقضاءً ضمنيًا ضمنا بطلان القرض أيضًا وقضي برفض الدعوى لانعدام الدليل، كان هذا قضاءً ضمنيًا بصحة القرض المضمون بالرهن.

نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عامًا ص ٦٧.

(٢) د. وجدي شفيق ، موسوعة شرح قوانين الشهر العقاري والتوثيق والسجل العيني، المجلد الأول، دار شادي للموسوعات القانونية- القاهرة، ٢٠١٠م، ص ١٦٩.

عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار"^(١).

٤. يعطي حق الرهن التأميني للدائن المرتهن مزيّتي التقدم والتتبع فيعطي حق الأفضلية أو التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، وللدائن حق تتبع العقار المرهون في أي يد انتقل سواء بالبيع أو أي تصرف آخر يخرج من يد الراهن إلى يد شخص آخر، فيستطيع الدائن بميزة التتبع أن ينفذ على العقار المرهون في أي يد يكون لطالما كانت التصرفات القانونية الناقلة لملكية العقار قد حصلت بعد تسجيل الرهن التأميني^(٢).

٥. الرهن التأميني حق تابع، فهو تابع لالتزام أصلي وجد وهو لضمان الوفاء به، ويدور مع هذا الالتزام الأصلي وجودت وعدمًا وصحة وبطلانًا، فإذا اعتري الالتزام الأصلي عيب يؤدي إلى بطلانه أبطل معه الرهن التأميني^(٣)، فكل رهن رسمي يفترض إذن وجود التزام صحيح يضمّنه هذا الرهن فإذا اعتور الالتزام عيب يؤدي إلى بطلانه، اختفى الرهن مع الالتزام^(٤)، وينتقل الرهن مع الالتزام للموصي له بالمنقول، كما ينتقل مع الالتزام للخلف العام أو الخاص للدائن المرتهن، وينتهي انتهاء الالتزام بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء.

على أنه يجوز من جهة في القانون الفرنسي فصل الرهن الرسمي عن الالتزام المضمون فيحتفظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن، كما يجوز من جهة أخرى إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل، أما عن احتفاظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن الأول ويستبقى مرتبة الرهن يعطيها

(١) د. محمود عبد الرحيم الديب، أحكام استثمار المال المرهون في القانون المدني، مصدر سابق ص ١١.

(٢) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٢٧١.

(٣) المصدر السابق، ص ٢٧٢.

(٤) نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سيرية ١٩٣١ - ١ - ١٠٧.

لمن يشاء من الدائنين فيصبح لهذا الدائن مرتبة الدائن المرتبة الأول الذي سبق أن استوفى حقه، وعلى الدائن المرتبة الجديد أن يذكر في القيد الذي يجريه مرتبته في الرهن أي مرتبة الدائن المرتبة الأول^(١).

أما عن إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل فيتحقق ذلك إذا فتح مصرف اعتماداً لأحد عملائه مضموناً برهن يأخذه المصرف على عقار لهذا المدين، فيوجد الرهن أولاً قبل أن يوجد الدين ثم يوجد الدين بعد ذلك ويحوز قيد الرهن قبل أن يوجد الدين، ويعد الرهن موجوداً حتى قبل أن يقبض العميل الاعتماد المضمون بالرهن^(٢).

٦. إنه لا يتجزأ ؛ ومبدأ عدم التجزئة نصت عليه المادة ١٢٩٤ من القانون المدني العراقي "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضمان لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها"، وذات النص ورد في المادة ١٠٤١ من القانون المدني المصري إلا أن المشرع المصري أضاف لها ".... ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك"^(٣)، ونص المادة يشير إلى أن كل جزء من الدين المضمون يكون مضموناً بالعقار أو العقارات كلها، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين، فإن العقار المرهون لا تتحرر من الرهن بنسبة ما أوفى المدين بل تبقى كل العقارات أو كل العقار ضامناً لما بقي من الدين المضمون دون وفاء إلا أن المشرع المصري أجاز الاتفاق على خلاف مبدأ عدم التجزئة أو بنص القانون ما لم يجزه المشرع العراقي، فمبدأ عدم تجزئة الرهن التأميني يعد نظاماً عاماً في التشريع العراقي لا يجوز الاتفاق على خلافه.

(١) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٤٨٦.

(٢) نقض فرنسي أول ابريل سنة ١٩٣٥ سيرية ١٩٣٧ - ١ - ٢١٣.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٤٣.

الفرع الثاني

أثار الرهن التأميني

أولاً: التزامات وحقوق الراهن

بعد إبرام عقد الرهن التأميني ومراعاة الشكل الذي نص عليه القانون بتسجيله في دائرة التسجيل

العقاري تنشأ من عقد الرهن التزامات في ذمة الراهن، وهي:

١. التزام الراهن بضمان سلامة الرهن: التزام الراهن بضمان سلامة الرهن يشبه التزام البائع بضمان عدم

التعرض وضمان الاستحقاق، فهو يلتزم بالامتناع عن أي عمل قانوني أو مادي من شأنه أن ينقص

من الضمان، فضلاً عن ذلك فهو يلتزم بدفع التعرض الصادر من الغير^(١)، وهذا ما نصت عليه

المادة ١٢٩٦ من القانون المدني العراقي "يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن والمرتهن

أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه، ٢. فإذا وقعت أعمال من شأنها أن

تعرض العقار المرهون للهلاك أو التعب أو تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن أن يطلب من

المحكمة وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر"، ونجد المضمون نفسه في

القانون المدني في المادة ١٠٤٧ بنصها "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن

يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حال

الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك"^(٢).

٢. التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف: فالقانون المدني العراقي وضع أثراً لهلاك المرهون رهناً تأمينياً

أو إصابة الضرر الجزئي، فإذا كان الهلاك أو الضرر الجزئي بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه أي

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٠٢.

وأنظر أيضاً: د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ٣٤.

(٢) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ١٣٤.

قضاء وقدر فجعل الهلاك أو التلف على الراهن، وإذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء دينه بلا ضمان، أعطى الخيار للمدين وعليه أن يختار بين خيارين؛ إما أن يقدم تأميناً كافياً للدائن أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول أجله، وأما إذا كان الهلاك أو التلف قد حدث الراهن كان الخيار الدائن المرتهن بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً وقبل حلول أجل الدين^(١)، وقد نصت المادة ١٢٩٧ من القانون المدني العراقي "١. إذا هلك المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب قضاء وقدرًا كان هلاكه أو تعيبه على الراهن، وفي هذه الحالة إذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تامين يكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل وإذا اختار وفاء الدين ولم يكن اللتين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين، ٢. وإذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون أو تعيبه كان المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً".

والنص ذاته ورد في المادة ١٠٤٨ من القانون المدني المصري مع اختلاف بسيط في بعض المفردات، وقد تضمنت المادة المذكورة فقرة ثالثة تتحدث عن الوسائل الوقائية التحفظية التي من شأنها الحفاظ على العقار المرهون من الأعمال التي تعرضه للهلاك أو التلف وتجعله غير كاف لضمان المرتهن وأعطت هذه الفقرة من المادة المذكورة الحق للدائن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال^(٢)، ونفس النص ورد في المادة ٢/١٢٩٦ من القانون المدني العراقي.

أما إذا استحق الراهن مبلغاً من المال كتعويض عن الهلاك أو التلف الذي أصاب العقار المرهون أو مبلغاً من شركة التأمين إذا كان مؤمناً عليه أو إذا نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة وأعطى للراهن ثمن الاستملاك مقدراً من المال فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى المال الذي يحل محل

(١) د. فايز عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق ص ٣٥.

(٢) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ١٤٢.

العقار المرهون، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٩٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٠٤٩ من القانون المدني المصري^(١).

أما عن حقوق الراهن فهي:

١. حق الراهن في التصرف في العقار المرهون: وهذا ما نصت عليه المادة ١٩٢٥/١ من القانون المدني العراقي "يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن"، وكذلك المادة ١٠٤٣ من القانون المدني المصري "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي تصرف منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن"^(٢)، ويلزم لسريان هذا البيع في حق الدائن المرتهن أن يكون البيع مسجلاً قبل قيد الرهن فيسرى البيع في حق هذا الدين أما إذا كان حق الرهن مقيداً قبل تسجيل البيع فإن البيع لا يسري في حق الدائن المرتهن^(٣)، ورأي القضاء الفرنسي في هذا الخصوص رأي مقبول وإن كان بعض الفقهاء ينتقده لأنه يعطي للشيء الواحد وصفين مختلفين، فيجعل المنزل مثلاً منقولاً فيما بين البائع والمشتري وعقاراً بالنسبة إلى الدائن المرتهن.

٢. حق الراهن في إدارة العقار المرهون: فقد نصت المادة ١٢٩٥/٢ من القانون المدني العراقي "وله الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض غلته إلى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد التنفيذ"، ونصت المادة ١٠٤٤ من القانون المدني المصري "للاهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت إلحاقها بالعقار"^(٤).

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٢٢٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٩٦.

(٣) نقض فرنسي ٧ يناير ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧-١٩٧-٢٨ نوفمبر ١٩٤٩ سيرية ١٩٥٠-١-١٠٠.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن العقار بالتخصيص داخل ضمن الملحقات، ويباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه.

نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً ص ٣٩٢.

ثانيًا: آثار الرهن التأميني بالنسبة إلى الدائن المرتهن

١. التنفيذ على المدين

للمرتهن حقان هما:

- حق الدائن المرتهن في الضمان العام: إن القانون المدني العراقي لم يسمح للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من سائر أموال مدينة قبل التنفيذ على العقار المرهون وجاء ذلك في نص المادة ١٢٩٩ من القانون المدني العراقي "للمرتهن أن يستوفي حقه من العقار المرهون وجاء ذلك بنص المادة ١/٢٦٠ "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه"، أما قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ قد خلت نصوصه من التصريح وعلى عكس قانون المرافعات المصري القديم الملغى الذي نص في المادة ٤٨٩ منه بأنه "لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كأنما خصص للوفاء غير كاف.."^(١).

- حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون: إذا كان الدين مستحق الأداء يحق للدائن المرتهن تقديم طلب تحريري إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة يطلب منها بيع العقار المرهون^(٢)، وتقوم الدائرة بدورها بتبليغ الراهن بلزوم تأدية الدين وملحقاته خلال ثلاثة أيام تبدأ من اليوم التالي للتبليغ المادة ١٦٣ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٢. التنفيذ على الكفيل العيني:

الكفيل العيني هو شخص آخر غير المدين يكفل المدين برهن مال له ويلتزم عينيًا بوفاء دين المدين المضمون بهذا الرهن، وإجراءات التنفيذ على الكفيل العيني هي إجراءات التنفيذ نفسها المتخذة بحق المدين ، إلا أن التبليغ بلزوم تأدية الدين وملحقاته توجه إلى الراهن وهو الكفيل العيني وليس إلى

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١١٦.

(٢) د. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ٤٣.

المدين كما جاء بمضمون المادة ١٦٣ من قانون التسجيل العقاري، إذ لا جدوى من تبليغ المدين ما دام العقار المرهون ليس ملكه، وهذا الإجراء أخذ به القانون المصري في المادة ٤٠١/٤ من قانون المرافعات المصري إلا أنه إضافة إلى تنبيه الراهن يتم تكليف المدين بالوفاء قبل تنبيه الراهن التي نصها "فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ من قانون المرافعات المصري أوجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي وإلا كان باطلاً^(١).

أما القانون العراقي فقد اكتفى بتبليغ الراهن سواء أكان هو المدين أو كفيلاً عينياً، ولم يوجب تكليف المدين بالوفاء إلا أنه في المادة ١٧٣ التي نصت على "تبليغ المدين الراهن بالإحالة القطعية ويطلب منه تسديد الدين وملحقاته مع الرسوم والمصاريف خلال ثلاثة أيام وعند انقضائها تصبح الإحالة نهائية".

إن مسؤولية الكفيل العيني تتحدد بالمال الذي قدمه لضمان دين المدين فلا تتجاوزه، فلا يجوز التنفيذ على أمواله الأخرى الغير مرهونة لضمان دين المدين، ولا تتجاوز مسؤوليته عن حدود ما رهنه، وهذا المعنى تضمنته المادة ١٣٠٠ من القانون المدني العراقي، وذات المعنى تضمنته المادة ١٠٥٠ من القانون المدني المصري^(٢).

ويبقى حق الدائن المرتهن في الضمان العام على سائر أموال المدين وليس على سائر أموال الكفيل العيني، هذا إذا لم يفي العقار المرهون الذي رهنه الكفيل العيني بوفاء كامل الدين المضمون.

(١) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٩١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١١٨.

لكن ليس للكفيل العيني أن يطلب من الدائن المرتهن أن يجرد المدين أولاً بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على العقار المرهون إلا إذا كان هناك اتفاق بينهما ينص على ذلك، وهذا المعنى ورد في المادتين المذكورتين سابقاً من القانون المدني العراقي والقانون المصري^(١).

ثالثاً: آثار الرهن التأميني بالنسبة للغير:

إذا نشأ الرهن التأميني صحيحاً وتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فإن الدائن المرتهن يستطيع مباشرة حقه في التقدم والتتبع بالنسبة للغير.

١. حق التقدم:

إن من أهم ما يقدمه نظام الرهن التأميني للدائن المرتهن هو حق التقدم في استيفاء حقه على الدائنين الاعتياديين والدائنين التاليين له في المرتبة من ثمن العقار المرهون.

- مرتبة الدائن المرتهن عند التزام: تتحدد مرتبة الدائنين المرتهنين من حيث المبدأ العام بحسب أسبقية التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، أما بالنسبة للدائنين العاديين، فالدائن المرتهن يتقدم عليهم بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، وحتى لو نشأت قبل تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري، وهذه الأسبقية في استيفاء الحقوق العينية قد نصت عليها المادة ١٣٠٤ من القانون المدني العراقي "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار رهناً تأمينياً من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته"، فالدائنون المرتهنون وأصحاب حقوق الامتياز يتقدمون على الدائنين الاعتياديين، والدائنين الاعتياديين متساوون فيما بينهم فهم في مرتبة واحدة ويقسم بينهم المتبقي من أموال مدينهم قسمة غرماء كل حسب دينه، أما أصحاب الحقوق العينية التبعية من الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز، فلا يوجد تزام بينهم لأن الهدف الأساس

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ١١٨.

المقصود من الرهن هو تجنب مزاحمة الدائنين لذا فهم يرتبون بحسب مراتبهم وتتحد مرتبة كل منهم بحسب أسبقيته في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وإذا استوفى كل شخص من هؤلاء حقه بحسب مرتبته وبقي من ثمن بيع العقار أو العقارات المرهونة فائض يأتي بعد ذلك الدائنون العاديون المتساوون في المرتبة ليتزاحموا فيما بينهم على قسمة المال الفائض فيما بينهم قسمة غرماً.

