

الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بأعمال

الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي- (*)

The Real Estate Licence in the English Law/ An Analytical Comparative Study with the Islamic Jurisprudence and the Iraqi Civil Law

يونس صلاح الدين علي

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية - جامعة جيهان الخاصة

Younis Salahuddin Ali

College of Law, International Relations and Diplomacy - Ceyhan Private University

Correspondence:

Younis Salahuddin Ali

E-mail: younis888_sss@yahoo.com

المستخلص

تعد الرخصة العقارية أحد أنواع الحقوق الشخصية التي تضمنها قانون الأحكام العام الانكليزي العرفي غير المكتوب، والمبني على السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية، فضلاً عن قواعد العدالة والإنصاف. وتقوم هذه الرخصة على أساس الحيابة المكسبة للحق الشخصي، كما هو الحال بالنسبة إلى حيابة المستأجر للعقار المأجور، وحيابة الوديع للمال المودع لديه. وليس على أساس الحيابة المكسبة للملكية. وقد تضمن القانون الإنكليزي أربعة أنواع من الرخص العقارية هي: الرخصة المجردة، والرخصة التعاقدية، والرخصة المقترنة بمصلحة، والرخصة المانعة بالإغلاق. وقد تتحول هذه الرخص أحياناً إلى حق عيني عقاري، إذا ما اقترنت بالأمانة الحكيمة، والزمتم مشتري العقار بالتقيد بها واحترامها. وبالمقابل عرف الفقه الإسلامي أعمال الإباحة، وأطلق عليها تسمية ملك الانتفاع، أو حق الانتفاع، الذي لا يقوم على أساس تملك المنفعة، خلافاً لملك المنفعة الذي يستند على

(*) أستلم البحث في ٢٠١٩/١١/٣ *** قبل للنشر في ٢٠١٩/١٢/٢٢.

(*) received on 3/11/2019 *** accepted for publishing on 22/12/2019.

Doi: 10.33899/arlj.2022.175372

© Authors, 2022, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license

(<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

تمليك المنفعة. في الوقت الذي لم ينظم فيه القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ أعمال الإباحة تنظيمًا كاملاً، على الرغم من الإشارة إليها. وتكمن مشكلة البحث في القصور الذي اعترى موقف القانون المدني العراقي في معالجة موضوع الإباحة القائمة على الإذن أو الرخصة، ولا سيما الإباحة في استعمال العقار. لذا يوصي الباحث المشرع العراقي بالأخذ بالرخصة المقترنة بمصلحة والرخصة المانعة بالإغلاق.

الكلمات الرئيسية: الرخصة، الإغلاق، الحق الشخصي، حق المستأجر.

Abstract

The real estate licence is considered as, a general rule, a personal right under the English Common law of customary origins, which is unwritten and based upon judicial precedents of the English courts. As well as the principles of equity. The licences are based on the occupation for acquiring the personal right, as it is the case with the occupation of the tenant, and the bailee. And it is not based upon the adverse possession for acquiring the real right. It is worth-bearing in mind that the licence is categorized into four main types: The bare licence, the contractual licence, the Licence Coupled with an Interest, and the estoppel licence. And it can be transferred into a real right, if connected with the constructive trust. And obliges the real estate purchaser. The Islamic jurisprudence in turn recognized permission acts, and called them beneficial rights, as opposed to beneficial property or ownership. Whereas the Iraqi civil law No. (40) of 1951, did not organize completely permission acts, in spite of mentioning them. The problem of the research lies in the shortage and insufficiency committed by the Iraqi legislator in dealing with the permission based upon the licence, particularly the permission of using the real estate. Therefore, the researcher recommends that the Iraqi legislator adopt the licence coupled with an Interest and the estoppel licence.

Keywords: Licence, Estoppel, Personal Right, Leasehold. □

أقدمية

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: تعد الرخصة العقارية أحد أنواع الحقوق الشخصية التي نشأت في ظل قانون الأحكام العام الانكليزي غير المكتوب ذي الأصل العربي، والذي استقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية أولاً^(١)، ومن قواعد العدالة والإنصاف^(٢)، ثم من التشريعات الصادرة لاحقاً^(٣). وتقوم هذه الرخصة على أساس الحيابة المكسبة للحق الشخصي، كما هو الحال بالنسبة إلى حيابة المستأجر للعقار المأجور، وحيابة الوديع للمال المودع لديه. وهي حق شخصي يمنحه مالك العقار لشخص ما، يتمثل بحيابة ذلك العقار أو جزء منه لمدة محددة، من دون أن يتمتع بالحيابة المكسبة لملكية ذلك العقار. وتتخذ الرخصة العقارية أربعة أنواع رئيسة هي الرخصة المجردة، والرخصة التعاقدية، والرخصة المقترنة بمصلحة، والرخصة المانعة بالإغلاق. أما الفقه الإسلامي فقد عرف أعمال الإباحة، وأطلق عليها تسمية ملك الانتفاع، الذي لا يقوم على أساس تملك المنفعة، خلافاً لملك المنفعة الذي يستند على تملك المنفعة. كما أطلق الفقه الإسلامي المعاصر تسمية حق الانتفاع على ملك الانتفاع، وجعله مرادفاً للإباحة، لتمييزه عن ملك المنفعة. في الوقت الذي اقتصر فيه القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على ذكر الإباحة في الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) منه، فيما يتعلق بالتنظيم القانوني للحيابة. إلا أنه لم ينظم أعمال الإباحة تنظيمًا كاملاً، ولم يخصص لها ما يكفي من النصوص القانونية.

ثانياً: أهداف البحث: تتمثل أهداف البحث في محاولة الاستفادة من الاتجاهات التي تبناها القضاء الانكليزي، والمتمثلة بالسوابق القضائية للمحاكم الانكليزية، وكذلك التشريعات الانكليزية فيما يتعلق بالرخصة العقارية واستعمالاتها. لتلافي النقص في التنظيم التشريعي

(١) د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام (منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،

٢٠١٢) ص ٧.

(2) John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, (Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013), P.4.

(3) Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, (Fifth Edition, DELMAR, 201٥). P.3

الذي شاب هذا أعمال الإباحة في القانون المدني العراقي، على الرغم من تأثره بالفقه الإسلامي.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في الاستعمال الواسع النطاق للرخصة العقارية في القانون الإنكليزي، والذي يختلف باختلاف أنواعها الأربعة، التي سوف نتطرق إليها في متن البحث. فضلاً عن التعرف على توجه القانون الإنكليزي في تطبيق بعض الأحكام الخاصة بالرخصة العقارية التي تمثل أعمال الإباحة، وتقوم على أساس الإذن باستعمال العقار. أما أهمية موضوع البحث في القانون والقضاء العراقيين فتكمن في ضرورة التمييز وبوضوح، بين أعمال الإباحة التي يمارسها المباح له بإذن وترخيص من مالك العقار، مما يعد استعمالاً لرخصة مقررة قانوناً، فلا يتحقق الركن المادي للحيازة لانتهاء التعدي^(١). وبين الحيازة التي لا تقوم على مجرد الإباحة.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في القصور الذي اعترى موقف القانون المدني العراقي في معالجة موضوع الإباحة، على الرغم من تأثره بالفقه الإسلامي. إلا أنه لم يتضمن نصوصاً كافية تنظم أعمال الإباحة القائمة على الإذن أو الرخصة، ولا سيما الإباحة في استعمال العقار، والإذن للمباح له في استعماله. باستثناء الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) منه، والمتعلقة أصلاً بالحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية. وعدم وجود نصوص أخرى تنظم العلاقة بين المبيع والمباح له، والآثار القانونية المترتبة على الإباحة. على الرغم من معالجة الفقه الإسلامي المستفيضة لهذا الموضوع. ومحاولة الإفادة من أنواع الرخصة العقارية التي انفرد بها القانون الإنكليزي، لاقتراح بعض النصوص القانونية لتنظيم موضوع الإباحة.

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في مفهوم الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي، وأنواعها والآثار القانونية المترتبة عليها، ومقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي المتأثر به.

(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الأول. الحقوق العينية الأصلية. (وزارة التعليم العالي. بغداد. ١٩٨٢)، ص ٢٠٤.

سادساً: منهجية البحث: وللوصول إلى الغايات المرجوة من البحث، فقد انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لموضوع الرخصة العقارية في القانون الانكليزي، ومقارنتها بموقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم الرخصة العقارية

المبحث الثاني: أنواع الرخصة العقارية

المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على الرخصة العقارية

المبحث الأول

مفهوم الرخصة العقارية

إن دراسة مفهوم الرخصة العقارية (Real Estate Licence) في القانون الانكليزي تستلزم منا البحث في تعريفها وخصائصها وطبيعتها القانونية، ومقارنتها بموقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

تعريف الرخصة العقارية

يعرف جانب من الفقه^(١) الرخصة العقارية بأنها (حق شخصي يمنحه مالك العقار لشخص ما، يتمثل بحيازة ذلك العقار أو جزء منه لمدة محددة، من دون أن يتمتع بالحيازة المكتسبة لملكية ذلك العقار). وعرفها جانب آخر من الفقه الانكليزي^(٢) بأنها (السماح بالقيام بعمل ما (Permission to do something)، ويتمثل بشكل رئيس بمنح الحق بدخول العقار والقيام بعمل ما فيه)، فهو سماح بالقيام بعمل ما في العقار. وعرفت أيضاً

(1) Alison Clarke , Paul Kohler. Property Law, Commentary and Materials. (First Edition. Cambridge University Press. 2005). P.271.

(2) Rojer J. Smith. Property Law. Property Law. (Eighth Edition. PEARSON Education Limited. London. 2014). P.475.

بأنها (حق شخصي باستعمال عقار ما, يكون المالك حراً في ترتيبه لأي شخص شاء)^(١). ويعرف الطرف المانح للرخصة بالمرخص (Licensor) أما الطرف الآخر المتمتع بالرخصة فيعرف بالمرخص له (Licensee). ويكون هذا الحق الشخصي خالصاً أو مانعاً, بمعنى أنه يستبعد أو يحول دون تمتع المالك الأصلي بحيازة كل العقار أو جزء منه خلال مدة السماح (Duration of the Permission). ولأن هذا الحق هو من الحقوق الشخصية (Personal Rights), ولا يمثل حقاً من الحقوق العينية أو حقوق الملكية (Property Interest), فإنه يمكن الاحتجاج به تجاه المالك المرخص فحسب^(٢), ولا يمكن للمرخص له إقامة الدعوى على الغير الذي يطرد المرخص له من العقار. ولا يتمتع بحق إقامة مثل هذه الدعوى سوى المالك المرخص نفسه^(٣). وعلى الرغم من أن الرخصة هي من الحقوق الخالصة أو المانعة أو الحصرية (Exclusive Rights), إلا أنها قد تمثل حقاً محدوداً (Limited Right) في نفس الوقت^(٤). ومثال ذلك أن يقوم المرخص (Licensor) بإعطاء رخصة للمرخص له (Licencee) باستعمال بحيرة صغيرة في عقار الأول عن طريق تسيير الزوارق السياحية فيها, ومن دون أن يستأجر المرخص له البحيرة. فلا يكون حق المرخص له على ذلك الجزء من العقار حقاً عينياً, فهو ليس بحق ملكية (Property Interest), كما أنه ليس بحق اتفاق عينياً (Easement). ولكنه حق شخصي على ذلك الجزء من العقار يتمثل بالرخصة^(٥), فيبقى المرخص له متمتعاً بحقه, طالما لم يرتكب أي تعدي (Trespass) على العقار^(٦). وإن كان هذا الحق من الحقوق الشخصية, إلا أنه ليس بحق المستأجر (Lease), لأن المرخص له لم يدفع أية أجرة إلى المرخص. وهو ما تبنته المحكمة في حكمها الصادر في قضية

(1) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. (Seventh Edition. Oxford University Press.2011).P.412.

(2) James Karp & Elliot Klayman. Real Estate Law. (Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003) .P.188.

(3) Alison Clarke , Paul Kohler. op. Cit. P.271.

(4) Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. (Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012) .P.627.

(5) Barbara Bogusz and Rojer Saxton. Land Law text Cases and Materials. (Fourth Edition. Oxford university Press. 2015). P.304.

(6) Kevin Gray and Susan Francis Gray. Elements of Land Law. (Fifth Edition. Oxford University Press. 2009). P.1260.

