



النظام القانوني لعقد التشييد الدائري (دراسة مقارنة)

م. م. حيدر صلاح كاطع

كلية القانون/ جامعة القادسية

Haider.gatea@qu.edu.iq

المخلص

يتناول هذا البحث الإشكالية التي يثيرها عقد التشييد الدائري (Buildings as Material) Banks – BAMB داخل بنية القانون المدني العراقي، بوصفه عقداً يعيد تعريف المبنى من نهاية دورة حياة المواد إلى محطة مؤقتة ضمن دورة اقتصادية أطول تقوم على استرداد المكونات وإعادة استخدامها؛ وتتمثل الإشكالية المركزية في التوتر البنوي بين منطق القانون المدني العراقي الذي يميل إلى تكريس وحدة العقار وتعزيز قرينة الالتصاق وشمولية الرهن التأميني وحماية الدائن المرتهن، وبين منطق الاقتصاد الدائري الذي يقوم على تفكيك المبنى وتجزئة الحقوق تبعاً لدورة حياة المادة؛ ويحلل البحث كيف تؤدي قواعد الالتصاق وامتداد الرهن تلقائياً وقرائن الملكية والتطهير بالبيع الجبري إلى امتصاص مكونات هذا العقد داخل ملكية صاحب الأرض ووعاء الرهن، بما يفرغ حق المورد في الاسترداد من محتواه ما لم تُعاد هندسة المفاهيم التقليدية؛ ومن ثم يُجري البحث مقارنة وظيفية معمقة مع القانون الألماني والهولندي لاستلهاً آليات ترويض قاعدة الالتصاق دون تقويض استقرار المعاملات، عبر مفاهيم المكونات الظاهرة والغرض المؤقت وحق السطحية، وإدخال أدوات حديثة كجواز سفر المواد والتوأم الرقمي. وينتهي إلى إمكان تأسيس نموذج قانوني لعقد BAMB في العراق عبر توسيع مفهوم المنقول بحسب المال، والاعتراف بجواز سفر المواد كوسيلة إثبات، وإعادة ضبط الضمان العشري في سياق المباني القابلة للتفكيك، مع اقتراح توجه تشريعي لإنشاء سجل خاص للمكونات الدائرية وتنظيم تزامم الحقوق بين المورد والمالك والمرتهن.

الكلمات المفتاحية : التشييد الدائري؛ الالتصاق؛ الرهن التأميني؛ المنقول بحسب المال؛ جواز سفر المواد.

Summary

This study examines the legal problem raised by the circular construction contract (Buildings as Material Banks – BAMB) within the structure of the Iraqi Civil Code, as a contractual model that transforms a building from the “end-point” of materials’ life cycles into a temporary “station” within a longer economic cycle based on component recovery and



re-use. The core problem lies in a structural tension between, on the one hand, Iraqi civil-law logic that favors the unity of immovable property, reinforces the presumption of accession, extends the scope of the mortgage by default, and prioritizes the protection of the mortgagee as a pillar of credit; and, on the other hand, the logic of the circular economy, which depends on disassembly, reuse, and the fragmentation of real rights according to the material's life cycle. The study shows how accession rules, automatic mortgage extension, ownership presumptions, and cleansing through forced sale tend to "absorb" BAMB components into the landowner's title and the mortgage pool, thereby depriving the supplier's recovery right of practical effect unless traditional concepts are re-engineered. It then offers a functional comparison with German and Dutch law to draw regulatory techniques that moderate accession without undermining transactional stability, including visible components, temporary purpose, and surface rights, alongside modern tools such as material passports and digital twins. The study concludes that a viable legal foundation for BAMB in Iraq can be built by expanding the notion of "movables by destination," recognizing material passports as evidentiary instruments, recalibrating the ten-year structural warranty in disassemblable buildings, and proposing a legislative direction to establish a special registry for circular components and to regulate priority conflicts among the supplier, the owner, and the mortgagee.

Keywords: circular construction; accession; mortgage; movables by destination; material passport.

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة البحث: ينطلق هذا البحث من ملاحظة تحوّل إستمولوجي عميق في نظرتنا إلى العقار بوجه عام، وإلى المبنى بوجه خاص؛ فالعقار في التصوّر المدني الكلاسيكي كان يُدرك بوصفه كياناً جامداً مغلق الدورة حيث تُضخّ فيه المواد الخام، ويُستهلك على مدى سنوات الاستغلال، ثم ينتهي في الغالب إلى كومة من الأنقاض لا تتجاوز قيمتها قيمة الخردة؛ وإنّ هذه الرؤية الاستهلاكية للمواد رسّخت عقيدة قانونية موازية مؤداها أن كل ما يلتصق بالأرض يذوب في شخصيتها القانونية ويزعن حتماً لقاعدة السطحية (Superficies solo cedit)، بحيث يُمحي أي أثر لملكية المورد أو منتج المادة بمجرد دمجها في المبنى؛ بيد أن فلسفة الاقتصاد الدائري قلبت هذه المعادلة رأساً على



عقب؛ فالمبنى لم يعد نقطة النهاية في حياة المادة، بل مرحلة من مراحل دورتها الاقتصادية، وأضحت الجدران والواجهات والأنظمة الميكانيكية والكهربائية تُعامل كأصول قابلة لإعادة الاستخدام وإعادة التوظيف، لا كعناصر مقدّر لها الفناء؛ ومن هنا تتبلور فكرة المبنى كمصرف للمواد (Buildings as Material Banks)، حيث يصبح العقار وعاءً زمنياً لإيواء مواد لها هوية اقتصادية وقانونية مستقلة، يمكن تتبعها واستردادها وتدويرها، وعليه فإنّ جوهر البحث إذاً ليس مجرد الاحتفاء بخطاب الاستدامة، بل محاولة الإجابة عن سؤال قانوني محدد وهو: كيف يمكن الحفاظ على الهوية القانونية لمكونات المبنى – ولا سيما تلك المصمّمة للفك والاسترداد – رغم اندماجها المادي في الأرض وخضوعها ظاهراً لقرينة الالتصاق لتصير عقاراً بالتخصيص؟ وكيف يمكن لعقد التشييد الدائري أن يعيد توزيع الأدوار بين المالك والمورد والممول، بحيث يتحول المبنى من مقبرة للمواد إلى محطة عبور ضمن سلسلة قيمة دائرية لا تنتهي بالهدم بل تبدأ منه مرحلة جديدة؟

ثانياً: أهمية البحث: تكمن أهمية هذا البحث في أنه يتعامل مع عقد التشييد الدائري بوصفه مختبراً حياً لقدرة القانون المدني على مواكبة التحولات الكونية في مجالي الطاقة والموارد. وتتجلى هذه الأهمية في مستويات متداخلة:

1. الأهمية التشريعية (اختبار مناعة النص المدني) يُعدّ هذا البحث بمثابة اختبار ضغط لمنظومة القانون المدني العراقي لعام 1951، ولا سيما فيما يخص نصوص الملكية والحقوق العينية التبعية والالتزامات؛ فهو يضع نصوص الالتصاق والرهن التأميني وامتياز البائع والضمان العشري أمام سيناريوهات لم تكن في حسابان المشرّع عند وضعها، حيث تتجزأ الملكية أفقياً وعمودياً داخل المبنى، وتتعارض مصلحة الائتمان العقاري مع مصلحة الائتمان التجاري الدائري للموردين؛ ومن ثمّ فإنّ النتائج التي ينتهي إليها البحث يمكن أن تشكّل أرضية لمشاريع تعديل تشريعي أو لإصدار قانون خاص بالتشييد الدائري وجوازات المواد.

2. الأهمية الاقتصادية والبيئية (تسليع الأنقاض وإعادة تعريف الهدر): من زاوية الاقتصاد الكلي، يفتح البحث الباب أمام إعادة توصيف مخلفات الهدم والتجديد لا كنفائيات بل كمخزون مواد قابل للتسويق والرهن والاستثمار، بما ينسجم مع سياسات التعدين الحضري (Urban Mining) وسلاسل القيمة الدائرية التي تتبناها الاقتصادات المتقدمة، وهذا يحمل إمكانات كبيرة للعراق في سياق خطط الإعمار وإعادة البناء، إذ يسمح بتحويل الخرسانة والفولاذ والزجاج من عناصر تكلفة



إلى أصول إنتاجية قابلة لإعادة الاستخدام، وبما يربط بين التشريع المدني والسياسات البيئية وأهداف خفض الانبعاثات الكربونية.

ثالثاً: نطاق البحث ومنهجيته (حدود المعالجة حتى لا يتشظى الموضوع): إن نطاق هذه الدراسة محدد بعناية لتجنّب التوسع غير المنضبط، مع الإبقاء على قدر كافٍ من الشمول يسمح ببناء نظرية متماسكة لعقد التشييد الدائري فمن حيث الموضوع يتركز البحث على عقد التشييد الدائري بوصفه تصرفاً مدنياً ينعقد بين أطراف خاصة، وما يرتبه من آثار في مجال الحقوق العينية الأصلية (الملكية، حق السطحية أو المساطحة بلحاظ اختلاف التنظيم القانوني بين القوانين محل المقارنة) والحقوق التبعية (الرهن، وحق الامتياز) والالتزامات العقدية (الضمان، المسؤولية عن العيوب، التقادم)، أما الجوانب الإدارية والتنظيمية البحتة لتراخيص البناء أو معايير السلامة المهنية فتُعالج عرضاً وبقدر ما يلزم لفهم التكيف المدني للعقد، وأما من حيث المكان حيث يشكّل القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 محور الدراسة ومرجعها الرئيس، مع الاستناد إلى التشريعات المكملة له (قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1071، قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009، مدونات البناء العراقية)، ومقارنة ذلك بالقانون المدني الألماني لسنة 1990 والقانون المدني الهولندي لسنة 1992، ومعهما بعض الوثائق الأوروبية على سبيل الاستئناس، بوصفها أنظمة مرجعية يُستضاء بها في التحليل المقارن والاقتراح التشريعي، وأما من حيث الزمان فيغطّي البحث ما استقر من أحكام فقهية وقضائية وتشريعية، مع الانفتاح على المشاريع والاتجاهات الجاري إعدادها (De lege ferenda)، دون الادعاء برصد إحصائي كامل لكل التجارب، بل باختيار النماذج الأكثر دلالة على التحول المطلوب، وبهذا التحديد يتجنّب البحث الانزلاق إلى دراسة عامة عن الاقتصاد الدائري أو عن قانون البيئة، ويركّز بدلاً من ذلك على النقطة التي يلتقي فيها البناء الدائري مع قلب القانون المدني.

رابعاً: إشكالية البحث وتساؤلاته: تتمثل الإشكالية المركزية التي يعالجها هذا البحث في التوتر البنيوي بين منطقتين متعارضتين ظاهراً كمنطق القانون المدني العراقي الذي ينزع نحو الثبات وتكريس وحدة العقار وتعظيم حماية الدائن المرتهن، ومنطق الاقتصاد الدائري الذي يقوم على الحركة والتفكيك وإعادة التدوير وتجزئة الحقوق العينية تبعاً لدورة حياة المادة، فمن جهة، يصرّ النظام القانوني العراقي – عبر قواعد الالتصاق وشمولية الرهن التأميني والتطهير بالبيع الجبري – على أن العقار وحدة لا تتجزأ في مواجهة الغير، وأن كل ما يلتصق به يُعدّ جزءاً منه، وأن الدائن



المرتهن جدير بالحماية القصوى لكونه ركيزة الائتمان؛ ومن جهة أخرى، يفرض عقد التشييد الدائري نموذجاً يناقش هذه المسلمات؛ إذ يُبنى منذ اللحظة الأولى على أساس أن بعض مكونات المبنى (كالواجهات الذكية والأنظمة الميكانيكية القابلة للفك) ستظل -رغم اتصالها- أصولاً مستقلة قابلة للاسترداد والتداول، وعليه، يتجسد السؤال الرئيس للبحث في الصياغة الآتية: إلى أي مدى يملك النظام القانوني العراقي، المحكوم بقريئة الالتصاق وشمولية الرهن التأميني والضمان العشري، المرونة الكافية لاستيعاب عقد التشييد الدائري الذي يقوم على فصل ملكية المواد عن ملكية الأرض والبناء؟ وهل يكفي شرط الاسترداد وقابلية التفكيك وجواز سفر المواد لتعطيل الأثر العيني للالتصاق في مواجهة الغير، أم أن مقتضيات النظام العام العقاري وحماية الائتمان تمنع هذه التجزئة ما لم يتدخل المشرع صراحة؟ وتفرّج عن هذا السؤال الرئيسي مجموعة من التساؤلات الدقيقة التي تشكل خيوط البحث الفرعية، من قبيل:

- 1- هل يظل عقد التشييد الدائري في إطار عقد المقاوله كما نظمه القانون المدني، أم يغدو أقرب إلى عقود الخدمات المستمرة التي تمتد فيها مسؤولية المورد والمشغل إلى ما بعد التسليم بسنوات طويلة؟ وما أثر ذلك على التقادم وانقضاء الالتزام؟ أم هو عقد من نوع خاص؟
- 2- هل يمكن استلزام نظرية المكونات الظاهرية الألمانية لتوسيع فهم المادة (62) مدني عراقي بما يسمح باستبعاد بعض العناصر المدمجة - التي لم تفقد ذاتيتها الاقتصادية - من نطاق الالتصاق، مع الحفاظ في الوقت ذاته على استقرار المعاملات؟
- 3- ما القيمة القانونية لجواز سفر المواد والتوأم الرقمي في إثبات ملكية المورد لمكونات المبنى؟ وهل يمكن اعتبارهما قرينةً أو سنداً عينياً مضاداً لقرينة الملكية المستمدة من التسجيل العقاري والحيازة؟ وما موقعهما من منظومة قواعد الإثبات العراقية؟
- 4- كيف ينعكس تصميم المبنى ليكون قابلاً للتفكيك على أحكام الضمان العشري والعيب الخفي؟ وهل يُعدّ استرداد المواد تهدماً يوجب ضماناً، أم تنفيذاً لمشروع عقدي متفق عليه؟ وكيف يمكن ضبط الالتزامات الكامنة طويلة الأجل (Latent Long-term Obligations) في مثل هذه العقود؟
- 5- كيف يمكن ترتيب العلاقة بين المورد المالك للمواد والدائن المرتهن للعقار في ظل غياب نظام شهر عيني واضح للمنقولات المدمجة؟ وأيهما يقَدّم عند التزاحم: حق المورد الاسترداد أم حق المرتهن في التنفيذ على العقار بكل ملحقاته؟



خامساً: هيكلية البحث: بمبحثين تسبقهما مقدمة وتعقبهما خاتمة أثرنا تناول فكرة بحثنا هذه ؛ حيث خصصنا أولهما لدراسة مفهوم عقد التشييد الدائري، وفي الثاني توقفنا مع آثارها، وكما يلي:

المبحث الأول

مفهوم عقد التشييد الدائري

يُشكل ظهور عقد التشييد الدائري أو ما يعرف بعقد المباني كبنوك للمواد (Buildings as Material Banks - BAMB) تحدياً صارخاً للنظريات التقليدية في القانون المدني، إذ ينقل العقار من مفهومه ككتلة مادية واحدة تبتلع ما يندمج فيها، إلى مفهوم ديناميكي يعتبر المبنى مستودعاً مؤقتاً لمواد تحتفظ بهويتها القانونية المستقلة، وعليه يهدف هذا المبحث إلى تأصيل هذا العقد الجديد وتحديد طبيعته القانونية التي تتأرجح بين القواعد الأمرة للحقوق العينية وبين مبدأ سلطان الإرادة، وذلك على مطلبين وكما يلي:

المطلب الأوّل

التعريف بعقد التشييد الدائري

يقضي البحث في هذا العقد الغوص في فلسفته التي تقوم على التعدين الحضري، والتي تتطلب تعريفاً قانونياً دقيقاً يميّزه عن غيره، وذلك وفقاً للفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف عقد التشييد الدائري

إن التصدي لتعريف عقد المباني كبنوك للمواد (BAMB) يضع الباحث أمام معضلة فقهية غير قابلة للتخطي، فالعقد في جوهره ليس مجرد اتفاق إرادتين، بل هو انقلاب على فكرة العقار ذاتها، ولتأصيل هذا المفهوم، لا يكفي الركون إلى التعريفات السطحية التي تصف الجانب الفني، بل يجب تفكيك الاتجاهات الفقهية التي حاولت تكييفه، ونقدّها، وصولاً إلى تعريف مانع جامع يصلح للتطبيق أمام القضاء المدني، مع إسقاط ذلك على النصوص القانونية في القانون المقارن والقانون العراقي المتمثل بالقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدّل.

ولكن قبيل الولوج في تلك التعريفات نرى من المفيد الإشارة إلى الجذور التاريخية لهذا العقد، ومن ثمّ الانتقال إلى التعريفات التي قبلت فيه، وكما يلي:

المرحلة الأولى: الإرهافات الفلسفية (اقتصاد رائد الفضاء) - الستينيات والسبعينيات: فلم يبدأ الأمر كعقد قانوني، بل كصرخة تحذير اقتصادية، في عام 1966، طرح الاقتصادي الأمريكي كينيث



بولدينغ (Kenneth Boulding) مصطلحاً ثورياً في ورقته الشهيرة اقتصاديات سفينة الفضاء الأرض (The Economics of the Coming Spaceship Earth)، حيث قارن الاقتصاد التقليدي باقتصاد رعاة البقر (Cowboy Economy) القائم على الاستهلاك المفتوح واللانهاشي، ودعا إلى اقتصاد رائد الفضاء (Spaceman Economy) حيث الموارد محدودة ويجب أن تدور في حلقة مغلقة ليبقى الطاقم على قيد الحياة، وهذه الورقة وضعت البذرة الأولى لفكرة أن الملكية لا ينبغي أن تعني حق الإتلاف، بل حق الانتفاع الدوري¹.

وفي عام 1976، قدم المعماري والاقتصادي السويسري والتر ستاهل (Walter Stahel) - الذي يُعتبر الأب الروحي للاقتصاد الدائري - تقريراً للمفوضية الأوروبية بعنوان إمكانية استبدال العمالة بالطاقة، وستاهل هو أول من صاغ قانونياً فكرة اقتصاد الأداء (The Performance Economy)، إذ طرح فكرة مؤداها لماذا نبيع المصباح؟ فلنبيع الضوء، وهذا هو الجذر التاريخي لتحول العقد من بيع (Sale) إلى خدمة (Service)².

المرحلة الثانية: الولادة النظرية – 2002: في هذه المرحلة انتقلت الفكرة من الاقتصاد إلى التصميم الهندسي، وظهر الكتاب الذي غير وجه الصناعة Cradle to Cradle: Remaking the Way We Make Things للمعماري ويليام ماكدونو (William McDonough) والكيميائي مايكل برونغارت (Michael Braungart) إذ نقدوا فكرة من المهد إلى اللحد (Cradle to Grave) حيث ينتهي المنتج في القمامة، وطرحوا من المهد إلى المهد (C2C)، بل وصاغوا المبدأ القانوني النفايات = غذاء (Waste equals Food)، أي أن نفايات مبنى يجب أن تكون مواد خاماً لمبنى آخر، وهذا الكتاب أسس لفكرة جواز سفر المواد كضرورة لتوثيق المكونات الكيميائية للمواد لتكون صالحة لإعادة الاستخدام.

المرحلة الثالثة: الولادة التعاقدية (هولندا نموذج Turntoo) - 2010-2012: وهنا ولد هذا العقد بشكله القانوني الحالي على يد المعماري توماس راو (Thomas Rau)، إذ واجه توماس راو مشكلة في تجهيز مكتبه، فأدرك أنه لا يريد شراء مصابيح تتعطل، ذهب إلى شركة فيليبس (Philips) وقال

¹ Kenneth E. Boulding, The Economics of the Coming Spaceship Earth, in H. Jarrett (ed.), Environmental Quality in a Growing Economy (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press for Resources for the Future, 1966), pp. 3–14.

² See for more: Geneviève Reday-Mulvey, Walter R. Stahel, The Potential for Substituting Manpower for Energy: Final Report 30 July 1977 for the Commission of the European Communities, Battelle, Geneva Research Centre, Geneva, 1977.



لهم أنا لا أريد مصباحاً، أريد ضوءاً لمدة 10 سنوات، والعقد الأول (Pay-per-Lux) هنا حيث تم توقيع أول عقد في العالم من نوع المنتج كخدمة (Product-as-a-Service) في مطار شيبول ومكتب RAU، حيث احتفظت فيليبس بملكية المصابيح، ودفع راو ثمن اللومن (وحدة الضوء)، وتم تأسيس Turntoo أي أسس راو مؤسسة Turntoo لصياغة هذه العقود قانونياً، وطرح مفهوم المباني كمستودعات للمواد (Material Depots)، وهو ما تطور لاحقاً ليصبح مصطلح (BAMB)³.

المرحلة الرابعة: المأسسة التشريعية (المشروع الأوروبي BAMB) - 2015-2020: وهنا انتقلت الفكرة من عقود خاصة بين شركات (Private Contracts) إلى سياسة عامة وتشريع، حيث أطلق الاتحاد الأوروبي Circular Economy Action Plan، وهي أول وثيقة سياسية رسمية تتبنى المفهوم وتدعمه تشريعياً، وأما مشروع BAMB (2015-2019) فهو مشروع بحثي ضخم ممول من الاتحاد الأوروبي (Horizon 2020) ضم 15 شريكاً من 7 دول، وهدفه يكمن في وضع البروتوكولات القانونية وجوازات السفر الإلكترونية للمواد- كما سنرى.

وعوداً على بدء فقد تعددت المحاولات الفقهية لتعريف هذا العقد في الشروح الأوروبية الحديثة، ويمكن تصنيفها إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول: التعريف الوظيفي (الاقتصادي): يذهب جانب من الفقه الهولندي، متأثراً بفلسفة الاقتصاد الدائري، إلى تعريف عقد (BAMB) بما معناه أنه عقد تهدف إلى تحويل المبنى من أصل ثابت مستهلك للطاقة، إلى مخزن مؤقت للمواد القيمة، يضمن للمورد حق استعادتها لغرض إعادة التدوير أو الاستخدام⁴، ويُعاب على هذا التعريف أنه وصف اقتصادي لا يرتب أثراً قانونياً محدداً، فكلمة مخزن مؤقت لا معنى واضح لها ما لم نحدد طبيعة يد المطور على هذه المواد (هل هي يد أمانة أم يد ضمان؟)، كما أنه يغفل تحديد المركز القانوني للمواد أثناء فترة الاندماج في البناء، وهي أخطر مرحلة قانونية.

الاتجاه الثاني: التعريف التقني (الهندسي): ويركز هذا الاتجاه، السائد في أدبيات المشروع الأوروبي، على الجانب الفني، فيعرفه بما معناه أنه عقد مقولة يتضمن شرطاً جوهرياً يلزم المقاول

³ Mohajan, Haradhan (2021): Cradle to Cradle is a Sustainable Economic Policy for the Better Future. Published in: Annals of Spiru Haret University Economic Series , Vol. 21, No. 4 (31 December 2021): pp. 559-572.

⁴ Bob (R.J.) Geldermans, Design for Change and Circularity: Accommodating Circular Material & Product Flows in Construction, Energy Procedia, vol. 96, 2016, pp. 301-311.



