

## أحكام فضاء العقار في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

د. عقيل فاضل الدهان م.م. زينب حسين عبد القادر  
كلية القانون / جامعة البصرة

### المقدمة:

لا يتصور أن يتمكن مالك العقار من التمتع بمزايا ملكه إلا إذا كان له الحق في استغلال واستعمال ما يعلو هذا العقار , لكن الأمر لا يقتصر عند هذا الحد فالقانون يعترف لذلك المالك بسلطات على فضاء عقاره , بحيث نصت المادة (2/1049) مدني عراقي على ( وملكية الأرض تشمل ما فوقها علواً ... ) فالموضوع يبحث في مسألة شمولية ملكية العقار لما يعلوه من فضاء , والذي يدخل ضمن فكرة نطاق حق الملكية. إن هذا الموضوع يثير العديد من التساؤلات والطروحات , فما تأثيره فكرة الجوار مثلاً من مشاكل في إطار الملكية العقارية نجد مثيلاً لها في ملكية فضاء العقار , فهناك صورة التعدي على فضاء الغير بالبناء أو غير ذلك , ثم ماهي طبيعة حق مالك العقار على الفضاء الذي يعلوه وماهي حدود هذا الحق والسلطات التي يخولها لصاحبه ؟ وهل يتصور أن يختلف مالك العقار عن مالك فضاء ذلك العقار ؟ هذه الطروحات يمكن تحديدها في الهدف من البحث على الشكل الآتي :

### الهدف من الدراسة :

تهدف الدراسة إلى بحث المسائل الآتية سواء في القانون المدني أو الفقه الإسلامي:

1. التعرف على موقف القانون المدني والفقه الإسلامي من حق مالك العقار على فضاءه .
2. تحديد طبيعة حق مالك العقار على فضاءه , وهل هو حق ملكية .
3. ماهو نطاق حق مالك العقار على ذلك الفضاء .
4. تحديد أساس هذا الحق والسلطات التي يخولها .
5. التعرف على الحماية الخاصة لصاحب الحق في الفضاء .
6. وضع قواعد عامة لفكرة بيع الفضاء بصورة أصلية وآثاره .

### نطاق البحث :

تقتصر الدراسة على الحقوق والسلطات التي تكون للأشخاص على ما يعلو عقاراتهم من فضاء والبحث في استغلال هذا الفضاء استغلالاً مقصوداً على الفضاء دون أن يستند ذلك الاستغلال على سطح الأرض , لذا يخرج من نطاق الدراسة حق القرار وحق الحكر وحق التعلي فهذه الحقوق وإن كانت تشكل صوراً لفصل ملكية سطح الأرض عما فوقها أو تحتها إلا أن فيها استغلالاً لسطح الأرض وفضائه ونحن سنقصر الدراسة الانتفاع بفضاء العقار من قبل مالك العقار أو مشتري الفضاء دون أن يكون في الاستناد على سطح الأرض أهمية تذكر .

### المبحث الأول

#### تعريف فضاء العقار وأساس ملكيته:

بداية وقبل الدخول لبحث أية فكرة فإنه لا بد من تعريفها , لذا سنعرف فضاء العقار في مطلب ونحدد نطاق هذا الفضاء , فلا يتصور أن تمتد سلطة مالك العقار إلى ما لا نهاية , ثم ننقل بعد ذلك إلى التعرف على أساس ما يتمتع به الشخص من ملكية للفضاء والذي سنبحثه في المبحث الثاني.

### المطلب الأول

#### تعريف فضاء العقار وتحديد نطاقه:

الفضاء<sup>1</sup> : هو ذلك الحيز المكاني الذي يرتفع فوق كل نقطة من نقاط الأرض إلى عنان السماء , إن البحث يدور حول النطاق المادي للملكية العقارية , أي الأشياء التي يرد عليها الحق , فهناك عناصر ثلاثة يتضمنها حق الملكية العقارية , الأرض وما فوقها وما تحتها , والعناصر الجوهرية للشيء والمنتجات والملحقات<sup>2</sup> . فلا يتصور أن يتمكن المالك من التمتع بمزايا ملكه العقاري إلا إذا كان له الحق في استغلال واستعمال ما يعلو هذا الملك , أي أن تكون له سلطة يخولها له القانون على الفراغ الذي يعلو العقار الذي يملكه . لقد قسم الفقه التقليدي الفضاء إلى ثلاث مناطق , الأولى وهي الأقرب إلى الأرض وتكون مملوكة ملكية خاصة لمالك الأرض , وهي التي تهمننا وتنصب عليها الدراسة , والثانية والتي تسمى (الفضاء الجوي) تكون خاضعة لسيادة الدولة ويصفها البعض بأنها ملك للدولة , والثالثة والتي يطلق عليها (الفضاء الكوني) وهي منطقة حرة لا تخضع لملكية خاصة ولا لسيادة الدولة .<sup>3</sup> هذا التقسيم , وإن كان منقاداً فهو مأخوذ من التقسيمات الدولية , فضلاً عن صعوبة تعيين الحد الفاصل من كل منطقة وأخرى فلا يوجد معيار محدد للقول بأن هذا فضاء خاص وهذا جوي وهذا كوني , إلا أنه يعطينا نوع من التصور حول الفصل بين حقوق وصلاحيات وسلطات الفرد والدولة على هذا الحيز الهوائي . كانت النظرة السائدة قديماً أن ملكية الفضاء ليس لها حدود مادية فمالك الأرض يملك ما فوقها إلى ما لا نهاية , ولاشك أن هذه النظرة تتطوي على إصراف غير مستساغ , إذ لا وجه لأن يتم الاعتراف للفرد بملكية في نطاق لا يفيد منه ولا يستطيع استخدامه فضلاً عن أن هذه الفكرة لا تتفق مع وصف الملكية بأنها وظيفة اجتماعية بحيث يقتصر نطاقها على ما يعود بالفائدة على المجتمع , ف فيما جاوز النطاق الذي يستطيع مالك الأرض أن يستفيد منه

يجوز للغير أن يستخدم هذا العلو<sup>4</sup> وعلى هذا الأساس اتجه الفقه والقانون إلى تحديد معيار للملكية في حدود علو معين وهو معيار المنفعة أو الاستفادة , ففي حدود ما يستطيع الفرد أن يستفيد من ذلك الفضاء يكون الفضاء ملكاً له أما ما جاوز ذلك فلا ترد عليه سلطة المالك<sup>5</sup> لقد كرست المادة (2/1049) مدني عراقي هذه الفكرة بقولها (2-) وملكية الأرض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها<sup>6</sup> ومعيار المنفعة هذا وإن كان هو الآخر غير واضح المعالم إلا أنه أفضل من ترك الأمر بدون أي تحديد لنطاق ملكية الفضاء حيث إن هذا المعيار نسبي وهو يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر ألا أن هذه المنطقة لا تتجاوز في جميع الأحوال العشرات من الأمتار علواً, وما زاد على حد المنفعة يكون خاضعاً لسلطة الدولة المطلقة ويخرج من حدود الملكية الخاصة , وهذا أمر ضروري لتسهيل استفادة الدولة من الفضاء الجوي بتسيير الرحلات الجوية وغيرها فلو ترك الأمر على إطلاقه لأصبحت الحياة أكثر تعقيداً وصعوبة . إن فضاء العقار يكون مملوكاً لمالك الأرض بالتبعية إلا أن ذلك لا يمنع , كما سنرى لاحقاً , من أن يكون الفضاء مستقلاً في ملكيته ويكون مملوكاً لشخص آخر يختلف عن مالك العقار الأصلي . بناءً على ذلك يمكن أن نعرف فضاء العقار بأنه: الحيز الذي يعلو العقار إلى الحد المفيد في التمتع به والذي تمتد إليه الملكية بصورة تبعية أو يكون مملوكاً بصورة أصلية . أما في الفقه الإسلامي فقد اتفق الفقهاء أن لمالك الأرض أن يستفيد مما فوقها إلى عنان السماء , فله أن يعلي على الأرض من الأبنية ما يشاء على وجه الدوام والاستمرار وليس لغيره بغير إذنه أن يتعدى على هواء أرضه فرأي الفقهاء رأياً مطلقاً غير محدد ودل بإطلاقه على أنهم لا يرون بذلك تحديداً بمسافات خاصة<sup>7</sup> وقد يكون السبب في هذا الإطلاق بساطة الحياة آنذاك , فلا يتجاوز العلو أكثر من ارتفاع حصن أو مأذنة وكل ذلك محدد بنوع المنفعة التي لم تتجاوز أغراض السكن والعبادة فلم يتصور الاستفادة من أجزاء عالية من الفضاء كمرور الطائرات وغيرها لذا لم يخطر ببالهم تحديد الاستفادة من الفضاء كي لا تضر بالمصلحة العامة . لكن على الرغم من ذلك يمكن القول بوجود معيار المنفعة لدى الفقهاء المسلمين , حيث إنهم يعرفون الملك بأنه ما أمكن حيازته والانتفاع به ومن ذلك فإن العلو المملوك لصاحب الأرض محدد بإمكان الانتفاع به والقدرة على المنفعة الحاجزة<sup>8</sup> وهذا يجعل رأيهم في ملكية الفضاء قريباً مما ذهب إليه القوانين المدنية الحديثة

## المطلب الثاني

### أساس ملكية فضاء العقار التبعية والأصلية:

إن أساس ملكية فضاء العقار تختلف حسبها إذا كان مالك الفضاء يملك العقار الأصلي أو لا يملكه , فمالك العقار يملك فضائه بصورة تبعية وهذا هو أساس ملكيته ولكن ما الحكم إذا اختلف مالك العقار عن مالك الفضاء ؟ هذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين :

## الفرع الأول:

### أساس ملكية مالك العقار لفضائه بصورة تبعية:

قبل أن نبحث في أساس ملكية الفضاء من قبل مالك العقار نقول أن هناك أشياء قد ترتبط بأشياء أخرى وقد ينشأ عن هذا الارتباط علاقة تبعية بين هذه الأشياء , فيسمى الشيء المتبوع بالشيء الرئيسي أو الأصلي ويسمى الشيء الآخر بالشيء التبعية , تلك هي فكرة التبعية في الأشياء والتي لها أهمية كبيرة تتجلى من خلال القاعدة المعروفة (الفرع يتبع الأصل)<sup>9</sup> فأساس ملكية الفضاء هو تبعية ذلك الفضاء للعقار , ونتيجة لعلاقة التبعية تلك فإن الفضاء يتبع الأرض في كل حالة من حالاتها فالأرض هي الأصل وماعداها يعد فرعاً فيمتد إليه الحق بطريق التبعية , فمالك الأرض يكون مالكاً لفضائه بصفة تبعية (فالمقصود بمبدأ التبعية هو أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً)<sup>10</sup> وينتقد البعض الذين يرون الفضاء من العناصر الجوهرية للأرض (ولذلك يعتبر ما فوق الأرض وما تحتها من عناصرها الجوهرية)<sup>11</sup> ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي لأن العناصر الجوهرية هي التي لا يمكن فصلها عن الشيء دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير وفضاء العقار ليس كذلك , هذا من جانب ومن جانب آخر فإن المشرع نفسه في المادة (1049) مدني عراقي تحدثت في الفقرة الأولى منها عن العناصر الجوهرية حيث نصت على (1) - مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير (ثم تلاها بفقرة أخرى وهي الثانية والتي تحدث فيها عن ملكية العلو والعمق فصحيح إن كلاهما , العناصر الجوهرية والعلو, هما من توابع الشيء إلا أن العناصر الجوهرية وإن كانت تطبيقاً لفكرة التبعية في الأشياء إلا أنها تختلف عن العلو فهو ليس من العناصر الجوهرية للشيء وإنما من توابعه فقط . أن فكرة التبعية هذه تقيم لنا قرينة قانونية مؤداها أن مالك العقار حتماً يعد مالكاً للفضاء إلا أنها قابلة لإثبات العكس بإثبات أن القانون أو مالك العقار نفسه خول غيره عنصراً أو أكثر من عناصر العلو باستغلاله أو بيعه كما سنرى لاحقاً . فلا شك أن الأرض أصل وماعداها يعد فرعاً (فيتمد إليها الحق بطريق التبعية وبالتبعية فليس هناك ما يمنع من أن يتعطل هذا الامتداد بمقتضى اتفاق أو بناء على نص في القانون , فهذا الامتداد ليس ألا من قبيل الوضع الطبيعي الذي تقوم عليه القرينة البسيطة)<sup>12</sup> وتطبيقاً لذلك نصت المادة (3/1049) مدني عراقي على (يجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها)<sup>13</sup> فملكية الأرض تعطينا قرينة على أن مالك الأرض مالك للفضاء لكنها قابلة لإثبات العكس , بحيث يمكن إنهاء حالة التبعية بتمليك الفضاء للغير . وفي الفقه الإسلامي نجد أن فكرة التبعية هي الأساس في ملكية مالك العقار لفضائه , فقد أكد الفقهاء على ذلك في العديد من النصوص فجاء مثلاً في شرح فتح القدير (والعلو من توابع الأصل)<sup>14</sup> وورد في الفروق (على أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية فهو الوقف وقف وهواء الطلق طلق وهواء الموات موات وهواء المملوك مملوك وهواء المسجد له حكم المسجد فلا يقربه الجنب ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف)<sup>15</sup> وورد في المبسوط للطوسي (لأن هواء داره ملكاً له على طريق التبعية)<sup>16</sup> وكذا في نيل الاوطار فيقول الشوكاني (إذ الهواء تابع للقرار في كونه حقاً كتبعية هواء الملك لقراره)<sup>17</sup> لذا فإن فكرة التبعية هي أساس امتداد ملكية مالك الأرض لفضاء تلك الأرض لهذا نرى أن الدكتور مصطفى الزرقا يقول في معرض كلامه عن قاعدة (التابع تابع) بأنه (يتفرع عن هذه القاعدة قاعدة من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته)<sup>18</sup> وعلى هذا قرر الفقهاء أن مالك الأرض يستتبع ملك ما فوقها وما تحتها)<sup>18</sup> فالفقهاء المسلمون سبقوا رجال

القانون بمئات السنين في إقرار قاعدة التبعية ورتبوا عليها آثاراً عدة ومنها تبعية ما يعلو العقار من فضاء لذلك العقار واتصافه بكل صفاته .

## الفرع الثاني:

### أساس الملكية الأصلية للفضاء:

إن مالك العقار يكون مالكا لفضائه وهذا هو الغالب والذي يملكه على أساس قاعدة التبعية لكن التساؤل يثور حول أساس ملكية مالك الفضاء الذي لا يملك العقار الأصلي، ذلك أن المالك لكل من العقار والفضاء قد يختلفان وهذا يشبه حالة مالك الأرض ومالك البناء في المساحة، فما هو أساس ملكية مالك الفضاء في هذه الحالة؟ إن أساس ملكية الفضاء بصورة مستقلة عن العقار الأصلي لا يمكن أن يتصور إلا على أساس العقد، فهو الذي ينقل ملكية الفضاء بصورة مستقلة عن العقار الأصلي، كما سنرى ذلك لاحقاً. إن بعض الفقهاء المسلمين يجوزون بيع الفضاء لمن لا يملك العقار الأصلي، ويكون ذلك خاصة لحل مشكلة التجاوز على فضاء (هواء) الجار بأغصان الأشجار أو بسبب ميلان الحائط<sup>19</sup> وعده البعض صلحاً فعلى الجار أن يزيل الأغصان إلا إذا صالح جاره على ثمن معين أو على ثمر تلك الشجرة أو جزء من ثمرها<sup>20</sup> والظاهر في هذا الصلح هو الانتفاع بفضاء الجار وليس تملكه. وفي القانون فإن نظام الطرق والأبنية رقم 62 لسنة 1932 العراقي المعدل<sup>21</sup> وكذلك تعليمات بيع فضاء الرصيف رقم (1) لسنة 1965 أوضحاً كيفية تملك فضاء الرصيف والذي هو ملك للبلدية لمن يبني عمارة مجاورة لذلك الرصيف وتكون الملكية مستقلة عن ملكية الرصيف وذلك عن طريق عقد بيع شكلي يحتاج إلى التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لذا فإن أساس الملكية في مثل هذه الأحوال هو العقد وليس قاعدة التبعية.

## المبحث الثاني

### طبيعة الحق الوارد على الفضاء وحمايته

#### والسلطات التي يخولها:

لا بد أن نعرف بداية طبيعة ما يتمتع به مالك العقار على فضائه، فهل هو حق ملكية تام أو أنه يقتصر على الانتفاع فقط؟ وماهي الحماية التي يوفرها القانون لصاحب الحق على ذلك الفضاء؟ إذا انتهينا من بحث ذلك سننتقل إلى بحث ما يخوله ذلك الحق من سلطات لصاحبه.

## المطلب الأول

### طبيعة الحق الوارد على فضاء العقار:

أختلف الفقه في تحديد معنى نص المادة القانونية التي تقرر امتداد ملكية الأرض إلى علوها، فهل يعد مالك الأرض مالكا للفضاء ملكية حقيقية أو أنه لا يستغلل ذلك الفضاء دون أن يكون مالكا له؟ فيقول البعض (إن تعبير ملكية العلو غير دقيق من الناحية القانونية ويمكن فهمه فقط على أنه من التعبيرات التصويرية، ذلك أن العلو ليس إلا الهواء، والهواء غير مملوك لفرد من أحاد الناس ثم أنه من المستحيل وضع حدود لكمية معينة من الهواء حتى يقال أنها مملوكة لشخص معين، وأذن فملكية العلو لا تفيد أكثر من حق المالك في استعمال الفراغ الذي يعلو أرضه استعمالاً معقولاً.... وبناءً على هذا التصوير يكون من حق المالك (أي مالك الأرض) أن يمنع غيره من المزاومة في هذا الاستعمال)<sup>23</sup> بينما يذهب الاتجاه الآخر، وهو الغالب، إلى أن حق مالك العقار على فضائه هو حق ملكية، يخول المالك السلطات الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف، فيقول آخرون (وملكية العلو والعمق تعطي للمالك في شأنهما ما تعطيه له ملكية السطح من الاستعمال والاستغلال والتصرف)<sup>24</sup> ويعتقد الدكتور محمد علي عرفة (أن ملكية الفضاء الجوي الممتد فوق أرض المالك تعتبر جامعة مانعة كملكية الأرض تماماً)<sup>25</sup> وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية (كل من تملك أرضاً صار مالكا لكل ما فوقها)<sup>26</sup>. نجد بأن الاتجاه الأول منتقد من عدة وجوه وهي:

الأول: لا يشترط في حق الملكية أن ينصب على شيء مادي محسوس وهذا الأمر معروف ومسلم به فهناك الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية والملكية التجارية وكل هذه الملكيات ترد على شيء معنوي وليس مادي محسوس. الثاني: أننا لا نقول هنا بملكية هواء وإنما ملكية فضاء، أي فراغ يمكن أن يرى للناظر حدوده ويمكن أن يشغل بالبناء أو غير ذلك، فالملكية لا تقع على الهواء وإنما على ما يعلو الأرض من فضاء له حيز مكاني. الثالث: إن ما يرد على الفضاء ليس حق الاستعمال فحسب، وإنما يمكن استغلال الفضاء والتصرف به، كما سنرى ذلك لاحقاً، وما نصت عليه المادة (3/1049) من القانون المدني العراقي يعد تطبيقاً واضحاً لفكرة الاستغلال والتصرف والتي جاء فيها (3- ويجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها). الرابع: صراحة نص المادة (2/803) من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة (2/1049) من القانون المدني العراقي والتي قضت ب(إن ملكية الأرض تشمل ما فوقها....) فالنص السابق نص صريح يقرر أن ملكية الأرض تمتد لتشمل العلو ولم يقل المشرع استعمال الأرض، مثلاً يمتد ليشمل العلو، فالفضاء مملوك لمالك العقار بصفة تبعية كما أسلفنا ذلك سابقاً. وبناءً على ذلك نقول أن حق مالك العقار على فضائه هو حق ملكية بحت، وهو حق جامع مانع يخول سلطات الملكية الثلاث. والخلاف ذاته موجود في الفقه الإسلامي فالبعض يرى أن الفضاء ملك لمالك الأرض بينما يرى آخرون عكس ذلك، فالحنفية في معرض بحثهم لملكية العلو والسفل لا يجوزون مطلقاً بيع العلو قبل أن يتم بناء لأن حق التعلّي لا يعد مالاً عندهم وتملكه فيما يرون ليس إلا تملكاً للهواء المستعطي على الأرض والبناء وتمليك الهواء باطل لعدم استقراره ولعدم مالبيته<sup>27</sup> بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى صحة بيع ما يعلو الملك سواء أورد على أرض ليس عليها بناء أو على بناء قائم فهو مال ولصاحبه أن يتصرف فيه بسائر التصرفات<sup>28</sup> فالفضاء يمكن التصرف فيه سواء أكان هناك بناء أم لم لا لأنه مملوك بل أن البعض نص صراحة أن لمالك الأرض حق ملكية على فضائه فجاء في الفروق للقرافي (وهواء المملوك مملوك)<sup>29</sup> ويقول ابن قدامة في المغني (... لأن الهواء ملك لصاحب القرار)<sup>30</sup> بينما نصت المجلة صراحة في المادة (1194) على (كل من ملك محلاً صار مالكا ما فوقه...).

فحق مالك الأرض على فضاءها هو حق ملكية فالفضاء مملوك مثله مثل الأرض ويمكن التصرف فيه بسائر التصرفات ومنها البيع كما سنرى ذلك لاحقاً .

## المطلب الثاني

### حماية ملكية فضاء العقار:

انتهينا إلى أن حق مالك العقار على فضاءه هو حق ملكية لذا لا بد أن تتوفر الحماية لمثل هذا الحق فإذا حصل اعتداء مادي من شخص على فضاء عقار جاره جاز لمالك الفضاء المعتدى عليه الاستعانة بالحقوق المقررة له لرد مثل هذا الاعتداء لذا نجد القانون المدني الفرنسي ينص صراحة على أن امتداد فروع أشجار الجار على أرض المالك تجوز للأخير بوصفه مالكا للعلو أن يطلب إلى الجار قطع تلك الفروع فإن امتنع جاز لمالك العقار المعتدى على فضاءه أن يطلب من القضاء رد الاعتداء وقطع تلك الأغصان<sup>31</sup> وأن لم يوجد مثل هذا النص في القانون المدني العراقي إلا أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيق للقواعد العامة فمن ملك شيئاً له كامل الحق بحمايته ودفع أي اعتداء يمكن أن يقع عليه من الغير. لذا فإن امتدت أشجار الجار أو بناؤه أو أسلاكه على فضاء عقار جاره جاز للأخير أن يطلب من جاره قطعها إن كانت أغصان وإزالته إن كان بناء ورفعها إن كانت أسلاكاً , حتى وإن لم يكن في بقائها ضرر عليه فالضرر هنا مفترض لأنه تعد على ملكه وهو حتماً يقلل ما يمكن أن ينتفع به الشخص من مزايا ملكه<sup>32</sup> وكذا إذا على الجار حائضه بحيث أصبح الجزء العلوي مائلاً يشغل جزء من علو جاره , كان هذا اعتداء يبرر إزالة الجزء المائل<sup>33</sup> وهذا ينطبق على الشرف والنتوءات والتجاوز بالبناء على فضاء عقار الجار فللمالك الحق بأن يطلب هدم هذا البناء المتجاوز على فضاءه وهذا ماقرره نظام الطرق والأبنية في المادتين (23 و 28) منه فالطريق العام مخصص للنفع العام وفضائه يأخذ حكمه فلا يجوز التعدي عليه بالبناء أو غيره . بل أبعد من ذلك ذهب القضاء الفرنسي انه إذا أطلق الصياد رصاصة من بندقيته وهو في أرض أبيع له فيها الصيد على طير يطير في أرض الغير اعتبر انه قد ارتكب جريمة الصيد وانه (اعتدى على ملك الغير) وعلى هذا الأساس جاء القانون الصادر في 31/أيار/1924 في فرنسا لينص على منع الطائرات من المرور على علو ضئيل فوق الأملاك وسمح لهم بالمرور على علو شاهق<sup>34</sup> وفي القانون العراقي نصت المادة (174) من قانون الطيران المدني رقم (148) لسنة 1974 على ( لا يستحق التعويض إذا نشأ الضرر عن مجرد مرور الطائرة فوق الفضاء الجوي الذي يعلو إقليم الدولة طالما كان ذلك وفقاً لقواعد الجو ... ) فالتعويض لا يستحق إلا إذا كان في ذلك الطيران مخالفة لقواعد الطيران , بينما كان قانون الملاحة الجوية الملغي رقم (41) لسنة 1939 أكثر دقة عندما نص على معيار الارتفاع المقبول حيث جاء في نص المادة 95 (لا يعتبر اعتداءً أو إزعاجاً مجرد الطيران فوق منقول أو عقار متى كانت الطائرة طائرة على ارتفاع مقبول فوق الأرض نظراً إلى حالة الريح والطقس ولا تسمع الدعوى بشأن ذلك ) , ومن مفهوم المخالفة لهذا النص فإن الدعوى يمكن أن تسمع من مالك العقار إذا كان ارتفاع الطائرة غير مقبول نظراً إلى حالة الريح والطقس , ويمكن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يحدث نتيجة ذلك بل أن الضرر يمكن أن يكون مفترضاً مادام أن الطيران كان منخفضاً دون مبرر . وعلى أية حال فإن أي قيد تضعه السلطة العامة على استعمال الفضاء يعد أمراً طبيعياً , فهي تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة لذا يمكن رسم حدود ما يتمتع به الأفراد من حدود للحق , وبذلك يمكن أن نفهم نص المادة (2/1049) من القانون المدني العراقي التي قيدت ملكية العلو بالحد المفيد في التمتع بها , وبناءً على ذلك يمكن منع الباني من تجاوز حد معين في الارتفاع أو إجباره على قبول تحليق الطائرات فوق ملكه فيما جاوز حد الانتفاع , فليس في ذلك اعتداء على حق مالك العقار حيث أن الملكية وفق النظرة الحديثة لها وظيفة اجتماعية فالشخص يملك فضاء عقاره لكن يجب أن لا يتعسف في استعمال ملكه بما يضر بالمصلحة العامة<sup>35</sup> أما في الفقه الإسلامي فإننا نجد الفقهاء المسلمين سبقوا القانون الوضعي في توفير الحماية لفضاء العقار فلفضاء العقار حرمة خاصة وهذا يمكن ملاحظته من النصوص التالية :

جاء في المحلى لأبن حزم (من غرس أشجاراً فله ما ظلت أغصانها ... فإن انتشرت على أرض غيره اخذ بقلع ما انتشرت منها على أرض غيره .... وأما انتثارها على أرض غيره فلقول رسول الله (ص) (إن دمانكم وأموالكم عليكم حرام ) فلا لأحد الانتفاع بملك غيره )<sup>36</sup> ويقول الدكتور أحمد فراج حسين ( وليس لغيره (أي المالك) بغير أذنه أن يتعدى على هواء أرضه أو يحفر فيها وأن لم يتضرر به )<sup>37</sup> وبنفس الاتجاه يقول الخفيف (وكان له (أي المالك) أن يمنع جاره من أن ينتفع بجوها الذي يعلوها (أي الأرض) وذلك بأن يمتد بناؤه إلى علوها على أي وضع من الأوضاع بأن تمتد فروع أشجاره المغروسة في أرضه إلى ذلك العلو )<sup>38</sup> وهذه الفكرة نفسها أكدتها مجلة الأحكام العدلية في المادتين 1196, 1196 حيث نصت المادة (1195) على ( من أحدث في داره بيتاً فليس له أن يبرز رفرافة على هواء دار جاره فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على هواء تلك الدار). في حين نصت المادة (1196) على (من امتدت شجر بستانه إلى دار جاره أو بستانه فللجار أن يكلفه تفريغ هوائه بالربط أو القطع لكن إذا ادعى الجار أن ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه فلا تقطع الشجرة ) فليس للجار أن يبرز رفرافة أو أي بناء بأي صورة كانت على فضاء دار جاره أو بستانه فإن حدث ذلك جاز للجار طلب الإزالة من قبل القضاء وهذا ما ينطبق على أغصان الأشجار لكن ليس للجار الحق بطلب قطع الشجر متمسكاً بأن ظل الشجر مضرًا بمزروعاته , فما دام الشجر لم يعبر إلى فضاء الجار فلا يجوز طلب القطع . والفكرة ذاتها تنطبق على الطريق العام , فهو يعد ملكاً عاماً ولا يجوز التعدي عليه بما يضر بالمصلحة العامة . فلا يجوز التصرف في فضاء الشارع بإخراج روشن أو بناء أو نصب أو ميزاب مادام في ذلك ضرراً بالمارة أو ضرراً بالشارع<sup>39</sup> وكذا جاء في البدائع للكاساني في معرض الحديث عن ما يخرج على الشارع العام (لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم (أي عامة الناس) فكذا هواؤها فكان الانتفاع في ذلك تصرف في حق الغير )<sup>40</sup> فلفضاء الطريق العام حرمة خاصة مثله مثل الطريق فلا يجوز التجاوز عليه مادام في ذلك فعلي أو مفترض للمارة وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1213) عندما نصت على ( إذا كان على طرفي الطريق لأحد داران فإن أراد إنشاء جسر من واحدة إلى الأخرى يمنع ولا يهدم بعد إنشائه أن لم يكن فيه ضرر على المارين لكن لا يكون لأحد حق قرار في الجسر والبروز على الطريق العام فإذا أنهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه المسطور فإن أراد صاحبه إعادته يمنع ) .

