

## التوصيف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية

"دراسة تحليلية مقارنة"

The Legal Conditioning for the Return of Real Estate Easements

Comparative Analytical Study

أ. د. صدام فيصل كوكز المحمدي

مصطفى صباح نوري إبراهيم ●

أستاذ القانون الخاص

باحث في القانون الخاص

كلية القانون - جامعة الفلوجة

كلية القانون - جامعة الفلوجة

تاريخ النشر: 2023/01/25

تاريخ القبول: 2023/01/05

تاريخ الاستلام: 2022/08/25

**ملخص:** لما كان حق الإرتفاق العقاري، حق عيني يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر مجاور له مملوك لمالك آخر، فإنه يستمر ما دامت حالة التجاور بين العقارين قائمة، حيث ينشأ عبء على العقار الخادم المرتفق به، يقيد السلطات الممنوحة قانوناً للمالك من قبيل الإستعمال والإستغلال والتصرف، وبالتالي فإنّ حالة انقضاء الإرتفاق تعني إزالة هذا العبء، ونشوء وضع قانوني جديد يحرر مالك العقار المرتفق به من التقييد المفروض عليه، ويكون ذلك مدعاة للتمسك بنفي اساس قيام حالة عودة الإرتفاق من جديد، الأمر الذي يتسبب في الواقع العملي بمنازعات كثيرة، إستوجبت من المشرع التدخل مباشرة لتنظيمها قانوناً للحد من حالة النزاع فيها، كونه مثار نزاع بين الملاك، مما دفعه إلى إقرار عودة حق الإرتفاق العقاري الذي انقضى ما دامت الحاجة إلى هذا الإرتفاق قائمة، وهو ما حاولت الدراسة الوقوف على التوصيف القانوني الصحيح له، وبيان الإشتراطات اللازمة لقيامه على النحو الذي يعترف به القانون.

**كلمات مفتاحية:** حق الإرتفاق، العقار، انقضاء حق الإرتفاق، عودة حق الإرتفاق.

Abstract

Since the right of real estate easement is a right in kind that is decided on a real estate for the benefit of another adjacent real estate owned by another owner, it continues as long as the state of contiguousness between the two real estate's exists, where a burden arises on the servant real estate that is escrowed, restricting the powers granted by law to the owner such as use, exploitation and disposal, Therefore, the case of the expiration of the easement means the removal of this burden, and the emergence of a new legal situation that frees the owner of the servile property from the restriction imposed on him, and this is a reason to adhere to the negation of the basis for the return of the easement again, which in practice causes many disputes, which required the legislator to intervene Directly to organize it legally to reduce the state of conflict in it, as it is the subject of a dispute between the owners, which prompted him to approve the return of the right of real estate easement, which has expired as long as the need for this easement exists, which is what the study tried to identify the correct legal description of it, and to indicate the requirements for its establishment as which is recognized by law.

**Keywords:**

The right of easement, real estate, the expiration of the right of easement, the return of the right of easement.

● المؤلف المرسل

**1 المقدمة**

تمثل حقوق الإزتيقاق العقارية أوضاعاً قانونية ذات طابع واقعي، تجسد حالة التجاور الحاصل بين ملكيات عقارية من أراضٍ أو منشآت من قبيل المساكن سواء كانت منازل متجاورة أو شقق وعمارات سكنية، وهذه الأوضاع في المدن كما في الأرياف، كونها تحمل في طياتها أعباء تقيّد من ملكية عقار لصالح عقار آخر مملوك لشخص آخر، وقد عرّف المشرع العراقي في المادة (1271) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل، حق الإزتيقاق "حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه مالك آخر"، فالإزتيقاق تكليف مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر يملكه مالك آخر، ويطلق على العقار المثقل بالحق، تسمية العقار

المرتفق به أي العقار الخادم. ويطلق على العقار المتقرر حق الارتفاق لمنفعته اسم العقار المرتفق أو العقار المخدوم.

وحق الارتفاق العقاري، حق عيني لا يتقرر إلا على عقار ولمصلحة عقار آخر، ويستمر هذا الحق بصورة دائمة ومستمرّة، ما دامت حالة التجاور بين العقارين قائمة، ولذلك نجد في الواقع العملي حقوق الارتفاق العقارية دائماً مثار منازعات قضائية كثيرة ترتبط بنشوتها أو نطاقها أو إنقضائها بشكل أساسي، كون نطاق هذه الأعباء المكانية والزمانية يمكن أن يتحدد بتغيير حالة العقارات المتجاورة أو تغيير الملاك أحياناً.

وهذا الحال مرتبط أساساً بالنظام القانوني لحق الملكية، والحرية التي يمنحها القانون للمالك في أن يتصرف في ملكه على النحو الذي يحقق فيه مصلحته، كون النظام القانوني لحق الملكية يعد نظام خاضع لمفهوم موحد للملكية، يتجسد بحالة الملك التام الثابت للمالك بدون تفرقة بين صنوف الأشياء سواء المنقولة منها أو العقارية، ولذلك نجد إهتمام المشرعين ومنهم المشرع العراقي قد انصب على تنظيم الحقوق المرتبطة بالملكية العقارية بشكل خاص، كون العقار يوصف بالثبات ويعطي لصاحبه السلطات التامة الممنوحة قانوناً من قبيل الإستعمال والإستغلال والتصرف، وبالتالي يجب ان تخضع هذه السلطات للتنظيم والرقابة من جانب الدولة، لأغراض يبتغي المشرع تحقيقها وأهمها تحقيق المصلحة العامة. وقد تدارك المشرع العراقي نقص التنظيم القانوني لحقوق الارتفاق العقارية في القانون المدني النافذ، وذلك عند إصدار قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل، ونصّ على العديد من الأحكام التي جسدت الحكمة من إقرار حقوق الارتفاق، من قبيل الأحكام الخاصة بتسجيل حقوق الارتفاق، وكونها تابعة للعقار المرتفق، وإمكانية أن يجري التصرف بها، وأنتقالها إلى الورثة أو أصحاب حق الإنتقال، تبعاً لإنتقال حق الملكية أو حق التصرف.

والتركيز على حالة دوام الارتفاق، بأن يبقى الارتفاق قائماً ما دام العقار الخادم أو المخدوم قائمين، وكان إستعماله ضروري للعقار المخدوم. ولكنّ صفة الدوام المقررة لحقوق الارتفاق، فإنها لا تعني أنّ من طبيعة حق الارتفاق أن يوجد إلى الأبد، فهو وإن كان يوصف بأنه حق عيني عقاري متفرّع عن حق الملكية، إلا أنه ليس من مستلزماته، حيث يمكن أن

يحدد السند المنشئ له أجلاً لإنتهائه، أو ينقضي حق الإرتفاق بواحدة من طرق انقضائه المقررة قانوناً، فخصيصة الدوام فيه ليست مؤبّدة، وهي تنتهي في أحوال كثيرة، فمن الممكن أن ينقضي بحسب ما نص عليه المشرّع من حالات ينقضي فيها هذا الحق، كأنقضاء الأجل المحدد في العقد المنشئ له، أو ينقضي بهلاك العقار، كما وينقضي بعدم الإستعمال أو إستحالة الإستعمال أو زوال الفائدة من حق الإرتفاق أو النزول عن الحق في الإرتفاق، أو بإتّحاد الذمّة، ولكن لو أنّ هذين العقارين جرى تملكهما من قبل ملاك مختلفين فهنا نكون أمام تساؤلات مهمّة، فهنا كون أمام وضع جديد يستدعي عودة حق الإرتفاق مرة أخرى.

ولذلك تبرز إشكالية الدراسة بشكل عام في إيجاد الأساس القانوني للعودة، من خلال الوقوف على التوصيف القانوني الصحيح لها، وذلك لكي نتمكن من تطبيق النصوص القانونية الملائمة لوضع العودة الجديد دون تعقيد أو إرتباك. ومن هذه الإشكالية تنبثق مجموعة من التساؤلات تحاول الدراسة الإجابة عليها، أهمّها:

هل يمكن أن يعود حق الإرتفاق العقاري إلى الظهور مرّة أخرى بعد إنقضائه؟

وما هو التوصيف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية؟

وما هي الإشتراطات القانونية الواجب تحقيقها لصحة العودة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، وغيرها في ثنايا هذه الدراسة، فقد إعتمدنا على المنهج التحليلي في البحث العلمي، للإفادة منه في التعمّق في النصوص القانونية المقررة في التشريعات النافذة، على النحو الذي يمكننا من إستخلاص الأحكام القانونية التي تنظم موضوع العودة من جوانبه كافة، مع الاستعانة بالمنهج الوصفي الذي يمثل اللجوء إليه أمراً ضرورياً للوقوف على موقف فقهاء القانون وبيان موقف القضاء تجاه العديد من الموضوعات محل الدراسة، وذلك في إطار متكامل يعتمد على أسلوب المقارنة بين المواقف التشريعية والفقهية في العراق ومصر وفرنسا، بهدف الوصول إلى أفضل الحلول للإشكاليات واقتراح المعالجات الناجعة للإشكاليات التي تخص موضوع الدراسة.

وقد إعتمدت الدراسة على خطة بحث علمية، إنقسمت في هيكلها العام إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول التكييف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية، أمّا فسنتناول المبحث الثاني فنخصّصه لبيان الإشتراطات القانونية لعودة حق الإرتفاق العقارية، وقد اختتمنا الدراسة

بخاتمة، تضمّنت أبرز النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال الدراسة، والتي نرى في التركيز عليها وتبنيها فائدة علمية وعملية.

**الباحثان**

**المبحث الأول**

**التكييف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية**

إنّ الوقوف على التكييف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية، بشكل مفصّل يقتضي منّا بيان المقصود من عودة حق الإرتفاق العقاري ابتداءً، وذلك كتمهيد للولوج في التوصيف القانوني المنضبط لعودة حق الإرتفاق العقاري، بعد أن إنقضى لسبب من أسباب الإنقضاء القانونية أو الإتفاقية.

وعلى ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما المقصود بعودة حق الإرتفاق العقاري، أمّا المطلب الثاني فنخصّصه للتكييف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية، وعلى النحو الآتي:

**المطلب الأول**

**المقصود بعودة حق الإرتفاق العقاري**

إنّ إنقضاء حق الإرتفاق العقاري لا يعني إنتهاؤه وزواله نهائياً، إذ أنّ هذا الزوال ليس أدياً إلا إذا انقضى الإرتفاق بعدم الإستعمال، وهذا على العكس من حق الملكية، لأنّ حق الملكية لا يسقط بالتقادم مهما طالّت المدّة،<sup>(1)</sup> فإذا زال حق الإرتفاق بعدم الإستعمال، لا يمكن عودته مرّة أخرى، كما وينتهي حق الإرتفاق بحكم قضائي بات، ويعود بحكم قضائي أيضاً.<sup>(2)</sup> ويمكن أن يعود حق الإرتفاق إلى العقار المرتفق إذا عادت الأوضاع إلى طبيعتها، بحيث يمكن معها عودة حق الإرتفاق القديم، ولكن ليس من الضروري أن يعود حق الإرتفاق

(1) محمد عزمي البكري: القانون المدني الجديد، الحقوق المنفرعة عن حق الملكية - الحقوق العينية التبعية والتأمينات العينية، المجلد الرابع عشر، دار محمود للنشر، ص 261.

