



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية القانون / جامعة بابل

حقوق الارتفاق الاتفاقية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة

مجلس كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة

الماجستير في القانون الخاص

من قبل الطالب

منتظر نجم عبد مجي

بإشراف الدكتور

منصور حاتم محسن الفتلاوي

أستاذ القانون المدني

٢٠٢٢ م

١٤٤٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((..وَإِنْ يَسْتَغِيثُوا يُغَاثُوا بِمَاءٍ كَالْمُهْلِ يَشْوِي الْوُجُوهَ بِئْسَ الشَّرَابُ وَسَاءَتْ مُرْتَفَقًا))

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة الكهف : الآيه (٢٩)

الإهداء

إلى

أرواح شهداء العراق الذين دافعوا عن أرض العراق وضحوا من أجله...
قارب النجاة الذي أوصلني الى بر الامان ورفيق حياتي وخيمتي... والدي
مدرستي وملكتي وسندي في الشدائد ... والدتي
الأعمدة التي أستند عليها كلما قل صبري وعزيمتي... إخوتي وأخواتي
السند ورفيقة الدرب والملهمة.... زوجتي

أهدي لكم جهدي المتواضع

الباحث

الشكر والعرفان

الحمد لله الذي وفقني لهذا وما كنت لأوفق لولاه والصلاة والسلام على سيد الخلق والأنام أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الغر الميامين.

أما بعد فيشرفني ان أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور منصور حاتم الفتلاوي لما أبداه من توجيهات سديدة في سبيل إعداد هذه الرسالة بآرائه وأفكاره القيمة، وأسأل الباري عز وجل أن يمد في عمره ويوفقه لخدمة العلم.

و أتقدم بالشكر الجزيل لعمادة كلية القانون المتمثلة بالسيد عميد الاستاذ الدكتور ميري كاظم، وكذلك الى رئاسة فرع القانون الخاص المتمثلة بأستاذي الدكتور خير الدين كاظم الامين والى جميع أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل منذو بداية مشواري العلمي والى كل أساتذتي في الدراسة الاولى في جامعة الكوفة فكل ما عندي لكم الفضل فيه، والشكر موصول للسادة الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة فهم أهل لسد الخلل ومعالجتها وبيان موضع القصور فيها سائلاً الله عز وجل أن يثيبهم عني خيراً.

ويلزمني أن أتقدم جزيل الشكر إلى الاستاذ عباس كاظم خطاب الربيعي قاضي المستقبل لما أبداه من مساعدة قيمة والذي لم يبخل علي بعلمه كلما أحتاج الحل في كل الازمات التي تواجهني فبابه كان مفتوحاً لي في كل وقت وأخص بالذكر الدكتور أمير صلاح الاعرجي أستاذ في كلية القانون في جامعة الامام الكاظم الذي ايضاً كان ملهماً في أفكاره العلمية النيرة وأود أن أشكر كل من ساعدني بالكلمة والنصيحة وبالشعور الطيب متمنياً لهم العافية في الدنيا وحسن الخاتمة في الآخرة.

وأتقدم بالشكر والتقدير للأخوة والاخوات العاملين في المكتبات في مكاتب كليات القانون في " جامعة بابل، جامعة الكوفة، جامعة كربلاء، جامعة بغداد، جامعة المستنصرية جامعة، النهرين. الجامعة العراقية " وكذلك مكتبة الروضة الحيدرية، ومكتبة العتبة الحسينية ، وكذلك المشرفين على قناة الفكر القانوني لما قدموه من مساعدة للحصول على المصادر لا تمام هذه الرسالة.

وآخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين والصلاة على خير المرسلين سيدنا محمد
وعلى اله الطيبين الطاهرين وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

الباحث

الصفحة	الموضوع
١٣-٨	المقدمة
١٥-١٤	الفصل الأول : مفهوم حقوق الارتفاق الاتفاقية
١٦-١٥	المبحث الأول : ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية
١٦	المطلب الأول : تعريف حقوق الارتفاق الاتفاقية
٢٢-١٦	الفرع الاول : تعريف القانون لحقوق الارتفاق الاتفاقية
٢٧-٢٢	الفرع الثاني : الأحكام القضائية لحقوق الارتفاق الاتفاقية
٢٧	المطلب الثاني : عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقية وأنواعها
٣٧-٢٧	الفرع الأول : عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقية
٤٣-٣٧	الفرع الثاني : أنواع حقوق الارتفاق الاتفاقية
٤٤	المبحث الثاني : سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية وما يميزها عما يشته به
٤٤	المطلب الأول : سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية
٤٨-٤٤	الفرع الأول : سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية من حيث طبيعتها ومحلها
٥٢-٤٩	الفرع الثاني : سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية من حيث مدتها وقابليتها للتجزئة
٥٣	المطلب الثاني : تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عما يشته به
٥٧-٥٣	الفرع الاول : تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن حق الانتفاع العقاري
٦٢-٥٧	الفرع الثاني : تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن الحقوق الارتفاق القانونية
٦٥-٦٢	الفرع الثالث : تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن حق الاستعمال والسكنى
٦٦	المبحث الثالث : محل حقوق الارتفاق الاتفاقية ومصادرها

٦٦	المطلب الأول : محل حقوق الارتفاق الاتفاقية
٧٢-٦٧	الفرع الأول : العقارات بطبيعت
٧٧-٧٣	الفرع الثاني : العقارات بالتخصيص
٧٧	المطلب الثاني :مصادر حقوق الارتفاق الاتفاقية
٩٧-٧٨	الفرع الأول : المصادر الارادية
١٠٩-٩٧	الفرع الثاني : الاعمال المادية
١١٠	الفصل الثاني : أحكام حقوق الارتفاق الاتفاقية
١١٠	المبحث الأول : المركز القانوني لمالك العقار المرتفق اتفاقياً
١١١-١١٠	المطلب الأول : تحديد مدى حق الارتفاق الاتفاقية واستعماله
١١٨-١١١	الفرع الأول: حقوق مالك العقار المرتفق اتفاقياً
١٢٦-١١٨	الفرع الثاني :التزامات مالك العقار المرتفق اتفاقياً
١٢٦-١٢٦	المطلب الثاني : الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق اتفاقياً
١٣٥-١٢٧	الفرع الاول : دعوى الاقرار بحق الارتفاق الاتفاقية
١٤١-١٣٥	الفرع الثاني : دعاوى الحيابة المتعلقة بحقوق الارتفاق الاتفاقية
١٤٧-١٤١	الفرع الثالث : دعوى التعويض التي يقيمها مالك العقار المرتفق اتفاقياً
١٤٧	المبحث الثاني : المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به اتفاقياً
١٤٧	المطلب الأول : حقوق مالك العقار المرتفق به والتزاماته
١٥٧-١٤٨	الفرع الأول : حقوق مالك العقار المرتفق به اتفاقياً

١٥٧-١٦٤	الفرع الثاني : التزامات مالك العقار المرتفق به اتفاقاً وجزاء الاخلال بها
١٦٥	المطلب الثاني :الدعوى المخولة لمالك العقار المرتفق به اتفاقاً
١٦٥-١٦٧	الفرع الأول : دعوى إنكار بحق الارتفاق الاتفاقي
١٦٧-١٦٩	الفرع الثاني : دعاوى الحيازة المتعلقة بمالك العقار المرتفق به اتفاقاً
١٦٩-١٧١	الفرع الثالث: دعوى التعويض التي يقيمها مالك العقار المرتفق به اتفاقاً
١٧٢	المبحث الثالث : انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية
١٧٢-١٧٣	المطلب الأول : طرق انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بالاتفاق
١٧٣-١٨٠	الفرع الأول : انتهاء الاجل المحدد لحق الارتفاق الاتفاقي وتحق الشرط الفاسخ له
١٨٠-١٨٧	الفرع الثاني : النزول عن حقوق الارتفاق الاتفاقي واتحاد الذمة
١٨٧	المطلب الثاني : انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بحكم القانون
١٨٨-١٩٦	الفرع الاول : انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بهلاك العقار والتقدم
١٩٦-٢٠٣	الفرع الثاني : استحالة استعمال حق الارتفاق الاتفاقي وزوال الفائدة منه
٢٠٥-٢٠٨	الخاتمة : _____
٢١٠-٢٢٣	مصادر الرسالة: _____

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة، والسلام على إله وصحبه المنتجبين.

قبل البحث في موضوعنا لابد لنا من مقدمة نقف فيها على فكرة البحث، ونبين فيها إشكالية البحث موضوع الدراسة، وأسباب اختياره، والتساؤلات التي تثار عن الموضوع، والمنهجية المتبعة في البحث، وأخير التطرق الى خطة البحث.

أولاً: فكرة البحث

تناول القانون المدني العراقي حقوق الارتفاق ضمن طائفة من الحقوق العينية الاصلية المنقرعة عن حق الملكية والحق العيني الاصلي وهي جاءت لتلبي الرغبات المشروعة للمجتمع والافراد والحق العيني هو السلطة التي يقررها القانون لشخص على شيء اكتسبها رأساً دون توسط حق شخصي سابق. لذلك فحق الارتفاق باعتباره احد الحقوق المنقرعة من حق الملكية تنشأ عندما لا يحتاج الفرد الى تملك عقار كامل وإنما مجرد الحصول على منفعته لمدة من الزمن وبعد انتهاء المدة المحددة يرجع الحق لصاحبه وكل ذلك عن طريق اللجوء للحقوق العينية الاصلية والتي تنفرع عن حق الملكية ومن هذه الحقوق هو حق الارتفاق الاتفاقي فهذا الحق يلبي الرغبات لعدة أشخاص من دون الاضطرار الى تملك العقار، وهذا الحق يثير العديد من المشاكل التي تنشأ عن طريق وجود عقارين احدهما عقار

خادم والاخر عقار مخدوم مثل حق المرور وحق المجرى وغيرها من حقوق الارتفاق الاتفاقية لذلك يحتاج هذا الامر الى بيان حقوق الارتفاق الاتفاقية لكون أحكام هذا القانون جاءت متفرقة وغير متعمقة وكذلك بعض القوانين لم تفرق بينها وبين الحقوق الاخرى لذلك لابد من تمييزها عن الحقوق التي تشبه معها لرفع اللبس وبيان ماهية تلك الحقوق وبيان خصائصها بصورة مفصلة والمعالجات الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين موضوع المقارنة .

ثانيا: اشكالية البحث

ان هذا الموضوع يثير مشاكل تؤدي الى نوع من الغموض ولذلك تحتاج الى حلول وتوضيحات ببيان ماهية هذه الحق وتعريفه بصورة دقيقة لحل الاشكاليات المتعلقة ببيان مفهومه وكذلك الاجابة على بعض التساؤلات بتحليل بعض النظم القانونية لحقوق الارتفاق الاتفاقية من اكتسابها ولغاية انقضائها وتحديد المراكز القانونية لمالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به وتنظيم اليات الارتفاق وحل مشاكلها بالتفصيل والوصول الى الحلول الانجح وكذلك تؤدي الى تقليل مراجعات الاشخاص الى القضاء وذلك لوجود احكام تعالجها بالتفصيل بتحديد حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به لأن في الكثير من الاحيان تنشأ مشاكل بسبب الاستعمال لهذا الحق وكذلك الية صيانتة ونفقات الصيانة وغيرها من الامور التي تثار بهذا الصدد .

ثالثاً: اسباب اختيار البحث

إن من أسباب اختيار البحث هي المشاكل التي تتعلق بمعالجة هذه الحقوق من حيث التعريف فبعض القوانين لم تضع تعريفاً موحداً لهذا الحق والبعض الآخر عرف هذا الحق بصورة صحيحة ولكن لم يبين أن المقصود بالتعريف هو حق الارتفاق الاتفاقي مما يتبادر الى ذهن الباحث أن المقصود به طائفة معينة من الحقوق مجتمعة بحق الارتفاق الاتفاقي ومن جانب آخر نجد أن الشروط لثبوت هذا الحق مختلفة حسب الآراء الفقهية لذلك يتطلب الامر منا تحديد تلك الشروط وسد النقص فيها , وكذلك تبيان مصادر هذه الحقوق هل هي منشأة بفعل النص القانوني أم بفعل الاتفاق وكذلك ماهي الاسباب التي جعلت تناول موضوع حقوق الارتفاق لدى الفقه بصورة مقتضبة , وكذلك مشكلة المركز القانوني لمالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به من حيث إحاطة القانون المدني العراقي بها بصورة كاملة أم ترك القانون في بعض الحقوق التي لمالك العقار المرتفق او المرتفق به بالرجوع الى القواعد العامة وسبب الرجوع الى تلك القواعد إن كانت هنالك مادة تحكمه في القواعد العامة أم ترك أمرها لتفسير القضاء وأراء الفقهاء والباحثين , ولذلك يكون علينا معالجة تلك الامور بصورة مستفيضة مقارنةً بالقوانين

الآخري وهي القانون المدني المصري وقانون الملكية العقارية اللبناني والقانون المدني الفرنسي .

رابعاً: تساؤلات البحث

هنالك جملة من التساؤلات ومشاكل جوهريّة تتعلّق بمعرفة طبيعة حقوق الارتفاق وهل المشرع حدّد مفهوم هذا الحق بصورة دقيقة وماهي الأحكام القانونية لحق الارتفاق الاتفاقي و للإجابة عن هذه التساؤلات، يتطلّب من البحث تعريف هذا الحق بصورة مفصلة وبيان الشروط التي يتطلّبها القانون لوجود حق الارتفاق الاتفاقي، بالتمييز بين حق الارتفاق الاتفاقي والحقوق الأخرى لكي لا نكون أمام خلط كما سنرى لدى بعض القوانين والفقهاء، وكذلك ماهي الإشكالية التي تثار عند عدم تسجيل هذه الحقوق في التسجيل العقاري، وكيفية تناول المشرع العراقي لهذا الموضوع وكذلك المواد القانونية التي أخذت بالتسجيل هل تشمل كل أنواع حقوق الارتفاق أم هنالك أنواع أخرى يتطلّب لتسجيلها توفر أركان معينة وهل هذه الأركان واحدة في كل القوانين موضوع المقارنة أم هنالك قوانين لم تتناول بعض أركانها، وكذلك تحديد الآثار التي تترتب على مالك العقار هل من الممكن تنظيمها بقانون أو بموجب عقد أو اتفاق، وكذلك من الممكن أن تنشأ مشاكل أمام القضاء هل يقتصر دور قاضي الموضوع في حقوق الارتفاق في مجال محدد أم يتدخل في مجال معين ليوسع من الحقوق الاتفاقية أم يقصرها في مجال آخر.

خامساً: منهجية البحث

إستعنا في بحثنا بالمنهج التحليلي لتطبيق القواعد العامة لإحكام التشريعات المدنية مثل القانون المصري واللبناني والفرنسي مقارنة بالقانون العراقي بصدد حقوق الارتفاق الاتفاقية والنظام القانوني لها وكذلك انتهجنا المنهج الاستقرائي لآراء الفقهاء مثل الفقه الفرنسي والمصري واتبعنا ايضاً المنهج المقارن للنصوص التشريعية الواردة في القوانين المدنية ومقارنتها مع بعضها بإعتباره المصدر الرئيسي لحق الارتفاق الاتفاقية ومن حيث النطاق ان حق الارتفاق الاتفاقية يثار عندما يكون هنالك عقار يحد من منفعته لفائدة عقار اخر يملكه مالك اخر وفق القانون المدني، وسنوضح ما نتناوله بآراء الفقهاء والقوانين المدنية الاخرى وتحديد هل هو حق يتحدد وفق الملكية الاصلية ام حق قائم بذاته، وكذلك مسألة تنظيم هذا الحق والشروط الواجب توافرها لتطبيقه .

سادساً: خطة البحث

من اجل الاحاطة بموضوع حقوق الارتفاق الاتفاقية وتحقيقاً للغاية المرجوة من البحث فقد وضعنا خطة تقوم على فصلين: يتناول الفصل الاول ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية وتقسيمه الى مبحثين سنخصص المبحث الاول لمفهوم حقوق الارتفاق الاتفاقية وسنناقش في المبحث الثاني سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية وما يميزها عما يشته به، وفي المبحث الثالث فتناول محل حقوق الارتفاق الاتفاقية

ومصادرها، وفيما يتعلق بالفصل الثاني سنتعرض فيه لإحكام حقوق الارتفاق الاتفاقية بتقسيمه لمبحثين نتناول في المبحث الأول المركز القانوني لمالك العقار المرتفق اتفاقياً والمبحث الثاني تضمن المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به اتفاقياً وفي المبحث الثالث نتناول انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية، ثم سنختم دراستنا بخاتمة تتضمن أبرز النتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها من خلال البحث.

سابعاً: الدراسات السابقة

نعرض أهم الدراسات السابقة التي تناولت حق الارتفاق الاتفاقية:

- ١- حسنية حسين حسن، حقوق الارتفاق وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠١٦ .
- ٢- حسنين ضياء النوري، حقوق ارتفاق المطار دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧ .
- ٣- حوراء عزاوي ذياب، التنظيم القانوني للمطل، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٦ .
- ٤- عيادي منير وقدور الاخضر، الاحكام القانونية لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧ .

الفصل الأول

مفهوم حقوق الارتفاق الاتفاقية

يبدو للوهلة الاولى بأن حقوق الارتفاق الاتفاقية هي حقوق مقررة بحكم القانون فقط، ولدى دراسة الموضوع لوحظ أن حقوق الارتفاق الاتفاقية قد توجد بحكم الاتفاق، ولاسيما وان المشرع قد اورد حقوق الارتفاق ضمن الحقوق العينية الاصلية.

ويرى البعض^(١) بان هناك حقوق ارتفاق قانونية وفي الحقيقة فأنها حدود عامة مفروضة على حق الملكية الخاصة التي لا يجوز لمالك الحق تجاوزها وهدفها هو تحقيق المصلحة العامة والخاصة وتتمثل المصلحة العامة بتنظيم وحدة العقارات ولا تمييز بينها وبين عقار اخر فهي وجدت لأمر تنظيمية، ومثال ذلك لو كان العقار محبوساً تماماً عن طريق عام فأن القانون يخول صاحبه حق المرور بأرض جاره على النحو الذي يتفق وطبيعة هذه الارض وفقاً للاستغلال العادي والمألوف^(٢) وليس وفق اغراض اخرى ، تتنافى مع الطبيعة ، على حين أن حقوق الارتفاق الاتفاقية تمثل الخروج عن القيود العامة التي يفرضها القانون والتي تتم بحق اتفاق مالكي العقارات المرتفعة .

(١) د. حسنيه حسين حسن ، حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص ١٩٣-١٩٤ .

(٢) To start, we should define what an easement and a cotenant are in the Lone Star State. Under Texas Law, an easement is a non-possessory interest in land that authorizes its holder to use property for a particular purpose, which is expressed within a grant. A common example being the grant of a ten-foot-wide strip of land across the front of your property near the street for the laying of an electric line. If you are interested in further discussion of the grant of an easement, see my Blog [Billy Burke](https://www.mbb-legal.com), IN TEXAS, CAN A COTENANT GRANT AN EASEMENT OR RIGHT OF WAY WITHOUT THE AGREEMENT OF THE OTHER COTENANTS, <https://www.mbb-legal.com> .

وما سنبينه في هذا الفصل هو استعراض ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية نتناول في المبحث الأول ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية والذي بدوره يقسم الى مطلبين، الأول يتناول تعريف حقوق الارتفاق الاتفاقية، ومطلب ثانٍ يتضمن عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقي وأنواعها. اما المبحث الثاني سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية وما يميزها عما يشته به قسم على مطلبين، المطلب الاول يتناول سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية والمطلب الثاني ندرس فيه تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عما يشته به، ويكون المبحث الثالث لمحل حقوق الارتفاق الاتفاقي ومصادرها والذي يقسم الى مطلبين الاول خصص لبيان محل حقوق الارتفاق الاتفاقي والمطلب الثاني مصادر حقوق الارتفاق الاتفاقية.

المبحث الأول

ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية

تعد حقوق الارتفاق^(١) الاتفاقية هي صورة من صور حقوق الارتفاق التي نص عليها المشرع وجعلها واحدة من الحقوق العينية الاصلية^(٢)، لذلك سوف نتناول

(١) الارتفاق لغة يعرف حق الارتفاق لغةً .بمعنى الاتكاء على مرفق اليد ويطلق على ما يستعان به أي ما يسهل الانتفاع بالأمر ومن قوله تعالى (ويهيئ لكم من امركم مرفقا) ويقال ارتفق الرجل : اذا اتكأه على مرفقه في الجلوس ومن ذلك حديث الاعرابي عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم قيل لهم (هو ذلك الأصغر المرتفق) والرفقة القوم ينهضون في سفر يسيرون وينزلون معاً ولا يفترقون فالارتفاق هو المصاحبة و الرفقة والاتفاق على رأي واحد من وجهة نظر واحدة . سورة الكهف اية ١٦ ، ابن المنظور لسان العرب، دار الكتب العلمية، ط ١ ، ج ١ ، بيروت ، ١٩٣٣ ، ص ٥٠٢ . العلامة الجواهري، الصحاح في اللغة، اعداد وتصنيف نديم مرعشي، واسامه مرعشي تقديم العلامة عبدالله العلياني ، ط ١، دار الحضارة العربية،(بيروت ١٩٧٩) ص ٣٦٣-٣٥٢ .

(٢) نص عليها المشرع العراقي في المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي نصت على أنه (الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى و المساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجازة الطويلة)، ويقابلها المادة (٨٠٢) من القانون

هذا المبحث على مطلبين الاول تعريف حقوق الارتفاق الاتفاقية , والمطلب الثاني
خصص لبيان عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقية وأنواعها .

المطلب الأول

تعريف حقوق الارتفاق الاتفاقية

لبيان تعريف حقوق الارتفاق الاتفاقية فإنه يقتضي بيان موقف التشريعات
من التعريف معززة بأراء الفقهاء أو الباحثين في الفرع الاول، وفي الفرع الثاني ندرس
الاحكام القضائية لحقوق الارتفاق الاتفاقية.

الفرع الأول

تعريف القانون لحقوق الارتفاق الاتفاقية

يتسم كل مشروع بصورة منفردة الصياغات اللفظية لتعريف حقوق الارتفاق،
لذلك سنقوم بتعريف حقوق الارتفاق لدى المشرع العراقي ويليهِ المصري ومن بعده
اللبناني وثم الفرنسي وكذلك موقف الفقه القانوني، وخصص البند ثانياً لتعريف
اصطلاح (الاتفاق) التي وردت بعد حقوق الارتفاق في التشريع والفقه والقانون.

اولاً: تعريف حقوق الارتفاق في التشريع والفقه القانوني

عرف القانون المدني العراقي حقوق الارتفاق بانها (حق يحد من منفعة عقار
لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر)^(١) ، إذ أن حق الارتفاق يتقرر على العقار

المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، وتقابلها المادة (١٠) من القانون الملكية العقارية رقم ٣٣٣٩ لسنة
١٩٣٠.

(١) المادة (١٢٧١) من قانون المدني العراقي .

بطبيعته وأنه لا يتقرر على منقول أو على العقار بالتخصيص^(١) , وأن البعض^(٢) بهذا الصدد يرى أن حقوق الارتفاق هي حقوق عينية عقارية تابعة إلى عقار آخر غير قابل للتجزئة .

وفي تعريف آخر لحقوق الارتفاق هو حق عيني عقاري يفترض وجود عقار مرتفق به وهو العقار الذي وقع عليه حق الارتفاق ويسمى بالعقار الخادم وعقار مرتفق الذي تقرر حق الارتفاق لمصلحته ويسمى العقار المخدم^(٣) . وعرف البعض^(٤) حق الارتفاق الاتفاقي بأنه عبارة عن تكليف مقرر لعقار على عقار يملكه مالك ثانٍ ويطلق على العقار المنقل بحق ارتفاق بالعقار الخادم والعقار الذي تقرر حق الارتفاق لمصلحته بالعقار المخدم.

وعرفه البعض^(٥) بأنه هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول, وهذا التكليف إما يكون بتحويل شخص آخر حق المباشرة بأعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف أو الارتفاق وإما بحرمان مالك ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه في عقاره.

أما القانون المدني المصري عرف حقوق الارتفاق الاتفاقية، على انه (الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر. ويجوز ان

(١) عمر القاسمي. الزبدة في الحقوق العينية الاصلية، دار السنهوري لنشر، لبنان، ٢٠١٨، ص ١٣٠ .

(٢) عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني المواد الخاص بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، ط١، بغداد، ١٩٥٣، ص ٢٣٨ .

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١، دار الحرية لطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٢٩٧ .

(٤) د. حسن علي دنون، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية، ص ٣٦١
(٥) محمد معتصم بالله أرزنجاني، حقوق الارتفاق، بحث علمي مقدم لنيل لقب أستاذ محاضرة في نقابة المحامين في دمشق، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر. ص ٦.

يترتب الارتفاق على مال عام أن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال^(١) يرى الفقه ان الارتفاق هو عبء يثقل به العقار الخادم لضمان الانتفاع لمالك العقار المخدم, ولذلك يعد حقاً عينياً عقارياً يتميز عن حقوق الارتفاق الشخصية والتي هي حق الاستعمال وحق السكنى وحق الانتفاع^(٢).

وعرفه ايضاً^(٣) شرح القانون بأن الارتفاق هو عبارة عن تكليف عيني يفرض على العقار لفائدة عقار اخر مملوك لمالك اخر. وهذا التكليف قد يكون هو تخويل لمالك العقار المخدم الحق في مباشرة اعمال في العقار الذي فرض عليه هذا التكليف، وهذا الأمر يؤدي الى حرمان مالك العقار المخدم من استعماله لجزء من حقوقه.

أما قانون الملكية العقارية اللبناني فانه قد عرف حقوق الارتفاق (حق الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين، لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير المالك للعقار الأول. ويقوم هنا التكليف اما بتحويل شخص آخر حق مباشرة اعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف واما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه)^(٤), ونرى ان حق الارتفاق الاتفاقي هو قيد خاص على الملكية العقارية ينشأ بإرادة الانسان ويلزم نفسه بعبء خاص .

(١) المادة(١٠١٥) من القانون المدني المصري, رقم ١٣١, لسنة ١٩٣٨

(٢) د. محمد كامل مرسي, شرح القانون المدني, الحقوق العينية الاصلية, منشأة المعارف, الاسكندرية, ٢٠٠٥, ص ٤٧٥.

(٣) د. توفيق حسن فرج, الحقوق العينية الاصلية, المكتب العربي لطباعة, (١٩٨٧), ص ٣٩٩ .

(٤) المادة(٥٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني , من قرار ٣٣٣٩, لسنة ١٩٣٠ .

في حين عرف القانون الفرنسي حق الارتفاق(الارتفاق عبء يفرض على عقار لاستعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر)^(١), عرف فقهاء القرون الوسطى الارتفاق على انه حق كامن في العقار لفائدته ويقلل من حرية العقار) وهنالك من عرفه^(٢) بأنه(عبء مقدر على عقار اجنبي لاستعمال عقار جار بصورة دائمة), وأشار البعض الى أن الارتفاق حق يؤسس بطريقه عبئاً, وأن تعريف المشرع الفرنسي لحق الارتفاق مقتبس من القانون الروماني وفق الترجمة من اللاتينية للفرنسية للفقهاء الفرنسي (Theophilus) ولذلك فان التشريعات في القوانين الفرنسية اخذت به .

ثانياً: تعريف الاتفاق في التشريع والفقهاء القانوني.

يقابل اصطلاح الاتفاق في التشريع العقد , وعرف العقد في القانون المدني العراقي هو (ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره بالمعقود عليه)^(٣) . وعرف الفقهاء العقد^(٤) (بأنه تتطابق ارادتين أو اكثر على ترتيب اثار قانونية سواء كانت هذه الاثار هي انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو أنهاؤه) وبذلك يتسع التعريف لكل صور الاتفاقات التي تتناول الالتزام^(٥) سواء كانت

(١) القانون المدني الفرنسي بالعربية, طبعة دالوز _ ٢٠٠٩ _ طبعة الثامنة بعد المئة (L.E.G.O.S.p.A) المادة ٦٣٧, ص ٦٨٦ .

(٤) First definition for(Bartolous), second definition for(Bonellus),

Carlos Felipe-op. Cit_p.٦٠٤-٦٠٥ .

(٣) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم, عبد الباقي البكري, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, ج ١, وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, ١٩٨٠, ص ١٩ .

(١) "Easements correspond to the servitudes of the civil law, and consist of (١) of privileges on the part of one person to use the land of another (the servient tract) in a particular manner and for a particular purpose, or (٢) of rights to demand that the owner of the servient tract refrain from certain uses of his own land, the privileges or rights in either case not being inconsistent with a general property in the owner of the servient tract. The easement further involves the right of freedom in its exercise

تتناول الالتزام من حيث انشاؤه أو نقله أو تعديله وينبني على هذا التعريف ان الإرادة الواحدة لا يمكن ان تنشأ عقداً، بل يجب لتكوينه اجتماع ارادتين وأن تتجه الإرادتان الى احداث اثار قانونية .

أما القانون المدني المصري فقد عرف العقد على أن (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد)^(١). وعرف الفقه العقد بأنه توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه على ان العقد اخص من الاتفاق لكون الاتفاق اوسع لكون الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشأ للالتزام او ناقلاً له فأن كان يعدل من الالتزام او ينهي فهو ليس عقداً ولكن لا يجد الفقه اهمية للتمييز بين العقد والاتفاق إذ كان المشرع التمهيدي يورد تعريفاً لا يميز فيه بين العقد والاتفاق في المادة (١٢٢) منه وعليه اذا كان الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص فهو عقداً فالعقد هو توافق بين مصالح متعارضة^(٢) .

اما قانون الملكية العقارية اللبناني قد عرف العقد على (الاتفاق هو كل التثام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي الى انشاء علاقات الزامية سمي عقداً)^(٣) .

from interference by the owner of the servient tract or other persons. Examples of easements are rights of way, of drainage, or light and air, etc, Overview of Easements (Servitudes), Licenses and Restrictive Covenants Relating to Land Stephen C. Price, ٢٠١٨, p١ .

(١) المادة (٨٩) من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١١٧-١١٨ .

(٣) المادة (١٦٥) من قانون الملكية العقارية اللبناني .

وقد عرفه البعض^(١) بأن العقد هو (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو اشخاص في مواجهة شخص أو اشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) , إذ ان اصطلاح الاتفاق اوسع من اصطلاح عقد, وان العقد ما هو إلا نوع من انواع الاتفاق وأن العقد هو منشئ للالتزامات وأيضاً لا اهمية تذكر للتمييز بين الاتفاق والعقد في الواقع لكون كل توافق ارادتين لأحداث اثر قانوني يسمى عقداً او يسمى اتفاقاً.

ولذلك نجد ان اغلب الفقه اتفق على ان الغرض من الاتفاق هو اتجاه الارادة الى احداث إثر قانوني أما إذا لم يكن الغرض من الاتفاق هو احداث هذا الاثر فلا نكون بصدد عقد او اتفاق ولذلك فأن حقوق الارتفاق الاتفاقية ماهي الا اتفاق بين ارادتين واتجاهها الى احداث إثر قانوني وهو المنفعة العائدة للعقار المرتفق والعبء الملقى على مالك العقار المرتفق به.

اما القانون المدني الفرنسي فقد عرف العقد (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة اشخاص آخرين بإعطاء شيء او بفعله أو بالامتناع عن فعله).

Art. ١٦٥ - La convention est tout accord de volontés destiné à produire des effets juridiques; lorsque cet accord tend à la création de rapports obligations, il prend le nom de contrat.

(١) د. سمير عبد الستار تناغوا, مصادر الالتزام-العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع -الاثراء بلاسبب- القانون, مكتبة الوفاء القانونية, ط١, (الإسكندرية, ٢٠٠٩) ص٩.

والمهم في العقد هو أن يكون هنالك اتفاق ينتج عنه أثراً قانونياً فإذا لم يكن المراد من اتفاق هو احداث الأثر القانوني فلا نكون امام عقد او اتفاق قانوني بالمعنى المقصود من هذه الكلمة^(١).

الفرع الثاني

الاحكام القضائية لحقوق الارتفاق الاتفاقية

تتسم الاحكام القضائية عند اصدارها لقرار يخص القضية المرفوعة امامها بوضع أحكام تخص الواقعة المرفوعة امامها وخاصة فيما يتعلق بالقضايا العقارية لرفع اللبس وإيجاد صيغ قضائية أكثر دقة وسهولة للوقوف على الغرض الرئيسي من التشريع، أو المعنى الدقيق لها ومن بينها الدعاوى المرفوعة امامها في ما يخص حقوق الارتفاق الاتفاقي، ولذلك سوف نقوم ببيان الاحكام القضائية لحقوق الارتفاق الاتفاقية، المنظورة من المحاكم العراقية ويليهِ المصري ومن بعده اللبناني وثم الفرنسي وعلى النحو الآتي.

اولاً- أحكام حقوق الارتفاق الاتفاقية في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية العراقية

عرفت محكمة التمييز الاتحادية حق الارتفاق في ضوء الدعوى المقامة أمامها وعلى النحو الآتي إذ جاء في احدى قراراتها بأنه (... حق المجرى هو من حقوق الارتفاق وهو حق عيني يتقرر لمصلحة عقار مملوك لشخص آخر بموجبه يحق لمالك الارض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر المياه الكافية لري أرضه...)^(٢).

(١) المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١١٨.

(٢) قرار رقم ١٧/محكمة التمييز الاتحادية/ الهيئة العامة/ في ٢٨/٨/٢٠١٧.

وفي قرار اخر بينت محكمة التمييز الاتحادية الحقوق التي تتعلق بالعقار المرتفق حيث نص هذ القرار على ما يلي (..هذا وانهم بينوا فيه أيضا أن القطعة تروى من مضخة واحدة فكان عليهم أن يبينوا لكل قطعة طريقة اروائها .لا أن يحددوا ذلك بمضخة واحدة وان يبينوا لكل قطعة حقوقها الارتفاقية التي تستقل بها كحق الطريق و الشرب و المسيل وبعد أن يكمل الخبراء مهمتهم على النحو المتقدم و بعد أن يتم تقسيم الأرض إلى قطع بالنسبة لأصغر حصة في العقار المشترك تتوفر بها كافة شروط الاستغلال على النحو المتقدم و يبينوا لكل قطعة قيمة معينة مراعين فيها موقعها وجودتها و الحقوق التي لها)^(١) ولذلك نجد في القرارات القضائية تعريفات ضمنية لحقوق الارتفاق الاتفاقية بكونها حقوقاً عينية عقارية تحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر وذكر في بعض القرارات أنواع هذه الحقوق وخصائصها.

ثانياً: أحكام حقوق الارتفاق الاتفاقية في ضوء قرارات محكمة النقض المصرية

تتسم قرارات محاكم النقض المصرية بالوضوح والدقة في معالجة القضايا المرفوعة أمامها ونجد انها اشارات لتعريف حق الارتفاق الاتفاقي بصورة واضحة ففي قرار لها بينت ان (.. حق الارتفاق ماهيته تكليف يثقل العقار المرتفق به وينتقص من نطاق ملكيته لفائدة العقار المرتفق. عدم حرمان مالك العقار الخادم من مباشرة حقوقه على ملكه، شرط عدم المساس بحق الارتفاق. مخالفة ذلك أثره. التزامه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه مع التعويض إن كان له مقتض.

مفاد نص المادتين ١٠١٥ ، ١٠٢٣ من القانون المدني أن حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله

(١) قرار رقم/ ١٩٣٢/محكمة التمييز الاتحادية/شيوخ/ في ٢٧/١/١٩٨٠.

مثقلا بتكليف لفائدة الثاني، وهو وإن كان ينتقص من نطاق ملكية العقار المرتفق به فيحرم مالكه من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق حتى لا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة، إلا أنه ومع ذلك لا يترتب عليه حرمان العقار الخادم من أن يباشر عليه حقوقه من استعمال واستغلال وتصرف ما دام أنه بذلك لا يمس حق الارتفاق وإلا التزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وبالتعويض إن كان له مقتضى^(١).

وفي قرار آخر نجد ان محكمة النقض المصرية أشارت الى ان حق الارتفاق ينشأ من اتفاق بين الطرفين حيث بينت في قرار المحكمة ضمناً، (.. أن حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث يدل على أن للأفراد أن يتفقوا على إنشاء حقوق الارتفاق التي يختارونها وفقاً للقانون. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في حدود سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى وتفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها لتحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان إلى قيام حق المطعون عليهما الأول والثاني في فتح مطلات بمنزلهما على الحارة آنفة الذكر...)^(٢).

ثالثاً: أحكام حقوق الارتفاق الاتفاقية في ضوء المحاكم اللبنانية

نجد في قرار محكمة التمييز المدنية انها بينت على ان الارتفاق ما هو الا اتفاق بين طرفيين ويتجلى ذلك في قرارها حيث نص القرار على انه (..كما لم يخالف القرار المادة ٥٧٩ اصول محاكمات مدنية ولا اخطأ في تطبيقها وتفسيرها،

(١) قرار رقم/١٥٣/ محكمة النقض المصرية/ لسنة ١١ ق وبتاريخ ٧/ ١٢ / ١٩٩٢..

(٢) قرار رقم/ ٥٨٧/ محكمة النقض المصرية/ سنة ١٩٧٩ مدني.

لأنه استند الى الاتفاق الحاصل بين الفريقين حول حق المرور المثبت بالتعهد الخطي والاعمال التي قام بها المستأنف عليه انفاذا لهذا الاتفاق والتعهد، واستند الى تقرير الخبير لناحية شق الطريق المشكو منها، وبأنه لا يشكل تعدياً على حقوق المميز، ولم يخالف مضمون قيود السجل العقاري ولم يشوه المستندات، انما التزم بها معتبرا ان الاتفاق بين الفريقين والتعهد المثبت له قد اعطى المميز عليه الحق بالمرور على عقار المميز، بصرف النظر عن وجود شرط معلق او اشارة في السجل العقاري..^(١) .

وفي قرار لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية عرفت حق الارتفاق الاتفاقي على انه (اذا كان الارتفاق - كما هو في هذه القضية - هو نتيجة اتفاق الفريقين فأن هذا الاتفاق هو شرعة الفريقين بما يتعلق بطابع الارتفاق واتساعه وبما انه يعود في هذه الحالة لقضاة الاساس ان يتحرروا نية الفريقين المتعاقدين عند تفسيرهم للسند الذي انشأ حق الارتفاق)^(٢).

رابعاً: أحكام حقوق الارتفاق الاتفاقية في المحاكم الفرنسية

بينت محكمة النقض المدنية في قرار لها على انه (المنع المفروض على مشتري العقار، بأن يخصص لاستعمال معين يمكن أن يتخذ طابع الالتزام ولقد حكم بنقض القرار لبطلان مثل هذا الشرط لعدم تبيانه وجود عقار مرتفق)^(٣)، ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية بينت على ان حق الارتفاق يتخذ طابع الالتزام العيني.

(١) قرار رقم/١٦/ محكمة التمييز المدنية اللبنانية/ في ٢٧/٢/٢٠١٨ .

(٢) قرار رقم /٦١/ محكمة التمييز المدنية اللبنانية في ٣٠/٥/١٩٥٦ .

(٣) قرار رقم/ ٩٤/ محكمة النقض الفرنسية/ في ٣، ٤ تموز/يوليو/ ٢٠٠١، القانون المدني الفرنسي مترجم، دالوز،

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المدنية الفرنسية بينت ان الاتفاقات هي التزامات عينية حينما نصت في احد قراراتها على انه(القواعد التي تنص عليها المادة ٦٨٦ لا تمنع بصورة مطلقة من إنشاء اتفاقات(عمل ما) أي التي تلقى على عاتق مالك العقار المرتفق به التزام القيام بخدمة ايجابية, لكن شرط عدم إمكانية تأدية الخدمة إلا من قبل مالك العقار وأن تكون بشكل يمكن معه تنفيذها, دون تمييز من قبل جميع المالكين المتعاقبين للعقار المرتفق به..^(١) .

ف نجد أن قرار المحكمة بيّن بصورة ضمنية ان حق الارتفاق يمكن ان ينشأ عن اتفاقات والتي تلقي على عاتق مالك العقار المخدم القيام بأعمال ايجابية شرط أن ينص عليها في سند إنشائها لكون التزامات مالك العقار المرتفق هي في الاصل التزامات سلبية ولكن استثناءً من الاصل يمكن ان تكون التزامات ايجابية إذا وافق عليها مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به وفقاً لسند أنشائها^(٢).

وبينت محكمة النقض المدنية الفرنسية فيما يتعلق دور الارادة في انشاء حقوق الارتفاق الاتفاقية حيث نصت على انه (في حالة الارتفاق بفعل الانسان, لا يمكن للقاضي دون أن يخالف مبدأ استقلال إرادة الفرقاء أن يمس العلاقة التعاقدية الناتجة عن اتفاق الفرقة المتبادل بإجازه ادخال تعديلات على الارتفاق لم يوافق عليها المالكون المعنيون)^(٣). ولذلك نجد أن قرارات محكمة النقض المدنية الفرنسية عرفت حقوق الارتفاق الاتفاقية هي التزامات عينية تنشأ عن اتفاق طرفين ويتحدد

(١) قرار رقم ٢٤٥/ في ١٦/ كانون الثاني/يناير ١٩٦٧, القانون المدني الفرنسي مترجم, دالوز , ص ٧٤٦.

(٢) المادة ٦٨٦ من القانون المدني الفرنسي مترجم, دالوز, نصت في الفقرة الثانية على انه(يتم استعمال الاتفاقات المنشأة على هذا النحو ومداهها بموجب السند المتضمن انشائها وفي حال انشاء السند فموجب القواعد التالية) , ص ٧٤٦.

(٣) قرار رقم/ ٣٥٤/ محكمة النقض المدنية الفرنسية/ في ١٠,٣٠/ حزيران/يونيو ١٩٦٤, القانون المدني الفرنسي مترجم, دالوز. ص ٧٤٦.

حقوق والتزامات الطرفين في سند إنشاء الاتفاق هو غالباً العقد وأن القاضي لا يستطيع ادخال أي تعديل على هذه الحقوق أو الالتزامات إلا بموافقة طرفين الاتفاق.

المطلب الثاني

عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقية وانواعها

إن عناصر حق الارتفاق الاتفاقية يمكن أن نوضحها بعد أن تناولنا التعاريف القانونية والفقهية فيمكن من خلال التعاريف السابقة أن ندرج أهم عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقية فانه يقتضي علينا بيان تلك الشروط بالرجوع لحق الارتفاق في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ثم يليه المصري واللبناني معزراً بآراء الفقهاء والباحثين، وكذلك في فرعٍ ثانٍ نتناول فيه أنواع حقوق الارتفاق وكما يلي:

الفرع أول

عناصر حقوق الارتفاق الاتفاقية

بالرجوع الى التعريفات حقوق الارتفاق في القانون المدني العراقي في المادة (١٢٧١) وفي القانون المدني المصري في المادة (١٠١٥) والمادة (٥٧) من قانون الملكية العقارية اللبناني وفي المادة (٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي فإنه يتبين أن هنالك عناصر مهمة تتكون منها هذه الحقوق ترتبط بوجود هذا الحق.

وتتسم حقوق الارتفاق الاتفاقية بأنها تكليف على العقار الخادم لمنفعة العقار المخدم وبالنتيجة يجب أن يكون هنالك عقارين لملاك مختلفين حتى لو كانوا

غير متجاورين^(١) ومن تعريف حقوق الارتفاق الاتفاقية يتبين لنا وجود ثلاث شروط لوجود حق الارتفاق وهي:

الشرط الاول- أن يكون هنالك حق ارتفاق اتفاقي، فإذا لم يكن هنالك عبء على عقار ولمصلحة عقار آخر فلا يكون هنالك ارتفاق بالمعنى القانوني.

الشرط الثاني- أن الارتفاق لمصلحة ومنفعة عقار آخر، والمشرع العراقي حدد مفهوم المنفعة في القانون المدني العراقي بتعريفه حق الارتفاق بأنه حق يحد من منفعة عقار ولفائدة عقار.

الشرط الثالث- يجب لنشوء الارتفاق أن لا يكون العبء لفائدة شخص ولكن يجب ان تكون مفروضة على عقار ولفائدته. وقد اتفق اغلب الفقهاء والباحثين على العناصر الآتية:

أولاً: - ان يتقرر التكليف على عقار ولفائدة عقار آخر:

أن يكون التكليف مقررًا على عقار معين وهو العقار الخادم ويجب ان يكون هذا العقار عقاراً بطبيعته لكون حق الارتفاق ينقص من المنفعة لهذا العقار وبالتالي ينقص من قيمته، فلو كان التكليف مقررًا على شخص لفائدة عقار كالتزام شخص بالقيام بخدمة ارض معينة أو ريها، فهذا لا يعتبر من قبيل حقوق الارتفاق وأنما يعتبر من قبيل الالتزامات الشخصية التي تنحصر أثرها بالمتعاقدين ، لذلك حق

(١) يعتبر الجوار واقعه طبيعية، واجتماعية لا يخلو أي مكان أو زمان منها فالإنسان اجتماعي بفطرته بمعنى أنه لا يمكن ان يعيش بمعزل عن بقية افراد المجتمع وتناولت مجلة الاحكام العدلية اصطلاح (الجار) في اكثر من موضوع فعلة سبيل المثال نصت المادة (١٢٠٣) على انه (إذا كان لواحد شباك اعلى من قامة الانسان فليس لجاره ان يكلفه سده للاحتمال انه يضع سلمات وينظر الى مقر النساء الجار) ، د. عبد الباقي البكري، زهير البشير المدخل لدراسة القانون، ط٢، ٢٠١٠، شركة العاتك لصناعة الكتب القانونية، ص٢٤٨. د. سليم رستم باز، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، مج ١، بلا سنة طبع، ص٦٦١.

الارتفاق الاتفاقي يرد على العقارات ولا يمكن ترتيبه على الأشخاص, لكون الخدمة هي تتعلق بما يؤديه العقار الخادم للعقار المخدم, اما مالك العقار الخادم فلا يلتزم بشيء, الا ما كان عملاً إضافياً تقتضي استعماله حقوق الارتفاق بما هو مألوف^(١).

ويلاحظ أن التكليف المقرر على عقار هو شرط اساسي لوجود حقوق الارتفاق ولا يمكن ان يكون التكليف مقررًا على شخص لكون ذلك يعتبر التزام شخصي وليس التزام عيني^(٢).

وفي رأي ثانٍ اشار الى أنه قد تكون حقوق الارتفاق الاتفاقية متعددة بين عدة عقارات فيكون على واحد من العقارين حقوق ارتفاق للآخر فيكون كل واحد منهما في ذات الوقت عقار مرتفق به بحق ارتفاق ومرتفق بحق آخر ومثال ذلك كأن يكون لأحدهما حق مجرى على العقار الآخر ولهذا الاخير حق بالمرور على الاول, فلو كان الحق على شخص لمصلحة عقار فإنه لا يعد حق ارتفاق وإنما يعد التزام مثل الالتزام بزراعة الارض أو خدمتها وفي ذات السياق اذا كان الحق لمصلحة شخص على عقار مثل الحق بالمرعى في الارض المعينة, ويشير ذات الرأي ان الارتفاق هو ما يكون بين عقار وعقار وليس بين شخص وآخر ولا بين شخص

(١) د. شاكر ناصر حيدر, شرح القانون المدني الجديد-الحقوق العينية العقارية, ج ٢, مطبعة المعارف, (بغداد ١٩٥٣), ط ٢, ص ٤٥-٤٦.

(٢) الحق العيني, هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين, الحق الشخصي, فيقوم على وجود رابطة بين شخصين احدهما دائن والاخر مدين ويكون للدائن بمقتضى الرابطة الحق في مطالبة المدين بإعطاء شيء او القيام بعمل أو الامتناع عن عمل, فالحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر الدائن, والمدين, والموضوع, واذا نظرنا الى جانب الدائن تعتبر حقاً شخصياً ويطلق عليها لفظ الالتزام اذا نظرنا الى جانب المدين, د. عبد المجيد الحكيم, د. عبد الباقي البكري, المصدر السابق, ص ٣.

وعقار لكونه حقاً عينياً متعلقاً بعقار وبصرف النظر عن شخص المالك ويبقى بقاء الشيء وينتقل بانتقال العقار^(١). وأن يكون عقاراً بطبيعته، لا عقاراً بالتخصيص^(٢).

ويلاحظ على الآراء السابقة انها بينت هذا الشرط بالرجوع الى تعريف القانون لحق الارتفاق في المادة (١٢٧١) من خلال القول انه حق يحد من منفعة عقار ولفائدة عقار، اذن الارتفاق هو حق يتقرر على عقار ولفائدة عقار اخر فهو لا يتقرر على شخص ولا لفائدة شخص فحق الارتفاق حق عيني يتقرر على عقار ولمصلحة عقار آخر ولا يشمل العقار بالتخصيص لكونه حسب نص المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي هي منقول رصد لخدمة عقار فليس له مستقر وغير ثابت لذلك يتقرر الحق على العقار الثابت والمستقر.

ويرى البعض منهم ووفقاً لتعريف الذي اوردته المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري، ان جوهر حق الارتفاق هو التكليف الذي يتقرر على العقار ولفائدة عقار آخر لا لصالح ومنفعة شخص آخر أي أن حق الارتفاق المقرر لمصلحة شخص لا يكون حق ارتفاق، ولكن ذلك لا يعني أن مالك العقار المخدوم لا يستفيد من حق الارتفاق المقرر على العقار المخدوم كون العلاقة التي ينشأها حق الارتفاق الاتفاقي لها جانبيين .

الجانب الأول: هو تحميل العقار الخادم بتكاليف وأعباء عينية وهذه التكاليف هي استثنائية وهذا ما يميزه عن القيود القانونية للملكية وكما سنبينه لاحقاً،

(١) عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني- المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، مطبعة العاني(بغداد، ١٩٥٣)، ط١، ص ٢٣٩ .

(٢) عرف القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ العقارات بطبيعتها في المادة(٦٢) بأنه(كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء) وعرفت المادة (٦٣) العقارات بالتخصيص(هو المنقول الذي يضعه ماله في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله).

وبالتالي هذه التكاليف مقررة على العقار وليس على مالك العقار، وهذا ما يميز طبيعته العينية لكون مالك العقار الخادم لا يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة العقار المخدم.

الجانب الثاني: أن تحقيق المنفعة العينية للعقار المخدم هو الجانب المقابل للعبء العيني وهذا ما يجعل طبيعته واحدة لكون المنفعة تخص استعمال العقار المخدم واستغلاله وهي تقررت لفائدته وليس لها علاقة بشخص ماله^١ لكونها تنتقل لكل مالك عقار^(١).

ويرى بعض منهم^(٢) يجب ان يكون التكاليف الذي يتضمنه حق الارتفاق الاتفاقي مفروضاً على عقار لا على شخص، ولا يمكن ان يكون مضمون حق الارتفاق الاتفاقي التزاماً شخصي على مالك العقار الخادم مثل الالتزام بتسميد الارض او حرثها، والى غير ذلك من الالتزامات الشخصية. لكون حق الارتفاق متفرعاً من حق الملكية ويعني ذلك أنه يخول مالك العقار المخدم سلطة ممارسة البعض من مزايا الملكية على العقار المخدم، وهذا هو جوهر الحق العيني والذي يتمثل في سلطة مباشرة يمارسها مالك العقار المخدم على العقار الخادم دون وساطة من مالك العقار الخادم. وعليه يلتزم مالك العقار المخدم بتمكين صاحب الحق في استعماله لحقه، اما التعهدات التي يقدمها مالك العقار الخادم بتقديم خدمات معينة، فأنها عبارة عن التزامات شخصية تترتب بذمته بصفة شخصية وليس بصفته مالكا للعقار الخادم.

(١) د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية^٣، منشورات الحلبي الحقوقية، (بيروت، ٢٠٠٣)، ص ٣٠٢.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية-دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، (بيروت، ١٩٨٢)، ص ٩٣٩.

وعلى أساس ما تقدم يرى البعض^(١) على أنه يجب أن تكون هنالك منفعة يقدمها العقار الخادم للعقار المخدم وهذه الفائدة أو المنفعة تحد من فائدة العقار الاول , لكون يخدم العقار الخادم, ولذلك سمي العقار الذي يقدم تلك الخدمة بالعقار الخادم وسمي العقار التي يتلقى تلك الخدمة بالعقار المخدم, وهذه الخدمة تحدد بالسند الذي أنشأ حق الارتفاق الاتفاقي وتختلف بحسب حاجة العقار المخدم وقابلية العقار الخادم لتلبية وفي كل الاحوال أن حق الارتفاق الاتفاقي يزيد من قيمة العقار المخدم ويثقل العقار الخادم بتكليف أو عبء معين, بهذا يختلف حق الارتفاق الاتفاقي عن القيود القانونية في أن القيود القانونية, تتطلب استيفاء شروط معينة ومتى ما توفرت فإن القانون هو الذي يربتها فهو الذي يربط تكليفاً على عقار, ويترتب فائدة لعقار اخر, بينما حقوق الارتفاق, يربتها الارتفاق متى ما توفرت شروطها .

ووفقاً لتعريف الذي اوردته المادة(٥٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني لحق لارتفاق الاتفاقي, فيرى البعض منهم^(٢) من أنه يجب أن يكون التكليف المفروض على عقار وليس على شخص استناداً لنص المادة(٨٤) من قانون الملكية العقارية, لكون ذلك يعود في أن حق الارتفاق من الحقوق العينية , فلو كان التكليف ملقى على عاتق شخص معين أو لمنفعته فذلك يربط التزاماً شخصياً ولا يمكن وصفه بالارتفاق فمالك العقار المخدم يمارس حقه دون واسطة أو دون تدخل

(١) د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-اسباب كسب الملكية, منشورات الحلبي الحقوقية, ط٣, (بيروت, ٢٠٠٠), مج ٩, ص ١٢٨١.

