

السلطات المقررة للمالك على الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق  
والشقق - دراسة مقارنة

**The Authorities of Owner's on the Detached Parts in  
the Ownership of the Floors and Apartments -  
Comparative Study**

أستاذ دكتور  
علي فوزي إبراهيم الموسوي  
جامعة بغداد - كلية القانون

طالبة - ماجستير  
زينة شاكر خسرو  
جامعة بغداد - كلية القانون

[dr.alifouzi@colaw.uobaghdad.edu.iq](mailto:dr.alifouzi@colaw.uobaghdad.edu.iq) [zena.shaker1201a@colaw.Uobaghdad.edu.iq](mailto:zena.shaker1201a@colaw.Uobaghdad.edu.iq)

**الملخص**

إن السلطات المقررة لمالك الطابق أو الشقة على وحدته المفترزة، تتأتى ممّا مقرر له من حق ملكية تامة عليها، يخوّله ما للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن سلطات المالك في نظام ملكية الطوابق والشقق، فضلا عن تقييدها بالقيود العامة للملكية، تكون مقيدة كذلك بالقيود الاتفاقية، والتي يكون مصدرها سندات الملكية والنظام الداخلي للبناء، والذي يوضع من قبل جمعية مُلاك البناء.

**الكلمات المفتاحية:** الطوابق والشقق، سلطات المُلاك، مضار الجوار، القيود القانونية والاتفاقية.

## **Abstract**

The right of the owner of the floor or apartment over his detached unit is a full ownership right, which simplifies to its owner the powers of use, exploitation and disposal, provided that the owner's powers in the system of ownership of floors and apartments, as well as their adherence to the general restrictions of ownership, remain also restricted by agreement restrictions, the source of which is title deeds And the building bylaws, which are drawn up by the Building Owners Association.

**Keywords:** Floors and Apartments, Owners' Rights, Neighborhood Damages, Legal Restrictions and the Agreement.

## المقدمة

إن الأجزاء المشتركة، في ظل نظام البناء العامودي المتعدد الطوابق والشقق، معدة بطبيعتها للاستعمال المشترك بين مُلأك البناء جميعها. إذ يكون لكل مالك فيها على هذه الأجزاء حق استعمال وانتفاع بها أسوة بباقي المُلأك الآخرين، إلا أن حقه في الاستعمال على هذه الأجزاء المشتركة ليس مطلقاً لكنه مقيد، ومصدر هذا التقييد قد يكون القانون أو الاتفاق حينما يكون القانون هو المصدر المباشر للتقييد، وهذا يعني أن القانون يهدف إلى احترام التخصيص الذي أعد له البناء، وكذلك احترام المُلأك الآخرين في هذا البناء.

أما عندما يكون مصدر تقييد حق الاستعمال هو الاتفاق، فذلك يعني أن المُلأك جميعهم أو غالبيتهم اتفقوا على توسيع نطاق حق الاستعمال للمالك واحد أو أكثر على حساب المُلأك الآخرين. هذه الحالة الأخيرة تقتضي إجماع المُلأك.

وما يؤخذ على هذا القانون أنه لم يأت بمستوى التشريعات في البحث، وهذا ما جعل هذا القانون غير قابل للتطبيق وأدى إلى إهدار القوة الملزمة له، ومن ثم فإن الأمر يقتضي ضرورة وجود نظام قانوني متكامل يلتزم به جميع المُلأك في هذه الملكية لضمان حسن استعمال البناء واستغلاله وإدارته.

سوف نوضح في هذا البحث السلطات الخاصة بالمُلأك على الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق والشقق، والمتمثلة بالسلطات المقررة لهم من قبيل حقهم في الاستعمال والاستغلال والتصرف، إذ من المعلوم ان امتلاك الأموال ليس مقصوداً لذاته، بل لما تحققه الأموال من فوائد لأصحابها، وتتمثل تلك الفوائد في أن لكل مالك سلطات خاصة وأخرى مشتركة تمنحه إياها ملكيته للطابق أو الشقة، وكذلك توجد سلطات خاصة وأخرى يشترك فيها مع الآخرين، حيث تعدّ الأجزاء الخاصة مملوكة ملكية مفترزة ومن ثم يحق للمالك كل شقة ان يستعمل هذه الأجزاء ويستغلها وأن يتصرف فيها، أما الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك فيعدّ حق المالك فيها حق ملكية شائعة ثابت ليس له فقط بل لمجموع المُلأك أو للبعض منهم.

ولموضوع سلطات المالك على الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق والشقق، أهمية كبيرة في حياتنا العملية، لحاجة الجميع إليه، لذا فإن ضرورة تنظيم أحكامه في الوقت الراهن أكثر من أي وقت مضى في ظل أزمة السكن، حيث ساد التوجّه للبناء العامودي، لحل أزمة السكن المتفاقمة ولسوء الأحوال الاقتصادية في البلد ولوجود الكثير من الحلول والاقترحات الإسكانية العمودية اصبح وجوب وجود تقنين محدث لما موجود سابقاً يتماشى مع موجود في التشريعات المقارنة ولا نقصد بكل ما فيها بل بما يتلاءم مع طبيعة البلد ومفاهيمه وأحكام قوانينه الأخرى ويتلافى ما شاب التشريع

الحالي من نقص. حيث تنبّهت الجهات المختصة في العراق لهذه المشكلة الاجتماعية وأدركت خطورتها، فبادرت هيئة الاستثمار الوطنية وهيئة استثمار بغداد وهيئات استثمار المحافظات إلى التعاقد مع الشركات الأجنبية المتخصصة في هذا المجال للنهوض بإنشاء مجمعات سكنية كمجمع بسماية ومجمع بوابة العراق ومجمع السلام وأيادي الخير.... إلخ لكي يتم مواجهة هذا الزخم السكاني، ثم قامت هذه الهيئات بتملك الأرض لهذه الشركات المستثمرة بموجب نصوص قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل مع وضع إشارة عدم التصرف عليها، مع أخذ ضمانات كافية أخرى ليتم إجراء نقل ملكية هذه الشقق التي تباع قيد الإنشاء في حال إنجازها إلى المواطنين، عن طريق عقود خاصة في ظل غياب تنظيم قانوني لبيع الشقق قيد الإنشاء في القانون المدني ليمتلكها المواطن ومن هنا حُلّت مشكلة إنشاء المجمعات السكنية، لكن ظهرت هناك مشكلة أخرى، وهي إنه لم يأخذ هذا القانون طريقه في التطبيق العملي على الرغم من وجود قانون خاص لهذا النوع من الملكية (قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم 61 لسنة 2000)، فنجد ان إدارة وصيانة المجمعات السكنية ان يتم عن طريق شركات متخصصة بدلاً من جمعية الملاك، وعلى سبيل المثال مجمع بسماية السكني، إذ عملت هيئة الاستثمار الوطنية بالتعاون مع شركة عراقنا على إدارة وصيانة هذا المجمع مقابل اشتراكات شهرية من الملاك كما ظلت المحاكم العراقية هي الأخرى غير عالمة بوجود هذا القانون فحكمت القضايا المعروضة عليها وفق القواعد العامة بالشيوخ.

وتكمن مشكلة الدراسة في هذا الموضوع في بعثرة النصوص التي تنظم أحكام ملكية الطوابق والشقق عموماً، والأحكام الخاصة بسلطات المالك في الأجزاء المشتركة في هذا النوع من الملكية، وعدم وجود تشريع موحد ينظم هذا الموضوع. حيث سنتناول في هذه الدراسة السلطات المقررة للمالك في ملكية الطوابق والشقق في التشريع العراقي وبعض التشريعات المقارنة في مصر وفي فرنسا، في محاولة للاستفادة من أحكام هذين القانونين في تطوير أحكام القانون العراقي.

وسنتبع في دراسة هذا البحث المنهج التحليلي والمقارن بوصفه المنهج الأكثر ملائمة لطبيعة هذا الموضوع والأكثر إحاطة به من حيث إبراز سماته وملامحه، وذلك من خلال المقارنة بين نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 خاصّة المتعلقة بالملكية الشائعة والأحكام الخاصة في قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم (61) لسنة 2000 مع مراعاة الأحكام الواردة قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ومن ثم مقارنة ذلك مع النصوص التشريعية المقارنة العربية كالمصري والاجنبية كالقانون الفرنسي.

ولاستيفاء موضوع الدراسة فقد تناولناه في مبحثين، تطرقنا في الأول منهما إلى سلطات الملاك على الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق والشقق، أما المبحث الثاني فخصصناه لبيان القيود التي ترد على سلطات الملاك في الأجزاء المفترزة للطابق أو الشقة.  
وصولاً لأبرز النتائج والمقترحات التي خلصت إليها الدراسة.

### المبحث الأول

#### سلطات الملاك على الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق والشقق

#### The Owners' Powers over the Detached Parts of the Ownership of Floors and Apartments

أن حق الملكية، حقٌ يخول صاحبه جملة سلطات تتمثل بالاستعمال والاستغلال والتصرف. وعليه سنبين مضمون هذه السلطات المقررة للملاك على الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق والشقق، كل منها على حده نتناول في المطلب الأول سلطة المالك في استعمال واستغلال الأجزاء المفترزة، وفي المطلب الثاني سلطة التصرف المقرر لمالك الطابق أو الشقة، وكالاتي:

### المطلب الأول

#### سلطة المالك في استعمال واستغلال الأجزاء المفترزة

#### The Owner's Authority to Use and Exploit the Detached Parts

تتشابه سلطة المالك في استعمال واستغلال الأجزاء المفترزة في ملكية الطوابق والشقق، مع تلك السلطات المقررة للمالك في الملكية المفترزة، حيث لم يرد في قانون ملكية الطوابق والشقق العراقي رقم (61) لسنة 2000 حكم خاص في هذا الشأن، في الوقت الذي نصت المادة 1048 من القانون المدني العراقي على أن حق الملكية يعني: "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة". أما القانون المدني المصري فلم يورد هو الآخر أي حكم خاص بهذا المجال.

ولكن بالرجوع إلى القانون المنظم لشيوع العقارات المبنية الفرنسي فإنه يقرر في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن للمالك على الأجزاء المفترزة حقاً استثنائياً مانعاً في الانتفاع بها<sup>(1)</sup>.

ويقصد بحق الاستعمال، حق المالك في استخدام ملكه فيما هو صالح له من أوجه الاستعمال وفي الحصول من وراء ذلك على الخدمات أو المنافع<sup>(2)</sup>، حيث يجوز لمالك الوحدة العقارية سواء كانت طابقاً أو شقة في البناء المتعدّد الطوابق ان يستعمل وحدته بمفرده أو بواسطة غيره بحيث يكون استعماله المتكرر بحسب ما تجيز به تلك الأجزاء من العمارة، فضلاً عن الأخذ بعين الاعتبار حسن الجوار<sup>(3)</sup>.

وأن لمالك الوحدة العقارية أن يستعمل وحدته بنفسه أو من قبل الغير ممن يسمح المالك لهم باستعمال وحدته من الأهل والأصدقاء، حيث استعمال الوحدة من قبل المالك شخصياً يكون بأن يسكنها بنفسه أو بواسطة أسرته، ويحق له أن يستقبل زواره، كما يحق له إدخال تعديلات بالطابق أو الشقة، طالما ان هذه التغييرات لا تؤثر على سلامة البناء ومثانته<sup>(4)</sup>، أما استعمال الوحدة العقارية من قبل الغير فإنه يكون عن طريق إجازة مالك الطابق أو الشقة لأحد أقاربه أو أصدقائه<sup>(5)</sup>.

أما حق الاستغلال فيقصد به القيام بالأعمال اللازمة التي تؤدي إلى استغلال الشيء عن طريق استثماره<sup>(6)</sup>، والشيء محل الملكية العقارية هنا هو الطابق أو الشقة، وهذا الاستغلال قد يكون مباشراً كافتتاح متجر أو قد يكون الاستغلال غير مباشر كإيجار الطابق أو الشقة والاستفادة من الأجرة، وعلى المالك عند قيامه بهذا الاستغلال ان يتقيد بكافة ما تقضي به القوانين والأنظمة كقانون الإيجار والضرائب<sup>(7)</sup>.

ولمالك الوحدة العقارية داخل الملكية المشتركة الحرية في إجراء كافة التصرفات في حصته، بشرط عدم التعدي على سلطات الملاك الآخرين أو تخصيص البناء، ومن ثم يمكن لمالك الوحدة العقارية استعمال وحدته لنشاط مهني إما أن يكون من قبل المالك أو من قبل الغير، فأما استعمالها من قبل المالك يكون بأن يخصص شقته أو طابقه لمزاولة نشاطه، مثلاً أن يفتح مكتباً أو عيادة أو غير ذلك من انشطته المهنية، وأما استعمالها من قبل الغير، فيتحقق بأن يجيز مالك الوحدة العقارية لأحد من ذويه أو أصدقائه ان يزاو في طابقه أو شقته نشاطه المهني<sup>(8)</sup>.

وكذلك لمالك الوحدة العقارية إيجار حصته إلى الغير بمقابل وهو الاجرة، وتجدر الإشارة إلى ان عقد الإيجار لا يغطي الأجزاء الخاصة فحسب، بل يشمل أيضاً السلطات الملحقة بالوحدة العقارية على وجه الخصوص استخدام الأجزاء المشتركة في الملكية المشتركة، إذ يحل المستأجر بموجب عقد الإيجار محل المالك (المؤجر) في استخدام الأجزاء والمرافق

المشتركة، إلا أنه يشترط في هذا الاستخدام ضمان الحفاظ على الشيء المستأجر طبقاً لأحكام المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي، ويعدّ المستأجر مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها الزوار الذين أدخلهم إلى شقته في الملكية المشتركة، وعند تأجير أي من الوحدات العقارية سواء الطابق أو الشقة يصبح البناء حينئذ مشترك بين المالك والمستأجرين، ومن ثم تنشأ علاقات متعدّدة بين المؤجر للطابق أو الشقة وبين مستأجرها، وعلاقات بين المستأجر وجمعية المالك في البناء<sup>(9)</sup>.