(2) د. محمد لبيب شنب: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط3، مكتبة الخدمات والإطلاع، 1996، ص 434.

إلى وضعه السابق الذي كان عليه الحال قبل إنقضائه، بل يكفي أن ترجع إلى وضع يمكن معه عودة استعمال حق الإرتفاق، ويلزم في هذا الوضع ألا يكون الإستعمال الجديد للإرتفاق العائد أكثر مشقة<sup>(3)</sup>.

عودة حق الإرتفاق وضع مادي يفرضه الواقع ويقره القانون، ويجري الكشف عنه وبيان نطاقه ومداه من قبل القضاء، حيث يعود فيه الإرتفاق إلى ما كان عليه الحال قبل إنقضائه أو بشكل مختلف.

فعودة الإرتفاق تكون أمراً طبيعياً، تستدعيه ظروف العقار المجاور بعد أن انقضى الإرتفاق السابق، وأصبح من غير الممكن إستعمال حق الإرتفاق على نفس الوضع السابق الذي كان مقرر سابقاً قبل الإنقضاء، وهذا يحدث نتيجة تغيّر يحدث في العقار (المرتفق) أو العقار (المرتفق به) كهلاك يصيب أحدهما مثلاً، ثم تستدعي الحاجة إلى ظهوره من جديد، فمن الممكن إعادته بعد أن زال بأحد أسباب الإنهاء، بإعادة الأشياء إلى وضع يمكن معه عودة إستعمال حق الإرتفاق، ولكن بشرط أن يعود الإرتفاق بحسب وضعه الأصلي تماماً، ما دام في وضع يمكن معه العودة إلى إستعمال حق الإرتفاق.

وتتقرر العودة لحق الإرتفاق، أما بإرادة الأطراف حيث تنشأ بإتفاقهم، وذلك بعودة هذا الإرتفاق على عقار معين لمصلحة عقار آخر<sup>(4)</sup>، أو يعود بمقتضى حكم قضائي بات، حيث لا بدّ أن تكون العودة بكل الأحوال قضائية، فحتى الإتفاق بين الأطراف على إعادة حق الارتفاق، لن تكون الحجية الكاملة تجاه الغير، ما لم يتم إقرار هذه العودة من قبل المحكمة، واستوفت العودة الشكلية المقررة قانوناً.

لذلك يمكن تحديد المقصود بعودة حق الإرتفاق على وفق ما جرى عليه القضاء، عند رفع النزاع إليه والبت فيه، إنّ عودة حق الإرتفاق تستلزم إعادة حق الإرتفاق الذي انقضى سابقاً، لتوفّر سبب يستدعي العودة، ويتم بموجب حكم قضائي بات، فصلاحيّة العودة مقررة

(3) عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط، أسباب كسب الملكية، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت 2000، ص1887.

(4) د. إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، ط2، مكتبة عبدالله وهبة، 1958، ص83.

للمحكمة، حيث يرى القضاء ضرورة عودة الإرتفاق عن طريق إقامة دعوى من قبل صاحب العقار المرتفق، يطلب فيها إصدار الحكم من القضاء بعودته بنفس الأعباء السابقة أو بأعباء جديدة، وذلك بتعديل الإرتفاق القديم، وتحديد التزامات كل من الطرفين بموجب الإرتفاق الجديد<sup>(5)</sup>.

ولكل ما تقدم يمكننا تعريف عودة حق الإرتفاق بأنها " وضع واقعي يستعيد فيه صاحب العقار المرتفق حقه في الإرتفاق العقاري الذي انقضى بوحدة من الأسباب التي ينقضي بها هذا الحق على أن تستند العودة لحق الإرتفاق على سبب يقره القانون، ويتم تقييد الإرتفاق من قبل المحكمة بحسب الوضع الجديد".

وبناءً على ذلك، إذا تهدم العقار المرتفق بإرتفاق المرور، وأعيد بناؤه فإن إرتفاق المرور يعود إلى العقار الجديد، فيمكن إستعمال الإرتفاق الجديد لفائدة العقار الذي تغير حاله<sup>(6)</sup>. وهنا ينبغي ملاحظة أنّ عودة حق الإرتفاق يجب أن تقدر بقدرها، وأن تكون العودة مقيدة بمضمون الإرتفاق الأصلي السابق، وهذا أمر بديهي فإذا كان حق الإرتفاق الأصلي بالعقار القديم (للطابق الأرضي)، فلا يجوز تقريره لكل الطوابق التي تلو الطابق الأرضي بعد عودة حق الإرتفاق<sup>(7)</sup>.

والحكمة من إقرار نظام عودة حقوق الإرتفاق، تتمثل بالمساعدة على إستغلال الملكية إقتصادياً على النحو الذي يحقق المقصود منها، فحق الإرتفاق هو إحدى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، وهي تساعد على حسن إستغلال هذه الملكية العقارية، سواء في المدن أو الأراضي الزراعية في القرى والأرياف، وسواء للخدمة الخاصة أو العامة.

(5) قارن مع محمد عزمي البكري: مرجع سابق، القانون المدني الجديد، ص 262.

(6) د. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د س ن ، ص 1003.

(7) ينظر تعليق محمد عزمي البكري: مرجع سابق، على الطعن المنظور من قبل محكمة النقض المصرية: رقم 111، 26 / ق، 1961/12/14، ص 261.

وقد أقرّ المشرعون عودة هذه الحقوق، بغية فتح الباب للتعاون بين ملاك العقارات بعضها البعض للنهوض الإقتصادي بالمجتمع، ويتبين من ذلك إن عودة حقوق الإرتفاق لها جدوى إقتصادية، بإعتبار أن القانون هو المصدر الذي يقر كل الحقوق ومنها آليات عودة هذا الحق، واعترف به صراحةً، مراعيّاً في ذلك المصلحة العامة التي تنسجم مع وظيفة الملكية من جهة، وتحقق المصلحة في إستغلال جميع الملكيات العقارية حتى تقوم بوظيفتها على أكمل وجه، وللقيام بدور فعال لتنمية الإقتصاد وتحسينه بالمجتمع.

ولذلك يعتبر النص القانوني الذي أورده المشرع كأساس لعودة حقوق الإرتفاق، الأصل في مشروعية هذه العودة، فلولاً إعادة حق الإرتفاق بعد أن أنقضى، لما تمكّننا من إعادته حينما تستدعي الحاجة عودته، ولولا ذلك لتعطلت الملكيات العقارية عن أداء وظيفتها والقيام بدورها الفعال في تعزيز وتحسين الأوضاع الإقتصادية للأفراد والمجتمع على حدّ سواء<sup>(8)</sup>، وبذلك إن التكاليف العينية المقررة على الأراضي لخدمة بعضها البعض على شكل حقوق إرتفاق لها أنواع عديدة، منها ما يكون خاصاً بتقرير حالات خاصة على الجيران كإرتفاق المرور، أو يتعهد صاحب العقار المرتفق به من أن يقوم بعمل أو يمتنع عنه، كأن يتعهد أن لا يرتفع بالبناء بتشيدده مباني بإرتفاعات شاهقة أو عدم زراعة أشجار يصل طولها إلى حد معين لعدم حجب الرؤية<sup>(9)</sup>، لغرض دخول أشعة الشمس فوق المجال الجوي لعقاره في نظام إرتفاق الطاقة الشمسية، أو لقرب المباني من المطارات، وهو ما يطلق عليه بالإرتفاق الخفي (الإرتفاقات السلبية)، فإذا كانت هذه الإرتفاقات محددة بأجل، وأنقضى هذا الأجل يمكن الإرتفاق على تجديده، وبالتالي يعود هذا الإرتفاق من جديد على وفق الأعباء السابقة، وبذلك إن حق الإرتفاق بالنسبة للعقار المرتفق به يعد نقصاً في سلطات هذا العقار، ويسهم ذلك في إنتقاص

(8) قارن مع د. احمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، د س ن، ص 249.

(9) د. عبدالمنعم البدرابي: حق الملكية، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1987، ص 14-15.



الصلاحيات التي يفوضها حق الملكية للمالك وتخفّض القيمة المالية له، لما يترتب عليه من زيادة بقيمة العقار المرتفق<sup>(10)</sup>.

## المطلب الثاني

### التكييف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية

لبيان التكييف القانوني لعودة حق الإرتفاق، كونه يمثل وضعاً جديداً يقرر به هذا الحق، بعودة آلية بالإتفاق بين ملاك العقارين كما إنها عودة آلية مقررة بنص القانون، وتستند بالأساس إلى حكم قضائي بات.

ولغرض الإحاطة بموضوع التكييف القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في فرع أول عودة حق الإرتفاق العقاري بوصفها تجديداً، أما الفرع الثاني نتناول فيه عودة حق الإرتفاق العقاري بوصفها وضعاً قانونياً خاصاً، وعلى النحو الآتي:-

## الفرع الأول

### عودة حق الإرتفاق بوصفها تجديداً

المشرّع المدني العراقي أشار إلى تجديد العقد بتسمية تجديد الإلتزام من دون تعريفه<sup>(11)</sup>، إلا ان المشرّع الفرنسي عرف تجديد العقد، وفق نص المادة (1256) من القانون المدني الفرنسي بأنه: "هو إتفاق موضوعه إستبدال إلتزام يسقطه إلتزام مختلف ينشئه"<sup>(12)</sup>.

ونستخلص من ذلك، إن تجديد الإرتفاق يتم بـ "تبدال الإرتفاق الذي انقضى ليحل محله الإرتفاق الجديد، وعليه يكون الإرتفاق الجديد هو السبب في إنقضاء الإرتفاق القديم، أو يكون

(10) د. سمير حامد الجمال: حقوق إرتفاق الطاقة الشمسية دراسة مقارنة، بحث مقدم للمؤتمر الحادي والعشرين، الطاقة بين القانون والإقتصاد، 2013/10/21، ص11.

(11) ينظر المادة (401) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951. وتقابلها المادة (352) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

(12) بيار كاتالا: المشروع التمهيدي لتعديل قانون الإلتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2009، ص194.