(٢) المادة(٨٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني التي نصت على انه (يجوز لأصحاب العقارات ان يحدثوا عليها أو لمنفعتها ما شاءوا من الارتفاقات شرط أن لا تفرض على شخص أو لمنفعة شخص, بل على أرض ولمنفعة أرض...).

من مالك العقار الخادم والذي يكون ملتزماً بعد القيام بأي عمل يعرقل ممارسة مالك العقار المخدوم لحقه^(١).

ومن استعراض المادة (٦٨٦) من القانون المدني الفرنسي نجد أن نص المادة قد أشتراط ألا تفرض الخدمات المنشأة لا على الشخص ولا لمصلحته لكن يجب أن تكون لعقار ولفائدة عقار وهذا ما أيده محكمة النقض المدنية الفرنسية حيث نصت على أنه (القواعد التي تنص عليها المادة (٦٨٦) لا تمنع بصورة مطلقة من إنشاء ارتفاقات عمل أي التي تلقى على عاتق مالك العقار المرتفق به التزام القيام بخدمة إيجابية، لكن شرط امكانية تأدية الخدمة ألا من قبل مالك العقار وأن بشكل يمكن معه تنفيذها، دون تمييز من قبل جميع المالكين المتعاقبين للعقار المرتفق به...)^(٢).

ومن هذا يتبين أن شرط وجود عقارين أحدهما مرتفق به والآخر عقار مرتفق لوجود الارتفاق الاتفاقي هو كون حق الارتفاق ذا طبيعة عينية ولا يمكن أن تكون المنفعة محصورة بشخص أو لمصلحة شخص، وإنما يجب أن تكون المنفعة أو المصلحة لعقار ولفائدته ويقابل تلك المنفعة عبء أو تكليف يفرض في مقابل تلك المنفعة ولا يعتبر التزاماً شخصياً لكون التزام مالك العقار المرتفق به هو فقط عدم القيام بأي عمل يعرقل مالك العقار المرتفق في استعمال العقار المرتفق به وهو التزام سلبي، أما في حالة وجود التزام إيجابي على مالك العقار المرتفق به، فهو التزام عيني ولا ينتقل بانتقال العقار المحمل بحق ارتفاق لكون الالتزام عينياً والذي

(١) د. مروان كويكي. ود سامي بديع منصور، القانون المدني-الاموال والحقوق العينة العقارية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، (بلا مكان طبع، ٢٠٠٩)، ص ٤٣٨.

(٢) قرار رقم/١٩٤/ محكمة النقض المدنية الفرنسية/في ١٦/كانون الثاني/يناير/١٩٦٧. القانون المدني الفرنسي مترجم، دالز، ص ٧٤٦.

يمكن أن يكون خدمة يؤديها مالك العقار المرتفق به هي تترتب في ذمته مالك العقار المرتفق به.

ثانياً: أن يكون العقارين المرتفق والمرتفق به مملوكين لشخصين مختلفين: -

أن الشرط الثاني والاساسي هو اختلاف ملاك العقارات أي إن مالك العقار المرتفق لا يكون مالكا للعقار المرتفق به أي أن يكون شخصاً غيره , أن رغم صراحة القانون اشتراط وجود مالكين للعقارين أحدهما يختلف عن الآخر فأعتبر هذا قيداً وقوعياً في ذاته لكونه يظهر في بعض الحالات لا احترازية في أنه قد يكون هنالك عقاران أو أكثر من ذلك يملكه مالك واحد وذات الوقت لهما وعليهما حق ارتفاق اتفاقي ويمكن أن يتصور ذلك في حالتين أو احتمالين^(١):-

الحالة الأولى في أن يكون العقاران لمالكين مختلفين ثم بعد ذلك اجتمعت في يد مالك واحد سواء كان سبب الاجتماع نتيجة أرث أو هبة وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي^(٢). والذي اعتبرته سبباً من اسباب انقضاء حقوق الارتفاق والتي لا يكون فيها لحق الارتفاق وجود قانوني إلا إذا زالت حالت الاجتماع.

الحالة الثانية:- في حالة كان المالك في الاصل واحداً وبعدها قام بتقسيم أملاكه لعدة قطع وجعل بينهما حقوق ارتفاق وهذا الاحتمال ذكره^(٣) , حينما اجازت ترتيب حقوق ارتفاق الظاهرة بتخصيص المالك الاصلي.

(١) عبد الرحمن خضر, شرح القانون المدني- المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية, المصدر السابق, ص ٢٤٠-٢٤١.

(٢) المادة (١٢٨١) من القانون المدني العراقي, نصت على أنه (ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد, وبهلاك العقار المرتفق به, او العقار المرتفق هلاكاً تاماً, وباجتماع عقارين في يد مالك واحد..).

(٣) المادة (١٢٧٣) من القانون المدني العراقي.

يلزم أن يكون العقار المخدم مملوكاً لشخص غير الشخص الذي يملك العقار المخدم، فلا يمكن أن يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد، ويصح أن يكون هناك عقاران مملوك لشخص ذاته وقد يقوم مالك العقارين بتخصيص أحد العقارين بتقديم خدمة للعقار الآخر، ولكن لا يعد ذلك حق ارتفاق لكون تقاضي هذه الفائدة لا يكون استعمل لحق ارتفاق الاتفاقية وإنما هو استعمال لحق الملكية، لكون العقارين مملوكان لشخص ذاته فلو أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الثاني فهنا يقوم لدينا حق ارتفاق^(١) لاختلاف ملاك العقارين^(٢).

ويرى منهم^(٣) أنه يلزم أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، لكون حق الارتفاق الاتفاقية بطبيعته يستقطع من سلطات المالك أو يحد منها، وبالنتيجة لا يمكن أن يثبت هذا الحق إلا لشخص آخر غير المالك فلا يمكن أن يتقرر حق الارتفاق الاتفاقية على عقار مملوك لذات الشخص المالك لكون هذا الشخص له الملكية التامة التي تمكن من استعمال العقار واستغلاله والتصرف به.

ونجد في القانون المدني الفرنسي إشارة إلى اختلاف ملاك العقارين في مادتين^(٤). حيث قضت محكمة النقض المدنية في ذلك بالقول بأنه (يستحيل الاعتراف بحق الارتفاق بالمرور على العقار لبعض المالكين على الشيوع لهذا العقار)^(٥).

(١) المادة (١٠١٧) من القانون المدني المصري نصت في الفقرة (٢) على أنه (ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٢٨٠-١٢٨١.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية-في القانون المصري واللبناني-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، (بيروت ٢٠٠٣)، ص ٣٠١.

(٤) المادة (٦٨٦) والمادة (٧٠٦) من القانون المدني الفرنسي مترجم، طبعة دالوز ٢٠٠٩، ص ٧٤٦-٧٥٥.

(٥) قرار رقم ١٠١، محكمة النقض المدنية الفرنسية، في ٦، ٣ شباط/فبراير/١٩٧٣، لقانون المدني الفرنسي مترجم، دالوز، ص ٧٥٦.

ثالثاً: الا يكون مضمون حق الارتفاق الاتفاقي مخالفاً للنظام العام:

تتقرر حقوق الارتفاق الاتفاقية بتراضي الافراد وبالأعراف^(١) المتبعة وتثبت احكامها من خلال هذين المصدرين ,إلا أنها تخضع ايضاً لقيود قانونية ومن هذه القيود هي قيد النظام العام^(٢), لكون حقوق الارتفاق بصفة عامة تنشأ بإرادة الانسان ولا يجوز ان يترتب عن نشوء هذا الالتزام ما يتعارض مع النظم العامة. وبالرجوع الى نص المادة (١٢٧١) نرى أن المشرع العراقي لم يشر الى ذلك صراحة لكون هذا الشرط يعتبر من الشروط العامة لنشوء اي تصرف قانوني بحيث يشترط في محله أن يكون غير مخالف للنظام العام وأورده بعض الباحثين النظام العام ضمن الشروط حقوق الارتفاق الاتفاقية.

(١) أنظر: المادة(١) من القانون المدني العراقي النافذ(تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها), العرف: هو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي اتبعها الأفراد في سلوكهم أحياناً متعاقبة حتى نشأ الاعتقاد لديهم أن هذه القواعد أصبحت ملزمة وأن مخالفتها سيتعرض لجزاء الجماعة ٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).ويقابلها والمادة(١) ف ١, من القانون المدني المصري ويقابلها المادة(٣٧١) من قانون الموجبات والعقود قانون - صادر في ٩/٣/١٩٣٢.

(٢) المادة(١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاتها إشارة الى النظام العام حيث نصت الفقرة الأولى والثانية على أن (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً. ٢-ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية). ويقابلها مادة (١٣٥) من القانون المدني المصري (-إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً). ويقابلها المادة (١٦٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت (إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرّة التعاقد، فالأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونيّة كما شاؤوا بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونيّة التي لها صفة إلزاميّة).

وفي رأي آخر^(١) حقوق الارتفاق الاتفاقية من البديهي ألا تنشأ مخالفة لنظام العام وقد بين قانون الملكية العقارية ذلك في الفقرة الاولى من المادة(٨٤) وايضاً اشار اليه القانون المدني الفرنسي في المادة(٦٨٦) الفقرة الاولى التي نصت على أنه(..وشرط ألا تتضمن هذه الخدمات أي شيء مخالف للنظام العام) .

ويرى البعض^(٢) انه يجب لقيام حق الارتفاق ان يكون التكليف الذي يتضمنه حق الارتفاق مشروعاً وبصرف النظر اذا كان هذا التكليف هو قيام مالك العقار المخدم بعمل معين أو امتنع مالك العقار المخدم عن القيام بعمل , فإنه يجب أن يكون هذا العمل أو هذا الامتناع غير مخالف للنظام العام أو الآداب ويندر أن يوجد حق ارتفاق من الناحية العملية غير مشروع , ففرضاً لو أن مالك العقار المرتفق به خول مالك العقار المرتفق حق المرور في ارضه وكانت المرور لغرض تهريب أشياء ممنوعة قانوناً فإن هذا الارتفاق يعد باطلاً لمخالفة المحل للقانون وللنظام العام .

الفرع الثاني

أنواع حقوق الارتفاق الاتفاقية

أن نص المادة(١٢٧١) من القانون المدني العراقي يقرر أن يكون الارتفاق لمنفعة عقار ويستنتج من ذلك أن للارتفاق أنواع عديدة^(٣) ,يرتكز على الوجه التي ينظر اليها حق الارتفاق الاتفاقي ومن أهم هذه الانواع هي:

(١) د. مروان كويكي, ود. سامي بديع منصور, المصدر السابق, ص ٤٤٠

(٢) د عبد المنعم فرج الصده, المصدر السابق, ص ٩٤٨.

(٣) وهذا ما أشارت اليه المادة(١١٧٢), الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي, والمادة(١٠١٦) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري, ويقابلها الما(٥٦) من القانون الملكية العقارية اللبناني والمادة(٦٨٨) من القانون المدني الفرنسي.

أولاً- الارتفاق الايجابي والارتفاق السلبي:

يرى البعض^(١) أن حق الارتفاق الاتفاقي الايجابي هو إذا خول مالك العقار المخدم الحق في القيام بأعمال ايجابية على العقار المخدم مثل المرور والمرعى , أما حق الارتفاق الاتفاقي السلبي هو اذا كان الارتفاق لا يخول صاحبه القيام بأعمال معينة بل يقتصر الامر على الزام مالك العقار الخادم بالامتناع عن القيام بأعمال التي يمتلك مالك العقار القيام بها مثل الارتفاق بعدم البناء بأكثر من الحد المعين.

والرأي الثاني^(٢) يرى أن الارتفاقات الايجابية هي تلك الحقوق التي تمنح اصحابها الحق في القيام بأعمال على العقارات المقرر عليها الحق وهذه الاعمال تدخل عادةً ضمن حق المالك في استعمال ملكه أو استغلاله مثل الحق في رعي المواشي, اما الارتفاقات السلبية فهي تلك الحقوق التي لا تسمح لأصحابها بالقيام بأعمال مباشرة حيث تمنع مالك العقار الخادم من القيام ببعض الاعمال مثل فتح المناور أو المظلات على العقارات المجاورة.

ويرى البعض^(٣) أن حق الارتفاق الاتفاقي الايجابي هو أن يقوم شخص أما بتحويل شخص آخر حق في مباشرة بعض الاعمال التصرفية في العقار الخادم , وأما ان يكون بتحويل مالك العقار المخدم الحق في استعمال العقار الخادم, واما

(١) د. محمد طه البشير, ود. عني حسون طه, الحقوق العينية الاصلية, العاتك لصناعة الكتب القانونية, بغداد, بلا سنة طبع, ص ٣٢٥.

(٢) د. رمضان أبو السعود, الوجيز في الحقوق العينية الاصلية-احكامها ومصادرها, دار الجامعة العربية,(بلا مكان طبع, ٢٠٠٤), ص ٤١٤.

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار, الحقوق العينية الاصلية- اسباب كسب الملكية, ج ٢, مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع,(عمان, ١٩٩٤), ص ٤٣٨.

الارتفاق السلبي هو حرمان مالك العقار المخدم من استعماله لبعض من حقوقه على عقاره، مثل الارتفاق بعدم التعلي في البناء.

ونوضح أن المشرع العراقي والمصري أو اللبناني لم يضع نصاً تشريعياً بالنسبة لهذه الصور من الارتفاقات. وتبدو الأهمية في ذلك بالنسبة الى موضوع سقوط حق الارتفاق بالتقادم لكون الارتفاقات الايجابية تحسب المدة فيها من آخر عمل من أعمال الاستعمال التي قام بها مالك العقار المخدم ولا تحتسب الارتفاقات السلبية إلا في اليوم الذي يقوم فيه مالك العقار الخادم بالأعمال المعرقة لحق الارتفاق المقرر على عقاره^(١).

ثانياً- ارتفاعات ظاهرة وارتفاعات غير الظاهرة(خفية)

يرى البعض^(٢) أن حقوق الارتفاق الظاهرة هي توافرت فيها شروط الاعلان، اي الاعمال الخارجية فيجب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً لمالك العقار المرتفق به وأن يعلنه بطريقة لا غموض فيها وأن تكون بطريقة محققة لا لبس فيها، ولا يشترط لهذا الظهور القيام بأعمال تثقل من كاهل العقار المرتفق به ولكن يجب أن يعلن على الأقل بطريقة تكشف عنه أو بعلامة حسية، أما حقوق الارتفاق الخفية هي التي لا علامة خارجية دالة عليها مثل حق الارتفاق الاتفاقي بعدم البناء على الارض، ولكن قد يحصل أحياناً أن يكون حق الارتفاق الاتفاقي جامعاً بين الظهور والخفاء ومثال ذلك حق المجرى باستعمال أنابيب موضوعة على سطح الارض

(١) د. عبد المنعم البدرائي، الحقوق العينية الاصلية- الملكية والحقوق المتفرعة منها واسباب كسبها، ط٣، مكتبة سيد عبدالله وهبه، ١٩٦٨، ص ٣٤٠-٣٤١.

(٢) المادة(١٢٧٣) الفقر الاولى اشارة الى حقوق الارتفاق الظاهرة حيث نصت على انه(الارتفاعات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الاصيلي) ويقابلها المادة(١٠١٦)(٢) من القانون المدني المصري والمادة (٦٨٩) من القانون المدني الفرنسي.

فمن جانب هو حق ارتفاق ظاهر ومن جانب آخر إذا وضعت الانابيب تحت الارض فيصبح حق ارتفاق غير ظاهر^(١).

وفي رأي آخر^(٢) بين أن الارتفاقات الاتفاقية الظاهرة هي التي تدل عليها مظاهر خارجية وبخلافه الارتفاقات غير الظاهرة، التي لا يوجد ما يدل على وجودها، مثل حق الارتفاق الاتفاقي بالمطل حيث توجد فتحة ظاهرة على أقل من المسافة المحددة قانوناً، واما الارتفاقات غير الظاهرة مثل ارتفاق الاتفاقي بعدم التعلي، وأنه يمكن أن يترك الظهور من عدمه للوقائع والظروف، فحق الارتفاق الاتفاقي بالمرور يكون ظاهراً في حالة وجود طريق مرسوم يمار عليه هذا الحق ويكون هذا الحق غير الظاهر في حالة عدم وجود طريق مرسوم.

وقد عرفت المادة (٦٨٩) من القانون المدني الفرنسي الارتفاقات ظاهرة وغير الظاهرة فنصت على انه(الارتفاقات الظاهرة هي التي تظهر بواسطة منشآت خارجية كالباب أو النافذة، أو قناة جر المياه، أما الارتفاقات غير الظاهرة فليس لوجودها علامة خارجية كمنع البناء على العقار، الا على دوميين، مثلاً).وعلى ذلك قضت محكمة النقض المدنية في قرار لها في أن(يمكن لقضاة الموضوع بتقدير مطلق للأدلة الثبوتية المقدم لهم، وأن يعتبروا منشأ من الاسمنت ظاهراً ومستمراً كانت تجمع بواسطة مياه نبع يكفي لأن يضفي على الارتفاق بأخذ المياه الطابع الظاهري ولو كانت القناة تحت الارض)^(٣).

ثالثاً- حقوق الارتفاق المستمرة وحقوق الارتفاق غير المستمرة

(١) د. حسن علي ذنون، المصدر السابق، ص ٣٧١.

(٢) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، (الاسكندرية، ١٩٨٦)، ص ٤٠٧-٤٠٨.

(٣) القانون المدني الفرنسي مترجم، طبعة دالوز، ٢٠٠٩، ص ٧٤٧، نقض مدنية ٣، ١٢، ايار /مايو ١٩٧٥، نش مدنية، ١١١، رقم ١٦٤.

يرى البعض^(١) ان حقوق الارتفاق الاتفاقية المستمرة هو الحق الذي يستعمل من دون تدخل حالي من فعل الانسان , وهذا الارتفاق قد لا يحتاج لتدخل الانسان اصلاً عند استعمالها مثل الارتفاق بعدم البناء أو انها قد تحتاج لتدخل الانسان في بدايتها ومتى ما تم التدخل اصبح حق الارتفاق لا يحتاج الى فعل حالي من الانسان كالارتفاق بالمسيل, واما الارتفاقات غير المستمرة فهو ما يتطلب لاستعماله التدخل الحالي بفعل من قبل الانسان او صدور افعال متوالية من جانب مالك العقار المرتفق مثل الارتفاق بالمرور والمرعى معاً.

وفي رأي آخر^(٢) يرى فيه أن الارتفاقات المستمرة هو حق الارتفاق الاتفاقي الذي يكون استعماله بصورة متواصلة من دون تدخل متكرر من قبل الانسان وذلك لسببين اما لأنه لا يحتاج في استعمال حق الارتفاق الى ذلك التدخل مثل ارتفاقات بعدم البناء , أو لأنها لا تحتاج الى تدخل الانسان إلا في بداية نشوء الحق, مثل الارتفاق بالمسيل أو المجرى. اما الارتفاقات غير المستمرة, فهي التي لا تلزم لاستعمالها تدخل الانسان وتوالي صدور الافعال منه.

ويرى آخر^(٣) أن معنى الارتفاقات المستمرة اي انها لا تحتاج في استعمالها الى قيام الانسان بأفعال معينة وأن هذه الارتفاقات بالأساس هي ارتفاقات سلبية ومنها ما يحتاج الى تدخل الانسان في البداية , ولكن متى ما تم هذا التدخل اصبح حق الارتفاق لا يحتاج الى فعل الانسان عند مباشرة الاستعمال فمثلاً الارتفاق بالمطلات يحتاج في بداية الامر الى فعل معين مثل احداث فتحة بالحائط وعند القيام بذلك لا يعد هنالك الحاجة الى وجود فعل من قبل الانسان للاستمرار في هذا

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك, شرح القانون المدني العراقي-الحقوق العينية الاصلية, جامعة بغداد, ط١, (بغداد ١٩٧٣), ص٢٩٩.

(٢) عمر القاسمي, الزبدة في الحقوق العينية الاصلية, دار السنهوري,(بيروت, ٢٠١٧), ص١٣٢.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص١٢٩٢-١٢٩٣.

الحق، أما في الارتفاق غير المستمر فإنه يحتاج الى تدخل الانسان في كل وقت للاستعمال مثل الارتفاق بالمرور وعليه فالارتفاق غير المستمر يتطلب لاستعماله قيام مالك العقار المخدوم بعمل إيجابي في العقار الخادم.

ولم يشير قانون الملكية العقارية لهذا التقسيم على الرغم من تشابه النصوص القانونية من حيث اللفظ والمعنى مع القانون المدني الفرنسي ولكن هنالك اراء اشارت اليه بصورة مقتضبة حيث بينوا يمكن ان تكون حقوق الارتفاق مستمرة عندما يكون حق الارتفاق قائماً ومن دون تدخل مباشر من قبل الانسان، مثل الارتفاقات مسيل المياه، ويكون الارتفاق غير المستمر متقطعاً عندما يتطلب لممارسته تدخل متكرر ومستمر في كل الاوقات التي يتطلبها استعمال حق الارتفاق عن طريق القيام بأعمال متعاقبة مثل حق الارتفاق بالاحتطاب وحق الارتفاق بالرعي^(١).

ونرى أن القانون المدني الفرنسي قد عرف حقوق الارتفاق المستمرة والحقوق الارتفاق غير المستمرة في المادة (٦٨٨) فنصت على انه (تكون الارتفاقات مستمرة وأما غير المستمرة، فالارتفاقات المستمرة هي التي يكون استعمالها أو يمكن أن يكون مستمراً بدون تدخل حالي للإنسان كارتفاقات مجاري المياه وصرفها، والمطلات وما شاكلها. أما الارتفاقات غير المستمرة فهي التي يتطلب استعمالها تدخل الحالي للإنسان كحقوق ارتفاق المرور واغتراف المياه والرعي وما شابهها).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المدنية الفرنسية في قراراً لها في أن (يشكل ارتفاق المطل ارتفاقاً مستمراً وظاهراً ويعتبر وجوده حاصلاً لمجرد وجود فتحة تطل على عقار الغير، وتستمر حيازته قائمه طالما لم يظهر أي شيء مادي

(١) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٤٤٤.

يتعارض معه, ولا يعتبر طابعه فيما اذا كانت النافذة مجهزة بالزجاج غير الشفاف ولا يستعمل المطل إلا عند فتح هذه النافذة)^(١) .

(١) قرار رقم/١٤٦/محكمة النقض المدنية الفرنسية/ في ٢١ شباط/فبراير/١٩٨٥ . القانون المدني الفرنسي مترجم دالوز , ص ٧٤٦ .

المبحث الثاني

سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية وما يميزها عما يشته به

إن حق الارتفاق الاتفاقي يتسم بسمات وخصائص متميزة مستمدة من تعريفه، لذلك يتطلب الأمر منا توضيحاً هذه السمات التي تبرز هذه الحقوق وتوضح معالمه، مما يجعله متميزاً عن غيره من الحقوق. لذلك سوف نتناول هذا المبحث على مطلبين ففي الطلب الاول نتناول سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية، وفي المطلب الثاني تضمن تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عما يشته به.

المطلب الاول

سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية

لبيان سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية فإنه يقتضي ضبط هذه الخصائص ببيان موقف المشرعين بالإضافة الى بيان آراء الفقهاء والباحثين في هذا الصدد، ولذلك قمنا بتقسيم هذه السمات الى فرعين نتناول فيه خصائص حقوق الارتفاق الاتفاقية من حيث طبيعتها ومحلها، وكذلك في الفرع الثاني نتناول في خصائص حق الارتفاق من حيث مضمونه ومدته.

الفرع الاول

سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية من حيث طبيعتها ومحلها

تناولت أغلب التشريعات خصائص حقوق الارتفاق الاتفاقية ضمن التعريفات الخاصة بحقوق الارتفاق بصورة قد تكون في أغلبها موحدة من حيث الصيغة، ولكن أغلب القوانين لم تأتِ ببيان خصائص حقوق الارتفاق الاتفاقية بشكل مفصل، وترك أمر بيانها لتفسير الفقه والباحثين والدور التشريعي في تناول تلك الخصائص وآراء

الباحثين فيه في التشريع المدني العراقي ثم القانون المدني المصري ويليه قانون الملكية العقارية اللبناني والقانون المدني الفرنسي.

يعد حق الارتفاق الاتفاقي حجة على الكافة، أي لا يحتج به في مواجهة مالك العقار المرتفق به فقط بل يحتج به في مواجهة الكافة^(١)، ولصاحبة حق الأولوية ولا يقرر إلا على العقار بطبيعته^(٢)، وهذا ما أشار اليه القانون المدني العراقي عند تعريفه لحق الارتفاق بالقول على أنه (حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره..)^(٣). فهذه الحقوق تثبت لعقار وتتقرر على عقار آخر ويجب لذلك أن تكون عقارات في طبيعتها^(٤)، لكون هذا الحق يعتبر سلطة مباشرة لمالك العقار المخدم على العقار الخادم والذي يكون من شأنه أن يحد من منفعة العقار المرتفق به لفائدة العقار المرتفق وهذا ما أشار اليه المشرع العراقي في تعريفه للحق العيني^(٥).

فحق الارتفاق الاتفاقي حق عيني لكونه يخول صاحبه حق التتبع وحق الأولوية، فيحتفظ مالك العقار المخدم بحق الارتفاق قبل كل الملاك الذين تنتقل اليهم العقار الخادم فهو يعطي سلطة مباشرة مالك العقار المرتفق على العقار المرتفق به بصرف النظر اذا كانت السلطة ايجابية أم سلبية ويقصد من ذلك أن حق الارتفاق الاتفاقي لا ينشئ روابط شخصية أي التزامات شخصية بين مالك العقار الخادم ومالك العقار المخدم لكون حق مالك العقار المرتفق يتقرر على مباشرة

(١) د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

(٢) د. شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص ٤٧.

(٣) المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤) العقار بطبيعته هو (كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ويشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغيرها) الفقرة (١) من المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي .

(٥) الحق العيني هي سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، لماده (٦٧) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي .

مالك العقار الأول على ملك العقار مالك العقار الثاني ويكون دور مالك العقار الخادم محصوراً بدور سلبي فقط وحق الارتفاق الاتفاقي لا يتقرر إلا على العقار بطبيعته حسب ما جاء وتعريف حق الارتفاق الوارد في القانون المدني المصري^(١) .

وحق الارتفاق يتحدد بصورة دقيقة في الأراضي والابنية فهي ما يتقرر عليه حق الارتفاق ولفائدها^(٢) ، فحقوق الارتفاق الاتفاقية لا تتقرر على العقار بالتخصيص لكونه منقولاً خصص لخدمة عقار بطبيعته لذلك لحقت به الصفة العقارية لذلك العقارات بطبيعتها وحسب تعريف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري هي وحدها تكون محلاً لحق الارتفاق.

أما قانون الملكية العقارية فقد اشار ضمناً الى أن حق الارتفاق الاتفاقي هو حق عيني عقاري يتقرر على عقار ولفائدة عقار^(٣) ، فممارسة حق الارتفاق يكون بصورة مباشرة من قبل مالك العقار المخدم على العقار الخادم ودون الحاجة الى تدخل من قبل مالك العقار الخادم والذي يكون ملتزماً بصورة اساسية الى تسهيل الانتفاع بهذا الحق، ويتبين من ذلك أن مالك العقار المخدم يتمتع بهذا الخصوص بجزء من السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك، ويعتبر حقاً عقارياً لان هذا التكاليف ينصب على عقار لفائدة ومصلحة عقار آخر^(٤) استناداً الى ما جاء فيه قانون الملكية العقارية^(٥) . و اشار قانون الملكية العقارية الى العقارات بطبيعتها بصورة مفصلة وواضحة وأن المشمول في حقوق الارتفاق الاتفاقية هي العقارات

(١) المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري .

(٢) محمد شحاته، القيود الواردة على حق الملكية- في ضوء احكام محكمة النقض، دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية، بلا سنة طبع، بلا مكان نشر، ص ٩٣ .

(٣) المادة (٨٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٤) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٤٤١ .

(٥) المادة (١١) الملكية العقارية قرار ٣٣٣٩ التي نصت على انه (الملكية العقارية هي حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والانظمة ولا يجري هذا الحق الا على العقارات الملك..) .

بطبيعتها^(١) عملاً بأحكام المادة (٥٦) والمادة (٦١) من قانون الملكية العقارية اللبناني والتي تبين ضمناً ذلك^(٢).

ويرى منهم^(٣) أن حق الارتفاق الاتفاقي هو حق عيني يمكن لصاحبه أن يحتج به على الكافة، ويحق لمالك العقار المخدم أن يحتفظ بحق الارتفاق الاتفاقي قبل كل الملاك الذين ينتقل اليهم العقار الخادم، أما كونه حقاً عقارياً لأن هذا الحق لا يتقرر على العقار بطبيعته ولمصلحة عقار بطبيعته.

أما القانون المدني الفرنسي فقد أشار الى كون حق الارتفاق حق عيني عقاري ضمن التعريف لحق الارتفاق في المادة (٦٣٧)^(٤). فقضت محكمة النقض

(١) المادة (٢) من قانون الملكية العقارية اللبناني التي نصت (العقارات بالنظر الى ذاتها هي الاشياء المادية التي يكون لها بالنظر الى جوهرها موقع ثابت غير منتقل كالأراضي والمناجم والنباتات المتأصلة في الارض (ما دامت ثابتة فيها) والابنية).

لا يقصد بلفظة (الابنية) المنشآت المعروفة بذلك (كبيوت السكن والدكاكين والمعامل والمستودعات والاهراء.... الخ) فقط بل ايضا المنشآت الفنية على جميع انواعها (كالجسور والابار والافران والسدود والحواجز والانفاق... الخ) وبصورة اعم كل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة سواء اكان ذلك على ظاهر الارض او في باطنها.

وتعد في العقارات بالنظر الى ذاتها جميع الاجهزة والقطع... الخ الداخلة في البناء والمعدة لإتمامه كالشرفات (البلكونات) والمزاريب والحراب (المنع الصواعق) (وانابيب جر المياه).

(٢) المادة (٥٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني التي نصت على أنه (الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير المالك لعقار الاول ويقوم هذا التكليف أما بتحويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف , وأما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه) ونصت المادة (٦١) من القانون ذاته والتي نصت على أنه (لكل صاحب عقار أن يسور ملكه, الا اذا كان التسوير يحول دون استعمال الارتفاق...) وهنا يتبين لنا ان المقصود من بالعقارات في قانون الملكية العقارية هي العقارات بطبيعتها حيث اللفظ اشارة الى تسوير العقار وهذا الامر لا يتم إذا كان العقار بالتخصيص لكون منقول والذي يكون قابل التسوير هو العقار المستقر والثابت في الارض.

(٣) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد-الحقوق العينية الاصلية، ج٢، المطبعة العلمية، مصر، ط ١، ١٩٥٣، ص ٦٢٨.

(٤) المادة (٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي، طبعة دالوز، ٢٠٠٩، نصت على انه (الارتفاق عبء يفرض على عقار لاستعمال ومنفعة عقار يملكه شخص اخر.

المدنية الفرنسية على أنه (تشكل الارتفاقات حقوقاً عينية تبقى ملازمة للعقارين اللذين أنشئت بينهما وإلى أية يد انتقل أي منهما إليها، والرغم من كل التبديلات في الملكية^(١))، وقضت أيضاً (باعتبار أن الارتفاق ملازم للعقار وليس لشخص، لا يحق لمالك العقار المرتفق به أن يمنع شخصاً ثالثاً من استعمال هذا الارتفاق للوصول عند مالك العقار المرتفق)^(٢).

وعلى ذلك يتبين لنا على أنه إذا كان حق الارتفاق الاتفاقي مقررّاً على شخص ولمصلحة عقار فإن ذلك لا يسمى حقّاً اتفاقياً، وإنما يعتبر التزاماً شخصياً فمثلاً لو تعهد شخص بزراعة أرض مملوكة لجاره لاعتبر حق ارتفاق وإنما التزام شخصي.

ومعنى ذلك ان حق الارتفاق الاتفاقي في جوهره لا ينشئ رابطة التزام بين مالك العقار المخدم ومالك العقار الخادم، ويعني ذلك أن حق مالك العقار المخدم في حق الارتفاق الاتفاقي يقع على ملك الثاني، ولذلك يعتبر دور مالك العقار الخادم دوراً سلبياً يتحدد في ترك صاحب حق الارتفاق بممارسة حقه في العقار الخادم، ويمكن أن يلتزم مالك العقار الخادم ببعض الالتزامات المتعلقة باستعمال حق الارتفاق الاتفاقي مثل صيانته أو تمهيد طريق لمرور صاحب حق الارتفاق.

ففي الاحوال المتقدمة أن هذه الالتزامات لا تغير من طبيعة حق الارتفاق كحق من الحقوق العينية، لكون هذه الالتزامات بين المالكين ما هي الا التزامات تابعة لحق الارتفاق^(٣).

(١) قرار رقم ٨٠٤، محكمة النقض المدنية الفرنسية، في ٥، ٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٩.

(٢) قرار رقم ٩٠٠، محكمة النقض المدنية الفرنسية، في يوم ١٢، حزيران/يونيو ٢٠٠٣.

(٣) د. حسن كيرة، الموجز في احكام القانون المدني - الحقوق العينية الاصلية - احكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥، ص ٢٩٨.

الفرع الثاني

سمات حقوق الارتفاق الاتفاقية من حيث مدتها وقابليتها للتجزئة

يعد حق الارتفاق الاتفاقي من الحقوق التي لها صفة الدوام وتأتي صفة الدوام من كونه حقاً تابعاً و يقصد بحق الارتفاق الاتفاقي بأنه حق تابع أي لا ينفصل عن العقار فهو يتبع العقار المرتفق به والعقار المرتفق وينتقل معه , و يجري عليه كافة التصرفات التي تجري على العقار , فهو ضروري للانتفاع بالعقار غير أن صفة الدوام هذه وأن كانت من طبيعته فأنها على الرغم من ذلك ليس من مستلزماته لذلك يجوز وباتفاق خاص أن يحدد بمدة^(١). وأشار القانون المدني العراقي ضمناً الى ذلك عندما تكلم عن إنقضاء حقوق الارتفاق^(٢). يجب ان يلاحظ ان حق الارتفاق الاتفاقي صفة الدوام ليست جوهرية فيه فالقصد بالدوام هو ليس دوام التملك وتحققه وانما ليس هنالك وقت لانقضائه, أي ان الحق باقاي بدوام محله, ولكن قد يتفق الملاك على وقت انتهاء الارتفاق وهذا لا يؤثر على طبيعته لان الدوام ليس من مستلزماته وبالتالي يجوز استبعاده بتوقيت الارتفاق بمدة محددة او بأجل فاسخ وبهذا يختلف مع حق الملكية من حيث ان الدوام جوهر حق الملكية^(٣) وهذا ما اكدته المادة(١٠٢٦)^(٤) من القانون المدني المصري.

(١) د. محمد طه البشير, ود غني حسون طه , المصدر السابق, ص ٣٢٣-٣٢٤ .

(٢) المادة(١٢٨٤) من القانون المدني العراقي نصت على انه(لصاحب العقار المرتفق به , ان يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه, اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ١٢٨٤ .

(٤) المادة(١٠٢٦) من القانون المدني المصري نصت على أنه (تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً وباجتماع العقارين في يد مالك واحد, إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود) .

ويرى البعض^(١) أن من الطبيعي أن يعتبر حق الارتفاق الاتفاقية حق دائم لكونه يتعلق بعقارين وهما من حيث المبدأ دأمان، ويجب أن يلاحظ على أنه من الممكن أن تعين مدة لحد الارتفاق في العقد الذي أنشأه، وبذلك يصبح حق الارتفاق مؤقت لذلك يعتبر حق الارتفاق قابل للتوقيت^(٢)، وأشار قانون الملكية العقارية الى ذلك عندما تكلم عن شروط استعمال الارتفاقات.

ويرى منهم^(٣) بأن صفة الدوام ليست من مستلزمات او جوهر حق الارتفاق الاتفاقية ولكن هي من طبيعته فحق الملكية حق الملكة يعني ان الحق يدوم بدوام الشيء وانه ويسقط بعدم الاستعمال على خلاف حق الارتفاق الاتفاقية تختلف على خلاف الاصل وهو دوام الارتفاق الاتفاقية بدوام العقار المرتفق و المرتفق به وما لم يتم توقيته حيث أن حق الارتفاق الاتفاقية يسقط بعدم الاستعمال.

أما القانون المدني الفرنسي فقد اشار الى أن حق الارتفاق حق دائم بصورة ضمنية^(٤) وقضت محكمة النقض المدنية الفرنسية على انه (سبب السقوط: عدم الاستعمال عندما يصبح الارتفاق مستحيلًا نهائياً بسبب التعديلات في الوضع العادي للأمكنة عن منشآت دائمية يمكن لقضاة الموضوع أن يستنتجوا من ذلك

(١) المادة (٨٩) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (لا يجوز لصاحب العقار المرتفق عليه ان يجري شيئاً مما يقلل من استعمال حق الارتفاق او مما يجعل استعماله اكثر صعوبة من ذي قبل. وعليه فلا يمكنه ان يغير حالة الاماكن ولا ان يحول حق الارتفاق الى مكان غير المكان الذي عين له اولا. غير انه إذا صح المكان الذي عين اولا أكثر كلفة على صاحب العقار المرتفق عليه او إذا كان مانعا من اجراء التصليحات المفيدة للعقار فيحق له ان يقدم لصاحب العقار المتسلط مكانا بسهولة المكان الاول لاستعمال حقوقه ولا يحق لهذا الاخير ان يرفض. وكذلك من له حق ارتفاق فلا يمكنه استعماله الا وفقا لسنده ولا يمكنه ان يجري لا على الارض المرتفق عليها ولا على ارضه أدنى تغيير يزيد شيئاً في حق الارتفاق على الارض المرتفق عليها).

(٢) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٤٤٢.

(٣) رزوق عبد الباسط، التنظيم القانوني لحقوق الارتفاق، بحث مقدم الى جامعة قاصدي مرياح ورقلة، كلية

الحقوق ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١٠.

(٤) المادة (٧٠٣) من القانون المدني الفرنسي.

سقوط حق الارتفاق^(١)، وحق الارتفاق الاتفاقي في سمة أخرى لا يقبل التجزئة لكون حق الارتفاق الاتفاقي يشمل كل جزء من اجزائه و أن الفائدة التي تقع تشمل العقار كله، ويقصد بعدم القابلية على التجزئة ان العقار الخادم او المخدم اذا جُزئ بالبيع او غيره يبقى حق الارتفاق واقع على كل جزء من اجزائه واذا كان العقار مملوكاً على الشيوع لعدة اشخاص فلا يجوز تقرر حق ارتفاق من غير رضا جميع الملاك^(٢). وهذا ما جاءت به المادة (١٢٨٠) من القانون المدني العراقي في الفقرة الاولى منه^(٣).

ويرى البعض^(٤) أن القصد بعدم قابلية حق الارتفاق لتجزئة في كون تجزئة العقار المرتفق فإن الارتفاق يبقى مقررّاً لكل جزء منه وفي حالة إذا جُزئ العقار المرتفق به فإن حق الارتفاق الاتفاقي يبقى واقعاً على كل جزء منه ايضاً، ففي حالة جُزئ العقار المخدم بقي حق الارتفاق في كل جزء منه ولكن يشترط في ذلك عدم وجود زيادة في الاعباء الواقعة على العقار الخادم، ويحق لمالك العقار الخادم في حالة كان الارتفاق لا يفيد إلا جزء من هذه الاجزاء أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الاجزاء الاخرى، أما اذا جُزئ العقار الخادم فإن حق الارتفاق يبقى واقعاً على كل الاجزاء ولكن اذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع إلا بعض من هذه الاجزاء،

(١) قرار رقم/١٤٤/ محكمة النقض المدنية الفرنسية/ في ٩،٣ نيسان /ابريل ١٩٧٤: رقم ١٤٤.

(٢) حسنين ضياء النوري، حقوق ارتفاق المطار دراسة مقارنة، أطروحة دكتورا، ٢٠١٧، ص ٩٦.

(٣) المادة (١٢٨٠) من القانون المدني العراقي نصت على انه (١- اذا جزئ العقار المرتفق به بقي الارتفاق واقعاً على كل جزء منه...).

(٤) المادة (١٠٤٢) من القانون المدني المصري نصت (١- إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به ٢- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى). ونصت المادة (١٠٢٥) (١) _ إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعة على كل جزء منه ٢ _ غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه).

فلمالك العقار المرتفق به ان يطلب زوال هذا الارتفاق عن الجزء الذي لا يستعمل فيه هذا الحق^(١), وأشار القانون المدني المصري الى ذلك عندما تكلم عن أحكام حقوق الارتفاق.

أما القانون الملكية العقارية اللبناني فقد تكلم عن تجزئة حق الارتفاق ولكنه لم يشر إلى إمكانية زوال حق الارتفاق في حالة كان حق الارتفاق لا يفيد إلا جزء من العقار^(٢), كما هو موجود في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

أما القانون المدني الفرنسي فقد أشار الى أن حق الارتفاق يقبل التجزئة^(٣), وقضت محاكم النقض الفرنسية في ذلك ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في أسبقية الارتفاق بينت على انه (إذا أجرى المالك قسمة للعقار الى ثلاث قطع بتاريخ سابق لإنشاء منع البناء على طول الخط الذي يفصل القطعة المتوسطة والقطعتين المجاورتين فلا تطبق احكام المادة ٧٠٠ التي تفرض وجود ارتفاق بتاريخ سابق لقسمة عقار)^(٤).

(١) د. محمد حسين منصور, الحقوق العينية الاصلية-الملكية والحقوق المتفرعة منها-أسباب كسب الملكية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠٠٧, ط١, ٢٧٣-٢٧٤.

(٢) المادة (٨٨) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت (إذا جزئ العقار المرتفق يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه, دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق).

(٣) المادة (٧٠٠) من القانون المدني الفرنسي نصت (إذا جرى تقسيم العقار الذي أنشئ الارتفاق لصالحه, يبقى حق الارتفاق متوجباً لصالح كل قسم منه, ودون أن يزداد, مع ذلك عبء العقار المرتفق به).

(٤) قرار رقم/٤٧/ محكمة النقض المدنية الفرنسية/ في ٢/ آذار/ مارس, ٢٠٠١.

المطلب الثاني

تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عما يشته به

من خلال دراستنا لتعاريف حقوق الارتفاق الاتفاقية وشروطها وخصائصها نجد انها تشترك مع العديد من الحقوق من حيث الخصائص أو من حيث المضمون لذلك ستقوم بتمييزها عن تلك الحقوق من خلال البحث في مميزات والسمات التي تفرق بين حقوق الارتفاق الاتفاقية والحقوق التي تشتهب معها حيث سنناقش في الفرع الاول تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن حق الانتفاع العقاري، وفي الفرع الثاني تمييزها عن حقوق الارتفاق القانونية، ثم يليه الفرع الثالث نميزها فيه عن حق الاستعمال وحق السكنى وكما يلي:

الفرع الاول

تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن حق الانتفاع العقاري

أن حق الانتفاع يعرف على أنه حق عيني والحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء أو على حقوق يحميها القانون^(١) , ولكونها يجمعها تعريف واحد مع كل الحقوق العينية من حيث التعريف فأنها تنفرد بسمات تختلف فيها عن حق الارتفاق الاتفاقية.

أن القانون المدني العراقي لم يأت بتعريف لحق الانتفاع لبيان مفهومه وترك مهمة تعريف حق الانتفاع لاجتهادات فقهاء القانون^(٢) , ويرى البعض أن حق

(١) توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة، ص ٥ .

(٢) عرف القانون المدني السوري لسنة ١٩٤٩ في المادة(٩٣٦) حق الانتفاع (الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله) وعرف المشرع الاردني حق الانتفاع في القانون المدني الأردني في

المنفعة هو حق عيني يتفرع من حق الملكية لكونه يسلب المالك سلطتين هي سلطة الاستعمال والاستغلال وتخول هذه السلطتين لشخص آخر وهو المنتفع، أما فيما يتعلق بسلطة التصرف فإن المالك يحتفظ بها لذلك يسمى المالك في هذه الحالة بمالك الرقبة^(١).

ولم يرد في القانون المدني المصري تعريفاً لحق الانتفاع ، الا أنه عرف لدى البعض بأنه (حق عيني أصلي يخول صاحبه الانتفاع طول حياته على الأكثر بشيء أو بحق لغيره)^(٢)، و عرف حق الانتفاع بأنه حق يرد على أشياء مملوكة للغير تخول المنتفع سلطتي استعمال الشيء واستثماره لمدة محددة وتنتهي هذه المدة بأقرب الاجلين^(٣).

ونجد أن قانون الملكية العقارية اللبناني قد عرف حق الانتفاع على انه (حق عيني باستعمال شيء يخص الغير والتمتع به، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع)^(٤).

ويرى البعض من خلال التعريف الوارد في قانون الملكية العقارية اللبناني أنه يعلق وجود حق الملكية على حساب حقين هو حق الرقبة وحق الانتفاع وان

المادة (١٢٠٥) بأنه (الانتفاع حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها مادامت قائمة على حالها وأن لم يكن رقبتها مملوكة للمنتفع) .

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه المصدر السابق، ص ٢٩٩.

(٢) د. سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية فقهاً وقضاء، ج١، دار النهضة العربية لنشر، ط١، ٢٠٠٩، ص ٤٩٧.

(٣) د. عبد القادر محمد شهاب، ود. محمد عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا مكان نشر، ٢٠٠٨، ص ٩٧.

(٤) المادة (٣٢) من قانون الملكية العقارية اللبناني.

صاحب حق الرقبة ينقل للمنتفع عنصرين من عناصر الملكية هما عنصر الاستعمال والاستغلال^(١).

عرف القانون المدني الفرنسي حق الانتفاع على أنه (هو الحق في استغلال الأشياء المملوكة لآخر , كما يستعملها المالك نفسه , ولكن بشرط المحافظة على كيانها)^(٢), وعرف الفقه الفرنسي حق الانتفاع بصورة أدق من التعريف الوارد في القانون المدني الفرنسي على أنه (هو حق عيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده الى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب ان ينتهي حتماً بموت المنتفع)^(٣).

ويتضح من التعاريف السابقة أن حق الانتفاع يتميز بخصائص معينة مثل كونه حقاً عينياً فهو يتمتع بمزايا الحق العيني في كونه سلطة مباشرة لمالك العقار المرتفق على ملك الغير وهو العقار المرتفق به وهذا يجعله يشتهر مع حق الارتفاق الاتفاقي وبذلك فهو يرد على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وانه حق ينتهي بموت المنتفع حتماً، لذلك يتوجب علينا أن نميز بين حق الانتفاع العقاري وحق الارتفاق الاتفاقي من حيث أوجه التشابه والاختلاف وكما يلي:

١- أن حق الانتفاع قد يتعلق بمنقول أو عقار, فهو يوجد مستقلاً بذاته بينما حق الارتفاق الاتفاقي يكون متعلقاً بعقار لكون الفائدة الثابتة من تقرير حق الارتفاق الاتفاقي تنبثق من العقار الذي تقرر عليه الحق ولمالك العقار الآخر^(٤).

(١) د. جورج ن. ش دراوي, حق الملكية العقارية- مع ملحق عن: حق التصرف -حق الانتفاع, المؤسسة الحديثة للكتاب, طرابلس لبنان, ٢٠٠٦, ص ١٩٦.

(٢) المادة (٥٧٨) من القانون المدني الفرنسي مترجم , دالوز.

(٣) انظر, د. عبد الرزاق السنهوري, اسباب كسب الملكية, المصدر السابق ص ١٢٠١ .

(٤) المنعم البدر اوي, الحقوق العينية الأصلية, ط ٣, مكتبة سيد عبدالله وهبه, مصر, ١٩٦٨, ص ٣٣٣-٣٣٤.

٢- من حيث التوقيت ان حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع وذلك لا يعني ان يبقى الحق قائماً طول حياة المنتفع فيمكن ان يحدد له وقت ينتهي فيه الانتفاع واذا مات المنتفع قبل انتهاء الاجل فان حق الانتفاع ينتهي والسبب في ذلك لأن الانتفاع يحمل الملكية بعبء ثقل يمكن ان يقلل من حركة التداول^(١) وكذلك أن حق الارتفاق حق دائم يدوم بدوام العقار لكونه لا يتقرر لمصلحة عقار, بينما حق الانتفاع حق مؤقت دائماً وينقضي حتماً بموت المنتفع أو بعدم الاستعمال بمدة خمس عشرة سنة^(٢). وبذلك يختلف عن حق الارتفاق الاتفاقي من هذه الناحية كون حق الارتفاق حق دائم ولا يقبل التوقيت وتعتبر من مستلزماته ولا يصبح مؤقت الا في حالات معينة.

٣- و من حيث الفائدة أن حق الارتفاق يقرر لمنفعة عقار معين، أيًا كان مالك العقار، في حين أن الانتفاع يتقرر لمنفعة شخص معين، ويعني ذلك أن حق الارتفاق الاتفاقي حق عيني عقاري وأن كان مالك العقار المخدم يستفيد من حق الارتفاق فإنه لا يستفيد منه إلا لكونه مالكاً له، بينما حق الانتفاع فيكون لمنفعة شخص وليس لمنفعة العقار^(٣).

٤- يجوز النزول عن حق الانتفاع للغير او بيعه، أما حق الارتفاق الاتفاقي حق تابع لا يجوز النزول عنه أو حجزه او رهنه مستقلاً.

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٨٦٣ .

(٢) المادة (١٢٦٠) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (ينتهي حق المنفعة بعدم الاستعمال مدة خمس عشر سنة) ،ويقابلها المادة (٩٥٥) من القانون المدني المصري حيث نصت (ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة) .

(٣) د. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٣٩٨ .

أما أوجه التشابه هو يكمن في النطاق لأن كل من الحقوق نطاقهما الاراضي أو العقارات ويعني ذلك أن حق الارتفاق الاتفاقي وحق الانتفاع يتشابهان في كونهما واقعين على العقار^(١).

الفرع الثاني

تميز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن حقوق الارتفاق القانونية

أن حقوق الارتفاق الاتفاقية ماهي الا حقوق ارتفاق حقيقية والتي تتقرر على العقار الخادم لمنفعة وفائدة العقار المخدوم وهذه الحقوق هي التي تنشأ باتفاقات معقودة بين ملاك العقارات أو تكتسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الاصلي كما سنبينه لاحقاً، وتعتبر هذه القيود استثنائية لكونها تقرر بالاتفاق بين الأفراد على عقار معين ولمصلحة عقار آخر ولذلك تمثل وضعاً خاصاً بالملكية. أما الارتفاقات القانونية تتقرر على العقارات التي تكون محبوسة تماماً عن طريق عام لذلك فإن القانون يخول صاحب الارض المحبوسة حق المرور بأرض جاره ووفقاً للاستغلال العادي والمعروف، لذلك أن أغلب القوانين أثرت على ادراج هذه الارتفاقات في طائفة القيود القانونية^(٢).

ونجد أن البعض من القوانين موضوع المقارنة اعتبرت هذه القيود هي ارتفاقات قانونية، وأن ما قام به القانون المدني العراقي من تميز القيود القانونية عن

(١) د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٤٧٥ .

(٢) المادة (١٠٥٩) من القانون المدني العراقي نصت على أنه مالك للأرض المحبوسة عن طريق عام او التي يوصلها بهذا الطريق ممر كاف ،اذا كان له يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو بمشقة كبيرة، له حق المرور بالأراضي المجاورة، بالقدر لازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المناسب، وذلك في مقابل أجر سنوي يدفعه مقدماً على أن لا يستعمل هذا الحق ألا في العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضرراً وفي موضوع منه يكلف العقار أقل عبء ممكن).

حقوق الارتفاق هو السلوك الذي سار عليه عند معالجة القيود التي ترد على حق الملكية في كلامه عن نطاق حق الملكية بينما عالج حقوق الارتفاق عند كلامه عن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية^(١).

ويرى البعض^(٢) أن القيود القانونية تعتبر قيوداً عامة تحد من سلطات المالك الذي تكون ملكيته في ظروف معينة فهي تشبه حقوق الارتفاق في أنها ترد على عقار ولمصلحة عقار، ونتيجة لذلك أدى هذا التشابه إلى خلط بينهما لدى القانون اللبناني والقانون الفرنسي حيث أطلق القانون الفرنسي على تلك القيود بالارتفاقات القانونية، وفي الحقيقة أن القيود القانونية تختلف عن حقوق الارتفاق في أن الأولى تهدف إلى رعاية المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة أو هي الوضع العادي للملكية أما حق الارتفاق الاتفاقي يمثل الخروج عن النظام العام المألوف لحق الملكية.

أن القانون المدني المصري تناول القيود القانونية في عدة مواد حيث نصت المادة (٨٠٦) (على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة. و أيضاً مراعاة الأحكام الآتية)^(٣). ولهذا عرف البعض على أن القيود القانونية بأنها حدود عامة

(١) د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٨١ .

(٢) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية-حق الملكية، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٦، ص ٥١.

(٣) المادة (٨٠٦) والمادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (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 مادة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق).

مفروضة على الملكيات الخاصة والتي لا يحق للمالك أن يتجاوزها ويكون هدفها هو تحقيق المصالح العامة أو المصالح الخاصة^(١) وبذلك تتميز القيود القانونية (الارتفاقات القانونية) عن حقوق الارتفاق في أن الأولى يكون مصدرها النص القانوني وهو نص عام يطبق على جميع العقارات التي تحيطها ظروف معينة لكون العبرة في الارتفاقات القانونية بالملكية وليست بالمالك وبذلك لا يضمن البائع خلو العقار من تلك القيود لكونها الوضع العادي لكل الملكيات وبالتالي يفرض علم الكافة بتلك القيود، في حين أن حقوق الارتفاق الاتفاقية يكون مصدرها الاتفاق بين مالك العقار وصاحب الحق.

