

## حَقُّ الْمُسَاطَحَةِ وَأَثَرُهُ عَلَى حُقُوقِ مَالِكِ الْأَرْضِ (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)

### The Right of Musataha and Its Impact on Owners' Rights (A Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence)

م.م حسن كاظم عباس\*  
جامعة المثنى / كلية القانون

م.م مريم جمال جاسم\*  
جامعة المثنى / كلية القانون

تاريخ النشر: 2025\12\30

تاريخ القبول: 2025\10\20

تاريخ الإرسال: 2025\9\16

#### المستخلص

يعد حق المساطحة من الحقوق العينية الواردة على العقار والمتفرعة عن حق الملكية والذي يمكن اكتسابه عن طريق العقد المبرم بين اطرافه وعليه فإن العقد يترتب عليه التزامات وحقوق بذمة العاقدين ويمنح صاحبه السلطات الممنوحة لمالك الأرض المساطح بها، فهذا الحق يتطلب نشوء ملكيتين الأولى لمالك الأرض والثانية لمالك المحدثات المقامة فيكون للعقار الواحد مالكان وانطلاقاً من أهمية الموضوع فقد تطرقت إليه القوانين من خلال إيراد نصوص تشريعية تتعلق بأحكامه وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والقانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1947 والقانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949 والقانون المدني الجزائري لسنة 1975 والقانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 هذا من جانب ومن جانب آخر فقد تطرق الفقه الإسلامي اليه تحت مسميات مختلفة واحتوى على كتب فقهية تتضمن أحكامه ولمعرفة كل ما يتعلق به من احكام ومدى تأثير مالك العقار المساطح به بنشوء هذا الحق ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي تم تقسيم هذا البحث الى مبحثين الاول لتوضيح معناه اللغوي والاصطلاحي وأركانه وتكييفه الفقهي والقانون والثاني لتبيان تأثير سلطات مالك الأرض بهذا الحق وأنهينا البحث بخاتمة اشتملت جملة من النتائج والتوصيات .

الكلمات المفتاحية: حق المساطحة، الفقه الإسلامي، حقوق المالك

#### Abstract

It can be acquired through a contract concluded between the parties. Accordingly, the contract entails obligations and rights for the contracting parties and grants the holder the same powers as the owner of the land subject to the musataha. This right gives rise to two forms of ownership: the first for the owner of the land and the second for the owner of the newly constructed buildings, such that a single property has two owners. Given the subject's importance, the laws have addressed it through legislative provisions and the rights and obligations that arise from them. Among these laws is the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, the Jordanian Civil Law No. (43) of 1976, the Egyptian Civil Law No. (131) of 1947, the Syrian

\* Email : [mariam.jamal@mu.edu.iq](mailto:mariam.jamal@mu.edu.iq)

\* Email : [Hassan.kasem@mu.edu.iq](mailto:Hassan.kasem@mu.edu.iq)

#### Creative Commons License

This work is licensed under a **Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)**.

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Civil Law No. (84) of 1949, the Algerian Civil Law of 1975, and the Yemeni Civil Law No. (14) of 2002. On the other hand, Islamic jurisprudence has addressed it under different names and includes books of jurisprudence that contain its rulings. To know all the rulings related to it and the extent to which the owner of the flat property is affected by the emergence of this right, and to compare it with what is stated in Islamic jurisprudence. This research is divided into two sections. The first explains its linguistic and technical meaning, its pillars, and its legal and jurisprudential interpretation. The second describes the impact of this landowner's powers. We present a conclusion that summarizes the findings and recommendations.

**Keywords:** Right of Superficies, Islamic Jurisprudence, Rights of the Owner

### مقدمة

إن حق المساطحة يعتبر من الحقوق العينية الواردة على العقار والمتفرعة عن حق الملكية والذي يمنح صاحبه السلطات الممنوحة بموجب حق الملكية والمقررة بموجب القانون ومن خلالها يستطيع صاحب هذا الحق التصرف به واستغلاله واستعماله ويمكن تعريف هذا الحق بأنه اتفاق بين مالك الأرض والمساح بإقامة ابنية ومنشآت على ارض الغير بموجب هذا الاتفاق المبرم بينه وبين المالك فهذا الحق يقتضي قيام ملكيتين مختلفتين الاولى لمالك الأرض والثانية لمالك الابنية والمنشآت إذ يكون للعقار الواحد مالكان فضلا لأهمية هذا الحق من الناحية الاقتصادية والتي تتجلى في رغبة اصحاب رؤوس الاموال في استثمارها والاستفادة منها في المجالات المختلفة وان اهم مجال لاستثمارها يتم من خلال الاتفاق مع مالكي الاراضي بإقامة الابنية والمنشآت مثل المصانع والفنادق وغيرها من المحدثات بما يحقق مصالحهم من ناحية والسعي للنهوض بالواقع الاقتصادي للبلد من ناحية ثانية عندما ترد المساطحة على العقارات المملوكة للدولة وعليه فأن حق المساطحة يجعل من مالك الابنية والمنشآت بمنزلة مالك العقار فهل يحد هذا الحق من جميع السلطات التي يتمتع بها مالك الأرض ومن هنا تظهر اهمية دراسة هذا الموضوع ولهذا نلاحظ ان القوانين تطرقت اليه من خلال ايراد نصوص تشريعية في قوانينها تتعلق بأحكام هذا الحق واطرافه وما ينشأ عنه من التزامات ومن هذه القوانين القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1947 القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951النافذ والقانون المدني السوري رقم(84) لسنة 1949 والقانون المدني الجزائري لسنة 1975 والمشرع الاردني في القانون رقم (43) لسنة 1976النافذ والقانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 وبما ان الفقه الإسلامي تطرق الى هذا الحق تحت مسميات مختلفة والتي ترد على أرض الوقف وعلى كتب فقهية يمكن الرجوع اليها لتبيان احكامه

ولمعرفة ما ورد من أحكام بشأنه في الفقه الاسلامي ومقارنتها مع الاحكام الواردة في القوانين الوضعية استلزمت مقدمة البحث ان تكون بالشكل الآتي :

**مشكلة البحث:** تكمن مشكلة البحث في دراسة حق من الحقوق العينية في القانون المدني العراقي الذي ينشأ بموجب اتفاق بين مالك الارض والمساح والذي ينتج عنه التزامات وحقوق في ذمة الاطراف وما لهذا الحق من تأثير على سلطات مالك العقار المساح به ومقارنتها مع ما ورد في الفقه الاسلامي من احكام بشأنه .

**منهجية البحث :** اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بحق المساحة في القانون المدني العراقي ومقارنتها بالنصوص القانونية في القوانين الاخرى من جهة والفقه الإسلامي من جهة اخرى وبيان كل فكرة وتوضيحها مركزين على ما لدى المشرع العراقي والأردني من قواعد تشريعية تتعلق بالموضوع.

**اهمية البحث :** تتمثل أهمية البحث لما لحق المساحة من أهمية من الناحية القانونية والاقتصادية بما يسهم في استثمار الاموال وتوظيفها لرفع مستوى التنمية الاقتصادية للبلد من خلال المزايا التي يمنحها هذا الحق للمساح بالإضافة الى اثبات مشروعيته في الفقه الاسلامي ومقارنته مع القانون الوضعي.

**خطة البحث :** تم التطرق الى موضوع البحث من خلال تقسيمه الى مبحثين تضمن المبحث الأول تحديد التعريف اللغوي والاصطلاحي لحق المساحة بالإضافة الى توضيح أركانه وتكييفه الفقهي والقانوني أما المبحث الثاني فعني بتوضيح تأثير حق المساحة على سلطات مالك الأرض والذي بدوره تضمن المركز القانوني لمالك الارض المساح بها ومصير المحدثات المقامة من قبل المساح ثم التطرق الى فلسفة المشرع العراقي في أحقية صاحب الأرض بتملك المحدثات المقامة من قبل المساح.

## المبحث الاول

### مفهوم حق المساحة

إن دراسة وبحث أي موضوع يتطلب تحديد تعريف جامع ومانع له ليتسنى لنا معرفة الأحكام المتعلقة به من ناحية تحديد طبيعته وأركانه والاثار المترتبة عليه وبما إن حق المساحة يعد من الحقوق الواردة على العقار والتي قد تؤثر على السلطات الممنوحة للمالك بموجب حق

الملكية وعلى ضوء ذلك سنتناول في هذا المبحث الذي تم تقسيمه الى مطلبين خصص الأول لتحديد تعريف الحق وأركانه والثاني لتكييف حق المساطحة وسيتم التطرق الى هذه المسائل بالتفصيل الآتي:

### المطلب الأول ماهية حق المساطحة واركانه

إن تعريف حق المساطحة يستلزم توضيح الدلالة اللغوية والاصطلاحية لهذا الحق لئيتسنى لنا معرفة كل ما يتعلق به من أحكام وعقد المساطحة كأى عقد لايد لانعقاده صحيحا أن تتوفر به مجموعة من الأركان نصت عليها القوانين المدنية لكل الدول والتي بدونها لا يمكن أن ينعقد العقد وعليه سوف يتضمن هذا المطلب تبيان معنى المساطحة في الفرع الاول أما الفرع الثاني فخصص لتوضيح أركان العقد.

### الفرع الأول

#### تعريف حق المساطحة

إن لمفردة المساطحة في اللغة معان كثيرة فأصل كلمة مساطحة هي (سطح ) ، يسطح سطحا ، والسطح يعني بسط الشيء ومدّه او هو الشيء على وجه الارض وسطح كل شيء أعلاه وانسطح الشيء بمعنى انبسط<sup>(1)</sup> . ويقال ان الارض مساطحة أي لا يوجد بها مرعى ، لذا يمكن تشبيهها بالبيوت المسطوحة ، والسطح هو ما تكون كل اجزائه متساوية فظهر البيت يسمى سطحا اذا كان مستويا ، ويقال انسطح الرجل بمعنى امتد على قفاه ولم يتحرك<sup>(2)</sup> . اما فيما يخص المعنى الاصطلاحي لمفردة المساطحة فلا بد من تحديد المعنى التشريعي لها ثم التطرق الى المعنى الشرعي .

فبالنسبة للمعنى التشريعي فقد تطرق المشرع العراقي الى المساطحة باعتبارها من الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية<sup>(3)</sup> وذكر تعريفها بأنها حق عيني يمنح صاحبه اقامة ابنية ومنشآت غير الغراس على ارض مملوكة لشخص آخر بموجب اتفاق بينه وبين مالك الارض ويحدد الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته<sup>(4)</sup> . اما المشرع الاردني فقد

(1) أحمد ابن زكريا ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج3 ، ط1 ، تحقيق عبد السلام محمد ، دار الفكر للنشر ، بلا مكان نشر ، 1979م ، ص72 .

