

سلطة المالك على سطح بنائه في ضوء القانون وحرية الارادة (دراسة تحليلية في القانون العراقي)

أ.م.د. سامان فوزي عمر^١

١ جامعة التنمية البشرية / السلیمانیة - العراق

پوخته

له ژیر رؤشنایی زیادبونی گرنگی سهربان له سهردهمی نه مرؤدا، نه توژیینه وهیه له بابه تیکی ورد ده که لیته وه نه ویش بریتیه له سنوری ده سه لاتی خاوه ندار له به کارهینان و سودبینین و ته سه رو فکردن به مافی خوی له سه سه ربانی باله خانه که ی، جا چ له خاوه نداریتی جیاکراوه یان خاوه نداریتی هاوبه شدا بیت. چونکه له یاسادا هاتوو که نه و که سه ی خاوه نی زهویه که بیت خاوه نی ئاسمانی سه روو زهویه که شه تی تا نه و ئاسته ی بتوانیت سودی لیببینیت. که واته ئایا له بواری خاوه نداریتی جیاکراوه سنوری سودبینینی خاوه ندار به سه سه ربانه که ی ضنده؟ وه ئایا ده توانی مافی عینی بؤ که سیکی دیکه ی له سه سه ربان بکات وه که مافی بانه وانی له سه سه ربانه که ی؟ نه ی له بواری خاوه نداریتی هاوبه شدا به تاییه تی بؤ خاوه ن قات وشوکه به سه سه ربانی باله خانه که یان ئایا مافی هاوبه شه که ی ضیه له سه سه ربانی باله خانه که یان؟ وه خاوه ن ترؤده ی نیشته جیبه ونه که یان خاوه ن قاتی کؤتایی ده توانی سود له سه سه ربانه که ی بینن یان شتی له سه سه ربان بکه نه بی وه رطرتنی ره زامه ندی خاوه ن شوکه کانی دیکه ی نه و باله خانه یه؟ وه ئایا خاوه ن باله خانه ده توانی خاوه نداریتی سه ربان بؤ خوی به یلیته وه سه سه ربان فرؤشتنی شوکه کانی دیکه ی نه و باله خانه یه بؤ که سانی دیکه؟ وه له نه نجامی نه بونی ده قی رون وراشکا وه یاسای شارستانی عیراقی بؤ ضاره سه سه ربان نه طریمانانه ئایا حوکه طشتیه کانی یاسای شارستانی و حوکه کانی یاسای تاییه تی به خاوه نداریتی خانوبه ره به فریامان ده که ویتبؤ ریکه ستنی نه م بابه ته ریکه ستنیکی هاوضه رخانه که بیهته هوی به دیهینانی بنه مای ئازادی ویست و ئامانجه کانی شاربیونیدی؟

المخلص

في ظل ازدياد أهمية سطح البناء في الوقت الراهن يتناول هذا البحث موضوع جزئي دقيق وهو مدى سلطة المالك في استعمال وأستغلال والتصرف بحقه في سطح بنائه سواء أكانت ملكيته ملكية مفرزة أو شائعة، ذلك لأن القانون ينص بان من يملك الارض يملك ما فوقه الى حد المفيد من التمتع بها. ففي مجال الملكية المفرزة ماهي حدود انتفاع المالك بسطح بنائه؟ وهل يمكن ترتيب حقوق عينيه للغير كحق المساطحة على سطح البناء؟ وفي مجال الملكية الشائعة وخصوصاً لأصحاب الشقق والطوابق فيسطح العمارة ماهي حقوق الشركاء في سطح العمارة، وهل يمكن لصاحب المشروع أو الطابق الاخير الانتفاع بالسطح أو بناء المنشآت عليه دون أخذ موافقة أصحاب الشقق فيها؟ وهل يمكن لصاحب العمارة الاحتفاظ بملكية السطح لنفسه رغم بيع شققها للغير؟ وفي غياب نصوص صريحة في القانون المدني

العراقي لمعالجة هذه الفرضيات فهل يسعفنا الاحكام العامة للملكية في القانون المدني وأحكام القوانين الخاصة بملكية العقار لتنظيم هذا الموضوع تنظيماً عصرياً بما يحقق مبدأ حرية الارادة والاهداف العمرانية.

العبارات الدالة: طبيعة ملكية سطح البناء، الاجزاء الشائعة في العمارات، التصرف بسطح البناء، نطاق ملكية العلو والسفل.

Abstract

Recognizing the fact that rooftops are increasingly becoming important, this paper studies the rights of property owner to rooftop in both detached (single) or shared property (multi-family). The law states that the owner of a land owns both the space above and ground below to the extent that they can be reasonably used. So, regarding detached property, how far the owner can use his rooftop and can another person have the rights in kind, and, regarding shared property, what rights the owners have to the shared rooftop? Another question is that can the owner of a block of flats use the rooftop of the block without the consent of the owners of the flats, or can he reserve the right to use the rooftop to himself after selling the flats? Realizing the fact that there is no clear law in the Iraqi Civil Law to settle this matter, we wonder whether the general provisions for ownership in the civil law and the provisions of the laws related to the ownership of real estate help us to organize this issue so that we can achieve the principle of freedom of will and urban goals.

المقدمة:

بسبب التطورات الاقتصادية والعمرانية، تزداد، يوماً تلو آخر، أهمية سطح المباني وتصبح ذات قيمة مالية أكثر، فمثلاً قد يريد المالك بيع سطح بنائه للمشتري لكي يبنيعليه، أو يقوم المالك بتأجيريه لوضع لوحات الاعلانات أو أبراج أجهزة الاتصالات عليها، وكذلك قد يقوم صاحب العمارة ببناء منشآت أو طوابق اخرى عليه أو وضع الاعلانات عليه دون اخذ موافقة أصحاب الشقق فيها. فكل هذه الحالات وغيرها من الحالات المعقدة الأخرى، تتطلب منا توضيح موقف القانون منها، لنرى هل ان القوانين الحالية قادرة على استيعاب هذه التطورات أم يحتاج الأمر الى تدخل المشرع بغية تنظيم هذا الموضوع بشكل أفضل، وبما يحقق العدالة بين أطراف ذوي العلاقة و يحقق الاهداف العمرانية والمرفقية للسلطة العامة.

وحيث أننا عندما نقول سلطة المالك على سطح بنائه، لا نقصد فقط سلطة المالك ملكية تامة بل كذلك سلطة المالك على الشيوع ايضاً، لأن المطلق يجري على اطلاقه، فمصطلح الملكية يشمل الملكية الشائعة ايضاً بجانب الملكية المفردة والتامة.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث الى بيان موقف المشرع العراقي في تعامله مع سلطة المالك على سطح بنائه سواء كان المالك يملك السطح ملكية تامة أو على الشيوع، إنكما هو معلوم، إن القانون المدني العراقي لم يأخذ بنظام الطوابق والشقق بل أخذ بنظام العلو والسفل المأخوذ من الشريعة الاسلامية، رغم أن التشريعات العقارية اللاحقة قد حاولت سد هذا النقص بتبنيها نظام الطوابق والشقق كقانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ وقانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١. من هنا وبسبب عدم وجود أي بحث أو مؤلف خاص بالموضوع - حسب علمنا - في القانون العراقي، يحاول هذا البحث أن يناقش كل ما يتعلق بسلطة المالك على سطح بنائه و يعمل على ايجاد أحكام عامة للموضوع بما يواكب التطورات العمرانية الحالية ويضع الحلول للأسئلة القانونية العديدة والمشاكل التطبيقية، تمهيداً لوضع نظام قانوني لسلطة صاحب البناء على سطحه.

jzsb.univsul.edu.iq

أهمية البحث:

تكمّن أهمية هذا البحث في انه محاولة علمية لتقييم مدى ملائمة النصوص الحالية في القانون العراقي لتنظيم سلطات المالك على سطح بناءه سواءً كانت ملكيته للبناء ملكية مفرزة أو شائعة، وخصوصاً في ظل ازدياد القيمة المالية لسطح البناء وازدياد انتشار ملكية الطوابق والشقق في العمارات السكنية. وبالتالي كيفية تنظيم هذه السلطات في المستقبل على ضوء الغايات القانونية لتحقيق التوازن بين مبدأ حرية ارادة المالك في استخدام حق ملكيته والأهداف العمرانية المبنية على المصلحة العامة.

مشكلة البحث:

نقصد بـسطح البناء، أيالفضاء الذي يعلو البناء، فرغم ان القانون المدني قد نص على أن من يملك الارض يملك ما فوقها الى الحد المفيد من التمتع بها، الا ان هذا الامر يحتاج الى تفصيل أكثر لمعالجة بعض المشكلات التي نصادفها في حياتنا اليومية، ومن أهم المشكلات التي يريد هذا البحث الغور فيه لإيجاد حلول قانونية مناسبة لها، هي:

١- هل يمكن لمالك العقار التصرف بهذا الفراغ الذي يعلو بناءه بالبيع أو ترتيب حقوق عينية أخرى للغير عليها، وكيف يتم تسجيل هذا التصرف؟

٢- اذا كانت ملكية البناء عبارة عن ملكية مشتركة، فما هي سلطة الشركاء على سطح البناء، وهل يمكن لصاحب الطابق الاخير أن يبني طابقاً آخر عليه و يجعل السطح الى طابق أعلى؟

٣- اذا كان السطح عبارة عن سطح عمارة في مشروع سكني، فهل لصاحب المشروع أي حقوق عليه، كبناء طابق آخرعليه؟ وهل لصاحب المشروع أن يحتفظ بملكية سطح العمارة عند بيع شقق وطوابق العمارة للغير؟

٤- اذا قام أحد الشركاء ببناء منشآت على السطح المشترك، فهل يجب على القضاء أن يجبره على الهدم أو يجبره بدفع أجرة المثل و إشراك الشركاء الآخرين في ملكيته؟

منهجية البحث:

بالاخذ بنظر الاعتبار الطبيعة القانونية للموضوع، فقد استخدمنا في الدراسة منهجا تحليليا (Analytical method) وذلك لتحليل المواد القانونية والتطبيقات القضائية المتعلقة بالموضوع لاستخراج عناصر ثابتة تتعلق بسلطة المالك على سطح بنائه. كما استفدنا من المنهج المقارن (Comparative method) عند الحاجة وذلك لمقارنة المواد القانونية المتعلقة بصورة مباشرة او غير مباشرة بالموضوع في التشريع العراقيمع تشريع بعضالبلدان الاخرى كمصروسوريا وفرنسا، لايجاد مواطن النقص والضعف في تشريعاتنا بغية معالجتها من قبل المشرع في المستقبل.