ومن حيث الأصل أنه لا توجد علاقة مباشرة بين المستأجر وجمعية المالك، إذ لا تعدّ الجمعية طرفاً في عقد إيجار الطابق أو الشقة المبرم بين المالك والمستأجر، إذ لا يمكن للمستأجر أن يستند على بنود عقد إيجاره في مواجهة جمعية المالك، وفي حالة التعرض لحق المستأجر بالانتفاع بالمأجور، يجب عليه في هذه الحالة الرجوع للمالك ( المؤجر) بموجب قانون 6 تموز 1989 لضمان حقه بالانتفاع بوحدته العقارية، فضلاً عن ذلك فإن عقد الإيجار المبرم بين المالك ( المؤجر) والمستأجر لا يقتصر على حق تأجير الأجزاء الخاصة بل يشمل أيضاً الأجزاء المشتركة، فالمستأجر شأنه شأن المالك لا يستطيع أن يستخدم طابقه أو شقته دون استخدام الأجزاء المشتركة في البناية أو حتى بعضها، عليه فإن صلب العلاقة بين المستأجر وجمعية المالك هو استعمال الأجزاء المشتركة في البناية والآثار المترتبة عليها.

فالأصل العام أن الأجزاء المشتركة قد خصصت لاستخدام جميع المالك في الملكية المشتركة وليس للاستخدام الحصري لجزء منهم، نتيجة لذلك لا يمكن للمؤجر أن يمنح المستأجر سلطات أكثر من السلطات المخولة له بموجب نظام الملكية المشتركة ( اللائحة الداخلية )، كمنحة حق الانتفاع الخاص ببعض الأجزاء المشتركة، ومن ثم لن يتمكن المستأجر من التمسك بعقد الإيجار وسيتمتع عليه الرجوع للمؤجر، وتجدر الإشارة إلى أنه توجد استثناءات في حالات معينة مقررّة بموجب قانون 10 تموز 1965 المعدل، يتمكن المستأجر فيها المطالبة بحق الانتفاع الخاص لبعض الأجزاء المشتركة<sup>(10)</sup>، لكن على الرغم من ذلك قد تنشأ علاقة بين المستأجر وجمعية المالك، وذلك عندما يسبب المستأجر سواء بنفسه أو بواسطة أحد أفراد أسرته أو أحد زواره بعض الأضرار للأجزاء المشتركة، كالمصعد أو السلالم أو الواجهة الخارجية عند استخدامها لها في أثناء استغلالهم للطابق أو الشقة المستأجرة، إذ يحق لجمعية المالك في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ضد المستأجر ليطالبه بالتعويض عما

أصاب الأجزاء المشتركة من أضرار نتيجة خطأ على أساس المسؤولية التقصيرية أو نتيجة الإهمال في صيانة الأجزاء المشتركة<sup>(11)</sup>.

وللمستأجر كذلك الحق في اتخاذ إجراءات ضد جمعية المالكين بالاستناد على المادة 14 في فقرتها الثالثة من قانون الملكية المشتركة الفرنسي لسنة 1965 المعدل والتي تنص على أن "الجمعية مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالملأك المشتركين أو الغير الناشئ عن عيب في البناء أو عدم صيانة الأجزاء المشتركة" (12) وهذا الأمر قد أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الصادرة بأن جمعية المالكين هي المسؤولة عن الأضرار التي تصيب الملاك أو المستأجرين بسبب عيب في البناء أو عدم صيانة الأجزاء المشتركة أو سوء إدارتها من قبل الجمعية<sup>(13)</sup>، كما أن المادة 18 من القانون نفسه قد أكدت بأن رئيس الجمعية (السنديك) هو الحافظ الأمين للعقار المشترك، ومن ثم يستطيع المستأجر أن يقيم دعاوى المسؤولية ضد الجمعية<sup>(14)</sup>.

أما فيما يتعلق بخصوص بعض النفقات المشتركة فإن الجمعية لا تستطيع مطالبة المستأجر بسداد هذه النفقات، وإنما ترجع على المالك المؤجر إذ أن كل مالك عليه أن يتحمل حصته في نفقات الأجزاء المشتركة ومن ثم عليه الرجوع على المستأجر لمطالبته بها وبسدادها، وعادة ما ينص عقد الإيجار على طريقة توزيع النفقات المشتركة وأن يتحملها المستأجر<sup>(15)</sup>.

وتحكم قوانين الإيجار كقاعدة عامة عقود الإيجار بين الملاك والمستأجرين حيث يوجد عقد إيجار بين المالك المؤجر والمستأجر، وأن هذه العلاقة تكون محكومة بقواعد القانون المدني وقانون إيجار العقار رقم 78 لسنة 1979 وتعديلاته<sup>(16)</sup>، ولذا يلتزم المستأجر بدفع الأجرة وسدادها للمؤجر، الذي يلتزم بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وقد تتضمن بعض الأنظمة الداخلية في ملكية المشتركة شروط تمنح رئيس الجمعية الحق في إدارة الشقق المؤجرة من جانب الملاك<sup>(17)</sup>، وأن بعض الشراح الفرنسيين قد انتقد بحق ورود مثل هذا الشرط في النظام الداخلي للملكية المشتركة، على أساس أن رئيس الجمعية (السنديك) يمثل في الوقت نفسه باقي ملاك الشقق، وفي حالة نشوب نزاع بين الملاك والمالك المؤجر لشقته بخصوص الإدارة، فإن رئيس الجمعية يكون نائباً عن كلا الطرفين، وعليه أن يفصل في هذه الحالة بين المصالح المتعارضة مما قد يؤثر على انحيازه إلى جانب دون الآخر<sup>(18)</sup>.

أما الحالة نشوب نزاع بين المستأجرين والغير فأنهم لا يقدرّون الرجوع على رئيس الجمعية للمطالبة بإزالة أسبابها، وإنما يجب عليهم أن يرجعوا على مؤجريهم لأنهم ملتزمين بضمان عدم التعرض القانوني من الغير<sup>(19)</sup>، هذا الأمر يكون في إطار القواعد العامة إذ يتمتع عليه القيام بأي عمل يكون من شأنه الحيلولة بين المستأجر



وبين حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة على النحو الذي يتفق وطبيعتها<sup>(20)</sup>، وعليه فإن الجمعية لا تستطيع ان تلجأ إلى القضاء ضد المستأجرين لمطالبتهم بحصتهم في النفقات المشتركة والمتعلقة باستعمالهم للأجزاء المشتركة، والمؤسسة على حقهم في إيجارهم إذا ما التزم المستأجر بسداد هذه النفقات فيعدّ هذا التزاماً شخصياً .  
وأيضاً يجوز للمستأجر أن يكون وكيلاً عن المؤجر أو عن اي من الشركاء الآخرين في الملكية، في حق التصويت عنهم في الهيئة العامة (الجمعية العمومية)، ولا يحق للمستأجر التوكل عن أكثر من ثلاثة شركاء، إلا إذا كانت حصة هؤلاء الشركاء لا تزيد عن 5% من مجموع أصوات جمعية المالكين<sup>(21)</sup>.

### المطلب الثاني

#### سلطة التصرف المقرر لمالك الطابق أو الشقة

### The Authority to Dispose of the Owner of the Floor or Apartment

يُعدّ التصرف من أهم السلطات التي تثبت للشخص على ما يملك بما يخوله حق الملكية، إذ بدون هذا الحق لا يكون لحق الملكية معنى، إذ يمكن أن نتصور حق الملكية بدون حق الاستعمال والاستغلال، إلا أنه لا يمكن ان نتصور حق الملكية بدون حق التصرف، لان فقدان هذا الحق هو فقدان لحق الملكية في ذاته<sup>(22)</sup>، وان هذه العمليات يكون محلها الأجزاء المفروزة وما يخصها في الأجزاء المشتركة على أساس أنها تابعة لملكه، فالمالك يستطيع ان يبيع وحدته، على ان يشمل هذا التصرف ما يخصه من الأجزاء المشتركة<sup>(23)</sup>، وعليه فإن المالك يكون له القدرة على التصرف بجميع التصرفات الجائزة من الناحية القانونية والناحية المادية. ومما لا شك فيه ان لكل مالك ان يباشر على وحدته العقارية كل سلطات المالك الفرد، فهو يستطيع ان يبيعها أو يرتب عليها أي حق عيني تبعي كالرهن التأميني والرهن الحيازي، ويستطيع دائنوه ان يحجزوا على وحدته ويبيعوها لاستيفاء حقوقهم من ثمنها<sup>(24)</sup>.

ويقصد بالتصرف المادي تصرف المالك الذي يبتغي من وراءه تغيير في مادة الشيء محل الملكية<sup>(25)</sup>، يتمثل في اجراء تجديد أو تعديل للطابق أو الشقة بما لا يهدد سلامة البناء وماتنته<sup>(26)</sup>، وإذا كان للمالك أن يباشر على ملكه ما يشاء من التصرفات المادية، إلا أن ذلك مشروط بأن تبقى هذه الأعمال تحت رقابة القوانين وفي أطارها<sup>(27)</sup>، عليه فإن للمالك أن يبيع وحدته العقارية كما يشاء، وينقل بموجب هذا البيع إلى المشتري الحقوق والتزامات المترتبة على البائع المتعلقة بوحدته العقارية، إذ يحل المشتري

محل البائع في حقوقه ويلتزم بالتزاماته خاصة تلك المنصوص عليها في نظام الملكية المشتركة. (28)

ويمكن للمالك أن يتصرف التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة لكن بشرط ان يكون نقل ملكية الأجزاء المشتركة تابعة لنقل ملكية الطوابق والشقق فالبيع أهم تصرف يمكن أن يجريه المالك، أما فيما يتعلق ببيع الشقق قبل إفرادها وحتى قبل المباشرة بالبناء أو في مرحلة من مراحل القيام بتشييد البناء، حيث يكون العقار لا يزال مسجلاً في السجل العقاري كقطعة أرض لا إنشاءات عليها باسم مالك هذا العقار، وهو ما يعرف بعقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء (29).

ويكتسب بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء أهمية بالغة، لان السكن هو من المواضيع المهمة والكبرى في الوقت الحاضر ومحل اهتمام الكثير من الدول، وهو ضرورة حتمية وطلب مستمر لكل المجتمعات في الوقت الحاضر، وأيضاً يساهم هذا العقد في التخفيف من حدة أزمة السكن فهو يسهل على المشتري امتلاكه السكن قبل الإنجاز، كما هو الحال في شراء شقة سكنية بمشروع بسماوية السكني حيث يتم الشراء قبل إنجاز البناء مع دفع جزء من الثمن حسب الاتفاق بين الطرفين (30).

والجدير بالذكر أن الأحكام التشريعية الخاصة ببيع العقار قيد الإنشاء تنطبق على الوحدات السكنية الممثلة بالطوابق والشقق، ويعدّ عقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء من العقود المهمة وعلى الرغم من ذلك فإن المشرّع العراقي عند تنظيمه لصور عقد البيع في القانون المدني لم ينظم عقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء أو على الخارطة، والقانون المصري كذلك لم ينظم هذا العقد بشكل مباشر على أساس أنه عقد مسمى، لذلك حاول الفقه وضع تصويراً مناسباً لمفهوم عقد بيع العقار قيد الإنشاء، وتباينت مسميات هذا العقد سواء في فرنسا أو غيرها من الدول (31).

ويذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد بيع العقار قيد الإنشاء، بأنه عقد يرد على محل لم يتم إنشائه بعد، بموجبه يتعهد البائع ببناء عقار معين طبقاً لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المشتري، وتسليمه إياه مقابل ثمن نقدي يدفعه الأخير (32)، أما في العراق فقد عرفه أحد الباحثين بأنه، ذلك العقد المنصب على بيع عقار لم يشرع ببنائه بعد أو في طور الإنشاء، يلتزم بمقتضاه المستثمر العقار بإنجازه خلال أجل محدد، على وفق الخرائط المتفق عليها ونقله إلى المشتري الذي يلتزم بدوره بدفع الثمن اقساطاً تبعاً لنقدم نسب الإنجاز مقابل ضمانات قانونية للأقساط المدفوعة لحين اتمام العمل وحسن أنجازه (33)، ومن جانبنا نرى أن

عقد بيع العقار قيد الإنشاء هو بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخريطة قبل أنشائها أو قبل اكتمال بنائها.

أما المشرّع الفرنسي فإنه قد أولى هذا العقد أهمية خاصة ونظمه في إطار بيع العقارات المستقبلية، إذ أطلق عليه مسمى بيع العقار قيد الإنشاء أو على التصميم أو طور الإنجاز، حيث عرّف هذا العقد من خلال نص المادة (1/1061) من التقنين الفرنسي المضاف له بموجب القانون رقم 67-3 لسنة 1967 الذي نظم عقد البيع على الخريطة بقوله " بيع العقار المقرر بناؤه هو الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء أو أقامه عقار خلال مدة محددة يحددها العقد " (34)، يتضح من هذا النص ان العناصر التي يتكون منها العقد هو التزام البائع بإقامة البناء وتسليمه منجزاً وفقاً للمواصفات المحددة في العقد وخلال مدة معينة لقاء دفع المشتري للثمن .