قد انقضى بسبب آخر، وتجديد هذا الإرتفاق يتم به عودة حق الإرتفاق الذي انقضى ناتج عن تجديد يطرأ على العقد الأصلي، مما يؤدي إلى تجديد الحقوق والإلتزامات، وعلى ذلك إن التجديد يأتي بصفة إتفاق، أي أن يتفق كل من طرفي العقد (صاحب العقار المرتفق به والعقار المرتفق) على إنهاء الإرتفاق الأول والعمل به كما في الإرتفاق المؤقت بأجل، لينشأ إلتزاماً جديداً يحل محل الإلتزام القديم الذي تم إنهاؤه، والذي يمكن أن يختلف عن الإرتفاق القديم، سواء من حيث المدة أو المكان من دون تغيير أشخاص الإرتفاق القديم، وبذلك فإنّ التجديد هو الوصف القانوني الصحيح لعودة حق الإرتفاق الذي نشأ ابتداءً في العقد السابق، فهو يصلح لإعادة الإرتفاق بنفس الوضع السابق الذي كان عليه حين انشائه أو حين إنقضائه، أو يكون محدداً بوضع مختلف<sup>(13)</sup>.

يرى بعض الفقه، أنّ العودة الإتفاقية لحق الإرتفاق المنقضي، ما هي إلا تجديد إتفاقي للإرتفاق، فحق الإرتفاق ما دام يمكن أن ينشأ بالعقد، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (1272) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على أن "يكسب حق الإرتفاق بالعقد والميراث وبالوصية"<sup>(14)</sup>، وأنّ العقد يمكن تجديده، فإنّ العودة الإتفاقية تكون تجديداً للعقد المنشئ للإرتفاق ابتداءً.

أمّا موقف القانون المدني المصري، من إنشاء حق الإرتفاق حيث يعتبر العقد أحد مصادر حق الإرتفاق، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (1016) منه على أن: "يكسب حق الإرتفاق بعمل قانوني أو بالميراث". ولذلك فإنّه لكي يكون هناك تجديد للإلتزام القديم لأبد من وجود شروط أساسية لهذا التجديد، ويذهب فقهاء القانون المدني إلى أن تجديد العقد يتم بإتفاق المتعاقدين، وهو عملية قانونية ذو صلة بالإلتزام الذي سقط فالعلاقة العقدية السابقة تزول بظهور العلاقة الجديدة، حيث ينشئ إرتفاق جديد بأبعاد ونطاق مختلف عن الإرتفاق

(13) قارن مع إلياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، ج3، دون دار نشر، 2003، ص26.

(14) د. حسن علي الذنون: الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للنشر والطبع المحدودة، بغداد، 1954، ص374.

القديم، وظهور هذا الإلتزام الجديد هو نتيجة لتجديد العلاقة التعاقدية السابقة، مع الإشارة إلى أنّ هذا التوصيف ينسجم مع توجه المشرع العراقي، والذي أجاز إنشاء حق الإرتفاق بالعقد، أمّا موقف المشرع المصري فلا يمكن القول بذلك الموقف بذات الوضوح، كونه لم يشر إلى كون العقد مصدر من مصادر الإرتفاق صراحة، وإن كان العقد صورة من صور الأعمال القانونية التي أقرها المشرع كمصدر للإرتفاق، والتي يمكن أن تشمل العقد بصورة غير مباشرة، وإن كان في هذا النظر تكليف برأينا، وهذه ميزة تحسب للمشرع العراقي، كونه كان أكثر وضوحاً من المشرع المصري في هذا الصدد.

وعلى ذلك، فإنّه ولتجديد العقد الذي يعود فيه حق الإرتفاق شروطاً أساسية، يجب أن تتوافر لقيام الإلتزام الجديد وهي كالاتي:-

1- أن يكون العقد الجديد خالياً من أسباب البطلان، بأن يكون التجديد غير مخالف للقانون أو للآداب العامة والنظام العام.

2- ويجب توافر النية لدى أطراف تجديد العقد وأن تتجه إرادتهما إليه، حيث تعتبر وجود النية على عودة حق الإرتفاق من أهم شروط إنعقاده، ولا يعتبر هناك تجديداً للعقد الذي يعود فيه حق الإرتفاق إذا تغيّر فيه أطراف الإرتفاق القديم.

3- يجب في تجديد حق الإرتفاق أن تحقق شروطه من حيث توافر الأركان الأساسية للعقد بوجود الأطراف حقيقةً.

4- أن يرد التجديد على ذات المحل المتمثل بالعقارات التي جرى إنشاء حق الإرتفاق فيها<sup>(15)</sup>.

ولم تبيّن نصوص القانون الخاصة بحق الإرتفاق، الأهلية اللازمة التي يجب توافرها في مالك العقار المرتفق به، ولا في مالك العقار المرتفق، وهذا السكوت يعني أنّه لا بد من الرجوع للقواعد العامة في التجديد، حيث تقضي هذه القواعد إلى وجوب أن يكون المتعاقد (منشئ حق

(15) قارن مع وليد بسيم عبود العنكر: تجديد العقد، رسالة ماجستير مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، الجامعة الإسلامية في لبنان كلية الحقوق، 2014، ص 11.

الإرتفاق) كامل الأهلية ومالكاً للعقار المرتفق، وأن يكون له الحق في التصرف فيه، وما دام الإرتفاق حقاً عينياً عقارياً، فإنه يعتبر جزءاً من حق الملكية.

وعليه إذا باع صاحب العقار المرتفق به عقاره إلى شخص آخر ولم تنتقل إليه الملكية بعد لعدم إستيفاء الشكلية المطلوبة، فلا يحق للمشتري أن يقوم بتجديد حق الإرتفاق، وإذا تملك العقار المرتفق به عدة شركاء بعد زوال الإرتفاق القديم، فإن الشريك الذي أنشأ حق الإرتفاق القديم لا يحق له تجديده، أو التصرف في العقار تصرفاً يضر بالشركاء الآخرين كونه مالك لحصته ملكاً تاماً فقط، ولكنه أجنبي بالنسبة لحصص الآخرين أو حقوقهم.

ولمّا كان الإرتفاق تكليفاً على العقار، فإن نشوئه يعتبر مضرّاً بالنسبة لبقية الشركاء، ولهذا لا يجوز للشريك أن يتفق على تجديد حق الإرتفاق العقاري مع صاحب العقار المرتفق، إلا برضاء الشركاء جميعهم، ومع هذا فقد يتفق الشريك على عودة حق الإرتفاق على جزء مفرز من العقار وبهذه الحالة يتوقف مصير عودة حق الإرتفاق على نتيجة القسمة<sup>(16)</sup>، فإذا ظهر أن الجزء الذي أثقل بحق الإرتفاق يقع في حصة هذا الشريك، فقد ثبت حق الإرتفاق، وإلا كان العقد الذي عاد بموجبه الإرتفاق باطلاً<sup>(17)</sup>.

أمّا بالنسبة لمالك العقار المرتفق، فإنه يلاحظ إن حق الإرتفاق يتقرر لخدمة العقار المرتفق ولفائدته، ولهذا فإن الشرط الوحيد الذي يجب توفره بصاحب العقار المرتفق، هو أن يكون مالكاً للعقار المرتفق، وعليه إذا كان هذا الشخص كامل الأهلية، وانقضى حق الإرتفاق وأصابه عارض من عوارض الأهلية، ودعت الحاجة إلى تجديد حق الإرتفاق، فليس من الضروري أن تتوافر فيه أهلية التصرف، وإنما يكفي أن تتوافر فيه أهلية قبول التبرعات والتعاقد حسب الأحوال، بأن يكون مميزاً أو مأدوناً من وليه أو المحكمة، وليس من الضروري أن يقبل

(16) قارن مع محمد عزمي البكري: القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص242.

(17) قارن مع د. جبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، الجزائر، 2011، ص384.

صاحب العقار المرتفق ذاته، عودة حق الإرتفاق، بل يجوز أن يقع القبول من قبل الوكيل أو الفضولي أو متعهد عن الغير، وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذه الأحوال<sup>(18)</sup>.

## الفرع الثاني

### عودة حق الإرتفاق وضع قانوني خاص

إن التمعن في موقف التشريع المدني سواء في العراق أو في مصر، يلاحظ أن المشرع في كلا القانونين اضفى صيغة تنظيمية غالبية على نظام عودة حقوق الإرتفاق العقارية، ولكن مما يؤخذ على موقف التشريعين أنهما لم يتبنيا شكلاً متكاملاً لآلية العودة، بالرغم من أن حق الإرتفاق العقاري هو من التصرفات الواردة على العقار، ويجب تسجيله في العراق على وفق قانون التسجيل العقاري النافذ<sup>(19)</sup>، كما نص القانون المذكور على تسجيل إنقضاء حق الإرتفاق<sup>(20)</sup>.

أما موقف المشرع المصري، فإنه يتمثل بالنص في قانون الشهر العقاري المصري الذي نص بشكل خاص على ضرورة شهر حق الإرتفاق بطريق التسجيل، لأنه يتضمن إنشاء حق عيني عقاري<sup>(21)</sup>، كما نص على شهر إنقضاء حق الإرتفاق بطريق التسجيل، وذلك بشطب القيد المحرر لحق الإرتفاق<sup>(22)</sup>.

وعلى ذلك فإن عودة حق الإرتفاق تنقرر بنص القانون، حيث تستند بالأساس إلى نص القانون الذي يكشف عنه الحكم القضائي، فإن إنقضاء حق الإرتفاق واستدعاء الحاجة إلى إعادته للوجود، فإن الأساس القانوني لهذه العودة نص عليها المشرع، حيث بين الحالات التي يجوز فيها عودة حق الإرتفاق بنص القانون، والحكم الذي يصدره القاضي بعودة حق الإرتفاق

(18) قارن مع بشير القاضي: حق الإرتفاق، دون ناشر وسنة نشر، ص 377.

(19) ينظر المادة (2/3) والمادة (239) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

(20) ينظر المادة (243) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

(21) ينظر المادة (9) من قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946.

(22) وجدي شفيق: موسوعة شرح قوانين الشهر العقاري والسجل العيني، المجلد الأول، دار شادي للموسوعات

القانونية، القاهرة، د س ن ، ص 148.

لازم لإقرار حالة عودة حق الإرتفاق، ويترتب على ذلك إذا انقضى حق الإرتفاق بسبب إنحباس العقار الذي تقرر عليه حق الإرتفاق، وأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام، فإن عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى متصلاً بالطريق العام، ولم يسمح صاحب العقار المرتفق به عودة استعمال حق الإرتفاق، بهذه الحالة يستطيع صاحب العقار المرتفق من رفع الدعوى للقضاء والمطالبة بإعادة حق الإرتفاق، وتترك مسألة الحاجة إلى عودة حق الإرتفاق من عدمها إلى تقدير قاضي الموضوع، يقدّر بموجبها إمكانية الرجوع من عدمها.

وبالرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني، فإننا لو افترضنا أنّ عودة حق الإرتفاق العقاري حقاً، وذلك على وفق الأساس القانوني أو الإتفاقي الذي تستند عليه، فإنّ الوقوف على التوصيف القانوني الصحيح لها يقتضي البحث في نظرية الحق المقررة في النظرية العامة للإلتزام، وتلمّس مدى ملاءمتها لهذا الوضع بوصفه حقاً من عدمه، وهذا الافتراض يقودنا إلى تساؤل مهم مفاده، إذا كنّا نعتبر عودة حق الإرتفاق العقاري حقاً، فهل يكون هذا الحق حقاً عينياً أو حق شخصي؟

وللإجابة على هذا التساؤل على وفق أحكام النظرية العامة في الإلتزام نقول، وبشيء

من التفصيل، فنقول:

لما كان الحق عموماً يُعرّف بأنه " مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون" (23)، فهو يمثّل بالتالي إمّا برابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص أن يقتضي أداءً من شخص آخر، فالحق الشخصي يقضي بوجود رابطة قانونية، لكن هذه الرابطة تتفاوت فيها مراكز الأفراد الدائنين والمدينين، وأمّا السلطة التي يخولها الحق العيني، فتجعل صاحب الحق يتمتع بمركز أقوى، لما تخوله من سلطة على وجه الإنفراد على شيء معين (24).

(23) د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1،

دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1954، ص9.

(24) ينظر د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1960، ص 440.

فلحق أنواع كثيرة، إلا أن الذي يهمننا هنا، هو ما يتعلق بالحقوق التي لها قيمة مالية، والتي تشمل الحق الشخصي والحق العيني<sup>(25)</sup>، وينصرف الأخير إلى شيء معين ويتمتع صاحبه بسلطة مباشرة عليه، تخوله أن يستأثر بقيمة مالية لهذا الشيء دون الحاجة إلى إذن من صاحبه في استعماله لهذا الشيء<sup>(26)</sup>، ومالك العقار المرتفق بموجب القانون يكون له سلطة مباشرة على حقه في الارتفاق المقرر على العقار المجاور له، كون القانون هو من أعطى له الحق في الارتفاق وله أن يستعمله بكافة أوجه الاستعمال من دون الحاجة إلى إذن من مالك العقار المجاور ما دام حقه في الارتفاق مستوفياً لشروطه القانونية، شريطة عدم إلحاق الضرر بالعقار المرتفق به.

وعليه فإن لصاحب العقار المرتفق الحق في حال إنقضاء حق الارتفاق، وظهور الحاجة إلى عودته من جديد أن يطالب بعودته طبقاً لنص القانون، لأن جوهر الحق هو الاستثناء الذي يعطيه القانون، وعن طريق القانون تظهر الرابطة الوثيقة التي تربط الحق بالقانون<sup>(27)</sup>. أما الحق الشخصي: فهو رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل<sup>(28)</sup>، فلو فرضنا جديلاً أن صاحب العقار المرتفق به (الخادم) يمثل شخص الدائن، فإن الأخير يستطيع أن يطلب من صاحب العقار المرتفق (المدين)، أن لا يستخدم الارتفاق إلا من الموضع المخصص له لعدم التسبب بضرر للعقار المرتفق به، وهذا يمثل جانب الإمتناع عن عمل، أو أن يطالبه بأداء الأجر المتفق عليه في سند إنشاء الارتفاق مقابل الإنتفاع من الارتفاق، كونه ينقص من فائدة العقار المرتفق به ويزيد من منفعة العقار المرتفق، وهذا يمثل

(25) المادة (67) من القانون المدني العراقي: ولا مقابل لها في القانون المدني المصري.

(26) احمد فائز عبد: فسخ العقد من غير إخلال، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة الفلوجة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2021، ص 42.

(27) د. محمد حسين منصور و د. نبيل إبراهيم سعد: مبادئ القانون ( المدخل إلى القانون، نظرية الإلتزامات) دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995، ص 122.

(28) المادة (69) من القانون المدني العراقي: ولا مقابل لها في القانون المدني المصري.

جانب القيام بعمل، وكلاً له حقوق وعليه واجبات، والفرضية هنا جاءت كون الإرتفاق، لا يتقرر إلا على عقار ولفائدة عقار آخر<sup>(29)</sup>.

فلو انقضى حق الإرتفاق بوحدة من الأسباب التي ينقض بها هذا الحق، واستدعت الحاجة إلى إعادته من جديد، فبموجب الرابطة الشخصية بين الجانبين ( صاحب العقار المرتفق به والعقار المرتفق ) يستطيع مالك العقار المرتفق أن يطالب بإعادته، بإعتبار أن هذا حقّ له مقرر سلفاً بنص القانون<sup>(30)</sup>.

وعلى ذلك، لا يكون إقتضاء مالك العقار المرتفق به للأداء بصورة مباشرة، وإنما عن طريق مالك العقار المرتفق، والحق الشخصي له تسميات كثيرة تميزه بحسب الأشخاص الذين تربطهم العلاقة، فيسمى إلترام طبقاً لمركز المدين بَعْدَهُ ملتزماً تجاه دائئه بأداء معين، أما من جهة الدائن فيسمى حقاً ويعرف أيضاً بحق الدائنية<sup>(31)</sup>.

وخلاصة ما سبق، يمكن القول بأن عودة حق الإرتفاق ليست حقاً عينياً خالصاً ولا شخصياً خالصاً، كون الحقوق العينية محددة بنص القانون، والقانون نص على أن حق الإرتفاق هو حق عيني، ولم يعد المشرع العودة بذاتها حقاً عينياً، وبالتالي لا يمكن إضافة حق عودة إلى حقوق الإرتفاق، أما إذا اعتبرنا أن عودة حق الإرتفاق صورة من صور الحق الشخصي، فإن الحق الشخصي عادة ما يتقرر نشوئه بموجب مصدر من المصادر التي نص عليها القانون المدني كمصادر للإلتزام أو للحق الشخصي، وهي ( العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون ) ولا يوجد حكم قضائي من ضمن هذه المصادر، وعودة حق الإرتفاق تحتاج إلى حكم قضائي، ومعنى ذلك إن عودة حق الإرتفاق خارج إطار الحقوق الشخصية، لأنها لا تنشأ من مصدر مصادر الإلتزام من جهة، ولا تنشأ على وفق

(29) د. قصي سلمان: الحقوق العينية الأصلية والحقوق المنقرعة عنها، ج1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، 2011، ص158.

(30) قارن مع د. محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون ( نظرية الحق )، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2006، ص 104 وما بعدها.

(31) قريب من هذا المعنى م. ب. ب. ب. : المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 47.



الآلية التي تنشأ بها الحقوق الشخصية، إذا هي ليست حق شخصي بالمعنى الذي يعتمده القانون.

## المبحث الثاني

### الإشترطات القانونية لعودة حق الإرتفاق العقارية

عودة حق الإرتفاق العقاري، على إختلاف التوصيف القانوني الذي تخضع له، لن يتم الاعتراف بها ما لم تتحقق فيها الشروط القانونية العامة في الإرتفاق عموماً، والتي تثبت المركز القانوني لأطراف العلاقة الذين تمسهما آثارها بصورة مباشرة، بحيث لا تتم العودة ما لم تتحقق الشروط العامة المطلوبة في نشوء حقوق الإرتفاق الأصلي من جهة، وتتحقق الشروط المطلوبة في حالة العودة ذاتها من جهة أخرى.

وعليه فإنه يجب لعودة حق الإرتفاق أن تتوافر الشروط الموضوعية لعودة حق الإرتفاق العقاري، من جهة، والشروط الإجرائية أو الشكلية لعودة حق الإرتفاق العقاري من جهة أخرى، وهو ما سنتناوله في مطلبين كالاتي:

## المطلب الأول

### الشروط الموضوعية لعودة حق الإرتفاق

بحسب التوصيف القانوني الذي تخضع له حقوق الإرتفاق بوصفها حقوقاً منفرعة عن حق الملكية، فلا بدّ من أن تتوفّر في الإرتفاق الذي يعود بموجبها شروط نشوء حق الإرتفاق الأصلي، والشروط الأخرى التي نص عليها المشرّع الخاصة بالعودة ذاتها، لكي يتم إقرارها على الوجه الصحيح، فالعودة لا تقوم إلا بتوافر عدّة شروط لا غنى عنها، لإرتباطها بوجود هذا الحق وعودته، وذلك لأنّ حق الإرتفاق العائد لن يخرج عن كونه عبء يتحمّله العقار المرتفق به (الخادم)، لمصلحة العقار المرتفق (المخدوم)<sup>(32)</sup>.

(32) قارن مع د. عبدالمنعم فرج الصدة: : الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار

النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د س ن ، ص 936.

وعليه فإننا لا بدّ ان نقف على الشروط الموضوعية العامة لعودة حق الإرتفاق، في فرع أول، ومن ثم نبين الشروط الموضوعية الخاصة لعودة حق الإرتفاق في فرع ثانٍ... وكالاتي:

## الفرع الأول

### الشروط الموضوعية العامة لعودة حق الإرتفاق

إنّ الرجوع إلى التنظيم القانوني لعودة حقوق الإرتفاق العقارية، وفقاً لما جاء بالمادة (1271) من القانون المدني العراقي النافذ<sup>(33)</sup>، يتبيّن أن حقوق الإرتفاق لا تقوم إلّا بتوافر عدّة شروط، لا غنى عنها لإرتباطها بوجود الحق يبيّن لنا أن هذه الحقوق لا تخضع لتوصيف قانوني واحد، يمكن أن تضي على جميع صور العودة، وأحوالها، ولذلك فإننا نرجح خضوع العودة إلى توصيف قانوني خاص، يتسم بالمرونة لإستيعاب كل صورها الواقعية، بحسب الحالة التي تجري فيها العودة، فإذا كان نشوءها تمّ بموجب عقد أنقضى أو انتهت المدّة المحددة له، فإنّه يجري الإرتفاق على تجديد العودة، وسيطبق على هذه العودة ما ينطبق على تجديد العقود من أحكام.

وان كانت حقوق الإرتفاق قد تقررت وفق القانون، فالعودة تكون قانونية تماثل في وصفها الحق العيني القديم، من حيث التوصيف القانوني فهي تكوّن بحكم القانون حقاً عينياً تبعياً. ولما كانت حقوق الإرتفاق العقارية تعد عبئاً على العقار المرتفق به لفائدة العقار المرتفق، فإنّه يجب، أن يتقرر العبء بالإرتفاق العائد على عقار وفائدة عقار آخر، فالمنفعة تخص إستعمال وإستغلال العقار المرتفق، وتقرر لفائدته، ولا علاقة لها بشخص مالكة، لأنها تنتقل لكل مالك للعقار<sup>(34)</sup>.

<sup>(33)</sup> تقابلها المادة (1015) من القانون المدني المصري والمادة (637) من القانون المدني الفرنسي.

<sup>(34)</sup> د. نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2010،

فضلاً عن ضرورة وجود عقارين متجاورين أو أكثر، فالإرتفاق يضع قيوداً سلبية على صاحب العقار المرتفق به، في إستعماله لهذا العقار، ويفرض عليه إلزاماً سلبياً يتمثل في عدم قيامه بعمل معين<sup>(35)</sup>.