أما قانون الملكية العقارية اللبناني فقد أورد تلك القيود على شكل ارتفاقات قانونية^(٢). فيرى البعض أن حقوق الارتفاق القانونية هي تلك التي ينص عليها القانون والتي لا تشترط رضا مالك العقار الخادم مثل حق ارتفاق المسيل ومياه الري^(٣)، وقسم قانون الملكية العقارية الارتفاقات القانونية الى قسمين القسم الاول

(١) أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط١، مكتبة الرسالة الدولية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٠.

(٢) المادة (٥٧) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (تتولد حقوق الارتفاق اما عن وضعية الاماكن الطبيعية واما عن واجبات يفرضها القانون واما عن اتفاقات تعقد فيما بين اصحاب العقارات).

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص ٤٣٦. حيث أن حقوق الارتفاق القانونية في القانون المدني السوري هي الحقوق التي يقررها القانون من دون أخذ رضا مالك العقار المرتفق به بعين الاعتبار ما دام مالك العقار المرتفق وقد معالجتها في القانون المدني السوري بالمواد ٩٦٦ إلى ٩٨٦ وتكون هذه الارتفاقات إما لمنفعة خاصة مسيلات الأمطار، الأعمال التي تلحق الضرر بالغير، المطلات، الحائط المشترك، الأشجار وحق المرور سواء الشخصي أو المائي) أو لمنفعة عامة وهي التي نصت عليها المادة ٩٦٧ من القانون المدني السوري كما يلي (تحدد القوانين والأنظمة الخاصة الارتفاق القانوني العائد للمنفعة العامة، سواء أكانت الغاية منه التمكن من الوصول إلى شواطئ البحر وضياف مجاري المياه، أو تأمين أو تسهيل مهمة إعداد المسالك أو المنشآت العامة، والعناية بها أو استعمالها، وعلى الأخص المنشآت العسكرية البرية أو البحرية).

تضمن الارتفاقات العائدة للمنفعة العمومية^(١) وفي القسم الثاني ارتفاقات عائدة للمنفعة الخصوصية^(٢)

ويرى البعض^(٣) أن هذه القيود (الارتفاقات القانونية) تتضمن الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه مالك آخر فهي تشبه حقوق الارتفاق من هذا الجانب إلا أن هنالك farkاً جوهرياً بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية فحق الارتفاق القانوني هو نصوص قانونية مقررة بحكم القانون وتعتبر حدود عامة لكل ملكية تتوفر فيها ظروف معينة وتحدد من الوضع العادي للملكية بينما يمثل حق الارتفاق خروجاً عن الوضع العادي لكونه عبئاً استثنائياً يتقرر بإرادة الانسان.

أما القانون المدني الفرنسي فقد قسم حقوق الارتفاق الى عدة أقسام استناداً الى مصدره حيث بين الارتفاقات التي تنشأ بقانون تهدف أما الى تحقيق منفعة عامة أو منفعة خاصة للأفراد^(٤).

يرى منهم^(٥) أن الفقه في فرنسا ومصر منقسم في مسألة القيود القانونية هل هي حقوق ارتفاق أم لا فيرى الفقه الفرنسي أن هذه القيود هي فعلاً حقوق ارتفاق قانونية، بينما يرى جانب آخر الى وجوب التمييز بين القيود القانونية التي تكون

(١) المادة (٦٣) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (ان حقوق الارتفاق القانونية ذات المنفعة العمومية ما كان منها للمتمكين من الوصول الى شواطئ البحر وضاف مجاري المياه وما كان منها لتأمين او لتسهيل ترتيب المسالك او الانشآت العمومية والاعتناء بها واستخدامها وعلى الاخص انشآت الدفاع العسكري البري او البحري هي محددة في القوانين والانظمة الخاصة بذلك).

(٢) المادة (٦٤) من قانون الملكية العقارية نصت على أنه (على كل صاحب عقار ان يبني سطوح بنائه بطريقة تسيل معها مياه المطر على ارضه او على الطريق العمومي ما لم تطبق عليه في هذا الصدد الانظمة الخاصة المتعلقة بالطرقات ولا يجوز ان يسيل هذه المياه على الارض المجاورة له).

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده , المصدر السابق, ص ٩٥٧ .

(٤) المادة (٦٤٩) من القانون المدني الفرنسي , مترجم , دالوز, ص ٦٩٧, نصت على أنه (تهدف الارتفاقات المنشأة بموجب القانون الى تحقيق منفعة عامة أو منفعة بلدية أو منفعة الأفراد).

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ١٢٩٨ .

مقررة للمصلحة العامة وتلك المقررة لمصلحة خاصة وأعتبرها قيود قانونية مقررة على حق الملكية وهي ليست حقوق ارتفاق اتفاقية، فحين يعتقد البعض منهم أنها قيود مختلطة لكونها تجمع صفات حقوق الارتفاق وبين معنى القيد، وبالنتيجة أجمع الفقهاء على أن هذه الارتفاقات القانونية هي قيود قانونية. وهذا هو الرأي الذي سار عليه القانون المدني العراقي والمصري. ويترتب على ذلك نتائج أهمها:

النتيجة الاولى: أن مالك العقار الخادم لا يضمن خلو عقاره عند بيعه من القيود القانونية لكونها ليست حقوق ارتفاق، بل هي التنظيم العادي والمألوف لحق الملكية لكونها قيود يفرضها القانون ويجب على المشتري أن يكون على علم بذلك.

النتيجة الثانية: أن القيود القانونية هي تحد من منفعة عقار ولفائدة عقار آخر ولكن تختلف عن حقوق الارتفاق في كون القيود القانونية لا تزول بعدم الاستعمال وهي خمس عشرة سنة وقضت محكمة النقض المدنية الفرنسية في أن (الارتفاقات المفروضة من قبل السلطة الادارية عنده قسمة العقار , والهادفة الى تحقيق مصلحة عامة والمتسمة بطابع النظام العام لا تسقط بعد الاستعمال ثلاثين سنة^(١)).

النتيجة الثالثة: حقوق الارتفاق الاتفاقية ليست محددة على سبيل الحصر بل يمكن للأفراد إنشاء ما شاؤوا من الارتفاقات ولكن بشرط عدم مخالفة النظام العام، بينما القيود القانونية محصورة ومحددة بنصوص القانون.

ويرى منهم^(٢) أن القيود القانونية أو الارتفاق القانوني هي التي تفرض على الملكيات العامة والخاصة وتحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر

(١) قرار رقم/٢٧٢/محكمة النقض الفرنسية/في/١٨ كانون الاول /ديسمبر:٢٠٠٢. القانون المدني الفرنسي مترجم، دالوز، ص ٦٩٧.

(٢) حوراء عزوي ذياب، التنظيم القانوني للمطل، رسالة ماجستير مقدمه الى مجلس كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٦، ص ٤٢.

مما يزيد التقارب بين هذه القيود وبين حقوق الارتفاق الاتفاقية إلا أن هناك فارقاً أساسياً يميز عنها وهو أن الارتفاق الاتفاقي يمثل الخروج عن التنظيم المألوف لحق الملكية وهي تمثل الوضع العادي القانوني للملكيات توجد في نفس الظروف.

الفرع الثالث

تمييز حقوق الارتفاق الاتفاقية عن حق الاستعمال والسكنى

أشار القانون المدني العراقي الى حق الاستعمال والسكنى^(١) دون أن يضع تعريفاً خاصاً بهذا الحق ويرى البعض أنه اذا ورد حق المنفعة بصورة مطلقة فإنه يحق للمنتفع أن يستفاد من المال باستعماله بجميع أنواع الانتفاع المشروعة ويستطيع أن يستفيد من المال مباشرة أو أن يستغل المنافع العائدة منه' أو أن يقبض عائدته ولكن يمكن للمالك أن يحد من حقوق المنفعة وهي بأن لا تتعدى حق استعمال الشيء أو السكنى فيه وبذلك هي نوع خاص ومحدود من حق المنفعة لذا تم استيفاء حق المنفعة باستعماله من قبل المنتفع فيسمى حينئذ (حق الاستعمال) وأما اذا قيد بسكنى المنتفع سمي حق سكنى^(٢).

ويرى البعض^(٣) أن نطاق حق الاستعمال والسكنى يكون محصوراً على ما يكون لحاجته صاحب الحق هو وأسرته ويعني ذلك أن نطاق حق الاستعمال والسكنى يكون محدد بحاجة صاحب الحق اي حاجاته الشخصية ففي الاصل لا يجوز التنازل عن هذا الحق لغيره في الاحوال التي يشترط ذلك صراحة أو أن يكون

(١) المادة (١٢٦١) من القانون المدني العراقي، نصت على أنه (يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستعمال أو السكنى).

(٢) عبد الرحمن خضر، المصدر السابق، ص ٢١٨.

(٣) شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص ٣٤.

هنالك مبرر قوي وقد أهل القانون المدني العراقي مرونة بحق السكنى لكونها كثيراً ما تتحقق كأن تصبح الدار غير صالحة لسكن فيحق له أن يؤجرها.

أما القانون المدني المصري فقد حدد نطاق حق الاستعمال والسكنى^(١) , وبين نطاقه والاحكام الخاصة بحق الاستعمال وحق السكنى.

وعرف منهم^(٢) حق الاستعمال على أنه حق عيني مقرر لشخص على شيء يملكه غيره ويخول صاحب الحق استعمال الشيء لنفسه أو لأسرته وعلى ذلك هو فرع من حق الانتفاع لكون حق الانتفاع يخول لصاحبه حق الاستعمال والاستغلال أما حق الاستعمال فهو لا يخول الا فقط باستعمال الحق فقط ويلاحظ أن هذا الحق محدود ومحصور بالحاجات الشخصية لصاحب الحق واسرته, اما حق السكنى فيعتبر فرع من حق الاستعمال لكونه مقصوراً على نوع محدد من الاستعمال وهو السكنى ويتضح من ذلك أن حق الاستعمال يرد على العقار والمنقول أما حق السكنى فيرد على العقار فقط .

أما قانون الملكية العقارية اللبناني لم يشر الى نص مماثل ولكن قانون الموجبات والعقود اللبنانية أشار بصورة ضمنية الى حق الاستعمال والسكنى^(٣) ويمكن ان تحمل عبارة الاسرة في النص على المعنى الضيق وهم من تجب نفقتهم

(١) المادة(٩٩٦) من القانون المدني المصري نصت على انه(نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم دون الاخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام)

(٢) عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق,ص ١٢٧٦.

(٣) المادة (٥٣٩) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ نص على (من ليس له على الشيء سوى حق الاستعمال الشخصي او حق السكن او حق الحبس او حق التأمين لا يجوز له ان يؤجره).وفي نص مماثل اشار المادة (١٢٢١) من قانون الملكية العقارية الاردني الى انه(يتحدد مدى حق الاستعمال وحق السكنى بحاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم فحسب, ومع ذلك مراعاة احكام السند المنشئ للحق).

شرعاً من قبل صاحب الحق ويحدد الاستعمال بحسب طبيعة الأشياء وما أعدت له فإن استعمال السيارة هو ركوبها إذا كانت مصممة للركوب وللحمل أن كانت مصممة للحمل^(١) .

أما القانون المدني الفرنسي فقد نص على حق الاستعمال والسكنى وبين طريقة إنشائها^(٢) , وقضت محكمة النقض الفرنسية في قراراً لها على أن (السند الوارد في عقد البيع الذي ينص على أن حق الاستعمال والسكنى معطى حصرياً للبائع لا ينطوي على مخالفة للمادة ٦٣٢)^(٣) ويتبين لنا أن حق الاستعمال والسكنى يشتمل على خصائص وهي كالآتي:

- ١- أن الانتفاع بحق الاستعمال وحق السكنى مقيد باستعمال المنتفع لشيء لنفسه أو لأسرته أي أن الانتفاع بها مقيداً بما يحتاجه صاحب الحق^(٤) .
- ٢- لا يمكن النزول في حق الاستعمال والسكنى للغير إلا إذا كان هنالك شرط صريح أو مبرر قوي^(٥) أي أن النزول عن هذا الحق غير ممكن إلا إذا كانت الإجازة بالتنازل المذكورة في السند المنشأ , أو كان هناك مبرر قوي بحيث يصعب على المنتفع استعماله^(٦) .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار , المصدر السابق, ص ٣٩٦

(٢) المادة (٦٢٥) من القانون المدني الفرنسي نصت على أنه (أن حق الاستعمال والسكنى تنشأ بنفس الطريقة التي تنشأ بها حق الانتفاع).

(٣) قرار رقم / ٢٣٩ / محكمة النقض المدنية الفرنسية / في ٧ / ٣ كانون الاول / ديسمبر ٢٠٠٥ , القانون المدني الفرنسي , مترجم, دالوز, ص ٦٣٨ .

(٤) المادة (١٢٦٢) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق وأسرته في خاصة أنفسهم).

(٥) المادة (١٢٦٣) من القانون المدني العراقي. والمادة (٩٩٧) من القانون المدني المصري نصت على أنه (لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي).

(٦) عبد الرحمن خضر, المصدر السابق, ص ٢١٩ .

وكما نرى فان حق الاستعمال وحق السكنى يقترب من حق الارتفاق

الاتفاقي في بعض الخصائص ويختلف عنها في البعض الآخر وكما يلي:

١_ حق الاستعمال وحق السكنى حقان مؤقتان وإذا لم تعين لهم مدة انصرفت الى مدى حياة أصحاب الحق، وينقضياً حتماً بموتهما، على خلاف حق الارتفاق فإنه حق دائم ولا ينقضي بموت المالك لأن صفة الدوام من طبيعته وتتعلق بدوام العقار.

٢_ حق الاستعمال وحق السكنى لا ينتقلان بالإرث لأن شخصية المنتفع او صاحب الحق محل اعتبار، على خلاف حق الارتفاق الاتفاقي فهو ينتقل بانتقال الملكية الان الانتفاع مقرر لفائدة العقار بينما الانتفاع بالاستعمال مقرر للمنتفع بصفته الشخصية.

٣_ من ناحية النزول عن الحق، فان حق الاستعمال وحق السكنى لا يجوز النزول عنه، لكونه التزاماً شخصياً، بينما حق الارتفاق الاتفاقي يحق فيه للمالك ان يخلص عقاره من الارتفاق.

٤_ ان محل التزام في حق الاستعمال والسكنى هو التزاماً شخصياً او هو عمل يجب على المدين اداؤه، بينما محل حق الارتفاق هو العقار.

٥_ حق الارتفاق لا يتقرر إلا على عقار او لفائدة عقار ومنفعته، بينما حق الاستعمال قد يقع على منقول او على عقار، وحق السكنى يقع على عقار ويكون الفائدة للمنتفع بالعقار المقرر عليه.

المبحث الثالث

محل حقوق الارتفاق الاتفاقية ومصادرها

لحقوق الارتفاق الاتفاقية محل ليقدر عليها هذا الحق لذا سنقوم بدراسة الاشياء التي تصلح أن تكون محلاً لحقوق الارتفاق وكذلك نتناول مصادر حقوق الارتفاق الاتفاقية، وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين الاول لمحل حقوق الارتفاق الاتفاقية، والمطلب الثاني خصص لبيان مصادر حقوق الارتفاق الاتفاقية وتقسيماتها.

المطلب الأول

محل حقوق الارتفاق الاتفاقية

جاء في تعريف حقوق الارتفاق وفق القانون المدني العراقي^(١) أن حق الارتفاق يقرر على العقار دون الإشارة في التعريف ما إذا ما كان هذا العقار المقرر عليه حق الارتفاق هو عقار بطبيعته أم عقار بالتخصيص. ولدراسة محل حقوق الارتفاق الاتفاقية فإنه يقتضي علينا بيان موقف التشريعات بتحديد محل حق الارتفاق الاتفاقي وأراء الفقهاء والباحثين، وذلك من خلال تقسيم المطلب الى فرعين نتناول فيه العقارات بطبيعتها وفي الفرع الثاني نتناول فيه العقارات بالتخصيص.

(١) المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي

الفرع الاول

العقارات بطبيعتها

تقسم الأشياء الى عقارات ومنقولات وهذا التقسيم يعتمد على اختلاف طبيعة الأشياء من حيث ثباتها وحركتها وهذا ما اخذ به المشرع العراقي^(١) لذلك تعتبر الأراضي وفق هذا الأساس من أولويات العقارات ويعتبر عقاراً كل من البناء والانشاءات ونباتات والأشجار وإذا فقدت صفة الثبات بالأرض او الاستقرار تعتبر منقول وتفقد الصفة العقارية^(٢) , ومن خلال استقراء نص المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي حيث عرفت حق الارتفاق بأنه حق يحد من منفعة عقار وبالتالي نجد في هذا التعريف انه جاء بصورة عامة ولم يحدد نوع العقار وبالتالي فان محل حق الارتفاق يشمل كل شيء يتمتع بالصفة العقارية تأسيساً على احكام المادة (٦٢) لان يعتبر نص عام وبناء على ذلك يشمل حق الارتفاق العقارات بصورة عامة.

ويرى منهم^(٣) إذا كان حق الارتفاق الاتفاقي حقاً عينياً ينصب بصورة مباشرة على الاشياء المادية فهو حق عقاري لا يرد إلا على العقارات وبغض النظر إذا كانت مبنية أم لا وأن حق الارتفاق الاتفاقي ممكن أن يرد على الاراضي المملوكة ملكية عامة ولكن بشرط التزام مالك العقار المخدم بأن لا يكون هنالك تعارض بين استعمال الذي خصص له وحق الارتفاق.

(١) المادة (٦٢) من القانون المدني حيث عرفت العقار (هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الأراضي والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية).

(٢) د .محمد طه البشير .ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٤ .

(٣) د عبد المنعم البدرابي , المصدر السابق، ص ٣٥٣ .

وأشار القانون المدني المصري الى العقارات بطبيعتها على أنها كل شيء له مستقر ثابت بالأرض لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف^(١). فلا يقرر حق الارتفاق الاتفاقي إلا على العقار بطبيعته وذلك استناداً الى احكام المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري.

ويرى منهم^(٢) أن محل حق الارتفاق يتحدد في الاراضي والابنية لكونها وحدها التي يرد عليها الارتفاق او يتقرر لفائدتها وبالتالي يخرج عن نطاقه الاشجار على الرغم من أنها عقار بطبيعتها ولكون صفتها المؤقتة تتعارض مع صفة الدوام التي يتمتع بها حق الارتفاق . وعلى الرغم من ذلك لا يمكن ان تكون محلاً لحق الارتفاق وسبب ذلك ما ذكره الفقيه (بلانيول) في كون الأشجار لا يمكن ان تكون محلاً دائماً لحق ارتفاق لكونها ستموت ذات يوم على عكس حق الارتفاق حق دائم ولذلك لا يمكن ان نستند على حق مؤيد على أشياء ممكن ان تفنى في اجل قد يكون قريب او بعيد، وعلى ذلك انها هذه الحجة محل اختلاف^(٣) .

وفي رأي آخر^(٤) ان حق الارتفاق قاصر على العقارات تماشياً مع تعريف المشرع العراقي دون المنقول وخصصه بأن العقار الذي يصلح ان يكون محلاً لحق ارتفاق هو العقار بطبيعته، ويلزم لان يكون محل حق الارتفاق معتبراً ان تتوفر فيه شروط المحل من حيث قابليته لتداول وان لا يكون مما لا يجوز التعامل فيه.

وبما ان صفة العقار تلحق بالشيء تبعاً لصفة الاستقرار فيعتبر الشجر والنبات عقار حتى وان كانت مملوكة لغير صاحب الأرض كل المستأجر ويصح

(١) المادة (٨٢) (الفقرة (١) من القانون المدني المصري. (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).

(٢) وائل محمد شحانه، المصدر السابق، ص ٩٣.

(٣) نقلاً عن، د غني حسون طه، تشرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، ص ٣٦٦

(٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ٢٩٧

التصرف بالنبات دون الأرض ولكن هذا لا يخرجها من كونها عقاراً وتطبق في الأحوال على المزارع في الأراضي الموقوفة^(١)، نستنتج من تباين الآراء السابقة ان محل حق الارتفاق هو العقارات بطبيعتها دون المنقول ولكن أوجه الاختلاف برزت حين التكلم عن النبات والأشجار وبما ان احكام القانون المدني العراقي لم تأتِ بذكر هذا الاستثناء وهل هو بحكم العقار ام لا فهو مثل يؤخذ عليه حيث كان من الاجدر توضيح ذلك وعدم تركه لتفسيرات الفقهاء . اما من الناحية العملية ممكن ان يبرز حق ارتفاق على الأشجار او النبات وهي أمور قد تطرأ مستقبلاً نظراً لتطور المجتمع.

اما في القانون المدني المصري فقد عرف العقار في المادة (٨٢) الفقرة الأولى (هو كل شيء ثابت مستقر بحيزه , لا يمكن النقل منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول) وعليه فان المشرع المصري والعراقي سلكا نفس الطريق في تحديد معنى العقار بطبيعته . وتأسيساً على حكم المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري فان الشيء الذي يكون محلاً لحق الارتفاق هو العقار ولا يصح المنقول ان يكون محلاً للحق لعدم استقراره, وحسب الفقه المصري ان المحل لحق الارتفاق هو العقار لكون حق الارتفاق يتطلب القيام بأعمال مادية عند استعمال حق الارتفاق الاتفاقي هذا من جانب, ومن جانب آخر ان الحقوق الارتفاق لا يمكن ان تكون محلاً بحقوق عقارية, لكونها بحقيقتها منقول بطبيعته, وعلى ذلك يكون العقار بطبيعته هو محلاً لحق الارتفاق ويتكون العقار بطبيعته او يشمل الأرض النبات والمنشآت وتشمل الأرض الأراضي الزراعية واراضي الفضاء سواء أكانت بالمدن والارياف^(٢), اما المباني والمنشآت تصلح ان تكون محلاً لحق الارتفاق

(١) د حامد مصطفى, القانون المدني العراقي, الملكية واسبابها, شركة التجارة لطباعة والنشر, ١٩٥٣, ص ١٤

(٢) د عبد الرزاق السنهوري المصدر السابق, ص ١٢٨٦.

لاندماجها في الأرض، أما النبات فقد اخذ الفقه المصري بآراء الفقه والقضاء الفرنسي، على استبعاد النبات من ان تكون محلاً لحق الارتفاق لكون البقاء في الأرض يكون لمدة ولأجل معين.

واستناداً الى ما تقدم أن حق الارتفاق ينصب على العقارات التي يصح التعامل بها وأن يلاحظ في أن هنالك عقارات يصح التعامل بها ولكنها لا تصلح أن تكون محلاً لحقوق الارتفاق الاتفاقي وهنالك عقارات لا يمكن أن تكون تصح محلاً لتعامل لكنها ممكن أن تكون لحق الارتفاق الاتفاقي، فالأشجار هي عقار بطبيعته ومع ذلك لا يمكن ان تكون محلاً لحق الارتفاق لكونها معدة للبقاء بصورة مؤقتة، وأما العقارات المملوكة للدولة تعتبر من الاموال العامة فأنها بالأصل لا تقبل التعامل ومع ذلك يمكن ان تكون محلاً لحق الارتفاق^(١) وهذا ما أشار اليه القانون المدني المصري^(٢).

أما قانون الملكية العقارية اللبناني قسم العقارات الى ثلاث فئات وهي العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص والعقارات غير المادية وأشار القانون ذاته الى أن العقارات بطبيعتها هي الاشياء المادية والتي يكون لها موقع ثابت غير متنقل^(٣). فحق الارتفاق الاتفاقي واستناداً الى تعريف قانون الملكية العقارية^(٤).

(١) د. علي حسن ذنون، شرح القانون المدني العراقي-الحقوق العينية الاصلية، بلا مكان نشر، بلا سنة، ص ٣٦٦.

(٢) المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري. نصت على انه (...ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال).

(٣) المادة (٢) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على انه (لعقارات بالنظر الى ذاتها هي الاشياء المادية التي يكون لها بالنظر الى جوهرها موقع ثابت غير متنقل كالأراضي والمناجم والنباتات المتأصلة في الارض (ما دامت ثابتة فيها) والابنية).

لا يقصد بلفظة (الابنية) المنشآت المعروفة بذلك (كبيوت السكن والدكاكين والمعامل والمستودعات والاهراء.... الخ) فقط بلا ايضاً المنشآت الفنية على جميع انواعها (كالجسور والابار والافران والسدود والحواجز

ويرى منهم^(٢) أن المنقول لا يمكن أن يكون محلاً لحقوق الارتفاق الاتفاقية لكون استعمال حق الارتفاق يتم عن طريق قيام مالك العقار المخدم بعمل مادي أو عن طريق لامتناع مالك العقار الخادم عن القيام بعمل مادي ونتيجةً لذلك لابد أن يكون العقار الذي يتقرر عليه حق الارتفاق عقاراً بطبيعته والعقار بطبيعته يشمل المنشآت و ممكن أن تكون محلاً لحق الارتفاق الاتفاقي مثل المخازن والمصانع، والاراضي غير المبنية ممكن أن تكون محلاً لحق الارتفاق وبغض النظر عن موقعها سواء كانت في المدن أو القرى.

ومنهم من أعتبر العقارات المادية هي وحدها تصلح لأن تكون محلاً لحقوق الارتفاق الاتفاقية والعقارات التي يجوز تقرير حق ارتفاق عليها هي الاراضي والمنشآت^(٣). وفي قرار لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية عدت المصاعد التي تتركب في العقارات عقاراً بطبيعته وبصرف النظر عن مالكة^(٤).

أما القانون المدني الفرنسي فد قسم العقارات الى فئات وهي أما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص أو عقارات حسب موضوعها^(٥)، والذي يخص موضوعنا العقار بطبيعته فحسب القانون المدني الفرنسي يشمل العقارات والمباني

والانفاق... الخ) وبصورة اعم كل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة سواء اكان ذلك على ظاهر الارض او في باطنها.

وتعد في العقارات بالنظر الى ذاتها جميع الاجهزة والقطع... الخ الداخلة في البناء والمعدة لإتمامه كالشرفات (البلكونات) والمزاريب والحراب (المنع الصواعق) (وانابيب جر المياه).

(١) المادة (٥٦) من قانون الملكية العقارية نصت على أنه (حق الارتفاق هو تكليف مرتب على عقار معين لمنفعة عقار اخر معين...).

(٢) د. داور عيد، الحقوق العينية الاصلية، ج ٢، بلا مكان نشر، ١٩٨٠، ص ١١٩-١٢٠.

(٣) د محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ٦٢٦.

(٤) محكمة التمييز المدنية اللبنانية، بيروت، رقم ١٠ تاريخ ١٠/٢٢/١٩٦٨.

(٥) المادة (٥١٧) من القانون المدني الفرنسي.

وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض التجارية الفرنسية حيث بينت على أنه (يكون المال عقاراً بطبيعته مادام جهاز الربط والتثبيت والتأسيس يدل على أنه لا يرتكز على الأرض بكل بساطة ولا يستقر عليها مجرد وزنه حتى لو كان بناءً خفيفاً ومؤقتاً)^(١) .

وأشار القانون المدني الفرنسي على اعتبار المحاصيل الزراعية والأشجار عقارات في الأحوال التي تكون فيها متصلة جذورها في الأرض ولكن في حال قطعها تكون منقول^(٢) , وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية (بعد أن أخذت المحكمة بالاعتبار أن مستثمر الغابات لم يتطلع منذ شراء الغابة إلى استغلال مساحتها فقد استنتجت بحق الأشجار معدة للقطع وتحولت إلى منقولات بالمال)^(٣) , وأشار القانون المدني الفرنسي عند تعريفه لحقوق الارتفاق في أن الارتفاق هو عبء يفرض لمنفعة عقار^(٤) . وبذلك وحسب ما هو وارد في القانون المدني الفرنسي لا يمنع من نشوء ارتفاقات على الأشجار استناداً إلى القواعد العامة للقانون المدني الفرنسي.

(١) قرار رقم /١٣٨/ محكمة النقض التجارية/ في /١٠/ حزيران/يونيو، ١٩٧٤ القانون المدني الفرنسي، مترجم ، دالوز ، ص ٦٣٢ .

(٢) المادة (٥٢٠) من القانون المدني الفرنسي نصت على أنه (أن المحاصيل الزراعية المرتبطة بجذورها وثمار الأشجار غير المقطوفة تعتبر كذلك عقارات لكن عندما تقطع البذور وتفصل الثمار حتى لو لم تنتقل من مكانها تصبح منقولات...).

(٣) القانون المدني الفرنسي، مترجم، دالوز، ص ٦٣٣، نقض تجارية ، ٢٤/تشرين نوفمبر ١٩٨١، نش مدنية ٧١ رقم ٤٠٨ .

(٤) المادة (٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي .

الفرع الثاني

العقارات بالتخصيص

لم يشر القانون المدني العراقي على اعتبار العقار بالتخصيص محلاً لحق الارتفاق واتفق أغلب الباحثين على عدم إعتبار العقار بالتخصيص محلاً لحقوق الارتفاق الاتفاقية لكونها عقارات بافتراض قانوني ولكنها في الحقة منقولات^(١) , وذلك لاعتقادهم ان كلمة العقار بالتخصيص هي عقار حكماً هو منقول بطبيعته وبناءً على ذلك وجب علينا ان نوضح معنى العقار بالتخصيص من الناحية التشريعية ومن الناحية الفقهية والوقوف على الأسباب التي حالت دون اعتبار العقار بالتخصيص محلاً لحق ارتفاق. وأشار المشرع العراقي الى تعريف العقار بالتخصيص بصورة دقيقة واعتبره المنقول الذي يضعه المالك في العقار رسداً لخدمة العقار^(٢) .

وبما أن تعريف حقوق الارتفاق في القانون المدني العراقي لم يشر الى العقار بالتخصيص ممكن أن يكون محلاً للارتفاق ولا اعتبارات تتعلق بصفة حق الارتفاق ومن هذا المنطلق ان العقارات بالتخصيص هي منقولات واذا خصصت لخدمة عقار تصبح عقارات بالتخصيص متى ما اتحد المالك وعليه لا يمكن التصرف بها بصورة مستقلة, وبمفهوم المخالفة يمكن ان تكون محلاً لحق ارتفاق اذا كانت موجودة في العقار الذي خصصت له ولكن إذا زال التخصيص تعتبر منقولات وبالتالي ينتهي الارتفاق هذا من جانب ومن جانب آخر ان نص المادة (١٢٧١) لم

(١) د, محمد حسين منصور, المصدر السابق, ص ٢٧٢, حسن علي ذنون , المصدر السابق, ص ٣٦٦, د عبد الرزاق السنهوري المصدر السابق, ص ١٢٨٦.

(٢) لماده (٦٣) من القانون المدني العراقي نصت بانه(المنقول الذي يضعه مالكة في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار او استغلاله).

ينص على عدم اعتبار محل حق الارتفاق يجب ان يكون عقاراً بطبيعته ولم ينص على عدم اعتبار العقار بالتخصيص محلاً لحق الارتفاق ولذلك أن أمر عدم اعتبار العقار بالتخصيص هي اراء الفقهاء, وكذلك نرى ان هنالك رأياً فقهيّاً يدعم هذا الكلام حيث اعتبر ان حق الارتفاق منصّباً على العقار بطبيعته وليس العقار بالتخصيص وذلك بالرجوع الى احكام المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي^(١).

وعليه اغلب الباحثين^(٢) في القانون المدني العراقي اعتمد في تحليل محل حق الارتفاق بالعودة الى احكام المادة (٦٢) حيث لا يوجد نص واضح في المادة (١٢٧١) لبيان طبيعة العقار, وكذلك الرأي الفقهي الاخر يعتبر ان العقار بالتخصيص منقولاً بطبيعته ولكن القانون يعتبره عقاراً في حالة رصد مالكه لخدمة العقار, وعليه أعتبر بعض الباحثين ان وعاء حق الارتفاق هو العقار بطبيعتها وليس عقاراً بالتخصيص^(٣), لكون العقار بالتخصيص هو منقول ولكن عدم اعتباره محل لحق الارتفاق امر محل نظر لسبين: لكون العقار بالتخصيص اصبح بمنزلة العقار بطبيعته عند تخصيصه وبالتالي ممكن ان يكون محلاً لحق ارتفاق اما السبب الثاني ان اغلب الفقهاء اجمع على عدم بيعه او رهنه بصورة مستقلة وبالتالي هذا سبب يدعونه للقول بأن العقار بالتخصيص يصح ان يكون محلاً لحق الارتفاق.

أما المشرع المصري فد بين العقار بالتخصيص^(٤) بنص مشابه لما هو موجود في القانون المدني العراقي, وكما رأينا أن أغلب الفقهاء والباحثين يجمعون على أن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رسده مالكه لخدمة عقاره, ومن

(١) حامد مصطفى, احكام التسجيل العقار بالطابو, ط١, مطبعة العاني, بغداد, ١٩٦٨, ص١٤١.

(٢) د. حسن علي ذنون, المصدر السابق, ص٣٦٦, سعيد عبد الكريم مبارك, المصدر السابق, ص٢٩٧.

(٣) محمد وحيد الدين سوار, المصدر السابق, ص٤٣٢.

(٤) المادة(٨٢) من القانون المدني المصري بينت العقار بالتخصيص على انه(مع ذلك يعتبر العقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة العقار أو استغلاله).

خلال ما تقدم أن المنقول لكي يصبح عقاراً بالتخصيص يتطلب شرطين هما أولاً أن يخصص المنقول لخدمة العقار وثانياً أن يكون مالك المنقول والعقار واحد أي اتحاد الملاك.

وهناك رأي فقهي آخر اعتبر العقار بالتخصيص هي منقولات بطبيعتها ولكنها معتبرة ثابتة عن طريق التبعية للعقار بطبيعته الذي تلتحق به ولكن تختلف عن العقار بطبيعتها من حيث جعلها ثابتة ليس حقيقياً وإنما حكماً جاء بصوره قانونية بصفه اعتبارية، واعتبر هذا الرأي ان عدم وجود تطبيقات عن العقارات بالتخصيص هي توسيع لها وعدم قصرها على شيء معين بحيث هذه الصيغة لنص تشمل كل منقول يضعه ماله في عقاره وكذلك ان اثر صفة العقار بالتخصيص وجعل الحكم عاماً هو جعل من النص اكثر مرونة ووسع نطاقاً^(١) , وعلل رأي فقهي آخر أن عدم اعتبار العقار بالتخصيص محلاً لحق الارتفاق لكون مضمون حق الارتفاق الأشياء العقارية ولا يمكن اعتبار العقار بالتخصيص محلاً لحق الارتفاق مستقلاً عن العقار بطبيعته^(٢).

أما قانون الملكية العقارية فقد عرفت العقارات بالتخصيص في نص المادة (٣)^(٣). ومن خلاله يتبين لنا ان قانون الملكية العقارية يتشابه من حيث المعنى مع

(١) د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ٤٩٤-٤٩٥.

(٢) رمضان ابو السعود، المصدر السابق، ص ٤١٣.

(٣) بينت المادة الثالثة من قانون الملكية العقارية أن العقارات بالتخصيص هي (العقارات بالنظر الى الغاية المعدة لها هي اشياء تعتبر بالنظر الى ذاتها كمنقولات غير انها تكون تابعة لذات العقار ويشترط فيها على كل حال لتحسب في العقارات :

١- ان تكون ذات العقار لمالك واحد.

٢- ان تكون مخصصة لاستثمار العقار او بصورة اعم لمنفعة العقار الذي تكون هذه الاشياء تابعة له. ومن هذه الاشياء :

١- فيما يختص بالاستثمار الزراعي:

القانون المدني العراقي والقانون والمصري من ان العقار بالتخصيص هو منقول إذا
اعتبرت لذاتها ولكن من الناحية القانونية تعتبر من متممات العقار أي ما يلزم
لاستغلاله او استثماره او ما يقدمه من خدمة لهذه العقارات بحيث تصبح ذا فائدة.

والبعض منهم^(١) ان محل حق الارتفاق الاتفاقي لا يرد الا على العقارات
اعمالاً بنص المادة (٨٤) ولا يرد على العقارات بالتخصيص او المنقولات وانما يرد
على العقارات بطبيعتها فقط.

ولهذا يعتبر حق الارتفاق الاتفاقي حقاً عقارياً. لكون حق الارتفاق يستوجب
لقيامه ان يكون مسجلاً لدى دائرة التسجيل العقاري وهناك رأي فقهي اخر اعتمده
في تحديد محل حق الارتفاق من خلال الرجوع الى خصائص, وذلك من خلال القول
بما ان حق الارتفاق الاتفاقي حق عقاري فهو لا يرد الا على العقارات ويجب لذلك
ان يكون عقاراً بطبيعته لكون مضمون حق الارتفاق هي الاعمال المادية التي يقوم
بها مالك العقار المرتفق او يكون امتناعاً عن اعمال مادية من قبل مالك العقار
المرتفق به, ومثل هذا المضمون لا يمكن ان يرد الا على العقارات بطبيعتها,
لكون العقار بالتخصيص لا يمكن ان يكون محلاً لحق ارتفاق بشكل مستقل لكونه
منقولاً بطبيعته^(٢).

الحيوانات المعدة للزراعة والآلات الزراعية والمعاصر والانابيب والبراميل الكبيرة المستعملة لوضع العنب في
مصانع الخمر واسماك الغدران وخلايا النحل ودود القز في الخصاص والسماد والقش المعد لتسميد الارض
ومساميك الكرمة.

٢- وفيما يختص بالاستثمار الصناعي: المدخرات الملاحية (الكازينوهات) ومحلات الاستحمام ومحلات
التجارة فلا يجوز ان تعتبر كعقارات ومن الاشياء المعبرة كعقارات ايضا الاشياء المنقلة المرتبطة بالأرض
بصفة دائمة.

(١) توفيق حسن فرج, المصدر السابق, ص ٤٠٠.

(٢) د عبد المنعم فرج الصده, المصدر السابق, ص ٩٥١.

اما في القانون المدني الفرنسي فقد بين أن العقارات بالتخصيص تشمل الاشياء والحيوانات التي وضعها مالكها لخدمة العقار^(١) , وبين القضاء بهذا الخصوص^(٢), أن (وحدة الملكية وحده يمنح الاشياء المنقولة صفة العقارات بالتخصيص الشخص الذي يملك في آن معاً الاشياء المنقولة والعقار)^(٣).

المطلب الثاني

مصادر حقوق الارتفاق الاتفاقية

ان مسألة تحديد مصادر حق الارتفاق الاتفاقي من المسائل المهمة لكون تحديد النطاق وتحديد مداه بدقة امر في غاية الصعوبة ولكي يتم استعمال حق الارتفاق ضمن حدود معينة بحيث لا يرهق العقار المرتفق به وتحديد الاعمال التي يجب على مالك العقار المرتفق والتي يباشرها على العقار المرتفق به يكون بالرجوع الى السبب المنشئ لها هذا من جانب اما من جانب آخر فأن مسألة ان اغلب القوانين موضوع المقارنة تناولت موضوع مصادر حق الارتفاق الاتفاقي بصورة عامة دون تقسيمها بشكل منظم لذلك سوف نقوم بدراسة تلك المصادر بصورة دقيقة وتقسيمها وفق دور الارادة فيها بفرعين ندرس في الفرع الاول المصادر الإرادية وفي الفرع الثاني ندرس الاعمال المادية.

(١) المادة (٥٢٤) من القانون المدني الفرنسي, على انه (ان الحيوانات والاشياء التي وضعها مالك الأرض فيها لخدمة العقار واستغلاله هذه الأرض هي عقارات بالتخصيص وكذلك اعتبر المواشي الموضوعة من قبل المالك لخدمة الأرض هي عقارات بالتخصيص) .

(٢) القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٦٣٤.

(٣) قرار رقم / ٥١ / , محكمة النقض المدنية الفرنسية / في اذار/مارس / ١٩٨٠, القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٦٣٤.

الفرع الأول

المصادر الإرادية

يقصد بمصادر الالتزام هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام مثل عقد البيع مصدره هو مصدر الالتزام المشتري بدفع الثمن ويلاحظ أن القوانين الحديثة تتحاشى وضع نص قانوني يرتب مصادر الالتزام لكون هذا العمل فقهي يجرى من دائرة التشريع ولكون حقوق الارتفاق الاتفاقية تكتسب بذات مصادر التي تكتسب بها الحقوق لذلك سندرس مصادر هذه الحقوق و بناءً على هذه المصادر يمكن ردها الى طائفتين: مصادر ارادية وتشمل العقد والارادة المنفردة ويطلق عليها العمل القانوني ومصادر غير ارادية يطلق عليها اسم الواقعة القانونية ويفترق العمل القانوني عن الواقعة القانونية في ان الاول ارادة تتجه الى احداث اثر قانوني اما الثانية كواقعة الجوار او الفعل النافع او العمل غير المشروع فهي ظرف او عمل مادي يرتب القانون على وقوعه اثرا قانونيا سواء اتجهت الارادة الى احداث هذا الالتزام او لا.

ويرى منهم^(١) أن الوقائع المادية فهي الاعمال المادية التي تكون باختيار الانسان او دون اختياره ويرتب القانون عليها اثراً بصرف النظر عن توجه الارادة لإحداث هذه الآثار او عدم اتجاهها بذلك الاتجاه.

ومنهم^(١) من قسم مصادر الالتزام الى قسمين هي مصادر ارادية ومصادر غير ارادية لكون التصرف القانوني هو اتجاه الارادة نحو احداث التزامات قانونية ولمعرفة اتجاه الارادة يجب البحث عن النية والظروف التي سايرت صدور الارادة.

(١) د. أحمد سلمان شهيب ود. جواد سميسم، مصادر الالتزام، بيروت، بلا سنة، ص ٢٤-٢٥.

ونجد أن القانون المدني العراقي قد أشار للمصادر الارادية التي يكتسب بها حق الارتفاق الاتفاقي،^(٢) وقسم البعض هذه المصادر الى أعمال قانونية وتشمل العقد والوصية وبين أن الاعمال القانونية على نوعين أما صادرة من طرفين وهذا هو العقد وأما تكون بأرادة واحدة مثل الوصية^(٣).

اما مسألة تحديد مصادر لحق الارتفاق حسب القانون المدني المصري^(٤) هي العمل القانوني والميراث ولكن البعض^(٥) من يرى ضرورة التمييز بين كسب حقوق الارتفاق انتقالاً وابتداءً إذ أن كسب حقوق الارتفاق الاتفاقية انتقالاً يختلف حق الانتفاع لكون حق الانتفاع ينتقل استقلالاً من شخص آخر في حين أن حق الارتفاق الاتفاقي بعد إنشائه فإنه ينتقل مع العقار وتبعاً له فكسب حق الارتفاق انتقالاً يتم بنفس الاسباب التي بها كسب ملكية العقار المخدم، ومن جانب آخر في كسب حقوق الارتفاق ابتداءً يفترض أن حق الارتفاق لم ينشأ والابتداء هو البحث في الاسباب التي تنشؤه لكون الاسباب التي تكتب بها هذه الحقوق هي نفسها التي تنشئ هذه الحقوق. ولذلك سندرس المصادر الارادية لكسب حقوق الارتفاق الاتفاقية وكل الاتي:

(١) د. أنور سلمان، الموجز في نظرية النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة لنشر ٢٠٠٥، ص ١١.

(٢) المادة (١٢٧٢) من القانون المدني العراقي الفقرة الاولى، نصت على أنه (يكتسب حق الارتفاق بالعقد وبالميراث والوصية).

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠١.

(٤) المادة (١٠١٦) من القانون المدني المصري نصت (حق الارتفاق يكتسب بالعمل القانوني والميراث..).

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري المصدر السابق، ص ١٣٠١-١٣٠٢.

أولاً: العقد

أن التصرف القانوني الذي ينشئ به حق الارتفاق أما أن يكون اتفاقاً صادراً من جانبين وهذا هو العقد أو أن يكون أرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هي الوصية.

ان أحد المصادر الرئيسية لحق الارتفاق هو العقد ولدراسة عن هذا الموضوع يكون علينا لازماً ان نبث عن العقد كمصدر من مصادر الالتزام والتعريفات التشريعية بخصوصه وبعد ذلك نتطرق للعقد كمصدر من مصادر الارتفاق وآلية تحديد نطاق الارتفاق في العقد.

عرف القانون العراقي العقد بصورة دقيقة^(١) واعتبر هذا التعريف حسب الرأي الفقهي انه ذو نزعة موضوعية لكون لا يعتد بالتوافق النفسي بين المتعاقدين ويتوقف فقط على المظهر الخارجي لهذا الاتفاق وايضاً اراد التعريف التميز بين العقد والارادة المنفردة لكون العقد يقوم على اتجاه ارادتين اما الارادة المنفردة فتستند على الارادة الواحدة^(٢)، بينما رد رأي فقهي آخر^(٣) على هذا التعريف بانه وان كان واضحاً وسهلاً لان التعاريف الواردة في نظر المشرعين ادق لكون العقد ليس هو اتفاق الارادتين ذاته وانما هو الارتباط الذي يقره المشرع ولو حدث الاتفاق بين الارادتين فقد يبطل في بعض الأحيان العقد لعدم توفر الشروط هذا من جانب ومن جانب آخر فان التعريف القانوني يشمل ايضاً العقد الباطل وبالتالي ان توافق الارادتين فقط بدون

(١) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي عرفت العقد بانه (ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره بالمعقود عليه)

(٢) د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي-نظرية الالتزام، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ٢٩.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي-دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧١، ص ٢٥.

واسطة لتعبير عنهما مثل الإشارة أو غيرها لا يدل على العقد وبذلك تبقى الإرادة خفية وغير معروفة، والعقد بالقانون المدني هو نوع من أنواع الاتفاق وعلى ذلك ليس كل اتفاق عقداً وإنما العقد يتمثل بما يمثل تعارض المصالح وينصب على محل وقتي وينتهي بالتنفيذ لمرة واحدة .

فقد عرف البعض^(١) فقد عرف العقد على انه توافق ارادتين على انشاء التزام او نقله. وبذلك يتضح ان كل عقد هو في الحقيقة اتفاق والاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشأاً للالتزام او نقلاً له، وعرف القانون المدني المصري العقد^(٢) بكونه اتفاقاً بين شخصيين على إنشاء رابطة قانونية.

ويخضع التصرف القانوني لإحكام القواعد العامة الشكلية والموضوعية التي تحكم التصرفات العامة ويشترط في حق الارتفاق الاتفاقي الذي يمكن إنشائه عن طريق التصرف القانوني أن يكون موافق للنظام العام والآداب العامة وموافق لطبيعة حق الارتفاق الاتفاقي مثلاً لا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالمرور لتسهيل تهريب البضائع فمثل هذا الارتفاق يكون باطلاً لمخالفته لقواعد النظام العام والآداب العامة.

ولا يجوز كذلك الاتفاق على إنشاء حق ارتفاق لشخص على عقار أو شخص آخر أو لعقار على شخص لأن ذلك يتنافى مع طبيعة حقوق الارتفاق الاتفاقية التي تقتض انشائها على عقار لمصلحة عقار آخر^(٣) ويلاحظ أن التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق باعتباره تصرفاً عقارياً لا ينعقد الا بتسجيله

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، مجلد ١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٤٩.

(٢) المادة (١٢٢) من القانون المدني المصري عرفت العقد بأنه (العقد اتفاق ما بين شخصين او اكثر على انشاء رابطة قانونية او تعديلها او انهاءها).

(٣) د. غني حسون طه ود محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ٣٢٦-٣٢٧.

بدائرة التسجيل العقاري وهذا ما نصت عليه المادة (٢) والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري^(١)، الذي يتعلق بالعقار وتسجيل التصرفات الواردة على الحقوق العقارية وبالتالي ان حق الارتفاق الذي ينشأ عن طريق العقد يجب ان تتوفر فيه القواعد العامة للعقد من حيث الشكلية او الموضوعية وهذه القواعد هي ذاتها الواجب توفرها في عقد البيع في حق الارتفاق .

وبعد ان تناولنا العقد بصورة عامة ندرس العقد كمصدر من مصادر حق الارتفاق والعقد احد مصادر الارتفاق وقد يكون عقد معاوضة كالبيع والمقايضة وقد يكون عقد تبرع او هبة أي ان مالك العقار له حق ان يرتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر في مقابل ثمن قد يكون نقود او مال معين وكذلك له ان يرتب هذا الحق دون مقابل^(٢) ويعتبر العقد حسب رأي الفقهاء الصفة الغالبة لنشوء حق الارتفاق وعليه العقد في حق الارتفاق هو ما يحدد نطاق الارتفاق باعتباره مصدراً ارادياً حيث يقرر الطرفان الحقوق والواجبات التي تقع على ملاك العقارات وكذلك فأن العقد هو مصدر حق الارتفاق ولذلك تناولنا مصادر حق الارتفاق وتطرقنا لنطاقه ضمن هذه المصادر .

(١) المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل نصت على أنه تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام) ونصن المادة (٣) منه على أن (١) - التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة ٢ - لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠١.

ويعتبر البعض^(١) ان أوسع أسباب كسب حقوق الارتفاق الاتفاقية هي التصرف القانوني فيمكن للملاك انشاء ما شاءوا من الارتفاقات وان تحديد هذه الارتفاقات يمس بسلطانهم. أي ان تحديد استعمال ونطاق حق الارتفاق يكون بالرجوع الى السند المنشئ لحق الارتفاق وفي حالة عدم وجود سند فانه يرجع الى القواعد التي أوردها القانون في شأن حق الارتفاق هي التي تنطبق لتحديد نطاقه وطبقاً لقانون المدني المصري يجب تسجيل حقوق الارتفاق في السجل العقاري حسب نص المادة (٩) من قانون الشهر العقاري^(٢), لتنتج الأثر سواء كان بين المتعاقدين او في مواجهة الغير^(٣).

ونرى أن أغلب الآراء السابقة أجمعت على انه تسري على التصرف القانوني ومنها العقد احكام القواعد العامة للعقد على ان من يرتب حق ارتفاق يجب ان يكون مالكاً للعقار المرتفق واهلاً لتصرف ويجب ان يكون التكليف المتضمن لحق الارتفاق الاتفاقي مشروعاً وغير مخالف لنظام العام والآداب ويمكن تقرير حق الارتفاق بالكتابة او بالشفاهة ومراعاة القواعد الخاصة بالإثبات وهذه الأمور نص عليها ايضاً القانون المدني العراقي في نص المادة (١٢٧٥).

(١) د. سعيد أمجد الزهاوي ,كسب حقوق الارتفاق بالتصرفات-وبتخصيص المالك وبالتقادم, دراسة مقارنة, بغداد, ١٩٨١, ص ١٨.

(٢) المادة(٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم(١١٤) لسنة ١٩٤٦ المعدل نصت على أنه(جميع التصرفات التي من شأنها أنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريقة التسجيل ويدخل في هذه التصرفات, الوقف والوصية...).

(٣) د. سعيد عبد السلام, المصدر السابق, ص ٥١٥.

اما في قانون الملكية العقارية فقد نصت على نوع واحد لمصادر حق الارتفاق على مصادر حقوق الارتفاق^(١) بين قانون الملكية العقارية بأن الحقوق العينية لا تكتسب الا عن طريق تسجيلها في السجل العقاري^(٢). ولأن العقد هو السبب الذي يرتب حق ارتفاق اتفاقي على عقار محمل بحقوق أخرى حسب هذا الرأي مثل حق الرهن بشرط عدم وقوع ضرر على أصحاب هذه الحقوق اذن شرط الجواز هذا يصطدم بعدم الاضرار بأصحاب الحقوق السابقة على العقارات وكذلك يمكن ان يكون حق الارتفاق الاتفاقي منجزاً او معلقاً على شرط فاسخ او واقف او مقترناً باجل سواء واقف او فاسخ في عقود المعاوضة والتبرع وايضاً يشترط في عقود حق الارتفاق ما يتشترط في التصرفات القانونية من خضوعها للأحكام شكلية وموضوعية^(٣).

أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (٦٩١) على مصادر حقوق الارتفاق وعلى مدى قدرة الارادة في إنشاء حقوق الارتفاق الاتفاقية ويقيّد هذه المصادر الارادية التكييف القانوني لحقوق الارتفاق الاتفاقية ونجد أن المادة (٦٨٦) فرضت قيود على إنشاء هذه الارتفاقات بكونها لا تفرض على شخص أو لمصلحة شخص بل على عقار وللمصلحة عقار^(٤).

(١) المادة (٥٧) قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (ينتج الارتفاق أما عن الوضعية الطبيعية للأماكن وأما عن موجبات مفروضة بالقانون وأما عن الاتفاقات معقوده بين أصحاب العقارات).

(٢) نصت المادة (٢٠٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني (يتم اكتساب حقوق العينية وانتقالها بقيدها في السجل العقاري).

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ٩٥٩-٩٦٠.

(٤) القانون المدني الفرنسي، مترجم، دالوز. ص ٧٤٥. المادة (٦٨٦) نصت على أنه (يحق للمالكين أن ينشئوا على عقاراتهما لصالحها الارتفاقات التي يترقونها لكن شرط أن لا تفرض الخدمات المنشأة على شخص أو لصالحه، لكن فقط على عقار ولصالح عقار آخر، وشرط ألا تتضمن هذه الخدمات أي شيء يخالف النظام العام...) ونصت المادة (٦٩١) ايضاً على أنه (لا يمكن للارتفاقات المستمرة وغير الظاهرة، والارتفاقات غير المستمرة الظاهرة أن تنشأ إلا بموجب سند...).

ويرى البعض^(١) أن هذه القيود رغم وضوح عباراتها غير منطقية من الناحية القانونية لكون من غير المعقول أن تكون هنالك حقوق والالتزامات بين العقارات لكون الالتزامات لا تقوم إلا بين الأشخاص لكون الاعباء دائماً تقع على أشخاص ولمصلحة شخص غيره وفسر هذا الامر أنما قصد منه واضعو القانون المدني الفرنسي منع العود الى التقاليد التي سار عليها القانون المدني الفرنسي القديم لاختلاط بين نظرية الالتزام و بفكرة الارتفاق حيث نشأت أعباء كثيرة على العقارات توجب في نفس الوقت على ملاكها تقديم خدمات شخصية اتخذت صورة السخرة والعبودية وهذا الامر هدد حرياتهم الفردية.