والجدير بالذكر أن المشرّع الفرنسي قد ميز بين صورتين من عقد بيع العقار قيد الإنشاء، هما البيع بحسب الحالة المستقبلية والبيع المؤجل، ففي الحالة الأولى، تنتقل الملكية فوراً عند التوقيع على العقد، حيث تنتقل إلى المشتري حقوقه في الأرض ثم تنتقل إليه ملكية ما يتم تنفيذه من أعمال البناء أولاً بأول (35)، وذلك نتيجة لمبدأ تبعية البناء إلى الأرض ومن ثم يصبح المشتري مالكاً لحصته في الأرض والمباني المقامة عليها فور إبرام العقد (36)، أما في الحالة الثانية ( البيع المؤجل)، فإنه يتم انتقال الملكية بقوة القانون بإثبات إتمام البيع، وتنتج اثاره بصورة رجعية تعود إلى تاريخ البيع، بمعنى ان المشتري يمتلك العقار بهذا الوقت لا من وقت الانتهاء، من اعمال البناء فتزول بذلك كل الحقوق التي إنشائها البائع على العقار في مرحلة بنائه (37).

أما على صعيد الفقه الفرنسي فإنه قد عرفه بأنه البيع الذي يلتزم فيه المطور العقاري بالبناء ونقل الملكية مع الاحتفاظ بسلطات رب العمل لحين تحرير محضر تسليم الأشغال في مقابل التزام المشتري بدفع أقساط الثمن حسب تطور تنفيذ الانجاز مع التزامه بضمان مخاطر الإنجاز (38).

ويثار تساؤل عن امكانية تسجيل عقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء؟ للإجابة عن هذا التساؤل نجد أنه لا يوجد في القانون العراقي نصّ أو تنظيم خاص يحكم بيع هذه الشقق قبل أنشاءها فيستلزم الامر الرجوع إلى القواعد العامة للبيع التقليدي في إطار القانون المدني، إذ نجد أن المشرّع العراقي قد جعل العقود الواردة على العقار من العقود الشكائية التي لا تتعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، إذ نصّت المادة (508) من القانون المدني على ذلك بقولها " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون "، وقد جاء قانون

التسجيل العقاري محددًا تلك الجهة المختصة، أذ نص المادة (2) منه على ذلك بقولها " تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية ... " ، وعلى الرغم من أن عقد بيع الشقق السكنية وارد على عقار مستقبلي غير موجود عند إبرامه، ولا يوجد نصّ مانع من إبرام عقد محله شيئاً مستقبلاً، إذا كان بالإمكان إيجاده في المستقبل وعيّن تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة وفقاً لنصوص القانون المدني العراقي (39)، لكن على الرغم من هذا الجواز إلا أنه يتعارض مع نصوص قانون التسجيل العقاري، إذ تمنع النصوص القانونية فيه ان يكون العقار شيئاً مستقبلاً (40)، وبالنظر لاستحالة تسجيل بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء في قانون التسجيل العقاري، لان هذا الاخير يتطلب التسجيل ركناً لانعقاد البيع ، إلا أنه بالرجوع إلى نصوص قانون الاستثمار العراقي لسنة 2006 المعدل الذي يحكم في الاصل هذا العقد نجده قد وضع ضمانات لحماية المشتري في امتلاك الشقة قيد الإنشاء، ومن اهم هذه الضمانات هي ملكية الأرض المخصصة لإنشاء الشقق السكنية، إذ نصّت المادة (10) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل على أن " ... ثانياً: أ- للمستثمر الوطني أو الاجنبي حق تملك الاراضي والعقارات العائدة للدولة ببديل تحدد أسس احتسابه وفق نظام خاص به ... " ، يتضح من النص المذكور ان المشرّع في قانون الاستثمار قد أجاز للمستثمر العقاري الحق في تملك الأرض التي سيقام عليها المشروع اذا كان الغرض منه الاسكان حصراً، ألا ان المستثمر بموجب قانون الاستثمار العراقي يمتلك الأرض محمله بإشارة الحجز عليها لحين إكمال المشروع، وهذا يعني ان المستثمر لا يمتلك أرض المشروع حقيقة وإنما مقيد بعدم استعمالها إلا للغرض المخصص له وهو إقامة مشاريع سكنية، وذلك لتحقيق هدف آخر وهو حل أزمة السكن (41)، فضلاً عن ذلك فقد أجاز المشرّع العراقي في قانون الاستثمار في حالة إخفاق المستثمر وفشله في تنفيذ التزاماته ضمن المدة المعينة في العقد، ان تتولى دائرة التسجيل العقاري وبناء على طلب الهيئة العامة للاستثمار إلغاء طلب التسجيل وإعادة الأرض أو العقار إلى مالكيها أي الدولة (42)، والجدير بالذكر ان هذا الحكم يتعارض مع احكام قانون التسجيل العقاري (43)، إذ لا يجوز إلغاء سند الملكية الا بموجب قرار قضائي قد أكتسب درجة البتات أو بالقانون (44) .

أما بخصوص موقف المشرّع الفرنسي، فإنه لم يعدّ التسجيل ركن من أركان عقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء، بل أخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد، إذ نصّت المادة (1083) من القانون المدني الفرنسي على أن " يتم اكتساب المشتري للملكية في مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن " ويتضح من هذا النص ان التسجيل لم يكن ركناً أو شرطاً في انتقال الملكية العقارية، إذ إن انتقال الملكية كأصل عام يتم بمجرد التراضي، ولكن يرد على ذلك استثناءات أحدهما هو انتقال الملكية بالهبّة، والثاني هو بيع الشقق السكنية قيد الإنجاز (45).

ان المشرّع العراقي لم يكتف بالنص على وضع إشارة عدم تصرف على الأرض التي أقيم عليها البناء كوسيلة لضمان اكتمال البناء، بل أشار إلى ضمانات مصرفية ( مالية) واهمها هو فتح الاعتماد المصرفي كوسيلة ضمان لحين الانتهاء من أعمال بناء الشقق السكنية، وهذا الاعتماد يأخذ صوراً متعدّدة، أما يكون اعتماداً بالضمان كخطاب الضمان (46)، أو السحب على المكشوف (47)، عليه فإن الرجوع إلى هذا الضمانات المالية يعدّ أمراً جيداً لتغطية تمويل بناء تلك الوحدات السكنية عند إخلال المستثمر العقاري بالالتزامات المترتبة عليه بشرط ان يتمسك بها المستفيد خلال مدة نفاذها .

اما المشرّع الفرنسي فإنه قد اشترط على البائع ان يقدم ضمانات للمشتري تكفل اتمام بناء العمارات أو إعادة الثمن له في حالة فسخ العقد، وهذه الضمانات هي ضمانات ذاتية وأخرى يقدمها الغير:

أ- الضمانات الذاتية : هذه الضمانات قد تأخذ صورة في حالة إذا كان تمويل بناء العمارة تمت تغطيته بحدود 75% من ثمن بيع الوحدات السكنية، وهذا الغطاء يجب أن يكون مضموناً أما عن طريق الموارد الخاصة للبائع على سبيل المثال حصته في رأس مال شركة البناء، وأما عن طريق الاعتمادات التي يقدمها البائع والتي يعززها البنك أو المؤسسات المالية القائمة بعمليات الائتمان العقاري، ويجب على البائع ان يضع تحت تصرف المشتري ولدى الموثق (كاتب العدل) الذي يحرر العقد مستندات تثبت وجود هذه الضمانات، وأيضاً يعتبر من صور الضمانات الذاتية، وصول بناء العمارة إلى المرحلة المسماة *nors d'au* بدون ان تكون مثقلة بأي رهن أو امتياز (48) .

ب- الضمانات التي يقدمها الغير: ومن صور هذه الضمانات. وجود اعتمادات مفتوحة لصالح البائع لدى إحدى البنوك، ويتعهد الضامن بمقتضى شروط الاعتماد بأن يدفع للبائع نقداً أو في حسابه المبالغ اللازمة لإتمام البناء، وأيضاً من صور وجود كفيل يتعهد أمام المشتري بالتضامن مع البائع بتقديم المبالغ اللازمة لإتمام البناء، ويهدف المشرّع الفرنسي في كافة هذه

الضمانات التي أقرها للمشتريين حماية حقوقهم من خطر تقاعس البائعين عن تنفيذ التزاماتهم بالبناء بعد ان يكونوا قد قبضوا ثمن الشقق مقدماً<sup>(49)</sup>. أما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري، فإنه لم يضع من الضمانات ما يحد من تصرفات البائعين التي من شأنها الإضرار بحقوق المشتريين، فلم يجر على سبيل المثال نقل ملكية الشقة تحت الإنشاء، وبعبارة أخرى يرجع السبب في عدم إجازة تسجيل هذا النوع من البيع إلى ان المشرع المصري ترك تنظيم بيع الاشياء المستقبلية إلى حكم القواعد العامة في البيع التي تشترط لانتقال ملكية العقار بالتسجيل<sup>(50)</sup>. أما بالنسبة إلى الطبيعة القانونية لعقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء أو على الخارطة، فإن هذا العقد يتشارك مع خصائص الكثير من العقود، ولما كان من الضروري تحديد طبيعته القانونية، إذ يتوقف على ذلك تحديد القواعد التي تحكمه، وهذا يثير الكثير من التساؤلات، فهل يمكن تطبيق أحكام عقد البيع عليه، أم أن عقد الوكالة أقرب إليه، أم من الممكن تطبيق القواعد التي تحكم عقد المقاوله، لذلك انقسم الفقه لتكييف هذه الطبيعة إلى عدة اتجاهات:

**الاتجاه الأول:** اعتبر هذا الاتجاه بيع الشقق قد الإنشاء عقد وكالة، إذ ان الوكالة تسمح للشخص أن يكون حاضراً في أي مكان بواسطة وكيله، فهو يستطيع أن يبرم بواسطة غيره ما لا يستطيع ان يبرمه بنفسه، وذلك لانشغاله أو لعدم تمكنه من الحضور في مجلس العقد، ولكن يجب عليه أن لا يخرج عن الحدود المرسومة له في العقد، سواء كان من ناحية مدى سعة الوكالة وموضوعها، أم من ناحية طريقة التنفيذ التي حددها الموكل<sup>(51)</sup>، وقد ذهب جانب من الفقه إلى العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص ببناء عقار لمصلحة آخر هو عقد وكالة، فالمدين في عقد بيع الشقق قيد الإنشاء يلتزم بالقيام بعمل كما هو الحال في التزام الوكيل تماماً، حيث يقوم البائع أولاً ببيع الأرض التي يقام عليها المنشأة، ثم يحصل على توكيل من مشتري الأرض لبناء العقار المتفق عليه، والمشتري بدلاً من ان يقوم بكل ذلك بنفسه، فإنه يقوم بإعطاء وكالة لشخص يسمى الوسيط، ليتولى بنفسه القيام بكل شيء من شراء الأرض وشراء المواد للبناء والاتفاق مع مقاول للبناء وغيرها من الخطوات اللازمة لانتهاء من أعمال البناء<sup>(52)</sup>، بينما ذهب جانب آخر من الفقه، إلى ان الوكالة لا تكون قانوناً إلا بالنسبة للأعمال والتصرفات القانونية، والوسيط قد يقوم ببعض الأعمال المادية التي

لا تصلح الوكالة ان تكون مبرراً قانونياً للقيام بها، وفضلاً عن أن الوكالة تعدّ من العقود غير ملزمة للجانبين، وهذا لا ينسجم مع طبيعة عقد بيع عقار قيد الإنشاء<sup>(53)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** عدّ هذا الاتجاه عقد بيع الشقق قيد الإنشاء عقد مقاوله، ولهذا الكثير من الدول ومن خلال الإشارات الفقهية ترجح تطبيق أحكام المقاوله على هذا العقد، على أساس أنه صورة من صور المقاوله، وهذه هي صورة عقد الاستصناع، الذي يقدم المقاول بموجبه العمل والمادة الخام من عنده، وفي هذه الحالة تعهد المقاول بتقديم العمل والمواد تظهر صعوبة في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد فهل يعدّ بيعاً ام مقاوله؟ الرأي الراجح من الفقه ذهب إلى اعتبار هذا العقد عقد بيع أشياء مستقبلية، وبعيداً عن الجدل فقد تبنى القضاء الفرنسي معياراً ثابتاً وواضحاً، وهو ان العبرة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع يرتبط بتحديد الطرف الذي حدد مواصفات الاستصناع، فإذا كان صاحب العمل فإن العقد يعدّ مقاوله، أما إذا كان الذي حددها الصانع ولا يرتبط بشيء معين فإنه يعتبر بيع شيء مستقبلي، أما لو كانت العين من المستصنع فالعقد يكون عقد إجارة واردة على العمل<sup>(54)</sup>، عليه فإن هناك ركائز ثلاث تستدعي البحث عن مدى إمكانية اعتبار عقد بيع الشقق قيد الإنشاء عقد مقاوله هي: الركيزة الأولى: وجود التزام بعمل يقع على عاتق البائع لا يكاد يختلف عن التزام المقاول في عقد المقاوله.

الركيزة الثانية: إنه من المسلم به في عقد المقاوله أن قيام المقاول بتقديم المواد من عنده لا يخرج العقد من مفهوم عقد المقاوله، فإن القانون المدني أشار إلى إمكانية تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، كما ويتأكد هذا الاعتبار إذا ما لاحظنا ان الفقه بصفة عامة لا يقيم وزناً في هذا الصدد لأهمية المواد التي يستخدمها المقاول، ويجعل العقد من قبيل المقاوله وان زادت قيمة المواد على قيمة العمل<sup>(55)</sup>.