وفي القانون المصري تحتسب مرتبة الرهن من وقت قيده كما ورد في المادة ١٠٥٧ من القانون المدني المصري وهو ذات المضمون الوارد في القانون المدني العراقي إلا أن المادة ٣١ من قانون تنظيم الشهر العقاري قد حددت المراتب بالساعة التي يتم تقديم الرهن فيها إذا كان هناك أكثر من رهن في اليوم نفسه التي تنص على "يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحددات وقوائم القيد على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها"^(١).

فالأسبقية في القيد تتحدد إذن بساعة التقديم، فمن كان اسبق في الساعة قدم على المتأخر ولو تقدم اثنان في ساعة واحدة تساويا ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق عن الآخر، وهذا بخلاف القانون الفرنسي إذ تتحدد الأسبقية باليوم لا بالساعة، ولو كان أحدهم تقدم في المساء والآخر في الصباح ومع ذلك فقد صدر قانون حديث في فرنسا سنة ١٩٥٥ يقرر أنه في حالة إجراء القيد في يوم واحد تحسب الأفضلية بتاريخ نشوء حق الرهن^(٢).

- نطاق حق التقدم: بعد بيع العقار المرهون يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قراراً بتوزيع بدل البيع على أصحاب الديون المتحققة على العقار الذي تم بيعه في دائرته وبحسب مراتبهم، يبدأ أولاً بالدائن المرتهن المسجل رهنه من الدرجة الأولى، وإذا بقي من ثمن بيع العقار فللدائن المرتهن صاحب الدرجة الثانية وهكذا، وقراره هذا يجوز الطعن فيه تمييزاً، وهذا المضمون ورد في المادة ١٨٤ من قانون

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٩٣.

(٢) المصدر السابق، ص ٤٩٤.

التسجيل العقاري، والتميز يكون خلال سبعة أيام من تاريخ صدور القرار الصادر بالاعتراض بحسب أحكام المادة ١٦٢ / ٢ من قانون التسجيل العقاري.

أما نطاق حق التقدم في توزيع بدل بيع العقار المرهون فقد تضمنته المادة ٣١٦ / ٢ من قانون التسجيل العقاري:

أ- أصل الدين كما هو مدرج مقداره في سجل الرهن، أما في القانون المصري فإن إجراءات بيع العقار المرهون تتم في المحكمة الابتدائية وهي مختصة بالفصل بهذا النزاع^(١)، فإذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلقاً على شرط فاسخ، فمن المحتمل أن يتحقق الشرط فيزول حق الدائن المرتهن إلا أن القانون قد حدد مرتبته من تاريخ قيد الرهن التأميني فهو يستوفي حقه طبقاً لمرتبته، إلا أن الفقهاء استقروا على رأي وهو ما استقر عليه العمل في الفقه والقضاء الفرنسي على التزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه إذا تحقق الشرط الفاسخ فيعيد توزيع ما أعاده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة^(٢)، أما إذا كان الالتزام المضمون معلقاً على شرط واقف فهو دين محتمل الوجود إلا أنه لم يتحقق بعد عند توزيع ثمن العقار المرهون، فإذا تحقق الشرط ثبت حق الدائن المرتهن طبقاً لمرتبته في تاريخ قيد الرهن، والرأي الراجح في الفقه أنه تقدر حصة الدائن تحت شرط وقف وهي مقدار دينه المعلق على شرط واقف ويوزع ثمن بيع العقار بأكمله على الدائنين التاليين له في المرتبة مع الزام من كان تالياً له في المرتبة بأن يقدموا تأميناً يضمن ردهم لحصة المرتهن إذا تحقق الشرط الواقف^(٣).

ب- الفوائد: وهي التي حددتها المادة ٣١٦ / ٢ من قانون التسجيل العقاري هي الفوائد المتحققة من تاريخ المطالبة بالدين إلى يوم رسو المزايدة عند بيع العقار المرهون مضافاً إليها فائدة السنة السابقة على

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٩٤.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ١٢٢.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ١٥٨.

تاريخ المطالبة أما إذا هلك العقار فحق التقدم يشمل فضلاً عن أصل الدين الفوائد المتحققة من تاريخ هلاك العقار إلى تاريخ دفع التعويض مضافاً إليه فائدة السنة السابقة على تاريخ الهلاك بحسب مضمون المادة ٣/٣١٦ وتم تحديد نسب الفوائد في المادة ١/٣١٢، أما القانون المصري في المادة ٢/١٠٥٨ من القانون المدني المصري الفوائد التي لها نفس مرتبة الرهن وتدخل مع أصل الدين ولها حق الأفضلية هي فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد تستحق من هذا لتاريخ إلى يوم رسو المزداد^(١).

٢. حق التتبع:

ينشأ حق التتبع عندما يكون الرهن التأميني نافذاً في حق الغير، ويكون الرهن نافذاً في حق الغير من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته بحسب أسبقيته في التسجيل، أما عن إجراءات تنفيذ حق التتبع: إن إجراءات حق التتبع تتمثل في:

أ. إنذار الحائز إذا لم يتم بدفع الدين أو تحرير العقار من الرهن التأميني فإنه يواجه إجراءات البيع الجبري، وقد نصت المادة ١/١٣٠٦ من القانون المدني العراقي على أنه "يجوز للمرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن"، أما القانون المصري فقد أضاف إلى خيارات الحائز خياراً ثالثاً وهو أن يتخلى عن العقار المرهون وذلك في المادة ١/١٠٦٠ من القانون المدني المصري "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه"^(٢).

(١) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ١٨٩.

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٣٤٣.

وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي: "١. إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى شخص غير الراهن بأي سبب من أسباب كسب الملكية ولو كان من طريق التقادم، وكان هذا الشخص غير مسؤول شخصياً عن الدين فإنه يسمى الحائز للعقار ويتلقى العقار متقلاً بالرهن، وللراهن المرتهن حق تتبع العقار وهو في ملكيته، ويستطيع أن ينفذ عليه، فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية إلا إذا اختار أن يدفع الدين أو أن يطهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عن العقار، ٢. ويلاحظ أن الوارث في القانون الفرنسي وهو مسؤول شخصياً عن دين المورث، لا يكون حائزاً للعقار المرهون ولكن لسبب آخر فهو وإن لم يكن مسؤولاً شخصياً عن دين المورث، إلا أن المبدأ القاضي بالألا تركة إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أي بعد زوال الرهن فلا محل إذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون، وإذا صفيت التركة وفقاً للإجراءات التي نظمها المشروع، ووقع في نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقاً للقواعد التي سبق ذكرها في تقسيم الديون المؤجلة على الورثة، فإن الوارث يكون في هذه الحالة مسؤولاً شخصياً عن الدين، فلا يجوز عدّه حائزاً للعقار المرهون، أما الوصي له والشفيع ومن ملك بالتقادم فإن هؤلاء جميعاً يُعدّون حائزين للعقار لهم حق الخيار المتقدم^(١).

ب. خيارات الحائز: إن الحائز هو من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن من دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن^(٢)، ويشترط لعدّ الشخص حائزاً الشروط الآتية:

- أن يكون قد كسب ملكية العقار كله أو بعضه أو أي حق عيني قابل للرهن وبصح بيعه بالمزاد مثل وجه الاستقلال مثل حق الانتفاع وملكية الرقبة وسواء كسب ملكية العقار أو الحق العيني بمقابل أو بدون مقابل كالبيع أو الهبة أو الوصية أو كسب عن طريق التقادم المكسب للملكية أو بالشفعة^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مصدر سابق ص ٩٤ - ٩٥.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٣٤.

- أن يكون قد كسب ملكية العقار أو أي حق عيني بعد تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري وقبل إنذاره بدفع الدين أو تحرير العقار، فإذا كان حقه مسجل قبل الرهن فلا يكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يده، وأما إذا كسب الحق بعد إنذاره فيكون للدائن المرتهن أن يتجاهل حقه ويباشر إجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن^(٢).

- أن لا يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن، وعلى ذلك فلا يعد حائزاً الشريك في الدين سواء كان متضامناً أو غير متضامن أو الكفيل الشخصي أو الكفيل العيني ولا الوارث لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون بحسب الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

الفرع الثالث

انقضاء الرهن التأميني

أولاً: انقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية :

إن الرهن التأميني لا يوجد مستقلاً بذاته بل وجد لضمان الدين فهو حق تابع للالتزام المضمون ينقضي بانقضائه لأي سبب من أسباب انقضاء الدين المضمون.

١. بطلان سند الدين أو فسخه: ففي حالة بطلان سند الدين، فإما أن يكون العقد باطلاً كلياً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن هو ليس أهلاً للتعاقد أو بسبب انعدام المحل أو عدم مشروعيته أو لعدم مشروعية السبب أو لعدم مراعاة الشكلية التي فرضها القانون إذا كان من العقود الشكلية، ولهذه الأسباب يبطل العقد الذي أنشأ الدين ويبطل تبعاً له الرهن التأميني، أما عن أسباب البطلان فقد تضمنتها المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٤١ من القانون المدني المصري، أو أن يكون العقد باطلاً جزئياً وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٩ من القانون المدني

(١) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٢٠٢.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٢٧.

العراقي، والمادة ١٤٣ من القانون المدني المصري^(١)، أما في حالة زوال الدين بسبب الفسخ وانتهت التزامات الطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢٨٩ من القانون المدني العراقي "العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وإلزام الدائن برد ما أخذه فإذا استحال رده وجب الضمان وإذا تخلف الشرط لزم العقد"، ونجده أيضاً في القانون المدني المصري في المادة ١/٢٦٩ التي نصت على "يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام"^(٢).

٢. الوفاء بالدين: فإذا انقضى الدين بالوفاء وانقضى الرهن التأميني تبعاً له، وقد يكون الوفاء قد تحقق بصور أخرى منها الوفاء مع الحل أو الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء:

- وفاء المدين بالالتزام: وهذا هو السبب الطبيعي لانقضاء الالتزام، فإذا امتنع الدائن من قبول الوفاء لسبب أن دينه يفوق ما عرضه المدين أو أن الدين ينتج فوائد، ويقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم قضائي بصحته وقد نظم المشرع العراقي أحكام العرض والإيداع في القانون المدني العراقي المواد (٣٨٥ - ٣٨٩)، ونجد نفس المضمون ورد في القانون المصري حيث نصت المادة ٣٣٩ من القانون المدني المصري "يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذ تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات، أو تلاه أي إجراء مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته"، فإذا صح العرض والإيداع حكم قضائي انقضى تبعاً له الرهن التأميني.

- الوفاء مع الحل: قد يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين، فيحل محل الدائن، والحلول على نوعين إما أن يكون الحل قانوني ونجده في المادة ٣٧٩ من القانون المدني العراقي، وإما أن تكون الحل

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية والشخصية، دار الثقافة - مصر، الإسكندرية، ١٩٥٠م، ص ٦٣٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، محمد طه بشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - بغداد، ١٩٨٠م، ص ١٨٦.

اتفاقية كما ورد في المادة ٣٨٠ من القانون نفسه ، وقد ورد في القانون المدني المصري في المواد ٣٢٥ - ٣٢٩^(١).

- انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: قد ينقضي الدين ليس بالوفاء وهو عين ما التزم به المدين، ولكنه ينقضي بما يعادل الوفاء وينقضي تبعاً له الرهن ومن صورته:

أ- الوفاء بمقابل: فقد نصت المادة ٣٩٩ من القانون المدني العراقي "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام مقام الوفاء"، والمضمون نفسه ورد في المادة ٣٥٠ من القانون المدني المصري، وتنقضي معه التأمينات ومنها الرهن التأميني، وحيث يقوم المدين بإعطاء الدائن شيئاً آخر غير الذي كان ملتزماً به كأن يقدم سلعة أو بضائع بدلاً من التزامه الأصلي^(٢).

ب- التجديد والإنابة: يجوز للطرفين تجديد الالتزام باتفاقهم على أن يستبدلا الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره، ورد هذا المضمون في المادة ٤٠١ من القانون المدني العراقي، وإذا جدد الالتزام سقط الالتزام الأصلي وحل محله هذا الالتزام الجديد الذي اتفق عليه الطرفان وتسقط معه كافة التأمينات وسواء كانت شخصية أو عينية إلا إذا اتفقا على تجديدها، ويجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن أو المدين، وقد ورد المضمون نفسه في القانون المصري في المواد ٣٥٢ - ٣٥٨^(٣).

ج- المقاصة: فقد نصت المادة ٤٠٨ من القانون المدني العراقي على "المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه"، فالمقاصة هي أداة وفاء وإحدى طرق انقضاء الالتزام تتلخص في انقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين اجتمعت

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٤٨٧.

(٢) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٧٨م، ص ٢١٩.

(٣) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٤٨٩.

فيهما صفة الدائن والمدين والمقاصة مقررة لمصلحة الطرفين وهي ليست من النظام العام، فليس للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه وإنما يجب على ذوي المصلحة التمسك بها حتى بعد صدور الحكم النهائي وفي أثناء التنفيذ^(١).

د- اتحاد الذمة: فقد نصت المادة ٤١٨ من القانون المدني العراقي "في الدين الواحد إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدث فيه"، ونجد المضمون نفسه في القانون المدني المصري^(٢).

٣. انقضاء الالتزام من دون أن يتم الوفاء به: وقد يتم الالتزام من دون أن يتم الوفاء في حالات ثلاث هي:

أ- الإبراء من الدين: فقد نصت المادة ٤٢٠ من القانون المدني العراقي والمادة ٣٧١ من القانون المدني المصري على "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده"^(٣).

ب- استحالة الوفاء بالدين: فقد نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدني العراقي والذي يقابله نص المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري التي نصت على "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه"^(٤).

ج- تقادم الدين: فقد نصت المادة ٤٢٩ من القانون المدني العراقي على "الدعوى بالالتزام أيًا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة"، ويقابله نص المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري "يتقادم الالتزام

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٢٧.

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٤٩٣.

(٣) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٦٢٩.

(٤) المصدر السابق، ص ٤٩٦.

بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية^(١).

ثانيًا: انقضاء الرهن التأميني بصفة أصلية:

ينقضي الرهن التأميني بصفة أصلية فينقضي وحده بصفة مستقلة من دون أن ينقضي الالتزام المضمون به لأسباب تتعلق بذات الرهن ويترتب على زواله ويبقى للدائن المرتهن بعد زوال الرهن حقه الشخصي كدائن عادي كسائر الدائنين، وأهم أسباب انقضاء الرهن التأميني من دون أن ينقضي الدين:

١. تطهير (تحرير) العقار المرهون: فقد نصت المادة ١/١٣٠٨ من القانون المدني العراقي على "يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً إلى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن"، كما نصت المادة ١٠٦٤ من القانون المدني المصري على "١. يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند، ٢. وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع"^(٢).