بالتصميم من أجل التفكير (DfD)، وتزويد المالك بجوازات سفر للمواد (Material Passports) توثق هوية المكونات⁵، وهذا التعريف قاصر لأنه يحصر العقد في دائرة الالتزام بالقيام بعمل (التصميم والتوثيق)، ويغفل الجانب العيني أو (حق الملكية)، فمجرد التصميم للتفكيك لا يمنع انتقال ملكية المواد لصاحب الأرض بقوة القانون (الالتصاق)، مما يجعل العقد مفرغاً من محتواه الحمائي للمورد.

الاتجاه الثالث: التعريف القانوني المركب: وهو الاتجاه الذي يعرف العقد بأنه تصرف قانوني مركب، يرد على تشييد مبنى بنية عدم الاندماج الدائم، يُنشئ حقوقاً عينية تبعية أو أصلية للموردين على مكونات البناء، معلقاً ملكية الهيكل لصاحب الأرض، ومحتفظاً بملكية الأجزاء للموردين، استناداً لنية الفصل المسبقة⁶. ويؤخذ عليه أن لا حقوق عينية بغير وجود تشريع يحصرها. وأما التعريف الذي يجب علينا اقتراحه لهذا النوع من العقود، فلا يمكن وضعه، مالم نحدد على وجه الدقة الإشكاليات القانونية التي يثيرها، وإذا ما بيّناها فنستطيع وضع تعريفاً لذلك، ولبيان ذلك نرى التفصيل الآتي:

وأول هذه الإشكاليات هي قاعدة الالتصاق؛ ولمواجهة هذه الإشكالية التي تهدد عقود (BAMB)، طوّر المشرع الألماني ضمن القانون المدني (BGB) بنيةً دقيقة تميّز بين المكونات الجوهرية (wesentliche Bestandteile) التي تندمج نهائياً في العقار، وبين ما اصطلح الفقه على تسميته المكونات الظاهرية أو المؤقتة (Scheinbestandteile). وتنص المادة (§ 95 BGB) على أن الأشياء المتصلة بالعقار أو المدرجة في المبنى لغرض مؤقت لا تُعتبر من أجزائه، على خلاف القاعدة العامة في § 94 BGB التي تُدخل المباني وما أُدرج فيها في عداد مكونات العقار، وبذلك يتيح القانون – متى كان الغرض من الاتصال هو الاستخدام المؤقت تمهيداً للتفكيك – إبقاء عناصر كالنوافذ والواجهات منقولات قانوناً رغم اتصالها واقعاً، فلا تنتقل ملكيتها تلقائياً إلى مالك الأرض بالالتصاق؛ غير أن تكييف الاتصال بوصفه مؤقتاً يعتمد على نية أطرافه كما تُستظهر من الاتفاق والظروف الموضوعية، بحيث يُعدّ التفكيك عند انتهاء الغرض جزءاً من الخطة الأصلية ولو امتدّ الاستعمال لسنوات طويلة، كما أن نص المادة § 95 BGB لا يحدّد بنفسه مَنْ هو مالك هذه

⁵ Geldermans, Design for Change and Circularity – Accommodating Circular Material & Product Flows in Construction (Energy Procedia, 2016)

⁶ Ploeger, H., Prins, M., Straub, A., & van den Brink, R. (2019). Circular Economy and Real Estate: The Legal (Im)possibilities of Operational Lease. Facilities, 37(9/10), 653–668. Abstract and publication details available at: <https://doi.org/10.1108/F-01-2018-0006>



العناصر، بل يقتصر على استبعاد دخولها في ملكية صاحب الأرض بقوة الالتصاق، لتبقى الملكية خاضعة لقواعد نقل الحق العيني والاتفاقات العقدية؛ ومن ثم يبقى للمورد – من الناحية العملية – مصلحة في تعزيز مركزه بضماناتٍ عينية كشرط الاحتفاظ بالملكية أو غيره، ولا يُغني عنها النص بمفرده⁷.

أما في القانون المدني الهولندي لسنة 1992 (Burgerlijk Wetboek – BW)، وبالأخص الكتاب الثالث المتعلق بحقوق الذمة والمادة (BW 3:3) التي تميز بين العقارات والمنقولات، والكتاب الخامس المتعلق بالحقوق العينية والمادة (BW 5:20) التي تقرّر قاعدة الالتصاق لصالح مالك الأرض؛ فقد واجه القضاء الهولندي معضلة توصيف المنشآت المسبقة الصنع في الحكم الشهير المعروف بقضية Portacabin، وهو حكم محكمة النقض الهولندية (Hoge Raad) الصادر بتاريخ 1997/10/31، وقد قرّرت المحكمة في هذا الحكم أن العبرة في تكييف المبنى هل هو عقار أم منقول ليست بوسائل التثبيت المادي وحدها (المسامير والإسمنت)، ولا بمجرد إمكان تفكيك المبنى ونقله تقنياً، بل بالوجهة بحسب الطبيعة والتصميم (naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven)؛ أي هل يُفهم من تكوين المنشأة وغرض استعمالها وظروف تثبيتها أنها معدة للبقاء المستديم في موضعها؟ فإذا دلّت المعطيات الخارجية على قصد البقاء الدائم، عدت المنشأة عقاراً اندمج في ملكية صاحب الأرض بمقتضى المادتين (3:3) و(BW 5:20)، ولو كان من الممكن نقلها فنياً؛ أما إذا أظهر التصميم وطريقة التثبيت واستعمال المبنى – في ضوء اتفاق الأطراف – أنّ وجوده على العقار مؤقت وغير مقصود له الدوام، أمكن القول باستمرار وصفه منقولاً وعدم دخوله في ملكية مالك الأرض بالتبعية، وهو ما يفتح – من الناحية النظرية – مجالاً لتكييف بعض نماذج المباني القابلة للتفكيك في عقود (BAMB) على أساس أن وجودها على العقار مجرد حالة مؤقتة، بشرط أن تُترجم هذه الوجهة المؤقتة إلى تصميم إنشائي ظاهر وصياغة تعاقدية يمكن للغير إدراكها⁸.

⁷ لاحظ المواد 94، و95 من القانون المدني الألماني لسنة 1900 والتي تنص على ما يلي: المادة 94 – الأجزاء الجوهرية للعقار أو المبنى. (1) تُعدّ من الأجزاء الجوهرية للعقار الأشياء المتصلة اتصالاً ثابتاً بالأرض، ولا سيما المباني، وكذلك غلال العقار ما دامت متصلة بالأرض. وتُصبح البذور جزءاً جوهرياً من العقار بزراعتها، والنباتات بغيرسها. (2) وتُعدّ من الأجزاء الجوهرية للمبنى الأشياء التي أدرجت فيه بغرض إنشائه. والمادة 95 – الغرض المؤقت: (1) لا تُعدّ من أجزاء العقار الأشياء التي وُصلت بالأرض لغرض مؤقت فحسب. ويسري الحكم ذاته على المبنى أو أي منشأة أخرى يربطها صاحب حقّ بعقارٍ مملوكٍ للغير عند ممارسته ذلك الحق. (2) والأشياء التي أدرجت في مبنى لغرض مؤقت فقط لا تُعدّ من أجزاء ذلك المبنى.

⁸ راجع تفاصيل القضية والمتاحة عبر الرابط الإلكتروني: www.amsadvocaten.nl، شوهد في 2025/12/6.



عند إسقاط هذا العقد على القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، نجد أنفسنا أمام حقل ألغام من النصوص المتعارضة، وتفسيرات فقهية قديمة تحتاج لنفض الغبار عنها لتستوعب هذا المستجد، ذلك إن القول بأن القانون العراقي يرفض هذا العقد بالمطلق هو قول يفتقر للدقة، فالقانون العراقي يحمل في طياته بذوراً يمكن أن تنمو لتشكل أساساً لهذا العقد، ولكنها محاطة بأسوار عالية من القواعد الأمرة، ولنرى الإشكاليات وحلولها في القانون العراقي وفقاً للتفصيل الآتي:

1- إشكالية العقار بطبيعته (المادة 62 مدني): تنص المادة (2/62) على أن العقار هو: كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، وإنَّ الفقه العراقي التقليدي يفسر التلف هنا بأنه التلف المادي (تكسر الطابوق)، بينما في عقود (BAMB)، التقنيات الحديثة تسمح بفك المبنى بالكامل دون أي خدش، فإذا تمكنا فنياً من نقل المبنى أو أجزائه دون تلف، هل ينتفي عنه وصف العقار ويصبح منقولاً؟ إذا طبقنا النص حرفياً، فالجواب نعم، وهذا يعني أن ناطحة سحاب كاملة مبنية بتقنية (BAMB) قد تُكيف قانوناً في العراق على أنها منقول ضخم وليست عقاراً! ولكن هنا يكمن السر الذي غفل عنه الكثيرون، ذلك أنَّ المشرع العراقي اعترف ضمناً بالمنقول بحسب المآل أي تعامل مع البناء المعدّ للهدم والمحاصيل المعدّة للحصاد معاملة المنقول، وقيل أنَّ ذلك من باب الافتراض أو المجاز القانوني⁹. وعليه يمكن القياس على هذا لتشريع عقود (BAMB)، فالعقد هنا ينص ابتداءً على أن المواد معدة للتفكيك (Disassembly) في المستقبل، والفرق بين الهدم والتفكيك فرق في الدرجة لا في النوع، ويمكن اعتبار مواد البناء في هذا العقد منقولات بحسب المآل منذ لحظة إبرام العقد، مما يعطل قاعدة الالتصاق ويسمح للمورد بالاحتفاظ بملكيتها.

إنَّ القراءة الحرفية للمادة (٢/٦٢) من القانون المدني العراقي، التي تحصر العقار فيما لا يمكن نقله دون تلف، قد توهم بأنَّ كلّ منشأة قابلة للتفكيك تُعدّ منقولاً، ولو بلغت عنان السماء غير أنَّ التلف المقصود في النص لا يقتصر على التهشم المادي لمكونات البناء، بل يمتدّ إلى زوال وظيفة المنشأة بوصفها عقاراً مستقراً؛ ومن ثمَّ فإنَّ مجرد إمكان تفكيك مبنى (BAMB) دون كسر طابوقة لا يكفي وحده لنزع وصف العقار عنه، ما لم يُقرَّ المشرع بنظرية خاصة للمنشآت الدائرية تتجاوز الثنائية التقليدية بين العقار والمنقول.

⁹ د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التأليف، مصر، 1980، ص 97.



فإذا كان المشرع العراقي قد قبل - ضمناً - بفكرة المنقول بحسب المأل، عندما عامل البناء المعدّ للهدم أو المحاصيل المعدّة للحصاد معاملة المنقول، فلا ما يمنع من استثمار هذا الأساس التشريعي لصالح عقود (BAMB)، بالقول إن مواد البناء القابلة للتفكيك وفق عقد مسجل ومعلن إنّما هي منقولات بحسب المأل الدائري؛ أي عقارات بطبيعتها، لكنها مهياًة بنصّ العقد وبنية الأطراف وبطبيعة التصميم إلى انفصال مستقبلي منظم، فيسأغ إخضاعها لقواعد المنقول في نطاق معيّن، غير أنّ هذا القياس يظلّ محفوظاً بالمخاطر ما لم يتدخّل المشرع بنصّ خاص يحدّد نطاق المنقول بحسب المأل في المنشآت الدائرية، وإلا بقي الأمر مجرد اجتهاد فقهي هشّ أمام القواعد الأمرة في الملكية والاتصاق.

2- وليبان خطورة هذا العقد في البيئة القانونية العراقية، نثير الفرضيات التالية التي لا يوجد لها حل قاطع في نصوصنا الحالية مثلاً:

- أ. لو قام شخص بفك واجهة مبنى (BAMB) وسرقتها ليلاً، ففي القانون التقليدي فإنّ سرقة أجزاء العقار المتصلة به قد تُكفي كإتلاف أو تخريب، ولكن إذا اعتبرنا المواد منقولات بموجب العقد، فإن الفعل يصبح سرقة منقول كاملة الأركان، والأخطر هو لو قام مالك الأرض بفك هذه الواجهة وبيعها، هل يعتبر سارقاً لمال غيره (مال المورد)؟ أم أنه يتصرف في ملكه بموجب الاتصاق؟ هذا تناقض صارخ بين الوصف الجنائي والمدني.
- ب. عند وفاة مالك الأرض ينتقل العقار للورثة وفي عقود (BAMB)، العقار ملغوم بمواد مملوكة للغير، فهل يرث الورثة هيكلًا عظيمًا فقط؟ وماذا لو رفض الورثة تجديد عقد صيانة المواد مع المورد؟ هل يحق للمورد تعرية المبنى من نوافذه وأبوابه وترك الورثة في العراء؟ القواعد العامة في الميراث لا تسعفنا بحل لهذه الشركة الإلجبارية بين الورثة والموردين.

وبعد كلّ ما تقدّم نتوق إلى وضع تعريف مانع جامع لهذا العقد فنقول هو عقد مقاوله إنشائية ذات طبيعة خاصة، يتفق فيه مالك الأرض أو المطور العقاري مع مورد أو أكثر على تشييد مبنى قابل للتفكيك وفق مبادئ الاقتصاد الدائري بحيث:

- 1- يُصمّم المبنى منذ البداية على أساس عدم الاندماج الدائم بين هيكله ومكوناته، وعلى إمكان فصل العناصر المادية وإعادة استخدامها أو تدويرها.



- 2- يُثبت في العقد، وبما لا يخالف القواعد الأمرة في القانون المدني، أن ملكية الهيكل العقاري وما يلتحق به التحاقاً نهائياً تعود لمالك الأرض، بينما تُعامل المكوّنات القابلة للفصل (من واجهات وأنظمة وتقنيات) باعتبارها منقولات بحسب المأل الدائري تبقى مملوكة للموردين أو محلّ حقوق عينية مقرّرة لصالحهم، ولو اتصلت مؤقتاً بالعقار.
- 3- ويلتزم المورد، في مقابل أجر دوري، بتقديم خدمة الأداء الوظيفي للمبنى (كالضوء، أو العزل، أو التهوية، أو السلامة...)، مع صيانة تلك المكوّنات واستبدالها واستردادها عند انتهاء الغرض الوظيفي أو انقضاء العقد، وفق تنظيم تعاقدى مكتوب من قبل أطرافه ومُعلن يُراعي أحكام التسجيل لحماية الغير حسب الأطر القانونية المعمول بها في هذه الحالات.

الفرع الثاني

خصائص عقد التشييد الدائري

قبل الخوض في غمار الخصائص الدقيقة لهذا العقد، يجب التنويه إلى أن عقد (BAMB) لا يكتسب خصوصيته من مجرد اختلاف الشروط الفنية، بل من كونه يمثل انزياحاً تنظيمياً في نظرية العقد والعقار معاً، فهو ليس مجرد عقد مقاوله تقليدي أضيفت إليه ملاحق للاستدامة، بل هو تصرف قانوني يهدف ابتداءً إلى خلق نظام ملكية مزدوج داخل العقار الواحد، وتغيير الوظيفة القانونية للمبنى من مأوى دائم إلى بنك مؤقت، ويمكن بيان حيثيات هذه الفكرة وفقاً للفقرات الآتية:

أولاً: خاصية الانفصال القانوني مع الاتصال المادي (The Juridical Separation): وتُعد هذه الخاصية العمود الفقري لعقد التشييد الدائري، وهي الخاصية التي تثير أشد المعارك القانونية ضراوة مع القواعد التقليدية، ففي العقود الاعتيادية، يسود مبدأ وحدة العقار، حيث يندمج كل ما يتصل بالأرض في ملكية صاحبها، أما في عقد (BAMB)، فإن الإرادة المشتركة للأطراف تتجه صراحةً إلى خلق حالة من الانفصال الحكمي بين الهيكل الخرساني (الذي يتبع الأرض) وبين الطبقات والمكونات القابلة للفك (التي تظل مملوكة للموردين)، رغم وجود اتصال مادي وثيق بينهما قد يستمر لعقود، وفي التشريعات المقارنة، وتحديداً في القانون المدني الهولندي (- Burgerlijk Wetboek - BW)، واجه الفقهاء صعوبة بالغة مع نص المادة (5:20) التي تركز مبدأ وحدة الملكية العقارية، وللتغلب على ذلك، ابتدع الفقه الهولندي والقضاء مفهوم نية الاستخدام المؤقت كمعيار لتعطيل الاندماج، فإذا نص العقد على أن المكونات (كالواجهات الذكية) وضعت لغرض استعادتها لاحقاً،



فإنها لا تصبح جزءاً مكوناً (Bestanddeel) من العقار، بل تظل منقولات قانوناً، وقد عززت المحكمة العليا الهولندية هذا الاتجاه في حكمها التاريخي (Portacabin arrest)، حيث جعلت من النية والتصميم الفني معياراً حاكماً يفوق معيار الالتصاق المادي- كما تقدّم بنا.

وعند إسقاط خاصية الانفصال التي تُميّز عقود المباني كبنوك للمواد على القانون المدني العراقي، يتبيّن أنّنا أمام هزة مفهومية تمسّ ما استقرّ العمل عليه تحت عنوان تبعية الفرع للأصل، وهي القاعدة التي يعبر عنها الفقه المقارن بمبدأ السطحية أو قاعدة ¹⁰ superficies solo cedit، أي أنّ ما يُقام على الأرض يتبع الأرض في الملكية، فالمشرّع العراقي لم يصرّح بهذه العبارة اللاتينية، لكنّه بنى منظومة الالتصاق في باب الحقوق العينية على المعنى نفسه؛ إذ افتتح أحكام الالتصاق في الأموال المملوكة ملكاً صرفاً بالمواد من (١١١٣) إلى (١١٢٥) مدني، حيث تقرّر المادة (١١١٣) أنّ الطمي الذي يجلبه النهر ويترسّب على أرض شخص ما يصبح ملكاً له، بينما إذا شكّل هذا الطمي أرضاً جديدة متّصلة بالأرض الأصلية فإنّ ملكيتها تعود للدولة، مع منح الجار حقّ أخذها ببدل المثل، وهو ما يكشف بوضوح عن قرينة قانونية لصالح مالك الأرض في كلّ ما يلتحق بها طبيعياً، ويعبر في صورته العامة عن أنّ ما التحق بالأصل تبعه في الملكية ولو لم يُذكر لفظ السطحية صراحة في النص¹¹، وحين تقدّم خطوة إلى الأمام داخل ذات الباب، نجد أنّ المشرّع لم يكتف بالالتصاق الطبيعي، بل بسط القاعدة نفسها على المحدثات الصناعية التي يقيمها شخص على أرض الغير؛ فالمواد (١١١٩ وما بعدها) تعالج المحدثات التي تُقام بسوء نية أو بغير إذن، فتعطي لمالك الأرض حقّ قلع المحدثات على نفقة المحدث، أو تملكها بقيمتها مستحقة للقطع، دون أن تجيز للمحدث أن يفرض بقاء ملكيته للمبنى على مالك الأرض، وقد استقرّ الفقه¹² على أنّ هذا الاختيار متروك لمالك الأرض وحده يقدر مدى الضرر من القلع، وأنّ للمحكمة أن تستجيب لإرادته في التملك أو الإزالة متى شاء، بما يعزّز مركزه بوصفه الأصل الذي تؤول إليه المنشآت تبعاً له، ويجعل يد المحدث يداً موقوتة لا تقوى على خلق ملكية عقارية موازية لملكية صاحب الرقبة. أما إذا انتقلنا إلى حالة البناء أو المنشآت المُقامة على أرض الغير بإذنه، فإنّ المادة (١١٢١) مدني ترسم سيناريو أكثر نعومة في

¹⁰ Ghislaine Pellat, Jovan Zafiroski, and Marian Šuplata (eds), Cooperation and Enlargement: Two Challenges to be Addressed in the European Projects—2022 (Springer Nature Switzerland, 2023), p. 162.

¹¹ راجع في هذا الشأن: د. حسن علي دنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، محاضرات نشرتها جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، مصر، 1955، ص 22.

¹² راجع في ذات المعنى: د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، منشورات جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1988، ص 75.



الوسائل، لكنه لا يتخلّى عن الجوهر نفسه؛ إذ تقرّر أنّ من أحدث منشآت من عنده على أرض غيره بإذنه، ولم يوجد بينهما اتفاق على مصير المحدثات، لا يجوز لمالك الأرض أن يطلب قلعها، وتجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها أن يؤدي إليه قيمتها قائمة، أي أنّ ملكية المنشآت تنتقل إلى مالك الأرض بالاتصاق مع تعويض المحدث، فلا يحتفظ هذا الأخير إلا بحق مالي في القيمة، ولا تقوم له ملكية عينية باقية على أجزاء البناء.

وفي مقابل هذه المنظومة المتماسكة في ظاهرها، لا يعترف القانون العراقي بانفصال مستمر ودائم بين ملكية الأرض وملكية المنشآت التي تُقام عليها إلا في نطاق ضيق جداً هو نطاق حق المساطحة، وهو حقّ عيني منظم على سبيل الحصر في المواد (١٢٦٦ وما بعدها) من القانون المدني، حيث عرّفته المادة (١/١٢٦٦) بأنه حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، على أن يُسجّل هذا الحق في دائرة التسجيل العقاري، وأن يحدّد الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته ومدته¹³. وهذا الاستثناء التشريعي الوحيد على قاعدة السطحية يقوم على فكرة بسيطة مفادها إمكان فصل ملكية البناء عن ملكية الأرض طوال مدة المساطحة، مع عودة ما أُقيم إلى مالك الأرض عند انقضاء الحق أو انتهاء المدة، وإن حق المساطحة حقّ استثنائي من حيث محله وآثاره، وأنه لا يُجزأ إلى حقوق صغيرة على نوافذ وأبواب وواجهات وألواح زجاجية، بل يرد من حيث الأصل على بناء أو منشآت يُنظر إليها كوحدة إنشائية متكاملة يجري تسجيلها في السجل العقاري بوصفها حقاً واحداً، بما يضمن وضوح صحيفة العقار وعدم تفتيت الملكية العينية إلى شظايا غير قابلة للإدارة.

هنا بالضبط يظهر مقدار التوتّر الذي تخلقه خاصيّة الانفصال في عقود المباني كبنوك للمواد؛ ففلسفة هذا العقد تريد أن تُبقي المحدث مالكاً لمحدثاته إلى الأبد، لا بوصفه مساطحاً على عقار بأكمله أو على منشأة واحدة متكاملة، بل بوصفه مالكاً لمصفوفة من العناصر الماديّة القابلة للفصل من واجهات، وحدات زجاج، وأنظمة تكيف، وألواح عزل، ووحدات إضاءة، إلى آخره، مع بقاء هذه العناصر – في نظر العقد – منقولات يمكن استردادها وتدويرها متى انتهت الدورة الوظيفية للمبنى غير أنّ إسقاط هذه الفلسفة على قواعدنا الداخلية يصطدم أولاً بقاعدة حصر الحقوق العينية في

¹³ د. صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي (حق الملكية في ذاته)، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1961، ص26 وما يليها.



صورها المقررة تشريعاً، إذ لا يجيز القانون، في تفسير الفقه المستقر¹⁴، خلق حقوق عينية جديدة خارج ما عدّه المشرّع على سبيل الحصر، ويُعدّ كلّ شرط يحاول إنشاء حق عيني غير منصوص عليه أو تجزئة حقّ مساطحة واحد إلى حقوق مساطحة مجهرية على كل نافذة وباب ضرباً من البدعة القانونية التي قد يرى فيها القضاء مساساً بالنظام العام للملكية العقارية وبمبدأ علانية الحقوق في السجل العقاري.

