

المساحة بين مفهومي العقد والحق

م.د علي نصرت الأسعدي

كلية الحقوق - جامعة تكريت

المقدمة:

العقد وفق ما هو معرف في القانون المدني " ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يثبت اثره في المعقود عليه "

اما عقد المساطحة :-

بالنظر لعدم تطرق القانون العراقي والقوانين الاخرى الى تعريف

عقد المساطحة

ولكن يمكن تعريفه كما يلي :-

هو ((اتفاق بين مال الارض والغير (المساطح) على ان يخول مالك هذا الغير انشاء ابنية او محدثات او منشآت اخرى من غير الغراس او المزروعات لقاء اجر يتفق عليه بينهما لمدة لا تتجاوز الخمسين عاما ويكون لهذا الغير التصرف في تلك المحدثات او المنشآت او الابنية بكل انواع التصرفات المقررة لمالك الشئ من افراغ ورهن وتاجير وغيرها بصفته مالكا لها دون الارض ووفق ما هو متفق عليه بين مالك الارض والمساطح)) ولم يرد في القانون العراقي تعريفا لهذا العقد كما ذكرنا انفا ولكن ورد تعريف حق

المساحة دون العقد وهو ما سنأتي على ذكره , بقي لنا ان نعرف ما هو حق المساحة.

حق المساحة :

هو "حق عيني يكسبه المستأجر بمقتضى عقد ايجار طويل الامد يخول صاحبه اقامة ابنية او منشآت اخرى - من غير الغراس- بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض ويتحدد بموجبه التزامات طرفي العقد " م (1266) ق م عراقي.

من هذا العرض البسيط يتضح لنا ان حق المساحة انما هو يختلف عن عقد المساحة.. الامر الذي غفله او تغافل عنه الكثير من رجال الفقه والقانون بما فيهم المشرع العراقي وهو ما سيكون موضوع بحثنا هذا اضافة الى التطرق لموقف القوانين الوضعية منه فيما يخص اشتراطها لتسجيله من عدمه ليرتب حقوقا لصاحبه.. عليه سوف نتطرق الى موقف الفقه الاسلامي منه وسيكون ذلك في المبحث الاول ومن ثم يليه البحث عنه في القوانين الوضعية.

المبحث الاول

مفهوم العقد والحق في الفقه الاسلامي

لم تتضمن أحكام الفقه الإسلامي موضوع المساطحة بمفهومها القانوني الحالي لكنها تضمنت نفس الموضوع على أرض الوقف أو الحكر⁽¹⁾ وإن تشابه مع موضوع المساطحة فإن المساطحة تقع على الأراضي الأخرى من غير الوقف أو موضوع الحكر.

- لكن ما أود الإشارة إليه هنا هو موضوع حق التعلي (حق العلو والسفل) الوارد ذكره لدى فقهاء المذاهب الإسلامية ومنها :

راي الحنفية :

لقد تطرقت الحنفية الى حق التعلي وعرفته:-

هو "حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على

الطبقة

السفلى، والانتفاع بسقوفها مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديث.

وهذا

حق دائم لصاحب العلو حق البقاء والقرار على السفلى دون أن

يتملك

سقفه - عند الحنفية - فلا يزول الحق بهدم أو انهدام السفلى أو

هما معاً.

ويظل هذا الحق قائماً كما يجري فيه التوارث".

(1) - حاشية رد المحتار / المجلد الرابع ، الطبعة الثانية، 1966م/1386هـ، دار الفكر

1399هـ/1979م، ص302.

إذاً، فماذا عسى أن يكون حق المساحة مقارنة (بحق القرار) أو حق العلو والسفل الوارد ذكره عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

ومن هذا التعريف نجد مصطلحات وردت فيه توضيحات نقف عندها على بعض المسائل التي تجعل هذا الحق يختلف عن حق المساحة. وهذه المصطلحات أو العبارات هي :

- 1) حق التعلي والذي أطلق عليه حق القرار.
- 2) حق العلو والسفل.
- 3) الملكية المشتركة وقد مثل الشارح السفل والعلو بهذا الحق (حق الملكية المشتركة).
- 4) السقف وقد أشار الشارح إلى أن هذا الجزء الذي لا يجوز تملكه عند الحنفية.

ولتوضيح ما ورد أعلاه نبدأ بموضوع السقف عند المذاهب الأخرى وماذا يعني ذلك في الشريعة الإسلامية (كحق) وكذلك في موضوع المساحة والملكية المشتركة. وسنتحدث بشكل موجز عن ذلك.

أما المالكية :

لقد اعتبروا ان السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفل وعليه إصلاحه وبنائه عند انهدامه، ولصاحب العلو الجلوس عليه.

أما الشافعية :

فقد اعتبروا أن السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل كالجدار

بين

ملكين، لاشتراكهما بالانتفاع به، فإنه ستر لصاحب السفل وأرضه

لصاحب العلو الذي له حق الاستناد عليه وليس لأحدهما دق أو
 فتح كوة
 ونحوه مما يضايق إلا بإذن الآخر. ولصاحب العلو الانتفاع
 بالسقف
 بحسب العادة، وإذا انهدم المشترك بين اثنين ليس لأحدهما لإجبار
 الآخر
 على العمارة، لأن الضرر لا يزال بالضرر والممتنع يتضرر تكليف
 العمارة.

ومن مجموع آراء الفقهاء الوارد ذكرها فإن موضوع السقف إنما اوضح لنا
 موضوع حق القرار لصاحب العلو على صاحب السفل أي يكون لصاحب
 العلو حق الاستقرار السفل ويعتبر ذلك السقف مشتركاً - وفق ما تم ذكره -
 بين صاحب العلو وصاحب السفل. وبالنتيجة التي نصل إليها أن موضوع حق
 التعلي أو حق العلو والسفل أو حق القرار كما تم ذكره إنما هو موضوع
 يختلف عن حق المساطحة هذا الحق الذي لا يمكن اعتباره ملكية مشتركة
 مثل حق صاحب العلو وصاحب السفل بالسقف أو أن يكون لصاحب العلو
 حق التعلي على السفل أو أن يكون ملكية مشتركة بينهما - فهو ليس بحق
 القرار حسب المفهوم الوارد وفق ما جاء برأي الفقهاء المسلمين.

كما قلنا أن الشريعة الإسلامية وفقهاؤها لم يعرفوا حق المساطحة بمفهومها
 القانوني الحالي بل إن هذا الحق لم يرد - وفق أحكام الشريعة - على الأرض
 غير الموقوفة أو المعدة للحكر.

لقد أجزى - وفق أحكام الشريعة - موضوع إحداث بناء أو غراس في أرض الغير وقد عرفت هذه العملية حسب أحكام الشريعة والفقهاء الإسلامي على أرض الوقف دون غيرها.

وخلاصة القول .. أن أحكام الشريعة الإسلامية حديثاً وفقهاً إن كانت قد عرفت حق التعلي (وأطلق عليه اسم حق القرار) وهو حق العلو على السفلى وما ينشأ عن ذلك من أجزاء مشتركة إنما يدخل في باب الملكية المشتركة إن صح التعبير. لأن موضوع الملكية المشتركة إنما هو موضوع أوسع بكثير عن موضوع العلو والسفل لأن الملكية المشتركة لا ينصرف مفهومها إلى ملكية الطبقات والسقف فحسب بل يمتد إلى أكثر من ذلك ليشمل الأبنية العمودية الأفقية وملحقاتها وإن الأفقية يخرج منها مفهوم العلو والسفل بما تتضمنه الملكية المشتركة الأفقية من تفاصيل.

وبعد هذا التفصيل وهذه الخلاصة التي توصلنا إليها فإن أحكام الشريعة والفقهاء الإسلامي لم يعرف حق المساحة وفق المفهوم القانوني الحديث هذا من جانب والأرض التي هي محل عقد المساحة من جانب آخر ..