هيكلية البحث:

بهدف تحقيق الاهداف المرجوة من بحثنا هذا سوف نقسمه الى مبحثين، في المبحث الاول نتناولسلطة المالك ملكية مفرزة على سطح بنائه، وذلك من خلال مطلبين، في الأول يتم التطرق الى انتفاع مالك البناء ملكية مفرزة على سطحه، وفي الثاني نبحث في سلطة مالك البناء ملكية مفرزة في التصرف على سطحه. اما في المبحث الثاني فنتطرقالى سلطة مالك البناء ملكية شائعة على سطحه وذلك من خلال مطلبين أيضاً، في الاول نقف عند سلطة صاحب المشروع على سطح العمارة، اما في المطلب الثاني فنبحث في سلطة مالك الشقة على سطح العمارة. وننهي بحثنا بخاتمة تتضمن اهم ما سنستنتجه من خلال هذه الدراسة و بعض ما سنقترحه للمشرع والقضاء العراقي بهدف تحقيق اهداف القانون من العدالة واستقرار المعاملات.

المبحث الأول

سلطة مالك البناء ملكية مفرزة على سطحه

حق الملكية قد يكون حقاً تاماً عندما يملك المالك لوحده شيئاً معيناً ويسمى بالملكية المفرزة التي هي الصورة المألوفة الرئيسة للملكية، وقد يملك عدة أشخاص شيئاً معيناً بالذات دون أن يعين نصيب أي منهم مادياً في الشيء بل يعين نصيبهما معنوياً في الحق نفسه ويسمى بالملكية الشائعة أو المشتركة والتي هي الصورة الثانية للملكية. سوف نتناول في هذا المبحث سلطة المالك ملكية تامة ومفرزة على سطح بنائه، لنرى ماهي حدود هذه السلطة؟ وهل هنالك أحكام قانونية خاصة بسلطة البناء؟ وكيف تعامل القضاء مع سلطة المالك على سطح بنائه في ظل النص التشريعي الذي يقول: (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) (١)؟

علماً إننا نقصد بالسطح: الطبقة العليا التي تغطي الطابق الاخير من البناء والتي غالباً يكون خالياً من الشواغل إلا من هوائي التلفزيون وخزانات المياه وما شابه (٢) وذلك في البلدان الشرقية، أما في البلدان الغربية فقد تختلف الوظيفة الاصلية لسطح البناء بسبب عوامل مختلفة ومنها العوامل المناخية والبيئية.

سوف نبحت في كل ذلك من خلال مطلبين، نخصص الاول للبحث في سلطة ارتفاع مالك البناء ملكية مفرزة على سطحه، ونخصص الثاني للوقوف على سلطة تصرف مالك البناء ملكية مفرزة على سطحه.

المطلب الأول

ارتفاع مالك البناء ملكية مفرزة لسطحه

يرى الفقهاء (٣) ان الارتفاع بالشيء يشمل استعمال الشيء واستغلاله ايضاً، لذلك سوف نقف عند سلطة استعمال صاحب البناء لسطحه في الفرع الاول، وفي الفرع الثاني نتعمق في سلطة استغلال مالك البناء لسطحه، كآلاتي:

الفرع الأول

استعمال مالك البناء ملكية مفرزة لسطحه

استعمال الشيء يعني استخدام الشيء فيما يتفق وطبيعته للحصول على منافعه فيما عدا الثمار، شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه (٤). كأن يتنقل مالك المركبة بمركبته أو يسكن مالك الدار داره.

١- المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- د. محمد حاتم البيات، الوصف القانوني للسطح في بيئة الأبنية متعددة الطوابق- دراسة تحليلية تأسيسية في القانون المدني مقارنة بالقرارات الإدارية الصادرة عن محافظة دمشق ووزارة الإسكان، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥)، العدد الثاني ٢٠٠٩، ص ٥٤٨-٥٤٩.

٣- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية- الحقوق العينية الاصلية، من منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ١٩٨٢، ص ١٠٩. انظر كذلك: د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الاصلية- حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان ٢٠٠٨، ص ١١٩.

٤- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص ٤٨. وقد تندمج سلطة الاستعمال بسلطة التصرف المادي للشيء عندما يكون الشيء محل الملكية من الأشياء القابلة للاستهلاك. فاستعمال الوقود مثلاً هو بحد ذاته استهلاكاً له. آنذاك يسمى بسلطة التصرف وليس الاستعمال. ينظر: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني- الحقوق العينية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن ٢٠٠٠، ص ٢١-٢٣.

فاستعمال مالك البناء لسطحه يكون بوضع أغراضه عليه كخزانات المياه والنفط أو أجهزة استقبال الترددات البثية كصحن الستلايت، ولكن السؤال: هل للمالك استعمال سطح بنائه كيفما يشاء بصورة مطلقة؟
للإجابة عن هذا السؤال: نقول رغم أن المشع العراقي قد عالج هذا الامر معالجة معيبة من حيث الصياغة وذلك عند تعريفه لحق المالك في المادة (١٠٤٨) من القانون المدني بقوله: (المالك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)، كما هو واضح من التعريف أن المشرع استخدم لفظ (المطلق) لانتفاع واستغلال المالك، ولكن قيد التصرف بالعين بلفظ (الجائزة) في حين نتفق مع من يرى من الفقهاء (٥) بأنه كان الاجدر بالمشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري ويقول: (لمالك الشيء وحده وفي حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف به) (٦)، أي يقيد جميع سلطات المالك بعبارة الجائزة.

ولكن رغم ما يوجه من انتقادات لتعريف القانون العراقي للملكية، إلا أن ما هو متفق عليه لدى الفقه والقضاء وبالاستناد الى نصوص تشريعية أخرى التي تمنع التعسف في استعمال الحق (٧) و تمنع الحاق الأضرار الفاحشة بالجار (٨)، أن المالك حر في استعمال ملكه شريطة عدم مخالفة القانون وعدم الأضرار بالجار والغير. أي ان الاصل هو الحرية في استعمال المالك، والاستثناء هو عدم الحرية حفاظاً على مصلحة الغير أو المجتمع والأولى بالرعاية مقارنة بمصلحة المالك، فمثلاً لا يجوز للمالك وضع مولدة كهرباء شخصية على سطح بنائه الواقعة في منطقة سكنية اذا كان ذلك يؤدي الى ازعاج جاره، ولكن أجاز القانون المدني لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه أو يبني طابقاً آخر على سطحه دون أن يكون لصاحب السفل حق منعه والاعتراض على ذلك، مادام الأمر لا يؤدي الى الحاق الأضرار بصاحب السفل (٩) شريطة مراعاة نظم وتعليمات البناء وعدم وجود اتفاق يخالف ذلك.

الفرع الثاني

استغلال مالك البناء ملكية مفرزة لسطحه

المقصود باستغلال الشيء هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره، كتأجير الدار أو بيع منفعة الشيء لمدة معينة. فكما هو واضح ان الاستغلال يختلف عن الاستعمال، ذلك أن استغلال الشيء هو: القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء سواء كانت الثمار مدنية كأجرة أو طبيعية كتنتاج المواشي أو صناعية كالمحصولات

٥- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣، ص ٢٤-٢٥.

٦- المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٧- تنص المادة (٧) من القانون المدني العراقي بأنه: (١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: أ/ اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير ب/ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج/ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة).

٨- تنص الفقرة الأولى من المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي بأنه: (لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً).

٩- تنص الفقرة الأولى من المادة (١٠٨٦) من القانون المدني العراقي بأن: (لا يجوز لذي العلو ان يبني في علوه بناء جديداً ولا ان يزيد في ارتفاعه بغير اذن صاحب السفل الا اذا كان لا يضر بالسفل فله ان يقوم به بغير اذن).

الزراعية ، أما اذا كان القصد من مباشرة المالك لسلطاته على الشيء محل الحق، هو انتفاعه بالشيء مباشرة بنفسه، فعدت ذلك استعمالاً له (١٠).

فعندما يقوم المالك بترتيب حقوق شخصية للغير على سطح بنائه عن طريق عقد الايجار أو اي عقد آخر نكون أمام استغلال المالك لسطح بنائه. كالاتفاق مع شركة للاتصالات بوضع ابراج على سطح بنائه أو الاتفاق مع شركة تجارية أو اي شخص آخر بوضع إعلانات على سطحه، وكل ذلك عادة يكون مقابل عائد مالي له. أما اذا قام المالك بترتيب حقوق عينية للغير على سطح بنائه فلا نكون آنذاك أمام استغلال الملك بل نكون أمام التصرف به تصرفاً قانونياً وسوف نأتي اليه لاحقاً.

