

المساطحة ”دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية“

د. علي نصرت الاسعدي
كلية القانون – جامعة تكريت

المقدمة

الأرض تعني العرض لصاحبها ومن يبيع أرضه يكون قد باع عرضه.. عبارات كنا نسمعها من أباؤنا وأجدادنا ومع مرور الزمن ترسخت في عقول بعضنا .. ولكن الحاجة قد دفعت البعض إلى بيع أرضه، لعدم قدرته على استثمارها أو افتقاره إلى كيفية استغلالها .

العراق والاردن وبعد أن كانا شبه منغلقيين تجاه العالم طيلة العقود الماضية فقد أصبحا اليوم – بفضل الله – من الدول المنفتحة تجاه العالم ليتبوءا مكانا استراتيجياً لموقعهما الجغرافي (دولياً وعربياً)، وقد سعت القيادتين إلى تبني فتح الاستثمار لرؤوس الأموال المحلية والعالمية في البلد لدعم ذلك الاستثمار، والذي قد يدفع الكثير من المستثمرين الى تسديد مبالغ مغرية لأصحاب الأراضي لشرائها واستغلالها من قبلهم ، وقد يؤدي ذلك في بعض الأحيان إلى العبث بتلك الأراضي وهي جزء من تراب الوطن .. وما أعلى هذا التراب .. فالموضوع الذي نحن بصدد بحثه إنما يحافظ على ملكية الأرض الوطنية من جانب ويسمح للمستثمر باستغلال هذه الملكية من جانب آخر دون أن يفرط بها مالكةا من أجل المال او ان لمتد يد العبث اليها واستغلالها من اجل مصالح سياسية دولية تضر بمصلحة البلد الوطنية والاقتصادية أو مصالح شخصية بعيدا عن هدف المشرع عند تشريعه لقانون الاستثمار، فالأمر سوف لن يكون سيان لمالك الارض فحسب بل ان اجراء عقد المساطحة على ارض مالكةا ستدر عليه ربحا مستمرا طيلة فترة العقد والتي عادة ما

تكون تلك العقود طويلة الامد ، فأن كان يبيعها أو بإعدادها للاستثمار فأنها ستعود عليه بالوارد المالي بل ان الفائدة الاقتصادية التي ستعود عليه من عقد المساطحة ستعود عليه بنفس الفائدة مع احتفاظه بملكية ارضه الوطنية الثمينة ، عليه فأن ما يجعل هذه الأرض تبقى دائماً لمالكها إنما هو إعدادها للاستثمار عن طريق عقد المساطحة دون التنازل عن ملكيتها حتى لا يفقدها أو تتسرب إلى الايادي الخبيثة من الاعيار او من غير أبناء البلد وما اكثرهم في هذا اليوم ... فالمساطحة إنما عملية تأجير طويل الامد للأرض لقاء أجر معين ولمدة لا تزيد على ثلاثين سنة ، بحيث يقوم هذا المساطح (المستأجر) بإقامة محددات تكون ملكاً له فيما بعد ويستطيع التصرف بهذا الملك وفق ما هو مقرر قانوناً وحسب مضمون عقد المساطحة الذي ابرمه مع المساطح وبذلك تنشأ ملكيتان عن ملكية واحدة وهو ما سنأتي على تفصيل هذا الأمر الذي مازال غائباً عن أذهان الكثير من اصحاب الاراض في الاردن والعراق ايضا وقبلهم كثير من القانونيين في الاردن ان لم يكن في العراق ايضا والذين يجهلون هذا الموضوع تماماً بالرغم من النص عليه في متن القانون المدني وإن افنقرت إليه أحكام الشريعة الإسلامية بل منهم من منع ذلك شرعاً حسب ما ادعاه . وبالرغم من ذلك ففي العراق ، فان لهذا الموضوع مساحة تطبيقية واسعة.. ومع تطور الحياة التجارية والصناعية في العالم ومنها العراق والاردن وخاصة بعد تغيير النظام السابق في العراق بحكم الاحتلال فقد تطلع الكثير من المستثمرين لما يسهل عليهم أعمالهم التجارية والصناعية وحتى الزراعية ولهذا الغرض يسعى الكثير منهم إلى الحصول على الأراضي لإقامة مشاريعهم عليها .. مما يلجأ أكثرهم إلى شراء أراضي لهذا الغرض .. وعليه سيتم بحث موضوع المساطحة بثلاثة مباحث يتضمن أولها التعريف بالمساطحة في القوانين العربية ، وثالثها ما ورد من اراء لفقهاء المذاهب الاسلامية بهذا الخصوص، ومن خلال تلك البحوث سنتطرق الى موضوع المغارسة وتمييزه عن المساقاة.