(2) محمد ابن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة للنشر \_ الكويت ، 1983م ، ص298

(3) وهذا ما أشارت له المادة (68) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 بقولها ان " الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف والعقر والاستعمال والسكنى والمساطحة "

(4) المادة (1266) من القانون المدني العراقي المعدل

تطرق الى المساطحة تحت تسمية حق القرار في المادة ( 1225 ) التي بينت ان حق المساطحة من الحقوق العينية التي تمنح صاحبها الحق في اقامة الابنية والغراس على ارض الغير ، وقد أشار المشرع المصري الى حق المساطحة وعرفه بحق الحكر وهو احد الحقوق المتفرعة عن حق الملكية والذي بمقتضاه يملك المحتكر حق عيني على ارض موقوفة يخوله الانتفاع بإقامة ابنية او من اجل غرسها<sup>(5)</sup> ، اما في القانون النافذ فنظم المشرع المصري حق الحكر دون التطرق الى تعريفه واكتفى بذكر أحكامه أما المشرع اليمني فقد ورد في القانون المدني حق المساطحة تحت تسمية حق القرار والذي أعطى تعريف دقيق له بأنه حق عيني يخول صاحبه اقامة الابنية والغراس في أرض الغير في حين اطلق المشرع السوري على تسمية حق السطحية وذكر تعريفا له بأنه الحق الذي يخول المالك الحق في اقامة الابنية والمنشآت والغراس على ارض الغير<sup>(6)</sup> ، أما المشرع الجزائري فقد أشار الى الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية تحت مسمى تجزئة حق الملكية ومن بين هذه الحقوق حق الانتفاع والذي يعرفه بأنه حق عيني يرد على شيء مملوك للغير بقصد استعماله واستغلاله<sup>(7)</sup> .

ومما تجدر الاشارة اليه الى ان النصوص التشريعية التي تطرقت الى تعريف حق المساطحة بعضها شمل الغراس والبناء وهذا ما نهجه المشرع المصري والاردني والسوري واليمني أما المشرع العراقي فقصر حق المساطحة على الابنية والمنشآت دون الغراس. ويرى الدكتور حسن الذنون ان هناك سببين دفعا المشرع العراقي الى استبعاد الغراس من نطاق حق المساطحة

الاول: - إن الغراس لا يبقى على الارض إلا لفترة قصيرة مقارنة بمدة حق المساطحة المحددة بالقانون على اعتبار إن إنشاء حق المساطحة يكون لفترة طويلة

5) إن التعريف المذكور في متن البحث هو ما ورد في مشروع القانون المدني المصري رقم ( 131 ) لسنة 1948 .  
6) وهذا ما وضحته المادة ( 1333 ) من القانون المدني اليمني رقم ( 14 ) لسنة 2002 المعدل ويقابلها نص المادة ( 994 ) من القانون المدني السوري رقم ( 84 ) لسنة 1949 .  
7) جبار جميلة ، حق الانتفاع دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة البليدة ، الجزائر ، 2011م ، ص 52 .

**الثاني :-** المشرع العراقي لم يغفل تنظيم الاحكام المتعلقة بعقد المغارسة<sup>(8)</sup> والتي يمنح فيها الحق للشخص بإقامة الغراس على أرض الغير لمدة معلومة والذي يعتبر نوعاً من أنواع الإيجار<sup>(9)</sup>.

أما فيما يتعلق بالدلالة الشرعية لحق المساطحة ان هذا الحق لم يكن معروفافي الشريعة الاسلامية بل ان هناك حق آخر شبيهه لحق المساطحة ألا وهو عقد الإجارة الطويلة الذي يرد على الاموال الموقوفة فقد أجاز الفقه الاسلامي إحداث الأبنية والغراس في أرض الغير الموقوفة إن فكرة إيجار العقارات الموقوفة إجارة طويلة بمرور الوقت تحولت الى عقود أخذت تسميات متعددة منها عقد المساطحة وعقد الحكر وعقد الاجارتين<sup>(10)</sup>. إلا إن عقد الحكر هو الاقرب لحق المساطحة والذي هو نوع من أنواع عقود الاجارة الطويلة والمراد منه " استبقاء الأرض مقررة للبناء او الغراس أو لأحدهما "<sup>(11)</sup>.

ويعرف البعض حق الحكر بأنه حق قرار على أرض الوقف بإجارة مديدة بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجهة الوقف مبلغ معجل يقارب قيمة الأرض ، ويرتب مبلغ سنوي اخر لجهة الوقف وله الحق في الانتفاع بها بالبناء والغراس<sup>(12)</sup>. يتضح لنا من خلال بحث الدلالة اللغوية والاصطلاحية لحق المساطحة ان المعنى اللغوي لهذه المفردة ينصرف الى استواء الارض او السطح والذي له علاقة واضحة بالمدلول الاصطلاحي فبالعودة الى تعريف القوانين الوضعية الى حق المساطحة نرى ان التشريعات قد اطلقت تسميات متعددة على هذا الحق فمنهم من اسماه بحق السطحية او المساطحة وهذا ما اشار له المشرع السوري والمشرع العراقي ومنهم من اسماه بحق القرار وهذا مما انتهجه المشرع اليمني والمشرع الاردني اما المشرع المصري فعرفه بحق الحكر في حين نظمه المشرع الجزائري من ضمن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية تحت مسمى حق الانتفاع .

---

(8) وهذا ما أشارت له المادة (824) من القانون المدني النافذ بقولها " عقد على إعطاء أحد أرضه الى آخر ليغرس فيها أشجاراً معلومة ويقوم بترتيبها مدة معلومة على أن تكون الأشجار و الأرض أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة " .

(9) د حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للنشر ، بغداد ، 1954م ، ص35.

(10) وليد محمد الشيبلي ، حق المساطحة والقرار والانتفاع والحكر في الفقه والقوانين المقارنة ، مكتبة صباح للنشر ، بغداد ، 2019م ، ص17.

(11) محمد أمين ابن عمر ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج4، دار الكتب العلمية للنشر ، بلا مكان ، 1996م ، ص391.

(12) دمصطفى الزرقا ، أحكام الاوقاف ، دار عمان للنشر ، الاردن ، 1998م ، ص52.

نستنتج مما سبق ذكره ان الحق في اقامة البناء والغراس الوارد في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ما هو الا حق المساطحة الذي يرد على الاراضي المملوكة لشخص او لجهة معينة يمنح صاحبه حق البناء والغراس مقابل عوض مالي يدفع لصاحب الارض.

### الفرع الثاني

#### أركان حق المساطحة

بما ان حق المساطحة ينشأ بموجب العقد المبرم بين مالك الارض وصاحب الحق فإن لانعقاده صحيحا لا بد من وجود مجموعة من الاركان التي يمكن اعتبارها من مقومات العقد والتي بدونها لا وجود للعقد واركان العقد عند الفقهاء هي الصيغة التي تتضمن الايجاب والقبول ومحل العقد والعاقدان (13).

أما في القانون الوضعي فتتمثل اركان العقد بالرضا والمحل والسبب ويضاف لها ركن آخر يطلق عليه ركن الشكل إذا كان العقد واردا على عقار وعليه سنستعرض هذه الاركان كالآتي:

#### اولا: الرضا

ان الاصل في العقود المبرمة بين الطرفين هو مبدأ الرضائية وأصل هذا المبدأ وارد في القرآن الكريم في قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض" (14)، وانطلاقا من هذا المبدأ نصت القوانين الوضعية على توفر الرضا كركن من أركان العقد ولكن الرضا يعتبر من الأمور الخفية فلا بد من وجود ما يعبر عنه ألا وهو الإرادة (15)، فالإرادة تعني التصرف القانوني المتجه إلى إحداث أثر قانوني ألا وهو انشاء الالتزام (16).

فمصطلح التراضي ما هو الا تطابق ارادتي أطراف العقد على انشائه وترتيب آثاره ويتحقق بتوافق الإيجاب مع القبول (17)، وإن الرضا بالمعنى المذكور لا يمكن اعتباره إلا إذا صدر من شخص متمتع بالأهلية (18) وغير مشوب بعيب من عيوبها ففي عقد

(13) محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي للنشر ، القاهرة ، 1996م ، ص 173.

(14) القرآن الكريم، سورة النساء ، الآية :29.

(15) حنان عوض ، حق المساطحة وتطبيقاته ( دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاردني ) ، ط1، وزارة الثقافة ، الاردن ، 2024م ، ص 71.

(16) د عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ( نظرية الالتزام بوجه عام ) ، دار النهضة العربية \_ القاهرة ، 1966م ، ص 48\_ 49 .

(17) د غني حنون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970م ، ص 50.

(18) إن معنى الأهلية ينصرف الى صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا . نقلا عن د عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1، وزارة التعليم العالي العراقية ، 1980م ، ص 64.

المساطحة ينعقد العقد باتفاق بين مالك الأرض والمساطح وان تتجه ارادتهما الى ترتيب الأثر القانوني وهذا ما أشارت له المادة 1266 سابتت الذكر من القانون المدني العراقي "باتفاق بينه وبين مالك الأرض".

#### ثانيا: المحل

ان المقصود من المحل بوصفه ركنا في العقد فلا يمكن عد العقد صحيحا ومنعقدا بدونه والذي يمكن تعريفه "الشيء الذي يلتزم المدين القيام به وهو إما نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل (19).

فمحل العقد هو ما يرد عليه العقد ويثبت أثره فيه فمحل عقد المساطحة ما يرد عليه عقد المساطحة وطبقا للقوانين الوضعية المدنية فإنه يرد على أرض مملوكة للغير بقصد الانتفاع بها فهو حق عيني يرد على العقارات دون المنقولات وهو بهذا الوصف تنحصر ملكية المساطح بما يحدثه على سطح الأرض من الأبنية والمنشآت فمن يملك الحق العيني يمارس حقه على الشيء محل الحق دون الحاجة إلى تدخل طرف آخر وبموجب هذه السلطة يكون له حق الاستعمال والاستغلال والتصرف المادي بما يحدثه على سطح الأرض (20).

ولا يجري عقد المساطحة إلا على أرض فقد نص القانون المدني العراقي إن حق المساطحة يخول صاحبه إقامة البناء والمنشآت على أرض الغير فمصطلح أرض الغير ينصرف الى أي أرض ليست ملكا لصاحب حق المساطحة (21)، وذات المعنى أشار له المشرع الأردني في المادة 1225 والمشرع السوري في المادة 994 والمشرع اليمني في المادة 1333 والمشرع المصري في المادة 1002 المشار اليهم سابقا.

#### ثالثا: السبب

إن السبب (22) يعتبر من أركان انعقاد العقد له معنيين الأول: الغرض المباشر الذي يرمي المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه وهو ما يسمى سبب الالتزام وهو واحدا في كل

(19) د عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام ) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007م ، ص180.

(20) حنان عوض ، المصدر السابق ، ص73.

(21) ينظر المادة (1226) من القانون المدني العراقي المعدل .

(22) يعرف السبب عند فقهاء الشريعة الاسلامية " كل وصف منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرف للحكم الشرعي ويكون شاملا لجميع أبواب الفقه كالعبادات والعقوبات والمعاملات والمناكحات " ، ينظر محمود المظفر ، نظرية العقد ، ط3، دار حافظ للنشر ، بلا مكان نشر ، 2011م، ص245.