## المطلب الثالث

## سلطات المالك على فضاء العقار

إن حق مالك العقار على فضاءه هو حق ملكية جامع مانع يخول صاحبه سلطات الملكية الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف يمكن لمالك الفضاء استعماله واستغلاله بأي صورة كانت فله الحق بشغل الفضاء بالبناء أو بالغراس أو مد الأسلاك فوّه وبما أن حق الملكية جامع مانع فله أن يمنع الآخرين من التجاوز على فضاءه بالبناء أو بالغراس أو بمد الأسلاك<sup>41</sup> وقد ينقل المالك حق الانتفاع بذلك الفضاء للغير لقاء مبلغ معين ولمدة معينة لكن المهم أن نركز على سلطة التصرف فلا يتصور أن يرهّن مالك الفضاء فضاءه بصورة مستقلة حيث أنه لا يملك القيمة المالية المطلوبة في الائتمان هذا من جانب ومن جانب آخر أن فضاء العقار تابع للعقار وهو الأصل لكن إذا رهن العقار نفسه فيمتمد الرهن بالطبع إلى ملحقات العقار وتوابعه والفضاء منها لذا يكون للدائن المرتهن أن يعترض على أي بيع أو تصرف في فضاء العقار بما يقلل الائتمان الخاص بالدين فيسبب انخفاض قيمة العقار ذاته، أما بيع الفضاء فهو جائز بل شائع كما سنرى ذلك في نظام الطرق والأبنية فيمكن التصرف بذات العلو بنقل ملكيته إلى شخص آخر وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ( ويجوز الاتفاق على تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام )<sup>42</sup> أما في الفقه الإسلامي فهناك خلاف حول جواز البيع من عدمه حيث ذهب الحنفية إلى أن (بيع التعلّي منفرد لا يصح مطلقاً سواء ورد عليها بناء أو انه ورد على بناء قائم فهو بيع باطل لأن مالك الأرض وإن كان يملك حق التعلّي عليها إلا أن حق التعلّي في ذاته ليس مالا كما انه ليس متعلقاً بما هو مال بل يتعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع)<sup>43</sup> جاء هذا الرأي للحنفية عند بحثهم لملكية العلو والسفل وهذه الفكرة وإن تعلقت ببناء مستقر على الأرض لكنه يشغل الفضاء لذا فهم يناقشون مسألة بيع الفضاء فقط دون أن يكون هناك أي بناء قائم أي دون وجود علو وإنما فضاء فقط لذا فهم لا يجوزون بيع الفضاء لأن في ذلك تملك للهواء وتمليك للهواء باطل لعدم استقراره وعدم ماليته ولنفس السبب لا يجوز الجعفرية بيع الفضاء لأنه غير معلوم فبيعه باطل<sup>44</sup> بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز تملك الفضاء استقلاً، وأنه يتحدد حينئذ بحدود ما سيعلو من البناء الموجود أن كان هناك بناء يراد استعلاؤه أو بحدود ما سيقام من البناء الذي سيكون سفلأ له بعد وصفه وبيانه وبياناً لا يؤدي إلى النزاع عادة<sup>45</sup> والرأي الثاني هو الراجح، فلا يتصور وجود أي غرر من بيع الفضاء حيث يمكن لرفع الغرر ببيان أوصاف ما سيتم من بناء أو غير ذلك في ذلك الفضاء، وقد جوز آخرون ذلك لكن في إطار الصلح وليس البيع كالإبقاء على أغصان الأشجار متدلية على فضاء الجار أن صالحه على ثمرها أو جزء منه<sup>46</sup> بينما نرى أن البعض ينص صراحة على جواز البيع فيقول القرافي ( وقد نص أصحابنا على بيع الهواء (أي الفضاء) لمن ينتفع به )<sup>47</sup> بينما لا يجوز بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء<sup>48</sup>.

## المبحث الثالث

## انتقال ملكية فضاء العقار

قلنا أن فضاء العقار تابع للعقار فهو يتبعه في كل تصرف يرد عليه ومن ثم فإن فكرة التبعية تلك لا بد أن يكون لها تأثير في انتقال ملكية الفضاء، ولكن هل من المتصور أن تنتقل ملكية الفضاء، وهو تابع للعقار، بصورة مستقلة عن ذلك العقار، وبمعنى آخر هل يمكن أن يختلف مالك العقار الأصلي عن مالك فضاء ذلك العقار، هذا ما سنعمل على بحثه في المطلبين الآتيين :

## المطلب الأول

## انتقال ملكية الفضاء بصورة تبعية

سبق أن أوضحنا في المبحث الأول أن أساس الملكية في فضاء العقار بالنسبة لمالك العقار الأصلي إنما هي فكرة التبعية، فمن يملك عقاراً يملك ما فوقه إلى الحد المفيد في التمتع به، ومن ذلك فإن تغير مالك العقار الأصلي، لأي سبب من أسباب نقل الملكية فإن فضاء العقار يتبعه في هذا الانتقال فالقاعدة تقرر أن (التابع تابع)<sup>49</sup> والفرع يتبع الأصل ومناقشة مدى إمكانية تنشيط أسباب نقل الملكية على هذه المسألة سيساعدنا في الوصول إلى تصور أكثر وضوحاً في هذا المجال.

## أولاً : عقد البيع

هو التصرف القانوني الأكثر شيوعاً في الحياة العملية والذي يترتب على بنائه صحيحاً نقل الملكية<sup>50</sup> ألا أن نقل الملكية العقارية بالبيع تستلزم إفراغ التصرف في شكل نص عليه القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وبذلك نصت المادة (3/فقرة 2) من قانون التسجيل العقاري على (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري). ولما كان مالك الأرض يملك ما فوقها علواً وما تحتها عمقاً فإن وصف الأرض ينسحب على هذين العنصرين باعتبارهما عقاراً<sup>51</sup> فلا يحتاج انتقال الملكية إلى تسجيل مستقل وإنما تسجيل عقد بيع العقار الأصلي يكفي لانتقال ملكية الفضاء تبعاً.

## ثانياً : الوصية والميراث

الوصية تصرف إنفرادي مضاف إلى ما بعد الموت وهو ناقل للملكية، إذا ورد هذا التصرف على عقار تطلب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري حيث نصت المادة (249) من قانون التسجيل العقاري العراقي على (تسجل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية سواء كانت الوصية بالتمليك أو بصرف ثمن العقار ( الوصية بالعين) أو ببيع العقار بعد وفاة الموصي وذلك بالاستناد إلى الأحكام القضائية الحائزة درجة البتات والحجج الشرعية ...) ولا يشترط أن يذكر في الوصية أنها تشمل فضاء العقار فهو معلوم ضمناً وأن الوصية بتمليك عقار تشمل فضاءه تبعاً لذلك العقار. والأمر ذاته ينطبق على الميراث، فمن ورث عقاراً ملك فضاءه وعمقه إلى الحد الذي يمكن الانتفاع به، وأن تعدد الورثة لذلك العقار كانوا ملاكاً مشتاعين بالعقار وفضائه، والتسجيل يكفي للعقار الأصلي لانتقال ملكية الفضاء بالتبعية.

### ثالثاً: الالتصاق

تبنى فكرة الالتصاق , باعتبارها سبباً لنقل الملكية , على اندماج شيئين لهما وجود مادي مستقل , مما يؤدي إلى انتقال ملكية الشيء الفرعي لمالك الشيء الأصلي وقد نصت المادة (1113) من القانون المدني العراقي على ( النهر إذا جاء بطمي على أرض أحد فهو ملكه , أما إذا كون الطمي أرضاً جديدة فهي ملك الدولة , ولو كانت متصلة بأرض الغير , وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل ) فإذا تكونت بفعل مجرى النهر أرضاً جديدة فهي ملك للدولة حتى ولو اتصلت بأرض الغير ومن ثم فهو لا يمكنه استغلال فضاء تلك الأرض الجديدة , فهي ملكية عامة للدولة ألا إذا تملك تلك الأرض الجديدة فإنه يملك فضاءها بصورة تبعية .

### رابعاً : الحيازة والتقدم

تعرف المادة (1/1145) من القانون المدني الحيازة بقولها (وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق ) ومن المعلوم أن الحيازة لا تكفي لوحدها لاكتساب الملكية بل لا بد من مرور الزمان ( التقدم ) الطويل أو القصير مع توفر حسن النية والسبب الصحيح<sup>52</sup> إن مضمون الحيازة هو السيطرة الفعلية على الشيء سواء كانت مستندة إلى حق مثل الملكية أو لم تكن , كما أن الاستعمال الفعلي للحق المراد كسبه بالحيازة تقتضي القيام بالأعمال المادية التي يقوم بها صاحب الحق<sup>53</sup> ومن ثم فإن الحيازة للعقار يستتبع حيازة فضاءه بصورة تبعية , فيصعب تصور أن يحوز الشخص الفضاء لوحده لأنه حيز غير منظور وهو يعلو العقار مباشرة , ومن ثم فإن كسب ملكية العقار بالتقدم الطويل أو القصير يستتبع تملك ما فوق ذلك العقار من فضاء بالتبعية .