(Hill v Tupper 1863. 2 H&C 121. 159 ER 51) التي تتلخص وقائعها^(١) بحصول المدعي (Hill) على رخصة عقارية حصرية (Exclusive Contractual Licence) لاستعمال مرفأ صغير (Aldershot Wharf) على ضفة قناة (Basingstoke) والانتفاع به من الشركة المكلفة بإدارة القناة. وقد حصل المدعي بمقتضى هذه الرخصة على حق حصري منفرد (Sole and Exclusive Right), يسمح له استعمال زوارق للإيجار في تلك البحيرة. إلا أن المدعى عليه السيد (Tupper) كان يمتلك نزلاً (Landlord of an Inn) على ضفة تلك البحيرة أيضاً. وقام بدوره أيضاً بوضع بعض الزوارق في تلك البحيرة لغرض الإيجار. مما أفسد على المدعي السيد (Hill) مهنته، وتسبب في تعرضه لخسائر مالية كبيرة. فأقام الدعوى على المدعى عليه، وطلب من القضاء إيقافه عن ممارسة تلك الأعمال. فدفع المدعى عليه بأن المدعي لا يتمتع بحق الاستعمال الحصري المنفرد (Sole and Exclusive Use) للقناة، فرد المدعي بأن حقه يكمن في استعمال شيء معين في عقار الغير. وعلى هذا الأساس كان السؤال المطروح أمام المحكمة هو: هل يعد هذا الحق من الحقوق التي يعترف بها القانون؟. فقضت المحكمة في حكمها بأن الحق الذي يتمتع به المدعي هو مجرد حق شخصي (Personal Right)، وجاء في حكم المحكمة بأن الحق في الاستعمال الحصري المنفرد للعقار (Right to the Sole and Exclusive Use of Land) ليس من الحقوق الراسخة في القانون. كما أن العقد المبرم بين الطرفين لم يترتب عليه أي حق عيني قانوني (Legal Property Right). ولم يفرض القانون واجباً على المدعى عليه السيد (Tupper). ولو كان المدعي يرغب فعلاً في إيقاف المدعى عليه عن ممارسة تلك الأعمال، فقد كان ينبغي عليه إجبار الشركة المعنية على الاعتراف له بحق عيني في مواجهة المدعى عليه. فضلاً عن ذلك فإن حق المدعي هو ليس بحق اتفاق (Easement) أيضاً. لأنه لو كان قد استعمل القناة كمرور للعبور من إحدى الضفتين إلى الأخرى، ففي هذه الحالة فقط يمكن القول بوجود حق اتفاق. لأن أحد العقارين كان سوف يستفيد من العقار الآخر. إلا أن ما تبين من وقائع هذه القضية هو أن حق الاستعمال

(١) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/hill-v-tupper.php>

الحصري المنفرد للقناة (Right to the Sole and Exclusive Use of Canal) لم يكن لغرض إفادة عقار على حساب عقار آخر، ولكن لمجرد ممارسة مهنة معينة. أما في الفقه الإسلامي فقد عُرِفَت الرخصة العقارية بالإباحة، وأُطلق عليها تسمية ملك الانتفاع، الذي يقوم على أساس الإباحة لا التملك^(١)، ويتميز عن ملك المنفعة الذي يعطي صاحبه حق التصرف في المنفعة تصرف الملاك في أموالهم، فيحق له تملك المنفعة التي تملكها لغيره. كأن يقوم المستأجر بتأجير المأجور، والمستعير بإعارة العارية إلى الغير أيضاً. كما أطلق الفقه الإسلامي المعاصر تسمية حق الانتفاع على ملك الانتفاع لتمييزه عن ملك المنفعة، وجعله مرادفاً للإباحة التي تعطي المباح له حق الانتفاع ولا تعطيه ملك المنفعة^(٢). المنفعة^(٣). وعلى هذا الأساس فقد عرف جانب من الفقه الإباحة بأنها (حق يُثبِت للإنسان أثراً لإذنه بأن يتمتع. وقد يكون الإذن من المالك، أو قد يكون من الشارع)^(٤). وعرفها آخر بأنها (حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن، والإذن قد يكون من المالك أو من الشرع)^(٥). وعرفت^(٥) أيضاً بأنها (ترخيص أو إذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، ولا

(١) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. الجزء السادس. (الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. ١٩٨٣). ص ٣٢٦.

(٢) محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (دار الفكر العربي القاهرة. ١٩٦٩). ص ٧٠.

(٣) الشيخ علي الخفيف. أحكام المعاملات الشرعية. (دار الفكر العربي القاهرة. ٢٠٠٨). ص ٤٨.

(٤) د. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية. (الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. دمشق. ١٩٨٥). ص ٤٩٤.

(٥) د. مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. الجزء الأول. (الطبعة الثانية. دار القلم دمشق. ٢٠٠٤). ص ٣٧٣.

تجعله مملوكاً، بل هي دون التملك). وعرفت^(١) أخيراً بأنها (ترخيص أو إذن قابل للرجوع عنه متى شاء المبيع). ويتبين من هذه التعاريف بأن الإباحة يترتب عليها حق الانتفاع للمباح له، ومن دون ملك المنفعة^(٢). فحق الانتفاع هو الإذن للشخص في أن يباشر الانتفاع بنفسه فحسب، خلافاً لملك المنفعة الذي يحق بمقتضاه للشخص أن يباشر الانتفاع بنفسه، أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض عن طريق الإجارة، أو بغير عوض عن طريق العارية. وعرف جانب من فقه^(٣) القانون المدني العراقي الإباحة بأنها رخصة مقررة في القانون تسمح للشخص القيام بأعمال تؤدي إلى الانتفاع بملك الغير، ولا تنطوي على معنى التعدي. وتختلف أعمال الإباحة عن الأعمال المبنية على التسامح^(٤)، من حيث أن الأخيرة لا تقوم على أساس رخصة أو حق يقرره القانون. إلا أن المالك يتحملها على سبيل

(١) د.أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (دار الجامعة الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥)، ص ٨٥.

(٢) محمد أبو زهرة. مصدر سابق. ص ٧٠.

(٣) محمد طه البشير ود.غني حسون طه. مصدر سابق. ص ٢٠٤.

(٤) يمكن المقارنة بين أعمال الإباحة وأعمال التسامح، ببيان أوجه الشبه والاختلاف الآتية: فمن حيث الشبه تتشابه أعمال الإباحة وأعمال التسامح بأن كليهما يمنع قيام الحيابة. أما من حيث الاختلاف فتوجد بينهما ثلاثة أوجه للاختلاف وهي: ١-تؤثر الإباحة على ركني الحيابة المادي والمعنوي، فلا تقوم الحيابة لتخلف ركنيها معاً. خلافاً للأعمال المبنية على التسامح التي تؤثر على الركن المعنوي، فيتخلف هذا الركن بوجودها. فلا تقوم الحيابة لتخلف أحد ركنيها. ٢-تعد الإباحة استعمالاً لرخصة مقررة في القانون، خلافاً للأعمال المبنية على التسامح التي لا تستند على رخصة أو حق يقرره القانون. ٣-أعمال الإباحة ينتهي معها التعدي، فلا تقوم الحيابة التي يتكون الركن المادي لها من أعمال يجب أن تنطوي على معنى التعدي. أما الأعمال المبنية على التسامح فتتنطوي على معنى التعدي، ولكن الغير يتحملها تسامحاً منه. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتقاء). (الجزء التاسع. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤). ص ٧٩٩.

التسامح، على الرغم مما تنطوي عليه من تعذر على ملكه. فالمباح هو أي شيء يكون في متناول أي شخص مجاناً^(١)، ومن دون عوض^(٢).

المطلب الثاني

خصائص الرخصة العقارية

تتسم الرخصة العقارية (Licence) في القانون الإنكليزي بسمات معينة سوف نذكرها، ثم نبين موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي من ذلك وكما يأتي:
أولاً: تتسم الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي بأنها حق شخصي (Personal Right) لا يرقى إلى مستوى الحقوق العينية ومن أبرزها حق الملكية والحقوق المترفعة عنه كحق الاتفاق^(٣).

ثانياً: تتحول الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي إلى حق عيني عقاري (Proprietary Interest)^(٤)، إذا ما اقترنت بالأمانة الحكيمية^(٥) (Constructive Trust).

(١) أنور العمروسي. الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني. (الطبعة الخامسة. شركة ناس للطباعة القاهرة. ٢٠١٥). ص ٢١١.

(٢) وجدير بالذكر فقد عرفت المادة (٨٣٦) من مجلة الأحكام العدلية الإباحة بأنها إعطاء الرخصة والإذن لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض.

(3) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. op. Cit. P.412.

(4) Louise Tee. Land Law, Issues Debates, Policy.(Routledge Taylor & Francis Group. London. 2014). P.101.

(٥) الأمانة الحكيمية (Constructive Trust) هي نظام قانوني يمكن عن طريقه لأحد الأشخاص الذي يعرف بالأمين (Trustee) إدارة الأموال لمصلحة شخص آخر يعرف بالمستفيد (Beneficiary) أو المنتفع من الأمانة (Cestui que Trust). فيلتزم بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد (Beneficiary)، والتي تتألف من عقارات يرصدها المالك أو يخصصها لمصلحة المستفيد بعد وفاته (أي بعد وفاة المالك) وتتشأ بقوة القانون، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي بأن هذا النظام القانوني مقتبس من نظام الوقف السائد في الفقه الإسلامي، لمزيد من التفصيل ينظر:

Alastair Hudson. Equity and Trusts. (Sixth Edition. Routledge. Cavendish. Taylor & Francis Group. London and New York. 2010). P.42. .

والزمت مشتري العقار بالتقيد بها^(١) واحترامها^(٢).

ثالثاً: تتسم الرخصة العقارية في القانون الانكليزي بأنها تكتسب في بعض الأحيان طبيعة الملكية (Proprietary nature), إلا أنها لا ترقى إلى مستوى حق الملكية, لعدم استيفاء الشكليات (Formalities) الضرورية لنقل الملكية^(٣). مثال ذلك أن يرخص مالك العقار (A) ابنه (B) ببناء منزل على قطعة أرض (Plot of Land) يملكها الأب, ويوقع على وثيقة تنص على أن ملكية تلك القطعة سوف تؤول إلى الابن (B). ففي هذه المرحلة فإن حق الابن على قطعة الأرض هو حق شخصي يتمثل بالرخصة العقارية, إلا أنه يقترب بعض الشيء من طبيعة حق الملكية. أما نقل الملكية (Conveyance) فإنه لا يتم إلا بعد استيفاء الشكليات الضرورية والمطلوبة, وإفراغها في السند العقاري (Deed), وذلك عن طريق إبرام العقد الشكلي أو العقاري (Contract by Deed) في هيئة التسجيل العقاري^(٤).

رابعاً: تتسم الرخصة العقارية بأنها نوع من أنواع الحيازة المكسبة للحق الشخصي (Occupation), وعلى الرغم من أنها تتفق مع الحيازة المكسبة لملكية العقار (Possession) من حيث أنها تمثل سيطرة مادية خالصة وقصدية على كل العقار أو جزء منه, إلا أنها تبقى مرتبة لحق شخصي, وليست مكسبة للملكية.

خامساً: وتتسم الرخص العقارية في القانون الانكليزي أيضاً بأنها تنضوي تحت فئة واسعة (Wide Category) من الحقوق المعروفة بالرخص (Licences)^(٥), والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر. خلافاً للحقوق العينية التي وردت في هذا القانون على سبيل الحصر.

سادساً: تعد الرخصة العقارية من الحقوق غير القابلة للحوالة (Non-assignable Rights), والتي لا يمكن الاحتجاج بها أو تنفيذها (Unenforceable Rights) في

(1) E. H Burn and J. Cartwright. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. (Seventeenth Edition. Oxford University Press. 2006) P.839.

(2) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.478.

(3).ibid. P.474.

(4).ibid. P.474.

(5).ibid. P.474.

مواجهة الأغيار (Third Parties). خلافاً لحق المستأجر (Lease) الذي يمكن حوالته والاحتجاج به أو تنفيذه في مواجهة الأغيار^(١).

سابعاً: وتتسم الرخصة العقارية أيضاً بأنها وسيلة لتجنب الآثار والنتائج المترتبة على الحقوق العينية (Proprietary Consequences) كحق الاتفاق (Easement). ففي قضية (IDC Group Ltd v Clark 1992. 65 P&CR 179) طُلبَ من المحكمة أن تقر ما إذا كان السند الرسمي الموقع عليه من مالكي العقارين المتجاورين، والذي حمل عنوان "منح ترخيص" (Grant Licence) لمالكي العقارين المتجاورين للمرور عبر عقار المالك الآخر، في حالة نشوب حريق، هو تعبير عن حق اتفاق أم مجرد رخصة؟ . فقضت المحكمة في حكمها بأن مضمون السند يعبر عن حق اتفاق، إلا أنه جرى الطعن استثناءً بهذا الحكم الابتدائي، وجرى التمسك في الطعن بأن مضمون السند يمثل مجرد منح رخصة وليس حق اتفاق. فأخفق ذلك الطعن الاستثنائي، وجاء في حكم محكمة الاستئناف بأنه تمت صياغة السند بمهنية عالية، وجرى اختيار عبارة "منح ترخيص" عن قصد لتجنب الآثار والنتائج المترتبة على حق الاتفاق العيني^(٢). وكانت المحكمة قد تبنت هذا الاتجاه قبل ذلك، وخلصت إلى أن الاتفاق هو رخصة وليس إيجار^(٣)، وذلك في حكمها الصادر في قضية (Street v Mountford 1985. AC 809) التي تتلخص وقائعها^(٤) بمنح المستأنف ضده (Respondent) السيد (Street) ترخيصاً للمستأنف (Appellant) السيد (Mountford) لحياسة غرفتين بأجرة اسبوعية (Weekly Rent) تنتهي بالإخطار خلال مدة أقصاها أربعة عشر يوماً. وقد أبرم الاتفاق المكتوب تحت عنوان اتفاق الترخيص (Licence Agreement). وتضمن بنداً ينص على أن هذا الاتفاق لا يترتب عليه أي إيجار (Tenancy). وكان المستأنف

(1) Alison Clarke , Paul Kohler. op. Cit . P.271.

(٢) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://swarb.co.uk/idc-group-ltd-v-clark-ca-2-jul-1992/>

(3) Chris Davies. Property Law Guidebook. (Second Edition. Oxford University Press. 2015). P.117.