الركيزة الثالثة: هو ان التطور الحديث في مهنة المقاول قد جعل الكثير من المقاولين الذي يحترفون هذه المهنة، يستثمرون خبرتهم فيها في اعداد وتنفيذ وتسويق مشروعات عقد بيع عقار على الخارطة، فهل يمكن اعتبار هذا العقد من قبيل المقاوله؟ البعض يرى أنه في العقد الذي يتعهد به المقاول بإقامة مبنى سواء كانت الأرض التي يقيم عليها البناء ملكاً للمقاول، ام كانت لرب العمل، فإن ذلك لا يغير من طبيعة هذا العقد وتبقى المقاوله هي التي تحكم العلاقة فيما بينهم، وهذا الاتجاه مردود ولا يمكن الأخذ به، لان ما يحول دون التسليم بإخفاء صفة المقاوله على عقد البيع قيد الإنشاء هو ان هذا العقد يتضمن لعنصر لا يعرفه عقد المقاوله، وهو عنصر نقل الملكية، وهذا

ما يجعل من هذا العقد أقرب منه للبيع من المقاوله وتجعل تسجيله ضرورة توقف عليها تكوين العقد أو عدمه بعكس عقد المقاوله الرضائي<sup>(56)</sup>.

**الاتجاه الثالث:** هذا الاتجاه اعتبر عقد بيع الشقق قيد الإنشاء من البيوع الواردة على أشياء مستقبلية غير موجودة وقت التعاقد، ذلك لان محل التزام البائع وهو المبنى غير موجود عند إبرام العقد وانما سيوجد مستقبلاً، فينقذ البيع ببيعاً موجود لكن يكفي الاتفاق على أوصافه وقت التعاقد، تأسيساً على ان المادة (1/129) من القانون المدني العراقي أجازت ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ومن ثم فإن بيع الأشياء المستقبلية جائز قانوناً<sup>(57)</sup>.

نعتقد بأن الرأي الأخير هو الأصح، فإذا نظرنا إلى عقد بيع العقار قد الإنشاء وفق القانون المدني العراقي توصلنا إلى حقيقة تذهب بما لا يقبل الشك إلى عدم إمكانية انعقاد البيع المذكور قبل انجاز المبيع المتفق عليه، وتلك الاستحالة في الانعقاد نابعة من عدم إمكانية تسجيل العقد المذكور، والذي يعدّ ركناً في انعقاد أي تصرف قانوني وارد على العقار، إذ نصّت المادة (508) من القانون المدني العراقي على ان "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"، وهذا ما أكده قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 مقنناً للشكلية اعلاه، إذ نصّت المادة (2/3) منه على إن لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل، في عقد بيع العقار قيد الإنشاء قبل تمام إنجازه نابعه من كون قانون التسجيل العقاري يحظر تسجيل العقار المستقبلي .

وبالنسبة إلى القضاء العراقي، فإنه قد ذهب في الكثير من قراراته إلى تكييف عقد بيع الشقق السكنية في المشروع الاستثماري قبل تمام إنجازه بأنه عقد صحيح من نوع خاص، وفي قرار صادر من محكمة التمييز جاء فيه بأن عقد بيع الشقة السكنية هو عقد ذو طبيعة خاصة لتعلقه بمشروع سكني استثماري ومنظم استناداً للإجازة الاستثمارية<sup>(58)</sup>، وأيضاً قراره الذي جاء فيه بأن عقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء عقد صحيح إلا أنه ذو طبيعة خاصة لتعلقه بمشروع سكني استثماري<sup>(59)</sup>.



## المبحث الثاني

### القيود التي ترد على سلطات الملاك في الاجزاء المفرزة للطابق أو الشقة

#### Restrictions on the Owners' Powers in the Detached Parts of the Floor or Apartment

ترد على سلطات مالك الطابق أو الشقة نوعان من القيود، هما القيود القانونية والقيود الاتفاقية، وليبيان مضمون هذه القيود ونطاقها، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه القيود القانونية الواردة على سلطات الملاك في الأجزاء المفرزة للطابق أو الشقة، أما المطلب الثاني منه فنتناول فيه القيود الاتفاقية على سلطات الملاك في الأجزاء المفرزة للطابق أو الشقة. وكما يأتي:

#### المطلب الأول

#### القيود القانونية الواردة على سلطات الملاك في الأجزاء المفرزة للطابق أو الشقة

#### Legal Restrictions on the Owners' Powers in the Detached Parts of the Floor or Apartment

إنّ القيود القانونية لحق ملكيّة الطوابق والشقق، هي مجموعة التزامات يفرضها القانون والمالك يتقيد بها سواء تقررت هذه القيود للمصلحة العامة أو الخاصة، فعلى مالك الوحدة (الطابق أو الشقة) ان يراعي كافة ما تقضي به القوانين واللوائح، ومن القيود المقررة للمصلحة الخاصة هي القيود المفروضة بسبب الجوار ويطلق عليها (التزامات الجوار).

والتزامات الجوار، هي التزامات قانونية ينص عليها المشرّع لغرض حماية الجار من الأضرار التي يتسبب بها جاره حين ممارسته لحقه، إذ ينتج عن هذه الممارسة الحاق ضرر بالأشخاص الذي يسكنون بجواره، مما يؤدي إلى إخلال بالتزام قانوني موجب للمسؤولية، وان المشرّع العراقي تناول التزامات الجوار وأخذ بمعيار الضرر الفاحش في المادة (1051) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 على أنه " 1- لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً"<sup>(60)</sup>، كذلك أشارت الفقرة الأولى من المادة (7) من القانون ذاته بأنه " من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان " ويتضح لنا أن المشرّع العراقي قد أخذ بمصطلح الضرر الفاحش في القانون المدني الا أنه لم يعرفه، وهناك رأي في الفقه العراقي<sup>(61)</sup>، يستعمل مصطلح مضار الجوار غير المألوفة وأيضاً مصطلح الضرر الفاحش بذات المعنى، والجدير بالذكر ان المشرّع العراقي قد استعمل عبارة ( الضرر الفاحش)، لأنه جاء متأثر بالفقه

الإسلامي، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1199) بأنه(كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه) (62)، وعلى الرغم ان المشرّع العراقي لم يعرّف الضرر الفاحش، إلا أنه يمكن استنتاج تعريف له من خلال إحدى قرارات محكمة التمييز العراقية والتي قضت بأنه (الضرر اليسير مغتفر وللمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً لا يضر بجاره ضرراً فاحشاً) (63)، عليه فالضرر الفاحش هو الضرر غير اليسير الذي يتجاوز الحد المألوف في علاقات الجوار نتيجة لاستخدام المشروع للمالك لممتلكاته .

وهنا يقتضي التمييز بين حالة التعسف في استعمال الحق التي نصّت عليها المادة (7)، وحالة الضرر الفاحش التي نصّت عليها المادة (1051) من القانون المدني العراقي، ففي الحالة وضع المشرّع معايير معينة لمسؤولية المالك وهي قصد الأضرار بالغير، اذا كانت المصالح التي يرمي إليها هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة، وهذه الأحوال تختلف عن حالة الضرر الفاحش، فالمشرّع لم يتطلب من نص المادة (1051) ان يقصد المالك الأضرار بجاره لترتب المسؤولية طالما ترتب على فعله ضرر فاحش، فالمالك وفقاً لهذه المادة من القانون المدني يكون مسؤولاً عن الضرر الفاحش وان كان يستعمل حق ملكيته، ولكنه في هذا الاستعمال لم يرتكب أي خطأ، فلم يخالف المالك اللوائح والقوانين، ولم يخرج عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، ولم يفترض القانون اي خطأ في جانبه (64) .

أما بخصوص موقف المشرّع المصري من مضار غير المألوفة، يلاحظ ان المشرّع وضع تعريفاً لهذا الفكرة في نص الفقرة الثانية من المادة 807 بقوله " ليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها " يتضح من نص هذه المادة ان المشرّع يُعرّف مضار الجوار غير المألوفة بأنها المضار التي لا يمكن تجنبها أي تفاديها، وبمفهوم المخالفة فإن المضار التي بالإمكان تجنبها تكون غير مألوفة، وذكر في الفقرة الأولى من المادة 807 من القانون المدني المصري " بأن على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار " يتضح من هذا النص ان المشرّع المصري قد رسم حداً لحق الملكية، بأن لا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، والجدير بالذكر بأن كلمة الغلو لم تذكر في سياق المادة (1051) من القانون المدني العراقي، وإنما يصرح بأنه لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً .

وقد بين جانب من الفقه بهذا الشأن أن حالة الجوار تلزم الملاك المتجاورين أن يكونوا متسامحين نوعاً ما، بحيث يتحمل كل مالك منهم المضايقات المألوفة أو العادية،

ولا يمكن القول عكس ذلك لأنه يؤدي إلى غل يدي المالك عن استخدام سلطاته إذا تجاوز القدر المألوف، لان ذلك يتعارض مع مبدأ العدالة التي تقضي بأن يستخدم المالك حقه دون ان يتسبب ضرراً فاحشاً للآخرين<sup>(65)</sup>، وان تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف يعدّ مسألة موضوعية، يترك بها لقاضي الموضوع آخذاً بنظر الاعتبار العرف وطبيعة العقارات وموقع كل عقار بالنسبة للآخر والغرض الذي خصص من أجله<sup>(66)</sup>.

وعلى أساس ما تقدم نجد ان الضرر هنا يتحدد بشكل مختلف عما هو مقرر في القواعد العامة، كون الأخيرة تلزم التعويض عن الضرر مهما كان حجمه، بينما بالنسبة للضرر في موضوع بحثنا يجب ان يكون على مستوى من الجسامة، وبعبارة أخرى يجب ان يكون خارج نطاق الضرر المألوف بين المتجاورين<sup>(67)</sup>.

ومن قرارات المحاكم العراقية بخصوص مزار الجوار غير المألوفة، نذكر قرار محكمة التمييز الاتحادية إذ جاء فيه: (إذا حصل خلل في مجاري الشقة وتسربت المياه إلى الدكان الذي تحتها وسببت ضرراً بالبضاعة الموجودة فيه فإنه يُعد من مزار الجوار غير مألوفة يتحمل شاغل الشقة دفع التعويض إذا تايّد عدم قيامه بأخبار مالك العمارة بحصول الخلل في المجاري)<sup>(68)</sup>، وأيضاً من أمثلة القضاء المصري نذكر قرار محكمة النقض المصرية الذي نصّت على أنه (يجب أزاله جهاز التكييف الخاص بالمدعى عليه المثبت على حائط المدعى نتيجة لما يسببه من أضرار غير مألوفة ناتجة عن الأصوات والحرارة والاهتزازات الصادرة عن الجهاز)<sup>(69)</sup>.

أما في فرنسا فإن مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير العادية من عمل القضاء، ولا سند تشريعي لها، لأن القانون الفرنسي لا يتضمن على نص يقرر هذه المسؤولية<sup>(70)</sup>، إذ كان أول رد فعل للقضاة اتجاه هذا النقص التشريعي هو الاستناد على نص المادة (1382) التي تم تعديلها بموجب مرسوم رقم (131) لسنة 2016 بمادة (1240) الجديدة والتي تنص على ان "أي عمل يصدر من أحد الأشخاص ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير، يجبر فاعله على التعويض"<sup>(71)</sup>، بمقتضى هذه المادة كل خطأ يسبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض عنه، إلا أن المحاكم الفرنسية توسعت في تطبيق المادة (1382) القديمة، وقضت بمسؤولية المالك إذا عمل عملاً ولم يقصد به الضرر بالجوار، وأصدرت أحكامها بأن المالك يكون مسؤولاً إذا تجاوز الضرر المزار العادية التي يستلزمها<sup>(72)</sup>، وقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن المحاكم الفرنسية قد استندت على نص المادة 544 من القانون المدني لتطبيق نظرية مزار الجوار والتي تنص على ان " الملكية هي الحق في الانتفاع والتصرف في الأشياء على النحو المطلق بشرط ان لا يستعملها أحد استعمالاً محرماً بموجب

القوانين أو الأنظمة " فضلاً عن المادة (1382) سابقة الذكر<sup>(73)</sup>، وقد بينت كذلك ان الحق في الملكية مطلق، أي أن للمالك حق التمتع بملكيته بأقصى الطرق باستثناء الاستعمال المحظور بموجب القانون والأنظمة التي تلزم بعدم التسبب في اضرار لممتلكات الاخرين بما يتجاوز مزار الجوار العادية<sup>(74)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الإصلاحات التي تم إجراؤها على القانون الفرنسي لسنة 2016 و2018 كان من المتوقع ان تدخل نظرية مزار الجوار حيز التنفيذ في القانون المدني، والظاهر إن المشرع الفرنسي قد تخطى عن هذه الفكرة مما أدى الى نقص تشريعي<sup>(75)</sup>.