وهذا يفترض إختلاف الملاك بالنسبة للعقارات التي يقع عليها الارتفاق، لأن المالك لا يكون له إرتفاق على شيء مملوك له، ويجوز أن يكون لأحد الملاك على الشيوع حق إرتفاق على عقار شائع، لفائدة عقار آخر مملوك له على وجه الإستقلال، كما يجوز أن يحدث العكس، بأن يكون للعقار الشائع إرتفاق على عقار مملوك لأحد الشركاء ملكاً مستقلاً<sup>(36)</sup>.

كما لا بدّ أن توجد ضرورة لوجود حق إرتفاق عقاري، فيجب ألا تعتبر حقوق الارتفاق المقررة في القانون بين المتجاورين فيما يتعلق بالمطلات أو الغراس، لأن الغرض منها ليس تقييد حق مالك العقار، وإنما بكيفية الإنقاع بالأملك المجاورة، فليس القصد منها منح المالك القيام ببعض الأعمال على العقار المجاور، وإنما الغرض منها أن يبقى كل مالك في ملكه، ولا يتعدى على أرض جاره<sup>(37)</sup>.

وهذا يعني إن الارتفاق يمثل عبء على العقار المثقل بالارتفاق، يخرج به عن التنظيم المألوف، ويمثل خروجاً على حق الملكية، كما إن الارتفاق حق خاص ببعض الملكيات وليس عاماً فهو بذلك يختلف عن القيود القانونية التي فرضها القانون<sup>(38)</sup>.

## الفرع الثاني

### الشروط الموضوعية الخاصة لعودة حق الارتفاق العقاري

(35) د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، المرجع السابق، ص 1728.

(36) د. عبد المنعم فرج الصدة: مرجع سابق، ص393.

(37) د. حسنية حسين حسني: حقوق الارتفاق وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة حلوان، كلية الحقوق، القاهرة، 2016، ص94.

(38) د. عبد المنعم البدرابي: الحقوق العينية الأصلية، ط3، د ن، 1968، ص101.

عودة حق الإرتفاق مقيدة بشروط نص عليها القانون، والمعيار الذي تبناه المشرع في هذا الإطار، وهي:

- 1- أن العودة تقدر بقدرها.
- 2- أن لا تتعارض العودة مع نص القانون أو تتعارض مع النظام العام.
- 3- أن لا تؤدي إلى الإضرار بالعقار المرتفق به....<sup>(39)</sup>.

ومراعاة لهذه الشروط، لا يجوز الإرتفاق على عودة حق الإرتفاق بترتيب إرتفاق بالمرور عن طريق نفق لفائدة عقار كان منزلاً عادياً، ثمّ تبدل بعد ذلك وأصبح معدّ كنادٍ للقمار أو مخزن لبضائع مهربة، واستدعت الظروف إعادة حق الإرتفاق، فمثل هذا الإرتفاق باطل لمخالفته النظام العام والآداب.

وعلى ذلك فإنّه لكي يعود حق الإرتفاق المنقضي، يفترض أن تحقق بعض الشروط القانونية المطلوب توافرها لصدور الحكم القضائي بعودة حق الإرتفاق، هي أن يجري إنقضاء حق الإرتفاق القديم، وأن لا تكون عودة حق الإرتفاق أشدّ عبئاً من الإرتفاق القديم، وأن تكون العودة ممكنة، وأن تكون العودة بحكم قضائي، وأن لا تختلف عودة حق الإرتفاق عن شروط الإرتفاق الأصلي، وأن يتم تسجيل عودة حق الإرتفاق. وسن فصل البحث في تلك الشروط على النحو الآتي:

#### أولاً: إنقضاء حق الإرتفاق القديم:-

يشترط لعودة حق الإرتفاق أن يكون هناك إرتفاق قديم، كان قد انقضى بأحد أسباب الإنقضاء واستدعت الحاجة إلى إعادته من جديد، فإذا لم يوجد إرتفاق قديم انتهى لا يمكن تطبيق نظام العودة لأنّه لا يوجد حق إرتفاق أصلاً ليتم إعادته، ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ حق الإرتفاق لا ينتهي، وإن التعبير بإنهاء حق الإرتفاق وعودته، إذا ما عادت الأشياء إلى وضعها الطبيعي، ليس بالتعبير الدقيق، والرأي عندهم أن حق الإرتفاق لا ينتهي، بل يتم

<sup>(39)</sup> د. سعيد امجد الزهاوي: كسب حقوق الإرتفاق بالتصرفات وبتخصيص المالك وبالتقدم دراسة مقارنة، مطبعة الجامعة، بغداد، 1981، ص19.

وقف إستعماله إلى زوال هذه الإستحالة، فإذا ما زالت هذه الإستحالة عاد إستعماله من جديد، ولكن حق الإرتفاق نفسه يضل باقياً، فهو لم يزل حتى يعود<sup>(40)</sup>.

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي كون حق الإرتفاق، يمكن أن ينقضي كما يمكن أن يوقف إستعماله، والدليل أن حق الإرتفاق ينقضي بالتقدم المسقط، ولا يمكن إعادته مرة أخرى حتى لو عادت الأشياء إلى وضعها الأصلي، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها " ان إنتهاء حقوق الإرتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق، مؤداه إنتهاء حق الإرتفاق شرط أن يكون الهلاك تاماً، فإذا أعيد بناؤه فإن ذلك يؤدي إلى عودة حق الإرتفاق ما لم يكن قد انتهى بعدم الإستعمال "<sup>(41)</sup>.

**ثانياً: أن لا تكون عودة حق الإرتفاق أشدّ عبئاً من الإرتفاق القديم:-**

يشترط أن لا يزيد حق الإرتفاق العائد العيب الذي كان يتحمّله العقار المرتفق به قبل إنقضائه، كون حق الإرتفاق أساساً يفرض عبئاً على العقار المرتفق به، ويؤدي إلى الإنتقاص من منفعتيه ويزيد من منفعة العقار المرتفق، وعليه فإنّه يجب أن لا يتوسع في إستعمال حق الإرتفاق ويجعل إستعمال العقار المرتفق به محدداً<sup>(42)</sup>.

وفي هذا الصدد يفيدنا ما قضت محكمة به النقض المصرية في حكم مهم لها، في توضيح مضمون هذا الشرط بقولها، بأنّه " إذا إستحال إستعمال حق الإرتفاق إستحالة مطلقة، لتغيّر حدث في العقار المرتفق به، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو بفعل من مالك العقار المرتفق به أو فعل الغير، فإن أثر هذه الإستحالة إنتهاء حق الإرتفاق، فإذا عاد العقار المرتفق إلى وضعه السابق بحيث يمكن معه إستعمال حق الإرتفاق، عاد حق الإرتفاق من جديد،

(40) د. رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية احكامها ومصادرها، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة، 2007 ص 43.

(41) طعن محكمة النقض المصرية: رقم 11547، لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2013/12/18، منشور على الرابط الإلكتروني [https://www.cc.gov.eg/civil\\_judgments#top](https://www.cc.gov.eg/civil_judgments#top)، تاريخ الزيارة 2022/5/31، س 4:34 مساءً بتوقيت بغداد.

(42) د. خالد عبدالله الشعيب: قاعدة الضرر يزال، الكويت، 2008، ص 241.

بشرط ألا يكون الإستعمال أكثر مشقة<sup>(43)</sup>. والمقصود بالمشقة هنا، العبء الذي يتحمّله العقار المرتفق به، لصالح العقار المرتفق، فيجب أن تكون العودة موازية في العبء المقرر في الإرتفاق القديم أو تقل عنه.

#### رابعاً: أن تكون العودة ممكنة وغير مستحيلة:-

إنّ من أهم شروط التي أقرّها المشرّع للعودة، هو أنّه يشترط لعودة حق الإرتفاق أن تكون هذه العودة ممكنة ولو جزئياً، وهذا معناه أن لا تكون مستحيلة لوجود مانع من عودة حق الإرتفاق فهنا لا يمكن إعادته<sup>(44)</sup>، لكن إذا زال المانع يعود الممنوع وتصبح عودة حق الإرتفاق ممكنة، على سبيل المثال إذا احترق المنزل المقرر عليه حق الإرتفاق أصبح من المستحيل إستعمال حق الإرتفاق، ولكن إذا أعيد بناء المنزل من جديد أي إذا زال المانع الذي عاق إستعمال الإرتفاق فإن حق الإرتفاق يصبح ممكناً ويعود، ولكن لا يشترط أن يكون بذات الوضع السابق، وإنّما يمكن أن يكون مختلف عنه، وهذا الإختلاف لا يعني أنّه يزيد العبء في العودة على العبء القديم، وإنّما يكون العبء مختلفاً نحو الأقل، وليس أكثر مما كان في الإرتفاق الذي انقضى، إمّا إذا كان قد مضى عليه مدّة خمس عشرة سنة، ففي هذه الحالة يكون الإرتفاق قد مضى عليه مدّة طويلة، وينقضي بسبب عدم الإستعمال وفي هذه الحالة لا يمكن إعادته مرّة أخرى<sup>(45)</sup>.

وعليه فإنّ من يقرر كون عودة حق الإرتفاق ممكنة من عدمها، هو قاضي المحكمة الذي ينظر النزاع، إذ يجب أن تتحقق المحكمة من أن عودة حق الإرتفاق ممكنة، فإذا لم يكن بالإمكان عودة حق الإرتفاق فلا يمكن عودته، ومثال ذلك إذا كان هناك عقار مثقل بحق المرور وكان العقار المرتفق محبوس عن الطريق العام، بسبب إنقضاء الإرتفاق القديم، وبعد

(43) طعن محكمة النقض المصرية: رقم 3754، لسنة 62/ق، 1999/2/18، للمزيد ينظر: د. عبد الحكم فودة: موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المجلد الحادي عشر، ج 6، ابييت للإصدارات القانونية، عابدين، القاهرة، ص 421 .

(44) د. محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المعارف للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 566.

(45) ميشال كامل خوري و شاهين حاتم: حقوق الإرتفاق، ج 1، ط 1، بيروت، د س ن ، ص 28.

ذلك فُتِحَ طريق يمكن أن يصل منه صاحب العقار المرتفق إلى الطريق العام من دون الحاجة إلى حق الإرتفاق، ثم اغلق هذا الطريق لأسباب طارئة مثلاً، وعاد العقار المرتفق إلى حالته الأولى منحبساً، واستدعت الحاجة إلى عودة حق الإرتفاق فهنا يستطيع صاحب العقار المرتفق إقامة الدعوى أمام القضاء والمطالبة بعودة حق الإرتفاق بالمرور، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها " أن على المحكمة أن تتحقق من أن عقار المدعية محبوس عن الطريق العام ولا يمكن الوصول إلى الطريق العام، إلا عن طريق عقار المدعي عليه مما يقتضي على المحكمة الإستعانة بخبراء مختصين، للتحقق عما إذا كان عقار المدعي محبوساً عن الطريق العام من عدمها" (46).