(٤) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/street-v-mountford.php>

ضده قد طلب من المحكمة أن تصدر حكماً يقضي بأن حق المستأنف هو مجرد رخصة. وقضت له المحكمة بذلك، فاستأنف السيد (Mountford) الحكم. فافترضت محكمة الاستئناف الافتراض الآتي: إذا كان الاتفاق الذي جرى التوصل إليه مجرد رخصة (Licence) وليس إيجاراً (Tenancy)، فحينئذ لا يمكن للمستأنف السيد (Mountford) المطالبة بالأجرة العادلة أو المنصفة (Fair Rent) بمقتضى التشريعات المنظمة للأجرة (Rent Acts). وكانت حجة المستأنف ضده أن نية الطرفين لم تتجه، إلا إلى الاتفاق على الرخصة وليس على الإيجار. وأن صياغة الاتفاق تحت عنوان "الرخصة"، تعني أنه ينبغي أن يعامل كذلك، في حالة عدم وضوح البنود الأخرى للاتفاق. إلا أن المستأنف تمسك بحجة مؤداها أن الأمر المهم في الاتفاق جوهره وليس مظهره، وبعبارة أخرى الآثار التي تترتب عليه، وليس صياغته أو عنوانه. فقبلت المحكمة الطعن الذي تقدم به المستأنف وقضت لمصلحته، وجاء في حكمها بأن عقد الإيجار يرتب للمستأجر حيازة خالصة (Exclusive Possession) للعقار المأجور، لمدة محددة أو دورية (Fixed or Periodic Term) وبأجرة محددة. والمهم من وجهة نظر القانون هو الحقوق المترتبة على الاتفاق، وليس العناوين الظاهرية أو الخارجية، والتي غالباً ما لا تكون بنفس الأهمية. والنية الوحيدة التي ينبغي أخذها بنظر الاعتبار هي النية لمنح الحيازة الخالصة، فشاغل العقارات السكنية بأجرة ولمدة محددة أو دورية، يكون إما مستأجراً (Tenant) تكون له الحيازة الخالصة^(١)، أو نزيلاً (Lodger). فيكون نزيلاً إذا ما قام مالك العقار (Landlord) بتقديم الخدمة التي يحتاجها. وفي هذه القضية لم يقدم مالك العقار لشاغله أي خدمة، لذا يكون الاتفاق إيجاراً، على الرغم من تسميته بالرخصة.

ثامناً: وتتسم الرخصة في القانون الانكليزي أخيراً بأنها سماح (Permission) بالقيام بعمل ما، يعد محظوراً من حيث الأصل لولا الرخصة التي سمحت بالقيام به^(٢)، وهو ما استقرت عليه المحكمة في حكمها الصادر في قضية:

- (1) Barlow Burke and Joseph Snoe. Property. (Fifth Edition. Wolters Kluwer. New York. 2016). P.261.
- (2) Samantha Hepburn. Principles Of Property Law. (Second Edition. Cavendish Publishing. London. 2001). P.22.

(Thomas v Sorrell 1673.EWHC (KB) J85), إذ جاء في حكمها بأن الرخصة تتيح للشخص القيام بعمل ما, يعد محظوراً عليه عادةً لولا الرخصة^(١).
تاسعاً: أما في الفقه الإسلامي فتتسم الإباحة بأنها حق انتفاع مجرد أو محض, يتمثل برخصة أو إذن بالانتفاع الشخصي دون التملك^(٢). خلافاً لملك المنفعة الذي يتجسد فيه معنى الملكية, ويسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف المالكين, إلا أنه ملكية ناقصة, تنشأ عن أربعة أنواع من العقود تعرف بالعقود المملّكة وهي: الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف. أما حق الانتفاع المجرد فمصادره أوسع من ملك المنفعة, ففي الوقت الذي يمكن أن ينشأ عن طريق العقود السالفة الذكر ضمن ملك المنفعة, فإنه يمكن أن ينشأ عن مصدرين آخرين لا يترتب عليهما تملك المنفعة وهما: تخصيص الأشياء للانتفاع الناس كافةً أو لفئة منهم, من دون أن يملكها أحدهم. وإباحة المنفعة من مالك خاص, وهي الرخصة أو الإذن المتمثل بحق الانتفاع الشخصي المجرد الذي لا يقرر ملكاً للمباح له^(٣).

عاشراً: أما القانون المدني العراقي فقد سار على نهج الفقه الإسلامي وعد الإباحة إذن أو رخصة يقررها القانون للشخص في الانتفاع بملك الغير^(٤). فهي مجرد إذن أو محض رخصة يأتيها المباح له, ولا تعد حقاً شخصياً, وهو ما يمكن استنتاجه من الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي. كما لم يميز القانون المدني العراقي بين الملك التام والملك الناقص, فهو لا يعرف سوى الملك التام بمقتضى المادة (١٠٤٨) منه. إلا أنه لا يعرف الملك الناقص, على الرغم من أنه عالج بعض موضوعاته تحت مفهوم الحق

(١) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/thomas-v-sorrell-1673.php>

(٢) د.مصطفى أحمد الزرقا. مصدر سابق. ص ٣٧٤.

(٣) د.مصطفى أحمد الزرقا. مصدر سابق. ص ٣٧٥.

(٤) محمد طه البشير ود.غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الأول. الحقوق العينية

الأصلية. (وزارة التعليم العالي. بغداد. ١٩٨٢), ص ٢٠٤.

الشخصي، كملك المنفعة أو الإيجار. وعالج البعض الآخر تحت مفهوم الحق العيني كحق المنفعة^(١).

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للرخصة العقارية

تتمثل الطبيعة القانونية للرخصة العقارية (Licence) في القانون الانكليزي بأنها تعد حقاً من الحقوق الشخصية (Personal Rights)، وليست حقاً عينياً كحق الملكية (Personal Non-Proprietary Rights). إلا أن الرخصة العقارية تتحول إلى حق عيني عقاري (Proprietary Interest)، إذا ما اقترنت بالأمانة الحكيمة، وألزمته مشتري العقار بالتقيد بها واحترامها^(٢). وقد استقر قضاء المحاكم الانكليزية في معظم أحكامه على عد الرخصة العقارية كحق من الحقوق الشخصية، ولا سيما الحكم الصادر في قضية (National Provincial Bank v Ainsworth 1965. A.C. 1175) التي تتلخص وقائعها^(٣) بحياسة الزوج وزوجته وأولادهما لعقار، كان المدعى عليه هو المالك الوحيد المسجل باسمه ذلك العقار (Sole Registered Proprietor). وقد استعمل العقار كتأمين عيني في مقابل السحب على المكشوف (Overdraft) من المصرف، إلا أن الزوج غادر المنزل مع عائلته. وسمح للزوجة الاستمرار بالعيش فيه من دون دفع أجرة ضمن اتفاق مستقل. وطالب المصرف باسترداد الحياسة على العقار ورفضت الزوجة. فأقام المصرف الدعوى وطالب باسترداد الحياسة على العقار، فقضت له المحكمة بذلك وصادق مجلس اللوردات على الحكم، وذكر في حكمه بأن من حق المصرف استرداد الحياسة على العقار، وأن الاتفاق المستقل المبرم مع الزوجة، والذي يسمح لها بالبقاء في المنزل هو مجرد رخصة، والتي تمثل حقاً من الحقوق الشخصية وليست حقاً عينياً، ولا سيما حق الملكية (Personal, Non-Proprietary Right). ولأن الزوجة لا

(١) د. طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية. (الجزء الأول). دار السنهوري. بيروت لبنان. (٢٠١٩). ص ٢٢.

(2) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.478.

(٣) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/national-provincial-vainsworth.php>

تتمتع بأي حق عيني على العقار، فإنه ليس في وسعها معارضة استرداد المصرف للحيازة على العقار. فعلى الرغم من أن الرخصة العقارية هي حق من الحقوق الخالصة أو المانعة أو الحصرية (Exclusive Rights)، إلا أنها تعد، في الوقت نفسه، حقاً محدوداً يمكن استعماله لمدة محددة.

أما في الفقه الإسلامي فإن الإباحة، وكما أشرنا سابقاً، هي حق انتفاع مجرد أو محض، يتمثل برخصة أو إذن بالانتفاع الشخصي دون التملك^(١). وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون المدني العراقي الذي عد الإباحة مجرد رخصة مقررة في القانون، وهو ما يمكن استنتاجه من الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) منه^(٢). فبما أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية، فإنها ينبغي أن تنطوي على معنى التعدي، والذي هو انحراف عن السلوك المعتاد، أو خروج عن نطاق الجواز الشرعي بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، سواء أكان ذلك الخروج مقترناً بالإدراك والتمييز أم غير مقترن^(٣). خلافاً لأعمال الإباحة التي تقوم على أساس رخصة أو إذن بالانتفاع بملك الغير، ولا تنطوي على التعدي على ملك الغير، ولكن على معنى التسامح من الغير في الانتفاع بملكه^(٤). والحيازة مكسبة للملكية أو الحق العيني، إذا ما اقترنت بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى^(٥)، على الرغم من أن مرور الزمان هو

(١) الحافظ أبو فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي. القواعد في الفقه الإسلامي. (دار الفكر

للطباعة والنشر والتوزيع. بدون تاريخ طبع). ص ١٩٧.

(٢) نصت المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي على أنه (لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص أنه مجرد إباحة، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه، وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة).

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (الجزء الأول، الذاكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١١)، ص ٥٥٢. ينظر أيضاً د. أحمد سلمان شهاب السعداوي ود. جواد كاظم جواد سميح. مصادر الالتزام. دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي. (الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. ٢٠١٧). ص ٢٨٦.

(٤) د. درع حماد عبد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها. (دار السنهوري. بيروت لبنان. ٢٠١٨). ص ٢٧٦.

(٥) محمد طه البشير ود. غني حسون طه. مصدر سابق. ص ٢٢٢.

مجرد دفع يستفيد منه الحائز، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن (من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي). إلا أن هذا القانون نظم أحكام الحيابة المقترنة بمرور الزمان ضمن نطاق أسباب كسب الملكية. وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول بأن الإباحة التي هي مجرد إذن أو محض رخصة يأتيها المباح له، ولا تعد حقاً شخصياً. كما لا ترقى إلى الحيابة، لانتهاء التعدي، فهو لا يتعدى في إتيانه لها على حق أحد^(١). وتختلف الإباحة عن الحق الشخصي في عدة جوانب من أبرزها: أن المباح له يعد منتفعاً، فالإباحة بالنسبة إليه من أعمال الانتفاع^(٢). خلافاً لصاحب الحق الشخصي الذي يعد دائماً وليس منتفعاً. كما أن الإباحة، وكما أشرنا سابقاً، هي مجرد إذن أو رخصة يمنحها المبيع للمباح له، أما الحق الشخصي فهو رابطة بين الدائن والمدين.

المبحث الثاني

أنواع الرخصة العقارية

تصنف الرخصة العقارية (Licence) في القانون الانكليزي إلى أربعة أنواع رئيسية هي الرخصة المجردة (Bare Licence)، والرخصة العقدية أو التعاقدية (Contractual Licence)^(٣)، والرخصة المقترنة بمصلحة (Licence Coupled with an Interest)، والرخصة المانعة بالإغلاق (Estoppel Licence). وسوف نبحث في هذه الأنواع الأربعة للرخصة العقارية في القانون الانكليزي وكما يأتي:

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٩. مصدر سابق.

ص ٧٩٩.

(٢) د. صالح أحمد محمد. عقد الإباحة. (مجلة الرافدين للحقوق. كلية الحقوق. جامعة

الموصل. المجلد -١٠- العدد ٣٨. السنة ٢٠٠٨). ص ٣٨.

(3) Elizabeth Cooke. Modern Studies in Property Law. (Volume 4. HART Publishing. 2007). P.122.

المطلب الأول

الرخصة المجردة

تعد الرخصة المجردة (Bare Licence) من أبسط أنواع الرخص العقارية، وهي مجرد سماح (Simple Permission) بدخول عقار ما. أو سماح مجاني أو دون مقابل (Gratuitous Permission) للقيام بعمل ما في العقار^(١). مثال ذلك دعوة مالك العقار لضييفه إلى مأدبة غداء أو عشاء في عقاره. ففي مثل هذه الحالة يمنح مالك العقار ضيفه رخصة مجردة أو بسيطة بدخول العقار^(٢)، لكي ينفي عنه صفة المتعدي على العقار (Trespass to Land)^(٣). وتنتهي هذه الرخصة إما بالانتهاء من العمل الذي يقوم به المرخص له، أو بإبلاغه من المرخص بضرورة مغادرة العقار^(٤). ولا يؤثر في ذلك ما إذا كانت الرخصة قد صدرت للمرخص له شفهيًا أم كتابيًا. أما بيع العقار فيعد إنهاءً ضمنيًا (Implicit Termination) لهذا النوع من الرخص. وفي جميع الأحوال فإنه ينبغي على المرخص أن يمنح المرخص له وقتاً معقولاً (Reasonable Time) للمغادرة^(٥). ولأن هذه الرخصة هي من الرخص البسيطة فإن الوقت المعقول (Reasonable Time) لا يقل عن بضع دقائق ولا يتجاوز أكثر من ساعة، في حالة الطلب من ضابط الشرطة مثلاً بمغادرة المنزل. وقد يمتد لشهر إذا كان المرخص له ساكناً في ذلك العقار. ويتحول المرخص له بعد انقضاء ذلك الوقت إلى غاصب للعقار (Trespasser to Land)^(٦). ففي قضية (Robson v Hallett 1967.2) (Police Sergeant) التي تتلخص وقائعها^(٧) بقدم رقيب الشرطة (Two Constables) إلى منزل المدعى عليهما الأول والثاني، لغرض التحقيق بخصوص بعض المخالفات المرتكبة. فدخل الرقيب إلى داخل المنزل. بعد أن

(1) Samantha Hepburn. op. Cit . P.22.

(2) Kevin Gray and Susan Francis Gray. op. Cit . P.1288.

(3) .ibid. P.1260.

(4) Barbara Bogusz and Rojer Saxton. op. Cit . P.305.

(5) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.475.

(6) Kevin Gray and Susan Francis Gray. op. Cit . P.1260.