ومن ناحية أخرى، فإنّ محاولة عقد المباني كبنوك للمواد أو عقد التشييد الدائري أن يتحايل على قاعدة الالتصاق بالتذرع بفكرة الانفصال التقني لا تجد سنداً كافياً في نصوصنا؛ فحتى لو دلت الهندسة الحديثة على إمكان تفكيك المبنى وحدةً وحدةً دون تلف مادّي يُذكر، فإنّ أحكام المحدثات في المواد (1119-1123) مدني، مقرونةً بتنظيم حق المساطحة، تکرّس اتجاهًا واضحاً مؤداه أنّ المحدث لا يستطيع أن يفرض على مالك الأرض بقاء ملكيته للأجزاء المتّصلة إلا ضمن حدود ضيقة عرفها التشريع تنظيمياً خاصاً، وأنّ الأصل هو اندماج المنشآت في العقار وانتقالها إلى مالكة مع تعويض من أحدثها، كلّ ذلك يجعل من خاصيّة الانفصال في عقود (BAMB) غريبة عن النسق المدني العراقي من حيث البناء التقني، ويبرّر توصيفها في منظور الفقه التقليدي بأنها إنشاء تعاقدي لطبقة جديدة من الحقوق العينية الجزئية التي لا يعترف بها النظام، الأمر الذي يهدّد - عند الاصطدام بقضاء محافظ - بطلان الشروط الجوهرية في هذا العقد أو تحويلها قسراً إلى التزامات شخصية، ويُفرغ بذلك الوظيفة الدائرية للعقد من محتواها ما لم يتدخّل المشرّع بنصوص خاصة تعيد صياغة علاقة المحدث بالأصل ضمن أفق جديد يتجاوز الفهم الكلاسيكي لمبدأ تبعيّة الفرع للأصل.

ثانياً: خاصية الاستمرارية الزمنية والدورية (Cyclical Continuity): يتميز عقد (BAMB) بأنه عقد ممتد الزمن بطبيعته، يختلف جذرياً عن عقد المقاول¹⁵ ففي المقولة التقليدية تنتهي التزامات المقاول الجوهرية بالتسليم النهائي، وتبقى فقط التزامات الضمان، أما في العقد الدائري فإن التسليم ليس نهاية المطاف، بل هو بداية مرحلة إدارة الأصول، إذ يلتزم المورد بموجب العقد بمتابعة حالة المواد، صيانتها، وتحديث بياناتها في جواز السفر، ثم استردادها بعد 20 أو 30 سنة بحسب الاتفاق التعاقدي، ففي التطبيقات الألمانية (وفق قانون KfWG)¹⁶، يتم تضمين عقود الإنشاءات العامة بنداً

14 د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، شرط المنع من التصرف (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص52.

15 د. محمد عزمي البكري، عقد المقاول في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص126.

16 لاحظ المواد من 23-27 من قانون الاقتصاد الدائري الألماني لسنة 2012 المعدل.



يسمى مسؤولية المنتج الممتدة (Extended Producer Responsibility - EPR)، والذي يحول العلاقة من بيع منقول إلى عقد خدمة مستمر، إذ أنّ المورد لا يبيع المصاييح، بل يبيع خدمة الإضاءة (Light-as-a-Service)، مما يبقي ملكية المصاييح له، ويلزمه بصيانتها طيلة عمر المبنى¹⁷. هذه الخاصية تهدم مسلمة انقضاء الالتزام بالوفاء المستقرة في أدبياتنا القانونية¹⁸؛ والمواد 375 وما يليها من القانون المدني العراقي في الباب الخامس منه، ولكن في عقد (BAMB)، تنفيذ بناء المبنى لا ينهي العقد، وإنّ هذا الوضع يخلق في القانون العراقي ما يسمى بتأبيد الالتزام، وهو أمر مكروه قانوناً وقد يفسر على أنه قيد أبدي على حرية المالك في التصرف بملكه؛ فإذا أراد مالك العقار هدم المبنى بعد 10 سنوات، قد يمنعه المورد بحجة أن دورة حياة المواد لم تنته بعد، وأن له حقاً في بقاء المواد مركبة؛ وهنا يتحول العقد من أداة لخدمة المالك إلى قيد يغل يده، مما يثير إشكالية التعارض مع حق الملكية الذي يمنح صاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف المطلق وفقاً لمنطق المادة 1048 من القانون المدني العراقي.

ثالثاً: خاصية القابلية العكسية (Reversibility) كشرط للصحة: لا يصح عقد (BAMB) قانوناً إلا إذا كان المحل (المبنى) قابلاً للتفكيك فنياً، وهذه الخاصية الفنية تتحول إلى شرط في محل العقد، فإذا شيد المفاوض مبنى بطريقة الصب الموقعي التي تستحيل معها استعادة المواد إلا بالهدم، فإن العقد يعتبر باطلاً لعدم تحقق الغرض منه، حتى لو كان المبنى سليماً ومتيناً، وفي الفقه المقارن وتحديدًا في معايير البناء البريطانية (BS 8895)، يعتبر التصميم من أجل التفكيك التزاماً جوهرياً، وإذا أخل به المفاوض، فإنه لا يستحق شهادة الإنجاز حتى لو كان المبنى صالحاً للسكن، لأن صلاحية السكن ليست المعيار الوحيد، بل صلاحية التفكيك هي المعيار الحاكم¹⁹.

¹⁷ Meliha Honic et al., Material Passports for the end-of-life stage of buildings: Challenges and potentials, Journal of Cleaner Production, Vol. 319, Article No. 128702 (2021), p. 1.

لاحظ للمزيد التقرير ادناه:

European Commission, Joint Research Centre, Product-as-a-Service as an essential enabler for circular economy in the EU, Science for Policy Brief, JRC Raw Materials Information System, 2025, p. 1.

¹⁸ لاحظ معنى ذلك في العديد من الدراسات القانونية مثلاً: د. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، مصر، 1960، ص 140 وما يليها.

¹⁹ ISO 20887:2020 – Sustainability in buildings and civil engineering works – Design for disassembly and adaptability. See the website: www.iso.org. Gaetano Bertino et al, Fundamentals of Building Deconstruction as a Circular Economy Strategy for the Reuse



وإذا يمنا شطرننا صوب القانون العراقي فإنّ هذه الخاصية تهدم مسلمة استقرار المعاملات والثبات، ذلك أنّ القانون المدني العراقي ينظر للبناء على أنه وجد ليبقى، لا ليفكك، وإنّ اشتراط القابلية للتفكيك قد يصطدم مع اشتراطات المتانة في قوانين البناء والبلديات التي تفرض استخدام الخرسانة المسلحة واللحام الدائم لضمان السلامة؛ وبالتالي فإن تنفيذ هذا العقد في العراق قد يكون مستحيلاً قانوناً بسبب تعارضه مع اللوائح التنظيمية للبناء مثل مدونة البناء العراقية²⁰ التي لا تعترف بتقنيات التركيب الجاف (Dry Assembly) كبديل آمن، مما يجعل محل العقد غير مشروع لمخالفته النظام العام.

الفرع الثالث

مسوغات اللجوء لعقد التشييد الدائري

إذا كانت هذه العقود تصطدم بكل هذه العقبات القانونية، فما هي الضرورة الملجئة إليها؟ تتلخص المسوغات في تحول جذري في مفاهيم القيمة والندرة، وحسبما هو آتٍ:
أولاً: المسوّغ الاقتصادي ويتمثّل بالتعدين الحضري وتحويل الأتقاض إلى أصول: وتسهيلاً لمناقشة هذا المسوّغ نرى الفقرات الآتية:

1- **المبنى كمخزون مادي قابل للاستخراج (Urban Mining Stock):** تُظهر أدبيات الاقتصاد الدائري في قطاع البناء أنّ الكتلة الماديّة للمباني القائمة (خرسانة، فولاذ، خشب، زجاج، تجهيزات ميكانيكية وكهربائية...) تُعامل اليوم في التحليلات الماديّة بوصفها مخزوناً حضرياً يمكن استخلاصه مستقبلاً على نحوٍ يوازي - من حيث الكمية والقيمة - المخزون المستخرج من المناجم التقليدية؛ ودراسات التعدين الحضري في المباني لأجل اقتصاد دائري بيّنت - من خلال نماذج تجريبية على مبانٍ سكنية جاهزة للهدم- أنّ تفكيك المكونات القابلة للفصل (نوافذ، أبواب، أرضيات، تجهيزات) وإعادة بيعها أو إعادة استخدامها يحقّق جدوى اقتصادية واضحة، مع أزمنة استرداد قصيرة جداً؛ إذ سجّلت إحدى الدراسات متوسّط زمن استرجاع يتراوح بين 1 و12 دقيقة للعنصر الواحد مع كلفة تعدين تتراوح بين 0.8 و9 دولارات سنغافورية للقطعة، بما

of Construction Materials (2021) 11(3) Applied Sciences 939, doi:10.3390/app11030939, available at: <https://www.mdpi.com/2076-3417/11/3/939>.

²⁰ مدونة البناء العراقية، مدونة حماية الأبنية من الحريق، م.ب.ع 2013/405، وزارة الإعمار والإسكان والبلديات والأشغال العامة، الهيئة العامة للمباني، المشار إليها في:

O.J. Sedeeq, Testing the efficiency of escape stairs in residential buildings ..., SJUCS Journal, available at: <https://journal.sulicihan.edu.krd/index.php/sjcus/article/view/517>



يجعل هذا المخزون الحضري مورداً اقتصادياً حقيقياً يمكن تخطيط استثماره في دورة حياة المبنى، في هذا المنوال يظهر عقد (BAMB) كوسيلة قانونية تنظّم هذا الاستغلال فهو يربط بين التصميم القابل للتفكيك وبين حقّ المورد في استرداد المواد بعد انتهاء استخدامها وإعادة إدخالها إلى سوق ثانوي للمواد المستعملة بدل تركها تدخل في مسار الأنقاض التقليدي²¹.

ت. **تقليل التعرّض لندرة الموارد وتقلب الأسعار:** تُظهر تقارير مؤسسة Ellen MacArthur Foundation أنّ تبني استراتيجيات الاقتصاد الدائري في البيئة المبنية (إطالة عمر المباني، إعادة استخدام العناصر، تحسين الكفاءة المادية) يمكن أن يخفض الانبعاثات العالمية من مواد البناء بنسبة تصل إلى 38% بحلول عام 2050، من خلال خفض الطلب على الفولاذ والألمنيوم والإسمنت والبلاستيك، كما يجعل القطاع أقلّ تعرّضاً لاضطرابات سلاسل التوريد وتقلبات أسعار المواد الأولية²²، وتعمّق ورقة بيضاء مشتركة بين المنتدى الاقتصادي العالمي وشركة McKinsey هذا التحليل، إذ تقدّر أن تطبيق حزمة من النماذج الدائرية في قطاع البناء (إعادة استخدام المكونات، البناء المعياري، جوازات سفر المواد، التحويل إلى نماذج خدمة) يُمكن أن يخفّض الانبعاثات المجدّدة في مواد البناء بما يصل إلى 75%، ويخلق صافي قيمة اقتصادية قد يصل إلى 360 مليار دولار سنوياً بحلول 2050، من خلال إعادة تدوير المواد، واستخدام الطاقة المتجدّدة، وتقنيات النقاط الكربون، وفي ضوء هذه الأرقام، لا يعود عقد (BAMB) ترفاً بيئياً، بل استجابة اقتصادية عقلانية لندرة الموارد وتقلب الأسعار؛ فهو يحوّل المبنى من مستهلك للمواد إلى مخزن استراتيجي يمكن الرجوع إليه لاستخراج المواد عند نهاية الدورة بدل شراء مواد جديدة بأسعار مرتفعة وغير مستقرة²³.

²¹ Arora, M., Raspall, F., Fearnley, L. & Silva, A., Urban mining in buildings for a circular economy: Planning, process and feasibility prospects, Resources, Conservation & Recycling, Vol. 174, 2021, 105754. ScienceDirect: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921344921003633> (Abstract) على صفحة المستخلص

²² Ellen MacArthur Foundation, Circular Economy in Construction – Built Environment Overview, 2022, available at: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/topics/built-environment/overview>. (<https://www.ellenmacarthurfoundation.org/topics/built-environment/overview>)

²³ World Economic Forum & McKinsey & Company, Circularity in the Built Environment: Maximizing CO₂ Abatement and Business Opportunities (White Paper, 5 Dec. 2023), available at: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Circularity_in_the_Built_Environment_2023.pdf.



ث. يقرّر القانون المدني العراقي أنّ نظام الاستيلاء يسمح باكتساب ملكية المنقولات التي لا مالك لها بمجرد وضع اليد عليها بحسن نية، استناداً إلى المواد 1098 وما بعدها من القانون المدني العراقي التي تنظّم الاستيلاء بوصفه سبباً من أسباب كسب الملكية، وتُظهر دراسة Dan E. Stigall عن القانون العراقي في الملكية والمسؤولية التقصيرية أنّ المشرّع العراقي أفرد فصلاً خاصاً للأشياء الخالية من المالك (ownerless or free property)، وأنّ القاعدة هي أنّ من يستولي على مثل هذه الأشياء يكتسب ملكيتها متى توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون؛ وفي ظلّ غياب عقد من نوع (BAMB)، تتحوّل كثير من مخلفات الهدم عملياً إلى أشياء متروكة يمكن لمقاول الهدم أو جامعي الخردة الاستيلاء عليها دون مقابل، فتضيع القيمة المادية الكامنة فيها عن مالك العقار وعن الاقتصاد الوطني، أمّا عقد (BAMB) فيتدخل قبل لحظة تحوّل المواد إلى أنقاض؛ إذ يرسخ حق المورد في ملكية هذه المواد منذ لحظة تركيبها وحتى استردادها، بما يسمح بقيدها في الدفاتر المحاسبية كأصول مادية (Material Assets) قابلة للتقييم والتداول²⁴.

ثانياً: المسوّغ البيئي والقانوني أو المسؤولية عن النفايات والضرر البيئي: ولتبسيط القول في هذا المسوّغ نرى ما يلي:

أ. **تضخّم نفايات البناء والهدم وخطورتها:** تُجمع تقارير الاتحاد الأوروبي والمنظمات الدوليّة على أنّ نفايات البناء والهدم (Construction and Demolition Waste – CDW) تمثّل اليوم أكبر تيار منفرد للنفايات في الاقتصادات المتقدّمة؛ فإحصاءات Eurostat لعام 2022 تُبيّن أن قطاع التشييد وحده يولّد نحو 38.4% من إجمالي النفايات في الاتحاد الأوروبي، متقدّماً على التعدين والصناعة والخدمات الأخرى، وهو ما جعل نفايات البناء والهدم تياراً ذا أولوية قصوى في سياسة النفايات الأوروبية²⁵، هذا وتؤكد المفوضية الأوروبية في صفحتها الرسمية عن

(https://www3.weforum.org/docs/WEF_Circularity_in_the_Built_Environment_2023.pdf)

²⁴ Dan E. Stigall, A Closer Look at Iraqi Property and Tort Law, 68 Louisiana Law Review 765(2008), esp. section Ownerless ('Free') Property, available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol68/iss4/3>.

²⁵ Eurostat, Waste statistics (Statistics Explained), Eurostat, 2025, data extracted September 2024, Table 1 and Figure 1 (showing that construction accounts for 38.4% of total waste generated in the EU in 2022). Available at: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Waste_statistics



CDW أن نفايات البناء والهدم تمثل أكثر من ثلث إجمالي النفايات المؤددة في الاتحاد الأوروبي، وأنها تشمل خرسانة، وطابوقاً، وخشباً، وزجاجاً، ومعادن، وبلاستيكاً، ونواتج صيانة الطرق وغيرها²⁶، يُضاف إلى هذا أن بروتوكول الاتحاد الأوروبي لإدارة نفايات البناء والهدم يُحدّر من أنّ تدفق هذه النفايات الناتج عن الهدم والتجديد مرشّح لأن يتضاعف تقريباً بين 2020 و2050 إذا استمرّ النمو العمراني بالوتيرة الحالية دون تحوّل جذري في نموذج البناء²⁷. وعليه فإنّ هذه الأرقام تجعل من نهاية عمر المبنى (الهدم أو التجديد الجذري) حدثاً بيئياً خطيراً، لا مجرد واقعة مدنية عادية؛ فقرار الهدم يعني - في النموذج الخطي - إلقاء عشرات أو مئات الأطنان من المواد في مدافن النفايات، مع ما يرافق ذلك من انبعاثات (نتيجة النقل والطمر) وتلوّث للتربة والمياه؛ هنا يأتي عقد (BAMB) باعتباره آلية لتجفيف منبع جزء كبير من هذه النفايات بدلاً من أن ينتهي عمر المواد في مقابر النفايات، يعيدها العقد إلى دورة استخدام جديدة عبر الاسترداد المنظم.

ب. تحوّل السياسة البيئية نحو مسؤولية المنتج الممتدة في قطاع البناء: توجه التشريعات البيئية الحديثة لا يقتصر على وضع معايير عامة لإدارة النفايات، بل يتقدّم نحو تحميل سلسلة القيمة - خصوصاً المنتجين - مسؤولية ممتدة (Extended Producer Responsibility - EPR) عن مصير المنتجات بعد انتهاء استعمالها؛ وقد تجلّى هذا بوضوح في قطاعات التعبئة والتغليف والمعدّات الكهربائية، ثم بدأ ينتقل تدريجياً إلى مواد البناء باعتبارها إحدى أكبر مصادر النفايات في الاقتصاد، وفي هذا المجال جاء توجيه النفايات الأوروبي EC/98/2008 ليفرض على

²⁶ European Commission, Directorate-General for Environment, Construction and demolition waste, official EU environment page, last accessed 8 December 2025. The page states that construction and demolition waste accounts for more than a third of all waste generated in the EU and classifies it as a priority waste stream under the Waste Framework Directive. Available at: https://environment.ec.europa.eu/topics/waste-and-recycling/construction-and-demolition-waste_en

²⁷ European Commission, EU Construction & Demolition Waste Management Protocol (2024 revision), in: EU Construction & Demolition Waste Management Protocol / 2024 (including guidelines for pre-demolition and pre-renovation audits of construction works), 2024. The protocol states that Construction and demolition waste (CDW) is the largest waste stream in the EU, representing almost 40% of the total waste generated. It is estimated that the total CDW outflow as a result of demolition and renovation activities will double, in absolute terms, between 2020 and 2050. Access via: <https://www.certifico.com/id/22535> (linking to EU Construction & Demolition Waste Management Protocol - 2024 in EN).



الدول الأعضاء هدفاً يتمثل في إعادة استخدام وإعادة تدوير 70٪ من نفايات البناء والهدم غير الخطرة بحلول عام 2020²⁸، وهو هدف لم يتحقق بالكامل في معظم الدول، ما دفع المفوضية إلى إصدار بروتوكولات²⁹ إرشادية خاصة لتسريع الانتقال إلى نموذج دائري في هذا القطاع، وعلى المستوى الأوسع، يؤكد التقرير المشترك للمنتدى الاقتصادي العالمي McKinsey حول *Circularity in the Built Environment* أن التحول من نموذج خطي إلى نموذج دائري في البيئة المبنية قادر على خفض الانبعاثات المجرّدة في مواد البناء بنسبة تصل إلى 75٪ (حتى 4 غيغاطن من CO₂ سنوياً)، مع تحقيق أرباح صافية سنوية قد تبلغ 360 مليار دولار بحلول 2050، بشرط اعتماد حزمة من الأدوات من بينها إعادة استخدام المكونات، والبناء المعياري، وجوازات سفر المواد، والعقود القائمة على الخدمة بدلاً من البيع التقليدي للمواد³⁰، وفي ضوء هذا الاتجاه، يمكن قراءة عقد (BAMB) بوصفه ترجمة تعاقدية لمبدأ المسؤولية الممتدة للمنتج في قطاع البناء فالمورد لا يسلم المواد ويختفي، بل يبقى مسؤولاً عن أدائها، وصيانتها، ومآلها بعد انتهاء استخدامها، في إطار علاقة مستمرة تُخرج المواد من منطقتي البضاعة المباعة لا تُردّ ولا تُستبدل إلى منطقتي المنتج مسؤول عن نفاياته حتى النهاية.

²⁸ Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation, Nuclear Safety and Consumer Protection (Germany), Directive 2008/98/EC on waste and repealing certain Directives, policy summary page (in English), explaining that the Directive sets a 70% recycling target for construction and demolition waste by 2020 and introduces the 'extended producer responsibility (EPR)' and the 'polluter pays' principle. Available at: <https://www.bundesumweltministerium.de/en/law/directive-2008-98-ec-on-waste-and-repealing-certain-directives>

²⁹ European Commission, EU Construction and Demolition Waste Management Protocol and Guidelines, Single Market and Industry portal (2018), noting that the Waste Framework Directive 2008/98/EC aims to have 70% of construction and demolition waste recycled by 2020, and presenting the protocol as a tool to reach this target. Available at: https://single-market-economy.ec.europa.eu/news/eu-construction-and-demolition-waste-protocol-2018-09-18_en

³⁰ World Economic Forum & McKinsey & Company, *Circularity in the Built Environment: Maximizing CO₂ Abatement and Business Opportunities* (White Paper, 5 December 2023), which quantifies that circularity in the built environment can abate up to 75% of embodied emissions and create up to USD 360 billion in net annual value by 2050 through strategies including reuse of components, modular construction, material passports, and circular business models. Full PDF available at: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Circularity_in_the_Built_Environment_2023.pdf



ت. نموذج (BAMB) كأداة ملموسة لتقليل نفايات الهدم والانبعاثات: إن مشروع Buildings as Material Banks (2020BAMB) الممول من الاتحاد الأوروبي صاغ الإطار العملي لفكرة المباني كبنوك مواد، وهدف صراحة إلى منع توليد النفايات، وتقليل استخدام الموارد الأولية، وتيسير إعادة استخدام المواد في قطاع البناء، عبر ركيزتين: (1) جوازات سفر المواد ³¹ Passports Materials، و(2) التصميم القابل للعكس Reversible Building Design³²، ومن هنا فإن عقد (BAMB) – حين يُصاغ في صورته القانونية الكاملة – لا يكتفي بوصف المواد وجوازات السفر في ملحق تقني، بل يخلق التزامات بيئية إيجابية التزام المورد باسترداد المواد وإعادة إدخالها في دورة إنتاج جديدة، والتزام المالك أو المطور بتمكين هذا الاسترداد وعدم تحويل المبنى إلى ركام بلا هوية؛ الأمر الذي يجعل العقد بمثابة أداة امتثال بيئي (Compliance Tool) قبل أن يكون مجرد ترتيب مالي.

ث. البيئة القانونية العراقية والسؤال الهام: أين القانون العراقي من هذه المعارك البحثية؟: يقرّر قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (27) لسنة 2009 في مادته الأولى أن غايته هي حماية وتحسين البيئة من خلال إزالة الأضرار الموجودة فيها أو الذي يطرأ عليها، والحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية والتنوع الأحيائي، كما يحظر القانون صراحةً طرح أو تصريف النفايات المنزلية أو الصناعية أو الزراعية في الهواء أو المياه أو التربة على نحو يضرّ بالبيئة أو الصحة العامة³³. ورغم أن القانون لم يضع – حتى الآن – نظاماً تفصيلياً خاصاً بنفايات البناء والهدم، فإن مبدأ إزالة الأضرار القائمة والمحتملة يفتح الباب أمام مساءلة المالك أو المقاول مدنياً عن الأضرار البيئية الناتجة عن ممارسات هدم عشوائية أو طمر غير نظامي لمخلفات الإنشاء، استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية العامة في القانون المدني العراقي³⁴.

