



دعوى رفع التجاوز
دراسة مقارنة في ضوء نصوص التشريع وقرارات القضاء

**The claim of removing trespass:
A comparative study in light of legislative
provisions and judicial decisions**

أ.م.د. علي حسين منهل

جامعة شط العرب - قسم القانون

ali.hussein.manhal@sa-uc.edu.iq



ملخص

ان دعوى رفع التجاوز من الدعاوى شائعة الاستعمال امام القضاء العراقي على الرغم من عدم وجود تنظيم قانوني لها بهذا الاسم، إذ رسم لها القضاء العراقي تنظيماً خاصاً مفصلاً جاء نتيجة الجمع بين احكام الغصب والالتصاق وفي ضوء القواعد العامة في القانون المدني، فضلاً عن اجتهادات القضاء الكثيرة والمهمة. وتقام هذه الدعوى من قبل صاحب العقار على المتجاوز الذي أنشأ محدثات عليه، وهي تتجسد في المطالبة بإلزام المتجاوز بإزالة المحدثات على نفقته وإعادة العقار خالياً من الشواغل. وقد رسم لها القضاء احكاماً تفصيلية من حيث معناها ونطاقها وعلاقتها بدعوى منع المعارضة، وكذلك مضمون الحكم الذي يصدر فيها وموانع قبولها. ولم نجد دراسة أكاديمية مستقلة لدعوى رفع التجاوز في القانون العراقي، كما ان القانون المصري لم ينظم دعوى بهذا الاسم. ونظراً للأهمية الكبرى لهذه الدعوى الناتجة من كثرة حالات التجاوز في الواقع العملي، ولعدم وجود تنظيم قانوني مستقل لها ولغياب الدراسة الأكاديمية المستقلة، فقد قمنا بدراستها سعياً الى إيجاد صورة متكاملة لها تؤخذ من مجموع احكام الغصب والالتصاق والقواعد العامة واجتهادات القضاء، بما يفيد المتقاضين والمشتغلين بالقانون من قضاة ومحامين ويقدم رؤية علمية بشأنها للأكاديميين في مجال القانون.

الكلمات المفتاحية: التجاوز، الغصب، الالتصاق، منع المعارضة، إزالة المحدثات.



Abstract

The claim of "removing trespass" is commonly use in Iraqi courts, although it not legally regulated by this name. The Iraqi judiciary has drawn up a special, detailed regulation for this claim by combining the provisions of disseisin and accession in light of the general rules in civil law, as well as the many influential judicial precedents. This claim is filing by property owner against the trespasser who built facilities on real estate, it embodied in a request to oblige the trespasser to remove the facilities at his expense and return the property without them to the owner. The judiciary has drawn up detailed provisions for "removing trespass" claim in terms of its meaning, scope, and relationship to claim of "preventing opposition", as well as the content of decision of court and impediments to accepting this claim. "Removing trespass" claim did not dealing by an academic study in Iraq although the great importance of it due to the large number of trespass cases. Because the lack of an independent legal regulation, and the absence of academic study, we have dealt with this claim to introduce an integrated study takes from the provisions of "disseisin and accession", general rules, and judicial precedents. The study shall be useful to litigants, judges and lawyers, and shall provide scientific view for legal academics.

Keywords: trespass, usurpation, accession, preventing opposition, removing facilities.



المقدمة

أولاً-فكرة البحث:

يكثر اللجوء في المحاكم العراقية الى دعوى تسمى "دعوى رفع التجاوز" والتي تستعمل على نطاق واسع في قضايا غصب العقارات، وهذه الدعوى تدخل في إطار حماية حق الملكية العقارية وبموجبها يطلب صاحب العقار المتجاوز عليه إلزام المتجاوز الذي أنشأ محدثات على العقار برفع هذه المحدثات وإعادة العقار خالياً من الشواغل. وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي لم يذكر اصطلاح "رفع التجاوز" في نصوصه إلا ان القضاء العراقي يسير على تنظيم خاص في هذا المجال، إذ صدرت بشأن هذه الدعوى اجتهادات قضائية تتعلق بتحديد مفهومها ونطاقها ومناطق قبولها والحكم الذي يصدر فيها وموانعها وغير ذلك من التفاصيل.

وبموجب هذا التنظيم يقرر القضاء العراقي ان صاحب العقار إذا أراد ان يطلب إلزام المتجاوز بان يزيل المحدثات ويرده خالياً منها فيجب ان يقيم "دعوى رفع التجاوز"، ويجب ان يذكر هذا الطلب في عريضة الدعوى والأفإنها قد تكون واجبة الرد، وتكون الدعوى واجبة الرد أيضاً إذا رأت المحكمة ان هناك خلافاً في قواعد اقامتها والسير فيها او ان المدعي لا يستند الى حق يحميه القانون مما يعني غياب المصلحة في دعواه.

ان القانون المدني العراقي لا يتضمن تنظيمًا موحدًا ومفصلاً لدعوى رفع التجاوز، كما لم يرد فيه هذا الاصطلاح أصلاً بل ورد في تشريعات خاصة تعالج حالة التجاوز على عقارات الدولة، لكن القضاء العراقي رسم تنظيمًا متميزًا لها جمع فيه بين احكام الغصب واحكام الالتصاق فضلاً عن اجتهادات محكمة التمييز الاتحادية. وللأهمية الكبرى لهذه الدعوى بسبب كثرة التجاوزات الحاصلة على العقارات نريد ان ندرسها في هذا البحث من حيث المسار الذي اختطه القضاء



العراقي بشأنها، مستعينين في ذلك بقرارات محكمة التمييز الاتحادية وبالأصول التشريعية التي تستند إليها ان وجدت.

ثانيا- أهمية البحث:

ان موضوع البحث ينال أهمية كبرى تتجسد في ان النصوص القانونية ذات الصلة، بالرغم من وجودها في أكثر من باب من أبواب القانون، لم تضع تنظيما موحدًا لدعوى "رفع التجاوز" تحت هذا الاسم، مما جعل القضاء يأخذ هذه المهمة على عاتقه إذ قد صدرت اجتهادات قضائية مختلفة بشأن هذه الدعوى لكنها لم تصل بعد الى مرحلة الاستقرار او ما يقرب منه، وهذا ما أدى الى تشتيت الاحكام وعدم وضوحها الى درجة ما.

ان التنظيم الذي رسمه القضاء العراقي لدعوى رفع التجاوز هو الذي دفعنا الى دراسة هذه الدعوى وتأصيلها لغرض تقديم رؤية واضحة ومتكاملة لمفهومها واحكامها، وهذا فضلا عن كثرة حالات التجاوز في الواقع. ونستند في دراستنا لهذه الدعوى الى ما سار عليه اجتهاد القضاء العراقي متمثلا بمحكمة التمييز الاتحادية، مع مقابلة هذا الاجتهاد على اختلافه مع النصوص القانونية النافذة للوقوف على مدى انسجامه معها ولطرح رؤية تحقق هذا الانسجام والثبات اللازمين لأحكام القانون. وهذا ما يسبغ على الدراسة أهمية كبرى للمشتغلين بهذا الحقل القانوني، وكذلك لأصحاب العقارات لكي يعرفوا حقوقهم وطريقة المطالبة بها والدفاع عنها من خلال معرفة موقف القضاء منها. هذا فضلا عن أهمية البحث من الناحية العلمية إذ لم نجد دراسة اكااديمية لدعوى رفع التجاوز على الرغم من شيوعها، مما يؤكد الحاجة الى وجود دراسة من هذا القبيل.

ثالثا- اشكالية البحث:

بغض النظر عن الدور الذي قام به القضاء العراقي في رسم الخطوط التفصيلية لدعوى رفع التجاوز، إلا ان أحكامه لم تثبت على نسق واحد في جميع مفاصل هذه الدعوى بل جاءت في



أحيان غير قليلة متفاوتة بين قضية وأخرى، وقد اختلفت فقراتها الحكمية اختلافا جوهريا مع قصر الفاصل الزمني بين حكم وآخر. ولا يقتصر هذا الاختلاف على الأمور غير الأساسية في الدعوى بل انصب في أحيان كثيرة على جوهر الحق وأساسه، لذا نحاول في هذا البحث ان نحدد أسباب هذا الاختلاف وما يترتب عليه وطرق معالجته، لذا يمكن ان نجسد اشكالية البحث في التساؤلات الآتية:

هل يمكن ان نستظهر من النصوص القانونية تنظيما متكاملا موحدًا لدعوى رفع التجاوز؟ وهل قام القضاء بخلق الاحكام الخاصة بدعوى رفع التجاوز من تلقاء نفسه ام انه استمدّها من القواعد العامة في القانون المدني والقوانين الأخرى؟ وهل كان التنظيم الذي رسمه القضاء لهذه الدعوى ثابتًا وموحدًا وملئمًا لمقتضيات العدل والانصاف أم ان فيه اختلافا وميلا عن هذه المقتضيات بحيث يجب العدول عن بعض الاتجاهات المتبعة؟ وهل راعى القضاء في احكامه جانب الحكومة على حساب أصحاب العقارات المتجاوز عليها من قبل دوائر الدولة ام عمد الى تحقيق التوازن والعدالة في حقوق الطرفين؟

رابعاً-منهجية البحث ونطاقه:

نتبع في بحثنا المنهج الاستقرائي التحليلي، فالتنظيم الذي رسمه القضاء العراقي لدعوى رفع التجاوز ليس له وجود متكامل وصريح في نصوص القانون، كما انه لم يخضع لدراسة اكااديمية تفصيلية سابقة تبين مدى انسجامه مع القواعد العامة ومع النصوص المتعلقة بالموضوع. ومن جانب آخر فان دراسة دعوى رفع التجاوز تتطلب استقراء احكام القضاء وتحليل أسباب اختلافها ونقدها ووصف ما يستخلص من ذلك كله، فنجمع بين أكثر من منهج من مناهج البحث نزولا عند أهمية الموضوع ومتطلبات دراسته.

أما من حيث النطاق فان البحث يركز على احكام القانون والقضاء العراقيين، حيث نتناول فيه الاحكام الواردة في القانون المدني والتشريعات المكملة له في ظل استقراء احكام القضاء



العراقي وتحليلها متمثلة بقرارات محكمة التمييز الاتحادية. ويتبنى البحث أيضا منهج المقارنة إذ اخترنا الخطوط العامة للموضوع في القانون المصري، وذلك لكونه الأقرب الى قانوننا فضلا عن أهميته التاريخية. ان تركيز البحث على احكام القانون والقضاء العراقيين قد فرضه وجود هذه الدعوى في المنظومة القانونية العراقية وعدم عثورنا على تنظيم مماثل لها من حيث التسمية في القانون المصري، لذا فان الفائدة المرجوة من البحث في "دعوى رفع التجاوز" تتحقق من هذه المنهجية والمقارنة.

خامسا-خطة البحث:

نقسم الدراسة على مبحثين: نتناول في أولهما مفهوم دعوى رفع التجاوز وفي الثاني احكامها. ونقسم المبحث الأول على مطلبين نبيين في (المطلب الأول) التعريف بدعوى رفع التجاوز وذلك من خلال تحديد معنى هذا الاصطلاح وأصل استعماله في (الفرع الأول)، وتمييز دعوى رفع التجاوز من دعوى منع المعارضة بوصفهما صورتا دعوى رد العقار المغصوب وذلك في (الفرع الثاني). ثم نبيين في (المطلب الثاني) مجال دعوى رفع التجاوز فنبحث في المحدثات التي يتحقق بها التجاوز في (الفرع الأول)، وفي سمات التجاوز في (الفرع الثاني).

أما المبحث الثاني المخصص لأحكام دعوى رفع التجاوز فنقسمه على مطلبين أيضا، فنبحث في (المطلب الأول) أطراف دعوى رفع التجاوز والحكم الذي يصدر فيها، وذلك من خلال دراسة أطرافها في (الفرع الأول) والحكم الذي يصدر فيها في (الفرع الثاني). ونبيين في (المطلب الثاني) موانع الحكم برفع التجاوز، فندرس المانع الأول وهو عدم الحكم برفع التجاوز فيما بين الشركاء في العقار الشائع في (الفرع الأول)، ثم المانع الثاني وهو عدم الحكم برفع التجاوز ضد دوائر الدولة في (الفرع الثاني).

وبعد ذلك نأتي الى الخاتمة، والتي نضع فيها استنتاجات الدراسة والتوصيات والمقترحات التي توصل اليها البحث.



المبحث الأول

مفهوم دعوى رفع التجاوز

تحظى دعوى رفع التجاوز بأهمية عملية كبرى في المحاكم العراقية بسبب كثرة التجاوزات التي تحصل على العقارات وما تثيره من مشاكل ونزاعات بين أصحاب هذه العقارات والمتجاوزين، وعلى الرغم من هذه الأهمية وكثرة دعاوى رفع التجاوز وتنوع الاحكام القضائية الصادرة فيها إلا اننا لم نجد لها مفهوما محددًا في النصوص القانونية، كما لم نجد لها مفهوما موحداً يتبناه القضاء في جميع أحكامه وقراراته. وللوقوف على ذلك نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في اولهما التعريف بدعوى رفع التجاوز ونبين في الثاني نطاق هذه الدعوى.

المطلب الأول

التعريف بدعوى رفع التجاوز

من أجل التعريف بدعوى رفع التجاوز يجب ان نبين معنى اصطلاح "رفع التجاوز" وأصل استعماله أولاً ثم علاقته بدعوى منع المعارضة ثانياً، إذ ان دعوى رفع التجاوز هي احدى صورتى دعوى رد العقار المغصوب الى جانب دعوى منع المعارضة بحسب ما سار عليه القضاء العراقي. وللوقوف على ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في (الفرع الأول) معنى رفع التجاوز، ونبين (في الفرع الثاني) تمييز دعوى رفع التجاوز من دعوى منع المعارضة .



الفرع الأول

معنى رفع التجاوز

ان اصطلاح "رفع التجاوز" غير مذكور في القانون المدني العراقي، وهذا يفرض علينا قبل تحديد معناه ان نبحت في أصل استعماله في التشريعات المطبقة في العراق سابقا وحاليا، فضلا عن استعماله من قبل المحاكم العراقية. ولهذا الغرض فإننا نبدأ ببيان الموقف التشريعي قبل صدور القانون المدني فنبحت في قانون الأراضي العثماني ومجلة الأحكام العدلية وشروحها، ثم نبين الموقف التشريعي بعد صدور القانون المدني والذي ورث الكثير من الاحكام والمفاهيم من القوانين التي كانت نافذة قبله. ومن أجل ذلك نقسم الكلام على ثلاث فقرات كما يأتي.

أولا-الموقف التشريعي من اصطلاح رفع التجاوز قبل صدور القانون المدني:

صدر قانون الأراضي العثماني في سنة 1858 وتم تطبيقه في العراق قبل صدور مجلة الأحكام العدلية، وكان هذا القانون ينص في المادة (35) منه على ان الشخص إذا أحدث في أرض غيره بناء او غراسا فان المتصرف في الأرض له صلاحية "قلع وهدم" الأبنية والكروم



والأشجار،⁽¹⁾ فلم يستعمل هذا القانون اصطلاح "رفع التجاوز" في إطار الدعوى التي تقام على المحدث بل استعمل لفظي "قلع" و "هدم".⁽²⁾

وعندما صدرت مجلة الاحكام العدلية في سنة 1882 لم تستعمل في نصوصها اصطلاح "رفع التجاوز" ايضا، فالمادة (906) منها استعملت لفظ "قلع" مقررة ان الغاصب الذي ينشئ بناء او يغرس اشجارا على الأرض المغصوبة يؤمر بقلعها.⁽³⁾ وقيل ان هذا الحكم ناشئ عن الحديث النبوي الذي يقول "ليس لعرق ظالم حق"، وان العرق الظالم هو الذي يغرس في الأرض على وجه الاغتصاب فيكون المعنى ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه.⁽⁴⁾

ويستعمل شراح المجلة لفظي "رفع وقلع" على سبيل الترادف ولم نجد منهم من يستعمل اصطلاح "رفع التجاوز"،⁽⁵⁾ وقد استعمل بعضهم اصطلاح "رفع" بخصوص قيام الشخص بوضع أشياء تعود له في عقار غيره بدون اذنه مثل الأنقاض والقمامة حيث يلزم برفعها، ولم

(1) نصت على ذلك المادة (35) من قانون الأراضي العثماني بقولها: (إذا أحدث شخص فضولا في الأراضي الجارية في تصرف أحد الأشخاص الصحيح أو غرس بها كروما وأشجارا فللمتصرف بالأرض صلاحية بهدم وقلع تلك الأبنية والكروم والأشجار).

(2) ينظر في ذلك: شاكر ناصر حيدر، احكام الأراضي والأموال غير المنقولة، ط2، مطبعة المعارف، بغداد، 1944، ص 219.

(3) تنص المادة (906) من مجلة الاحكام العدلية على ما يأتي: (إذا كان المغصوب ارضا وكان الغاصب انشأ عليها بناء او غرس فيها اشجارا يؤمر الغاصب بقلعها وان كان القلع مضرا بالأرض فللمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض ولكن لو كانت قيمة الأشجار او البناء ازيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويمتلكها مثلاً لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباقي يعطي قيمة العرصة ويضبطها).

(4) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مج 2 (البيع-الاجارة-الكفالة)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 2003، ص 575.

(5) يقول أحدهم: "وعليه لو أبى الغاصب قلعها ورفعها وغاب راجع المغصوب منه الحاكم وحصل منه على الأمر بالقلع." علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الاحكام، مج 2، المصدر السابق، ص 575.

ويقول في موضع آخر: "إذا ادعى المدعى قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد أحدث في عرصتي بناء أو غرس أشجارا فيجب بيان تلك العرصة، كما انه يلزم بيان طول البناء وعرضه، وهل هو بناء أخشاب، أو بناء حجر فبعد بيان ذلك إذا أقر المدعى عليه يؤمر برفع البناء والأشجار، وإذا نكر بأنه بنى أو غرس ولم يستطع المدعي الاثبات فيحلف بأنه لم ينشئ في أرض المدعي ذلك البناء أو يغرس تلك الأشجار، وإذا نكل عن اليمين يؤمر برفعها". علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مج 4 (الصلح والابراء-الاقرار-الدعوى-البيانات والتحليف-القضاء)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 2003، ص 190.