المبحث الاول تعريف المساطحة

كما أسلفنا من ذكر عن أهمية هذا الموضوع وعليه فيقتضي إعطاء نبذة تمهيدية مختصرة عن هذا الموضوع فيما يتعلق بالتعريف به والقوانين التي تضمنته.
عقد المساطحة :

عقد المساطحة إنما هو اتفاق بين مالك الأرض والغير بحيث يخول مالك الأرض هذا الغير من إنشاء البنية أو محدثات أو منشآت أخرى من غير المزروعات أو الغراس لقاء أجر يتفق عليه فيما بينهما ولمدة محددة لا تتجاوز مدة الخمسين سنة ويكون لهذا (الغير) الحق في التصرف بهذه الأبنية أو المحدثات أو المنشآت بكل أنواع التصرف من إفراغ لملكية هذا المحدثات ورهنها وتأجيرها .. الخ وكل ما يشاء من التصرفات المقررة لمالك الشيء (المحدثات والمنشآت الأخرى) كونه مالكا لها دون الأرض وبحدود ما يسمح به الاتفاق المذكور في عقد المساطحة.
المشرع الأردني :

لقد كان المشرع الأردني قد خطى خطوة متميزة عن المشرع المصري في مجال المساطحة حيث أورد نصوصاً في القانون المدني الأردني وهي المواد (1225 الى 1232) منه، لكن لم أجد لهذا الموضوع تطبيقات قضائية بالقدر الذي بحثت وسألت في المجال القضائي الاردني بالرغم من أني عثرت على تطبيقات عملية على أرض الواقع . وعلى عكس ما هو موجود في العراق فالمشرع العراقي نص أيضاً على نفس الموضوع في قانونه المدني، المواد (1226 الى 1270) منه، وقد زحرت المحاكم العراقية بالتطبيقات القضائية لهذا لموضوع وكان المشرع العراقي قد حصر موضوع المساطحة في حقوق المساطحة دون المغارسة على خلاف ما ورد في التشريع الأردني الذي خلط بين المساطحة والمغارسة عندما جعل غرس الغراس من قبيل المساطحة وهو ما سيكون موضوع هذا البحث.. وكان بعض شراح القانون العراقي قد غفل عن التمييز بين حق المساطحة وعقد المساطحة وهذا

الخط ورد كذلك في قرارات محكمة التمييز بل واللبس الذي ورد في قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة (1971) زاد في الأمر متاهة أخرى للعاملين في مجال القانون .. وهو ما سأجرح اليه لبحث كل تلك المواضيع للوصول إلى النتائج التي تؤدي إلى خدمة الاستثمار في العراق والأردن ضمن خطة العمل التالية ليطلع عليه المشرعين العراقي والأردني وغيرهم في الدول العربية لتبني هذا الموضوع بالشكل الذي سيتم تفصيله وإعطاءه الأهمية الكافية خاصة وإن موضوع الاستثمار في البلدين المذكورين أصبح من اولويات التنمية الاقتصادية.

القانون الاردني :

كان المشرع الأردني قد تطرق الى هذا الموضوع لكنه :-

- (1) لم يفرق بين عقد المساطحة والحق الناشئ عنه والذي يسمى بحق المساطحة.
- (2) جعل عملية الغراس من ضمن عملية المساطحة وهذا ما يؤدي إلى أن المشرع الأردني قد خلط بين مفهوم عقد المغارسة - الذي أفرد له نصوصاً خاصة به- وبين عقد المساطحة.

القانون السوري :

لقد عرض هذا القانون موضوع المساطحة وأسماءه (بحق السطحية) ونفس الخط الذي ورد في موضوع الغراس والمساطحة في القانون الأردني ورد في القانون السوري، ولم يرد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أي إشارة تبين كون القانون السوري هو المرجع لهذا الموضوع كما فعل المشرع العراقي حيث إنه اقتبس هذا الموضوع من القانون السوري لكن مع التفريق بين موضوعي حق المغارسة وحق السطحية. (1) وقد ألحق القانون السوري هذا الموضوع بحقوق الارتفاق. (2)

1- انظر الدكتور شاکر ناصر حيدر / شرح الحقوق العينية الأصلية / القانون المدني العراقي ج 2 - مطبعة المعارف بغداد/العراق 1953 ، ص 37.
2- الدكتور محمد وحيد الدين سوار / شرح الحقوق العينية الأصلية نشر دار الثقافة / عمان - الأردن، طبعة 1994 ، ص 401.

القانون العراقي :

بالرغم من اقتباس المشرع العراقي لهذا الموضوع من القانون السوري لكنه ميز بين المساطحة والمغارة ولم يخلط بينهما كما فعل المشرع الأردني والسوري.. ولكن ما ذهب إليه المشرع العراقي، وإن كان قد فصل بين مفهوم حق المساطحة ومفهوم عقد المساطحة لكنه لم يوضح عند نصه على وجوب تسجيل حق المساطحة وماذا سيكون مصير عقد المساطحة ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، عندما شرع قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 فقد خلط المشرع العراقي بين مفهوم المساطحة الذي لا يكون إلا في الأراضي غير الموقوفة وبين المساطحة في الأراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً دون الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح وكان المقتضى به أن ينص على عكس ما نص عليه وهو ما سنأتي على تفصيله. أما الفقه والقضاء .. فهما الآخران لم يكون أياً منهم موقفاً في تنظيم هذا الموضوع وسنطلع على ذلك من خلال آراء الشراح وقرارات القضاء العراقي.

القانون المصري :

لم يعرف القانون المصري هذا الموضوع بل ولم يتطرق إليه عند تعداد الحقوق العينية المنفردة عن حق الملكية، وقد خلت نصوص القانون المدني المصري من التطرق لهذا الموضوع، وللسبب نفسه فقد أعرض شراح القانون المدني المصري عن بحثه، وأما ما ورد في كتاب الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عن الموضوع هذا - عند شرحه نصوص القانون المدني اللبناني والقانون المدني المصري فقد خلط بين مفهوم نص المادة (922) من القانون المصري وبين مفهوم حق المساطحة.⁽¹⁾ وقد يكون شرحه هذا مستنداً إلى مشروع القانون المدني المصري والذي ورد في نص المادة (1279) منه موضوع المساطحة، ليكتب الحياة لهذا الموضوع عند تشريع القانون المدني الذي تضمن (1149) مادة قانونية فقط.