٢. بيع العقار المرهون بالمزاد العلني: ينقضي الرهن التأميني بصفة أصلية بالبيع الجبري بالمزاد العلني وقد نصت المادة ٢/١٣١٦ من القانون المدني العراقي "وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة.."، ويقابله نص المادة ١٠٨٤ من القانون المدني المصري بالمضمون نفسه^(٣).

(١) المصدر السابق ، ص ٤٩٧ .

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٥٠٠ .

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٩٠ .

٣. هلاك العقار المرهون: قد يهلك العقار المرهون بأن تنزع ملكيته للمنفعة العامة عند ذاك ينتهي الرهن التأميني لزوال محله وينقضي بصفة أصلية وليس تبعية تبعاً للدين المضمون لأن الدين يبقى ديناً شخصياً على الرغم من زوال الرهن^(١).

أو قد يكون الرهن التأميني قد تقرر ليس على رقبة العقار، بل على حق المنفعة، وحق المنفعة هو حق عيني يتفرع من حق الملكية وهو مجرد المالك من سلطتي الاستعمال والاستغلال لتكون لشخص آخر هو المنتفع، أما الرقبة فيحتفظ بها المالك^(٢)، وحق المنفعة ينتهي ضمناً بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين^(٣).

فإذا ما رهن المنتفع حق المنفعة رهناً تأمينياً وقد وافاه الأجل فإن الرهن التأميني ينتهي لزوال محله وينقضي بصفة أصلية، أما إذا كان هلاك العقار جزئياً يبقى الرهن استناداً إلى مبدأ عدم تجزئة الرهن^(٤)، أما إذا كان الهلاك بخطأ الراهن كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً^(٥)، أما إذا كان الهلاك أو التعيب قضاءً وقدرًا فإذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل^(٦).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بعد انقضاء حق الرهن ببيع العقار المرهون لا يجوز إعادة حق الرهن بموجب اتفاق عرفي خاص (استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٣١ م ٤٢ ص ٣٠٢)، وقضت أيضاً بأنه إذا بيع العقار المرهون جبراً ورساً مزاده على الدائن المرتهن فانقضى الرهن، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية وأعيدت بناء على طلب دائن آخر عاد رهن الدائن الأول إلى الظهور ويجب إعادة التوزيع (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٤٣ ص ٦٩).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٦٥٢.

(٢) د. غني حسون طه، د. محمد طه البشير، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٣٠٠.

(٣) المادة ١٢٥٧ من القانون المدني العراقي.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٨٩.

(٥) المادة ٢/١٢٩٧ من القانون المدني العراقي يقابله نص المادة ١٠٤٨ من القانون المدني المصري.

(٦) المادة ١/١٢٩٧ من القانون المدني العراقي يقابله نص المادة ٢/١٠٤٨ من القانون المدني المصري.

٤. نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن: يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني بإرادته المنفردة مع بقاء الدين وهذا ينقضي الرهن بصفة أصلية مستقلاً عن الدين المضمون، وقد نصت المادة ١٣١٨ من القانون المدني العراقي "يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين"، ولا يوجد ما يقابله في القانون المصري، وكان يوجد نص المادة ١٥٠٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحةً أو ضمناً..." إلا أن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف، والظاهر أن الحذف كان لأن حكم النص يستفاد تطبيقه من القواعد العامة دون نص لأن النزول عن حق الرهن ليس من النظام العام، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص هذا النص "ينقضي حق الرهن بطريقة أصلية أيضاً بالتنازل عنه ممن تكون له أهلية التنازل عن الدين نفسه"^(١).

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٦٤٣.

المبحث الثاني

أثر مبدأ حسن النية في حقوق الامتياز والاختصاص

لقد اهتم المشرعين العراقي والمصري والفرنسي بحقوق الامتياز والاختصاص ومن خلال هذا المبحث سنركز على دراسة اثر مبدأ حسن النية في حق الامتياز في مطلب اول ، اما المطلب الثاني نبين فيه اثر مبدأ حسن النية في حق الاختصاص .

المطلب الأول

أثر مبدأ حسن النية في حق الامتياز

ان حق الامتياز الذي يرد على عقار هو تجسيد حقيقي لمبدأ الثقة في المعاملات المالية هو حق مقرر بموجب نص قانوني يجعل بموجبه دين متقدماً على الديون الاخرى الى صفة الدين بحد ذاته ولكي يتضح لنا هذا نتعرض له من خلال فرعين يكون الاول حول مفهوم وخصائص حق الامتياز بينما الثاني نبين فيه اثار حق الامتياز .

الفرع الأول

مفهوم حق الامتياز، وأهم خصائصه

أولاً: تعريف حق الامتياز:

عرفت الفقرة الأولى من المادة ١٣٦١ من القانون المدني العراقي حق الامتياز إذ نصت على "الامتياز أولوية في استيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين". ويمكننا أن نورد على تعريف المشرع العراقي أعلاه جملة من الملاحظات:

- أنه جاء خاليًا من أية إشارة إلى حق التتبع، فهو يعد تعريفًا ناقصًا، فالامتياز ليس مجرد أولوية إذ هو يمنح صاحبه فضلًا عن الأولوية في استيفاء دينه الحق في أن يتتبع المال المتقل بالامتياز بين يدي من تنتقل ملكيته إليه وذلك باستثناء امتيازات معينة يحرم القانون صاحبها من التتبع فيها^(١).

- إذ وإنَّ القانون لا يقرر الأولوية مراعاة منه لسبب الدين أو مصدره، بل مراعاة لصفة وهذا المعنى تظهره بوضوح الفقرة الأولى من المادة ١١٣٠ من القانون المدني المصري التي عرفت حق الامتياز بأنه "أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته"^(٢)، ولذلك نرى أنه من الأفضل أن تستبدل عبارة (لسبب هذا الدين) بعبارة (لصفة هذا الدين) إيثارًا للاصطلاح الذي جرى عليه الفقه والقضاء في بناء الامتياز على صفة الدين^(٣).

ويلاحظ في هذا الخصوص أن المشرع العراقي لم يذكر في تعريفه لحق الامتياز أنه حقٌ عينيٌّ، والمستفاد من تلك النصوص أيضًا أن القانون هو المصدر المباشر لكل التأمينات إلا أنه بالنسبة لحقوق الامتياز فهو مصدرها المباشر فضلًا عن أن مصدر الامتياز وجود صفة في الدين تستوجب رعايته، فهو يتقرر بسبب طبيعة الدين وليس لشخص الدائن، ومن ثم يعد الدين هو الممتاز لا الدائن^(٤).

(١) يعرف حق التتبع بأنه وسيلة قانونية لحماية حق الدائن المضمون بالتأمين إذا ما خرج الشيء المؤمن عليه من ذمة صاحبه إذ يمكنه من الملاحقة والتنفيذ على الشيء واستيفاء حقه من المقابل النقدي بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وفي أي يد يكون.

أنظر: هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص ٤١.
(٢) قرار محكمة النقض المصرية في ٥ أيار ١٩٥٥، وقرارها بالشأن ذاته في جلسة ٢١ أيار ١٩٦٤، مجموعة قرارات محكمة النقض المصرية في ٢٥ عامًا. د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٥١٤.

(٣) د. هشام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المعرفة الجامعية- القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٦٤٦.
وأنظر أيضًا: د. جميل الشرقاوي، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٣٩٧.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب- القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩م، ص ٤٣٤.

وأنظر أيضًا: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية، دراسة مقارنة، مصدر سابق ص ٤٢٨.

وتجدر الإشارة إليه هنا أن تعاريف التشريعات لحق الامتياز يقرر فيها أن للأخير أولوية ولو لم يذكر أنه حق عيني يمنع التقدم والتتبع وربما كان مصدر ذلك أن المشرع أراد أن يضع تعريفاً عاماً يصدق على كل حقوق الامتياز ولا ينشأ الامتياز إلا بناءً على نص في القانون، فالمشرع وحده هو الذي يحتكر تقرير حقوق الامتياز^(١).

ولا يفوتنا أن نذكر أن فكرة حق الامتياز ليست غريبة عن الشريعة الإسلامية وإن كان فقهاؤها لم يعالجوا أحكامه داخل نطاق نظرية العامة فمن أحكام الشريعة أن تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وأولاده على قضاء ديونه^(٢)، ومن أحكام الشريعة أيضاً أن تقدم نفقة تجهيز الميت على قضاء ديونه^(٣)، وكذلك دين الزكاة فقد جاء في كتاب الامام الشافعي أنه إذا مات الرجل وقد وجبت في ماله الزكاة وعليه دين، وقد أوصى بوصايا أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا^(٤).

ثانياً: خصائص حقوق الامتياز

نبادر إلى القول بأن حقوق الامتياز بوصفها من الحقوق العينية التبعية فإنها تشترك مع الحقوق العينية كافة في كونها ترد على أموال معينة أي أنها لا ترد على الذمة المالية بوصفها وصفاً وهي من خصائص الشخص (الطبيعي أو الحتمي - المعنوي) كما هو الشأن في الحقوق الشخصية، وإنما ترد على عين معينة محددة أي على شيء مادي^(٥)، ومن أهم خصائص حقوق الامتياز:

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٢٧.
وأنظر أيضاً: د. بيان يوسف رجب، شرح القانون المدني - حقوق الامتياز، دار الثقافة - عمان، الأردن، ٢٠٠٩م، ص ٥٥.

(٢) الموسوعة الفقهية، تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، مطبعة ذات السلاسل - الكويت، ٢٠٠٦م، ص ٢٢.

(٣) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧م، ص ٨١٢.

(٤) الإمام د. أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة - بيروت، لبنان، ١٩٩٠م، ص ١٣.

(٥) د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان، ٢٠٠٧م، ص ٤٩٨.

١. حق الامتياز يقرره المشرع في نص خاص في القانون: وهذا ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٣٦١ من القانون المدني العراقي النافذ المعدل والتي تقابلها المادة ١١٣١ المصرية- والمادة ٢٠٩٥ الفرنسية، وبناءً على ذلك لا يكون الحق الامتياز سوى مصدر واحد هو نص القانون، فلا يجوز للطرفين أن ينشأ امتياز بإرادتهما في غير الحالات التي يقرره فيها القانون ولا يجوز للقاضي أن يقرر امتيازاً لدين يعتبره القانون ممتازاً^(١) والقانون حينما يقرر الامتياز لدين من الديون لا يراعى إلا بصفة هذا الدين دون اعتبار لشخص الدائن وهذه الصفة هي التي تجعل الدين في نظره جديراً بالرعاية فيحيطه بحماية ويوفر له ضمان الوفاء به بتقرير امتيازته وذلك لمقتضيات مختلفة هذا وكنتيجة لكون الامتياز حق مصدره إرادة المشرع فإن إقرار الامتياز لبعض الديون هو الاستثناء، فقد تعين تفسير النصوص التي تقرر الامتياز تفسيراً ضيقاً، إذ الاستثناء لا يتوسع في تفسيره^(٢)، وإذا قلنا أن الامتياز يقرر لصفة في الدين دون النظر لشخص الدائن تبين أن الامتياز إنما يخلع على الدين لا على الدائن^(٣) ولهذا كان الصحيح أن نقول الدين الممتاز أو الحق الممتاز كما جرى قول المشرع بذلك ولا نقول الدائن الممتاز وينبغي علي ذلك أن الامتياز يبقى ولو تغير شخص الدائن فإذا حول الدائن حقه الممتاز لآخر وحل هذا الآخر محله فيه كان للدائن الجديد أن يستفيد من الامتياز^(٤).

(١) وقد مضت محكمة النقض في مصر أن المقرر في قضائها أن الامتياز لا يعتد به، وبالتالي يكون النص عليه في العقد لغوا... قرار محكمة النقض المصرية في جلستها في ١٩٨٧/٤/٩، السنة ٣٨.
أنظر: د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٥١٤.
(٢) د. بيان يوسف رجب، شرح القانون المدني- حقوق الامتياز، مصدر سابق ص ٥٥.
وأنظر أيضاً: د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٥٦٧.
(٣) د. سمير تناعو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف- الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٢٩٠.
وأنظر أيضاً: د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني- الحقوق العينية التبعية، الكتاب الثاني، مصدر سابق ص ٢٨٤.

(٤) د. هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٢٦.
وأنظر أيضاً: د. علي هادي العبيدي الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٤٣٠.

٢. الامتياز حقًا عينيًا تبعيًا: فالامتياز يمنح صاحبه مزايا الحق العيني وهي التتبع والأولية وجميع حقوق الامتياز تمنح الأولوية^(١) والأصل هي أنها تمنح التتبع كذلك ولكن القانون يحرم بعض الامتيازات من حق التتبع وهذه حال الامتيازات العامة^(٢).

فإذا كان الامتياز حقًا عينيًا فإن ذلك لا يلغي اعتراضًا بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة التي ترد على مال معين بالذات، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لحقوق الامتيازات العامة التي ترد على أموال المدين جميعها منقولة كانت أم غير منقولة إذ يرى فريق من الفقهاء أن هذه الامتيازات ليست حقًا عينية لأنها لا ترد على مال معين بالذات من أموال المدين ولا تخول صاحبها حق تتبع الأموال التي تخرج من ذمة المدين^(٣)، ولأن حق الامتياز كغيره من التأمينات العينية الأخرى يقوم لضمان الوفاء بحق أصلي، هو الدين المضمون به وترتب على ذلك أن يتتبع هذا الدين وجودًا وعدمًا فيبقى ببقائه، وينقضي بانقضائه فإذا تم الوفاء بالدين المضمون أو حكم ببطلانه ينقضي الامتياز ويزول بالتبعية^(٤).

٣. الامتياز حق غير قابل للتجزئة: فحق الامتياز كسائر الحقوق العينية التبعية يبقى كاملاً على وعائه كله مادام الحق (الدين) لم يستنفذ، ولو بقى منه شيء فالامتياز باق كله، كذلك لو كان وعاء الامتياز شيئاً معيناً (عقاراً أو منقولاً) وهلك أو تلف أو ضاع أو فقد جزء من هذا الشيء فإن الامتياز يبقى على حاله باعتبار أن كل جزء من الشيء فإن -وعاء الامتياز- ضامن لكل الحق الممتاز، وكل جزء من الحق الممتاز مضمون بكل وعاء الامتياز^(٥)، وإذا ما كان عدم التجزئة محل الامتياز من طبيعة حق

(١) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٥٦٦.

(٢) د. هالدير أسعد أحمد، هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، مصدر سابق ص ١٢٦.

وأنظر أيضاً: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٤٣٠.

(٣) د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٤٩٩.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق ص ٤٤٠.

(٥) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٩٢٥.

وأنظر أيضاً: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٤٣٥.