وقد جاءت المادة (665) من القانون المدني الفرنسي تطبيقاً للمبدأ المذكور والمقابلة للمادتين (1283) من القانون المدني العراقي والمادة (1028) من القانون المدني المصري، إذ نصت على إنه "إذا اعيد بناء حائط مشترك أو منزل فإن حقوق الإرتفاق التي كانت مقررة لمصلحة العقار أو عليه تعود بالنسبة إلى الحائط الجديد أو المنزل الجديد، وإنما بشرط ألا تزيد في عبئه"، كما نصت المادة (704) من القانون المذكور على " يتم إحياء الإرتفاق إذا تم إستعادة الأشياء بحيث يمكن إستخدامها من جديد، ما لم يكن قد مضى الوقت الكافي لإفتراس إنقضاء الإرتفاق" (47).

نصّ القانون المدني العراقي على عودة حق الإرتفاق بعد إنقضائه، بموجب المادة (1283) منه التي جاء فيها: " ينقضي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في

---

(46) قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية الاتحادية: نوع الحكم / تمييز، رقم 373، بتاريخ 2009/4/14، منشور على الرابط الالكتروني <https://iraql.d.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>، تاريخ الزيارة 2022/7/16، الساعة 11:44 صباحاً بتوقيت بغداد.

(47) l'article (665) "Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent a l'égard du nouveau mur ou del nouvelle maison. Sans toutefois qu'elles puissent être aggravée et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise.

Code civil l'articl (704) "Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit.

حالة لا يمكن معها إستعمال هذا الحق، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال الحق " (48).

ومن جانب آخر، فإنّ مفهوم هذا النص، يفيد بأنّ حق الإزتفاق ينتهي إذا إستحال إستعماله، بسبب تغيير حدث في العقار المرتفق أو العقار المرتفق به،<sup>(49)</sup> ويحدث ذلك نتيجة ظروف مادية تجعل من إستعمال حق الإزتفاق مستحيلاً إستحالة مطلقة، سواء كان ذلك من قوة قاهرة أو حادث فجائي وسواء كان بفعل صاحب العقار المرتفق به أم المرتفق أو بفعل الغير، ولا يعتبر من قبيل الإستحالة حالة أن يصبح إستعمال حق الإزتفاق أكثر مشقة أو أقل نفعاً، ويعود الإزتفاق مرّة أخرى إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه عودة حق الإزتفاق من جديد<sup>(50)</sup>.

ويرى جانب من الفقه إن تعبير إنقضاء حق الإزتفاق وعودته بعودة الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال الحق الذي استخدمه المشرّع، ليس بالتعبير الدقيق من الناحية القانونية، والصحيح ان الإزتفاق لا ينتهي بإستحالة إستعماله، إنما هي عبارة عن عائق مادي تمنع من إستعمال حق الإزتفاق أو الإنتقاع به، فالحق ما زال قائماً وموجوداً، ولكن في حالة سبات ثم هو يستيقظ إذا زال المانع<sup>(51)</sup>. ويعود حق الإزتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال حق الإزتفاق من جديد، كما سبق القول، وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى الوضع الأصلي تماماً، بل يكفي أن ترجع إلى وضع يمكن معه عودة حق الإزتفاق.

وننق مع الرأي المتقدم في حال ما إذا كانت الإستحالة ليست حتمية، وتصبح إستحالة العودة حتمية، في حالة تعارض عودة حق الإزتفاق مع المصلحة العامة مثلاً، بمعنى بالإمكان عودة الأشياء كما في السابق بوضع يسمح معه عودة حق الإزتفاق، إلا إذا مضت عليه خمس

(48) تقابلها المادة (1028) من القانون المدني المصري .

(49) عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط، ج9، مرجع سابق ، ص 1400.

(50) حامد مصطفى: ، الملكية العقارية في العراق مقارنة مع القانون المدني المصري والعراقي، حق التصرف والحقوق المنقرعة عن الملكية، ج2، دون مكان نشر وسنة نشر ، ص 279.

(51) بشير القاضي: ، شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، 1954 ص 418.



عشرة سنة، أو ستة وثلاثين سنة بالنسبة إلى العقار الموقوف في القانون المدني العراقي وثلاث وثلاثين سنة بالنسبة للقانون المدني المصري، في هذه الحالة لا ينتهي حق الإرتفاق بسبب إستحالة الإستعمال، وإنما بالتقادم المسقط ( عدم الإستعمال )، فإذا عاد بناء البيت المتهدم يعود حق الإرتفاق على أن لا تكون العودة أكثر مشقة، وأن تتم إعادة البناء قبل إكمال مدة التقادم.

وبناءً على ذلك، فإن الإستحالة التي لا تمضي عليها المدة المذكورة، تعتبر إستحالة مؤقتة لا توقف مدة التقادم ولا تمنع من السير فيها، وتبدأ هذه المدة من بداية إستحالة إستعمال حق الإرتفاق ما لم يكن التقادم قد انقطع أو توقّف لأي سبب من الأسباب طبقاً للقواعد العامة، وهو ينقطع على وجه الخصوص بإقرار صادر من صاحب العقار المرتفق به، أو بدعوى تثبت الحق (دعوى الإقرار بوجود حق الإرتفاق)<sup>(52)</sup>.

وهناك رأي في الفقه يذهب إلى القول بأن إستحالة الإستعمال تكون سبباً من أسباب وقف التقادم، ومن ثم يجب ألا يستعمل الإرتفاق، دون أن تحسب المدة التي إستحال فيها إستعمال الإرتفاق، حتى يسقط الإرتفاق بعدم الإستعمال، بحيث لا تحسب المدة التي تعذر فيها إستعمال حق الإرتفاق<sup>(53)</sup>. والرأي الراجح من وجهة نظرنا، هو عكس ذلك فتحسب المدة التي إستحال فيها إستعمال الإرتفاق في سقوط هذا الحق بعدم الإستعمال<sup>(54)</sup>.

**خامساً: أن تتحدد عودة حق الإرتفاق بالنطاق الذي ترسمه الصيغة التي تمت بها**

**العودة:-**

---

(52) د. محمد لبيب شنب: ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط3، مكتبة الخدمات والإطلاع ، 1996 ، ص 385.

(53) للمزيد ينظر: د. إسماعيل غانم: ، الحقوق العينية الأصلية، ج2، مكتبة عبدالله وهبة، المطبعة العالمية، 1958، ص 42.

(54) للمزيد ينظر: عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج9، ص 1402.

عندما ينشأ حق الإرتفاق الأصلي بالإتفاق بين الطرفين (صاحب العقار المرتفق به والمرتفق)، ويذكر ذلك في السند المنشئ للإرتفاق<sup>(55)</sup>، وينتهي حق الإرتفاق لإنهاء المدّة أو لسبب آخر، فإنّ عودة حق الإرتفاق تكون بما لا يجاوز الحدود التي رسما الإرتفاق الأصلي، كونها ستكون تجديداً للإتفاق، ولا يجوز أن تكون عودة حق الإرتفاق أشدّ عبثاً من شروط الإرتفاق الأصلي وتسبب ضرراً في العقار المرتفق به، إلّا إذا كانت العودة أخف من الإرتفاق السابق، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها انه " إذا اعيد بناء عقار قديم بعد هدمه، فإن حق الإرتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد وتكون العودة مقيدة بمضمون الإرتفاق الأصلي"<sup>(56)</sup>.

وهذا الحكم جرى على قياس القيود القانونية على أساس ربطها بالإرتفاق القديم، بالتالي قيدت بعدم تجاوزه، إلا إذا اتفق الطرفين على خلاف ذلك. ولكن من الجائز أن تختلف شروط عودة حق الإرتفاق عن الإرتفاق الأصلي، لأن ذلك ليس من النظام العام، فيجوز أن تختلف عودة حق الإرتفاق من حيث الأشخاص أو الأماكن أو الأجل<sup>(57)</sup>.

## المطلب الثاني

### الشروط الإجرائية لعودة حق الإرتفاق

تتركز الشروط الشكلية أو الإجرائية لعودة حقوق الإرتفاق العقارية في ضرورة صدور حكم قضائي بات بالعودة، من جهة، وتسجيل حق الإرتفاق العقاري العائد في الجهة المختصة، وهو ما سنبينه مفصلاً في فرعين كالآتي:

### الفرع الأول

#### صدور حكم قضائي بات بالعودة

<sup>(55)</sup> حامد مصطفى: مرجع ، ص264.

<sup>(56)</sup> قرار صادر عن محكمة النقض المصرية: رقم 281، لسنة 37 قضائية، الصادر بجلسة 1972/4/8 المنشور على الرابط الإلكتروني [https://www.cc.gov.eg/civil\\_judgments#top](https://www.cc.gov.eg/civil_judgments#top)، تاريخ الزيارة 2022/5/31، س5:20 مساءً، بتوقيت بغداد.

<sup>(57)</sup> قارن مع د. حسنية حسين حسن ، مرجع سابق ، ص96.

عادة ما يكون للقضاء الكلمة الفصل في حسم المنازعات الناشئة بين الأفراد في المجتمع، ولذلك يحرص المشرعين على حماية حقوق الأفراد، وسواء كانت هذه الحقوق عقارية أو منقولة، حيث أعطى القانون للشخص المضرور الحق باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه بالطرق المتعارف عليها لحماية حقوقه، ووسيلته في ذلك هي إقامة الدعوى القضائية، وذلك باللجوء إلى المحاكم للمطالبة بحمايته أو الإقرار بحقه أو الإقرار به مهما كانت طبيعته، فإذا كان الإعتداء على حق عيني، فإن صاحب الحق العيني له الحق في دفع هذا الإعتداء بدعوى عينية، ومن شأن هذا الإعتداء أن يترتب إصابة صاحب الحق بضرر مما يتيح له المطالبة بإعادة حقه إليه أو التعويض عما لحقه من ضرر<sup>(58)</sup>.

ولمّا كان المشرع العراقي في قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 النافذ قد عرّف الدعوى بالمادة الثانية منه بأنّها " طلب شخص حقه من آخر امام القضاء"<sup>(59)</sup>، فالدعوى تجسد سلطة الفرد في الإلتجاء إلى القضاء للحصول على حماية أو تقرير حق، لهذا ذهب بعض الفقه إلى أنّها " السلطة القانونية المخولة للشخص للإلتجاء إلى المحكمة للحصول على الحق"<sup>(60)</sup>. ومن بين أهمّ الدعاوى التي ترفع للقضاء هي الدعوى العينية العقارية، وهي الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، والتي تهدف إلى حماية حق من الحقوق العينية، ومنها دعوى إعادة حق الإرتفاق، لإرتباطها بالحياة العملية وصيانة الملكيات العقارية من التجاوز في ظل حقيقة وجود عقارات متجاوزة دائماً وأبداً.