العقود أما الثاني: الدافع الباعث إلى التعاقد أي الغاية التي يقصد المتعاقد الوصول إليها من جراء العقد ويسمى سبب العقد وهو يختلف من عقدا لأخر (23) .  
واستنادا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة لا بد من وجود سبب مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإذا لم يذكر في العقد فأن القانون يفترض وجوده ما لم يقد الدليل بخلافه (24) فالسبب من ابرام عقد المساطحة بالنسبة للمساطح هو الانتفاع بالأرض محل العقد وبالنسبة للمالك الحصول على الأجرة المتفق عليها في العقد أو الحصول على ملكية ما أحدثه المساطح على الأرض من أبنية ومنشآت .

#### رابعاً: التسجيل

يطلق على مصطلح التسجيل في الفقه الإسلامي الوثيقة أو الحجة فقد اتفق الفقهاء على جواز الاعتماد على الوثيقة أو الحجة الصحيحة في إثبات أي حق من الحقوق لأن الكتابة تعتبر من أقوى وسائل إثبات الحقوق (25) . وما يقابل الحجة في القانون الوضعي التسجيل فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة (1226) من القانون المدني العراقي إن عقد المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وأيضا أشار الى هذا المعنى قانون التسجيل العقاري في المادة (229) ف1 التي دلت على إن " ينشأ حق المساطحة على الأرض التي تم وقفها وقف صحيح أو العائدة ملكيتها لشخص ما ويسجل اتفاق بين مالك الأرض والمساطح في السجل العقاري (26) .

ومادنا قد اعتبرنا التسجيل ركنا في العقد فأن الأثر المترتب على مخالفة هذا الركن هو بطلان العقد وعليه فأن عقد المساطحة الغير مسجل في دائرة التسجيل العقاري يعتبر عقدا باطلا وهذا ما وضحه منطوق المادة (137) في الفقرة الثالثة من القانون المدني

(23) د أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ( مصادر الالتزام ) ، دار العلم للثقافة والنشر ، بلا مكان نشر ، 2003م ، ص127.

(24) وهذا ما أشارت له المادة (132) من القانون المدني العراقي النافذ التي تنص على انه " ف1: يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب العامة ف2: ويفترض في كل التزام إن له سبب مشروع ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقد الدليل على غير ذلك " .

(25) ينظر فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج4 ، ط1 ، المطبعة الكبرى الاميرية \_ القاهرة ، 1313هـ ، ص184.

(26) قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

العراقي التي تطرقت إلى معنى العقد الباطل لكونه لم يستوفي الشكل الذي نص عليه القانون (27).

إلا إن ما سار عليه القضاء العراقي العديد من القرارات الصادرة من محكمة التمييز في بعض توجهاتها توافق ما ذكر اعلاه وتعتبر العقد باطلا فقد جاء في أحد قراراتها " ان عقد المساطحة يعتبر من العقود الشكلية التي لا تتعد الا بالاستيفاء الشكل الذي فرضه القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وفي حالة عدم تسجيله في الدائرة المشار إليها فإنه يعتبر باطلا ولا يفيد الحكم ....."، وفي قرار آخر " إن عقد المساطحة من العقود الشكلية التي لا تتعد الا باستيفائها الشكلية المطلوبة بالتسجيل لدى الدوائر المختصة " (28).

وفي توجه آخر لا تجعل من العقد الغير مسجل باطلا وإنما يتحول الى عقد آخر من نوع خاص وهو عقد الإجارة الطويلة استنادا الى نظرية تحول العقد (29). فقد ورد في إحدى القرارات إلى إن " عقد المساطحة إذا لم يسجل في دوائر التسجيل العقاري وفقا لأحكام المادة (1226) من القانون المدني والمادة (229) من قانون التسجيل العقاري لا يكون باطلا بل يعد عقدا من نوع خاص ويعتبر عقدا صحيحا بالوصف الذي تضمنته شروطه مادام غير مخالف للنظام العام والآداب ويلتزم الطرفان بالشروط المتفق عليها " وقد ورد ذات المعنى في قرار ثاني قضت محكمة التمييز الاتحادية إن عدم تسجيل عقد المساطحة وفق طبقا للمادة 1226/2 من القانون المدني العراقي النافذ يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وإن طلب فسحه تطبق عليه أحكام المادة (774) من القانون المدني (30).

وتعليقا على قرارات محكمة التمييز إننا إذا اعتبرنا عقد المساطحة من العقود الشكلية بدلالة الفقرة الثانية من المادة (1226) من القانون المدني العراقي فلا بد لانعقاده من تسجيله بدائرة التسجيل العقاري ومن ثم فإن عدم التسجيل يجعل من العقد باطلا والعقد

---

(27) والتي تشير الى "ويكون باطلا أيضا إذا لم يستوفي الشكل الذي فرضه القانون " .  
(28) قرار محكمة التمييز رقم 76/ مدني/1996 بتاريخ 14/6/1996؛ قرار رقم 2001/ مدني/2 /1998 بتاريخ 23/6/1998 نقلا عن وليد محمد الشبيبي، حق المساطحة والقرار والانتفاع والحكر في الفقه والقوانين المقارنة، مكتبة صباح للنشر، بغداد، 2019م، ص 198.  
(29) والتي إشار إليها القانون المدني في المادة 140 التي تنص على انه "إذا كان العقد باطل وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيح باعتبارها العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين إن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

(30) قرار محكمة التمييز رقم 1733/ عقد مساطحة / 2008 بتاريخ 5/8/2008 منشور على الرابط التالي :

<http://www.hjc.iq>

؛ قرار رقم 691/ هيئة استئناف عقار / 2020 / بتاريخ 9/2/2020، نقلا عن حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية، ج7، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020، ص116.

الباطل لا يلحقه الفسخ ، وإن توجه القضاء العراقي الى نظرية تحول العقد من عقد مساطحة الى عقد ايجار يكون محل نظر لأنه مخالف لمنطوق المادة 1226 من القانون المدني العراقي نصت على وجوب التسجيل ويضاف الى ذلك إن قانون التسجيل العقاري أشار إلى إن التصرف العقاري لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري عند تعرضه الى تعريف التصرف العقاري الذي يؤدي الى انشاء الحقوق العينية الاصلية والتبعية وبما إن عقد المساطحة يعتبر من الحقوق العينية الاصلية والتي محله عقار وعليه فإن عدم التسجيل يجعل من العقد باطل (31).

وقد نوه المشرع الأردني الى ان ملكية الحقوق العينية لا تنتقل بين أطراف العقد إلا بالتسجيل لدى الدوائر المختصة فلا يمكن الاعتراف بعقد المساطحة إذا لم يستوفي الشكل الذي فرضه القانون (32).

وذات الأمر اشارت له محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها " إن عقد المساطحة من العقود الشكلية والتي يتطلب تسجيلها لدى دائرة الاراضي ، وحيث ان هذا العقد لم يسجل وبالتالي فهو باطل " (33).

يتجلى لنا من خلال عرض موقف القانون العراقي والقضاء العراقي والقانون الاردني بخصوص الشكلية المطلوبة لأبرام عقد المساطحة ان المشرع العراقي كان واضحا بشأن اشتراطها كركن لانعقاد العقد إلا إن القضاء العراقي له رأي مختلف ففي بعض القرارات اعتبر العقد باطلا وفي قرارات اخرى لا يعده باطلا وانما يجعله عقد من نوع خاص أما المشرع الأردني فقط أشار بشكل صريح إلى بطلان العقد في حال لم يلتزم أطرافه بالشكل الذي فرضه القانون وقد ساير القضاء الأردني مانصه المشرع وحكم ببطلان العقد وكان الأجدر بالقضاء العراقي الحكم بالبطلان استنادا لما ورد في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري.

(31) ينظر نص المادة (3) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

(32) ينظر المادة (1148) من القانون المدني الاردني المعدل .

(33) تمييز حقوق رقم 1529 لسنة 2019 نقلا عن حنان عوض ، حق المساطحة وتطبيقاته ( دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاردني )، ط1، وزارة الثقافة ، الاردن ، 2024، ص89.

## المطلب الثاني

### تكييف حق المساطحة

بعد ان تكونت لدينا فكرة عن معنى حق المساطحة من الناحية اللغوية والاصطلاحية نأتي الى تحديد الوصف الفقهي والقانوني الصحيح لهذا الحق فهل يمكن تكييفه على عقد الإجارة أو على عقد الحكر على اعتبار أن كلاهما يرد على أرض مملوكة للغير بقصد الانتفاع بها أم إنه عقد مستقل من الناحية القانونية عن هذه العقود وعلى ضوء ذلك ارتأت الباحثة تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### التكييف الفقهي لحق المساطحة

إن الفقه الاسلامي لم يتطرق الى عقد المساطحة بمفهومه القانوني، وانما تطرق الى عقود اخرى ذات صلة بهذا العقد ترد على أرض الوقف أو على أرض غير موقوفة القصد منها إقامة البناء أو الغراس لغرض المنفعة والتي سنناقشها بالآتي:

#### اولاً: تكييف حق المساطحة على عقد الإجارة

إن لفظ الإجارة في اللغة بمعنى الأجرة وهو مشتق من ( الأجر ) ، والاجر له معنيان الاول الكراء والثاني الأجرة على العمل وهذان المعنيين يدلان على بدل المنفعة، والإيجار هو الاعطاء بالكراء والاستئجار الاخذ بالكراء<sup>(34)</sup> ومنه أطلق لفظ الأجر على الثواب، فالإجارة من أجر، يأجر وهو ما اعطيت من أجر في عمل، وتأجير العين: كرائها منقولا كانت او عقارا<sup>(35)</sup>.

أما في الاصطلاح الفقهي فإن لكل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي تعريف معين لها فقد عرفها فقهاء الحنفية بأنها "عقد على المنافع بعوض" فقد اعتبروا إن الإجارة عقد وركنه الإيجاب والقبول والصيغة<sup>(36)</sup>، في حين تطرق فقهاء المالكية إلى إن الإجارة والكراء لهما تعريف مشترك وهو " تملك منافع شيء بمدة معلومة بعوض " واركناها هي العاقد والاجر والمؤجر والصيغة<sup>(37)</sup>، اما فقهاء الامامية فقد عرفوا الإجارة بأنها "

(34) أحمد ابن زكريا ابن فارس ، المصدر السابق ، ص63.

(35) جمال الدين ابن مكرم ابن منظور ، ، لسان العرب ، ج4، الناشر ادب الحوزة ، قم المقدسة \_ إيران ، 1405هـ ، ص10.

(36) كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام ، فتح القدير ، ج9، دار الفكر للنشر ، بلا مكان وسنة نشر ، ص58.

(37) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، ج3، دار الأرقم ابن الأرقم للنشر ، بيروت \_ لبنان ، بلا سنة نشر ، ص100.