الامتياز إلا أنه ليس من مستلزماته لذا يجوز الاتفاق على أن يكون جزء من وعاء الامتياز ضامناً لوفاء الحق المضمون^(١).

٤. حق الامتياز يرد على جميع الأموال: منقولة كانت أم غير منقولة مادية أو غير معنوية، ولا يستثنى من ذلك إلا أشياء الخارجة عن دائرة التعامل والأشياء التي يمكن بيعها بالمزاد واستقلالاً^(٢) أي أن وعاء الامتياز هو جميع ما يعد من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمدين سواء أكانت منقولات مادية أم منقولات معنوية (كالديون وحقوق المؤلفين، وبراءات الاختراع، والعلامات التجارية وغيرها) مادامت هذه الأموال مما يجوز حجزه وتنفيذ عليه وفاءً لما بذمة المدين من التزامات^(٣).

الفرع الثاني

آثار حق الامتياز

لا يتطلب إنشاء حقوق الامتياز أي إجراء إلا إذا ما كان منه امتيازاً خاصاً عقارياً فإنه عند ذلك يستوجب التسجيل وفقاً للأوضاع المقررة للتصرف بالعقار بشكل عام، وعليه وباستثناء حقوق الامتياز الخاصة بالعقارية، فإن الامتياز يرتب آثاره بمجرد ثبوت الدين وذلك سواء بالنسبة للدائن أم للمدين أم للغير^(٤).

(١) محمد طه البشير، غنى حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٥٦٧.

وأنظر أيضاً: د. سميرتقاغو، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٩١.

(٢) وقد حكم أن الامتياز العقاري لا يرد على العقار كله، وعلى كل جزء منه، إلا إذا كان قد شمله كله منذ نشوئه، إما إذا نشأ الامتياز على حصة شائعة من العقار المملوك كله للمدين ثم باع المدين جزءاً مفزراً منه، فلا يجوز للدائن أن يدعى الامتياز على الجزء المبيع ما دام الباقي لا يقل عن الحصة الشائعة التي يرد عليها الامتياز.... قرار محكمة الاستئناف المصرية المختلطة بتاريخ ١٢/٥/١٩٢٢، مجلة التشريع والقضاء المختلطة، السنة ٣٥، ص ٧١.

أنظر: سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٥١م، ص ٤٧٠.

(٣) جاك ميترانوعمانوثيلبوتمان، مارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، ترجمة: منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ٢٠٠٦م، ص ٥٠٠.

(٤) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٤٢٥.

وأنظر أيضاً: د. بيان يوسف رجب، شرح القانون المدني - حقوق الامتياز، مصدر سابق ص ٧٣.

١. نفاذ حقوق الامتياز: إن حقوق الامتياز منها ما يجب تسجيلها وشهرها ومنها ما هو لا يتطلب ذلك، فحقوق الامتياز العامة وكذلك حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول اعفاها المشرع من التسجيل، وبالتالي فهي ليست بحاجة إلى تسجيلها وشهرها حتى تكون نافذة في حق الغير من دائني المدين ويمكن لصاحب الحق الممتاز أن يباشر حقه في التقدم على دائني المدين دون مزاحمة منهم وهذه الحقوق هي: حقوق الامتياز الموثقة لحق خزانة الدولة، وحقوق الامتياز الموثقة لرسم ونفقات البيوع القضائية، وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٦٩ مدني عراقي، والمادة ١١٣٨ المصرية، وحقوق الامتياز الموثقة لمستحقات مؤسسة الضمان الاجتماعي^(١).

وفي حالة المباني والأراضي الزراعية نجد في التشريع العراقي في المادة ٣/١٣٧٤، ٤ من القانون المدني العراقي ينص على "وإذا نقلت الأموال المثقلة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر وعلى غير علم منه، ولم يبقى في العين أموال كافية لضمان المبالغ الممتازة، بقي حق الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير الحسن النية على هذه الأموال، وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز بعد الديون الواردة في المواد السابقة إلا ما كان من هذه الديون غير نافذ في حق المؤجر بوصفه حائزاً حسن النية"، ونجد المضمون نفسه في المادة ١١٤٣ من القانون المدني المصري.

كما فيما يخص الامتياز في الفندق فنجد التشريع العراقي قد نص في المادة ٣/١٣٧٥، ٤ على "وإذا نقلت الأموال المثقلة بحق الامتياز من الفندق على الرغم من معارضة صاحبه أو دون علمه بقي حق الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال، وامتياز هذه الديون له نفس المرتبة التي لامتياز الديون المستحقة للمؤجر فإذا تراحم

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٢٩٦.

الامتياز أن قدم الأسبق في التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر بسبب الحياة المقترنة بحسن النية"، ونجد نفس المضمون في المادة ١١٤٤ من القانون المدني المصري.

وكذلك نصت المادة ١/١٣٧٦ من القانون المدني العراقي على "ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى حق الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية ومع مراعاة الأحكام الخاصة بالقضايا التجارية"، ونجد المضمون نفسه في المادة ١١٤٧ من القانون المدني المصري.

أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار، فيجب شهرها حتى تنفذ في مواجهة الغير، ومن هذه الحقوق امتياز بائع العقار والشريك المتقاسم في العقار^(١)، وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٧٨ العراقية، والمادة ١١٤٧ المصرية.

ونتفق مع من لا يشاطر رأي من ذهب إلى أن حقوق الامتياز لكل من ديون الخدم والكتاب والعمال ودين النفقة، والمبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس ودواء واجبة التسجيل في حق العقار فقط^(٢) وذلك لسببين أولهما كون أن الرأي أعلاه لا يستند إلى نص قانوني تشريعي ولأن أكثر المشرعين في هذا الخصوص عندما يريدون أن يشترطوا التسجيل لنفاذ حق الامتياز في مواجهة الغير لابد أن تنص قوانينهم على ذلك الأمر في نصوص معبرة عن موقفهم وثاني تلك الأسباب لما في مثل ذلك الاشتراط من مشقة على أصحاب هذه الحقوق خصوصاً وإن أكثرهم من بسطاء الناس، وإن الغالب في حقوقهم أنها قليلة القيمة، وإن ارتباطهم بالمدينين واتجاههم يحول من الناحية العملية دون تمكنهم من تسجيل حقوقهم على عقارات مدينهم، كما أن بعض هذه الحقوق تتكرر

(١) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٤٣٠.

(٢) د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المعرفة الجامعية - القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٦٥٢.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٢٨.

وفق وحدات زمنية مرتبة مما يجعل تنفيذ مثل هذا الشرط متعذراً أو في أفضل الفروض صعباً جداً ومكلفاً، ولهذا فإن المشرع لم يستلزمه^(١).

٢. حق التتبع: بما أن الحق العيني يعطي لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن سلطة على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط، بحيث يظل هذا الخضوع قائماً في أي يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه أينما كان ولذا فإن الامتياز وكما ذكرنا هو حقٌ عينيٌّ ومن ثم فهو يمنح صاحبه التتبع والأولوية، فلصاحب الامتياز كقاعدة عامة أن يتتبع المال المثقل به في أي يد يكون لينفذ عليه ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية غير أنه يرد على هذه القاعدة العامة استثناءان مهمان : أولها استثناء قانوني ويتصل بالامتيازات العامة وهي لا يثبت فيها حق التتبع، وثانيها استثناء عملي ويتعلق بالامتياز الخاص الذي يرد على منقول.

فهذا الامتياز وإن كان يمنح صاحبه قانوناً حق التتبع إلا أن الحق كثيراً ما يتعطل نتيجة عدم إمكان الاحتجاج بالامتياز في مواجهة من يحوز المنقول بسبب صحيح وبحسن نية، ويمنح الامتياز صاحبه أيضاً حق التقدم أو الأولوية، وهذه ميزة تشترك فيها الحقوق الممتازة جميعاً بدون استثناء^(٢).

وبمقتضى حق التقدم أو الأولوية يكون لصاحب الامتياز في حدود المال المثقل به أن يتقدم على جميع دائني المدين العاديين وعلى الدائنين الممتازين أو المرتهنين الآخرين المتأخرين عنه في المرتبة، فالقاعدة أن مرتبة كل امتياز يحددها القانون فإذا لم ينص صراحة في دين ممتاز على مرتبة امتيازته كان هذا الدين مستأخراً في المرتبة عن كل امتياز منصوص على مرتبته وذلك حسب نص المادة ١٣٦٢/ ف

(١) د. بيان يوسف رجب، شرح القانون المدني - حقوق الامتياز، مصدر سابق ص ٧٤.

(٢) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مصدر سابق ٤٥٠.

١ من القانون المدني العراقي، أما إذا كانت الديون الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تُستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك.

والأصل أن حق الأولوية يباشر على ثمن المال المثقل بالامتياز بعد بيعه ولكن هلك المال واستحق عن هلاكه مبلغ تعويض أو تأمين كان للدائن يباشر أولويته على هذا المبلغ^(١).

٣. هلاك أو تلف المال المثقل بحق الامتياز: يسري على حق الامتياز ما يسري على حق الرهن التأميني والحيازي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تعييه وذلك حسب نص المادة ١٣٦٦ من القانون المدني العراقي، فإذا هلك محل الامتياز وكان الهلاك بخطأ المدين كان للدائن الخيار بين استيفاء الدين أو طلب تأمين آخر، وإذا كان الهلاك بسبب أجنبي كان الخيار للمدين وينتقل إلى الحق الذي حل محل الشيء الذي هلك كالتعويض أو مبلغ التأمين وهذا ما أشارت إليه المادة ١٢٩٨ من القانون المدني العراقي.

وقد ورد هذا الأثر من آثار حقوق الامتياز في الجزء المخصص للقواعد العامة للامتياز في المادة ١١٣٥ من القانون المصري، والمادة ٢١٠٢ من القانون المدني الفرنسي بحيث يفهم انطباقه على جميع أنواع الامتياز ومع ذلك فهو لا ينطبق على الامتياز العام الذي لا يرد على شيء معين من أموال المدين^(٢).

إنَّ المقصود بهلاك الشيء أو تلفه هو المعنى الواسع لهذا اللفظ بما يعني خروج الشيء عن ذمة صاحبه بطريقة تؤدي إلى امتناع تتبعه سواء ترتب ذلك على حادث مادي أو تصرف قانوني^(٣).

(١) Beudant , Course droit Civil Franc ais , 2ced , tiv , Les biens , parvirin , 1938, P: 75.

(٢) د. جاكواخرون، المطول في القانون المدني، مصدر سابق ص ٤١١.

(٣) د. وديع فرج، أثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ١٧٧.

ومن أمثلة التصرف القانوني الذي يؤدي إلى هلاك الشيء بالنسبة لصاحب الامتياز بيع المنقول الذي يرد عليه الحق ونقل حيازته إلى شخص آخر حسن النية، في هذه الحالة ينتقل الحق إلى ثمن المبيع ويجوز لصاحب الامتياز أن يحجز عليه تحت يد المشتري ويستوفي حقه منه حسب مرتبة امتيازته. وتجدر الإشارة إليه هنا أن فقه الشريعة الإسلامية لم يدخر وسعاً لترتيب وإقرار الضمان (التعويض) عن هلاك أو تلف أو تعيب الأموال، ولقد بينت المذكرات الايضاحية لبعض القوانين العربية - في النظرة العامة للفعل الضار - أن الضمان لدى فقهاء المسلمين إما ضمان عقد كما لو هلك المبيع بأفة سماوية وهو في يد البائع، فضمانه عليه وإما ضمان يد وهو الضمان الذي يترتب على هلاك شيء في غير يد مالكة فينظر إذا كانت اليد أمانة وهلك الشيء بدون تعد أو تقصير فلا ضمان على صاحب العين، أما إذا كان الهلاك بتعد أو تقصير منه، فإن يده تنقلب إلى يد ضمان فيضمن حتى لو هلك الشيء بأفة سماوية وأما ضمان إتلاف.

٤. انقضاء حق الامتياز: حق الامتياز كالرهن حق تابع للالتزام المضمون به فهو لهذا ينقضي بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون أيًا كان سبب هذا الانقضاء كالوفاء أو الإبراء.. الخ.

وينقضي أيضًا بطريقة أصلية أي مستقلاً عن الدين المضمون^(١).

ويتبع في انقضاء حق الامتياز الذي يرد على العقار كل الأحكام التي تطبق في انقضاء الرهن التأميني^(٢) وتتبع في انقضاء الامتياز الذي يرد على منقول كل الأحكام المتعلقة بانقضاء الرهن الحيازي^(٣).

(١) د. محمد طه البشير، عني حسن طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٥٧٤.

(٢) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٥٢٧.

وأنظر أيضًا: د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ١٨٤.

(٣) د. سمير تناعو، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٢٩٩.

وأنظر أيضًا: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ١٥٢.

وقد تضمنت المادة ١٣٦٧ من القانون المدني العراقي أحكام انقضاء حق الامتياز وهي تقضي بأنه "ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن التأميني والحيازي وعلى وفق أحكام انقضاء هذين الحقين ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، وينطبق هذا النص على موقف القوانين المقارنة، فنجد المادة ١١٣٦ المصرية، والمادة ١٢٧٨ من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثاني

أثر مبدأ حسن النية في حق الاختصاص

الفرع الأول

مفهوم حق الاختصاص، والشروط الموضوعية لتقريره

أولاً: تعريف حق الاختصاص:

يمكن القول : إن الاختصاص قد يأتي بمعنى الثبوت مرة، ويأتي بمعنى الإثبات مرة أخرى أي ثبوت الشيء، مثلاً لفلان أو إثباته له نتيجة لمسوغات تؤيد وتؤكد هذا الإثبات^(١).
في حين الاختصاص في القضاء: ما لكل محكمة من المحاكم من سلطة القضاء تبعاً لمقرها أو محلها وهو الاختصاص المكاني، أو نوع القضية وهو الاختصاص النوعي إذا اختص بالموضوع^(٢)، كما أن هنالك الاختصاص الولائي أو الوظيفي وهذا لا يدخل ضمن نطاق بحثنا.

وفي الاصطلاح الفقهي عُرف بأنه "حق عيني تبعي يتقرر ضمناً للوفاء بحق الدائن وذلك من خلال أمر صادر من القضاء على عقار أو أكثر من عقارات مدينة بمقتضى حكم يثبت الدين ووجوب

(١) د. حيدر حسن ديوان الأسدي، حق الاختصاص، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الفقه، جامعة الكوفة، ٢٠١١م، ص ١٣.

(٢) د. إبراهيم أنيس وأحمد محمد الحوفي وعلي النجدي ناصف ومحمد خلف الله أحمد، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بمجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٣م، ص ١٩٨.

نفاذه أو مشمول بالنفاذ المعجل صادر له بإلزام مدينه بشيء معين، فإذا عجز المدين عن الوفاء فإن للدائن أن يطلب من المحكمة إعطائه أمرًا بتخصيص العقار المملوك للمدين للوفاء بدينه".