وعلى أساس ذلك فإن الحماية القانونية التي تحققها النصوص القانونية، تخلق ضماناً لأصحاب الحق العيني، وذلك في سبيل الحصول على حقوقهم ومنع الغير من المساس بها أو الإعتداء عليها، ويكون ذلك عن طريق الإلزام القانوني، الذي يعتبر خصيصة من خصائص القاعدة القانونية، ويأتي هذا الإلزام نتيجة للجزاء الذي تنص عليه هذه القاعدة القانونية، وعليه فإنّ القانون يحمي حق الإرتفاق في حالة نشوء نزاع بين مالكين لعقارين متجاورين، فإن مصير

(58) د. جلال محمد إبراهيم، د. محمد وحيد محمد علي: نظرية الحق، دون ناشر وسنة نشر، ص424.

(59) آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، دار السنهوري، بيروت، 2015، ص110.

(60) احمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة المعارف، 1959، ص96.

هذا النزاع، ينصرف أما إلى دعوى الملكية أو دعوى وضع اليد، وبذلك توجد صلة قوية بين إثبات الحق وحمايته.

وأطراف الدعوى هم مالك العقار المرتفق (المدعى) الذي يطلب إعادة الإرتفاق إلى عقاره، ومالك العقار المرتفق به (المدعى عليه) المطلوب منه السماح لمالك العقار المرتفق بإعادة الإرتفاق، وقد يقوم بتنفيذ الحكم القضائي حال أمر القضاء بعودة الإرتفاق، أو التنفيذ جبراً في حال عدم السماح لمالك العقار المرتفق بإعادة حقه في الإرتفاق.

فإذا انقضى حق الإرتفاق، لأي سبب من الأسباب، كأن يكون بهلاك العقار أو إتّحاد الدّمة أو إستحالة إستعماله، وأعيد بناء العقار الهالك أو زالت إتّحاد الدّمة، وأنكر صاحب العقار المرتفق به حق صاحب العقار المرتفق في إعادة حق الإنتفاع العيني (الإرتفاق)، ففي هذه الحالة يستطيع صاحب العقار المرتفق أن يلجأ للقضاء وإثبات حقه في المطالبة بإعادة الإرتفاق، وعلى المحكمة التحقق من وجود إرتفاق سابق عن طريق الإطلاع على سجل العقارين لدى دائرة التسجيل العقاري، إذ تنظر هنا بإمكانية عودة حق الإرتفاق من عدمها، إذ تجلت محكمة التمييز العراقية الإتحادية الموقرة في حكم لها على ضرورة التحقق من ذلك في إحدى قراراتها، إذ جاء فيه " إن دعوى المدعية تضمنت طلب إلزام المدعى عليهم، والحكم بتثبيت حق المرور لعقارها المرقم 81 م16 بلد على العقار المرقم 80 من نفس المقاطعة، وإن المحكمة أجرت الكشف بمعرفة خبير مساح، وتم تنظيم حق المرور لعقار المدعية على العقار العائد للمدعى عليهم مع إلزامها بدفع أجر المثل مقابل ذلك الحق، وإن هذا النظر من المحكمة لا سند له من القانون، ذلك إن سندي العقارين موضوع الدعوى خاليين من ذلك الحق، ولا يمكن ترتيبه ما لم يكن منصوصاً عليه في سند إنشائها إستناداً لأحكام المادة (1275) من القانون المدني، والمادة (239) من قانون التسجيل العقاري، إلا إذا ثبت للمحكمة أن عقار المدعية محبوس ولا يمكن الوصول إلى الطريق العام، إلا عن طريق عقار المدعى عليه مما يقتضي على المحكمة الإستعانة بخبراء مختصين، للتحقق عما إذا كان عقار المدعي

محبوس وفق ما تقدم، ولما كانت المحكمة قد أصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما أخل بصحته، لذا قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لتقضي برد الدعوى<sup>(61)</sup>. وبالتالي فإن المحكمة هي صاحبة الصلاحية والسلطة التقديرية في حسم النزاع، وهي من تقرر الحكم بعودة حق الإرتفاق، إذا رأت ضرورة عودته، ولحماية هذه الحقوق ضد الإعتداءات عليها، فإن لمالك العقار المرتفق به أن يلجأ إلى دعوى الحيازة لوقف التعرض لحيازته، وله كذلك رفع دعوى موضوعية وهي دعوى إنكار حق الإرتفاق، وذلك للحكم بمواجهة مدعي ضرورة عودة حق الإرتفاق لعقاره، وذلك بخلو عقاره من الإرتفاق، ويتعين على من يدعي وجود حق الإرتفاق القديم وضرورة إعادته، أن يقيم الدليل على وجود إرتفاق سابق. ولا يكون المالك بحاجة إلى دعوى الإنكار، إذا كان مدعي عودة حق الإرتفاق لا يستفيد من دعاوى الحيازة، إذ يكفي أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة، وذلك لمنع التعرض على المدعي بعودة الإرتفاق، ليتعين على هذا الأخير أن يقوم برفع الدعوى الموضوعية للإقرار بعودة حق الإرتفاق الذي يدعيه، أما إذا كان مدعي عودة حق الإرتفاق يحتمي بدعاوى الحيازة، فلا يكون للمالك سوى الدعوى الموضوعية بإنكار الإرتفاق، وبالتالي له أن يقيم الدليل على خلو عقاره من الإرتفاق، لكن بعض الفقه لا يقر هذه التفرقة، ويجيز بكل الأحوال التي يتنازع فيها بوجود حق الإرتفاق، وذلك بالإكتفاء على إقامة الدليل على ملكيته، فيفترض خلوه من الإرتفاق، ليقع على مدعي عودة حق الإرتفاق أن يثبت وجود إرتفاق سابق وضرورة عودته لفائدة عقاره، وتكون الحماية التي توفرها حيازة الإرتفاق غير ذات أهمية له<sup>(62)</sup>.

## الفرع الثاني

### تسجيل حق الإرتفاق العائد

(61) قرار محكمة التمييز العراقية الاتحادية الموقرة: نوع الحكم / تمييز، تاريخ الحكم 2009/4/19، منشور على الرابط الإلكتروني <https://iraqid.hjc.iq/VerdictsLstResults.aspx?AID=170617>، تاريخ الزيارة 2022/7/5، الساعة 12:15 صباحاً بتوقيت بغداد.

(62) قارن مع د. محمود جمال الدين زكي: دروس في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976، ص 656.

أغل القانون المدني العراقي الإشارة إلى تسجيل حق الإرتفاق العائد<sup>(63)</sup>، لكن لما كان حق الإرتفاق حق عيني عقاري، فإن التصرف القانوني الذي يُنشئ حق الإرتفاق، يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لنص المادة (3) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ولو لم يتم النص على ذلك في القانون المدني صراحة، شأنه شأن باقي التصرفات العينية العقارية، إذ نصت في فقرتها الأولى والثانية على:-

1- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة.  
2- لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية الاتحادية الموقرة بضرورة تسجيل التصرف العقاري، والذي من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية ومنها حق الإرتفاق في إحدى قراراتها، إذ لا يمكن الإحتجاج بالحق سواء بين ذوي الشأن أو الغير ما لم يكن الحق مسجلاً، إذ جاء في قرار الحكم بـ " إن فتح النهر في أرض الغير بصورة رسمية، لا يكسب صاحبها حق إرتفاق على هذه الأرض، ما لم يثبت ذلك في سجلات التسجيل العقاري"، وبالرجوع إلى حيثيات القرار، نجد قرار المحكمة قد جاء فيه "... وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للمادة (3) والمادة (239) من قانون التسجيل العقاري، حيث كان يتعين ربط صورة السجل العقاري للقطعة الخاصة بالمدعى عليهم وملاحظة حقوق الإرتفاق المثبتة لصالحها، وهل أن هناك حق مجرى رسمي لها، مثبت في سجلات مديرية التسجيل العقاري على القطعة المرقمة 28م78م الجزرة، إذ أن فتح النهر وبصورة غير رسمية، وبدون إتباع الطرق القانونية بشأنه، لا يكسب المستفيدين منه، ولا يمكنهم الإحتجاج بحق الإرتفاق

(63) حامد مصطفى: ، القانون المدني العراقي، حق التصرف والحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ج2، معهد الدراسات العربية العالية، 1966، ص 242.

على القطعة أعلاه، ثم إصدار الحكم الذي يترأى لها بعدئذ، فقرر نقض الحكم المميز وإعادة الإضبارة إلى محكمتها لإتباع ما تقدم<sup>(64)</sup>.

وقد جاء قانون التسجيل العقاري بنص خاص، يوجب فيه تسجيل حق الإرتفاق طبقاً لنص المادة (239) والتي تنص على أن: "تسجل حقوق الإرتفاق بين العقارات المسجلة كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل الناشئة بالعقد أو الوصية أو بتخصيص المالك الأصلي، كما تسجل بموجب حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم"<sup>(65)</sup>. وعمومية النص أعلاه تشمل حقوق الإرتفاق التي تنشأ أصلاً، أو تلك التي تعود، وذلك لوحدة الغاية والعلّة بينهما، حيث يمكن القياس على ذلك تسجيل عودة حق الإرتفاق، كون إنقضاء حق الإرتفاق واجب التسجيل أيضاً وفقاً لنص المادة (243) من قانون التسجيل العقاري العراقي، والتي تنص على "يسجل إنقضاء حق الإرتفاق في الحالات الآتية:-"

- 1- عند إنتهاء الأجل.
- 2- إتحاد ملكية العقار المرتفق والعقار المرتفق به.
- 3- تنازل مالك العقار المرتفق عن حق الإرتفاق.
- 4- إذا أفرز العقار المرتفق إلى قطع سكنية وزالت الفائدة من إستعمال حق الإرتفاق زوالاً كلياً، بحيث يستحيل معه إستعمال الحق حقيقةً أو حكماً كما لو تأكل العقار بمياه النهر أو نزع ملكيته للمنفعة العامة.
- 5- بحكم قضائي حائز درجة البتات.

<sup>(64)</sup> قرار محكمة التمييز الإتحادية العراقية الموقرة: نوع الحكم / تمييز، بتاريخ 2009/7/14، منشور على الرابط الإلكتروني <https://iraqid.hjc.iq/VerdictsLstResults.aspx?AID=147016>، تاريخ الزيارة 2022/7/5، الساعة 11:57 مساءً بتوقيت بغداد.

<sup>(65)</sup> مصطفى مجيد: شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج1 العاتك لصناعة الكتاب، ص124.

وعليه فلا بدّ من تسجيل إنقضاء حق الإرتفاق، كما هو الحال في تسجيله حين إنشائه ابتداءً، فإن إنقضائه يسجل، وذلك لأن من صفات حق الإرتفاق هي الدوام، وأن صفة الدوام من طبيعته، ولكن يجوز أن يكون الإرتفاق مؤقتاً بأجل بناءً على إتفاق، وأن القانون نصّ على أنّ حق الإرتفاق ينتهي بإنتهاء هذا الأجل، إذ تنص المادة (1281) من القانون المدني العراقي على أن "ينقضي حق الإرتفاق بإنقضاء الأجل"، وعليه إذا كان الإرتفاق محددًا بزمن في سند إنشائه، فإنّه ينتهي بإنتهاء الأجل المثبت بالسجل العقاري، أمّا آلية تسجيل الإنقضاء تكون بتبديل سجل العقارين (المرتفق والمرتفق به)، بنقلهما إلى سجلين آخرين يثبت بهما إنقضاء الإرتفاق، ويمكن تصحيح خارطتيهما من دون موافقة أصحاب العقارين، ويتم تسجيل الإنقضاء بطلب من أيهما، لكن المهم هنا التأكد من إنتهاء المدة، لكن يجوز الإتفاق على مدّة جديدة بعد تسجيل إنقضاء الإرتفاق، بالتالي عودة حق الإرتفاق بتسجيله من جديد<sup>(66)</sup>.