عقد ثمرته نقل المنفعة " وأركانها الإيجاب والقبول والعيوض وأيضا تطرق فقهاء الحنابلة إلى الإجارة بقولهم " بذل عوض معلوم ، في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم " (38)

وحسب الاصطلاح الفقهي فإن الإجارة تكون على نوعين الأول: يرد على منافع الاعيان كاستئجار الأراضي والدور والدواب والثاني استئجار أرباب الحرف والعمال.

هذا فيما يتعلق بعقد الإجارة بشكل عام أما بالنسبة لإجارة الأراضي للغراس والبناء لمدة طويلة أو لمدة معلومة فهذا العقد يتعلق برقبة الأرض الخالية فيجري إستحكارها للبناء أو الغراس وإن القصد من عقد الإجارة هو منع الغير وإبقاء الأرض بيد المستأجر لمصلحة الوقف على إن يدفع أجر محدد لقاء ذلك فهذه المسألة كانت محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من أجاز إجارة الأرض لمدة طويلة وهذا ما ذهب اليه الفقه الحنفي والفقه المالكي (39).

أما الفقه الحنبلي والشافعي قالوا بصحة إجارة الأراضي الوقفية لفترة طويلة ولكن قيدوا جواز الإجارة بوجود المصلحة العائدة لجهة الوقف أو الضرورة ، أما فقهاء الامامية فقالوا بعدم جواز إجارة الأرض الموقوفة لمدة طويلة لأن ذلك مدعاة الى ترتيب أثر الملكية عليها إلا إن عدم الجواز لا يؤخذ بإطلاقه فيمكن إجارة الأرض لمدة معلومة وبأجرة محددة (40).

يتضح لنا مما تم طرحه إن عقد الإجارة الوارد على الأراضي الموقوفة أو ما يسمى بإجارة الوقف هو عقد للحصول على منفعة الأراضي الموقوفة من خلال استغلالها بالبناء أو الغراس وإن له أركان تتمثل بالصيغة والمنفعة وأطراف العقد أما بالنسبة الى حق المساطحة الوارد في القانون المدني فلا يمكن تكييفه على عقد الإجارة الطويلة للفروقات الآتية:

1- إن حق المساطحة وفقا للنص القانوني يعتبر حق عيني يخول صاحبة سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال بخلاف عقد الإجارة فإن المستأجر لا يمكنه الانتفاع بالعين محل العقد إلا بالرجوع إلى مالك العين.

(38) ينظر محمد حسين فضل الله ، فقه الاجارة في شرح العروة الوثقى ، ط1، دار الملاك للنشر ، بيروت \_ لبنان ، 1998م، ص5-8؛ منصور ابن يونس البهوتي ، شرح منهي الارادات ، ج2، عالم الكتب للنشر ، بيروت \_ لبنان ، 1996م ، ص241. (39) ينظر شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج15، ط1، تحقيق خليل محي الدين ، دار الفكر للنشر ، بيروت \_ لبنان ، 2000م ، ص132؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج7، دار الفكر للنشر ، دمشق ، بلا سنة نشر ، ص54. (40) ينظر شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي ، الفتاوى الكبرى ، ج3، دار الفكر للنشر ، بيروت \_ لبنان ، بلا سنة نشر ، ص328؛ منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج4، ط1، عالم الكتب للنشر ، بيروت \_ لبنان ، 1997م، ص353؛ محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج2، ط1، المكتبة المرتضوية ، النجف الاشرف ، 1360هـ، ص89-91.

- 2- وبما إن حق المساطحة حق عيني فإنه يمكن لصاحبه أن يكتسبه بمرور الوقت بخلاف الإجارة فلا يمكن تملك المنفعة إلا بموجب العقد المبرم بين الطرفين.
- 3 - يخول حق المساطحة صاحبه حق تتبع العين إذا انتقلت لشخص آخر أما عقد الإجارة فلا يمنح صاحبه مثل هذا الحق.

### ثانياً: تكييف حق المساطحة على عقد الحكر

المقصود بالحكر في اللغة هو ما يجعل على العقارات ويحبس ومعنى الحاكورة هي قطعة أرض لزراع الأشجار قريبة من الدور ، واحتكر الطعام بمعنى جمعه وحبسه (41) .  
ومن هذا المعنى اللغوي انطلق المعنى الاصطلاحي لعقد الحكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوه بأنه " عقد إجارة القصد منه استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس " ويطلق عليه بعض الفقهاء الاحكار ويعرفه " عقد إجارة يقصد به ابقار الأرض للبناء أو الغرس ويكون في الدار أو الحانوت " .

وقد عرفه بعض الفقهاء المتأخرين ومنهم مصطفى الزرقا بأنه " حق قرار يترتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة بإذن القاضي يدفع المستحكر لجانب الوقف مبلغ معجل يقارب قيمة الأرض ، ويرتب مبلغ آخر ضئيل لجهة الوقف من المستحكر ، أو من يؤول إليه هذا الحق ، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء " (42) .  
وأيضاً عرفه محمد قدرى باشا " عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء والتعلي أو للغراس ، أو لاحدهما " (43) فعقد الحكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخرج عن ثلاثة معان :

الأول: الإجارة المقررة على عقار موقوف مؤجر إجارة طويلة

الثاني: العقار الموقوف على إجارة طويلة

الثالث : العقد الذي بمقتضاه تم تأجير الأراضي الموقوفة إجارة طويلة (44) .

(41) \_ مرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ط1، دار الهداية للنشر \_ الكويت ، 1965م ، ص72\_73 .  
(42) \_ ينظر مصطفى الزرقا ، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، ط1، دار القلم للنشر ، دمشق ، 1420هـ، ص52 .  
(43) \_ ينظر محمد قدرى باشا ، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف ، ط1، مؤسسة الريان للنشر ، بيروت \_ لبنان ، 2007م، ص201 .  
(44) صالح ابن سليمان ابن حمد الحويص ، أحكام عقد الحكر في الفقه الاسلامي ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 1428هـ ، ص45 .

اما فيما يتعلق بأركان عقد الحكر فتتمثل بالعاقدين وهما المحكر والمستحكر طرفا العقد اللذان ، تصدر عنهما صيغة إنشاء العقد والركن الثاني الصيغة ويطلق عليها الفقهاء الايجاب والقبول ، أما الركن الثالث المعقود عليه أو المحل وهو ما ظهرت فيه آثار العقد وهو في عقد الحكر منفعة العقار الموقوف المستحكر والأجرة المتفق عليها بين أطراف العقد (45) .

يتبين مما تقدم إن حق المساطحة وإن كان من الحقوق العينية الواردة على سطح الأرض إسوة بحق الحكر إلا إنه يختلف عنه من النواحي الآتية:

الأولى: إن حق الحكر لا يرد إلا على الأراضي الموقوفة أما حق المساطحة فيشمل الأراضي الموقوفة والمملوكة للدولة والأراضي ذات الملكية الخاصة الثانية: إن الاتفاق بين المساطح ومالك العقار حسب النص القانوني هو من يحدد التزامات طرفي العقد ومن بينها التزام المساطح بدفع الأجرة المقررة أما في عقد الحكر يدفع المستحكر اجرة المثل أي عليه دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض وقت إبرام العقد.

## الفرع الثاني

### التكييف القانوني لحق المساطحة

استنادا للنصوص التشريعية التي تطرقت الى تعريف حق المساطحة زمنها المشرع العراقي في المادة (1226) والمشرع الأردني في المادة (1225) والمشرع المصري في المادة (1002) والمشرع السوري في المادة (994) والمشرع اليمني في المادة (1333) التي تم التطرق اليهما سابقا فإن حق المساطحة يعتبر من الحقوق العينية الاصلية والتي يتألف من عنصرين هما الحق وصاحبه فما يتعلق بالحق فهو المساطحة اما صاحب الحق فهو المساطح الذي يخوله القانون بممارسة السلطات المباشرة على هذا الحق دون الحاجة الى وساطة من مالك الأرض (46) .

أما العقد المنشئ لحق المساطحة فهو المبرم بين مالك الأرض والمساطح فبمجرد انعقاده تنشأ العلاقة بين المساطح وحقه إذ بموجبه يتمتع بسلطانه على الأرض محل الحق فهو يرد على أرض معينة ويباشره صاحبه دون تدخل مالكها خلال المدة المتفق عليها فهو

(45) صالح ابن سليمان ابن حمد الحويص ، المصدر السابق ، ص 95\_96.  
(46) دحسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 354.

حق يملك صاحبه بموجبه كامل السلطات الممنوحة للمالك على ما يقيمه من أبنية ومنشآت على الأرض (47).

وعليه فان حق المساطحة حق عيني أقره المشرع العراقي والقوانين المقارنة على أرض الغير يمكن صاحبه من استعمال الأرض واستغلالها والتصرف في الحق ذاته وفيما يحدثه فوق الأرض وإن كان فيه بعض الشبه من العقود المعروفة في الشريعة الإسلامية كعقد الإجارة والحكر إلى إن تكيفه على هذه العقود لا يصلح.

وعلى ضوء ذلك فإن هذا الحق يعتبر العقد المنشئ لهذا الحق من العقود المستحدثة والتي لا يمكن تكيفه على عقد الإجارة وإن كان هناك بعض التشابه بينهما من حيث المدة المحددة لكليهما على اعتبار انهما من العقود المؤقتة ولا يمكن تكيفه على عقد الحكر كونه يشمل الأرض الموقوفة وغير الموقوفة فهو عقد له أحكامه الخاصة.

## المبحث الثاني

### أثر حق المساطحة على مالك الارض

ينشأ حق المساطحة بالاتفاق بين المساطح ومالك الأرض فهو الطريق الوحيد لترتيب هذا الحق ولا يمكن ان يتصور نشوء حق مساطحة بغير طريق العقد، على إن ترتيب حق المساطحة على أرض ما لا يؤدي الى انقضاء ملكية هذا الأرض بالنسبة الى المالك، حيث تبقى ملكية الأرض للمالك دون أن تتأثر بحق المساطحة الذي نشأ، بل إن القانون اعطى لمالك الأرض ما هو أبعد من ذلك حيث أجاز له أن يمتلك الأبنية والمنشآت التي أقامها المساطح بموجب عقد المساطحة وذلك عند انتهاء حق المساطحة.

من هنا ولبيان مدى تأثير حق المساطحة على السلطات التي يملكها مالك الأرض إرتأينا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين، ندرس في المطلب الأول المركز القانوني لمالك الأرض المساطح بها، بينما نعقد الاختصاص في المطلب الثاني لدراسة مصير الأبنية والمنشآت.

(47) علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ، ط1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان \_ الاردن ، 2005م، 267.

## المطلب الأول

### المركز القانوني لمالك الأرض المساطح بها

ينبغي الإشارة إلى إن المشرع العراقي عند تنظيمه لحق المساطحة في القانون المدني العراقي (48) لم يعتبر القواعد الخاصة بتنظيم هذا الحق العيني من القواعد الأمرة، حيث أجاز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها باستثناء الحالة الخاصة بالمدة، حيث لم يجز للأطراف الاتفاق على أن يكون حق المساطحة لمدة تزيد على (50) سنة (49)، وعند التمعن بهذه النصوص القانونية المنظمة لحق المساطحة نرى ان لمالك الأرض المساطح بها مجموعة من الحقوق والالتزامات التي ينبغي الإشارة إليها.