يذكروا ان هذا الرفع يكون للتجاوز الحاصل من الشخص بل لم يطلقوا على الأفعال الموصوفة آنفا وصف "التجاوز"، اما قيام الغاصب بالبناء او الغراس و إلزامه برفعها فلم يستعملوا بشأنه سوى اصطلاح "القلع".⁽⁶⁾

ثم صدر قانون المحاكم الصلحية رقم 35 لسنة 1938 واستعمل اصطلاح "التجاوز" للدلالة على وضع اليد على العقار سواء رافق ذلك إقامة محدثات عليه ام لا،⁽⁷⁾ وكان هذا في باب دعوى استرداد الحيازة التي كان يطلق عليها في هذا القانون اسم "دعوى رفع اليد".⁽⁸⁾ ونعتقد ان تسمية دعوى "رفع التجاوز" جاءت من تطبيقات هذا القانون، إذ انه أطلق لفظ "التجاوز" على وضع اليد، وسمى الدعوى التي تقام بناء على هذا التجاوز باسم "دعوى رفع اليد". ومن خلال الجمع بين هذه التسميات نشأ ما يمكن ان نطلق عليه "سياق عملي" بشأن استعمال اصطلاح "دعوى رفع التجاوز"، وذلك عن طريق إحلال كلمة "التجاوز" محل كلمة "اليد" لأنهما كانا مستعملتان بمعنى واحد في قانون المحاكم الصلحية.⁽⁹⁾

(6) ينظر: منير القاضي، شرح المجلة، الغصب والاتلاف والحجر والاكراه والشفعة، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، 1942، ص 32 و38. وأيضا: سليم رستم باز، كتاب شرح المجلة، مج 1، المطبعة الأدبية، بيروت، 1888، ص 475.

(7) كانت المادة (13) من قانون المحاكم الصلحية الملغى تنص على انه (إذا تجاوز أحد على مال غير منقول لآخر وأحدث يده عليه يحكم برفع يده الحادثة وبإعادة المدعى به الى صاحب اليد القديمة).

(8) كانت المادة (14) من قانون المحاكم الصلحية الملغى تنص على انه (تراعى في دعاوي رفع اليد الشروط التالية: 1- ان يثبت المدعي كونه ذا يد حقيقية بسند. 2- ان يثبت كونه واضعا يده على المتنازع فيه قبل احداث المدعى عليه يده عليه. 3- ان يكون المدعى عليه قد أحدث يده على المتنازع فيه تجاوزا. 4- ان تقام الدعوى في خلال سنتين من تاريخ التجاوز ما لم يكن المدعي غائبا خارج العراق وفي هذه الحالة تبدأ المدة المذكورة من تاريخ عودته الى العراق).

وتنظر المادة (16) من هذا القانون أيضا والتي كانت تنص على انه (إذا لم يبرز المدعي سندا وتحقق قدم يده وحدث يد المدعى عليه تجاوزا تسمع دعوى رفع اليد ويحكم بها بدون حاجة الى اثبات اليد الحقيقية بسند).

(9) يلاحظ ان قانون المحاكم الصلحية الملغى استعمل تسمية أخرى أيضا لدعوى رفع اليد هي "دعوى إعادة اليد" وذلك في المادة (1/21) بقولها: (إذا كان للمدعى عليه زرع في المنازع فيه وقد أدرك المحصول وثبتت دعوى إعادة اليد حسب الاصول يؤمر المدعى عليه بحصد زرعه و برفع يده عن المدعى به).



ثانيا-الموقف التشريعي من اصطلاح رفع التجاوز بعد صدور القانون المدني:

لم يستعمل القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 اصطلاح "رفع التجاوز" ضمن النصوص المتعلقة بالغصب او حماية حق الملكية او دعاوى الحيازة او الالتصاق، إلا ان هذا القانون استعمل اسم "دعوى رفع اليد" كمرادف لدعوى "استرداد الحيازة"⁽¹⁰⁾ ومع ذلك فقد بقي استعمال اصطلاح "دعوى رفع التجاوز" شائعا في المحاكم الى ان استقر الحال على تخصيصه بدعاوى الملكية وبخصوص الدعوى التي تقام على واضع اليد الذي يقيم محدثات على العقار، وذلك من خلال السياق العملي ايضا وليس من خلال نصوص القانون.⁽¹¹⁾

وإذا بحثنا في شروح القانون المدني نجد انها لم تتناول اصطلاح "رفع التجاوز" ولم تذكر تعريفا فقهيا له ولا للدعوى التي تقام بناء عليه، بل ان الشراح لم يتطرقوا أصلا الى دعوى رفع التجاوز واكتفوا بالكلام عن احكام الغصب في باب الالتزامات واحكام الالتصاق في باب كسب الملكية، دون ان يبينوا طريقة المطالبة برد العقار المغصوب وتفاصيلها ونوع الدعاوى التي تستعمل لهذا الغرض والاسماء التي تطلق عليها في أروقة القضاء.⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ تنظر المادة (1151) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (إذا اقام الحائز دعوى رفع اليد لاسترداد حيازته...). وكذلك المادة (1/1153) بقولها: (إذا كان للمدعى عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده...). وكذلك المادة (1156) بقولها: (لا يفيد الحكم برفع اليد ورد الحيازة او الحكم بمنع التعرض او الحكم بوقف الأعمال الجديدة القضاء بملكية العقار لمن حكم له). ينظر في ذلك أيضا: شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج2، في حق الملكية (الشفعة-الحيازة والتقدم)، مطبعة المعارف، بغداد، 1959، ص 1408.

⁽¹¹⁾ اما قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 فقد استعمل اصطلاح "دعوى استرداد الحيازة" في المادة (1/11) منه وعرفها بانها الدعوى التي تقام في حالة نزع يد الشخص من العقار، إذ جاء فيها (1- دعوى استرداد الحيازة، وهي تقتضي وجود شخص نزع يده). ونزع اليد هنا يعطي معنى "التجاوز" الذي كان مستعملا في قانون المحاكم الصلحية، وكذلك معنى "انتزاع الحيازة" المستعمل في المادة (1/1150) من القانون المدني بقولها: (لصاحب العقار إذا انتزعت منه الحيازة...).

⁽¹²⁾ ينظر بشأن الغصب مثلا: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني-أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 270-276. وكذلك مؤلفه القيم المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2 الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 270-279. وينظر بشأن الالتصاق مثلا: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية في ذاته، خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده وأسباب كسبه، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1960-1961، ص 270-272؛ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية،



لكن المشرع العراقي استعمل اصطلاح "رفع التجاوز" و"إزالة التجاوز" في تشريعات خاصة بمواجهة حالات الغضب الواقعة على العقارات العائدة للدولة، حيث صدرت عدة قرارات من مجلس قيادة الثورة المنحل مع تعليمات لتسهيل تنفيذها تناولت احكام التجاوز على عقارات الدولة وطريقة التعامل مع المتجاوزين، والتي لا تزال نافذة في الوقت الحاضر.

فقد استعمل بعض هذه القرارات اصطلاح "رفع التجاوز" و"إزالة التجاوز" على سبيل الترادف في موضع واحد،⁽¹³⁾ واستعمل بعضها الآخر هذين الاصطلاحين في موضعين مختلفين دون تمييز بين معنى كل منهما،⁽¹⁴⁾ واستعمل بعضها اصطلاح "رفع التجاوز" فقط ولم يستعمل اصطلاح "إزالة التجاوز".⁽¹⁵⁾

ويتضح مما تقدم ان "رفع التجاوز" و"إزالة التجاوز" يستعملان في هذه التشريعات الخاصة بمعنى واحد دون فرق بينهما من حيث المفهوم، ونرى ان هذا هو السبب في اختلاف القرارات القضائية في تحديد معنى رفع التجاوز في الدعاوى التي تخرج عن نطاق القرارات أعلاه، فعلى

الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع، ص 171؛ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، في حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، 1959، ص 900-902.

⁽¹³⁾ وهذا في القرار رقم 154 لسنة 2001 والتعليمات الصادرة بموجبه بالرقم 15 لسنة 2001 إذ ورد ذكر هذين الاصطلاحين في البنود (ثالثا ورابعا وخامسا/2/أ/ج وثامنا) من القرار، وكذلك في البند (ثانيا) من المادة (2) والبند (ثانيا) من المادة (3) والمادة (4) والبندين (أولا وثالثا) من المادة السادسة من التعليمات. وقد ورد مصطلحا إزالة التجاوز ورفع التجاوز معا في البند (رابعا) من القرار بقوله: "إذا تعذر رفع التجاوز وإزالته من قبل اللجنة الفرعية..."، وتكررت الصيغة ذاتها في المادة (4) من التعليمات.

وقد نشر القرار رقم 154 في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 3886 في 2001/7/9، اما التعليمات رقم 15 فقد نشرت في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 3900 في 2001/10/15.

⁽¹⁴⁾ استعملت التعليمات رقم 4 لسنة 1987 اصطلاح "إزالة التجاوز" في صدر المادة الأولى، واصطلاح "رفع التجاوز" في الفقرة الثانية من المادة الأولى وكذلك في المادة الثالثة. وهذه التعليمات صدرت لتسهيل تنفيذ احكام القرار رقم 398 لسنة 1987 وقد نشرت في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 3161 في 1987/8/3.

⁽¹⁵⁾ استعمل القرار رقم 548 لسنة 1979 اصطلاح "رفع التجاوز" في المادة (9) منه، وكذلك استعملته تعليمات تسهيل تنفيذ هذا القرار الصادرة بالرقم 2 لسنة 1979 في المادة الرابعة عشر منها. وقد نشر القرار رقم 548 لسنة 1979 في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 2711 في 1979/5/21، اما التعليمات رقم 2 لسنة 1979 فقد نشرت في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 2716 في 1979/6/18. اما القرار رقم 398 لسنة 1987 فقد استعمل اصطلاح "رفع التجاوز" في البندين (أولا وثانيا)، وقد نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 3155 في 1987/6/22.



الرغم من ان المحاكم تستعمل في هذه الدعاوى أحيانا اصطلاح "إزالة التجاوز" إلا أنها في الاعم الأغلب تستعمل اصطلاح "رفع التجاوز" كما يتبين لنا من القرارات التي يشار اليها في البحث لاحقا.

ويمكن الاستدلال على تطور استعمال اصطلاح "رفع التجاوز" في المحاكم من خلال قانون إدارة الأوقاف رقم 64 لسنة 1966، إذ يمكن من متابعة تعديلات هذا القانون ان نفرق بين مرحلتين بشأن استعمال الاصطلاحات فيه. فالمادة (12) منه كانت تنص عند صدوره على عقوبة جزائية للشخص الذي يتجاوز على العقار الموقوف وإلزامه بدفع ضعف أجر المثل، وكانت تستعمل لفظ "قلع" بشأن المحدثات التي يقيمها المتجاوز.⁽¹⁶⁾ لكن عند تعديل هذه المادة في سنة 1999 تم استعمال اصطلاح "رفع التجاوز" بدلا من قلع المحدثات،⁽¹⁷⁾ ونرجح ان تغيير الاصطلاحات بهذه الطريقة في هذا القانون كان بسبب التأثير بالاستعمالات الشائعة في الدعاوى وقرارات المحاكم والسياق العملي المشار اليه آنفا وقت صدور التعديل.

ولما كان اصطلاح "رفع التجاوز" غير مستعمل في نصوص القانون المدني العراقي كما ذكرنا، ولأن القضاء العراقي هو الذي رسم تنظيميا لدعوى الملكية التي أطلق عليها اسم "دعوى

⁽¹⁶⁾ كانت المادة (12) من قانون إدارة الأوقاف قبل تعديلها تنص على ان (يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على ارض موقوفة بغرسها او البناء عليها او بزرعها بالحبس مدة لا تقل عن الشهر ولا تزيد على السنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار او بكليتهما وبالتعويض بما لا يقل عن ضعف اجر المثل من تاريخ التجاوز حتى تاريخ القلع، وبقلع المحدثات وبيعها على نفقة المتجاوز وعلى المحكمة ان تحسم الدعوى بصورة مستعجلة). وتنظر المادة (13) من هذا القانون قبل تعديلها إذ كانت تستعمل لفظ "قلع" أيضا.
⁽¹⁷⁾ تنص المادة (12) المعدلة على ان (1- يعاقب المتجاوز على العقار الموقوف بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تقل عن (١٠٠,٠٠٠) عشرة الاف دينار ولا تزيد على (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف دينار. 2- يضمن المتجاوز ضعف اجر المثل من تاريخ التجاوز ولغاية رفع التجاوز الذي يتم على نفقته مع ضعف قيمة الاضرار الناجمة عن التجاوز. 3- على دوائر الاوقاف التي يقع ضمن حدودها العقار الموقوف المتجاوز عليه انذار المتجاوز برفع التجاوز خلال مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ فاذا انتهت المدة ولم يتم رفع التجاوز فعليها مراجعة محكمة التحقيق وطلب تحريك الدعوى الجزائية بحق المتجاوز وفق احكام القانون. 4- تنتظر المحكمة في الدعوى المقامة على المتجاوز بصورة مستعجلة). وقد جرى تعديل المادة (12) بموجب المادة (3) قانون التعديل الثامن لقانون إدارة الأوقاف رقمه 40 لسنة 1999، اما المادة (13) فقد عدلت بموجب المادة (4) من قانون التعديل ذاته.



رفع التجاوز"،⁽¹⁸⁾ فإننا نحاول ان نصل الى معنى رفع التجاوز وتعريفه في هذه الدعاوى من خلال استقراء قرارات القضاء العراقي، ويمكن ان نستنتج ذلك على وجه الخصوص بطريقة ضمنية من قرارات محكمة التمييز الاتحادية.

ونبين قبل ذلك ان القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 لم يذكر اصطلاح "رفع التجاوز" أيضا ولم ينظم احكاما خاصة بالغصب، وقد استعمل هذا القانون في باب الالتصاق عبارة "إزالة المنشآت" إذا كانت مقامة بسوء نية.⁽¹⁹⁾ وهذا ما سارت عليه محكمة النقض المصرية، إذ تستعمل هذه العبارات نفسها في قراراتها بخصوص دعاوى الالتصاق.⁽²⁰⁾

(18) وهذا الأمر ليس جديدا بل كان القضاء العراقي يستعمل اصطلاح "رفع التجاوز" منذ وقت مبكر، مثال ذلك قرار محكمة تمييز العراق رقم 806/ح/1956 في 19/6/1956 والذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان محضر الكشف يؤيد وجود ميلان في الجدار بمقدار أربعين سنتمترا من أرض الدار ومعنى ذلك ان المدعية يتعذر عليها التصرف في الجزء من أرض دارها الذي يكون تحت ظل ذلك الميلان ويعتبر ذلك تقييدا لمليتها دون موجب قانوني لذا كان على المحكمة ان تعتبر ذلك تجاوزا وتصدر حكمها برفعه). مجلة القضاء، العدد 5، السنة الرابعة عشرة، تشرين الثاني، 1956، ص 747.

(19) تنص المادة (1/924) من القانون المدني المصري على ان (1- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاه صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. 2- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزاعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة). ينظر في ذلك: د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 236.

(20) الطعن رقم 3952 لسنة 66 ق، جلسة 1997/12/27 والذي جاء فيه (مفاد نص المادة 924 من القانون المدني انه إذا كان صاحب الأدوات الباني في أرض غيره سيء النية كان لصاحب الأرض ان يطلب الازالة على نفقة الباني وإعادة الشيء الى أصله مع التعويض ان كان له محل وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت). نقلا عن: المستشار د. معوض عبد النواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مج 9، ط 7، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طنطا، 2004، ص 418.

ويستعمل الشراح في مصر اصطلاح "خيار الازالة". ينظر: د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص 67؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 331؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 100.



ثالثاً-تعريف دعوى رفع التجاوز:

اختلفت قرارات محكمة التمييز الاتحادية مبدئياً بشأن العلاقة بين التجاوز والغصب، إذ ذهبت في بعضها الى ان التجاوز هو ذاته فعل الغصب الذي لا يمكن ان يكون نعمة للغاصب فيلزم برفعه،⁽²¹⁾ في حين ذهبت في قرارات أخرى الى ان التجاوز هو حالة مساوية للغصب فيلزم المتجاوز برفعه ايضاً.⁽²²⁾ إلا ان هذين المعنيين للتجاوز لا يعبران عن حقيقته التي تقصدها محكمة التمييز الاتحادية من خلال استقراء قراراتها، إذ ان الغصب قد يحصل بوضع اليد على العقار دون انشاء محدثات عليه وقد يحصل مع انشائها، في حين ان التجاوز المقصود في القرارات القضائية هو الغصب الذي يصحبه انشاء محدثات وليس الغصب المجرد فيكون التجاوز احدى صورتي الغصب.

⁽²¹⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1481/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/10/12 والذي جاء فيه (صحيح وموافق للقانون وذلك لإقرار المدعى عليها باستغلال وغرس أشجار النخيل وقد ثبت ذلك من خلال تقرير الخبير المساح... وبالتالي فان قيامه باستغلال جزء منها بالغرس يعتبر تجاوزاً على أصحاب الحقوق التصرفية في القطعة ومن ضمنهم المدعين والتجاوز هو فعل الغصب بعينه ويلزم غاصب حق التصرف للعقار بإعادته الى صاحب حق التصرف خالياً من الشواغل استناداً للمادة (1176) من القانون المدني). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، ج2، ط1، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، 2018، ص 10. وكذلك قرارها رقم 4871/ الهيئة الاستئنافية عقارم2021 في 2021/12/12 والذي جاء فيه (ولأن التجاوز هو فعل الغصب بعينه والغصب لا يكون نعمة للملك والغاصب ملزم برد العقار المغصوب الى صاحبه (المادة 197 مدني). القرار المذكور عند: القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، القسم المدني، للسنوات 2020-2021-2022، مطبعة الكتاب، بغداد، 2022، ص 60.