1 - الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة / الحقوق العينية الأصلية / دراسة في القانون اللبناني والمصري، طبعة 1982 بيروت/لبنان - دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص1067.

يتضح من خلال هذا العرض المختصر جداً عن بعض القوانين العربية (العراقي/ الأردني / السوري / المصري) بأنها لم تكن موفقة كل التوفيق في إعطاء هذا الموضوع حقه بل البعض منها قد تجاهله والبعض الآخر لم يكن موفقاً في تشريعه لنصوصه بل في تطبيقاته القضائية او في شرحه من قبل شراح القانون المدني .. فماذا عسى أن يكون هذا الحق ، وقبل الدخول في هذا الموضوع أود أن أبين موضع هذا الحق هو قسم من أقسام الحق.

الحق ووفق ما ورد في القوانين المدنية ومنها القانون المدني الأردني (م-67) منه وتمائلها بالمقابل المادة (66) من القانون المدني العراقي ولم يبين القانون المصري مثيل لتقسيم الحقوق كما ورد في القانونين العراقي والأردني حيث قسم القانون الأردني وبنص المادة (67) منه، الحق إلى ثلاثة أقسام وهي :

أ) الحق الشخصي

ب) الحق العيني

ج) الحق المعنوي

وقد أورد القانون العراقي في المادة (66) منه تعريفاً للحقوق المالية وقسمها

إلى قسمين وهي :

أ) الحق العيني

ب) الحق الشخصي

كما أورد في المادة (70) منه تعريفاً للأموال المعنوية حيث عرفها :

- 1) هي التي ترد على شيء غير عادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان.
- 2) ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام القوانين الخاصة.

ومهما كانت التقسيمات ، فإن الذي يهمنا هو موضوع الحقوق العينية والتي يشكل حق المساحة جزءاً منها وتمييزه عن الحق الشخصي.

الحق الشخصي :-

على ما نص عليه في القوانين المدنية - إنما هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل. (1)

والحق العيني :-

على ما نص عليه في القوانين المدنية - كذلك هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ويكون إما أصلي أو تبعي. (2)

وقد أوردت المادة (70) ق.م أردني والمادة (68) ق.م عراقي أنواع

الحقوق العينية الأصلية وهي :

أ (حق الملكية

ب) حق التصرف

ج) حقوق المنفعة والاستعمال والسكن

د) حق المساطحة

هـ) حق الارتفاع .. الخ

وبذلك يتضح لنا أن حق المساطحة هو نوع من أنواع الحقوق العينية الأصلية وليس من الحقوق الشخصية، لأن الآثار التي تترتب على الحق العيني تختلف عن التي تترتب على الحق الشخصي وهو ما سنأتي على تفصيله.

1 - انظر المادة (68) ق.م أردني وكذلك نص المادة (69) ق.م عراقي وانظر كذلك السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / نظرية الالتزام - مصادر الالتزام / المجلد الأول ، طبعة ثالثة، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت - لبنان 1998، ص 115.
2 - انظر المادة (69) ق.م. أردني ونص المادة (67) ق.م. عراقي وكذلك السنهوري - المرجع السابق، ص 115.

- **عقد المساطحة** يختلف عن عقد الإيجار، أولاً من حيث أحكامه وثانياً من حيث آثاره فهو لا يخضع لأحكام عقد الإيجار كما فهمه البعض ويختلف عنه من حيث الخصوصية التي تكتنف هذا العقد وهو أيضاً ما سنأتي على ذكره.

وكذلك عقد المساطحة يختلف عن عقد المغارسة ، فبالرغم من إيراد المشرع الأردني نصوصاً خاصة بأحكام عقد المغارسة لكنه عاد وادخل الغرس من ضمن عقد المساطحة وذلك خلط للمفهومين وهو ما سنأتي على تفصيله.

وعقد المساطحة يختلف عن حق المساطحة لأن الأول هو الأصل والثاني هو الفرع ولأن حق المساطحة ينشأ عن عقد المساطحة وعليه فإن بطلان حق المساطحة لا يعني بطلان عقد المساطحة لأن القانون لم ينص على ذلك من ناحية ولاختلاف الأمر بين الاثنين من ناحية أخرى وهو اللبس الذي وقع فيه شراح الحقوق العينية في القانون العراقي بل وقضاء محكمة تمييز العراق بل والمشرع العراقي فيما يخص موضوع المساطحة.

المبحث الثاني المساطحة في التشريع الأردني

كان للفقهاء الإسلامي التأثير الكبير على المشرع الأردني عند وضعه لنصوص القانون المدني الأردني والذي تضمن في طياته نصوص المغارسة والمساطحة . وكانت لمجلة الأحكام العدلية العثمانية الأثر البالغ في ذلك . وقد نص مشروع القانون المدني الأردني في (المواد 1225 وما بعدها) على موضوع المساطحة وأطلق عليه - إضافة لعبارة المساطحة - عبارة (حق القرار)، وحق القرار لا يعطي لصاحب العلو التصرف بالسفل - وهو الأرض - وهذا أول اختلاف بين حق القرار وحق المساطحة وسنفضلها فيما بعد .