ولتوضيح المركز القانوني لمالك الأرض المساطح بها تم قسم هذا المطلب الى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول حول حقوق مالك الأرض المساطح بها، بينما سنبحث في الفرع الثاني التزامات مالك الأرض المساطح بها.

## الفرع الأول

### حقوق مالك الأرض المساطح بها

الأصل إن عقد المساطحة هو الذي يحدد المركز القانوني لأطرافه، حيث يجوز للأطراف الاتفاق على تظمين عقدهم ما يشاؤون من بنود وفقاً لما يرونه مناسباً لهم، إلا إنه وفي حالة عدم تطرق الأطراف للبعض من بنود العقد المبرم بينهم فأن ذلك لا يؤثر على صحته، حيث يبقى عقد المساطحة صحيحاً ويتم الرجوع بعد ذلك الى القواعد العامة المنظمة لحق المساطحة والواردة في القانون المدني العراقي، فمالك الأرض المساطح بها لا يسلبه حق المساطحة ملكية الأرض ولا ما يترتب على ذلك من حقوق، فضلاً عن استحقاق المالك للأجرة مقابل هذا الحق إذا ما تم الاتفاق عليها.

ومن هنا ولبيان ماهية حقوق مالك الأرض، فأنا نقسم هذا الفرع الى عدة فقرات نبين فيها حقوق مالك الأرض المساطح بها.

### أولاً: بقاء حق الملكية وما ينشأ عنها من تصرفات

(48) نظم المشرع العراقي حق المساطحة في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ب (5) مواد فقط وذلك في المواد من (1266\_1270)، كما نظمه في قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 في (6) مواد، من المادة (229\_234).

(49) تنص المادة (1267) من القانون المدني العراقي على "1\_ لا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين سنة فإن كانت المدة لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك".

لا تأثير لحق المساطحة على ملكية صاحب الأرض المساطح عليها، إذ تبقى رقبة الأرض لصاحبها، بل إن لا تأثير لحق المساطحة على ما يملكه صاحب الأرض من تصرفات قانونية أو مادية، فيمكن لمالك الأرض إجراء مختلف التصرفات القانونية شريطة أن لا يؤثر ذلك التصرف على حقوق المساطح، فلا يمكن مثلا لمالك الأرض أن يقوم بإنشاء حق ارتفاق على الأرض، فهذا التصرف وإن كان الأصل فيه الإباحة للمالك إلا إنه يؤثر بالسلب على حقوق المساطح، ومع ذلك يجوز لمالك الأرض أن يجري مثل هكذا تصرفات قانونية وإن كانت تؤثر على حقوق المساطح طالما كان ذلك بموافقة المساطح نفسه.

كذلك يمكن لمالك الأرض أن يجري التصرفات المادية على أرضه بموافقة المساطح، وهذا الأخير لا يوافق على مثل هكذا تصرفات إلا إذا كانت غير مضره بحقه بالمساطحة بطبيعة الحال، ومثال تلك التصرفات المادية هو قيام مالك الأرض بفرز الأرض الى أكثر من قسم أو توحيدها مع أرض أخرى، والى ذلك تنص المادة (233) من قانون التسجيل العقاري على " لصاحب الأرض اجراء جميع التصرفات القانونية عليها عدا التصرفات التي تؤثر في حقوق المساطح كإنشاء حق ارتفاق عليها ويجوز له مباشرة التصرفات الفعلية كالفرز والتوحيد بموافقة المساطح".<sup>(50)</sup>

أما المشرع الأردني فلم يشير بشكل صريح الى إمكانية مالك الأرض في التصرف بأرضه مثقله بحق المساطحة، ولكن ثبوت هذا الحق للمساطح لا يترتب عليه سلب المالك من التصرف بأرضه إلا إن تصرف مقيد بعدم التعارض مع حقوق المساطح<sup>(51)</sup>.

وفي الفقه الإسلامي فالأمر لم يكن محل إجماع، ففي حين أجاز فريق من الفقهاء تصرف المالك بالأرض المثقلة بحق المساطحة<sup>(52)</sup>، لم يجز ذلك فريق آخر، حيث لا يجوز التصرف فيها إلا للمساطح نفسه<sup>(53)</sup>.

## ثانياً: الأجرة

(50) قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971؛ وقد اشار المشرع المصري الى ذات الامر في المادة (1002) بقولها " يملك المحتكر ما أحدثه من بناء وغراس ملكا تاما، وله الحق في التصرف فيه "؛ والمادة (995) من القانون المدني السوري والمادة (1335) من القانون المدني اليمني.  
(51) حنان عوض، المصدر السابق، ص148.  
(52) ينظر شمس الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر 1986م، ص207؛ شمس الدين محمد بن احمد الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ط3، دار الفكر، بلا مكان نشر، 1992م، ص408؛ محي الدين يحيى ابن شرف النووي، روضة الطالبين، ج2، ط3، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الاسلامي للنشر، بيروت، 1991م، ص784.  
(53) كمال الدين محمد ابن موسى الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط1، دار المنهاج للنشر \_ جدة، 2004م، ص400.

بما ان عقد المساطحة يعتبر من عقود المعاوضات فإن لمالك الارض مقابل تمليك هذا الحق إجرة يلتزم المساطح بموجب عقد المساطحة بدفعها مقابل انتفاعه بالأرض، وإذا كان دفع الأجرة هو من طبيعة هذا العقد الا إنه ليس من مستلزماته، وقد اشارت القوانين الوضعية الى هذا الامر ومنها المشرع العراقي في القانون المدني لنافذ اذ يستطيع المساطح استعمال الأرض المملوكة للغير او الموقوفة وقفاً صحيحاً بشكل مجاني دون الحاجة لدفع الأجرة وذلك بالاتفاق مع صاحب الأرض، على ان تحديد الأجرة يوجب على المساطح بعد ذلك دفعها، فاذا تأخر بالدفع لمدة (3) سنوات متواليات يمكن لمالك الأرض المطالبة بالفسخ<sup>(54)</sup>.

كما ان المشرع الاردني نوه الى ان من حق صاحب الارض المطالبة في فسخ العقد المبرم بينه وبين المساطح اذ تخلف عن دفع الاجرة، الا اذا تم الاتفاق على خلاف ذلك<sup>(55)</sup>.

اما في الفقه الاسلامي فقد ذهب الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية الى القول بأن الاجرة المتفق عليها في العقد تدفع لمالك الارض والعبرة بالاجرة وقت ابرام العقد لأنها هي العوض مقابل الانتفاع بسطح الارض واشترط الفقهاء معلومية الاجرة قياساً على الثمن في عقد البيع لان كلا من الاجرة والثمن عوضا في عقود المعاوضة والعلم بهما من شروط الصحة<sup>(56)</sup>.

### ثالثاً: فسخ عقد المساطحة

حق المساطحة هو حق عيني يحد من المنفعة المتحصلة من الأرض لمصلحة شخص اخر بموجب عقد المساطحة، والمشرع العراقي وإن لم يعتبر الأجرة من مستلزمات هذا العقد إلا إنه رتب على عدم الوفاء بها أو التأخير في الوفاء في حال تم الاتفاق عليها لمدة ثلاث سنوات متواليات رتب الحق لمالك الأرض ان يطالب بفسخ العقد طالما لم يوجد شرط في عقد المساطحة يمنع مالك الأرض من المطالبة بالفسخ<sup>(57)</sup>، ذلك إن قاعدة فسخ عقد المساطحة لعدم

(54) تنص المادة 1268 من القانون المدني العراقي على " 1\_ إذا اتفق على إجرة في مقابل الحق وتأخر المساطح عن دفعها ثلاث سنوات متواليات كان لصاحب الأرض ان يطالب بفسخ العقد هذا اذا لم يوجد اتفاق يخالفه".

(55) وهذا ما دلت عليه المادة ( 1230 ) الفقرة الثالثة .

(56) ينظر منصور ابن يونس البهوتي ، كشف القناع على متن الاقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية للنشر\_ بيروت ، 1414هـ، ص551؛ محمد بن عبد الله الخراشي، شرح مختصر خليل ، ج5، دار الفكر للطباعة\_ بيروت ، بلا سنة نشر ، ص115؛ موفق الدين عبدالله ابن قدامة ، المغني ، ج5، مكتبة القاهرة للنشر ، 1338هـ، ص327.

(57) ينظر د محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية المكتبة القانونية، بغداد ، 2007م ، ص321.

دفع الأجرة أو التأخر في دفعها تخضع لنفس حكم القاعدة العامة في المساطحة من حيث جواز الاتفاق على ما يخالفها.

وقد تعرض الفقه الإسلامي الى مسألة فسخ عقد المساطحة في حال عدم دفع الاجرة من المساطح أو في الاحوال التي ترتفع فيها قيمة الأرض ويترتب على ارتفاعها زيادة الاجرة الى القول " تبقى الاجرة كما اتفق عليها في العقد ، ولا تجوز الزيادة ولا يفسخ العقد ولو زادت اجرة الأرض " (58) .

يظهر مما تقدم إن الفقه الإسلامي لا يختلف اختلافا كبيرا عما ذهب إليه القانون الوضعي في عدم تأثر مالك الأرض بحق المساطحة في اجراء كافة التصرفات شريطة أن لا يؤثر التصرف على حقوق المساطح وفي الوقت الذي أجاز القانون لمالك الأرض فسخ عقد المساطحة في حال تأخر المساطح بدفع الاجرة فإن الفقه الإسلامي لم يجز ذلك.

### الفرع الثاني

#### التزامات مالك الأرض المساطح بها

طالما إن عقد المساطحة يرتب حق للمساطح بإقامة البناء والمنشآت على أرض الغير، فإن الالتزامات التي تقع على عاتق هذا الغير وهو بطبيعة الحال مالك الأرض تتمثل بالالتزامات السلبية، والتي نعني بها التزام مالك الأرض بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يعرقل حق المساطح بإقامة الأبنية والمنشآت الأخرى بأي وسيلة كانت، فالمساطح له حقان، الأول يتمثل في الحق في البناء او المنشآت وفقاً للغرض الذي تم الاتفاق عليه في عقد المساطحة، أما الحق الثاني الذي يملكه المساطح فهو حق المساطحة نفسه، وهو حق قرار على الأرض العائدة للطرف المقابل في عقد المساطحة ولبيان التزامات مالك الأرض يتحتم علينا إظهار طبيعة التزامه من ثلاث اتجاهات، الأول التزامه بالنسبة الى حق المساطح بالبناء والمنشآت، إما الاتجاه الثاني فنبين التزامه بالنسبة الى حق المساطحة نفسه، كما ينبغي من اتجاه ثالث الوقوف على التزام مالك الأرض نحو المساطح عند استملاك الأرض.