³¹ European Commission, CORDIS, Buildings as Material Banks: Integrating Materials Passports with Reversible Building Design to Optimise Circular Industrial Value Chains (BAMB), project fact sheet, describing aims to prevent construction and demolition waste, reduce virgin resource consumption and enable a circular economy in the building sector. Available at: <https://cordis.europa.eu/project/id/642384>

³² Ibid.

³³ لاحظ المادة (14) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009.

³⁴ يمكن في القانون المدني العراقي إقامة المسؤولية على أساس مضر الجوار غير المألوفة، فالمادة (1051) مدني عراقي نصّت صراحةً على التزام خاص على المالك تجاه جاره لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجوار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً...، كما حوّلت الفقرة (2) للجار المهتد أن يطلب اتخاذ ما يلزم لاتقاء الضرر ووقف الأعمال أو الاحتياطات العاجلة. ومن هنا قرّر الفقه والتشريع أن مسؤولية المالك عن مضر الجوار غير المألوفة تقوم ولو كان يستعمل ملكه استعمالاً مشروعاً، متى تجاوز الضرر حدّ ما



وفي هذا المضمار يمكن النظر إلى عقد (BAMB) بوصفه وسيلة استباقية لتخفيف المخاطر القانونية والبيئية معاً؛ فهو يُظهر أن المالك والمطوّر لم يتركا المواد لمصيرها كنفائيات، بل أبرما عقداً يضمن استردادها وإعادة استخدامها وفق مبادئ الاقتصاد الدائري؛ ويمكن – في حال تطوّر القضاء البيئي العراقي – أن يُعتبر وجود مثل هذا العقد قرينة على الحرص البيئي، تُخفّف من جسامته المسؤولية أو من مقدار التعويض عند وقوع ضرر بيئي مرتبط بالهدم أو التجديد؛ كما يمهد لإدماج اعتبارات الاستدامة في تفسير قواعد الملكية والاتصاق، بحيث تُغلب أحياناً المصلحة البيئية والاقتصادية العليا في تقليل النفائيات على الجمود التقليدي في وحدة الملكية العقارية، وبهذا المعنى فلا يُبرّر عقد (BAMB) في العراق فقط باعتبارات اقتصادية، بل أيضاً بصفته استجابة تشريعية وقضائية محتملة لالتزامات الدولة في حماية البيئة، ووسيلة عملية لترجمة قانون حماية البيئة رقم (27 لسنة 2009) في مجال لم يطله التنظيم التفصيلي بعد، هو مجال نفائيات البناء والهدم. يمكن القول إنّ المعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة المؤسسية ESG في الشركات الصادرة عن هيئة الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية العراقي ابتداءً من عام 2025 – سواء في إطار حوكمة الشركات (ESG)، أو تعليمات الإفصاح عن الأثر البيئي، أو شروط منح التراخيص والاعتمادات – تجعل من عقد (BAMB) أداة تعاقدية مكتملة للامتثال البيئي (Compliance)؛ ذلك أن هذه المعايير لا تكتفي بمنع التلوّث آتياً، بل تُلزم الشركات بوضع سياسات لإدارة النفائيات، وخطط للحدّ من انبعاثات الكربون، ودمج مبادئ الاقتصاد الدائري في أنشطتها، ومن هنا يقدّم عقد (BAMB) للشركة المالكة أو المطوّرة دليلاً عملياً على احترامها لتلك المعايير؛ إذ يثبت أنها لم تترك نفائيات البناء والهدم لتُعامل كنفائيات عادية أو مضار جارٍ غير مألوفة، بل رتّبت مسبقاً – بموجب عقد – استرداد المواد وإعادة إدخالها في الدورة الاقتصادية من خلال المورد؛ فكلاً ما تبنت الشركة عقد (BAMB) ضمن منظومة تعاقدها الإنشائية، كان من الأسهل عليها أن تُظهر – أمام الجهة الرقابية والمساهمين والقاضي – أنها تترجم معايير البيئة لعام 2025 من مستوى التعمّد النظري إلى مستوى الالتزام التعاقدية الملزم، فتحوّل بنود العقد (خاصةً جواز سفر المواد، والتزام المورد بالاسترداد والتفكيك) إلى جزء من أدوات الحوكمة البيئية للشركة، لا مجرد شرط فني في عقد مقاول³⁵.

³⁵ تُحتمل عادةً أحوال الجوار، فهي مسؤولية تُبنى على قيد اجتماعي على حق الملكية (عدم الإضرار الفاحش بالجار)، وليست مجرد تطبيق عادي لخطأ تقصيري بالمعنى التقليدي.

³⁵ للإطلاع على تلك المعايير لاحظ الموقع الإلكتروني الآتي: www.isc.gov.iq، شوهد في 2025/12/8.



المطلب الثاني

ذاتية عقد التشييد الدائري

يُعد البحث عن الأساس القانوني لعقد (BAMB) بمثابة السير في مجازفة قانونية، إذ يضع الباحث أمام المواجهة الكلاسيكية والأزلية بين سلطان الإرادة والنظام العام العقاري، فبينما يسعى العقد بقوته المنشئة إلى تفتيت الملكية العقارية لخدمة الاقتصاد الدائري، تقف قواعد الالتصاق العقاري كحارس صارم لوحدة العقار، ويتفرع عن هذا المطلب فرعان، نخصص الأول للبحث في الأساس القانوني للعقد، والثاني لتحديد الطبيعة القانونية للعقد.

الفرع الأول

الأساس القانوني لعقد التشييد الدائري

تتمحور الإشكالية القانونية الجوهرية في هذا الفرع حول مدى قدرة البند العقدي على تعطيل النص الأمر في القانون المدني؛ فإذا كان الأصل في العقود الرضائية، فإن الأصل في الحقوق العينية هو النظام العام؛ وعليه فإن تأسيس مشروعية عقد (BAMB) يتطلب تفكيك قاعدة السطحية (Superficies solo cedit) التي ورثتها القوانين الحديثة عن القانون الروماني، والبحث عن ثغرات مشروعية تسمح للمواد بالاحتفاظ باستقلالها القانوني رغم فنائها المادي في العقار،
أولاً: **المعالجة في الفقه والقانون المقارن وفقاً للنظرية الذاتية للالتصاق:** لقد أدرك المشرع الألماني مبكراً خطورة الجمود المادي لقاعدة الالتصاق على حركة التجارة والائتمان، فقدم في القانون المدني الألماني (BGB) نموذجاً تشريعياً فريداً يُعد اليوم الملاذ الآمن لعقد التشييد الدائري؛ إذ ينطلق الفقه الألماني من التمييز الدقيق بين المكونات الجوهرية (Wesentliche Bestandteile) التي لا تقبل الفصل، وبين المكونات الظاهرية أو المؤقتة (Scheinbestandteile)، ووفقاً للمادة (§ 94 BGB)، فإن الأشياء التي تدمج في الأرض لتصبح جزءاً جوهرياً منها تفقد استقلالها وتصبح ملكاً لصاحب الأرض، ولا يجوز أن تكون محلاً لحقوق عينية مستقلة. والتي تم بيانها سابقاً، ولقد أدت التفرقة التي أرساها الفقه الألماني بين المكون الجوهري والمكون الظاهري إلى إعادة تعريف حدود العقار والمنقول داخل الشيء الواحد؛ فلم يعد معيار الاتصال المادي كافياً لابتلاع كل ما يلتصق بالعقار في ملكيته، بل أضحت النية والغرض الزماني عنصراً حاسماً في التكييف؛ وفي إطار هذه القراءة، يذهب شراح BGB إلى أن § 95 لا يُعد استثناءً ثانوياً، إنما هو أداة منهجية تسمح بفصل فئات كاملة من الأشياء عن منطبق الالتصاق



التقليدي، متى ثبت أنّ التحاقها بالعقار إنّما كان لخدمة استعمال مؤقت، لا لخلق وحدة مادية وعينية نهائية³⁶. ويتجلى البعد العملي لهذه الفكرة بوضوح في تنظيم ما يُعرف في الفقه التطبيقي بتركيبات المستأجر (Mietereinbauten)، إذ يقرّر الفقه والعمليات المحاسبية معاً أنّ ما يقيمه المستأجر في العين المؤجّرة من تجهيزات ثابتة – كالمطابخ المركّبة، والواجهات الزجاجية، والأنظمة التقنية – إذا كان مقصوداً به خدمة مدّة الإيجار لا الاندماج الدائم في العقار، فإنّه يُعامل بوصفه مكوّنًا ظاهرياً يبقى في ملكية المستأجر، ويظهر في ميزانيته كأصل منقول يُهلك على مدّة العقد، مع احتفاظه – من الناحية العينية – بقابلية الفك والاسترداد عند انتهاء العلاقة العقدية³⁷.

وعلى هذا الأساس، يمكن النظر إلى عقد (BAMB) في البيئة الألمانية باعتباره استثماراً واعياً لهذه البنية الفقهية القائمة؛ فالمورد في العقد الدائري يشبه – في منطوق القانون الخاص – مستأجراً كبيراً يضع في عقار الغير واجهات وأنظمة ذكية وطبقات معمارية، مع التصريح في العقد بأنّ اتصالها بالمبنى مؤقت بقدر دورة حياته، وأنّها ستفكّ وتُستردّ عند بلوغ هذه الدورة نهايتها، وأمّا الفقه الهولندي فيتمثّل حكم Portacabin نقطة ارتكاز رئيسة لفهم مفهوم العقار ومتى يعدّ الشيء متّحداً بالأرض اتحاداً مستقرّاً؛ فقد بيّن شرّاح حقوق الأشياء في هولندا أنّ أهم ما جاء به الحكم ليس النتيجة ذاتها، بل نقله مركز الثقل من معيار الإمكان التقني للنقل إلى معيار الوجهة الاجتماعية والوظيفية (Bestemming)، ووفق ذلك يصبح السؤال في تكييف المنشأة هل صمّمت ونُصبت بحيث يُفهم عرفاً أنّها ستظلّ في مكانها زمناً طويلاً وتخدم وظيفة دائمة، أم أنّ طريقة التصميم والربط تنطق بطابعها المؤقت؟ فإذا رجحت الكفة الأولى، غلب وصف العقار حتى لو أمكن رفع المنشأة برافعة، وإن رجحت الثانية بقي وصف المنقول قائماً. وقد تم استغراق البحث في هذا المجال.

وإذا غادرنا هذين القانونين وانطلقنا للبحث في أساس فقهي وقانوني عالمي نرى الفقرات

الآتية:

1- منطوق معاملات الضمان فلم يعد الاتصال بالعقار مانعاً من الحقوق المنفصلة: إنّ الفقه المعاصر في مجال معاملات الضمان (secured transactions) اتجه منذ عقود إلى تبني منهج وظيفي

³⁶ Prütting, H., § 95BGB – Nur vorübergehender Zweck, in: Prütting/Wegen/Weinreich (eds.), BGB-Kommentar, 18. Aufl., Luchterhand, 2024, Rn. 1–4

³⁷ Blank, J., Mietereinbauten und ihre zivil- und bilanzrechtliche Behandlung, Der Betrieb (DB) 2022, Heft 19, S. 1073–1079).



ووحيد في تنظيم الحقوق العينية التبعية على المنقولات، بحيث لا يتوقف إمكان ترتيب حق عيني مستقل على شكل التصرف أو على كون المال ثابتاً أو منقولاً، بل على وظيفته كضمان؛ وفي هذا الإطار يؤكد دليل الأونسيترال التشريعي بشأن معاملات الضمان أن القانون الحديث ينبغي أن يجيز إنشاء حق ضمان على الأصول المادية المتصلة بعقار (attachments/fixtures)، سواء كانت متصلة عند نشوء الحق أو اتصلت لاحقاً، وأن هذا الحق يمكن أن يستمر في مواجهة صاحب العقار والغير وفق تنظيم خاص، وهذا التوجه يعني أن مجرد اتصال الشيء بالعقار لم يعد كافياً لابتلاع كل الحقوق الأخرى فيه، بل أصبح مقبولاً – تشريعياً وفق توصيات الأونسيترال – أن توجد طبقة من الحقوق العينية على المنقول المتصل تعلق أو تجاور حق مالك الأرض³⁸.

2- إذا كان القانون الحديث قد قبل، في سياق التمويل، أن يمنح الممول حقاً عينياً قابلاً للتنفيذ على تجهيزات مثبتة في المبنى، وأن يجيز له نزعها رغم اتصالها بالعقار، فإن الانتقال من دائن مرتهن في التركيبات إلى مورد يحتفظ بالملكية ويسترد المواد في نهاية دورة حياتها هو انتقال في الدرجة لا في النوع؛ و الفقه الذي تناول دليل الأونسيترال ونماذج قانونية أخرى (كالمادة 9 UCC) يبين أن الهدف من هذا التوسع هو تهيئة البنية القانونية للاقتصاد الحديث الذي لم يعد يميز بصرامة بين العقار والمنقول في الأصول الإنتاجية، ويقرّ بأن منشآت البناء والمعدات الثقيلة قد تكون في الوقت نفسه جزءاً من مبنى وموضوعاً لحق عيني مستقل لممول أو مورد؛ ومن هنا يمكن القول إن عقد (BAMB) لا يخترع من عدم فكرة بقاء حق عيني مستقل على عناصر مثبتة في المبنى، بل ينقل هذه الفكرة من سياق التمويل إلى سياق الاستدامة الدائرية،

³⁸ UNCITRAL, Legislative Guide on Secured Transactions, rec. 21 and accompanying commentary, which recommends that a security right may be created in a tangible asset that is an attachment to immovable property, whether at the time of creation or when it later becomes an attachment; see PDF (Terminology and recommendations) at: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/terminology-and-recs.10-1-18.pdf>.
(<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/terminology-and-recs.10-1-18.pdf>)



بحيث يتحول المورد من دائن مرتهن إلى مالك دائري للمواد، مع التزامه بإعادة إدخالها في دورة استعمال جديدة بدلاً من بيعها في مزاد تنفيذي³⁹.

3- جاء بروتوكول MAC الملحق باتفاقية كيب تاون (UNIDROIT) ليؤكد اتجاهاً آخر يصبّ في مصلحة عقد (BAMB)، وذلك حين قرّر إيمان ترتيب حقوق عينية دولية موحّدة على معدات التعدين والزراعة والإنشاء، بما فيها المعدات التي تعمل عادة مرتبطة بمشروعات إنشائية كبيرة؛ وإنّ الفقه الذي ناقش بروتوكول MAC يوضح أن الغاية منه هي منح الممولين والمستأجرين التمويل حفاً عينياً قابلاً للتسجيل والتنفيذ عبر الحدود على معدات قد تكون من الناحية الواقعية وثيقة الارتباط بموقع إنشائي معيّن، ولكنها تبقى في نظر القانون الدولي أصولاً مستقلة يمكن استردادها ونقلها، وإنّ هذا المنطق يعزّز الفكرة الجوهرية لعقد (BAMB) حتى المعدات الإنشائية الضخمة التي تخدم مشروعاً عقارياً معيّنًا يمكن النظر إليها كنظام أصول متنقلة تدور بين مشاريع عديدة، ولا تُبطل نهائياً في العقار الأول الذي تعمل فيه، ما دام القانون يقرّ بحق استردادها⁴⁰.

إجمالاً، يبيّن هذا المسار المقارن أنّ القانون الخاص المعاصر – عبر نظم معاملات الضمان والأدوات الدولية الحديثة – قد كسر بالفعل قداسة الاندماج المطلق بين العقار وما يتّصل به لم يعد كل ما يُنبت في المبنى جزءاً نهائياً من ملك مالك الأرض؛ بل أصبح من المألوف أن يحتفظ طرف ثالث (ممول، مؤجر تمويلي، أو حتى مورّد) بحقوق عينية منفصلة على تجهيزات وإنشاءات ثابتة، مع حقّ استردادها، وانطلاقاً من ذلك، يمكن للفقه العراقي أن يستند إلى هذه التطورات ليقول إن عقد

³⁹ McCormack, G., American Private Law Writ Large? The UNCITRAL Secured Transactions Guide, International and Comparative Law Quarterly 60(3), 2011, pp. 597–625, esp.

⁴⁰ Otabor-Olubor, I., The Unidroit Cape Town Convention and MAC Protocol's Implementation in Africa, Uniform Law Review 29(3), 2024, pp. 379–406, discussing how the MAC Protocol creates international interests in mining, agricultural and construction equipment that may be used on or associated with immovable property but remain subject to separate proprietary rights: <https://academic.oup.com/ulr/article/7928247/379/3/29>; see also von Bodungen, B., Immovable-Associated Equipment under the Draft MAC Protocol, University of Pennsylvania Faculty Scholarship, 2017, which analyses how equipment associated with immovables can still be the object of distinct property rights under the Protocol: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3136&context=faculty_scholarship.



(BAMB) ليس جسماً غريباً على منطق الملكية، بل هو نتيجة منطقية للقبول العالمي بانفصال الحقوق على التركيبات عن ملكية الأرض؛ غير أن (BAMB) يضيف بُعداً جديداً فهو يوظف هذه الإمكانية ليس فقط لحماية الدائن، بل لصالح الاقتصاد الدائري والبيئة، عبر تنظيم استرداد المواد لا لبيعها كخردة، بل لإعادة استعمالها كمكوّنات في مبانٍ لاحقة؛ وهذا يمنح العقد شرعية إضافية فهو مبني على بنية حقوقية مقبولة عملياً في التمويل الدولي، ويضيف إليها غاية بيئية واقتصادية تتماشى مع سياسات الاقتصاد الدائري ومع مشاريع مثل BAMB الأوروبية نفسها التي قدّمت نماذج قانونية وتجارية لبنوك المواد في المباني.

ثانياً: الموقف في القانون المدني العراقي : عند الانتقال إلى البيئة القانونية العراقية، نجد أنفسنا أمام حصن حصين من القواعد الأمرة التي تحمي الملكية العقارية ووحدتها؛ ذلك أنّ المشرع العراقي في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 تأثر بالفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، وكلاهما يميلان لتقديس قاعدة التابع تابع⁴¹. وتواجه محاولة تأسيس عقد (BAMB) في العراق عقبتين رئيسيتين، ومخرجاً واحداً ضيقاً، نتناولهما تباعاً:

1- **عقبة الالتصاق الصناعي كقرينة قاطعة:** تنص المادة (1113) من القانون المدني العراقي على: كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض قائماً على نفقته ويكون ملكاً له ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. وبمنطوق المادة يبدو النص مرناً بوجود عبارة ما لم يقم الدليل⁴². ولكن الفقه العراقي والقضاء استقروا على تفسير هذا الدليل في نطاق ضيق جداً، ينحصر غالباً في الاجازة أو المساطحة، والمشكلة في عقد (BAMB) هي أن المورد لا يريد مساطحة (لأنها حق عيني يوجب التسجيل والرسوم ويعطي حق البناء والاستغلال)، بل يريد فقط احتفاظاً بملكية مواد، وإذا اعتبرنا قاعدة الالتصاق قاعدة من النظام العام (وهو الرأي الراجح لحماية الائتمان العقاري)، فإن أي اتفاق خاص (عقد غير مسجل) يخالفها يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبالتالي فإن المورد الذي يركب واجهة زجاجية بعقد

⁴¹ لاحظ في شروحات تلك القاعدة: د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ط1، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص129.

⁴² وتقابلها المادة (922) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل، ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبانٍ بحكم الالتصاق. لاحظ: طعن رقم 264 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/26. نقلاً عن: د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 12، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص235.



(BAMB) في العراق، يفقد ملكيتها فور التركيب، ويتحول حقه العيني إلى حق شخصي في التعويض (قيمة المواد)، وهو ما ينسف فكرة بنك المواد من أساسها.

2- عقبة استحالة الفصل دون تلف كما في المادة 62 من القانون المدني العراقي: إنَّ المشرع

العراقي ربط صفة العقار بعدم إمكانية النقل دون تلف، والفقهاء القانونيون يوسِّع مفهوم التلف ليشمل ليس فقط تكسر المادة، بل نقصان قيمة المبنى أو تشوه منظره⁴³. فلو فككنا واجهة المبنى قد لا تتكسر الواجهة لكن المبنى يصبح هيكلاً عارياً (تلف وظيفي)، وهذا التفسير الموسع للتلف يغلق الباب أمام اعتبار مواد (BAMB) منقولات، ويجعلها عقارات بالتخصيص أو بالاتصال، مما يُخضعها لملكية صاحب الأرض وجوباً. وعلى الرغم من سوداوية المشهد التشريعي العراقي تجاه هذا العقد، إلا أنَّه مع البحث المتعمق يمكن استنباط أساس قانوني عبر إعادة قراءة النصوص بروح العصر، وهدم بعض المسلمات التقليدية:

أ. **تفعيل نظرية المنقول بحسب المآل:** هذه النظرية هي حصان طروادة الذي يمكن من خلاله إدخال عقد (BAMB) إلى القانون العراقي؛ حيث برر الفقهاء تلك النظرية بأن إرادة الأطراف استبقت المستقبل واعتبرت المبنى أنقاضاً قبل وقوع الهدم⁴⁴، وبالقياس على ذلك نرى أنَّه في عقد (BAMB) الإرادة المشتركة للأطراف تنجّه منذ اللحظة الأولى إلى التفكيك المستقبلي، وإنَّ الفرق الوحيد هو أن الهدم إعدام للمبنى، والتفكيك تفكيك له؛ وبما أن القانون سمح بتحويل العقار لمنقول في حالة الهدم (الأشد)، فمن باب أولى أن يسمح به في حالة التفكيك (الأخف والأكثر نفعاً)، وعليه يمكن تأسيس مشروعية العقد على اعتبار المواد منقولات بحسب المآل، مما يعطل قاعدة الالتصاق، وعليه فإنَّ هذا التكييف يجعل المواد في حكم المنقولات، وبالتالي لا تلتصق بالأرض، وتبقى على ملك المورد.

ب. **إعادة تفسير التلف:** يجب الدفع نحو تبني تفسير فني وليس لغوياً للتلف؛ فإذا كان العقد يتضمن تقنيات (Dry Connections) كالربط بالبراغي والمشابك بدلاً من اللحام والخرسانة، فإن فك المواد لا يحدث أي تلف مادي؛ أما التلف الوظيفي للمبنى (بقاءه عارياً)، فيمكن تداركه بالنص

⁴³ Alhassan, B. M., Omran, J. Y., & Jrad, F. A. (2019). Management of Electrical Maintenance of University Buildings Using Deterioration Models. In B. Khan, H. Alhelou, & G. Hayek (Eds.), Handbook of Research on New Solutions and Technologies in Electrical Distribution Networks (p. 249).

⁴⁴ د. علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، ط1، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص392.