### خامساً : الشفعة

ربما يكون هذا السبب من أسباب كسب الملكية العقارية الأكثر دلالة على فكرة التبعية بين العقار وفضائه , فتنتقل الملكية لهما معاً , لأن التصرف يرد على ملكية العقار , فيشفع فيه الشريك وإن تمت الإجراءات وتملكه كان الأثر هو انتقال ملكية العقار وفضائه فلا يتصور أن يشفع الشريك في ملكية الفضاء منفرداً وبصورة مستقلة عن العقار الأصلي .

### المطلب الثاني

#### انتقال ملكية فضاء العقار بالبيع

#### بصورة أصلية (مستقلة)

قد يصعب تصور انتقال ملكية فضاء العقار بصورة مستقلة عن العقار الأصلي لأنه تابع له , خاصة بالنسبة لبعض أسباب انتقال الملكية كالشفعة والتقدم المكسب , لكن هذا الكلام لا ينطبق على انتقال ملكية فضاء العقار بالبيع , فهو أمر جائز قانوناً وشرعاً , بل أن التطبيق العملي في العراق لمثل هذا البيع الشكلي , هو في نظام الطرق والأبنية رقم 62 لسنة 1935 وتعليمات بيع فضاء الرصيف رقم 1 لسنة 1965 , لذا سيقصر بحثنا في هذا المطلب على عقد بيع فضاء العقار في فرعين نخصص الأول للانعقاد والثاني للأثر :

### الفرع الأول

#### انعقاد بيع فضاء العقار

يجوز الاتفاق على تملك ما فوق السطح ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالف للنظام العام وانتهينا إلى مشروعية بيع الفضاء بصورة مستقلة , وأنه يشترط لهذا العقد توافر الأركان الثلاثة الرضا والمحل والسبب , وبالنظر إلى أن السبب هنا لا يختلف عن السبب في العقود الأخرى لذا سنكتفي ببحث ركني الرضا والمحل .

#### أولاً : الرضا

قد يصدر الإيجاب ممن يروم بيع الفضاء ويقترن بقبول المشتري ويتم الانعقاد والتنفيذ وفقاً لما هو متفق عليه من شروط خاصة أما إذا كان الفضاء سيتم شراؤه من ( البلدية ) فإن المشتري يسلم فيه بالشروط المقررة والتي يضعها البائع سلفاً وهذا يعد عقد إذعان حيث نصت المادة (62) من نظام الطرق والأبنية المعدل على (إذا قررت البلدية جواز استعمال الفضاء الكائن فوق أرصفة الطرق التي لا يقل عرضها عن 12 م في المنطقتين الأولى والثانية فقط لغرض إنشاء طابق ثانٍ فما فوق عليها تحسب المساحات التي ستسقف من الأرصفة المذكورة وتخمين ثمن المتر المربع منها من قبل المجلس البلدي ويبيع إلى أصحاب الأملاك الراغبين في استعمال الفضاء المذكور على أن يجري التسقيف والبناء وفق الشروط المبينة أدناه...)<sup>54</sup> فالبلدية هي التي تحدد الفضاءات التي يجوز بيعها ليس هذا فحسب بل أن الإذعان يكمن في الشروط التي يجب أن يلتزم بها مشتري الفضاء في طريقة وأصول وقواعد البناء وكذلك في الثمن المدفوع وليس للمشتري إلا أن يقبل هذه الشروط برمتها أو أن يرفضها برمتها فليس له حق المناقشة وتلك هي صورة عقد الإذعان<sup>55</sup> مما تجدر الإشارة إليه أنه لا يتصور عملياً بيع فضاء الرصيف في المناطق السكنية لأن ذلك لا يتفق مع التخطيط العمراني , أما في المناطق التجارية فالأمر جائز بل قد يكون واجباً على مالك العمارة أن يشتري فضاء الرصيف المجاور لعمارته إذا كان التخطيط العمراني للشارع يقضي بذلك , وهذا ما نلاحظه في الكثير من شوارع مدننا في العراق , بحيث قد تصل المسافة التي يشغلها مالك العمارة من فضاء الرصيف إلى أكثر من أربعة أمتار عمقاً في الرصيف , سواء كان البناء معلقاً<sup>56</sup> أو كان مستنداً على أعمدة كما هو الحال بالنسبة للعديد من الشوارع القديمة في العراق كشارع الرشيد في بغداد مثلاً<sup>57</sup> . وقبل أن ننهي الكلام عن ركن الرضا نخرج على بحث فكرة التسجيل في دائرة التسجيل العقاري , فقد نصت المادة (508) مدني عراقي على (بيع العقار لا ينعد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون ) ونصت المادة (2) من قانون التسجيل العقاري على (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية...) في حين نصت المادة (1/3) منه على (التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لكل حق من الحقوق المذكورة) . فالتصرف العقاري هو كل تصرف يؤثر في المركز القانوني للعقار , فهو كل تصرف من شأنه

إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله , وفضاء العقار تابع للعقار لذا كان حكمه حكم العقار وان بيع فضاء العقار هو تصرف عقاري لا ينعقد إلا إذا تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري , فإذا بيع عقار دخل معه الفضاء في البيع دون حاجة إلى تسجيل لأن نقل ملكية الفضاء كان بصورة تبعية , أما إذا نقلت ملكية الفضاء بصورة مستقلة احتاج الأمر إلى تسجيل لذلك البيع الذي ورد على الفضاء مستقلاً وهذا ما أكدته المادة (62/فقرة 5) من نظام الطرق والأبنية حيث نصت على (يعتبر الرصيف المسقف جزء من الطريق إلا أنه يجوز تسجيل الطابق الثاني فما فوق باسم صاحب الملك ) . وكذلك نصت المادة (2) من تعليمات بيع فضاء الرصيف رقم (1) لسنة 1965 بشأن كيفية بيع فضاء الرصيف على (بالنسبة لفضاء الرصيف المشيد سابقاً بإجازة من البلدية دون أن يتم بيعه وتسجيله بدائرة الطابو باسم المشتري يترك أمر تقدير ثمنه إلى خبراء ...) فلا يملك الأشخاص ما تم شراؤه من البلدية من فضاء الرصيف إلا إذا تم تسجيل هذا البيع في دائرة التسجيل العقاري , فعقد بيع فضاء الرصيف هو عقد شكلي وليس رضائي . وفي الفقه الإسلامي لا يكاد الأمر يختلف , حيث سبق وأن قلنا بجواز بيع الفضاء لمن يريد أن ينتفع به , فلا بد من وجود اتفاق بهذا الشأن , فقد جاء في الفروق للقرافي (يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها ويبنى على رؤوس الخشب سقف عليها بنيان)<sup>58</sup> ومن مفهوم المخالفة لهذا النص فإنه يجوز بيع الفضاء بالاتفاق بين المالك والمشتري مادام ليس وقفاً ولا أرض مسجد , فهو بيع كسائر البيوع وان كان ابن قدامة يطرح فكرة الصلح بدل البيع لغرض الإبقاء على شغل الجار لفضاء جاره<sup>59</sup> إلا أن صيغة البيع هي الأفضل مادام لا يوجد في ذلك أي غرر كما أوضحنا ذلك سابقاً .

#### ثانياً : المحل

نصت المادة (514) مدني عراقي على (1- يلزم أن يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة 2- ويصح بيع الأشياء والحقوق المستقبلية إذا كانت محددة تحديداً يمنع الجهالة والغرر ) فلا بد أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين , وألا كان البيع باطلاً والمحل في عقد البيع هو الفضاء ذاته والذي يمكن تعيينه عن طريق تعيين المساحة المكانية التي سيشغلها المشتري ببناؤه أو أشجاره أو بأسلاكه أو بغير ذلك , كأن يتفق المشتري على شراء فضاء بطول وعرض وارتفاع معين , أو تتحدد المساحة بحسب التخطيط العمراني وبما تقرره البلدية عند بيع فضاء الرصيف وهل أن التسقيف يبدأ من الطابق الأول أو الثاني . إن مسألة تحديد مساحة الفضاء ليست صعبة , فكما تحدد مساحة الأرض بالطول والعرض, يحدد ذلك الفضاء بمساحة ما يمكن أن يشغله الشخص وما يحتاجه لبنائه على أن يتم تسجيل ذلك في دائرة التسجيل العقاري فيصبح المشتري مالكا للفضاء ويبقى العقار الأصلي مملوكاً للمالك الأصلي<sup>60</sup> وفي الفقه الإسلامي أوضحنا أن بعض الفقهاء جوزوا بيع ما يعلو الملك حيث أنه يمكن تقديره وليس منهياً عنه , وما كان كذلك كان مالاً ولصاحبه أن يتصرف فيه بسائر أوجه التصرفات<sup>61</sup> فالمهم في بيع الفضاء لكي لا يكون من بيوع الغرر , أن لا يكون المبيع مجهولاً وإنما يحدد ما يباع من الفضاء تحديداً دقيقاً .

#### الفرع الثاني

##### آثار بيع فضاء العقار

الأحكام العامة لعقد البيع تنطبق على بيع فضاء العقار , سواء ما تعلق منها بالتزامات البائع أو المشتري , لذا سنعرض لبعض الأمور التي نجد فيها نوعاً من الخصوصية مقارنة بأحكام عقد البيع بصورة عامة .

#### المقصد الأول

##### التزامات البائع

##### أولاً : نقل الملكية

القاعدة أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري (المادة 508) مدني وأوضحنا بأن هذا الأمر ينطبق على بيع الفضاء . وهذا ما أكدته المادتين (62/فقرة 5) من نظام الطرق والأبنية و(2) من تعليمات بيع فضاء الرصيف , فلا يحق لمالك العمارة التجاوز ببناء طابقه الثاني علواً على الطريق العام إلا إذا تم تسجيل مساحة الفضاء التي سيشغلها من فضاء الرصيف امتداداً على طول عمارته في دائرة التسجيل العقاري .