مفهوم العقد الحق في القوانين الوضعية

القانون الأردني

لقد أوردت المادة (70) ق. م أردني تقسيم الحقوق الى

- | | |
|-----------------------------------|------------------------|
| أ) حق الملكية | د) حق المساحة |
| ب) حق التصرف | هـ) حق الارتفاع .. الخ |
| ج) حقوق المنفعة والاستعمال والسكن | |

وبذلك يتضح لنا أن حق المساطحة هو نوع من أنواع الحقوق العينية الأصلية وليس من الحقوق الشخصية، لأن الآثار التي تترتب على الحق العيني تختلف عن التي تترتب على الحق الشخصي وهو ما سنأتي على تفصيله. وإن هذا القانون لم يفرق بين عقد المساطحة وحق المساطحة.

حيث نص المشرع الأردني في قانونه المدني (المواد 1225 وما بعدها) على موضوع المساطحة وأطلق عليه - إضافة لعبارة المساطحة - عبارة (حق القرار)، وحق القرار لا يعطي لصاحب العلو التصرف بالسفل - وهو الأرض - وهذا أول خلط بين حق القرار وحق المساطحة وسنفصلها فيما بعد.

أما المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الأردني والتي سبق الإشارة إليها - فهي كالعادة - لم تتضمن الأسباب الموجبة لتشريع نصوص مواد موضوع المساطحة بل اكتفت إلى تكرار ما ورد في نصوص المواد نفسها. بل وأضاف عند تطرقها لتلك النصوص الإشارة إلى المادة (1019) من القانون نفسه المتعلقة بموضوع نطاق حق الملكية وهو أمر لا يتفق وحق المساطحة، لأن من يملك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها - حسب نص المادة 1019 وإن ملكية حق المساطحة إنما يملك المحدثات دون الأرض. فهو أمر يختلف عن الآخر. وقد كان حرياً باللجنة أن تكون دقيقة في هذا الموضوع وذلك لحدثته بالنسبة للتشريع الأردني بل والتشريع العربي بشكل عام.

القانون المصري:

إن القانون المصري لم يعرف موضوع المساطحة ولم ينص عليه في قانونه المدني، لكنه كان قد نص عليه في مشروع هذا القانون، ولم يكتب له الحياة عند إقرار القانون المدني المصري هذا. أما المادة (922) ق. مدني مصري فإنها تعلقت بموضوع الالتصاق بالعمارة وهذه المادة كانت قد نظمت أيلولة هذه

المحدثات بعد انتهاء العقد الذي كان سبباً في إنشائها ولم تعط الحق لمنشأها بتملكها والتصرف بها (بيعاً أو رهناً أو...الخ) كما ورد في نصوص عقد المساحة في القوانين الأخرى.

- وقد كان الدكتور عبد المنعم فرج الصدة قد اورد شرحاً عن حق السطحية ومفاده:

هو ان "القاعدة , أن صاحب الأرض يعتبر مالكا لما يقام عليها من منشآت وما يغرس فيها من أغراس، ولكن يجوز - على خلاف هذه القاعدة - أن يكون لغير صاحب الأرض الحق في إقامة أبنية أو منشآت أخرى عليها، أو غراس أو أغراس فيها وتملكها (م213 ملكية عقارية و922 مدني مصري). ويمكن أن يتحقق ذلك في فروض مختلفة. من ذلك أن يخول المؤجر في عقد الإيجار المستأجر الحق في إقامة أبنية في العين المأجورة فيكون المستأجر مالكا لهذه الأبنية طوال مدة العقد. ومن ذلك أن يخول مالك الرقبة في عقد منشئ لحق انتفاع المنتفع، يكون له الحق في إقامة أبنية على الأرض المنتفع بها، فيكون المنتفع مالكا لهذه الأبنية خلال مدة الانتفاع. ومن ذلك أيضاً أن يخول صاحب الأرض بمقتضى عقد، شخصاً آخر الحق في إقامة أبنية أو منشآت أخرى على الأرض أو غرس غراس فيها، فبنشأ لهذا الشخص حق عيني يشتمل في أحقيته لإقامة هذه الأبنية أو المنشآت أو لغرس هذه الأغراس وتملكها، وهذا هو حق السطحية الذي ورد تعريفه في النص".

- كما أورد الدكتور عبد المنعم في نفس الموضوع ما يلي :

"وهذا الحق شبيهه بحق الحكر وحق الإجارة العينية، فكل هذه الحقوق حقوق عينية عقارية تنقرر عادة لمدة طويلة. ولكن السطحية يختلف عن الحقين الآخرين في الوظيفة، فحق الحكر وحق الإجارة العينية يؤديان وظيفة اقتصادية، حيث يكون الغرض منها إعادة إصلاح عقار مُخرب أو مهمل

بحيث يكون بحاجة إلى الإصلاح أو جهد كبير في الاستغلال. أما حق السطحية فيؤدي وظيفة اجتماعية لمصلحة المالك الذي يعجز عن استغلال ملكه أو لا تمكنه ظروفه من هذا الاستغلال".⁽¹⁾

ويتضح مما تقدم الأستاذ بأن الأستاذ الفاضل لم يفرق بين عقود الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني بفصل خاص بها وبين عقد المساطحة هذا العقد الذي خرجت به القوانين الوضعية تلبية لمتطلبات التقدم الحضري والعمراني بشكل عام ومتطلبات الاستثمار بشكل خاص وهو بكل الأحوال إنما يؤدي وظيفة اقتصادية لأي بلد من حيث استثمار الأراضي الفضاء وجلب الأموال للبلد أو استثمارها من قبل مستثمري البلد نفسه وليس كما قال الدكتور عبد المنعم "أنه حق المساطحة يؤدي وظيفة اجتماعية لمصلحة المالك الذي يعجز عن استغلال أرضه أو لا تمكنه ظروفه من هذا الاستغلال فقط.

القانون العراقي:

لم يسلم المشرع العراقي من ذلك الارباك بالرغم من انه خطأ خطوة متقدمة افضل من غيره في هذا المجال .

عقد المساطحة يختلف عن عقد الإيجار،

أولاً: من حيث أحكامه

ثانياً: من حيث آثاره

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الأصلية - طبع دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، 1982، ص 1067-1068.

فهو لا يخضع لأحكام عقد الإيجار كما فهمه البعض ويختلف عنه من حيث الخصوصية التي تكتنف هذا العقد وهو أيضاً ما سنأتي على ذكره.

وحيث ان عقد المساحة يختلف عن حق المساحة لأن الأول هو الأصل والثاني هو الفرع ولأن حق المساحة ينشأ عن عقد المساحة وعليه فإن بطلان حق المساحة لا يعني بطلان عقد المساحة لأن القانون لم ينص على ذلك من ناحية ولاختلاف الأمر بين الاثنتين من ناحية أخرى وهو اللبس الذي وقع فيه شراح الحقوق العينية في القانون العراقي بل وقضاء محكمة تمييز العراق بل والمشرع العراقي فيما يخص موضوع المساحة, وبما ان المشرع العراقي قد خصص المواد

(1266-1270) من قانونه المدني، لموضوع حق المساحة، وقد أورد تعريفها في المادة (1266) من قانونه المدني وجاءت المواد التي تليها لتبين أحكامها من التزامات المساح والتزامات صاحب الأرض ومدتها. ولم تشر كل هذه المواد إلى كون الأرض - محل عقد المساحة - ماذا تكون ؟

وهل تكون أرض موقوفة أم لا ؟ لأن ذلك يكون عقد حكر كما ورد ذكره في القانون المدني الأردني, هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الوقف لم يرد له ذكر في أحكام المساحة وعليه فقد كان ينبغي بالمشرع العراقي عدم الخلط بين الأرض الموقوفة والأرض العادية (غير الموقوفة) عند تشريعه لقانون التسجيل العقاري رقم (3) لسنة 1971، وعليه سنتطرق عن موضوع المساحة قبل نفاذ قانون التسجيل العقاري (43) لسنة 1971 وبعده.

المساحة قبل نفاذ قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971:-

سنأتي إلى التطرق لنصوص القانون المدني العراقي بخصوص المساحة وذلك سيكون أولاً، أما ثانياً سيتضمن موقف شراح الحقوق العينية في القانون العراقي لتكون الفقرة الثالثة مخصصة لموقف القضاء العراقي من المساحة.