في حين عند رأي آخر أنه "حق عيني تبقي يتقرر للدائن بأمر من القضاء على عقار أو أكثر من العقارات المملوكة للمدين بناءً على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق استيفاء دينه بالأولوية متقدمًا على الدائنين الاعتياديين والتالين له في المرتبة من ثمن العقار أو العقارات في أي يد يكون^(١)."

ونستنتج مما تقدم من تعريفات أن حق الاختصاص يشبه حق الرهن التأميني، ولا يختلف عنه من حيث الخصائص أو المميزات لأن كلاهما حق عيني يرد على عقار أو أكثر من عقارات وحق تابع غير قابل للتجزئة، وفوق ذلك أن حق الاختصاص يعتبر من الإجراءات التحفظية لا يمكن اللجوء إليها إلا لضمان تنفيذ الحكم الصادر للدائن، ويمكن القول بأن حق الاختصاص وحق الرهن التأميني يشبهان البعض من حيث الآثار، ويختلفان تمام الاختلاف من حيث مصدر الانشاء، فحق الرهن التأميني ينشأ باتفاق كل من الراهن المدين والمرتهن الدائن ومصدره العقد، بينما حق الاختصاص ينشأ على حكم قضائي واجب التنفيذ بناءً على إذن صادر من رئيس المحكمة^(٢).

ثانيًا: الشروط الموضوعية لتقرير حق الاختصاص

من الواضح أن المشرع العراقي لم ينظم هذا الحق ضمن الحقوق العينية التبعية، في حين نجد المشرع المصري قد نظمته في القانون المدني المصري، فقد أشارت لحق الاختصاص المادة ١٠٨٥ "١". يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل،

(١) د. محمد علي إمام، التأمينات العينية والشخصية، مطبعة نهضة مصر - القاهرة، بدون سنة النشر، ص ٤١٤.

وأنظر أيضًا: د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٦٦٠.

(٢) د. محمد علي إمام، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص ٤١٤.

وأنظر أيضًا: د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٦٦٠.

متى كان حسن النية على حق الاختصاص بعقارات مدينه ضمائاً لأصل الدين والفوائد والمصروفات، ٢. ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة^(١).

١. الشروط الواجب توافرها في الدائن المحكوم له حق الاختصاص: من المعلوم أن حق الاختصاص حق عيني تبقي شأنه شأن الرهن وحق الامتياز فلا بد له من صاحب وهو الدائن، فمن الممكن لأي دائن أن يحصل على حق الاختصاص على عقارات مدينه أيًا كان مصدر دينه، وأيًا كان محله، سواء كان الدين ناشئاً عن عمل قانوني (العقد والارادة المنفردة) أو عن الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، بحيث يمكن أن يكون المحل مبلغاً من النقود أو عمل أو الامتناع عن عمل، وفي هذه الحالة الأخيرة يضمن حق الاختصاص تعويض الدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه، ولكن شريطة أن يكون حق الدائن ثابتة بمقتضى حكم قضائي، وليس مجرد عقد رسمي، علاوة على ذلك يشترط أن يكون الدائن الذي يطالب حق الاختصاص حسن النية^(٢)، وقت الطلب، ولا يشترط أن يستمر إلى وقت القيد لأن حسن النية شرط للحصول على الاختصاص لا للاحتجاج بالقيد ضد الغير^(٣).

أيًا كان المعنى المقصود بحسن النية فإن اشتراطه للحصول على حق اختصاص نافذ في مواجهة الغير يُعد خروجاً ذلك أن التسجيل (القيد والشهر) المعيار الوحيد للتفاضل بين الحقوق العينية الأصلية والتبعية بصرف النظر عن حسن أو سوء نية من تقرر لمصلحته هذا الحق^(٤).

(١) د. عبد المنعم البدر، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٢٥٩.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٦٢.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الجزء التاسع، منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر، بلا سنة النشر، ص ٣٩٨.

وأنظر أيضاً: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٦٦٨.

(٣) عبد المنعم البدر، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٢٥٩.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٣٩٨.

ولبيان مسألة حسن أو سوء النية^(١) هنالك أمثلة عديدة توضح لنا ذلك عندما يحصل الدائن على حق الاختصاص بسوء نية منها ما ذكره السنهاوري: "مدین حکم علیہ بالدين وله عقار واحد، وقبل الحكم بالدين رهن العقار رهناً تأمينياً إلى دائن مرتين حسن النية، وقبل أن يقيد هذا الدائن رهنه وبعد الحكم بالدين، تواطأ المحكوم عليه بالدين مع المحكوم له ودفع الأول الثاني إلى الحصول على حق الاختصاص وقيد هذا الحق قبل الرهن التأميني، والدائن صاحب الاختصاص يعلم بحقيقة الأمر وبأن العقار مرهون، هنا يكون الدائن صاحب حق الاختصاص سيء النية، ولا يكون حق اختصاصه نافذاً في مواجهة الدائن المرتين رهناً تأمينياً"^(٢).

كما يمكن القول بأن الأمر يختلف تماماً إذا لم يكن هنالك توافق بين المحكوم عليه بالدين والمحكوم له بحق الاختصاص، وذلك عندما يكون صاحب الاختصاص حسن النية، ولم يكن يعلم بأن العقار مرهون رهناً تأمينياً، بناءً على ذلك قام بقيد حقه للحصول على الاختصاص، لأن الأصل هو حسن النية وعلى من يدعي العكس أن يثبت خلاف ذلك.

٢. الشروط الواجب توفرها في استيفاء حكم الاختصاص: يجب أن تتوفر في الحكم شروط ثلاثة:

أ. أن يكون الحكم قضائياً: يجب أن يكون الحق الشخصي الذي يراد الحصول عليه وهو الاختصاص ثابتاً بمقتضى حكم قضائي أي قرار صادر من جهة ذات ولاية قضائية وذلك حسب نص المادة ١٠٨٧ من القانون المدني المصري "يجوز الحصول على حق اختصاص بناءً على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم، ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناءً على حكم صادر بصحة التوقيع"، وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة بأن السند المنشئ لحق الاختصاص هو الحكم الملزم بالمدين لا أمر من رئيس المحكمة وهذا الأمر ليس إلا استعمالاً لهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب الاحتجاج يسبق اختصاصه إلا إذا كان حسن النية (نقض مدني ٢١ يونيو ١٩٣٦ المجموعة في ٢٥ عاماً ٣٩٤).

(٢) د. عبد الرازق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٦٦٩.

الحق تحت رقابة القاضي، والصحيح أن السند المنشئ لحق الاختصاص هو الأمر الصادر من رئيس المحكمة بتقرير حق الاختصاص إذ أن هذا الأمر هو الذي يقرر للدائن حق الاختصاص ويعين الأموال التي يرد عليها هذا الحق، وهو الذي يجب أن يقيد لنفاذ الاختصاص في حق الغير^(١)، والمسلم به أنه لا يجوز قيد الاختصاص بموجب الحكم الملزم بالدين بل لابد في ذلك من استصدار أمر القاضي بالاختصاص^(٢).

ب. أن يكون الحكم واجب التنفيذ: ويكون الحكم متصفاً بهذا الوصف في حالتين:

- في حالة كون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي به، بان كان الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة إذا كان حضورياً غير قابل للاستئناف، أو غيابياً غير جائز الطعن فيه، أو أصبح كذلك لأن الميعاد قد فات، أما الحكم القابل للطعن بطريق غير عادي بأن كان قابلاً للطعن فيه بالنقض^(*)، أو بالتماس إعادة النظر فإنه لا يمنع من تنفيذه وأخذ حق الاختصاص بناءً عليه، ولكن يترتب على الطعن في الحكم وقبوله زوال أثر التنفيذ ومن ثم ينقضي حق الاختصاص^(٣).
- في حالة كون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل وإن لم يتوافر له قوة الأمر المقضي به، فإنه يجوز أخذ حق الاختصاص عليه، لأن كون مصير هذا الحق مرتبط بمصير الحكم، ففي حالة إلغاء الحكم في محكمة المعارضة أو المحكمة الاستئنافية لا يمكن المضي في تنفيذه ويسقط كل الإجراءات التي تمت بناءً عليه، ومن ثم ينقضي حق الاختصاص الذي أخذه الدائن^(٤).

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٩.

(٢) د. شفيق شحاتة، ص ١٥٢.

(*) هذه التسمية مستخدمة في مصر أما في العراق تسمى بالتمييز وهي أعلى سلطة المحاكم العراقية.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٢٦٤.

وأنظر أيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٦٣.

(٤) عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٢٦٥.

ت. أن يكون الحكم صادرًا في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين: بما أن حق الاختصاص حق تبقي لا يقوم بذاته وإنما هو لضمان دين في ذمة المدين، لذا يجب أن يكون الحكم الصادر في موضوع الالتزام ومقتضاه يحصل الدائن على حق الاختصاص ملزمة للمدين بشيء معين يجب عليه وفاؤه، وهذا يستبعد الأحكام التحضيرية والتمهيدية، كالحكم بتعيين حارس، أو بالإحالة على التحقيق، أو بنذب خبير، أو بإجراء معاينة، ويستبعد أيضًا الأحكام الموضوعية غير الملزمة بشيء معين، كالحكم برفض الدعوى^(١)، أما إذا كان مقدار الدين في الحكم غير محدد فإن تقديره يكون من اختصاص رئيس المحكمة بشكل مؤقت بموجب المادة ١٠٨٩ من القانون المدني المصري التي أقرت أنه إذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار ففي هذه الحالة يتولى رئيس المحكمة تقديره بشكل مؤقت ويتم تعيين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص.

٣. الشروط الواجب توافرها في الأموال التي يتقرر عليها حق الاختصاص: إن حق الاختصاص كما ذكرنا لا يتقرر إلا على العقار، وهذا ما أقرته المادة ١٠٨٨ من القانون المدني المصري التي أخذت بحق الاختصاص واشترطت بعدم جواز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة ومملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق، وجائز بيعها بالمزاد العلني، ومن خلال ذلك فإن هناك شروط ثلاثة في الأموال يتقرر عليها حق الاختصاص، وذلك كما يلي^٢:

أ. أن يكون عقارًا معينًا: يجب أن يؤخذ حق الاختصاص على عقار أو عقارات معينة تعيينًا دقيقًا، وذلك ببيان موقعها وقيمتها وكل ما يتعلق بها من الخصائص والمميزات.

وأنظر أيضًا: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٦٤.

(١) د. محمد علي إمام، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٤٢٩.

وأنظر أيضًا: د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، مصدر سابق ص ٢٧٣.

(٢) د. عبد المنعم البدر، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٢٦٩ - ٢٧٠.

ب. أن يكون مملوكًا للمدين: لأن حق الاختصاص لا يتقرر إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين فعلاً بخلاف الأموال المستقبلية، فإنها لا تصلح أن تكون محلاً لحق الاختصاص بحال من الأحوال.

ت. أن يكون جائزاً بيعه بالمزاد العلني: يجب أن يكون العقار أو العقارات التي تقرر عليها حق الاختصاص مما مكن بيعها بالمزاد العلني، بأن لا يكون على عقار موقوف وفقاً صحيحاً، أو على حق استعمال، أو حق سكني.

٤. شروط توقيت استيفاء حق الاختصاص: وضع المشرع المصري لأخذ الدائن حق اختصاص على عقارات مدينه شرطين اثنين يجب أن يثبت الدائن حقه على عقار مدينه قبلهما وإلا لا يحق له الاختصاص وهما:

أ. حالة وفاة المدين: بالرجوع إلى نص المادة ١٠٨٥ من القانون المدني المصري نجد أن المشرع منع أي دائن عادي بأن يتميز على غيره من الدائنين العاديين بعد وفاة المدين وذلك بأخذ حق الاختصاص على عقار أو عقارات المدين، إعمالاً لقاعدة المساواة بين دائني المتوفي العاديين الذين تتعلق حقوقهم بالتركة من تاريخ الوفاة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أخذ حق الاختصاص قبل وفاة المدين، أن يتم شهره بعد وفاته، وهذا القيد صحيح يكسب به الدائن حق الأفضلية على بقية الدائنين حسب المرتبة، لأن الممنوع هو إنشاء سبب جديد للتمييز بين الدائنين الاعتياديين بعد وفاة مدينهم، وهذا القيد هو مجرد إجراء لشهر حق سبق تقريره يجعله نافذاً في مواجهة الغير^(١).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الفقه الإسلامي عدّ الموت عارضاً تخرب به الذمة ويبطل الولاية في المال، ولهذا نقل حقوق الغرماء الثابتة في ذمة المتوفي إلى تركته واستبقاها على حكم ملكه

(١) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٠٧.

لتنتم التصفية بدفع الديون وتنفيذ الوصايا وقسمة ما بين الورثة وهذا بموجب استبقاء حالة الغرماء على ما كانت عليه منذ الوفاة، فمن لم يكن وقتئذ صاحب دين ممتاز بقي غريباً يقاسم غيره قسمة غرماء^(١).

وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن أموال الميت تؤول إلى جميع دائنيه، فيصبح لهؤلاء حق مباشرة على هذه الأموال ولا يجوز لأي منهم أن يحصل بعد وفاة المدين على أي حق في التقدم على الآخر بأي سبب كان، فإذا أخذ أحدهم اختصاصاً على بعض عقارات المتوفي كان هذا الاختصاص غير نافذ في حق الآخرين^(٢).

ب. حالة شهر إعسار المدين: وقد أفرد المشرع المصري في هذا الشرط حيث نصت المادة ٢٥٦ على "١. لايحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين، ٢. على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأن اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل" في حين نصت المادة ٢٥٧ على "متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين"، ومن خلال ذلك يظهر لنا جلياً بأن الاختصاص المقرر في تاريخ سابق على تسجيل صحيفة الإعسار لا يكون نافذاً في حق الدائنين أصحاب الحقوق السابقة على تسجيل الصحيفة مع ذلك فللدائن مصلحة في الإبقاء على اختصاصه، إذ ربما تنتهي حالة الإعسار، فإذا استجد عندئذ دائنون آخرون للمدين كان حق الاختصاص نافذاً في مواجهتهم لأن حقوقهم لاحقة على تقريرهم^(٣).

(١) استئناف مصر ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٨٣ ص ٢٢٠.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٣ - ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١ - ٢٠ نوفمبر ١٩٢٨ م ٤١ ص ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٩ - ٧ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٣.

أنظر: د. سليمان مرقس، التأمينات العينية، مصدر سابق ص ٣١٦ - ٣١٧.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٠٧.

ويبدو من خلال هذين الشرطين أن للدائن الذي يريد حق الاختصاص على عقار مدينه أن يكون المدين ما زال حيًا على قيد الحياة، ولم يشهر إعساره بعد وإلا أصبح هذا الدائن مساوية مع بقية الدائنين الاعتياديين في مطالبة دينه ولا يجد ما يميزه عنهم في تقرير حقه.