⁽²²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 65/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/1/18 والذي جاء فيه (وجد ان قرار محكمة الاستئناف صحيح وموافق لأحكام القانون والذي قضى برفع التجاوز عن عقار المدعي وتسليمه اليه خالياً من الشواغل...لأن التجاوز يعد حالة مساوية للغصب والمغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله على وفق ما نصت عليه احكام المادة 197 مدني). المذكور عند القاضي: ليث راسم هندي، درر الأحكام القانونية المستخلصة من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ط1، مكتبة صباح القانونية، بغداد، 2022، ص 116-117.

وينظر أيضاً قرارها رقم 53/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/1/7 والذي جاء فيه (ان المميز تجاوز بالمساحة أعلاه على عقار المميز عليه والتجاوز حالة مساوية للغصب وحيث ان المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله المادة (197) من القانون المدني لذا فان دعوى المدعي لها سند من القانون). القرار المذكور عند: المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني (2019-2020)، ط1، دار المحامي القانونية، النجف الأشرف، 2021، ص 147.



ونبدأ باستخلاص تعريف للتجاوز نفسه إذ يمكن ان بانه قيام شخص بوضع يده على عقار عائد لغيره وانشاء محدثات عليه، وهذا يعني ان التجاوز يتجسد بفعل مركب من وضع اليد وإقامة المحدثات، وبناء على ذلك يمكن تعريف التجاوز بأنه (وضع شخص يده على عقار الغير دون وجه حق وقيامه بإنشاء محدثات عليه).

وبعد تعريف التجاوز يمكننا ان نصل الى تعريف اصطلاح "رفع التجاوز" بأنه (الزام واضع اليد بإزالة المحدثات التي انشأها على العقار دون وجه حق ورده الى صاحبه خاليا من الشواغل).

وبعد تعريف كل من التجاوز و"رفع التجاوز" يمكن ان نحدد المقصود بدعوى رفع التجاوز، إذ يمكن من خلال قراءة قرارات محكمة التمييز الاتحادية ان نعرف هذه الدعوى بأنها (دعوى ملكية تقام على الشخص الذي وضع يده على العقار وأنشأ محدثات عليه دون وجه حق وتتجسد مطالبة صاحب العقار فيها بالزام المدعى عليه بإزالة المحدثات وإعادة العقار الى حالته الأولى وتسليمه الى صاحبه خاليا من الشواغل).

ولم يستعمل القانون ولا القضاء في مصر اسما معيناً للدعوى التي يقيمها صاحب العقار ويطلب فيه إزالة المحدثات، لكن ما يسير عليه العمل ان الدعوى التي يقيمها صاحب العقار في هذه الحالة هي "دعوى استحقاق أي دعوى ملكية وليست دعوى حيازة يطلب فيها الازالة على نفقة الباني وبتعويض ما لحق الأرض من ضرر".⁽²³⁾

(23) المستشار أنور طلحة، الوسيط في القانون المدني، ج3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 274.



الفرع الثاني

تمييز دعوى رفع التجاوز من دعوى منع المعارضة

لقد سار القضاء العراقي على تقسيم دعاوى المطالبة برد العقار المغصوب الى دعويين هما "دعوى رفع التجاوز" و"دعوى منع المعارضة"، لذا يجب ان نبين معيار التمييز بين هذين الدعويين ومجال كل منهما. وقبل ذلك نبحت في استعمال اصطلاح "منع المعارضة" في التشريعات التي طبقت في العراق فنقسم الكلام على فقرتين.

أولاً- اصطلاح منع المعارضة في التشريعات المطبقة في العراق:

لم يستعمل اصطلاح "منع المعارضة" في كل من قانون الأراضي العثماني ومجلة الاحكام العدلية، إلا ان شراح المجلة يستعملونه عند الكلام عن الدعوى والاثبات بمعنى ان المدعي الذي لا يتمكن من اثبات ما يدعيه يمنع من معارضة المدعى عليه، وقد ورد ذلك في باب اليمين على وجه الخصوص إذ قيل ان الخصم الذي يحلف اليمين يكون في مركز قوي ويمنع الطرف الآخر من معارضته، والخصم الذي ينكل عن الحلف يكون في مركز ضعيف ويمنع هو من معارضة الطرف الآخر.⁽²⁴⁾

(24) يقول شارح المجلة علي حيدر: "إذا ادعى أحد على آخر بكذا دراهم من جهة كذا فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: قد أبرأتني من المبلغ المذكور فاذا أثبت المدعى عليه دفعه هذا بالبينة فيها. وإذا لم يثبت يحلفه. فإذا نكل عن الحلف يثبت دفعه ويمنع المدعي من المعارضة." ويقول ايضاً: "وفي هذه الصورة إذا لم يثبت المدعي دعواه بالبينة وصار توجيه اليمين على المدعى عليهما البائع والمشتري فحلف اليمين يمنع المدعي من المعارضة." ويقول في باب التناقض: "وإذا ثبت استشراؤه المال المذكور قبل ادعاء الملكية فيمنع من معارضة المدعى عليه" وكذلك: "مثلاً لو ادعى أحد ملكية الحائط القائم عليه بناء شخص والواقع بين داره ودار ذلك الشخص ان الحائط المذكور حائطه، ولم يكن لدى الاثنين بيعة فالقول مع اليمين لصاحب البناء على الحائط فإذا حلف يمنع المدعي من المعارضة ويترك الحائط في يد المدعى عليه"، ويقول ايضاً: "ويوجد فرق بين التحليف والتحالف من حيث ماهية ومن حيث الحكم أيضاً وهو = = انه يحكم في نتيجة الحلف إما بمنع معارضة المدعي للمدعى عليه أو بالزام المدعى عليه بالمدعى به أما في نتيجة التحالف فيحكم بفسخ عقد البيع أو عقد الإجارة." ويقول في باب اليمين: "بما ان اليمين حق المدعي فيجب في التحليف طلب المدعي فعلى ذلك إذا حلف المدعى عليه يحكم بمنع المعارضة وإذا نكل يحكم بالمدعى به". علي حيدر، درر الحكام، مج 4، المصدر السابق، الصفحات 224 و235 و264 و334 و490 على التوالي.



والظاهر ان المقصود من لفظ "المعارضة" عند هؤلاء الشراح هو الاحتجاج ضد الدليل الذي تقويه المحكمة، إذ ان الخصم الذي يعجز عن تقديم الدليل لا يجوز له ان يعارض خصمه الآخر الذي له دليل في الدعوى.⁽²⁵⁾ ومن أجل ما تقدم فقد كان شراح قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني الذي صدر سنة 1879 يستعملون عبارة "منع الدعوى" في حالة عدم طلب توجيه اليمين الى المدعى عليه من قبل المدعي إذا عجز الأخير عن تقديم دليل كاف في دعواه.⁽²⁶⁾

أما في القانون المدني العراقي فلم نجد ذكرا لاصطلاح "منع المعارضة"، لكن المشرع العراقي استعمل هذا الاصطلاح في قانون الرسوم العدلية رقم 114 لسنة 1981 النافذ، وقد جاء ذلك لغرض تحديد قيمة الرسم وليس لوضع احكام موضوعية او تعريفات لهذه الدعوى.⁽²⁷⁾

وقد عرفت دعوى منع المعارضة من قبل أحد شراح القانون المدني بأنها "الدعوى التي تقام، في الغالب، كدعوى ملكية لحماية حق الملكية من تعرض الغير".⁽²⁸⁾ واستند هذا التعريف الى

⁽²⁵⁾ يقول علي حيدر: "وإذا عجز أحدهما واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلا، لان لأحدهما وضاعة يد فقط أما الآخر فقد أقام البيينة ووضع اليد لا يكفي لمعارضة البيينة". ويقول ايضا: "أما إذا لم يكن لدى المدعي شهود فليس له تكرار المعارضة". علي حيدر، درر الحكام، مج 4، المصدر السابق، الصفحات 522 و490 على التوالي.

⁽²⁶⁾ ورد في هذا الشأن انه "إذا قرر المدعي انه عاجز عن اثبات دعواه او قررت المحكمة عجزه عن ذلك وجب ان يسأل حينئذ عما إذا كان يريد تحليف خصمه اليمين ام لا، فان أجاب انه لا يريد تحليفه حكمت عليه المحكمة بمنع دعواه عن المدعى عليه وفقا للمادة 1819 من المجلة". سليم بن رستم باز، شرح قانون المحاكمات الحقوقية، ط2، المطبعة الأدبية، بيروت، 1911، ص 305. وجاء ذلك عند شرح المادة (92) من القانون والتي تنص على ان (من لم يقدر على اثبات ادعائه يسأل هل يريد ان يحلف خصمه اليمين فان طلب ذلك يحلف المدعى عليه).

⁽²⁷⁾ جاء في البند (خامسا) من المادة (18) من قانون الرسوم العدلية بشأن رسوم الدعاوى ما نصه (في دعاوى منع المعارضة بمنفعة عقار او منقول يستوفى الرسم على بدل المنفعة السنوي). وجاء في البند (أولا) من المادة (35) من القانون ذاته بشأن رسوم معاملات التنفيذ ما نصه (يستوفى من المدين رسم مقداره (2%) اثنان من المائة من بدل المنفعة السنوي في معاملة طلب منع المعارضة في المنقول او العقار).

⁽²⁸⁾ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج2، المصدر السابق، ص 1388.



قرار قديم لمحكمة التمييز جاء فيه: "وجد ان حكم منع المعارضة يتضمن معنيين: (الأول): ثبوت ملكية المحكوم له بالمحكوم به. (ثانياً): إزالة اليد غير المحقة واثبات يد المحكوم له".⁽²⁹⁾

وعبارة "في الغالب" الواردة في التعريف أعلاه تشير الى الخلط الواقع، سابقاً وحالياً، بين دعوى منع التعرض بوصفها من دعاوى الحيازة ودعوى منع المعارضة بوصفها من دعاوى الملكية،⁽³⁰⁾ إذ كان القضاء العراقي يستعمل التسميتين في كل من الدعويين.⁽³¹⁾ ويجدر بالذكر ان دعاوى الحيازة كانت تدخل في الاختصاص النوعي لمحاكم الصلح،⁽³²⁾ وبعد الغاء هذه المحاكم أصبحت محاكم البدءة مختصة بنظرها بدرجة أخيرة قابلة للتمييز فقط أمام محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية.⁽³³⁾

(29) القرار رقم 1942/139 في 10 آب 1942. نقلاً عن: شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج2، المصدر السابق، ص 1388.

(30) يذكر الأستاذ شاكر ناصر حيدر ان اسم "دعوى منع المعارضة" كان يستعمل في مجال دعاوى الحيازة أيضاً حيث كان يطلق على دعوى "منع التعرض"، وبعد صدور القانون المدني عرفت دعوى "منع التعرض" كدعوى حيازة. = = ينظر كتابه: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج2، المصدر السابق، ص 1427 هامش رقم (65).

(31) كانت محكمة التمييز تستعمل اصطلاح "المعارضة" للدلالة على تحقق موضوع دعوى منع التعرض، إذ جاء في أحد قراراتها ما نصه (ان الحكم بمنع التعرض في دعوى الأموال غير المنقولة يتوقف على ثبوت وضع اليد ووقوع المعارضة الفعلية). القرار رقم 1942/136 في 1942/2/4. نقلاً عن: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص 194.

وينظر أيضاً قرار محكمة التمييز رقم 4720/ح/1963 في 1963/3/17 والذي جاء فيه (وجد ان محكمة البدءة أصدرت حكمها المميز بالرغم من ان الدعوى خارجة عن اختصاصها لأن دعوى رفع اليد وهو ما تضمنته صراحة استدعاء الدعوى من اختصاص المحاكم الصلحية فكان عليها والحالة هذه ان تحكم ببرد الدعوى من هذه الجهة لقبولها الدعوى وتم الحكم بمنع المعارضة ورفع اليد جاء خلافاً للقانون). نقلاً عن: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج1، المصدر نفسه، ص 427.

(32) تنظر المواد (1/ب) و(13-22) من قانون المحاكم الصلحية الملغى رقم 35 لسنة 1938، والمادة (3/21) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغى رقم 88 لسنة 1956، والمادة (2/31) من قانون المرافعات المدنية النافذ رقم 83 لسنة 1969 عند صدوره وقبل تعديلها بموجب المادة (65/أولاً) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979.

(33) تنظر المادة (4/31) من قانون المرافعات المدنية النافذ والمعدلة بموجب المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 2016 والتي تنص على ان (تختص محكمة البدءة بدرجة أخيرة قابلة للتمييز بالنظر في الدعاوى الآتية: 4-دعوى الحيازة وطلب التعويض عنها إذا رفعت بالتبعية ولم تتجاوز قيمة التعويض مليون دينار).



وفي الوقت الحاضر فان دعوى "منع المعارضة" هي احدى صورتى دعوى الملكية المتضمنة طلب رد العقار المغصوب الى جانب دعوى "رفع التجاوز"، وتتجسد دعوى منع المعارضة بطلب صاحب العقار إلزام الغاصب بان يخلي العقار ويرده بحالته التي هو عليها، أما دعوى رفع التجاوز فتتجسد بالمطالبة بإلزام الغاصب بأن يرفع المحدثات التي أنشأها في العقار ويرده الى صاحبه خاليا منها.

ويترتب على ما تقدم ان صاحب العقار إذا أقام دعوى رفع التجاوز وثبت ان المدعى عليه لم ينشئ محدثات على العقار فان دعواه يجب ان ترد، والسبب في ذلك بحسب محكمة التمييز الاتحادية هو ان دعوى رفع التجاوز خاصة بحالة قيام الغاصب بإنشاء محدثات على العقار المغصوب، فاذا لم يرقم بذلك واقتصر على وضع يده على العقار فان الدعوى التي يجب ان تقام عليه هي دعوى منع المعارضة وليس دعوى رفع التجاوز.⁽³⁴⁾

وتذهب محكمة التمييز الاتحادية الى ان دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز من طبيعتين مختلفتين وان كلا منهما مستقل بذاته، وان هذا الاختلاف يتجسد خصوصا في مرحلة التنفيذ، إذ ان الفقرة الحكمية في دعوى منع المعارضة تكفي بتنبيه الغاصب فقط بان يسلم العقار لصاحبه، أما الفقرة الحكمية في دعوى رفع التجاوز فتتمثل بإزالة المحدثات. ويترتب على اختلاف طبيعة الدعويين ان صاحب العقار لا يمكنه ان يجمع بينهما في عريضة واحدة، كما لا يجوز لمحكمة الموضوع ان تطلب من المدعي ان ينتقل من المطالبة بمنع المعارضة الى المطالبة برفع التجاوز او العكس لأن هذا يعتبر تغييرا في الدعوى وهو غير جائز في الدعاوى

(34) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3951/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/12/30 والذي جاء فيه (اذا تضمنت دعوى المدعي طلب الزام المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على مساحة العقد الزراعي المتعاقد عليها المدعي... وتأيد عدم وجود أي تجاوز على مساحة العقد وتوجد معارضة وحيث ان المدعي طلب في عريضة الدعوى الزام المدعى عليه برفع التجاوز وبما ان المحكمة مقيدة بعريضة الدعوى لذا تكون دعوى المدعي واجبة الرد لأن رفع التجاوز يقتصر على المشيدات والمغروسات وليس وضع اليد او المعارضة والتي تشكل موضوع دعوى أخرى وبذلك تكون دعوى المدعي للمطالبة برفع التجاوز فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد لعدم التجاوز المزعوم وهذا ما قضت به محكمة الموضوع في حكمها المميز فقررت تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، = = المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، دار السنهوري، بيروت، 2022، ص 137.



التي هي من طبيعة مختلفة. وبعبارة أخرى فإن المحكمة لا يمكنها تحت ستار تبسيط الشكالية ان تسمح للمدعي بان يغير طلبه من منع المعارضة الى رفع التجاوز او العكس بحجة ان الدعويين متداخلتان ويتعلقان بواقعة الغصب، وذلك لأن تبسيط الشكالية يتعلق بموضوع دعوى واحدة وليس بدعويين من طبيعة مختلفة.⁽³⁵⁾

ثانيا- معيار التمييز بين دعوى "رفع التجاوز" ودعوى "منع المعارضة":

بناء على اختلاف الدعويين في الطبيعة لا بد من تحديد معيار للتمييز بينهما، ونستظهر هذا المعيار من قرارات محكمة التمييز الاتحادية لأن نصوص القانون لم تنظم هذا الموضوع أصلا كما مر بنا. وينبغي ان نذكر ابتداء ان هذا المعيار خاص بدعوى منع المعارضة التي تقام في مجال رد العقار المغصوب الذي هو موضوع البحث، ولا يمتد الى صورها الأخرى.⁽³⁶⁾ وهناك

⁽³⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1030/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/2/11 والذي جاء فيه (لوحظ ان المدعي طلب الحكم بمنع المعارضة في استغلال عقده الزراعي بموجب احكام القانون رقم 35 لسنة 1983 ولكن المحكمة أخطأت في فقرتها الحكمية التي حكمت فيها برفع التجاوز، وحيث ان دعوى منع المعارضة تختلف عن دعوى رفع التجاوز وكل دعوى تكون مستقلة بذاتها سيما عند التنفيذ لأن تنفيذ الفقرة الحكمية بمنع المعارضة يكتفي بالتنبيه فقط في حين تنفيذ حكم رفع التجاوز يقتضي إزالة المشيدات والمغروسات، ولاختلاف طبيعة الدعويين ولا يمكن الجمع بينهما في دعوى واحدة فان ذهب المحكمة الى ان الدعويين متداخلتان ويتعلقان بواقعة غصب العقار وتبسيطا للشكالية سؤال المدعي فيما اذا يطلب رفع التجاوز لم يكن في محله، حيث ان تبسيط الشكالية يتعلق بموضوع الدعوى الواحدة وليس بموضوع دعويين، كون طلب رفع التجاوز يعتبر زيادة في طلبات المدعي ولم يتم تكليفه بدفع الرسم القانوني عنه، وحيث لا يوجد ارتباط في الطلبات أعلاه مما يكون الحكم المميز الذي قضى بمنع المعارضة ورفع التجاوز حريا بالنقض). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 94.