يذكر ان نطاق سلطة المالك لاستغلال ملكه كنطاق سلطة استعماله له، فرغم ان الاصل هو الحرية، الا أن ذلك يجب ان لا يتعارض مع نصوص قانونية أمرة أو يؤدي الى الاضرار بالغير ضرراً جسيماً. ففي قضية أمام القضاء العراقي منع صاحب البناء من تأجير سطحه لغرض وضع برج للاتصالات ومولدة كهرباء وقضت على مالك السطح و شركة الاتصالات بالتكافل والتضامن بدفع التعويض ورفع البرج المنسوب ومولدة الكهرباء. (١١) ولكن في قرار آخر للقضاء العراقي حكمت برد دعوى المدعي المطالب بالتعويض عن اصابته بالصداع التشنجي والتوتر النفسي نتيجة نصب برج الاتصالات وتشغيل محركات الديزل المولدة للطاقة الكهربائية في سطح عقاره، اذ ثبت للمحكمة ان البرج وضع حسب المواصفات العلمية، بالرغم من ان المدعى عليه غير مولدة الكهرباء ذات أصوات عالية بوحدة كاتمة للصوت بحيث لا يتضرر الجيران منها (١٢).

المطلب الثاني

تصرف مالك البناء ملكية مفرزة لسطحه

سلطة التصرف هي من أقوى السلطات التي يملكها المالك على ملكه، والتصرف يمكن أن يكون تصرفاً قانونياً وذلك بترتيب حقوق عينية للغير، أو تصرفاً مادياً وذلك بتغييره تغييراً جوهرياً، سوف نتناول في هذا المطلب عن مدى امكان مالك البناء التصرف بسطحه من الناحية المنطقية والقانونية، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

التصرفات القانونية لمالك البناء على سطحه

نكون أمام سلطة التصرف القانونية بالملك عندما يقوم المالك بنقل حق ملكية الشيء الى الغير أو يرتب له حق من حقوق العينية الاخرى كحق المنفعة، أو حق الاستعمال و حق السكنى، أو حق المساطحة.. الخ. ورغم ان التشريعات الحديثة (١٣) تقر بحرية الارادة في التصرفات القانونية ومنها انشاء العقود كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تنقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان، الحرية في

١٠- د.غني حسون طه و د. محمد طه البشير، الحقوق العينية- الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٦-٤٧.

١١- القرار رقم ٨٧٠ / الهيئة المدنية منقول / التمييز/ ٢٠١٤ في ٣-٦-٢٠١٤ نقلاً عن: كاظم حمدان البزوني و عمار عبدالحسين القره لوسي، المنتقى من الاحكام القضائية في المسؤولية الناشئة من النشر عبر المواقع التواصل الاجتماعي وأضرار أبراج الهواتف المحمولة، نشر وتوزيع المكتبة الوطنية، بغداد-العراق ٢٠١٨، ص ١١٣-١١٤.

١٢- القرار رقم ٢٣٩٠ / الهيئة الاستئنافية منقول / تمييز/ ٢٠١١ في ٣٠-١-٢٠١٢ المنشور عند: كاظم حمدان البزوني و عمار عبدالحسين القره لوسي، نفس المصدر، ص ١٤٥-١٤٧.

١٣- ينظر المادة (١١٣٧) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، والمادة (١٤٧) من القانون المدني المصري، والمادتان (٧٥) و (١٤٥) من القانون المدني العراقي.

تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها. كما تكون للإرادة أيضاً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها أو في إنهاؤها (١٤)، شريطة عدم مخالفة ذلك التصرف للقواعد الآمرة و النظام العام والاداب العامة. ولكن استثناءً على هذا المبدأ يتطلب القانون احياناً شروطاً اخرى كالتسجيل والتسليم لمتطلبات التصرف والتعاقد وترتيب الآثار القانونية. والسؤال هنا هل يستطيع المالك أن يقوم بترتيب حقوق عينية للغير على سطحه؟ سوف نجيب عن هذا السؤال في الفقرات الآتية:

١- بيع المالك لسطح بنائه:

تنص المادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي بأن: (١- مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير. ٢- وملكية الارض، تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً الى الحد المفيد في التمتع بها. ٣- ويجوز الاتفاق على ان تكون ملكية سطح الارض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها). فوفق هذه المادة مادام مالك الارض يملك ما فوق أرضه الى الحد المفيد من التمتع بها (٥)، وقياساً على ذلك فإن مالك البناء ايضاً يملك فوق بنائه الى حد المفيد من التمتع بها، وتطبيقاً لذلك النص فقد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه: (لايجوز لمصلحة الكهرباء إمرار الاسلاك الكهربائية فوق ملك الغير لأن في ذلك حرماناً من التصرف في ملكه بالشكل المنصوص عليه في المادة ٢/١٠٤٩ مدني) (٦).

فإذا كان المالك يستطيع أن يبني ما يشاء على سطحه في حدود الارتفاع المحدود وفق تعليمات البلدية، فهل يستطيع أن يبيع الفراغ الموجود على سطح بنائه لكي يقوم شخص آخر بالبناء عليه؟

للإجابة على السؤال اعلاه نقول: رغم ان القانون العراقي قد سكت عن هذا الموضوع، ولم يبحث أغلب الفقهاء في هذا الامر وخصوصاً فيما يتعلق بطبيعة حق المالك على فضاء ملكه، الا اننا نرى بأن قانون التسجيل العقاري في العراق لايسجل مثل هذا التصرف، وبالتالي ان هذا العقد من الناحية القانونية يعتبر باطلاً لعدم استيفاء الشكليات المطلوبة للتصرف بالعقارات، وهنا نتساءل لماذا لايسمح للمالك ببيع سطح بنائه، في حين:

أ- سطح البناء تكون له قيمة مادية، ولأن الاصل حرية التصرفات القانونية مالم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام والاداب العامة فمن حق المالك ان يبيع سطح بنائه وخصوصاً اذا قام هو بالبناء عليه لمصلحة المشتري .

ب- ازداد في الآونة الاخيرة بيع المباني تحت الانشاء وخصوصاً في المشاريع الاستثمارية السكنية، فصاحب المشروع يقوم ببيع الشقق والمباني حتى قبل البدء بالبناء على الارض، أي هو وكما يقول بعض الفقهاء (٧) يقوم ببيع الفراغ! فلماذا يسمح بمثل هذا التصرف ولايسمح للمالك البناء ببيع سطح بنائه؟

ج- اذا كان القانون يسمح بأن يكون بناء مكون من طابقين مملوكاً ملكية مفرزة لشخصين مختلفين بحيث يملك كل واحد منهما ملكية طابق على سبيل الانفراد، فلماذا لا يمكن للمالك البناء ببيع سطح بنائه لكي يقوم شخص آخر بالبناء عليه وتسجيله بأسمه؟

١٤- د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٤م، ص ٢٥.

١٥- وكما يظهر ان المشرع العراقي قد استفاد من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ التي تنص المادة (٥٥٢) منه بأنه: (تشمل ملكية الارض ملكية ما فوقها و ما تحتها)، ولكن باجراء اضافة مهمة عليها وهي: (..الى الحد المفيد من التمتع بها).

١٦- قرار رقم ٥٨٥/حقوقية غير منقول / ١٩٦٩ في ٢٩-٩-١٩٦٩ منشور عند: القاضي جاسم جزا هورامي، الجامع لإهم مبتديء قضاء محكمة تمييز العراق لإكثر من ستة عقود-قسم القانون المدني، الجزء الثالث، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، السلیمانیة-العراق ٢٠١٨، ص ٣٦١.

١٧- للمزيد حول رأي الفقهاء وشراح القانون ينظر: د. علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء- دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان ٢٠١٨، ص ٢٨-٢٩.

د- ان بيع المالك لسطح بنائه لا يعتبر بيعاً لشيء معدوم غير معين بحيث يعتبره القانون باطلاً، بل لا يعتبر بيعاً لشيء مستقبلي ايضاً يجيزه القانون شرط تعيينه تعييناً نافياً للجهالة والغرر وامكان حصوله في المستقبل (١٨)، مادام سطح البناء كالارض موجوداً ومعيّناً وقت التصرف وتكون له قيمة مادية بما يمكن استغلاله لأغراض شتى.

ه- جاء في أحد القرارات القضائية لمحكمة التمييز العراقية بأنه: (ليس للجار التجاوز على فضاء أرض جاره بالبناء) (١٩) وهذا يدل على حماية حق المالك على فضاء ملكه وعدم السماح بالتجاوز عليه حتى وان لم يلحق ذلك التجاوز اية أضرار به، فاذا كان للمالك حق على فضاء ملكه فلماذا لا يسمح له بالتصرف بهذا الحق للغير.

لهذه المبررات كلها نطالب المشرع بمعالجة هذا الموضوع معالجة جريئة ويخصص نصوصاً قانونية واضحة لتنظيم حق المالك ببيع سطح بنائه في حدود المحافظة على المنظر العام للمدينة.

٢- ترتيب حق المساطحة والاجارة الطويلة على سطح البناء:

عرفت المادة (١٢٢٦) من القانون المدني العراقي حق المساطحة بأنه: (حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته). وقد نص القانون ايضاً على ان حق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. أما حق الاجارة الطويلة فرغم ان القانون المدني قد اعتبره من الحقوق العينية الاصلية الا انه لم ينظمه كتنظيمه لبقية الحقوق العينية الاخرى لذا ذهب البعض في السابق الى القول إن لمحكمة التمييز أن تفسر الاجارة التي يعتبرها العرف طويلة كاجارته لمدة خمسين سنة فما فوق بما يقربه من حق عيني وان حق المستأجر في هذه الحالة يصبح قريباً في هذه الحالة من حق المنفعة (٢٠)، إلى أن جاء قانون التسجيل العقاري وعرفه تعريفاً مشابهاً لحق المساطحة بل شبه به في كثير من الاحكام بقوله: (يسجل عقد الاجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الارض المستأجر أن يقيم بناء أو منشآت اخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليه، ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والإرث لإحكام حق المساطحة) (٢١). لهذا يرى البعض أنهما حقان متشابهان ومتلازمان في أحكام عديدة ولم يكن من سبب لتسميتهما بأسمين مختلفين (٢٢).