في العقد على التزام المورد بتوفير بديل أو أن الاسترداد لا يتم إلا عند نهاية عمر المبنى أو التجديد؛ بهذا التفسير المتطور، تخرج مواد (BAMB) من تعريف العقار في المادة (62) من القانون المدني وتعود لأصلها كمنقولات، مما يجعل الاتفاق على ملكيتها المستقلة صحيحاً وناظراً، وخلاصة ذلك إن الأساس القانوني لعقد (BAMB) في العراق لا يزال هشاً، ويعتمد على حيل قانونية وتخريجات فقهية جريئة (كالقياس على بيع الأنقاض)؛ ولتحقيق استقرار حقيقي لهذا العقد، لا بد من تدخل تشريعي يعتبر جواز سفر المواد دليلاً كافياً لنفي الالتصاق بموجب المادة (1113)، تغليباً للمصلحة الاقتصادية العليا في الحفاظ على الثروة المادية، على المصلحة التقليدية في وحدة الملكية العقارية.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقد التشييد الدائري

يُعد التكييف (Qualification) العملية العقلية الأهم التي يقوم بها القاضي والفقهاء لإسباغ الوصف القانوني الصحيح على الرابطة العقدية، ومن ثم تحديد القواعد الواجبة التطبيق عليها⁴⁵. وفيما يخص عقد (BAMB)، فإن هذه العملية تكتنفها صعوبات جمة؛ فهو عقد زئبقي تتداخل فيه عناصر عقود متعددة (بيع، مقاولة، وديعة، إيجار)، مما يجعله عصياً على التصنيف التقليدي؛ وعليه فإننا سنستعرض الاتجاهات الفقهية التي حاولت تطهيره في الفقه المقارن، ثم نخلص إلى التكييف الأنسب في ظل القانون المدني العراقي.

أولاً: **الاتجاهات الفقهية في تكييف العقد:** انقسم الفقه الأوروبي الحديث في تحديد طبيعة هذا العقد إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية، حاول كل منها تغليب جانب معين من العلاقة العقدية المعقدة:

1- الاتجاه الأول: تكييفه كعقد بيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية (Sale with Retention of

Title): ذهب جانب من الفقه الألماني إلى اعتبار عقد (BAMB) نوعاً مطوراً من عقود البيع التي تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية (Eigentumsvorbehalt) المنصوص عليه في المادة (§ 449 BGB)⁴⁶، وفقاً لهذا الرأي، فإن المورد يبيع المواد للمطور، لكنه يعلق انتقال الملكية على

⁴⁵ يُقصد بالتكييف: إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة بمعناها العام المعروضة على القاضي أو الفقيه. يُنظر: د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، مجلد (1)، عدد (20)، 2004، ص95.

⁴⁶ لاحظ نص المادة المذكورة أعلاه والتي تنظم: الالتزامات الناشئة عن عقد البيع (1) يلتزم البائع بأن يسلم المشتري الشيء المبيع وأن ينقل له ملكيته. ويجب أن يسلم الشيء خالياً من الحقوق أو الأعباء العينية للغير، وأن يكون بالمواصفات المتفق عليها. (2) يلتزم المشتري بأن يدفع للبائع ثمن المبيع المتفق عليه وأن يتسلم الشيء المبيع.



شرط واقف (وهو عادة سداد الثمن)، ولكن في عقود (BAMB)، يتم تحويل الشرط؛ فالاحتفاظ بالملكية ليس لضمان الثمن، بل لضمان الاسترداد، ولكن يعاب على هذا التكييف أنه يتناقض مع جوهر عقد البيع، فعقد البيع يهدف في النهاية إلى نقل الملكية، وإن تراخت، أما في عقد (BAMB) فإن نية المورد هي عدم نقل الملكية مطلقاً وأبداً، هو يريد أن يبقى مالكاً للنوافذ والواجهات طيلة حياة المبنى ليستعيدها لاحقاً، وعليه فإن تكييفه كبيع هو تحايل يفرغ العقد من محتواه الوظيفي.

2- الاتجاه الثاني: تكييفه كعقد إيجار تمويلي (Financial Leasing)⁴⁷: نظراً لأن المطور ينتفع بالمواد مقابل دفعات دورية (رسوم الخدمة) دون أن يملكها، فقد ذهب الفقه الهولندي والفرنسي إلى تشبيهه بعقد الإيجار التمويلي (Leasing)، ذلك أن المورد (المؤجر) يسلم المواد للمطور (المستأجر) لينتفع بها في المبنى، مع بقاء الرقبة للمورد، ورغم وجاهة هذا الرأي، إلا أنه يصطدم بعقبة الالتصاق والتحول، ففي الإيجار يجب رد الشيء بحالته؛ أما مواد البناء في عقد (BAMB)، فرغم قابليتها للفك إلا أنها تندمج في هيكل المبنى وتصبح جزءاً من عقار في نظر الغير؛ كما أن الإيجار التمويلي ينتهي عادة بخيار الشراء، بينما عقد (BAMB) ينتهي حتماً بالاسترداد، إضافة لذلك فإن الإيجار التمويلي يركز على التمويل، بينما عقد (BAMB) يركز على الأداء الفني والاستدامة⁴⁸.

Section 433 BGB – Duties of the seller and buyer in a sales contract (1) The seller is obliged to deliver the sold item to the buyer and to transfer ownership of it. The seller must deliver the item free from third-party rights and with the agreed quality (2). The buyer is obliged to pay the agreed purchase price to the seller and to accept delivery of the item.

47 لاحظ في هذا العقد: د. خلاف لخضر، بلولة محمد أكرم، عقود الإيجار التمويلي، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد (12)، 1/ جوان، 2017، ص261.

48 من المفيد الإشارة إلى هذا العقد الذي بدأ يذيع صيته في الصين بشكل مبالغ به، فقد كان ظهور الإيجار التمويلي في الصين متأخراً نسبياً داخل صناعة الخدمات المالية، فقبل عام 2007، كانت أعمال الإيجار التمويلي برمتها صغيرة الحجم وضعيفة التأثير الاجتماعي؛ غير أن السنوات القليلة الماضية شهدت نمواً هائلاً في هذا المجال، ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى السياسات الأكثر ملاءمة، وتحسن بيئة السوق، والنمو السريع في الاستثمارات الصينية في الأصول الثابتة؛ فخلال الفترة من 2007 إلى 2012، تضخم سوق الإيجار التمويلي في الصين ثلاثين مرة، ليصبح ثاني أكبر سوق للإيجار التمويلي في العالم بعد الولايات المتحدة مباشرة. ووفقاً لكتاب الأزرق لصناعة الإيجار التمويلي في الصين لعام 2013، بلغ رصيد عقود الإيجار التمويلي في الصين سنة 2013 نحو 2.1 تريليون يوان، بزيادة قدرها 550 مليار يوان (أي 35.5٪) مقارنةً بنهاية عام 2012، وهذا ويلاحظ أن هذا القطاع هو الصناعة الوحيدة التي أدرجت ضمن منطقة التجارة الحرة التجريبية في شنغهاي، والتي تتيح للشركات العاملة فيها تخفيضات أو إعفاءات ضريبية؛ ويرجع سبب آخر لنمو الإيجار التمويلي في الصين بهذه السرعة إلى أن عدداً متزايداً من الشركات بات يقبل الإيجار التمويلي بوصفه وسيلة للحصول على حق استعمال المعدات بدلاً من تملكها، ونتيجة لذلك لوحظت زيادة ملموسة في الطلب على تأجير المعدات في أسواق الآلات الثقيلة، والطيران، والملاحة، والخدمات



3. الاتجاه الثالث: تكييفه كعقد خدمة مركب (Product-as-a-Service / PaaS): يذهب الاتجاه الراجح في فقه قانون التشييد الأوروبي (European Construction Law)⁴⁹، إلى تكييف هذا العقد بأنه عقد ذو طبيعة خاصة (Sui Generis)، يمزج بين عقد المقاولة (في مرحلة التركيب والصيانة) وعقد الوديعة (حيث يعتبر المطور مودعاً لديه للمواد) وعقد الخدمة المستمر (توفير الإضاءة أو العزل الحراري بدلاً من بيع المصابيح والعوازل)، وإنّ هذا التكييف يحلر العقد من قيود البيع والإيجار، ويسمح بإنشاء التزامات متبادلة جديدة تناسب الطبيعة الدائرية⁵⁰.

ثانياً: التكييف المختار في القانون المدني العراقي: عند محاولة إسقاط هذه التكييفات على القانون المدني العراقي، نجد أن النصوص الحالية لا تسعفنا بتبني عقد الخدمة بمفهومه الغربي الحديث، ولا البيع مع الاحتفاظ بالملكية بصورته الألمانية الدقيقة؛ وعليه، نؤسس التكييف القانوني السليم في العراق على الدعائم التالية:

1- استبعاد وصف البيع: يجب استبعاد وصف البيع تماماً، لأن المادة (506) مدني عراقي تعرف البيع بأنه مبادلة مال بمال، وفي عقد (BAMB) لا يوجد انتقال للملكية بل يوجد تمكين من الانتفاع؛ لو كیفناه بيعاً، لأصبح باطلاً لعدم تحقق التزام البائع بنقل الملكية، أو لتحول إلى بيع صوري.

2- استبعاد وصف المساطحة: قد يتبادر للذهن تكييف حق المورد في إبقاء مواده في أرض الغير على أنه حق مساطحة، ذلك أنّ المادة (1266) من القانون المدني العراقي تعرف المساطحة بأنها: حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى... على أرض الغير، ومع ذلك فإنّ هذا التكييف قاصر وغير عملي لسببين: الأول أن المساطحة تتطلب التسجيل في التسجيل العقاري (وهو أمر معقد لآلاف المواد)، والثاني أن المساطحة تعطي الحق في إقامة منشآت، بينما المورد في (BAMB) غالباً ما يورد أجزاء مثل النوافذ و الأرضيات لمبنى قائم أصلاً، فلا هو بنى المبنى كاملاً ولا هو يملك حق القرار فيه.

الطبية، وغيرها من القطاعات؛ إذ ارتفع عدد شركات الإيجار التمويلي من 286 شركة في نهاية عام 2011 إلى نحو 1000 شركة في نهاية عام 2013. لاحظ:

Jiazhong G. Wang & Juan Yang, Financing Without Bank Loans: New Alternatives for Funding SMEs in China, Springer Nature Singapore, 2016, Chapter 8, Section 8.5 "Financial Leasing in China: A Market of Three Trillions", p. 109.

⁴⁹ BAMB Project, Business Models (Buildings as Material Banks, H2020)

⁵⁰ Felix Wortmann, Heiko Gebauer, Claudio Lamprecht, Elgar Fleisch, Understanding Products as Services: How the Internet and AI are Transforming Product Companies, Emerald Publishing Limited, 1st ed., 2024, p. 7 .



3- التكيف الراجح: عقد غير مسمى يَرَجَّح فيه جانب المقاول: نرى أن التكيف الأسلم قانوناً في العراق هو اعتبار عقد (BAMB) عقداً غير مسمى (استناداً للمبادئ العامة في نظرية العقد)، يغلب عليه طابع عقد المقاول مضافاً إليه شروط الوديعة والعارية، فأما جانب المقاوله حيث أن المورد يقوم بتركيب وصيانة المواد (عمل مادي)، وأما جانب العارية فلأن المورد (المعار) يسلم المواد للمطور (المستعير) للانتفاع بها (إضاءة، عزل) دون مقابل للمواد ذاتها، بل مقابل الخدمة، مع الالتزام بردها (استردادها) عند نهاية العقد، وأما جانب الوديعة فلأن المطور يلتزم بحفظ المواد (كوديع) وصيانتها من التلف غير العادي حتى يحين موعد استردادها. وعلى ذلك فإن عقد (BAMB) في القانون العراقي هو هجين قانوني؛ جسده مقاوله (عمل وصيانة)، وروحه عارية (انتفاع مع رد العين)، وهدفه استدامة، وهو بذلك يخرج من عباءة العقود التقليدية ليفرض نفسه كنموذج جديد للعقد الواردة على الانتفاع بالشيء لا استهلاكه.

المبحث الثاني

آثار عقد التشييد الدائري

يترتب على الاعتراف بصحة عقد (BAMB) نتائج قانونية خطيرة تمس استقرار المعاملات العقارية، وتثير إشكاليات تتعلق بإثبات الملكية وتوزيع المسؤولية عند انهيار المبنى أو تفكيكه، وسنتناول ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

نظام الملكية وتزامم الحقوق العينية

تكمن المعضلة العملية الكبرى في كيفية حماية حق مالك المواد في مواجهة مالك العقار والغير (كالمصارف والمشتريين)، في ظل نظام التسجيل العقاري القائم على وحدة الصفقة، ولبيان حيثيات هذه الفكرة نرى الفروع الآتية:

الفرع الأول

الوضع القانوني للمواد المدمجة -إشكالية جواز سفر المواد في مواجهة السند العقاري

تتمحور المعضلة القانونية في هذا الفرع حول صراع الوثائق؛ صراع بين سند الملكية العقارية والذي يتمتع بحجية مطلقة وقوة ثبوتية كاسحة في إثبات أن مالك الأرض يملك كل ما عليها، وبين وثيقة مستحدثة تُعرف بجواز سفر المواد (Material Passport) تحاول إثبات العكس؛ وإن



البحث في القيمة القانونية لهذا الجواز إنما هو بحث في نظرية الإثبات ونظام الشهر أو التسجيل العقاري، وتحديدًا هل يملك هذا الجواز الرقمي القوة القانونية لكسر قرينة الالتصاق العقاري؟، ولتأمل ذلك نرى النقاط الآتية:

أولاً: الطبيعة القانونية لجواز سفر المواد في الفقه الغربي: لقد تطوّر مفهوم جواز سفر المواد في بيئة الاقتصاد الدائري الأوربية – ولا سيما في هولندا، حيث ظهرت منصّة Madaster المتخصصة في تسجيل بيانات المباني والمواد – من مجرد ملفّ تقني بصيغة (PDF) إلى سجلّ رقمي يصف تكوين المبنى ومكوّناته بدقّة زمنية ومكانية، وإنّ هذا الجواز يمثّل في الفكر الدائري نوعاً من التوأم الرقمي (Digital Twin)⁵¹ للمبنى من زاوية موارد المادية، ويُستخدم لتقدير القيمة المادية المتبقية عند التفكيك ولتخطيط إعادة الاستخدام. وفي الفقه المقارن لا يُنظر إليه – حتى الآن – كسند ملكية بالمعنى التقني، بل كأداة معلوماتية يمكن أن تتحوّل إلى دليل كتابي قوي على طريقة إدماج المواد في العقار، وزمن إدخالها، والاتفاق على استردادها في المستقبل؛ الأمر الذي يفتح الباب نظرياً لاستعماله في منازعات الالتصاق لإثبات أن اتصال بعض المكوّنات بالعقار كان اتصالاً مؤقتاً بالمعنى الذي تلمّح إليه المادة (BGB 95§) من القانون المدني الألماني، دون أن يكون هناك بعدّ قضاءً مستقرّ يجعل من هذا الجواز سنداً عينياً مستقلاً للملكية، كما تقترح بعض الدراسات المرتبطة بمشروع المباني كبنوك مواد (BAMB) أن تُربط جوازات المواد بتقنيات سلاسل الكتل (Blockchain)⁵²، بحيث تُخزّن بيانات المكوّنات والملكية وتواريخ التركيب والاسترداد في سجلّ

⁵¹ يستعمل مصطلح التوأم الرقّمي للإشارة إلى نموذج افتراضيّ مطابق لعنصر ماديّ أو نظام حقيقي، نشأ استخدامه العملي أولاً لدى وكالة "ناسا" في سياق تحسين كفاءة النموذج المادي للمركبات الفضائية منذ حوالي عام 2010، ويفهم من ذلك أنّ التوأم الرقمي هو نسخة رقمية ديناميكية تعكس الكيان الماديّ وكلّ ما يرتبط به من عمليات، بحيث تُجمع بيانات هذا الكيان عبر منظومة من الحساسات والأنظمة الرقمية، ثم تُزامن هذه البيانات في الزمن الحقيقي، فينشأ نموذج افتراضيّ يطابق حالة الأصل المادي لحظةً بلحظة، أيّ كان هذا الأصل: عضواً بشرياً، أو آلة متحركة، أو مبنى، أو حتى مدينة كاملة، وبهذا المعنى يمثّل التوأم الرقّمي صورةً رقمية حيّة للواقع الفيزيائي يمكن الرجوع إليها تحليلاً وتوقعاً ومحاكاةً، وفي السياق نفسه تشير الدراسات الحديثة إلى أنّ عدداً متزايداً من القطاعات بدأ يتبنّى مفهوم التوأم الرقمي بطرائق متنوّعة؛ فمثلاً في مجال الرعاية الصحية يلجأ بعض أخصائيّ أمراض القلب والأوعية الدموية إلى بناء توأم رقمي ثلاثي الأبعاد لقلب الإنسان، يُستفاد منه في التعليم والتدريب السريري، وتجريب خطط العلاج والجراحة في بيئة افتراضية قبل تطبيقها على المريض الحقيقي، الأمر الذي يفتح أفقاً معرفياً جديدةً ويساعد على تقليل المخاطر وتحسين جودة القرار الطبي. لاحظ: د. طه محمد أحمد يوسف، حوسبة الحافة والتوائم الرقمية في ظل شبكات الجيل الخامس والبيانات الذكية، Homysra Publishing House، 2023، ص 60.

⁵² عُرفت بانها "قاعدة بيانات موزعة، حيث ظهرت كسجل للمعاملات في العملة الافتراضية (بتكوين) وذلك بغرض الحفاظ على السجلات لتلك المعاملات من التلاعب حيث تتيح تبادلًا آمنًا للأموال أو الأسهم أو الحقوق، فهي تعمل كسجل إلكتروني لمعالجة الصفقات وتدوينها بما يتيح لكل الأطراف تتبع المعلومات عبر شبكة آمنة لا تستدعي التحقق من طرف ثالث" لاحظ: لى ايمن اسماعيل، الضوابط القانونية لحماية المستهلك في العقد الذكي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2024، ص 18.



رقمي غير قابل للتلاعب، بما يعزّز قيمتها الإثباتية في مواجهة الغير، ويفرّبها – إذا تبنّاها التشريع – من فكرة دفتر الملكية الإلكتروني للمواد الدائرية، دون أن يكون هذا الوضع قد تحقّق فعلاً في قانون نافذ حتى تاريخنا الحالي.

ثانياً: المآزق القانوني في القانون العراقي: عند محاولة توطين جواز سفر المواد في النظام القانوني العراقي، نجد أنفسنا أمام صدام عنيف بين قانونين أولهما قانون التسجيل العقاري وقانون التوقيع الإلكتروني، وكما يلي:

1- **الجواز في ميزان قانون التوقيع الإلكتروني:** يمكن تأسيس القيمة القانونية لجواز سفر المواد في العراق استناداً للمادة (14) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012، التي تمنح التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني نفس الحجية القانونية للمحررات الورقية والتي تنص على أنه يكون للتوقيع الإلكتروني... ذات الحجية القانونية للتوقيع اليدوي... وبناءً على هذا النص إذا وقع المطور والمورد جواز المواد إلكترونياً، فإنه يصبح سنداً عادياً ملزماً لهما؛ إذ يستطيع المورد استخدامه أمام القضاء لإثبات حقه في استرداد المواد في مواجهة المطور (الطرف المتعاقد)، ومن هنا فإنّ الجواز له حجة قاطعة بين الطرفين تمنع المطور من الادعاء بملكية المواد بالاتصاق، إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

2- **الجواز في ميزان قانون التسجيل العقاري:** إنّ الكارثة القانونية تقع عندما يواجه المورد الغير وهو شخص لم يوقع على الجواز مثل المشتري الجديد للعقار أو المصرف، فقانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 في العراق يقوم على مبدأ القيد العيني والأثر المنشئ للتسجيل وفقاً للمادة (3) منه والتي تعتبر التصرفات العقارية غير المسجلة باطلة، والإشكالية هنا هي أنّ جواز سفر المواد يحاول إثبات حق عيني (ملكية) على جزء من العقار دون تسجيله في التسجيل العقاري، وعليه فإنّ جواز سفر المواد في العراق هو حجة قاصرة؛ فهو يحمي المورد من غدر المطور، لكنه لا يحميه من تنفيذ المصرف ولا من بيع العقار لمشتري حسن النية؛ فالمشتري يشتري ما هو ثابت في السند العقاري، والسند العقاري يقول إن الأرض وما عليها ملك للبائع، أما جواز المواد، فبالنسبة للمشتري والمصرف هو ورقة لا قيمة لها، مما يجعل حق المورد في الاسترداد عرضة للضياع فور انتقال ملكية العقار.

الفرع الثاني

أثر العقد في مواجهة الغير (تزامم الحقوق وإشكالية الرهن التأميني)



تنتقل المعركة القانونية في عقد التشييد الدائري (BAMB) من دائرة النسبية العقدية بين الأطراف، إلى دائرة الحجية المطلقة في مواجهة الغير، وتحديدًا في مواجهة الدائنين المرتهنين والمشتريين اللاحقين للعقار. هنا تبرز إشكالية الأمن القانوني في أقصى صورها؛ فكيف يمكن التوفيق بين حق المورد في استرداد مكونات المبنى (نوافذ، واجهات، أنظمة ذكية) التي احتفظ بملكيته عقدياً، وبين حق المرتهن الذي يعتقد أنه ارتهن المبنى كاملاً بما فيه من محدثات؟ إن نجاح هذا العقد مرهون بقدرته على الصمود أمام قوة الرهن التأميني التي تميل تاريخياً لابتلاع كل ما يتصل بالأرض، وهو ما يتطلب تفكيراً دقيقاً لقواعد امتداد الرهن وعدم التجزئة، الأمر الذي يستوجب تتبع موقف القانون المقارن وصولاً للقانون العراقي وكما يلي:

أولاً: موقف الفقه والقانون المقارن: ينطلق القانون المدني الألماني من افتراضٍ قويٍّ لصالح الدائن المرتهن فالرهن العقاري لا يحيط بالأرض فحسب، بل يمتد – بموجب § 1120 BGB⁵³ – إلى كل ما يعدّ ملحقاتاً للعقار وفق تعريف § 97 BGB⁵⁴؛ أي المنقولات التي حُصِّصت بصفةٍ دائمةٍ لخدمة الغرض الاقتصادي للعقار، وكانت مملوكة في الوقت ذاته لمالك العقار نفسه؛ ومعنى ذلك أن البنك،

⁵³ Section 1120: Extension to products, components, and accessories

The mortgage extends to the products separated from the plot of land and to other components, to the extent that upon separation they did not become the property of a person other than the owner or the owner's legal predecessor, as well as to the accessories of the plot of land with the exception of accessories which have not entered into the ownership of the owner of the plot of land.

المادة 1120: الامتداد إلى المنتجات والمكونات والملحقات
يمتد الرهن (الرهن العقاري) ليشمل المنتجات (الثمار) التي فصلت عن قطعة الأرض والمكونات الأخرى، طالما أنها عند فصلها لم تصبح ملكاً لشخص آخر غير المالك أو سلفه القانوني، وكذلك يمتد ليشمل ملحقات قطعة الأرض، باستثناء الملحقات التي لم تدخل في ملكية صاحب قطعة الأرض.

⁵⁴ Section 97: Accessories

(1) Accessories are movable things that, without being components of the principal thing, are intended to serve the economic purpose of the principal thing and are in a spatial relationship to it that corresponds to this intention. A thing is not an accessory if it is not regarded as an accessory in business dealings.

(2) The temporary use of a movable thing for the economic purpose of another thing does not confirm the quality of accessory. Temporary separation of an accessory from the principal thing does not end the quality of accessory.

المادة 97: الملحقات

(1) الملحقات هي أشياء منقولة، لا تعد أجزاءً مكونةً للشيء الأصلي، ولكنها مخصصة لخدمة الغرض الاقتصادي للشيء الأصلي، وتوجد معه في علاقة مكانية تتوافق مع هذا الغرض. لا يُعد الشيء ملحقاتاً إذا لم يُعتبر كذلك في العرف التجاري.