ومع ذلك فان محكمة التمييز الاتحادية في بعض القرارات لم تعر اهتماما للمصطلحات التي ذكرها المدعي في عريضة الدعوى عندما طلب الحكم بمنع المعارضة مع انه يقصد رفع التجاوز طالما كانت الدعوى واجبة الرد لسبب آخر. ينظر قرارها رقم 726/ الهيئة الاستئنافية عقار/2016 في 2016/2/15 والذي جاء فيه (ان المدعي المميز طلب الحكم بالزام المدعي عليه المميز عليه بمنع معارضته له في الجزء المتجاوز عليه من القطعة المرقمة... المتمثل بالدارين المرقمين... إضافة الى المدرسة وتسليمه خاليا من الشواغل، وحيث ان المحكمة أجرت تحقيقاتها في الدعوى وتبين ان المشيدات مقامة في ستينات القرن الماضي وهي مستغلة ومخصصة للنفع العام فلا يجوز طلب رفع البناء). القرار المذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبيكي والمحامي احمد عدنان زيدان العنبيكي، المختار للأحكام التمييزية في المواضيع الأكثر شيوعا في المحاكم العراقية، دار السنهوري، بيروت، 2020، ص 227.

⁽³⁶⁾ لا يقتصر استعمال دعوى منع المعارضة في القضاء العراقي على دعاوى رد العقار المغصوب بل تتسع لتشمل دعاوى رد المنقولات وحالات أخرى متنوعة، مثل اقامتها على دائرة البلدية إذا عارضت المالك في



اتجاهان في تحديد معيار التمييز بين هاتين الدعويين، استند الأول منهما الى فعل الغاصب واستند الآخر الى طلب المدعي. ونبين في ثلاث نقاط كل من هذين المعيارين وتقديرهما كما يأتي:

1- معيار التمييز هو فعل الغاصب: بحسب هذا المعيار، الذي ذهبت اليه بعض محاكم البداية، يكون مناط دعوى منع المعارضة هو قيام الغاصب بوضع يده على العقار دون ان ينشئ محدثات عليه، أما مناط دعوى رفع التجاوز فهو قيام الغاصب بإنشاء محدثات على العقار المغصوب. وبناء على ذلك فان التجاوز يكون فعلا مركبا من وضع اليد على العقار وإقامة محدثات عليه، أما المعارضة فتتجسد بفعل بسيط هو وضع اليد على العقار وحرمان صاحبه من الانتفاع به دون إقامة محدثات عليه.

ويترتب على هذا المعيار ان الدعوى التي يجب ان تقام في حالة انشاء الغاصب محدثات على العقار هي دعوى رفع التجاوز دائما، ولا يمكن لصاحب العقار ان يقيم دعوى منع المعارضة.

التصرف بعقاره، او اقامتها على دائرة التسجيل العقاري إذا امتنعت عن تسجيل العقار باسم المدعي، وهكذا. ينظر مثلا قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 369/ الهيئة المدنية/2021 في 2021/1/18 والذي جاء فيه (الحكم الصادر بالزام المدعى عليه مدير البلدية/ إضافة لوظيفته بمنع معارضة المدعي في الانتفاع بالعقار موضوع الدعوى صحيح وموافق للقانون بعد ان ثبت من التحقيقات الجارية في الدعوى بان العقار مسجل باسم المدعي وان المدعى عليه/ إضافة لوظيفته يعارضه من الانتفاع بالعقار المذكور). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 231.

وينظر أيضا قرارها رقم 3520/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/12/30 والذي جاء فيه (ادعى المدعي لدى محكمة بداءة البيع ان لديه قطعة الأرض المرقم... وعند مراجعته لمديرية التسجيل العقاري في البيع لغرض بيعها وفتح بيان بها امتنع المدعى عليه من فتح البيان واتمام عملية البيع بحجة ان هناك مخالفة قانونية تخص قطعة الأرض لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالزامه بمنع المعارضة بالتصرف بقطعة الأرض... وقد تأيد ان العقار مسجل باسم المدعي المميز عليه بالعدد... وان المدعى عليه إضافة لوظيفته المميز عن طريق تابعه يمانع في تسيير معاملة بيع العقار طالبا حضور المالك بنفسه وعدم قبول أي وكالة بهذا الخصوص خشية انتحال صفة المالك وان القيد مشكوك فيه واحتمال ان تكون مستندات نقل الملكية مزورة ولو حظ هامش معاون مدير التسجيل العقاري في البيان بمنع اجراء أي تصرف بالبيع او الرهن إلا بحضور صاحب الأرض شخصيا ولا تقبل أي وكالة... لذا يكون لدعوى المدعي سند قانوني). القرار المذكور عند القاضي: حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج5، ط1، بغداد، 2021، ص 38.



وكذلك العكس في حالة عدم انشاء الغاصب محدثات على العقار إذ يمكن ان تقام عليه دعوى منع المعارضة فقط. وقد رفضت محكمة التمييز الاتحادية هذا المعيار واعتبرته غير سليم من الناحية القانونية.⁽³⁷⁾

2- معيار التمييز هو طلب المدعي: هذا المعيار هو الذي تتبناه محكمة التمييز الاتحادية، إذ تقرر انه في حالة قيام الغاصب بإنشاء محدثات على العقار يمكن لصاحبه ان يقيم أيا من دعوى منع المعارضة او دعوى رفع التجاوز، فاذا أراد استرداد العقار بحالته فانه يقيم دعوى منع المعارضة، أما إذا أراد ان يطلب إزالة المحدثات فيجب ان يقيم دعوى رفع التجاوز. وهذا يعني ان معيار التمييز بين الدعويين هو طلب المدعي وليس فعل الغاصب.⁽³⁸⁾

وبناء على ذلك فان مناط دعوى منع المعارضة هو طلب صاحب العقار الحكم برد عقاره اليه بحالته التي هو عليها وقت إقامة الدعوى بغض النظر عن وجود محدثات انشأها الغاصب من عدمه، لكن في حالة وجود المحدثات فان الأمر لا يتوقف على محض مشيئة صاحب العقار بل يتداخل معه عنصر موضوعي هو ان طلب الإبقاء على المحدثات لا يقبل إلا إذا كان قلعتها

⁽³⁷⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2660/ الهيئة المدنية/2015 في 2015/6/16 والذي جاء فيه (ان المدعي/ المميز طلب منع معارضة المدعى عليه/ المميز عليه له من الانتفاع بعقاره المرقم... وبعد ان ثبت من الكشف الموقعي احداث منشآت على العقار من قبل المدعى عليه/ المميز عليه قضت المحكمة برد الدعوى وعللت حكمها بأنه يتعين على المدعي/ المميز إقامة دعوى رفع تجاوز وليس طلب منع المعارضة، وان هذا التوجه من المحكمة غير سليم من الناحية القانونية ولا سند له من القانون لأن احداث المنشآت على ملك الغير دون إذن وموافقة يعد غصبا للمنفعة وحيث انه اذا كان المغصوب عقارا يلزم الغاصب رده الي صاحبه مع أجر مثله واذا تلف العقار او طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان عملا بأحكام المادة 197 من القانون المدني... وان إقامة الدعوى كان = مستوفيا للشكل الصحيح وان الأمر يقتضي المضي في رؤيتها وحسمها موضوعا وفق أدلة الاثبات والوقائع المتوفرة وحيث ان الحكم البدائي صدر على خلاف ذلك مما أخل بصحته لذا قرر نقضه). القرار غير منشور.

⁽³⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 152/150/ الهيئة الاستئنافية/2016 في 2016/7/25 والذي جاء فيه (ان دعوى رفع التجاوز تنصب على إزالة التجاوز على الأرض بالمشيدات او المغروسات الثابتة وليس باستغلال الأرض او وضع اليد عليها دون مسوغ قانوني). مذكور عند القاضي: ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 108.



مضرا بالعقار وبخلاف ذلك لا يبقى غير طلب رفع التجاوز.⁽³⁹⁾ اما مناط دعوى رفع التجاوز فهو طلب المدعي رفع المحدثات التي أنشأها الغاصب ورد العقار اليه خاليا من الشواغل.

وهذا المعيار يستبطن كل من معنى التجاوز والمعارضة، إذ يتجسد التجاوز بوضع اليد على العقار مع إقامة محدثات عليه ولا يقتصر على مجرد وضع اليد، أما المعارضة فقد تتجسد بفعل بسيط يقتصر على وضع اليد على العقار وحرمان صاحبه من الانتفاع به دون إقامة محدثات عليه، وقد تتجسد بفعل مركب هو وضع اليد على العقار واقامة محدثات عليه.⁽⁴⁰⁾ والنتيجة ان مفهوم المعارضة أوسع من مفهوم التجاوز، وان المعارضة مفهوم عام بالنسبة الى التجاوز لأنها قد تتحقق من خلال انشاء المحدثات وقد تحقق من دونها، اما التجاوز فلا يتحقق إلا من خلال انشاء المحدثات.⁽⁴¹⁾

3-تقدير المعيارين: إذا أردنا تقدير المعيارين أعلاه فإننا نرجح المعيار الثاني، أي معيار طلب المدعي، وذلك لأنه هو الذي ينسجم مع احكام القانون المدني في باب الالتصاق. فالقانون المدني يعطي الحق لصاحب العقار، إذا كان المحدث سيء النية وكان القلع مضرا بالعقار، في ان يبقى

⁽³⁹⁾ تنص المادة (1119) من القانون المدني على انه (إذا أحدث شخص بناء او غراسا او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاه صاحبها، كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرا بالأرض فله ان يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع). فاستعمال أداة الشرط (إذا) يحصر خيار صاحب الأرض في تملك المحدثات بكون قلعها مضرا بالأرض.

⁽⁴⁰⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 465/464/الهيئة الاستئنافية عقار/2017/10/10 في 2017/10/10 والذي جاء فيه: (ان الدعوى المرقمة... بحقيقتها ومآلها هي دعوى رفع تجاوز لأن المدعي بعريضة دعواه أوضح صراحة قيام المدعى عليه بالبناء وان المعارضة الصادرة منه تتمثل بهذا البناء). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، ج2، ط1، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، 2018، ص 14.

⁽⁴¹⁾ وإذا استعرنا تعابير علم المنطق نقول ان بين المعارضة والتجاوز عموم وخصوص مطلق، والعموم والخصوص المطلق هو نسبة بين كليين "يكون ماصدق أحدهما أعظم مطلقا من ماصدق الآخر فيشمل أفراد الآخر زيادة على غيرها من افراد أخرى". أحمد عبده خير الدين، علم المنطق، ط1، المطبعة الرحمانية بمصر، 1930، ص 47. = = وينظر أيضا: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، ط1، نشر احسان للنشر والتوزيع، 2014، ص 84.



على المحدثات ولا يطلب قلعها ويتملكها بقيمتها مستحقة للقلع.⁽⁴²⁾ وهذا يعني ان صاحب العقار لا يجب عليه ان يقيم دعوى رفع التجاوز عند وجود المحدثات بل يعتمد الأمر على رغبته وطلبه ذلك في الدعوى وكذلك على أثر قلع المحدثات في تضرر العقار من عدمه، فاذا أراد قلعها يجب ان يقيم دعوى "رفع التجاوز"، وإذا أراد الإبقاء عليها لأن قلعها مضر بالعقار فيجب ان يقيم دعوى "منع المعارضة".

ومع ذلك هناك من يذهب الى ان صاحب العقار يجوز له ان يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع في جميع الأحوال حتى إذا لم يكن قلعها مضراً بالعقار، لأن تقدير حصول الضرر بسبب القلع من عدمه يعود لصاحب العقار وحده وليس للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك.⁽⁴³⁾ وهذا الرأي يعزز المعيار الثاني لأنه يجعل نوع الدعوى قائماً على الإرادة المحضة لصاحب العقار ولا يأخذ بالعنصر الموضوعي المتمثل بأثر القلع في العقار، وهو ينسجم مع احكام القانون المدني المصري الذي لم يقيد حق صاحب العقار في استبقاء المنشآت بان يكون قلعها مضراً بالعقار،⁽⁴⁴⁾ إلا انه يخالف احكام الالتصاق في القانون المدني العراقي الواردة في المادة (1119)، كما انه يخالف اتجاهات محكمة التمييز الاتحادية التي تجعل تقدير وجود الضرر من

(42) المادة (1119) من القانون المدني العراقي. وينظر في ذلك: د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص 272.

(43) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص 141. وبهذا المعنى ينظر أيضاً: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص 132. ويشير أحد الشراح الى قرار قديم لمحكمة التمييز صادر في سنة 1933 دون ان يذكر رقمه إذ يقول: "ومع ذلك فقد حكم بصحة إبقاء المحدثات على الأرض وان لم يكن قلعها مضراً بها على ان يدفع صاحبها للمحدث قيمة موده مستحقة للقلع". وقد ذكر ان هذا القرار منشور في العدد الخامس لمجلة القضاء. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج1، الحقوق العينية الأصلية، منشورات مركز الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية، 1964، ص 289.

(44) تنص المادة (1/924) من القانون المدني المصري على انه (إذا أقام شخص من عنده منشآت على أرض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاه صاحب الأرض، كان لهذا ان يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت). حيث لم يقيد حق صاحب العقار في استبقاء المنشآت بان يكون قلعها مضراً بالعقار. ينظر: د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر، 1965، ص 291.



عدمه بسبب القلع قائماً على معيار موضوعي فيحدد من قبل الخبراء وليس من قبل صاحب العقار. (45)

ويجدر بالذكر ان القضاء المصري يسير على تسمية الدعوى التي تقام على الغاصب لإلزامه برد العقار بحالته بـ "دعوى الطرد للغصب"،⁽⁴⁶⁾ وهي دعوى ملكية وليست دعوى حيازة، وليس لها مواعيد محددة بل يمكن اقامتها في أي وقت لأن شغل المكان بطريق الغصب لا يؤدي الى كسب حق في البقاء فيه مهما استطلت مدته.⁽⁴⁷⁾

(45) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2084/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/5/31 والذي جاء فيه (تبين من تقرير الخبراء الذين تم اجراء الكشف الموقعي بمعرفتهم ان قلع المنشآت لا يضر بالأرض، وبما ان = = المادة (1119) من القانون المدني قد نصت على انه... وحيث تأيد من تقرير الخبراء أعلاه بان قلع المنشآت لا يضر بالأرض فتكون شروط المادة أعلاه من القانون المدني غير متحققة في هذه الدعوى لثبوت عدم تضرر الأرض من قلع البناء وتصبح دعوى المدعي واجبة الرد وهو ما قضى به الحكم المميز فقرّر تصديقه). القرار مذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 140-141.

(46) ينظر قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم 5266، لسنة 63 ق، تاريخ الجلسة 2002/5/15 والذي جاء فيه (اذ كان البين من الاوراق ان الطاعن قد تمسك في دفاعه بانتفاء واقعة الغصب اساس الدعوى استنادا للاتفاق الذي بينه وبين المطعون ضدهم الاربعة الاوائل في المحضر الإداري المنوه عنه بوجه النعي والذي قبلوا بمقتضاه مبلغ ٣٠٠ جنيه نوباً منه كإيجار عن اطيان النزاع فان الحكم المطعون فيه اذ رفض هذا الدفاع واستخلص من عدم تقديم الطاعن الدليل على تنفيذ هذا الاتفاق او سداه ايجار تلك الاطيان ثبوت واقعة الغصب في حقه ومرتباً على ذلك قضاءه بطرده والزامه بريعتها وتسليمها للمطعون ضدهم الاربعة الاوائل فانه يكون معيباً بالفساد في الاستدلال). نقلاً عن: المستشار إبراهيم سيد احمد والاستاذ أشرف أحمد عبد الوهاب، موسوعة العدالة في قضاء النقض المدني في الفترة من عام 2000 حتى عام 2016، ج3، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 49.

(47) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية انه (ولما كان ما تقدم وكانت دعوى الطرد للغصب من دعاوى أصل الحق يستهدف بها رافعها أن يحمي حقه في استعمال الشيء واستغلاله فيسترده ممن يضع اليد عليه بغير حق، سواء أكان وضع اليد عليه ابتداء بغير سند، أو كان وضع اليد عليه بسبب قانوني يسمح له بذلك ثم زال هذا السبب واستمر واضعاً اليد... وبالتالي فإن دعوى الطرد للغصب ليست دعوى حيازة وإنما هي دعوى موضوعية تكون فيها مهمة المحكمة بعد ثبوت حق رافع الدعوى في استعمال الشيء واستغلاله أن تبحث سند واضع اليد، وهي لا تستطيع البت في اعتبار واضع اليد غاصباً أو غير غاصب إلا بعد تكييف السبب القانوني الذي يستند إليه في وضع اليد والبحث توافر أركانه وشروط صحته ومداه في ضوء الأحكام القانونية بكل سبب من أسباب اكتساب الحقوق. وكان من المقرر – في قضاء محكمة النقض أن الأصل خلوص المكان لمالكه فيكفي الأخير إثباتاً لواقعة الغصب التي يقيم عليها دعواه أن يقيم الدليل على وجود الغير بالعين لينقل بذلك عبء الإثبات على الأخير ليثبت أن وجوده بالعين يستند إلى سبب قانوني يبرر ذلك. وكان من المقرر كذلك أن شغل المكان بطريق الغصب مهما استطلت مدته لا يكسب الحق في البقاء). الطعن رقم 2156، لسنة 69 قضائية،



المطلب الثاني

مجال دعوى رفع التجاوز

ان دعوى رفع التجاوز تكون مقبولة امام المحاكم إذا ثبت ان هناك "تجاوزا" على العقار، فالتجاوز إذن هو مجال هذه الدعوى. ودراسة التجاوز يتطلب بيان ما يتحقق به من "المحدثات" التي يطلب صاحب العقار ازلتها، وكذلك بيان سمات هذا التجاوز. فقد استقر القضاء العراقي على اعتبار بعض المحدثات تجاوزا ومن ثم يمكن إقامة دعوى رفع التجاوز بشأنها، في حين اختلفت قراراته بشأن محدثات أخرى. أما سمات التجاوز فيمكن استظهارها من خلال استقراء قرارات محكمة التمييز الاتحادية. وللوقوف على ذلك نقسم الكلام على فرعين: نتناول في (الفرع الأول) المحدثات التي يتحقق بها التجاوز، وفي (الفرع الثاني) سمات التجاوز.