وكما يظهر من التعريف ان حق المساطحة والاجارة الطويلة يكون بين صاحب الارض و من ينوي إقامة المنشآت على هذا الارض، لذلك نفهم من منطوق النص اعلاه انه و بموجب مفهوم المخالفة لا يترتب حق المساطحة والاجارة الطويلة على سطح بناية للغير.

١٨- تنص الفقرة الاولى من المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي بأنه: (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر).

١٩- قرار رقم ١٦٠٥/مدنية ثانية/ ١٩٧٧ في ٣٠-١٢-١٩٧٨ منشور لدى: القاضي جاسم جزا هورامي، الجامع لإهم مبتديء قضاء محكمة تمييز العراق لإكثر من ستة عقود-قسم القانون المدني، الجزء الرابع، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، السليمانية-العراق ٢٠١٨، ص ١٨٠

٢٠- منير القاضي، ملتقى البحرين- الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٢، ص ١٢١، المشار اليه لدى: المحامي فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاء، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة السيماء، بغداد ٢٠١٦، ص ٣٣٢-٣٣١

٢١- الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري ذي الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٢٢- من هؤلاء الفقهاء مصطفى مجيد حيث يبرر رأيه اعلاه بقوله: أن اشارة القانون المدني الى حق الاجارة الطويلة ضمن أنواع الحقوق العينية يأتي من باب الاعتراف بالواقع لضمان حقوق المستأجرين الذين شيّدوا محدثات على أملاك الوقف لان المساطحة لم تكن معروفة قبل نفاذ القانون المدني والا فهما حقان متشابهان ولم يكن من سبب لتسميتهما بأسمين مختلفين، أنظر مؤلفه: شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، مصر ٢٠٠٨، ص ٩٦-٩٧

ولكن اذا كان القانون المدني العراقي قد نص في الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٩) بأن من يملك الارض يملك ما فوقه الى الحد المفيد في التمتع بها، و بعد ذلك جاء وأجاز له أن يتصرف بترتيب حق المساطحة والاجارة الطويلة للغير وتبقى ملكية الارض لدى مالكة، فمن المنطقي ان نسأل هنا ايضاً لماذا لايسمح بذلك التصرف لمالك البناية على سطح بنايته؟ فمثلاً اذا كانت للشخص عمارة تجارية مكونة من ثلاثة طوابق، واراد احد أن يؤسس مقهى عليه و يبني طابقاً رابعاً لهذا الغرض، فأين الضرر والمشكلة في ذلك اذا ما اراد الطرفان الاتفاق على ما يشبه عقد المساطحة بينهما. بأعتقادنا: انه يجب اطلاق العنان لحرية التصرفات القانونية شرط عدم الاضرار بالنظام العام والاداب العامة، لذا يجب على القانون العراقي استيعاب تنظيم مثل هذه التصرفات القانونية في المستقبل .

٣- ترتيب حق المنفعة على سطح البناء:

رغم ان القانون العراقي اسوة بالقانون المصري لم يعرف حق المنفعة بخلاف القانون اللبناني الذي عرفه بأنه: حق عيني باستعمال شيء يخص الغير، وبالتمتع به، ويسقط هذا الحق حتماً بوفاة المنتفع (٢٣). وقريباً من هذا التعريف يكاد الفقهاء وشراح القانونيتفقون على ان حق المنفعة هو حق عيني أصلي يخول صاحبه سلطات استعمال واستغلال شيء مملوك للغير لمدة معينة أو غير معينة، ولكن ينتهي في كل الاحوال بموت المنتفع (٢٤).

وفيما يتعلق بموضوع بحثنا فيما اذا يمكن للمالك ترتيب حق المنفعة للغير على سطح بنائه فقط دون البناء بأكمله؟ فأنا نعتقد: بأنه مادام المالك يستطيع أن يؤجر سطح بنائه الى شخص آخر، فلماذا لا يكون له ترتيب حق المنفعة عليه ايضاً في حين ان التصرف الاخير قد يكون في مصلحة الطرفين أكثر لانه لا يلزم المالك بالتدخل لتمكين المنتفع بالانتفاع بالسطح، ولا يلزم المنتفع بدفع الاجرة الى مالك البناء ايضاً.

رغم كل ذلك لا يوجد نص في القانون العراقي يتناول هذا الموضوع بالجواز والتنظيم، كما لا يوجد أي نص قانوني يمنع ذلك ايضاً، وبالتالي تبقى على دائرة التسجيل العقاري كيفية التعامل مع هذا الموضوع.

٤- ترتيب حق الاستعمال والسكنى على سطح البناء

كما هو معلوم ان الملك التام يمنح بموجب القانون ثلاث سلطات للمالك وهي: الاستعمال والاستغلال والتصريف، فاذا تخلى المالك للغير عن سلطتي الاستعمال والاستغلال معاً فانه يكون قد رتب لهذا الاخير حق المنفعة كما سبق أن بحثنا فيه، واذا تخلى للغير عن سلطة الاستعمال فقط دون الاستغلال، فيصبح هذا الغير، صاحب حق الاستعمال الذي يعتبر حقاً من الحقوق العينية الاصلية شريطة أن يكون محل الحق غير قابل للاستهلاك لكي يمكن أن يرد الى مالكة بعد الانتهاء من حق استعماله. وقد يقيد المالك ممارسة الغير لسلطة الاستعمال بصورة معينة وهي سكنه هو وعائلته في العقار محل الحق، فينشأ حينئذ حق السكنى الذي يجب بطبيعة الحال ان يكون محل هذا الاخير عقاراً فقط. وقد أشار القانون المدني العراقي الى هذين الحقين معاً في مادة واحدة بقوله: (يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستعمال أو على سكنى) (٢٥).

فاذا كان المالك يستطيع ان يرتب حق الاستعمال والسكنى على ملكه فهل يستطيع ان يرتب هذين الحقين للغير على سطح بنائه؟ للاجابة عن هذا السؤال نقول: أنه فيما يتعلق بحق الاستعمال فاننا لانرى مانعاً منطقياً لكي يرتبه على

٢٣- المادة (٣٢) من قانون الملكية العقارية اللبنانية لسنة ١٩٣٠.

٢٤- ينظر: د. قصي سلمان، الحقوق العينية، منشورات جامعة جيهان الخاصة-أربيل، الطبعة الاولى، أبريل ٢٠١٢، ص ١٢٦-١٢٧. وكذلك: د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، بدون سنة النشر، ص ٨٦.

٢٥- المادة (١٢٦١) من القانون المدني العراقي.

سطح بنائه، وبالتالي يفترض بدائرة التسجيل العقاري تسجيله. ولكن لا يمكن ذلك بالنسبة للسكنى لان السطح ليس مكاناً طبيعياً للسكنولا يسجل هذا الحق في دائرة التسجيل العقاري مالم يقم هذا الغير ببناء سقف له، وأنداك يخرج الأمر عن ترتيب حق السكنى على السطح بل يكون ذلك بمثابة ترتيب حق السكنى في الطابق العلوي.

٥- ترتيب حقوق الارتفاق على سطح البناء

الارتفاق كما تعرفه المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي بأنه: حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر. وهذا الحق يمكن كسبه بالعقد وبالميراث والوصية، كما يمكن الاحتجاج بالتقادم وتخصيص من المالك الاصلي لاثبات وجود حقوق الارتفاقات الظاهرة ايضاً (٢٦).

ورغم أن أغلبية تطبيقات حقوق الارتفاق متعلقة بالاراضي الزراعية كحق المجرى والمسيل، الا أننا بصورة عامة لانرى اي مانع من قيام مالك البناء بترتيب حقوق الارتفاق للغير على بناءه، كأن يتفق بعدم بناء الحائط عليه أو عدم تعليته. ولكن في كل الاحوال ان حق الارتفاق يعتبر موجوداً على البناية ككل وليس على السطح فقط، مادام يعتبر عقاراً واحداً ويملكه مالك واحد.

الفرع الثاني

التصرفات المادية لمالك البناء على سطحه

يقصد بالتصرفات المادية استهلاك الشيء وإتلافه، وقد يندمج التصرف المادي للشيء بسلطة الاستعمال عندما يكون الشيء محل الملكية من الأشياء القابلة للاستهلاك، فاستهلاك الوقود مثلاً ينتج عن استعماله، لذلك يقيد معنى الاستعمال بعدم استهلاك الشيء و يعتبرون هذا الاخير تصرفاً مادياً للشيء، رغم ان بعضاً آخر من الفقهاء (٣٧) يحبذون ادخال التصرفات المادية ضمن سلطة استعمال الشيء ويستبقون للتصرف معناه المألوف وهو التصرفات القانونية التي تنقل الملكية أو حقاً عينياً آخر.

على أية حال وقاعدة عامة يستطيع المالك التصرف بسطح بنائه تصرفاً مادياً بهدمه وإتلافه، شريطة عدم الاساءة في حقه هذا (٣٨) وعدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً (٣٩).

المبحث الثاني:

سلطة مالك البناء ملكية شائعة على سطحه

حق الملكية الشائعة: هو أحد انواع حق الملكية وهو استثناء من الاصل الذي يتمثل في ملكية فرد واحد لشيء واحد على وجه الاستقلال، في حين أن حق الملكية الشائعة يتمثل في ملكية شخصين أو أكثر لعقار أو منقول على وجه الشيوغ، وفي هذه الحالة تحسب حصص أو أسهم الشركاء متساوية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وهذا ما نص

٢٦- المادتان (١٢٧٢-١٢٧٣) من القانون المدني العراقي، ويكون هناك تخصيص من المالك الاصلي اذا تبين بأي طريق من طرق الاثبات، ان مالك عقارين منفصلين قد اقام بينهما بناء او علامة ظاهرة اخرى، فانشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنهما ان تدل على وجود ارتفاق او ان العقارين كانا مملوكين للمالكين مختلفين، وفي هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما، يعد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثم شرط صريح يخالف ذلك.