أما المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني والتي سبق الإشارة إليها - فهي كالعادة - لم تتضمن الأسباب الموجبة لتشريع نصوص مواد موضوع المساطحة بل اكتفت إلى تكرار ما ورد في نصوص المواد نفسها. بل وأضافت - عند تطرقها لتلك النصوص - الإشارة إلى المادة (1019) من القانون نفسه المتعلقة بموضوع نطاق حق الملكية وهو أمر لا يتفق وحق المساطحة، لأن من يملك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها - حسب نص المادة 1019 - وإن من يملك حق المساطحة إنما يملك المحدثات دون الأرض. فهو أمر يختلف عن الآخر. فقد كان حرياً باللجنة أن تكون دقيقة في هذا الموضوع وذلك لحدائته بالنسبة للتشريع الأردني بل والتشريع العربي بشكل عام، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المشرع الأردني خصص المواد (747-748) من القانون المدني الأردني لموضوع المغارسة فلم يعود ويزج موضوع المغارسة في موضوع المساطحة الذي خصص لها الفرع الثالث من الفصل الثاني للباب الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني مع الاختلاف بين الموضوعين ناهيك عن الخلط الذي ورد في موضوع المغارسة والمساقاة والمزارعة والذي يمتد بدوره إلى موضوع المساطحة.

فما عسى أن يكون حق المساطحة؟ وما هي طبيعته؟ وما هو مصدره؟ وما هي أحكامه؟ ليجعلنا نرى الممارسة والمزارعة والمساقاة. **تعريف المساطحة في القانون المدني الاردني :**

ورد تعريف المساطحة بنص المادة (1225) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنها "حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو غراس على أرض الغير".

ما يلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

- (1) أن المساطحة حق عيني. ولم يبين هذا النص ماهية هذا الحق العيني هل هو عقاري من عدمه.
- (2) أن المساطحة تعني وفق هذا التعريف : إقامة بناء أو غراس على أرض الغير.

من هذه الفقرة تتضح مسألتين :

المسألة الأولى :

الخلط الوارد بين موضوع الممارسة والمساطحة. وقد أوضحنا سابقاً مفهوم الممارسة شرعاً وقانوناً وماذا يعني ذلك وما يترتب عليه ، وقد وجدنا أنها مستقلة عن موضوع المساطحة، عندما أفرد لها المشرع الأردني المواد (747-748) من القانون المدني وأفراد للمساطحة المواد (1225-1232) من قانونه المدني، فهما موضوعان مختلفان من حيث التنظيم القانوني لهما أولاً ومن حيث أحكامهما ثانياً، وما الخلط الوارد في هذه النصوص إلا كما وردت في نصوص القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ وهو نفس الخلط الوارد في القانون المدني السوري⁽²⁾ وما سنأتي على تفصيله.

1 - أنظر المواد (552) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي طبعة 2000 Litec .
2 - د. محمد وحيد الدين سوار / الحقوق العينية الأصلية / ج2 ، نشر مكتبة دار الثقافة، عمان - الأردن، 1994 ، ص104.

المسألة الثانية :

موضوع الأرض التي تكون محل المساطحة. وكما أسلفنا من ذكر فإن الشريعة عرفت المساطحة وفق المفاهيم الواردة فيها وحصرتها في أرض الوقف. ولم ينص المشرع الأردني على نوعية ملكية هذه الأرض واكتفى بعبارة (على أرض الغير) ليفرق بين الأرض التي يملكها المساطح - فإذا أقام عليها محدثات أو غراس فلا تعتبر مساطحة لأنها أرضه - وبين الأرض التي تكون للغير وهنا تنشأ ملكية المساطح للمحدثات وملكية صاحب الأرض للأرض .. وبالتصميم من قبل المشرع الأردني على موضوع "الحكر" في المواد (1249-1270) من قانونه المدني يكون قد أوضح أن أرض الغير تعني الأرض غير الموقوفة.

وعليه يتضح مما ذكره ومما ورد في التعريف الوارد في المادة (1225)

الآتفة الذكر فإن حق المساطحة إنما هو :

"اتفاق بين صاحب أرض وبين الغير، بموجبه يمكن صاحب الأرض، الغير من وضع اليد على هذه الأرض ليقوم عليها المحدثات التي تكون موضوع حق المساطحة لينتفع به وتصرف بها بكافة أوجه الانتفاع والتصرف وفي حدود المدة المقررة لذلك لقاء أجرة يدفعها الغير لصاحب الأرض" وهو ما سنبينه في موضوع طبيعة حق المساطحة في الفقرة التالية من هذا المطلب.

أولاً : طبيعة حق المساطحة :

من خلال نص المادة (1225) من القانون الأردني وما بعدها يتضح أن حق المساطحة إنما هو حق عيني عقاري مشتق من حق الملكية، يخول صاحبه إقامة بناء أو غراس على أرض الغير وكما قلنا ووفق هذا النص يتبين أن عقد المساطحة إنما هو اتفاق بين مالك الأرض والغير بموجبه يتمكن الغير "وهو المساطح" الانتفاع بأرض شخص آخر للمدة المحددة في عقد المساطحة وكل الأبنية والغراس والمحدثات التي أقامها على تلك الأرض وهذا ما جعل حق المساطح حقاً عينياً له ويمكن ذلك الحق من البقاء والاستمرار طيلة مدة العقد ما ليس للحق