#### أولاً: التزام مالك الأرض بالنسبة الى الحق في المنشآت والابنية

يدور التزام مالك الأرض في عقد المساطحة بالامتناع عن إعاقة استعمال المساطح لحقه في إقامة ما يراه مناسب من ابنية ومنشآت أخرى، فلا يمكن لمالك الأرض إن يمنع

(58) ينظر زين الدين ابن إبراهيم ابن قدامة المقدسي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي للنشر، بيروت ، بلاسنة نشر ، ص257 ؛ شمس الدين محمد ابن أحمد الشريبي ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت ، 1415هـ ، ص556؛ محمد ابن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، ج25، ط2، الناشر مؤسسة آل البيت ، قم المقدسة ، 1414هـ ، ص387.

المساح من إقامة تلك الأبنية وإلا ضاع الغرض المقصود من إبرام العقد، كما لا يمكن لمالك الأرض لنفس الغرض المذكور ان يمنع المساح من الكيفية التي يقيم بها المساح تلك الأبنية والمنشآت طالما كانت لا تخالف الغرض المقصود من عقد المساطحة (59).

ويبدئ هذا الالتزام بتسليم الأرض الى المساح فلا يكون المساح قابضاً لمحل عقد المساطحة إلا بعد تسلمه الأرض ، فتسليم المحل القصد منه انتفاع المساح ولا يتحقق ذلك إلا بعد استلامه للأرض المراد اقامة الابنية والمنشآت عليها (60).

وإذا كان الامر كذلك فأن التزام مالك الأرض على هذا النحو لا يمكن ان يفسر بأنه التزام مطلق، فهو مقيد من جهتين، فهو من الجهة الأولى التزام مؤقت ينتهي حتماً بانتهاء المدة المحددة للعقد أو حتى قبل ذلك إذا ما أخل المساح بالالتزامات المترتبة عليه، ومن جهة ثانية فأن التزام مالك الأرض بالامتناع عن اعاقبة قيام المساح بإنشاء الابنية والمنشآت الاخرى انما يتحدد بالغرض الذي اعد له البناء، فاذا خالف المساح ذلك الغرض فلا مبرر للحديث عن الالتزام بالامتناع عن إعاقة الأبنية والمنشآت (61).

وفي القانون المدني الأردني يجب على مالك الأرض تسليمها الى المساح والتسليم يكون حسب طبيعة الشيء المراد تسليمه ، فتسليم الأرض يتم من خلال التخليّة بين المساح وبين الأرض برفع كل ما يمنع من تسلّم الأرض من قبل صاحب حق المساطحة (62).

إن مسألة تسليم الأرض لصاحب حق المساطحة لم يغفلها الفقه الإسلامي فقد أشار الفقهاء إلى وجوب تسليم الأرض محل الحق الى صاحبها لغرض الانتفاع بها ولهم أحكام في حال امتناع المالك من تسليم الأرض فذهب جانب من الفقه الى القول بوجوب إجبار صاحب الأرض على التسليم في حين أجاز جانب آخر امتناع صاحب حق المساطحة عن

(59) لم ينص المشرع العراقي على التزامات مالك الأرض بشكل مباشر، إلا إنه يمكن استنباط تلك الالتزامات من المعنى المقابل لنص المادة (1269) من القانون المدني العراقي والتي تبين حقوق المساح اتجاه مالك الأرض التي ابرم من أجلها عقد المساطحة، والى ذلك تنص المادة أعلاه الى " 1\_ يملك المساح ملكاً خالصاً ما أحدث على الأرض من بناء، او منشآت اخرى وله ان يتصرف فيه، مقترناً بحق المساطحة، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري، وذلك دون إخلال بحق صاحب الأرض وبالغرض الذي أعد له البناء أو المنشآت كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

(60) أكمل الدين البابرتي ، العناية شرح الهداية ، ج9، دار الفكر للنشر ، بلا مكان وسنة نشر، ص72.

(61) د محمد طه البشير ، د غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 316.

(62) ينظر المادة (494) الفقرة الاولى والثانية من القانون المدني الاردني المعدل .

دفع الاجرة المقررة في العقد إن لم يسلم المعقود عليه ولصاحب حق المساطحة المطالبة في فسخ العقد في حال تعذر الانتفاع بها خلال المدة لعدم التسليم (63).

#### ثانياً: التزام مالك الأرض بالنسبة الى حق المساطحة ذاته

ينبغي أن لا يفهم من عقد المساطحة إن هذا العقد يقتصر أثره على الحق بإقامة الأبنية والمنشآت، بل إن هذا العقد يترتب أثراً آخر وهو حق المساطحة نفسه، وهذا يعني ان للمساطح حق قرار على الأرض يمكنه من خلاله إقامة البناء الذي أعد له وفقاً للعقد، وإذا كان الحال كذلك فأن من غير الجائز على مالك الأرض ان يمنع المساطح من التصرف بالحق الذي يملكه للغير إلا إذا ورد في عقد المساطحة شرطاً يمنع المساطح من التصرف بالأبنية والمنشآت التي اقامها (64).

وبناء عليه يحق للمساطح التصرف بما اقامه على الأرض خلال مدة عقد المساطحة بالبيع أو الايجار أو الرهن فحقه في البناء والمنشآت حق ملكية خالصة إلا إنه مؤقت ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد ويترتب على كونه مالك لتلك المحدثات له الحق في التصرف بها مقترنة بحق المساطحة إلا إن ملكيته لها مقيدة بالغرض الذي أعدت له فلا يجوز له بيعها مقلووعة لان ذلك يترتب ضرر لمالك الأرض (65).

وقد أشار المشرع العراقي في القانون المدني الى اعتبار المساطح مالكا لما أحدثه على الأرض من أبنية وله الحق في التصرف بها بكافة التصرفات مقترنة بحق المساطحة شريطة عدم الاخلال بحق صاحب الأرض (66).

وعلى ذات الخطى سار المشرع الأردني وأجاز للمساطح التصرف بالمحدثات مقترنة بحق المساطحة فلا يجوز له بيعها والاحتفاظ بحق المساطحة بل تنتقل ملكيتها مع الحق للمالك الجديد (67).

وفي الفقه الإسلامي إن من ملك شيئاً يجوز له تملكه لغيره دون أن يؤثر على ملكية صاحب الأرض والمساطح له حق ملكية سطح الأرض فيجوز له تملكه للغير (68).

(63) ينظر في ذلك شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة ، الشرح الكبير على متن المقنع ، ج11، دار الكتاب العربي للنشر ، بلا مكان وسنة نشر ، ص487؛ الشريبي ، مغني المحتاج ، ج3، المصدر السابق ، ص468؛ علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج2، دار المؤرخ العربي للنشر ، بلا مكان نشر ، 1415هـ ، ص114.

(64) دحسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص357.

(65) دمحم طه البشير ، د غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص318.

(66) ينظر المادة ( 1269) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي رقم ( 40 ) لسنة 1951 المعدل .

(67) ينظر المادة (1229) من القانون المدني الأردني .

(68) أكمل الدين البابرتي ، ج7، المصدر السابق ، ص41.

وبناء على ما تم طرحه فإن التزامات مالك الأرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تجاه المساطح تتمثل بأمرين الأول تمكين المساطح في إقامة المحدثات على الأرض خلال مدة عقد المساطحة وبيدأ هذا الالتزام بتسليم الأرض للمساطح الثاني منح الحق للمساطح في التصرف بما أقامه من محدثات مقترنة بحق المساطحة.

## المطلب الثاني

### مصير الأبنية والمنشآت

تقدم القول إن عقد المساطحة لا يؤثر على حق مالك الأرض في ملكية الأرض ولا حتى التصرفات القانونية أو المادية طالما كانت تلك التصرفات لا تؤثر على حقوق المساطح، فيستطيع مالك الأرض باعتباره مالكا لها ان يوحد ارضه مع ارض الغير أو أن يقوم بفرز هذه الأرض الى قسمين دون أن يكون من حق المساطح الاعتراض على هذه التصرفات ذلك ان صحة هذه التصرفات مرتبباً أصلاً بعدم الاضرار بالحقوق التي يملكها المساطح، وكما تصح التصرفات المادية فأن التصرفات القانونية هي الأخرى صحيحة، فيستطيع مالك الأرض أن يتصرف بالأرض بالبيع مثلاً أو أن يقوم برهنها (69). ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فهذا الواقع يعد نتيجة طبيعية لاستمرار ملك الرقبة لمالك الأرض، بل إن الأمر أوسع من ذلك، حيث اعتبر المشرع العراقي البناء والمنشآت التي أقيمت من قبل المساطح اثناء فترة حياة عقد المساطحة ملكاً لمالك الأرض عند نهاية العقد. ولبيان طبيعة قاعدة تملك الأبنية والمنشآت من قبل مالك الأرض، سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الأول الى الأساس القانوني لانتقال ملكية الأبنية والمنشآت، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة فلسفة انتقال ملكية الأبنية والمنشآت مستحقة القلع.

### الفرع الأول

#### اساس انتقال ملكية الأبنية والمنشآت مستحقة القلع

فرغنا من القول إن الأبنية والمنشآت التي يقيمها المساطح تنتقل ملكيتها الى مالك الأرض، وهذا هو الأصل إذ بإمكان المتعاقدين أن يتفقا على غير ذلك، بأن يتفقا على بقاء جزء

(69) على إن ذلك الأمر ليس على إطلاقه، فبعض التصرفات القانونية لا تتسجم مع طبيعة وجود حق المساطحة، فلا يمكن لصاحب الأرض أن يرهن أرضه المثقلة بحق المساطحة رهنأ حيازياً لما يتطلب هذا النوع من الرهون من خصيصة الحيابة وهو أمر لا يمكن تصوره بوجود البناء والمنشآت التي أقيمت من قبل المساطح.

من ملكية تلك الأبنية للمساطح، فالقاعدة التي تقرر انتقال ملكية الأبنية والمنشآت قاعدة غير  
أمرة.

وإذا أمعنا النظر في قاعدة انتقال ملكية الأبنية والمنشآت لمالك الأرض لوجدنا إن  
الأساس القانوني يختلف باختلاف المصدر القانوني لها، وذلك بحسب تطرق الأطراف لها في  
عقد المساطحة أو عدم التطرق لها.

#### أولاً: العقد أساس قانوني لتملك الأبنية والمنشآت

يتميز حق المساطحة من بين الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية بأن العقد هو  
المصدر الوحيد لإنشاء هذا الحق، فحق المساطحة هو حق عيني ذو مصدر عقدي لا يمكن  
تصور وجود حق مساطحة دون وجود العقد، بل لا بد من تسجيل هذا العقد في دائرة التسجيل  
العقاري (70)، فعقد المساطحة عقد شكلي لا ينعقد دون تسجيله في دائرة التسجيل العقاري (71).