الفرع الثاني

آثار حق الاختصاص وانقاصه وانقضاؤه

سنقسم هذا الفرع الى ثلاث فقرات تكون الاولى لآثار حق الاختصاص ونبين في الثانية انقاص حق الاختصاص موضحين في الثالثة انقضاء حق الاختصاص

أولاً: آثار حق الاختصاص:

١. بقاء حق المدين في ملكية وحيازة العقار:

من الواضح أن المشرع المصري أحال آثار حق الاختصاص إلى آثار الرهن التأميني، فيكون للدائن الذي حصل على حق اختصاص نفس الحقوق التي حصل عليها الدائن المرتهن في الرهن التأميني، ويسري على حق الاختصاص ما يجري على الرهن التأميني من أحكام، وبخاصة ما يتعلق بالقيود وعدم التجزئة، وحق التقدم والتتبع، مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة بحق الاختصاص، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري "يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة"^(١).

وبالنسبة لملكية العقار وحيازته يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون وحائرا له، كذلك المدين في حق الاختصاص يبقى مالكا للعقار المرهون وحائرا له، فله حق التصرف على العقار كما له حق الاستعمال

(١) المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري.

والاستغلال، ولا تنتقيد سلطته في كل ذلك إلا بحق الدائن في حق الاختصاص، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان وفاء الدين، وربما ينتهي الأمر بالتنفيذ على العقار واستيفاء الدين من منه بحسب مرتبة الدائن^(١)، فالمدين يبقى مالكا للعقار حائزا له بكامل الصلاحية عدا ما يتعلق بأن العقار مثقل بحق الاختصاص لحين الوفاء بالدين أو انقضاء هذا الحق.

كذلك للمدين في حق الاختصاص الحق في استغلال العقار، وذلك بإدارة العقار، وقبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار، لأن هذا الوقت هو وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية، إذا نفذ الدائن على العقار ونزع ملكيته، كما له إيجار العقار المثقل بحق الاختصاص، وذلك بأن لا تزيد مدة الإيجار على تسع سنوات، فإذا زادت مدة الإيجار على هذه المدة المحددة، فإن الإيجار لا يسري إلا لمدة تسع سنوات، إلا إذا كان الإيجار مسجلاً قبل الاختصاص، ففي هذه الحالة يسري لكامل مدته، وحتى إذا لم تزد مدة الإيجار على تسع سنوات فإنه يجب لكي يسري كامل مدته في حق الدائن أن يكون الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا لا يسري في هذه الحالة أيضاً في حق الدائن إلا في حدود الإدارة الحسنة^(٢).

وقد تعددت الأحكام القضائية في الماضي تشترط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص، وبأنه إذا أخذ اختصاص على عقار غير مملوك للمدين فإنه يكون باطلاً ولا ينتج أي أثر ولو صار المدين مالكا بعد ذلك، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن طالب الاختصاص أن يتحقق من ملكية المدين وبأن من واجباته الأولية أن يدقق في فحص سندات الملكية المسجلة لأن تقديمه العريضة التي يطلب بها الاختصاص يُعد تأكيداً رسمياً لاعتباره العقار المطلوب أخذ الاختصاص عليه

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧١٦.

(٢) المصدر السابق، ص ٧١٧.

مملوكًا للمدين^(١)، وقضت أيضًا بأنه يجب لكي ينتج الاختصاص أثره أن يكون مأخوذًا على عقار مملوك للمدين، ويقع على الدائن إثبات ملكية العقار للمدين^(٢)، وقضت أيضًا بأنه إذا كان المدين قد اشترى عقارًا فلا يجوز لدائنه أن يأخذ اختصاصًا على هذا العقار ما دام المدين لم يسجل عقد شرائه^(٣).

٢. التسجيل (القيد والشهر):

كما يجب على الدائن المرتهن أن يقيد حق الرهن التأميني حتى يكون الحق نافذًا في حق الغير، كذلك يجب أولاً على الدائن أن يقيد حق الاختصاص لكي يكون نافذًا في حق الغير بما يستتبعه من حق تتبع وحق تقدم، وكما يخضع حق الاختصاص للقيد كالرهن التأميني، فإذا صدر أمر رئيس المحكمة أو حكم المحكمة بحق الاختصاص، وقدمها مع قائمة القيد إلى مكتب الشهر المختص لإجراء قيدها، وبعد صدور أمر الاختصاص تنتسخ منه صورة طبق الأصل متضمنًا جميع البيانات الدالة على استيفائه مراحل الشهر التمهيدي، ثم يتم تقديمها للمكتب المختص لشهرها بطريق القيد وتصويرها ثم إرسال الصور إلى الجهات المختصة، وذلك لغرض إجراء اللازم والقيام بما هو مطلوب من الجهة التنفيذية^(٤).

٣. عدم تجزئة حق الاختصاص:

حق الاختصاص غير قابل للتجزئة ما لم يتفق على غير ذلك كالرهن التأميني^(٥)، لأن الرهن حق تابع للالتزام المضمون، فهو لهذا ينقضي حتمًا بانقضاء الدين المضمون، ولكن شريطة أن يكون انقضاء الدين كاملاً لأن الرهن لا يتجزأ، فيبقى كاملاً ما بقي جزء من الدين، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك^(٦)، وهذا ما أشارت إليه المادة ١٣١٥ من القانون المدني العراقي بأنه ينقضي حق الرهن التأميني

(١) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣م م ٣٦ ص ٦٥.

(٢) استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠م م ١٣ ص ٥٤.

(٣) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦م م ٥٨ ص ٢٠٢.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٢٣-٤٢٤.

(٥) د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ص ٢٩٣.

(٦) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مصدر سابق ص ٤٧٥.

بانقضاء الدين الموثق، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير فيه حسن النية، وقد كسبها قانوناً في الفترة ما بين القضاء الديون وعودته.

فبالنسبة إلى العقار المرهون إذا فرض أن الدين انقسم على عدة اشخاص، وأدى أحدهم الجزء من الدين الذي عليه، لا يجوز شطب الرهن عن الجزء من العقار الذي اختص به إلا بعد سداد الدين كاملاً لأن كل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين، كذلك حق الاختصاص كل جزء من العقار المثقل به يضمن كل الدين، فإذا انقضى جزء من الدين، فإن العقار المحمل بحق الاختصاص يبقى كله ضامناً للجزء الباقي من الدين الذي لم يسدد^(١).

إذاً لا يجوز تجزئة العقار المثقل بحق الاختصاص كالرهن التأميني تماماً وإن تم تجزئة الدين، فإن العقار يبقى مرهون بحق الاختصاص لحين أداء آخر جزء من الدين عندئذ يتم شطبه كاملاً دفعة واحدة، أو بيعه في المزاد العلني عند عدم إمكانية المدين سداد الدين الذي عليه.

٤. حق التقدم وحق التتبع:

حق التقدم أو الأولوية هو الميزة أو الغاية الأساسية لحق الرهن التي ينشدها المتعاقدان عن انشاء حق الرهن، أما حق التتبع فليس إلا مجرد وسيلة ليتمكن المرتهن من مباشرة حقه في التقدم في حالة ما إذا انتقل العقار المرهون إلى الحائز^(٢).

يترتب للدائن الذي حصل على حق اختصاصي عقارات مدينه الحقوق نفسها المترتبة على الرهن التأميني من حق التقدم وحق التتبع كما هو موضح في المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري، لذا يتم تطبيق القواعد الخاصة بالرهن التأميني.

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧١٤.

وأنظر أيضاً: د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤١٩.

(٢) د. محمد طه البشير وغنى حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق ص ٤٣٤.

والأمر كذلك بالنسبة لآثار الاختصاص في حق الغير، فهو يعطي لصاحبه مزيته التقديم والتتبع وذلك تأميناً لوفاء الدين والفوائد والمصروفات، فالدائن يباشر حقه في التقديم على من العقار، وحقه في تتبعه في أي يد يكون بالوضع نفسه المقرر للدائن المرتهن في الرهن التأميني^(١).

وقد قررت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز لصاحب الاختصاص الاحتجاج بسبق تسجيل اختصاصه إلا إذا كان حسن النية^(٢)، فإن النصوص المتعلقة باختصاص الدائن بعقارات مدينه للحصول على دينه، فيها إشارات واضحة يستوجب على طالب الاختصاص أن يكون حسن النية صادقاً فيما يجب ذكره من البيانات خاصة به هو ومدينه ودينه وعقارات مدينه وقيمتها، لكي يكون رئيس المحكمة على بينة، فيأمر بالاختصاص أو يرفضه، فالدائن الذي يخفي على رئيس المحكمة بعض العقار الذي يريد الاختصاص به قد تم بيعه من قبل مدينه سابقاً بعقد عرفي ثابت التاريخ رسمياً قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه في الدين، وذكر في عريضته أن العقار لا يزال في ملكية مدينه، بناءً عليه صدر له أمر الاختصاص، وما كان ليصدر لو صدق وذكر أوصاف العقار وما يجب عليه ذكره صدقاً. فالدائن يعتبر أنه عمل عملاً إيجابياً منطوياً على سوء النية بجعل الاختصاص الذي صدر له منطوياً على سوء النية ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار السند سنداً صحيحاً، ولا اعتبار تسجيله مفيداً لحكمه قانوناً في حق المشتري من المدين^(٣).

(١) د. محمد علي إمام، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ٤٣٧.

(٢) هذا حسب نص المادة ١٠٨٥ من القانون المدني المصري.

(٣) نقض ٢١ مايو ١٩٣٦، مجموعة القواعد القانونية (١)، رقم ٣٦٩ ص ١١٢٧، ملحق القانون والاقتصاد (٦)، رقم ٧٩ ص ٢٣١.

نقلاً عن: د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، مصدر سابق ص ٢٨٦-٢٨٧.

فحق التقدم وحق التتبع مقرر للدائن على عقار أو عقارات المدين، ولكن هذا الحق مبني على حسن النية كغيره من الحقوق، لأن حسن النية قوام الحقوق جميعاً في القوانين عامة وفي القانون المدني خاصة، وبشكل أخص في الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

ثانياً: إنقاص حق الاختصاص وانقضائه

نستطيع القول بالنسبة لموضوعي الانقاص والانقضاء، بأن حق الاختصاص إما صادر يأمر من القاضي، أو بحكم من المحكمة، وفي كلتا الحالتين لا يبقى حق الاختصاص ثابت على حاله طول مدة بقاءه، فقد يطلب إنقاصه إذا كان مبالغاً فيه من أول الأمر أو فيما بعد إن ظهر أنه مبالغ فيه، وتأتي المبالغة في أول الأمر إذا كان الحكم الذي بمقتضاه أخذ الاختصاص غير محدد القيمة حسب نص المادة ١٠٨٩ من القانون المدني المصري، ورئيس المحكمة قد يزيد كثيراً على القيمة التي ظهرت فيما بعد، والمبالغة تأتي بعد ذلك غالباً من ارتفاع قيمة العقارات، فترفع قيمة العقار الذي أخذ عليه حق الاختصاص، وقد تأتي من المدين عندما يدفع جزءاً من الدين، فتصح قيمة العقار المأخوذ عليه الحق أكبر بكثير من الجزء الباقي من الدين، أما بخصوص الانقضاء فقد ينقضي حق الاختصاص كما ينقضي حق الرهن التأميني إما بصورة تبعية أو بصورة أصلية^(١).

١. إنقاص حق الاختصاص:

أ. وجوب التناسب بين الضمان والحق المضمون: من الضروري تناسب قيمة العقار أو العقارات التي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه مع مبلغ الدين المضمون^(٢)، وبخصوص الانقاص فقد تم تخصيص نصوص تشريعية في القانون المصري وهو جواز طلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب لكل ذي مصلحة، وذلك إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين، كما يكون

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧٢٨.

وأنظر أيضاً: د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٣٥.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٧٣.

إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها حق الاختصاص، أو ينقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين، وفي نفس الوقت تكون المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن على عاتق من طلب الإنقاص^(١).

ب. الأسباب التي تستوجب إنقاص حق الاختصاص: هنالك أسباب متعددة تدعو إلى طلب إنقاص حق الاختصاص، ولكن أكثرها شيوعاً ثلاثة، هي^(٢):

- مبالغة الدائن في تقدير دينه بالأكثر، أو في تقدير عقارات المدين بالأقل، للاطمئنان على صحة تقديراته، ففي هذه الحالة يجب إنقاصه.

- في حالة ارتفاع قيمة العقارات، فبعد أن كان قيمة العقار مناسباً مع الدين أصبح أعلى من هذه القيمة بكثير، يجب إنقاصه في هذه الحالة أيضاً.

- في حالة دفع المدين جزءاً كبيراً من الدين فيما بعد، فإذا استنزف هذا الجزء لأصبح الباقي من الدين أقل كثيراً من قيمة العقارات، يجب في الحالة هذه إنقاص قيمة العقارات المحملة بحق الاختصاص.

طلب الإنقاص عبر أي سبب من الأسباب السالفة الذكر يكون بإحدى وسيلتين، فإذا كان هنالك تفاوت كبير منذ البداية بين قيمة العقار وقيمة الدين، فللمدين وسيلتان:

١. تظلم المدين: ما دام طلب الاختصاص في مرحلته الأولى يستطيع المدين أن يجعل إنقاص الاختصاص سبباً أساسياً لتظلمه.

٢. دعوى أصلية بالانقاص: بحيث إذا فات المدين التظلم، فله أن يرجع بدعوى أصلية يرفعها للانقاص.

(١) المادة ١٠٩٤ من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧٣١. وأنظر أيضاً: د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٣٧.

كما يجوز أن يتم الإنقاص بالاتفاق بين الدائن وطالب الإنقاص في جميع الأحوال، ويثبت في ورقة رسمية، يؤشر بها في هامش قيد الاختصاص.

ج. الدعوى الأصلية بالانقاص: الإنقاص في أغلب الأحيان يكون بدعوى أصلية يرفعها المدعي وأكثر ما يكون المدعي هو المدين نفسه، وقد يكون دائئًا تاليًا للدائن صاحب الاختصاص، وأحيانًا يكون الحائز للعقار، بأنه قد حل محل المدين الذي كان مالكا للعقار قبله.

أما بخصوص كيفية الإنقاص فثمة طريقتان لذلك هو ما أقره التشريع المصري وذلك إما^(١):

١. أن يقتصر حق الاختصاص على بعض العقارات، أو على عقار واحد، أو على جزء من عقار بحسب الأحوال، مع التأشير في هامش التسجيل (القيد) السابق.

٢. أن ينقل حق الاختصاص إلى عقار جديد تتناسب قيمته مع قيمة الدين، بحيث تكون قيمة العقار بعد استئزال ما عليه من قيود سابقة إن كانت كافية لضمان الدين.