الشخصي الذي يعطيه القانون للمستأجر استناداً لعقد الإيجار وبعبارة أخرى هو تملك للعين موضوع محل عقد المساطحة وليس تملك المنفعة فقط لأن المنتفع بالحق ليس له حق التصرف بالعين موضوع الانتفاع في الوقت الذي يكون للمساطح حق التصرف بتلك العين بكل أنواع التصرف (بيع/إيجار/رهن/..الخ) وهو ما يختلف عن عقد المغارسة الذي اعتبره المشرع عقد من عقود الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني. فحق المساطحة حق قائم بذاته يمتد علواً كما يمتد عمقاً (تحت سطح الأرض) كما يمتد أفقياً وبوضع المساطح يده على الأرض وفق عقد المساطحة فإنه يتمتع على مالك الأرض أي تصرف يؤدي للمساس بحقوق المساطح على تلك الأرض، ولا يعود لمالك الأرض التصرف لا بسطح الأرض ولا بباطنها لأنها أصبحت تحت تصرف المساطح إلا إذا نص الاتفاق على غير ذلك. ومن جانب آخر فإن حق المساطحة ليس بحق وسط بين حق الحكر وحق الإيجار كما أشار بعض الأساتذة الأفاضل / من شرح القانون المدني، كون هذا الحق إنما خصص له المشرع أحكاماً به⁽¹⁾، كما أنه ليس من الحقوق التي ترد على سطح البناء لأن ذلك يدخل في موضع حق العلو والسفل أو أن تكون من قبيل حقوق الارتفاق أو من حقوق الملكية المشتركة.

أما من قال بأن حق المساطحة ليس حق لملكية المحدثات فقد أخطأ⁽²⁾ وكان المقتضى التمتع فيما يكون هذا الحق وكيف تكون ممارسته ومتى؟ وماذا يقصد بالمحدثات ومتى تتكون؟
وجوابنا على ذلك هو :

أن حق المساطحة الذي ينشأ عن عقد المساطحة إنما لا يتكون فعلياً إلا بعد إنشاء المحدثات ولطالما حق المساطح حق عيني كما عرفته المادة (1225) من القانون المدني الأردني فالحق العيني هذا إنما هو على المحدثات نفسها ومتى ما

1 - أنظر د. علي العبيدي - شرح الحقوق العينية في القانون المدني الأردني - طبع دار الثقافة، عمان/ الأردن - الطبعة الأولى، ص 226.
2 - أنظر د. علي العبيدي - المرجع السابق، ص 267.

تكون هذا الحق بعد إنشاء هذه المحدثات سيكون لصاحبه (المساح) التصرف به تصرف المالك. وهو ما سنأتي على تفصيله لاحقاً.

وعليه فإن حق المساطحة له طبيعة خاصة ينفرد بها عن الحقوق الشخصية بحكم القانون وطبيعة هذا الحق. فالعقد المنشئ لهذا الحق إنما هو عقد استثمار الأرض، وبه يكون للمساح إما أن ينتفع بهذا الحق وإما يتنازل عن ذلك إلى الغير بما يتفق وعقد المساطحة أو أن يرهن أو يهب أو يوصي به لمن يشاء أو أن يرثه ورثته من بعده وكذلك بما لا يخالف بنود عقد المساطحة الذي هو مصدر حق المساطحة والذي سنفصله في الفقرة التالية.

ثانياً : مصدر حق المساطحة :

حق المساطحة - وكما أشرنا - أنه حق عيني متفرع عن حق الملكية، وأية هذا، أن مورد هذا الحق هو الفرع الثالث للفصل الثاني من الباب الثاني للكتاب الثالث للقانون المدني الأردني ومصدره - كما قلنا - إنما هو عقد المساطحة، والعقد على ما هو معرف في المادة (87) من القانون المدني الأردني، إن هو إلا ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الطرف الآخر وتوافقها على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر. وبالعقد تنتقل الملكية في المنقول والعقار مع مراعاة الشكلية المقررة قانوناً إن تطلب القانون ذلك. ولطالما هذا الحق يعتبر عينياً عقارياً.

والحق العيني :

على ما ورد تعريفه في المادة (69) ق.م أردني هو "سلطة مباشرة لشخص على عين معينة" وهو حق عقاري ذلك لعله استقراره استقراراً ثابتاً استناداً للتعريف الوارد في المادة (58) ق.م أردني والتي تنص :
"كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته، فهو عقار... الخ".

وحيث أن حق المساطحة - الحق العيني العقاري - إنما هي المحدثات المتفق على إقامتها - بين طرفي العقد - في الأرض - المعقود عليها - والتي هي محل التزام مالك الأرض الناجم عن العقد، ولعلنا أن هذا الحق إنما هو عقار - وفقاً للنص أعلاه- فقد كان المقتضى بالمشروع الأردني النص على وجود تسجيل هذا الحق لدى دائرة تسجيل الأراضي أسوة بعقود المغارسة والإيجار المنصوص على وجوب تسجيلها وفق نص المادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 وتعديلاته والتي نصت على أن:

"عقود المغارسة وعقود الإيجار المتعلقة بأرض تمت فيها التسوية بموجب هذا القانون تسجل في دوائر التسجيل، وكل عقد نظم خلافاً لما جاء في هذه الفقرة لا تسمع الدعوى به في المحاكم.