الفرع الأول

المحدثات التي يتحقق بها التجاوز

ان دعوى رفع التجاوز خاصة بالعقارات التي يقيم واضع اليد محدثات عليها، ولكن ليس كل المحدثات تعتبر تجاوزا دائما بل هناك محدثات حصل الاختلاف في انطباق وصف التجاوز عليها ومن ثم في مدى امكان إقامة رفع التجاوز بشأنها. ولبيان ذلك نقسم الكلام على فقرتين كما يأتي:

تاريخ الجلسة 18-1-2012. نقلا عن: المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج 13، حق الملكية (الشفعة)-الحيازة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 504.



أولاً-المحدثات التي اعتبرت تجاوزاً:

من خلال الرجوع الى احكام الالتصاق في القانون المدني نجد انها تطبق في حالة احداث الشخص "بناء او غراسا او منشآت أخرى" على العقار،⁽⁴⁸⁾ وهذا هو المعنى الذي يتبعه القضاء العراقي بشأن دعوى رفع التجاوز، إذ تناولت القرارات القضائية حالة اقامة أبنية على العقار المغصوب او اية مشيدات أخرى، وكذلك حالة غرس مغروسات ثابتة كأشجار النخيل والفاكهة.

ويظهر من قرارات محكمة التمييز الاتحادية ان المحدثات التي تمثل التجاوز لا يجب ان تكون متصلة بالأرض اتصال قرار كالبناء، بل يمكن ان تكون قابلة للنقل من مكان الى آخر عن طريق التحريك او التفكيك دون ان تتلف، إذ قررت محكمة التمييز الاتحادية ان وضع الكرفانات يعتبر تجاوزاً ويجب الحكم برفعها بناء على دعوى صاحب العقار،⁽⁴⁹⁾ كذلك الحال بشأن وضع مولدة كهرباء في العقار مع تأسيساتها دون موافقة صاحبه إذ يمكنه ان يقيم دعوى رفع التجاوز ليطلب إلزام المدعى عليه برفع المولدة.⁽⁵⁰⁾

وقد اعتبر القضاء تجاوزاً أيضاً بناء سياج من مادة (بي آر سي BRC) حول العقار ودفن جزء منه،⁽⁵¹⁾ او وجود آليات ومعدات للمدعى عليه قامت بتجريف الأرض.⁽⁵²⁾

(48) تنظر المواد (1119 و 1120 و 1121 و 1122) من القانون المدني والتي استعملت الاصطلاحات (بناء- غراس-منشآت).

(49) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2274/ الهيئة الاستئنافية/2017 في 2017/4/2 والذي جاء فيه (يلزم المدعى عليه برفع التجاوز إذا كان يستغل العقار (بوضع كرفانات) دون موافقة دائرة المدعي ويكون بذلك غاصبا لمنفعة العقار لأن المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب برده الى صاحبه مع أجر مثله المادة 197 مدني). القرار مذكور عند القاضي: ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 110.

(50) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2924/ الهيئة الاستئنافية/عقار/2016 في 2016/5/30 والذي جاء فيه (إذا كانت القطعة موضوع دعوى رفع التجاوز تعود لعدد من الشركاء من بينهم المدعي، وان المدعى عليه لا يملك سهاما فيها وأقر باستغلاله للجزء المتجاوز عليه بإدارة المولدة الكهربائية التي وضعها في القطعة موضوع الدعوى فيكون قضاء المحكمة بالزامه برفع التجاوز متفقاً وحكم القانون). القرار مذكور عند القاضي: ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 107.

(51) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 71/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/1/7 والذي صدقت فيه حكم محكمة بداءة المشخاب برفع التجاوز وجاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية ما نصه (ان المدعى عليه/ المميز يستغل العقار المشار اليه أعلاه وبناء سياج (BRC) عليه ودفن جزء من مساحة العقار لإقامة مغروسات... وان



ويظهر من هذه القرارات ايضا انه لا عبرة بحجم البناء او المشيدات وعددها، إذ ان انشاء سياج للعقار مع غرفة حراسة يعتبر تجاوزا وان كان الجزء الباقي من العقار فارغا،⁽⁵³⁾ كما لا عبرة بنوع البناء او المشيدات والغرض منها سواء كانت للسكن ام لغيره، إذ حكم بان انشاء محلات تجارية على العقار يعتبر تجاوزا ويجب الحكم برفعه.⁽⁵⁴⁾ لكن إذا قام الفلاح بإنشاء دار سكنية على الأرض الزراعية التي يرتبط بها بعلاقة زراعية فلا يمكن الحكم عليه برفع التجاوز، وهذا بشرط ان لا تكون الدار عصرية أما إذا أقام دارا سكنية عصرية فانه يعتبر متجاوزا ويمكن ان يلزم برفع الدار.⁽⁵⁵⁾

هذا الاستغلال دون اذن وموافقة مالك العقار يعد غصبا لمنفعة الجزء المستغل وحيث ان المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب برده الى صاحبه مع أجر مثله عملا بأحكام المادة 197 من القانون المدني مما يكون للدعوى والحالة هذه سند من القانون ولما كان الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة لذا قرر تصديقه). القرار مذكور عند: المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المصدر السابق، ص 161.

⁽⁵²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1685/ الهيئة المدنية/2014 في 2014/11/9 والذي جاء فيه (ان الثابت من تقرير الخبير المنتخب المؤرخ في... ان هناك تجاوزا بمساحة 2 دونم يتمثل بوجود آليات ومعدات قامت بعملية تجريف ارض القطعة موضوع الدعوى). القرار مذكور عند المحامي عبد الحسين خضير عباس البهادلي، القرارات التمييزية للدعوى المدنية، مطبعة السيماء، بغداد، 2017، ص 289.

⁽⁵³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 18/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/1/7 والذي نقض حكم محكمة استئناف البصرة الاتحادية القاضي برد دعوى رفع التجاوز وجاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية ما نصه (ان المدعي/ المميز طلب في دعواه الزام المدعى عليه/ المميز عليه بإضافة لوظيفته برفع التجاوز عن جزء من العقار العائد له وقد تبين من الكشف الجاري وتقدير الخبراء المساحين ان التجاوز عبارة عن مساحة خالية من المشيدات ومسيجة فقط وتوجد غرفة حراسة وبرج مراقبة على الطريق العام ومحرمات سكة القطار وان المحكمة لم تتحقق من الحاجة الفعلية للمساحة المتجاوز عليها ومدى تأثير رفع التجاوز على الناحية الأمنية ومخاطبة الجهات ذات العلاقة بذلك لذا قرر نقض الحكم). القرار مذكور عند: المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المصدر السابق، ص 142.

⁽⁵⁴⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 90/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/1/8 والذي جاء فيه (تأيد من الكشف الجاري والبينة الشخصية المستمعة تجاوز المدعى عليه/ المميز على العقار العائد للمدعيين/ المميز عليهما وقيامه بإنشاء محلات على جزء منه دون موافقتها مما يعد غصبا). القرار مذكور عند: المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المصدر السابق، ص 151-152.

⁽⁵⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3137/ الهيئة الاستئنافية عقار/2012 في 2012/7/9 والذي جاء فيه (أصدرت محكمة الموضوع حكما حضوريا يقضي بالزام المدعى عليه برفع تجاوزه على جزء من القطعة المرقمة... والتمثل ببناء دار سكن... وحيث استقر قضاء هذه المحكمة على انه يجوز للفلاح إقامة دار سكني غير عصري في الأرض التي له علاقة زراعية فيها فكان يتعين على المحكمة الاطلاع على قرار العلاقة الزراعية واجراء الكشف على الدار ومعاينتها بمعرفة خبير مختص للتحقق عما اذا كانت عصرية أم لا وطريقة



ويوجد في القانون المدني المصري نص يتناول "المنشآت الصغيرة" هو نص المادة (929) التي جاء فيها ان "المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون ان يكون مقصودا بقاؤها على الدوام تكون ملكا لمن أقامها"، وهذا يعني ان احكام الالتصاق لا تسري على هذه المنشآت،⁽⁵⁶⁾ فلا يمكن لصاحب الأرض ان يملكها بالالتصاق ولا يمكن لصاحبها ان يملك الأرض كذلك مهما كانت قيمة هذه المنشآت. ويجوز لصاحب الأرض ان يطلب نزع المنشآت الصغيرة في أي وقت سواء كان صاحب المنشآت حسن النية أم سيء النية عند وضعها على الأرض، كما يمكن لصاحب المنشآت نزعها على ان لا يضر ذلك بالأرض وان يعرض صاحب الأرض عن الضرر الذي لحقه بسببها، هذا ما لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على أمر آخر.⁽⁵⁷⁾ وهذه الأحكام لا تختلف بمضمونها عن القواعد العامة في القانون العراقي وما سار عليه القضاء بشأن دعوى رفع التجاوز، على الرغم من عدم وجود نص في القانون المدني العراقي مماثل لنص القانون المدني المصري.

والخلاصة ان التجاوز يتحقق من خلال انشاء شيء جديد لم يكن موجودا في العقار او وضع إضافات لم تكن موجودة كبناء طابق جديد فوق البناء الموجود سابقا، فيشمل التجاوز الاتيان بمواد البناء او الأخشاب او الحديد وانشاء المحدثات بها او غرس الأشجار في الأرض، او الاتيان بالآليات وتجريف الأرض من خلالها. وبذلك تكون المحدثات التي يتجسد بها التجاوز

بنائها ومن ثم تقرر ما تراه مناسبا). القرار مذکور عند: المحامي سفيان عبد المجيد العاني والمحامي رعد طارش كعبيد، تطبيقات قضائية، القرارات التمييزية، مج 4، الاعداد 15-16-17-18-19، دون دار او سنة طبع، ص 15.

ويجب قبل رد الدعوى للسبب أعلاه ان تتحقق المحكمة من ثبوت العلاقة الزراعية التي تربط الفلاح بالأرض الزراعية. ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 69/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/1/7 والذي جاء فيه (ان المدعين طلبوا إزالة التجاوز الحاصل من قبل المدعى عليه والمتمثل بتشييد دار سكنية في جزء من العقار = = المرقم... وان محكمة الموضوع قد ردت الدعوى معللة حكمها بالرد الى كونه فلاحا لدى الشخص الثالث ويعلم المدعين دون استكمال التحقيقات بشأن اثبات العلاقة الزراعية أمام الجهات الإدارية... لذا قرر نقض الحكم المميز). القرار مذکور عند: المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المصدر السابق، ص 158.

⁽⁵⁶⁾ ينظر: د. محمد شكري سرور، المصدر السابق، ص 64.
⁽⁵⁷⁾ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، مج 1 (أسباب كسب الملكية)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 320.



هي كل ما له كيان متميز بحيث يمكن رفعه على استقلال، لذا فإنها لا تشمل اعمال الترميم والحفظ والتحسين مثل تقوية الأسس او تبييض الجدران.⁽⁵⁸⁾

وهذا يعني ان مجرد وضع اليد على العقار واستغلاله مع ابقائه كما هو لا يدخل في معنى التجاوز، بل يدخل في معنى المعارضة بمعناها البسيط كما مر بنا. وبناء على ذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية ان قيام الشخص بردم حق مجرى قائم من قبل صاحب الأرض التي يمر فيها هذا المجرى لا يمكن ان تقام بشأنه دعوى رفع التجاوز، وذلك لأنه يخرج عن مفهوم التجاوز ويمكن للمتضرر في هذه الحالة ان يقيم دعوى فتح المجرى المائي وليس دعوى رفع التجاوز.⁽⁵⁹⁾

لكن يجب ان يلاحظ ان القرار رقم 154 لسنة 2001 الخاص بمعالجة التجاوزات الواقعة على عقارات الدولة قد وسع مفهوم التجاوز ضمن نطاق تطبيقه وحدده بثلاثة أمور هي: البناء سواء كان موافقا للتصاميم الأساسية للمدن أم مخالفا لها، واستغلال المشيدات، واستغلال الأراضي.⁽⁶⁰⁾

(58) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص 298.
(59) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3035/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/4/26 والذي جاء فيه (ان المدعي قد طلب في عريضة دعواه رفع تجاوز المدعى عليه وبعد الاستيضاح من المدعي عن ماهية التجاوز أوضح صراحة بان المدعى عليه قام بردم النهر الذي يمر بالقطعة العائدة له أي للمدعى عليه وصولا الى قطعة المدعي مما كان عليه إقامة دعوى فتح المجرى المائي الذي قام المدعى عليه بردمه اذا كان لذلك مقتضى قانوني وذلك لاختلاف التكييف القانوني لدعوى رفع التجاوز عن الحكم المميز الذي جاء متفقا واحكام القانون وتأسيسا على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 6، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020، ص 23-24.
(60) ينظر البند (أولا) من القرار رقم 154 الصادر في 2001/6/27 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 3886 في 2001/7/9. والذي جاء فيه: "يعد تجاوزا التصرفات الآتية الواقعة على العقارات العائدة للدولة والبلديات ضمن حدود التصاميم الأساسية للمدن دون الحصول على موافقة أصولية: أ-البناء سواء أكان موافقا أم مخالفا للتصاميم الأساسية للمدن. ب-استغلال المشيدات. ج-استغلال الأراضي." وقد تكرر الحكم نفسه في المادة الأولى من تعليمات رقم 15 لسنة 2001 والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 3900 في 2001/10/15.



فهذا القرار لم يقصر التجاوز على انشاء المحدثات بل أدخل ضمنه استغلال المشيدات القائمة العائدة للدولة والبلديات وكذلك استغلال الأراضي العائدة لها، وهذا يختلف عن مفهوم التجاوز الذي وضعته محكمة التمييز في نطاق دعوى رفع التجاوز، والذي عرفناه أنفاً بأنه قيام الشخص بوضع يده على عقار الغير وانشاء محدثات عليه.

ونصل من ذلك الى نتيجة هي ان هناك حالتان: الأولى هي دعوى "رفع التجاوز" التي تقام أمام المحاكم بشأن التجاوز على عقارات الأفراد او عقارات الدولة، والثانية هي اجراءات "إزالة التجاوز" التي تقوم بها دوائر الدولة بشأن العقارات العائدة لها. ويقتصر مفهوم التجاوز في الحالة الأولى، أي دعوى رفع التجاوز، على انشاء محدثات على العقار حيث تتضمن الدعوى طلب إلزام المحدث برفعها، اما الحالة الثانية فيتسع فيها مفهوم التجاوز ليشمل أيضا استغلال العقار دون انشاء محدثات عليه، وهي تخضع للتشريعات الخاصة التي مر ذكرها ويمكن لدوائر الدولة ان تقوم بإزالة التجاوز. وإذا تجسد غصب عقارات الدولة بالاستغلال فقط دون انشاء المحدثات، واردة الدائرة التي يعود لها العقار ان تقيم الدعوى امام المحاكم فان الدعوى التي يجب ان تقيمها هي دعوى منع المعارضة وليست دعوى رفع التجاوز.⁽⁶¹⁾

(61) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 808/ الهيئة الاستئنافية عقار/2016 في 2016/2/3 والذي جاء فيه (ان اشغال المدعى عليه للعقار العائد للمدعي رئيس جامعة بغداد إضافة لوظيفته كان بموجب الأمر الجامعي المرقم... الذي تضمن تخصيص الدار المرقمة... للمدعى عليه... وتكون فترة الاشغال طيلة مدة تكليفه بمهام المنصب المكلف به على ان يقوم بتسليم الدار حال انتهاء المهام المكلف بها، ثم صدر الأمر الجامعي بالعدد... تضمن تنسيب المدعى عليه للعمل في مركز الوزارة/ مكتب الوزير وبذلك أصبح اشغاله للدار بعد صدور الأمر أعلاه لا سند له من القانون ومن حق المدعي إضافة لوظيفته طلب منع معارضته في منفعة الدار المذكورة). القرار المذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبي والمحامي احمد عدنان زيدان العنبي، المصدر السابق، ص 15.



ثانيا-المحدثات التي وقع الاختلاف بشأن اعتبارها تجاوزا

اختلفت قرارات محكمة التمييز الاتحادية في انطباق وصف التجاوز على بعض المحدثات، ومن ثم فيما إذا كانت تدخل في مجال دعوى رفع التجاوز ام انها يمكن ان تدخل في مجال دعوى أخرى غيرها، وكما يأتي:

1-زراعة المحاصيل الموسمية:

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في بعض قراراتها الى ان الغاصب إذا قام بزراعة محاصيل موسمية كالحنطة والشعير والرز وما شابهها فلا يمكن لصاحب العقار ان يقيم عليه دعوى رفع التجاوز بل يمكنه اقامة دعوى منع المعارضة،⁽⁶²⁾ والسبب في ذلك هو ان الحكم إذا صدر برفع التجاوز فان تنفيذه يتطلب وقتا بين اكتسابه الدرجة القطعية والقيام بإجراءات التنفيذ، وفي خلال هذا الوقت فان المحاصيل الموسمية والمؤقتة سوف تزول تلقائيا بحسب المجرى الطبيعي للأمر فلا يبقى محل لتنفيذ الحكم.⁽⁶³⁾

⁽⁶²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 312/ الهيئة المدنية/2021 في 2021/1/14 والذي جاء فيه (ان التجاوز الحاصل من قبل المدعى عليه المميز الوارد بتقرير الخبير المنفرد هو زراعتها بمحصول الشلب وان تقرير الخبراء القضائيين الثلاث المؤرخ في... والمتضمن ان مقدار التجاوز هو 803 متر وكونها مزروعة بمحصول الرز (عنبر) وحيث ثبت ان التجاوز لم يكن ببناء مشيدات او منشآت او مغروسات كونها تمثل محصول موسمي مؤقت ينقضي بانتهاء موسم حصاده او جنيه وتكون دعوى رفع التجاوز فاقدة لسندها القانوني). القرار مذكور عند القاضي: حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج 5، المصدر السابق، ص 26.