(٧) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/robson-v-hallett-1967.php>

سمح له بالدخول. وبقي الشرطيان في الخارج لعدم السماح لهما بالدخول. وعندما شاهد والد المدعى عليهما الرقيب في المنزل طلب منه المغادرة فوراً، فامتثل الرقيب للطلب وبدأ بالمغادرة، إلا أنه وبمجرد أن أدار ظهره قفز عليه أحد المدعى عليهما من الخلف وضربه في ظهره. وعندما شاهد الشرطيان ما يجري في المنزل أسرعاً لنجدة الرقيب، فحدث شجار تدخل فيه المدعى عليه الثالث شقيق المدعى عليهما. فأدين المدعى عليهما الثلاثة بالاعتداء بالضرب على الرقيب والشرطيان اللذان معه أثناء تأديتهم لواجبهم، فاستأنف المدعى عليهم الحكم، على أساس أن الشرطة كانوا متعددين على العقار (Trespassers)، ولم يكونوا ينفذوا واجبهم بصورة صحيحة. وكان السؤال المطروح أمام محكمة الاستئناف هو أنه، وعلى الرغم من الإدانة الجنائية (Criminal Conviction) للجناة الثلاثة، هل حصل الرقيب والشرطيان على الرخصة بدخول المنزل؟ وإذا كانوا قد حصلوا عليها فعلاً فهل يمكن إلغاء تلك الرخصة؟. فقضت محكمة الاستئناف في حكمها بما يأتي: (١) من واجب ساكني المنزل منح رخصة ضمنية (Implied Licence) بدخول المنزل لأي شخص ينفذ مهمة رسمية، بعد أن يترك الباب ويدخل منه. (٢) دخل أفراد الشرطة إلى المنزل بطريقة مشروعة، ولم يتم إلغاء الرخصة الممنوحة لهم، لأنهم كانوا ينفذون واجبهم الرسمي. (٣) إذا ما جرى إلغاء الرخصة بدخول العقار، فإنه ينبغي منح المرخص له الوقت المعقول (Reasonable Time) للمغادرة. وقبل الانتهاء من هذا النوع من الرخص فإنه ينبغي الإشارة إلى مسألتين مهمتين: الأولى أن إنهاء الرخصة المجردة لا يحتاج إلى إخطار (Notice)، والثانية أن بالإمكان حمايتها بالإغلاق^(١) (Estoppel) أو بالأمانة الحكيمة (Constructive Trust). ويمكن القول بأن الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

(١) يعد الإغلاق (Estoppel) أحد المبادئ الشائعة في قانون الأحكام العامة الإنكليزي، والذي بمقتضاه يحظر على أحد الطرفين الرجوع عن وعده الذي قطعه تجاه الطرف الآخر الذي اعتمد هذا الأخير بشكل منطقي ومعقول على هذا الوعد وتصرف على أساس ذلك، بحيث أن أي رجوع أو عدول عن ذلك الوعد سوف يلحق به ضرراً جسيماً. لمزيد من التفصيل ينظر:

Robert Duxbury. Contract in a Nutshell, (sweet and Maxwell, 2001), P.24.

العراقي الذي سار على نهجه، هي محض رخصة أو إذن يتمثل بحق الانتفاع الشخصي^(١). وهي تتشابه في هذا الوصف مع الرخصة المجردة في القانون الإنكليزي. ولا نستبعد أن يكون القانون الإنكليزي قد اقتبسها من الفقه الإسلامي. ودليلنا في ذلك ما ذهب إليه أحد أبرز الفقهاء الإنكليز^(٢)، الذي يرى بأن الكثير من النظم القانونية الراسخة والسائدة في القانون الإنكليزي في وقتنا الحاضر، يرجع أصلها إلى الفقه الإسلامي. كما هو الحال بالنسبة إلى نظام الأمانة (Trust) الذي اقتبسه القانون الإنكليزي من نظام الوقف (Waqf) السائد في الفقه الإسلامي، الذي أدخلت فكرته إلى إنكلترا عن طريق المحاربين الصليبيين العائدين إلى إنكلترا، واللذين جلبوا مفاهيمه الأساسية وساهموا في نشرها في إنكلترا.

المطلب الثاني

الرخصة التعاقدية

تعد الرخصة عقدية أو تعاقدية (Contractual Licence)، وفقاً لقانون الأحكام العام (Common Law)، إذا ترتبت على عقد بين المرخص والمرخص له^(٣). وتترتب عليها آثار أكبر وأعمق من مجرد السماح الشخصي القابل للرجوع أو الإلغاء (Revocable Personal Permission)^(٤). وكان الاتجاه التقليدي السائد في القرن التاسع عشر (The Orthodox Nineteenth-Century Approach) لدى المحاكم الإنكليزية يتمثل بإمكانية قيام المرخص بإلغاء الترخيص، حتى وإن ترتب على ذلك الإخلال بالعقد (Breach of Contract). وقد تبنت المحكمة الإنكليزية هذا الاتجاه في حكمها الصادر في قضية Wood v Leadbitter 1845. 13 M & W 838.153.ER.351 التي تتلخص وقائعها^(٥) بشراء المدعي لتذكرة منحه رخصة لمشاهدة سباق الخيل من مدرجات مضمار (Doncaster Racecourse)، إلا أن المدعى عليه مدير المضمار قام بطرده من المدرجات. إذ كان قد دخل إلى

(١) الحافظ أبو فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي. مصدر سابق. ص ١٩٧.

(2) Alastair Hudson. op. Cit . P.42.

(3) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. op. Cit .P.413.

(4) Elizabeth Cooke. op. Cit .P.86.

(٥) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/wood-v-leadbitter.php>

المدرجات برخصة تقوم على أساس دفعه لأجرة الدخول. وقد ادعى المدعي أمام المحكمة، وتمسك بالحجة التي مؤداها أن دفع أجرة الدخول، والرخصة التي حصل عليها تمنحه حق دخول مضمار سباق الخيل والبقاء فيه طيلة مدة السباق. قبل أن يصدر له مدير المضمار المدعى عليه أمراً بمغادرة مدرجات المضمار، ويمنحه وقتاً معقولاً للمغادرة. فقضت محكمة الدرجة الأولى لمصلحة المدعى عليه. فاستأنف المدعي الحكم الابتدائي، وكان السؤال المطروح أمام محكمة الاستئناف هو هل يمكن إلغاء الرخصة أو الرجوع عنها؟. فقضت محكمة الاستئناف في حكمها بأنه يمكن إلغاء الرخصة التعاقدية (Contractual Licence) أو الرجوع عنها في أي وقت، وإذا ما شكل إلغاؤها إخلالاً بالعقد (Revocation is in Breach of a Contract)، فإنه يمكن اللجوء إلى المطالبة بالتعويضات العقدية (Contractual Damages). وذكرت المحكمة في حكمها أيضاً بأن ينبغي لنفاذ (Enforceability) حق أي شخص في مركز المدعي القانوني بدخول العقار والبقاء فيه، أن يمنح سنداً رسمياً يستند على عقد شكلي (Deed). وبذلك فقد صادق حكم محكمة الاستئناف على حكم المحكمة الابتدائية، فالرخصة غير المدعمة بالشكلية (Formality) لا تكون نافذة ويمكن الرجوع عنها. وصدر لمصلحة المدعي عليه مدير المضمار أيضاً.

أما بالنسبة إلى الفقه الإسلامي فقد رأينا سابقاً بأنه، وعلى الرغم من أن حق الانتفاع الشخصي المجرّد يمكن أن ينشأ عن طريق الرخصة أو الإذن من المالك بإباحة المنفعة، من دون أن يؤول ملك المنفعة إلى المباح له، إلا أنه يمكن أن ينشأ عن طريق بعض العقود المملّكة للمنفعة، وذلك ضمن ملك المنفعة^(١). كذلك الحال بالنسبة إلى القانون المدني العراقي الذي يمكن أن تتخذ الإباحة في ظل صيغة العقد^(٢). وهو ما اتجهت إليه محكمة تمييز العراق أيضاً، إذ جاء في أحد أحكامها^(٣) بأنه (يعتبر إنذار البائع بطلب استرداده الدار المببوعة خارج دائرة التسجيل العقاري رجوعاً عن الإباحة، وليس للمشتري حق حبس

(١) د.مصطفى أحمد الزرقا. مصدر سابق. ص ٣٧٥.

(٢) د.صالح أحمد محمد. مصدر سابق. ص ٤٢.

(٣) حكم محكمة تمييز العراق المرقم ١٥٨ / مرتبة الثالثة عقار/١٩٧٤ في ١٩٧٤/١١/٤ (النشرة القضائية. العدد -١- لسنة ١٩٧٤). ص ١١.

الدار لقاء ما دفعه للبائع من مبلغ ادعى أنه مقابل سكناه الدار، لأن ذلك يشكل دعوى مستقلة). فطالما أن الإباحة هي حق شخصي، فإن العقد يكاد يكون المصدر الوحيد لهذا الحق، وذلك لأن المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي حددت صراحة حالات إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة على سبيل الحصر، وذلك كمصدر إرادي مستقل من مصادر الالتزام^(١). إذ نصت على أنه (لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك). ولم تكن أعمال الإباحة بين تلك الحالات، لأن الإباحة تصرف تبرعي.

المطلب الثالث

الرخصة المقترنة بمصلحة

أما النوع الثالث فهو الرخصة المقترنة بمصلحة (Licence Coupled with an Interest) ، ويقصد بالمصلحة التي تقترن بها الرخصة كل منفعة (Profit) يجنيها المرخص له (Licencee) من عقار المرخص (Licensor)^(٢). كالأسمك التي يصيدها من بحيرة تعود ملكيتها للمرخص، أو الثمار التي يجنيها من بستانه. فينبغي على المرخص له، وكخطوة أولى، من أجل الحصول على المصلحة، وممارسة حقه في الانتفاع من عقار المرخص، أن يدخل إلى ذلك العقار^(٣). فحصول المرخص له على السماح (Permission) من المرخص بالدخول إلى عقار الأخير، يعد قبولاً ضمناً أو موافقة ضمنية للإفادة من المصلحة المقترنة بالترخيص^(٤). وهذا يعني بأن الدخول المشروع إلى عقار المرخص يعد شرطاً لنفاذ (Enforceability) التمتع بالمنافع التي يجنيها المرخص له من عقار المرخص. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٥) بأنه، وعلى الرغم من أن

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، (الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣)، ص ٣٩٢. ينظر أيضاً د. منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء. (منشورات آراس. أبريل. ٢٠٠٦). ص ٢٥١.

(2) James Karp & Elliot Klayman. op. Cit .P.189.

(3) Barbara Bogusz and Rojer Saxton. op. Cit . P.305.

(4) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.475.

(5) .ibid. P.475.

أن الرخصة هي في جوهرها حق من الحقوق الشخصية (Personal Rights), إلا أنها تقترب بعض الشيء من حقوق الملكية (Property Interests) في هذا النوع من أنواع الرخص, وذلك على أساس المنافع التي يجنيها المرخص له من العقار. وقد اتجهت المحاكم الإنكليزية, ومنذ أمد بعيد, إلى تحديد مصلحة المرخص له بالانتفاع من المنقولات الموجودة في العقار, وليس بالعقار نفسه^(١). فالمنفعة (Profit) تتجسد بالمنقولات وحدها سواء أكانت محاصيل (Crops) أم أخشاب (Timbers). فالمبدأ السائد في القانون الإنكليزي هو ضرورة حصول المرخص له على الإذن أو الرخصة أو السماح من مالك العقار (Landlord's Permission) بدخول العقار وجني المحاصيل أو الثمار, أو الأشياء الأخرى الموجودة في العقار. وهو ما تبنته المحكمة الإنكليزية في حكمها الصادر في قضية (Webb v Paternoster 1619. 79 E.R. 1250) التي تتلخص وقائعها^(٢) بسماع سلف المدعى عليه مالك العقار (Defendant's Predecessor-in-title) للمدعي بدخول العقار وجمع كميات كبيرة من القش والتبن, ثم تركها في العقار بشكل أكوام (Haystacks). وبعد وفاة السلف منع خلفه الخاص (Successor-in-title) المدعي من دخول العقار ونقل أكوام القش والتبن, فقضت المحكمة في حكمها بأن الرخصة التي حصل عليها المدعي بدخول العقار اقترنت بحيازته للعقار حيازة فعلية مكسبة للحق الشخصي (Actual Occupation of the Land) دون الحق العيني العقاري, باستثناء الحق العيني المنقول. وقد مكنته هذه الحيازة من جمع القش والتبن وتركهما في العقار. لذا فإنها تكون ملزمة لكل من مالك العقار وخلفه من بعده. وجاء في حكم المحكمة أيضاً بأن الرخصة هي حق من الحقوق الشخصية وليست حقاً من حقوق الملكية (Personal, Non-Proprietary Interest), وأن الحقوق الشخصية (Personal Rights) لا تكون نافذة ولا يمكن الاحتجاج بها تجاه الأعيان (Third-Parties), خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى الحقوق العينية العقارية, ولا سيما حق الملكية (Proprietary Rights).

(1) Daniel F. Hinkel. Practical Real Estate Law. (Sixth Edition. west Legal Studies. New York. 2007). P. 84.