أولاً : المساحة في القانون العراقي :

نصت المادة (1266) من القانون المدني على : ان "حق المساحة حق عيني يخول صاحبه اقامة بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ويحدد هذا الاتفاق حقوق المسطح والتزاماته".

ويتضح من هذا النص أن المشرع العراقي لم يأخذ بالغرض المقصود من عقد المساحة وذلك لكونه قد نص في المادة (824) وما بعدها فيما يتعلق بعقد المغارسة وأحكامه، هذا من جانب ومن جانب آخر فقد أوضح المشرع العراقي أن هذا الحق إنما هو حق عيني عقاري أصلي ومصدر هذا الحق هو عقد المساحة أي (الاتفاق بين المسطح وصاحب الأرض على انشاء هذا الحق وأحكامه) وهو عقد لا يمكن أن يرد إلا على الأرض ويؤدي ذلك إلى خلق ملكيتين مختلفتين تكون ملكية المسطح إلى جانب ملكية صاحب الأرض وبما تحمله المكية من التزامات وحقوق تصرف، أي يكون المسطح مالك للأبنية والمنشآت التي يقيمها على الأرض بما فيها التي تكون تحت سطح الأرض والتي تكون رقبته لمالكها - أي لمالك المحدثات - وتبقى ملكية الأرض لمالكها.

من المعلوم أن حق المساحة - كما أسلفنا - حق عيني يكسبه المساح بمقتضى عقد المساحة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (1266) من القانون العراقي على وجوب تسجيل حق المساحة وليس تسجيل عقد المساحة كما أشار إلى ذلك الأستاذ الفاضل حسن علي الذنون في مؤلفه⁽³⁾ وبه لم يفرق الأستاذ الفاضل بين تسجيل حق المساحة وتسجيل عقد المساحة ونفس الشيء الذي ورد في مؤلف استاذنا الفاضل د. شاعر ناصر⁽¹⁾ - لأن ما يخول المساح إقامة البناء والمنشآت الأخرى - غير الغراس - على أرض الغير إنما هو عقد المساحة وليس حق المساحة فالتحويل مورده العقد ولكن ما نراه من خلال الإرادة الواردة في مؤلفات بعض الأساتذة الأفاضل الشراح "إن الحق هو الذي يخول المساح ذلك".

لقد علمنا - من خلال النص القانوني - إن حق المساحة إنما هو حق عيني عقاري، إما أنه حق عيني فالعلة إن الحق العيني إنما هو سلطة مباشرة لشخص معين على عين معينة، وإما أنه حق عقاري فذلك لعلة استقراره استقراراً ثابتاً⁽²⁾.

يتضح من ذلك أن حق المساحة (الحق العيني العقاري) إنما هو المحدثات المتفق - بين طرفي العقد - على إقامتها في الأرض والتي هي محل التزام مالك الأرض الناجم عن العقد وكما أسلفناه من ذكر، وكون هذا الحق عقاري فقد ألزم المشرع العراقي تسجيله وفق نص المادة (2/1266) ولم ينص على تسجيل مصدره - وهو العقد - فالحق هو الذي يستوجب تسجيله لينشأ إثارة وليس العقد، لأن الإجراءات الشكلية إنما تنتظم العقار، فالمحدثات

(1) أنظر الدكتور شاعر ناصر - المرجع السابق ص40.

(2) انظر المواد 1/67 و 1/62 من القانون المدني العراقي. كذلك 1/69 و(58) من القانون

المدني الأردني.

(الأبنية والمنشآت الأخرى- وهي بذاتها حق المساطحة - فهي التي ينبغي تسجيلها، بحكم اعتبارها عقاراً.

لقد ساوى المشرع العراقي بين الأبنية والمنشآت الأخرى عند تعريفه المساطحة. إذ أن المنشآت الأخرى قد لا تكون أبنية كما هو الحال في مأوى المركبات / المرآب/ المخازن المعدة للحفظ وخبز المواد. حتى وإن أقيمت بغير المواد المعدة للبناء فهي بحكم النص- حق مساطحة.

يتضح مما تقدم أن عقد المساطحة - ولم ينص القانون على إلزامية تسجيله - فهو من العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد تطابق الإرادتين، فهي إذاً لا تستوجب لها شكلاً معيناً وهو ما يفهم من نص المادة (90) ق.م. عراقي، وهو ما يخالف لما ذهب إليه بعض الشراح لموضوع الحقوق العينية فيما يتعلق بهذا الموضوع بالذات وهو ما سنأتي على ذكره فيما بعد.

ثانياً : المساطحة لدى شراح الحقوق العينية في القانون المدني العراقي

1- الدكتور حسن علي الذنون

لقد ورد في مؤلفه :

"وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة 1266 تسجيل العقد الذي أنشأ حق المساطحة. فإذا لم يسجل فإنه يكون باطلاً، لتخلف ركن من أركانه وهو الشكلية التي اشترطها القانون صراحة"⁽¹⁾.

2- الأستاذ شاكر ناصر:

فقد قال :

"ويشترط لصحة عقد المساطحة بالإضافة للشروط العامة ما يلي :

(1) الدكتور علي حسن الذنون - المرجع السابق - ص354

1) تسجيله في الطابو (دائرة التسجيل العراقي) - وهذا ما نصت عليه المادة 2/1266 مدني بقولها "وحق المساحة يجب تسجيله في الطابو"، التسجيل في الطابو شرط لتطبيق أحكام حق المساحة باعتباره حقاً عينياً. أما إذا استأجر شخص أرضاً من آخر لمدة معينة ليبنى عليها، على أن يكون البناء له، وكتبها ورقة عادية بهذا العقد ولم يسجلا في الطابو، فهل يكون هذا العقد باطلاً ولا يفيد الحكم ؟

العقد - في هذه الحالة - لا يكون باطلاً، إلا أنه لا يعتبر عقد مساحة، ولا تترتب عليه أحكام المساحة، وإنما يعتبر عقد إجارة عادية، وتترتب عليه أحكام الإجارة، حيث يعتبر حق المستأجر حقاً شخصياً وليس حقاً عينياً، وعندئذٍ تبقى الإجارة صحيحة حتى تنتهي مدتها، وعند انتهاء مدتها، تطبق على الأبنية أحكام القانون المدني المتعلقة بالبناء في أرض الغير بإذنه⁽¹⁾.

3- الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك :

عند شرحه لموضوع المساحة قال : ان أركان العقد المنشئ أو الناقل لحق المساحة- وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (229) من القانون المذكور "...الخ"⁽²⁾ - استاذي الفاضل هو الآخر لم يفرق بين عقد المساحة وحق المساحة وأيهما الذي يستوجب تسجيله. لكن عند شرحه لحق المساحة في القانون المدني الأردني فقد قال "يعتبر العقد المصدر الأصلي لحق المساحة ويجب تسجيل حق المساحة في دائرة تسجيل الأراضي"⁽³⁾ واكتفى بذلك فقط.

(1) الأستاذ شاكراً ناصر - المرجع السابق - ص 40.

(2) انظر الدكتور سعيد مبارك - شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الأصلية - طبعة 1973، بغداد- العراق، ص 293.

(3) الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك - موجز أحكام القانون المدني الأردني / الحقوق العينية ، طبعة 96/95 المملكة الأردنية الهاشمية، ص 193.

من خلال تلك الآراء منها التي سبقت صدور قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ومنها ما تلت صدور هذا القانون فقد وقع جميعاً بنفس اللبس. حيث انضوت جميعها تحت ضابط اللبس بين عقد المساطحة الذي هو مصدر حق المساطحة وضابطه، وبين حق المساطحة الذي ما كان لوجود لولا تنفيذ طرفي عقد المساطحة لعقد المساطحة والالتزامات الواردة فيه.