يثار تساؤل هنا؛ عن إمكانية ادخال نظرية مزار الجوار حيز التنفيذ في المباني الخاضعة لنظام الملكية المشتركة لحل مشكلة مزار الجوار غير العادية؟ الاجابة على هذا السؤال تكون من خلال النظر إلى قيود علاقات الجوار وشدة التلاصق والتجاور فيما بينهما في المباني الخاضعة لنظام الملكية المشتركة، إذ من المرجح ان يؤدي استعمال أحد الملاك لوحده إلى الحاق الضرر بالملاك الاخرين، وهذا ما يبرر تطبيق مبدأ (لا يجوز لأحد ان يتسبب بمزار غير عادية للملاك الآخرين)، وغالباً ما يتم تسوية المنازعات الناتجة عن الملكية المشتركة والمتعلقة بالانتفاع بالأجزاء الخاصة ليس عن طريق تطبيق لوائح الملكية المشتركة والمادة (9) من قانون 10 تموز لسنة 1965 المعدل، ولكن من خلال نظرية مزار الجوار غير العادية<sup>(76)</sup>، حيث تنهض مسؤولية محدث الضرر عن مزار الجوار إذا ما تجاوزت الأضرار الحد الطبيعي للتسامح بين الجيران، ومن ثم لا يتعين على المتضرر اثبات الخطأ بل مجرد اثبات الضرر غير العادي<sup>(77)</sup>، ومن تطبيقات المحاكم الفرنسية في هذا المجال ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها بمنع نشاط معين يضايق الملاك الآخرين، على الرغم من امتثال النشاط لأنظمة الملكية المشتركة، وتتلخص وقائع القضية، بصور أصوات عالية من قبل أصحاب إحدى الشقق تسببت بالضوضاء كانت نتيجة لنشاط الأسرة الساكنة في الطابق العلوي، وهذه الأصوات سببت ضرراً وإزعاج لصاحب الشقة في الطابق الأسفل مما قضت المحكمة بإيقاف النشاط وكذلك ألزمت صاحب الشقة في الطابق العلوي بدفع التعويض<sup>(78)</sup>.

وفي بعض الحالات يتم منع مزاوله نشاط تجاري معين طالما ثبت أنه يسبب ضرر للآخرين، في قضية تلخصت وقائعها بخضوع مبنى لنظام الملكية المشتركة وتخصيص استعمال المبنى للاستعمال المختلط (التجاري والسكني)، وتم إيجار الطابق الأرضي لمطعم بيتراً مما تسبب في إزعاج السكان فيها، ورفضت

محكمة الاستئناف مطالبة جمعية المالكين بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن تصاعد الأبخرة والروائح عن تشغيل مطعم بيتزا واعتبرته نتيجة طبيعية لجهاز الاحتراق الذي يستخدم الخشب الذي لا تمنعه لوائح الملكية المشتركة، إلا أن محكمة النقض قد رفضت حكم محكمة الاستئناف وكيفت الواقعة على أساس نظرية مضار الجوار غير العادية وألزمت صاحب المطعم بالتعويض (79).

فضلاً عن القيود المتقدم ذكرها على سلطة المالك، فإنه توجد قيود قانونية منصوص عليها في القانون والتي تحد من سلطة المالك في التصرف واهم صورها الشفعة، فقد حصرت الشفعة في القانون العراقي في حالة الاشتراك في الملك، فالشريك في الشقة يستطيع أخذها بالشفعة (80)، أما بخصوص القانون المدني المصري فقد أجاز للشركاء طلب أخذ الشقة بالشفعة في حال التصرف بها (81).

أما المشرع الفرنسي، فقد منح حق الشفعة للمستأجر في القانون رقم 89-462 صادر في 6 تموز 1989 الرامي إلى تحسين العلاقات التأجيرية في الملكية المشتركة دون اي قيد أو شرط (82)، وقد سارت محكمة النقض الفرنسية في كثير من قراراتها على هذا الاتجاه ومنها قرارها (83) المرقم 12-442019 الصادر في 6 أيار 2014.

### المطلب الثاني

القيود الاتفاقية الخاصة الواردة على سلطة مالك الطابق أو الشقة

## Special Agreement Restrictions Contained on the Authority of the Owner of the Floor or Apartment

يمكن أن ترد بعض القيود الإرادية أو الاتفاقية في سندات الملكية أو في النظام الداخلي (84) لجمعية الملاك جملة من الشروط التي تقيد سلطة المالك تسمى بالقيود الاتفاقية، يكون من شأنها تقييد سلطة المالك للطابق والشقة في التصرف أو الاستعمال أو الاستغلال، وهذه القيود سنبينها كالاتي: -

أولاً- القيود التي ترد على سلطة المالك في التصرف بالوحدة: هذه القيود تتمثل في ثلاثة صور هي:

1- شرط منع تجزئة الطابق أو الشقة: من حيث الأصل لم يمنع قانون الملكية المشتركة الفرنسي على المالك، ان يقسم طابقه أو شقته وان يتصرف في اجزائها إلى اشخاص متعددين، إذ نص على ذلك في المادة (11) منه على أن "... في حالة تصرف المالك بجزء أو عدة اجزاء من الوحدة، يكون توزيع الاعباء بين هذه الأجزاء" (85) يتضح من النص ان القانون الفرنسي قد أجاز للمالك التصرف في جزء أو عدة اجزاء من وحدته إلى أشخاص متعددين. كما أشار لذلك أيضاً مرسوم 17 آذار 1967 في مادته الرابعة إلى التصرف الذي ينقل ملكية الوحدة أو جزء منها بقوله "ينفذ اي اتفاق

يتضمن نقل ملكية عين معينة بالكامل أو جزء منها، أو ينشئ حقاً معيناً عليها ... " (86)، وأن القضاء الفرنسي قد سار على نصوص المواد السالفة الذكر، إذ قرر أن مباشرة مالك الوحدة لحقه في التجزئة لا يقيد قرار الجمعية العمومية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في كثير من قراراتها ومنها قرارها المرقم 08-11.852 الصادر في 24 شباط 2009 والتي جاء فيها بأن (أي مالك في الملكية المشتركة يمكنه تقسيم نصيبه بحرية دون الحاجة للحصول على موافقة مسبقة من الجمعية العمومية، طالما أن التقسيم لم يؤثر على تخصيص استعمال البناء ولم يتعارض مع حقوق الملاك الآخرين) (87).

إلا أن موقف القضاء الفرنسي قد تغير بعد مدة من خلال قبول القيود المتعلقة بتقسيم الوحدات العقارية، ومن أهم هذه القيود تلك المتعلقة بالسكن اللائق وتخصيص استعمال البناء بالنسبة للسكن اللائق، فقد منع هذا القيد أي تقسيم للمباني يهدف لإنشاء وحدات للاستخدام السكني بمساحة معيشة تقل عن 14 م مربع و 33 م مكعب، أو التي لا تلبى الحد الأدنى من معايير الراحة وصلاحيية السكن، والقيد الآخر هو تخصيص استعمال البناء، إذ يصح الاتفاق بين الملاك على منع تقسيم العقار باعتبار أن ذلك يتعارض مع تخصيص العقار أو مع نوع استعماله (88)، فضلاً عن ذلك هناك شروط يجب مراعاتها عند تقسيم الشقة، إذ يجب أن يكون لكل شقة ناتجة عن التقسيم حق الوصول المباشر إلى الأجزاء المشتركة وكل شرط يقضي بمخالفة تلك القيود يُعدّ باطلاً (89).

أما بخصوص القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، فلا يوجد فيه حكم خاص يماثل ما ورد في القانون الفرنسي بشأن تجزئه المالك لوحده، لذا ذهب اتجاه من الفقه المصري، إلى أنه لا يوجد ما يمنع من قيام المالك بتجزئة طابقه أو شقته والتصرف فيها ببيعها، ولا يقبل اعتراض الملاك الآخرين بحجة أن هذه التصرفات من شأنها الانتقاص من قيمة البناء، وعدّ هذا الاتجاه هذا الاتفاق من قبيل الارتفاق الذي يقرر على الطابق أو الشقة لفائدة الطوابق الأخرى (90)، بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه المصري، إلى إمكانية التخلص من هذا الارتفاق وفقاً للمادة (1029) من القانون المدني المصري، إذا كان البناء قد فقد فائدته أو لم تبقى له غير فائدة محددة، كما لو كان عند انشائه من المساكن الفاخرة ثم تحول بمرور الوقت إلى مساكن متوسطة أو أقل، وفي هذه الحالة أصبح التقسيم لا يؤثر في قيمة العقار (91).

وكذلك لم يورد المشرع العراقي نص خاص بمعالجة هذا المسألة، ومن وجهة نظرنا كان الاجدر بالمشرع تنظيمها في اضيق نطاق لها وفق شروط معينة للتقسيم، حيث

انه لا يجوز تقسيم اي جزء مفرز الا بموافقة جمعية الملاك وبأغلبية ثلاثة أرباع اصوات الملاك.

2- شرط المنع من التصرف بالوحدة<sup>(92)</sup>: ان المشرع العراقي لم يورد نصاً يقرر جواز أو عدم جواز شرط المنع من التصرف، الأمر الذي احدث التباساً لدى جمهور الفقهاء وشراح القانون المدني في العراق، فانقسموا إلى اتجاهين، الاتجاه الأول ذهب إلى القول إلى عدم وجود تنظيم لأحكام شرط المنع من التصرف، كما هو الحال في القانون المدني المصري، وهذا دليل على اعراض المشرع العراقي عن تقرير هذا القيد وانما ترك ذلك للقاعدة العامة، وذلك لان التصرف في خصائص حق الملكية وإقرار شرط المنع من التصرف تجريد لحق الملكية من ابرز عناصرها ولمخالفته مبدأ تداول الاموال، وهذا غير جائز الا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون<sup>(93)</sup>، ويذهب انصار هذا الاتجاه، إلى عدم مشروعية شرط المنع من التصرف، وذلك لان المشرع اجاز تأجيل انتقال الملكية إلى حين سداد الثمن في المادة (534) من القانون المدني العراقي، ولو كان يجيز شرط المنع من التصرف اما لجأ إلى القول بتأجيل انتقال الملكية<sup>(94)</sup>، اما الاتجاه الثاني من فقهاء وشراح القانون، يرى ان اعراض المشرع عن الأخذ بحكم القانون المدني المصري يمكن تفسيره برغبة المشرع ترك المسألة لحكم القواعد العامة<sup>(95)</sup>، وان القواعد العامة ما يمكن معه الاقرار بمشروعية هذا الشرط، اذ قررت المادة (131) من القانون المدني العراقي القاعدة العامة للشروط التي تقترن بالعقد بقولها " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ... " يتضح من هذا النص بأن هناك فسحة للقول بمشروعية شرط المنع من التصرف في ظل القانون المدني العراقي، كما ان الاعتبارات والمصالح الضرورية التي يحميها تقتضي قبول وجود مثل هكذا شرط وتقرير صحته<sup>(96)</sup>، كما في اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف بالمبيع حتى الوفاء بكامل الثمن، ومثال ذلك ما ورد في عقد بيع شقة في مدينة بسماية السكني، بأنه لا يحق للمشتري التصرف بالشقة بأي نوع من انواع التصرفات القانونية، ومن ضمنها البيع أو الإيجار الا بعد تسديد كامل الأقساط المترتبة على الشقة<sup>(97)</sup>.

أما في مصر فقد اختلف الفقه حول جواز هذا الشرط، فمنهم من يرى أنه لا يجوز الاتفاق على منع المالك من التصرف بشقته ولو لمدة مؤقتة، لان هذا المنع يتنافى مع حق الملكية<sup>(98)</sup>، بينما الرأي الاخر يرى بإجازة هذا الشرط إذا كان مؤقتاً بمدة محددة وفيه مصلحة جدية<sup>(99)</sup>.

من جانبنا نؤيد ما ذهب اليه الرأي الأول لان الملكية في الوقت الحاضر اصبحت لها وظيفة اجتماعية، وان حق التصرف يعدّ من اهم عناصر حق الملكية الذي يعطيها قيمتها الاقتصادية ولهذا كانت حرية تداول الاموال من مقتضيات الصالح العام.

أما فيما يتعلق بالموقف القضائي من شرط المنع من التصرف في فرنسا، فإن القضاء الفرنسي لم ينظر بادئ الأمر بارتياح لشرط المنع من التصرف، فقضى ببطلان الاتفاقات التي تحرم المالك من سلطة التصرف في ملكه، وقد أيد الفقه الفرنسي توجه القضاء في هذا الشأن، اما القانون المدني الفرنسي فلم يجز شرط المنع من التصرف في المواد (455 و 896 و 1594)، وقضى ببطلان كل اتفاق يؤدي إلى حبس الأموال عن التداول إلا في حالات استثنائية لا تمثل أصلاً عاماً<sup>(100)</sup>، ولكن القضاء الفرنسي أراء كثيرة ورود شرط المنع من التصرف في العمل، لم يلبث ان خفف من صرامته في تقديرها، وكان فاتحه هذا التخفيف حكماً اصدرته محكمة استئناف أنجيه<sup>(101)</sup> في 1842، وتايد هذا الاتجاه الجديد بحكم صدر من الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية<sup>(102)</sup>، وسرعان ما أيدت المحاكم الفرنسية على اختلاف درجاتها هذا التطور الجديد، فاستقرت على التسليم بصحة شرط المنع من التصرف إذا كان مؤقتاً وبررته مصلحة مشروعة<sup>(103)</sup>، وعلى الرغم من ان السوابق القضائية كانت ثابتة فيما يتعلق بشروط صحة المنع من التصرف، إلا أنه من الضروري تدخل المشرّع الفرنسي من أجل أضافه نصوص قانونية خاصة بشرط المنع من التصرف، وبناءً على الشروط المنصوص عليها في السوابق القضائية، قام المشرّع بالتصديق بموجب قانون 3 تموز 1971 من الحلول التي تم تبنيها من قبل القضاء بإدخال مادة 900-1 في القانون المدني الفرنسي<sup>(104)</sup>.