ولكن بخصوص المصروفات، فإذا تم الإنقاص بموجب حكم قضائي باتت كانت مصروفات الدعوى على من خسرها، وقد يقضي القاضي بالمقاصة في المصروفات بحسب الأحوال، أما إن كان بناءً على التظلم، أو بموجب الاتفاق، فتكون المصروفات على من طلب الإنقاص، وهو المدين، أو الدائن التالي أو الدائن الاعتيادي، أو الحائز، وإذا كان طالب الإنقاص غير المدين جاز له الرجوع بالمصروفات على المدين^(٢).

(١) المادة ١٠٩٤ من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧٣٢. وأنظر أيضًا: د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٣٩.

٢. انقضاء حق الاختصاص:

يتم انقضاء حق الاختصاص بالطرق ذاتها المتبعة لانقضاء الرهن التأميني، وهذا ما استقر عليه التشريع المصري (حسب المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري)، وذكره صراحة بأن يسري على الاختصاص ما يسري على الرهن التأميني من أحكام، وبخاصة ما يتعلق بالتسجيل (الفيد) وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة، سواء كان بصفة تبعية (حسب المادة ١٣١٥ من القانون المدني العراقي)، أو بصفة أصلية (حسب المادة ٣٢٤ من قانون التسجيل العقاري العراقي) وبجانب هذا هنالك أسباب خاصة بانقضاء حق الاختصاص، يمكن أن نلخصها فيما يأتي:

- تقرير الاختصاص بناء على حكم نهائي: فإذا تم تقرير حق الاختصاص بناءً على حكم نهائي، ثم طعن فيه بطريقة من الطرق غير العادية للطعن، كالتمييز أو التماس إعادة النظر، وبناءً عليه تم إلغاء الحكم، ففي هذه الحالة يسقط حق الاختصاص، ويكون للمدين الحق في أن يطالب محوه، كذلك الحال إذا تقرر الاختصاص بناء على حكم مشمول بالنفاد المعجل، ثم الغي الحكم من قبل محكمة المعارضة أو المحكمة الاستئنافية^(١)، وفي هذه الحالة أيضاً يسقط حق الاختصاص، وللمدين طلب محو الاختصاص.

- تقرير الاختصاص بأمر رئيس المحكمة: فإذا تم تقرير حق الاختصاص بأمر من رئيس المحكمة، ثم تظلم المدين من الحكم إلى القاضي الأمر، أو إلى المحكمة، وقبل تظلمه فإنه يتم إلغاء ملاحظة أن أمر القاضي المتظلم إليه بإلغاء الاختصاص يجوز أن يكون التظلم منه بوساطة الدائن إلى

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق ص ١٧٤.

المحكمة^(١)، وعلى وفق التشريعات المقارنة يجب أن يؤشر على هامش التسجيل (القيد) بكل أمر،
أوحكم قضي بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.

- انقضاء الاختصاص باتفاق الطرفين: حق الاختصاص كغيره من الحقوق قد ينقضي باتفاق بين كل من الدائن والمدين، فقد يتفق الدائن مع المدين على انقضاء حق الاختصاص، ومحو القيد المترتب على وجوده^(٢)، لأن حق الاختصاص ليس من النظام العام لذا يجوز الاتفاق على خلافه، ومن ثم يجوز الكل من الدائن والمدين الاتفاق على انقضاء حق الاختصاص بإرادتيهما.

(١) المصدر السابق ، ص ١٧٤.

(٢) د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ص ٧٣٦.
وأنظر أيضاً: د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصدر سابق ص ٤٤٢.

الخاتمة :

بعون من الله وفضله أنهينا بحثنا في موضوع اطروحتنا الموسومة (أثر حسن النية في نطاق الحقوق العينية) دراسة مقارنة وتوصلنا الى خاتمة الدراسة التي تضم جملة من الاستنتاجات والمقترحات الهامة املين ان نجد صدى لدى المشرع العراقي للفائدة العلمية والعملية سنورد أهمها على النحو الاتي

أولا - الاستنتاجات :

- ١- لا يمكن الاستدلال عن النية بطريقة مباشرة كونها المقصد والعزم للحصول على شيء معين فهي إرادة باطنة لا تظهر الا بإنتاج اثر قانوني ذلك عندما يلابسها تصرف خارجي في الاحكام الاجتماعية فهو مرتبط في ذلك المجتمع فلا يحق بها الوصفان الا في ظل تلك القيم
- ٢- ان مبدا حسن النية يتحلل الى عنصرين احدهما (ذاتي) وهو انتفاء فيه الاضرار بالغير وثانيهما (موضوعي) وهو ان يكون المتصرف على قدر من الحيطة والتبصر حتى لا يؤدي استعماله لحقه بالحاق الضرر ولا يتحقق العنصر الاول من دونها لذا يمكننا تعريف مبدا حسن النية انتفاء قصد مناقضة غرض المشرع
- ٣- ومن البحث نجد ان الانتفاع العقارات حقا مطلقا وانما هو مقيد بمبدأ حسن النية في عنصرية الذاتي ونية الاضرار بالغير والموضوعي إتيان التصرف الذي يوقع الضرر الفاحش او منع الضرر الفاحش كمعيارا موضوعيا كون منع الاضرار بالجار هو في حد ذاته ارشاد وتوجيه الى ضرورة استعمال حق الملكية العقارية بحسن النية :

أ- عدم الاضرار بالجار عند استعمال ملكه.

ب- ان يكون عند المتصرف قدر من الحيطة والتبصر حتى لا يؤدي استعماله الى الحاق اضرار فاحشه بجاره.

٤ - ان التعمق في مدلول طبيعة القيود الواردة على حق الملكية نجد في الحقيقة ان تكليف هذه القيود على انها تمثل التنظيم العام المألوف بحق الملكية يعني ان القانون وضع نظاما لكل أصحاب الحقوق العينية يمارسون فيه سلطاتهم على املاكهم فمثلا بالجوار كقيد فرضه المشرع على سلطات ملاك العقارات المتجاوزة لضمان السلام الاجتماعي بين الملاك المتجاوزين لم يبين المشرع الحق العيني فتمتعا بكامل سلطاته على حقه طالما لم يتعسف في استعمال حقه على أساس ان الملكية لها وظيفة اجتماعية لذلك فان هذا التكليف الذي يقيد سلطات المالك ليس الا التزاما عينيا فرضه القانون وجب تنفيذه بحسن نية .

٥ - بينما يمثل حسن النية الدور الأبرز في موضوع الالتصاق وخصوصا في بناء بمواد مملوكة للباني على ارض الغير في حالتي حسن النية وسوء النية اذ يبين حسن النية بدقة حكم القانون اذا جاز مالك الأرض حسن النية على جزء من الأرض الملاصقة وكذلك الحال فيما اذا التصق منقولان لمالكيين مختلفين بحيث يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هنالك اتفاق بين المالكيين فتراعى في ذلك قواعد العدالة وكذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما في الحكم .

٦ - كما وانه لا يسري التقادم على هذه القيود القانونية فهي لا تنتهي ولا تزول بعدم الاستعمال ولو لمدة خمس عشر سنة وذلك لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق والإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ولا تصلح كحيازة قانونية مكسبة للحق بالتقادم وانما نزول هذه القيود بزوال السبب القانوني في نشأتها .

٧ - اما حسن النية في مجال الحيازة فانه جهل الحائز اثناء حيازته انه يعتدي على حق الغير واعتقاده اعتقادا تاما ان المتصرف له مالك للمال وانه تلقى الحق من صاحبه الفعلي فاذا ثبت ان الحائز عند تلقيه الحق يعلم انه تلقاه مالكة او صاحبه الأصلي قرينة على سوء نية .

٨- ولذلك لا تملك بالتقادم الخمسي اذا كان المال عقارا ويجب عليه ردة او ضمان قيمته اذا كان منقولاً

فسوء النية الذي يمنع من التقادم الخمسي اذن مناطة بثبوت علم المشتري وقت الشراء بانه يشتري المال من مالكة الأصلي حتى وان كان علم المشتري احتمالي اذ ان حسن النية يلزمه بالسعي والتحري والاحتياط عند شرائه ويختلف علم الحائز بعيوب سند التصرف عن عيوب السبب الصحيح اذ من العيوب التي تشوب السبب الصحيح ويجعله غير موجود حقيقة ان يكون التصرف باطلا او سوريا ففي هذه الحالة يكون السبب الصحيح غير موجود فلا يكون هناك محل لحسن النية.

٩- اما بالنسبة للوضع الظاهر والذي مفادها إذا كان صاحب الحق قد اسهم بخطئه إيجاباً او سلباً في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبة مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه وذلك للقرائن المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها ان تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة فبمقتضاه يكون نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق.

ثانياً/التوصيات:

بديهي ان هذه التوصيات والاقتراحات قد تتفق او تخالف آراء واقتراحات اساتذتنا ، ولكن الهدف منها هو اننا شرف طلب العلم والذي نرجو من الله ان يكون علماً نافعاً .

١- ندعو المشرع العراقي الى رفع التعارض في نص المادة ١٠٥٨ مدني عراقي والخاصة بحق المجري ورفع عبارة "ليس فيها ماء للزراعة" كونها تثير لبس في مفهوم حق طالب المجري اذا لم تكن في ارضه المياه الكافية والذي اوردها في صدر المادة اعلاه ، وخصوصاً ان ذلك لا ينسجم والمصلحة العامة المراد تحقيقها من وراء ذلك القيد على حق الملكية والتثبت من وجود الماء الكافي يمكن التحقق منه بمجموعة من الادلة وظروف الحال بالاضافة الى حسن نية طالب المجري في زراعة تلك الارض وبما يتناسب وبعدها عن مصدر المياه وكذلك ابطال قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم (١٦٠٣) والصادر في ١٤/٣/١٩٨١ والذي اصبح فيه حق المجري يرد على ملكية الارض المتصلة بمورد المياه لمصلحة الارض البعيدة عنه دون مقابل ، كونه يخالف احكام المادة (٢٣) من دستور ٢٠٠٥ .

٢- كما ونحث المشرع على اصدار قوانين جديدة تتلاءم وتطور الحياة ، لتنظيم القيود الواردة على حق الملكية من اجل اداء وظيفته الاجتماعية ، جاعلاً من مبدأ حسن النية مرشداً وموجهاً في تنظيم هذه القيود خصوصاً وان القوانين الخاصة التي تتعلق بهذه القيود اصبحت اليوم قديمة وغير مسايمة لما جد في المجتمع من تطور في مجال الاعمار او الزراعة او الاستثمار .

٣- نهيب بالمشرع العراقي ايراد نص في الرهن التأميني يقرر فيه إبقاء الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه لاي سبب كان لمصلحة الدائن المرتهن اذا كان حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن فيكون قد رجح حماية المصلحة التي ترتبط بحماية الثقة المشروعة لاستقرار المعاملات وحماية الائتمان فب المجتمع .

٤- وكذلك ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (١٤١) من قانون التسجيل العقاري والذي قررت بطلان الرهن التأميني بسبب بطلان سند الملكية فقد نصت في فقرتها الثانية من المادة أعلاه بأنه (تعتبر جميع الحقوق العينية التبعية وإشارات الحجز الواقعة بعد التسجيل باطله تبعا لأبطال التسجيل العيني) وهي تطبيق لفكرة الأثر الرجعي فالرهن يعتبر وكأنه لم يملك العقار في وقت من الأوقات ولا يميل الفقه الحديث الى تطبيق النتائج المترتبة على فكرة الأثر الرجعي على نطاق واسع وما تتضمنه من الإساءة الى مركز الدائن المرتهن ويهدر الثقة في المعاملات بل يميل الى الحد من الآثار اذا كان من شأنها المساس بحقوق اكتسبها غير حسن النية.

٥- فضلا عن ذلك ندعو المشرع العراقي لمعالجة وضع الوارث الظاهر والذي يمثل وضعاً ظاهراً يمكن الاطمئنان اليه والقول بصحة الرهن ونفاذه لمواجهة الوارث الحقيقي اذا كان حسن النية معتقداً مع كافة الناس انه الوارث الحقيقي تأسيساً على قاعدة الغلط الشائع يولد الحق.

٦- ايراد مادة في نصوص قانون التسجيل العقاري لرسم اليات تسجيل رهن الأموال المستقبلية مسايرة في هذا النوع من الرهن لمتطلبات المجتمع المعاصر وتشجيعاً للاستثمار العقاري وخصوصاً في ظل هذا النمو السكاني والتوسع الكبير في انشاء المجمعات السكنية والحاجة الماسة اليها لمواكبة النمو السكاني .

٧- اعطاء المجال امام القضاء ان يوسع في تفسيره بالنسبة لمضار الجوار المألوفة وغير المألوفة بما ينسم ومعيار الضرر الفاحش ، والتعويل على الجانب المعنوي معتمداً على مبدأ حسن النية وظروف وملابس كل حالة ، بالإضافة الى ما يحيط بها من قرائن تساعد على الكشف عن ذلك العنصر المعنوي وعدم الاكتفاء بالعنصر الموضوعي لحسن النية المتمثل في الضرر الفاحش ووفقاً لكل حالة ، اذ لا يعني الاخذ بهذا المعيار ان المشرع العراقي قد جانب العنصر المعنوي .

المصادر

المصادر :

- القرآن الكريم .

أولاً . معاجم اللغة العربية :

١. محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين ابن منظور : لسان العرب ، ج ١ ، ط ١ ، دار

احياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠١٠.

٢. محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، معجم مختار الصحاح ، ط ١ ، دار صادر ، بيروت ،

. ٢٠٠٨ .

ثانياً . الكتب القانونية :

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، دراسة تحليله للأنظمة القانونية

المعاصرة، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٨٠م.

٢. د. إبراهيم أنيس وأحمد محمد الحوفي وعلي النجدي ناصف ومحمد خلف الله أحمد، المعجم الوجيز،

طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بمجمع اللغة العربية،

جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٣م.

٣. د. أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة

تحليلية نقدية في القانون المقارن وفقه الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد

الثاني.

٤. د. أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٦٨م.

٥. د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة للنشر - مصر، ٢٠٠٨م.
٦. د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، العائد لصناعة الكتاب - مصر، ٢٠٠٧م.
٧. د. أسامة محمد سعيد المفتي، التنظيم القانوني لمعالجة تفتيت الملكية الزراعية، المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية، ٢٠١١م.
٨. د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة، ١٩٥٨م.
٩. د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف - الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣م.
١٠. د. أيمن سعد سليم، الحكر في القانون المدني المصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١م.
١١. د. بكر عبد الفتاح فهد، أصول المحاكمات المدنية، دون بلد النشر، ٢٠١١م.
١٢. د. بناسي شوقي، أحكام الرهن الرمس في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، ٢٠٠٩م.
١٣. د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
١٤. د. بيان يوسف رجب، شرح القانون المدني - حقوق الامتياز، دار الثقافة - عمان، الأردن، ٢٠٠٩م.
١٥. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٧٨م.