لقد شمل هذا النص نوعين من العقود وهما عقد المغارسة وعقد الإيجار - هذا ما ورد في بداية النص، وأما ما ورد في نهايته - فقد نص على شمول كل عقد. ولا نعرف ماذا كان يقصد المشروع بعبارة (وكل عقد) فهل كان يقصد جميع العقود الواردة على الأراضي أو فقط العقود الوارد ذكرها في النص ؟

نجيب على ذلك بفقرتين وهما:

(1) برأيي أنه لم يشمل العقود الواردة على الأراضي كافة بل حصرها فقط في عقدي المغارسة والإيجار، وعقد المساطحة ليس بعقد مغارسة - وإن نص في مواده على المغارسة أفرد له المشرع نصوصاً خاصة به وقد أوضحنا ذلك سلفاً - وعليه فإن عقد المساطحة ليس بعقد إيجار لنفس العلة الأنفة الذكر حيث إن المشرع أفرد لعقود الإيجار نصوصاً خاصة بها. وإن اشتبه عقد المساطحة بعقد الإيجار بعض الشيء.

(2) أما الموضوع الآخر فهو كما يلي :

حق المساطحة إنما ينشأ عن عقد المساطحة وهو كما أسلفنا أنه حق عيني عقاري ولا يمكن لصاحبه التصرف به (بيعاً أو رهناً أو... الخ) إلا بعد أن

تقام المحدثات أياً كان نوعها ومن ثم يتم تسجيل تلك المحدثات باسم المساطح ليصبح مالكاً ومن ثم يكون له التصرف بها كما تم تحديده قانوناً واتفاقاً... وعليه فإن تسجيل عقد المساطحة لا يعني تسجيل الحق الناشئ عنه وبالتالي فليس للمساطح أن يتصرف بالحق العيني (محل المساطحة) لأنه لم ينشأ بعد وهو ما سنأتي على تفصيله عند التكلم عن المساطحة في القانون العراقي.

1- أورد الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة شرحاً عن حق السطحية ومفاده :
"القاعدة أن صاحب الأرض يعتبر مالكاً لما يقام عليها من منشآت وما يغرَس فيها من أغراس، ولكن يجوز - على خلاف هذه القاعدة - أن يكون لغير صاحب الأرض الحق في إقامة أبنية أو منشآت أخرى عليها، أو غراس أو اغراس فيها وتملكها (م 213 ملكية عقارية و 922 مدني مصري). ويمكن أن يتحقق ذلك في فروض مختلفة. من ذلك أن يخول المؤجر في عقد الإيجار المستأجر الحق في إقامة أبنية في العين المأجورة فيكون المستأجر مالكاً لهذه الأبنية طوال مدة العقد. ومن ذلك أن يخول مالك الرقبة في عقد منشئ لحق انتفاع المنتفع، الحق في إقامة أبنية على الأرض المنتفع بها، فيكون المنتفع مالكاً لهذه الأبنية خلال مدة الانتفاع. ومن ذلك أيضاً أن يخول صاحب الأرض بمقتضى عقد، شخصاً آخر الحق في إقامة أبنية أو منشآت أخرى على الأرض أو غرس غراس فيها، فينشأ لهذا الشخص حق عيني يشتمل في أحقيته لإقامة هذه الأبنية أو المنشآت أو لغرس هذه الأغراس ولتملكها، وهذا هو حق ((السطحية)) الذي ورد تعريفه في النص".

2- كما أورد الدكتور عبدالمنعم في نفس الموضوع ما يلي :
"وهذا الحق شبيه بحق الحكر وحق الإجارة العينية، فكل هذه الحقوق حقوق عينية عقارية تنقرر عادة لمدة طويلة. ولكن السطحية يختلف عن الحقين الآخرين في الوظيفة، فحق الحكر وحق الإجارة العينية يؤديان وظيفة اقتصادية، حيث يكون الغرض منها إعادة إصلاح عقار مُخرب أو مهمل بحيث يكون بحاجة إلى الإصلاح

أو جهد كبير في الاستغلال. أما حق السطحية فيؤدي وظيفة اجتماعية لمصلحة المالك الذي يعجز عن استغلال ملكه أو لا تمكنه ظروفه من هذا الاستغلال".⁽¹⁾
نقول جواباً على ما ورد آنفاً :

أن القانون المصري لم يعرف موضوع المساطحة ولم ينص عليه في قانونه المدني، لكنه كان قد نص عليه في مشروع هذا القانون، ولم يكتب له الحياة عند إقرار القانون المدني المصري هذا. وأما المادة (922) ق. مدني مصري فإنها تعلقت بموضوع الالتصاق بالعقار وهذه المادة قد نظمت أيلولة هذه المحدثات بعد انتهاء العقد الذي كان سبباً في إنشائها ولم تعط الحق لمنشأها بتملكها والتصرف بها (بيعاً أو رهناً أو... الخ) كما ورد في نصوص عقد المساطحة في القوانين الأخرى. ولم يفرق الأستاذ الفاضل بين عقود الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني بفصل خاص بها وبين عقد المساطحة هذا العقد الذي خرجت به القوانين الوضعين تلبية لمتطلبات التقدم الحضري والعمراني بشكل عام ومتطلبات الاستثمار بشكل خاص و بكل الأحوال إنما يؤدي وظيفة اقتصادية لأي بلد من حيث استثمار الأراضي الفضاء وجلب الأموال للبلد أو استثمارها من قبل مستثمري البلد نفسه وليس كما قال الدكتور عبدالمنعم "أنه حق المساطحة يؤدي وظيفة اجتماعية لمصلحة المالك الذي يعجز عن استغلال أرضه أو لا تمكنه ظروفه من هذا الاستغلال فقط.