3- تقييد سلطة التصرف في غرف الخدمة وملحقات الوحدة : قد تخصص لكل طابق أو شقة غرفة مستقلة لخدمتها، سواء في ذات الطابق أو في الطابق الأخير، كما قد يخصص لكل طابق أو شقة مكان لاستعماله موقفاً للسيارات، وفي هذا الشأن يثار التساؤل عن إمكانية التصرف في هذه الأجزاء بصورة مستقلة عن الطابق أو الشقة، كما قد يرد في النظام الداخلي شرط يحظر التصرف في هذه الاجزاء للغير، وذلك لذات الاسباب التي تبرر حظر تجزئه الوحدة وهي عدم زيادة عدد سكان المبنى أو المترددين عليه، لما في ذلك من تأثير في قيمة المبنى والانتقاص منه، ان المشرّع العراقي لم يورد نص خاص يعالج هذه الحالة<sup>(105)</sup>، أما المشرّع الفرنسي فإنه قد منح حق الأولوية لصالح الملاك الاخرين في حال رغب أحد الملاك التصرف بموقف السيارات الخاص به إلى شخص خارج الملكية المشتركة<sup>(106)</sup>.



اما بالنسبة لمنع المالك من التصرف في غرف المستقلة عن الوحدة كبيعها أو ايجارها للغير، فإن ذلك يعني أنه ليس امام مالك الطابق أو الشقة الا استعمال هذه الاماكن بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه كالخادم أو الحارس، وفي هذا الشأن اختلفت اراء محكمة النقض الفرنسية، حيث ذهب القضاء الفرنسي في إحدى قراراته، بتضمين شرط في لائحة الملكية المشتركة تنص على عدم جواز بيع غرف الخدمة بصورة مستقلة عن الوحدة التابعة لها، لذلك توجه القضاء إلى مشروعية هذا الشرط الذي يبرره الغرض الذي خصص له المبنى، اذ ان موقعه في حي سكني راق لطبقة اجتماعية مميزة يبرر تضمين اللائحة مثل هذا الشرط ومن ثم يلتزم المالك باحترامه ويبطل كل تصرف مخالف<sup>(107)</sup>، بينما ذهبت في قرار آخر لها إلى فرض رقابة على اي شرط يحظر على المالك بيع غرف الخدمات الملحقة بالشقة إلى اشخاص من خارج البناء وقصرها على اصحاب المبنى، فقررت ان هذا الشرط الوارد في لائحة الملكية المشتركة يتعارض مع ما هو مقرر للمالك من سلطة التصرف فيها الامر الذي يتطلب ببطالان مثل هذه الشروط، وان التصرف في الوحدة أو ملحقاتها لا يتعارض مع الغرض الذي خصص استعمال العقار له<sup>(108)</sup>، وهكذا برز القضاء الفرنسي الطابع الفردي لحق المالك وأنه لا يختلف في جوهره عن حق الملكية في صورته العادية، ولا شك في ان مثل النتيجة تتفق مع المبادئ العامة في القانون المدني.

وهنا قد يثار تساؤل عما هو الأساس القانوني لسريان التزامات اللائحة الداخلية للملكية المشتركة بحق الخلف؟

وللإجابة عن هذا التساؤل، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى ان الأساس القانوني لالتزام الخلف بلائحة الملكية المشتركة يرجع إلى نظرية الالتزام العيني، وبذلك فهي تتعلق بالوحدة العقارية وليس بشخص المالك، لذلك تنتقل هذه الالتزامات إلى اي شخص تنتقل إليه ملكية هذه الوحدة<sup>(109)</sup>، بينما الجانب الاخر من الفقه القانوني ذهب إلى رد هذا الالتزام إلى القواعد العامة في نظرية الالتزامات، وبذلك يعدّ المشتري خلف خاص للبائع، لذلك يتوجب عليه الالتزام بالالتزامات المتعلقة بوحده العقارية طالما كان يعلم بها وقت انتقال ملكيتها اليه<sup>(110)</sup>.

أما بخصوص موقف المشرع الفرنسي، فقد نصّت الفقرة الأولى من المادة (4) من مرسوم 17 آذار لسنة 1967 المعدل على ان " أي عقد ينقل ملكية الوحدة أو اي جزء منها أو ينشئ عليها اي حق يجب ان يذكر فيه صراحة ان المتصرف اليه أو صاحب الحق يعلم مسبقاً بنظام الملكية المشتركة وتعديلاتها والتي أوجبت المادة 13 من قانون 10 حزيران 1965 ضرورة شهرها " ، كما نصّت الفقرة الثالثة من هذه المادة "سريان نظام الملكية المشتركة وتعديلاتها حتى ولو لم يشهر بشرط ان يثبت فعلاً علم

الخلف به"، يتضح من هذه النصوص ان مرسوم 17 آذار لسنة 1967 المعدل يميز بين فرضين :

الفرض الأول: عدم شهر نظام الملكية المشتركة، إذ لا يسري في هذا الفرض لائحة الملكية المشتركة على الخلف الا في حالة وجود نص يفيد علم الخلف به وقبوله للالتزامات الناشئة عنه. أما الفرض الثاني: فإنه يتضمن شهر نظام الملكية المشتركة في السجل العقاري، إذ يلتزم الخلف في هذا الفرض بكافة الالتزامات الواردة في هذه اللائحة، سواء وجد نص في العقد الذي كسب به الحق يفيد علمه باللائحة أم لا يوجد، لأنه في هذه اللائحة تسري عليه اللائحة طالما أنه قد نشر إذ يفترض علم الكافة به، ولا سيما ان بعض الفقه الفرنسي يذهب إلى مسؤولية الموثق (كاتب العدل) لتقصيره في التأكد من وجود هذا الشرط في العقد الذي كسب به الخلف حقه (111).

أما المشرع العراقي، فإنه لم يبين مدى سريان النظام الداخلي على الملاك وخلفائهم، ولكن بموجب تعليمات التسجيل العقاري يجب على رئيس الجمعية إيداع نسخة مصدقة من النظام الداخلي للجمعية لدى دائرة التسجيل العقاري المخصصة لحفظها في الإضبارة الخاصة بأرض العمارة للرجوع اليه عند الحاجة فيمكن للملاك وخلفهم العام والخاص الاطلاع على النظام الداخلي عن طريق مراجعة دائرة التسجيل العقاري وعليه فإن النظام الداخلي يسري على الملاك وخلفهم العام والخاص (112).

أما القانون المصري فإنه نص في المادة (2/828) من القانون المدني رقم 131 لسنة 1948، بأن هذا النظام يسري على الملاك وخلفهم في حال تم وضعه من قبل اتحاد الملاك، أو من قبل وزير الإسكان فيسري على جميع الملاك وخلفهم الخاص والعام. ثانياً- القيود الواردة على سلطة استعمال واستغلال الأجزاء الخاصة (المفرزة): نحاول هنا بيان أهم القيود التي ترد على سلطة الاستعمال والاستغلال وذلك على النحو الآتي:

1-تقييد الملاك بنوع معين من الانتفاع : ان السبيل إلى تقييد سلطة الملاك في هذا الصدد، هو اتفاق جميع الملاك بالتقييد بنوع معين من الاستعمال أو الاستغلال للطابق أو الشقة، ولا يغني عن الإجماع الأغلبية مهما علت لان الامر لا يتعلق بإدارة واستغلال ملكية شائعة بل بملكية خاصة (مفرزة)، والتي يكون للمالك دون غيره ان يقرر نوع الاستعمال وكيفيته ويُعدّ الإجماع ضماناً وحماية لحق المالك في استعمال ملكه وتخصيصه لما يراه محققاً لمصلحته (113)، كأن يرغب الملاك في أن يكون استعمال الطابق أو الشقة قاصراً على السكن دون غيره من أوجه الاستعمال المهني والحرفي والتجاري وذلك بهدف تحقيق اقصى قدر من الهدوء والراحة لساكنيه .

ومثل هذا الاتفاق على فرض وجوده يجب ان يفسر تفسيراً ضيقاً لما فيه من خروج على حكم القواعد العامة، التي تقتضي بأن الاصل في سلطات المالك ان تكون كاملة، فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو وجد وكان غامضاً فإنه لا يقيد سلطة المالك الذي يبقى له ان يستعمل ملكه الاستعمال المناسب فبدلاً من السكن، له ان يتخذ منه مكتباً أو عيادة أو أن يباشر فيه نشاطاً تجارياً طالما ان هذا الاستعمال لا يتعارض مع استعمال بقية الملاك لوحدهم.

2- تقييد الملاك بمقتضى شرط المنع من المنافسة: في هذا الشأن يقتضي التنويه إلى الاختلاف بين نصوص قانون ملكية الطوابق والشقق العراقي، وبين نصوص القانون الفرنسي المنظم للملكية المشتركة في العقارات المبنية وذلك بخصوص جمعية المالكين وسلطاته، ذلك ان قانون 10 تموز لسنة 1965 المعدل المنظم للملكية المشتركة أو ما يطلق عليه الشيوخ الراسي تضمن تنظيمياً أمراً يتعلق بالنظام العام، خول بمقتضاه جمعية المالكين سلطة فرض قيود على الأجزاء المفروزة للعقار، طالما كانت تلك القيود متفقة مع الغرض المخصص له العقار<sup>(114)</sup>. بينما لا تملك جمعية الملاك في القانون العراقي مثل هذه السلطات، إذ ان نصوص القانون ملكية طوابق والشقق لم تمنح جمعية الملاك سلطات على الأجزاء المفروزة للعقار وهذا ما جاءت به المادة (1/10) من قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم 61 لسنة 2000 "تضع جمعية الملاك نظاماً داخلياً لتأمين حسن الانتفاع بالأجزاء المشتركة للبناء وإدارتها". في ظل هذا الوضع، فإن للمالك أن يباشر أي نشاط تجاري أو مهني في شقته وله أن يغير هذا النشاط ولو كان ذلك النشاط مماثلاً لنشاط الموجود في العقار، ولا يمكن تقييد حرية المالك في هذا الخصوص إلا بمقتضى شرط المنع من المنافسة متى توافرت الشروط الخاصة لصحة مثل هذا الشرط.

## الخاتمة

### أولاً: النتائج

- 1- ان عقد بيع الشقق السكنية قد الإنشاء يعدّ من العقود المهمة وعلى الرغم ذلك فإن المشرّع العراقي لم ينظم هذا العقد عند تنظيمه لصور عقد البيع في القانون المدني.
- 2- توصلنا الى تعريف خاص لعقد بيع الشقق السكنية ان عقد بيع العقار قيد الانجاز هو بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخريطة قبل أنشائها أو قبل اكتمال بنائها.
- 3- نجد نصوص قانون الاستثمار العراقي لسنة 2006 المعدل الذي يحكم هذا العقد قد وضع ضمانات لحماية المشتري في امتلاك الشقة قيد الإنشاء، ومن اهم هذه الضمانات هي ملكية الأرض المخصصة لإنشاء الشقق السكنية في قانون الاستثمار قد أجاز للمستثمر العقاري الحق في تملك الأرض التي سيقام عليها المشروع اذا كان الغرض منه الاسكان حصراً، إلا ان المستثمر بموجب قانون الاستثمار العراقي يمتلك الأرض محمله بإشارة الحجز عليها لحين اكمال المشروع، وهذا يعني ان المستثمر لا يمتلك أرض المشروع حقيقة وإنما مقيد بعدم استعمالها الا للغرض المخصص له وهو اقامة مشاريع سكنية، وذلك لتحقيق هدف آخر وهو حل أزمة السكن.
- 4- أجاز المشرّع العراقي في قانون الاستثمار في حالة اخفاق المستثمر وفشله في تنفيذ التزاماته ضمن المدة المعينة في العقد، ان تتولى دائرة التسجيل العقاري وبناءً على طلب الهيئة العامة للاستثمار الغاء طلب التسجيل وإعادة الأرض أو العقار إلى مالكيها أي الدولة.
- 5- لم يكتفي المشرّع العراقي بالنص على وضع اشارة عدم تصرف على الأرض التي اقيم عليها البناء كوسيلة لضمان اكتمال البناء، بل أشار إلى ضمانات مصرفية (مالية) واهمها هو فتح الاعتماد المصرفي كوسيلة ضمان لحين الانتهاء من اعمال بناء الشقق السكنية، وهذا الاعتماد يأخذ صوراً متعدّدة، أما يكون اعتماداً بالضمان (كخطاب الضمان، السحب على المكشوف).
- 6- ان القضاء العراقي، قد ذهب في الكثير من قراراته إلى تكليف عقد بيع الشقة السكنية في المشروع الاستثماري قبل إتمام إنجازه بأنه عقد بيع الشقق السكنية قيد الانشاء عقد صحيح الا أنه ذو طبيعة خاصة لتعلقه بمشروع سكني استثماري.
- 7- وكذلك لم يورد المشرّع العراقي نص خاص بمعالجة مسالة تقسيم الجزء المفزر سواء كان طابقاً أو الشقة.
- 8- الا أنه يمكن استنتاج تعريف للضرر الفاحش من خلال احدي قرارات محكمة التمييز العراقية والتي قضت بأنه (الضرر اليسير مغتفر وللمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً لا يضره بجاره ضرراً فاحشاً)، عليه فالضرر الفاحش هو الضرر غير اليسير الذي يتجاوز الحد المألوف في علاقات الجوار نتيجة لاستخدام المشروع للمالك لممتلكاته.

### ثانياً: المقترحات

- 1- ندعو المشرّع العراقي الى تنظيم مسألة تقسيم الجزء المفرز في اضيق نطاق لها وفق شروط معينة للتقسيم، حيث انه لا يجوز تقسيم اي جزء مفرز الا بموافقة جمعية الملاك وبأغلبية ثلاثة أرباع اصوات الملاك.
- 2- نقترح على المشرع العراقي ايراد تنظيم قانوني خاص بعقد بيع الشقق السكنية قيد الإنشاء.