١٦. د. جاك ميتران وعمانوئيل بوتمان، مارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، ترجمة: منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ٢٠٠٦م.
١٧. د. جميل الشرقاوي، دروس التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٧٦م.
١٨. د. حامد مصطفى، القانون المدني العراقي الملكية وأسبابها، شركة التجارة والطباعة المحدودة - بغداد، ١٩٥٣م.
١٩. د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، جامعة الدول العربية، ١٩٦٦م.
٢٠. د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٨٨م.
٢١. د. حسن كيرة، اصول القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، ١٩٥٨.
٢٢. د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان، ٢٠٠٧م.
٢٣. د. حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة - الجزائر، ٢٠٠٢م.
٢٤. د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٢٥. د. خواجه سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير - بسكرة، العدد الرابع، ٢٠٠٨م.

٢٦. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية- لبنان، ٢٠١٢م.
٢٧. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة للنشر - مصر، ٢٠٠٧م.
٢٨. د. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م.
٢٩. د. عواطف زراة ، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة- الجزائر، الطبعة الثانية، ٢٠١١م.
٣٠. د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، منشورات المكتبة العصرية- بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٦٢م.
٣١. د. سامي إبراهيم صالح، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار، دون بلد النشر، ١٩٨٧م.
٣٢. د. سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، منشأة المعارف- الإسكندرية، ١٩٥١م.
٣٣. د. سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف- الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
٣٤. د. شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا دار النشر- بغداد، ١٩٧١م.
٣٥. د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة المصرية- القاهرة، ١٩٥٠م.
٣٦. د. شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، دار الشروق ، القاهرة - مصر ، ٢٠٠٨ .
٣٧. د. شيرزاد عزيز سلمان ، حُسن النية في ابرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقات الدولية ، ط ١ ، دار دجلة ، الاردن ، ٢٠٠٨ .

٣٨. د. صادق حيدر، شرح المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهاوري- بغداد، ٢٠١١م.
٣٩. د. صالح سليمان حمد الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المكتبة الملكية للنشر والتوزيع- مكة المكرمة، ٢٠٠٨م.
٤٠. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد، ١٩٦٠م.
٤١. د. صوفي ابو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
٤٢. د. عازي أبو عرابي، أحكام الحقوق العينية الأصلية، مطبوعات جامعة الإمارات- العين، ٢٠١٦م.
٤٣. د. عبد الحليم عبد اللطيف الفوني ، حُسن النية واثر في التصرفات ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .
٤٤. د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الجزء التاسع، منشأة المعارف- الإسكندرية- مصر، بلا سنة النشر.
٤٥. د. عبد الحميد فودة ، مبدأ حُسن النية في القانون الروماني في التصرفات ، دتر الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط ١ ، ٢٠١٠ .
٤٦. د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف- الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٤٧. د. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٧٠م.
٤٨. د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، دار المقتبس- بغداد، ١٩٥٣م.

٤٩. د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية والشخصية، دار الثقافة- مصر، الإسكندرية، ١٩٥٠م.
٥٠. د. عبد الكريم مبارك سعيد، موجز أحكام القانون المدني، الحقوق العينية، دون دار النشر، ١٩٩٦م.
٥١. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج ١، مطبعة شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧.
٥٢. د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، محمد طه بشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- بغداد، ١٩٨٠م.
٥٣. د. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، مكتبة سيد عبد الله وهبة- القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٩م.
٥٤. د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة للطباعة والنشر- مصر، دون سنة النشر.
٥٥. د. عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، دون دار النشر، ٢٠٠٤م.
٥٦. د. علي حسن الذنون، شرح القانون المدني العراقي- الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة- بغداد، ١٩٥٤م.
٥٧. د. علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، الجزء الثالث، دار عالم الكتب- بيروت، دون سنة النشر.
٥٨. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، الأردن، ١٩٩٩م.

٥٩. د. فايز أحمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية- مصر، ٢٠٠٧م.
٦٠. د. فؤاد شجاع سلطان وكريم شجاع سلطان، قوانين الملكية العقارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- بغداد، ١٩٩٢م.
٦١. د. لفتة هامل العجيلي، أحكام دعاوي حماية الحيازة- دراسة في ضوء أحكام القانون وآراء الفقهاء وتطبيقات القضاء، مطبعة الكتاب- بغداد، ٢٠١٢م.
٦٢. د. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الحقوق العينية، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي- مصر، دون سنة النشر.
٦٣. د. محمد المنجي، الحيازة، توزيع منشأة المعارف- جلال حزي وشكاؤه، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥م.
٦٤. د. محمد المنجي، موسوعة الدعوى العملية- دعوى ثبوت الملكية، منشأة المعارف- الإسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩م.
٦٥. د. محمد حسين عبد العال، أحكام حق الملكية في القانون المصري، مطبوعات جامعة أسيوط، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
٦٦. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ٢٠٠٦م.
٦٧. د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية "الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية"، دار الجامعة- الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٦٨. د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م.
٦٩. د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، دار الحرية للطباعة- بغداد، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤م.

٧٠. د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، شركة العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة، بلا سنة النشر.
٧١. د. محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ١٩٩٣م.
٧٢. د. محمد علي إمام، التأمينات العينية والشخصية، مطبعة نهضة مصر - القاهرة، بدون سنة النشر.
٧٣. د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، مطبعة جامعة القاهرة - القاهرة، ١٩٥٤م.
٧٤. د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥١م.
٧٥. د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، منشأة المعارف - الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
٧٦. د. محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دون دار النشر، ١٩٧٤م.
٧٧. د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ١٩٩٧م.
٧٨. د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب - القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩م.
٧٩. د. محمود عبد الرحيم الديب، أحكام استثمار المال المرهون في القانون المدني، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

٨٠. د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني - الحقوق العينية، الجزء الثالث، دار الجيل للطباعة - القاهرة، ١٩٧٧م.
٨١. د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط ٩، ج ١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.
٨٢. د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م، الجزء الثالث، مطبعة المعارف - بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٩م.
٨٣. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، دون دار نشر - القاهرة، ١٩٦٥م.
٨٤. د. الموسوعة الفقهية، تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، مطبعة ذات السلاسل - الكويت، ٢٠٠٦م.
٨٥. د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ٢٠١٠م.
٨٦. د. نصر أبو الفتوح فريد، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م.
٨٧. د. هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م.
٨٨. د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المعرفة الجامعية - القاهرة، ١٩٩٩م.
٨٩. د. وائل محمد شحاتة الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفية لتوزيع الكتب القانونية - مصر، دون سنة النشر.

٩٠. د. وجدي شفيق، موسوعة شرح قوانين الشهر العقاري والتوثيق والسجل العيني، المجلد الأول، دار شادي للموسوعات القانونية- القاهرة، ٢٠١٠م.

٩١. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧م.

٩٢. د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع - الأردن، ٢٠١١م.

ثالثاً. كتب الفقه الاسلامي :

١. الإمام أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة - بيروت، لبنان، ١٩٩٠م.

٢. الشهرستاني، الملل والنحل، مكتبة الايمان، ط ١، المنصورة، ٢٠٠٦.

٣. احمد امين، فجر الاسلام، ط ٨، مكتبة الخانجي، القاهرة، بدون سنة طبع.

٤. د. عبد المجيد مطلوب، اصول الفقه الاسلامي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٥. د. احمد كاظم البهادلي، مفتاح الوصول الى علم الاصول، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٢.

٦. د. محمد بحر العلوم، عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩.

٧. القاضي عبد الجبار، فضل الاعتزال وطبقات المعتزلة، تحقيق د. قاد سعيد، تونس، ١٩٩٤.

رابعاً. الرسائل والاطاريح :

١. احمد مصطفى سلمان، احياء الاراضي الموات، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الازهر، ١٩٧٧.

٢. حيدر حسن ديوان الأسدي، حق الاختصاص، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الفقه، جامعة الكوفة، ٢٠١١م.

٣. خالد محمد زكي ، ملكية الطبقات ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٩ .

٤. سامرة محمد حامد العمري، حق الانتفاع وتطبيقاته المعاصرة- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠١٠م.

٥. السيد البدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حُسن النية في المعاملات المدنية ، اطروحة للحصول على الدكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ .

٦. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، ١٩٧٣ .

٧. فايز أحمد عبد الرحمن، أثر التأمين على الالتزام بالتعويض- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، اطروحة دكتوراه في الحقوق- جامعة أسيوط، ١٩٩٧م.

٨. مصطفى عبد السيد الجارحي ، ملكية الشقق في القانون المصري ، دراسة مقارنة مع القانون العراقي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ .

خامساً. البحوث المنشورة :

١.د. انور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة عشر ، العدد الاول ، ١٩٤٧ .

٢.د. بشرى جندي، حتمية التطور الاشتراكي في مبادئ القانون المدني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة ١١، ١٩٦٧م.

٣.د. ريبازأردلان بكر، حق المساطحة وإشكالياته، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد السابع، العدد الأول،
٢٠١٨ م .

٤.د. ضحى محمد سعيد النعمان، السيد عمر رياض أحمد، حق السكني دراسة مقارنة، مجلة جامعة
تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، أيلول ٢٠١٦م.

٥.د. عبود عبد اللطيف البلداوي، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار، مجلة القضاء، العدد
الأول والثاني، السنة التاسعة والعشرون، ١٩٧٤م.

٦.د. فايز عيدان رحيم، هاشم أحمد محمود، النظام القانون للحائط المشترك- دراسة مقارنة، مجلة
جامعة تكريت للحقوق، السنة ٢، المجلد ٢، العدد ٢، الجزء الأول، كانون الأول ٢٠١٧م/ ربيع
الأول ١٤٢٩هـ.

٧.د. ليلي عبد الله ، دورا الارادة في تقييد حق الملكية ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الرابع ،
١٩٨٢ .

٨.د. وديع فرج، أثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون، بحث منشور في مجلة القانون
والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٣م.

سادساً . القرارات المنشورة:

١- حكم محكمة التمييز رقم (١٩٢٩م/٢ عقار /٧٥ في ٢٤/٦/١٩٧٥) منشور في مجموعة ابراهيم
المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ٢ .

٢- حكم محكمة التمييز رقم (٨٤٦/مدنية اولى ٨٨ في ١٦/٣/١٩٨٩) منشور في مجموعة المشاهدي ،
الجزء الرابع .

٣- رقم القرار (٤٠٤/الهيئة العامة / ٢٠١١ في ٢٠١٢/٢/٢٨) ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع
، تشرين الثاني ، ٢٠١٢ .

٤- رقم القرار (٣٤٧٦ / الهيئة الاستئنافية العقارية / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٧/٧) مدونة القضاء المدني
العراقي ، هادي عزيز علي .

٥- قرار الغرفة المدنية لدى محكمة النقض (٣١/٣ ايار / مايو ٢٠٠٧) ، نشر قرارات الغرفة المدنية
الثالثة رقم ٩٦ ، دالوز ٢٠٠٧ .

٦- قرار الغرفة المدنية لدى محكمة النقض (١ ، ٢ آذار / مارس ١٩٩٤) نشر قرارات الغرفة المدنية
الاولى رقم ٨٥ .

٧- رقم القرار ١٢٢٤ في ٢٠٠٦/٩/٢٦ ، منشور في المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز
الاتحادية ، علاء صبري التميمي ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠٠٩ .

٨- رقم القرار ٢٤٥ في ١٩٥٨/٢/١٣ ، مجلة القضاء ، العدد الثالث ، ١٩٥٨ .

٩- رقم القرار ١٢٢٠ في ١٩٥٤/٧/٢٨ ، مجلة القضاء ، العدد الخامس ، ١٩٥٤ .

١٠- رقم القرار ١٩٧١ م/٢ عقار / ٧١ في ١٩٧٢/٩/٨ ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة
الثالثة.

١١- رقم القرار ١١١٦ م/٢ عقار / ٧٣ في ١٩٧٣/٣/١٩ ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة
الرابعة .

سابعاً. التشريعات:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة ١٩٥١ المعدل .

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٣- القانون المدني الفرنسي رقم ١٨٠٤ .

٤- قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

٥- قانون ملكية الطوابق والشقق رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٠ .

٦- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل .

٧- قانون الري رقم ٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل .

ثامناً . والانظمة والتعليمات :

١- حفر الابار المائية رقم ١ لسنة ٢٠١١

٢- تعليمات رقم ١ لسنة ١٩٩٩ الخاصة باستثمار المناجم.

٣- تعليمات رقم ١ لسنة ١٩٨٩ الخاصة بتحديد الاراضي التي تصلح للاستثمار كمقالع (المعدل)

المصادر الاجنبية :

1. Beudant , Course droit Civil Franc ais ,2ced , tiv , Les biens , parvirin ,1938
2. Encyel, Dalloz, Droit civil, vo Bail emphyteotique par C. GIVERDON, no 1. 1975.

3. Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr Xavier Henry ،٢٠٠٩، طبعة دالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية- طبعة دالوز، الطبعة الثامنة بعد المئة- طباعة إيطالية، ٢٠١٢م.
4. Paul Robertm , le petit robetdictionnaire de la langue français, s -m Paris 1989

Abstract

In the vast majority of current legal systems, the concept of good faith is one of the most significant common notions, although lawmakers seldom care to provide a definite and unambiguous definition of it, leaving it to jurisprudence and jurists

in each nation to explain what is meant when turning to it. Thus, the role played by this idea is not the same in all legal systems, but differs from one legal system to another, and there are differences in terms of degree from the law of one state to the law of another state. Many researchers have attempted to clarify the concept of the principle of good faith, organize its approach, and give it a single meaning, but these efforts have failed, given that it is one of the flexible ideas in which intention plays a major role in determining its content, on the one hand, and some legal systems treat it as a reserve in the legal system, on the other. On the other hand, in addition to the fact that intent is in essence a moral, religious and social idea.

Morals, which are frequently echoes of religions, and thus the law, obligated the individual to have good faith towards the members of his community and not intend evil for them, and to treat them in the same way that he intends to treat himself, so as not to harm them, neither out of bad faith nor in bad faith. From neglect, the law and morality convey a single message: to promote peace, halt aggression, build trust, and combat bad faith in order to strengthen the structure of justice and service to society and the individual.

It is not essential to pay attention to this concept in all current laws since it regulates legal conduct in general, and it is estimated that this principle dominates the legislator's thought as much as it appears in the texts and substance of the legislation.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
And Scientific Research
University of Babylon
College of law



The Effect of Good Faith in The Scope of Rights in Rem (comparative study)

It is part of a doctorate degree in philosophy of law
/private law

To the College of Law / University of Babylon

**Submitted by the student
Mohammed A.Baqer**

***Supervised by
Prof. Dr.Slam Abed Alzhera Abed Allah***

2022 A.D

1443A.H