##### ثانياً : تسليم الفضاء (تمكين المشتري من ممارسة حقه)

يتخذ التسليم في عقد البيع صوراً عديدة أما في حالة بيع الفضاء فهو شيء لا يتصور تسليمه بالمانولة اليدوية فهو يشبه الأشياء المعنوية وهذه الأشياء يتم تسليمها عادة عن طريق إجازة البائع للمشتري في استعمال حقه وبإزالة كل ما يمنع من استعماله , أي تمكين المشتري من الحيازة والانتفاع بالمبيع دون عائق بوضعه تحت تصرف المشتري<sup>62</sup> فعلى البائع أن يمكن المشتري من ممارسة حقه في السماح له بالبناء لشغل ذلك الفضاء ولا يمانع بامتداد شجر جاره أو يسمح له بأن يمد أسلاكه أو غير ذلك دون معارضة وكذا فإن التسليم في الفقه الإسلامي يحصل عندما يأذن البائع للمشتري بتسلم المبيع مع عدم وجود مانع يحول دون ذلك (المادة 263) من مجلة الأحكام العلية .

##### ثالثاً : الالتزام بالضمان

يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به وعدم منازعته في ملكيته , سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً فيمتنع البائع عن كل عمل يؤدي , ولو بطريق غير مباشر , إلى حرمان المشتري بصفة كلية أو جزئية من ملكيته للمبيع أو من انتفاعه<sup>63</sup> فتطبق الأحكام ذاتها بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق على عقد بيع الفضاء , سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً , فإذا تعرض البائع للمشتري ومنعه من استغلال الفضاء الذي اشتراه أو ضايقه في إقامة البناء الذي يشغل ذلك الفضاء , تحقق إخلال البائع بالتزامه بالضمان , وللمشتري أن يطلب إزالة التعرض وتمكينه من التعرض وتمكينه من الانتفاع بملكه<sup>64</sup> أما في حالة

الاستحقاق أن الحالة المتصورة هي استحقاق العقار ذاته ويتبعه بالبيع في ذلك فضائه لأنه تابع للعقار , فان استحقاق الفضاء كان للمشتري أن يرفع دعوى ضمان الاستحقاق . ولا يتصور الحديث عن ضمان العيوب الخفية فالفضاء لا يتصور أن يلحقه العيب الخفي فهو حيز غير منظور يمكن استغلاله .

#### رابعاً : عدم الأضرار ببناء المشتري

هناك التزام آخر يقع على البائع ألا وهو عدم الأضرار ببناء مشتري العقار , فلا يقوم بأي عمل من شأنه الأضرار بالبناء المعلق على فضائه أو الأضرار بالأعمدة التي يستند عليها الفضاء والمستقرة على سطح أرض ذلك البائع فلا يقوم بأي حفريات من شأنها الأضرار بتلك الأعمدة سواء كانت منشأة من الأسمنت أو الطابوق أو الحجر أو الحديد أو أي مادة أخرى ولا يجوز للبلدية بأن تقوم بأي حفريات في رصيف الشارع الذي بيع فضائه إذا كانت تلك الحفريات تضر بالأعمدة والبناء المستند عليها فأن فعلت ذلك تحققت مسؤوليتها عن أي ضرر ببناء مشتري الفضاء .

### المقصد الثاني

#### التزامات المشتري

##### أولاً : دفع الثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وفق الشروط التي يقررها العقد , وهو الذي يتحمل نفقات الوفاء مالم يتفق على خلاف ذلك (م 554 مدني عراقي) أما في بيع فضاء الرصيف فهناك طريقة خاصة لتقدير ثمن الفضاء حيث نصت المادة (1) من تعليمات بيع فضاء الرصيف على (1- يقدر سعر المتر المربع الواحد من فضاء الرصيف من قبل لجنة خبراء ينتخبهم المجلس (أي المجلس البلدي) برئاسة أحد أعضائه على أساس نصف قيمة المتر المربع الواحد من قيمة أرض الملك المجاورة للرصيف) بطريقة تحديد سعر فضاء الرصيف تحدد من قبل خبراء , والأساس في ذلك قيمة العقار المجاور , فتلزم اللجنة بأن تكون قيمة المتر المربع الواحد من الفضاء مساوي لنصف قيمة العقار المجاور للرصيف . وكذلك نصت المادة (4) من التعليمات على (يجوز للبلدية أن تستوفي ثمن فضاء الرصيف مقسطاً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات على أن توضع إشارة الحجز على الملك الموحد مع فضاء الرصيف المسقف وذلك في حالة تعذر استيفاء البذل صفقة واحدة) فأن كان الثمن مقسطاً , وفي سبيل حماية دين الدولة , فإنه يتم الحجز على ذلك الفضاء مع العقار المملوك لذلك المشتري , وفي هذه الفكرة خروج على قاعدة التبعية , حيث أن (الأصل وهو العقار) تم حجزه بسبب دين ترتب نتيجة لشراء (الفضاء وهو تابع) , فيوضع الحجز على الملك الموحد مع فضاء الرصيف , وأن لهذا الحجز ما يبرره حيث أنه لا يتصور التنفيذ وبيع فضاء الرصيف المسقف بصورة مستقلة عن العقار فهو امتداد له , فكان مثل هذا الحجز ضروري مراعاة لعملية التنفيذ والبيع عند عدم السداد . وشرنا إلى أن بعض الفقهاء المسلمين يعدون تمكين الجار من الانتفاع بفضاء جاره صلحاً وهم يشترطون في ذلك أن يكون بدل الصلح معلوماً كجزء معلوم من ثمر الشجر الممتد على فضاء الجار أو دفع ثمرها كله .<sup>65</sup>

##### ثانياً : عدم تجاوز الحد المتفق عليه

يجب على المشتري أن لا يتجاوز ما هو متفق عليه من المساحة المشتراة , وكذلك عليه إتباع الطريقة المتفق عليها لشغل ذلك الفضاء , وهذا الأمر نراه بشكل واضح في بيع فضاء الرصيف حيث قررت المادة (5) من تعليمات بيع فضاء الرصيف بأن المجلس البلدي يقوم بتعيين الارتفاعات التي يجوز لمشتري الفضاء استعمالها , وتخضع معاملة كيفية تشييد الفضاء لما يقرره المرجع الفني للبلدية , في حين حددت المادة (62) من نظام الطرق والأبنية طريقة البناء والتسقيف , ومن الناحية العملية نجد بأن دائرة البلدية وفي حدود المنطقة الجغرافية للمدينة تحدد طريقة البناء للشارع التجاري بأكمله , بحيث يجب على أصحاب العمارات أن يقوموا بشغل الفضاء الذي يشترطونه بنفس طريقة البناء الخارجية من الواجهة , فنجد في شارع معين تم شغل الفضاء على شكل أروقة إسلامية تترك فيها مسافات لمرور المشاة وفي شارع آخر نجد أن البناء يستند على أعمدة كما هو الحال في شارع الرشيد في بغداد هذا بالنسبة للأبنية القديمة , أما الطريقة الحديثة في البناء فتكون بتعليق البناء من الطابق الأول أو الثاني بحسب التخطيط العمراني دون الاستناد إلى أي عمود أو مسند وبمقدار ذلك البناء إلى مسافات كبيرة نسبياً .<sup>66</sup>

### الخاتمة:

عرفنا فضاء العقار بأنه: الحيز الذي يعلو العقار إلى الحد المفيد في التمتع به والذي تمتد إليه الملكية بصورة تبعية أو يكون مملوكاً بصورة أصلية . إلا أن ذلك محدد بمقياس المنفعة , فيكون الشخص مالكا لفضاء عقاره إلى حد المفيد في التمتع بذلك العقار وهذا أمر ضروري فترك الأمر على إطلاقه سيكون عائقاً يحول دون انسيابية الحياة اليومية ويكون ذلك عائقاً من تحقيق المصلحة العامة , ويمكن التوصل إلى المعيار ذاته في الفقه الإسلامي بالاستفادة من تعريف الملكية . وتوصلنا إلى أن أساس حق ملكية الفضاء هو فكرة التبعية في حال ما إذا كان مالك العقار الأصلي هو نفسه مالكا لفضاء ذلك العقار , أما لو اختلف مالك الفضاء عن مالك العقار الأصلي فان أساس الملكية في هذه الحالة هو العقد الذي أعطى بموجبه مالك العقار الأصلي ملكية فضائه إلى شخص آخر . إن حق مالك العقار على فضائه هو حق ملكية مثله مثل ملكية العقار الأصلي ولا يقتصر الأمر على استعمال الفضاء مثلاً يصور ذلك البعض , وبناءً على ذلك فان ملكية الفضاء جامعة مانعة تخول المالك سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف , وللمالك أن يمنع الغير من التجاوز على فضائه إلا إذا كان ذلك برضا المالك . إن انتقال ملكية فضاء العقار قد يكون بصورة تابعة للعقار الأصلي عند انتقال ملكية ذلك العقار , فأن أي سبب من أسباب نقل ملكية العقار الأصلي يستتبعه بالضرورة انتقال ملكية



الفضاء بصورة تبعية , لكن ملكية الفضاء قد تنفصل عن ملكية العقار الأصلي وذلك عن طريق بيع فضاء العقار بصورة مستقلة عن العقار , وأفضل تطبيق عملي لذلك بيع فضاء الرصيف لصاحب البناء المجاور للرصيف وبصورة مستقلة عن ملكية الرصيف الذي يبقى مملوكاً للبلدية باعتباره مائلاً عاماً , وبلاستفادة من مثل هذا التنظيم القانوني بحثنا في عقد بيع فضاء العقار من حيث الانعقاد الآثار. أما في الفقه الإسلامي فقد وجدنا أن هناك خلاف حول جواز البيع من عدمه , فهو عند البعض غير جائز لأنه بيع للهواء وهو من بيوع الغرر وهم لا يجوزون بيع العلو قبل بنائه , أما الاتجاه الآخر فيجوز ذلك بشرط تعيين ما سيشغل ذلك الفضاء تعييناً نافياً للجهالة والغرر وهو ما رجحناه .