واعتبر منهم^(٢) ان المشرع الفرنسي قصد من النصوص اعلاه منع العودة الى التقاليد التي كان ينص عليها المشرع الفرنسي القديم بسبب اختلاط فكرة حق الارتفاق بنظرية الالتزام ونشأت بسببه اعباء كثيرة على العقارات وكذلك تلزم أصحاب العقارات بالالتزامات شخصية مما هددت حريتهم الفردية.

ثانياً: الوصية:

تعد الوصية سبب من أسباب اكتساب الأموال مضاف الى ما بعد الموت اذن هو تصرف ارادي من قبل الموصي فهو تصرف في التركة ولكن بعد موت الموصي وعرفها قانون الاحوال الشخصية بصورة دقيقة^(٣)، ويعتبر البعض على أن مبني على أساس عقود التبرعات وينشأ بالإرادة المنفردة ويعتبر سبب من أسباب

(١) أنظر، د. حسنية حسين حسن المصدر السابق، ص ٢٦١. ود. سعيد أمجد الزهاوي، المصدر السابق، ص ١٨.

(٢) د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ٦٥٦.

(٣) المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل نصت على أنه (تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض).

كسب الملكية^(١) , وهو مصدر من مصادر حق الارتفاق ويشمل التعريف حسب الرأي الفقهي كل ما يصح الإيصاء به سواء اكان مالاً او منفعة او حقاً^(٢) , وعليه اذا كان حق الارتفاق يكتسب عن طرق الوصية فإنه ويرجع في تحديد احكامها الشرعية والفقهيّة من حيث الصحة وتوفر شروطها الى نصوص المواد (٧٦) و(٧٧) ^(٣) , وبما انه الوصية هي تصرف مضاف الى ما بعد الموت فيكون ذلك التصرف ارادي لذلك ادرجناه ضمن المصادر الارادية هذا من جانب .

ومن جانب آخر هذا التصرف هو بالإرادة المنفردة للموصي وبذلك يختلف عن العقد الذي تتطلب ارادتين، اما فيما يخص تحديد نطاق حق الارتفاق يرجع في ذلك الى الموصي فهو الذي بين الحدود الارتفاق بوصيته وتخضع الوصية كما أسلفنا الى القواعد العامة للوصية والشرط الثابت في التصرف القانوني هو عدم مخالفته للنظام العام او الآداب.

اما القانون الاحوال الشخصية أشار الى تعريف الوصية^(٤) في حين أعتبر البعض^(٥) ان الوصية هي تصرف قانوني يصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر وهو العقار المرتفق ومالك العقار الأخير هو الموصي له ويعتبر هذا التصرف نادر الوقوع في الحياة العملية وهذا التصرف ينشئ حق ارتفاق بغض النظر عن أي تقسيم سواء اكان الارتفاق مستمر او غير المستمر وهكذا.

(١) د. مصطفى الزلمي، شرح قانون الاحوال الشخصية - احكام الميراث والوصية، بغداد، ١٩٨٨، ص ٥.
(٢) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية- حق الملكية في ذاته- خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده وأسباب كسبه، ج ١، بغداد، ١٩٦١، ص ٢٥٣.
(٣) عبد الرحمن خضر، المصدر السابق، ص ٢٥٤.
(٤) المادة (١) من قانون الاحوال الشخصية رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ المعدل على أن (الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت).
(٥) د. وائل محمد شحاته الخطيب، المصدر السابق، ص ١٠٨-١٠٩.

اما بخصوص الاحكام الشكلية لهذا التصرف فقد قضت محكمة النقض المصرية , بان الوصية (وعلى ما جرى به القضاء هذه المحكمة حسب الأصل تصرف غير لازم للموصي ولا تنفذ إلا بعد وفاته مصرّاً عليها, ولا يرتب عليها أي حق قبل الوفاة فيجوز للموصي ان يرجع عنها صراحة او دلالة بأية عبارة او تصرف يدل بوضوح انه غير راغب بالإبقاء عليها)^(١).

في حين يرى منهم^(٢) على ان ما سار عليه الفقه المصري بالقول ان اكتساب حق الارتفاق بطريقة الوصية امر نادر الوقوع حيث يقوم مالك العقار المرتفق به بترتيب ارتفاق على عقاره قبل وفاته لمصلحة عقار آخر .

وعرف المشرع اللبناني الوصية ^(٣) ويرجع في تحديد الشروط العامة في الوصية الى نص المادة (١٤٦) ولتحديد مصادر حق الارتفاق يكون بالرجوع الى الوصية وذلك حسب نص المادة (٨٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني .أي السند المنشئ لها لتحديد طرق الاستعمال , ونجد ان اغلب المشرعين ترك تحديد النطاق في حق الارتفاق الاتفاقي الى حرية الارادة في انشاء الارتفاقات وقيدها بقيددين هو النظام العام وان يكون لمنفعة عقار اما من حيث مضمون وطرق الانتفاع للحصول على منفعة العقار في حالة عدم النص عليه في السند المنشئ الى القضاء في تفسير الارادة. ولكن اشترط في ذلك عند حصول شك, يكون على القاضي ان يوازن بين فائدة العقار المرتفق هذا من جانب وان يكون تحميل العقار

(١) انظر: د. وائل محمد شحاته الخطيب, المصدر السابق, ص ١١٠.

(٢) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور المصدر السابق, ص ٣١٠.

(٣) المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية لطائفة الموحدين لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه(الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق المتبرع) ونصت المادة(١٤٦) على أنه (يشترط لصحة الوصية كون الموصي بالغاً عاقلاً مختاراً اهلاً للتبرع والموصي به قابلاً للتملك بعد موت الموصي).

المرتفق به بأقل عبء ممكن من جانب آخر وضرورة مراعاة عدم التوسع في التفسير لكون حق الارتفاق الاتفاقي هو عبء استثنائي^(١).

اما في القانون الفرنسي^(٢) عند الاشارة الى مصادر حق الارتفاق الاتفاقي فإنه تضمن أن حقوق الارتفاق تنشأ بسند و, واما المادة (٦٨٦) بينت الشروط والقيود التي تفرض على حرية الافراد في انشاء حقوق الارتفاق وهي ايضاً توضح قدرة الإرادة الفردية في انشاء حقوق الارتفاق الاتفاقي^(٣).

ونرى ان العمل القانوني المتمثل في الوصية في القانون المدني الفرنسي جاء بصورة مقتضبة فلم يحدد هل يتم الرجوع الى القواعد العامة لتحديد الشروط الموضوعية او الشكلية وانما جاء بشكل عام دون تحديد وترك امر تحديد ما يعتبر من الاعمال القانونية او الارادية لتفسير الفقه والقضاء وعليه نستنتج انه كل حق ارتفاق ينشأ عن طريق الوصية وهي تمثل سند رسمي فإنه يتم تحديد شروطها العامة برجوع الى القواعد العامة التي تحكمها اما من حيث النطاق فإن إرادة الموصي هي التي تحدد مداه من حيث الاستعمال وطرق الانتفاع من العقار.

ثالثاً: الميراث:

يعتبر حق الارتفاق الاتفاقي من الحقوق المالية وكون حق الارتفاق الاتفاقي يعتبر من العناصر المالية, يتصل بالعقار المرتفق وبالتالي هو ينتقل الى

(١) د. نبيل أبراهيم سعد, المصدر السابق, ص ٣١٠.

(٢) القانون المدني الفرنسي. مترجم, دالوز, ص ٧٤٧, المادة (٦٩١) نصت على أنه (على ان جميع الارتفاقات, المستمرة وغير المستمرة والظاهرة وغير الظاهرة يمكن انشاؤها بسند).

(٣) د. حسن علي دنون , المصدر السابق, ص ٣٧٩-٣٨٠.

الخلف العام بانتقال العقار وحسب ما نص عليه القانون المدني العراقي^(١) على ان حق الارتفاق يكتسب عن طريق الميراث.

فيرى البعض^(٢) ان يكون تفسير هذا اللفظ تفسيراً موسعاً لكون المشرع بنظرهم ارادة تقرير انتقال حق الارتفاق الى الخلف العام سواء كان الخلف وارثاً لهذا الحق او صاحب حق انتقل بحيث اذا كان العقار مملوك على عقار اخر حق ارتفاق ومات مالك العقار المرتفق عن وارث او مجموعه من الورثة فقد ينتقل اليهم حق العقار موروثهم في الارتفاق.

ونرى ان حق الارتفاق الاتفاقي سبباً لاكتساب الحقوق جبراً عن الوارث والمورث وبما ان الارتفاق يتبع العقار المرتفق فان انتقال ملكية العقار الى المورث يترتب عليه انتقال حق الارتفاق بهذه الطريقة ولا يحتاج الى النص عليها لكون الوارث يكتسب حق الارتفاق تبعاً لاكتساب ملكية العقار.

وهناك من الفقهاء من ميز بين انتقال حق الارتفاق بين الأملاك الصرفة او كان العقار من أراضي الدولة , بالقول اذا مات صاحب العقار المرتفق فينتقل الحق الى ورثته في حال كون العقار من الأملاك الصرفة وينتقل الى صاحب حق الانتقال في حال كون العقار من الأراضي المملوكة لدولة, وبهذا فان حق الارتفاق لا يكون مستقلاً عن التركة^(٣) , وعليه فأن حق الارتفاق يدور مدار ملكية العقار فإذا انتقل العقار بأية وسيلة انتقال فأن حق الارتفاق ينتقل مع سواء اما بالميراث أو الوصية وهذا الامر واضح من اراء الفقهاء.

(١) المادة(١٢٧٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. عمر القاسمي, المصدر السابق, ص١٣٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري المصدر السابق, ص١٣٠١.

اما في رأي آخر فإن الميراث لا يتقيد بالميراث الشرعي لكون قد يكون المال او العقار المرتفق من الاراضي الاميرية التي يفوض بها حق التصرف او تكون ممنوحة باللزمة, وعليه تنتقل حقوق الارتفاق تبعاً لانتقال العقار المرتفق حسب قواعد الانتقال الواردة في القانون المدني وليس بموجب الانتقال عن طريق المواريث الشرعية^(١).

ويعتبر منهم^(٢) أن عدم اعتبار الميراث ضمن المصادر حق الارتفاق الاتفاقي , وعلل الفقه المصري عدم مناقشة أسباب اكتساب حق الارتفاق عن طريق الإرث لكونه لا يكسب حق الارتفاق ابتداء لكون حق الارتفاق لا ينتقل بصورة مستقلة من شخص لآخر بل ينتقل مع العقار المرتفق لكونه حقاً تابعاً له.

أما قانون الملكية العقارية اللبناني فان نص المادة (٥٧) منه لم توضح طرق اكتساب الارتفاقات في حين ان المادة (٢٠٤) من قانون الملكية العقارية أوضحت ان اكتساب حقوق الارتفاق وانتقالها يكون بالتسجيل في السجل العقاري واستنتج الفقه ان أسباب اكتساب حق الارتفاق هي التصرف القانوني والتقادم وذلك لا يعني ان حق الارتفاق يكتسب بالميراث وعلل ذلك بالقول ان التصرف القانوني الذي يكتسب به حق الارتفاق هو المنشئ له وليس الناقل له^(٣).

وعليه لا يمكن اعتبار الميراث من أسباب اكتساب حق الارتفاق الاتفاقية لأسباب منها انه ليس منشئاً لحق الارتفاق ولكوننا صنفنا مصادر الارتفاق الى ارادية

(١) د. عبد الرحمن خضر, المصدر السابق, ص ٢٤٤.

(٢) د. رمضان أبو السعود , المصدر السابق, ص ٤١٥ وأيد هذا الرأي برأي فقهي اخر لعدم تناول الميراث ضمن اسباب اكتساب حق الارتفاق وسبب ذلك بان الميراث هو طريق لانتقال حق الارتفاق مع العقار المخدوم فلو مات صاحب العقار المرتفق انتقلت الملكية الى الورثة باعتبار ان حق الارتفاق من ملحقات العقار د. محمد حسين منصور المصدر السابق, ص ٢٨٩.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد, المصدر السابق, ص ٣٠٦.

وأعمال مادية فلا يمكن ان نعتبر اكتساب الارتفاق عن طريق الميراث تصرف ارادي وانما تصرف ناقل له. لم يرد في التشريع الفرنسي نص يفيد باكتساب حقوق الارتفاق عن طريق الميراث.

رابعاً: تخصيص المالك الأصلي:

ان كسب حقوق الارتفاق الاتفاقية بتخصيص المالك هو كثير الوقوع في الحياة العملية وهو قيام مالك العقار بتخصيص عقار لخدمة عقار آخر مملوكين له. حيث نص عليه المشرع العراقي^(١).

حيث يرى منهم^(٢) على انه انشاء الارتفاق بتخصيص المالك يحتاج ان تدل عليه علامات خارجية وعكس ذلك ان حقوق الارتفاق الاتفاقية التي ليس لها علامة خارجية مثل الأبواب والشبابيك هي حقوق ارتفاق غير الظاهرة هو اعتبر هذا الرأي ان مالك العقار ان العقار مطلق الحرية بالتصرف في ملكه وبالتالي جواز ترتيب حق ارتفاق غير ظاهر على ملكه وذلك من خلال تسجيله في دائرة التسجيل العقاري , والتخصيص قد يكون دلالة وهو ان يذكر مالك العقار بشكل صريح ترتيب حق ارتفاق على عقاره ويكون ذلك اما بسند مكتوب او بالتسجيل بالطابو, اما التخصيص دلالة هو ما ينشئه المالك الأصلي من بناء او علامات تبين وجود ارتفاق دون تثبيته بسند او تسجيله بالطابو. كما لو كان لمحمد عقاران غير متصلين وانشأ بينهما بناء

(١) المادة (١٢٧٣) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (١ _ الارتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص المالك الأصلي. ٢ _ ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريق من طرق الاثبات ان مالك العقارين منفصلين قد اقام بينهما بناء او علامة ظاهرة أخرى، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها ان تدل على وجود ارتفاق لو ان العقارين كان مملوكين لمالكين مختلفين. وفي حالة انتقال العقارين الى ايادي ملاك مختلفين دون تغيير حالتهم، يعد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما، مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك).

(٢) المادة (١٥٧) من القانون المدني العراقي.

او علامات خارجية تدل على ارتفاق لو كانا مملوكين لشخصين مختلفين وباع محمد احد العقارين الى شخص آخر دون تغير حالتيهما فيكون حق الارتفاق الدال عليه البناء او العلامة مرتباً بينهما الا اذا نص العقد بخلاف^(١), ذلك لكون لا عبرة لدلالة مقابل التصريح .

وتعليقاً على الرأي المتقدم ان انشاء حق الارتفاق الاتفاقي بتخصيص المالك دلالة او صراحة لا فرق بينهما فهو عندما ينشأ الارتفاق ويتم تسجيله بالطابوا بذلك لا يكون تخصيص بالدلالة وكذلك ان وجود العلامة او البناء اشارة صريحة لوجود ارتفاق وعندما يطلع المشتري على حدود العقار ومساحته يمكن ان يرى وجود لحق ارتفاق على عقار المالك الأصلي وبالتالي لا يكون هنالك تخصيص ضمني لأن نص القانون واضح كل تخصيص يكون بوجود علامة خارجية وهذه العلامة هي بحد ذاتها تخصيص صريح من المالك الأصلي.

وفي رأي اخر بطريقة مشابهة ان حق الارتفاق ينشأ بتخصيص من رب الاسرة وهو الحق الارتفاقي الذي يقرره مالك عقارين بينهما حق ارتفاق ولو تملكه مالكين مختلفين اعتبر حق الارتفاق صحيحاً^(٢) .

اما القانون المدني المصري^(٣) جاء بنص متفق مع القانون المدني العراقي فأن الفقه المصري اعتبر العمل الذي يقوم به المالك بأنشاء علاقة تبعية بين عقارين مملوكين له عن طريق تحميل احد العقارين بأعباء استثنائية لمنفعة العقار الاخر أي معنى ذلك ان يكون هنالك ارتفاق مادي ولكن لا يعتبر قانوناً موجود أي لتخلف احد

(١) عبد الرحم خضر, المصدر السابق, ص ٢٥٣-٢٥٤.

(٢) د. حسن علي ذنون, المصدر السابق, ص ٣٨٣.

(٣) المادة (١٠١٧) من القانون المدني المصري نصت على أنه (١) يجوز بالارتفاقات الظاهرة ان ترتب ايضاً بتخصيص المالك الأصلي).

عناصره ولكن عند انتقاله بالبيع لمالك مختلف تتحقق جميع العناصر مع بقاء الحالة المادية التي كانت موجودة قبل الشراء او الانتقال لمالك آخر وبالتالي ينشأ ارتفاق قانوني بالمعنى القانوني الدقيق^(١).

وهناك رأي فقهي آخر^(٢) اعتبر ان نشوء الارتفاق الاتفاقي بتخصيص المالك يكون عن طريق اتفاق ضمني بين ملاك العقار المختلفين أي بعد ان اصبح العقار لمالكين مختلفين، وهو الأساس الذي يقوم عليه الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي، وهو سبب لنشوء الارتفاق في هذه الحالة وهذا الارتفاق في الحقيقة هو عقد أي تصرف قانوني أي ارادي، ولذلك تكلمنا عن الارتفاق بتخصيص المالك ضمن التصرفات الارادية .

وهناك رأي فقهي آخر^(٣) يقول اذا كانت تلك الحالة الواقعية التي انشأها المالك لا يمكن الاستفادة منها بصورة يقينية أي ان المالك حاول اخضاع عقار لخدمة عقار آخر بصورة نهائية فلا نكون امام نشوء لمحل ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي، وعزا السبب الى إرادة المالك اتجهت من اخضاع العقار لتوفير راحة لنفسه او الوفاء بالتزامات لشخص آخر، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر الوضع الفعلي ونية المالك، وتكون العبرة في عمل حق الارتفاق الارتفاقي هي نية المالك ولا دور بالأفعال التي تصدر من غير مالك العقار.

أما في قانون الملكية العقارية اللبناني لم ينص على اكتساب حقوق الارتفاق الاتفاقية بتخصيص المالك الأصلي، ولكن الفقه اللبناني اختزل تخصيص المالك، او بما يسميه تخصيص الاسرة، وقال يتكون هذا التخصيص عندما يكون هنالك شخص

(١) د. نبيل أبراهيم سعد المصدر السابق، ص ٣٠٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، مج ٣، ص ١٢٢٦.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده. المصدر السابق، ص ٩٧٢.

واحد مالكا لعقارين منفصلين فيجعل أحدهما لخدمة الآخر، ويعتبر الفقه اللبناني ان هنالك سببين لإنشاء الارتفاق الاتفاقي بتخصيص المالك الأصلي أولهما. انه هو الاتفاق الضمني الذي يقضي ببقاء الارتفاق حسب الوضع الذي انشأه المالك الأصلي والسبب الآخر هو حكم القانون وكما اسلفنا هو تحويل الحالة الواقعية الى حالة قانونية ينشأ من خلال حق الارتفاق الاتفاقي^(١).

اما القانون المدني الفرنسي^(٢) أشار الى مسألة تخصيص المالك كمصدر لحق الارتفاق الاتفاقي ويعني ذلك ان تخصيص المالك الأصلي يعادل منزلة السند وعليه^(٣) اذا كانت المنفعة المتحققة لاحد العقارين وقت انتقال ملكية احد العقارين لشخص آخر غير المالك الأصلي وكانت طبيعة الارتفاق ظاهرة ومستمرة منذ البدء ولغاية الانتقال فإن حق الارتفاق الاتفاقي ينشأ من هذه الحالة وبأي طريقة انتقال سواء بالمقايضة و البيع , وان بعض رجال القانون^(٤) يوضحون ان تخصيص المالك الأصلي هي طريقة اصلية لنشوء الارتفاقات او هي حالة خاصة لكسب لارتفاق بتصرف ارادي وقانوني وان اشتراط المالك الضمنية البقاء على الحالة الواقعية التي انشأها او مع سكوت الطرفين عند انفصال العقارين فإن القانون يفترض نيتهما قد اتجهت للإبقاء على حق الارتفاق وعليه يكون سبب تخصيص المالك هو افصاح عن انشاء حق ارتفاق.

(١) د. أدورد عيد, المصدر السابق, ص ١٣٢-١٣٣.

(٢) المادة (٦٩٠) من القانون المدني الفرنسي, نصت (ينزل شكل تخصيص المالك الأصلي للارتفاقات المستمرة والظاهرة بمنزلة السند).

(٣) د. سعيد أمجد الزهاوي, المصدر السابق, ص ٥٩-٦٠.

(٤) د. حسنية حسين, المصدر السابق, ص ٢٧٢.

ويعتقد البعض^(١) ان العلة من انشاء حق الارتفاق الاتفاقي في القانون الفرنسي هو ارادة المتعاقدين الضمنية عند الشراء من المالك الأصلي وعلمه بالارتفاق ورضائه به أي علمه بوجود حق ارتفاق ورضائه بان يكون العقار مثقل بحق ارتفاق او مقرر ويعتبر ذلك من التطبيقات العملية هي قرار محكمة النقض المدنية، بالقول (لا ينتج العقار بتخصيص المالك الأصلي الا من الحالة التي كان عليها العقار قبل القسمة وليس من مجرد احتمال القيام بإنشاءات).

ان تخصيص المالك الأصلي لا يتم الا وفق شروط فرضتها القوانين والطبيعة المادية لذلك التخصيص وهذه الشروط واحدة ولا تختلف من حيث الوعاء القانوني لها وهي حسب الآتي:

١_ ان يكون هنالك عقارين منفصلين مملوكين لمالك واحد، ولا فرق ان تكون العقارات أراضي او ابنية ولا يشترط ان يكون هنالك تلاصق بينهما ويصح ايضاً ان يكون حق الارتفاق الاتفاقي بتخصيص المالك الأصلي على جزء من أجزاء العقار الواحد وبيعت هذه الأجزاء لمالك آخر^(٢) .

وبالتالي يكون على من يتمسك بحق الارتفاق الاتفاقي ان يثبت ان العقارين منفصلين في وقت الشراء بعد ان كان مملوكين لمالك واحد وسواء كان متجاورين ام لا ويصح ايضاً ان يكون هنالك عقار واحد جزء الى جزئين^(٣) .

٢_ ان يكون التخصيص من عمل المالك نفسه. فاذا كان من عمل المنتفع او المستأجر فلا يكون هنالك حق ارتفاق الا إذا اقره المالك الأصلي لذلك العمل. وعليه

(١) قرار رقم ١١/محكمة النقض المدنية الفرنسية/في ٣٧/ كانون الثاني/يناير/١٩٨٧، القانون المدني الفرنسي مترجم، دالوز، ص ٤٧٩.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠٣.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

تكون الحالة المادية بين العقارات من عمل المالك نفسه اما اذا لم تكن من عمله فلا نكون امام تخصيص من المالك^(١) . واذا كان العقاران مملوكين على الشيوع بين شخصين ورتبا بينهما حاله مادية وبعد ذلك قسمت العقارات واصبح لكل مالك عقار اختص به, فأن الفقهاء كانت لهم اراء بهذا الشأن فيذهب فريق منهم على ان القسمة كاشفة لحق الارتفاق من البداية بحيث لو كانت ملكية العقارين مفرزة لا نكون امام وحدة المالك.

اما الرأي الآخر^(٢) يعتبر هذه الحالة تخصيص المالك الأصلي لكون فكرة الأثر الرجعي هي محض افتراض ولا تكون له ضرورة لكون المتقاسم يعتبر مالك لحصته التي يملكها من البدء أي بدء الشيوع ولم يملك شيء من حصة الشريك الآخر, ولكن هذا الرأي وجه اليه انتقاد لكون الشريك عندما يرد حقه على الشيء الشائع يرد على الحصة كلها في مدة الشيوع وان الأثر الرجعي كفقرة لا يمكن الاخذ بها إلا في حدود حماية الشريك من الحقوق التي اقرها الشركاء الآخرون.

٣_ يجب ان يكون حق الارتفاق الاتفاقي ظاهراً. ويراد هنا بالظهور هي الدلالة المادية الملموسة والظاهرة للعيان على وجود حق ارتفاق اتفاقي وهذا ما قصده المادة (١٢٧٣) من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى, أي تكون هنالك علامات تدل على وجود ارتفاق ونشؤه. ولا تكفي وجود العلامة الظاهرة بل يجب ان تستمر الى وقت الذي يملك فيه العقارين لمالكيين مختلفين^(٣). وهي وسيلة ايضاً

(١) د. درع حماد أحمد, الحقوق العينية الاصلية-حق الملكية والحقوق المتفرعة منها, بيروت, ٢٠١٨ ص٤٢٥.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده, المصدر السابق, ص٩٧٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ١٣٤١-١٣٤٢.

لمنع الغش والاضرار بالغير واذا كانت غير الظاهرة قد يؤدي الى مفاجئة المشتري للعقار بوجود حق الارتفاق على عقاره لا يعلم به^(١).

٤_ ان يكون غرض المالك هو جعل أحد العقارين في خدمة العقار الآخر. بحيث ان المالك يقوم بترتيب وضع واقعي يجعل فيه لاحد العقارين حق على العقار الآخر اما إذ أن المالك لم يقصد تقرير من جعل العقارين حق لأحدهما على الآخر هو لفائدة العقار أي تكون ضرورية للعقار الاخر بحيث لا يمكن الانتفاع بأحد العقارين دون الآخر، اما إذا كان غرضه من اخضاع أحد العقارين هو للحصول على المنافع الشخصية لمالك العقارين فلا نكون امام علاقة بين عقارين لاكتساب حقوق الارتفاق، ومثال ذلك انشاء ممر بين عقارين للانتقال بينهما.

الفرع الثاني

الاعمال المادية

تعد المصادر غير الارادية أعمال مادية لا ترجع الى إرادة الانسان أو عمل من اعمال الطبيعة والوقائع التي ترجع لإرادة الانسان اغلبها اعمال مادية يريد صاحبها أو لا يريد احداث اثر في الروابط القانونية ويجد مما تقدم أن الوقائع اما تكون طبيعية او اختيارية فالوقائع الاختيارية اما تكون اعمال مادية او اعمال قانونية^(٢).

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٣٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني-مصادر الالتزام، ج ١، ط ٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ص ٢٢-٣٣.

وفي رأي ثاني^(١) مقارب اعتبره التقادم من المصادر غير الارادية لكونها أفعالاً او وقائع يرتب القانون اثرأ عليها وهي قيام التزام ويطلق عليها الاعمال المادية وتنقسم الى وقائع طبيعية ووقائع اختيارية والوقائع الطبيعية هي ظاهرة طبيعية بحتة مثل مرور الزمن والوقائع الاختيارية هي بفعل الانسان تتمثل بعمل مادي يرتب القانون أثرأ على نشوئه وبغض النظر عن اتجاه الإرادة لأحداث اثر قانوني من عدمه.

ونجد أن القانون المدني المصري قد أعتبر التقادم المكسب سبباً من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية المتفرعة منها فحين أعتبر التقادم المسقط سبب لانقضائها، ويفهم من أراء الباحثين في أن التقادم هو اجتهاد مبني على معنى عام لكون التقادم المكسب هي الوسيلة التي يكتسب بها الحائز ملكية العين أو الشيء بمقتضى حياة صحيحة لمدة من الزمن ويكون نطاقه الحقوق العينية بصورة محددة على خلاف التقادم المسقط الذي يكون مجاله جميع الحقوق ماعدا حق الملكية^(٢).

التقادم في حق الارتفاق الاتفاقي:

التقادم هي مصدر من تقادم ومعناه (قدم) وقدم تعني مضى على وجوده زمناً طويلاً ويعني ذلك ان التقادم في لغة القانون هو مرور الزمن والتقادم هو اما ان يؤدي الى كسب الحق او فقده فإذا أدى التقادم الى كسب الحق فحينئذ يسمى تقادماً مكسباً وإذا أدى الى فقد الحق فيسمى تقادماً مسقطاً والتقادم الذي يدخل ضمن مصادر حق الارتفاق ونطاقه هو التقادم المكسب. ويقال له بالحياة لكونه سبباً من

(١) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٤٧٣.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري، ص ٤٠١، د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص ٥٨١، عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، ١٩٦٧، ص ٢٧٥.

أسباب كسب الحقوق العينية العقارية وعالج المشرع العراقي التقادم المكسب عندما تكلم عن كسب الملكية والحقوق المتفرعة منها^(١) .

وعند الحديث عن التقادم لمعرفة ماهيته فانه يبدو للوهلة الأولى ان كلمة تقادم تساعد على غصب الحقوق او الاثراء على حساب الغير، وسبب ذلك كون المالك قد يتجرد من ملكه عندما يتحقق التقادم على ملكه، ومن جانب آخر فإن التقادم يجرد المالك من حقه في الحصول على ماله قبل مدينه، وإذا كان ذلك هو الظاهر لتقادم ولكنه من الناحية القانونية يعتبر الكلام غير دقيق.

لكون التقادم تحكمه مجموعة من القواعد الأساسية تساعد في حماية المعاملات وتؤدي الى الاستقرار الحقوق وإيجاد الثقة عندما يكون مقابل كل اخذ هنالك عطاء، وكذلك تحقق السرعة في التعامل والتبادل وايضاً تمكن المالك من الاحتفاظ بملكه فلو لا التقادم والقوانين التي تحكمه لعجز المالك عن إقامة الدليل بكونه مالك ولكي يثبت الشخص على انه مالك لعقار ينازعه فيه غيره فلا يكفي ان يثبت ان العقار اليه بالسند كالبيع وغيره ولكن عليه ان يثبت انه مملوكاً اصلاً لمن تلقى عنه، وهذا الافتراض شبه مستحيل بسبب هذا التسلسل في إقامة الأدلة لا يوصله الى نتيجة حاسمة، ولكن قواعد التقادم كفيلة بحل هذه المسائل وحلها بشكل دقيق لكون التقادم يخفف عبء الاثبات ويبسط الدليل وتحل المسألة بأن يثبت الشخص بانه وضع يده على العقار بصفته مالك هو ومن تلقى عنه العقار بالمدة المكتسبة للملكية^(٢) .

(١) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم احكام الالتزام ص ٤٩١.

(٢) د. رمضان جمال كامل، التقادم المسقط في التقنين المدني، ط١، المركز القومي للإصدارات القومية، ٢٠٠٧ ص ٩.

ونصت القانون المدني العراقي على التقادم^(١) ومن ظاهر النص ان حقوق الارتفاق الاتفاقية التي تكتسب بالتقادم هي الحقوق الظاهرة منها ولكن لم يثار تساؤل هل هو التقادم الطويل او القصير، وكذلك هل هنالك شروط يتطلبها القانون لتحقيق التقادم في حق الارتفاق للإجابة على ذلك نناقش اراء الفقهاء بنوع من التفصيل.

الرأي الأول^(٢) يعتقد هذا الرأي ان حق الارتفاق يكتسب بالتقادم سواء كان طويل او قصير ولكن يشترط لذلك ان يكون حق الارتفاق الاتفاقية ظاهراً وبغض النظر عن تحقق شرط الاستمرار، بحيث يمكن ان يمتلك حق الارتفاق الشخص الحائز على عقار جاره حق الارتفاق مثل حق المرور ودون ان يكون حائزاً له مدة خمس عشرة سنة بحيث تتوفر الشروط القانونية فإنه يمتلك حق الارتفاق بالتقادم الطويل.

وحسب اعتقادنا ان هذا الرأي لم يناقش تقادم حق الارتفاق بصورة مفصلة وكان مختصراً ولم يأت بشيء جديد. اما الرأي فقهي الآخر، يقول ان التقادم في حق الارتفاق يكون في الارتفاقات الظاهرة دون الخفية.

وانتقد البعض^(٣) الموقف القائل ان سبب جعل التقادم في حقوق الارتفاق الظاهرة هو ان الارتفاقات الخفية تكون مشوبة بعيب الخفاء وسبب هذا انتقاد هو ان الفقه وقع في خلط بين معنى الظهور في الارتفاقات وبين الحيابة، لكون الارتفاقات الظاهرة هي الارتفاقات التي تدل عليها العلامات الخارجية واما معنى الظهور في الحيابة هي قيام الحائز بالأعمال المادية لحيابة حق الارتفاق بحيث تكون تلك

(١) المادة (١٢٧٢) الفقرة (الثانية) عرفت نصت على أنه (يحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة) .

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠٣.

(٣) د. درع حماد عبد، المصدر السابق، ص ٤٢٢.

الاعمال ظاهرة للناس ولصاحب الحق. وعلى العكس قد يكون الارتفاق غير الظاهر أي لا تدل عليه علامات خارجية مثل حق المرور ولكن تكون حيازته ظاهرة غير مشوبة بالخفاء.

ونرى ان غاية المشرع العراقي الارتفاقات الظاهرة التي تدل عليه علامات خارجية لو أراد المشرع معنى الحيازة الخارجية لدل على ذلك بنص وكانت الغاية الأساسية هي منع الوقوع بعيب الخفاء، والعلة في ذلك كون الشخص يظهر فيها بمظهر صاحب حق امام الناس.

وهناك رأي فقهي^(١) يقول أن اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم هو شأنه شأن بقية الحقوق العينية العقارية فهي تخضع في هذا لشروط العامة لتقادم المكسب وعلى ذلك أن اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم لا يتم إلا في المناطق التي لم ينظم بها السجل العقاري.

وذكر رأي آخر^(٢) بان الاعمال التي يتحقق فيها الارتفاق الظاهر هي التي تكون واقعة على العقار الخادم ويمكن ان تكون الاعمال في العقار المخدم ولكن بشرط ان يكون الغرض من وجودها هو استعمال حق الارتفاق وظاهر في العقار المخدم لكون هذه المسألة مسألة وقائع فأن قاضي الموضع هو الذي يقوم بتقديرها، وايضاً ان تلك الاعمال ليس بالضرورة ان تكون من صنع مالك العقار المرتفق ولكن يشترط ان يكون المالك عالماً بها اذا قام بها الحائز ويبدأ سريان مدة التقادم من وقت الذي يعلم به المالك .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص ٤٤٦.

(٢) د. حسن علي ذنون، المصدر السابق، ص ٣٨١.

ونرى ان الاعمال التي يتحقق بها التقادم تكون في العقار المخدم والعقار الخادم ولا يمكن ان نشترط وقوعها دون علم المالك كفتح المساقى او الممرات وغيرها فيه بعلمه وتثبتها الوقائع المادية ويمكن ان تكون في العقارين الخادم والمخدم ويعتبر التقادم من المسائل التي تحدد نطاق الارتفاق فمالك العقار الخادم هو الذي يحدد مكان الاستعمال ووسيلته ويكتسب حق التقادم على ذلك الأساس بكون نطاقه محدد سلفاً.

ونحن مع الرأي ان حق الارتفاق الذي يكتسب هو توسيع لحق ارتفاق قائم سلفاً سواء اكان هذا الحق مستند الى مصدر من المصادر الارادية لحق الارتفاق او عمل من الاعمال المادية ومثال ذلك إذا كان حق الارتفاق بالمرور مقررأ سابقاً للحيوانات والانسان وقام الآخر بتوسيع الممر لسيارات فانه يكتسب حق الارتفاق بالتقادم على ضوء هذا التوسيع.

على ذلك ان القانون المدني المصري^(١) له مواد مشابهة للمشرع العراقي بخصوص تقادم في حق الارتفاق وعليه ان المشرع قد اقر التقادم بحق الارتفاق الظاهر بشقيه المستمر وغير المستمر بما فيه حق المرور وعليه لا يكتسب حق الارتفاق غير الظاهر بالتقادم ولو كان يقبل الحيابة لكون حق المرور مثلاً ليس له معالم ظاهرة ولكنه يقبل حيابة الظاهرية ولكن يعتقد هذا الرأي ان حق الارتفاق الظاهر يقصد به ان يكون من الظهور ما يكفي ان تكون له معالم خارجية فلا يكفي ان يكون الظهور بمعناها العام في الحيابة^(٢).

(١) المادة (١٠١٦) من القانون المدني المصري نصت على أنه (لا يكتسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)

(٢) د. سعيد عبد السلام, المصدر السابق, ص ٥٤٤.

نرى ان مسألة الظهور سواء اكانت المعنى العام له او كانت الحيازة الظاهرية فهي مسألة تتبع الوقائع في النظر اليها، ولكون المشرع العراقي جاء بنفس الاحكام التي نص عليها المشرع المصري وبالتالي يؤخذ عليه ما اخذه على الأول. وبنظرنا ان المشرع المصري كان يجب ان يترك مسألة التقادم للقواعد العامة لكون حق الارتفاق من الحقوق المنفردة عن حق الملكية وبالتالي يجب ان تكون قواعد التقادم لحق الارتفاق مشابهة للقواعد التي تكتسب الملكية.

وهذا ما ايده جانب من الفقه اذ كان يعتقد بان المشرع المصري كان الاجدر به ان يغفل شرط الظهور واغفل ايضاً لشرط الاستمرار لكون القانون المدني المصري تتطلب لكسب حقوق الارتفاق بالتقادم أن يكون الارتفاق ظاهراً أي تدل عليه علامة خارجية في حين يرى الفقه أنه كان من الاجدر على المشرع المصري أن يتجنب شرط الظهور في النص كسب لكسب الارتفاق الاتفاقية بالتقادم لكونه وقع في مشكلة في التفريق بين الارتفاقات الظاهرة وبين معنى الحيازة في كون الاولى تدل عليها العلامات الخارجية والثانية هي الاعمال التي يباشرها الحائز على نحو تكون ظاهرة لجمهور^(١).

وهناك رأي فقهي آخر يعتقد ان حق الارتفاق الاتفاقية لا يكتسب بالتقادم مهما طالّت المدة سواء كان ارتفاق بعدم البناء او المرور اذا لم يدل على هذا الارتفاق بعلامات خارجية ظاهرة، لكون اغلب هذه الارتفاقات غير الظاهرة على خلاف الارتفاق بالمثل فانه يعتبر ظاهراً ومستمراً فإنه يكتسب بالتقادم^(٢).

يؤخذ على هذا الرأي في ان الارتفاق بالمرور لا يمكن تغليب صفة عدم الظهور عليه فأغلب ارتفاقات المرور ظاهرة، ولكن نعتقد ان القانون جاء به على

(١) أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٩٦٥.

(٢) د. وائل محمد شحاتة الخطيب، المصدر السابق، ص ١٢٧.

سبيل المثال ليس التخصيص، ومن جانب آخر فإن اغلب ارتفاقات المرور حسب اعتقادنا التي تكتسب بالتقادم هي ارتفاق موجود سابقاً وان التقادم توسيع للارتفاق السابق، أي تمديد مكان الارتفاق وصلاحيات مالك العقار المرتفق على حساب العقار المرتفق به. وقصد الظهور هو ان يكون المرور به ظاهراً للناس وليس فقط للمالك ليكون حجة على الكل.

يوجد رأي فقهي اخر يقضي يعتبر طريق استعمال حق الارتفاق يجوز كسبها ايضاً بالتقادم وبما انه حق الارتفاق يكتسب بالتقادم فإنه ايضاً يمكن اكتساب طريقة استعماله لكون طريقة الاستعمال هي فرع من فروع حق الارتفاق فلو كسب شخص حق ارتفاق بالمطل على عقار بفتح نافذة واحدة في احد الطوابق المعينة في مسافة اقل من المسافة القانونية فجاز له ان يكتسب اذا عدل طريقة الاستعمال ان يكتسب طريقة الاستعمال المعدلة واستمر على ذلك النهج مدة التقادم ^(١).

اما في قانون الملكية العقارية اللبناني فقد بين أن حقوق الارتفاق التي تم تسجيلها في السجل العقاري لا يسري عليها التقادم ^(٢)، ومن الواضح ان التقادم المكسب لحق الارتفاق يكون في الحقوق التي لم يتم تقيدها بعد بسجل الطابو ومن الواضح ان الحقوق المسجلة بالطابو لا تكتسب بالتقادم وهذا ما أيده الفقه بالقول، ان من الأمور المسلم بها في القانون والفقه ان حق الارتفاق يكتسب بمرور الزمن. بالنسبة للأراضي غير الخاضعة لإدارة الدولة وكذلك للعقارات غير المسجلة في التسجيل العقاري او الطابو.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٥٢.

(٢) المادة (٢٥٥) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري او الخاضعة لإدارة أملاك الدولة).

وكما نرى أن قانون الملكية العقارية اللبناني لم يورد تفاصيل بشأن التقادم في حق الارتفاق الاتفاقي ونعتقد انه ترك ذلك للحكام العامة وذلك لمسايرة التطورات العملية في المجتمع وان يتناسب مع التعديلات التي ممكن ان تطرأ على المجتمع والآراء الجديدة التي ممكن ان تساعد على تلبية حاجات المجتمع بصورة ادق.

والبعض^(١) ايد ذلك أذ ان القضاء اللبناني يؤيد باستمرار احكامه العامة بشأن حقوق الارتفاق وكذلك المشرع اللبناني لم يتضمن شروط في حق الارتفاق كي يتم كسبه كما فعل المشرع الفرنسي.

اما القانون المدني الفرنسي^(٢) فقد جاء بأحكام تتعلق باكتساب حقوق الارتفاق الاتفاقية بالتقادم باعتبارها مصدراً من مصادره . ومن الواضح من النص ان القانون الفرنسي جاء بشروط وقواعد خاصة لكسب حقوق الارتفاق بالتقادم وهي على خلاف ما جاء المشرع اللبناني أذ اوجب لكسب حق الارتفاق ان لا تكون مقيدة او خاضعة لدولة وبين القانون المدني الفرنسي ان تكون تلك الحقوق مسجلة بسند.

وعلى ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية, ان نطاق التقادم الثلاثيني لا يكون طريقة لنشوء الارتفاقات الا التي تكون ناتجة عن عمل الانسان^(٣) , ومن الواضح من قرار المحكمة ان حقوق الارتفاق الاتفاقي هي التي تكتسب بالتقادم الثلاثيني أي بمرور ثلاثين سنة على حيازة الارتفاق. ومن جانب آخر نجد أن القانون المدني

(١) د.أدورد عيد ,المصدر السابق, ص١٤٣.

(٢) المادة (٩٦٠) من القانون المدني الفرنسي, دالوز مترجم, ص ٧٤٧, منه نصت(تكتسب الارتفاقات المستمرة والظاهرة بموجب سند او الحيازة مدة ثلاثين عاماً) .

(٣) القانون المدني الفرنسي ,مترجم, دالوز, ص٧٤٧, نقض مدنية فرنسي, ٣/١٥, أيار/فبراير ١٩٩٦ ,رقم ٤٥٧.

الفرنسي نص على أن الارتفاقات الظاهرة هي التي تكتسب بالتقادم دون غيرها ^(١) , وعلى ذلك ان حقوق الارتفاق التي تكتسب بالتقادم هي الحقوق الظاهرة المستمرة.

وذلك يعني ان الارتفاقات التي تكتسب بالتقادم في حقوق الارتفاق الاتفاقية حسب التشريع المدني الفرنسي تكون ظاهرة ومستمرة مثال ذلك ارتفاقات المثل اما ارتفاقات المرور تكون ظاهرة غير مستمرة مثل المرور على طريق مرصوف.

وحسب هذا الرأي أورد المشرع الفرنسي استثنائين بخصوص شروط التقادم في حق الارتفاق الاتفاقية وهي: جواز اكتساب حقوق الارتفاق غير الظاهرة وغير المستمرة بحيازة غير معلومة وقت ابتدئها شرط ان تكون ناشئة قبل نشر القانون المدني الفرنسي, اما الشرط الثاني, هو خاص بارتفاق المرور من حيث تحديد المواضع الذي يستعمل فيه ارتفاق المرور وطرق الاستعمال ^(٢) .

ونرى ان الرأي الفقهي محل نظر لكون ما ورد من استثناءات هي عبارة عن مصادر الارتفاق الاتفاقية فكل هذه المسائل تتدخل ضمن مدى حق الارتفاق ولكون ان تحديد مدة التقادم لا يمكن ان يكون بإرادة الطرفين لكون هو عبارة عن تصرفات قانونية فيأتي القانون منظماً لمسائل موضح لتلك المصادر. وعلى ذلك يرجع في أحكام التقادم كمصدر لحق الارتفاق الى الحيازة.

ب_ مدة التقادم

ان المدة اللازمة للاكتساب حق الارتفاق بالتقادم هي خمس عشرة سنة في التقادم الطويل وهو الذي لا يكون له سبب صحيح او حسن نية, اما اذا كان التقادم

(١) المادة (٦٩١) من القانون المدني الفرنسي مترجم, دالوز, ص٧٤٧, نصت على أنه (لا يمكن للارتفاقات المستمرة وغير الظاهرة والارتفاقات غير المستمرة الظاهرة او غير ظاهرة ان تنشأ الا بموجب سندات).

(٢) د. سعيد أمجد الزهاوي, المصدر السابق, ص٦٩.

يستند على سبب صحيح او الى حسن النية كان التقادم قصير بمدة خمس سنوات عملاً بالقواعد العامة التي تحكم التقادم^(١) .

وعليه اذا كان الشخص قد مارس على عقار مملوك لغيره مروراً او مسيلاً واستمر حائزاً له المدة القانونية وهي اما خمس عشرة سنة او خمس سنوات فإنه يكسب حق الارتفاق اما بالتقادم الطويل كما في الأول او بالتقادم القصير كما في الثاني ولكنه مشروط بحسن النية وسبباً صحيحاً^(٢).

وهذه المدد لا تختلف باختلاف جنس العقار ولكن القانون المدني العراقي أورد استثناء من يما يتعلق بالأراضي الاميرية حيث تعتبر مدة التقادم فيه عشر سنوات حسب احكام المادة (١٢١٨)^(٣).

ويعتبر البعض^(٤) ان الظاهر من نص المادة هو ان يكون التصرف فيها مدة عشر سنوات لاكتسابها بالتقادم وليس فقط الادعاء فيها. ما يقصد في السبب الصحيح لكسب حق الارتفاق بالتقادم القصير هو التصرف الذي من طبيعته يكون مرتباً لحقوق الارتفاق اتفاقية واما ما يقصد بمبدأ حسن النية هو ان يعتقد الشخص الذي نقل اليه الحق ان يكون له الحق في ترتيبها.

(١) د. حسن علي ذنون , المصدر السابق, ص ٣٨٢.

(٢) د. درع حماد أحمد, المصدر السابق, ص ٤٢٢.

(٣) المادة (١٢١٨) من القانون المدني العراقي نصت على أنه(إذا حاز أحد أرض أميرية غير مسجلة في دائرة الطابو باعتباره متصرفاً فيها, فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى حق التصرف من شخص آخر إذا أنقضت عشرة سنوات متواليات على حيازة المدعي عليه ولم يكن لدى المدعي عذر شرعي يمنعه من رفع الدعوى).

(٤) د. شاكر ناصر حيدر, المصدر السابق, ص ٧١-٧٢.

اما في القانون المدني المصري فأن التقادم الطويل والقصير^(١) في المادة (١٠١٦) فقد بينت ان حق الارتفاق يكتسب بالتقادم ولم تبين هل هو تقادم طويل ام قصير وعلى ذلك فان حق الارتفاق الاتفاقي يكتسب بالتقادم الطويل والتقادم القصير في الوقت الذي يكون فيه حق الارتفاق ظاهراً فحق الارتفاق الظاهر يكتسب بالتقادم الطويل أي بمدة حياة خمس عشرة سنة وتوافرت في الحياة الركن المادي والركن المعنوي فأن الحائز يمتلك حق الارتفاق بالتقادم الطويل ويكتسب حق الارتفاق بالتقادم القصير بمدة حياة خمس سنوات فأن يشترط فيها حسن النية والسبب الصحيح فإنه يمتلك العقار بالتقادم القصير^(٢) .

وعليه لكسب حقوق الارتفاق الاتفاقية حسب المدد القانونية فإنه يجب توفر الحياة بعنصريها المادي والمعنوي فالعنصر المادي هي حياة الشي حياة مادية واما الحياة المعنوية فهي يقصد بها معنى التملك. اي لا تكون على سبيل التسامح وذلك لانعدام الركن المعنوي فيها.

اما الفقه اللبناني فأن كسب حق الارتفاق بالتقادم الطويل هو حياة مالك العقار حق الارتفاق على عقار آخر بسوء نية مدة خمس عشرة سنة اي يعلم انه يتلقى هذا الحق من شخص غير مالك للعقار المرتفق به, ومن جانب آخر يكتسب

(١) لمادة من القانون المدني المصري نصت(٩٦٩) (١- إذا وقعت الحياة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستتدة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات. ٢- ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقّي الحق. ٣- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يُراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون)، والمادة (٩٧٠) من القانون ذاته نصت على أنه (في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٦٠-١٣٦١.

حق الارتفاق الاتفاقي بالتقادم القصير عندما يكون مالك العقار المرتفق حسن النية ومستند الى سند صحيح ويظل حائزاً له مدة خمس سنوات^(١) .

اما مدة التقادم في القانون المدني الفرنسي فأنها خرجت عن القواعد التي تحكم التقادم والنوع يكسب به حق الارتفاق فحدد بثلاثين سنة وعلى ذلك فان حق الارتفاق يكسب بالتقادم الطويل دون غيره وحصل اختلاف بين الفقهاء اذا كان التقادم بمدة عشر سنوات مكسب لحق الارتفاق الاتفاقي عندما تتوفر فيه حسن النية والسبب الصحيح^(٢)، ولكن بالرجوع الى نص المادة (٦٩٠) من القانون المدني الفرنسي واحكام القضاء الفرنسي على ان حقوق الارتفاق الاتفاقية لا تكتسب الا بالتقادم الطويل وعلل الفقهاء الى جواز كسب الملكية بالتقادم القصير وعدم جواز كسبها بنفس المدة في حقوق الارتفاق الى كون ان الحيازة امراً محسوساً في الملكية ويمكن اثباته اكثر من اثبات حق الارتفاق، ولكن هذا الرأي انتقد لكون المادة (٢٢٦٥) اقرت في نص عام على ان العقار يكسب بالتقادم القصير اذا كان هنالك سبباً صحيحاً مقترن بحسن نية ولكون حق الارتفاق كغيره من العقارات يعتبر مشمولاً بالنص^(٣).

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص ٩٦٨.

(٢) د. حسنية حسين حسن، المصدر السابق، ص ٣٠٨.

(٣) أنظر د. سعيد أمجد الزهاوي، المصدر السابق، ص ١٠٠.

الفصل الثاني

احكام حقوق الارتفاق الاتفاقية

بعد أن درسنا في الفصل الأول في ماهية حقوق الارتفاق الاتفاقية وبيننا مفهوم حقوق الارتفاق الاتفاقية سماتها وما يميزها عن غيرها وكذلك محلها فكل ما سبق يمهد لنا الطريق في دراسة أحكام هذه الحقوق وأثارها، والآثار المترتبة على حقوق الارتفاق الاتفاقية ببيان ما يتمتعون به ملاك العقارات من حقوق وما يلتزمون به من واجبات وندرس في الآثار الطرق التي تؤدي الى انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية و هي احكام عامة نظمها القانون حيث ندرس في المبحث الأول المركز مالك العقار المرتفق وفي المبحث الثاني المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به ويليه المبحث الثالث نتناول فيها انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية.

المبحث الاول

المركز القانوني لمالك العقار المرتفق اتفاقياً

من اجل بيان المركز القانوني لمالك العقار المرتفق من حيث جملة من الحقوق التي يتمتع بها والالتزامات المفروض عليه ولتوضيح ذلك سنقسم البحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول تحديد مدى حق الارتفاق الاتفاقي واستعماله، ونتناول في المطلب الثاني الدعاوي المخولة لمالك العقار المرتفق وكما يأتي:

المطلب الاول

تحديد مدى حق الارتفاق الاتفاقي واستعماله

أن المقصود في تحديد المدى يتناول بصورة مفصلة محتوى حق الارتفاق الاتفاقية من حيث بيان الحقوق التي يتمتع بها كل من مالك العقار الخادم ومالك

العقار المخدوم وكيفية استعمال هذه الحقوق، أضيف الى ذلك كيفية اثبات هذه الحقوق وطرق الحماية القانونية المنصوص عليها في القوانين وكل ذلك يكون من خلال الرجوع الى مصادر حق الارتفاق الاتفاقية لتحديد نطاق هذه الأعمال لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول حقوق مالك العقار المرتفق أما في الفرع الثاني نتناول التزامات مالك العقار المرتفق.

الفرع الاول

حقوق مالك العقار المرتفق اتفاقياً

وفي حقيقة الامر ان القانون المدني العراقي وضع جملة من الاحكام تدخل في تحديد المدى والاطار الذي يمكن ان يمارس ملاك العقار المرتفق حقوقه ويكون ذلك بالرجوع الى احكام المواد (١٢٧٥) من القانون المدني العراقي^(١).

ونعتقد ان مجال البحث في مدى الحقوق التي يتمتع بها مالك العقار المرتفق قد يتسع وقد يأخذ بشكل مضيق ولكن الاحكام في المواد السابقة جاءت بالخطوط العامة التي يجب اتباعها في بيان هذه الحقوق وكذلك الواجبات. ولبيان اراء الفقهاء بخصوص المجال القانوني الذي يتمتع به مالك العقار المرتفق نتناول في هذا الموضوع اراء الفقهاء والباحثين في هذا الموضوع.

وبين بعض منهم في هذا الرأي^(٢) أن لمالك العقار المرتفق الحق في استعمال عقار غيره والاستفادة منه لصالح عقاره حسب احكام المادة (١٢٧٦) و(١٢٧٨) من القانون المدني العراقي والتي اوضحت ان حقوق والتزامات

(١) المادة (١٢٧٥) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند أنشائها , ولما جرى به العرف , والأحكام الآتية:-).

(٢) د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ٣٣٣.