ومن هنا فإن العقد المبرم بين مالك الأرض والمساطح واتفقهم على بنوده ومن ضمنها  
مصير تلك الأبنية التي تقام من قبل المساطح سواء كان بتملك صاحب الأرض لها بشكل كلي  
أو جزئي أو حتى بقاء ملكيتها جزئياً للمساطح يكون الأساس القانوني لانتقال ملكية تلك الأبنية  
والمنشآت الى مالك الأرض أو إلى المساطح (72).

وقد أشار المشرع العراقي في القانون المدني إلى مصير المحدثات التي أقامها المساطح  
بعد انتهاء مدة العقد بعائديتها الى مالك الأرض وعليه أن يدفع قيمتها مستحقة القلع وفي  
حال عدم تضمن عقد المساطحة شرطاً يقضي بغير ذلك ورخص المشرع الأردني  
للمتعاقدين الاتفاق على مصير المحدثات وفي حال عدم الاتفاق تنتقل ملكيتها لصاحب  
الأرض مستحقة القلع (73).

وفي الفقه الإسلامي إن ما يتفق عليه المتعاقدان وما يدرجوا من شروطا في العقد تكون  
معتبرة يجب الوفاء بها فإذا تضمن العقد شرطاً بإبقاء المحدثات فيمكن قياس ذلك على  
الاشتراط في عقد الاجارة بدعوى إن العقد تضمن شرطاً بإبقاء ما أحدثه المستأجر من  
أبنية يرضا المالك في عقد مدته محددة (74).

(70) د محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص317.  
(71) وهذا ما سار عليه القضاء العراقي في قراراته الذي جعل من عقد المساطحة عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل، من ذلك  
القرار الصادر من محكمة التمييز بالرقم 1706/الهيئة الاستئنافية عقار/2014، مشار له من القاضي عبدالجبار عزيز حسن،  
شرح أحكام عقد المساطحة في ضوء القانون المدني معززة بالأحكام القضائية، مكتبة تقياي، أربيل، 2018، ص139.  
(72) د حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص358.  
(73) ينظر المادة (1270) من القانون المدني العراقي والمواد (701\_1232) من القانون المدني الاردني  
(74) حنان عوض، مصدر السابق، ص210.

## ثانياً: القانون أساس قانوني لتملك الأبنية والمنشآت

إذا كان الأصل هو أن يضمن اطراف عقد المساطحة ما يرغبون به من إحكام في بنود العقد، إلا إن عدم تطرق الأطراف لتلك الاحكام لا يعني بالضرورة أن يؤدي هذا الاغفال الى الحكم ببطلان العقد، إذ يبقى العقد صحيحاً ويمكن الرجوع الى القانون لكي ينظم حكم العلاقة بينهم، فقد تكفل القانون المدني بالإضافة الى قانون التسجيل العقاري بتنظيم مجمل الاحكام القانونية الخاصة بعقد المساطحة ومن ضمن هذه الاحكام هو مصير الأبنية والمنشآت التي يقيمها المساطح، إذ اعتبر المشرع العراقي إن عدم تطرق الأطراف لمصير تلك الأبنية والمنشآت انما هو اتفاق ضمني بين المتعاقدين على انتقال ملكية تلك الأبنية لمالك الأرض بقيمتها مستحقة القلع (75).

وفي الفقه الإسلامي عند عدم اشتغال عقد المساطحة على شرطاً يتضمن تحديد مصير ما يحدثه المساطح من محدثات فإن لمالك الأرض عدة خيارات حددها الفقهاء: الخيار الأول: ما قال به فقهاء الشافعية إن البناء والغراس يبقى في الأرض ويطلب المستأجر بأجرة المثل (76). اما الخيار الثاني ما ذهب إليه فقهاء المالكية في منح الخيار لمالك الأرض بين تملك المحدثات بعد دفع قيمتها وبين مطالبة المساطح بقلعها من غير ضمان (77).

والخيار الثالث ما صرح به فقهاء الحنابلة بقولهم يأخذ مالك الأرض ما أحدثه المستأجر بقيمته ويتملكه مع الأرض (78).

يتجلى لنا من البحث إن أساس انتقال ملكية المحدثات مستحقة القلع يحددها العقد المبرم بين الطرفين بعد انتهاء مدة المساطحة وفي حال عدم تضمن العقد على شرط حول مصيرها فإن القانون اعتبر الاتفاق ضمناً على تملكها من قبل مالك الأرض ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في انتقال ملكيتها الى صاحب الأرض بعد دفع قيمتها.

(75) الى ذلك ينظر، نصوص القانون المدني العراقي المواد منه (1266\_1270)، كذلك قانون التسجيل العقاري المواد منه (229\_234). والمواد (701\_1225) من القانون المدني الأردني المعدل.

(76) إبراهيم ابن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية للنشر، بلا مكان وسنة طبع، ص260.

(77) عبد الوهاب ابن علي ابن نصر، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ط1، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم للنشر، 1999م، ص661.

(78) شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة، ج14، المصدر السابق، ص515.

## الفرع الثاني

### فلسفة المشرع في انتقال ملكية الأبنية والمنشآت مستحقة القلع

كما مر ذكره إن عدم تطرق أطراف عقد المساطحة لمصير الأبنية والمنشآت يؤدي الى انتقال ملكيتها مستحقة القلع لمصلحة مالك الأرض وذلك بعد انقضاء عقد المساطحة الذي لا ينبغي أن تزيد مدته على خمسين سنة<sup>(79)</sup>، وإذا كان هذا الحكم هو المعمول به وفقاً للمشرع العراقي فأننا يمكن أن نتساءل عن السبب الذي دفع المشرع للذهاب الى أحقية مالك الأرض في تملك الأبنية والمنشآت مستحقة القلع لا بقيمتها قائمة؟ وللإجابة عن ذلك لابد لنا من التطرق الى عدة فرضيات من اجل مناقشتها وصولاً لفلسفة الحكم الذي جاء به المشرع العراقي.

#### أولاً: حسن النية

يربط المشرع العراقي تملك الأشياء بقيمتها مستحقة القلع او بقيمتها قائمة بحالة الغير ما إذا كانوا حسن النية او سيء النية، ففي حالة الالتصاق مثلاً إذا كان الباني او الغارس سيء النية فإنه يمكن لمالك الأرض أن يملك ما تم بناءه أو غرسه بقيمتها مستحقة القلع إذا ما رأى ان قلعها سيسبب ضرراً للأرض<sup>(80)</sup>.

وإذا حاولنا ان نطبق معيار حسن النية في إطار تملك صاحب الأرض للأبنية والمنشآت التي أقامها المساطح فأننا لا نجد لهذا المعيار من أثر في إطار عقد المساطحة، فالمشرع العراقي لم يربط تملك الأبنية والمنشآت بحسن نية المالك او سوء نيته، فضلاً عن أن وجود عقد المساطحة بين مالك الأرض والمساطح ينفي الحاجة الى البحث عن حسن النية لعدم الحاجة إليه.

#### ثانياً: قاعدة الأقل يتبع الأكثر

اعتمد المشرع العراقي على قاعدة الأقل يتبع الأكثر في حل نزاع الملكية، وذلك عندما يقيم الغير بزعم سبب مشروع على أرض المالك بناء أو غراس أو منشآت، وتعني هذه القاعدة إن صاحب الملكية ذات القيمة الأكثر سيتملك ما هو أقل قيمة، حيث يتم تقدير قيمة الأرض منفردة، وتقدير قيمة البناء او المنشآت دون الأرض، ومن ثم فاذا كانت الأرض ذات قيمة اكبر من قيمة الأبنية او المنشآت فإنه يستطيع تملكها والعكس صحيح إذا كانت قيمة المنشآت اكبر

(79) ينظر نص المادة (230) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل، كذلك نص المادة 1267 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950.

(80) والى ذلك تنص المادة (1119) من القانون المدني العراقي "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاه صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فاذا كان القلع مضرراً بالأرض، فله أن يمتلك المحدثات مستحقة للقلع"، والى قريب من ذلك، انظر نص الفقرة الثانية من المادة (1176) من نفس القانون.

من قيمة الأرض، وفي حال التساوي يتم ترجيح جهة صاحب الأرض لأن الأرض هي الأصل (81).

وقد اتبع المشرع العراقي تلك القاعدة في المادة (1120) والتي تنص على " إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث ان يمتلك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة" (82).

وبالرجوع الى نصوص المشرع العراقي الخاصة بتملك الأبنية والمنشآت لمالك الأرض عند انتهاء عقد المساطحة، وعند محاولة تطبيق قاعدة الأقل يتبع الأكثر باعتبارها أساس فلسفة المشرع العراقي في تملك الأبنية من قبل صاحب الأرض، نجد أن ما ذهب اليه المشرع العراقي حتى وإن ذهبنا الى القول أن المشرع العراقي قد افترض أن قيمة الأرض ستكون اكبر من قيمة الأبنية والمنشآت التي سيقومها المساطح إلا أن النتيجة التي اخذها بها المشرع لا تتفق مع مخرجات هذه القاعدة، ذلك إن المشرع اعتبر صاحب الأرض مالكا للأبنية بقيمتها مستحقة القلع وهو خلاف لقاعدة الأقل يتبع الأكثر التي تعطي الحق لمالك الأرض بتملك الأبنية ولكن بقيمتها مستحقة قائمة لا بقيمتها مستحقة القلع.

### ثالثاً: الاتفاق الضمني

قلنا إن حق المساطحة لا ينشأ إلا بالاتفاق ما بين أطرافه، فهو حق عقدي، العقد هو المصدر الوحيد لإبرامه، وهذا الأمر ينسحب أيضاً على معرفة مصير الأبنية والمنشآت التي يقيمها المساطح، فعقد المساطحة هو الذي يحدد تملك الأبنية والمنشآت مستحقة القلع أو بقيمتها قائمة، إلا أن عدم تطرق الأطراف إلى مصير الأبنية والمنشآت سيجعل صاحب الأرض مالكا لها بقيمتها مستحقة القلع عند انتهاء عقد المساطحة، وسبب إعطاء الحق لمالك الأرض بتملك الأبنية بقيمتها مستحقة القلع، هو إن المشرع العراقي قد افترض اتفاق الأطراف بشكل ضمني على أن يمتلك صاحب الأرض المنشآت التي أقامها المساطح بقيمتها مستحقة القلع، وهو اتجاه موفق من قبل المشرع العراقي، فمن جهة نجد إن حق المساطحة حق مؤقت ينتهي حتماً

(81) يجب الملاحظة إن تقدير قيمة الأبنية او المنشآت او الغراس يكون بتقدير القيمة وهي قائمة بالأرض لا مستحقة القلع. (82) كما اعتمد المشرع العراقي تلك القاعدة في المادة (1200) من القانون المدني العراقي والتي تنص على إذا غرس أحد أشجار أو أقام أبنية في أرض أميرية ليس له فيها حق التصرف، وكان ذلك بحسن نية وبزعم سبب شرعي ثم استحقت الأرض فان كانت قيمة المنشآت قائمة اكبر من قيمة الأرض فوضت الأرض لصاحب المنشآت ببدل المثل وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت قائمة تملك صاحب الأرض المنشآت بعد دفع قيمتها".