٢٧- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الثامن، حق الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بدون سنة طبع، ص ٥١.

٢٨- ينظر المادة (٧) من القانون المدني العراقي.

٢٩- ينظر المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي.

عليه القانون المدني العراقي(٣٠). والذي جاء مقتضياً فيما أورده من النصوص الخاصة بحق الملكية الشائعة، على الرغم من أهمية وانتشار هذا النوع من الملكية في العراق (٣١)، وجدير بالذكر انه لم يذكر كلمة السطح بخلاف القانون المدني المصري(٣٢) عندما اشار الى السطح عند تنظيمه للملكية الشائعة في العمارات، والسبب في ذلك لان القانون المدني العراقي لم يأخذ بنظام الطوابق والشقق التي استمدها القانون المدني المصري من التشريعات الغربية وخصوصاً القانون الفرنسي لسنة ١٩٣٨، بل أخذ بنظام العلو والسفل المأخوذة من الفقه الاسلامي، و وفق هذا النظام الاخير يعتبر السطح ملكاً لصاحب العلو(٣٣) بخلاف نظام الطوابق والشقق الذي يعتبر السطح من الاجزاء المشتركة في العمارات(٣٤). وقد حاول المشرع العراقي إكمال هذا النقص في القانون المدني و تبنى نظام الشقق والعمارات في قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣) لسنة ١٩٧١ ولكن مرة أخرى لم يشير صراحة الى كلمة السطح الى ان صدر قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات وأشار الى ان السطح ضمن الاجزاء المشتركة في العمارات. سوف نتعمق في هذا المبحث عن سلطات المالك ملكية شائعة على سطح بنائه المشترك، لنرى كيفية معالجة الاشكالات الواقعية وخصوصاً في عمارات(٣٥) المشاريع السكنية.

المطلب الأول

سلطة صاحب المشروع على سطح العمارة

بسبب ازدياد الحاجة الى المباني وارتفاع تكاليف البناء وقلة الموارد اللازمة للحصول عليها، فقد توجه البعض الى شراء الشقق(٣٦) في المشاريع السكنية. ومن هنا استحدثت حالة جديدة للتعاقد يتولى فيها صاحب المشروع من بيع ما يبنيه على ارضه وبمواده ايضاً. فالذي نبحث فيه هنا هو مدى سلطات صاحب المشروع على سطح العمارة بعد أن يبيع بعض أو جميع الشقق التي فيها؟

الفرع الأول

انتفاع صاحب المشروع بسطح العمارة

اذا قام صاحب العمارة ببيع شقق العمارة للغير انذاك وبحكم القانون يشارك مالك الشقق معه في ملكية السطح، وبالتالي لا يحق له الانفراد بالانتفاع بسطح العمارة وذلك باستعماله أو استغلاله لوحده كأن يتعاقد مع شركة للاتصالات

٣٠- تنص الفقرة الاولى من المادة(١٠٦١) من القانون العراقي بأنه: (اذا ملك اثنان او اكثر شيئاً، فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقيم الدليل على غير ذلك).

٣١- د. غزوان محمود غناوي، إزالة شيوع العقارات- دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد-العراق ٢٠١٣، ص ١٣.

٣٢- ينظر الفقرة الاولى من المادة(٨٥٦) من القانون المدني المصري.

٣٣- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١٠٦. وكذلك: د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ٢٠١٠، ص ٢٢٤-٢٢٥.

٣٤- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٥٢.

٣٥- يقصد بالعمارة:البنائة المتكونة من طابقين او اكثر بضمنها الطابق الارضي المشيدة بهذا الوصف بموجب اجازة صادرة عن الجهة المختصة ينظر: الفقرة اولاً من المادة(١) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي ذي رقم(٦١) لسنة ٢٠٠١.

٣٦- يقصد بالشقة: كل وحدة عقارية مستقلة من طابق. ينظر: الفقرة ثالثاً من المادة(١) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي ذي رقم(٦١) لسنة ٢٠٠١..

لوضع بعض ابراجها عليها مقابل دفع الاجرة اليه، لأن السطح يعتبر ملكاً مشتركاً لجميع ملاك العمارة. فاذا قام بالانتفاع بالسطح دون اذن شركائه، آنذاك يستحق لشركائه أجر المثل و اذا اجر العين الشائعة بأكثر من اجرة المثل، وجب ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة (٣٧). وذلك لان كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً ولكن يعتبر اجنبياً في حصة الاخر وليس له دون الاتفاق الانتفاع بأي جزء من الاجزاء المعينة من المال الشائع حتى اذا كان مساوياً لحصته الشائعة.

ولكن هل يمكن لمالك العمارة ان ينتفع بسطح العمارة اذا لم يشاركه أحد في ملكية العمارة ولكن رتب للغير حقوقاً شخصية أو عينية على شققها؟

رغم سكوت القانون عن هذا الموضوع، الا اننا نرى بانه حتى في الفرضية اعلاه يجب ايضاً ان يمنع صاحب العمارة من الانتفاع لوحده بسطح العمارة، لأن المستاجر أو المنتفع لشقق العمارة لا يكمل حقهما الا بوجود السطح. فمن حق المستاجر استعمال سطح العمارة بالاتفاق مع الاخرين، كما من حق المنتفع الانتفاع بحصته في سطح العمارة.

فاذا كان القانون يعتبر السطح ضمن الاجزاء المشتركة في العمارة وبالتالي يحق للملاك المشتركين الانتفاع بها بصورة مجتمعة، فهل يمكن الاتفاق على ما يخالف ذلك بحيث يمكن للشركاء الاخرين التنازل لحق الانتفاع بالسطح لصاحب العمارة؟ للاجابة عن السؤال: نؤيد ما ذهب اليه بعض الفقهاء (٣٨) بأجازة ذلك ويقولون ان أحكام الاجزاء المشتركة ليست أمرة وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها و اعطاء حق الانتفاع بالسطح لصاحب المشروع أو لأحد الشركاء وخصوصاً صاحب الطابق الاعلى أو حتى لشخص أجنبي عن الشركاء، ويستندون في رأيهم هذا الى نص المادة (٨١١) من القانون المدني السوري، المأخوذ من المادة (٨٥٦) من القانون المدني المصري الذي يعتبر الاجزاء المعدة للاستعمال المشترك ملكية شائعة مالم يوجد في السجل العقاري ما يخالف ذلك (٣٩). لانه رغم أنه لا يوجد في القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري ما يشابه هذا النص، إلا ان قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقية رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١ قد أخذ بهذا الحكم بقوله: (اذا تعدد ملاك الطوابق او الشقق في بناء وكان كل منهم يملك طابقه او شقته ملكية مفرزة، فأنهم يعدون شركاء في ملكية الارض و ملكية الاجزاء المعدة لاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص في ملكية الاسس والجدران الرئيسية والمداخل والفناءات والسقوف والاسطح والمصاعد والسلالم والممرات والدهاليز والانابيب الا ما كان منها داخل الطابق او الشقة ذاتها، ما لم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك)، رغم ان هذا القانون الاخير لا يطبق في اقليم كردستان-العراق لعدم انفاذه من قبل البرلمان الكوردستاني (٤٠).

وعليه نقترح ضرورة تنظيم هذا الامر و عدم تركها لإرادة الشركاء وصاحب المشروع لان من شأن ذلك ان يشجع اصحاب المشاريع السكنية والعمارات بالاحتفاظ بحق الانتفاع بالسطح لنفسهم دون مقابل ويفرض هذا الامر في عقد بيع الشقق في تلك العمارات، وهذا بالتالي يشكل شرطاً تعسفياً يفترض آنذاك معالجته حماية للطرف الاخر في العقد،

٣٧- تنص المادة (١٠٦٣) من القانون المدني العراقي بأنه: (١- ويجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعاً. ٢- ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فاذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه، وجب عليهم لهم اجر المثل، على انه اذا اجر العين الشائعة بأكثر من اجرة المثل، وجب ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة).

٣٨- د. محمد حاتم البيات، المصدر السابق، ص ٣٣٨، ٣٥٢.

٣٩- المادة (٨١١) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.

٤٠- قرار رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ من قبل برلمان اقليم كردستان-العراق، والذي يقضي بمنع العمل بالقوانين الصادرة من السلطة المركزية بعد سحب الادارات من الاقليم في ٢٣-١٠-١٩٩١ الا بعد اعطاء الشرعية بسريانه في الاقليم من قبل البرلمان ولحاجة الاقليم الى القانون المذكور.

علمًا هنالك خلاف بين الفقهاء بصددمدى كفاءة القانون العراقي لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية بسبب اختلافهم في تحديد معنى عقود الازعان في القانون المدني(٤١) وبسبب قصور قانون حماية المستهلك لهذا الموضوع(٤٢). لذا نوصيالمشرع العراقي التدخل لاضفاء حماية اوسع للطرف الضعيف من الشروط التعسفية وخصوصاً في العقود النموذجية التي ينفرد احد اطرافها بوضع شروطها.

الفرع الثاني

تصرف صاحب المشروع بسطح العمارة

نلاحظ في الاونة الاخيرة ان صاحب العمارات السكنية وبعد ان يبيع بعض الشقق منها يقوم ببناء طوابق اضافية عليها لغرض مكاسب مادية! وهنا نتساءل هل يحق له ذلك سواء حصل على موافقة الجهات الحكومية بالتعليق واطراف الطوابق عليها أو قام بذلك الامر دون موافقة السلطات ايضاً؟

باعتقادنا ان صاحب العمارة وبعد ان يقوم ببيع احدي شقق العمارة للغير يصبح مالكا ملكية شائعة على الاجزاء المشتركة في العمارة ومنها سطحها، وبالتالي لا يحق له ذلك إلا بموافقة شركائه الاخرين.