(٢) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/webb-v-paternosters-case.php>

أما بالنسبة إلى موقف الفقه الإسلامي فإننا نرى أن موقف القانون الإنكليزي من الرخصة المقترنة بمصلحة أو منفعة، يشبه موقف الفقه الإسلامي. فالإباحة وكما ذكرنا سابقاً تعطي المباح له حق الانتفاع من دون ملك المنفعة. وغاية الأمر أنه يمكنه مباشرة الانتفاع بنفسه فحسب^(١)، وذلك وفقاً للطريقة المتفق عليها بالانتفاع بالعقار. وسواء أكان الانتفاع بالعقار نفسه أو بثماره وغلته. خلافاً لملك المنفعة الذي يكون أقرب في معناه إلى الملك من حق الانتفاع المجرد. فيمكن صاحبه من تملك المنفعة التي تملكها لغيره، طالما كان يملك سلطتي الاستعمال والاستغلال، فيقوم بالانتفاع بالحق بنفسه، أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض أو بغير عوض. فيستطيع المستأجر أن ينتفع بالمأجور بنفسه، أو يستغله بتأجير لغيره، وهو تملك منفعة بعوض^(٢). أما الإعارة فهي تملك منفعة بغير عوض، فيمكن للمستعير الانتفاع بالشيء المعار بنفسه، أو إعارته لغيره. ولكنه لا يستطيع الانتفاع عن طريق الاستغلال^(٣). كما يمكن للمنتفع بالوصية بالمنفعة الانتفاع بالاستعمال أو بالاستغلال^(٤)، لأنها تمثل ملك المنفعة بالموصى به^(٥). فله الانتفاع بنفسه أو بغيره، بعوض أو بغير عوض. وكذلك الحال بالنسبة إلى الوقف، الذي يفيد تملك المنفعة للموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره، إذا أجاز له الواقف الاستغلال. فللمنتفع بالوقف أن ينتفع بالاستعمال أو الاستغلال، لأن ملك المنفعة يعطي حق الاستعمال والاستغلال^(٦). والاستغلال هو تملك الغير المنافع بعوض^(٧). ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بالرخصة المقترنة بالمصلحة المعروفة في القانون الإنكليزي، والتي تسمح للمرخص له الانتفاع ليس فقط بعقار المرخص، ولكن بالمنافع التي يغلها ذلك العقار أيضاً، كالثمار

(١) محمد أبو زهرة. مصدر سابق. ص ٧٠.

(٢) د. وهبة الزحيلي. مصدر سابق. ص ٩٣.

(٣) محمد أبو زهرة. مصدر سابق. ص ٧١.

(٤) محمد أبو زهرة. المصدر نفسه. ص ٧٢.

(٥) د. وهبة الزحيلي. مصدر سابق. ص ٩٤.

(٦) محمد أبو زهرة. مصدر سابق. ص ٧٤.

(٧) محمد أبو زهرة. المصدر نفسه. ص ٧٢.

أو الأسماك أو غيرها، على الرغم من أن الرخصة هي حق من الحقوق الشخصية، إلا أنها يمكن أن تقترب من الحق العيني، فيما يتعلق بالانتفاع بالثمار.

المطلب الرابع

الرخصة المانعة بالإغلاق

إن الإغلاق (Estoppel) هو أحد المبادئ الراسخة في قانون الأحكام العامة (Common Law) الإنكليزي، والذي بمقتضاه يحظر على أحد الطرفين الرجوع عن وعده الذي قطعه تجاه الطرف الآخر الذي اعتمد بشكل منطقي ومعقول على هذا الوعد وتصرف على أساس ذلك، بحيث أن أي رجوع أو عدول عن ذلك الوعد سوف يلحق به (أي بالموعد له) ضرراً جسيماً^(١). إن تطبيق هذا المبدأ على الرخصة المانعة بالإغلاق (Estoppel Licence)، يعني امتناع المرخص مالك العقار عن الرجوع عن الرخصة التي منحها للمرخص له، والتنصل عن وعده الذي قطعه له بإعطائه الرخصة بالتمتع بالحيازة المكسبة للحق الشخصي. وجدير بالذكر فإن المادة (١١٦) من تشريع التسجيل العقاري الإنكليزي لعام ٢٠٠٢ (Land Registration Act 2002) منحت الإغلاق قوة قانونية لإلزام مشتري العقار المسجل (Purchaser of Registered Land). ويمكن الإفادة من هذا النص أيضاً للحيلولة دون رجوع مشتري العقار عن الرخص التي منحها المالك الأصلي للمرخص له، فضلاً عن إمكانية تطبيق هذه المادة على العقارات غير المسجلة أيضاً، والتي يمكن فيها للرخص أن تكون محمية بالإغلاق (Licence Protected by Estoppel). إذ نصت هذه المادة على أن ((يجري الإعلان في هذه المادة لتجنب الشكوك حول الآثار التي يربتها كل مما يأتي، وبخصوص العقارات المسجلة- (أ) الإنصاف بالإغلاق و(ب) الإنصاف المجرد، من الوقت الذي ينهض فيه الإنصاف كحق قادر على الزام الخلف في الملكية (مع مراعاة القواعد المتعلقة بآثار التصرفات على الأولوية أو الأسبقية))^(٢). وقد أقرت المحكمة الإنكليزية الرخصة المانعة

(1) Robert Duxbury. Nutshells, Contract Law. (Fifth Edition. Sweet& Maxwell. London. 2001). P.24.

(2) Section-116- (It is hereby declared for the avoidance of doubt that, in relation to registered land,each of the following— (a) an equity by estoppel, and (b) a mere equity,=

بالإغلاق ومنعت الخلف بالملكية (Successor in Title) من الرجوع عنها، وذلك في حكمها الصادر في قضية (Errington v Errington Woods 1952. 1 KB 290 Court of Appeal) التي تتلخص وقائعها^(١) بقيام الأب بشراء منزل لابنه وزوجته (Daughter-in-Law)، إلا أن الأب سجل المنزل باسمه هو وبمفرده. وقام بدفع عربون (Deposit) كهدية للزواج (Wedding Gift). ثم وعد الزوجين أنهما إذا ما قاما بالوفاء بجميع أقساط الرهن (Mortgage Instalments)، فإنه سوف يقوم بنقل ملكية المنزل وتسجيله بإسميهما. إلا أنه توفي قبل أن يتمكن من الوفاء بوعده، فألت ملكية المنزل للأُم بالميراث. واستمر الزوجان بدفع أقساط الرهن، ولكن الأُم أقامت الدعوى وطلبت من المحكمة طرد زوجة ابنها من المنزل. فقضت المحكمة بحق الزوجة في البقاء في المنزل، وذكرت في حكمها بأن الأب أصدر قبل وفاته إيجاباً ملزماً لجانب واحد (Unilateral Offer)، ثم صدر قبول لهذا الإيجاب من الزوجين، وتمثل باستمرارهما في الوفاء بأقساط الرهن. وبموجب المبادئ العامة في العقد فإنه يمكن الرجوع عن الإيجاب في اي وقت قبل اقترانه بالقبول. أما في العقود الملزمة لجانب واحد (Unilateral Contracts)، فإن القبول لا يقترن بالإيجاب إلا حين التنفيذ الكامل للعقد. وذكر القاضي اللورد (Denning) في حكم المحكمة بأنه وبمجرد البدء بالتنفيذ فقد امتنع على الأُم الرجوع عن الإيجاب، لأن ذلك يعد سلوكاً منافياً للضمير (Unconscionable Conduct). فضلاً عن ذلك فقد اتجهت النية إلى إنشاء علاقات قانونية (Legal Relations) على الرغم من إبرام اتفاق عائلي (Family Agreement). ويتبين من التحليل القانوني للرخص المانعة بالإغلاق (Estoppel Licences) أنها تمر بمرحلتين: الأولى هي المرحلة الأولية أو التمهيدية (Inchoate Stage)، والثانية هي مرحلة ما بعد صدور حكم المحكمة. وتكاد معظم المشاكل أن تظهر في المرحلة الأولى، إلا أن المادة (١١٦) السالفة الذكر كانت واضحة في مضمونها، ولا سيما بالنسبة إلى العقارات

=(has effect from the time the equity arises as an interest capable of binding successors in title (subject to the rules about the effect of dispositions on priority).

(١) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<http://www.e-lawresources.co.uk/Errington-v-Errington-Woods.php>

المسجلة (Registered Land) ، فقد ألزمت مشتري العقار، ومنعته من الرجوع عن الرخصة بالإغلاق (Estoppel). ولكن السؤال المطروح ما هو الموقف القانوني بعد أن تفرض المحكمة معالجة (Remedy) معينة؟ وهل يمكن للرخصة أن تلزم المشتري وما مدى تأثيرها على منح المعالجات القانونية؟. لقد أجاب الحكم الصادر في قضية (Williams v Staite 1979.Ch 291) عن هذا السؤال، وأكد على إلزام الرخصة لمشتري العقار، وذكر الحكم أن منح الرخصة بحيازة العقار حيازة مكسبة للحق الشخصي (Licence to Occupy) عن طريق الإغلاق العقاري أو التملكي (Proprietary Estoppel). وتتلخص وقائع^(١) هذه القضية بمنح المدعى عليه المرخص له السيد (Staite) رخصة انصافية عمرية أو مدى الحياة (Equitable Licence for Life) وكان السيد (Staite) قد أساء السلوك، وإلى حد بعيد، وارتكب سلوكاً فاحشاً تجاه المدعي مالك العقار (Landowner). وكان السيد (Staite) قد حصل على حق مانع (Estoppel Interest) من سلف المدعي (Plaintiff's Predecessor in Title) ، فأقام المدعي الدعوى على السيد (Staite). وكان السؤال المطروح أمام المحكمة هو هل يمكن للمدعي إلغاء أو وضع حد للحق المانع الذي حصل عليه المدعي عليه السيد (Staite) بسبب سوء سلوكه أو تصرفه غير المعقول؟. وهل يمكن أن يخسر المدعى عليه حقه؟. فقضت المحكمة في حكمها بأن سوء السلوك لا يؤدي إلى فقدان المدعى عليه لحقوقه التي حصل عليها سابقاً، ولكن سوء السلوك قد يؤدي إلى عدم الحصول على المعالجات القانونية^(٢)، على أساس المبدأ القائل بأن المرء لا يمكنه مواجهة

(١) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.brainscape.com/flashcards/licences-and-proprietary-estoppel-5723355/packs/8707717>

(٢) يقصد بالمعالجات القانونية (Remedies) الوسائل التي يتيحها القانون وقواعد العدالة والإنصاف لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي المتضرر نتيجة الخطأ المدني الذي يرتكبه المدعى عليه وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم الإضرار بالآخرين. وتعد التعويضات (Damages) من أبرز أنواع المعالجات أو الوسائل القانونية لجبر الضرر. لمزيد من التفصيل ينظر: =:

العدالة والإنصاف إلا بأيدٍ نظيفة (One Must Come to Equity With Clean Hands) . ويرى جانب من الفقه الإنكليزي^(١) بأنه وعلى الرغم من المزايا التي تتمتع بها الرخص المانعة بالإغلاق، إلا أن المحاكم الانكليزية ترفض وبشدة النظر إليها كحق من حقوق الملكية العقارية (Proprietary Interest). أما قبل نفاذ تشريع التسجيل العقاري لعام ٢٠٠٢ (Land Registration Act 2002)، فلم تكن الرخصة تلزم المشتري كمعالجة قانونية^(٢). ويبقى السؤال الأهم المطروح على بساط البحث: ما هو مصدر التزام مشتري العقار بعدم الرجوع عن الرخصة المانعة بالإغلاق؟. ليس من السهولة للوهلة الأولى الإجابة عن هذا السؤال، لأن الإجابة عن هذا السؤال تستلزم الإجابة عن سؤال آخر هو: لماذا تلزم الرخص المانعة بالإغلاق (Estoppel Licences) مشتري العقار، ولا تلزمهم الرخص التعاقدية (Contractual Licences)؟. على الرغم من أن العقد (Contract) والإغلاق (Estoppel) وسيلتان لإنشاء الحقوق، إلا أن آلية إنشائها تختلف في كلٍ منهما. فقواعد المقابل (Consideration Rules) في العقد أكثر صرامة من قواعد الخسارة أو الأذى (Detriment Rules) في الإغلاق (Estoppel). ولتفسير ذلك يمكن القول بأنه، وفي ظل نظرية العقد التقليدية (Orthodox Contract Theory) ، فإن الخسارة أو الأذى (Detriment) لا يكفي أن يكون مصدراً للالتزام التعاقدية (Source of a Contractual Obligation)، كما أن الآثار المترتبة على الإغلاق هي أضعف نوعاً ما من الآثار المترتبة على العقد. فآلية عمل الإغلاق هي أقرب ما تكون الى الدرع (Shield) الذي يحتمى به من السيف (Sword) الذي يهاجم الأعداء. وبلغة القانون فهو يصلح أن يكون أحد دفوع (Defence) الدعوى، وليس سبباً لإقامة الدعوى (Cause of Action). أما ضمن نطاق قانون الملكية فإن الإغلاق يعد استثناءً سبباً لإقامة الدعوى. وإذا ما اتخذنا خطوة إضافية باتجاه الزام المشتريين، هنا تترتب نتيجة غريبة. فالإغلاق يكون أضعف من العقد في إنشاء سبب الدعوى، إلا أنه يكون

=Catherine Elliott & Frances Quinn. Tort law. (Eighth Edition. Longman. Pearson education. 2011). P.375.

(1) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.487.

(2) Meryl Thomas. Blackstone's statutes on Property Law 2017-2018. (Twenty-Fifth Edition. Oxford University Press. 2017). P.304.

أقوى منه في إلزام المشتريين^(١). وهذا ما يفسر الميل الغريزي لدى القضاة الإنكليز لرفض الرخص التعاقدية، وسعادتها بتنفيذ الرخص المانعة بالإغلاق في مواجهة المشتريين.

أما بالنسبة إلى الفقه الإسلامي فقد كان له قصب السبق في معرفة فكرة الإغلاق، والتي صاغ منها الفقهاء المسلمون إحدى القواعد الفقهية التي تقر بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)، وقد وردت هذه القاعدة في المادة المائة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية. ويعرف جانب من الفقه^(٢) فكرة الإغلاق المستوحاة من هذه القاعدة الفقهية بأنها الفكرة التي مؤداها أن (كل عمل يصدر عن الشخص ويؤدي إلى نقض أو هدم أو إبطال ما أجراه وتم من جهته باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه)، إذ أن من عقد العزم على القيام بعمل معين أو أتمه أو أبرمه بإرادته واختياره ثم أراد نقض ما تم على يديه، فلا يقبل منه ويكون سعيه مردوداً عليه. لأنه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما صدر عنه. والدعوى المتناقضة لا يجوز سماعها، لأنها تحمل في طياتها معنى التعارض والمنافاة بين الشيء الذي صدر^(٣) عن الشخص أولاً وبين سعيه الأخير في نقضه. وسواء أكان ذلك الشخص قد أجرى ذلك الشيء بنفسه أي صدر عنه أو تم من جهته حقيقة أم تم من^(٤) جهته حكماً، كما لو تم بواسطة وكيله^(٥). أما في القانون المدني العراقي، وعلى الرغم من أن هذا القانون لم يأخذ صراحة بهذه القاعدة ضمن القواعد العامة في التفسير الوارد في

(1) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.488.