بانقضاء مدته التي ينبغي ان لا تزيد على خمسين سنة<sup>(83)</sup>، ومن جهة أخرى فان المشرع العراقي وفي كثير من الحالات يعد الأرض هي الأصل<sup>(84)</sup>، وقيمتها ستكون الأكثر بالمقارنة مع المنشآت والابنية التي أقيمت من قبل المساطح وذلك عند نهاية عقد المساطحة ذلك ان المدة الافتراضية للأبنية ستكون قد انقضت، ومن ثم فإن قيمتها ستكون الأقل حتماً، خاصة وان عقد المساطحة يمتد عادةً لفترات طويلة تصل الى الخمسين سنة.

### الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة البحث من الجانب القانوني والفقهني لا بد من إيراد النتائج التي تم التوصل اليها والتوصيات المتعلقة بها.

#### النتائج :

- 1- تبين لنا من البحث إن التعريف الذي درجت عليه القوانين المدنية عند التطرق الى معنى المساطحة إنه حق عيني يتفرع عن حق الملكية يمنح صاحبه الحق في إقامة المحدثات على أرض مملوكة لشخص اخر وفق اتفاق تتحدد بموجبه حقوق والتزامات كل من اطرافه أما في الفقه الإسلامي فإن هذا الحق لم يكن معروفا بصورته الواردة في القانون الوضعي إلا إن هناك حقوقاً شبيهة به كحق الحكر والإجارتين المعترين من عقود الإجارة الطويلة.
- 2- ظهر لنا من الدراسة إن حق المساطحة لا ينشأ إلا بموجب عقد ولانعقاده صحيحاً من الناحية القانونية والشرعية لا بد من توفر مجموعة من الاركان التي تتمثل بالرضا والمحل والسبب يضاف لها الشكلية المنصوص عليها في القانون.
- 3- توضح لنا من مناقشة التكييف الدقيق لحق المساطحة إنه حق مستحدث أقره المشرع العراقي والقوانين الوضعية المقارنة على أرض مملوكة للغير وتمكين صاحب الحق من استعمال الأرض واستغلالها والتصرف بها.
- 4- يمكن القول إن الفقه الإسلامي لا يختلف اختلافاً كبيراً عن القوانين الوضعية في عدم حد حق المساطحة من السلطات الممنوحة للمالك الأرض بموجب حق الملكية وإن الالتزام الواقع على عاتق مالك الأرض في عقد المساطحة يتمثل بالامتناع عن إعاقة استعمال المساطح لحقه في إقامة ما يراه مناسباً من المحدثات شريطة ألا يخالف المساطح الغرض الذي اعد له البناء.

(83) ينظر الفقرة (1) من المادة (1267) من القانون المدني العراقي.

(84) ينظر المواد من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 كلاً من (1120، 1122، 1124، 1121، 1200).

5- إن مصير الابنية والمنشآت المقامة من قبل المساطح يحددها العقد المبرم بينه وبين مالك الارض وفي الاحوال التي لا يتضمن العقد بنودا تحدد مصير هذه المحدثات يمكن الرجوع الى نصوص القانون المدني التي نظمت أحكام المساطحة. والتي منحت الحق لمالك الأرض بتملكها بقيمتها مستحقة القلع والسبب في إعطاء المشرع الحق لصاحب الأرض بتملكها لأن حق المساطحة مؤقت ينتهي بانقضاء مدته التي يجب ألا تزيد على خمسين سنة هذا من جانب ومن جانب اخر إن المشرع يعتبر أن الأرض هي الاصل وقيمتها ستكون الأعلى مقارنة بالابنية والمنشآت المقامة.

#### المقترحات :

- 1 - نأمل من القضاء العراقي توحيد القرارات المتعلقة بحق المساطحة والتأكيد على ضرورة تسجيله لكي يترتب الأثر القانوني على التوثيق وفي حال عدم التسجيل الحكم ببطلان العقد مباشرة لعدم اشتماله على الشكلية المطلوبة في القانون لكونه من التصرفات العقارية.
- 2 - نوصي المشرع العراقي بإصدار عقد مساطحة موحد وصياغته وفقا لأحكام القانون المدني خصوصا فيما يتعلق بواجبات وحقوق مالك الأرض والمساطح ومدة العقد.
- 3 - نرجو من الجهات المختصة عقد الندوات والمؤتمرات للتعريف بعقد المساطحة ومشروعيته في الفقه الإسلامي كونه لا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية ومن خلاله يمكن الاستفادة من الاراضي واستثمارها بما يحقق النفع العام.

#### المصادر والمراجع

##### القرآن الكريم

##### - الكتب اللغوية

- 1- أحمد ابن زكريا ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ط1، تحقيق عبد السلام محمد، دار الفكر للنشر، بلا مكان نشر، 1979م.
- 2- جمال الدين ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج4، الناشر ادب الحوزة، قم المقدسة \_ إيران، 1405هـ.
- 3- محمد ابن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة للنشر الكويت، 1983م.
- 4- مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، دار الهداية للنشر \_ الكويت، 1965م.

##### - كتب الفقه الإسلامي

- 1- إبراهيم ابن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
- 2- أكمل الدين البابرتي، العناية شرح الهداية، ج7، دار الفكر للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
- 3- زين الدين ابن إبراهيم ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي للنشر \_ بيروت، بلا سنة نشر.
- 4- محمد امين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، دار الكتب العلمية للنشر، بلا مكان نشر، 1996م.
- 5- شهاب الدين احمد ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، ج3، دار الفكر للنشر، بيروت \_ لبنان، بلا سنة نشر.
- 6- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج15، ط1، تحقيق خليل محي الدين، دار الفكر للنشر، بيروت \_ لبنان، 2000م.
- 7- شمس الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر 1986م.
- 8- شمس الدين محمد ابن أحمد الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ط3، دار الفكر، بلا مكان نشر، 1992.

- 9- شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج11، ج14 دار الكتاب العربي للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
  - 10- شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة، المغني، ج5، مكتبة القاهرة للنشر، مص، 1338هـ.
  - 11- شمس الدين محمد ابن أحمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 1415هـ.
  - 12- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج3، دار الارقم ابن الارقم للنشر، بيروت \_ لبنان، بلا سنة نشر.
  - 13- عبد الوهاب ابن علي ابن نصر، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ط1، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم للنشر، 1999م.
  - 14- علي محمد باقر السيستاني، منهاج الصالحين، ج2، دار المؤرخ العربي للنشر، بلا مكان نشر، 1415هـ.
  - 15- فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط1، المطبعة الكبرى الاميرية \_ القاهرة، 1313هـ.
  - 16- كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير، ج9، دار الفكر للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
  - 17- كمال الدين محمد ابن موسى الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط1، دار المنهاج للنشر \_ جدة، 2004م.
  - 18- مصطفى أحمد الزرقا، احكام الاوقاف، دار عمار للنشر \_ عمان، 1998م.
  - 19- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط1، دار القلم للنشر، دمشق، 1420هـ.
  - 20- محمد ابن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج25، ط2، الناشر مؤسسة آل البيت \_ قم المقدسة، 1414هـ.
  - 21- محمد حسين فضل الله، فقه الاجارة في شرح العروة الوثقى، ط1، دار الملاك للنشر، بيروت \_ لبنان، 1998م.
  - 22- محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج2، ط1، المكتبة المرتضوية، النجف الاشراف، 1360هـ.
  - 23- موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، ج5، مكتبة القاهرة للنشر، 1338هـ.
  - 24- محمد ابن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، ج5، دار الفكر للطباعة \_ بيروت، بلا سنة نشر.
  - 25- محي الدين يحيى ابن شرف النووي، روضة الطالبين، ج2، ط3، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الاسلامي للنشر، بيروت، 1991م.
  - 26- منصور ابن يونس البهوتي، شرح منهي الارادات، ج2، عالم الكتب للنشر، بيروت \_ لبنان، 1996م.
  - 27- منصور ابن يونس البهوتي، كشف القناع على متن الاقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية للنشر \_ بيروت، 1414هـ.
  - 28- منصور ابن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج4، ط1، عالم الكتب للنشر، بيروت \_ لبنان، 1997م.
  - 29- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7، دار الفكر للنشر، دمشق، بلا سنة نشر.
- الكتب القانونية**
- 1- د أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار العلم للثقافة والنشر، بلا مكان نشر، 2003م.
  - 2- د حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للنشر، بغداد، 1954م.
  - 3- حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، ج7، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020م.
  - 4- حنان عوض، حق المساطحة وتطبيقاته (دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاردني)، ط1، وزارة الثقافة، الاردن، 2024م.
  - 5- د عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النهضة العربية \_ القاهرة، 1966م.
  - 6- عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، وزارة التعليم العالي العراقية، 1980م.
  - 7- د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، المكتبة القانوني، بغداد، 2007م.
  - 8- د غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م.
  - 9- عبد الجبار عزيز حسن، شرح احكام عقد المساطحة في ضوء القانون المدني معززة بالأحكام القضائية، مكتبة تجايب، أربيل، 2018م.
  - 10- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان \_ الاردن، 2005م.
  - 11- د محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1996م.

- 12- محمود المظفر، نظرية العقد، ط3، دار حافظ للنشر، بلا مكان نشر، 2011م.
- 13- د محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية المكتبة القانونية، بغداد، 2007م.
- 14- محمد قدرى باشا، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف، ط1، مؤسسة الريان للنشر، بيروت لبنان، 2007م.
- 15- وليد محمد الشبيبي، حق المساطحة والقرار والانتفاع والحكر في الفقه والقوانين المقارنة، مكتبة صباح للنشر، بغداد، 2019م.

#### - الرسائل والاطاريح

- 1- جبار جميلة، حق الانتفاع دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة، جامعة البليدة، 2011م.
- 2- صالح بن سليمان بن حمد الحويص، احكام عقد الحكر في الفقه الاسلامي، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، المملكة العربية السعودية، 1428هـ.

#### - القوانين والتشريعات

- 1- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. المعدل النافذ.
- 2- القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
- 3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- 4- قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971.
- 5- القانون المدني الجزائري رقم (75\_58) لسنة 1975.
- 6- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 النافذ.
- 7- القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 المعدل النافذ

#### - القرارات والاحكام القضائية

- 1- قرار محكمة التمييز رقم 76/ مدني/ 1996 بتاريخ 1996/6/14.
- 2- قرار رقم 2001/ مدني/ 2 / 1998 بتاريخ 1998 /6/23.
- 3- قرار محكمة التمييز رقم 1733 / عقد مساطحة / 2008 بتاريخ 2008/8/5.
- 4- قرار رقم 691 / هيئة استئناف عقار / 2020 / بتاريخ 2020/2/9.
- 5- قرار محكمة التمييز رقم 1706 / الهيئة الاستئنافية / عقار/ 2014.

#### - مواقع الانترنت

<http://www.hjc.iq>