### قائمة المصادر:

- 1- ابن حزم الظاهري, المحلى, ج8, الطباعة المنيرية, مصر, 1350 هـ .
- 2 - ابن قدامة , المغني, ج4, مكتبة الرياض الحديثة , الرياض , بلا .
- 3 - بن الهمام , شرح فتح القدير, ج5, المكتبة التجارية الكبرى, مصر, بلا .
- 4 - د. احمد سلامة , الملكية الفردية(في القانون المصري) , ط1, دار النهضة العربية , مصر , 1970 .
- 5 - د. احمد فراج حسين , الملكية ونظرية العقد في الشريعة , الدار الجامعية, مصر, 1986 .
- 6 - د. جابر محبوب علي , و د. خالد جاسم الهندياني , و د. سامي عبد الله الدريعي , حق الملكية في القانون الكويتي , ط2, جامعة الكويت , 2006 .
- 7 - حامد مصطفى , الملكية العقارية في العراق, ج1(الحقوق العينية الأصلية) , معهد الدراسات العربية العليا, 1964 .
- 8 - د. حسن كيرة , الحقوق العينية الأصلية, ج1(حق الملكية), ط1, بلا , 1958 .
- 9 - العلامة الحلي , تحرير الأحكام, ج2, مؤسسة أهل البيت , بلا .
- 10 - الحكومة المصرية , مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري , ج6, مطبعة دار الكتاب العربي , بلا .
- 11 - زهدي يكن , الملكية والحقوق العينية الأصلية, المكتبة العصرية , صيدا , بلا .
- 12 - شاكر ناصر حيدر , أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة , ط1, وزارة المعارف , بغداد, 1947 .
- 13 - د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في الحقوق العينية الأصلية, ج1 , شركة الطبع والنشر الأهلية , بغداد, 1960-1961 .
- 14 - الشيخ الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , ج2, المكتبة المرتضوية, 1378هـ
- 15 - السيد عبد الأعلى السبزواري , جامع الأحكام, ط8, مطبعة الديواني, بغداد, 1992 .
- 16 - د. عبد الحي حجازي, المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي, ج2(نظرية الحق), جامعة الكويت , 1970 .
- 17 - د. عبد المجيد الحكيم و الأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , ج1 (مصادر الالتزام), وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , بغداد, 1986 . 18 - د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, ج8(حق الملكية) , دار النهضة العربية , القاهرة , 1967 .
- 19 - د. عبد المنعم البدر اوي , شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية, ط2, دار الكتاب العربي, مصر , 1956 .
- 20 - د. عبد المنعم فرج الصدة, حق الملكية, ط2 , مصطفى البابي الحلبي, مصر, 1964 .
- 21 - الشيخ علي الخفيف, الملكية في الشريعة الإسلامية , دار الفكر العربي , مصر , 1996 .
- 22 - د. غازي عبد الرحمن ناجي, ملكية الشقق والطوابق, دار الحرية للطباعة , بغداد, 1987 .
- 23 - د. فتحي عبد الرحيم عبد الله , الوجيز في العقود المدنية المسماة , الكتاب الأول (عقد البيع), ط3, منشأة المعارف , الإسكندرية , بلا .
- 24 - القرافي , الفروق, ج4 دار إحياء التراث العربي , مصر , 1346هـ
- 25 - الكاساني, البدائع, ج6 ط1, مطبعة الجمالية , مصر , 1321 هـ
- 26 - د. محمد سلام مذكور , الفقه الإسلامي, ج1, مكتبة النهضة المصرية , مصر, بلا .
- 27 - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه , الحقوق العينية, ج1 , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , بغداد, 1982 .
- 28 - د. محمد علي عرفة , موجز حق الملكية وأسباب كسبه , مكتبة النهضة المصرية , 1956 .
- 29 - محمد بن علي الشوكاني , نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار, ج5, دار الجليل , بيروت .
- 30 - الشيخ محمد بن علي , تهذيب الفروق , ج4, مطبوع بهامش الفروق .
- 31 - محمد كمال عبد العزيز, التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه , مكتبة القاهرة الحديثة , القاهرة , بلا .
- 32 - د. محمد لبيب شنب, محاضرات في الحقوق العينية الأصلية , جامعة الكويت, 1981 .
- 33 - د. محمود جمال الدين زكي , قانون عقد البيع في القانون المدني , جامعة الكويت , 1974-1975 .
- 34 - د. مصطفى الجمال , نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن, ج1(حق الملكية) , المكتب الشرقي للنشر والتوزيع, لبنان , بلا
- 35 - د. مصطفى الزرقا, الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد, ج2(المدخل الفقهي العام) , ط7, مطبعة جامعة دمشق , 1963 .

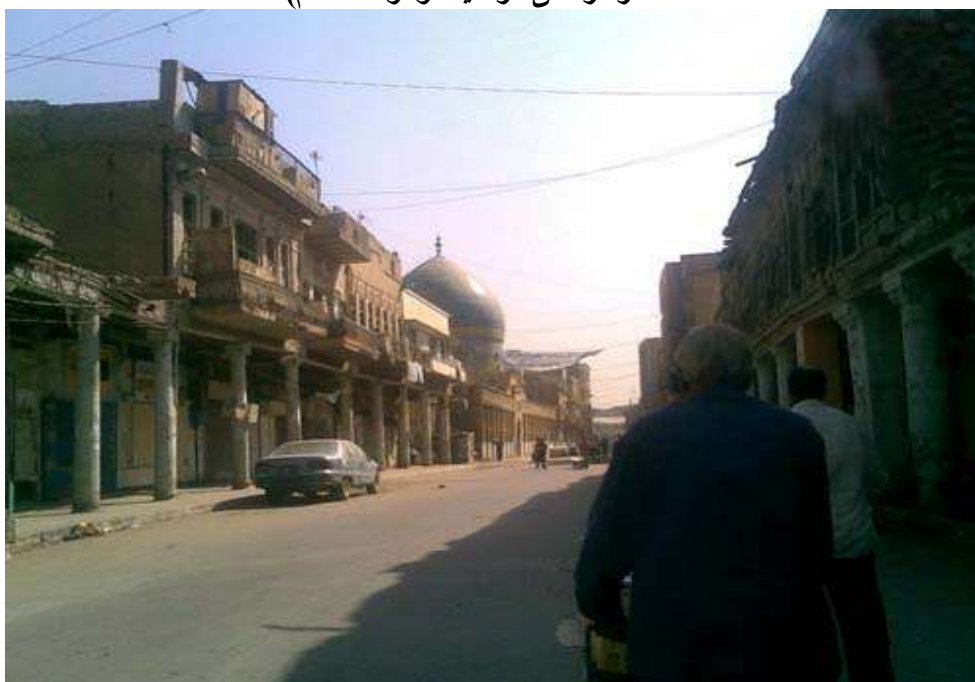
### القوانين والتمتون :

- 1 - مجلة الأحكام العدلية
- 2 - نظام الطرق والأبنية المعدل رقم(62) لسنة 1935 .
- 3 - قانون الملاحة الجوية العراقي الملغي رقم(41) لسنة 1939 .
- 4 - القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

- 5 - القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .
- 6 - تعليمات بيع فضاء الرصيف رقم (1) لسنة 1965 .
- 7 - قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 .
- 8 - قانون الطيران المدني رقم (148) لسنة 1974 .

**ملحق رقم (1)**

صورة رقم (1) شارع الرشيد في بغداد (البناء من الطابق الأول يستند على أعمدة ترتكز على الرصيف وهو ملك عام)



صورة رقم (2) شارع الكويت في البصرة (البناء من الطابق الثاني معلق وهو ممتد على فضاء الرصيف لأكثر من ثلاثة أمتار عمقاً)