(٢) د.محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، (ج١)، دار الفكر، دمشق، (٢٠٠٧)، ص٥١٢.

(٣) د.مصطفى ابراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، (ط١)، أربيل، (٢٠١٣)، ص٧٢.

(٤) د.محي الدين هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، (جامعة بغداد، ١٩٧٨)، ص٧٥.

(٥) د.محمد صدقي بن احمد البورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، (ج١١)، ط١، مؤسسة الرسالة، (٢٠٠٣)، ص١٠٠٦.

المواد ١٥٥-١٦٦ منه، إلا أن غالبية فقه القانون المدني العراقي^(١) ترى إمكانية الأخذ بها لكونها من القواعد العامة، وكذلك بسبب تأثير القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي. وهذه القاعدة، وكما أشرنا سابقاً، تمنع الشخص من نقض وإنكار ما صدر عنه من قول أو فعل، لأن إبرامه لأمر ما بإرادته واختياره يعد حجة قاصرة عليه تمنعه من نقضه وإنكاره، فيرد سعيه عليه^(٢).

المبحث الثالث

الأثار القانونية المترتبة على الرخصة العقارية

يترتب على الرخص العقارية في القانون الإنكليزي ثلاثة آثار مهمة: الأول هو أثر الرخصة المحمية بالأمانة الحكمية (Constructive Trust) الملزم للأغيار، والثاني العلاقة بين المرخص (Licensor) والمرخص له (Licencee)، والثالث المنافع المترتبة على الرخصة المقترنة بمصلحة. وسوف نبحث في هذه الآثار الثلاثة، مع مقارنتها بموقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

أثر الرخصة المحمية بالأمانة الحكمية الملزم للأغيار

إن المبدأ العام السائد في القانون الإنكليزي هو إمكانية حماية أي نوع من أنواع الرخص العقارية بالأمانة الحكمية (Licence Protected by Constructive Trust)، إلا أنه غالباً ما تتمتع الرخص التعاقدية (Contractual Licences) بهذه الحماية. وهو ما أخذت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Binions v Evans) (1972.Ch. 359) التي تتلخص وقائعها^(٣) بوعده تلقاه بائع العقار من المدعى عليه مشتري العقار بالسماح للمدعية بالاستمرار في العيش في الكوخ الموجود في العقار لما تبقى

(١) د.حسن علي الذنون، اصول الالتزام، (مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠)، ص ١٩٢،
ينظر أيضاً د.غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، (الجزء الثاني، وزارة
التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠)، ص ٤٢٠.

(٢) محمد الزحيلي، مصدر سابق، ص ٥١١.

(٣) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/binion-v-evans-1972.php>

من حياتها. إذ جرى شراء العقار بشرط احترام حقوق المرخص لها (Buying Land Subject to the Licensee's Rights). واتفق البائع مع المشتري بأن مقابل هذا الشرط هو حصول المشتري على خصم (Discount) بتخفيض سعر الشراء، وذلك في مقابل حصول المدعية على رخصة بالبقاء في العقار (License to Remain on the Land). إلا أن المشتري طلب من المدعية المرخص لها إخلاء الكوخ، بعد أن اكتمل شراء العقار، وثبتت له الملكية. فأقامت المدعية الدعوى على المدعى عليه المشتري، فقضت المحكمة في حكمها بعدم إمكانية مطالبة مشتري العقار بطرد المدعية المرخص لها من الكوخ وإخلائه. وجاء في حكمها بأن المدعى عليه المشتري ساهم بتصرفه في إنشاء أمانة حكمية (Constructive Trust) لمصلحة المدعية، إذ فرض القاضي اللورد (Denning) الأمانة الحكمية (Constructive Trust) على مشتري العقار. وقد صادقت محكمة الاستئناف على حكم المحكمة الابتدائية، وذكرت في حكمها بأن الحق الشخصي (Personal Rights) لا يكون نافذاً في مواجهة الأغيار، خلافاً للحق العيني ولا سيما حق الملكية (Proprietary Interest)، الذي يكون نافذاً في مواجهة الخلف الخاص بالملكية (Successor-in-title). وأن الرخصة التعاقدية هي نوع من أنواع الحقوق الشخصية، وليست حقاً عينياً كحق الملكية (Personal Non-Proprietary Rights)، خلافاً للأمانة الحكمية التي تعد حقاً من الحقوق العينية، التي تتمثل بحق الملكية على وجه التحديد. وتنشأ عندما يتصرف الأمين بطريقة يكون من المنافي للضمير (Unconscionable) السماح له بالاهتمام بحقوقه القانونية، وبذلك تكون الرخصة العقارية المقترنة بالأمانة الحكمية ملزمة للأغيار. وجاء في الحكم أيضاً أن من حق المدعية المرخص لها التمسك بالرخصة التعاقدية (Contractual Licences) للبقاء في العقار، على الرغم من معارضة المدعى عليه المشتري الذي لم يكن طرفاً في الرخصة التعاقدية، وذلك بفضل الحماية التي حظيت بها هذه الرخصة من الأمانة الحكمية، وذكر حكم محكمة الاستئناف أيضاً أن الوعد الصادر عن المدعى عليه المشتري بالسماح للمدعية بالبقاء في منزلها بعد شراء العقار، في مقابل الخصم في ثمن الشراء، كان السبب في نشوء الأمانة الحكمية (Constructive Trust). وفي مثل هذه الظروف فإن سماح المحكمة للمدعى عليه بالتمسك بحقوقه القانونية وطرد المدعية من العقار، يعد من الأمور

المنافية للضمير. واستخلصت المحكمة في حكمها بأن الرخصة التعاقدية تمثل بحد ذاتها حقاً انصافياً قابلاً للنفاز (Enforceable Equitable Interest). أما في حالة قيام المرخص بمنح المرخص له رخصة تعاقدية غير محمية بأمانة حكمية ثم باع العقار، فإن المشتري (Purchaser) لا يكون ملزماً بتلك الرخصة^(١). وهو ما قرره المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Ashburn Anstalt v Arnold 1989.Ch.1) التي تتلخص وقائعها^(٢) بقيام المرخص له ببيع ورشته لشخص كان ينوي تطويرها (Developer)، وبشرط بقاء الرخصة بحيازة الورشة من دون أجرة (Subject to a Licence to Retain the shop Rent-Free), إلى حين الانتهاء من تطوير الورشة. إلا أن المدعى عليه المشتري الخلف الخاص بالملكية (Successor-in-title) طلب من المرخص له التخلي عن حيازة الورشة من دون إخطار. فأقام المرخص له الدعوى، فقضت المحكمة بأن الرخصة التعاقدية (Contractual Licence) لا تؤثر على حق الخلف الخاص في استرداد الحيازة على الورشة. وصادقت محكمة الاستئناف على هذا الحكم، وذكرت في حكمها بأن الرخصة لا تلزم الأغير (Third Parties). وتثير الأمانة الحكمية (Constructive Trust) بمقتضى السابقة القضائية (Binions) مشكلة من نوع خاص، إذ أن حق الانتفاع (Beneficial Right) لا تمت طبيعته القانونية إلى حق الملكية (Proprietary Nature) بصلة. إلا أن حق الانتفاع في ظل الأمانة غالباً ما تكتسب طبيعة حق الملكية^(٣). فعلى سبيل المثال لو مارس الأمين سلطته في ظل الأمانة لتقديم أو توفير التعليم (Education) للمستفيد، فمن الصعوبة وصف حق المستفيد بأنه حق ملكية مطلق أو مؤبد (Fee Simple or Life Interest). والسؤال المطروح هو يمكن إنشاء أي نوع من أنواع الرخص في ظل الأمانة؟. الجواب على ذلك هو أنه بمجرد نشوء الأمانة فالنتيجة هي إلزام المشتري، والسبب هو أن الأمانة هي التي تلزم مشتري العقار، وليست الحقوق الناشئة عن الأمانة هي التي تلزمه. وينبغي أن نميز بين مسألتين: الأولى هي ما إذا كانت توجد أمانة إذا كان حق الانتفاع غير متعلق

(1) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.485.

(٢) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/ashburn-anstalt-v-arnold.php>

(3) Louise Tee. op. Cit . P.101.

بالملكية العقارية (Non-Proprietary Beneficial Interests). فقد أجابت السابقة القضائية (Binions) عن هذا التساؤل بالإيجاب. والثانية ما إذا كانت الأمانة الحكيمة تلزم المشتريين، إذ لا يمكن القول بأن الأمانة الحكيمة القائمة على السلوك المنافي للضمير (Unconscionable Conduct) لا تلزم المشتريين، لأن ذلك يتنافى مع العديد من السوابق القضائية المتعلقة بالأمانات المخصصة لمنزل العائلة (Family Home). فعلى سبيل المثال يقوم (A) بمنح رخصة تعاقدية لـ (B)، ثم باع العقار إلى (C) الذي اشتراه من المرخص (A) (Licensor). في هذه الحالة لا يلتزم المشتري (C). أما إذا وافق المشتري (C) على تنفيذ الرخصة وإعطائها أثراً قانونياً ضد نفسه، فإن ذلك يشير ضمناً إلى نشوء أمانة حكيمة. أما إذا افترضنا أن المشتري الأول (C) باع العقار إلى مشتري ثانٍ (D)، فإنه سوف يكون ملتزماً بالرخصة طالما بقيت الأمانة الحكيمة مرتبة لآثارها وملزمة للمشتريين. لذا تميل المحاكم الإنكليزية في الغالب إلى قبول الأمانة الحكيمة لترتيب آثار قانونية على الرخص بالنسبة إلى الأغير (أي مشتري العقار غير المرخص والمرخص له الأصلي)^(١). إن ما يبرر احترام مشتري العقار للرخصة هو الوعد الذي قطعوه على أنفسهم بمقتضى الأمانة. أما إذا جرى تكريس الأمانة الحكيمة لحماية العقد العقاري (Estate Contract) بدلاً عن حماية الرخصة، فقد اتجهت محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في قضية (Chattey v Farndale Holdings Inc (1996. 75 P&CR 298) إلى عدم إلزام مشتري العقار بالأمانة الحكيمة، وبالرخصة أيضاً، لعدم صدور وعد منه باحترام العقد العقاري^(٢).

أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فإن الإباحة يمكن أن تقترن بحق المنفعة، الذي هو حق عيني يرد على شيء مملوك للغير، سواء أكان عقاراً أم منقولاً. ويتميز عن حق المستأجر الذي هو حق شخصي^(٣). وإذا جرى التصرف بالمال المثقل بحق المنفعة، فإن

(1) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.486.

(٢) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://swarb.co.uk/chattey-and-another-v-farndale-holdings-inc-and-others-ca-11-oct-1996/>

(٣) محمد طه البشير ود. غني حسون طه. مصدر سابق. ص ٣٠٠.

هذا الحق يبقى بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع، ويسقط بموته لا بموت من تلقى المنفعة منه. وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة (١٢٥٣) من القانون المدني العراقي^(١).

المطلب الثاني

العلاقة بين المرخص والمرخص له

تخضع العلاقة بين المرخص (Licensor) والمرخص له (Licensee) لمسألة مهمة هي إمكانية أو عدم إمكانية الرجوع عن الرخصة (Revocability or Irrevocability)^(٢). ففي ظل الإتجاه التقليدي الذي كان سائداً في القرن التاسع عشر لدى المحاكم الإنكليزية، والذي برز بوضوح في السابقة القضائية التي تمخض عنها الحكم الصادر في قضية (Wood v Leadbitter 1845. 13 M & W 838.153.ER.351) التي أشرنا الى وقائعها سابقاً، فقد كان بإمكان المرخص أن ينهي الرخصة التعاقدية (Contractual Licences) ويضع حداً لها في أي وقت، حتى وإن أدى ذلك إلى نهوض مسؤوليته التعاقدية (Contractual Liability). كما أن الرخصة المقترنة بمصلحة حالت دون الرجوع عن الرخصة التعاقدية، وهو ما استقر عليه حكم المحكمة الصادر في قضية (Hurst v Picture Theatres Ltd. CA 1915.1 KB.1). ويمكن لقواعد العدالة والإنصاف (Equity) أن تتدخل في هذه المسألة بطريقتين: الأولى هي عن طريق التنفيذ العيني للعقد (Specific Performance of the Contract)، والثانية هي عن طريق منع المرخص من الرجوع عن الترخيص، وعد ذلك إخلالاً بالعقد. وأياً كانت الطريقة المستعملة، فإن قواعد العدالة والإنصاف تضمن عدم طرد المرخص له من العقار^(٣). إن وجود المعالجات الانصافية (Equitable Remedies) هي ضمان لاستمرار حياة المرخص له للعقار حياة مكسبة للحق الشخصي. فإذا ما قام المرخص بطرد المرخص له من العقار، فإن

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٣) من القانون المدني العراقي على أنه (ويبقى حق الانتفاع بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع، ويسقط بموته لا بموت من تلقى المنفعة منه).

(2) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.478.

(3) Kevin Gray and Susan Francis Gray. op. Cit . P.1317.