⁽⁶³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 148/ الهيئة الاستئنافية/2016 في 2016/7/25 والذي جاء فيه (ان دعوى رفع التجاوز تنصب على إزالة التجاوز على الأرض بالمشيدات او المغروسات الثابتة وليس باستغلال الأرض او وضع اليد عليها دون مسوغ قانوني، لذا فان استغلال المدعى عليه الأرض المغصوبة بزراعة المحاصيل الصيفية يقتضي إقامة دعوى منع معارضة لأن المحاصيل الصيفية هي وقتية وقد لا توجد عند تنفيذ الحكم برفع التجاوز بعد اكتسابه درجة البتات وبذلك يحصل اشكال في التنفيذ كون العبرة في الأحكام ان تكون قابلة للتنفيذ). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 108.



وبناء على ما تقدم فان المحاصيل الموسمية والمؤقتة يجب ان تقام بشأنها دعوى منع المعارضة،⁽⁶⁴⁾ وذلك لان هذه الدعوى تتضمن الحكم برفع يد الغاصب عن العقار وتسليمه الى صاحبه بحالته التي هو عليها دون ازالة او تغيير، وهذا ينسجم مع وجود المحاصيل الموسمية والمؤقتة لأنها ستزول حتما او تكون قد زالت قبل التنفيذ.⁽⁶⁵⁾

ولكن هذا الاتجاه من محكمة التمييز الاتحادية ليس ثابتا إذ ذهبت في قرارات أخرى الى ان العمل الذي قام به واضع اليد إذا تمثل بحراثة الأرض وزراعتها بمحصول موسمي مثل الجت فان هذا العمل يحقق الركن المادي للتجاوز، ومن ثم يجب قبول الدعوى والحكم برفع هذا التجاوز ولا يمكن الاحتجاج بان حراثة الأرض وزراعتها بمحصول الجت يجب ان تقام بشأنه دعوى منع المعارضة.⁽⁶⁶⁾

⁽⁶⁴⁾ ينظر في معيار التمييز بين دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 464/465/الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/10/10 والذي جاء فيه: (ان الدعوى المرقمة... بحقيقتها ومآلها هي دعوى رفع تجاوز لأن المدعي بعريضة دعواه أوضح صراحة قيام المدعى عليه بالبناء وان المعارضة الصادرة منه تتمثل بهذا البناء). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، ج2، المصدر السابق، ص 14.

⁽⁶⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 158/156/ الهيئة الاستئنافية/2016 في 2016/7/25 والذي جاء فيه (ان القطعة المرقمة... هي ارض زراعية مستغلة بالمحاصيل الزراعية (الحنطة والبامية... الخ) وان دعوى رفع التجاوز تنصب على التجاوز الحاصل بالمشيدات او المغروسات الثابتة وليس بالاستغلال او وضع اليد على الأرض دون مسوغ قانوني وان صح ادعاء المدعي بإمكانه إقامة دعوى منع المعارضة وهذا الاتجاه من المحكمة له مسوغ قانوني لان المحاصيل الموسمية هي وقتية وبالتالي من الممكن ان يزال اثره قبل اكتساب الحكم درجة اليات وبذلك = يحصل اشكال عند تنفيذ الحكم لعدم بقاء ما منصوص عليه في الفقرة الحكمية على ارض الواقع). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 1، دار الوارث للطباعة، بغداد، 2017، ص 12.

⁽⁶⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3038/ الهيئة الاستئنافية عقار/2009 في 2009/9/15 والذي جاء فيه (ورد في حيثيات الحكم بان قيام المستأنفين بزراعة جزء من مساحة العقد الزراعي العائد للمستأنف عليه بمحصول الجت وحرارة الجزء الآخر لا يشكل تجاوزا بالمعنى القانوني الدقيق وانما هو وضع يد من قبلهما على هذا الجزء لأن دعوى رفع التجاوز تقتضي وجود فعل مادي من الغاصب بالبناء والغراس يطلب المدعي ازالته ومن ان المستأنفين وضعا يدهما على جزء من مساحة العقد الزراعي واستغلاه لمصلحتهما، وان هذا النظر من المحكمة غير صحيح حيث ان التحقيقات أجرتها محكمة البداء وتأييد منها بأن المدعى عليهما (المستأنفين) تجاوزا على المساحة المشار اليها أعلاه وذلك بزراعة جزء منه وحرارة القسم الآخر وهو الفعل المادي للتجاوز وهي ليست بدعوى منع التعرض التي تتطلب حصول تعرض لم يصل الى حد نزع يده عن جزء من العقار المتعاقد عليه والذي أقام دعواه بشأن رفع ذلك التجاوز وتسليمه الجزء المتجاوز عليه وبذلك



وقررت أيضا ان مفهوم التجاوز لا ينحصر بالبناء او الغراس بل يتحقق من خلال استغلال العقار العائد للغير بالزراعة واحاطته بسياج من مادة (BRC)، ولذا يمكن لصاحب العقار ان يقيم دعوى رفع التجاوز لأن ملكيته للعقار تمنحه حق التصرف في عقاره تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا.⁽⁶⁷⁾

وقد عللت محكمة التمييز الاتحادية هذا الاتجاه بأن القول بعدم امكان رفع التجاوز المتمثل بالمحاصيل الموسمية يطلق يد الغاصب بالتجاوز على حقوق الآخرين والاستحواذ عليها بزعم انها تنتهي بأجل محدد، ولما كان القانون يتشدد في مواجهة فعل الغصب لذا يجب الحكم برفع التجاوز حتى إذا كان متمثلا بمحاصيل موسمية او صيفية.⁽⁶⁸⁾

ونرى ان سبب هذا الاختلاف هو الاثتباة في تحديد نطاق تطبيق القرارات التشريعية الخاصة بالتجاوز على عقارات الدولة، حيث مر بنا ان هذه القرارات تعتبر مجرد استغلال أراضي الدولة تجاوزا موجبا للإزالة وان لم يتمثل بإقامة محدثات ثابتة. والازالة المنصوص عليها في هذه القرارات الخاصة تقوم بها دوائر الدولة نفسها، اما دعاوى رفع التجاوز التي تقام امام المحاكم فتتطلب وجود محدثات أقيمت من قبل المتجاوز. وقد أدى هذا التداخل بين التسميات الى

تكون دعواه مقبولة من الناحية القانونية... ولما كانت المحكمة قد أصدرت حكمها المميز خلاف وجهة النظر المتقدمة مما أخل بصحته لذا قرر نقضه). القرار مذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2011، ص 56-57.
(67) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1580/ الهيئة المدنية عقار/2014 في 2014/4/9 والذي جاء فيه (لدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها ذلك لأن المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب برده الى صاحبه مع أجر مثله عملا بأحكام المادة 197 من القانون المدني وان ما ورد في الاعتراضات التمييزية بان مفهوم التجاوز ينحصر بالغراس او البناء وان الاستغلال في الزراعة لا يعد تجاوزا غير وارد قانونا ذلك لأن استغلال العقار العائد للغير بالزراعة دون سند من القانون يعد تجاوزا على حق الملكية الذي من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا عملا بأحكام المادة 1048 من القانون المذكور (المدني) لذا قرر تصديق الحكم المميز). القرار غير منشور.
(68) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2367/2366/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/6/21 والذي جاء فيه (ان اتجاه المحكمة الى رد الدعوى بان تلك المحاصيل وقتية وموسمية وتنتهي بانتهاج الموسم المحدد لها فان هذا الاتجاه في غير محله وهو يعود الى إجراءات المنفذ العدل، والقول بخلاف ذلك يطلق يد الغاصب بالتجاوز على حقوق الآخرين والاستحواذ عليها بزعم انها تنتهي بأجل محدد وان القانون قد شدد في احكامه على فعل الغصب... وان ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بان الغاصب لا يكافأ، لذا قرر نقض الحكم المميز). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 121-122.



حشر معنى التجاوز الوارد في القرارات التشريعية الخاصة بعقارات الدولة في ضمن نطاق دعاوى رفع التجاوز التي تقام أمام المحاكم، وكان يجدر بمحكمة التمييز الاتحادية ان ترسم نطاق كل من المسألتين بدقة لكي تبتعد المحاكم عن هذا الخلط.

2- انشاء مجرى او مرور على أرض الغير:

قد يتمثل التجاوز بإنشاء مجرى على أرض الغير دون اتفاق معه، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في بعض قراراتها الى ان هذا العمل لا يعتبر تجاوزا ولا يكون امام المتضرر غير طلب التعويض استنادا لأحكام المادة (1058) من القانون المدني،⁽⁶⁹⁾ إذ ان هذه المادة تلزمه بان يسمح لأصحاب الأراضي البعيدة المحبوسة عن الماء بان يمرروا الماء من خلال أرضه وصولا الى أراضيهم.⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁹⁾ تنص المادة (1058) من القانون المدني العراقي على ان (1- على صاحب الارض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري اراضي غيره البعيدة من مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة، وكذلك مياه الصرف الآتية من الاراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عام، بشرط ان يدفع لصاحب الارض مقدما اجرا سنويا وعلى شرط ان لا يخل ذلك بانتفاع صاحب الارض اخلاصا بينا. وإذا اصاب الارض ضرر من مسافة او مصرف يمر بها، سواء كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير او عن سوء حالة الجسور والسدود او غير ذلك، فان لصاحب الارض ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر. 2- وعلى صاحب الارض ان يسمح كذلك بأن تقام على ارضه الانشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل اللازمين للأراضي البعيدة، بشرط ان يستوفي عن ذلك اجرا سنويا مقدما، وله ان يستفيد من هذه الانشاءات بشرط ان يتحمل من مصروفات انشائها وصيانتها قدرا يتناسب مع استفادته. 3- إذا لم يتفق الطرفان على الاجر تولت تقديره المحكمة).

⁽⁷⁰⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2708/ الهيئة الاستئنافية/2016 في 2016/10/26 والذي جاء فيه (ان دعوى المدعي هي ان المدعى عليه قد تجاوز على جزء من العقار العائد له تسلسل... وطلب رفع التجاوز وثبت للمحكمة من تحقيقاتها ان القطعة المرقمة... التي للمدعى عليه سهام شائعة فيها والتي كانت تسقى بمنفذ اروائي مستقل من نهر الحميدية سابقا ونتيجة استحداث مبزل عزل نهر الحميدية عن قطعة المدعى عليه وبعد اندثار العبارة وضع المدعى عليه مضخة مياه وانبوب لنقل حصتها الاروائية محل تلك العبارة وبرفع هذا التجاوز تصبح قطعة المدعى عليه محبوسة عن أي مصدر اروائي. وحيث ان المادة 1058 مدني ألزمت صاحب الأرض ان يسمح بان تمر بأرضه المياه الكافية لري اراضي غيره البعيدة عن مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة... الخ، لذا فان حق المدعي يقتصر على طلب التعويض ان اصابه ضرر). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، دار الوارث للطباعة، بغداد، 2018، ص 30-31.



وقد استندت محكمة التمييز الاتحادية في ذلك أيضا الى قاعدة تعارض المفاصد ووجوب مراعاة المفسدة الأشد بارتكاب الأخف منها، أي ان صاحب الأرض التي تم إمرار حق المجرى خلالها دون إذنه يتعرض للضرر وهو مفسدة ولكن ترك الأرض البعيدة دون مصدر اروائي مفسدة أكبر، لذا ووفقا للمادة (213) من القانون المدني يجب ان يختار أهون الشرين وان يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف.⁽⁷¹⁾

لكن الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية خالفت الاتجاه أعلاه في قرار لها بشأن المجرى والمرور، فقررت ان انشاء المجرى دون موافقة صاحب الأرض ودون ان يكون المجرى مسجلا كحق في دائرة التسجيل العقاري يعتبر تجاوزا ويجب الحكم برفعه، وقد سببت ذلك بناء على ان حق المجرى هو قيد على حق الملكية وانه يستمد شرعيته وقدسيته من التسجيل، فاذا لم يكن هذا الحق مسجلا فلا شرعية أو قدسية له ويجب الحكم برفعه.⁽⁷²⁾

⁽⁷¹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2709/ الهيئة الاستئنافية/2016 في 2016/11/7 والذي جاء فيه (حيث ان... قطعة المدعى عليه المرقمة... محبوسة عن أي مصدر اروائي وليس لها اراء رسمي وانه للسبب المذكور قام بمد أنبوب لنقل حصته الاروائية في نهر الحميدية لإيصالها الى قطعتة وان مسؤول الموارد المائية في ناحية الحر والذي ادخلته المحكمة شخصا ثالثا في الدعوى للاستيضاح بان الموقع الذي يمر فيه الانبوب هو اقرب وايسر الطرق ولا توجد وسيلة غيره لإيصال الحصه الاروائية وحيث تنص المادة 213 من القانون المدني على انه "يختار اهون الشرين فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف..." عليه قرر تصديق الحكم المميز). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، المصدر السابق، ص 31-32.

⁽⁷²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 17/ الهيئة العامة/2017 في 2017/8/28 والذي جاء فيه (ان محكمة البداية ومن بعدها محكمة الاستئناف اجرت الكشف اكثر من مرة واعتمدت محكمة البداية في حكمها المستأنف على تقرير الخبراء المساحين الخمسة والذي اكد تقريرهم بان النهر موضوع الدعوى غير مؤشر في خرائط الكادسترو ومساحته تبلغ (1834م2) وفي المرحلة الاستئنافية جاء تقرير الخبراء المساحين السبعة ومن ثم الاحد عشر ليؤكد بان النهر موضوع الدعوى المستحدث على القطعة... قد تم فتحه تجاوزا لأنه وفقا لخارطة الكادسترو لا يوجد واجب مجرى على قطعة المدعى لمصلحة قطعة المدعى عليهما وان النهر غير مؤشر في سجلات دائرة التسجيل العقاري ولما كان قيام المدعى عليهما بحفر نهر على قطعة المدعى يعتبر فعلا ماديا وتجاوزا والتجاوز هو الغصب بعينه والغاصب باي صورة من الصور ومنها فتح النهر في ارض الغير ملزم برفع يده الغاصبة عن حق التصرف في الارض وذلك استنادا للمادة (1176) من القانون المدني). القرار منشور الكترونيا في موقع مجلس القضاء الأعلى، قرارات محكمة التمييز الاتحادية على الرابط ادناه:

[/https://www.hjc.iq/qview.2405](https://www.hjc.iq/qview.2405)



أما بشأن طريق المرور فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية ان دعوى رفع التجاوز يمكن ان تقام على الشخص الذي يفتح طريق مرور على ارض المدعي ويحكم فيها برفع التجاوز، وذلك إذا ثبت من خلال التحقيقات ان هذه الأرض غير مثقلة بحق المرور للعقارات المجاورة.⁽⁷³⁾

الفرع الثاني

سمات التجاوز

ان التجاوز واقعة تتجسد بإقامة المحدثات، ويستخلص من قرارات محكمة التمييز الاتحادية ان الواقعة التي تعتبر تجاوزا وتكون محلا لدعوى رفع التجاوز تنسم بثلاث سمات هي انها واقعة مادية، ومتجددة، ويقترن بها الضرر، وبتناول هذه السمات في فقرات ثلاث بناء على ما نستخلصه من القرارات التمييزية كما يأتي:

أولاً-التجاوز واقعة مادية: ان التجاوز يتجسد بإقامة المحدثات التي مر ذكرها في الفرع الأول، وبهذا الوصف فانه يكون واقعة مادية. ويترتب على ذلك ان اثبات التجاوز يكون ممكنا بطرق الاثبات كافة، إلا ان محكمة التمييز الاتحادية توجب على محاكم الموضوع ان تجري الكشف الموقعي على العقار للتأكد من وجود التجاوز، ويتم ذلك بصحبة مساح مختص. ولكي تثبت

⁽⁷³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3127/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/7/28 والذي جاء فيه (إذا تبين ان التجاوز الحاصل على عقار المدعي يتمثل بفتح طريق خلال العقار المذكور يؤدي الى عقار المدعي عليه المجاور فيتعين على المحكمة في مثل هذه الحالة وقبل اصدار قرار الحكم بإلزام المدعي عليه برفع التجاوز المذكور التثبت عما إذا كان على قطعة المدعي حق المرور الى القطع المجاورة من عدمه وذلك عن طريق مفاتحة دائرة التسجيل العقاري المختصة وهل تم تأشير ذلك في الخرائط الرسمية ومنها خارطة الكادسترو من عدمه). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 141.



واقعة التجاوز يجب ان تتضمن تقارير الخبراء بعض البيانات، والتي يجب ان تذكر أيضا في الحكم برفع التجاوز، وهي:

1- أبعاد العقار محل التجاوز ومساحته وموقعه: يجب ان تذكر هذه التفاصيل في تقرير الخبير وفي الحكم الذي يقضي برفع التجاوز، إذ ان تقرير الخبير التقرير يعتبر جزءا من الحكم ومن ثم يجب ان يكون واضحا لان غياب هذه التفاصيل يؤدي الى جهالة الحكم وعدم امكان تنفيذه.⁽⁷⁴⁾

ولا يجوز للمحكمة الاكتفاء بإحالة تحديد الجزء المتجاوز عليه الى تقرير الخبير المساح دون ان تنص على تحديده في الفقرة الحكمية، وقد عللت محكمة التمييز الاتحادية ذلك بان الاعتماد على تقرير الخبير فقط في هذه المسألة يفتح الباب أمام التلاعب او في الأقل امام الاجتهادات في مرحلة التنفيذ، ولذا فان الفقرة الحكمية يجب ان تكون واضحة وصريحة بشأن تحديد التجاوز، ويجب ان يكون تسهيل التنفيذ هو الهدف الاستراتيجي للمحكمة عند صياغة حكمها.⁽⁷⁵⁾

ان وجود التجاوز من عدمه مسألة فنية بحتة تترك للخبراء ذوي الاختصاص بالمساحة، فاذا دون هؤلاء الخبراء في تقريرهم عدم وجود التجاوز فعلى المحكمة ان تحكم برد الدعوى، ولا

(74) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3067/ الهيئة المدنية/2018 في 2018/5/10 والذي جاء فيه (ان تقرير الخبير المساح الذي اعتبرته المحكمة جزءا من الفقرة الحكمية لم يتضمن ابعاد ومساحة وموقع الدار المشيدة من قبل المميزه وانه يتضمن جهالة فاحشة في التنفيذ مما كان المتعين على محكمة الموضوع ان تكلف الخبير المساح بإعداد ملحق لتقريره يتضمن ابعاد ومساحة وموقع تلك المشيدات ومساحتها الكلية من عموم مساحة العقار موضوع الدعوى وعلى ضوء النتيجة تصدر الحكم القانون السليم). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 3، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2018، ص 60.