فمن الأسانذة الأفاضل من انتهى به الأمر إلى اعتبار العقد ليس الحق الذي يجب له التسجيل - وهو لم ينص على وجوب تسجيله - بدلاً عن حق المساطحة المنصوص على وجوب تسجيله وفق م (2/1266) من القانون المدني العراقي ورتب على خلافه بطلان العقد بالرغم أن حق المساطحة - عند التعاقد لما يوجد بعد.

وقد وقع البعض الآخر في حيرة من تكيف عقد المساطحة - وهو عقد رضائي لم ينص على وجود تسجيله - وانتهى بهم إلى اعتباره عقد إجارة، وخلص إلى أن المحدثات التي تقام - تنفيذاً لعقد المساطحة الذي لم يسجل بعد - إن هي إلا حقوقاً شخصية وذلك إعمالاً لنظرية تحول العقد⁽¹⁾ وهو ما أسلفنا ذكره في المبحث الاول من هذا البحث.

(1) الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك شرح الحقوق العينية الاصلية - ق.عراقي، المرجع السابق،

ثالثاً : موقف القضاء العراقي :

القضاء العراقي زاخر بقضايا موضوع المساحة الأمر الذي لم نجد له مثيل في القضاء الأردني بالرغم من وجود تطبيقات عملية لموضوع المساحة في الحياة العملية .. ومن هذه القرارات ما يلي :

أصدرت محكمة تمييز العراق قراراً لها في 1963⁽²⁾ ونصت فيه ما يلي :

القرار : ((لدى التدقيق والمداولة، وجد أن محكمة التمييز أغفلت - عند التدقيقات التمييزية في القضية- مفهوم المادة 1266 من القانون المدني ولهذا يصبح طلب التصحيح⁽³⁾ وارداً قانوناً وفق المادة (231) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. فقرر قبوله، وإعادة التأمينات إلى طالب التصحيح ولدى عطف النظر في الحكم الاستثنائي المميز الذي أيد الحكم البدائي استناداً لحكم المادة (2/1266) مدني، القاضي بتسليم الأرض إلى المدعي / المميز عليه، خالية من الشواغل تبين أن المادة المذكورة قالت : "حق المساحة يجب تسجيله في دائرة الطابو إلا أنها لم تبين مصير عقد المساحة عند عدم تسجيله في دائرة الطابو، بخلاف ما ذكرته المادة 1266 في فقرتها الثانية من القانون المدني، بشأن العقد الناقل لملكية العقار. حيث نصت على أنه :

(2) قرار صادر من محكمة تمييز العراق الصادر في القضية المرقمة 1852/ح/1963 في 23/12/1963/محكمة التمييز - المكتب الفني - المجلد الأول، ص82.

(3) التصحيح : وسيلة من الوسائل التي أعطاها القانون لأطراف الدعوى لغرض الاعتراض على القرار الصادر من محكمة التمييز في الدعاوى التي تم الاعتراض عليها لدى نفس المحكمة وأسمايت هذه الوسيلة بـ (تصحيح القرار التمييزي) وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969 ويستوفي مبلغ من المال كتأمين عن الطلب يتم مصادرتة إذا لم يقبل طلب التصحيح من قبل الهيئة المشكلة لتتظر طلب التصحيح وفي حالة قبول طلب التصحيح فتتم إعادة تبليغ المذكور.

((لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً، فلو أراد الشارع أن يكون لعقد المساطحة والآثار المترتبة عليه، نفس الآثار المترتبة على العقد الناقل لملكية العقار، لنص على ذلك صراحة. كما فعل في المادة (1266) ق. مدني، وعلى هذا فان عقد المساطحة المصدق من الكتائب العدل ولو لم يسجل في دائرة الطابو يبقى أثره القانوني بالنسبة للمتعاقدين ملزماً لهما، وليس باستطاعتها التحلل منه ولهذا السبب فقط، ولأن التسجيل في دائرة الطابو، إنما شرع للمحافظة على الحقوق التي كانت دوائر الطابو تمتنع - قبلاً - عن تسجيلها، وعليه وللأسباب المذكورة، قرر نقض الحكم الاستثنائي وإعادة الأوراق لمحكمتها للسير فيها مجدداً، وفق المنوال المتقدم، على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة. وصدّر القرار بالاتفاق في 1963/12/23))

- لدى إمعان النظر في هذا القرار نجد أن محكمة التمييز اعتمدت حقيقتين في قضائها هذا وهما :

1) الحقيقة الأولى :

هي أن القانون المدني أوجب في نص المادة (2/1266) منه على تسجيل حق المساطحة، وهذه المادة وعلى حد قول المحكمة - لم تبين مصير عقد المساطحة عند عدم تسجيله، وخلصت إلى أن القانون المدني لم يتضمن نص يوجب تسجيل العقد (عقد المساطحة) بل وما يؤيد ذلك هو المفهوم المخالف لنص م(1266) مدني والذي يفهم منه أن هذا العقد لا يستوجب تسجيله.

2) الحقيقة الثانية :

هي أن عقد المساطحة من العقود الرضائية - طالما هو اتفاق بين طرفيه - وهذا الاتفاق إنما ينبع من رضا طرفي العقد دون أن يكتفه أي عيب من عيوب الإرادة. ولطالما هو من العقود الرضائية فقد اكتفت المحكمة في إثبات هذا العقد المصدق من قبل كاتب العدل.

ولكن ما يلفت النظر في هذا القرار التمييزي، هو أن الأرض المقضي تسليمها خالية من الشواغل، وهي مثقلة بحقوق المساح فيها - فقد كان حرياً بمحكمة التمييز ان توعز لمحكمة الموضوع باستئثار الدعوى وتكلف المساح بمراجعة دائرة الطابو لتسجيل حقه في المساحة ثم تقضي بعد ذلك - أي بعد قيام المساح بتسجيل حق المساحة لدى دائرة الطابو - بتسليم الأرض مثقلة بهذا الحق، وبذلك تكون قد أعملت حكم الفقرة الثانية للمادة (1266) مدني. ولم يكن لها أن تبرر مراد المشرع أو تحل محله لتقول "أن التسجيل في دائرة الطابو إنما شرع لمحافظة الحقوق التي كانت دائرة الطابو تمتنع - قبلاً - عن تسجيلها". هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن نص المادة (2/1266) مدني واجب التطبيق وليس لمحكمة التمييز أن تعفي من التحلل منه لأنها بذلك تحل محل إرادة المشرع وهذا ما لا يجوز بتاتاً، ولأن هذا الحق المنصوص على وجوب تسجيله يحكم القانون، حق أحدثه القانون المدني النافذ ولم يكن له وجود من قبل. ولم تكن محكمة التمييز لتكتفي برأيها هذا المخالف لنص المادة (2/1266) مدني بل وقد اعتبرت أن عدم تسجيل حق المساحة في دائرة الطابو لا يجعله باطلاً أو غير معتبر وقد ورد ذلك في قرار لها، حيث نص هذا القرار :

قرار محكمة تمييز العراق⁽¹⁾ "لدى التدقيق والمداولة، وجد أن المحكمة أصدرت حكمها المميز بتصديق الحكم الغيابي المعترض عليه المتضمن، إلزام المدعى عليه/ المميز - بتأديته للمميز عليه/ المدعي - أجر المثل للقطعة موضوعة الدعوى للمدة من 1957/2/4 إلى 1962/3/4، رغم قولها في محضر جلسة 1967/7/2، بأنها وجدت في إضبارة المزايدة للقطعة موضوع الدعوى والبالغ مساحتها 146.47 م²، بأنها أحييت بعهدة المدعي وهي مثقلة

(1) قرار محكمة تمييز العراق في القضية 835/م/1967 في 968/4/6 المجلد الخامس - طبعة

بالإجارة الطويلة. فكان على المحكمة وبعد أن تبين لها ذلك، أن تتحقق عما إذا كان المدعى عليه، هو صاحب حق المساطحة في هذه القطعة بمساحتها المعينة أم لا. لأن عدم تسجيل حق المساطحة في دوائر الطابو لا يجعل حق المساطحة باطلاً أو غير معتبر، وفي ضوء ما يتحصل لديها، تصدر حكمها وفق القانون وعليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الأوراق إلى محكمتها، للسير في الدعوى وفق المنوال المتقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة، وصدر القرار بالاتفاق في 1968/4/6"

لدى إمعان النظر في هذا القرار، نرى أن قول محكمة التمييز :

"إن عدم تسجيل حق المساطحة في دوائر الطابو لا يجعل حق المساطحة باطلاً أو غير معتبر"... فهو قول يتنافى وحكم المادة (2/1266) من القانون المدني العراقي لأن المشرع نص في هذه الفقرة وجوب تسجيل هذا الحق لدى دائرة الطابو.