قواعد العدالة والإنصاف توفر للأخير معالجة سريعة تتمثل بإعطائه الحق في البقاء في العقار، والاستمرار في حياته حياة مكسبة للحق الشخصي. كما تقدم للمرخص له معالجة أخرى تتمثل بنهوض مسؤولية المرخص المدنية الناجمة عن التهديد بالتعدي بالضرب (Action for Assault) على المرخص له. فقواعد العدالة والإنصاف تضع المرخص له في نفس المركز القانوني للشخص الذي يحصل على أمر قضائي يحظر الطرد من العقار (Injunction Preventing Eviction). كما اتجهت المحاكم الانكليزية إلى السماح بالاستمرار بتمتع المرخص له بالرخص التعاقدية التي تسعى إلى إنجاز عمل معين، إلى حين الانتهاء من تنفيذ ذلك العمل. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Winter Garden Theatre (London) Ltd v Millennium Productions Ltd 1948.AC 173.1 All ER 678) التي تتلخص وقائعها^(١) بإصدار المرخص وهو شركة تمتلك مسرحاً، لترخيص للمرخص له يسمح له بحياة المسرح لمدة ستة أشهر، مع إمكانية تجديد الترخيص لستة أشهر أخرى وبأجرة متزايدة. وبعد انقضاء الستة أشهر الثانية، جرى تجديد الترخيص للمرخص له أسبوعياً، وبأجرة أسبوعية بلغت ثلاثمائة جنيه. مع وجوب قيام المرخص بتوجيه إخطار إلى المرخص له قبل مدة شهر واحد من انتهاء الرخصة. واشترط المرخص دفع أجرة أربعة أسابيع مقدماً. على الرغم من أن الرخصة لم تتضمن أي نص يشير إلى الإخطار بالإنهاء (Notice of Termination). وقام المرخص، وعلى نحو مفاجئ، بتوجيه الإخطار إلى المرخص له بإنهاء الرخصة، على الرغم من أنه لم يؤكد إخلال المرخص له لأي بند من بنود الرخصة. فأقام المرخص له الدعوى وادعى أمام المحكمة أن المرخص ليس من حقه إلغاء الرخصة، إلا إذا أخل المرخص له ببند من بنودها (Terms of the Licence). وادعى أيضاً بأن الرخصة تبقى نافذة وصحيحة بعد مرور مدة معقولة (Reasonable Period) على الإخطار بالإنهاء، وأن هذه المدة ما زالت سارية المفعول. وكان السؤال المطروح أمام المحكمة هو: هل يمكن إلغاء الرخصة، إذا لم يرتكب المرخص له أي إخلال ببندوها؟. فقضت المحكمة في حكمها بأنه يمكن إلغاء الرخصة غير المدعومة بالمقابل

(١) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/winter-garden-theatre-v-millennium-productions.php>

(Consideration) في أي وقت. أما إذا منحت الرخصة لتنفيذ عمل معين، أو لتحقيق غرض معين، كأداء عروض مسرحية أو تنفيذ فعاليات رياضية. فإنه ينبغي السماح بالاستمرار بالتمتع بالرخصة وحياسة العقار، إلى أن يتم الانتهاء من تنفيذ العمل الموكل به إلى المرخص له واكتماله، ما لم يصدر عنه إخلال بأي بند من بنود الرخصة^(١). ولم تكن الرخصة التي منحها المرخص في هذه القضية رخصة دائمية، إنما هي رخصة يمكن إنهاؤها بقيام المرخص بتوجيه إخطار معقول (Reasonable Notice). ولم يتمكن المرخص له في هذه القضية من إثبات عدم معقولية الإخطار الموجه إليه، لذا يكون صحيحاً وسارياً بحقه.

أما بالنسبة إلى موقف الفقه الإسلامي فقد اخذ بالقاعدة الفقهية التي تقر بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسيح عليه مردود عليه)، وذلك بمقتضى المادة المائة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية. كما يمكن العمل بهذه القاعدة أيضاً في ظل القانون المدني العراقي، وذلك في العلاقة بين المبيع والمباح له في أعمال الإباحة. وذلك للحيلولة دون رجوع المبيع عن الرخصة التي منحها للمباح له لممارسة أعمال الإباحة. ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بالرخصة المانعة بالإغلاق في القانون الإنكليزي، لحماية المباح له، عند التصرف بالعقار وانتقال ملكيته من المالك المبيع إلى المشتري أو الموهوب له. ولمنح أعمال الإباحة قوة قانونية ملزمة، للحيلولة دون رجوع مشتري العقار أو الموهوب له عن الرخصة أو الإذن الذي منحه المالك الأصلي للمباح له.

المطلب الثالث

المنافع المترتبة على الرخصة المقترنة بمصلحة

تترتب على الرخصة العقارية، ولا سيما الرخصة المقترنة بمصلحة (Licence Coupled with an Interest)، بعض أنواع المنافع^(٢). ويقصد بالمصلحة التي تقترن بها الرخصة كل منفعة (Profit) يجنيها المرخص له (Licencee) من عقار المرخص (Licensor)^(٣). وإذا كان المبدأ العام السائد في القانون الإنكليزي أن الرخص

(1) Daniel F. Hinkel. op. Cit . P.85.

(2) E. H Burn and J. Cartwright. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. (Seventeenth Edition. Oxford University Press. 2006). P.839.

(3) Daniel F. Hinkel. op. Cit . P.85.

لا تترتب عليها سوى حقوقاً شخصية (Personal Rights)^(١). إلا أن الرخصة المقترنة بمصلحة تعد استثناءً على هذا المبدأ، إذ تترتب عليها بعض الحقوق العينية المنقولة وليس العقارية (Proprietary Rights). وقد استقر رأي القضاء الإنكليزي على أن الرخص العقارية لا تترتب عليها حقوقاً عينية عقارية (Proprietary Rights) على وجه العموم، وحق الملكية خصوصاً. وإنما تترتب عليها حقوقاً تعاقدية (Contractual Rights)، تعد في جوهرها حقوقاً عينية منقولة تعرف بالمنافع. وهو ما اتجهت إليه المحكمة الإنكليزية في حكمها الصادر في قضية (Cowell v Rosehill Racecourse Co Ltd 1937. 56 CLR 605) التي تتلخص وقائعها^(٢) بتعرض المستأنف (Appellant) لأضرار نتيجة التهديد بالتعدي بالضرب (Assault) الذي صدر تجاهه من المستأنف ضده (Respondent). فأقام المستأنف الدعوى على المستأنف ضده طالباً بالتعويض، على أساس التهديد بالتعدي بالضرب بمقتضى قواعد قانون الأحكام العام (Assault at Common Law). إلا أن المستأنف ضده دفع أمام المحكمة بأن المستأنف تعدى على عقاره (Trespassing to Land). وطلب المستأنف ضده عن طريق وكلائه (Agents) من المستأنف مغادرة العقار فوراً، إلا أن الأخير رفض ذلك. فقام وكلاء المستأنف ضده بإخراج المستأنف من العقار بالقوة. فادعى أمام المحكمة بتعرضه للتهديد بالتعدي بالضرب. وادعى المستأنف أيضاً بأن المستأنف ضده كان ينظم سباقات الخيل (Horseracing) في ذلك العقار، وقد أبلغ المستأنف ضده المستأنف أنه إذا ما قام بدفع مبلغ قدره أربعة قروش (Shillings)، فسوف يسمح له بالبقاء في العقار لمشاهدة تلك السباقات. وبالفعل فقد قام المستأنف بدفع المبلغ المطلوب للمستأنف ضده، وادعى بأن طرده من العقار يعد إخلالاً من جانب المستأنف ضده بالرخصة التعاقدية (Contractual Licence) التي أبرمها معه. وادعى أيضاً بأن الرخصة لا يمكن الرجوع عنها وإلغائها بالإرادة المنفردة، طالما كانت تعاقدية. وكان السؤال المطروح أمام المحكمة هو: هل يمكن الرجوع عن الرخصة وإلغائها، طالما كانت

(1) Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.475.

(٢) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/cowell-v-rosehill-racecourse.php>

تعاقدية بطبيعتها. فقضت المحكمة في حكمها بأنه، وعلى الرغم من قيام المستأنف بدفع المبلغ المتفق عليه، إلا أن الرخصة، سواء أكانت تعاقدية أم من أي نوع آخر، فإنها لا تترتب عليها حقوقاً عينية عقارية (Proprietary Rights). وإنما تترتب عليها حقوقاً تعاقدية (Contractual Rights)، تعد في جوهرها حقوقاً عينية منقولة تعرف بالمنافع. وجاء في حكم المحكمة أيضاً بأن الرخصة يمكن إلغاؤها والرجوع عنها، بمقتضى قواعد قانون الأحكام العام. كما يمكن للمستأنف ضده إلغاؤها والرجوع عنها بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف (Equity) التي لا تمنعه من القيام بذلك. وذكرت في حكمها أيضاً بأن الرخصة جرى إلغاؤها والرجوع عنها قبل صدور التهديد بالتعدي بالضرب ضد المستأنف. فقضت في حكمها إلغاء الرخصة، وصادقت محكمة الاستئناف على حكم المحكمة الابتدائية، وأخفق المستأنف في طعنه الاستئنائي. ويتبين من هذا الحكم بأن المحكمة عدت المنفعة (Profit) المترتبة على الرخصة حقاً من الحقوق العينية المنقولة.

أما بالنسبة إلى موقف الفقه الإسلامي من هذا الأثر فإنه يمكن القول بأن حق الانتفاع الذي يتمتع به المباح له يمتد ليشمل العقار نفسه، فضلاً عما يغله من غلة وثمار. وذلك لأن الإباحة هي ليست إذن باستعمال الشيء فحسب، ولكنها رخصة باستهلاكه أيضاً، كالإذن باستهلاك الثمار^(١). كما أن يد المباح له على العين المباحة هي يد أمانة، فيلتزم بالمحافظة بالمحافظة عليها كمحافظته على ملكه الخاص^(٢). فإذا هلكت من دون تعدٍ أو تقصير منه فلا يكون ضامناً. وهو نفس موقف القانون المدني العراقي الذي نظم الأحكام الخاصة بتحمل التبعة في العقد، فضلاً عن تحمل التبعة في الملك. وذلك بمقتضى المادة (٤٢٦) منه، والتي نصت على أنه (إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعدٍ أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه). فإذا انتقل الشيء إلى يد غير مالكة، سواء أكان ذلك بعقد أم بغير عقد، ثم هلك في يد غير المالك بسبب أجنبي لا دخل له فيه. فإذا كانت يد غير المالك يد

(١) د.وهبة الزحيلي. مصدر سابق. ص ٤٩٤.

(٢) د.وهبة الزحيلي. المصدر نفسه. ص ٤٩٥.

أمانة، تحمل المالك تبعة هلاك الشيء^(١). وينقضى التزام غير المالك برد الشيء لاستحالة تنفيذه. أما إذا انتهت الإباحة بانتهاء الرخصة أو الإذن الممنوح للمباح له، واستمر في الانتفاع بالعين على الرغم من معارضة المالك فإنه يتحول إلى غاصب، بسبب تحول الإباحة القائمة أصلاً على الرخصة أو الإذن، والتي لا يقصد بها التعدي على حق أحد^(٢)، إلى حيازة يتوفر فيها الركن المادي، لكونها مبنية على التعدي^(٣). ويلتزم المباح له بعد تحوله إلى غاصب بدفع أجر المثل. وهو ما اتجهت إليه محكمة تمييز العراق في العديد من أحكامها، وقد جاء في أحد هذه الأحكام^(٤) أنه (إذا تأيد من التحقيقات الجارية بأن المستأنف قد استغل العقار العائد للمستأنف عليهم يأسكان منتسبيه فيه من دون إذن أو أي وجه حق قانوني، فإنه يكون ملزماً بأن يكون للمالكين أجر المثل عن فترة الاستغلال المذكورة، ويكون الحكم الصادر بإلزامه بأجر المثل المبين في قرار الحكم المميز صحيحاً وموافقاً للقانون). وجاء في حكم آخر^(٥) مماثل له بأن (الحكم الصادر بإلزام المستأنف أمين بغداد/ إضافة لوظيفته بتأديته للمستأنف عليها أجر المثل عن المساحة التي تجاوز عليها بضمها للشوارع العام من العقار العائد لها دون إذن أو موافقة من المالكة المذكورة أو استملاك تلك المساحة بالطريقة المقررة قانوناً جاء صحيحاً وموافقاً للقانون، لأن المستأنف يعد غاصباً لمنفعة المساحة المذكورة ويلزم بتأديته أجر المثل عنها). كما تنقلب يد المباح له من يد الأمانة إلى يد ضمان، إذا كان قد أخذ الشيء من صاحبه بغير إذنه أو حبسه عنه، فإذا

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، (الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠)، ص ٣٠٩.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٩. مصدر سابق. ص ٧٩٩.

(٣) محمد طه البشير ود. غني حسون طه. مصدر سابق. ص ٢٠٤.

(٤) حكم محكمة تمييز العراق المرقم ٢٥٦٣/الهيئة الاستئنافية العقار/ ٢٠١٦ في ٤/٢٨/ ٢٠١٦ نقلاً عن سعد جريان التميمي. المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني- للأعوام ٢٠١٦-٢٠١٧. (مكتبة السنهوري. بيروت. ٢٠١٨). ص ١٥.

(٥) حكم محكمة تمييز العراق المرقم ٢٥٧٥/الهيئة الاستئنافية العقار/ ٢٠١٦ في ٤/٢٨/ ٢٠١٦ نقلاً عن سعد جريان التميمي. مصدر سابق. ص ١٥.

هلك تحمل تبعة الهلاك^(١). وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (وتنقلب يد الامانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه).