## الهوامش

### Footnotes

- (1) Article (2/2) "Sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire".
- (2) د. أحمد كامل ابو سعود، اتحاد الملاك وتمليك الشقق، دار الفكر الجامعي، 1990، ص 13.
- (3) المادة (854) من القانون المدني الكويتي إذ نصّت على أنه " لكل مالك ان يتصرف في الجزء المفروز الذي يملكه وله ان يستعمله وان يستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه أو مع ما أعد له".
- (4) د. محمد علي محمد قيس، ملكية البناء متعدد الملاك – دراسة مقارنة بين القانون المدني اليمني والقانون المدني المصري والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 240.
- (5) د. عبد الفتاح مراد، ملكية الشقق واتحاد الملاك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1988، ص 42.
- (6) د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 36.
- (7) د. عبد الرزاق السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية، ج8، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع، ص 1019. د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص 48. وينظر كذلك: د. غازي عبد الرحمن ناجي، ملكية الشقق والطوابق، الثقافة القانونية، بغداد، 1978، ص 56.
- (8) د. عبد الناصر توفيق العطار، تمليك الشقق والطوابق، بدون رقم طبعة، مطبعة دار السعادة، مصر، 1977، ص 69. وينظر كذلك: د. محمد علي محمد قيس، مصدر سابق، ص 241.
- (9) Yannik Paquet, lot de copropriete, these universite Grenoble Ap'es, 2016, p 187.
- (10) Laspecificite duu'e Location dons une copropriete, avail bleat. خصوصية الايجار في العمارات، مقاله متاحة على شبكة الانترنت [www.clcv.org/coproprietaires/la-specificite-dune-Location-dance-une-copropriete](http://www.clcv.org/coproprietaires/la-specificite-dune-Location-dance-une-copropriete).
- تاريخ الزيارة 2021/09/25.
- (11) Givord et Giverdon, La copropriété 2em. ed, p137. Darmini, La jouissance privative d'une partie commune ne confère pas de droit exclusif de propriété, French Justice Village, 2020, p.4.
- (12) Article (14/3) "... Le syndicat EST responsable des dommages causés aux copropriétaires ou aux tiers ayant leur origine dans les parties communes' sans préjudice de toutes actions récursoires."
- (13) Cour de Cassa tion' civile, chamber civile 3, 12 September 2012, 11-10.421, publie au bulletin.
- (14) Givordet Giverdon, op.cit, p137.
- (15) Kischinewsky- Broquisse, Lazopropriete des immeables batis 3ed, 1978 op.cit, p 296 and 618.
- (16) اما في فرنسا فإن القانون الذي يحكم الايجار هو القانون رقم 89-462 صادر في 6 تموز 1989 الرامي إلى تحسين العلاقات التأجيرية، والاستدلال بنص المادة الأولى من قانون ايجار العقار العراقي رقم 78 لسنة 1979.
- (17) Givordet Giverdon, op.cit, p137.

- (18) Patrice Labatteux, Lapreparation des assem blees general's prealables a lascission, 2019, p.322.
- (19) عبد الحميد حسن شرف، حق العلو والسفل وملكيّة الشقق (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني المصري)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، 1989، ص 181.
- (20) Christion Atias jean – Louis Bergel etal, lexique droit immobilier Dalloz, zeme édition, 1994, p 75.
- (21) نص المادة (3/22) من قانون الملكيّة المشتركة للعقارات المبنية الفرنسية رقم 65-557 لسنة 1965 المعدل بالمرسوم لسنة 2019 "يجوز لكل شريك في الملكيّة ان يفوض حقه في التصويت إلى الوكيل عنه، سواء كان هذا الاخير جمعية المالكين ام لم يكن، ولا يجوز لكل وكيل ان يحوز تفويضاً للتصويت من أكثر من ثلاثة شركاء ....".
- (22) د. جورج ن. شراوي، حق الملكيّة العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2002، ص 39.
- (23) نصت المادة الرابعة من قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم 61 لسنة 2000 على أنه "... وليس للمالك ان يتصرف في حصته هذه بصورة مستقلة عن ذلك الطابق أو الشقة".
- (24) د. سمير كامل، النظام القانوني لملكية الشقق، ط1، جامعة القاهرة، 1985، ص 76.
- (25) د. جورج ن. شراوي، مصدر سابق، ص 39.
- (26) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 1999 ص 44. وينظر كذلك: عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 73.
- (27) هدى سعيد النمير، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1989، ص 84.
- (28) د. سمير كامل، مصدر سابق، ص 76.
- (29) د. عفيف شمس الدين، ملكية الشقق والطوابق والشاليهات في الأبنية المفززة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2007، ص 146.
- (30) مشروع بسمالية السكني من ضمن اهتمامات الدولة لغرض معالجة أزمة السكن.
- (31) محمد محمد القطب، احكام عقد البيع على الخريطة، 2020، ص 18، بحث منشور على الرابط [Http://jdl: journals.ekb.eg](http://jdl: journals.ekb.eg) تاريخ الزيارة 2021/5/7
- (32) سمير عبد السميع الأودن، تمليك وحدات البناء تحت الأنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، 2001، ص 9.
- (33) محمد كاظم محمد، عقد بيع العقار على الخريطة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء، 2014، ص 17.
- (34) ينظر المادة (1/1601) من القانون رقم 67-3 لسنة 1967 الفرنسي بشأن بيع المباني قيد الانشاء. "La vente d'immeuble à construire est Celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement".
- (35) Christophe sizaire, promotion de l'immeuble collectif et mo, dification au reglement de copropriete en VEFA cvente en etat future- d'achevemeut, 2012, p 31.
- (36) د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، ط1، مطبعة سيد وهبة، القاهرة، 1989، ص 527.
- (37) Christophe sizaire, op.cit, p31.
- (38) Vivien zalewski, les ventes d'immeubles a construire et a renover, 2 e edition, Eilipses editeur, paris, france, 2016, p13.
- (39) المادة (129) والمادة (514) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

- (40) ينظر المواد (25،26،27) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل.
- (41) المادة (10/ثانياً) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل. والمادة (6) من نظام بيع وإيجار عقارات وأراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار رقم 7 لسنة 2010.
- (42) ينظر نص المادة (10/ثانياً) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل. وكذلك نص المادة (6/ثالثاً) من نظام بيع وإيجار عقارات وأراضي الدولة لغرض الاستثمار رقم 7 لسنة 2010.
- (43) ريبوار محمد صالح وبمو برويز خان الدلوي، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الإنشاء (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان للعلوم، المجلد الأول، العدد 4، العراق 2017، ص 83.
- (44) ينظر المادة (140) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل.
- (45) ريبوار محمد صالح وبمو برويز خان الدلوي، مصدر سابق، ص 77.
- (46) المادة (287) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 المعدل عرفت خطاب الضمان بأنه "تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب".
- (47) المادة (1/269) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 المعدل عرفت فتح الاعتماد "بأنه عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغ من النقود لمدة معينة أو غير معينة".
- (48) د. هدى سعيد النمير، مصدر سابق، ص 132.
- (49) د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص 466.
- (50) د. هدى سعيد النمير، مصدر سابق، ص 136.
- (51) د. ابراهيم صالح عطية الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 53.
- (52) د. احمد هاشم عبده و د. مثنى عبد الكاظم، بيع عقار على الخارطة، دراسة مقارنة، ص 7، بحث منشور على الرابط، Jas: <https-www.jasz.net> تاريخ الزيارة 2021/8/20.
- (53) د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص 42.
- (54) عادل عبد العزيز، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الوطنية، 2007، ص 15.
- (55) سمح المشرّع العراقي بموجب المادة (2/865) من القانون المدني تقديم المادة والعمل معاً بقوله "كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة مما يكون استصناعاً".
- (56) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، مطبعة أوفيست، بغداد، 1985، ص 32.
- (57) د. احمد هشام عبد ود. مثنى عبد الكاظم، عقد بيع العقار على الخارطة، مصدر سابق، ص 8.
- (58) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 213 /الهيئة الموسعة المدنية/ بتاريخ 2017/7/18 (غير منشور).
- (59) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 489 /الهيئة الموسعة المدنية/ بتاريخ 2017/1/11 (غير منشور).
- (60) تقابلها المادة (807) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- (61) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية-الحقوق التبعية، ج1، ط3، دار العربية للقانون، 2010، ص 71.
- (62) سليم رستم ياز اللبناني، شرح المجلة، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، بدون سنة طبع، ص 658.



- (63) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3322/ حقوقية صلحية/1967 الصادر في 1967/3/2 مشار اليه لدى، القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1988، ص 37.
- (64) د. مثنى محمد، مسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية التراث، العدد السابع، العراق، 2010، ص 123.
- (65) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 65. وينظر أيضاً د. حسن كبيره، الموجز في احكام القانون المدني المصري، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965، ص 147.
- (66) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط3، 1967، ص 88.
- (67) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 71.
- (68) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2966/حقوقية رابعة/ 2015 الصادر في 1971/3/6، النشرة القضائية العدد الأول، السنة الثانية، ص 40.
- (69) محكمة النقض المصرية، قرار رقم 1363 لسنة 72 قضائية، بتاريخ 2012/11/12، منشور على الموقع الالكتروني <https://lnkd.in/dvs89>، RK تاريخ زيارة 2021/8/4
- (70) Elisa Bodin Les, troubles an ormaux du voisinage, difficiles traduction juridique et expertale, faculte de droit ET des sciences e'conomiques, 2019, p5.
- (71) Article 1240 modifie par ordonnace n 2016-131 du 10 fevier 2016-art (Tout fait quelconque de l'homme ,qui cause à autrui UN dommage oblige celui par la faute duquel IL EST arrivé à le réparer).
- (72) Ecrit par yerome Blanchetier, unnatural veighbourhood Disorders in Building code, justice village, 2012, p20.
- (73) Article 544 modifie par ordonnace n 2016-131 du 10 fevier 2016-art "La propriété EST le droit de jouir ET disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas UN usage prohibé par les Lois ou par les règlements".
- (74) Victoire du Bary, Troubles du quartier ET construction anormale, justice village, 2013, p20.
- (75) Elisa Bodin, op.cit, p12.
- (76) P.Capoulade, C.Giraudel, B.dobrenko, " copropriete dans la cite " L'actualite juridique, publication du moniteur d'ec ,2000 ,p 120.
- (77) Yonnik Paquet, op.cit, p 239.
- (78) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 12 décembre 2013, 12-28.366, Inédit.
- (79) Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 24 octobre 1990, 88-19.383 Publié au bulletin.
- (80) المادة (74) من المرسوم الاشتراعي رقم 83/88 بقولها ".... وانما لكل شريك في قسم خاص حق الشفعة لشراء الحصة الشائعة التي يراد بيعها بالتراضي من شخص آخر غير شريك"، وفقاً لأحكام الشفعة المنصوص عليها في القرار رقم 3339 بتاريخ 1930/11/12، لا ينشأ حق الشفعة هذا في البيع الحاصل بين الزوجين والاصول والفروع أو الاخوة والاخوات وفروعهم).
- (81) ينظر المواد (935 – 948) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- (82) Serge Brodo, Boumann Avocats, Definition du droit de preference, droit des technobgies de l'in formation, 2021, p15.

(83) Cour de cassation , civile, Chambre civile 3 , 3 juillet 2013 , 12-19.442 , Publié au bulletin , rectifié par un arrêt du 6 mai 2014.

(84) جدير بالإشارة أن المشرع العراقي قد أوجب وضع نظام داخلي من قبل جمعية الملاك إذ نصّ في المادة (1/10) من قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم 61 لسنة 2000 على أنه: "تضع جمعية الملاك نظاماً داخلياً لتأمين حسن الانتفاع بالأجزاء المشتركة"، ويؤخذ على المشرع العراقي بأنه اقتصر وضع هذا النظام لتأمين حسن الانتفاع بالأجزاء المشتركة وادارتها دون الأجزاء الخاصة، إلا إننا نرى بأنه لا يمنع ان يتناول النظام أيضاً قواعد تتعلق بإستعمال واستغلال الأجزاء الخاصة طالما تم الاتفاق عليها بإجماع الملاك، أما في فرنسا فإنه يتم وضع النظام بصورة اتفاقية بين الملاك، إذ نصّت المادة(8) على ذلك بالقول "يوضع نظام اتفاقي للملكية المشتركة متضمناً أولاً بياناً وصفاً بالتقسيم يحدد وجهة استعمال كل من الأجزاء الخاصة والمشاركة، فضلاً عن شروط التمتع بها كما يحدد أيضاً قواعد إدارة الأجزاء المشتركة مع مراعاة أحكام هذا القانون"، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها في 22 ايار 2000 والذي ينص على أنه (يجب تطبيق بنود لوائح الملكية المشتركة التي تم وضعها بصورة اتفاقية بين الملاك طالما لم يعلن القاضي أنها غير مكتوبة (أي باطلة) وتكون هذه لوائح ذات طبيعة عقدية لذا تكون احكامها ملزمة لجميع الملاك وشاغلي أي جزء من البناء).

-Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 22 mars 2000, 98-13.345 98-15.595, Publié au bulletin.

(85) Article 11 "En cas d'aliénation séparée d'une ou plusieurs fractions d'un lot, la répartition des charges entre ces fractions est, lorsqu'elle n'est pas fixée par le règlement de copropriété, soumise à l'approbation de l'assemblée générale statuant à la majorité prévue à l'article 24".

(86) Article( 4) Décret n°67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis » "Tout acte conventionnel réalisant ou constatant le transfert de propriété d'un lot ou d'une fraction de lot, ou la constitution sur ces derniers d'un droit réel, doit mentionner expressément que l'acquéreur ou le titulaire du droit a eu préalablement connaissance, s'ils ont été publiés dans les conditions prévues par l'article 13 de la loi du 10 juillet 1965, du règlement de copropriété ainsi que des actes qui l'ont modifié.....".

(87) Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 24 février 2009, 08-11.852, Inédit.