وإذا ما قام صاحب العمارة بهذا الامر وأضر شركائه من جراء ذلك فانه يعتبر متجاوزاً سواء حصل على اجازة الجهات الادارية للتعليق ام لم يحصل على ذلك، لانه يعتبر متصرفاً على ملك الغير. لان القانون يعتبر بأن كل شريك اجنبي في حصة الآخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه كان من غير رضاه(٤٣).

وقد يرد صاحب المشروع على ادعاء أصحاب الشقق بان تصرفه في بناء طابق جديد على سطح العمارة لا يصيب شركائه الاخرين بأي ضرر بل كل مافي الامر ان السطح يرتفع طابقاً آخر في العمارة! ألا اننا نرى بان الضرر غالباً يكون متحققاً بمجرد بناء طابق اضافي على العمارة ويؤدي ذلك الى ازدياد عدد سكان العمارة وما لذلك من اثار سلبية على تقليل الخدمات الاخرى لسكان العمارة. هذا عدا ان الشروط الهندسية لعمارة ذات خمسة طوابق من حيث المتانة والكهرباء والمجاري تختلف عادة عن الشروط الهندسية لعمارة ذات ستة طوابق وأكثر.

ولكن ما يثور الاشكالية أكثر هو ان القانون العراقي اعتبر بيع العقار من التصرفات الشكلية التي لا ينعقد بدون تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري(٤٤) وهذا بخلاف قوانين بعض الدول الاخرى كفرنسا حيث بيع العقارات من العقود

٤١- هنالك اتجاهين في تحديد نطاق عقود الازعان الذي عالج المشرع العراقي الشروط التعسفية من خلالها، فالاتجاه الضيق يرى بأن هذه العقود يجب ان يتعلق بسلع أو خدمات ذات احتكار قانوني أو فعلي، هذا عدا عن ضرورة انفراد احد اطرافها بوضع بنودها دون ان يكون للطرف الاخر سوى حق قبولها او رفضها، والاتجاه الواسع التي يؤكد على ضرورة انفراد احد اطرافها بوضع بنود العقد دون ان يكون للطرف الاخر سوى حق قبوله او رفضه ولكن لا يشترط في عقود الازعان تعلق موضوعها بسلع أو خدمات ذات احتكار قانوني أو فعلي. للتفصيل حول تلكالراء. ينظر: د. منصور حاتم محسن و د. ايمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية- جامعة بابل- العراق، العدد(١) لسنة ٢٠٠٩، ص٤٦. وكذلك: سارة بوفلحة، مدى انطباق خاصية الازعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، العدد(٤٧) المجلد(أ)، الجزائر ٢٠١٧، ص٣٨٢-٣٨٣.

٤٢- ناصر خليل جلال و سميرة عبدالله مصطفى، قراءة نقدية لنطاق الحماية المدنية في قانون حماية المستهلك العراقي- بحث مقارن، منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد١٢، العدد١، الامارات العربية المتحدة ٢٠١٥، ص١٧٨-١٧٩.

٤٣- ينظر الفقرة الاولى من المادة(١٠٦٢) من القانون المدني العراقي.

٤٤- تنص المادة(٥٠٨) من القانون المدني العراقي بأنه: (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

الرضائية كالأصل (٤٥)، فكيف يستطيع مشتري الشقق والطوابق في عمارات هذه المشاريع السكنية أن يعترض على صاحب المشروع بناء طابق آخر عليه في حين ان العمارة في طور الانشاء وان الشقة لم تسجل باسمه لان دوائر التسجيل العقاري في العراق لايسجل مثل هذه التصرفات القانونية مالم يكتمل البناء؟ لذلك يرى البعض ان حق الملكية يبقى بلا ضمان قبل تمام البناء في القانون العراقي وينادون بضرورة تطوير فكرة العقار واعتبار فضاء الارض مملوكة الى حد امكانية التمتع به بالعقار ايضاً، وخصوصاً في الحالة التي يكون الفضاء (الفراغ) محلاً للتصرف كبيع الشقق السكنية تحت الانشاء حتى ولو قبل البدء باعمال البناء ايضاً (٤٦). ونحن بدورنا نوصي المشرع العراقي بضرورة اصدار تشريع مستقل لتنظيم بيع الطوابق والشقق تحت الانشاء بما يؤدي الى ضمان انتقال ملكية الشقق والمباني الى المشتري بمجرد ابرام عقد مكتوب بين الطرفين والتخفيف من حدة الشككية لترتيب الاثار القانونية على التصرفات العقارية .

المطلب الثاني

سلطة مالك الشقة على سطح العمارة

أشار قانون التسجيل العقاري العراقي وبصورة مقتضبة الى الملكية الشائعة بين المالكين في العمارة وذكر الارض والاجزاء والمرافق المعدة لاستعمال العام في العمارة (٤٧)، الى ان جاء قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١ وحددت بشكل مفصل الاجزاء المشتركة و من ضمنها (سطح العمارة) ايضاً بقوله في المادة (٣) منه بأنه: (اذا تعدد ملاك الطوابق او الشقق في بناء وكان كل منهم يملك طابقه او شقته ملكية مفرزة، فأنهم يعدون شركاء في ملكية الارض و ملكية الاجزاء المعدة لاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص في ملكية الاسس والجدران الرئيسية والمداخل والفناءات والسقوف والاسطح والمصاعد والسلالم والممرات والدهاليز والانابيب الا ما كان منها داخل الطابق او الشقة ذاتها، ما لم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك). ورغم اتفاق الفقهاء (٤٨) على ان الاجزاء المشتركة في العمارة تعد من قبيل الشيوع الاجباري، ألأنا سوف نبحث فيما يلي عن مدى سلطة مالك الشقة على سطح عمارته كنوع من انواع الشيوع الاجباري وذلك في الفرعين الاتيين.

٤٥- رغم ان بيع العقارات في القانون الفرنسي في الاصل هو عقد رضائي ألأ انه في بعض الحالات الاستثنائية اشترط الكتابة والرسمية لكي يسري في حق الغير. للمزيد حول ذلك ينظر: جيروم هوييه، المطول في القانون المدني-العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة: منصور القاضي، المجلد الاول، الطبعة الاولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان ٢٠٠٣، ص ١٧٣-١٧٤. وكذلك: د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع-دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي، الجزء الاول-انعقاد العقد، الطبعة الاولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الاردن ٢٠١٠، ص ٣٠٣. وكذلك: د. علاء حسين علي، المصدر السابق، ص ١٢٤.

٤٦- د. بمو بروبيزخان الدلوي و ريبوار محمد صالح، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء-دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة جيهان، وهي مجلة علمية اكااديمية تصدر من قبل جامعة جيهان، المجلد (١)، العدد (٤)، السليمانية-العراق ٢٠١٧، ص ٧٨.

٤٧- ينظر: الفقرة الاولى من المادة (٢٩٢) من قانون التسجيل العقاري.

٤٨- د. محمد طه البشيرود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٥٢

الفرع الأول

انتفاع مالك الشقة بسطح العمارة

رغم ان المال الشائع يجب ان ينتفع به الشركاء بصورة مشتركة أو عن طريق قسمة منفعتها على اساس وحدة زمنية أو مكانية حسب حصة كل شريك، الا انه وبسبب عدم تحقق الاتفاق بينهما نرى بصورة عملية ان الشركاء غالباً ينفردون بالانتفاع بكل او جزء من المال الشائع دون اذن صريح لباقي الشركاء وهذا ما يخلق مشاكل قانونية بينهما(٤٩).

فمثلاً قد يبني مالك الشقة على سطح العمارة غرفةً أو مخزناً أو بيتاً صغيراً للطيور في مساحة يعادل حصته الشائعة، فيغير بهذا التصرف حفيظة بقية الشركاء ويدفعهم إلى المطالبة بحقوقهم في إزالة هذا البناء الذي أقيم دون موافقتهم، أو المطالبة بالاشتراك مع هذا الشريك بملكية هذا البناء والاستفادة من ريعه.

ورغم أن القانون المدني العراقي قد أفرد نصوصاً خاصة لمعالجة إدارة المال الشائع والانتفاع به واعتبر ذلك من حق الشركاء مجتمعين، إلا أن هذه النصوص أثارت في تفسيرها خلافاً واسعاً حول حكم تصرف أحد الشركاء بالبناء على جزء من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة.

فقد اتجه القضاء الى القول إن: (في الملكية الشائعة إذا حصل فيها الاستغلال أو الانتفاع ليس من الاغيار بل من أحد الشركاء بدون اذن شركائه فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة بأجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الآخرين وإذا كان ذلك التعويض غير مجزي لهم فلهم حق بطلب إزالة شيوخ الملك)..(٥٠). وعلى المنوال نفسه قضت محكمة التمييز في اقليم كردستان-العراق الى القول: (لايجوز الحكم على الشريك برفع التجاوز لعدم معرفة حصة كل شريك بصورة مستقلة ورسمية، وبما ان حصة كل شريك امانة لدى الشريك الآخر فيجوز للشركاء مطالبة المدعى عليه(الشريك) بأجر مثل عن المساحة التي تزيد عن حصته الذي تصرف بها)(٥١).