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:
أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١. الرخصة العقارية هي السماح بالقيام بعمل ما، يتمثل بشكل رئيس بمنح الحق بدخول العقار والقيام بعمل ما فيه. ويعرف الطرف المانح للرخصة بالمرخص، والطرف الآخر المتمتع بالرخصة فيعرف بالمرخص له.
٢. تعد الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي حقاً شخصياً لا يرقى إلى مستوى الحق العيني في الأصل، إلا أنها تتحول إلى حق عيني عقاري، إذا ما اقترنت بالأمانة الحكيمة، وألزمت مشتري العقار بالتقيد بها واحترامها.
٣. تصنف الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي إلى أربعة أنواع رئيسة هي الرخصة المجردة، والرخصة التعاقدية، والرخصة المقترنة بمصلحة، والرخصة المانعة بالإغلاق.
٤. يترتب على الرخص العقارية في القانون الإنكليزي ثلاثة آثار مهمة: الأول هو أثر الرخصة المحمية بالأمانة الحكيمة الملزم للأغيار، والثاني العلاقة بين المرخص والمرخص له، والثالث المنافع المترتبة على الرخصة المقترنة بمصلحة.
٥. تترتب على الرخصة المقترنة بمصلحة، بعض أنواع المنافع التي يجنيها المرخص له من عقار المرخص. وإذا كان المبدأ العام السائد في القانون الإنكليزي أن الرخص لا

(١) د.د. ح. ح. ح. النظرية العامة للالتزامات. القسم الثاني. أحكام الالتزام، مكتبة السنهوري.

تترتب عليها سوى حقوقاً شخصية. إلا أن الرخصة المقترنة بمصلحة تعد استثناءً على هذا المبدأ، إذ تترتب عليها بعض الحقوق العينية المنقولة وليس العقارية.

٦. تأرجحت العلاقة بين المرخص والمرخص له، بين إمكانية الرجوع عنها تارةً، وعدم إمكانية الرجوع عنها تارةً أخرى. ففي ظل الاتجاه التقليدي الذي كان سائداً لدى المحاكم الإنكليزية في القرن التاسع عشر، فقد كان بإمكان المرخص أن ينهي الرخصة التعاقدية ويضع حداً لها في أي وقت، حتى وإن أدى ذلك إلى نهوض مسؤوليته التعاقدية. إلا قواعد العدالة والإنصاف كان يمكنها التدخل للتخفيف من وطأة هذا الإنهاء بطريقتين: الأولى عن طريق التنفيذ العيني للعقد، والثانية عن طريق منع المرخص من الرجوع عن الترخيص، وعد ذلك إخلالاً بالعقد، لضمان عدم طرد المرخص له من العقار. ثم اتجهت المحاكم الإنكليزية إلى السماح بالاستمرار بتمتع المرخص له بالرخص التعاقدية التي تسعى إلى إنجاز عمل معين، إلى حين الانتهاء من تنفيذ ذلك العمل. وفي تطور لاحق فقد رفض القضاء الإنكليزي إنهاء الرخصة التعاقدية وقضى بالتنفيذ العيني للعقد، في حالة إنهاء الرخصة التعاقدية على نحو تعسفي.

٧. وتبين لنا من هذه الدراسة بأن هناك اختلاف بين الرخصة العقارية في القانون الإنكليزي وأعمال الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. فالرخصة العقارية في القانون الإنكليزي هي حق من الحقوق الشخصية، أما أعمال الإباحة في الفقه الإسلامي فهي حق انتفاع مجرد أو محض، يتمثل برخصة أو إذن بالانتفاع الشخصي دون التمليك. كذلك الحال بالنسبة إلى القانون المدني العراقي، الذي عدها رخصة أو إذن بالانتفاع بملك الغير، ولا تنطوي على التعدي على ملك الغير.

٨. كما خلصت الدراسة إلى نتيجة أخيرة مؤداها أن القانون المدني العراقي لم ينظم موضوع الإباحة تنظيمًا قانونياً متكاملًا ودقيقاً، على الرغم من تأثره بالفقه الإسلامي الذي أطلق عليها تسمية ملك الانتفاع، الذي لا يقوم على أساس تمليك المنفعة، خلافاً

ملك المنفعة الذي يستند على تملكها. كما أطلق عليها أيضاً تسمية حق الانتفاع على ملك الانتفاع، وجعله مرادفاً للإباحة، لتمييزه عن ملك المنفعة.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأننا نقترح التوصيات الآتية:

١. نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالرخصة المقترنة بالمصلحة المعروفة في القانون الإنكليزي، والتي تسمح للمرخص له الانتفاع ليس فقط بعقار المرخص، ولكن بالمنافع التي يغلبها ذلك العقار أيضاً، كالثمار أو الأسماك أو غيرها، على الرغم من أن الرخصة هي حق من الحقوق الشخصية، إلا أنها يمكن أن تقترب من الحق العيني، فيما يتعلق بالانتفاع بالثمار. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (يجوز أن تقترن الإباحة بمصلحة تسمح للمباح له الانتفاع بالعقار والثمار التي يغلبها).

٢. كما نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالرخصة المانعة بالإغلاق في القانون الإنكليزي، لحماية المباح له، عند التصرف بالعقار وانتقال ملكيته من المالك المبيع إلى المشتري أو الموهوب له. ولمنح أعمال الإباحة قوة قانونية ملزمة، للحيلولة دون رجوع مشتري العقار أو الموهوب له عن الرخصة أو الإذن الذي منحه المالك الأصلي للمباح له. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (إذا تصرف مالك العقار المبيع بعقاره بالبيع أو الهبة، فإنه يمتنع على المشتري أو الموهوب له الرجوع عن الإذن الذي منحه المالك الأصلي للمباح له).

٣. ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بالاتجاه الذي تبناه القضاء الإنكليزي في السماح للمرخص له بالاستمرار بالرخصة التعاقدية التي تسعى إلى إنجاز عمل معين، إلى حين الانتهاء من تنفيذ العمل الموكل به إلى المرخص له واكتماله، ما لم يصدر عنه إخلال بأي بند من بنود الرخصة التعاقدية. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (إذا أباح مالك العقار للمباح له استعمال عقاره، لتنفيذ عمل معين، فإن التزامه بالإباحة يستمر إلى حين الانتهاء من تنفيذ العمل، ما لم يخل ببنود العقد).

The Author declare That there is no conflict of interest

أصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

أ. كتب الفقه الإسلامي

١. د. حسين أحمد فراج ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (دار الجامعة الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥).
٢. السيوطي أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. الجزء السادس. (الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت . لبنان. ١٩٨٣).
٣. الحنبلي الحافظ أبو فرج عبد الرحمن بن رجب. القواعد في الفقه الإسلامي. (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بدون تاريخ طبع).
٤. الخفيف الشيخ علي. أحكام المعاملات الشرعية. (دار الفكر العربي القاهرة. ٢٠٠٨).
٥. أبو زهرة محمد. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (دار الفكر العربي القاهرة. ١٩٦٩).
٦. د. الزحيلي محمد ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، (ج١)، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٧).
٧. د. البورنو أبو الحارث الغزي محمد صدقي بن احمد ، موسوعة القواعد الفقهية، (ج١١)، ط١، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٣).
٨. د. الزلمي مصطفى إبراهيم. إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد. (ط١)، أربيل. ٢٠١٣).
٩. الزرقا مصطفى أحمد. المدخل الفقهي العام. (الجزء الأول. الطبعة الثانية. دار القلم دمشق. ٢٠٠٤).

١٠. د. الزحيلي وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته, الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها, وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية. (الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. دمشق. ١٩٨٥).

ب. الكتب القانونية.

١. د. السعدوي أحمد سلمان شهيب ود. سميسم جواد كاظم جواد. مصادر الالتزام. دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي. (الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. ٢٠١٧).
٢. العمروسي أنور. الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني. (الطبعة الخامسة. شركة ناس للطباعة القاهرة. ٢٠١٥).
٣. د. الخطيب حسان عبد الغني، القانون العام، (منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢).
٤. د. الذنون حسن علي، اصول الالتزام، (مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠).
٥. د. عبد درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. القسم الثاني. أحكام الالتزام. (مكتبة السنهوري. بيروت. ٢٠١٦).
٦. د. عبد درع حماد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المنفردة عنها. (دار السنهوري. بيروت لبنان. ٢٠١٨).
٧. د. عجيل طارق كاظم. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية. (الجزء الأول. دار السنهوري. بيروت لبنان. ٢٠١٩).
٨. د. السنهوري عبد الرزاق أحمد. الوسيط في شرح القانون المدني. أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتقاء). (الجزء التاسع. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤).

٩. د.الحكيم عبد المجيد والبكري عبد الباقي والبشير محمد طه، القانون المدني وأحكام الالتزام، (الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠).
١٠. د.الحكيم عبد المجيد. الموجز في شرح القانون المدني. مصادر الالتزام. مع المقارنة بالفقه الإسلامي. (الجزء الأول. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٣).
١١. د.بكر عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (الجزء الأول، الذاكرة للنشر والتوزيع، ٢٠١١).
١٢. البشير محمد طه ود.طه غني حسون. الحقوق العينية. الحقوق العينية الأصلية. (الجزء الأول. وزارة التعليم العالي. بغداد. ١٩٨٢).
١٣. د.السرحان محي الدين هلال ، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، (جامعة بغداد، ١٩٧٨).
١٤. د.الفضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقهاء وأحكام القضاء، (منشورات آراس، أربيل، ٢٠٠٦).
- ج- مجموعات أحكام القضاء.**
١. التميمي سعد جريان. المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية-القسم المدني- للأعوام ٢٠١٦-٢٠١٧. (مكتبة السنهوري. بيروت. ٢٠١٨).
٢. النشرة القضائية. العدد -١- لسنة ١٩٧٤.
- د- البحوث.**
- د.محمد صالح أحمد. عقد الإباحة. (مجلة الرافدين للحقوق. كلية الحقوق. جامعة الموصل. المجلد-١٠- العدد٣٨. السنة ٢٠٠٨).
- هـ- القوانين.**
- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

First: Books.

1. Hudson A. Equity and Trusts. (Sixth Edition. Routledge. Cavendish. Taylor & Francis Group. London and New York. 2010).
2. Clarke A & Kohler P. Property Law, Commentary and Materials. (First Edition. Cambridge University Press. 2005).
3. Bogusz B and Saxton R. Land Law text Cases and Materials. (Fourth Edition. Oxford university Press. 2015).
4. Burke B and Snoe J. Property. (Fifth Edition. Wolters Kluwer. New York. 2016).
5. Elliott C & Quinn F. Tort law. (Eighth Edition. Longman. Pearson education. 2011).
6. Okrent CJ. Torts and personal injury law, (Fifth Edition, DELMAR, 201٥).
7. Davies C. Property Law Guidebook. (Second Edition. Oxford University Press. 2015).
8. Hinkel DF. Essentials of Practical Real Estate Law. (Sixth Edition. CENGAGE Learning. 2016).
9. Burn E. H and Cartwright J. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. (Seventeenth Edition. Oxford University Press. 2006).
10. Cooke E. Modern Studies in Property Law. (Volume 4. HART Publishing. 2007).
11. Karp J & Klayman E. Real Estate Law. (Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003).

12. Cartwright J, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, (Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013).
13. Gray K and Gray SF. Elements of Land Law. (Fifth Edition. Oxford University Press. 2009).
14. Tee L. Land Law, Issues Debates, Policy. (Routledge Taylor & Francis Group. London. 2014).
15. Thomas M. Blackstone's statutes on Property Law 2017-2018. (Twenty-Fifth Edition. Oxford University Press. 2017).
16. Card R, Murdoch J, Murdoch S. Real Estate Management Law. (Seventh Edition. Oxford University Press. 2011).
17. Duxbury R. Nutshells, Contract Law. (Fifth edition. Sweet & Maxwell. London. 2001).
18. Smith RJ. Property Law. (Eighth Edition. PEARSON Education Limited. London. 2014).
19. Smith RJ. Property Law: Cases and Materials. (Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012).
20. Hepburn S. Principles Of Property Law. (Second Edition. Cavendish Publishing. London. 2001).

Second: Laws

- 1- The Land Registration Act 1925.
- 2- The Land Registration Act 2002.

Third : Internet websites

- 1- <<https://www.lawteacher.net/cases/hill-v-tupper.php>> accessed 10 June 2018.
- 2- <<https://swarb.co.uk/idc-group-ltd-v-clark-ca-2-jul-1992/>> accessed 10 June 2018.

- 3- <<https://www.lawteacher.net/cases/street-v-mountford.php>> accessed 10 June 2018.
- 4- <<https://www.lawteacher.net/cases/thomas-v-sorrell-1673.php>> accessed 10 June 2018.
- 5- <<https://www.lawteacher.net/cases/national-provincial-v-ainsworth.php>> accessed 10 June 2018.
- 6- <<https://www.lawteacher.net/cases/robson-v-hallett-1967.php>> accessed 10 June 2018.
- 7- <<https://www.lawteacher.net/cases/wood-v-leadbitter.php>> accessed 10 June 2018.
- 8- <<https://www.lawteacher.net/cases/king-v-david-allen-sons.php>> accessed 10 June 2018.
- 9- <<https://www.lawteacher.net/cases/webb-v-paternosters-case.php>> accessed 10 June 2018.
- 10- <<http://www.e-lawresources.co.uk/Errington-v-Errington-Woods.php>> accessed 10 June 2018.
- 11- <<https://www.brainscape.com/flashcards/licences-and-proprietary-estoppel-5723355/packs/8707717>> accessed 10 June 2018.
- 12- <<https://www.lawteacher.net/cases/binion-v-evans-1972.php>> accessed 10 June 2018.
- 13- <<https://www.lawteacher.net/cases/ashburn-anstalt-v-arnold.php>> accessed 10 June 2018.
- 14- <<https://www.lawteacher.net/cases/veral-v-great-yarmouth-bc.php>> accessed 10 June 2018.

- 15- <<https://www.lawteacher.net/cases/cowell-v-rosehill-racecourse.php>> accessed 10 June 2018.
- 16- <<https://swarb.co.uk/chattey-and-another-v-farndale-holdings-inc-and-others-ca-11-oct-1996/>> accessed 10 June 2018.