## الهوامش:

- 1- نفضل استخدام كلمة (فضاء) بدلاً من كلمتي (هواء) و(علو) التي يستخدمها البعض (الكاساني، البدائع، ج6 ط1، مطبعة الجمالية مصر، 1321 هـ، ص265، القرافي، الفروق، ج4 دار إحياء التراث العربي، مصر، 1346 هـ، ص16، الشيخ محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج4، مطبوع بهامش الفروق، ص40، الشيخ الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج2، المكتبة المرتضوية، 1378 هـ، ص303 والذين استخدموا كلمة هواء) ذلك ان كلمة هواء تستخدم للتعبير عن ما ينتفسه الإنسان أو ما يحيط به من غازات، أما العلو فيستخدمه فقهاء الشريعة الإسلامية عند الكلام عن البناء الذي يعلو الأرض خاصة في ملكية العلو والسفل والتي أخذها القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي فضلاً عن ان كلمة فضاء هي الأكثر استخداماً خاصة في القانون كما سنرى ذلك لاحقاً في نظام الطرق والأبنية وتعليمات بيع فضاء الرصيف والفقه العراقي يستخدم هذه العبارة بشكل واضح، انظر د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص144.
- 2- د. احمد سلامة، الملكية الفردية (في القانون المصري)، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1970، ص87.
- 3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8 (حق الملكية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص547، زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، ج1 المكتبة العصرية، صيدا، بلا، ص143، د. عبد المنعم البدر، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، ط2، دار الكتاب العربي، مصر، 1956، ص30.
- 4- د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط2، مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1964، ص33.
- 5- د. محمد علي عرفة، موجز حق الملكية وأسباب كسبه، مكتبة النهضة المصرية، 1956، ص22، د. السنهوري، الوسيط، ج4، ص572، شاكر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، ط1، وزارة المعارف، بغداد، 1947، ص49، د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1960-1961، ص12.
- 6- جاءت هذه المادة نقلاً عن المادة (2/803) مدني مصري، لكن نجد أن هناك تشريعات تركت الأمر على إطلاقه دون تحديد معيار معين ومنها على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي (المادة 552) وقانون الملكية العقارية اللبناني (المادة 13).
- 7- القرافي، الفروق، ج4، ص117، محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج4، ص4، الطوسي، المبسوط، ج2، ص303، د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، 1986، ص106، وانظر كذلك المادة (1194) من مجلة الأحكام العدلية.
- 8- الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص47.
- 9- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، ج2 (نظرية الحق)، جامعة الكويت، 1970، ص647.
- 10- د. غازي عبد الرحمن ناجي، ملكية الشقق والطوابق، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1987، ص9.
- 11- د. محمد لبيب شنب، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، جامعة الكويت، 1981، ص132.
- 12- د. أحمد سلامة، الملكية الفردية، ص88، و د. مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، ج1 (حق الملكية)، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، لبنان، بلا.
- 13- هذا النص وأن كان مستمد من نص المادة (3/803) من القانون المدني المصري، ألا أن القانون المصري نص على أن هذا الفصل يمكن أن يكون بمقتضى القانون أيضاً، وهو أدق من القانون العراقي ولا يمكن تعليل اقتصار النص العراقي على الاتفاق فقط، انظر د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، ص14.
- 14- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بلا، ص301.
- 15- القرافي، الفروق، ج4، ص15.
- 16- الطوسي، المبسوط، ج2، ص303.
- 17- محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار، ج5، دار الجليل، بيروت، ص390.
- 18- د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج2 (المدخل الفقهي العام)، ط7، مطبعة جامعة دمشق، 1963، ص1011.
- 19- الكاساني، ج6، ص256، القرافي، الفروق، ج4، في حين ذهب رأي آخر إلى عدم جواز ذلك إلا إذا كانت الأشجار مستندة على حائط الجار حيث لا يجوز بيع الهواء (الفضاء) لأنه غير معلوم، انظر الطوسي، المبسوط، ج2، ص304.
- 20- ابن قدامة، المغني، ج4، ص539-540.
- 21- منشور في الوقائع العراقية / العدد 1465، في 17/10/1935.
- 22- منشورة في الوقائع العراقية / العدد 1171، في 11/5/1965.
- 23- د. احمد سلامة، الملكية الفردية، ص91.
- 24- د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ج1 (حق الملكية)، ط1، بلا، 1958، ص88.
- 25- د. محمد علي عرفة، موجز حق الملكية وأسباب كسبه، ص23.
- 26- نقلاً عن محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، بلا، ص707.
- 27- الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص101، و د. محمد سلام مذكور، الفقه الإسلامي، ج1، مكتبة النهضة المصرية، مصر، بلا، ص217، و د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص106.
- 28- الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص101، د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص106.
- 29- القرافي، الفروق، ج4، ص15.

- 30 - ابن قدامة , المغني , ج4, مكتبة الرياض الحديثة , الرياض , بلا , ص539 .
- 31 - نقلاً عن السنهاوري , الوسيط , ج8 , هامش ص575 , وأكثر من ذلك يعطي القانون اللبناني في مادته (73) الحق للمالك في القيام بنفسه بقطع ما يعلو أرضه من أشجار الجار خلافاً للمبدأ العام من عدم اقتضاء الشخص حقه بنفسه ووجوب الالتجاء إلى القضاء في هذا الشأن انظر د. مصطفى الجمال , نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارنة , ج1 (حق الملكية) ص186 .
- 32 - انظر زهدي يكن , الملكية والحقوق العينية الأصلية , مكتبة العصرية , صيدا , بلا , ص58 وقضي بأنه يسوغ للمالك الذي تمتد على أرضه أشجار جاره أن يلزم ذلك الجار بتقليم فروع هذه الأشجار التي تحجب عن أرضه الشمس فتسبب ضرراً لزراعته , (طنطا الكلية 9 فبراير سنة 1926) نقلاً عن السنهاوري , الوسيط , ج8, هامش ص572 .
- 33 - نقض فرنسي/ 15 يولييه 1901, نقلاً عن السنهاوري , الوسيط , ج4, ص574 .
- 34 - زهدي يكن , الملكية والحقوق العينية الأصلية , ص59 علماً أن المؤلف لم يشر إلى رقم وتاريخ القرار .
- 35 - وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على (ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علواً أو عمقاً غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه) وقد حذفت اللجنة التشريعية لمجلس النواب العبارة الأخيرة ( غير أنه ليس للمالك...) لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له فهو مفهوم من صدر الفقرة فجاء نص المادة (2/803) خالياً من الجزء الأخير , مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري , ج6, مطبعة دار الكتاب العربي , بلا .
- 36 - ابن حزم الظاهري, المحلى , ج8 , الطباعة المنيرية , مصر , 1350 هـ , ص240 .
- 37 - د. أحمد فراج حسين , الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية , ص106
- 38 - الشيخ علي الخفيف , الملكية في الشريعة الإسلامية , ص43 .
- 39 - العلامة الحلي , تحرير الأحكام , ج2, مؤسسة أهل البيت , ص134
- 40 - الكاساني, البدائع , ج6, ص265, وانظر في نفس المعنى ابن قدامة , المغني , ج4 , ص554 .
- 41 - د. حسن كيرة , الحقوق العينية الأصلية , ج1 (حق الملكية), ط1, بلا, 1958 , ص188 .
- 42 - مجموعة الأعمال التحضيرية, ج6, ص18, وانظر كذلك حامد مصطفى , الملكية العقارية في العراق, ج1 (الحقوق العينية الأصلية) , معهد الدراسات العربية العليا, 1964 , ص58 , والدكتور محمد لبيب شنب , محاضرات في الحقوق العينية الأصلية , جامعة الكويت , 1981 , ص134 . وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية (كل من تملك أرضاً صار مالكا لكل ما فوقها وما تحتها إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن ذلك ) نقلاً عن محمد كمال عبد العزيز, التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه , ص707 .
- 43 - د. أحمد فراج حسين, الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية , ص106 , و د. محمد سلام مذكور , الفقه الإسلامي, ج1, ص217 .
- 44 - الطوسي , المبسوط, ج2, ص304 .
- 45 - الشيخ علي الخفيف , الملكية في الشريعة الإسلامية , ص101 .
- 46 - ابن قدامة , المغني, ج4, ص540-539
- 47 - القرافي, الفروق, ج4, ص16 .
- 48 - المصدر السابق نفسه
- 49 - المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية .
- 50 - تنص المادة (1126) مدني عراقي على (تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار ) .
- 51 - د. جابر محجوب علي , و د. خالد جاسم الهندياني , و د. سامي عبد الله الدريعي , حق الملكية في القانون الكويتي , ط2, جامعة الكويت , 2006, ص45 .
- 52 - انظر المادة (1158) من القانون المدني العراقي
- 53 - د. جابر محجوب وآخرين, حق الملكية في القانون الكويتي , ص390 .
- 54 - استخدم النص كلمة (استعمال) مرتين وهذا خطأ في الصياغة ففي العبارة الأولى يجب أن تستخدم كلمة (بيع) الفضاء وفي الثانية الراغبين في (شراء) الفضاء لأن الكلام هنا عن بيع للفضاء وليس استعمالاً له , راجع ما ذكرناه سابقاً في المبحث الثاني .
- 55 - انظر د. عبد المجيد الحكيم و الأستاذ عبد الباقي البكري و الأستاذ المساعد محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , ج1 (مصادر الالتزام), وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , بغداد , 1986 , ص44 .
- 56 - انظر ملحق رقم واحد صورة رقم (2)
- 57 - انظر ملحق رقم واحد صورة رقم (1)
- 58 - القرافي, الفروق, ج4, ص16 .
- 59 - ابن قدامة , المغني , ج4, ص540 . بل إن قواعد إدارة المال الشائع أن كان عقاراً تنطبق على فضائه كذلك فقد ورد في جامع الأحكام للسبزواري , ص330 (الطريق غير النافذ ... وهو كسائر الأملاك المشتركة لا يجوز لأحد غيرهم (أي المالك) بل ولا منهم أن يتصرف فيه ولا في فضائه إلا بأذن الجميع ورضاهم) السيد عبد الأعلى السبزواري , جامع الأحكام, ط8, مطبعة الديواني, بغداد, 1992 .
- 60 - انظر المادة (62) من نظام الطرق والأبنية والمادة (5) من تعليمات بيع فضاء الرصيف .

<sup>61</sup> - د. أحمد فراج حسين, الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية, ص107 والشيخ علي الخفيف, الملكية في الشريعة الإسلامية, ص101.

<sup>62</sup> - د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, الوجيز في العقود المدنية المسماة, الكتاب الأول (عقد البيع), ط3, منشأة المعارف, الإسكندرية, ص141.

<sup>63</sup> - د. محمود جمال الدين زكي, قانون عقد البيع في القانون المدني, جامعة الكويت, 1974-1975, ص248.

<sup>64</sup> - انظر بشأن القواعد العامة لضمان التعرض والاستحقاق المواد (549-557) من القانون المدني العراقي.

<sup>65</sup> - ويلاحظ بأن الفقرة (ج) من المادة (25) من نظام الطرق والأبنية جوزت إنشاء النتوءات على فضاء الرصيف وبدون مقابل على أن لا يزيد عمقها على ما يعادل ربع عرض الطريق وفي جميع الأحوال يجب أن لا تزيد على (125 سم) أي أن الفضاء مباح للأشخاص في حدود متر وربع المتر ولا يشترط في ذلك عقد أو ثمن أو تسجيل, أما إذا زاد الأمر على ذلك فلا بد من شراء الفضاء بموجب عقد وان يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.