ومن خلال عبارات قرار التمييز يفهم أن المحدثات التي أقامها المساطح على الأرض موضوع عقد المساطحة لم تكن مسجلة بعد - عند قضائها في هذه القضية المعروضة عليها. فإن كان المساطح هو الذي أقامها فقد كان على المحكمة (محكمة التمييز) - عند نقضها القرار المميز - أن تشير فيه إلى محكمة الموضوع بوجوب تكليف المساطح (من قبل محكمة الموضوع) بتسجيل حق المساطحة لدى دائرة الطابو ومن ثم تصير إلى إكمال إجراءات بيع الأرض وهي مثقلة بحق المساطحة هذا، تطبيقاً منها لنص الفقرة الثانية من المادة (1266) الآتفة الذكر لعله أن حق المساطحة- ما هو إلا المحدثات المقامة على أرض الغير ولا تنتقل ملكيتها إلا بالتسجيل. وأن المحدثات التي بذاتها حق المساطحة - الحق العيني العقاري - إذ يتراخي تنفيذ التزام المساطح الناجم عن عقد المساطحة في إقامتها إلى ما بعد التعاقد

حيث أن المحدثات لا تقام فور التعاقد عليها. وعليه فإن تجاوز محكمة التمييز لنص الفقرة الثانية من المادة (1266) الآنفه الذكر دون تعليقه بتاريخ نشوء الحق إلى ما بعد إقامة المحدثات يجعل قرارها مفقور الی للتعليل المقنع وإن لم يكن لعيبه. ذلك أن نص المادة (1269) من القانون المدني العراقي تعطي للمساح حق التصرف في هذه الأبنية والمنشآت، ويستطيع المساح أن يتصرف بها الملك يقتضي تسجيله باسمه لدى دائرة الطابو استناداً لنص المادة 2/1266 مدني عراقي⁽¹⁾ وما التسجيل إلا الشكل الذي ينبغي أن ينتظم التصرف ما دام محل التصرف عقاراً أو حقاً عقارياً، وما حق المساحة إلى حقاً عينياً عقارياً، ويعتبر التصرف بحكم المادة (2/30) ق.م عراقي من النظام العام بوجه خاص، كما وإن المادة (90) ق. م عراقي⁽²⁾ أوجبت إذا رسم القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد يقتضى انتهاج ما رسم لانعقاده، ورتب البطلان على افتقار لتلك الشكلية التي رسمها القانون ونفس الشيء الوارد في المادة (508) و(2/1126) من القانون المدني العراقي⁽³⁾.

وعليه فإذا أراد المساح أن يتصرف بحق المساحة الذي له، فعليه تسجيل هذا الحق في دائرة الطابو، ومحل التسجيل هنا هو المحدثات التي أقامها المساح تنفيذاً لالتزامه بإقامتها وهو ما يؤكد أن حق المساحة إنما هو المحدثات التي أقيمت على أرض الغير.

(1) يقابله في القانون الأردني نص المادة (3/163) منه.

(2) يقابله في القانون الأردني نص المادة (2/105) منه.

(3) المادة 1805 لم ينص على ما يقابلها في القانون الأردني في الوقت الذي نص هذا القانون في المادة (1148) منه بما يقابل نص المادة (2/1126) من القانون المدني.

وقد ذهب محكمة التمييز إلى اعتبار أن الحجة الشرعية تنشئ حق المساطحة، وأما التسجيل في دائرة الطابو فهو لتوثيق الحق وإثباته وليس لإنشائه.⁽¹⁾

ونفس الاتجاه تقريباً ورد في قرار آخر لهذه المحكمة عندما اعتبرت أن تسجيل عقد المساطحة في دائرة الطابو هو لغرض التوثيق لا للانعقاد، حيث ورد ذلك في قرارها التالي :

"تسجيل عقد المساطحة في دائرة الطابو، الذي أوجبه الفقرة الثانية من المادة 1266 مدني هو لغرض التوثيق، لا للانعقاد، وذلك لأن هذه الفقرة، لم تنص على عدم انعقاده أو عدم الاعتداد به، ما لم يسجل كما نصت المادة 2/1126 في نقل ملكية العقار والمادة 1203 في نقل حق التصرف والمادة 1286 في انعقاد الرهن التأميني"⁽²⁾.

يستفاد من القرارين الآنفين الذكر ما يلي :

1- لقد تضمن القرار الأول "الحجة الشرعية التي تنشئ حق المساطحة" وهذا القول لا يتفق مع مفهوم الحجة الشرعية، لأن الحجة الشرعية هذه لا بد وأن تكون قد صدق بها عقد مساطحة، وقد كان الأولى بمحكمة التمييز أن تقول "أن العقد المصدق بالحجة الشرعية قد ألزم المساطح بإقامة المحدثات المنفق على إقامتها لتكون حق مساطحة للمساطح".

(1) أنظر قرار محكمة التمييز رقم 275/ج3/1969 في 1969/12/20 والمشار إليه في مؤلف الأستاذ إبراهيم المشاهدي/ المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز العراق / قسم القانون المدني - العراق - بغداد ط1988، ص614.

(2) القرار 1400/ هيئة عامة/ 1968 في 1969/12/6 الصادر من محكمة تمييز العراق - أنظر الأستاذ الشاهدي - المصدر السابق.

إن ما يستفاد من هذا القرار هو أن عقد المساحة لا يستلزم التسجيل في دائرة الطابو، كما انه لا ينشئ حق مساحة وإنما ينشئ التزاماً في ذمة المساطح، يترتب على تنفيذ نشوء حق المساحة والذي يستوجب للتصرف به تسجيله في دائرة الطابو، وبذلك يكون حكم محكمة التمييز قد توافق مع الأحكام القانونية التي أوردها القانون المدني للمساحة (عقداً أو حقاً).

2- أما القرار الثاني 1400/هيئة عامة/1968- والصادر من الهيئة العامة لمحكمة التمييز - حيث ورد فيه أن الفقرة الثانية للمادة (1266) ق.م.ع، لم توجب تسجيل العقد - كما ورد في القرار - وإنما أوجبت تسجيل الحق، وهذا اللبس في التفريق بين الحق والعقد هو نفس اللبس الذي شاب شروح سراح الحقوق العينية السالف ذكرهم. ونفس اللبس الذي وقعت فيه المحكمة والذي انبعث عن التباس التفريق بين عقد المساحة، فالحق هو الذي يستوجب تسجيله أما العقد فلم يوجب القانون تسجيله، وللتدليل على عدم انعقاد العقد فقد استدلت المحكمة واستشهدت بالمواد 1266، 1286 من القانون المدني العراقي، مع العلم أن المفهوم المخالف لنص المادة (90) مدني كان يكفي ويغني عن الاستدلال بالنصين المذكورين.

أما التوثيق - الوارد ذكره في القرار المذكور - فلا مبرر لذكره ما دام عقد المساحة من العقود الرضائية التي لا تستلزم لانعقادها شكلاً معيناً هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن دائرة الطابو مهمتها إضفاء الشكلية على التصرف بعقار أو بحق عيني عقاري الذي أوجب له القانون شكلاً معيناً، وليس مهمتها التوثيق. وغني عن القول أن التوثيق مرجعه الكاتب العدل.