مالك العقار المرتفق اتفاقياً هي تعتبر من العمال الضرورية لاستعمال حقوق الارتفاق الاتفاقية ولكن بشرط ان لا ينشأ عن هذا الاستعمال ضرراً او يكون الاستعمال بأقل الاضرار وان لا يتسبب هذا الاستعمال بأعباء إضافية على العقار الخادم.

ولذلك يحق لمالك العقار المرتفق أن يستعمل العقار المرتفق به و أن لا يتجاوز الحدود المسموح له بها سواء اكان الارتفاق سلبياً ام ايجابياً وحسب النطاق المحدد في سند الانشاء ودون ان يقوم بأي عمل من شأنه ان يؤدي الى زيادة الاعباء على العقار الخادم، ومن جانب آخر يحق لمالك العقار المخدم الانتفاع بالعقار المرتفق به بكافة اوجه الانتفاع والتي يتطلبها استعمال هذه الحقوق.

ومنهم^(١) من اعتبر ما يجري من اعمال في سبيل استعمال هذه الحقوق هي مستلزمات او ادوات للممارسة حق الارتفاق فمالك العقار المخدم لو استعمل حق ارتفاق وكان له حق مجرى فان من حقه استعمال حريم النهر والقيام ببعض الأعمال مثل الكري.

فالمثال المتقدم يصف لنا في حال استعمال حق ارتفاق ويتطلب الامر ارتفاقاً ثانوياً فهو من ضروريات ومستلزمات الاستعمال وتناول الفقه هذا الاستعمال على انه ارتفاق تبعية في بعض الآراء وما نراه هو من متطلبات الاستعمال.

وفي ذات الوقت نبين ان مدى حق الارتفاق وطرق الاستعمال تتحدد بالاتفاق صريحاً او ضمناً للأعمال التي يحق لمالك العقار المرتفق القيام بها ولا يعتبر استعمال حريم النهر او كري الانهر ارتفاقاً جديداً او ارتفاقاً تابعاً له ونعتبره هو ارتفاقاً واحداً ويدخل ضمن استعمالها هذه الاعمال وعلة ذلك لكون الارتفاق

(١). عبد الرحمن خضر، المصدر السابق، ص ٢٥٨.

الجديد يحتاج الى نطاق يبين الحقوق والواجبات والحدود لهذا الارتفاق وهذا الامر غير ممكن في الحياة العملية^(١) .

وعليه نعتبر أن مدى حق الارتفاق الاتفاقي وطرق استعماله بالنسبة لمالك العقار المخدم هي عن المجاوزة لحدود الارتفاق الاتفاقي والتقييد بالأعمال التي تم تحديدها وفق سند المنشئ لها فلو كان هنالك حق ارتفاق اتفاقي بالمرور فان مالك العقار المرتفق لا يحق له وضع انبوب لتوصيل المياه النهر الى ارضه وعلة ذلك كون السند لم يسمح او لم يشر الى انشاء حق ارتفاق آخر.

ونجد أن القانون المدني العراقي وضع شرطين لاستعمال هذه الحقوق بحيث لا يمكن التوسع بها والقيام ببعض الاعمال اضافية التي من شأنها زيادة الاعباء على العقار المرتفق به من جانب ومن جانب آخر ان يكون استعمال هذه الحقوق باقل ضرر ممكن^(٢)، ويتضح من ذلك انه يحق لمالك العقار المخدم ان يستعمل حق الارتفاق الاتفاقي وينتفع به ولكن وفق شروط اهمها ان يكون هذا الاستعمال في الحدود المشروعة وضمن نطاق حق الارتفاق الاتفاقي^(٣) .

ونجد أن القانون المدني المصري لم يكن بعيداً عن موقف نظيره العراقي^(٤) ، ويتبين لنا من القراءة الاولى للنص ان احكام حقوق الارتفاق الاتفاقية تتطابق مع نص المشرع العراقي ومن جانب آخر أن هذه الاحكام تحدد مدى حق الارتفاق بالنسبة لمالك العقار المخدم وذلك بالرجوع الى السند المنشئ لها .

(١) د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ٤٣٥.

(٢) د. قصي سلمان، الحقوق العينية الاصلية، ط ١، منشورات جامعة جيهان ، أبريل ٢٠١١، ص ١٦٦.

(٣) د. عمار شاكر محمود الفيصل، النظام القانوني لحقوق الارتفاق ، ط ١، إصدارات دار الشؤون الثقافية-وزارة الثقافة، بغداد، ٢٠١٩، ص ٩٩.

(٤) المادة (١٠١٩) من القانون المدني المصري نصت على انه(تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند انشائها ولما جرى به العرف وللحكام الاتية).

فالسند المنشئ لها سواء كان عقداً او وصية هو الإطار الذي يحدد المسار الذي يجب اتباعه لكون الإرادة هي التي ترسم حدوده وتبين مداه وتعتبر مصدراً لحق الارتفاق الاتفاقي وإذا كان مصدر حق الارتفاق هو تخصيص المالك فأن الاتفاق الضمني هو الذي يرسم حدود الارتفاق ومداه والاعمال التي يجب على مالك العقار القيام بها.

وجاء الفقه المصري بآراء منها من يعتبر ان مدى حق الارتفاق يتحدد حسب السند المنشئ فاذا كان السبب العقد او الوصية فهو الوعاء الذي يجب الرجوع اليه في تحدي مداه وأشار هذا الفقه ان للقاضي دوراً مهماً في تفسير ارادة الطرفين حسب القواعد المعتمدة في تفسير الإرادة^(١).

ونرى ان هذا الرأي لا يختلف عن رأي الفقه والمشرع العراقي وهو مطابق في تحديد مدى حق الارتفاق الاتفاقي.

وفي رأي آخر^(٢) اعتبر الفقه ان مدى حق الارتفاق لا يتحدد فقط بالسند المنشئ له وانما يشمل ما يعتبر من مستلزماته لكون من يحدث ارتفاق يمنح بصورة ضمنية ما هو ضروري لاستعماله، فالعقار الذي يتقرر عليه حق ارتفاق اتفاقي مثل ارتفاق الري فهو بالضرورة ينتج عنه حق مرور في الارض التي تكون فيها العين ويعتبر الرأي اعلاه أن هذا الامر لا يحتاج الى نص خاص لكون هذا الارتفاق ما تفرضه طبيعة الامور عملاً بالقاعدة التشريعية(من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٦٣.

(٢) د. وائل محمد شحاتة، المصدر السابق، ص ١٣٤.

واعتبر البعض^(١) أن حق الارتفاق الاتفاقي يتضمن ما يعتبر من مستلزماته وما هو ضروري لاستعماله ويتبع في ذلك أيضاً الاعراف الجارية في الجهة التي يكون العقار المرتفق ضمن دائرتها .

وهناك^(٢) من فصل بين مدى حق الارتفاق الاتفاقي وبين الارتفاقات الضمنية فاعتبر ان مدى حق الارتفاق يتحدد وفق سند انشائه ولوضع اليد في التقادم او قصد المالك اذا كانت حقوق الارتفاق المترتبة بتخصيص المالك واعتبر ان الارتفاقات التي تنشأ لاستعمال حق الارتفاق اصلي هي ارتفاقات ضمنية او تبعية ولكن ذلك يتطلب في هذه الارتفاقات هي أن تكون منشئة للانتفاع بحق الارتفاق الاصلي واعتبر ايضاً ان مجرد كون الارتفاقات نافعة او يجعله اسهل لا يكفي في حالة كون حق الارتفاق الاصلي يمكن استعماله بطريقة اخرى لا تحتاج الى ارتفاقات اخرى.

ولذلك فحقوق مالك العقار المرتفق تتحدد حسب الآراء المتقدمة وفق السند الذي انشأه وعرف الجهة التي يقع فيها العقار وان مالك العقار المرتفق له ان يباشر جميع حقوقه ضمن الحدود المشروعة وله ان يقوم بما يستلزم ذلك وعليه ان يحافظ على هذه الحقوق ودون ان يزيد الاعباء المفروضة على العقار المرتفق به^(٣) .

(١) د. سالم حماد الدحدوح، شرح القانون المدني الفلسطيني-الحقوق العينية الاصلية، ط١، ج١، بلا دار نشر، ٢٠١٦، ص٤٤٢.

(٢) د. محمد كامل مرسي، الأموال، ط٢، مطبعة فتح الله الياس نوري، مصر، ١٩٣٧، ص٢٨٣.

(٣) د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، دار المسيرة لطباعة والنشر، بلا مكان نشر، ٢٠١١، ص٢٣٥.

ويرى البعض^(١) ان القواعد القانونية والاعراف او الاتفاقات هي مصدر الالتزام لذلك يكون دور الإرادة هو انشاء التزام اي انشاء حقوق عينية او تعديلها او نقلها وعلى هذا الاساس يتحدد مدى حقوق الارتفاق الاتفاقية على ضوء هذه المصادر وعليه فان سند الانشاء هو نفسه الذي ينشأ التزامات تلحق بحق الارتفاق الاتفاقي وعليه فان مدى ومضمون هذه الحقوق يرتبط بالسند الذي انشأه وعليه يتم الرجوع اليه لمعرفة ما يخوله من حقوق لمالك العقار المخدم وعلى ضوء ذلك لمالك العقار المخدم ان يمارس حقوقه ضمن المدى المحدد له في المصدر المنشئ لحق الارتفاق الاتفاقي .

وفي ضوء احكام قانون الملكية العقارية^(٢)، فقد بينت أن هناك جملة من القواعد يجب مراعاتها عند تحديد الحقوق التي يتمتع بها مالك العقار المرتفق، ومن خلال القراءة الاولى للنص نجد ان احكام الفقرة الثانية من القانون اعلاه حددت القواعد العامة التي تبين مدى حق الارتفاق وفق القواعد القانونية على ان لا يخرج عن احكام هذه المادة وفي حال عدم وجود قواعد قانونية تحدد مدى الارتفاق او احد انواعها يكون بالرجوع الى القواعد العامة وكما هو واضح لم يشر نص المادة(٨٤) الى الرجوع الى العرف المتبع الذي يقع العقار ضمن دائرته .

ويرى منهم^(٣) على أنه يراد بتحديد مدى حق الارتفاق الاتفاقي هي الاعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق وهذه الاعمال تختلف باختلاف مصدر هذه الحقوق فإذا كان مصدر هذه الحقوق ارادياً وهو العقد او الوصية فيجب الرجوع اليها لبيان هذه الاعمال وفي حال الشك في تحديد مضمونها فإنه يرجع الى القاضي

(١) أنظر ، د. حسنية حسين حسن ،المصدر السابق ، ص ٣٤٥ .

(٢) المادة (٨٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (يحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالصك الذي يحدثها واذا لم يكن هنالك صك فبالقواعد التالية..) .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق، ص ٩٧٨-٩٧٩ .

لتحديد مداها من خلال الموازنة بين مصالح مالك العقار المخدم ومالك العقار الخادم.

وفي رأي آخر^(١) يعتقد أنه لا يترتب اي حرمان عند استعمال حقوق الارتفاق بالنسبة لمالك العقار المرتفق لكونه يستعمل حقوقه وفقاً لما حدده سند انشائها ومن حقه ان يجري كافة الاعمال لاستعمال تلك الحقوق وكذلك هو ملزم في المحافظة عليها، وعدم القيام بأعمال تثقل كاهل العقار المرتفق به .

ورأي آخر يرى ان نطاق حق الارتفاق الاتفاقي يتحدد حسب المصدر المنشئ لها وعليه فإن قانون الملكية العقارية^(٢) حددت بصورة عامة نطاق الارتفاق ومداها وعليه ان ممارسة الارتفاقات تكون وفق تلك القواعد تفرضها طبيعة المنفعة العائدة للعقار المرتفق ولذلك يجب ان يكون بيان المدى وطرق الاستعمال او الكيفية التي يتم بها يتماشى مع طبيعة نشوئه^(٣) .

ونرى ان اراء السابقة لا تختلف كثيراً عن اراء الفقه العراقي والمصري وهذا ايضاً ما أشار اليه القانون المدني الفرنسي^(٤) على تحديد مدى حق الارتفاق بالنسبة لمالك العقار المرتفق ويلاحظ من النص الوارد في القانون المدني الفرنسي بخصوص الحقوق التي يتمتع بها مالك العقار المرتفق حسب ما هو متفق عليه بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به .أي أن المتضمن بيان حق الارتفاق اي

(١) د. عبد القادر محمد شهاب ود. محمد عبد القادر، المصدر السابق، ص ٢٣٨.

(٢) المادة (٨٥) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (ن انشأ حق ارتفاق منح ضمنا ما هو لازم للتمكن من استعمال هذا الحق. فحق الاستقاء من عين ما يستلزم حتما حق المرور على الارض التي تشتمل على هذه العين).

(٣) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٢٢١.

(٤) المادة (٦٨٦) من القانون المدني الفرنسي الفقرة الثانية منه نصت على أنه (ينظم استعمال الارتفاقات المنشأة على هذا النحو ومداها بموجب السند المتضمن انشائها وفي حال انشاء السند بموجب القواعد الآتية..).

حقوق مالك العقار المرتفق وواجباته وكذلك طريق الاستعمال او الكيفية التي يتم بها الاستعمال يكون بموجب ما هو محدد بإرادة الطرفين في مصدر الحق نفسه وفي حالة عدم وجود نص بخصوص بيان ما يتمتع به ملاك العقارات المرتفقة في السند المنشأ لها يكون بيان مداها بالرجوع الى القواعد الخاصة المنظمة للاستعمال وطريقته وحسب احكام المادة (٦٩٦)^(١).

الفرع الثاني

التزامات مالك العقار المرتفق اتفاقياً

لمالك العقار المرتفق الذي له حق ارتفاق ان يستعمل حق المقرر له ان يقوم بالأعمال اللازمة للمحافظة على الارتفاق ويشترط ان تكون هذه الاعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق وفي ذات الوقت المحافظة عليه. وهذا ما نص عليه المشرع العراقي^(٢) ويتضح من النص ان لمالك العقار ان يباشر الاعمال التي تعتبر من الحقوق المشروعة له في نفس الوقت وفي ذات الوقت اشار المشرع المدني ان لا يقع عليه فقط حقوق وانما واجبات منها القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حق الارتفاق وعبر عن ذلك ان من قبيل هذه الاعمال هي اعمال صيانة تلك الحقوق مثل كرى القنوات التي حفرها مالك العقار المرتفق في ارض

(١) المادة (٦٩٦) من القانون المدني الفرنسي، دالوز، مترجم، نصت(إذا رتب حق ارتفاق فالمفروض أن يتضمن ما هو ضروري لاستعماله).

(٢) المادة(١٢٦٧) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي نصت على انه(لصاحب العقار المرتفق ان يجري من الاعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه).

الغير^(١) وأيضاً يعتبر من قبيل الصيانة هي تعبيد التكرسات والتخسفات في الممر الذي يمر في ارض غيره . والى ذات النص اشار القانون المدني المصري^(٢) .

ونرى ان النص يتطابق من حيث المعنى بخصوص الحقوق والواجبات الملقة على عاتق مالك العقار المرتفق مع نصوص المشرع العراقي، والفقهاء المصري لا يختلف مع الفقهاء العراقي في تفسير ذات النص فقد بين انه، ان النص يخول لمالك العقار المخدم القيام بالأعمال الضرورية لاستعمال حقه وفي الوقت نفسه اوجب على مالك العقار المخدم بعض الالتزامات ،

ويرى البعض^(٣) اذا كان لمالك العقار المرتفق حق مرور وكان هذا الحق يتطلب رصف الممر لتسهيل المرور عليه او اقامة جسر فوق قناة او مجاري المياه فانه يحق له ذلك ولكن يجب ان يكون باقل ضرر ممكن ولا يتجاوز الحدود المرسومة له والا كان مسؤولاً.

اما قانون الملكية العقارية اللبناني كان اكثر دقة من الناحية القانونية في ذات الموضوع^(٤) لذلك يجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه في الارتفاق في الحدود المشروعة له وأن لا يتعدى في ذلك الحق بحيث يشمل عقارات أخرى والتي يشتريها بعد اقرار حق الارتفاق^(٥) .

(١) د. قصي سلمان ،المصدر السابق ، ص١٦٥.

(٢) المادة (١٠٢٠) من القانون المدني المصري نصت على ان (لمالك العقار المرتفق ان يجري من الاعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم في المحافظة عليه).

(٣) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص٤٢٤-٤٢٥.

(٤) المادة (٨٧) من قانون الملكية العقارية اللبناني ، نصت على أنه (ان ائتلاف المنشأة اللازمة لاستعمال حقوق الارتفاق وصيانتها هي على عاتق صاحب العقار المرتفق) ، وفي نص مماثل نص القانون المدني الأردني في المادة (١٣١٠) منه على أن (لمالك العقار المنتفع أن يباشر حقه في الحدود المشروعة وأن يقوم بما يلزم لاستعمال حقه وصيانتها دون زيادة في عبء الانتفاع).

(٥) د. محمد كامل مرسي باشا، المصدر السابق، ص٦٨٧.

يرى البعض^(١) ان على مالك العقار المخدم ان يستعمل حقوقه لمصلحة عقاره فقط دون غيره وان يمارس هذا الحق ضمن الحدود المشروعة وانه يتحمل التكاليف الملقة عليه في صيانة حق ارتفاقه اذا تتطلب الامر ذلك فلو كان حق ارتفاق بالمرور يحق له تزفيت الطريق الذي يمر منه والقيام بالإصلاحات لصيانة هذا الطريق.

ويرى منهم^(٢) أن من واجبات مالك العقار المخدم أن يمارس حقه في الارتفاق الاتفاقي حسب ما هو وارد في سند الانشاء وهو العقد ولكن يجب أن لا يتسبب ذلك في ارهاق للعقار الخادم سواء كانت الاعمال التي يمارسها لاستعمال حقه في العقار الخادم أو العقار المخدم وهذا ما أشار اليه قانون الملكية العقارية اللبناني^(٣).

ويرى البعض^(٤) أن يلتزم مالك العقار المرتفق بمراعاة الأحكام الخاصة بالتعسف عند استعمال حق الارتفاق وخاصة فيما يتعلق في استعمال الحق بشكل أن لا ينشأ عنه إلا بأقل ضرر.

وهذا ايضاً ما اشار اليه القانون المدني الفرنسي^(٥) وعليه أن لمالك العقار الخادم الذي له حق ارتفاق اتفاقي في أن يستعمل حقه وأثناء ذلك أن يجري الاعمال اللازمة للمحافظة عليه ولكن يشترط في تلك الاعمال أن تكون ضرورية لاستعمال

(١) د. أدورد عيد , المصدر السابق , ص ١٦٦.

(٢) د. مروان كويكي و د. سامي بديع منصور, المصدر السابق , ص ٤٥٠.

(٣) المادة (٨٩) من قانون الملكية العقارية اللبناني , نصت على أنه (لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يأتي بعمل يرمي الى قصر استعمال الارتفاق او جعله أكثر مشقة...).

(٤) د. برهام محمد عطا الله ,مدخل الى حق الملكية والحقوق العينية-في القانونين المصري واللبناني , الدار الجامعية لطباعة والنشر ,بيروت , ١٩٩٢ , ص ٢٧٦.

(٥) المادة (٦٩٧) من القانون المدني الفرنسي , دالوز, نصت على أنه (يحق لمن يوجد حق ارتفاق لصالحه ان يقوم بجميع الاشغال الضرورية لاستعماله والمحافظة عليه).

هذا الحق والمحافظة عليه وهذا ما شار اليه القانون المدني الفرنسي، ومن جانب آخر أن لا يجاوز في استعمال حقه حاجات العقار المخدم الى حاجات عقار آخر وذلك يعني أن حق الارتفاق الاتفاقي إنشاء للوفاء بحاجات العقار المرتفق والمعين نطاقه في سند إنشائه وأن يستوفي حاجات عقاره من العقار المخدم فقط دون غيره (١).

وبذلك نرى ان التزامات مالك العقار في المحافظة على حق الارتفاق هو من اولوياته وكذلك، فلو قصر في المحافظة على ذلك الحق فتكون تبعة ذلك على عاتقه لكون في حالة عدم صيانته تكون نتيجته عدم استعمال حقه بشكل صحيح ثم تضرر عقاره ويتحمل تبعة ذلك وحده ويحق لمالك العقار الخادم لطلب التعويض في حال وجود ضرر على عقاره ايضاً.

و تكون نفقة الاعمال لازمة لاستعمال حق الارتفاق على مالك العقار المرتفق لكون هذا الحق يصب في مصلحته للاعتبارات عملية وقانونية تتطلب ذلك فلا يمكن ائثال كاهل مالك العقار خادم بذلك لكون عقاره متقلاً في حق ارتفاق وكذلك لا مصلحة له في ائثال عقاره بحق ارتفاق ومن العدالة ان يتحمل ذلك مالك العقار المخدم لكون عقاره مستفيد من ذلك الحق، وأشار اليه القانون المدني العراقي (٢).

(١) د. حسنية حسين حسن , المصدر السابق ,ص ٣٦٢.

(٢) المادة (١٢٧٧) من القانون المدني العراقي نصت على أن (نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب العقار المرتفق مالم يشترط غيره واذا كان صاحب العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بهذه الاعمال على نفقته فله دائماً ان يتخلص من هذه التكاليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله لو بعض منه لصاحب العقار المرتفق ٢. وإذا كانت الاعمال النافعة أيضاً لصاحب العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة).

ويتضح لنا أن القانون العراقي أوضح ان نفقة الصيانة لحق الارتفاق تكون على مالك العقار المخدم ولكن لو كانت هنالك فقرة في سند المنشأ لحق الارتفاق الاتفاقي بأن تكون هذه الاعمال على مالك العقار الخادم يتحمل وحده هذه التكاليف فله' أن يتخلص من هذه التكاليف متى ما كانت مرهقة له فانه يستطيع التخلص منها عن طريق امر واحد وهو التخلي عن العقار كله لمالك العقار المخدم او التخلص من جزء المثل بحق ارتفاق وفي كل الاحوال تعتبر هذه الطريقة من طرق انتهاء حق الارتفاق الاتفاقي.

وبهذا الصدد تناول الفقه العراقي هذه المادة بعدة اراء فيرى البعض^(١) منهم ان مالك العقار المرتفق هو الذي يتحمل النفقات التي يتطلبها استعمال هذه الحقوق بصورة صحيحة مالم يكن هناك اتفاق خاص بينهم ولمالك العقار المرتفق به ان يتخلص من هذه التكاليف عن طريق التخلي عن العقار الخادم وبغض النظر اذا كان التخلي عن جزء من العقار او كله بحيث يجعل رقبته مملوكة لصاحب العقار المرتفق وعلى ذلك تكون نفقة استعمال تلك الحقوق على عاتق مالك العقار المرتفق ومن جانب آخر اذا كانت تلك الاعمال تعود بالنفع على الطرفين كانت نفقة صيانتها على الطرفين ايضاً وكلاً حسب الفائدة العائدة عليه.

ويتضح لدينا من احكام المادة (١٢٧٧) من القانون المدني العراقي ان هذه المادة تتعلق بالتزامات تقع على مالك العقار المرتفق ونعتقد ان هذه الاحكام جاءت في حالة خلو المصدر المنشئ لحق الارتفاق الاتفاقي من حدود توضح الالتزامات

(١) عبد الرحمن خضر , المصدر السابق , ص ٢٦٢. وفي رأي مماثل يرى ان النفقات التي يكون المستفيد منها هو مالك العقار المخدم وعليه تكون النفقات الضرورية واللازمة في الحافظة على حق الارتفاق واستعماله على مالك العقار المرتفق وإذا كانت الأعمال الضرورية نافعة لمالك العقار الخادم فيكون توزيع النفقات على الطرفين بصورة تتناسب على ما يعود عليهما من فائدة. ينظر د. محمد ثامر، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ , مكتبة السنهوري، بيروت , ٢٠١٧ , ص ١٧٧.

المفروضة على مالك العقار المرتفق لذلك وضعت لتنظيم مثل هذه الامور ولو كانت بصورة موجزة. ونرى ان قد يكون القصد من النفقات ليست بالضرورة تلك التي تتعلق بالصيانة وأما قد يتطلب لإنشاء المنشآت الضرورية لاستعمال حقوق الارتفاق، ومن جانب آخر على أن النص على طرق الالغاء ضمن التزامات مالك العقار الارتفاق أمر محل نظر لكون الامر يؤدي الى التكرار وكذلك كما هو بديهي ان التخلي او انتقال ملكية العقار لمالك العقار المرتفق امر محسوم من حيث انقضاء حق الارتفاق.

أما القانون المدني المصري فقد نص على نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق^(١) وان النص على نفقات الاستعمال في الاصل تكون على مالك العقار المرتفق لكونه هو المستفيد وبذلك يجب عليه ان يتحمل النفقات .

ومن جانب آخر يرى البعض^(٢) ان هذه النفقات يتحملها مالك العقار المرتفق ولو كانت بسبب وجود عيب في العقار المرتفق به واقتضت الامور أجرائها او بسبب تغير محل الارتفاق أي أن نفقات الاعمال على مالك العقار المرتفق ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها وبذلك يكون الالتزام بتحمل النفقات هو التزام .

(١) المادة (١٠٢٢) من القانون المدني المصري، نصت على أن (نفقة الاعمال اللازمة للاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك ٢٠. فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الاعمال على نفقته دائماً كان دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق كله او بعض منه لمالك العقار المرتفق ٣، وإذا كانت الاعمال نافعة ايضاً لمالك العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين كلاً بنسبة ما يعود عليه من فائدة).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٣٧٦.

اما في قانون الملكية العقارية اللبناني فقد بين أن من يتحمل نفقات الضرورية واللازمة لاستعمال حق الارتفاق أو صيانته هو مالك العقار المرتفق^(١) , أن النص واضح فيما يتعلق بنفقة الاعمال الضرورية اللازمة لاستعمال حقوق الارتفاق الاتفاقية حيث تكون على عاتق مالك العقار المرتفق وعليه وحده هو الذي يتحمل تلك النفقات حتى لو وجد عيب في العقار المرتفق به اما في حالة وجود خطأ من قبل مالك العقار المرتفق به فهو وحده هو الذي يتحمل النفقات دون الحاجة الى نص وايضاً هذا ما أخذ به الفقه المصري في ان تحمل النفقات ليس من النظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ويكون التزام مالك العقار الخادم التزام عيني لكونه يلزم ملكية العقار في اي يد تنتقل اليه^(٢).

ونرى نحن ان الالتزام في كل الاحوال هو التزام عيني لكون الفائدة في حال تحققها تعود للعقار وليس لمالكه وفي حال انتقال ملكية العقار تنتقل النفقات الى المالك الجديد لكونه يستفاد من الفائدة العائدة للعقار في إطار حصول انتفاع لطرفين.

(١) المادة (٧٨) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على ان (اتلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته تكون على عاتق صاحب العقار المرتفق).

(٢) د. أدورد عيد , المصدر السابق , ص ١٦٦-١٦٧. وفي رأي مماثل يرى ان مالك العقار الخادم يستطيع التخلي عن العقار المرتفق به او جزء منه لمالك العقار المرتفق ومن جانب اخر يرى ايضاً ان المشرع يجب ان يضيف قاعدة اخرى في حال كون الاعمال التي يقوم بها مالك العقار المخدم نافعة لمالك العقار الخادم وفي هذه الحالة يجعل المشرع نفقة تلك الاعمال على الطرفين وكل طرف حسب الفائدة التي تعود عليه فلو كان هنالك حق مرور فأن نفقة صيانة الطريق تكون مناصفه بين المالكين والتزام المالك في هذه الحالة التزام شخصي بسبب انتفاعه بالأعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق . ينظر. د. نبيل أبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٣١٦. ونرى نحن ان الالتزام في كل الاحوال هو التزام عيني لكون الفائدة في حال تحققها تعود للعقار وليس لمالكه وفي حال انتقال ملكية العقار تنتقل النفقات الى المالك الجديد لكونه يستفاد من الفائدة العائدة للعقار في إطار حصول انتفاع لطرفين.

حيث أن قانون الملكية العقارية اللبناني يشير الى امكانية تحمل النفقات على عاتق مالك العقار المرتفق بالاتفاق او مناصفةً مع مالك العقار المرتفق به في حالة حصوله على انتفاع أما ما جاء به الفقه هو تفسير لتلك النصوص وتماشياً مع الآراء والتشريعات العربية المشابه وكذلك عدم وجود ما يمنع ذلك من خلال الاتفاق، ومن هذا الجانب نشيد بدور المشرع العراقي في صياغة النص بصورة أفضل مما عليه في بقية التشريعات المقارنة.

أما المدني الفرنسي فقد نص على نفقة الاعمال اللازمة^(١) ونرى ان نص القانون المدني الفرنسي بين بصورة دقيقة ان تحمل نفقات صيانة العقار المثقل بحق ارتفاق الاتفاقي تكون على مالك العقار المخدوم مالم يوجد اتفاق في السند المنشئ للارتفاق يخالف ذلك الوضع، وجاء في قرار محكمة النقض المدنية الفرنسية حيث بينت (أن خطأ مالك العقار المرتفق به يستفاد من مقاربة المواد ٦٩٦ و ٦٩٨ و ٧٠٢ و ١٣٨٢ قانون مدني ان مالك العقار المرتفق به غير ملزم بتحسين مكان الارتفاق او صيانتته وانما يكون موقفه سلبي بحيث دون القيام بأي شيء يؤول الى انقاص الانتفاع بالارتفاق او جعله غير ملائم اذن لا يلزم ملاك العقار بالتصليح إلا في حالة المخالفة الالتزام بالامتناع)^(٢).

وفي نص المادة (٦٩٩) نجد ان المشرع الفرنسي اشار الى تحمل النفقات من قبل مالك العقار المرتفق به ايضاً^(٣)، ويلاحظ من نص المشرع الفرنسي انه سمح

(١) المادة (٦٩٨) من القانون المدني الفرنسي، دالوز، مترجم، نصت على انه (وتكون تلك الاشغال على نفقته وليس على نفقة مالك العقار المثقل بالارتفاق مالم ينص السند انشاء هذا الارتفاق على عكس ذلك) .

(٢) قرار رقم /١٣٦/ محكمة النقض المدنية /في/ ٥،٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٢، القانون المدني الفرنسي، دالوز، مترجم، ص ٧٥٢.

(٣) المادة (٦٩٦) من القانون المدني الفرنسي، دالوز، مترجم، ص ٧٥١، نصت (وفي الحالة ذاتها التي يكون فيها مالك العقار المرتفق به مكلفاً بموجب سند القيام بالأشغال الضرورية لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه

لمالك العقار المرتفق به في حالة اتفائه مع مالك العقار المرتفق أن يتخلى عن نفقات وضمن السياقات القانونية واشترط أن يكون التخلي لمصلحة مالك العقار المرتفق وكما بينا أن التخلي هي أحد طرق انتهاء الارتفاق.

المطلب الثاني

الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق اتفاقياً

حرص المشرع العراقي على حماية حقوق مالك العقار المرتفق واعطى الشخص الدفاع وحق الحصول على تعويض عن طريق اللجوء للقضاء للمطالبة بهذه الحقوق وبالطرق القانونية المعتادة، أي أن لكل حق هنالك دعوى تحميه وقد نظم المشرع العراقي كيفية الحصول على تلك الحقوق وكيفية اقامة الدعاوى ولكنه لم يتوسع في مفهوم الدعاوى العقارية فيدخل في تلك الدعاوى التي يكون الغرض منها الحصول على عقار حتى لو استندت الى حقوق شخصية، وعليه يكون الحق في اقامة الدعوى حق لكل من المدعي والمدعي عليه، وبناءً على ذلك سنتناول الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق على ثلاث فروع فنتناول في الفرع الاول منه دعوى الاقرار بحق الارتفاق الاتفاقي وفي الفرع الثاني دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق الاتفاقي وفي الفرع الثالث نتناول دعوى التعويض التي يقيمها مالك العقار المرتفق وكما يلي:-

على نفقته يستطيع دائماً التخلص من هذا العبء بترك العقار المثقل بالارتفاق لمالك العقار المترتب لارتفاق لصالحه).

الفرع الاول

دعوى الاقرار بحق الارتفاق الاتفاقي

أن الدعوى في الاصطلاح القانوني تحتوي على معاني منها ما يقصد به الطلبات المقدمة الى القضاء وفي تارة اخرى هي الوسائل التي توفر الحماية للحق محل الدعوى والمعنى الاول هو ما معمول به لكونه المعنى الدقيق فالقانون نص على أقامتها أما المعنى الثاني لدعوى فهو يتعلق بماهية الدعوى من حيث كونها من الوسائل التي توفر الحماية للحق لكونها تعتبر سلطة مخولة قانوناً لشخص صاحب الحق أو خلفه في أن يطلب من القضاء التدخل لإقرار حقه أو رد الاعتداء أو استرداده^(١) .

وندرس في مجال دعوى الإقرار أراء الفقهاء والباحثين في هذا المجال حيث اتفق الفقهاء والباحثين على أن لمالك العقار المخدم دعوى هي دعوى حق الارتفاق وهي دعوى خاصة وهي تتشبه دعوى الاستحقاق^(٢).

فيرى البعض^(٣) في أن دعوى الاقرار يكون لمالك العقار المرتفق الحق في دعوى وهي الدعوى العينية وهذه الدعوى تحمي حق الارتفاق الاتفاقي في ذاته, بدعوى يرفعها مالك العقار المخدم لكونه صاحب الحق العيني لغرضين وهي اما لأجل الاقرار لحقه في الارتفاق او لأجل حمايته ولكي يتم قبول الدعوى يكفي ان يكون هناك مانع يجعله في وضع يكون غير قادر على استعمال حقه وهذا المانع يجب ان يكون بسبب مالك العقار المرتفق به او حائزه, وإذا كان مالك العقار

(١) د. هادي حسين عبد علي الكعبي, الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية, ج١, ط١, مؤسسة دار الصادق الثقافية, العراق, بابل, ٢٠٢٠, ص ١٨٤.

(٢) د. حسن علي ذنون, المصدر السابق, ص ٣٩٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ١٣٧٧.

المرتفق لم يثبت ما ادعاه رفضت دعواه لكون الاصل هو الظاهر وعلى المدعي اثبات خلاف ذلك^(١) وعليه يلاحظ ان المواد الخاصة بحقوق الارتفاق بالتشريع لا تشير بوجه خاص الى الدعوى المخولة لمالك العقار المرتفق وان أغلب الفقه عالج هذه الدعوى بالرجوع للقواعد العامة ومن جانب آخر نرى اغلب شراح الحقوق العينية وخاص الفقه العراقي لم يشر صراحةً الى تلك الدعوى واكتفى اغلبهم في بيان حقوق ملاك العقارات.

وبعد بيان رأي الفقهي بشأن الدعوى المخولة لمالك العقار المرتفق لذلك يتوجب علينا الرجوع للقواعد العامة التي يمكن مالك العقار المرتفق القيام بها حيث اشار قانون المرافعات العراقي في المادة (١٠) منه الى ان (اذا كان موضوع الدعوى حقاً شخصياً او دعوى دين او كانت دعوى عينية)^(٢).

فيرى البعض^(٣) أن دعوى الاقرار هي دعوى التي يطلب فيها المدعي إثبات وجود حق أو اقراره تعرض للإنكار من قبل الغير حتى لو لم يكن هنالك أي عقبة في استعماله ويعد هذا الاساس في تثبيت الحق من الناحية القانونية وذلك لوجود مصلحة مشروعة في إطمئنان الافراد على حقوقهم وأن ذلك يؤدي الى زيادة الثقة في المعاملات بين الافراد ونجد ان المرافعات العراقي^(٤) قد أجاز ذلك صراحة في حين أن المشرع الفرنسي أو المصري لم يشر الى مثل هذا النص، ونجد أن

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، الوجيز في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الولاء الحديثة، بلا مكان طبع، بلا سنة نشر، ص ٥٦-٥٧.

(٢) المادة (١٠) الفقرة الاولى من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٣) د. هادي حسين الكعبي، المصدر السابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.

(٤) المادة (٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي، نصت على أنه (يجوز ان يكون المراد من الدعوى تثبيت حق انكر وجوده وان لم تقم عقبة في سبيل استعماله ويجوز ان يكون كذلك تحقيقاً يقصد به تلافي نزاع في المستقبل او ممكن الحدوث).

المشرع العراقي أشتراط شرطين لإقامة مثل هذه الدعوى أولاً أن يكون هناك حق حصل له أنكار أو تجهيل لمركز قانوني وثانياً أن لا يكون هناك مانع أو عقبة تمنع صاحب الحق من استعمال حقه.

وعلى ذلك اعتبرت القواعد الواردة في قانون المرافعات هي الأساس في تحريك الدعاوى المتعلقة بالعقار, لكون هذه الدعاوى تحمي ملكية العقار والحقوق العينية المتفرعة منه على خلاف دعاوى الحيازة التي تحمي فقط الحيازة^(١), وعلى ذلك يستطيع صاحب العقار المخدم ان يرفع دعوى الاقرار على كل من ينازعه في حقه في استعمال العقار المرتفق به ويتجه الفقه ايضاً الى حقه في هدم المنشأة التي تخل في استعمال حقه^(٢) ونرى في الاصل ان هنالك التزاماً يقع على عاتق مالك العقار الخادم من حيث تسهيل الانتفاع بالعقار لذلك فإن التزام مالك العقار الخادم هو التزام عيني فإذا اخل بهذا الالتزام جاز لمالك العقار ان يقيم دعوى نتيجة اخلاله بالتزامه.

ويجب أن نشير أن هذا الالتزام كما بينا هو التزام عيني لكونه لا يتعلق بشخص المالك لذلك هذا الالتزام يتعلق ويستقر في العقار المرتفق به وينتقل بانتقال العقار سواء اكان خلفاً عاماً ام خلف خاص^(٣) ونرى أن سبب اقامة الدعاوى هو الاخلال بالتزامات ملقاة على عاتق احد الملاك, وقسم الفقهاء والتشريعات الدعاوى الى دعاوى شخصية ودعاوى عينية وتعتبر الدعاوى شخصية متى ما كانت مستندة

(١) المادة (١٠) الفقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية العراقي نصت على (اذا كان المراد من الدعوى العينية المتعلقة بعقار اثبات ملكية حق عيني كانت دعوى ملكية).

(٢) د. سعيد عبد السلام, المصدر السابق, ص ٥٧١.

(٣) د. حسن علي دنون, المصدر السابق, ص ٤٩٥.

الى حق شخصي, ام الدعاوي العينية هي الدعاوي التي يقيمها ملاك العقارات للمطالبة بتقرير حقه في العقار في مواجهة من ينازعه ذلك الحق^(١).

ولحماية تلك الحقوق أقر المشرع وسائل لحمايتها عن طريق دعاوي ضد اي اعتداء وهذه الوسائل نص عليها في القواعد العامة وليس في الاحكام الخاصة بحقوق الارتفاق، ودعوى الاقرار بحقوق الارتفاق الاتفاقية هي دعوى عينية عقارية وهدفها الاقرار بحق الارتفاق الاتفاقي هذا والاقرار يمكن مالك العقار المرتفق ان يطلب من اي شخص ينازعه في حقه في الارتفاق الاقرار له بحقه في الارتفاق وهذه الدعوى تقابل دعوى الاستحقاق لحق الملكية.

وعرف القانون العراقي الاقرار وحسب ما جاء في قانون الاثبات هو (اخبار الخصم امام المحكمة بحق عليه لآخر)^(٢). ويعد الاقرار من الأدلة التي لها القوة المطلقة في الاثبات ويعد الاقرار من الحجج القاصرة فقط على المقر وورثته ولا تتعدى الى غيره وكما يخضع الاقرار لإرادة المقر فان شاء أقر وان امتنع عنه لا يمكن اجباره على الاقرار^(٣) وبعد رفع دعوى الاقرار على مالك العقار الخادم او حائزه يستوجب ان يثبت مالك العقار المخدم اساس حقه ويكون الاثبات عن طريق سند الانشاء فاذا كان مصدره ارادياً فيرجع الى سند الارتفاق الصادر من مالك العقار الخادم لإثبات حق الارتفاق الاتفاقي^(٤) ولإثبات اساس حق الارتفاق يكون عن طريق الرجوع الى احكام المادة(١٢٧٢)^(٥) والتي توضح على أن حق الارتفاق يكتسب

(١) د. صلاح الدين الناهي, الوجيز في قانون المرافعات, شركة الطباعة والنشر لأهلية, بغداد, ١٩٦٢, ص ١٦٠.

(٢) المادة (٥٩) من قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) المعدل لسنة ١٩٧٠.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر, الوجيز في شرح قانون الأثبات, مطبعة الزمان, بغداد, ١٩٩٧, ص ١٦٤.

(٤) د. عبد المنعم البدرابي, المصدر السابق, ص ٣٧٨.

(٥) المادة (١٢٧٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه(يكتسب حق الارتفاق بالعقد).

بالعقد ولكون حق الارتفاق لا يثبت إلا عن طريق التسجيل بالسجل العقاري^(١) وبعد بيان الأساس الذي نشأه عن حق الارتفاق يتمسك مالك العقار المرتفق بحقه عن طريق الاقرار وهي المطالبة من مالك العقار الخادم الاعتراف له بحقه بالارتفاق .

اما قانون الإثبات المصري فقد عرف الاقرار (هو اعتراف الخصم امام القضاء بواقعه قانونية مدعى بها وذلك اثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة)^(٢) , وجاءت الآراء الفقهية بهذا الخصوص في ان الاقرار هو اعتراف شخص لآخر بواقعه تكسب حقاً مع الزام نفسه بهذا الاقرار . والواضح من التعاريف الفقهية السابقة هي وجوب ان يكون قصد المقر الى اعتبار المقر به له ثابت في ذمته.

والغرض الاساسي من دعوى الاقرار هو طلب مالك العقار المرتفق من مالك العقار الخادم تمكينه من استعمال العقار او طلب تسليمه العين أو طلب هدم المنشآت التي تعتبر عائناً لحق الارتفاق او الحكم عليه بغرامه مالية تهديدية لإجباره في تمكينه من استعمال حقه^(٣).

ومثال ذلك فلو ادعى (ع) ان له ارتفاق مطار على عقار فان الاصل خلوه من حق الارتفاق الاتفاقي فالإثبات يكون على (غ) فأن اثبت ذلك انتقل عبء الإثبات الى صاحب العقار بخلوه من حق ارتفاق اتفاقي لكون المدعي بالإثبات هو من يدعي خلاف ذلك^(٤) . وبناءً على ذلك فأن رافع الدعوى يجب ان يثبت اساس حقه من خلال اثبات مصدره او سند انشائه فإذا كان مصدره التصرف القانوني او

(١) المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) الفقرة الثانية منه نصت على أنه (لا ينعقد التصرف القانوني الا في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

(٢) المادة (١٠٣) من قانون الأثبات المصري النافذ رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٧٧.

(٤) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الأثبات المدني، ط ٣، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ص ٦٨-٦٩.

الإرادة مثل العقد او الوصية فيكون بالرجوع الى تلك المصادر لإثبات حق الارتفاق^(١) , وبعد اثبات حق الارتفاق يطلب المدعي تمكينه من استعمال حقه مثل هدم المنشآت التي اقيمت او تسليمه العين محل الارتفاق^(٢).

وكذلك نجد ان التشريع اللبناني يأخذ بدعوى الاقرار من خلال الرجوع الى القواعد العامة لتعريفه وبيان شروطه حيث بين الفقه اللبناني انه يحق لمالك العقار المخدم ان يحمي حقه ويثبتته عن طريق رفع دعوى الاقرار وبين الفقه انها دعوى عينية يطالب فيها مالك العقار المرتفق بمواجهة مالك العقار الخادم او حائزه الاقرار له بحق الارتفاق^(٣) ويحق لمالك العقار المخدم أن يحمي حقه من خلال إقامة الدعاوى التي تهدف الى حماية هذا الحق في مواجهة مالك العقار الخادم^(٤) ومن الواضح من الرأي الفقهي ان دعوى الاقرار هي دعوى يطلب فيها مالك العقار المخدم حقه في الارتفاق من مالك العقار الخادم او اي حائز لهذا العقار المثقل بحق ارتفاق ويكون مضمون الطلب هو تمكينه من استعمال حقه وازالة اي منشأة تحول دون استعمال حق الارتفاق.

وبين قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ذلك^(٥) وبين الفقه بهذا الخصوص ان الاقرار هو عمل قانوني يصدر من طرف واحد يحتوي على ما يفيد او ما يبين التنازل من الشخص المقر من المطالبة المقر له, وذلك من خلال اثبات ما يدعيه, وعلى ذلك ان الاقرار لا ينشئ حقاً ولكنه يعتبر دليلاً اثبات يعفي

(١) د. عبد المنعم البدرابي , المصدر السابق ,ص٣٧٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري , المصدر السابق, ص١٣٧٧.

(٣) د. أدورد عيد ,المصدر السابق, ص١٧٠.

(٤) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور , المصدر السابق ,٤٥٢.

(٥) المادة (٢١٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ والتي نصت على أنه (هو اعتراف الخصم بواقعه او عمل قانوني مدعى بأي منهما عليه).

الشخص المقر له من تقديم اي اثباتات اخرى^(١) ومن خلال تحليل النص واءاء الفقه اللبناني نجد ان الاقرار هي وسيلة لتبسيط الاجراءات وكذلك طريق يكون الغرض منه اختصر الوقت ويعتبر دليلاً كافياً للإعفاء مالك العقار المرتفق من ابراز المزيد من الأدلة.

وعليه يمكن ان نعرف الاقرار هو: هو اعتراف يطلبه المدعي او مالك العقار المخدم من المدعي عليه وهو مالك العقار الخادم او حائزه لغرض الاعتراف بحقه في الارتفاق على عقاره وتسهيل استعمال ذلك الحق. وعليه يكون الاقرار اثناء السير في الدعوى ويكون عملاً ارادياً مقصوداً يصدر لصالح المقر له ومن المقر وامام القاضي اي الاقرار او دعوة الاقرار الذي يخص موضوعنا هو الاقرار القضائي ويشترط فيه ثلاث عناصر.

١. المقر: وهو الشخص الذي يصدر عنه الاقرار ويتطلب في هذا الشخص الاهلية الكاملة في التصرفات وكذلك يجب ان يكون الرضا غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة^(٢).

٢. المقر له: ويشترط اغلب الفقه ان يكون الشخص موجوداً حقيقة او حكماً ومعلوماً وقت صدور الحكم^(٣).

٣. المقر به: في خصوص بحثنا يكون المقر به هو حق الارتفاق الاتفاقي والذي يكون مصدره اما مصدراً ارادياً او اعمال مادية.

(١) د. ربيع شندب، الإثبات في الدعوى المدنية، ط١، مؤسسة الحديث للكتاب، لبنان، ٢٠١٧، ص ٩٥.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، موجز في قانون الأثبات، المكتبة القانونية، بلا مكان طبع، ٢٠١٧، ص ١٢٤.

(٣) د. سليمان مرقس، من طرق أثبات الإقرار واليمين وجراءتها، معهد البحوث والدراسات العربية، بلا مكان طبع، ١٩٧٠، ص ١٤.

اما الاقرار لدى المشرع الفرنسي فقد نص على الاقرار في مواد التشريع المدني حيث بينت المادة (١٣٥٤) على انه (يكون الاقرار المحتج به بوجه احد الاطراف, اما قضائياً او غير قضائياً)^(١) الذي يهمننا في بحثنا بخصوص الاقرار هو الاقرار القضائي حيث نجد أن المشرع الفرنسي لم يفرد للإقرار في قوانين اخرى ولكنه جاء ضمن طرق لإثبات في القانون المدني ومن تحليل نص نجد ان الاقرار هي الوسيلة والطريقة لإثبات اي حق عيني وبذلك يمكن اقامة دعوى الاقرار بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ومنها حق الارتفاق وعلى ذلك الاساس بينت محكمة النقض الفرنسية في احدى قراراتها في حال التعدي على حق الاقرار يكون جزاؤه الهدم وهو نتيجة التعدي على حق عيني^(٢) .

ونرى ان قرار المحكمة الفرنسية اسس على اساس ان حق الارتفاق الاتفاقي حق عيني وبذلك طبق الاحكام التي تختص بالحقوق العينية على حق الارتفاق لكونه حقاً متفرعاً من تلك الحقوق. وعليه ان الاقرار هو اعتراف شخص بصحة واقعة معينة ويترتب على وجود هذه الواقعة التزامه بما ينتج عنها من نتائج قانونية قبل شخص آخر، ويرى الفقه يجب ان يكون الاقرار جدياً وحقيقياً والإقرار لا يثبت إلا على الوقائع وهو على نوعين كما بينا والاقرار القضائي هو اعتراف الخصم اما

(١) القانون المدني الفرنسي, المادة (١٣٥٤), La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée.

(٢) القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٧٥٣, محكمة النقض المدنية قرار رقم (١٨٣), ديفرينز, ١٩٩٠.

القاضي بواقعة قانونية معينة مدعى بها عليه ويكون ذلك خلال سير الدعوى التي تتعلق بالواقعة.

الفرع الثاني

دعوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق الاتفاقي

ان حق الارتفاق الاتفاقي هو من الحقوق العينية الاصلية ودعوى الحيازة هي دعوى توفر الحماية لمالك العقار المرتفق مادام توفرت الشروط التي يتطلبها القانون لكون حق الارتفاق من الحقوق العقارية ويستطيع مالك العقار المرتفق ان يتمسك بها ازاء كل من مالك العقار الخادم او الغير^(١) ولذلك وجب علينا بيان ماهي الحيازة وماهي الدعاوى الحيازة التي يخول مالك العقار المرتفق بإقامتها.

اولاً: ماهية الحيازة: -

ان اغلب التشريعات المدنية بينت الأسباب الرئيسية لاكتساب الملكية ومن هذه الاسباب اسباب قانونية مثل العقد ومنها ما يعتبر اعمال مادية مثل وضع اليد او مرور الزمن المكسب وبذلك ان المشرعين وجدوا نوعاً من التوازن بين مصالح الافراد التي تكتسب عن طريق الإرادة عن طريق السندات التي تحفظ حقوقهم سواء اكانت تلك الحقوق عقارية ام منقولة وأوجد المشرع العراقي احكام لكل نوع من هذه الانواع والذي يهمننا في موضوعنا هو الحيازة العقارية لكون حق الارتفاق هو من الحقوق العينية العقارية.

(١) د. عبد المنعم البدرابي، المصدر السابق، ص ٣٧٩.

فقد عالج المشرع العراقي موضوع الحيازة في القانون المدني^(١) بإيجاد تعريف يحتوي معنى الحيازة ونطاقها ويتضح أيضاً أن الحيازة هي سيطرة مادية أو وضع يد على شيء مادي سواء كان منقولاً أو عقاراً وتكون سبباً من أسباب كسب الملكية. والسيطرة سواء أكانت من شخص صاحب حق أم لا , تكون نتيجة قيام الفرد بعمل مادي وتكون متفقة مع مضمون الحق^(٢).

ومن جانب آخر أن القانون المدني المصري لم يضع تعريف للحيازة وإنما جاء بمجموعة من الشروط والاجراءات الواجب العمل فيها لقبول دعوى الحيازة^(٣). وبين البعض أن الحيازة حسب ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري هي السيطرة الفعلية على الحق أو الشيء فيجوز أن تحاز الحقوق العينية مثل حق الارتفاق وحق الانتفاع وكذلك يمكن أن تحاز الحقوق الشخصية^(٤). ومن جانب آخر نرى أن المشرعين لم يوضحوا امكانية الاخذ بالحيازة على المنقول أم العقار أم كلاهما وعليها يمكن أن تكون هنالك حيازة على حق الارتفاق لكونه من الحقوق العينية العقارية. وتناول المشرع المصري دعاوي الحيازة من (٩٥٨) الى (٩٦٢).

ونجد ان قانون الملكية العقارية اللبناني حدد أحكام الحيازة في عدة مواد من (٢٥٥) الى (٢٦٦) وأشار أيضاً الحقوق التي يجوز اكتسابها أو تملكها عن طريق

(١) المادة (١١٤٥) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء مما يجوز التعامل فيه، ويستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ,المصدر السابق, ص ٨٧٤.

(٣) المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري نصت في الفقرة الاولى منه على أن (لحائز العقار أن يطلب خلال السنة التالية لفقدانها ردها اليه . فاذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت ان ينكشف ذلك).

(٤) د. معوض عبد التواب, المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني, ط١, مج ١٠, مكتبة عالم الفكر والقانون ,مصر, ٢٠٠٤, ص ٩.

الحياة وحسب الشروط التي وضعها لذلك وحدد أيضاً المدة التي يمكن اكتساب تلك الحقوق^(١) .

إن الحكمة من حماية الحياة تكمن في حماية القانون الحياة لذاتها سواء أكانت تستند الى حق للحائز أو لا , ولكن هناك عدة اعتبارات تكفي لحماية القانون للحياة منها ما يتعلق بأمن المجتمع واستقرار النظام فيه والتي تكون الغاية منها منع الاعتداء على الاوضاع القائمة ولذلك هي لا تبيح لكل شخص الادعاء بحق على شيء معين في حياة غيره أن ينتزعه عنوة لكون هذا الامر يؤدي الى الفوضى, ومن جانب ثاني أن الحياة التي يحميها القانون غالباً ما تكون مستندة على حق أي إن المدعي بالحق غالباً ما يكون مالكاً لشيء أو صاحب حق عيني^(٢) ولذلك ان القانون يحمي الحياة لكونها عملاً مستقلاً وبصرف النظر عن شروطها اي سواء اكانت الحياة مستندة الى حق ام لا.

ثانياً: الدعاوى التي يقيمها مالك العقار المرتفق

يحق لمالك العقار المرتفق ان يقيم دعوى منع التعرض وهذه الدعوى يقيمها الحائز ضد الغير الذي يعرقل انتفاعه بالعقار ويعني ذلك اي تصرف ممكن ان يؤدي الى اعاقه الانتفاع بالعقار يجوز للحائز اقامتها ضد اي اعتداء على الحياة^(٣), اي بمجرد ان يكون هنالك تعارض من قبل المدعي عليه اتجاه المدعي

(١) د. هدى عبد الله بدروس في التحديد والتحرير وفي السجل العقاري, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠١٠, ص ٨٤.