(75) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 495/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/8/15 والذي جاء فيه (ان الاكتفاء بإحالة موضوع الجزء المتجاوز عليه الى تقرير الخبير المساح دون ذكره في حيثيات الحكم او الفقرة الحكمية قد يؤدي الى الاجتهاد او التلاعب او غير ذلك من الأمور الأخرى التي تستجد في مرحلة تنفيذ الحكم القضائي، لأن الفقرة الحكمية يجب ان تكون واضحة وصريحة وخاصة بموضوع التجاوز وهدفا استراتيجيا للمحكمة بعيد المدى عند مرحلة التنفيذ، ولثبوت كون الفقرة الحكمية قد جاءت خلاف ما تقدم قرر نقض الحكم). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 112-113.



يجوز للمدعي ان يتمسك بطلب خبراء جدد إذا حصل الاطمئنان الى تقرير الخبراء الحاليين من حيث الكفاءة والعدد.⁽⁷⁶⁾

كما ان تحديد التجاوز مسألة فنية تدخل في عمل الخبراء ايضا، فاذا ذكر المدعي في عريضة الدعوى المساحة المتجاوز عليها ولكن الخبراء وجدوا ان المساحة الفعلية المتجاوز عليها اقل او أكثر من ذلك فيجب على المحكمة ان تحكم برفع التجاوز عن كامل المساحة التي حددها الخبراء، ولا ينبغي الاقتصار على المساحة المذكورة في عريضة الدعوى لان الحكم بالتجاوز لا يتجزأ.⁽⁷⁷⁾

ويجب على المحكمة ان تتحقق من صحة المرتسمات وخارطة الافراز في حال وجودها، ويجب الاعتماد على الخرائط الصحيحة المعتمدة من قبل دوائر التسجيل العقاري بصورة رسمية، اما إذا كانت هذه الخرائط بحاجة الى التصحيح فسيتعذر تحديد وجود التجاوز من عدمه وتكون دعوى رفع التجاوز مقامة قبل أوانها وواجبة الرد.⁽⁷⁸⁾ وإذا كانت هناك دعوى قضائية

⁽⁷⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 184/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/1/14 والذي جاء فيه (ان الثابت من تقرير الخبراء المساحين الثلاثة وتقرير الخبراء المساحين الخمسة عدم وجود أي تجاوز... مما تكون دعوى المدعي بالمطالبة برفع تجاوز المدعى عليه لا سند لها من القانون لأن مسألة وجود التجاوز من عدمه مسألة فنية بحتة تكون الكلمة الفصل فيها الى أهل الفن بموضوع المساحة وقد اجتمعت كلمة الخبراء المساحين الثلاثة والخمسة بعدم وجود أي تجاوز... مما تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2018، ص 151.

⁽⁷⁷⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 874/873/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/2/18 والذي جاء فيه (ولما كان موضوع التجاوز هو مسألة فنية تعود لأصحاب الخبرة وان تقدير المدعين في عريضة الدعوى مساحة التجاوز بعشرة دوانم لا يمنع من الحكم بمساحة أكبر). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 7، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020، ص 45.

⁽⁷⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 4275/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/11/30 والذي جاء فيه (ان مسألة وجود تجاوز من قبلها-المدعى عليها-على قطعة المدعي من عدمه مسألة فنية بحتة يستقل الخبراء المساحين بإقرارها من عدمه ولا يتم ذلك إلا بالاعتماد على الخرائط الصحيحة المعتمدة رسمياً في دائرة التسجيل العقاري لكلا العقارين أعلاه ولأن تقرير الخبراء المساحين التسعة قد أكد تعذر تحديد وجود التجاوز من عدمه ما لم يتم تصحيح خرائط الافراز للقطعتين... ولعدم جدية طرفي الدعوى في مراجعة القضاء لتصحيح الخرائط او مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة مما تكون دعوى المدعي واجبة الرد لأنها أقيمت قبل أوانها). القرار المذكور عند: القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، المصدر السابق، ص 62-63.



لتصحيح خريطة العقار المتجاوز عليه او العقار العائد للمتجاوز او كليهما فيجب استئجار دعوى رفع التجاوز لحين البت في دعوى تصحيح الخرائط.⁽⁷⁹⁾

ولكن محكمة التمييز الاتحادية توجب على محاكم الموضوع ان تستفرغ وسعها لتحديد وجود التجاوز من عدمه، فقررت على سبيل المثال انه إذا لم تكن هناك خارطة افراز ولكن تحديد ابعاد العقار ممكن من خلال الرجوع الى خرائط الافراز الخاصة بالقطع المجاورة فيجب على المحكمة ان تستعين بها لغرض تحديد موقع العقار بشكل دقيق، ومن ثم تحديد ما إذا كان هناك تجاوز من عدمه إذ ان عدم وجود خارطة لا يعني حرمان المالك من اتباع الإجراءات اللازمة لحماية ملكه.⁽⁸⁰⁾ وقد يتطلب الأمر الاستعانة بأجهزة المسح الحديثة (GPS) لغرض الوصول الى الحقيقة.⁽⁸¹⁾

⁽⁷⁹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1638/ الهيئة الاستئنافية عقار/2015 في 2015/3/26 والذي جاء فيه (وحيث ان وكيل المدعى عليه دفعا بان موكلهما اقام دعوى تصحيح الخرائط وطلبا استئجار الدعوى للنتيجة فقد كان على المحكمة جلب الدعوى التي أقامها المدعى عليه والاطلاع عليها واستئجار هذه الدعوى للنتيجة وفقا للمادة 1/83 من قانون المرافعات المدنية النافذ وحيث ان المحكمة اغفلت ذلك مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2019، ص 248.

⁽⁸⁰⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 350/ الهيئة الاستئنافية عقار/2022 في 2022/2/7 والذي جاء فيه (كان على المحكمة تكليف الخبراء المساحين بتحديد موقع القطعة بشكل دقيق بالاستعانة بخرائط الافراز الخاصة بالقطع المجاورة وبعد تحديد الموقع بيان ما إذا كان هناك تجاوز عليها من قبل المدعى عليه من عدمه وان عدم وجود خارطة افراز لا يعني حرمان المدعي من اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على ملكه). القرار المذكور عند: القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، المصدر السابق، ص 64-65.

⁽⁸¹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 83/ الهيئة المدنية، 2020 في 2020/1/7 والذي جاء فيه (ان تقارير الخبراء الذين قدموا تقاريرهم مع مرسمات في موضوع الدعوى لم تكن واضحة ودقيقة وانما كانت متفاوتة في الآراء وبذلك فإنها لا تصلح ان تكون سببا للحكم... فكان يتعين على المحكمة وبغية الوصول للحقيقة إعادة اجراء الكشف بصحبة خبراء آخرين جدد وان تيسر ان يكونوا من الهيئة العامة للمساحة في بغداد وتوجيه الخبراء باستخدام أجهزة المسح الحديثة (GPS) وعلى ضوء تلك النتيجة اصدار ما يترأى لها). القرار المذكور عند: المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، المصدر السابق، ص 157.



أما إذا كان الخطأ الوارد في المرئسمات والخرائط من شأنه ان يجعل تحديد التجاوز أمرا مستحيلا فيجب الحكم برد الدعوى، وفي هذه الحالة يفهم المدعي بإمكان مراجعة الطرق القانونية المرسومة لتصحيح الخرائط والمرئسمات.(82)

2-تحديد ماهية التجاوز في الحكم: لا يجوز للمحكمة ان تحكم برفع التجاوز دون ان تذكر في حكمها ماهية هذا التجاوز وهل يتجسد بالبناء أم إقامة منشآت أخرى ام بالغراس، كما يجب ان يتضمن تقرير الخبراء ماهية التجاوز أيضا ومساحته ويرفق به مرئسم معد من قبلهم، وذلك لأن اقتصار الحكم على اثبات وقوع التجاوز وإلزام المدعى عليه برفعه يجعل الفقرة الحكمية مجهلة وغير قابلة للتنفيذ.(83)

ثانيا-التجاوز واقعة متجددة: ان التجاوز ليس حالة ثابتة بل هو حالة وواقعة متجددة عند توافر سببها ولذا فانه لا يخضع لقاعدة حجية الاحكام الباتة، ويترتب على ذلك انه إذا صدر حكم برد دعوى رفع التجاوز لعدم ثبوته، ثم اقام صاحب العقار دعوى أخرى على ذات المدعى عليه وبشأن العقار نفسه وثبت للمحكمة في الدعوى الثانية وجود التجاوز وأصدرت حكما برفعه، فان حكمها يكون صحيحا ولا يمكن للغاصب ان يطلب ترجيح أحد الحكمين لعدم وجود التناقض بينهما.(84)

(82) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1417/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/3/17 والذي جاء فيه (الثابت من وقائع الدعوى ومستنداتها ومحاضر الكشوف والتقارير المقدمة من قبل الخبراء... حيث ثبت لهم وجود خطأ في أبعاد القطعة الأصل المرقمة... قبل الافراز الى القطعتين... وان مساحة العقارين وفق مرئسم الافراز هي ذاتها وفي حالة وجود خطأ في مرئسمات وخرطة الافراز فبإمكان المميز/ المدعي اتباع الطريق القانوني السليم في ذلك). القرار مذكور عند: القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، المصدر السابق، ص 56.

(83) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1310/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/3/10 والذي جاء فيه (ان الدعوى تضمنت المطالبة برفع التجاوز الحاصل من المميز والمتمثل بإقامة أبنية ومشيدات ولم يبين الخبراء في تقريرهم ماهية هذا التجاوز وانما أشاروا فقط الى مساحته مما كان على المحكمة إجابة طلب وكيل المميز بانتخاب تسعة خبراء لبيان ماهية التجاوز ومساحته وتقديم مرئسم بذلك). القرار مذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبيكي والمحامي احمد عدنان زيدان العنبيكي، المصدر السابق، ص 141-136.

(84) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 351/ الهيئة الموسعة المدنية/2021 في 2021/10/27 والذي جاء فيه (ادا تبين انه سبق للمدعي ان اقام في عام 2017 دعوى على المدعى عليه طالبا فيها إلزامه برفع التجاوز



ومن جانب آخر إذا صدر حكم بات يقضي برفع التجاوز عن جزء من مساحة العقار ثم اقام صاحب العقار دعوى أخرى على الشخص نفسه مطالبا برفع تجاوزه عن جزء آخر من العقار فلا يمكن للمدعى عليه ان يتمسك بوجود حكم سابق مكتسب درجة البتات ويطلب رد الدعوى الثانية بناء عليه، وذلك لان التجاوز عمل غير مشروع وهو واقعة متجددة لأنه لا يتعلق بذات الجزء من العقار الذي صدر الحكم السابق بشأنه.⁽⁸⁵⁾

لكن إذا أقيمت الدعوى الثانية بشأن ذات التجاوز الذي سبق وان حكم ببرد دعوى سابقة مقامة بناء عليه، وكانت بخصوص ذات العقار والوقائع، فان التجاوز هنا لا يعتبر واقعة متجددة ولذا فان الدعوى الثانية تكون واجبة الرد لسبق الفصل فيها.⁽⁸⁶⁾

الحاصل من قبله على العقار موضوع الدعوى وتم رد الدعوى في حينها لعدم ثبوت وجود تجاوز ثم أقام نفس المدعي دعوى أخرى في عام 2020 على ذات المدعى عليه طالبا الزامه برفع التجاوز عن ذات العقار موضوع الدعوى الأولى وصدر قرار حكم بالدعوى قضى بالزام المدعى عليه برفع التجاوز الواقع من قبله على العقار وطلب المدعى عليه ترجيح أحد الحكمين المذكورين ورفع التعارض الحاصل بينهما فان مثل هذا الطلب يكون واجب الرد لأن حالة التجاوز هي ليست من الحالات الثابتة وانما هي حالة متجددة عند توافر سببها وبالتالي فلا وجود لحالة التناقض بين الحكمين المطلوب ترجيح احدهما). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 142.

⁽⁸⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1365/ الهيئة المدنية/2018 في 2018/2/18 والذي جاء فيه (حيث استتمت المحكمة تحقيقاتها اللازمة في موضوع الدعوى وتأييد لها من الوقائع والأدلة ان المدعى عليه... تجاوز على جزء من مساحة العقار... وحيث ان التجاوز عمل غير مشروع ونوع من أنواع غصب منفعة العقار ويعد واقعة متجددة لا يخضع لمبدأ حجية الأحكام الباتة المنصوص عليها في المادة (106) من قانون الإثبات ان وقع في مكان ومساحة تختلف عن المساحة والموقع المحكوم برفع التجاوز عنه وبذلك يلزم الغاصب... برد العقار المغصوب الى صاحبه عملاً بأحكام المادة (197) من القانون المدني). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 155-156.

⁽⁸⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 939/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/2/18 والذي جاء فيه (ان الثابت من وقائع الدعوى ومستنداتها انه سبق واقام والد المدعين/ المميزين الدعوى المرقمة... مدعياً حصول تجاوز من عقار المدعى عليهم/ المميز عليهم وتم ردها موضوعاً وعاد المذكورين أعلاه بعد انتقال الملكية اليهم بإقامة الدعوى المبطلّة المرقمة... عن ذات التجاوز والذي يدعون حصوله قبل أكثر من عشرين عاماً وبالتالي فان الدفع بان التجاوز حالة متجددة لا مورد له في دعواهم هذه والتي تكون واجبة الرد لسبق الفصل فيها وان الحجية للأحكام تسري بحقهم وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، مج1، مكتبة السنهوري، بيروت، 2020، ص 77-78.



ثالثا-التجاوز واقعة يقترن بها الضرر: يذهب رأي الى ان حق صاحب العقار في طلب رفع التجاوز لا يتوقف على حصول الضرر له بسبب التجاوز، بل يجوز له طلب الازالة ولو لم يلحقه ضرر منه إذ يكفي ان يتحقق اعتداء على حق الملكية لطلب الازالة.⁽⁸⁷⁾ لكن هذا الرأي تعرض للانتقاد من قبل جانب من الشراح، وذلك لأنه يؤدي الى نتيجة غير اقتصادية يخشى معها ان تحصل عمليات هدم وإزالة لمنشآت او مغروسات على قدر من الأهمية دون مبرر جدي.⁽⁸⁸⁾

ويبدو ان محكمة التمييز الاتحادية تشايح وجهة النظر الثانية وتقرر ان دعوى رفع التجاوز تتوقف على حصول الضرر لصاحب العقار، وهذا الضرر يمكن ان يتحقق سواء وقع التجاوز على عقار المدعي بالذات أم على عقار آخر.⁽⁸⁹⁾ وهذا يعني ان المناط في قبول دعوى رفع التجاوز هو حصول الضرر للمدعي حتى إذا كان الفعل المادي الصادر من الغاصب واقعا على عقار آخر غير عقاره، ففي هذه الحالة تتوافر المصلحة للمدعي أيضا ويجوز له ان يقيم دعوى رفع التجاوز.⁽⁹⁰⁾

(87) جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي-دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 110؛ د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، 2018، ص 218.

(88) ينظر في ذلك: د. محمد شكري سرور، المصدر السابق، ص 67، وكذلك المصادر التي يشير إليها في الهامش رقم (6) منها.

(89) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1660/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/4/27 والذي جاء فيه (إذا كان العقار العائد للمدعي عرصة خالية تقع على الطريق الفرعي وان الدار العائدة للمدعي عليه تقع ضمن الطريق العام العائد لمديرية البلدية والذي طلب ممثلها القانوني الدخول في الدعوى لجانب المدعي وتم قبول طلبه وان هذا البناء قد أغلق الطريق وأحدث الضرر للمدعي بالوصول الى الطريق وبذلك تتحقق المصلحة من الدعوى وتكون الخصومة متوجهة وان كان التجاوز لم يحصل مباشرة على عقاره). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 119-120.