وقد اختلف بعض الفقهاء والقضاة في تقييم هذا الاجتهاد للقضاء العراقي، ففي حين ايده البعض واعتبره اتجاهاً صائباً وعادلاً، لانه يجب التمييز بين الاغيار والشركاء عندما ينتفعون بمال شائع دون اذن باقي الشركاء(٥٢)، الا انه انتقده البعض الاخر(٥٣) بحجة انه ليس لهذا التوجه الجديد للقضاء العراقي ما يبرره من القانون، فهو اجتهاد قائم على تفسير لا يتفق مع المبادئ القانونية التي أقام المشرع عليها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بل لا يتفق مع التنظيم القانوني لحق الملكية برتمته وللدعاوى التي تحمي هذا الحق؛ فالشريك في المال الشائع لا يستطيع أن يخصص لنفسه

٤٩- قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقي في قرار لها برقم ١٩٢٧ في ١٠-٣-٢٠٠٨ بأن: (كل شريك في الملكية الشائعة يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله الحق الانتفاع بها واستغلالها مع عدم الاضرار بشركائه واذا رام الشريك تشييد بناء على العقار فيلزم استحصال موافقتهم الصريحة ولايعد سكوتهم موافقة منهم). ينظر: المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء ومحكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦-٢٠٠٨، الطبعة الثانية، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد-العراق ٢٠٠٩، ص ١٤٨

٥٠- قرار رقم ٤٠٤/الهيئة العامة/٢٠١١ في ٢٨/٢/٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع-تشرين الثاني، ٢٠١٢، ص ١٧٨، المشار اليه عند: د. طارق كاظم عجيل، بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع-تعليق على موقف القضاء العراقي، ص ٣، والمتاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq/view.3883>

٥١- رقم القرار ٥٢٠/الهيئة المدنية الثانية/٢٠١٠ في ٩-٨-٢٠١٠ منشور عند: القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان-العراق للسنوات ١٩٩٣-٢٠١١- قسم القانون المدني، مطبعة حاج هاشم، الطبعة الاولى، أربيل-العراق ٢٠١٢، ص ٢٨٨.

٥٢- القاضي سالم عبد محمد، تجاوز الشركاء، منشور في موقع مجلس القضاء الاعلى، متاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq/view.1648>

٥٣- د. طارق كاظم عجيل، المصدر الالكتروني السابق، ص ٣.

جزءاً من العين ليقوم عليها بناء دون رضا سائر الشركاء، حيث يكون لسائر الشركاء الحق في مقاضاته بالتعويض (أجر المثل) استناداً إلى أن يد الشريك الباني على الجزء الذي افرزه كانت بغير حق، فهي إذا يد غاصبة، والغصب من صور الخطأ تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، لذلك يجب تفسير عبارة (وجب عليه لهم اجر المثل) الواردة في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٣) بمعنى أجر المثل عن مدة التجاوز التي سبقت رفع الدعوى والى حين صدور الحكم ورد المال الشائع إلى حالته قبل التجاوز عليه بالبناء، فأجر المثل الوارد في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٣) هو تعويض عن تجاوز تم على أقدس الحقوق المعترف بها قانوناً وهو حق الملكية الثابت لسائر الشركاء على المال الشائع، لذلك يقتضي القانون أولاً رفع التجاوز لا الاعتراف به وإضفاء الشرعية عليه، ثم يأتي الحكم بأجر المثل، كتعويض عن المدة التي حرم فيها الشركاء من الانتفاع بحقهم في الشيء الشائع.

ومما يجدر ذكره انه اذا كان استعمال الاجزاء المشتركة كسطح العمارة من حق الشركاء مجتمعين شريطة عدم المساس بحقوق المالك المشاركين معه ، الا ان استغلال هذه الاجزاء وبما يؤدي عن اخراجها عن وظيفتها أمر محظور ويحق لباقي الشركاء أن يطلبوا منع هذا العمل المخالف للتخصيص الذي اعد له هذا الجزء دون أن يكلفوا باثبات الضرر الناجم عن الاعتداء على هذا الجزء المشترك.

الفرع الثاني

تصرف مالك الشقة بسطح العمارة

القاعدة الاساسية في الملكية الشائعة تقضي بأن كل شريك يعتبر مالكاً لحصته واجنبياً بالنسبة لحصص الآخرين. وبالتالي اذا تصرف أحد الشركاء في جزء معين من المال الشائع فبموجب القانون لا يكون لمثل هذا التصرف اثر إلا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك، والوكما يرى أغلب الفقهاء وشراح القوانين (٥٤) بأنه وفقاً للأحكام العامة يعتبر مثل هذا التصرف موقوفاً على اجازة باقي الشركاء لانه يعتبر قد تصرف في ملك غيره بغير اذنه. رغم ان البعض (٥٥) يذهب الى ضرورة اعتبار التصرف بملك الغير باطلاً لاستدلالهم بالحديث النبوي الشريف (لاتبع ما ليس عندك) (٥٦).

الا اننا نرى بأن مثل هذا التصرف اذا وقع على الملكية الشائعة العقارية فأنذاك لا يمكن أن يكون موقوفاً كما يرى أغلب الفقهاء استناداً الى الاحكام العامة للتصرف بملك الغير، لان عقد الموقوف يصنف عقداً صحيحاً في القانون العراقي، ونعتقد بأن مثل هذا التصرف يكون باطلاً لعدم إمكان تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وبالتالي ان أي تصرف بالعقار أو الحقوق العينية العقارية دون التسجيل يعتبر تصرفاً باطلاً. وبالخاص عندما يكون الجزء المتصرف فيه من الاجزاء المشتركة التي تصنف ضمن الشيوع الاجباري الدائم الذي لايقبل القسمة كسطح بناء مملوك على الشيوع. فاذا كان مالك الشقة لا يستطيع التصرف بالسطح كجزء مفرز من المال الشائع، فالقانون منعه من التصرف بحصته في الاجزاء الشائعة في ملكية الطوابق والشقق ايضاً عندما نص بأنه (لا تقبل قسمة الاجزاء المشتركة المنصوص عليها

٥٤- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١١٥

٥٥- د. علي جبار صكيل الأسدي، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيوع-دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، نشر وتوزيع المكتبة الوطنية، العراق ٢٠١٦، ص ٢٤٤-٢٤٥.

٥٦- ألامام حافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، جامع الترمذي، راجعه: صالح بن عبدالعزيز بن محمد بن ابراهيم ال شيخ، وزارة الشؤون الاسلامية والاعوقاف والدعوة والارشاد، الطبعة الثانية، أرياض- المملكة العربية السعودية ٢٠٠٠، ص ٣٠٠.

في مادة (٣) من هذا القانون، وتكون حصة كل مالك فيها بنسبة قيمة الطابق او الشقة التي يملكها، وليس لمالك ان يتصرف في حصته هذه بصورة مستقلة عن ذلك الطابق او الشقة(٥٧).
ولكن اذا كان القانون المدني العراقي لايسمح لأحد الشركاء أو حتى لاغليبتهم معاً التصرف بالسطح فهل يمكن باتفاق جميع الشركاء التصرف بالسطح؟

للإجابة عن هذا السؤال بداية نقول: ان القانون المدني لم يتطرق الى ملكية الاجزاء المشتركة من الطوابق والشقق الا انه وكقاعدة عامة أجاز باتفاق الشركاء التصرف بجزء معين من المال الشائع. وهذا بخلاف الاجزاء الشائعة شيوعاً إجبارياً إذ وضع القانون المدني أحكاماً خاصة ومختلفة بحيث منع الشركاء من انهاء شيوعها، الى ان صدر عام ١٩٧١ قانون التسجيل العقاري ذي رقم (٤٣) و نظم احكام الاجزاء المشتركة من الطوابق والشقق واعتبرها من الشيوع الاجباري ايضاً بحيث لايمكن لاحد الشركاء التصرف بها بمعزل عن شقته، ولكن بصور قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات(العراقي) رقم(٦١) لسنة ٢٠٠١ فقد عدل من طبيعة الاجزاء المشتركة ومنها السطح بحيث لم يعد من الاحكام الامرة بحيث لايجوز الاتفاق على مخالفتها والدليل على ذلك نهاية المادة(٣) عندما نص في معرض تحديده للأجزاء المشتركة بأنه: (..مالم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك)(٥٨). لذلك نتفق مع من يرى(٥٩) بأنه يمكن باتفاق الشركاء تخصيص احد الشركاء بملكية السطح أو حتى بيعه لشخص أجنبي من الشركاء شريطة تسجيل هذا الامر في دائرة التسجيل العقاري وترتيب حقوق ارتفاقية على السطح لمصلحة بقية العقارات الاخرى المفردة في العمارة وذلك لكي لا يفضي هذا الامر الى الحيلولة دون الانتفاع المشترك لباقي سكان العمارة.

الخاتمة:

بعد ان انتهينا من بحثنا الموسوم ب (سلطة المالك على سطح بناه في ضوء القانون وحرية الارادة) توصلنا الى عدة استنتاجات، كما أبدينا عدة مقترحات للمشرع العراقي و لذوي الشأن في هذا الموضوع وكالاتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١- بتأثر من الفقه الاسلامي أخذ القانون المدني العراقي بنظام العلو والسفل، وذلك بخلاف القوانين المدنية لكثير من الدول العربية والغربية منها القانون المدني المصري والسوري والفرنسي، و وفق نظام العلو والسفل يعتبر السطح ملكاً تاماً لصاحب العلو الذي يستطيع أن يزيد على ارتفاعه أو يبني طباقاً آخر عليه مالم يضر ذلك بصاحب السفلى، شريطة عدم وجود اتفاق بين صاحب العلو والسفل يمنع ذلك وعدم مخالفة ذلك لقوانين البناء.

٥٧- المادة(٤) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي.

٥٨- تنص المادة الثالثة من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي بأنه: (اذا تعدد ملاك الطوابق او الشقق في بناء وكان كل منهم يملك طابقه او شقته ملكية مفردة، فأنتهم يعدون شركاء في ملكية الارض و ملكية الاجزاء المعدة لاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص في ملكية الاسس والجدران الرئيسية والمداخل والفناءات والسقوف والاسطح والمصاعد والسلالم والممرات والدهاليز والانابيب الا ما كان نها داخل الطابق او الشقة ذاتها، ما لم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك).