وكانت المواد (747 - 748) من القانون المدني الأردني قد تضمنت موضوع المغارسة بل وأخضع المشرع الأردني أحكام المغارسة لأحكام المساقاة بما لا يتعارض مع طبيعة المغارسة بل ونص على خضوع أحكام المساقاة لأحكام المغارسة بما لا يتعارض وطبيعة أحكام المساقاة.⁽²⁾ وما يستنتج من هذه النصوص يعني سريان أحكام المساقاة والمزارعة على المساطحة، وبالرغم من كل

1 - د. عبدالمنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الأصلية - طبع دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، 1982، ص 1067-1068.

2 - انظر المواد (748) و (746) من القانون المدني الأردني.

ذلك فقد عاد المشرع الأردني ليدخل المغارسة مع نصوص أحكام المساطحة وبهذا خلط موضوع المغارسة بموضوع المساطحة.⁽¹⁾ فما عسى أن تكون المغارسة ؟ وما عسى أن تكون المساطحة ليجعل المشرع الموضوعين ضمن موضوع واحد بالرغم من إفراده لموضوع المغارسة نصوصاً خاصة بها وكذلك للمساطحة ؟ للإجابة على هذه الأسئلة يقتضي بنا توضيح المغارسة ولو بشكل مقتضب وما وردت من أحكام الفقه الاسلامي بشأنها وما نصت عليه نصوص القانون المدني .

1 - انظر المواد (225 إلى 1230) من القانون المدني الأردني.

المبحث الثالث المساحة في أحكام الفقه الإسلامي

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

- لكن ما أود الإشارة إليه هنا هو موضوع حق التعلي (حق العلو والسفل) الوارد ذكره لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وعند المذاهب الإسلامية.
- لقد تطرق الدكتور - وهبه الزحيلي - إلى موضوع حق التعلي وعرفه.

حق التعلي :

" هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقفها مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديث. وهذا حق دائم لصاحب العلو وحق البقاء والقرار على السفل دون أن يملك سقفه - عند الحنفية - فلا يزول الحق بهدم أو انهدام السفل أو هما معاً. ويظل هذا الحق قائماً ويجري فيه التوارث".⁽²⁾ إذاً، فماذا عسى أن يكون حق المساحة مقارنة (بحق القرار) أو حق العلو والسفل الوارد ذكره عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

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

(1) حق التعلي والذي أطلق عليه حق القرار.

(2) حق العلو والسفل.

1 - حاشية رد المحتار / المجلد الرابع ، الطبعة الثانية، 1966م/1386هـ، دار الفكر 1399هـ/1979م، ص302.

2 - الدكتور وهبه الزحيلي / المصدر السابق، ج5، ص608-609.

(3) الملكية المشتركة وقد مثل الشارح السفلى والعلو بهذا الحق (حق الملكية المشتركة).

(4) السقف وقد أشار الشارح إلى أن هذا الجزء لا يجوز تملكه عند الحنفية.

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

أها رأي الهاكية :

فقد اعتبروا السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفلى وعليه إصلاحه وبناءه أن انهدام، ولصاحب العلو الجلوس عليه.

وأها الشافعية :

فقد اعتبروا أن السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل كالجدار بين ملكين، لاشتراكهما بالانتفاع به، فإنه ستر لصاحب السفلى وأرضه لصاحب العلو الذي له حق الاستناد عليه وليس لأحدهما دق أو فتح كوة ونحوه مما يضايق إلا بإذن الآخر. ولصاحب العلو الانتفاع بالسقف بحسب العادة، وإذا انهدم المشترك بين اثنين ليس لأحدهما اجبار الآخر على العمارة، لأن الضرر لا يزال بالضرر والممتنع يتضرر تكليف العمارة.

ومن مجموع آراء الفقهاء الوارد ذكرها فإن موضوع السقف إنما بين لنا موضوع حق القرار لصاحب العلو على صاحب السفلى أي يكون لصاحب العلو حق الاستقرار السفلى ويعتبر ذلك السقف مشتركاً - وفق ما تم ذكره - بين صاحب العلو وصاحب السفلى.

وبالنتيجة التي نصل إليها أن موضع حق التعلي أو حق العلو والسفل أو حق القرار كما تم ذكره إنما هو موضوع يختلف عن حق المساطحة هذا الحق الذي لا يمكن اعتباره ملكية مشتركة مثل حق صاحب العلو وصاحب السفلى بالسقف أو

أن يكون لصاحب العلو حق التعلي على السفل أو أن يكون ملكية مشتركة بينهما- فهو ليس بحق القرار حسب المفهوم الوارد حسب رأي الفقهاء المسلمين. كما قلنا أن الشريعة الإسلامية وفقهائها لم يعرفوا حق المساطحة بمفهومها القانوني الحالي بل إن هذا الحق لا يرد وفق أحكام الشريعة على الأرض غير الموقوفة أو المعدة للحكر.

لقد أجزى - وفقاً للفقهاء الإسلاميين - موضوع إحداث بناء أو غراس في أرض الغير وقد عرفت هذه العملية حسب أحكام الشريعة والفقهاء الإسلاميين على أرض الوقف دون غيرها. (1)

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

وبعد هذا التفصيل وهذه الخلاصة التي توصلنا أن أحكام الشريعة والفقهاء الإسلاميين لم يعرف حق المساطحة وفق المفهوم القانوني الحديث من جانب والأرض التي هي محل عقد المساطحة من جانب آخر .

1 - عبدالرحمن الجزبري / الفقه على المذاهب الأربعة / الطبعة السادسة / دار إحياء التراث العربي / بيروت، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، ص122.