وجدير بالذكر هنا، فإنّه وفقاً للقواعد العامة، إذا إنتهت المدّة دون إعتراض من صاحب العقار المرتفق به، فإن ذلك يعتبر تمديداً ضمناً للعقد المنشئ للإرتفاق<sup>(67)</sup>.

أمّا إذا انقضى حق الإرتفاق، بسبب إتحاد ملكية العقار، فإنّ المادة (2/243) تنص على تسجيل هذا الإنقضاء، لأنّ نص المادة (239) يشترط لتسجيل حق الإرتفاق، أن يكون العقارين لمالكين مختلفين، فمالك العقار لا يرتفق على ماله<sup>(68)</sup>، فإذا اتحدت ملكية العقارين بيد مالك واحد بطريق البيع أو أي طريقة أخرى، في هذه الحالة يسجل إنقضاء حق الإرتفاق بطلب المالك، ويبدل سجل العقارين<sup>(69)</sup>، وليس لدائرة التسجيل العقاري في العراق القيام بهذا العمل دون طلب، لأنّ معاملة تبديل السجل لها إجراءات خاصة وتخضع للرسوم، وليس بوسع دائرة التسجيل العقاري، إمكانية معرفة عائدة العقارين وقت تسجيل معاملة نقل ملكية العقار لتسجيل

<sup>(66)</sup> يونس حسن مصلح: التسجيل العقاري، المديرية العامة للتسجيل العقاري، وزارة العدل، 1978، ص34

<sup>(67)</sup> قارن مع د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، دار الجامعة الجديد، دون سنة نشر، ص127.

<sup>(68)</sup> حامد مصطفى: الملكية العقارية، مرجع سابق، ص244.

<sup>(69)</sup> ينظر المادة (65) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971.



إنقضاء الإرتفاق، فإذا زالت إتحاد الملكية بسبب فسخ البيع مثلاً أو لسبب آخر، فإن ذلك مؤداه عودة حق الإرتفاق ومن شأنه تسجيل حق الإرتفاق الذي عاد. (70)

### الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، توصلنا إلى عدد من النتائج والمقترحات المهمة التي تتلخص بالآتي:

#### أولاً: الإستنتاجات:-

1- تمثل عودة حق الإرتفاق الإرادية تجديداً، في حالة كون الحق في الإرتفاق قد نشأ ابتداءً بالإتفاق، واستمر العبء الناشئ عن هذا الإرتفاق العائد بذات المستوى أو أقل، أما في حالة العودة التي تتم بالإتفاق بين ملاك العقارين ولكن بأعباء جديدة أو أثقل من تلك التي كانت قائمة، فهنا لا نسمي الوضع الجديد عودة ولا يأخذ وصف التجديد وإنما هو إنشاء لحق إرتفاق جديد ولا تنطبق أحكام العودة هنا، لإنتفاء شرط من شروطها، ألا وهو أن لا يزيد الإرتفاق العائد العبء المقرر على العقار بموجب الإرتفاق المنقضي.

2- عودة حق الإرتفاق تقتضي تسجيل حق الإرتفاق من جديد، إذا كان الإرتفاق السابق قد تم شطبه من السجلات العقارية المثبتة لخارطة العقار إستناداً لصراحة نص المادة (243) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل، وبالتالي لا مناص من تسجيله من جديد كونه واجب التسجيل إستناداً لصراحة نص المادة (239) من قانون التسجيل العقاري العراقي والتي جاءت بنص مطلق من دون الإشارة إلى تسجيله من جديد بعد عودته.

#### ثانياً: المقترحات:-

(70) مصطفى مجيد: شرح قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ج3، ص 137.

1- نقترح على المشرّع توحيد التنظيم القانوني لعودة حق الإرتفاق، على وفق الآلية التي تتماشى مع التنظيم القانوني للحقوق العينية الأصلية، وذلك بالموازنة مع نصوص قانون التسجيل العقاري العراقي من حيث بيان آلية التسجيل التي تتم بها عودة حق الإرتفاق بعد تسجيل إنقضائه، وذلك من خلال تعديل المادة (1283) من القانون المدني العراقي وذلك بجعل النص واضحاً في شموله للآلية التي تتم بها العودة على غرار المادة (665) من القانون المدني الفرنسي، ونقترح أن يكون النص كالاتي " ينقضي حق الإرتفاق إذا تغير وضع العقارين بحيث يصبح أحد العقارين في حالة لا يمكن معها إستعمال هذا الحق، ويعود إذا عاد الوضع في حالة يمكن معها إعادته، بشرط ألا تزيد عودة الإرتفاق من العبء على العقار المرتفق به".

2- نقترح على المشرّع العراقي تعديل بعض النصوص القانونية الحالية، وبحسب ما يلي:-

أ- تعديل الفقرة الأولى من المادة (1272) من القانون المدني، وذلك بجعل النص واضحاً في شموله للعودة، ونقترح تعديل النص على النحو الآتي " يكسب حق الإرتفاق بالعقد وبالميراث وبالوصية، ويمكن أن يعود بعد إنقضائه بنفس هذه الأسباب".

ج- تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (1278) من القانون المدني العراقي، وذلك بتبني آلية تعديل حق الإرتفاق العائد بعد إنقضائه، ونقترح تعديل النص على النحو الآتي " ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أضلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق أو أصبح مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلصاحب هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق الأنبي أو الإرتفاق العائد بعد الإنقضاء إلى موضع آخر يملكه هو أو يملكه الغير إذا قبل الغير بذلك، كل هذا متى كان إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق".

3- تعديل نص المادة (239) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ، وتبني صيغة واضحة لتسجيل عودة حق الإرتفاق بعد إنقضائه، ونقترح أن يكون النص على النحو الآتي: "تسجل حقوق الإرتفاق بين العقارات المسجلة الناشئة بالعقد أو الوصية أو بتخصيص

المالك الأصلي، كما تسجل بموجب حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم، وتسجل عودة حق الإرتفاق بعد إنقضاءه بنفس الأسباب التي نشأ بها ابتداءً".

انتهى بحمد الله.

### المراجع المعتمدة

#### مرتبة بحسب الحروف الهجائية

أولاً// الكتب:

احمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة المعارف، 1959.  
احمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، دس ن.

آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، دار السنهوري، بيروت، 2015.  
إسماعيل غانم: ، الحقوق العينية الأصلية، ج2، مكتبة عبدالله وهبة، المطبعة العالمية، 1958.

إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، ط2، مكتبة عبدالله وهبة، 1958.  
إلياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، ج3، دون دار نشر، 2003.  
بشير القاضي: ، شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، 1954.  
بشير القاضي: حق الإرتفاق، دون ناشر وسنة نشر.

بيار كتالا: المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادام في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2009.

جلال محمد إبراهيم، محمد وحيد محمد علي: نظرية الحق، دون ناشر وسنة نشر.

- حامد مصطفى: الملكية العقارية في العراق مقارنة مع القانون المدني المصري والعراقي، حق التصرف والحقوق المتفرعة عن الملكية، ج2، دون مكان نشر وسنة نشر.
- حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، حق التصرف والحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ج2، معهد الدراسات العربية العالية، 1966.
- حسن علي الذنون: الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للنشر والطبع المحدودة، بغداد 1954.
- حسن كيره: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1960.
- خالد عبدالله الشعيب: قاعدة الضرر يزال، الكويت، 2008.
- رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية احكامها ومصادرها، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- سعيد امجد الزهاوي: كسب حقوق الإزتفاق بالتصرّفات وبتخصيص المالك وبالتقادم دراسة مقارنة، مطبعة الجامعة، بغداد، 1981.
- عبد الحكم فودة: موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المجلد الحادي عشر، ج6، ايبيت للإصدارات القانونية، عابدين، القاهرة.
- عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط، أسباب كسب الملكية، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت 2000.
- عبد الرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1954.
- عبد المنعم البدرأوي: الحقوق العينية الأصلية، ط3، د ن، 1968.
- عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د س ن.
- عبد المنعم البدرأوي: حق الملكية، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1987.
- عبد المنعم فرج الصدة: : الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د س ن.

- قصي سلمان: الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها، ج1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، 2011.
- محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون ( نظرية الحق )، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2006.
- محمد حسين منصور ونبيل إبراهيم سعد: مبادئ القانون ( المدخل إلى القانون، نظرية الإلتزامات) دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995.
- محمد عزمي البكري: القانون المدني الجديد، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية - الحقوق العينية التبعية والتأمينات العينية، المجلد الرابع عشر، دار محمود للنشر.
- محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المعارف للنشر، الإسكندرية، 2005.
- محمد لبيب شنب: ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط3، مكتبة الخدمات والإطلاع ، 1996.
- محمد لبيب شنب: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط3، مكتبة الخدمات والإطلاع، 1996.
- محمود جمال الدين زكي: دروس في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976.
- مصطفى مجيد: شرح قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ج3.
- مصطفى مجيد: شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج1 العاتك لصناعة الكتاب.
- مو برويز: المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- ميشال كامل خوري و شاهين حاتم: حقوق الارتفاق، ج1، ط1، بيروت، د س ن.
- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2010.

نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، دار الجامعة الجديد، دون سنة نشر.

وجدي شفيق: موسوعة شرح قوانين الشهر العقاري والسجل العيني، المجلد الأول، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، د س ن.

يونس حسن مصلح: التسجيل العقاري، المديرية العامة للتسجيل العقاري، وزارة العدل، 1978. **ثانياً// الرسائل والأطاريح الجامعية:**

احمد فائز عبد: فسخ العقد من غير إخلال، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة الفلوجة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2021.

جبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، الجزائر، 2011. حسنية حسين حسني: حقوق الإرتفاق وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة حلوان، كلية الحقوق، القاهرة، 2016.

وليد بسيم عبود العنكر: تجديد العقد، رسالة ماجستير مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، الجامعة الإسلامية في لبنان كلية الحقوق، 2014.

**ثالثاً// الأبحاث والمقالات العلمية المنشورة:**

سمير حامد الجمال: حقوق إرتفاق الطاقة الشمسية دراسة مقارنة، بحث مقدم للمؤتمر الحادي والعشرين، الطاقة بين القانون والإقتصاد، كلية القانون والشريعة، جامعة الإمارات، العين- الإمارات العربية المتحدة المنعقد بتاريخ 2013/10/21.