٥٩- د. محمد حاتم البيات، المصدر السابق، ص ٥٥٠. وكذلك: الدكتور رعد هاشم أمين، نظرات على ملكية الطوابق والشقق في العمارات في ضوء احكام القانون رقم (٦١) لسنة ٢٠٠٠، المتاح على العنوان الالكتروني الاتي:

http://www.law.nahrainuniv.edu.iq/teachersFiles/2017_03_20_02_33_15%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%88%D8%A7%D8%A8%D9%82%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%82%D9%82%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%83%D9%86%D9%8A%D8%A9.do
CX
zsb.univsul.edu.iq

٢- لم يذكر القانون العراقي بنص خاص مدى سلطة مالك البناء للتصرف بسطحه لا في القانون المدني ولا في قانون التسجيل العقاري، رغم ان قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات قد قضى بصورة صريحة اعتبار سطح العمارات ضمن الاجزاء المشتركة فيها، لذلك نعتد على الاحكام العامة للملكية لتحديد هذه السلطة للمالك سواء كانت ملكيته مفرزة أو شائعة.

٣- إن اساس الاستعمال المشترك للسطح من قبل مالك ما في الابنية الطابقية، مرهون بعدم المساس في الحقوق المشتركة على هذا السطح للملاك المشاركين معه، لانه اذا كان مالكا ملكية تامة لشقته فهو ليس إلا مشاركا مع بقية الملاك- الشركاء- الاخرين في الانتفاع بالاجزاء المشتركة للبناء ومنها السطح، وبالتالي يكون متساويا في حقوق هذا الاستعمال والانتفاع مع الاخرين بغض النظر عن قربه أو بعده من السطح. ولكن اذا قام أحد الشركاء باستغلال هذه الاجزاء وبما يؤدي الى اخراجها عن وظيفتها، فهذا أمر غير جائز ويحق لباقي الشركاء أن يطلبوا منع هذا العمل المخالف للتخصيص الذي اعد له هذا الجزء دون أن يكلفوا بإثبات الضرر الناجم عن الاعتداء على هذا الجزء المشترك.

٤- اذا تصرف مالك البناء بترتيب حقوق الارتفاق على سطح بنائه فان ذلك يكون على بنائه ككل وليس على السطح فقط لأن من يملك البناء يملك سطحه ايضاً.

٥- ان القانون المدني العراقي وكذلك قانون التسجيل العقاري العراقي لم ينص على امكانية ان تصبح الاجزاء المشتركة من العمارة ملكاً خاصاً لأحد الشركاء أو لشخص أجنبي خارج الشركاء وذلك بخلاف بعض التشريعات المدنية كالقانون المدني المصري والسوري، الى أن صدر قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقية رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١ وأجاز أن يكون الاجزاء التي تعتبر مشتركة أصلاً في العمارة ومنها السطح ملكاً خاصاً لأحد الشركاء أو حتى لشخص لا يملك شقة في العمارة اذا وجد اتفاق بذلك بين الشركاء في بداية شراكتهم في العمارة.

ثانياً: المقترحات:

١- ضرورة تدخل المشرع لتنظيم حق المالك ملكية مفرزة أو شائعة على سطح بنائه بنصوص خاصة وعدم ترك هذا الامر لتقدير القضاء والفقهاء بناءً على الأحكام العامة للملكية.

٢- نوصي المشرع العراقي بالسماح للمالك بترتيب حق المساحة للغير على سطح بنائه أسوة بمالك الارض، وتنظيم هذا الموضوع ضمن أحكام حق المساحة.

٣- ضرورة تدخل المشرع العراقي لتنظيم عقد بيع البناء تحت الانشاء وعدم اعتبار هذا البيع باطلاً لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وبذلك تتم معالجة الكثير من الاشكاليات القانونية حماية لحقوق المشتري ومنها عدم انفراد صاحب المشروع ببناء طوابق اضافية على العمارة بحجة ان الشقق لم تسجل بعد باسم المشتري وبالتالي لا يشاركها احد في ملكية سطح العمارة.

٤- نهيىب بالمشرع العراقي عدم ترك تحديد الاجزاء المشتركة في العمارة لإرادة صاحب المشروع والملاك، لان من شأن ذلك أن يؤدي الى حرمان اصحاب الشقق من بعض الاجزاء المشتركة في العمارة كالسطح مثلاً. ومن شأن ذلك أن يكون شرطاً تعسفياً لاستغلال الطرف الاخر من العلاقة التعاقدية.

٥- نطالب من البرلمان الكوردستاني انفاذ قانون تنظيم ملكية الطبقات والشقق في العمارات العراقي رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١ مع اجراء بعض التعديلات عليه بما يتناسب التطورات العمرانية، ويؤدي الى تحقيق العدالة، أو اصدار قانون مستقل بهذا الموضوع.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب

- ١- القاضي جاسم جزا هورامي، الجامع لإهم مبتديء قضاء محكمة تمييز العراق لإكثر من ستة عقود-قسم القانون المدني، الجزء الثالث، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، السلیمانیة-العراق ٢٠١٨.
- ٢- القاضي جاسم جزا هورامي، الجامع لإهم مبتديء قضاء محكمة تمييز العراق لإكثر من ستة عقود-قسم القانون المدني، الجزء الرابع، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، السلیمانیة-العراق ٢٠١٨.
- ٣- جيروم هوييه، المطول في القانون المدني-العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة: منصور القاضي، المجلد الاول، الطبعة الاولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان ٢٠٠٣.
- ٤- الأمام حافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمزي، جامع الترمزي، راجعه: صالح بن عبدالعزيز بن محمد بن ابراهيم ال شيخ، الطبعة الثانية، وزارة الشؤون الاسلامية والاعوقاف والدعوة والارشاد، المملكة العربية السعودية، الرياض ٢٠٠٠.
- ٥- د.دع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، مكتبة السنهوري، بيروت-لبنان ٢٠٠٨.
- ٦- د.رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٤.
- ٧- د.سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي- الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣.
- ٨- د.طارق كاظم عجیل، الوسيط في عقد البيع-دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي، الجزء الاول-انعقاد العقد، الطبعة الاولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الاردن ٢٠١٠.
- ٩- د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الثامن، حق الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بدون سنة طبع.
- ١٠- د.عبدالمنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، بدون سنة النشر.
- ١١- د.علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء- دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان ٢٠١٨.
- ١٢- المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦-٢٠٠٨، الطبعة الثانية، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد-العراق ٢٠٠٩.
- ١٣- د.علي جبار صكيل الأسدی، الملكية الشائعة وأحكام إزالة الشيووع-دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، نشر وتوزيع المكتبة الوطنية، العراق ٢٠١٦.
- ١٤- د.علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني-الحقوق العينية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن ٢٠٠٠.
- ١٥- د.غزوان محمود غناوي، إزالة شيووع العقارات- دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، الطبعة الاولى، بغداد-العراق ٢٠١٣.
- ١٦- د.غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية- الحقوق العينية الاصلية، من منشورات وزارة التعليم العالي البحث العلمي، بغداد ١٩٨٢.
- ١٧- د.قصي سلمان، الحقوق العينية، الطبعة الاولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة-أربيل، أربيل ٢٠١٢.

١٨- كاظم حمدان البزوني و عمار عبدالحسين القره لوسي، المنتقى من الاحكام القضائية في المسؤولية الناشئة من النشر عبر المواقع التواصل الاجتماعي وأضرار أبراج الهواتف المحمولة، نشر وتوزيع المكتبة الوطنية، بغداد-العراق ٢٠١٨.

١٩- القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان-العراق للسنوات ١٩٩٣-٢٠١١- قسم القانون المدني، الطبعة الاولى، مطبعة حاج هاشم، أربيل-العراق ٢٠١٢.

٢٠- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، مصر ٢٠٠٨

٢١- د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ٢٠١٠.

ثانياً: الأبحاث العلمية

١- د. بمو برويزخان الدولي و ريبوار محمد صالح، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء-دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة جيهان، وهي مجلة علمية اكااديمية تصدر من قبل جامعة جيهان، المجلد (١)، العدد (٤)، السليمانية-العراق ٢٠١٧.

٢- د. منصور حاتم محسن و د. ايمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية- جامعة بابل- العراق، العدد (١) لسنة ٢٠٠٩.

٣- سارة بوفلحة، مدى انطباق خاصية الاذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، العدد (٤٧) المجلد (أ)، الجزائر ٢٠١٧.

٤- د. محمد حاتم البيات، الوصف القانوني للسطح في بيئة الأبنية متعددة الطوابق- دراسة تحليلية تأصيلية في القانون المدني مقارنة بالقرارات الإدارية الصادرة عن محافظة دمشق ووزارة الإسكان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الثاني ٢٠٠٩.

٥- ناصر خليل جلال و سميرة عبدالله مصطفى، قراءة نقدية لنطاق الحماية المدنية في قانون حماية المستهلك العراقي- بحث مقارن، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٢، العدد ١، الامارات العربية المتحدة ٢٠١٥.

ثالثاً: القوانين والقرارات

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٣- قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١.

٤- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٥- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩

٦- قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة ١٩٣٠.

٧- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

٨- قرار برلمان اقليم كردستان-العراق رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.

رابعاً: المصادر الالكترونية:

١- د. رعد هاشم أمين، نظرات على ملكية الطوابق والشقق في العمارات في ضوء احكام القانون رقم (٦١) لسنة ٢٠٠٠،

المتاح على العنوان الالكتروني الاتي:

http://www.law.nahrainuniv.edu.iq/teachersFiles/2017_03_20_02_33_15%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%88%D8%A7%D8

[%A8%D9%82%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%82%D9%82%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%A%20%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%83%D9%86%D9%8A%D8%A9.docx](#)

٢- القاضي سالم عبد محمد، تجاوز الشركاء، منشور في موقع مجلس القضاء الاعلى، متاح على العنوان الالكتروني
الاتي:

<https://www.hjc.iq/view.1648/>

٣- طارق كاظم عجيل، بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشاءع-تعليق على موقف القضاء العراقي، منشور

في موقع مجلس القضاء الاعلى والمتاح على العنوان الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq/view.3883/>