لكن محكمة التمييز كانت قد تخطت بقرارها التالي، كل قراراتها السابقة من حيث التعارض والتبرير عندما قضت بأن :

"حق المساطحة يسجل في دائرة التسجيل العقاري فقط دون حاجة لإنشائه فيها، ولا يحق للمتازل له بعقد غير مسجل بتلك الدائرة أن يطلب منع المعارضة لعدم بطلان التنازل بعدم التسجيل"⁽¹⁾.

بهذا القرار تكون محكمة تمييز العراق قد أعملت حكمي المادتين (2/1266) و(1269) من القانون المدني العراقي بشكل ينسجم وقصد المشرع في تسجيل الحق لا العقد. كما أنها لم تجز التصرف بالحق إلا إذا اقترن التصرف بالتسجيل، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن هذه المحكمة قد تجاهلت أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل مع العلم أن بدء نفاذ هذا القانون كما في 1972/5/11 وغني عن القول إن نفاذ هذا القانون في 1972 والدعوى لم يكن قد فصل فيها إلا في 1974 فهي تخضع لنصوص هذا القانون بحكم سريانه عليها ولا نعلم لماذا تجاهلت المحكمة هذا القانون وعلمها به مؤكداً وليس مفترضاً، هو تعارض أحكام القانون المذكور بشأن المساطحة مع أحكام القانون المدني ؟ أم أنها صارت إلى إهماله لتعذر أعماله بهذا الصدد

ومع ذلك فإن هذه المحكمة لم تستقر على رأيها هذا ولم تلتزم بالضوابط التي أقرتها في قرارها ذلك وقد أصدرت هذه المحكمة قرارات ليست بقليل بعضها متعارض وبعضها تتخطى قانون التسجيل العقاري برغم نفاذه⁽²⁾.

(1) قرار محكمة التمييز في القضية المرقمة 919/3/1974 في 12/10/1974 أنظر -

الأستاذ إبراهيم المشاهدي / المصدر السابق.

(2) راجع الأستاذ إبراهيم المشاهدي - المصدر السابق.

يتضح من اللبس (غير المقصود) الذي وقع به الشراح في عدم التفريق بين عقد المساحة - الذي لم يوجب القانون المدني تسجيله وبين حق المساحة - الحق العيني العقاري - وكان السبب في تعارض الأحكام القضائية والحيلولة دون الاسترشاد بها- عند التطبيق - أعمالاً لحكم المادة (3/1) من القانون المدني⁽¹⁾.

المطلب الثاني

المساحة في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة

1971

قانون التسجيل العقاري إنما هو القانون المنظم لتسجيل العقارات في العراق والتصرفات الواردة عليها، وقد صدر هذا القانون وتم نشره في الجريدة الرسمية العراقية في 10/5/1971 بالعدد 1995، واعتبر نافذاً - بحكم المادة (334) منه- بعد مرور سنة من تاريخ نشره أعلاه أي أصبح نافذاً في 11/5/1972.

وسيتم البحث في هذا المبحث المواضيع التالية :

- 1- الأحكام التي كان ينبغي أن ينتظمها هذا القانون دون سواء.
- 2- السلبيات التي اكتتفت هذا القانون.
- 3- إجازة هذا القانون لأن تكون أرض الوقف - وفقاً صحيحاً- محلاً لعقد المساحة.

(1) نصت هذه الفقرة من المادة الأولى من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 على أنه :
"وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية".

أولاً : أحكام قانون التسجيل العقاري 43 لسنة 1971 :

لقد كان من المقتضى أن ينظم هذا القانون الإجراءات الشكلية دون سواها من الأحكام الموضوعية ذلك أن الحكمة - في تقنين الإجراءات - هي تنفيذ الأحكام الموضوعية للقانون - أو تسهيل تطبيقها بما يتوافق وإياها - ولهذا فقد كان المعمول به - قبل صدور قانون التسجيل - إنما هو نظام الطابو - وليس القانون- وتسميته بنظام الطابو كان أوفى معناً لعلة تسهيله تطبيق القانون وليس انتظام قواعده، وغني عن القول، إن النظام يستند إلى قانون يخول السلطة المختصة إصداره ولا يبرر تسميته قانوناً، وما قيل في أسبابه الموجبة :

"إن تسمية أي قانون يجب أن تتفق وتتسجم مع ما يحتويه هذا القانون من أحكام...الخ. لذا فإن تغيير تسمية (الطابو) إلى التسجيل العقاري لم يكن أمراً يتعلق بالشكل فقط، بل كان - في الحقيقة - منطلقاً لوضع قانون جديد، يستبعد الأشكال القديمة في العمل، ويستبدالها بشكل حديث، يستند إلى الأحوال الجديدة في التسجيل".

وعلى كل حال فإن هذا القانون نص في المادة (229) منه على موضوع المساطحة والإجارة الطويلة" وكما يلي :

م/229 :

- (1) ينشأ حق المساحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساح في السجل العقاري.
- (2) يسجل عقد الإجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الأرض، المستأجر، أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها، ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والإرث لأحكام حق المساحة.
- (3) يتخذ عقد المساحة أو الإجارة الطويلة المصدق من الكاتب العدل أو المثبت بحجة شرعية - قبل نفاذ هذا القانون - أساساً للتسجيل في السجل العقاري، بدون حاجة إلى إقرار صاحب الأرض بالموافقة، إلا إذا اشترط ذلك في العقد أو الحجة".

لقد أوضحت هذه المادة كيفية نشوء حق المساحة ومحل أعماله، وهو الأرض المملوكة والأرض الموقوفة وفقاً صحيحاً دون غيرها، وهنا قد خلط المشرع بين حق المساحة الذي يقتضي أن يكون على أرض غير موقوفة لأن المساحة على أرض موقوفة لا تسمى مساحة وإنما تسمى عقد حكر. ومن خلال هذا النص يتبين أن ما تم النص عليه في هذا القانون لا يتوافق مع ما تم النص عليه في القانون المدني بهذا الشأن.... وتفصيل ذلك هو ما يلي :

لقد أوضحنا أن حق المساطحة لا يتمخض عن عقد المساطحة فور انعقاده وإنما يتراخى وجوده حتى يكمل المساطح إقامة الأبنية والمنشآت الأخرى، ويتوقف نشوء حق المساطحة على تنفيذ المساطح لالتزامه فهو إذن معلق الوجود على شرط واقف وما الشرط الواقف إلا حادثة غير محققة الوقوع معلق عليها نشوء الالتزام أو زواله. فإن علق عليها نشوء الالتزام كان الشرط واقفاً وإن علق عليها زواله كان الشرط فاسخاً. وعقد المساطحة إنما عقد غير منجز لأن العقد المنجز هو ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقل ويقع حكمه في الحال وهو ما أكدته المادة (394) ق.م. أردني والمادة (285) ق.م. عراقي. فإن المفهوم المخالف لهذا النص يغني عن التعريف بالعقد غير المنجز المنصوص عليه في المادة (286) ق.م. عراقي وتقابلها المادة (396) ق.م. أردني.

والعقد المعلق على شرط واقف لا يتحقق إلا إذا تحقق الشرط وهو ما أكدته المادة (288) ق.م. عراقي تقابلها المادة (395) ق.م. أردني.

يتضح من تلك النصوص عند تكييف عقد المساطحة أنه عقد معلق على شرط واقف ألا وهو إقامة المساطح للأبنية أو المنشآت الأخرى، فعلا م يسجل هذا العقد في السجل العقاري وهو لا حكم له قبل أحداث تلك المحدثات. إضافة إلى ان حق المساطحة هو الذي يجب تسجيله بحكم المادة (2/1266) ق.م. عراقي، باعتباره حقاً عينياً عقارياً أما العقد فإن القانون المدني لم يوجب تسجيله وحيث أن المحدثات ليس لها وجود مادي عند التعاقد فكيف إذا ينشأ هذا الحق بتسجيل عقد المساطحة في السجل العقاري ووفق ما نص عليه في المادة (229) من قانون التسجيل العقاري ؟ فأى القانونين واجب التطبيق، وكيف يطبق وفق المفاهيم الآتفة الذكر ؟ ...لأن قانون التسجيل العقاري هذا قد أدى إلى تعطيل أحكام القانون المدني فيما يخص عقد المساطحة الذي أوجده قبل وجوده.