(2) الاستخدام المؤقت لشيء منقول لخدمة الغرض الاقتصادي لشيء آخر لا يضيف عليه صفة الملحقات. كما أن الانفصال المؤقت للملحق عن الشيء الأصلي لا يُنهي صفته كملحق.



متى أخذ رهناً عقاريًا، يعتمد على أن قيمة العقار تشمل أيضاً تجهيزاته الأساسية – من مصاعد وأنظمة تسخين ونوافذ – ما دام المالك هو صاحب هذه المنقولات؛ غير أن هذا الامتداد يتوقف عند حدود حاسمة فلا يمكن أن يلتهم الرهن ملكية شخص ثالث، لأن صفة الملحق تفترض وحدة المالك؛ ومن هنا بالذات يفتح القانون الألماني ثغرة مهمة يمكن أن تتسلل منها عقود BAMB لحماية موردي المواد.

إنّ الفقه الألماني لا يكتفي بنص §1120، بل يسقط عليه منظومة الالتحاق الواردة في §§ 93–95 BGB، فالأشياء التي تُدمج بالعقار اندماجاً لا يمكن فصله دون تلف تصبح أجزاءً جوهرية (wesentliche Bestandteile) وتفقد استقلالها القانوني، أمّا الأشياء المتصلة لغرض مؤقت فيمكن وصفها بأنها Scheinbestandteile بموجب §95، فتبقى منقولات مستقلة؛ وعندما يتفق مالك المبنى مع مورّد على تركيب واجهاتٍ زجاجية أو وحدات تكييف وفق نموذج BAMB، يمكنها – نظرياً – أن يجمعاً بين وسيلتين: (أ) تكييف هذه العناصر على أنها Scheinbestandteile بنص صريح في العقد يحدّد مؤقتية الاتصال وواجب فكّها عند حلول أجل الاسترداد؛ (ب) إدراج شرط احتفاظ بالملكية (Eigentumsvorbehalt) لصالح المورد حتى يتم الاسترداد أو إعادة البيع، ومن هذه البنية المزدوجة، تخرج المواد من وصف الجزء الجوهري ومن دائرة الملحق المملوك للمدين، فلا تدخل أصلاً في نطاق الرهن بهذه العقاري؛ وعند التنفيذ على العقار، يُباع الهيكل والحقوق العينية المرتبطة به، بينما يحتفظ المورد بمركز مالكٍ لمنقولاتٍ متصلة اتصالاً مؤقتاً، وعليه أن يتفاوض مع المشتري الجديد بشأن إبقائها أو استردادها⁵⁵.

إضافةً إلى اللعب على حدود المفاهيم (جزء جوهري أو ملحق أو منقول)، يتيح القانون الألماني حلاً أكثر علنيةً لصالح المورد في عقود BAMB، يتمثّل في إدراج ملاحظات أو قيود في السجل العقاري تُعلن وجود حقوق استردادٍ أو إزالة لصالح طرفٍ ثالث؛ وإنّ هذه الملاحظات لا تُحوّل المورد إلى دائنٍ مرتهن، لكنها تُنذر الدائنين والراسي عليه المزاد بأن هناك منقولاتٍ متصلة ليست من مستلزمات الرهن، أو أن لصاحبها حقّ فصلٍ معترفاً به؛ ومن ناحية واقعية تدفع هذه العلنية البنوك إلى أخذ هذه الحقوق في الحسبان عند تقدير قيمة الضمان، وتدفع المشتري في المزاد

⁵⁵ Schlimpert, Denis: Integrale und funktionale Verbindungen aus Sachen im französischen und deutschen Recht, V&R Unipress, Göttingen 2015, S. 144.



إلى التفاوض مع المورد بدلاً من الافتراض أن كل ما في المبنى مملوكٌ حرّاً وخالياً من الحقوق، هذه الآلية تزيد من قابلية نموذج BAMB للتمويل من دون التضحية باستقلال ملكية المواد⁵⁶. وفي القانون المدني الهولندي يتجه الفقه والتمويل العقاري إلى حلٍّ مختلفٍ يقوم على تفتيت الملكية أفقياً وعمودياً بواسطة حق السطحية، وهذا الحق – المقيّد في السجل العقاري – يسمح بفصل ملكية البناء أو منشآت معيّنة عن ملكية الأرض، بحيث يمكن منح موردٍ أو شركة متخصصة حقاً عينياً مستقلاً على الواجهات أو الأنظمة التقنية القابلة للفك في إطار مشروعٍ دائري، في سيناريو BAMB، قد يكون هيكل المبنى ومُلحقاته مثقلاً برهنٍ لصالح البنك، بينما تُسند للموردين حقوقٌ سطحيةٌ محددة على طبقاتٍ أو وحداتٍ معيّنة مرتبطة بعقود خدمة واسترداد، وعند التراجع، يُحتكم إلى ترتيب القيود؛ لذلك تلجأ البنوك عملياً إلى إبرام اتفاقات مباشرة مع هؤلاء الموردين تُحدّد فيها حدود الاسترداد وشروط استمرار الخدمة بعد الحجز، بحيث لا يفقد المشروع قابليته للتشغيل، ولا يفقد المورد حقه في إعادة استخدام مواده، وإنّ هذا النموذج الهولندي يقدم للقانون العراقي مثلاً مهماً على إمكان التعايش بين الرهن العقاري التقليدي وبين حقوقٍ عينية مبتكرة على مكونات قابلة للفصل⁵⁷.

ثانياً: الموقف في القانون المدني العراقي: والأمر هنا يحتاج تفصيل ووقفه تأمل نتناولها وفقاً للتخطيط الآتي:

1- هل أن قاعدة امتداد الرهن للملحقات هل هي فعلاً رصاصة قاتلة؟ إنّ المادة (1292)⁵⁸ من القانون المدني العراقي تقرّر أن الرهن التأميني يشمل من تلقاء نفسه العقارات بالتخصيص وما يُعتبر من المتمّمات للعقار المرهون، وإنّ القراءة التقليدية لهذه المادة ترتب أثراً أمراً يجعل الامتداد حتمياً ولا يقبل الاتفاق على خلافه في مواجهة الغير حسن النية؛ ومن ثمّ يبدو أن كل مادة تُدمج في المبنى وفق عقد (BAMB) ستبتلع حكماً في وعاء الرهن، بصرف النظر عن كلّ ما يتفق عليه المالك والمورد فيما بينهما. لكن إذا فتشنا في بنية القانون نفسه، نلاحظ أن الامتداد يفترض أمرين: الأول أن تكون الشيء عقاراً بالتخصيص أو متمماً للعقار، والثاني أن يكون هذا الشيء مملوكاً لمالك العقار، لأن الرهن – من حيث الجوهر – لا يمكن أن يرد على ملك الغير،

⁵⁶ Wenzel, in: Erman, BGB-Kommentar, 16. Auflage 2020, § 1120 Rn. 4.

⁵⁷ Ploeger, H.D.: Goederenrecht voor een circulaire economie: de stap naar 'Product as a Service', in: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR), Ausgabe 7195/2018, S. 367.

⁵⁸ لاحظ نص المادة المذكورة والتي تنص على: "يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتمدة عقاراً...".



بالتالي فمن الممكن فقهيّاً أن تطوّر اتجاهها يقول متى ثبت - بمستندات علنية كافية - أن ملكية النوافذ أو الواجهات الذكية لم تنتقل أصلاً إلى مالك العقار بسبب شرط احتفاظ بالملكية أو توصيفها كمنقولات بحسب المأل فإنها لا تدخل في وصف الملحقات المرهونة؛ لأن الامتداد لا يعمل إلا داخل حدود ملك الراهن، ولا يستطيع أن يحوّل مال الغير إلى ضمانٍ جبريٍّ للمرتهن دون سندٍ خاص؛ وإنّ هذه القراءة لا تلغي المادة 1290، لكنها تضبط نطاقها، وتفتح ثغرة لمصلحة عقود (BAMB) بشرط واحد جوهرى وهو أن تتحوّل ملكية المواد للمورد من واقع خفيّ بين الطرفين إلى واقع «ظاهر» يصل إلى الدائن المرتهن عبر التسجيل أو الإنذار الرسمي أو النصّ الصريح في عقد الرهن ذاته.

2- امتياز بائع المنقول⁵⁹ وسقوطه بالتحوّل فهل يموت كلياً مع اندماج المواد في العقار؟ إنّ المادة (1376) مدني تمنح بائع المنقول امتيازاً يتقدّم به على سائر الدائنين، لكنها تقيده بشرط بقاء المنقول محتفظاً بذاتيته؛ فإذا تحوّل المنقول إلى عقارٍ بالالتصاق سقط الامتياز؛ وإنّ الفقه التقليدي يبني على هذا الشرط نتيجة قاسية في حالة (BAMB) فبمجرد أن تندمج الواجهة الزجاجية أو وحدات التكيف في المبنى، يُنظر إليها كجزء من العقار، فيموت امتياز المورد، ويتقدّم عليه الرهن التأميني بلا منازع؛ غير أن النص لا يمنع من إعادة قراءة العلاقة على نحو يقلل من هذا الأثر؛ فمن جهة، يمكن صياغة عقد (BAMB) بحيث يحتفظ المورد بملكية المواد احتفاظاً صريحاً، فلا يكون بائعاً بالمعنى الفني الذي تنصّره المادة 1376، بل معييراً أو مزوّد خدمة يمكّن المالك من الانتفاع بالمكوّنات مع بقائها مملوكة له، فيخرج أصلاً من نطاق الامتياز المهّدّ بالسقوط.

3- عدم جواز إضعاف التأمين⁶⁰ (م 1297) وتنازع حق المورد مع حق المرتهن فهل فكّ المواد دائماً انقاص للضمان؟ إنّ مبدأ ضمان سلامة الرهن المكرّس في المادة (1297) مدني يجعل الراهن ملزماً بالامتناع عن كل ما من شأنه إنقاص قيمة العقار أو تعريض الضمان للخطر؛ والمرتهن يستطيع أن يطلب سقوط الأجل والمطالبة بالدّين فوراً إذا ارتكب الراهن عملاً ينقص من الضمان؛ وفي التطبيق التقليدي، يُعدّ هدم جزء من البناء أو إزالة واجهته تعدياً مباشراً على حق المرتهن؛ ولكن في عقد (BAMB)، الصورة أكثر تعقيداً؛ فكّ الواجهة أو نظام العزل لا يتم كعملية تخريب، بل كتفويض لحق استرداد متفق عليه سلفاً، غالباً مع استبدالٍ بمكوّنات جديدة أو

⁵⁹ لاحظ نص المادة 1376 من القانون المدني العراقي والتي تنص: "..... مادام المبيع محتفظاً بذاتيته..".

⁶⁰ لاحظ المادة 1397 من القانون المدني العراقي.



تجديد للمنظومة، فإذا كان العقد ينصّ على التزام المورد بإحلال مكوناتٍ جديدة محلّ القديمة، أو على تخفيض مبلغ الدين المضمون بمقدار قيمة المواد المستردّة، فإن الفكّ لا يُنقص من الضمان في ميزان الاقتصاد الكلي للعقد، بل يعيد تشكيله؛ وإذا علم المرتهن مسبقاً بهذا النموذج ورضي به في عقد الرهن فإن قبوله هذا الخطر يجردّه من الحق في الاحتجاج مستقبلاً بأن الضمان أضعف بعمل غير متوقّع، وبهذا التخريج، يمكن القول إن فكّ المواد في إطار BAMB ليس عملاً تعسّفاً من الراهن، بل مظهرًا من مظاهر الاستغلال المتّفق عليه للعقار، شبيه بما يحدث في عقود الاستثمار الفندقية أو مراكز التسوّق حيث تُستبدل تجهيزات رئيسية بصورة دورية من دون أن يُعدّ ذلك انتقاصاً غير مشروع من الرهن.

4- التطهير بالبيع الجبري والمواد الدائرية فعقارٌ «مطهّر» لكن ليس منزوع التاريخ: إنّ مبدأ تطهير العقار بالبيع الجبري يقوم على فكرة استقرار المعاملات فمن يشتري في المزاد يجب أن يحصل على عقار خالٍ من جميع الحقوق العينية اللاحقة للرهن، وإلا لانعدمت الثقة في المزايدات؛ في النموذج التقليدي، كل ما هو جزء من العقار أو ملحق به يدخل في هذا التطهير، ولا يستطيع الغير أن يعود ليطالب بحصةٍ في جدار أو نافذة، لكن في بيئة BAMB، قد يكون المشتري على علمٍ مسبقٍ - عبر جواز سفر المواد أو قيود التسجيل - بأن عقاراً معيناً يحتوي على مكونات مملوكة لموردين وفق صيغ استرداد؛ فهل يظل التطهير مطلقاً؟ يمكن الدفع بأن التطهير لا يعمل إلا في حدود ما دخل فعلاً في وعاء الرهن وكان محلاً لثمن المزاد؛ فإذا ثبت أن البنك نفسه لم يُقيّم قيمة المواد الدائرية ضمن الضمان فإن المنطق يقتضي ألا ينتفع المشتري بإثراءٍ بلا سبب على حساب المورد.

5- قياس نموذج (BAMB) على واقع الشقق والطبقات وتفتيت الملكية في العقارات المشتركة: إنّ المنظومة العراقية قبلت عملياً بفكرة تفتيت ملكية العقار أفقياً بين عدّة أشخاص (ملكية الشقق والطوابق والأجزاء المشتركة⁶¹)، مع بقاء الأرض أو أجزاء منها مملوكة على الشيوخ، هذا يعني أن فكرة وحدة العقار ليست مقدّسة تماماً حتى في تشريعنا؛ بل جرى تفتيتها تشريعياً عندما اقتضت الضرورة العمرانية؛ و يمكن إذن أن تُبنى حجة فقهية تقول إذا كان المشرّع قد قبل تفتيت

⁶¹ تُعرّف الأجزاء المشتركة بأنّها: أجزاء من العقار فرض المشرّع اشتراك جميع الملاك أو بعضهم فيها، أو أجزاء تم تخصيصها لتكون مشتركة، وتعد القسم الثاني من أقسام ملكية الطوابق والشقق إضافة إلى الأقسام الخاصة". يُنظر: جمال عبد كاظم الحاج ياسين، النظام القانوني للأجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، 2017، ص36. ولاحظ: قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم (61) لسنة 2001.



الملكية بين مالكي الشقق، فلا مانع من تفتيتها أيضاً بين مالك الهيكل ومالك المواد الدائرية، سواء بوساطة حق مساطحة، أو حق انتفاع، أو حتى قيد تعاقدى خاص؛ وبالتالي لا تكون عقود (BAMB) دخيلة على فلسفة القانون، بل امتداداً منطقياً لاتجاهه نحو الملكية التطبيقية.

6- استثمار قواعد الإثراء بلا سبب كصمام أمان للمورد في مواجهة الراسي عليه المزداد: وحتى في أسوأ سيناريو، إذا افترضنا أن القضاء سيطبّق مبدأ التطهير تطبيقاً متشدداً، وأن المواد الدائرية تدخل في بيع المزداد لصالح المشتري الجديد، يبقى للمورد - وفق نظرية الإثراء بلا سبب - حقٌ قويٌّ بالمطالبة بالتعويض عن القيمة الاقتصادية للمواد التي استولى عليها المشتري دون مقابل حقيقي يدفع له، فالمشتري إن كان قد دفع ثمن المزداد للبنك والدائنين، فإن هذا الثمن لم يُوزَّع على المورد الذي لم يُعترف بحقه؛ ومع ذلك أصبح المشتري مالِكاً فعلياً للمواد عالية القيمة (واجهات ذكية، أنظمة عزل...)، وهو ما يشكّل إثراءً بلا سبب على حساب المورد؛ هذه النظرية لا تُعيد للمورد حقه العيني، لكنها تطوّر مركزه المالي من دائن عادي ضعيف إلى دائن يستند إلى أساس مستقل عن الرهن والعقد، ويمكن أن يطالب بالتعويض في مواجهة الراسي عليه المزداد أو حتى في مواجهة البنك إذا ثبت أن تقدير ثمن المزداد شمل قيمة المواد الدائرية.

7- قاعدة حسن النية في تنفيذ العقد وتأويل الشروط الغامضة لصالح النموذج الدائري: إنَّ القانون المدني العراقي يقرر تنفيذ العقد بحسن النية⁶²، ويجيز للقاضي تفسير العبارات الغامضة وفقاً لنية المتعاقدين والغرض الاقتصادي للعقد⁶³، لا حرفية الألفاظ فقط⁶⁴، فإذا كان البنك عالماً عند منح التمويل بأن المشروع قائم على نموذج دائري، وأن جوازات المواد موجودة، وأن هناك التزاماً بالاسترداد؛ فإن الاحتجاج لاحقاً بامتداد الرهن إلى هذه المواد، وتجاهل الطبيعة الدائرية، يمكن اعتباره منافياً لحسن النية في التعامل، وهنا تُدخَل الأخلاق التعاقدية في تفسير نصوص الرهن والامتداد، وتقول في مشاريع BAMB، حسن النية يقتضي أن يُفسَّر الرهن بما ينسجم مع

⁶² لاحظ المادة 150 من القانون المدني العراقي، المادة (148) مدني مصري، والمادة (1/202) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والمادة (1104) من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016.

⁶³ لاحظ: علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، 2018، ص 186.

⁶⁴ لاحظ المادة 155 من القانون المدني العراقي.



الغرض المشروع المعلن (بنك مواد مستدام) لا بما يجهضه، ما دام البنك قَبْلَ الدخول في تمويلٍ يعلم طبيعته⁶⁵.

8- فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لإدخال المرتهن طرفاً أصيلاً في منظومة BAMB: إنَّ القانون المدني يسمح بعقد لمصلحة الغير؛ أي أن يعقد شخصٌ مع آخر اتفاقاً يُنشئ حقاً مباشراً لمصلحة ثالث وفي BAMB يمكن أن تُصاغ بعض الالتزامات هكذا يلتزم المورد أمام المطوّر (المالك) بأن يحافظ على المواد وأن يضمن استمرار الخدمة، لمصلحة البنك المرتهن أيضاً؛ وفي المقابل، يلتزم المرتهن - بوصفه مستفيداً من هذا العقد - باحترام حق المورد في الاسترداد عند انتهاء الدورة أو فسخ العقد، وعدم التمسك بامتداد الرهن إلى هذه المواد⁶⁶، وبهذا الشكل يصبح البنك طرفاً قانونياً في المنظومة الدائرية، لا خصماً خارجياً يتربص بها؛ وإذا ارتدّ لاحقاً عن ذلك وحاول منع الاسترداد، أمكن للمورد أن يحتجّ عليه بوصفه منتفعاً بالعقد لمصلحة الغير خرج عن حدود الانتفاع المتفق عليها.

9- إسقاط قواعد البيع مع شرط التجربة والبيع على أساس العينة- على النموذج على عقود BAMB: إنَّ القانون المدني يعرف صوراً من البيع لا تستقرّ فيها الملكية إلا بعد تحقق شرط

⁶⁵ تنص المادة (1194) تقنين مدني فرنسي على أنه: "لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يُعد من ثوابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون"، وتقابلها المادة (148) مدني مصري، والمادة (150) مدني عراقي، والمادة (202) مدني أردني. ويرى أحد الفقهاء، علاوةً على ذلك، أن فكرة مستلزمات العقد ترتبط برباط وثيق بمفهوم مقتضى العقد ويعلل ذلك بأن المسلم به أن يكون العاقد ملتزماً بهذه المستلزمات وبكل ما ورد في العقد. يُنظر: د. أحمد مفلح خوالدة، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص177. د. سمير عالية، علم القانون والفقاه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية (دراسة مقارنة)، من دون طبعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1991، ص120. د. عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص31. ولكن مع ذلك، نرى أن العديد من القواعد الفقهيّة المشهورة في كتب الفقه الإسلامي والتي قننها المشرع في القانون المدني هي قواعد ذات بُعد أخلاقي ومنها على سبيل المثال لا الحصر: قاعدة الغرم بالغنم، وتحريم الربا، وتحريم بيعتين في بيعة. يُنظر: صالح العقدة، القواعد الأخلاقية للمعاملات المالية في الإسلام، بحث منشور في مجلة المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد (10)، العدد (1)، 2007، ص71. ونرى كذلك قاعدة "لا يضار الطاعن بطعنه" قاعدة أخلاقية المبتغى، كرسها القضاء في أكثر من حكم مثلاً: الحكم رقم 168/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2016 المؤرخ في 2016/6/13، مشار إليه لدى: د. لفته هامل العجيلي، مصدر سابق، ص646. وعن الجدل حول معنى العهد والعقد، يرى الفقه الإسلامي أن العقود والعهد والشروط جميعاً تصب في باب واحد فالمعاني متلازمة ومتقاربة. يُنظر: محمد عبد العزيز حسن زيد، الاجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، من دون طبعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، من دون مكان نشر، 1996، ص58. وكلاهما - أي العقود والعهد نتاج الأمانة والصدق لأنها الفقه الإسلامي مبنية على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع. يُنظر: د. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص335. نقلاً عن: حيدر صلاح كاطع، فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، 2023، ص57 و58.

⁶⁶ د. عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، من دون طبعة، شركة مكاتب عكاظ، السعودية، 1984.



لاحق، ويمكن توصيف بعض عقود BAMB على أنها أقرب إلى بيع مع تجربة ممتدة لا تستقر ملكيتها للمطوّر إلا بعد مرور دورة زمنية واختبار أدائها؛ فإذا لم تتحقق الشروط (أداء وظيفي، كفاءة طاقية، قابلية للفك...) بقيت الملكية للمورد، وأصبح من حقه استردادها⁶⁷.

المطلب الثاني

الالتزامات المتبادلة والمسؤولية العقدية

ينقل عقد التشييد الدائري (BAMB) مركز الثقل في الالتزامات العقدية من معيار المتانة والثبات التقليدي، إلى معيار المرونة والقابلية للاسترداد المستحدث، وإنّ هذا التحول لا يغير فقط من المواصفات الفنية، بل يعيد تكييف الطبيعة القانونية للالتزام المقاول والمهندس، ويخلق نظاماً للمسؤولية يتصادم بشكل مباشر مع قواعد الضمان العشري الأمرة في القانون المدني العراقي، وليبان حيثيات هذه الفكرة نرى الفروع الآتية:

الفرع الأوّل

الالتزامات الخاصة أو التصميم من أجل التفكيك (DfD)

يُعدّ التزام التصميم من أجل التفكيك (Design for Disassembly – DfD)⁶⁸ في عقود (BAMB) جوهر العقد وروحه؛ فهو ليس مجرد ملحق فني في دفتر الشروط، بل يمسّ ركن المحل

67 د. مصطفى محمد الجمال، عقد البيع، من دون طبعة، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، 1998، ص 71. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1962، ص 81. د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج2، من دون طبعة، مكتبة الجوادي، بغداد، 1962، ص 85.