الخلاصة

من خلال ما تقدم اتضح ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يفرقوا بين عقد المساطحة وحق المساطحة بل ان النصوص الواردة في موضوع حق العلو والسفل انما تختلف عن المساطحة ناهيك عن ان شراح القانون وقعوا في الخلط بين ما ذهب اليه احكام الفقه الاسلامي وبين ما نصت عليه القوانين الوضعية اضافة الى ان بعض التشريعات العربية كانت قد خلطت بين المغارسة والمساقاة والمزارعة والمساطحة وكما اشرنا اليه في بحثنا هذا املمن ان يلفت ذلك انتباه شراح القانون وفقهاءه والله من وراء القصد

الاستنتاج

نستنتج مما تقدم بحثه وذكره فقد نخلص للقول على ان ::

- (1) المستثمر يضطر (تجاريا كان أو كان صناعيا او حتى زراعيا) إلى دفع مبالغ طائلة لشراء مثل تلك الأراضي لجعلها منطقة لتنفيذ مشاريعه عليها خلافا لما يفرضه عليه عقد المساطحة من شروط تحفظ بها الدولة كيان ارضها وسيادتها عليها مما قد يؤثر سلبا على برنامج مشروعه لان المستثمر غير مبالي لما قد يصيب الارض الوطنية من خسائر بسبب ذلك الاستثمار الذي يكون هدفه مشروعه فحسب غير مباليا لما يصيب الارض من خسائر.
- (2) فقدان مالك الأرض لأرضه بسبب حاجته للمال أو للإغراء المالي المقدم له من قبل المستثمر لبيع ملكه ظنا منه ان هذا المال سيسد حاجته بل وقد يكون للتفكير بالتجارة أو لأي مشروع تجاري صغير اخر له قد ينتهي به الامر الى الخسارة بعد خسارته لارضه.
- (3) فقدان البلد لأراضي الوطن التي قد تتسرب لأيدي خبيثة تعبت بها على مدى المستقبل مما قد تستغل ضد نفس البلد على أساس أنها ملك لمن يمتلكها بشكل يختلف عن ملكية ابن البلد لارضه.

4) الاله من كل ما ذكر انفا انما هي قوانين الاستثمار وتعديلاتها المتلاحقة التي اباحت للمستثمر - كائنا من يكون - للحصول على البلد مجانا وتحت حماية المشرع وباسم قانون الاستثمار، هذا الامر الذي ادى الى تسريب كثير من اراضي الوطن الى الايادي النتنة تحت مجموعة هائلة من الاسماء والعناوين البراقة التي تطلق على تلك المشاريع وهي هفوة كبيرة بل خطرة للتفريط الجاري بأرض الوطن.

هذه من أهم السلبيات التي قد تنتج عن بيع الأراضي إلى الغير وخاصة الاجنبي لأغراض الاستثمار الصناعي أو التجاري ان كان في العراق او المملكة الاردنية او اي بلد اخر. يتضح لنا من خلال موقف المشرع الأردني من عقد المساطحة ولما تم ذكره عن موقفه من عقد المغارسة، أن عقد المساطحة عقد مستقل بطبيعته وأحكامه عن عقد المغارسة، ناهيك عن أن ما يترتب عن عقد المساطحة غير ما يترتب عن عقد المغارسة، وكذلك انه موضوع يختلف عن حق التعلي (حق القرار) الذي تطرق إليه الدكتور (وهبة الزحيلي) وكما أسلفنا من ذكر لما لعقد المساطحة من خصوصية قانونية يتميز بها عن باقي العقود. بل الأدهى من ذلك أن بعض الشراح لم يفرق بين حق ملكية المحدثات وملكية الأرض وأعتبر البعض أن حق المساطحة موجود من قبل إقامة المحدثات، بل واعتبر البعض أن عقد المساطحة هو عقد إيجار ولم يفرق بين ما يترتب لعقد الإيجار عما يترتب لعقد المساطحة وإن القوانين قد فرقت بين الاثنين وبشكل جلي. أما من حيث تسجيل هذا العقد فقد رأينا أن القانون الأردني لم ينص على ذلك في نصوص عقد المساطحة ولم يتطرق إلى ذلك التسجيل إن كان لحق المساطحة أو لعقد المساطحة ولم يورد نص بهذا الشأن في القانون رقم (40) لسنة 1952.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب.

1. السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / نظرية الالتزام - مصادر الالتزام / المجلد الأول ، طبعة ثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت - لبنان 1998.
2. الدكتور شاكر ناصر حيدر / شرح الحقوق العينية الأصلية / القانون المدني العراقي ج 2 - مطبعة المعارف بغداد/العراق 1953.
3. عبدالرحمن الجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة / الطبعة السادسة / دار إحياء التراث العربي/ بيروت، مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
4. الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة / الحقوق العينية الأصلية / دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت/لبنان 1982.
5. الدكتور علي العبيدي - شرح الحقوق العينية في القانون المدني الأردني- طبع دار الثقافة، عمان/ الأردن- الطبعة الأولى.
6. الدكتور محمد وحيد الدين سوار / شرح الحقوق العينية الأصلية / ج2 ، نشر دار الثقافة / عمان - الأردن، طبعة 1994.
7. حاشية رد المحتار / المجلد الرابع ، الطبعة الثانية، دار الفكر 1399هـ/1979م.

ثانياً: التشريعات.

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
3. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المعدل.
4. القانون المدني الفرنسي طبعة 2000 Litec .