والجواب على ذلك هو :

- بما أن حكم قانون التسجيل العقاري يتعذر اعماله بشأن حق المساطحة
لأسباب الأنفة الذكر فعليه يقتضي إهماله. وهو ما أكدته القاعدة الفقهية
المنصوص عليها في المادة (216) ق.م.أردني والتي تقابلها المادة
(158) ق.م.عراقي وأصلها المادة (62) من المجلة (مجلة الأحكام
العدلية العثمانية) - حيث نصت :

"أعمال الكلام أولى من إهماله. لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل"
وهذا يعني لايهمل الكلام ما امكن حمله على معنى .

وعليه فقد كان المشرع العراقي عند تشريعه لقانون التسجيل العقاري -
أن يفرق بين العقد الذي يتمخض عنه حق المساطحة وبين هذا الأخير الذي
هو المحدثات التي التزم بإنشائها المساطح. فقد كان حرياً بالمشرع أن ينتهج
في تسجيل حق المساطحة نفس النهج الذي انتهجه في تصحيح الجنس
المنصوص على إجراءاته في المواد (279-282) من حيث نصت المادة
(279) ق.م.التسجيل العقاري على :

"يصحح جنس العقار، عند إجراء التغييرات المالية فيه بإحداث الأبنية
أو المنشآت الأخرى أو الغراس أو أي إضافة محدثات أو مغروسات يؤدي إلى
تغيير جنس العقار من حيث استغلاله أو استعماله أو عند زوال المحدثات أو
المغروسات....الخ".

فقول المشرع بنشوء حق المساطحة عند تسجيل عقد المساطحة يتنافى
وطبيعة الأشياء من حيث وجودها المادي.

ثانياً : سلبيات قانون التسجيل العقاري :

لقد ذكرنا أن هذا القانون قد انتظمت قواعده - الأحكام الموضوعية لحق المساطحة في الوقت الذي كان يقتضي أن تنتظم قواعد الإجراءات الروتينية في إضفاء الشكلية على أعمال التصرف التي يكون المعقود عليه عقاراً أو حقاً عينياً عقارياً ولا يجوز أن تتعداها إلى الأحكام الموضوعية. ولم يكن من هذا القانون إلا نسخ للأحكام الموضوعية التي احتوتها موارده ومنها القانون المدني ولكن هذا القانون - وقد خرج عن أغراضه الشكلية - انتسخ فيما انتسخه - أحكام المساطحة الموضوعية بحيث أصبحت الأحكام المنتسخة بعضاً من نصوصه. وما دام نص القانون، ينبغي اعماله فما الذي يبرر لهذا القانون انتساح أحكام القانون المدني المتعلقة بالمساطحة مع وجوب العمل بها. وحيث أن القواعد المنتسخة لا يعمل بها في دوائر التسجيل العقاري إلا إذا ضمها هذا القانون بين نصوصه خلافاً لما هو مجمع عليه وهو أن القوانين جملة لا تتجزأ في الاعمال أو التفسير. ومثال ذلك ..

نصت المادة (2/230) منه على أنه :

"لا يجوز أن تزيد مدة المساطحة عن خمسين سنة فإذا زادت عنها، يقتصر التسجيل على مدة الخمسين سنة فقط، وذلك باتفاق الطرفين".

وينفس المعنى جاء نص المادة (1/1267) ق.م عراقي بقولها :

"لا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة على خمسين سنة فإن كانت المدة لم تحدد، فلكل من المساطح وصاحب الأرض ان ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر"⁽¹⁾.

(1) القانون الأردني جعلها لستين فقط وفق المادة (1228) من القانون المدني.

فالمدة في النصين واحدة إلا أن قانون التسجيل العقاري أردف بعبارة أخرى هي "وذلك باتفاق الطرفين" وهو تحصيل حاصل ما دام عقد المساحة رضائي فللمتعاقدين الاتفاق على المدة بشرط أن لا تزيد على خمسين سنة. وإذا تعلق التصرف بالعقار فهو يحكم المادة (2/130) ق.م.عراقي (وبقابلها م(2/163) ق.م.أردني) من النظام العام. فليس للطرفين الزيادة في المدة بل للطرفين التقليل منها. كما أن قانون التسجيل العقاري أهمل الحكم - إذا لم يتفق على مدة بعكس ما جاء في القانون المدني وكما سلف ذكره. وبهذا يكون قانون التسجيل العقاري قد مسخ النص عند مسخه إياه بل خالف حكم القانون المدني العراقي.

وكثير من الأمثلة على نصوصه ويذكر منها :

المادة (232) منه والمنتخسة عن المادة (1269) ق.م.عراقي بل وتجاوز فيها عندما أعطى للمساح الحق في التصرف به قبل البناء وهذا ما لا يجوز بل ويتنافى مع طبيعة هذا الحق، ولأن المساح لما يتكون أو ينشأ حقه هذا بعد فكيف له أن يتصرف به ولطالما هو فاقد لهذا الحق - لأنه لم ينشأ بعد - فكيف لفاقد الشيء أن يعطيه.

ثالثاً : جواز أن تكون الأرض الموقوفة وفقاً صحيحاً محلاً لعقد المساحة

لقد نصت المادة (1/130) ق.م.عراقي وتقابلها المادة (3/163) ق.م.أرني على أن :

"1- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والآداب وإلا كان العقد باطلاً".

- في عقد المساحة ينبغي أن تكون الأرض هي محل التزام صاحبها ويقتضي :

- 1) أن تكون الأرض مملوكة لصاحبها.
 - 2) خالية من الشواغل.
 - 3) أن لا تكون الأرض مثقلة بحق للغير يحول دون تنفيذ المساح لالتزامه.
- ولما كانت الأرض هي محل التزام صاحبها في عقد المساطحة، فهل يجوز أن تكون الأرض موقوفة في عقد المساطحة وكما أوردها قانون التسجيل العقاري بنص المادة (229) منه ؟

- **الوقف : لغة :** هو الحبس وشرعاً (حبس العين على حكم ملك الوقف والتصديق بالمنفعة ولو في الجملة. والأصح أنه جائز غير لازم كالعارية (وعندهما هو حبسها على) حكم (ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب ولو غنياً فيلزم، فلا يجوز له إبطاله ولا يورث عنه⁽¹⁾).

ووردت تعاريف أخرى أيضاً :

هو (حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الوقف عليها)⁽²⁾.

وهو (حبس المال عن التصرف وتخصيص ريعه لجهة بر، تقريباً من الله تعالى)⁽³⁾.

وعلى رأي الإمام جعفر الصادق (رض) "حبس العين وتسبيل المنفعة"

(1) حاشية رد المحتار على درر المختار - لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين - ص 337-339 ج4 الطبعة الثانية لدار الفكر 1966 بيروت لبنان.

(2) د. وهبه الزحيلي - المصدر السابق ص 294 ج5.

(3) د. وهبه الزحيلي - المصدر السابق ص 85 ج4.

وحبس العين إنما يمتنع معه التعامل به وهو ما انعقد عليه الإجماع وينبغي في الموقوف وفقاً صحيحاً - منقولاً كان أو كان عقاراً - أن يكون مملوكاً للواقف.

وإن لم يكن المال مملوكاً للواقف فقد اعتبر - بالإفتاء - وفقاً غير صحيحاً كما هو الحال في وقف حق التصرف الذي هو لصاحبه في أرض أميرية (والأرض الأميرية هي المملوكة للدولة).

فإذا جعلت الأرض الموقوفة معقوداً عليها فإن الحبس قد فك عنها وأطلق التعامل بها وهذا ما يتعارض مع أحكام الشرع الشريف. ذلك أن حق المساحة - كما ذكرنا - حقاً عينياً متفرع عن حق الملكية، والأرض الموقوفة ليست مملوكة للتفرع عن ملكيتها حقوق كحق المساحة. وترتيب مثل هذا الحق على أرض موقوفة إنما هو تصرف بالموقوف برغم حبسه عن التعامل. وما أعمال التصرف إلا الأعمال القانونية التي تخرج العين من ملك صاحبها أو ترتب للغير حقاً عينياً عليها وهذا يتنافى ومفهوم الوقف السالف ذكره.