(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه, المصدر السابق, ص ٢٠٠.

(٣) د. محمد منجي, الحياة, منشأة المعارف, ط٤, مصر, ٢٠٠٥, ص ١٣٦.

حتى لو لم يكن هنالك ضرر او لم تكن بسوء نية لكون الغرض من دعوى الحيازة ازالة التعرض نفسه وهذا ما أشار اليه القانون المدني العراقي^(١) .

ومن الواضح من التشريع المدني العراقي أوضح ان يكون الحائز لمدة سنة حيازة كاملة ومستوفية الشروط وعندما يقع تعرض لحيازته فانه يحق له اقامة الدعوى خلال سنه من تاريخ التعرض وهذا ما ذهب اليه القانون المدني المصري^(٢) . ومن خلال التمعن بالنص نجد أن المشرع المصري كان دقيقاً في الصياغة وفي اختيار عبارات النص .

ونجد أن البعض أثاروا تساؤلات هل حقوق الارتفاق اغلبها يمكن ان تقام لها دعوى منع التعرض فنجد ان من الفقهاء من رأى وجوب التفرقة بين انواع حقوق الارتفاق واجازه لحقوق الارتفاق الظاهرة حق رفع دعاوي الحيازة لصالحها ودعاوي منع التعرض^(٣) .

بينما جاء الرأي الفقهي الآخر^(٤) , لا يشترط كسب حقوق الارتفاق سواء اكانت بالنقادم او تخصيص المالك ان تكون مستمرة فحق الارتفاق حتى وان كان غير مستمر يمكن اقامة دعاوى الحيازة مادام هذا الحق ظاهراً ويمكن الرجوع الى دعاوى الاسترداد في حالة التي يظهر فيها ان هنالك ما يحتمل انتزاع تلك الحقوق من مالك العقار المرتفق .

(١) المادة (١١٥٤) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (من حاز عقار واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع تعرض في حيازته جاز له خلال سنة من وقوع التعرض ان يرفع دعوى منع التعرض امام محكمة الصلح)

(٢) المادة (٩٦١) من القانون المدني المصري نصت (من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز ان يرفع خلال سنه التالية دعوى بمنع هذا التعرض)

(٣) د. حسن علي دنون ,المصدر السابق ,ص ٣٩٧ .

(٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك, المصدر السابق, ص ٣٥٥ ,

ونجد ان الفقه المصري^(١) جاء على نفس ما جاء فيه الرأي الفقهي السابق حيث بين انه لا يتطلب ان يكون الارتفاق مستمراً حتى يمكن اكتسابه بالتقادم، وبالتخصيص المالك الاصلي ولكن الدكتور السنهوري يرى انه يمكن ان يكون الارتفاق غير مستمر ويكتسب بالتقادم وبذلك يمكن حمايته بدعاوي منع التعرض او دعاوي وقف الاعمال الجديدة ولكن اشترط شرط واحد ان يكون الارتفاق ظاهراً .

ونص المشرع العراقي في^(٢) بخصوص دعوى الاسترداد ويرى البعض^(٣) أن دعوى الاسترداد تهدف الى إعادة وضع الحائز يده على موضوع الحيازة نتيجة سلبها منه اما بخصوص دعوى الاسترداد فأن موقف المشرع المصري كان صريحاً وواضحاً فتناولها في نص المادة(٩٥٨)^(٤) في الفقرة الاولى منه وبين البعض توضيحاً على نص المادة أعلاه ان دعاوي الحيازة من الممكن ان تنطبق على الحقوق العقارية ولكن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم لكون هنالك عدة اراء رأت عدم امكانية تطبيق دعوى الاسترداد على الحقوق العقارية، وعللوا ذلك لكون الحيازة تتطلب وجود غصب مادي وهذا امر غير ممكن حصوله في الحقوق الارتفاقية وذلك يكون لمالك العقار المرتفق فقد دعوى منع التعرض ودعوى التعويض^(٥) .

وحسب ما هو واضح فأن المشرع العراقي يمكن حائز العقار المرتفق من اقامة دعوى الاسترداد في حالة انتزاع العقار بالعنف او استخدام وسائل احتيالية

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٧٩.

(٢) المادة(١١٥٠) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي نصت على أنه(لحائز العقار الذي انتزعت منه الحيازة ان يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها اليه....) .

(٣) د. محمد طه البشير ود. عني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢١٦.

(٤) المادة(٩٥٨) الفقرة الأولى من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (لحائز العقار اذا انتزعت منه الحيازة ان يطلب من محكمة البداية خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها اليه فاذا كان الانتزاع خفية بدء سريان هذه المدة من وقت ان ينكشف ذلك ويجوز استرداد الحيازة من كان نائباً بالحيازة من غيره).

(٥) د. حسنية حسين حسن، المصدر السابق، ص ٤٣٢.

ومثل ذلك لو اقام مالك العقار المرتفق به بتغيير مجرى الماء الذي عليه حق ارتفاق بدعوى الاضرار بالأرض او المزروعات وهذا ما أيده الدكتور السنهوري، فيرى لا يوجد هنالك ما يمنع من اللجوء الى دعوى لاسترداد اذا انتزعت بالعنف فلو كان هناك حق ارتفاق بالمطل واقامة مالك العقار حائطاً سد به المطل فإنه يكون لمالك العقار المخدم اللجوء الى دعوى استرداد بعد ان سلبت منه^(١).

ونجد أن المشرع اللبناني أشار الى دعاوى الحيازة وبين انواعه^(٢) وعلى ذلك يستطيع مالك العقار المخدم القيام بالدعاوي المقررة لكل حائز سواء أكانت دعوى منع التعرض أو دعوى الاسترداد ويجب أن يلاحظ أن الحيازة لا تتعلق بالعقار المرتفق فقط وإنما بحق الارتفاق الواقع على العقار الخادم أيضاً لكون موضوعها الارتفاق ذاته وليس ملكية أو حيازة العقار المخدم^(٣).

وبصورة عامة ان المشرع المصري والعراقي تتطلب لإقامة دعوى الحيازة أياً كانت نوعها ان تكون حقوق الارتفاق ظاهرة فقط مع اختلاف بسيط في التشريع الفرنسي الذي تتطلب ان يكون ظاهراً ومستمراً ايضاً وذلك عندما اشار الى نشوء الارتفاقات^(٤)، وعليه نعتقد اقامة دعوى الحيازة سواء اكانت ظاهرة ام خفية ولكن يتطلب الامر دليل اثبات على وجود الارتفاق واستخدام طرق احتيالية الانتزاع تلك

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٨٥٦.

(٢) المادة (٢٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية (دعوى منع التعرض التي ترمي الى منع الاعتداء على الغير، ودعوى استرداد الحيازة التي ترمي الى استرداد الحائز حيازة سلبت منه عنوه) .

(٣) د. برهام محمد عطا الله، المصدر السابق، ص ٢٧٨.

(٤) المادة (٦٩٠) من القانون المدني الفرنسي مترجم، دالوز، التي نصت على أنه (تكتسب الارتفاقات المستمرة و الظاهرة بموجب سند أو الحيازة مدة ثلاثين سنة).

الحقوق من حائزها ومع وجب ان يكون الارتفاق مستمراً لإقامة دعوى الاسترداد حسب ما نصت عليه أحكام المادة (١١٥٠)^(١).

وأشار القانون الفرنسي الحماية حقوق الارتفاق من خلال النص عليها في المادة (٢٢٧٨) على أنه^(٢) وعليه نجد ان يجوز لصاحب حق الارتفاق ان يرفع دعاوى الحيازة سواء اكانت دعوى منع التعرض او دعوى وقف الاعمال الجديدة .

الفرع الثالث

دعوى التعويض التي يقيمها مالك العقار المرتفق اتفاقاً

يمكن لمالك العقار المخدم اقامة دعوى التعويض عند الاضرار او اخلال مالك العقار الخادم بالتزامه وعرف الفقه التعويض (بانه مبلغ من النقود او اي ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان ينالها الدائن فيما لو اوفى المدين بالتزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتفضيه الثقة في المعاملات)^(٣) .

وبصورة عامة لمالك العقار الحق بالتعويض استناداً لأحكام المادة (١٢٧٨) من القانون المدني العراقي^(٤) وعلى ذلك لا يجوز لمالك العقار الخادم ان ينقص من استعمال العقار المرتفق به او جعله مرهقاً على مالك العقار المخدم، ويقع على

(١) المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت في الفقرة الأولى منه على أن (لحائز العقار الذي انتزعت منه الحيازة ان يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها اليه....) .

(٢) المادة (٢٢٧٨) من القانون المدني الفرنسي (La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre (que celui de qui il tient ses droits.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٢.

(٤) المادة (١٢٧٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن (لا يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يعمل شيء يؤدي الى انقاص من استعمال حق الارتفاق او جعله اكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص ان يغير من الوضع القائم او ان يبذل الموضع المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً اخر).

مالك العقار الخادم التزام سلبي وهو الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه ان يؤدي الى عرقلة استعمال حق الارتفاق او تقليل الاستفادة منه بحيث يكون مرهقاً استعماله على مالك العقار المرتفق. ويرى الفقه ان لا يكون لمالك العقار المرتفق به وبغض النظر عن كونه مالكا ان يقوم بعمل يعرقل استعمال الارتفاق كأن يمنع مرور المياه في المجرى^(١) وعليه قضت محكمة التمييز العراقية ((اذا ادعى المدعي ان المدعى عليه قام بردم المجرى النهر وتغير مساره الاصلي فيجب بعد اثبات الدعوى ان تبتعث المحكمة بخبراء للوقوف عما اذا كانت الاعمال الجديدة المذكورة تمنع المدعي عليه من سقي ارضه او تسبب ضرراً له ثم الفصل في الدعوى في ضوء تقريرهم))^(٢).

ونجد ان المشرع العراقي نص ايضاً على التعويض في نص المادة (١٢٧٤)^(٣) وعليه ان المشرع العراقي نص على جزاء يترتب على اي اخلال بالتزام سواء كان نتيجة عقد او نتيجة قيود مفروضة قانوناً ولكن في حالة حقوق الارتفاق يكون التعويض بسبب اما الاخلال بالتزام ادى الى حدوث ضرر او هنالك ارهاق او صعوبة تواجه المالك في استعمال حق الارتفاق فهنا يكتفي بالتعويض, أي له الحق بالتعويض عند الحاجة لذلك والذي يتحقق بسبب إخلال مالك العقار الخادم بالتزامه مثل الانتقاص من الانتفاع العقار المخدم او أحداث أي مشقة في

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٣٤.

(٢) القرار رقم (٥٨٤-٥٤٩ مدنية اولى/٩٢ في ١٩٩٢/٦/٢٨ القرار منشور في مجموعة المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، مطبعة الزمان، ج٣، ص ٢٠٩، نقلاً عن صبار لفته، رسالة ماجستير، التعويض العيني ص ٨٢.

(٣) المادة (١٢٧٤) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي نصت على أنه (وكل ضرر ينشأ عن مخالفة هذه القيود، تجوز المطالبة بصلاحه عيناً ألا اذا تبين أن حكم التعويض جزاء عادل فيه الكفاية).

استعمال الارتفاق^(١). وبما ان حق الارتفاق الاتفاقي هو التزام ارادي لذلك يكون التعويض نتيجة الاخلال بالالتزام سابق.

ونظم المشرع العراقي التعويض في احكام المسؤولية العقدية في القانون المدني في المادة (٢٤٦)^(٢) ان تناولنا للقواعد العامة هو الاساس الذي نستند عليه في معرفة التعويض واسبابه وللوقوف على كيفية التعويض في حقوق الارتفاق الاتفاقية وبما ان حق الارتفاق الاتفاقي من الحقوق العينية الإرادية ويكون مصدرها اما العقد او الاعمال المادية فنطبق احكام القواعد العامة عليه. وعليه فان المسؤولية التعاقدية تطلب وجود عقد صحيح وان المدين فيه لم ينفذ التزامه فهنا تنشأ المسؤولية العقدية جراء الاخلال بهذا الالتزام وعليه لا تنهض المسؤولية الا بتوفر ثلاث اركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية^(٣).

أ_ الخطأ: ان الخطأ في المسؤولية العقدية لا يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية من حيث المعيار الذي يقاس به وان الخطأ واحد في المسؤوليتين وهذا ولكن المشرع العراقي فرق في ذلك المادة (٢٥١)^(٤) فبين ان بالنسبة للعقود من اتجاه الإرادة الى بذل العناية المعتادة كما يبذلها المدين في شؤونه الخاصة^(٥).

(١) د. حسنية حسين حسن , المصدر السابق, ص ٤٥٢.

(٢) المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي , نصت(يجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً ٢. على انه اذا كان تنفيذ الالتزام العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

(٣) د. احمد سلمان ود. جواد كاظم سميسم, المصدر السابق, ص ٢٠٤.

(٤) المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي والتي نصت(١ - في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاد في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك).

(٥) د. محمد سعد الدين شريف, مصادر الالتزام , ج ١, مطبعة العاني, بغداد, ١٩٥٥, ص ٢٩٨.

اما الفقه المصري^(١) يرى ان الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لإلتزمه الذي ينشأ عن عقد اما اذا اخل المدين بالتزامه فيجبر على تنفيذه حسب احكام المادة(٢٠٣) من القانون المدني المصري فهنا يأتي دور التعويض حسب ما نصت عليه المادة (٢١٥)^(٢) والتي تبين أن في حال استحالة التنفيذ الإلتزام يحكم عليه بالتعويض.

وعليه تطبق القواعد العامة لتحديد اسباب التعويض في حقوق الارتفاق الاتفاقية ومتى يحكم في التعويض وهذه الاسباب تبين لنا ان اهم اساس لتعويض هو الخطأ اذا كانت حقوق الارتفاق مصدرها العقد او اي التزام ارادي ونشأ نتيجة الاخلال بهذا الإلتزام ضرر واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع الطرق^٣ والذي يكون نتيجة خطأ وهذا ما سوف نتناوله كما يلي:

ب_ الضرر: هو من اهم اركان التعويض والذي يوجب المسؤولية فلا تعويض بدون وجود ضرر والضرر الذي يمس حق الارتفاق يجب ان يكون ضرراً مادياً وله عدة شروط.

(١) المادة(٢٠٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (١) يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢-على انه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

(٢) المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه) .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٧١٤.

١. ان يكون محققاً، لكي يكون الضرر محققاً اذا وقع فعلاً اي الضرر الحال او متأكد وقوعه في المستقبل ويقصد بالضرر الحال هو الضرر الذي يقصد به الاضرار بمال الغير^(١) .

٢. ان يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة او حقاً، وعليه يجب ان تكون نتيجة الضرر إذا بمصالح مادية مشروعة سواء كان الضرر يصيب الشخص في بدنه او بحقاً لغيره.

٣. العلاقة السببية: يجب لتحقيق المسؤولية ان تكون هنالك علاقة بين الخطأ والضرر اي ان يكون الضرر نتيجة خطأ المسبب فيصيب مصلحة مباشرة.

اما قانون الموجبات والعقود اللبناني لم يحدد الضرر بينما يرى الفقه^(٢) ان اصلاح نتائج الفعل الضار يتطلب بعض الشروط , مثل اثبات الضرر والعلاقة السببية بينهما وبالتالي لا يمكن المطالبة دون تعويض دون وجود علاقة بين الخطأ والضرر وهذا يتطلب وجود ضرر محقق وهذا ماكدته المادة(١٢٢)^(٣) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(١) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٥٥.

(٢) د. مورسي نخلة، شرح القانون المدني، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٦٦-٦٧.

(٣) المادة(١٢٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي نصت على أنه(كل عمل من احد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير، يجبر فاعله اذا كان مميزاً، على التعويض . وفاقد الاهلية مسؤول عن الاعمال غير المباحة التي يأتيها عن إدراك وإذا صدرت الاضرار عن شخص غير مميز ولم يستطع المتضرر ان يحصل على التعويض ممن أنيط به امر المحافظة على ذلك الشخص، فيحق للقاضي مع مراعاة حالة الفريقين، ان يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل).

(٣) المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت (A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable

والضرر الذي يهمننا في مدار بحثنا في التعويض في حق الارتفاق الاتفاقي هو الضرر الذي يصيب الذمة والذي يكون أثره فورياً، وهذا ما اكدته المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي^(١).

وكذلك في اطار حقوق الارتفاق نجد ايضاً نص مشابه في المادة (٧٠١)^(٢) حيث يفهم من نص المادة انفة الذكر ان النقصان او التسبب في نقصان استعمال حقوق الارتفاق او جعله اكثر ارهاقاً على مالك العقار المخدم فيكون التعويض هو ما يقدمه من مالك العقار الخادم لمالك العقار المخدم.

وعليه متى ما توفرت الارقان الثلاث فان التعويض يستحق تبعاً لذلك واستناداً الى احكام المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١٦٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني فان

(١) المادة (٧٠١) من القانون المدني الفرنسي (Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée).

Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.

(١) Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode.

Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.

دعوى التعويض في حق ارتفاق كونه احد الحقوق المتفرعة من حق الملكية، فانه يلزم لتعويض عنه ان يكون هنالك خطأ من قبل مالك العقار الخادم ادى الى ضرر اصاب مالك العقار المخدوم في استعمال حقوقه وهذا هو اساس في التعويض الذي يستحق فيه مالك العقار المرتفق التعويض طبقاً للقواعد العامة.

المبحث الثاني

المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به اتفاقاً

بعد ان تناولنا بيان احكام المركز القانوني لمالك العقار المرتفق نأتي الان لبيان المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به او العقار الخادم وعليه بعد أن منح القانون لمالك العقار المخدوم الحق في استخدام العقار المرتفق فانه يعرض حقوقاً لمالك العقار المرتفق به وقيود على مالك العقار المرتفق به ايضاً ووفر الحماية القانونية لمالك العقار الخادم وعليه ندرس في المطلب الاول حقوق مالك العقار المرتفق به والتزاماته وفي المطلب الثاني الدعاوي المخولة لمالك العقار المرتفق به.

المطلب الاول

حقوق مالك العقار المرتفق به والتزاماته

لمالك العقار المرتفق به عدة حقوق يتمتع بها اتجاه مالك العقار المرتفق لذلك سندرس هذه الحقوق في الفرع الأول لمالك العقار المرتفق به ثم ندرس في الفرع الثاني الالتزامات التي تترتب على مالك العقار المرتفق به اتجاه مالك العقار المرتفق، ولمالك العقار المرتفق به جملة من الحقوق التي يتمتع بها اتجاه مالك العقار المرتفق.

الفرع الأول

حقوق مالك العقار المرتفق به اتفاقاً

أولاً - الحق في استعمال ملكه:

ورد في بيان حقوق مالك العقار المرتفق به جملة من الآراء ولكن القانون العراقي بصورة ضمنية^(١) والتي تبين الحقوق التي يتمتع بها مالك العقار المرتفق به ، ويفهم من نص القانون المدني العراقي ان لمالك العقار المرتفق به او الخادم ان يستعمل ملكه كما يشاء واذا وجد ان الارتفاق على جزء من عقاره يعيق هذا الاستعمال فيحق له ان يطلب من مالك العقار المرتفق نقل الارتفاق الى الجزء الذي لا يعيق استعمال ملكه وكما هو واضح يتضمن الحق في الاستعمال الحق في الطلب من مالك العقار المرتفق نقل ارتفاقه

وهذا ما ايده هذه التصرفات ان لمالك العقار الخادم كافة لحقوق على ملكه وما يخوله له حق الملكية وله الحق في القيام بكافة الاعمال المادية او القانونية التي يروم القيام بها^(٢) اي تقرير حق الارتفاق على العقار الخادم لا يسلب مالك العقار الخادم ملكه او حقوقه وله ان يباشر عليها كل التصرفات وله لمالك العقار

(١) المادة (١٢٧٨) الفقرة الثانية (ومع ذلك اذا كان الموضع الذي عين اصلاً قد اصبح من شأنه ان يزيد في عبء الارتفاق او اصبح الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات في العقار المترفق به فلصاحب هذا العقار ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار او الى عقار آخر يملكه هو او يملكه اجنبي اذا قبل اجنبي ذلك، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق). .

(٢) د. حسن علي دنون، المصدر السابق، ص ٤٠٠.

الخادم ايضاً الحق في استعمال الارتفاق الذي على عقار مثل الانتفاع بحق المرعى وان ينتفع بالمكان الذي يكون محل لحق ارتفاق^(١).

وكذلك ان حقوق مالك العقار الخادم تتجسد في التزام مالك العقار المخدوم في استعمال حقه في اقل ضرر ممكن وكذلك ان مالك العقار المرتفق به في ذلك الاستعمال لا يتحمل اية اعباء ناتجة عن استعمال مالك العقار المرتفق للعقار المرتفق به وما يستجد من حاجات للعقار المرتفق^(٢) وما تقدم من اراء الفقه السابقة ان لمالك العقار الخادم أن يحوز كافة السلطات المادية والقانونية على عقاره بل بأكمله في الجزء الذي عليه حق ارتفاق اتفاقي ولكن يقيد القانون والواقع ذلك الاستعمال كما اسلفنا هو عدم اعاقا استعمال حق الارتفاق الاتفاقي على مالك العقار المرتفق فلو كان على عقاره حق مرور يجوز لمالك العقار الخادم او المرتفق به المرور في الموضع الذي عليه الحق في المرور المخصص لمرور مالك العقار المرتفق.

ونجد ان المشرع المصري بين الحقوق التي يتمتع بها مالك العقار المرتفق به وكذلك الفقه فبين ان لمالك العقار الخادم السلطات كافه والتي تخوله كافة الحقوق على عقاره ويحتفظ ايضاً بها رغم اقرار حق ارتفاق على عقاره وله استعمال كافة السلطات ايضاً، ونصت المادة (١٠٢٣) من القانون المدني المصري ذلك^(٣).

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠٧.

(٢) د. قصي سلمان، الحقوق العينية-الحقوق العينية الأصلية-دراسة مقارنة، ج ١، ط ١، منشورات جيهان الخاصة ٢٠١١، ص ١٦٧.

(٣) المادة (١٠٣٣) من القانون المدني المصري نصت على أنه (ومع ذلك اذا كان الموضع الذي عين اصلاً قد اصبح من شأنه ان يزيد في عبء الارتفاق او اصبح الارتفاق مانعاً من اجراء تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك العقار ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع اخر او الى عقار اخر يملكه هو او يملكه اجنبي اذا قبل الاجنبي ذلك).

وعلى ذلك فلمالك العقار الخادم الحق في استعمال عقاره المحمل بحق ارتفاق ولكن هذا الاستعمال مقيد بعدم اقامة اي عقبة امام استعمال مالك حق الارتفاق لحقه, فمالك العقار المرتفق به الحق في تسوير ملكه حتى لو كان عليها حق مرور متى ما وجد باباً للمرور في الحق موضوع الارتفاق^(١).

وبناءً على ذلك يحتفظ مالك العقار الخادم بجميع حقوقه والسلطات المخولة له ولكن الامر ذلك يتوقف على شروط منها عدم القيام بما يعيق استعمال مالك العقار المرتفق لحقوقه وثانياً ان لا يتسبب في اي نقص في استعمال تلك الحقوق, فأكد الرأي هذا على ان حق المرور مثلاً في ارض مالك العقار الخادم لا يكون مانعاً من تسوير العقار المرتفق به متى ما كان لهذا السور باباً يستطيع من خلالها مالك العقار المخدم المرور منها.^(٢)

وعليه فان لمالك العقار الخادم ان يحتفظ بجميع حقوقه ولكن بشرط عدم المساس في حق الارتفاق لذاته والا التزم بإعادة الحال الى ما كانت عليه او يحكم عليه بالتعويض^(٣).

وفي قرار لمحكمة المصرية عبرت بقولها(ان حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الاول ويجعله مثقلاً بتكليف لفائدة الثاني, وهو ان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته الا انه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمال في عقار كان له الحق في ان يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ويوجب عليه ان لا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا

(١) د. عبد الرزاق السنهوري. المصدر السابق، ص ١٣٨٢.

(٢) د. عبد المنعم البدر، المصدر السابق، ص ٣٦١.

(٣) أنظر: د. نبيل أبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢٩٤.

يعوق استعماله او ينقصه او يجعله اكثر مشقه^(١). ومؤدى ذلك ان مالك العقار المرتفق به لا يستطيع التصرف في عقاره بحرية في الموضع او الجزء المترتب عليه ارتفاق في عقاره لكونه مقيداً في عدم الانتقاص من الاستعمال لهذا الحق.

ونجد أن قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) قد أشار على أن لمالك العقار الخادم أن لا يغير من وضعية الأمكنة أي تغيير موضع الارتفاق ولكن لم يبين الجزء المترتب على ذلك وبذلك تطبق القواعد العامة في التعويض^(٣).

وبين البعض^(٤) ان وجود حق الارتفاق الاتفاقي على عقار مالك العقار الخادم او في مكان معين فيه لا يؤدي الى منع مالكة من مباشرة السلطات المخولة له جميعها والتي تعود عليه كمالك فيستطيع ان يقوم بجميع التصرفات والاعمال التي يستطيع ان يباشرها اي مالك في ملكه من استغلال او استعمال او تصرف, ولكن هذا الامر متوقف على ان لا تمس هذه الاعمال حق الارتفاق بحيث القيام بهذه الاعمال عن طريق تلك السلطات لا يؤدي الى الانتقاص من استعمال الارتفاق او جعله اكثر ارهاقاً على مالك العقار المرتفق.

ثانياً: حق مالك العقار المرتفق به في تغيير موضع الارتفاق:

بين القانون المدني العراقي أن من الحقوق التي يتمتع فيها مالك العقار المرتفق به الحق في تغيير موضع العقار ولكن هذا الحق ليس مطلقاً ولكن هنالك

(١) محكمة النقض المدنية المصرية, في ١٠/٥/١٩٧٧, س ٢٨, ص ١١٨٥ نقلًا عن, د. محمد حسين منصور, المصدر السابق, ص ٣١٤.

(٢) المادة (٨٩) من قانون الملكية العقارية اللبناني نصت على أنه (لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به, ان يأتي بعمل يرمي الى قصر استعمال الارتفاق او الى جعله اكثر مشقه لذلك لا يجوز له ان يغير وضعية الاماكن او يحول الارتفاق الى مكان غير المكان المعين له قديماً).

(٣) د. ادورد عيد, المصدر السابق, ص ١٦٧.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده, المصدر السابق, ص ٩٩٤.

شروط ينبغي مراعاتها من قبل مالك العقار المرتفق به لتغيير موضع حق الارتفاق^(١).

تناول البعض^(٢) تغيير موضع العقار في طائفة الالتزامات المفروضة على مالك العقار المرتفق وكذلك فعل الفقه و لا يجوز نقل او تغير موضع الارتفاق الى موضع آخر اذا كان هذا التغير من شأنه ان يزيد من فائدة العقار المرتفق ولا يمكن في الوقت ذاته ان يؤدي الى الاضرار أو الأعباء أو يكون الارتفاق مانعاً من إجراء تحسينات في العقار الخادم بالعقار الخادم وكذلك لو رجعنا الى النص نجد ان تغير موضع العقار هو من حقوق مالك العقار المخدوم ولكن هذا لا يمنع ان يطلب مالك العقار الخادم ان يطلب تغيير موضعه على الرغم من كون حق الارتفاق الاتفاقي يتصف بالديمومة مادام يتم ذلك التغيير ببقاء العقارين موجودين وليس بتغيير العقار.

ويرى البعض^(٣) ان هذه المادة جاءت لتخفيف اثار حقوق الارتفاق على مالك العقار المرتفق لكونها تسمح له بطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر ولكن في شروط ومنها ان الانتفاع بالمكان القديم او الاصلي يكون اشد ارهاقاً لمالك العقار المرتفق به وثانياً قيام مالك العقار المرتفق به بتقديم موضع آخر للارتفاق بحيث يستطيع

(١) المادة (١٢٧٨) الفقرة الأولى، من القانون المدني العراقي، نصت على أنه (ومع ذلك اذا كان موضوع الذي عين اصلاً قد اصبح من شأنه ان يزيد في عبئ الارتفاق او اصبح الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات في العقار المرتفق به، فالصاحب هذا العقار ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع اخر من العقار او الى عقار اخر يملكه هو او يملكه اجنبي اذا قبل الاجنبي بذلك متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسور لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق).

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠٧ .

نجد في القانون السوري نص مماثل حيث نصت الفقرة الثالث من المادة ٩٩٢ من القانون المدني السوري. على انه: (إنما إذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاقاً لمالك العقار المرتفق به أو كان يمنعه عن القيام بإصلاحات مفيدة، فله أن يعرض على مالك العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه، ولا يحق لهذا الأخير أن يرفض العرض).

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص ٤٧٦.

مالك العقار المرتفق ان يستعمل حقه بنفس السهولة التي كان يستعمل فيها حقها في الموضع الاصلي.

وفي رأي فقهي آخر^(١) يحق لمالك العقار الخادم ان يطلب تغيير موضع الارتفاق استثناءً في حالة اصبحت حق الارتفاق الاتفاقي في حال يمنع من اجراء تعديلات او تحسينات في العقار الخادم ويستطيع مالك العقار الخادم طلب تغييره الى موضع آخر أو الى عقار يملكه اجنبي مع الاخذ بنظر الاعتبار ان لا يؤدي هذا التغيير الى الاضرار بحقوق مالك العقار المرتفق .

ونحن نرى ان تغيير موضع العقار سواء اكان بسبب اجراء تحسينات او كان بسبب كونه مرهقاً لمالك العقار المرتفق به امر ضروري ولكن نص المشرع العراقي بإمكانية نقل حق الارتفاق الى موضع يعود لمالك اجنبي هي طريقة من طرق الانقضاء ولكن كان من الافضل ان يكون تغيير او نقل لارتفاق ضمن العقار المرتفق به فقط.

اما القانون المدني المصري فقد نص على امكانية تغيير موضع العقار^(٢) ولكن يلاحظ من نص المشرع المصري ان يطابق ما هو موجود في التشريع العراقي ومن المفهوم من النص العلة تكمن في أن مالك العقار المرتفق به لا يمكنه تغيير موضع العقار متى شاء ولكن هنالك شروط يجب الالتزام بها و على اساسها يمكن ان يطلب تغيير الموضع او النقل.

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

(٢) المادة (١٠٢٣) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري، (ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر ملكه هو أو يملكه اجنبي إذا قبل الاجنبي ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق).

ومن واجبات مالك العقار المرتفق به هي بالأصل واجبات سلبية لكون ان حق الارتفاق الاتفاقي هو سلطة مباشرة لمالك العقار المرتفق على العقار الخادم ويستطيع ان يباشر سلطته دون تدخل من مالك العقار الخادم واذا اخل مالك العقار الخادم بواجبه فإنه يجبر على التعويض وليس لمالك العقار الخادم ايضاً ان يغير موضع الارتفاق بإرادته وانما الامر يتطلب موافقة مالك العقار المرتفق لكون حق الارتفاق هو حق اتفاقي مصدره ارادي فجازت لمالك العقار المرتفق به متى ما كان الارتفاق مرهقاً او اصبح موضع الارتفاق الاصلي يؤدي الى زيادة الأعباء على الارتفاق، ومثال ذلك لو كان هنالك ارتفاق مجرى لمياه وتتطلب الامر حفر قناة لتوصيل المياه وبمرور الزمن تهالكت هذه القناة واصبحت عائقاً امام تصريف المياه من العقار المرتفق به فيطلب مالك العقار الخادم نقل مجرى المياه الى موضع آخر. وكل ذلك لا يتم الا بإجراء مفاوضات بين مالك العقار المرتفق وبين مالك العقار المرتفق به وفي حالة الرفض على تغير موضع الارتفاق يرفع الطلب الى المحكمة وهي التي تبت بالأمر ولكن يجب ان يقدم مالك العقار الخادم موضع آخر ويشترط ان يكون استعماله سهلاً وتكون تكاليف تغير موضع الارتفاق على مالك العقار الخادم^(١).

ويرى البعض^(٢) ايضاً ان حق الارتفاق يضل لفترة من الزمن كونه مرتبط بالعقار وخلال هذه المدة يتغير موضع العقار نتيجة الاستهلاك ونتيجة لذلك يتطلب الامر تغيير مكان الاستغلال وعلى ذلك يكون مالك العقار المرتفق مجبراً في تغييره لكي لا يتعطل استغلال العقار الخادم وفي حالة معارضة المالك العقار المرتفق لذلك التغير للموضع لكونه لا يصب بمصلحته فإنه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٨٤-١٣٨٥.

(٢) أطروحة دكتوراه، حقوق ارتفاق المطار-دراسة مقارنة، حسنين ضياء نوري، ٢٠١٧، ص ١٩٢.

ويجبر على التغيير عن طريق القضاء وهذه الرخصة لتغيير الموضع العقار لا تسقط بالتقادم .

ومن القرارات القضائية بهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية،(بأن حق الارتفاق طبقاً للمادة ١٠١٥ من القانون المدني هي خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الاول ويجعله مثقلاً لفائدة الثاني وهو ان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا انه يوجب عليه ان لا يمس في استعمال حقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوقه في استعماله او بنقصه او يجعله اكثر مشقة ومع ذلك فقد اجازة المادة(١٠٣٢) من القانون المدني في حالة ما اذا كان الموضوع الذي عين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد اصبح من شأنه ان يزيد في عبء الارتفاق او اصبح الارتفاق مانعاً من احداث تحسينات في العقار المرتفق به، له ان يطلب نقل موقع العقار المرتفق به الى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق في موضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً في وضعه السابق واذا خالف الحكم المطعون فيه وعلى الحق الذي يدعيه الطاعن صفة حق الارتفاق لمجرد ان يؤدي الى تعطيل مالك العقار الخادم من الانتفاع بملكه فانه يكون اخطأ في تطبيق القانون^(١).

أما قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) أشار ايضاً الى ذلك المضمون وبين أن تغيير موضع العقار من قبل مالك العقار المرتفق به يتطلب أن يكون هناك ضرورات لمثل هذا

(١) قرار رقم/٣٨٩/ طعن لسنة ٤٣ ق، جلسة، ١١/٩/١٩٧٦، نقلاً عن د.وائل محمد شحاته، المصدر السابق، ص ١٤٢.

(٢) المادة(٨٩) الفقرة الثالثة، من قانون الملكية العقارية اللبناني، نصت على أنه (بيد انه اذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد اصبح اشد ارهاقاً لصاحب العقار المرتفق به او كان يمنعه من القيام بإصلاحات مفيدة فله ان

ونرى ان ضرورات نقل موضع العقار هي حق لمالك العقار المرتفق وان يكون الارتفاق على عقاره أصبح اشد عبء عليه. فيجب ان يوفر موضع آخر لم يحدد في عقاره ام في عقار أجنبي يقبل ذلك وهذه نقطة تحتسب للمشروع اللبناني ووسع من خيارات مالك العقار المرتفق وكذلك يعتبر الكلام في صدد الموضوع اتفاق جديد بين الطرفين على تغيير موضع العقار بإرادة الطرفين، على مالك العقار المخدم القبول في عرض مالك العقار المخدم مادام استوفى الشروط السابقة ويجبر على القبول عن طريق القضاء.

واشار البعض^(١) الى ان اذا عين موضع حق الارتفاق الاتفاقي فهو بالأصل ثابت لا يتغير مثل حق الارتفاق بالمرور ولذلك يمنع مالك العقار المخدم من تغيير موضعه دون موافقة مالك العقار الخادم حتى لو لم تكن هنالك زيادة في الاعباء نتيجة التغيير فلا بد من موافقة مالك العقار الخادم وكذلك العكس بالنسبة لمالك العقار الخادم ويتبين لنا ان هذا الحق هو مزدوج لطرفين ويكون بموافقته وعند توفر الشروط التي بينهاها.

اما القانون الفرنسي في المادة (٧٠١)^(٢) فإنه بين الضوابط والشروط التي يحق من اجله طلب تغيير موضع الارتفاق وهو يتطابق من حيث الفحوى مع التشريع اللبناني ومن جانب آخر قضت محكمة النقض المدنية الفرنسية المدنية على انه (احترام الشرط المزدوج: لا يحق لمالك العقار المرتفق به ان يطلب تغيير مكان

يعرض على صاحب العقار المرتفق مكان بسهولة المكان الاول لاستعمال حقوقه ولاحق لهذا الاخير ان يرفض العرض).

(١) د. نبيل أبراهيم سعد , المصدر السابق, ص ٣١٨.

(٢) المادة (٧٠١) الفقرة الثالثة, من القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز ص ٧٥٣ والتي نصت على أنه, (ببدا انه اذا كان الارتفاق في مكانه الاصلي قد اصبح اشد ارهاقاً لمالك العقار المرتفق به أو كان يمنعه من القيام بالإصلاحات مفيدة, فله ان يعرض على مالك العقار المرتفق مكاناً اخر بذات الملائمة لاستعمال حقوقه ولاحق لهذا الاخير ان يرفض العرض).

الارتفاق الا بشرطين اولهما اذا اصبح المكان الاصلي اكثر كلفة له وثانيهما ان يكون المكان المعروض على مالك العقار الآخر اكثر ملائمة للمكان الاول لممارسة حقوقه وان قضاة الموضوع الذي يعتبرون ان الممر الجديد المقترح سيكون اكثر مشقة ويبررون رفضهم لتعديل من دون ان يكون عليهم التحقق مما اذا كان الممر الحالي قد اصبح اكثر ارهاقاً لمالك العقار المرتفق ام لا^(١).

ونرى ان رأي محكمة النقض المدنية ونص المادة (٧٠١) هي أكثر دقة من غيرها من التشريعات موضوع المقارنة في خصوص تعديل او نقل موضوع الارتفاق.

الفرع الثاني

التزامات مالك العقار المرتفق به اتفاقاً وجزاء الاخلال بها

إن لمالك العقار المرتفق به بعض الالتزامات التي تفرض عليه اتفاقاً وايضاً هنالك التزامات قانونية وإن هذه الالتزامات هي الالتزام بالامتناع عن القيام بأي عمل سواء كان سلبياً ام ايجابياً او اي شيء يؤدي اعاقا الانتفاع بحق الارتفاق الاتفاقي وسندرس هذه الالتزامات على شكل نقاط:

أولاً: الالتزام بعدم اعاقا استعمال حق الارتفاق الاتفاقي:

(١) قرار رقم/٨٣/ محكمة النقض الفرنسية/ في/٢٤/٣/أذار/مارس/١٩٩٨٢، القانون المدني الفرنسي مترجم دالوز، ص ٧٥٤.

نص القانون المدني ان العراقي فرض في نص المادة(١٢٧٨) هذه الالتزامات^(١) ومنها ما نصت عليه الفقرة الاولى منها وحسب واضح من نص القانون المدني العراقي فان مالك العقار المرتفق به يلتزم بأن يمكن مالك العقار المرتفق باستعمال حقوقه التي على عقار المرتفق به وان لا يقوم بأي عمل ممكن ان ينتقص من استعمال تلك الحقوق ومثال ذلك ان يقوم بعرقلة المرور في الموضع الذي عليه حق مرور بالقيام بوضع شيء يؤدي الى عرقلة المرور عليه^(٢) ونرى في ذات الفقرة ايضاً التزام اخر هو تغير موضع حق الارتفاق الذي تناولنا سابقاً على انه حق لمالك العقار المرتفق به ولكن يصبح التزام اذا لم يكن هنالك داعي ولا يكون هنالك ارهاق للمالك العقار الخادم في الاساس لا يجوز تعديله او نقله.

ومن واجبات مالك العقار المرتفق به ان يحافظ على موضع الارتفاق ولكن هذا الواجب يرد عليه استثناء الا اذا كان الموضع السابق لحق الارتفاق من شأنه ان يزيد الاعباء على حق الارتفاق او يعيق استعماله او يصبح مانعاً من اجراء اي تحسينات على العقار المرتفق به^(٣).

ونجد ان القانون المدني المصري قد اشار الى الالتزامات التي تقع على مالك العقار المرتفق به^(٤) والتي الزمت مالك العقار الخادم جملة من الالتزامات فلا يجوز

(١) المادة(١٢٧٨) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي والتي نصت(لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به ان يعمل شيئاً يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق او جعله اكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص ان يغير من الوضع القائم او ان يبدل الموضوع المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضوعاً اخر).

(٢) عبد الرحمن خضر, المصدر السابق, ص ٢٦٣.

(٣) د. محمد صاحب الدراجي ود. أسماء علوان, الحقوق العينية, ج ١, ب بغداد, ص ٢٢٤.

(٤) المادة(١٠٢٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (لا يجوز لمالك العقار المرتفق به في ان يعمل شيء يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق او جعله اكثر مشقة, لا يجوز له بوجه خاص ان يغير من الوضع القائم او ان يبدل بالوضع المعين اصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضوعاً اخر).

له جعل حق الارتفاق أكثر مشقة أو يغير من موضع حق الارتفاق دون ما هو مسموح له .

وكما هو واضح من نص المشرع المصري أن مالك العقار يلتزم ويمتنع عن القيام بأي عمل يمكن ان يحدث ضرراً بحقوق الارتفاق الاتفاقية سواء كان عن طريق الانتقال من استخدام او استعمال العقار المرتفق به بحيث جعله بوضع لا يمكن الانتفاع في استخدامه^(١).

وعليه ان التزامات مالك العقار المرتفق به هي الاعمال الإيجابية او السلبية التي يراد بها جعل حق الارتفاق اكثر مشقة على مالك العقار المرتفق, وليس كل ضرر الذي يلتزم مالك العقار بالتعويض عنه ب يمكن أن يكون الضرر ما يعيق استعمال حق الارتفاق الاتفاقي وعرف الضرر^(٢) (هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أو يجلب له ويكون سبب انهدامه).

ان التزامات مالك العقار المرتفق به هي فقط الالتزامات سلبية وبذلك ان مالك العقار المرتفق به غير مكلف بواجب ايجابي لكون ان الارتفاق هو سلطة مباشرة للمالك العقار المرتفق على العقار المرتفق به دون الحاجة لواسطة لاستعمال حقوقه ويطلب من مالك العقار المرتفق به الامتناع عن اي عمل ممكن ان يسبب اعاقا في الاستعمال^(٣).

ويتضح لدى الفقه ان القاعدة المتعلقة بالتزامات مالك العقار المرتفق به امر يتعلق بجوهر حقوق الارتفاق لكون حق الارتفاق من الحقوق العينية وهي سلطة

(١) د. محمد كامل مرسي , المصدر السابق, ص ٤٤٨.

(٢) المادة (١١٩٩) من مجلة الاحكام العدلية, المأخوذة من المادة ٥٩, مرشد الحيران.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ١٣٨١.

مخولة، لمالك العقار المرتفق على العقار الخادم وبقدر تعلق الامر بذلك فإن موقف مالك العقار الخادم هو موقف سلبي اي يمتنع عن القيام بأية اعمال من شأنها الاضرار بتلك الحقوق. ولا يتطلب منه موقف ايجابي مثل القيام بإصلاحات التحسينات لصالح العقار المخدوم ولذلك تم ترك الاعمال الايجابية لمالك العقار المخدوم وهي القيام بالأعمال اللازمة للاستعمال تلك الحقوق وبين الفقه ان هنالك استثناء على القيام بأعمال سلبية الملقاة على عاتق مالك العقار لا المرتفق به وهي القيام بأعمال اضافية تتطلب استعمال حقوق الارتفاق على الوجه المألوف او دفع نفقات للمحافظة على هذا الاستعمال بموجب اتفاق بين الطرفين^(١).

وان الالتزام بالامتناع يقصد به هو الامتناع عن اي عمل لصالح العقار المخدوم ويستثنى من ذلك ما يقتضيه استعمال الارتفاق على الاوجه المألوفة وقلنا يمكن ان يلتزم بالقيام بالأعمال الإيجابية سواء كان وحده او بالاشتراك مالك العقار المخدوم مثل صيانة الطرق او المجرى التي عليها حق ارتفاق اتفاقي^(٢).

وما عدا ذلك فان مالك العقار الخادم يحتفظ بجميع حقوقه والسلطات التي تخوله الملكية ما دامت الاعمال التي يقوم بها لا يكون من شأنها الانتقاص من استعمال الارتفاق او اعاقه لحق الارتفاق فحق المرور كما بينا عن ارضه لا يمنعه من تسويرها ولكن يجب ان يمنح باب في المرور في الموضع الذي عليه ارتفاق اتفاقي^(٣).

(١) د. نبيل أبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢٩٣-٢٩٤.

(٢) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٣١٢.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، المصدر السابق، ص ٣٦١.

ونجد أن قانون الملكية العقارية اللبناني أشار الى الالتزامات التي تقع على مالك العقار المرتفق به بصورة قريبة من القوانين محل المقارنة^(١) أي ان مالك العقار الخادم لا يلتزم بالقيام بإعمال ايجابية وإنما تكون اعماله سلبية محضة وهذا النص جاء على غرار النصوص في القانونين المدني العراقي والمصري ومن جانب آخر ان امر تقييد موضع الارتفاق ونقله او تعديله ليس من صلاحيات مالك العقار الخادم ولكن سنرى ان هنالك استثناء عند الاصل ولكن الاصل عدم القيام بذلك .

ويرى البعض^(٢) ان من التزامات المفروضة على مالك العقار المرتفق به هي سلبية لكون في اغلب الاحوال التي يكون الارتفاق فيها ايجابياً لكون مالك العقار المرتفق يمارس الاعمال على العقار المرتفق به بصور مباشرة كما في حق الرعي لذلك فان مالك العقار الخادم يلتزم بعدم القيام باي عمل يمكن ان يؤدي الى عدم استعمال الارتفاق بصورة صحيحة وتعرقل عليه القيام بتلك الاعمال التي من شأنها الاستغلال والامتناع لحق الارتفاق الاتفاقي، ومن جانب آخر اذا كان الارتفاق هو ارتفاق سلبي مثل الارتفاق بعدم تعلية البناء فمالك العقار المرتفق به يلتزم بعدم القيام بالأعمال التي تتعارض مع شروط حق الارتفاق وعلى ذلك أن استثناء من القاعدة أعلاه يمكن أن يلتزم مالك العقار الخادم بالالتزامات ايجابية أو واجبات وتسمى أعمال إضافية كما يجب أن تكون هذه الأعمال الايجابية الإضافية تابعة لحق الارتفاق نفسه , اذن يجب على مالك العقار المرتفق به هو الامتناع عن القيام بالإعمال التي يمكن ان تحد من استعمال حق الارتفاق الاتفاقي ويجب ان يكون الاستعمال بصورة اكثر دقة. فمثلاً لا يجوز لمالك العقار الخادم ان يبني سوراً بنفق

(١) المادة (٨٩) الفقرة الأولى، من قانون الملكية العقارية اللبناني، التي نصت (لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به ان يأتي بعمل يرمي الى قصد استعمال الارتفاق او الى جعله اكثر مشقة : لذلك لا يجوز له ان يقيد وضعه الاماكن او ان يحول الارتفاق الى مكان غير المكان المعين له قديماً).

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص ٩٩٣-٩٩٤-٩٩٥.

من عرض الطريق الذي عليه حق مرور وسلطة القاضي هي التي تحدد ما اذا كان العمل الذي قام به مالك العقار الخادم يؤدي الى مساس بحق الارتفاق ويجب على القاضي ان يراعي الملبسات والظروف ووضع الاماكن ما يتضمن سند حق الارتفاق والنسبة المفروضة على الطرفين.

اما القانون المدني الفرنسي فأشار هذه الالتزامات بصورة دقيقة انه^(١), لذا إذا قرر حق الارتفاق على العقار مرتفق به او على موضع في العقار المرتفق به معين فان هذا الحق لا يحرم مالك العقار الخادم من ملكه ولا يزال العقار الخادم وكل مواضعه ملكاً لصاحبه فكل ما يجب على مالك العقار الخادم هو عدم اعاقه استعمال حق الارتفاق وهذه الواجبات متقابلة بين مالك العقار الخادم ومالك العقار المخدم فهي التزامات مفروضة على الطرفين فحيث لا يمكن لهذا الاخير ان يجعل استعمال العقار الخادم اكثر مشقة على مالكه .

هذا ما ايدته محكمة النقض الفرنسي (حسب النص بالتزام احترام استعمال الارتفاق وتوابعه اذا كان يقود مالك حق الارتفاق بالعقار المشغل بحق المرور حق القيام بجميع الاشغال او يقيد بها مناسبة لعقاره ويحق له تسويره الا انه يتوجب عليه عدم القيام باي عمل من شأنه تقليص استعمال الارتفاق وجعله غير ملائم وان تقرير ظروف هذا الاستعمال يخضع لسلطة قضاء موضوع المصلحة^(٢)).

ثانياً: جزاء اخلال مالك العقار الخادم بالتزاماته:

(١) المادة (٧٠١) من القانون المدني الفرنسي, مترجم ,دالوز ص.٧٥٤, والتي نصت على أنه(لا يستطيع مالك العقار المرتفق به ان يقوم باي عمل يرمي الى انقاص حالات استعمال الارتفاق او جعلها اكثر مشقة وهكذا لا يجوز له ان يقيد في وضعيه الاماكن او ان يحول استعمال الارتفاق الى مكان آخر غير المكان المعين له اصلاً).

(٢) قرار رقم ٧٦٣/٧٦٣, محكمة النقض الفرنسية/ في ٢١/٣/ تشرين نوفمبر, القانون المدني الفرنسي, مترجم ,دالوز ص.٧٥٣.

بيننا سابقا ان هنالك جزاء يوقع على مالك العقار المخدم في حال الاخلال بالتزاماته وفي المقابل فان مالك العقار الخادم تقع عليه التزامات فان قام بعمل معين يودي الى الاخلال بالتزامه او تعوق في استعمال حق الارتفاق فانه يلتزم بإعادة الحال الى ما كان عليه من قبل ويلتزم ايضا بالتعويض ونرى أن الدراسات بخصوص الجزاء المترتب على إخلال مالك العقار المرتفق به كانت قليلة وبالنتيجة يقدر قاضي الموضوع اذا كان الاعمال التي قام بها مالك العقار الخادم يعتبر معيقا في استعمال الارتفاق ام لا وهو في ذلك يستند الى الظروف وملابسات التي تبين هل هنالك ضرر او اعاقا من قبل من قبل مالك العقار المرتفق به وكذلك مقدار الضرر الذي وقع به اذن الاخلال بالالتزام المفروض على مالك العقار المخدم توجب المسؤولية وهي اما ان تكون اعادة الحال الى ما كان عليه او التعويض.

وهذا ما ذهب اليه الفقه المصري بالقول انه في حالة اخلال مالك العقار المرتفق بالتزامه كان جزاؤه هو اما اعادة الحال الى ما كان عليه او التعويض^(١) وعلى ذلك يكون عن طريق القواعد الواردة في القانون المدني المصري^(٢).

وفي رأي فقهي آخر^(٣) يرى ان الجزاء التشريعي عن اعاقا استعمال حق الارتفاق الاتفاقي هو الزام بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل حصول الانتقاص او التعويض ان كان يقتضي ذلك وحسب ما هو مفهوم ان التعويض لا يطالب به الا مالك العقار المرتفق لكونه التزام شخصي يقع على عاتق الشخص الذي اخل بالتزامه اما إعادة الحال الى ما كان عليه فهو أمر يتعلق بملكية العقار في اي بلد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٨٣-١٣٨٤.

(٢) المادة (٢١٢) من القانون المدني المصري، التي نصت على أنه (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين).

(٣) د. ادورد عيد، المصدر السابق، ص ١٧٥-١٧٦.

تنقل اليه يستطيع ان يطالب به مالك العقار المرتفق به وكل ملف تنقل به ملكية العقار حتى اذا لم يكن الشخص الذي ارتكب المخالفة لكون اعادة الى ما كان عليه هو تكليف ينقل العقار.

وقد أشار البعض^(١) الى موضوع جزاء الاخلال بالتزام والذي يستوجب اعادة الحال الى ما كانت عليه وكذلك الحكم بالتعويض وكل ذلك يعود الى قاضي الموضوع في تقدير العمل الذي جاء به المالك في العقار المرتفق وهل من شأنه يؤدي الى نقصان في الاستعمال, وهذا الجزاء حسب الرأي الفقهي هو جزاء متبادل في حال اخلال اي مالك عقار سواء كان مرتفقاً او مرتفق به بالتزامه.

(١) د. عبد المنعم فرج الصده, المصدر السابق, ص ٩٨٦.

المطلب الثاني

الدعوى المخولة لمالك العقار المرتفق به اتفاقاً

أن القانون وفر الحماية اللازمة التي تضمن لمالك العقار المرتفق به حقه من خلال توفير وسائل حماية تكفل له حماية عقاره وعدم التعدي عليه، وذلك من خلال دعوى تمكنه من الدفاع عن حقه ازاء مالك العقار المرتفق، وعليه سندرس في الفرع الاول دعوى انكار حق الارتفاق وندرس في الفرع الثاني دعوى الحيابة المخولة لمالك العقار المرتفق به، ودعوى التعويض التي يقيمها مالك العقار المرتفق به وحسب الاتي:-

الفرع الاول

دعوى انكار حق الارتفاق الاتفاقي

لمالك العقار الخادم دعوى عينية وهي دعوى انكار حق الارتفاق وهذه الدعوى تقابل دعوى الاقرار التي لمالك العقار المرتفق يكون الغرض منها انكار وجود ارتفاق على عقار مالك العقار الخادم.

من خلاله يدعي مالك العقار المرتفق به ان عقاره يخلو من حق الارتفاق المدعى عليه به، او يطلب ان يعاد حق الارتفاق الى موضعه الاصلي ويكون على مالك العقار الخادم ان يثبت فقط ملكيته للعقار ولا يحتاج الى اثبات خلو عقاره من

حق الارتفاق كون الاصل بالملكية خلوها من اي تكليف^(١) وفق قاعدة الأصل البراءة حسب نص المادة (٩٦٤) من القانون المدني المصري^(٢) .