68 التصميم من أجل التفكيك هو تخصصٌ تصميمي يهدف إلى ضمان إمكان تفكيك المنتج بسرعة وكفاءة وأمان، وبطريقة تراعي البيئة، مع استهلاكٍ أدنى ما يمكن من الجهد البشري والموارد التجهيزية؛ فإذا كان المنتج لا يمكن تفكيكه بسرعة كافية أو بكلفة معقولة، فإنّ المكاسب البيئية المرجوة منه سوف تضيع؛ ومن زاوية المصممين، فإنّ هذا النهج يشبه إلى حدٍ كبير "التصميم من أجل التجميع" و"قابلية الإصلاح"، لكن بصورة معكوسة، هذا وتُذكر بعض اعتبارات التصميم من أجل التفكيك (مقتبسة مع التكييف عن Henstock, 1988) على النحو الآتي:

- 1- يجب ألاّ يؤثر التفكيك في المنتجات الأخرى أو يتسبّب في تلفها.
- 2- ينبغي أن تُراعى في وضع الأجزاء ووسائل الوصول إليها متطلبات التفكيك مستقبلاً.
- 3- ينبغي أن تكون وسائل التثبيت والربط سهلة التفكيك؛ فالمسامير – مثلاً – تُعدّ خياراً جيداً، بينما تُعدّ المواد اللاصقة ولحام الأجزاء خيارات غير مناسبة.
- 4- يجب أخذ إزالة المكونات السائلة واسترجاعها، وكذلك المكونات المعرضة للاهتراء، في الحسبان منذ مرحلة التصميم.
- 5- يُستحسن أن تصنع جميع الأجزاء البلاستيكية – قدر الإمكان – من مادة بلاستيكية واحدة قابلة لإعادة التدوير.
- 6- ينبغي وسم الأجزاء البلاستيكية بما يدل على نوع مادتها.



من حيث وظيفته المستقبلية؛ فالمحل هنا ليس مجرد مبنى قائم يصلح للاستعمال والسكنى، بل مخزون من المواد القابلة للاسترجاع؛ فإذا شُيّد المبنى بطريقة تجعل استعادة هذه المواد مستحيلة أو مكلفة إلى حدّ يعدل الاستحالة، يكون العقد قد فقد علته الاقتصادية والبيئية، ونكون أمام عيب عقدي في التنفيذ حتى لو بدا المبنى سليماً من الناحية الإنشائية التقليدية، ومن هنا يصبح معيار صلاحية المبنى مركباً من عنصرين أولهما صلاحية الاستعمال اليوم، وصلاحية التفكير غداً، ولا يكفي تحقق الأول دون الثاني.

أولاً: الطبيعة القانونية للالتزام في التشريع الفقه المقارن: في الفقه المقارن المعاصر -خصوصاً في بيئة معايير الاستدامة الأوروبية⁶⁹ ومعايير ISO الخاصة بالبناء-، يتجه التفكير القانوني إلى ترقية التزام DfD من مجرد التزام ببذل عناية وفقاً لمعيار الرجل المعتاد إلى التزام بأداء وظيفي محدّد أي بتحقيق نتيجة وفقاً وفقاً لمعيار الرجل الحريص؛ وإنّ الفكرة ليست أن المفاول يضم تفكيراً مثالياً بعد ٥٠ سنة- مثلاً على نحو مطلق - فهذا مبالغ فيه من الناحية الواقعية والقضائية - بل أنّه يلتزم من البداية بتصميم واختيار نظم الوصلات والمواد وطرق التركيب بما يجعل التفكير المستقبلي ممكناً في الحدود التي يسمح بها العلم والمعايير الفنية المعاصرة وقت التعاقد، وبما يتوافق مع وثائق

7- يجب ألا يؤدي سهولة التفكير إلى تشجيع أعمال التخريب أو السرقة أو التسبب في مشكلات تتعلق بالسلامة. كما ينبغي ألا يترتب على إعادة التدوير المتكررة أي تأثيرات سلبية في جودة المنتج أو سلامته. لاحظ في التفاصيل:

John W. Priest & José M. Sánchez, Product Development and Design for Manufacturing: A Collaborative Approach to Producibility and Reliability, 2nd ed., Marcel Dekker, New York-Basel, chap. 8, p. 198.

⁶⁹ لاحظ مثلاً المعايير الآتية:

1- Level(s) – EU Framework for Sustainable Buildings

(<https://www.google.com/search?q=Level%28s%29+EU+framework+for+sustainable+buildings>)

2- Directive 2010/31/EU – Energy Performance of Buildings Directive (EPBD)

(<https://www.google.com/search?q=Directive+2010%2F31%2FEU+energy+performance+of+buildings+eur-lex>)

3. Regulation (EU) No 305/2011 – Construction Products Regulation (CPR)

(<https://www.google.com/search?q=Regulation+%28EU%29+No+305%2F2011+construction+products+eur-lex>)

4. EN 15978 – Sustainability of Construction Works – Assessment of Environmental Performance of Buildings

(<https://www.google.com/search?q=EN+15978+sustainability+of+construction+works>)



المعيار، وبذلك يصبح الإخلال بالالتزام DfD إخلالاً بمعيار أداء متفق عليه تعاقدياً فإذا ثبت عند حلول موعد الاسترداد أن المقاول استعمل مثلاً لواصل كيميائية دائمة في مواضع كان يمكن فيها استعمال وصلات ميكانيكية قابلة للفك، أو خصّص تفاصيل تنفيذ تُغلق إمكانية الوصول إلى الوصلات بحيث لا يمكن تفكيكها إلا بهدم أجزاء أساسية من المبنى، كان ذلك قرينة على تقصيره في احترام التصميم للتفكيك المتفق عليه، حتى لو كان استعمل مواد متينة ومطابقة لأكواد البناء التقليدية. وفي الأدبيات الهولندية، يُطرح مفهوم الالتزام الكامن طويل الأجل في سياق البناء الدائري؛ حيث يُفهم أن التزام DfD ليس من الالتزامات التي تستحق فور التسليم، بل هو التزام توجّل إمكانية فحصه إلى وقت إجراء أول دورة تفكيك أو استبدال كبير، أي بعد عقود؛ وهذا لا يعني أن قوانين التقادم التقليدية أُعيدت صياغتها بالفعل لتفتح تقادماً مدته خمسون سنة، لكن يعني أن الفقه يدفع نحو إما تنظيم خاص في العقود يمدد مدة المسؤولية عن بعض جوانب التصميم المتعلقة بالتفكيك؛ أو تكيف هذا الالتزام على أنه التزام مستمر (أو متجدد) يرتبط بكل عملية استبدال كبرى، فيُحتسب التقادم من تاريخ ظهور العيب عند محاولة التفكيك لا من تاريخ التسليم الأول⁷⁰.

ثانياً: الموقف في القانون المدني العراقي: إذا أسقطنا هذه الفكرة على القانون المدني العراقي، فإن أول ما يلفت النظر أن عقد المقاولة صيغ أصلاً في ظل نموذج المبنى الدائم؛ أي إن عيون القضاء والخبرة تعودت أن تقيس كفاءة المهندس والمقاول بمدى قوة التماسك، وسماكة الخرسانة، وحجم التسليح، واللجوء إلى الوصلات الدائمة (لحام، لصق قوي) بوصفها علامات حرص ومهنية⁷¹، وفي عقد (BAMB) فإنّ هذه الصورة تنقلب رأساً على عقب فإذا التزم المقاول بوثائق عقد تنص على اعتماد نظم تركيب جافة (Dry Connections)، ووصلات ميكانيكية قابلة للفك، ومسارات يسهل الوصول إليها، ثم خالف ذلك وأصرّ على لحام دائم أو صبّ متصل يجعل فصل العناصر دون تلف أمراً متعذراً، فإن هذا السلوك يُعدّ - في ضوء شروط العقد - خطأ مهنيّاً لا حرصاً، لأنه أعدم جوهر وظيفة المبنى كبنك مواد، ومن هنا يتغيّر معيار أصول المهنة" في إطار هذا العقد فالأصل هو قابلية

⁷⁰ وهم يناقشون ذلك الالتزام في عقود تسمى (عقود الأيجار الأخضر) الذي يقوم على الأداء ولا يقتصر على البناء والتسليم بل يمتد ليشمل التشغيل طوال فترة التعاقد وهو عقد فريد في القانون الهولندي يجمع بين العلاقة الإيجارية طويلة الأمد وبين الالتزام المالي والتشغيلي والصياني المتواصل تجاه الواجهة الزجاجية وباقي مكونات المبنى. لاحظ:

Jerry Yudelson & Ulf Meyer, *The World's Greenest Buildings: Promise Versus Performance in Sustainable Design*, Taylor & Francis / Routledge, 2013, pp. 132-133.

⁷¹ د. مصطفى الجمال، السعي الى التعاقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص132 وما يليها.



الفك لا مجرد قوة الالتصاق؛ والمعيار الذي يطبّقه القاضي عند الاستعانة بالخبير ليس هل هذا المبنى صلب؟ بل هل يمكن تفكيك هذه العناصر بما يتناسب مع ما أتفق عليه؟.

والإشكال الثاني في البيئة التشريعية العراقية يتعلق بآثار التسليم والضمان؛ فالقواعد التقليدية تذهب إلى أن التسليم النهائي للأعمال – إذا لم يُبدَ فيه تحفظ – ينهض قرينة على براءة ذمة المقاول من العيوب الظاهرة⁷²، وأن ضمان العيب الخفي في عقود أخرى (كالبيع) يسقط إذا لم يُخطر الدائن المدين خلال مدة معقولة من اكتشاف العيب، مع خضوع الدعوى في النهاية للتقادم⁷³، والوضع في عقود (BAMB)، الخلل في قابلية التفكيك لن يظهر عند التسليم ولا خلال السنوات الأولى للاستعمال؛ بل لن يُختبر غالباً إلا عند أول محاولة جدية للاسترداد بعد ٢٠ أو ٣٠ سنة، وهذا يخلق توتراً حقيقياً مع قواعد التقادم والضمان في القانون العراقي فإذا اعتُبر عيب قابلية التفكيك مجرد عيب خفي يخضع للأجال التقليدية، فإن حق المورد في الرجوع على المقاول سيسقط عملياً قبل ظهور العيب؛ أما إذا كُيف التزام Dfd على أنه التزام مستمر أو دوري يرتبط بكل مرة تُستعمل فيها المنشأة لغرض الفك والاستبدال، أمكن القول بأن الخطأ لا يتحقق إلا في لحظة محاولة التفكيك، فيبدأ التقادم من هذه اللحظة، لا من تاريخ التسليم، ومن ثمّ، يحتاج عقد (BAMB) في العراق إلى معالجة تعاقدية صريحة لهذه النقطة إما النصّ على نظام خاص للتقادم والضمان فيما يتصل بقابلية التفكيك كأن يُمدّد أجل المسؤولية عن هذا الجانب وحده أو يُستثنى من التسليم النهائي، وإما أن يتم النصّ على أن التزام Dfd هو التزام مستمر طوال عمر المبنى، بحيث يُعتبر كل إخلال به خطأ متجدداً مع كل عملية استرداد، ما يبرّر بدء تقادم جديد من تاريخ ظهور العيب الدائري.

يمكن ملاحظة أنّ الفقه الذي تناول مسؤولية المهندس والمقاول في العقود النموذجية – وبخاصة عقود الفيديك – قد قطع شوطاً مهماً في تحليل فكرة الضمان الممتد عن العيوب الفنية والإنشائية⁷⁴؛ فينطلق هذا الفقه من أنّ العيب لا يكون دائماً أنياً أو ظاهراً عند التسليم، بل قد يتجلى بعد سنوات من الاستعمال نتيجة تفاعل العناصر الإنشائية أو سوء اختيار الحل التقني، ولذلك ناقشوا بإسهاب مسألة بدء سريان التقادم في هذه الحالات فهل يبدأ من تاريخ التسليم النهائي، أم من تاريخ

⁷² محمد خير عمار شريف، نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الاضرار والأشخاص في مقاولات البناء، دار الجنان للنشر والتوزيع، من دون مكان وزمان نشر، ص58.

⁷³ د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص572.

⁷⁴ Institution of Chemical Engineers, Lump Sum Contracts: The Red Book – Model Form of Contract, IChemE, Rugby, 2001, cl. 37.10–37.13, p. 41.



اكتشاف العيب، أم من تاريخ كان يمكن فيه اكتشافه في الأحوال العادية؟ هذا النقاش يفضي إلى فكرة مهمة يمكن نقلها إلى عقود (BAMB) وهي أن بعض الالتزامات الهندسية ليست التزامات لحظية تنقضي بمجرد التسليم، بل هي التزامات ممتدة أو كامنة long-term / latent obligations تظل ذمة المهندس والمقاول مشغولة بها طوال فترة معينة، لأن الخطر الذي جاءت القاعدة لحمايته لا يظهر إلا متأخراً، ومن هنا يمكن القول إنّ العيب الدائري المتعلق بقابلية التفكيك (DfD)، والذي لا يُختبر إلا عند أول محاولة لاسترداد المواد بعد 20 أو 30 سنة، يندرج منطقياً في نفس عائلة العيوب المتأخرة التي تحدت عنها الفقه في سياق الفيديك؛ غير أنه يُضيف طبقة جديدة من المسؤولية تتجاوز منطق الضمان العشري التقليدي إلى منطق ضمان أداء المبنى لوظيفته الدائرية (قابلية الفك وإعادة الاستخدام)، بحيث يُعاد بناء نظرية الضمان في القانون المدني - العراقي وغيره - على أساس مزدوج وهو ضمان سلامة الهيكل في مواجهة مخاطر الانهيار، وضمن سلامة الدورة المادية في مواجهة فشل التفكيك، مع إمكان النصّ تعاقدياً على أن التقادم في هذه المسؤولية الثانية لا يبدأ إلا من تاريخ محاولة التفكيك واكتشاف إخلال المهندس أو المقاول بشرط التصميم من أجل التفكيك.

الفرع الثاني

أحكام المسؤولية والضمان العشري

إذا كان التزام التصميم من أجل التفكيك (DfD) يثير إشكاليات تقنية في مستوى المحل، فإن أحكام المسؤولية في عقود المقاولة تثير إشكاليات أعمق تمسّ النظام العام بالمعنى الدقيق، وعلى رأسها نظام الضمان العشري الذي استقرّ في المنظومة المدنية العراقية⁷⁵. وهنا لا يعود الحديث فقط عن توزيع المخاطر بين الأطراف، بل عن مدى جواز تعديل بنية هذه المسؤولية الأمانة لصالح نموذج عقد دائري مثل (BAMB)، أو إبقائها على صلابتها بما يطرد هذا العقد عملياً من البيئة القانونية القائمة، وسنلاحظ ذلك في الفقرات الآتية:

أولاً: المعالجة في التشريع والفقه المقارن: في البيئات الأوروبية التي شهدت عقود بناء معقدة ومتعددة الأطراف (مقاول رئيس، مقاولوا باطن، مورّدون متخصصون للواجهات، للمصاعد، للأنظمة الذكية...) فقد تطوّر اتجاه فقهي وعملي نحو تجزئة المسؤولية بحسب نطاق تدخل كلّ فاعل وبحسب المراحل الزمنية (الإنشاء الأولي، الصيانة، الاستبدال، التفكيك والاسترداد)، وإنّ القانون الألماني في حد ذاته (BGB) لا يحتوي نصّاً خاصاً بعقود (BAMB)، لكنه يقدم إطاراً عاماً

⁷⁵ لاحظ المادة 870 من القانون المدني العراقي النافذ.



لمسؤولية المقاول عن العيوب في العمل من خلال مجموعة من المواد أهمها § 633 وما بعدها (حقوق رب العمل في حال العيب وهي الإصلاح، الإنقاص، الفسخ، التعويض)⁷⁶، مع خضوع توزيع المسؤولية لقواعد السببية والخطأ والمساهمة في الضرر.

وفي هذا الإطار طوّر فكرة قريبة من التجزئة كما إذا ثبت أن ضرراً معيناً يرجع بالكامل إلى تدخّل لاحق من طرف آخر – كالمورد الذي يقوم بأعمال استبدال أو تفكيك بعد سنوات – فإنّ مسؤولية المقاول الأصلي يمكن أن تُستبعد أو تُخفّف، ليس لأن نصّاً خاصاً في § 634 يعفيه، بل لأن رابطة السببية تنقطع أو تُخفّف وفقاً للقواعد العامة عن السبب الأجنبي أو مساهمة الدائن في الضرر؛ بينما في عقود دائرية مثل (BAMB)، يمكن – من حيث المبدأ في القانون الألماني – أن تُعتبر عملية الحصاد التي يجريها المورد لاسترداد المواد تدخلاً لاحقاً يخلق سلسلة سببية مستقلة عن عمل المقاول الأصلي، فتُحمّل المسؤولية أساساً على عاتق المورد عن الأضرار اللاحقة بسلامة المبنى، مع بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً فقط عن العيوب البنوية في الهيكل؛ وفي الفقه المقارن المعاصر الدائر حول البناء الدائري، تُبحث أيضاً مسألة امتداد المسؤولية عبر الزمن عندما تصبح المواد قابلة للاستبدال والاسترداد في دورات متعاقبة، ومن هنا يميل الفقه إلى القول بأن مسؤولية المقاول الأصلي ينبغي أن تكون محصورة في دورة الإنشاء الأولى (المسؤولية عن سلامة الهيكل والتصميم الأول)، بينما تُنقل المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن دورات التفكيك وإعادة التركيب إلى الجهة

⁷⁶Art. 633 GBG: 1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
2. wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(1) يلتزم المقاول بأن يسلم رب العمل (صاحب العمل) العمل خالياً من العيوب المادية (Sachmängeln) والعيوب القانونية. (Rechtsmängeln)

(2) يُعتبر العمل خالياً من العيوب المادية إذا كان يتمتع بـ الصفات (المواصفات) المتفق عليها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على صفات محددة، يُعتبر العمل خالياً من العيوب المادية في الحالتين التاليتين:

1. إذا كان مناسباً للاستخدام المفترض (الغرض المقصود) بموجب العقد، وإلا؛
2. إذا كان مناسباً للاستخدام المعتاد، ويتمتع بصفات شائعة في الأعمال التي من نفس النوع، والتي يمكن لرب العمل توقعها بناءً على طبيعة العمل.

(3) يُعد في حكم العيب المادي قيام المقاول بإنتاج عمل آخر غير الذي تم طلبه، أو إنتاج العمل بكمية أقل مما تم طلبه.



التي تُجري هذه العمليات (المورّد أو مشغل الخدمة)، وهذا لا يعني أن قوانين الضمان العشري ألغيت في تلك الدول، بل يعني أن تفسير نطاقها أصبح أكثر دقة فالضمان العشري يغطي التهدم أو العيوب الخطيرة الراجعة إلى مرحلة التشييد، لا العيوب الناشئة عن تعديلات لاحقة أجراها مالك المبنى أو المورّد في إطار دورات (BAMB).

ثانياً: الموقف في القانون المدني العراقي: عند الانتقال إلى القانون المدني العراقي، نجد أن المادة (870) من القانون المدني العراقي تقرر ضماناً عشرياً أمراً على عاتق المهندس المعماري والمقاول عمّا يحدث من تهدم كلي أو جزئي أو عن عيوب جسيمة تهدّد متانة البناء وسلامته خلال عشر سنوات من التسليم النهائي، وتصريح ببطلان كل شرط يُقصد به الإعفاء من هذا الضمان أو الحدّ منه؛ وإنّ هذه الصياغة تجعل من الضمان العشري قاعدة من النظام العام لا تمسّ، وفي سياق عقد (BAMB)، تطرح هذه المادة مشكلتين متداخلتين:

1- **مشكلة التضامن المفترض⁷⁷**: فالمهندس والمقاول – وفق النص – يُسألان بالتضامن تجاه رب العمل، دون تمييز دقيق بين مساهمة كل واحد، فإذا اعتُبر مورد الواجهة الذكية أو المصعد بمثابة مقاول متخصص أو مقاول من باطن في نظر القضاء، فإنّ المقاول الأصلي قد يُسأل بالتضامن عن الأضرار الناشئة عن خلل في هذه الأنظمة، حتى لو حدث الخلل بعد دورات من الفكّ والتركيب خارج سيطرته المباشرة، وإنّ هذا التصوّر يجعل من المقاول الأصلي – عملياً – شركة تأمين مجانية لأخطاء الموردين في نظم (BAMB)، وهو ما يدفع المقاولين في السوق العراقية إلى الحذر الشديد أو رفض الدخول أصلاً في مشاريع تعتمد هذا النموذج الدائري، خوفاً من تحمّل مسؤوليات لا يسيطرون عليها فنياً.

2- **مشكلة التهدم الناشئ عن الاسترداد والتعديل اللاحق**: والسيناريو الأشدّ حساسية هو ما إذا قام المورد – استناداً إلى حقه العقدي في الاسترداد أو الاستبدال – بتفكيك عناصر إنشائية جزئية (مثل دعائم معدنية أو واجهات حاملة جزئياً) بعد خمس أو سبع سنوات من إنشاء المبنى، فحدث على إثر ذلك تصدّع أو تهدم جزئي؛ فمن زاوية المادة (870)، كل تهدم جزئي خلال العشر سنوات يُفترض أنه راجع إلى عيب في التنفيذ أو التصميم، ويغطيه الضمان العشري لحماية مالك المبنى، وفي هذه الحالة يجد المقاول الأصلي نفسه في مواجهة دعوى ضمان عشري، في حين أن السبب المباشر للضرر هو عملية الاسترداد التي قام بها المورد بناءً على

⁷⁷ قياساً على ما ورد لدى: د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، دار النهضة العربية، مصر، 1962، ص139.



اتفاق لاحق أو تنفيذ لدورة (BAMB)، وإن محاولة المقاول للدفع بأن فعل المورد سبب أجنبي قد تصطدم بتفسير القضاء، لأن السبب الأجنبي يشترط غالباً أن يكون غير متوقع وغير مألوف⁷⁸، وللتخفيف من هذا الجمود دون الاصطدام المباشر بالنص الأمر، يمكن أن نقترح حلاً تأويلياً لا تشريعياً فقط، يقوم على إعادة تعريف التهدم، وفي نطاق المادة (870) عندما نكون أمام عقد دائري من نوع (BAMB):

أ. التمييز بين التهدم الذاتي والتهدم الوظيفي: فالتهدم الذاتي هو الانهيار أو العيب الجسيم الذي يرجع في أصله إلى خطأ في التصميم أو التنفيذ الأول للمبنى، وهو الذي قصدت المادة (870) تغطيته لحماية رب العمل من ضعف الأساسات أو رداءة المواد أو أخطاء الحساب... إلخ، وأما التهدم الوظيفي هو التصدّع أو الخلل الذي ينشأ بعد تعديلات جوهرية يجريها المالك أو الغير (ومنهم المورد) على المبنى بعد تسليمه، كفتح فتحات جديدة، أو إزالة عناصر حاملة، أو تفكيك نظم رئيسة دون إعادة تدعيم كافٍ، وفي عقود (BAMB)، ينبغي الدفع بأن عمليات الاسترداد وإعادة التركيب الكبرى تقع - من حيث طبيعتها - في زمرة التعديلات اللاحقة، فينبغي إسناد المسؤولية عنها إلى من يجريها (المورد أو المالك) وفقاً للعقد الخاص، لا إلى المقاول الأصلي بموجب الضمان العشري.