(88) Yonnik Paquet, op.cit, p 181.

(89)Thierry Delesalle, Lesclauses restrictives des droits des copropriétaires Lalibertédu, copropriétaire, surveillée, parle règlementde copropriétaire, 2012, p75.

(90) د. أسماعيل غانم، الحقوق العينية (حق الملكية)، ج1، مطبعة القاهرة، 1959، ص 296. وينظر كذلك: د. منصور مصطفى، حق الملكية، مطبعة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1965، ص 255.

(91) د. سمير كامل، مصدر سابق، ص 87

(92) شرط المنع من التصرف يقصد به الشرط الذي يرد في العقد أو الوصية والذي يمنع المالك من التصرف في مال معين من امواله. ينظر: د. أسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، محاضرات أقيمت على طلاب كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية، مطبعة المعارف، القاهرة، 1953، ص 75.

(93) شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية)، ج 1، 1959، ص 340. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، جزآن في مؤلف واحد، 1960، ص 105.

(94) د. صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، معهد البحوث والدراسات العربية، 1961، ص 147.

(95) د. حسن علي دنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص 62. د. جليل حسن الساعدي، شرط المنع من التصرف في القانون المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد 1، مجلد 20، 2005، ص 196.

(96) د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، لبنان – بيروت، 2018، ص 113.

(97) نصت الفقرة 9 من عقد بيع شقة بسماوية بأنه (لا يحق للمشتري التصرف بالشقة بأي نوع من انواع التصرفات ومن ضمنها البيع أو الايجار الا بعد تسديد كامل الاقساط المترتبة على الشقة) ملحق رقم 1. وينظر أيضاً نص الفقرة 8 من التزامات المشتري في عقد بيع الشقة السكنية في Baghdad Residences (لا يجوز للطرف الثاني التصرف بالوحدة السكنية سواء بالبيع أو الايجار أو التنازل أو الهبة أو الرهن الا بعد تسديد كامل الثمن وموافقة الطرف الأول التحريري) ملحق رقم 2. ينظر إلى البند السادس (انتقال الملكية والتنازل عن الوحدة) في عقد انشاء وبيع وحدة سكنية من مشروع بوابة العراق السكني ملحق رقم 3.

(98) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 60.

(99) د. السيد علي المغازي، ملكية طبقات المنازل في القانون الفرنسي والقانون المصري (الملغى والحديث)، ط 1، دار الفكر العربي، 1949، ص 40.

(100) ومن هذه الحالات الاستثنائية هبة الوالدين بأموالهما لأولادهم بطريق الهبة أو الوصية مع اشتراط منعهم من التصرف في هذه الاموال طول حياتهم (1048-1542) من القانون المدني الفرنسي.

(101) Aure' lien Bamde, Attributs d'e quite: droit de dis poser de l'objet, 2020, p 22.

(102) Cour de cassation, civile, chamber civile, du 20 avrill 18, publie'au bulletin.

(103) Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 17 juillet 1972, 71-11.248, Publié au bulletin.

(104) Article 900-1 Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 ( ) JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 "Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige".

(105) اما في الواقع العملي فإن لمشتري الوحدة السكنية حق الانتفاع بمكان انتظار مخصص لسيارة واحدة لغاية الاصطفاف دون ترتيب أي حقوق اخرى له على هذا المكان. للمزيد ينظر إلى ملحق رقم (3).

(106) المادة الثامنة في فقرتها الأولى من قانون الملكية المشتركة الفرنسي رقم 65-557 لسنة 1965 المعدل.

Article 8(1)" e règlement de copropriété des immeubles dont le permis de construire a été délivré conformément à un plan local d'urbanisme ou d'autres documents d'urbanisme imposant la réalisation d'aires de stationnement peut prévoir une clause attribuant un droit de priorité aux copropriétaires à l'occasion de la vente de lots exclusivement à usage de stationnement au sein de la copropriété" .

(107) Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 mars 1973, 72-10.71, 4  
Publié au bulletin.

(108) Yannik Paquet, op.cit, p, 178.

(109) Givord et Giverdon , op.cit , p 79 .

(110) Kishincvsky Broquise, Lazopropriete des immeables batis 3ed, 1978,  
p 529.

(111) Givordet Giverdon, op.cit, p 159, 160. Laurent Latabi, Loi ELAN et respect du règlement de la copropriété, Village français de la justice, 2020, p.2.

(112) ينظر المادة (12) من تعليمات التسجيل العقاري رقم (4) لسنة 1972.

(113) د. أحمد عبد العال أبو قرين، النظام القانوني لملكية الشقق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، 2001، ص 58، ص 86.

(114) نصت المادة(8) على ذلك بالقول "يوضع نظام اتفاقي للملكية المشتركة متضمنا أولا بيانا وصفيا بالتقسيم يحدد وجهة استعمال كل من الأجزاء الخاصة والمشاركة، فضلا عن شروط التمتع بها كما يحدد أيضا قواعد إدارة الأجزاء المشتركة مع مراعاة إحكام هذا القانون " النص الفرنسي

Article (8) "ensavoir-faire, en plus de l'article paroi CET ... Nations Unies Règlement conventionnel de copropriété, Incluant Ou non L 'armée DESCRIPTIF de division, LA sélectionner une destination Palais des parties privatives Tant que les municipalités, AINSI Qué les conditions de Laure utilisent. Il also image mentale, Sue et la réserve de dispositions de la loi present, les Règles parents A l 'Palais partis gestion municipale".

## المصادر References

### أولاً: الكتب:

- i. د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
- ii. د. أحمد عبد العال أبو قرين، النظام القانوني لملكية الشقق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، 2001.
- iii. احمد كامل ابو سعود، اتحاد الملاك وتمليك الشقق، دار الفكر الجامعي، 1990.
- iv. أسماعيل غانم، الحقوق العينية (حق الملكية)، ج1، مطبعة القاهرة، 1959.
- v. د. السيد علي المغازي، ملكية طبقات المنازل في القانون الفرنسي والقانون المصري (الملغى والحديث)، ط1، دار الفكر العربي، 1949.
- vi. د. جورج ن. شدرأوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2002.
- vii. د. حسن كيره، الموجز في احكام القانون المدني المصري، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965.
- viii. د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
- ix. د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، لبنان – بيروت، 2018.
- x. د. سمير كامل، النظام القانوني لملكية الشقق، الطبعة الأولى، جامعة القاهرة، 1985.
- xi. سمير عبد السميع الأودن، تمليك وحدات البناء تحت الأنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، 2001.
- xii. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية)، ج1، 1959.
- xiii. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، جزآن في مؤلف واحد، 1960.
- xiv. د. عبد الرزاق السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية، ج8، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع.
- xv. د. عبد الناصر توفيق العطار، تمليك الشقق والطوابق، بدون رقم طبعة، مطبعة دار السعادة، مصر، 1977.
- xvi. د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- xvii. غازي عبد الرحمن ناجي، ملكية الشقق والطوابق، الثقافة القانونية، بغداد، 1978.
- xviii. د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الانشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، ط1، مطبعة سيد وهبة، القاهرة، 1989.
- xix. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، مطبعة أوفيست، بغداد، 1985.
- xx. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية-الحقوق التبعية، ج1، ط3، دار العربية للقانون، العراق، 2010.
- xxi. د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993.
- xxii. د. منصور مصطفى، حق الملكية، مطبعة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1965.
- xxiii. د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- xxiv. د. نزيهة محمد صادق المهدي، الملكية في النظام الملكية الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ النشر.

### ثانياً: الرسائل والأطاريح

- i. عادل عبد العزيز، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الوطنية، 2007.
- ii. عبد الحميد حسن شرف، حق العلو والسفل وملكيّة الشقق (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني المصري)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، 1989.
- iii. محمد كاظم محمد، عقد بيع العقار على الخريطة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء، 2014.
- iv. هدى سعيد النمير، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1989.

### ثالثاً: البحوث والمقالات المنشورة

- i. د. احمد هاشم عبده و د. مثنى عبد الكاظم، بيع عقار على الخارطة، دراسة مقارنة، بحث منشور على الرابط، [Jas: https://www.jasj.net](https://www.jasj.net).
- ii. د.جليل حسن الساعدي، شرط المنع من التصرف في القانون المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ال عدد1، مجلد20، 2005.
- iii. ريبوار محمد صالح وبمو برويز خان الدلوي، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان للعلوم، المجلد الأول، العدد 4، العراق، 2017.
- iv. صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، معهد البحوث والدراسات العربية، 1961.
- v. مثنى محمد، مسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية التراث، العدد السابع، العراق، 2010.
- vi. محمد محمد القطب، احكام عقد البيع على الخريطة، 2020، بحث منشور على الرابط، [Http: //jdl: journals.ekb.eg](http://jdl: journals.ekb.eg).

### رابعاً: القوانين والتعليمات والأنظمة

- i. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- ii. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- iii. القانون الفرنسي الخاص بالملكية المشتركة للطوابق المبنية رقم (65 – 557) لسنة 1965 المعدل.
- iv. المرسوم الفرنسي رقم 223 لسنة 1967 المعدل.
- v. قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل.
- vi. تعليمات التسجيل العقاري رقم 4 لسنة 1972.
- vii. قانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
- viii. المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 88 لسنة 1983.
- ix. قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 المعدل.
- x. قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل.
- xi. قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.
- xii. قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاختفاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم (20) لسنة 2009 المعدل.
- xiii. نظام بيع وايجار العقارات و اراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار رقم 7 لسنة 2010 المعدل.
- xiv. قانون ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي رقم (6) لسنة 2019.

### خامساً: القرارات القضائية

#### أ) القرارات القضائية العراقية والعربية

- i. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 213 /الهيئة الموسعة المدنية /بتاريخ 2017/7/18 (غير منشور).
- ii. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 489 / الهيئة الموسعة المدنية /بتاريخ 2017/1/11(غير منشور).
- iii. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2966/حقوقية رابعة /2015 الصادر في 1971/3/6، النشرة القضائية العدد الأول، السنة الثانية، ص40.
- iv. محكمة النقض المصرية، قرار رقم 1363 لسنة 72 قضائية، بتاريخ 2012/11/12، منشور على الموقع الإلكتروني <https://lnkd.in/dvs89RK>
- v. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3322 /حقوقية صلحيه/1967 الصادر في 1967/3/2 مشار إليه لدى، القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1988.

#### ب) القرارات القضائية الأجنبية

- i. Cour de Cassation ،civile, chamber civile 3, 12 September 2012, 11-10.421, publie au bulletin.
- ii. Cour de cassation, cnambre civile 2, du19 November 1986, 16.37, 9 publieau.
- iii. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 4 juin 2009, 08-13.239, Publié au bulletin.
- iv. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 12 décembre 2013, 12-28.366, Inédit.
- v. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 24 octobre 1990, 88-19.383 Publié au bulletin.
- vi. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 22 mars 2000, 98-13.345 98-15.595, Publié au bulletin.
- vii. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 24 février 2009, 08-11.852, Inédit.
- viii. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 mars 1973, 72-10.714, Publié au bulletin.
- ix. Cour de cassation, civile, chamber civile, du20 avrill 18, publie'au bulletin.
- x. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 17 juillet 1972, 71-11.248, Publié au bulletin.
- xi. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 mars 1973, 72-10.71, 4 Publié au bulletin.
- xii. Cour de cassation , civile, Chambre civile 3 , 3 juillet 2013 , 12-19.442 , Publié au bulletin , rectifié par un arrêt du 6 mai 2014.

#### سادساً: المصادر الأجنبية

- xiii. Aure' lien Bamde, Attributs d'e quite: droit de dis poser de l'object, 2020.

- xiv. Christophe sizaire, promotion de l'immeuble collectif et mo, dification au reglement de copropriete en VEFA cvente en etat future- d'achevemeut, 2012.
- xv. Darmini, La jouissance privative d'une partie commune ne confère pas de droit exclusif de propriété, French Justice Village, 2020.
- xvi. Ecrit par yerome Blanchetier, unnatural veighbourhood Disorders in Building code, justice village, 2012. Victoire du Bary, Troubles du quartier ET construction anormale, justice village, 2013.
- xvii. Elisa Bodin Les, troubles an ormaux du voisinage, difficiles traduction juridique ET
- xxviii. Expertale, faculte de droit ET des sciences e'conomiques, 2019.
- xix. Givord et Giverdon, La copropriété 2em. ed. 1974.
- xx. Kishinevsky Broquise, Lazopropriete des immeables batis 3ed
- xxi. Laspecificite du'e Location dons une copropriete, avail bleat. [www.clcv.org/coproprietaires/la-specificite-dune- Location-dance-une-copropriete](http://www.clcv.org/coproprietaires/la-specificite-dune-Location-dance-une-copropriete).
- xxii. Laurent Latabi, Loi ELAN et respect du règlement de la copropriété, Village français de la justice, 2020
- xxiii. Patrice Labatteux, Lapreparation des assem blees general's prealables a lascission, 2019.
- xxiv. P.Capoulade, C.Giraudel, B.Dobrenko, "copropriete dans la cite" L'actualite juridique, publication du moniteur d'ec, 2000.
- xxv. Serge Brodo, Boumann Avocats, Definition du droit de preference, droit des technobgies de l'in formation, 2021.
- xxvi. Thierry Delesalle, Lesclauses restrictives des droits des copropntaires Lalibertedu, coproprietaire, surveillee, parle reglementde coproprietaire, 2012.
- xxvii. Vivien zalewski, les ventes d'immeubles a construire et a renover, 2 e edition, Eilipses editeur ,paris, france, 2016.  
Yannik Paquet, LOT de copropriete, these universite Grenoble Ap'es, 2016.