وبينت محكمة تمييز العراق في إحدى قراراتها في قرار لها احد وسائل الدفاع عن حقوق مالك العقار المرتفق به حيث بينت (انحباس العقار بسبب القسمة يقرر له حق مرور على العقارات الناتجة عن القسمة وفق المادة ١٠٥٩ الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي حيث بينت (اذا كان الحبس عن طريق عام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناءً على تصرف قانوني وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في اجزاء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الاجزاء ولا يفرض حق المرور لذلك العقار المحبوس على الطريق الخاص لجار)^(٣) .

ومن قرار المحكمة نبين ان القضاء العراقي اراد في هذا القرار بيان امر معين من خلال عدم تعسف مالك العقار المرتفق في استغلال حق الارتفاق في المرور في الاجزاء الاخرى من العقار المرتفق به وحصر استعمال هذا الحق في جزء معين دون الاجزاء الاخرى لتمكين مالك العقار الخادم من استغلال ملكه بطريقة أفضل ودون التحجج بوجود حق مرور على ارضه ليكون مانعاً من استغلال ملكه او اعاقه ذلك الاستعمال.

وأشار البعض^(٤) وعلل الآراء السابقة ولم يأت بشيء مخالف من خلال القول من ان دعوى انكار حق الارتفاق هو اثبات للملكية اي اثبات ملكية العقار المرتفق به لملكه ويكون عبء الاثبات على الطرف المدعى عليه وهذه الدعاوي ترفع

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٨٧-١٣٨٨.

(٢) المادة (٩٦٤) من القانون المدني المصري ، التي نصت على أن (من كان حائز للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس).

(٣) أنظر الى: مجلة العدالة، العدد ٢، السنة ٢، ١٩٧٦، الدار العربية لطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٤١٢.

(٤) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٤٥٢.

استناداً للمادة (٢٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني وعليه يدعي مالك العقار الخادم ان الارتفاق غير قائم على عقاره ولذلك عليه ان يثبت أولاً انه مالكاً للعقار ويكون على الطرف المقابل اثبات وجود الارتفاق على عقار المرتفق به, وان قاعدة الاصل في الملكية حرة وخالية من اي قيود وعلى من يدعي خلاف ذلك ان يثبته وهذه القاعدة هي الاساس في اثبات اي ملكية لعقار.

أما القانون المدني الفرنسي فقد اشار تلك الدعاوي من خلال الرجوع الى نص المادة (٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تعتبر الاساس في تقرير البراءة في الملكية وخلوه من اي قيود فقد نصت (لكل فرد الحق في احترام قرينة البراءة)^(١), والنص واضح من خلال يبين ان القاعدة والاساس لكل ملكية هي عدم وجود عبء او قيد عليها .

الفرع الثاني

دعاوى الحيابة المتعلقة بمالك العقار المرتفق به اتفاقياً

أولاً : دعاوى الحيابة المتعلقة بمالك العقار المرتفق به

يحق لمالك العقار الذي يدعي الغير على عقاره بارتفاق لصالحه، أن يرفع دعاوى الحيابة, ليحمي حيازته للعقار ، فيطلب منع تعرض ، أو دعوة وقف الاعمال الجديدة التي يقوم بها ويكفي لرفع تلك الدعاوى اثبات تلك الحيابة وشروطها وعلى من يدعي وجود حق ارتفاق لعقاره على عقار الغير إثبات دعواه أولاً إلا خسر دعواه وقضى لصالح الحائز وبذلك يمتنع على هذا الغير أن يكسب حق الارتفاق بالتقادم^(٢) .

(١) المادة(٩) من القانون المدني الفرنسي ,التي نصت (Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence).

(٢) د. رمضان أبو السعود, المصدر السابق, ص ٥٥٣.

اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد نظم موضوع الحيازة بشكل مفصل في مواد القانون المدني في المواد (١١٥٠) الى (١١٥٥) وبذلك ان المشرع نظم الحيازة بشكل عام ونظم بنصوص خاصة للحيازة حقوق الارتفاق بشكل موجز مشيراً اليها بالحقوق وحسب ما هو واضح لدينا لكونها جزءاً من حق متفرع من حقوق الملكية ولذلك جاء بصورة عامة فيما يتعلق بحيازة العقار. وهي تنقسم الى ثلاث انواع من الدعاوى وهي دعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة ودعوى الاسترداد وهذه الدعاوى تحتاج الى شروط عامة لإقامتها هي:

الصفة والمصلحة والاهلية^(١) وفي كل الاحوال لا يكلف الحائز الا بإثبات حيازته وهي توفر شروطها وعلى الشخص الذي يدعي الحق اي حق الارتفاق ان يثبت وجود حق ارتفاق على عقار الخادم ولا سيكون نتيجة الدعوة هي الخسارة^(٢).

أما المشرع اللبناني فقد تناول دعاوى الحيازة في المواد (٢٠) الى (٢٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتي تتعلق في دعوتين هم دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة وتكلم الفقه اللبناني عن شروطها بالإضافة الى الشروط العامة لاكتساب الملكية فهناك شروط لكل دعوى منها يجب مراعاتها عند اقامة دعاوى الحيازة فمثلاً من احد شروط دعوى الاسترداد ان تكون الحيازة المدعي قد انقضى عليها سنة قبل حصول الاعتداء ولكن الفقه اللبناني اورد استثناء بهذا الصدد فبين ان الحيازة اذا انتزعت بالقوة لا تحتاج الى مرور سنة لأقامتها لكون الدعوى

(١) ١. الصفة: سلطة التي يستطيع شخص ما التوجه بموجبه الى القضاء للمطالبة بحقوقه وتناولها المشرع العراقي بصورة ضمنية ضمن قانون صول المرافعات المدنية، وبين الفقه ان الاهلية تشمل سلطة الادعاء للمطالبة بالحقوق، مدحت المحمود. شرح قانون المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، (دون ذكر مكان وتاريخ النشر) ص ١٠، اما المصلحة فقد نضمها المشرع العراقي ضمن المواد (٣،٤،٥،٦)، من قانون اصول المرافعات المدنية في حين نظم الاهلة في المادة الثالثة منه.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٧٩.

وضعت بالأصل لحماية الحياة فغاية المدعي بالحياة لاستردادها لاستكمال بقية الشروط العامة بالملكية^(١) .

اما القانون المدني الفرنسي^(٢) الذي اوجب لكسب هذه الحقوق توفر الشروط المادية والمعنوية حيث فرق بين اكتساب تلك الحقوق عن طريق التقادم او اكتسابها بتخصيص المالك واوجب ان يكون الارتفاق مستمراً وظاهراً لإكتساب الحياة اما بقية الحقوق الارتفاقية التي تكتسب عن طريق السند فيمكن اللجوء الى اية دعوى من دعاوي الحياة لإكتسابها^(٣) .

نجد ان الفقه المصري بسط الامور بصورة اكثر وضوحاً فأوضح ان قيام مالك العقار الخادم برفع دعوى من الدعاوي الحياة فيقضى له بجميع تلك الدعاوي ولكن تكليف الحائز فيها هو واضح ووحد وهو اثبات حيازته وتوافر شروطها وعلى الشخص الذي يدعي بوجود حق ارتفاق على عقار المدعي عليه ان يثبت وجود حق الارتفاق وإلا خسر الدعوى المقامة وبالتالي يتمتع على المدعي ان يكسب حق الارتفاق ذلك بالتقادم^(٤) .

الفرع الثالث

دعوى التعويض التي يقيمها مالك العقار المرتفق به اتفاقياً

في بداية دراستنا ذكرنا انه وفي ظل التشريعات الحديثة اصبحت الملكية من الحقوق الخاصة وذات الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية ولهذا الحق اصبح مكانة

(١) د. محمد المنجي، الحياة، ط٣، منشأة المعارف، مصر -الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ١٥٢.

(٢) المواد (٢٢٢٧) من القانون المدني الفرنسي وما يليها والتي نصت (La prescription se compte par jours, et non par heures).

(٣) د. حسنية حسين حسن، المصدر السابق، ص ٤٣١-٤٣٢.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق، ص ١٣٨٩.

خاصة فبعد ان كانت الارتفاقات تعتبر قيد قانوني على الملكيات اصبحت وبعد دراستنا لحق الارتفاق على انها حق من نوع خاص يفرض بالاتفاق بين ملاك العقارات ومن شأن هذه الارتفاقات ان تحد من منفعة العقار الخادم لأجل تحقيق منفعة للعقار المخدوم وذلك ثير تساؤل هل يترتب على هذه الحقوق تعويض اذا ما ترتب عنها اضرار وماهي القواعد الخاصة بالتعويض.

ولبيان ذلك ان التعويض مكانة مهمة في تقليل الاضرار الناتجة عن انتزاع جزء من العقار المرتفق به من أجل منفعة للعقار المرتفق وهذا التعويض يكون على نوعين اما تعويض اتفاقي او تعويض قضائي ولذلك ان تعويض الارتفاقات يجب ان يكون كافياً لجبر الاضرار التي تلحق مالك العقار المرتفق به في ملكه لذلك درج الفقه والمشرعون على تطبيق القواعد العامة على حقوق الارتفاق فيما يتعلق بالتعويض.

وعليه يحق لمالك العقار المرتفق به ان يلجأ الى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به من جراء وجود حق ارتفاق اتفاقي على عقاره والتعويض يكون اما على اساس المسؤولية العقدية والتي تلعب الإرادة دوراً كبيراً فيها بوجود التزام عقدي بين الطرفين وقيام مالك العقار المرتفق بإخلال بذلك الالتزام, او عن طريق قيام المسؤولية التقصيرية وهي تنشأ نتيجة اضرار الغير بالعقار المرتفق نتيجة اهمال وعدم التبصر في الاستعمال لعقاراتهم المجاورة لمالك العقار المرتفق او نتيجة تخريب حق الارتفاق الذي يمر في جزء من ارضه , وفي كل الاحوال ان تقدير التعويض اما يكون عن طريق الاتفاق او الاستعانة بخبير وللقضاء الكلمة الفصل في ذلك.

ويرى منهم^(١) أنه يحق لمالك العقار الخادم ان يَطلب التعويض عن اي ضرر يلحق بعقاره بسبب مالك العقار المخدم, لكون هنالك عدة قيود مفروضة على مالك العقار المخدم يجب الالتزام بها ومن اهم هذه القيود ان يمتنع عن اجراء اي تغير او نقل يكون من شأنه ان يزيد من عبء الارتفاق على العقار الخادم ولقاضي الموضوع الدور الابرز في تحديد فيما اذا كان استعمال حق الارتفاق يسبب مشقة او يزيد من الأعباء العقار الخادم وكل ذلك يكون من خلال تقدير مصدر الحق والظروف المحيطة فيه والضرر الناتج عن ذلك الاستعمال.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ٧٧٢.

المبحث الثالث

انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية

بينما فيما سبق ان حقوق الارتفاق الاتفاقية هي من الحقوق العينية الاصلية وان هذه الحقوق تنقضي بهلاك محلها وبذلك يستحيل على صاحب هذا الحق المباشرة بتلك السلطات والتي تعتبر مضمون حق الارتفاق والى جانب ذلك هناك عدة اسباب تؤدي الى انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية, ومن بين ذلك ان حقوق الارتفاق يمكن أن تنشأ بالاتفاق لكونها التزاماً ملقى على الطرفين وباعتبار حق الارتفاق الاتفاقي سلطة التي يخولها القانون لشخص على شيء وهذه السلطة تنقضي بعدة اسباب اضافة الى الاسباب العامة للانقضاء اي التزام ولأجل ذلك ارتأينا تقسيم المبحث الى مطلبين نناقش فيها طرق الانقضاء لحق الارتفاق بالاتفاق والتي تنشأ بحكم القانون وفي المطلب الثاني طرق الانقضاء حق الارتفاق بحكم القانون وكما يلي:

المطلب الاول

طرق انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بالاتفاق

نصت المادة (١٢٨١) من القانون المدني العراقي^(١) على انقضاء حقوق الارتفاق بالاتفاق بين مالك العقارات المرتفعة ويتبين لنا من النصوص الواردة في متن التشريع المدني العراقي ان الحالات السابقة لانقضاء حقوق الارتفاق هي طرق

(١) المادة (١٢٨١) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (ينقضي حق الارتفاق بإنقضاء الاجل المحدد له, وبهلاك العقار المرتفق به او العقار المرتفق او كلاهما, وباجتماع عقارين في مالك واحد, الا انه في الحالة الأخيرة, اذا زالت الحالة الاجتماعية هذه زوال يستند اثره الى الماضي, فأن حق الارتفاق يعود).

الاتفاقية الانقضاء الالتزام لكون حق الارتفاق هو عبارة عن اتفاق ينتج اما عن عقد او وصية. ونص القانون المدني المصري^(١) على طرق الانقضاء الاتفاقية أيضاً.

ولكن الملكية العقارية اللبناني جاء بنص^(٢) مغاير حيث وحسب ما هو واضح اختلف المشرع اللبناني في طرق الانقضاء حقوق الارتفاق عن نظيره السابقين. وعليه تتقضي حقوق الارتفاق بطريقتين هما انعدام الفائدة واستحالة استعمال حق الارتفاق الاتفاقي^(٣) لذلك سندرس طرق انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بالاتفاق على شكل أفرع حيث سندرس في الفرع الأول انتهاء الأجل المحدد وتحقق الشرط الفاسخ وفي الفرع الثاني سندرس النزول عن حق الارتفاق وأتحد الذمة وكما يلي:

الفرع الاول

انتهاء الاجل المحدد لحق الارتفاق الاتفاقي وتحقق الشرط الفاسخ له

أولاً: انتهاء الاجل المحدد

ان حق الارتفاق الاتفاقي ينشأ عن اتفاق وهو اما العقد او الوصية ولذلك ان حق الارتفاق يملى على الطرفين حقوق والالتزامات ولتحقيق الغرض المطلوب منها لا بد من تأخذ مسارها الطبيعي اي ان تكون قابلة للتنفيذ بحيث تكون متماشية مع مبدأ حسن النية ولكون حق الارتفاق يكون مصدرها العقد^(٤) فهي تكون ملزمة

(١) المادة (١٠٢٦) من القانون المدني المصري التي نصت(تنتهي حقوق الارتفاق بإنقضاء الاجل المعين, وبهلاك العقارين هلاكاً تاماً ,و باجتماع العقارين في يد مالك واحد ,الا انه اذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع اثره الى الماضي فأن حق الارتفاق يعود).

(٢) نصت المادة(٩٠) من قانون الملكية العقارية اللبناني ونصت على أنه(يسقط حق الارتفاق بالترقين بمفعول الارتفاقات والاحكام, ويحق للقاضي ان يأمر بالترقين اذا كان الارتفاق دون جدوى او كان غير ممكن النفاذ).

(٣) د. ادورد عيد،المصدر السابق، ص١٨٥.

(٤) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي عرفت العقد(العراقي العقد: هو ارتباط الایجاب بالقبول الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

لطرفين وبالتالي عند تنفيذ ملاك لعقارات لإلتزاماتهم خلال مدة التعاقد فإن العقد ينتهي وعلى هذا الاساس اعتبر الفقه ان الانقضاء يتحقق بتنفيذ الإلتزامات التي تترتب على انشاء العقد^(١).

وحسب ما هو واضح ان القصد انتهاء الاجل المحدد حسب آراء الفقه السابقة او ان العقد الذي ينشأ الإلتزامات على الطرفين لا يكون بصورة ابدية ولا بد ان يكون هنالك وقت ينتهي به هذا الإلتزام وبغض النظر عن مصدره او طبيعته, وعلى الرغم من ان حق الارتفاق حق دائم, وهذا الدوام كما اسلفنا من طبيعته وهو يتبع حق الملكية ويدوم بدوام العقار المرتفق او المرتفق به ولكن الدوام ليس من جوهره الارتفاق فممكّن ان ينص في العقد على وقت ينقضي فيه الارتفاق بعد استعماله مدة من الزمن على الرغم من وجود العقارين إلا ان الارتفاق ينقضي بانتهاء المدة المحددة له. وهذا ما أيدته المادة (١٢٨١) من القانون المدني العراقي.

اما المشرع المصري اشار في المادة (١٠٢٦) الى نفس المعنى^(٢) وعليه تنتهي حقوق الارتفاق كأى حق آخر بين الملاك وهذا الانقضاء الذي يعتبره الفقه انه أمر نادر الوقوع^(٣). وسبب ذلك ان حق الارتفاق الاتفاقي قابل للتوقيت لكونه متفرعاً من حق الملكية فليست له صفت الدوام ولهذا يجوز تحديد طريق الانقضاء ضمن بنود العقد^(٤) أما قانون الملكية العقارية اللبناني فقد جاء في المادة (٩٠)^(٥) فقط بطرقين لطرق الانقضاء ونعتبرها من الطرق القانونية لإنقضاء الإلتزام وعلى ذلك لم

(١) د. محمود سعد الدين شريف, المصدر السابق, ص ٣٢٤.

(٢) المادة (١٠٢٦) من القانون المدني المصري والتي نصت(تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الاجل المعين)

(٣) د. حسنية حسين حسن, المصدر السابق, ص ٤٥٣.

(٤) د. توفيق حسن فرج, المصدر السابق, ص ٤٣٨.

(٥) المادة (٩٠) من قانون الملكية العقارية اللبناني , التي نصت على أنه (سقط حقوق الارتفاق بالشطب. يجري الشطب بمفعول الاتفاقات او وفقا للأحكام الصادرة من المحاكم ويحق للقاضي ان يأمر بالشطب عندما يكون حق الارتفاق غير مفيد او كان استعماله غير ممكن).

ينص قانون الملكية العقارية اللبناني لطرق الانقضاء بالاتفاق وانما نص عن الانقضاء بالترقين^(١) أي ان حق الارتفاق الاتفاقي قد يتضمن في العقد بنداً يحدد مدته ولكن هذا الامر يغلب عليه طابع الندرة في الحياة العملية ومثل هذا الامر ينتهي حق الارتفاق بانتهاء المدة المحددة له ويقصد به انقضاء حق الارتفاق عن طريق شطبه من السجل العقاري^(٢).

وايضاً جاء الفقه الفرنسي بآراء متشابهة من حيث المضمون وعبر عنه بالانقضاء بحلول لأجل وبين ان العقد قد يتضمن نصاً يحدد اجله وأيضاً ما يعتقده المشرع الفرنسي انه ايضاً نادر الوقوع لكون حق الارتفاق الاتفاقي من طبيعته حقاً دائماً ولكن ممكن ان يكون مؤقتاً ولكن هذا الامر ليس من جوهره وتكلم القانون المدني الفرنسي عن طريق الانقضاء بحلول الاجل^(٣).

وعليه عند دراستنا عن حقوق الارتفاق الاتفاقية أوضحنا ان حق الارتفاق الاتفاقي من طبيعته الديمومة الا ان هذه القاعدة ليست من مستلزمات الحق حينما بينا ان حق الارتفاق قد ينشأ عن عقد وفي هذه الحالة ليس هنالك مانعاً من ان يتفق طرفي العقد على تحديد أجل معين لانتهاء هذا الحق وهذا ما أشار اليه القانون المدني الفرنسي^(٤) , أما الارتفاقات القانونية والتي عبرنا عنها على انها قيود قانونية

(١) حيث عرف البعض الترقين (هو شطب قيد حق الارتفاق من الصحيفة العقارية) أنظر: د. محمد وحيد الدين سوار, المصدر السابق, ص ٤٧٩.

(٢) د. أدورد عيد المصدر السابق, ص ٤٥٣.

(٣) المادة (٧٠٣) من القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٧٥٥, والتي نصت على أنه (تسقط الارتفاقات عندما تصبح الاشياء بحالة لا يمكن معها استعمالها).

(٤) المادة (٦٨٦) من القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٧٤٥, والتي نصت على أنه (يحق للمالكين ان ينشئوا على عقاراتهم او لصالحها الارتفاقات التي يرتئونها....وينظم استعمال الارتفاقات المنشأة على هذا النحو ومداهما بموجب سند انشائها).

فإنها تنتهي بإنهاء سببها وهذا ما أيدته المادة (١٠٥٩) من القانون المدني العراقي (١) وأشار الى تلك المادة (٦٨٥) مدني فرنسي الفقرة الاولى منه، والمادة (٨١٢) مدني مصري الفقرة الاولى منه.

ثانياً: تحقق الشرط الفاسخ

قد يكون حق الارتفاق الاتفاقي نشأ عن طريق شرط فاسخ وليس هنالك مانعاً قانونياً من انشاء حق الارتفاق عن طريق الشرط الفاسخ وذلك تطبيقاً للقواعد العامة ولكن لا يكون لزواله إثر رجعي لكون طبيعة الاشياء من غير الممكن او تستعصي ان تكون المدة التي بقي فيها حق الارتفاق قائماً من قبل تحقق الشرط او اعتبار هذه المدة كأنها غير موجودة.

وعليه ممكن ان ينتهي حق الارتفاق الاتفاقي بفسخ الحق المقرر على العقار الخادم او الإلغاء لأي سبب من سباب الفسخ اي اعتبار سند ملكيته لم يوجد في البدء وعليه يجب تطبيق قواعد القانون المدني والتي تقتضي على ان من أنشأ الارتفاق وقرره يكون غير مالك العقار الخادم بأثر رجعي وبالنتيجة يزول الارتفاق مع زوال ملكية العقار الخادم عن الذي قرر الارتفاق الذي فسخ ملكيته له، وعالج القانون المدني العراقي هذا الموضوع تحت عنوان طرق الانقضاء الخاصة وهي الطرق التي تنقضي باتفاق الارادتين على انها الالتزام.

(١) المادة (١٠٥٩) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي، التي نصت على أنه (مالك الارض المحبوسة عن طريق عام، او التي لا يصلها بهذا بطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقه باهظه او مشقه كبيره، له حق المرور بالأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المناسب وذلك مقابل اجر سنوي يدفعه مقدماً على الا يستعمل هذا الحق الا في العقار الذي يكون المرور فيه اخف ضرراً وفي موضع منه يكلف العقار اقل عبئ ممكن).

ويرى منهم^(١) انه قد يتفق الطرفان على اقرار حق مرعى على العقار الخادم وان ترعى فيه الحيوانات الموجودة في العقار المخدم في العقار الخادم وقد يتفق فيه الطرفان على انتهاء حق الارتفاق اذا ما قسم هذ العقار الخادم الى قطعاً للبناء او لإنشاء البنيات او اذا اراد المالك استغلاله لإنشاء البساتين وفي هذه الحالة ينقض حق الارتفاق بتحقيق الشرط الفاسخ وفي هذه الحالة لا يمكن الاخذ بفكرة الاثر الرجعي لكون حق الارتفاق انشأ حالة مستمرة لا يمكن ان تزول بأثر رجعي .

بالرجوع الى القواعد العامة في التشريع المدني العراقي نجد انه أشار في المادة (٢٨٩) الى ما يؤيد ذلك الحق^(٢), اذن الشرط الفاسخ يوجد في العقود الملزمة لطرفين وهذه دلالة على ان حق الارتفاق الذي ينشأ عن عقد ممكن ان يحتوي على شرط فاسخ هذا من جانب, ومن جانب آخر يرى البعض^(٣) أن اذا فسخت ملكية العقار الخادم الذي أنشأ حق الارتفاق زال حق الارتفاق, فيعد من قرره غير مالك بأثر رجعي, اما اذا فسخت ملكية العقار المخدم فلا يزول حق الارتفاق وذلك لان اشتراط المالك حق الارتفاق لمصلحة عقاره, لكون يعد من عمال الإدارة الحسنة والتي لا تزول بفسخ ملكية ماله وبالتالي ويبقى حق الارتفاق الاتفاقي تابعاً للعقار ويستفيد من انتقل اليه العقار ذلك بعد الفسخ.

ان تطبيق الالتزام على شرط معين بحيث يترتب هذا الشرط على امر مستقبل الوقوع فالشرط الفاسخ هو امر غير محقق الوقوع ولكن قد يقع مستقبلاً ويترتب

(١) د. حسن علي ذنون, المصدر السابق, ص ٤٢١.

(٢) المادة (٢٨٩) من القانون المدني العراقي, والتي نصت على أن (العقد المعلق على شرط فاسخ قد يكون نافذاً غير لازم فإذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه وان استحاله رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد).

(٣) أنظر: رسالة ماجستير, الأحكام القانونية لحق الارتفاق في التشريع الجزائري, عيادي منير و قدور الأخضر, ٢٠١٧, ص ٥٦.

على وقوعه مستقبلاً أما وجود لالتزام او زواله فإذا كان وجود الالتزام هو امر مترتب على الوقوع كان شرطاً واقفاً واما اذا كان الالتزام موجود ولكن الزوال هو المترتب على وقوع الشرط كان شرطاً فاسخاً^(١).

ويرى منهم^(٢) اخذ الشرط الملغى كوسيلة لإنقضاء حق الارتفاق الاتفاقي إذ بين الفقه ان حق الارتفاق حق يكون موقوفاً او معلقاً على شرط ملغى (فاسخ) ومن امثلة ذلك ان يكون الارتفاق بالمرور بركوب السيارة متوقفاً على بقاء البناء في العقار الخادم فإذا تحقق الشرط هو زوال البناء في العقار الخادم فإنه بالتأكيد يزول حق الارتفاق. وأشار قانون الموجبات والعقود اللبناني الى ذلك^(٣).

وهنا علينا ان نبين ان العقد عند توفر اسباب الفسخ التي توضحها القواعد العامة او تحقق الشرط الفاسخ المعلق العقد عليه ففي العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر ان يطالب بالتقيد او يطلب الفسخ، وان الفسخ لا يقع الا بحكم المحكمة متى توافرت شروطه.

ويرى البعض^(٤)، أن يكون حق الارتفاق الاتفاقي معلقاً على شرط فاسخ فإن حق الارتفاق الاتفاقي يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز اقترانه بأجل، ويجب تطبيق القواعد العامة ومتى تحقق الشرط الفاسخ زال حق الارتفاق الاتفاقي وكأنه لم يكن،

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ط٣، ١٩٨٣، ص ١١.

(٢) د. أدورد عيد، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٣) المادة (٢٣٩) من قانون الموجبات والعقود اللبناني اشارة الى الشرط الفاسخ (الملغى) حيث نصت (ان الغاء العقد يحدث ام بسبب شرط الالغاء مدرج فيه او بمقتضى مشيئة مضمونة عند المتعاقدين...) ونصت المادة (٢٤٠) منه على ان (ان تحقق شرط الالغاء يحل العقد حلاً رجعي وفقاً لإحكام المادة (٩٩) فيما خلا الاعمال الادارية فأنها تبقى صالحة قائمة...).

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٤٠٣.

ولكن لا يكون لزواله اثرًا أن تمحى المدة التي بقي فيها حق الارتفاق قائماً قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن.

ويرى منهم^(١)، إذا كان حق الارتفاق الاتفاقي معلقاً على شرط فاسخ فعند تحقق الشرط يزول حق الارتفاق بدون اثر رجعي لكون طبيعة الامور تأبى ان تمحو المدة التي يبقى فيها حق الارتفاق قائماً اما اذا فسخت ملكة مالك العقار الخادم الذي انشأ حق الارتفاق الاتفاقي فان حق الارتفاق يزول لكون من اقره اصبح غير مالك للعقار الخادم وبأثر رجعي ام اذا كان العكس وهي فسخ ملكية العقار المخدم فان حق الارتفاق الاتفاقي لا يزول لكون اشتراط مالك العقار المرتفق لحق الارتفاق لصالح عقاره يعد من اعمال الإدارة الحسنة التي لا تزول بالفسخ وبالتالي يمكن ان يستفيد منه من انتقل اليه العقار المرتفق بعد الفسخ.

أن تناول موضوع الشرط الفاسخ مع الفسخ الملكية ضمن موضوع إنقضاء حق الارتفاق الاتفاقي أمر فيه قد يعتقد في ذهن البعض أنه أمر متشابه ولكن في الحقيقة ذلك ان تناول موضوع الفسخ يختلف عن الشرط الفاسخ من باب ان الفسخ هو عبارة عن إثر لعدم قيام أحد الاطراف المتعاقدة في تنفيذ الالتزامات في العقود الملزمة للطرفين والفسخ تعتبر من الامور التي تحدث بصورة متكررة في مجال العقود ووسيلة الانهاء العقد. ويختلف الفقهاء حول اساس الفسخ ففي بعض الاحول يسندونه الى شرط فاسخ ضمني دون الاخذ بنظر الاعتبار ان الفسخ يترتب بقوة القانون ودون الحاجة الى القضاء وفي بعض الاحيان يسندونه الى فكرة السببية

(١) د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ص ٤٣١.

بالقول ان عدم الوفاء من احد المتعاقدين يجعل الالتزام دون سبب وبذلك يتجاهلون ان السبب هو احد اركان العقد الاساسية ولا يزول الا بزوال الظروف اللاحقة له^(١).

الفرع الثاني

النزول عن حق الارتفاق الاتفاقي واتحاد الذمة

أولاً: النزول عن حق الارتفاق الاتفاقي.

ان فكرة النزول عن حق الارتفاق الاتفاقي كوسيلة لانقضائه لم ترد في القانون المدني وبالتالي نكتفي بالرجوع الى القواعد العامة فمن المتفق عليه فقهاً ان يجوز لمالك العقار المخدوم ان يتنازل عن الارتفاق المقرر لعقاره ودون الحاجة لقبول مالك العقار الخادم، لكون التنازل يتم بإرادة منفردة ولكن يجب ان يلاحظ ان التنازل لا يسري بحق الغير الا من تاريخ تسجيله في السجل العقاري.

ويرى منهم^(٢) ان التنازل قد يكون ضمناً وقد يكون صريحاً حيث ان التنازل الضمني يستخلص من الوقائع تثبت فيها هذا النزول فيعتبر النزول ضمناً ان يشهد مالك العقار المرتفق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به وقد ورد في شروط عقد البيع ان العقار المرتفق به خالاً من اي حق ارتفاق ودون ان يبدي مالك العقار المرتفق اي تحفظ .

وعليه نجد ان اغلب الآراء الفقهية جوزت التنازل متى ما توفرت شروط الاهلية ومن جانب آخر لا يتطلب الامر موافقة مالك العقار المرتفق وعليه نجد أن المشرع المدني لم يشر الى ذلك صراحة وعدم التوسع في الاحالة الى القواعد العامة لكونه

(١) د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط ١، مطبعة الخنساء، بلا مكان طبع، بلا سنة نشر، ص ١٣٦-١٣٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٤٠٤.

يترك صعوبة في التطبيق او التفسير وكان الأجدر من المشرع العراقي ان يصيغ المادة (١٢٨٤) بالصورة التالية... ينقضي حق الارتفاق بالتنازل من قبل مالك العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق او الغير.

ويربط البعض^(١) من ان فكرة التنازل لصيقة لفكرة التحرر من حق الارتفاق من خلال الكلام عنهما في سياق واحد فيرى البعض ان تنازل مالك العقار المرتفق عن حقه او تغير موضع حق الارتفاق بحيث تكون في حالة لا يمكن معها استعمال حق الارتفاق^(٢) ومن جانب آخر ان عدم تناول المشرع المدني لحالة التنازل كوسيلة لانقضاء حق الارتفاق يدفعنا للعودة الى قانون التسجيل العقاري الذي تتطلب واشترطه لتسجيل التنازل يجب ان تسجيله في السجل العقاري.

أما القانون المدني المصري تناول مسألة التنازل بذات الطريقة التي تناولها المشرع العراقي وعليه لم ينص المشرع المدني المصري عن التنازل كطريقة او وسيلة لانقضاء حقوق الارتفاق وايضاً ترك الامر للقواعد العامة وبين الفقه ذلك, من خلال قوله ان لمالك العقار المرتفق ان يتنازل عن حقه ويترتب هذا مجرد علم مالك العقار الخادم ولكن لا يسري بحق الغير بالتسجيل^(٣) , وما يؤيد اتجاه الفقه المصري قرار محكمة النقض المصرية في قرار لها بينت ان(متى استخلصت محكمة الموضوع

(١) المادة (٢٤٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ والتي نصت على أن (يسجل انقضاء حق الارتفاق في الحالات الآتية : ١- عند انتهاء الاجل المحدد. ٢ - اتحاد ملكية العقار المرتفق والعقار المرتفق به. ٣ - تنازل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق لمالك العقار المرتفق به بعوض او بدون عوض. ٤ - اذا افرز العقار المرتفق الى قطع سكنية وزالت الفائدة من استعمال حق الارتفاق زوالاً كلياً - هلاك احد العقارين بحيث يستحيل معه استعمال الحق حقيقة او حكماً كما لو تأكل العقار بمياه النهر ان نزع ملكيته للمنفعة العامة. ٦ - بحكم قضائي حائز درجة البتات او قرار قانوني له قوة الحكم).

(٢) د. محمد علي صاحب ود. أسماء صبر علوان، المصدر السابق، ص ٢٧٧.

(٣) قرار رقم ١٥/نقض مدنية/في/٨٢/مايو/١٩٦٤/مجموعة احكام النقض، نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٤٠٤.

التنازل الضمني استخلاصاً سائغاً من مقدمات تؤدي الى نتيجة التي انتهت اليها فلا معقب عليها في ذلك لتعلقها بتقدير موضوعي من سلطتها المطلقة).

وغالباً ما يتم التنازل عن حق الارتفاق الاتفاقي بإرادة مالك العقار المخدم ودون الحاجة الى قبول مالك العقار الخادم ولكن من الممكن ان يكون التنازل يحصل باتفاق ارادتين حينما يريد مالك العقار الخادم ان يتخلص من عبء الارتفاق ويكون التنازل بعوض وفق قانون تنظيم الشهر العقاري استناداً الى نص المادة (٩) منه^(١) ويجب ان نوضح ان تنازل عن حقا الارتفاق الاتفاقي قد يشمل جزءاً منه وقد يكون التنازل كلي وفي حالة التنازل الجزئي فهو يقصد به انتهاء جزء من الارتفاق على عقار مالك العقار المرتفق به وبقاء الاجزاء الاخرى محملة بحق ارتفاق اما في حالة التنازل الكلي فأن حق الارتفاق ينتهي بصورة كلية ويزول عن ملكية مالك العقار المرتفق به.

اما في القانون المدني العراقي لم نجد نصاً صريحاً يشير الى التنازل اما الآراء الفقهية بهذا الموضوع فهي تشير ان لصاحب حق الارتفاق ان يتنازل عن حقه في الارتفاق سواء كان ذلك بصورة ضمنية ام صريحة ومن غير الحاجة الى قبول مالك العقار الخادم، ولكنه اشترط ان تتوفر فيه الاهلية لهذا التصرف^(٢) ونحن نتفق مع الآراء الفقهية السابقة وناكد ان التنازل هو تصرف ارادي يحتاج الى

(١) المادة(٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والتي نصت على أن(على ان جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او نقله او تغييره او زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة شيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ولا تكون التصرفات غير المسجلة من اثر سوى الالتزامات شخصية بين ذوي الشأن...).

(٢) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٤٥٦.

أهلية كاملة وإن تكون غير مشوبة بعيوب الإرادة وقواعد الأهلية لتصرف يرجع فيها الى القواعد العامة في القانون المدني.

أن الملكية العقارية اللبنانية بين أن حقوق الارتفاق لا تنقضي إلا بالترقين أي الشطب من السجل العقاري سواء أكان تنازل أو فسخ أو غيرها من طرق الانقضاء لابد من ترقيتها^(١).

ويرى البعض^(٢) أن الفقه الفرنسي يرى أن حقوق الارتفاق جميعها تقبل التنازل وبغض النظر إذا كانت قانونية أم اتفاقية ولذلك أن المشرع الفرنسي لم يشر التنازل عن حقوق الارتفاق صراحةً وبذلك ترك أم التنازل الى القواعد العامة.

ثانياً: اتحاد الذمة

سبق أن درسنا في بداية بحثنا أن حق الارتفاق الاتفاقي ينشأ عن طريق وجود عقارين مملوكين لأشخاص مختلفين وهذه واحدة من خصائص حق الارتفاق ولكن هذه الخصيصة إذا انتفت نكون أمام حالة من حالات الانقضاء وذلك من خلال قيام مالك العقار المرتفق أو المرتفق به بامتلاك العقارين لنفسه وفي هذه الحالة ينقض حق الارتفاق الاتفاقي وذلك لتخلف شرط من شروط نشوء الارتفاق الاتفاقي.

وأشار البعض^(٣) الى ذلك الى أن اجتماع عقارين في يد مالك واحد يؤدي الى انقضاء حق الارتفاق فلو اشترى مالك العقار الخادم العقار المخدم أو العكس

(١) المادة (١١) من إنشاء السجل العقاري للأحكام اللبناني رقم ١٨٨ لسنة ١٩٦٢ النافذ والتي نصت على أن (الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بأحداث حق عيني أو نقله أو اعلانه أو تعديله أو ابطاله لا تكون نافذة بين العاقد إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل المدعاة فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم).

(٢) بلانيول ف ٣٧٨٦ نقلاً عن: د. حسن علي دنون، المصدر السابق، ص ٤٢٠.

(٣) د. محمد علي صاحب ود. أسماء علوان، المصدر السابق، ص ٢٢٦.

فأن حق الارتفاق يزول وإذا زالت حالة الاجتماع فإنه يزول الى الماضي، ولتوضيح الرأي السابق ان اتحاد الذمة هو في حقيقة الامر تصرف ارادي ولذلك صنفناها في سياق البحث من طرق الانقضاء الاتفاقية.

في حين ان القانون المدني العراقي اشار الى هذه الطريقة ضمن احكام المادة (١٢٧١) عندما تكلم عن خصائص حقوق الارتفاق وهذا دليل واضح على ان من خصائص حق الارتفاق اختلاف ملاكه وعاد المشرع العراقي في المادة (١٢٨١) مرة اخرى ليؤكد على هذه الطريقة كوسيلة لإنقضاء حق الارتفاق بالاتفاق في حالة اجتماع العقارية في ملكة في يد مالك واحد.

وبين البعض^(١) ان العودة بالأثر الى الماضي هو اثر كامن ثم ينشط في حالة العودة ولكن يشترط لعودة الارتفاق الاتفاقي عودة ملاكه الاصليين ومن مفهوم المخالفة ان العودة الى مالك جديد فلا نكون امام لارتفاق جديد.

ولبيان الرأي السابق فالمقصود من ان اتحاد الذمة سبب لزوال حقوق الارتفاق في حالة قيام مالك العقار المرتفق بشراء العقار المرتفق به او العكس وبهذا ينقضي حق الارتفاق ولكن الفقه اشترط ان الارتفاق ينقضي ولا يعود الارتفاق الاصلي لا بعودة العقارات لملاكها الاصليين الذين انشأوا حق الارتفاق اما في حالة زوال اتحاد الذمة بأي من اسباب الزوال بالبيع فاذا اشترى المالك القديم العقار ذاته فإن الارتفاق القديم يعود لذات العقار وبذات النطاق اما اذا اشترى العقار المرتفق به او العقار المرتفق شخص جديد غير المالك الاصلي فإن الارتفاق لا يعود الى وضعه ونجد مضمون عقد جديد وهنا نحتاج الى اتفاق جديد لإنشاء حق ارتفاق.

(١) د. حسن علي ذنون، المصدر السابق، ص ٤٠٩.

ونجد ان المشرع المصري اشار الى موضوع اتحاد الذمة في نص المادة (١٠٢٦) في القانون المدني المصري^(١), واوضح البعض^(٢) أن المراد في اجتماع عقارين في يد مالك واحد هو انتقال ملكية العقارين في يد مالك واحد هو احد الاغيار سواء كان صاحب العقار الخادم او العقار المخدوم وينطوي على نفس معنى الانقضاء بالتخلي لكونه يأتي ضمن سياق الانقضاء باتحاد الذمة وانه في حالة الزوال يرجع الى الماضي فإن الارتفاق الاتفاقي يرجع لنفس الاوضاع المعينة له سابقاً ويبين ان المقصود بالزوال الى الماضي أن يعود ملاك العقارين الاصلين له قبل حالة الاجتماع .

ونرى ان اتحاد الذمة يختلف عن التنازل في كون ان اتحاد الذمة هو انتقال ملكية العقارين في مالك واحد سواء كان مالك العقار الخادم او المخدوم في حين ان التخلي هو قيام مالك العقار المرتفق بالتخلي عن حقه بالارتفاق لمالك العقار المرتفق به وبذلك نختلف عن الرأي الفقهي السابق.

واتحاد الذمة يتم بأي سبب من اسباب اكتساب الملكية كالميراث والوصية والعقد لكن الميراث يخرج من طرق الانقضاء الارادي لانقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية لكونه ينتهي بقوة القانون , ولكن الجانب الآخر من طرق الاكتساب مثل العقد والوصية يكون ارادياً^(٣) وعلل اتحاد الذمة كونه يؤدي الى انقضاء حقوق

(١) المادة (١٠٢٦) من القانون المدني المصري نصت على أن (تنتهي حقوق الارتفاق باجتماع عقارين في يد مالك واحد الا انه اذا زالت حالت الاجتماع هذه زوال يرجع اثره الى الماضي فان حق الارتفاق يعود).

(٢) د. برهام محمد عطا الله, المصدر السابق, ص ٢٨٤.

(٣) د. عبد الزاق السنهوري, المصدر السابق, ص ١٣٩٢-١٣٩٣.

الارتفاق يكون حق الارتفاق يفقد عنصراً جوهرياً فيه وعلى ذلك الاساس ينتهي حق الارتفاق ويعود اذا زال السبب مثال ذلك بطلان الوصية^(١) .

وأن قانون الملكية العقارية اللبناني عالج موضوع اتحاد الذمة عندما اشار قانون الملكية العقارية اللبناني الى المادة(٥٦) عندما تكلم عن خصائص حق الارتفاق الاتفاقي^(٢) وعلى ذلك الاساس عالج الفقه اللبناني مسألة اتحاد الذمة كطريق لانقضاء حق الارتفاق اما المشرع ذاته لم يشر صراحةً الى ذلك وهذا الامر مستخلص من مواد الخاصة بالارتفاق في قانون الموجبات والعقود.

حيث بين البعض^(٣) ان النص جاء بهذا التعريف للدلالة على انه في حالة ان حق الارتفاق الاتفاقي نتج عن قيام عقارين يملكهما جاران مختلفان فإن حق الارتفاق الاتفاقي ينشأ عنه حقوق وواجبات فلو كان العقارين بيد مالك واحد فلا نكون امام حق ارتفاق اتفاقي.

اما القانون المدني الفرنسي فقد بين ان حق الارتفاق ينتهي اذا اجتمع العقارين في يد مالك واحد حسب ما انصت عليه المادة(٧٠٥)^(٤), وهذه المادة اشارة صريحة الى ان الارتفاق ينقضي باتحاد الذمة. وعليه يتبين ان هنالك أمرين ينشأن عند اتحاد الذمة:

(١) غازي أبوعرابي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية-دراسة مقارنة، ط١، دار وائل لنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٦.

(٢) المادة(٥٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني، نصت على أن(هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار يملكه شخص غير المالك الاول...).

(٣) د. سامي بديع منصور ود. مروان كويكبي، المصدر السابق، ص٤٥٥.

(٤) المادة(٧٠٥) من القانون المدني الفرنسي، مترجم، دالوز، ص٧٥٥. نصت على أن (يسقط الارتفاق عندما يجتمع العقار المترتب لصالحه والعقار المترتب عليه هذا الارتفاق في نفس المالك) .

١- إذا كان الاتحاد بأثر رجعي: مثل ان يشتري مالك العقار الخادم العقار المخدم
ثم يفسخ الاتفاق او العقد فيكون ذلك الفسخ بأثر رجعي^(١) .

٢- إذا كان زوال الاتحاد لا يؤدي الى اثر رجعي مثل ان يشتري مالك العقار
المرتفق به ثم باعه الى الغير فأن حق الارتفاق لا يعود^(٢) .

المطلب الثاني

إنقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بحكم القانون

ينتهي حق الارتفاق الاتفاقي بحكم او بقوة القانون ومن دون الحاجة الى تدخل الإرادة فيه وعالج الفقه والتشريع هذا الامر ضمن تقسيمات عديدة ومنهم من اعتبرها طرق عام لانقضاء حقوق الارتفاق للإشارة الى ان هذه الطريقة هي طريق عام ينقضي به اغلب الالتزامات ولكن عالجناها ضمن اطار الانقضاء بحكم القانون لكون هذه الالتزامات ارادية ناشئة عن وجود ارادتين ولذلك وجب علينا ان نبين مدى الصلاحية التي تتمتع بها الارادة في اطار القانون لإنهاء حق الارتفاق وندرس الآراء الفقهية في انهاء حقوق الارتفاق او زوالها بحكم القانون حيث سندرس في الفرع الاول انقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بهلاك العقار والتقادم, وفي الفرع الثاني ندرس استحالة استعمال حق الارتفاق الاتفاقي و زوال الفائدة من حق الارتفاق الاتفاقي وحسب الاتي:

(١) د. سالم الدحود, المصدر السابق, ص ٤٥٦.

(٢) د. محمد كامل مرسي, الأموال, ط ٢, مطبعة فتح الله ألياس, مصر, ١٩٣٧, ص ٢٩٢.

الفرع الأول

إنقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بهلاك العقار والتقدم

ندرس في هذا الفرع بدايةً انقضاء حق الارتفاق بهلاك العقار لكونه من طرق الانقضاء المهمة والتي ثار حولها الجدل فيما يخص هل الهلاك هنا المقصود به الهلاك المادي أما الهلاك القانوني ولمعرفة ذلك سندرس هذا الفرع حسب الآتي:

أولاً: إنقضاء حقوق الارتفاق الاتفاقية بهلاك العقار

درسنا في بداية بحثنا ماهية العقارات التي يمكن ان تكون محلاً لحق الارتفاق وفي هذا الاتجاه نبين أن حق الارتفاق يزول بزوال محله وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي^(١).

وبين البعض^(٢) هذا الخصوص فأعتبر الهلاك هو ان يكون استعمال العقار المرتفق به غير ممكناً ومن جانب آخر اعتبر الهلاك المادي من الامور النادرة الوقوع في الحياة العملية مثل هلاك العقار نتيجة جريان المياه مثل فيضان النهر ولكن فسر قصد المشرع بالهلاك هو الهلاك الذي يؤدي الى زوال حق الارتفاق الاتفاقي وقد يكون الهلاك القانوني مثل نزع الملكية للمنفعة العامة .

واتجه رأي آخر^(٣) الى نفس الاتجاه حيث بين ان حق الارتفاق الاتفاقي ينقضي بهلاك العقار المرتفق به وبهلاك محله بصورة تامة واعتبر ان نزع الملكية

(١) المادة (١٢٨١) من القانون المدني العراقي نصت على أن (ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد وبهلاك العقار المرتفق به او العقار المرتفق او كلاهما).

(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٣٦.

(٣) د. سعيد كريم مبارك، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

للمنفعة العامة هو هلاك للعقار المرتفق به مع امكانية ان يتقاضى مالك العقار المرتفق تعويضاً عن حق الارتفاق الذي له.

ونحن نعتبر ان المقصود بالهلاك هو الهلاك المادي او القانوني بحيث يؤدي الى استحالة الانتفاع بالارتفاق لزوال محله سواء اكان الزوال مادي ام قانوني، اما التعويض في يرجع في تحديده وتقديرها الى احكام التعويض الواردة في القواعد العامة.

ونجد القانون المدني المصري على نص مماثل^(١) , على احكام انقضاء الارتفاق بالهلاك العقار حيث نص فيه ويتضح لدينا من هذه المادة انه جاء بصورة عامة فلم يوضح هل ان الهلاك للعقار سواء كان مرتفقاً او مرتفقاً به هلاك قانوني او هلاك مادي ولتفسير ذلك بين الفقه ان المقصود بالهلاك هو الهلاك بمفهومه العام فاعتبر البعض^(٢) ان اتحاد الذمة هو هلاك مادي لكون لارتفاق ينتهي بزوال المحل ومن جانب آخر اكدوا على ان حق الارتفاق ينقضي بنزع الملكية للمنفعة العامة .

بينما اعتبر جانب من الفقه^(٣) ان المقصود بالهلاك هو الهلاك القانوني لكون لو نزع ملكية العقار الخادم للمنفعة العامة فإن حق الارتفاق يزول عن العقار بشرط ان لا يكون وجوده يتعارض مع تخصيص العقار للمنفعة العامة.

ونحن مع الرأي السابق لكون ان المشرع المصري جاء بصيغة عامة دون تحديد لنوع الهلاك وبذلك توسيع معنى الهلاك ويدخل في اطاره الهلاك القانوني

(١) المادة (١٠١٦) من القانون المدني المصري نصت على أن (تنتهي حقوق الارتفاق . بهلاك العقار المرتفق به او العقار المرتفق هلاكاً عاماً).

(٢) د. رمضان أبو السعود, المصدر السابق, ص ٤٢٨.

(٣) د. عبد المنعم البدر اوي, المصدر السابق, ص ٣٧٠.

والهلاك المادي. ولما كان حق الارتفاق الاتفاقي يتطلب لوجوده ثلاث عناصر هي العقار الخادم والعقار المخدم والفائدة للعقار المخدم فتخلف احد عناصره فالارتفاق يزول ويجب ان يكون الهلاك تاماً سواء كان هلاك قانونياً او هلاكاً مادياً والهلاك الجزئي لا يؤدي الى زوال الارتفاق ولا يتصور الهلاك التام الا في المباني مثل الانهدام^(١).

وعلى هذا الفقه المصري^(٢) على انه في حالة زوال المحل زوال قانونياً او مادياً ينقضي حق الارتفاق في حال عودة المحل للوجود مثل البناء فأن حق الارتفاق يعود طالما لم ينقضي حق الارتفاق بعدم الاستعمال وعلى ذلك نجد ان اغلب الآراء الفقهية تتفق في ما بينها على ان الهلاك المقصود به هو الهلاك المادي او القانوني.

اما قانون الملكية العقارية اللبناني لم ينص على انتهاء الارتفاق بالهلاك سواء اكان العقار المرتفق ام العقار المرتفق به ولكن ذلك لا يعني ان حق الارتفاق لا يزول بالهلاك وذلك بالرجوع الى القواعد العامة مستندين في ذلك الى قانون الملكية العقارية ويرى البعض من ان الهلاك هو الهلاك هو انهزام البناء بصورة كلية وعليه فأن حق الارتفاق يزول بزوال محله وفي حالة عودة البناء يعاد حق الارتفاق الاتفاقي^(٣), ونحن نرى ان في حالة عودة البناء لماله الاصل فأن حق الارتفاق القديم يعود اما في حالة البناء لمالك جديد فنكون امام ارتفاق جديد وب نطاق جديد.

اما القانون المدني الفرنسي لم يأت بنص صريح يبين ان هلاك العقار المرتفق به يؤدي الى زوال الارتفاق على خلاف المشرع العراقي والمصري الذي

(١) د. عبد القادر محمد شهاب ود. محمد بن عبد القادر محمد، المصدر السابق، ص ٢٤٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٩٠.

(٣) د. أدورد عيد، المصدر السابق، ص ١٨٧.

اشار الى ذلك صراحة ولكن القانون المدني الفرنسي بين ذلك ضمناً^(١). ويفهم منه بصورة عامة اذا كان الارتفاق بالمرور قد زال محله فأن حق الارتفاق الاتفاقي يزول بزوال المحل وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية حيث بين أن لا يمكن لمالك العقار المرتفق به التذرع بعدم امكانية مالك العقار المرتفق استعمال ارتفاق المرور في حين ان العقار الذي يمارس عليها هذا الارتفاق اصبح غير صالح للاستعمال نتيجة تصرفاته غير المشروعة^(٢).

ثانياً: مرور الزمن على عدم الاستعمال (التقادم المسقط)

يعد مرور الزمن من اهم اسباب زوال حقوق الارتفاق الاتفاقية بعدم الاستعمال وان القانون المدني العراقي حدد المدة اللازمة لزوال حقوق الارتفاق بعدم استعمال وبداية بحثنا تناولنا اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم ونعني بالتقادم المكسب لحق الارتفاق الاتفاقي والتي تعتبر مصدر من مصادر حقوق الارتفاق ويكتسب حق الارتفاق بيها بالاستعمال لمدة من الزمن بدون معارضة من مالك العقار المرتفق به.

أشار القانون المدني العراقي في المواد الخاص بحقوق الارتفاق الاتفاقية الى التقادم المسقط^(٣), حيث بين البعض ان حق الارتفاق ينقضي بعدم لاستعمال (١٥) سنة اذا كانت المنفعة مقررة لعين مملوكة واما اذا كانت العين موقوفة فأن حق الارتفاق ينقضي لمدة (٣٦) سنة, ويعتبر ان الارتفاق ينقضي بجميع انواعها سواء كانت ارتفاقات ظاهرة ام مخفية اذا ترك استعمالها مدة خمس عشرة سنة متوالية اذا كانت الارض مفوضة او مملوكة او ممنوحة باللزمة واذا كانت موقوفة وفقاً صحيحاً

(١) المادة (٧٠٣) من القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٧٥٥ والتي نصت (تسقط الارتفاقات عندما تصبح بحاله لا يمكن معها استعمالها).

(٢) قرار رقم ١٥٧/نقض مدنية/في ٩/تموز/٢٠٠٤/ القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص ٧٥٥.

(٣) المادة (١٢٨٢) من القانون المدني العراقي نصت على أن (ينقضي حق الارتفاق بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة فأن كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ستة ثلاثين سنة).

فيشترط ترك المتولي لاستعمالها ستة وثلاثين سنة ويعتبر هذا الزمن هو المانع من سماع الدعوى على جميع حقوق الارتفاق الاتفاقية ولا تتحرك المحكمة من تلقاء نفسها بالامتناع فلا بد من طلب يقدمه مالك العقار الخادم^(١), ونجد ايضاً أن القانون المدني العراقي قد أكد على امتناع المحاكم من سماع الدعوى الا من خلال طلب المدين^(٢).