ب. اعتبار الاسترداد تعديلاً منسوباً إلى المالك يقطع رابطة السببية: ومن المستقر في الفقه أن الضمان العشري لا يمتدّ إلى ما يحدثه المالك من تعديلات جوهرية في المبنى بعد تسليمه، إذا كانت هذه التغييرات هي السبب المباشر للضرر⁷⁹. فيمكن استلزام هذه القاعدة في العراق بالقول إن المورد في عقود (BAMB) يعمل - في مرحلة الاسترداد - بوصفه نائباً عن المالك لتنفيذ إرادته في التفكيك، وبالتالي فإنّ ما ينتج عن تفكيكه من خلل في بعض العناصر الإنشائية ينبغي أن يُنسب، في دائرة الضمان العشري، إلى هذا التدخل اللاحق لا إلى مرحلة التشييد الأولى، ولكن لا يعني هذا إعفاء المقاول من كل مسؤولية؛ فهو يبقى ضامناً عن متانة الهيكل الخرساني وعن أي تهدم ذاتي لا صلة له بالتفكيك؛ لكن نطاق الضمان العشري يُعاد رسم حدوده بحيث لا يتحوّل المقاول إلى ضامن أبدي لكل ما يقع للمبنى خلال عشر سنوات مهما كان مصدره، بل

⁷⁹ محمد خير عمار شريف، النظام القانوني في أساليب تسوية المنازعات الهندسية ذات العنصر الأجنبي، دار الجنان للنشر والتوزيع، من دون مكان نشر، 2023، ص122.



يُنزك للمورد أن يتحمل - وفق عقده - مسؤولية الأضرار التي تولدت عن استرداد موده أو سوء تنفيذه لعمليات التفكيك وإعادة التركيب.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة بحثنا انتهينا إلى سلسلة من النتائج والمقترحات:

أولاً: النتائج: ويمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- يتبين من مجمل القول أن عقد التشييد الدائري (عقد BAMB) لا يمثل مجرد صيغة فنية مستحدثة في قطاع البناء، بل يكشف عن تحول بنيوي في مفهوم العقار ذاته؛ إذ ينتقل المبنى من كونه نهاية دورة حياة المواد إلى كونه مرحلة عابرة في دورة اقتصادية أطول، تتحرك فيها المواد بين حالات متعاقبة من الاستخدام وإعادة الاستخدام والاسترداد؛ وهذا التحول يصطدم مباشرة بالقوالب التقليدية التي بناها القانون المدني حول وحدة العقار والالتصاق وشمولية الرهن التأميني.
- 2- أظهر البحث ان بنية القانون المدني العراقي، وخصوصا احكام الالتصاق والملكية العقارية والرهن التأميني وامتياز بائع المنقول والضمان العشري، قد صيغت في مناخ تشريعي يفترض ثبات المباني واستهلاك المواد، لا قابلية تفكيكها واستردادها؛ ومن ثم فإن تطبيق عقد BAMB على هذه المنظومة دون تعديل او اجتهاد واعٍ يؤدي عملياً الى امتصاص المواد في ملكية صاحب الارض وقوة المرتهن، وتجريد المورد من مركزه العيني وتحويله الى دائن عادي في احسن الاحوال.
- 3- مع ذلك، أظهر البحث ايضا ان النص العراقي ليس مغلقاً بالكامل أمام هذا العقد؛ فهناك منافذ تأصيلية يمكن الانطلاق منها، في مقدمتها نظرية المنقول بحسب المآل في بيع البناء المعد للهدم وإمكان التوسع في فهم التلف الوارد في المادة 62 من القانون المدني على نحو يميز بين التلف المادي والتلف الوظيفي، وقابلية العقود غير المسماة والمختلطة لاستيعاب نماذج تعاقدية جديدة (مثل التكييف باعتباره مقولة مركبة ذات بعد خدمي واسترداد).
- 4- يبين البحث ان مشكلة عقد BAMB في العراق لا تنحصر في لحظة الانعقاد، بل تمتد خصوصاً إلى لحظة الانقضاء فالتزامات التصميم من اجل التفكيك DfD تظل كامنة لعقود من الزمن، ولا تُختبر الا عند اول محاولة للاسترداد بعد عشرين أو ثلاثين سنة، وهو ما يثير توتراً حقيقياً مع



قواعد التقادم والضمان في القانون المدني؛ إذ ان العيب في قابلية التفكيك لا يدخل زمنياً في اطار العيب الخفي التقليدي الذي يفترض اكتشافاً خلال مدة معقولة بعد التسليم.

5- اكدت المقارنة مع القانونين الالمانى والهولندي أنّ نجاح هذا العقد في البيئتين المذكورتين لم يكن وليد براعة تعاقدية فحسب، بل نتاج تحول نوعي في قواعد الاشياء والحقوق العينية من خلال تبني مفهوم المكونات الظاهرية Scheinbestandteile، وتوسيع مفهوم الغرض المؤقت في المادة 95 BGB، واستعمال حق السطحية Opstalrecht في القانون الهولندي لتجزئة الملكية عمودياً، ثم دعم كل ذلك بادوات رقمية (جوازات المواد، التوأّم الرقمي) تمنح الحق الاستردادي علانية واثباتاً في مواجهة الغير.

6- خلص البحث الى ان جواز سفر المواد Material Passport يمكن أن ينهض – في التصور المقترح بوظيفة مزدوجة فهو من جهة دفتر حساب مادي يوثق نوعية المواد وكمياتها ودورتها، وهو من جهة اخرى سند اثبات يمكن ان يُحتج به في مواجهة المالك والمرتهن متى اقر المشرع بحجبيته أو قبل القضاء اعتباره قرينة قوية على وجود حق عيني أو حق استرداد لصالح المورد؛ وبذلك يتحول من مجرد وثيقة فنية الى وعاء حقوقي، ومن ملف تقني الى مرجع قانوني.

7- بينت الدراسة أنّ النظام الحالي للضمان العشري في العراق – بصيغته المطلقة في المادة 870 ومدى صرامته في اعتبار كل تهدم أو عيب جوهري خلال عشر سنوات من التسليم في ذمة المهندس والمقاول – لا يميز بين التهدم الذاتي الناتج عن خلل في التصميم أو التنفيذ، وبين التغيير الوظيفي الناتج عن عمليات تفكيك واسترداد متفق عليها مسبقاً؛ ومن ثم فإن ترك النصوص على اطلاقها يؤدي إلى تحميل المقاول الاصلي تبعات عمليات تفكيك لاحقه ينفذها المورد، وهو ما ينفر الفاعلين من الدخول في عقود BAMB.

8- انتهى البحث الى ان المنظومة العراقية، في صورتها الحاضرة، غير عاجزة نظرياً عن استيعاب عقد التشييد الدائري، لكنها لا تستطيع فعل ذلك دون ثمن مفاهيمي وتشريعي فهي تحتاج الى إعادة ترتيب أولوياتها بين استقرار الائتمان العقاري من جهة، والاستجابة لمقتضيات الاقتصاد الدائري وحماية الموارد من جهة اخرى؛ والنتيجة التي يمكن الدفاع عنها أنّ بقاء النصوص على حالها سيجعل عقد BAMB مشروعاً صالحاً بين اطرافه، لكنه أعرج في مواجهة الغير، وتحديد البنوك والراسي عليهم المزداد، مما يفرغ الفكرة من مضمونها الاستثماري.

ثانياً: المقترحات: وهي كما يلي:



- 1- يوصى بوضع تنظيم تشريعي صريح لعقد BAMB وجواز سفر المواد، سواء في صورة قانون خاص لاقتصاد البناء الدائري، او في صورة فصل ملحق بباب العقود المسماة او بالحقوق العينية الاصلية، يتناول: تعريف العقد، اركانه، التزامات اطرافه، نظام جواز السفر، احكام الاسترداد، وعلاقته بالالتصاق والرهن والضمان العشري.
- 2- يُقترح، في الحد الادنى، فتح نقاش فقهي وقضائي حول اعادة قراءة المادة 62 بما يسمح بالتمييز بين التلف المادي الذي يمنع وصف المنقول، وبين التلف الوظيفي الذي يمكن التحوط له تعاقدياً، وتقييد الامتداد التلقائي للرهن التأميني في المادة 1290، بحيث لا يشمل الاجزاء الموصوفة في جواز المواد والمنصوص على استقلال ملكيتها لصالح المورد، متى تم شهر ذلك في سجل خاص.
- 3- توصي الدراسة باستحداث سجل عيني للمكونات الدائرية ضمن دوائر التسجيل العقاري او بجوارها، تُقيد فيه المواد التي يحتفظ المورد بملكيتها أو بحق استردادها، مع الاشارة الى ذلك في صحيفة العقار، وإنّ هذا السجل يمنح العلانية اللازمة لحماية الغير حسن النية، ويخلق نقطة التقاء بين قانون التسجيل العقاري وبين عقد BAMB.
- 4- يوصى بتضمين قانون الاثبات أو الصياغة الخاصة بالقانون الجديد نصاً يقرر أنّ جواز سفر المواد – متى استوفى شروطاً شكلية وفنية محددة وربط بتوقيع الكتروني موثوق او بتقنية سلسلة الكتل – يعد محرراً رسمياً أو شبه رسمي في مجال اثبات ملكية المواد وقابليتها للاسترداد، مما يرفع مرتبته من مجرد تقرير فني الى سند قانوني قابل للاحتجاج
- 5- يقترح اتجاهين متكاملين أولهما تمييز تشريعي او قضائي بين التهدم الناشئ عن عيب في التنفيذ او التصميم وبين الخلل الناشئ عن عمليات التفكيك والاسترداد المتفق عليها، بحيث لا يسأل المقاول عن الثاني الا في حدود الجزء الذي ظل تحت سيطرته الفنية، والثاني الاعتراف بإمكان الاتفاق على تمديد أو تخصيص مدة الضمان فيما يتعلق بقابلية التفكيك Dfd، مع توصيف هذا الالتزام بوصفه التزاماً مستمراً يرتبط بكل عملية استرداد، لا مجرد التزام ينتهي بالتسليم النهائي.
- 6- يوصى بان يفتح الفقه والقضاء على قبول التكليف القانوني لعقد BAMB بوصفه عقد غير مسمى يغلب عليه وصف المقاوله مضافاً إليه شروط الوديعة والعارية، بدلا من محاولة حشره في قوالب البيع أو الايجار التمويلي أو المساطحة.



- 7- نقترح ألا يُترك هذا العقد في عزلة عن مسار التشريعات البيئية ومعايير الاستدامة في الشركات العراقية؛ بل ينبغي ان ينسق معه قانون حماية البيئة وقواعد مضار الجوار والمسؤولية عن النفايات الانشائية، بحيث يصبح تبني البناء الدائري احد الادوات القانونية لتحقيق الاهداف البيئية الوطنية، لا مجرد خيار تعاقدى بين مستثمر ومورد.
- 8- نقترح تبني مسار حوار منظم بين وزارة العدل، والسلطة القضائية، ووزارة الاعمار والاسكان، والبنك المركزي، ونقابة المهندسين، وهيئة الاوراق المالية، لوضع خارطة طريق تشريعية لادماج عقد التشييد الدائري في البيئة القانونية العراقية؛ ذلك ان نجاح هذا العقد لا يتوقف على تعديل نص واحد، بل على اعادة تنسيق رؤية مشتركة للملكية والعقار والموارد والائتمان في عصر الندرة والاستدامة.
- 9- نقترح تبني المسودة الآتية:

المادة (1): تعريف عقد التشييد الدائري وجواز سفر المواد

- أ. يُقصد بعقد التشييد الدائري (Buildings as Material Banks – BAMB): كل اتفاق يتعهد بموجبه موردٌ أو أكثر بتجهيز مواد أو مكونات أو نظم بناء قابلة للتفكيك وإعادة الاستخدام، وتركيبها في مبنى معين، مع احتفاظه كلياً أو جزئياً بملكية تلك المواد أو بحق استردادها عند انتهاء دورة استخدامها أو في المواعيد المتفق عليها، مقابل عوضٍ دوري أو مبلغٍ مقطوع أو مزيجٍ منهما.
- ب. يُقصد بجواز سفر المواد: سجلٌ ورقي أو إلكتروني يُعده المورد، يتضمن بيانات التعريف بالمكونات الدائرية، وموقعها في المبنى، ومدة استخدامها، وطريقة تثبيتها وتفكيكها، وحقوق الملكية أو الاسترداد، ويرتبط بالعقار وبالمورد ارتباطاً يُمكن من الاحتجاج به في الإثبات.

المادة (2): الطبيعة القانونية لعقد التشييد الدائري

- أ. يُعدّ عقد التشييد الدائري عقداً غير مُسمّى يغلب عليه طابع المقاوله، ويشتمل في بنيته على التزاماتٍ مستمرة تتعلق بالتشغيل والصيانة والتفكيك والاسترداد، وتُطبّق عليه أحكام عقد المقاوله والوديعة والعارية فيما لا يتعارض مع طبيعته الخاصة ونصوص القانون.
- ب. لا يجوز تكييف عقد التشييد الدائري تكييفاً صورياً على أنه بيع ناقلٍ للملكية أو إيجار تمويلٍ أو مساطحة، متى كان المقصود الحقيقي للأطراف هو الانتفاع الدوري بالمكونات مع احتفاظ المورد بملكيته أو بحقه في استردادها.



المادة (3): جواز سفر المواد وحجّيته والسجلّ العيني للمكوّنات الدائرية

- أ. يكون جواز سفر المواد - متى استوفى البيانات الجوهرية، وربط بتوقيع إلكتروني موثوق أو بنظامٍ تقنيّ يحدّد في اللوائح - سنداً كتابياً يمكن الاحتجاج به لإثبات ملكية المكوّنات الدائرية وقابليتها للتفكيك والاسترداد، ما لم يثبت تزويره أو العبث ببياناته.
- ب. يُنشأ سجلّ عينيّ خاص للمكوّنات الدائرية لدى دائرة التسجيل العقاري، تُفَيّد فيه المكوّنات موضوع عقد التشييد الدائري وحقوق المورد العينية أو التبعية عليها، مع الإشارة إلى ذلك في سجلّ العقار.
- ت. لا يكون حقّ المورد في مواجهة الغير حسن النية - وبوجه خاص الدائنين المرتهنين والراسي عليه المزداد - نافذاً إلا من تاريخ قيد المكوّنات الدائرية في السجلّ والإشارة إليها في سجلّ العقار، مع بقاء الحق صحيحاً بين الأطراف ولو لم يُقَيّد.

المادة (4): استثناء المكوّنات الدائرية من أثر الالتصاق والرهن ومسؤولية التفكيك

- أ. استثناءً من أحكام الالتصاق والرهن التأميني، لا تُعدّ المكوّنات الدائرية المقيدة في السجلّ العيني - والتي يثبت احتفاظ المورد بملكيتها أو بحقّ الاسترداد بشأنها وقابليتها للفصل دون تلفٍ مادي غير معتاد - جزءاً من العقار في مواجهة المورد، ولا يمتدّ إليها الرهن التأميني المقرّر على العقار، ولا تدخل في وعاء التنفيذ الجبري عليه، ما لم يُتَّفَق صراحةً على خلاف ذلك ويُقَيّد في السجلّ.
- ب. يُعدّ الالتزام بالتصميم من أجل التفكيك (DfD) التزاماً جوهرياً في عقد التشييد الدائري، وتبقى ذمّة المقاول أو المورد - بحسب توزيع الأدوار في العقد - مشغولةً به طوال مدّة الاستغلال الدورية المتفق عليها للمكوّنات، ويُعتَبَر التخلّف عنه خطأً متجدّداً عند كلّ محاولة تفكيك أو استرداد يُثبت فيها تعدّر التفكيك أو إمكانه إلا بتلفٍ مادي جسيم.
- ت. يُمَيّز في تطبيق أحكام الضمان العشري بين التهدم الناشئ عن عيبٍ في التصميم أو التنفيذ الأصلي للهيكل الثابت - فيبقى خاضعاً للنصوص العامة - وبين الأضرار الناشئة حصراً عن عمليات التفكيك والاسترداد اللاحقة المنصوص عليها في العقد، فلا يُسأل المقاول الأصلي عنها إلا في حدود ما يثبت من عيبٍ كامن في التنفيذ أو الإشراف.

المادة (5): التقادم والتنسيق مع التشريعات البيئية والاستدامة



أ. في شأن العيوب المتعلقة بقابلية التفكيك والاسترداد، يبدأ سريان التقادم من تاريخ ظهور العيب عند أول محاولة جدية للتفكيك أو الاسترداد وفقاً للعقد، لا من تاريخ التسليم النهائي للأعمال، ويجوز باتفاق الأطراف – وبما لا يمسّ ما تقرّره النصوص الأمرة للسلامة الإنشائية – تخصيص مدة ضمان أطول لهذا الجانب وحده، بوصفه التزاماً مستمراً.

ب. تُنسّق أحكام هذا التنظيم مع قانون حماية وتحسين البيئة والتشريعات ذات الصلة بإدارة النفايات ومعايير الاستدامة في الشركات، ويُعتبر تبني عقود التشييد الدائري وجوازات المواد إحدى الوسائل القانونية لتحقيق أهداف الدولة في خفض النفايات الإنشائية وترشيد استخدام الموارد، على أن تُفصّل اللوائح التنفيذية نماذج العقود والسجلات والإجراءات اللازمة لذلك.

قائمة المصادر

أولاً: المصادر العربية

1- الكتب العربية

1. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التأليف، مصر، 1980.
2. حسن علي ذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، 1955.
3. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1988.
4. صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي (حق الملكية في ذاته)، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1961.
5. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، شرط المنع من التصرف (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
6. محمد عزمي البكري، عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
7. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، مصر، 1960.



8. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 1997.
 9. طه محمد أحمد يوسف، حوسبة الحافة والتوائم الرقمية في ظل شبكات الجيل الخامس والبيئات الذكية، Homysra Publishing House، 2023.
 10. علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
 11. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
 12. عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، شركة مكتبات عكاظ، السعودية، 1984.
 13. مصطفى محمد الجمال، عقد البيع، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، 1998.
 14. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 1962.
 15. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج2، مكتبة الجوادي، بغداد، 1962.
 16. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
 17. محمد خير عمار شريف، نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الأضرار والأشخاص في مقاولات البناء، دار الجنان للنشر والتوزيع، بلا تاريخ.
 18. محمد خير عمار شريف، النظام القانوني في أساليب تسوية المنازعات الهندسية ذات العنصر الأجنبي، دار الجنان للنشر والتوزيع، 2023.
- ### 2- البحوث والرسائل والأطاريح العربية
1. لمى أيمن إسماعيل، الضوابط القانونية لحماية المستهلك في العقد الذكي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2024.
 2. جمال عبد كاظم الحاج ياسين، النظام القانوني للأجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2017.
 3. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكليف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 1، عدد 20، 2004.



4. علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2018.
5. صالح العقدة، القواعد الأخلاقية للمعاملات المالية في الإسلام»، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد 10، العدد 1، 2007.
6. حيدر صلاح كاطع، فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة القادسية، 2023.

3- القوانين واللوائح العربية

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2. قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم 27 لسنة 2009 .
3. قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي رقم 61 لسنة 2001 .
4. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
5. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
6. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

4- مصادر عربية متنوعة ومواقع

1. مدونة البناء العراقية، مدونة حماية الأبنية من الحريق، م.ب.ع 2013/405، وزارة الإعمار والإسكان والبلديات والأشغال العامة، الهيئة العامة للمباني.
2. الحكم رقم 168/168/الهيئة الموسعة المدنية/2016، 2016/6/13، محكمة التمييز الاتحادية العراقية.
2. الموقع الإلكتروني للجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية في العراق (المعايير العراقية):

www.isc.gov.iq

ثانياً: المصادر الأجنبية :

1- الكتب

- 1- Kenneth E. Boulding, The Economics of the Coming Spaceship Earth,” in H. Jarrett (ed.), Environmental Quality in a Growing Economy, Johns Hopkins University Press for Resources for the Future, .1966
- 2- Geneviève Reday-Mulvey & Walter R.
- 3- von Bodungen, Immovable-Associated Equipment under the Draft MAC Protocol,” University of Pennsylvania Faculty Scholarship, 2017. Available at:



https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3136&context=faculty_scholarship

- 4- B.M. Alhassan, J.Y. Omran & F.A. Jrad, Management of Electrical Maintenance of University Buildings Using Deterioration Models,” in Handbook of Research on New Solutions and Technologies in Electrical Distribution Networks.
- 5- H.D. Ploeger, Goederenrecht voor een circulaire economie: de stap naar ‘Product as a Service’,” Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR), Issue .2018/7195

3- القوانين والتشريعات والمعايير الأجنبية

- 1- Bürgerliches (GBG)
- 2- Kreislaufwirtschaftsgesetz.1992
- 3- Directive 98/2008/EC of the European Parliament and of the Council on Waste and Repealing Certain Directives (EU Waste Framework Directive).
- 4- Directive 31/2010/EU – Energy Performance of Buildings Directive (EPBD)
- 5- Regulation (EU) No 2011/305 laying down harmonised conditions for the marketing of construction products (Construction Products Regulation – CPR)
- 6- EN 15978– Sustainability of Construction Works – Assessment of Environmental Performance of Buildings
- 7- ISO 20887:2020– Sustainability in Buildings and Civil Engineering Works – Design for Disassembly and Adaptability . موقع المنظمة الدولية للتقييس <https://www.iso.org>
- 8- UNCITRAL, Legislative Guide on Secured Transactions, Recommendation 21 and commentary

4- التقارير والمواقع الإلكترونية والموارد الرسمية

- 1- European Commission, Joint Research Centre, Product-as-a-Service as an Essential Enabler for Circular Economy in the EU, Science for Policy Brief, JRC Raw Materials Information System, .2025



- 2- Ellen MacArthur Foundation, Circular Economy in Construction – Built Environment Overview, 2022. Available at: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/topics/built-environment/overview>
- 3- World Economic Forum & McKinsey & Company, Circularity in the Built Environment: Maximizing CO₂ Abatement and Business Opportunities (White Paper, 5Dec. 2023). Available at: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Circularity_in_the_Built_Environment_2023.pdf
- 4- European Commission, CORDIS, Buildings as Material Banks: Integrating Materials Passports with Reversible Building Design to Optimise Circular Industrial Value Chains (BAMB), project fact sheet. Available at: <https://cordis.europa.eu/project/id/642384>
- 5- Eurostat, Waste Statistics (Statistics Explained), 2025. Available at: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Waste_statistics
- 6- European Commission, Directorate-General for Environment, Construction and Demolition Waste. Available at: https://environment.ec.europa.eu/topics/waste-and-recycling/construction-and-demolition-waste_en
- 7- European Commission, EU Construction & Demolition Waste Management Protocol / 2024(including guidelines for pre-demolition and pre-renovation audits of construction works: متاح عبر: <https://www.certifico.com/id/22535>
- 8- Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation, Nuclear Safety and Consumer Protection (Germany), Policy Summary Page for Directive 98/2008/EC on Waste. Available at: <https://www.bundesumweltministerium.de/en/law/directive-98-2008-ec-on-waste-and-repealing-certain-directives>
- 9- European Commission, EU Construction and Demolition Waste Management Protocol and Guidelines, Single Market and Industry portal, 2018. Available at: https://single-market-economy.ec.europa.eu/news/eu-construction-and-demolition-waste-protocol-18-09-2018_en



- 10- BAMB Project, Business Models (Buildings as Material Banks, H2020)
- 11- Level(s) – EU Framework for Sustainable Buildings:
<https://www.google.com/search?q=Level28%29%+EU+framework+for+sustainable+buildings>
- 12- World Economic Forum & McKinsey & Company, Circularity in the Built Environment: Maximizing CO₂ Abatement and Business Opportunities–
https://www3.weforum.org/docs/WEF_Circularity_in_the_Built_Environment_2023.pdf