- هذا من حيث امتناع الأرض الموقوفة أن تكون معقوداً عليه في عقد المساحة شرعاً.

- أما من حيث امتناع أن تكون معقوداً عليه قانوناً :

إن الوقف - بحكم المادة (47/هـ) مدني عراقي وتقابلها م(3/50) من القانون مدني أردني - هو شخص معنوي وينبغي في المعقود عليه أن يكون مالاً. ولا يجوز التعامل بالأشخاص آدمية كانت أو معنوية.

كما لا يجوز التعامل بالشخص الآدمي. فإن الشخص المعنوي ما دام حكمه حكم الشخص الآدمي - قانوناً - وان اقتصر على الذمة المالية - فإنه

لا يجوز التعامل به أيضاً لاتحاد العلة. والعلة هنا هي أن التعامل بالشخص المعنوي يعني زوال شخصيته.

وما إضفاء الشخصية عليه إلا للإبقاء عليه والحيلولة دون إزالة.

وحق المساطحة - كباقي الحقوق العينية - لا يمكن ترتيبه على الأشخاص بالذات - آدمي أو معنوي - إذ أن المحل الذي تترتب عليه الحقوق العينية بل الذي يمكن ترتيبه عليه ينبغي فيه أن يكون مالملاً وهو في عقد المساطحة (الأرض).

وحيث أن الوقف شخصي - كما أسلفنا - فلا يمكن ترتيب هذا الحق عليه وإن كان شخص معنوي. كما أن القانون المدني العراقي أو الأردني أوجبا أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام أو للأداب وإلا كان العقد باطلاً⁽¹⁾.

ولعدم صلاحية الوقف أن يكون محلاً للالتزام شرعاً وقانوناً كما أسلفنا من ذكر. فإن التساطح على أرض موقوفة يقع باطلاً بحكم الفقرة الأولى للمادة (130) ق.م.عراقي والباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم (م138) ق.م.عراقي ويقابلها بنفس المفهوم نص المادة (168) ق.م.أردني وعليه فتجاوز قانون التسجيل العقاري لهذه الأحكام إن هو إلا تجاوز الغافل عنها بل هو خلط للمفاهيم.

أما المفهوم المخالف لنص المادة (229) من قانون التسجيل العقاري فيفهم منه أن الأرض الموقوفة وفقاً غير صحيح لا تجوز أن معقوداً عليه في عقد المساطحة، فإن مفهوم الوقف غير مملوك للوقف بل أنه مملوك للدولة رقبة ولواضع اليد عليه (الحائز) حق التصرف به. وقد يكون الأفضل لو نص

(1) أنظر نص المادة (1/130) ق.م.عراقي ونص المادة (2/163) ق.م.أردني.

هذا القانون (ق. التسجيل العقاري) على جواز أن يكون العقار الموقوف وقف غير صحيح أو موقوف وفقاً صحيحاً معقوداً عليه في عقد الحكر كما ورد في القانون الأردني أو إذا كان قد أقر القانون العراقي جواز ورود عقد المساحة على الأرض الموقوفة وفقاً صحيحاً أن ينص هذا القانون على جواز أن يكون العقار موقوف وفقاً غير صحيح معقود عليه في عقد المساحة بديلاً عن الوقف الصحيح، " فيبقى ما كان على ما كان " بشأن الوقف الصحيح المنعقد بإجماع المذاهب على حبسه عن التعامل ويطلق للتعامل الوقف غير الصحيح.

ونود أن نبين بهذا الخصوص أن القانون المدني العراقي قد تجنب التعرض للوقف وأحكامه تاركاً إياه لأحكام الشرع، أما القانون الأردني فقد وردت فيه نصوص عن موضوع الوقف حيث نص في المادة (749) وما بعدها بشأن إيجار الوقف وكذلك المادة (1249) وما بعدها بشأن الحكر، والحكر إنما يكون للمحتكر حقاً عينياً يخوله الانتفاع بأرض موقوفة بإقامة مبان عليها أو استعمالها للغراس أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف أو إعادة إعمار له لقاء أجر محدد وهو ما سيكون موضوع بحث آخر بهذا الشأن ضمن إطار القانون الأردني وأحكام الشريعة وبشكل مفصل.

الخاتمة

المساطحة - وبعد تميزه عن المغارسة - موضوع جديد من حيث التطبيق العلمي والعملية وإن كان لهذا الموضوع أساس في أحكام الفقه والشرع الإسلامي ولكن تطبيقاتها على أرض الوقف، أي (الحكر) وليس كما هو مبين وفق القوانين الوضعية، هذه القوانين منها ما خلطت بينها وبين المغارسة ومنها ما خلطت من حيث التطبيق القانوني لها وكما أسلفنا من ذكر.

ولأهمية هذا الموضوع، الأمر الذي دفعنا للبحث فيه لغرض إبرازه على الساحة العملية والعلمية بغية تنظيمها بشكل يتفق والتطور الذي شمل بلداتنا العربية من حيث الاستثمار المحلي أو الأجنبي للأموال فيها، لما يوفر هذا الموضوع من فوائد تعود على البلد والمواطن والمستثمر على حد سواء مع الحفاظ على تربة الوطن من البعث بها وكذلك محافظة صاحب الأرض على أرضه والمستثمر على أمواله.

والله ولي التوفيق،

المراجع

- كانت هذه المراجع لمجموع البحوث الثلاث التي تتقدمها..
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني المصري.
 - الدكتور حسن علي الذنون / الحقوق العينية الأصلية القانون المدني العراقي.
 - الدكتور سعيد مبارك / شرح الحقوق العينية / القانون المدني الأردني.
 - الدكتور إبراهيم المشاهدي / المبادئ القانونية في قضاء محكم تمييز العراق.
 - الأستاذ علي حيدر / درر الحكام شرح - مجلة الأحكام.
 - المجلة / منسقا نجيب بيك هوايني 1923.
 - الدكتور شاكر ناصر حيدر / شرح الحقوق العينية الأصلية / القانون المدني العراقي.
 - الدكتور محمد محي الدين / شرح الحقوق العينية الأصلية القانون المدني اللبناني والمصري.
 - القانون المدني العراقي رقم 40 سنة 1951
 - القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1973
 - الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته الحديثة
 - عبد الرحمن الجزيري الفقه المذاهب الأربعة
 - حاشية رد المحتار لابن عابدين
 - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين/ الأردن
 - القانون المدني الفرنسي طبعة 2000 litec
 - الدكتور علي العبيدي / شرح الحقوق العينية في القانون المدني الأردني

الخلاصة :

من خلال ما تم ذكره فقد تبين ان موضوع المساطحة ينقسم الى قسمين وهما عقد المساطحة وحق المساطحة وهما امران مختلفان من حيث الاحكام والتطبيق كما سلف ذكره وما ورد منسليات في قانون التسجيل العقاري والذي يقتضي تداركه هذا من جانب ومن جانب اخر فان الارض التي تكون موضوعا للمساطحة فيما اذا كانت موقوفة من عدمها اضافة الى الاختلاف بين موضوع المساطحة وموضوع العلو والسفل الوارد ذكره في الفقه الاسلامي ووفق ماتم التطرق اليه وقد اشرنا الى مجمل تلك المور واملين ان يتم الانتباه اليها من المعنيين به والله من وراء القصد

Abstract

Through the above mentioned, it has been found that the subject of the Musataha is divided into two parts, namely, the Musataha contract and the right of Musataha, which are different in terms of the provisions and the application as mentioned above and what is stated in the real estate registration law, which requires this to be remedied. On the other hand, Whether it is suspended or not, in addition to the conflict between the topic of the Musataha and the subject of the high and low mentioned in the Islamic jurisprudence and according to what has been touched upon, and we have referred to the totality of those morals and where the attention is paid to those concerned.