ونرى في ان احكام المدة تشير الى ان المحكمة تمتنع من سماع الدعوى بمرور الزمن بناءً على طلب مقدم من له مصلحة في ذلك ونعتبر المادة السابقة هي تطبيقاً للقواعد العامة لتحديد الاحكام الخاصة بالتقادم والتي تنطبق على حق الارتفاق.

ويرى البعض^(٣) , ان مدة التقادم تختلف باختلاف انواع الارتفاقات فإذا كان التقادم ظاهراً مستمراً فإن مدة التقادم تبدأ من آخر مدة استعمال, ويرى الفقه من جانب آخر ان مصطلح عدم الاستعمال مبني على فكرة التنازل من جانب مالك العقار المرتفق لكون مالك العقار الذي لاستعمل حقه في فترة معينة هو تنازل ضمنى لحق الارتفاق^(٤).

ونرى ان الإرادة الضمنية في التنازل عن حق الارتفاق هي السبب بإنقضائه وكذلك ان التنازل يتحقق بمرور اي فترة زمنية وهذا الرأي منتقد لكونه خلطه بإنقضاء حق الارتفاق بالاتفاق، بين الانقضاء بحكم القانون.

(١) عبد الرحمن خضر, المصدر السابق, ص ٢٧٣.

(٢) المادة (٤٤٢) من القانون المدني العراقي نصت على أن(-لا يجوز للمحاكم ان تمتنع من تلقاء نفسها من سمع الدعوى لمرور الزمن بل يجب ان يكون بناءً على طلب المدين او بناءً على طلب دائنيه ,او اي شخص اخر يكون له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين ٢ . ويجوز التمسك بالدفع بأية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحاكم الاستثنائية الا اذا تبين من الظروف ان المدعي عليه قد تنازل عن الدفع).

(٣) د. درع حماد أحمد, المصدر السابق, ص ٤٣٦.

(٤) د. حسن علي ذنون, المصدر لسابق, ص ٤١١.

ويرى منهم^(١) من جانب آخر ان انقضاء حقوق الارتفاق بالتقادم يتحقق بعدم لاستعمال بالنسبة لجميع الشركاء اذا كان حق الارتفاق مملوكاً على الشيوع اما اذا كان حق الارتفاق يستعمل من بعضهم دون الآخر لكون ان الانقطاع بعدم الاستعمال لم يتحقق وانما تحقق الانقطاع بالنسبة لشركاء الذين لم يستعملوا حق الارتفاق وبناءً على نص المادة (١٢٨٢) فإن الانقطاع يتحقق اذا شمل الجميع بعدم لاستعمال .

اما القانون المدني المصري اشار الى التقادم الذي ينقضي حق الارتفاق به^(٢) ونرى ان المدة تتشابه مع ما ورد في المادة (١٢٨٢) من التشريع العراقي وتختلف من حيث المدة بالنسبة للعقارات الموقوفة. وبين الفقه المصري ان عدم الاستعمال يؤدي الى انقضاء حق الارتفاق وتكون هذه المدة معدلة للكيفية التي يستعمل بها حق الارتفاق وعلل ان عدم الاستعمال الجزئي يؤدي الى نقصان في نطاق الاستعمال وحسب القدر غير المستعمل فيه^(٣).

ونبين أن القانون المدني المصري أشار الى وقف التقادم وانقطاعه^(٤), اي ان الاصل حساب مدة التقادم تبدأ من وقت نشوء الالتزام الا ان يكون الالتزام فيه معلق على شرط واقف فلا تبدأ المدة الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط^(٥).

(١) د. شاكر ناصر حيدر, المصدر السابق, ص ٨٠.

(٢) المادة (١٠٢٧) من القانون المدني المصري, نصت على أن (تنقضي حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة, فإذا كان العقار مقرراً لمصلحة عين موقوفه كانت المدة ثلاث وثلاثين سنة).

(٣) د. نبيل أبراهيم سعد, المصدر السابق, ص ٢٩٨.

(٤) المادة (٣٨١) من القانون المدني المصري نصت على أن (لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء).

(٥) عمران محمد علي, وقف التقادم وانقطاعه, مجلة العلوم القانونية, جامعة عين الشمس ١٩٧٢, www.mauduma.com.

ويرى منهم^(١) ان يكون عدم الاستعمال ارادياً او اختيارياً، او فرض جبراً على مالك العقار بسبب خارج عن ارادته، فان حق الارتفاق الاتفاقي ينتهي بعدم الاستعمال وبغض النظر عن السبب ولكن لمالك العقار المرتفق ان يقطع التقادم اذا حصل على اقرار من مالك العقار الخادم سواء كان الاقرار ودياً او قضائياً.

وتبين البعض^(٢) ان من يكتسب العقار المرتفق به بالتقادم الخمسي فهو يكتسبه بما عليه من حقوق ولا يسقط الارتفاق الذي عليه لا بمرور المدة القانونية، وتبين ان التقادم في الارتفاقات غير المستمرة مثل الارتفاق بالمرور الذي يحتاج الى تدخل مالكها لاستعمالها في كل مرة، وتبدأ مدة السريان بعدم الاستعمال من آخر مرة فيها صاحب حق الارتفاق، اما في الارتفاقات المستمرة والتي تستعمل من تلقاء نفسها، والتي تحتاج الى عمل ينقض حق الارتفاق مثل قيام فمدة سقوط الارتفاق من الوقت الذي يقوم مالك العقار المرتفق به بالبناء في ارتفاق بعدم البناء.

أما قانون الملكية العقارية اللبناني فإنه لم ينص على طريق الانقضاء لحق الارتفاق بعدم لاستعمال ولذلك يتوجب علينا العودة الى القواعد العامة لانقضاء الالتزامات باعتبار ان حقوق الارتفاق هي الالتزام ناشئاً اما عن عقد او وصية او بأعمال مادية ارادية والتي تبين على ان حق الارتفاق ينقضي بمرور عشرة سنوات وهذا الالتزام لا يرد الا على الاراضي الممنوحة اي غير المسجلة بالطابو لكون الارتفاقات المسجلة بالطابو لا تسقط بالتقادم حسب المادة(٢٥٥)^(٣) من قانون

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٨٨٠.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي، المصدر السابق، ص ٢٧٢-٢٧٣.

(٣) المادة(٢٥٥) من قانون الملكية العقارية اللبناني النافذ نصت على أن (يسري مرور الزمن على الحقوق العقارية التالية ولا تكتسب ملكيتها بوضع اليد ١ :. الحقوق المقيدة في السجل العقاري ٢ .. الأملاك العائدة للدولة بحسب أحكام المادة ٢-من القرار رقم ٢٧٥ تاريخ ١٩٢٦/٢/٢٥، سواء التي تمت معرفتها وتحديدها وتحريرها أو لم تخضع لهذه المعاملات بعد ٣ .. أملاك البلديات الخصوصية ٤ .. المشاعات التي تملكها القرى ملكية

الملكية العقارية والمادة (١٩) من قرار رقم (١٨٨). ويرى الفقه ان الارتفاقات تسقط بالتقادم بغض النظر عن نوع الارتفاق وسواء اكان التقادم اختيارياً او اجبارياً^(١).

وتعليقاً على ما سبق، ان التقادم المسقط نعتبره من الاعمال المادية فعنده تحقق المدة القانونية له فيمكن ان يزول حق الارتفاق الذي عليه ام مسألة كونه اختيارياً او اجبارياً، هي مسألة تعود لسلطة التقديرية للقاضي، ولا ندرج التقادم على انه عمل اتفاقي، لكون الذي ينظم احكامه هو القانون وليس الاتفاق.

اما المشرع الفرنسي فقد نص صراحة على انقضاء حقوق الارتفاق بمرور الزمن^(٢)، وهذا ما أيدته محكمة النقض الفرنسي بالقول ان الارتفاقات المقررة بفعل الانسان تسقط الارتفاقات مبدئياً بعدم الاستعمال مدة ثلاثين سنة^(٣).

واشارت المادة (٧٠٧) من القانون المدني الفرنسي الى تاريخ سريان المدة وحسب نوع الارتفاق وبين ان الارتفاقات غير المستمرة تبدأ حساب مدة عدم الاستعمال من اليوم التي يتوقف فيه الانتفاع اما بالنسبة للارتفاقات المستمرة تبدأ حساب مدة التقادم من اليوم الذي يحصل في هذا الامر واشارت محكمة النقض

جماعية. على المحاكم النازرة في قضايا الملكية العقارية، بمن فيها القضاة العقاريين، أن تدخل المديرية العامة للشؤون العقارية . مصلحة أملاك الدولة الخصوصية غير المنقولة، والبلديات المعنية طرفا في كل دعوى أو طلب إثبات حق ملكية يدعى به سنداً لوضع اليد، وذلك قبل إصدار أحكامها أو قراراتها في أساس الدعوى).

(١) د. أدورد عيد، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٢) المادة (٧٠٦) من القانون المدني الفرنسي، دالوز، مترجم، ص ٧٥٦ نصت على (يسقط الارتفاق بعدم الاستعمال مدة ثلاثين سنة)

(٣) قرار رقم /١٨٦/ محكمة نقض مدنية الفرنسية/ في ١٠/٣/١٩٥٤، القانون المدني الفرنسي، مترجم، دالوز، ص ٧٥٦.

المدنية بالنسبة الارتفاقات المستمرة مثل ارتفاق عدم البناء بعدم استعماله مدة ثلاثين سنة من تاريخ بدء الاعمال المخالفة لهذا الحق^(١)

ونلاحظ ان التقادم لا يسري على حق الارتفاق الاتفاقي فقط بل نجد ان المشرع الفرنسي اشار في المادة (٧٠٨) الى ان طريقة استعمال الارتفاق تسقط بالتقادم ولتوضيح ذلك إذا كان الارتفاق بالمرور للمركبات وقام مالك حق الارتفاق باستعمال الطريق مشياً على الاقدام مدة ثلاثين سنة فإن الارتفاق بمرور المركبات يسقط ويصبح الارتفاق بالمرور مشياً على الاقدام ونرى ان نص المادة ليس له ما يبرره لكون ما يحكم الارتفاق هو الاتفاق وليس القانون والقانون هنا يتدخل في تعديل العقد او ارادة الاطراف وهذا النص نراه في غير محله.

الفرع الثاني

استحالة استعمال حق الارتفاق الاتفاقي وزوال الفائدة منه

أن من أهم طرق الانقضاء لحق الارتفاق هو تعذر استعماله أو استحالة الاستعمال حيث ثارت إشكاليات بهذا الموضوع هل يقصد التعذر أو الاستحالة هي مادية كانت أم قانونية ولدراسة الموضوع بشكل مفصل يتوجب علينا معرفة الآراء الفقهية والمواد القانونية محل المقارنة على الشكل الاتي:

أولاً: استحالة استعمال حق الارتفاق الاتفاقي

ينقضي حق الارتفاق الاتفاقي اذا تغير موضع الارتفاق او حدث تغير في العقار الخادم او المخدم بسبب وجود وضع مادي يؤدي الى استحالة استعمال حق الارتفاق والنتيجة يؤدي الى زوال حق الارتفاق وسواء كانت الاستحالة بسبب مالك

(١) قرار رقم/ ٧١٤ / محكمة نقض مدنية الفرنسية/ في ١٦/٣/١٩٧٠، القانون المدني الفرنسي، مترجم، دالوز، ص٧٥٦.

العقار الخادم او المخدم ابو بفعل قوة قاهرة فانه يؤدي الى انقضائه ونرى لا يعتبر استحالة ان يكون الارتفاق اكثر مشقة او اكثر عبئاً لكون يحق للطرفين الحق في طلب التغير موضع الارتفاق بما يتناسب مع الارتفاق القديم كما بينا سابقاً فمثلاً اذا كان هنالك حق مرور وبسبب فيضان النهر ادى الى غمر الطريق بالماء فهذا يؤدي الى استحالة حق الارتفاق استحالة مطلقة ويعود اذا جفت الطريق او قلة مناسب المياه ويكون صالحاً للاستعمال .

وتعتبر هذه الطريقة من طرق الانقضاء بحكم القانون كون الإرادة لا دخل لها فيها ولا كذلك الارتفاق فإذا ترتب امر جعل الارتفاق غير ممكن الانتفاع به فهنا القانون يتدخل ويقضي بزوال حق الارتفاق، وأشار المشرع العراقي الى ذلك^(١).

ويرى البعض^(٢) منهم بهذا الخصوص أن الاستحالة التي تؤدي الى انقضاء حق الارتفاق لا يهم فيها السبب او الفعل الذي ادى الى الانقضاء ولكن الذي يهم هو ان يكون استعمال ذلك الحق مستحيلاً وتقدير تلك الاستحالة امر متروك لقاضي الموضوع.

وفي رأي آخر^(٣) بين ان حق الارتفاق الاتفاقي يقوم على فرض وجود عقارين اي ان يكون هنالك عقار خادم وآخر عقار مخدم اي كون احدهم في خدمة الآخر فإذا تغير الوضع وكان احدهم في وضع يصعب فيه استعماله فأن هذا الامر يؤدي الى انقضاء حق الارتفاق الاتفاقي ولكنه يعود اذا زال السبب او المانع او عاد الى الوضع السابق.

(١) المادة(١٢٨٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن(ينقضي حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ويعود اذا عادت الاشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق).

(٢) د. حسن علي ذنون، المصدر السابق، ص٤١٨.

(٣) د. قصي سلمان، المصدر السابق، ص١٧٣.

ونرى ان الرأي الفقهي لم يأت بشيء جديد وهذا الافتراض هو امر حتمي وليس افتراضي وبيننا سابقاً ان الاستحالة هي ما تؤدي الى مانع مادي يصعب فيه استعمال الارتفاق من قبل صاحبه.

اما القانون المدني المصري قد اشار الى موضوع الاستحالة^(١) يرى الفقه ان الاستحالة تكون سبباً لانتفاء حقوق الارتفاق، وبينت في الفقرة الثانية ان حق الارتفاق لا يزول الا اذا مضت على استحالة الاستعمال مدة التقادم لكون الاستحالة بذاتها لا تؤدي الا الى تعطيل حق الارتفاق الاتفاقي^(٢)

وتبين ان القانون ارادة من المادة الخاصة بالاستحالة ان يفرق بينها وبين التقادم لكون التقادم هو عدم الاستعمال لمدة من الزمن لكي يؤدي الى انقضاء حق الارتفاق الاتفاقي اما الاستحالة في استحالة آنية لا تحتاج الى وقت معين للانقضاء فإذا كانت الاستحالة لا يمكن معها العودة الى الوضع السابق، فإن حق الارتفاق يزول بدون الحاجة الى المدة القانونية لتقادم مثل تحول حق المرور الى فرع لنهر اما المقصود بالعودة في اذا كانت العودة ممكنة ولا نحتاج الى الخلط مع التقادم لأن وقف التقادم او انقطاعه هو ايضاً عوده للارتفاق السابق، وبذلك نختلف مع الرأي الفقهي السابق في كون لا داعي لوجود النص.

ونرى ان الفقه المصري اشار الى الاستحالة هو تغير وضع الاشياء بحيث يكون استعمال الحق مستحيلًا وبهذا ان الاستحالة لا تقضي حق الارتفاق بل توقف

(١) المادة (١٠٢٨) من القانون المدني المصري نصت على أن ينتهي حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح بحاله لا يمكن فيها استعمال هذا الحق..

(٢) د. حسنية حسين حسن، المصدر السابق، ص ٤٦٧.

استعماله ويعتبر هذا التعبير دقيقاً حسب هذا الرأي لكون حق الارتفاق لا ينتهي بالاستحالة، لكون الحق باقياً فهو لم يزول بعد^(١) ويؤخذ على هذا الرأي ما سبق.

أما قانون الملكية العقارية اللبناني لم يأت بنص مماثل على غرار المشرعين العراقي والمصري ولكن الفقه اللبناني عد المادة (٩٠) من قانون الملكية العقارية اشارة ضمنية للاستحالة واعتبر ان الارتفاقات تسقط اذا كانت غير ممكنة ومثال ذلك هو نضوب ماء البئر الذي يسقى منه واعتبر الفقه ان الاستحالة يجب ان تكون دائمية وليس مطلقة وبصرف النظر عن سبب الاستحالة واذا زال السبب فإن حق الارتفاق يبعث من جديد^(٢). ويفهم منه ان حق الارتفاق ينتهي عندما يكون الاستعمال مستحيلاً وتكون نشوء الاستحالة بسبب تغير وضع الاشياء واشترط ايضاً ان تكون لاستحالة مطلقة وبغض النظر عن سبب حدوث الاستحالة ويكون الفرض هو وجود مانع يحول دون استعمال الحق وبين الفقه ان الارتفاق لا ينقضي بل يبقى موجوداً يعود بزوال السبب واعتبر ان امر القاضي بالترقين امر غير دقيق لكون حق الارتفاق لا ينقضي حتى يأمر بترقيته لكون جل ما ينشأ هو امر وقتي ولكن اذا كانت الاستحالة لمدة التقادم المسقط اي لمدة عشرة سنوات فإن حق الارتفاق ينقضي بالتقادم وليس بالاستحالة^(٣).

ونرى اغلب الفقه وقع في خلط بين التقادم والاستحالة ونبين ان التقادم هو امر يحتاج مدة طويلة لانقضاء الارتفاق ام الاستحالة أمر آني ولا يحتاج الى توقيت ونرى أن أمر الشطب من السجل العقاري او اجراء شكلي وليس وضعاً مادياً مفضياً الى انقضاء حق الارتفاق.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق، ص ١٤٠٤.

(٢) د. مروان كويكي ود. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص ٤٥٣.

(٣) د. أدورد عيد ،المصدر السابق، ص ١٩٥-١٩٦.

اما القانون المدني الفرنسي فقد نص على الاستحالة^(١) في المادة(٧٠٣) فنصت على انه(ونجد ان المشرع الفرنسي جاء بصياغة موجزة للنص ودقيقة وّبين في المادة(٧٠٤) على ان حقوق الارتفاق تعود في حال كون الاشياء يسمح باستعمالها مالم تمر عليها مدة التقادم فأنها تسقط بالتقادم وبيّنت محكمة النقض الفرنسية ان عدم امكانية الاستعمال عندما يكون الاستعمال مستحيلاً نهائياً بسبب تعديلات في الوضع المادي للأمكنة وتؤدي الى سقوط الارتفاق^(٢) , وايضاً تناولت المادة(٦٦٥) منه بعض الاوضاع المشابهة^(٣) .

ثانياً: زوال الفائدة من حق الارتفاق الاتفاقي

ينقضي حق الارتفاق الاتفاقي اذا كانت المنفعة لا تتناسب مع العبء المثل به العقار الخادم او ان يكون العقار المخدوم فقد المنفعة من العقار الخادم بصورة كلية متى ما طلب مالك العقار الخادم من القاضي ولذلك ينقضي حق الارتفاق بحكم القانون وليس بالاتفاق, فان القاضي يوازن بين الطرفين بقياس المنفعة والعبء ومدى تناسبهما ويقرر انتهاء الارتفاق لانعدام الفائدة وهذه الطريقة تتوسط بين اذا كان الاستعمال الارتفاق ممكناً وليس مستحيلاً ولكن الاعباء كانت غير متناسبة لكون حق الارتفاق يتقرر لتحقيق منفعة واصبحت هذه المنفعة منعدمة ولا يوجد هناك داعي بوجودها لذلك يحق لمالك العقار المرتفق به ان يتحرر من وجودها.

(١) المادة(٧٠٣) من القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص٧٥٥. والتي نصت على أن(تسقط الارتفاقات عندما تصبح الاشياء بحالة لا يمكن معها استعمالها).

(٢) قرار رقم ١٤٤, محكمة نقض مدنية الفرنسية, في ١٩٧٤/٣/٩, القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص٧٥٥.

(٣) المادة (٦٦٥) من القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز, ص٧٠٥. نصت على أن (إذا اعيد بناء حائط مشترك او منزل فان حقوق الارتفاق التي كانت مقرره لمصلحة العقار او عليه تعود بالنسبة للحائط الجديد او المنزل الجديد ...).

اشار القانون المدني العراقي الى ذلك^(١) حيث يجد البعض^(٢) بهذا الخصوص ان جوز لمالك العقار الخادم ان يتحرر بإرادته المنفردة من الارتفاق كله او جزء منه متى ما كانت المنفعة لا تتناسب مع التكاليف الملقاة على العقار الخادم.

ومثال ذلك زوال الفائدة من دون التجزئة كما لو ان الارتفاق كان بالمرور وبناء على فتح شارع آخر جديد فأصبح لمالك العقار المرتفق سبيل جديد الى الطريق العام أقرب وأسهل من الارتفاق القديم فلذلك يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يطلب تحرير العقار من حق الارتفاق ولكن اذا كان لمالك العقار المرتفق فائدة في زوال الارتفاق فيعوض مالك العقار المرتفق لضياح الحق منه^(٣) ويجب ان يلاحظ ان الموافقة على طلب التحرير لا تخضع لإرادة مالك العقار المخدم وانا تخضع لسلطة التقديرية للقاضي محكمة الموضوع^(٤).

اما المشرع المصري فقد اشار الى انقضاء حق الارتفاق بزوال الفائدة منه^(٥) ويرى البعض^(٦) انه يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يتحرر من حق الارتفاق اذا فقد المنفعة للعقار المخدم او اصبحت الاعباء الملقاة لا تتناسب مع الفائدة المحدودة للعقار المرتفق مثل حق الشرب واستطاع مالك العقار المخدم حفر بئر

(١) المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي نصت على انه (لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ولم تبق له غير فائدة محدودة لا تناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به) .

(٢) د. محمد صاحب الدراجي ود. أسماء علوان، المصدر السابق، ص ٢٢٨.

(٣) عبد الرحمن خضر، المصدر السابق، ص ٢٧٨.

(٤) د. عمار ساكر محمد الفيصل، المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٥) المادة (١٠٢٩) من القانون المدني المصري نصت على أن (لمالك العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه، اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق او لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به) .

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري. المصدر السابق، ص ١٤٠٢.

ارتوازي في عقاره بحيث يصبح في غنى عن موارد المياه الاخرى، وينتهي حق الارتفاق اذا كانت الفائدة العائدة للعقار المرتفق قليلة كأن يصبح الماء الذي يستخرج من الابار قليلاً^(١). وعليه اذا زالت المنفعة التي كان يقدمها العقار الخادم فلم يعد هنالك داعياً لوجود الارتفاق وكذلك اذا كانت الفائدة من العقار الخادم من الضالة والتفاهة وغير متناسبة مع الاعباء الملقة على العقار الخادم واعتبرت هذه الفائدة وان وجدت في حكم عدم في هذه الحالة يجوز لمالك العقار الخادم ان يطلب تحرير من حق الارتفاق .

وبين البعض^(٢) ان هذه المادة تجد تطبيقاً لها في احكام المادة(١٠٢٤)^(٣) وفي الواقع ان حالة زوال الفائدة قد تكون جزئياً او كلياً فإذا كانت جزئية فإن الارتفاق لا ينقضي بالنسبة للأجزاء الاخرى فيبقى حق الارتفاق قائماً اما اذا كان كلياً فإن حق الارتفاق ينقضي اذا انعدمت الفائدة منه بصورة كلية.

اما قانون الملكية العقارية اللبناني فقد نص في المادة(٩٠) ان يحق للقاضي ان يأمر بالترقيين اذا كان حق الارتفاق (دون جدوى)، ويخلص الفقه ان حق الارتفاق ينقضي اذ يحق لمالك العقار الخادم ان يتخلص من حق الارتفاق في حالة انتفاء الفائدة او الجدوى من العقار الخادم فلو كان العقار المرتفق حق مرور واصبح الطريق العام بجانب العقار المرتفق فأن حق الارتفاق يصبح غير ذات جدوى وتقاس الفائدة سواء اكانت محدودة او غير ذات جدوى او غير متناسبة مع الاعباء الملقة

(١) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي، المصدر السابق، ص ٣٧٠.

(٣) المادة (١٠٢٤) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري نصت على أن (غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى) .

على العقار الخادم وفي هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يطلب انتهاء الارتفاق وللقاضي سلطه تقديرية في ذلك^(١) .

ويجب الإشارة ان اغلب القوانين محل المقارنة بينت ان من ضمن انعدم الفائدة هو الانعدام الجزئي ولذلك نرى ان طريق الانقضاء هو يجب ان يكون نهائياً من خلال زوال الفائدة كلياً عن العقار المرتفق وليس جزئياً.

وبين البعض^(٢) أن القانون الفرنسي لم يشر الى انعدام الفائدة بصورة صريحة لكن شراح القانون المدني الفرنسي جعلوا زوال حق الارتفاق بانتفاء الفائدة احدى صور استحالة الاستعمال , ولكن المحاكم الفرنسية لها موقف تحفظي على زوال المنفعة كطريقة للانقضاء حيث قضت في إحدى قراراتها بأن حق الارتفاق لا يزول إلا عند استحالة الاستفادة منه (انه على الرغم ممن ان المنزل الذي كان يتمتع بحق ارتفاق بالاغتراف فقد ارتبط مع مرفق المياه الذي يقوم بتوزيع المياه الا انه ليس في هذا التغيير اي سبب لانقضاء الخدمة اذ ان حق الاغتراف لا ينقضي الا عند الاستحالة الاستفادة منه وهذا لم يحدث) .

(١) د. أدورد عيد المصدر السابق, ص ١٩٧-١٩٨.

(٢) قرار رقم ١٧٨ , في أكتوبر ٣٠/أكتوبر/١٩٨٢, نقلاً عن حسنية حسين حسن, المصدر السابق, ص ٤٧٢.

الخاتمة

الخاتمة

توصلنا في نهاية دراستنا الموسومة بـ (حقوق الارتفاق الاتفاقية دراسة مقارنة) لأهم النتائج، ثم نتكلم عن التوصيات التي نراها ذات أهمية ومن الضروري الإخذ بها في هذا المجال وعلى النحو التالي: -

أولاً: الاستنتاجات

١_ يتضح لنا من خلال تعريف حق الارتفاق الاتفاقية أن القانون المدني العراقي لم يعرف حق الارتفاق بصورة دقيقة ولم يشر صراحة الى أن هذا الحق ينشأ بالاتفاق ولم يبين مفهومه بصورة دقيقة ونجد أن التعريف الوارد القانون المدني العراقي لم يُضم سوى عناصر حق الارتفاق وشروطه على خلاف القانون الملكية العقارية اللبناني والقانون المدني الفرنسي الذي جاء في بعض المواد التي تبين أن الارتفاق ينشأ بالاتفاق على الرغم من الخلط الذي وقع فيه في بعض مواده من خلال الدمج بين القيود القانونية وحق الارتفاق الاتفاقية وبالتالي حق الارتفاق الاتفاق حق قائم بذاته وذو طبيعة خاصة.

٢_ وقد تبين لنا أن أغلب الآراء الفقهية والتشريعات محل المقارنة لم تبين ما هو المقابل الذي يتحقق لمالك العقار المرتفق به لكون حق الارتفاق ينشأ عن اتفاق وفي أغلب الحالات وقوعاً هو العقد لذلك يتطلب الأمر وجود بدل عن وجود الارتفاق على عقار فإن الآراء الفقهية لم تحدد مقدار البديل ويتضح لنا ان الذي يحدد البديل هو الاتفاق الوارد في بنود العقد.

٣_ وتوصلنا الى أن عناصر حق الارتفاق هي محددة ومنظمة بصورة دقيقة ولكن أيضاً لم تبين أهم عنصر من هذه العناصر وهو الاتفاق.

٤_ نجد أن من سمات حق الارتفاق هي الديمومة أي هو حق دائم يدوم بدوام العقار ولكن يجوز الاتفاق على توقيته ونحن نجد أن عنصر الديمومة هو أمر مستبعد في حقوق الارتفاق الاتفاقية لكونه من خلال الاتفاق أصلاً يمكن تحديده بوقت ومن جانب آخر نجد أن الديمومة لا تتعلق بالعقار كما يذهب البعض لكون العقار أيضاً ممكن أن يزول بصورة مادية أو قانونية كما في اتحاد الذمة.

٥- ونستنتج أنه لا يمكن اعتبار حق الارتفاق الاتفاقي قيد قانوني لكون الارتفاق الاتفاقي لكون الارتفاق ينشأ الالتزامات على الطرفين ويفرض بالاتفاق أي أن الانسان بإرادته الخاصة يقيد حقه في استعمال عقار موجب عقد أو اتفاق على خلاف القيود القانونية التي تفرض على عامة الناس التي تكون ملكياتهم في وضع معين.

٦_ ومن خلال البحث نجد أن القانون المدني العراقي لم يشر الى أنواع هذه الحقوق مثل حق الارتفاق الايجابي وحق الارتفاق السلبي وتبرز أهمية الموضوع بالنسبة لتحديد سقوط حق الارتفاق الاتفاقي بالنقد.

٧_ يتبين لنا أن حق الارتفاق الاتفاقي يختلف عن حق الانتفاع العقاري من ناحية أن حق الانتفاع حق مؤقت على خلاف حق الارتفاق الاتفاقي حق دائم ومن جانب ثانٍ أن حق الانتفاع يتقرر لمصلحة شخص ولفائده على خلاف حق الارتفاق الاتفاقي يتقرر لمصلحة عقار ولفائده.

٨_ ومن خلال دراستنا لحق الارتفاق الاتفاقي وجدنا أن إنشاء حق الارتفاق عن طريق الوصية أمر نادر الوقوع ويتم تحديد نطاق الارتفاق فيما لو نشأ عن وصية الى القواعد العامة ومن جانب ثاني نرى أنه لا يمكن اعتبار الميراث سبباً منشأً لحق الارتفاق لكونه وانما ناقل له حسب الآراء الفقهية ولكن نعتقد أن ما تقدم يصح لكون

الميراث يكشف عن ارتفاق موجود مسبقاً ولكن اختلاف الذمة هو الذي يكشف عن حق الارتفاق.

٩_ أن تخصيص المالك يجب أن يكون الغرض منه إنشاء حق ارتفاق اتفاقي لمنفعة الأرض وليس لمنفعة شخصية.

١٠- توصلنا الى أن الاعمال المادية هي وقائع مادية يرتب القانون اثرأ عليها سواء اتجهت الإرادة لإحداثه ام لا وتعد سبباً مهماً لنشوء حق الارتفاق الاتفاقي.

١١_ ونرى أن هناك بعض الباحثين في حقوق الارتفاق الاتفاقية وقع في خلط بين التقادم وبين معنى الظهور كسبب لإنشاء حق الارتفاق الاتفاقي لكون التقادم يتم عن طريق الحياة الصحيحة لحق الارتفاق الاتفاقي وهي قيام المالك بأعمال مادية.

١٢_ ونرى أن حقوق مالك العقار المرتفق تمثل ما هو ضروري لاستعمال عقاره ولكن يشترط عدم الزيادة في الاعباء على العقار المرتفق به ويتحدد حق مالك العقار المرتفق به ما هو منصوص عليه في الاتفاق بالإضافة الى حقه في تغيير موضع الارتفاق وكذلك حقه في استعمال موضع الارتفاق لكون مالكا له بشرط عدم الإضرار بحقوق مالك العقار المرتفق

١٣_ ونرى أن تغيير موضع الارتفاق الى مكان جديد أو قيام المالك العقار المرتفق به بتقديم عقار آخر كموضع لحق الارتفاق بديل عن الارتفاق القديم هو ارتفاق جديد ويتحدد نطاقه حسب الاتفاق بين مالك العقار المرتفق القديم ومالك العقار المرتفق البديل.

١٤_ أن الجزاء المترتب على إخلال مالك العقار المرتفق أو المرتفق به ينظمه الاتفاق الخاص بين أصحاب حق الارتفاق الاتفاقي ولكن نجد أن النصوص الخاص

بحقوق الارتفاق في القانون المدني العراقي لن تبين هذه الجزاءات وبالتالي يتطلب بالإمر الرجوع الى القواعد العامة وهذا الأمر فيه نوع من التعقيد.

١٥_ أن القانون المدني العراقي بين طرق انقضاء حق الارتفاق في مواد معينة ولكن لم بين الفرق بين طرق الانقضاء العامة والطرق الانقضاء الخاصة.

ثانياً: - التوصيات

١_ ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة كلمة اتفاق لكي يصبح التعريف أكثر دقة من الناحية اللغوية وكذلك لكي نكون أمام تعريف شامل لحق الارتفاق الاتفاقي ونقترح أن يكون نص المادة كالآتي (حق اتفاقي يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر).

٢_ لم ينص المشرع العراقي على أن حق الارتفاق الاتفاقي صراحة على قيد النظام العام ضمن مواد الخاصة بحق الارتفاق الاتفاقي لذلك ندعو المشرع العراقي الى تضمين هذا الشرط ضمن المادة (١٢٧١) وأن كانت الارتفاقات المعقودة غير المحددة إلا إنها تخضع لقيد النظام العام بحيث لا يمكن إنشاء حقوق ارتفاق اتفاقية مخالفة لنظام العام.

٣_ نأمل من المشرع العراقي أن يضمن النصوص القانونية لبيان أنواع الارتفاقات الاتفاقية لأن أهمية الموضوع تبرز بالنسبة لموضوع سقوط حق الارتفاق الاتفاقي بالتقادم ومنها الارتفاقات الايجابية لكون هذه الارتفاقات تحسب المدة فيها من آخر عمل من اعمال الاستعمال التي قام بهام مالك العقار المرتفق.

٤- أن المشرع العراقي لم يشرع نصاً قانونياً صريحاً يبين محل العقار إذ جاء بنص عام يحتمل التأويل استناداً الى المادة (١٢٧١) لذلك ندعو المشرع العراقي الى بيان محل العقار بصورة أدق.

٥- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (١٢٧٢) عن طريق حذف كلمة الميراث كسبب من اسباب اكتساب حقوق الارتفاق الاتفاقية لكونها كاشفة لحق الارتفاق الاتفاقية وليس منشأة له.

٦- أن اكتساب حق الارتفاق الاتفاقية بتخصيص المالك الاصلي يجوز ترتيبها فقط بالارتفاقات الظاهرة وهذا الأمر غير صحيح لذلك ندعو المشرع العراقي الى عدم اقتران تخصيص المالك بالارتفاقات الظاهرة فقط جميع الارتفاقات يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري لذلك ندعو الى رفع هذا القيد.

٧- لم ينص المشرع العراقي الى بيان مدة التقادم في المادة (١٢٧٣) الفقرة الثانية هل هو تقادم الطويل ام التقادم القصير وأحال تحديد مدة التقادم القواعد العامة وهذا الأمر يؤدي الى صعوبة عملية تتعلق في تحديد هذه المدة وهل تشمل المدة في القواعد العامة حقوق الارتفاق الاتفاقية.

المصادر

• القرآن الكريم

أولاً : الكتب

أ_ كتب اللغة

- ١_ ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، ج ١، ط ١، بيروت ، ١٩٣٣ .
- ٢_ العلامة الجواهري، الصحاح في اللغة، اعداد وتصنيف نديم مرعشي، واسامه مرعشي تقديم العلامة عبدالله العليلى، ط ١، دار الحضارة العربية، بيروت ١٩٧٩ .

ب_ كتب القانون

- ١_ د. أحمد سلمان شبيب ود. جواد سميسم، مصادر الالتزام، بيروت، بلا سنة .
- ٢_ د. أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط ١، مكتبة الرسالة الدولية ، القاهرة، ١٩٩٩ .
- ٣_ د. أدم وهيب النداوي، موجز في قانون الأثبات ،المكتبة القانونية، بلا مكان طبع ،، ٢٠١٧ .
- ٤_ د. أدورد عيد، الحقوق العينية الاصلية، ج ٢، بلا مكان نشر، ١٩٨٠ .
- ٥_ د. أنور سلمان، الموجز في نظرية النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة لنشر، ٢٠٠٥ .
- ٦_ د. برهام محمد عطا الله، مدخل الى حق الملكية والحقوق العينية-في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية لطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٩٢ .

- ٧_ د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، المكتب العربي لطباعة دون
ذكر مكان النشر, ١٩٨٧.
- ٨_ د. جورج ن. ش دراوي, حق الملكية العقارية- مع ملحق عن: حق التصرف
-حق الانتفاع, المؤسسة الحديثة للكتاب ,طرابلس لبنان, ٢٠٠٦ .
- ٩_ د. حامد مصطفى، احكام التسجيل العقار بالطابو, ط١, مطبعة العاني,
بغداد, ١٩٦٨.
- ١٠_ د. حامد مصطفى، القانون المدني العراقي, الملكية واسبابها, شركة التجارة
لطباعه والنشر ,, ١٩٥٣
- ١١_ د. حسن علي ذنون, شرح القانون المدني الجديد, الحقوق العينية الاصلية,
مطبعة المعارف, بغداد, ١٩٥٤ .
- ١٢_ د. حسن كيرة، الموجز في احكام القانون المدني- الحقوق العينية
الاصلية-احكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية , ١٩٧٥ .
- ١٣_ د. حسنيه حسين حسن، حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة دراسة مقارنة
بين القانون المدني والفقہ الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة , ٢٠١٦ .
- ١٤_ د. درع حماد أحمد، الحقوق العينية الاصلية-حق الملكية والحقوق المتفرعة
منها، بيروت, ٢٠١٨.
- ١٥_ د. ربيع شندب, الأثبات في الدعوى المدنية, ط١, مؤسسة الحديث للكتاب,
لبنان, ٢٠١٧.

- ١٦_ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية-احكامها ومصادرها، دار الجامعة العربية، بلا مكان نشر ،، ٢٠٠٤
- ١٧_ د. رمضان جمال كامل، التقادم المسقط في التقنين المدني، ط١، المركز القومي للإصدارات القومية، ٢٠٠٧
- ١٨_ د. سعيد أمجد الزهاوي، كسب حقوق الارتفاق بالتصرفات-وبتخصيص المالك وبالتقادم دراسة مقارنة، بغداد ،، ١٩٨١
- ١٩_ د. سعيد عبد الكريم مبارك، الوجيز في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الولاء الحديثة، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر .
- ٢٠_ د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية ، ط١، دار الحرية لطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ .
- ٢١_ د. سليم رستم باز، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، مج ١، بلا سنة طبع.
- ٢٢_ د. سليمان مرقس، من طرق أثبات الإقرار واليمين وجراءتها، معهد البحوث والدراسات العربية، بلا مكان طبع ،، ١٩٧٠
- ٢٣_ د. سمير عبد الستار تناغو، مصادر الالتزام-العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع -الاثراء بلا سبب-القانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الاسكندرية، ٢٠٠٩
- ٢٤_ د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد-الحقوق العينية العقارية، ج٢، ط٢، مطبعة المعارف، (بغداد، ١٩٥٣).

- ٢٥_ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في قانون المرافعات، شركة الطباعة والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢
- ٢٦_ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية-حق الملكية في ذاته-خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده وأسباب كسبه، ج١، بغداد، ١٩٦١
- ٢٧_ د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الأثبات المدني، ط٣، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١
- ٢٨_ د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٢، ٢٠١٠، شركة العاتك لصناعة الكتب القانونية.
- ٢٩_ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-اسباب كسب الملكية، مج٩، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠
- ٣٠_ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، مجلد ١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠
- ٣١_ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٣٢_ د. عبد القادر محمد شهاب، ود. محمد عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بلا مكان نشر، ٢٠٠٨
- ٣٣_ د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠.

- ٣٤_ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني-مصادر الالتزام، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد.
- ٣٥_ د. عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الاصلية- الملكية والحقوق المتفرعة منها واسباب كسبها، ط٣، مكتبة سيد عبدالله وهبه، ١٩٦٨ .
- ٣٦_ د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية-دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢
- ٣٧_ د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الأثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧ .
- ٣٨_ د. عمار شاكر محمود الفیصل، النظام القانوني لحقوق الارتفاق ، ط١، إصدارات دار الشؤون الثقافية-وزارة الثقافة، بغداد، ٢٠١٩
- ٣٩_ د. قصي سلمان، الحقوق العينية الاصلية، ط١، منشورات جامعة جيهان ، أربيل، ٢٠١١
- ٤٠_ د. محمد حسن قاسم ،موجز الحقوق العينية الاصلية-حق الملكية ،ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٦
- ٤١_ د. محمد سعد الدين شريف، مصادر الالتزام ،ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥
- ٤٢_ د. محمد صاحب الدراجي ود. أسماء علوان، الحقوق العينية، ج١، بغداد، ص٢٢٤.

٤٣_ د. محمد طه البشير، ود. عني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، العاتك لصناعة الكتب القانونية، بغداد، بلا سنة نشر.

٤٤_ د. محمد كامل مرسي، الأموال، ط٢، مطبعة فتح الله الياس نوري، مصر، ١٩٣٧.

٤٥_ د. محمد منجي، الحياة، منشأة المعارف، ط٤، مصر، ٢٠٠٥.

٤٦_ د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الاصلية- اسباب كسب الملكية، ج٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤.

٤٧_ د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي-نظرية الالتزام، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.

٤٨_ د. مروان عمران محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه، مجلة العلوم القانونية، جامعة عين الشمس، ١٩٧٢.

٤٩_ د. مروان كويكبي. ود سامي بديع منصور، القانون المدني-الاموال والحقوق العينية العقارية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بلامكان نشر، ٢٠٠٩.

٥٠_ د. مصطفى الزلمي، شرح قانون الاحوال الشخصية -احكام الميراث والوصية، بغداد، ١٩٨٠.

٥١_ د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط١، مطبعة الخنساء، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

- ٥٢_ د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مج ١٠، ط ١، مكتبة عالم الفكر والقانون، مصر، ٢٠٠٤.
- ٥٣_ د. مورسي نخلة، شرح القانون المدني، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
- ٥٤_ د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية-في القانون المصري واللبناني-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٥٥_ د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٥٦_ د. هادي حسين عبد علي الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، ج ١، ط ١، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، بابل، ٢٠٢٠.
- ٥٧_ د. هدى عبد الله، دروس في التحديد والتحرير وفي السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
- ٥٨_ د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة لطباعة والنشر، بلا مكان نشر، ٢٠١١.
- ٥٩_ د. سالم حماد الدحدوح، شرح القانون المدني الفلسطيني-الحقوق العينية الأصلية، ط ١، ج ١، بلا دار نشر، ٢٠١٦.
- ٦٠_ د. سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية فقهاً وقضاء، ج ١، ط ١، دار النضه العربيه لنشر، ٢٠٠٩.

- ٦١_ د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي-دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصر, دار الكتب العلمية , بيروت,, ١٩٧١
- ٦٢_ د. محمد ثامر، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ , مكتبة السنهوري،بيروت , ٢٠١٧,
- ٦٣_ د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية-الملكية والحقوق المتفرعة منها-أسباب كسب الملكية، ط١, دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية, ٢٠٠٧.
- ٦٤_ د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد-الحقوق العينية الاصلية، ج٢، ط١, المطبعة العلمية، مصر,, ١٩٥٣
- ٦٥_ عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني - المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، ط١, مطبعة العاني(بغداد، ١٩٥٣) .
- ٦٦_ عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر,, ١٩٦٧
- ٦٧_ عمر القاسمي، الزبد في الحقوق العينية الاصلية، دار السنهوري لنشر، لبنان, ٢٠١٨ .
- ٦٨_ غازي أبو عرابي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية-دراسة مقارنة، ط١, دار وائل لنشر والتوزيع، عمان, ٢٠١٦.
- ٦٩_ وائل محمد شحاته، القيود الواردة على حق الملكية-في ضوء احكام محكمة النقض، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية، بلا سنة طبع، بلا مكان نشر.

٧٠_ مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، دون ذكر مكان وتاريخ النشر.

٧١_ منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري .

المصادر الاجنبية

١-First definintion for(Bartolous) ,second definition for(Bonellus) Carlos Felipe-op. Cit

٢-Overview of Easements (Servitudes), Licenses and Restrictive Covenants Relating to Land Stephen C. Price,٢٠١٨.

٣- *Billy Burke, IN TEXAS, CAN A COTENANT GRANT AN EASEMENT OR RIGHT OF WAY WITHOUT THE AGREEMENT OF THE OTHER COTENANTS*, <https://www.mbb-legal.com> .

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١- حسنية حسين حسن، حقوق الارتفاق وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة،

أطروحة دكتوراه مقدمه الى مجلس كلية الحقوق، جامعة حلوان, ٢٠١٦.

٢- حسنين ضياء النوري، حقوق ارتفاق المطار دراسة مقارنة، أطروحة

دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء, ٢٠١٧.

٣-حوراء عزاوي ذياب، التنظيم القانوني للمطل، رسالة ماجستير مقدمه الى

مجلس كلية القانون، جامعة القادسية, ٢٠١٦.

٤- عيادي منير وقدور الأخضر، ألاحكما القانونية لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧.

٥- نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠١

ثالثاً: البحوث

١- حسنين ضياء النوري الموسوي، أثار حقوق الارتفاق-دراسة مقارنة، بحث مقدم الى مجلة ابحاث جامعة ميسان، ٢٠١٧.

٢-رزوق عبد الباسط، التنظيم القانوني لحقوق الارتفاق، بحث مقدم الى جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق، ٢٠١٣-٢٠١٤.

٣-محمد معتصم بالله أزرنجاني، حقوق الارتفاق، بحث علمي مقدم لنيل لقب أستاذ محاماة في نقابة المحامين في دمشق، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

رابعاً: القوانين

١ _ القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز_ ٢٠٠٩ _ طبعة الثامنة بعد المئة (L.E.G.O.S.p.A)

١٠ _ قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦

١١ _ قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

١٢ _ قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) المعدل لسنة ١٩٧٠.

١٣ _ قانون الأثبات المصري النافذ رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

١٤ _ قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.

١٥ _ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

١٦ _ من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

١٧ _ السجل العقاري للأموال اللبنانية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٢٦.

٢ _ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١،

٣ _ القانون المدنية المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨،

٤ _ القانون الملكية العقارية رقم ٣٣٣٩ لسنة ١٩٣٠،

٥ _ قانون الموجبات والعقود اللبناني صادر في ٩/٣/١٩٣٢،

٧ _ القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩،

٨ - القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦،

٩ - قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

خامساً: المجالات والقرارات القضائية

١ . , قرار رقم ١٥٣ , محكمة النقض المصرية سنة ٧ / ١٢ / ١٩٩٢ . من الانترنت

٢ . , قرار رقم ٥٨٧ , محكمة النقض المصرية سنة ١٩٧٩ مدني . من الانترنت

٣ . , قرار رقم ١٤٦ , نقض المدنية في ٢, ١ شباط/فبراير / ١٩٨٥ , القانون المدني

الفرنسي مترجم، دالوز.

٤ . إبراهيم المشاهدي المبادئ القانونية، في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات

المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠.

٥. قرار رقم ١٠, محكمة التمييز المدنية اللبنانية، بيروت، في ٢٢/١٠/١٩٦٨.
من الانترنت
٦. قرار رقم ١٤٤/نقض مدنية في ٩/٣/١٩٧٤, القانون المدني الفرنسي، مترجم،
دالوز.
٧. قرار رقم ١٥٧/نقض مدنية /في ٩/تموز/٢٠٠٤/ القانون المدني الفرنسي، مترجم
, دالوز.
٨. قرار رقم ١٨٣/نقض تجارية/في ١٠/حزيران يونيو/١٩٧٤, القانون المدني
الفرنسي، مترجم، دالوز.
٩. قرار رقم ١٨٦ /نقض مدنية /في ١٠/٣/١٩٥٤, القانون المدني الفرنسي،
مترجم، دالوز
١٠. قرار رقم ٣٥٤,نقض مدنية، في ٣٠/١/حزيران/يونيو ١٩٦٤ القانون المدني
الفرنسي، مترجم دالوز.
١١. قرار رقم ٤٧, النقض المدنية , في ٢٣, اذار/مارس, ٢٠٠١: القانون المدني
الفرنسي، مترجم دالوز.
١٢. قرار رقم ٨٠٣, النقض المدنية, ٥,٣ كانون الأول/ديسمبر/١٩٦٩. القانون
المدني الفرنسي، مترجم دالوز.
١٣. قرار رقم ٩٤ , النقض المدنية، في ٤,٣, تموز/يوليو/٢٠٠١, القانون المدني
الفرنسي، مترجم دالوز.
١٤. قرار رقم ١٠١, النقض المدنية ٦,٣ في شباط/فبراير/١٩٧٣, القانون المدني
الفرنسي، مترجم دالوز.
١٥. قرار رقم ١٤٤, النقض المدنية، في ٣,٩ نيسان /ابريل/ ١٩٧٤, القانون المدني
الفرنسي، مترجم دالوز.

١٦. قرار رقم ٧١٤ /نقض مدنية/ في ١٦/٣/١٩٧٠, القانون المدني الفرنسي, مترجم, دالوز.
١٧. قرار رقم ٨٣ /النقض مدنية, في ٢٤/٣/أذار/مارس/١٩٨٢, القانون المدني الفرنسي, مترجم دالوز.
١٨. قرار رقم ٩٠٠ , /النقض المدنية, في ١٢/ حزيران/يونيو/٢٠٠٣, القانون المدني الفرنسي, مترجم دالوز.
١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية, رقم ١٩٣٢/شيوخ/١٩٨٠, في ٢٧/١/١٩٨٠. من الانترنت
٢٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية, رقم ١٧ الهيئه العامه ٢٠١٧, في ٢٨/٨/٢٠١٧. من الانترنت
٢١. قرار ١٦٤ رقم, /نقض مدنية, في ٣, ١٢, ايار /مايو/ ١٩٧٥, القانون المدني الفرنسي, مترجم دالوز.
٢٢. مجلة أبحاث ميسان, المجلد الثالث عشر, العدد الخامس والعشرون, ٢٠١٧.
٢٣. مجلة العدالة, العدد ٢, السنة ٢, ١٩٧٦, الدار العربية لطباعة, بغداد, ١٩٧٧.
٢٤. مجلة العلوم القانونية, جامعة عين الشمس, ١٩٧٢.
٢٥. محكمة التمييز المدنية اللبنانية, قرار رقم ٦١ في ٣٠/٥/١٩٥٦, من الانترنت
٢٦. محكمة التمييز المدنية اللبنانية, قرار رقم ١٦ في ٢٧/٢/٢٠١٨, من الانترنت

سادساً: مواقع الانترنت

١-مجلس القضاء الأعلى, قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية, متاح على الرابط(<https://www.hjc.iq/qview>).

٢-موقع محاماة نت ,قرارات محكمة النقض المصرية, (<https://www.mohamah.net>).

٣-موقع الجامعة اللبنانية, الاحكام, (<http://legallaw.ul.edu.lb>).

٤-الموقع الرسمي لقانون المدني الفرنسي, (<https://www.legifrance.gouv.fr>).

Abstract

We find that the Iraqi civil law and the Egyptian civil law show that the rights established by law are legal restrictions and easement rights established in agreement are easement rights, but it did not explicitly indicate that these rights are consensual, which allowed (the minds of) researchers to think that these rights are legal restrictions. We find that most of the legislations and jurisprudential opinions did not refer to the opposite person that are due to the owner of the real estate. Considering that the right of easement results from a contract or a voluntary agreement, therefore, there must be a consideration that may be monetary and it is agreed upon, and we did not find any legislation that addressed this issue.

Therefore, we find that there is a legislative defect that requires the development of radical solutions to some of the problems that arise from the right of consensual easement, and that the legislation's treatment of these issues was brief. Therefore, we need more research in line with the development of practical life to achieve the legislative goal of approving the right of easement, which is to achieve a balance between the owner of the property and the person who wants to make an easement, and to invest the property in a correct manner.

On the other hand, dealing with the methods of expiration of the consensual easements is of particular importance, because on this basis the mechanism in which the expiration of the consensual easements is determined. We see that the ways of expiration are divided into voluntary ways of expiration and legal ways of expiration.

Through this, we have to deal with the subject in two chapters, where the first chapter includes the concept of the consensual easements. The chapter is divided into three sections. In the first section, we dealt with the nature of the consensual easement rights. In the second section, we explained the features of the consensual easement rights and what distinguishes them from its alike. And as for the third topic, we study the place of the consensual easements and their sources.

As for the second chapter, which studied the provisions of the consensual easements, it was divided into three sections. In the first section, we dealt with the legal status of the owner of the property. The second section studied the statement of the legal status of the owner of the property to which he is accorded by agreement. In the last section, we dealt with the ways of expiration of the consensual easement rights. At the conclusion of our research, we reached the most important results and recommendations, which are:

It is clear to us through the definition of the consensual right of easement that the Iraqi Civil Code did not define the right of easement in a precise manner and did not expressly indicate that this right arises by agreement and did not clearly explain its concept. We find that the definition contained in the Iraqi civil law included only the elements of the right of easement and its conditions. We call on the Iraqi legislator to amend the text of Article (١٢٧١) of the Iraqi Civil Code by adding the word “consensual” in order to make the definition more accurate from a linguistic point of view, as well as to be in front of a comprehensive definition of the right of easement. Moreover, we suggest that the text of the article be as follows (a consensual right that limits the benefit of a property to the benefit of another property owned by another owner). The Iraqi legislator did not

stipulate that the right of consensual easement is explicitly restricted to public order within the articles relating to the right of consensual easement. Therefore, we call on the Iraqi legislator to include this condition within Article (١٢٧١) and that the contracted easements are not specified, but they are subject to the constraint of public order so that it is not possible to establish the rights of a consensual easement contrary to the general law.

Repulic Of Iraq

Ministry Of Higher Education

And Scientific Research

College Of Law-University Of Babylon



The concept of the rights of consensual easement

(A Comparative Study)

A Thesis Submitted To The Board of the College Of Law-
University of Babylon As Partial Requirements for
obtaining a master s degree in Law/ Private Law

BY:

Montather Najam Abd Majy

Supervised By:

Dr. Mansour Hatem Mohsen Al-Fatlawi

Professor Of Civil Law

١٤٤٤A.H

٢٠٢٢A.D