(90) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3025/ الهيئة المدنية عقار/2011 في 2011/9/12 والذي جاء فيه (ان دعوى المدعيتين تضمنت طلب الحكم بالزام المدعي عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على القطعة العائدة للبلدية وان ذلك التجاوز سبب لهن أضراراً والتي تتمثل بالانقاص من حق ملكيتهما للدار والتقليل من قيمتها عند البيع وحيث ان المحكمة كانت قد أدخلت مدير بلدية الكوت إضافة لوظيفته شخصاً ثالثاً في الدعوى الى جانب المدعي عليه وان المحكمة كانت قد أجرت الكشف بمعرفة خبير مساح والذي أوضح بتقرير خبرته المؤرخ... بأن التجاوز الحاصل من قبل الطريق العائد للبلدية وهو ملاصق لدار المدعيتين وانه حرم دار المدعيتين من



وقد عللت محكمة التمييز الاتحادية ذلك بان التجاوز يؤدي الى حصول ضررين، الأول هو الضرر الذي يلحق بصاحب العقار المتجاوز عليه فعلا بإنشاء المحدثات، والثاني هو الضرر المرتد الذي يلحق بالمدعي صاحب العقار الآخر، والضرر يجب ان يزال سواء كان أصليا أم مرتدا.⁽⁹¹⁾

ونتيجة لذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى انه إذا لم يتحقق ضرر لصاحب العقار فلا يمكنه ان يقيم دعوى رفع التجاوز حتى إذا كانت المحدثات قد اقيمت على عقاره، ولا يتحقق

الشرفية على الطريق لذا يتعين على المحكمة في حالة ثبوت حصول ضرر للعقار برفع التجاوز وبذلك تكون للمدعيتين مصلحة في إقامة الدعوى). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الموسعة المدنية، ج7، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2017، ص 46. وينظر أيضا قرارها رقم 617/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/2/17 والذي جاء فيه (إذا تأيد من التحقيقات الجارية في الدعوى ان المدعى عليه قام بالتجاوز على الفضلة العائدة لدائرة البلدية الموجودة أمام دار المدعي وقام بإنشاء محلات عليها مما أدى الى حجب دار المدعي من الطريق فان من حق الأخير ان يطلب الزام المدعى عليه برفع التجاوز المذكور وان خصومته متحققة حتى وان لم يكن التجاوز حاصلًا على عقاره وذلك لتحقق المصلحة من إقامة الدعوى وبذلك يكون قرار الحكم المميز الذي قضى بالزام المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على فضلة الطريق الواقع أمام العقار العائد للمدعي صحيح وموافق للقانون فقرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 138. وكذلك قرارها رقم 2715/2714/ الهيئة المدنية/2021 في 2021/4/28 والذي جاء فيه (ان المدعي طلب رفع التجاوز الواقع من المدعى عليه على الطريق العام المقابل لعقاره وحيث ان له المصلحة في ذلك فتكون دعواه = = مقبولة). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، ج4، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2021، ص 124. ⁽⁹¹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2447/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/5/23 والذي جاء فيه (إذا كان فعل الغصب متعديا ولم يقتصر ضرره على مالك العقار المتجاوز عليه ولحق الغير أيضا ضرر من هذا التجاوز فيجب إزالة الضرر الناتج عن فعل الغصب والمرتد على الغير، لأن الضرر المرتد هو ضرر مادي مباشر متحقق من جانب المدعى عليه لان فعله بغصب العقار والتجاوز عليه باعباره ضررا قد ترتب عليه نتيجتين مترابطتين مع بعضهما الأولى وضع اليد وإقامة المشيدات على عقار البلدية بدون سند قانوني او مسوغ شرعي، والنتيجة الثانية تمثلت بأضرار ارتدت على المدعي وذلك بحجب عقاره عن المنطقة الخضراء وفق التصميم الأساسي للمدينة، مما يكون الحكم المميز القاضي برفع التجاوز متفق وحكم القانون). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 118.



الضرر لصاحب العقار إذا لم يحرمه انشاء المحدثات من الانتفاع بعقاره مثل وضع الأنابيب تحت ارضه بعمق بعيد لا يؤثر في البناء الواقع فوق سطح الأرض.⁽⁹²⁾

لكن محكمة التمييز الاتحادية لم تثبت على هذا الاتجاه في جميع الدعاوى، إذ قررت ان تضرر المدعي بسبب قيام المدعى عليه بغلق طريق واقع في عقار آخر غير عقار المدعي لا يعطي للأخير الحق في إقامة دعوى رفع التجاوز بل يمكنه ان يقيم دعوى حق المرور، وذلك لأن الطريق لا يعود للمدعي فلا يكون لدعوى رفع التجاوز محل.⁽⁹³⁾ ففي هذه الحالة حصل ضرر للمدعي من عمل تم في عقار آخر، وكان مقتضى الأصل الذي وضعه القضاء المذكور أنفا ان هذا الضرر المرتد يجيز له ان يقيم دعوى رفع التجاوز لأن هذه الدعوى تقوم على الضرر حتى إذا كان العمل واقعا في عقار آخر غير عقار المدعي.

وقد ذهبت بعض محاكم البداية الى ان دعوى رفع التجاوز لا تقبل إلا اذا كان المدعى عليه يملك عقارا مجاورا للعقار موضوع التجاوز، وهذا الاتجاه لا سند له من القانون وقد رفضته محكمة التمييز الاتحادية إذ قررت انه لا يشترط في دعوى رفع التجاوز ان يكون المدعي

⁽⁹²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5/ الهيئة الموسعة المدنية/2015 في 2015/1/19 والذي جاء فيه (كان يتعين على المحكمة اجراء الكشف الموقعي على القطعة موضوع الادعاء صحبة خبراء مختصين لبيان ماهية الضرر الذي أصاب المدعية جراء مرور الانبوب الجاري في قطعته وهل أدى ذلك الى حرمانها من الانتفاع بحصتها الشائعة فيها خاصة وان تقارير الخبراء المرفقة في الدعوى البدائية موضوع الطعن الاستئنافي تشير الى ان عمق الانبوب يصل الى (3م) تحت سطح الأرض ولا يؤثر على البناء المشيد عليها وحيث ان مجرد امرار الأنابيب تحقيا للنفع العام دون ان يؤدي ذلك الى الحرمان من منافع الأعيان لا يعد سببا قانونيا كافيا للمطالبة برفع تلك الأنابيب). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الموسعة المدنية، ج7، المصدر السابق، ص 48-49.

ويلاحظ ان هذا القرار يتناول واقعة وضع الأنابيب من قبل جهات تابعة للدولة وهو يصب في تحقيق النفع العام، وسوف نرى ان مجرد وجود هذا الغرض من إقامة المحدثات يوجب رد الدعوى دون الخوض في وجود الضرر من عدمه، لكن محكمة التمييز الاتحادية ارادت ان تضع معيارا يخصص ربط دعوى رفع التجاوز بحصول الضرر للمدعي.

⁽⁹³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2693/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/6/9 والذي جاء فيه (ان الطريق موضوع الدعوى هو ليس طريق خاص بعقار المدعي وبالتالي لا يحق له المطالبة برفع التجاوز لعدم عائدة الطريق له وانما له الحق بالمطالبة بحق المرور وهو يشكل دعوى مستقلة توافرت شروطها لذا فان دعوى المدعي واجبة الرد لعدم توجه الخصومة). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 6، المصدر السابق، ص 22.



والمدعى عليه يملكان عقارين متجاورين، وذلك لان التجاوز عمل غير مشروع يبني على الضرر، وهو قد يتحقق من خلال قيام شخص بإحداث بناء او غراس او منشآت أخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لشخص آخر دون رضاء صاحبها، سواء كان من أحدث البناء او الغراس يملك عقارا مجاورا أم لا.⁽⁹⁴⁾

وقد يتمثل الضرر بما يسمى "الجور" على أرض الجار عند البناء، وذلك إذا باشر مالك الأرض بالبناء على أرضه ولكنه تجاوز حدودها وضم الى البناء جزءا من ارض جاره. وفي مواجهة هذه الحالة يقرر القانون المدني المصري في المادة (928) ان الجور إذا كان بحسن نية وعلى مساحة قليلة من أرض الجار فيجوز للمحكمة ان تحكم بتملك هذا الجزء للباني، وذلك مقابل تعويض عادل يدفعه الى صاحب الأرض التي جار عليها، وهذا الأمر جوازي للمحكمة وخاضع لتقديرها بحسب ظروف كل قضية.⁽⁹⁵⁾ ويعد هذا الحكم خروجاً عن احكام الالتصاق لأن الباني سيتملك جزءا من الأرض المعتدى عليها، إذ يجبر صاحبها على التنازل عن جزء من أرضه وهو الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل يقدر في ضوء الظروف الخاصة بالحالة المعروضة على المحكمة.⁽⁹⁶⁾

(94) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 4103/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/7/1 الذي نقض حكم محكمة بداءة بغداد الجديدة وجاء فيه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة قضت برد الدعوى دون الدخول في أساسها موضوعا لكون المدعى عليه لا يملك حصة في العقار او عقارا مجاورا للعقار موضوع الدعوى المرقم... باعتبار ان المطالبة برفع التجاوز تكون بين عقارين مملوكين لشخصين وهذا التوجه من المحكمة غير وارد قانونا لأنه اذا أحدث شخص بناء او غراسا او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها عملا بأحكام المادة 1119 من القانون المدني وهذا العمل غير المشروع بالتجاوز على ارض الغير لا يشترط ان يكون من المجاور فكان يتعين على المحكمة استكمال الإجراءات التحقيقية اللازمة وصولا للحقيقة). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، مج1، المصدر السابق، ص 81.

(95) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، مج 1، المصدر السابق، ص 317.

(96) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص 295. وقررت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن ان (المقرر-في قضاء محكمة النقض-ان مؤدى نص المادة 928 من القانون المدني وعلى ما أوضحته المذكرة الايضاحية انه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد



أما القانون المدني العراقي فلم يورد نصا خاصا لهذه الحالة ولذا تطبق القواعد العامة بشأنها، وقد ذهب رأي الى انه بحسب هذه القواعد يعتبر الباني سيء النية دائما لأن العقارات في العراق لها أضاير تحدد مساحتها وحدودها ويفترض ان كل مالك لا يباشر في البناء إلا بعد التأكد من حدود أرضه، لذا يجب ان يطبق نص المادة (1119) مدني في باب الالتصاق والتي تقرر ان صاحب الأرض المتجاوز عليها يجوز له ان يطلب إلزام الباني بان يزيل على نفقته ما أحدثه من محدثات مهما كانت قيمتها وبغض النظر عن تضرر الباني بسبب القلع، واذا كانت الإزالة مضرة بعقار المدعي فله ان يطلب تملكه المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع.⁽⁹⁷⁾

في حين ذهب رأي آخر الى ان تطبيق القواعد العامة بشأن هذه الحالة يوجب النظر الى نية الباني، ولذا فقد تتوصل المحكمة الى إزالة البناء إذا لم يترتب عليه ضرر فاحش للباني، أما إذا كان هناك مثل هذا الضرر فتقرر المحكمة إبقاء البناء ويتملك الباني جزء الأرض الذي اقام عليه البناء مقابل تعويض صاحب الأرض تعويضا عادلا، او يتملك صاحب الأرض البناء الذي أحدثه الباني في أرضه.⁽⁹⁸⁾

جاوزها الى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاوزة من المباني قد وقعت بحسن نية فانه يجوز للقاضي استثناء من قواعد الالتصاق التي تقضي بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض الملاصقة ان يجبره على ان ينزل للباني عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل). الطعن رقم 615، لسنة 39 ق، جلسة 1974/12/31، المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية-مدني، السنة 25، ج 2، ص 1562.

⁽⁹⁷⁾ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، المصدر السابق، ص 918.

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الاتجاه في قرارها رقم 2264/ الهيئة الاستئنافية/2016 في 2016/10/19 والذي جاء فيه (ان دعوى المدعي هي الزام المدعى عليه برفع تجاوزه على العقار تسلسل... وحيث ان موضوع الدعوى يقتضي الاستعانة برأي الخبراء (م133/ اثبات) فقد استعانت المحكمة بعدة خبراء مختصين وآخرهم سبعة خبراء لمعرفة وجود التجاوز من عدمه وأجرت الكشف على العقار بمعرفتهم وقدم الخبراء تقريرهم المؤرخ... وبيّنوا فيه وجود تجاوز على العقار المشار اليه أعلاه من العقار المتجاوز له تسلسل... العائد للمدعى عليه بمساحة 30 م... وان تقرير الخبراء جاء مستوفيا لعناصر الخبرة الصحيحة ويصلح اتخاذه سببا للحكم). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج 1، المصدر السابق، ص 165.

⁽⁹⁸⁾ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، المصدر السابق، ص 299.



ويلاحظ ان الرأي الثاني ينسجم مع الواقع أكثر من الأول، إذ يجب النظر الى حجم الجزء الذي جعله الباني من بنائه على ارض الجار، وقد لا يكون هدم هذا الجزء عمليا لأنه يضر بالبناء كله، أو لا يمكن تملكه للجار لعدم تصور ارتفاعه به مستقلا. لذلك نرى ان العدالة تقتضي ترك تقدير الموقف لمحكمة الموضوع لكي تفصل في كل قضية بحسب ظروفها الخاصة.⁽⁹⁹⁾

وينبغي ان يلاحظ أخيرا ان الضرر الذي يعتد به هو الذي يصيب صاحب العقار المتجاوز عليه، اما المتجاوز فلا ينظر بحسب الأصل الى ما يصيبه من ضرر بسبب تنفيذ الحكم برفع التجاوز، إذ لا حضور هنا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" لأن التمسك بها سيؤدي الى إعطاء المتجاوز حق القرار على عقار المدعي بدون وجه حق.⁽¹⁰⁰⁾

لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ قررت محكمة التمييز الاتحادية ان الضرر الذي يترتب على تنفيذ الحكم برفع التجاوز إذا كان كبيرا او تترتب عليه نتائج لا يمكن تداركها فلا يحكم برفع التجاوز. ومن صور ذلك ان المحكمة يجب ان تراعي في حكمها كيفية تجنب الضرر الذي يصيب المدعي عليه عند تنفيذ الحكم، ويمكنها في سبيل ذلك ان تتوسل بأي طريقة ممكنة وان تذكر ذلك في حكمها. ومن الوسائل التي أشارت اليها محكمة التمييز الاتحادية وجود اتفاق بين

(99) وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الاتجاه في قرارها رقم 715/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/1/29 والذي جاء فيه (ان تقرير الخبير المساح المؤرخ في... هو وجود تجاوز من المدعي عليه على عقار المدعي بمساحة (10,90 م²) وهو بناء سقف مما كان المتعين على محكمة الموضوع الاستيضاح من الخبير عن إمكانية إزالة هذا التجاوز وهو (السقف) دون حصول اضرار في العقار العائد للمدعي عليها وهل انه ناتج عن افراز العقار الأصل وجعله عقارين كل واحد منهما يمثل وحدة عقارية مستقلة عن الأخرى، وحيث ان المادة (1/216 مدني) قد نصت على انه لا ضرر ولا ضرار والضرر لا يزال بمثله، وحيث ان محكمة الموضوع قد أصدرت حكمها دون استكمال تلك التحقيقات لذا قرر نقض الحكم). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 6، المصدر السابق، ص 19.

(100) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1766/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/4/28 والذي جاء فيه (الغضب لا يكون نعمة للملك حتى لو لحق بعقار المدعي عليه اضرار من جراء إزالة التجاوز لأن أحكام المادة 1119 من القانون المدني قد أعطت لمالك الأرض حق الخيار اما برفع التجاوز بالبناء على أرضه او تملكه مقلوعا وان المدعي اختار طلب رفع التجاوز كما ان قاعدة لا ضرر ولا ضرار ليس لها أي حضور على وقائع الدعوى والتمسك بها يعطي للغاصب حق القرار على أرض الغير بدون أي مسوغ قانوني او شرعي). القرار المذكور عند: القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، المصدر السابق، ص 61-62.



الطرفين لتعويض المدعي بمساحة أخرى من عقار المدعى عليه إذا كان ذلك ممكناً، مثل إعطائه مساحة من الحديقة الخلفية بدلاً من الجزء المتجاوز عليه بهدف تجنب الضرر الذي يلحق ببناء المتجاوز كله إذا ما تم تنفيذ حكم رفع التجاوز.⁽¹⁰¹⁾

وكذلك إذا كانت هناك ضرورة كبيرة دفعت الشخص الى التجاوز على العقار، إذ لا يحكم برفع التجاوز حتى إذا لحق صاحب العقار ضرر من ذلك، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية ان قيام احدى المنظمات غير الحكومية الأجنبية بوضع يدها على عقار المدعي وانشاء مخيم لإيواء النازحين جراء الاعمال الإرهابية يوجب رد دعوى صاحب العقار التي أقامها برفع المخيم، وذلك لأن الضرر الذي يلحق بصاحب العقار اقل بكثير من الضرر الذي يلحق بالنازحين إذا ما حكم برفع التجاوز وازالة المخيم الذي يؤويهم.⁽¹⁰²⁾ وتقرر ايضاً ان المالك او

⁽¹⁰¹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1863/ الهيئة الاستئنافية عقار/2022 في 2022/5/29 والذي جاء فيه (ان محكمة الاستئناف لم تتحقق بصورة دقيقة عما أورده المدعي/ المستأنف بملحق لائحته الاستئنافية الفقرة 2 منها بان هناك اتفاق بين الطرفين على ان يتم تسليم المدعي مساحة مقابل مساحة التجاوز من الحديقة الخلفية لعقار المدعى عليهما حيث ان ذلك له تأثير في نتيجة الدعوى في حالة تنفيذه واما في حالة عدم تحقق ذلك كان يتعين على المحكمة انتخاب خبراء مهندسين لبيان ماهية هذا التجاوز الوارد في تقرير الخبير ان كان يمثل فقط السياج المشترك ام هناك مساحة تزيد على السياج حيث ان ابعاد التجاوز هي بعرض... ام ان هناك مساحة أخرى وبيان كيفية معالجة الضرر في حالة إزالة التجاوز إذ لا يمكن ان ينسحب إزالة التجاوز الى بقية مساحة وأجزاء الدار). القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، المصدر السابق، ص 58-59.

⁽¹⁰²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5238/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/8/28 والذي جاء فيه (عند عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المدعين (المميز عليهم) طلبوا إلزام المدعى عليه = = برفع التجاوز الحاصل من قبله والمتمثل بإنشاء مخيم للنازحين في قضاء الشرايط على القطعة المرقمة... وان محكمة الموضوع وفي حكمها المميز قد ألزمت المميز برفع التجاوز الحاصل من قبله وازالة المخيم وفق التفصيل الوارد فيه خلافاً لأحكام القانون... الا أن القانون المدني العراقي قد نص في المواد من (214/212) على احكام مشتركة للأعمال غير المشروعة وهي ان الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها (المادة 1/212 مدني) وان المادة 213 قد نصت على انه يختار اهون الشرين فاذا تعارضت مفسدتان روي اعظمها ضرراً ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ولكن الاضطراب لا يبطل حق الغير ابطالا كلياً فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا كون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً وان المادة (1/214 مدني) قد نصت على انه يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام. وحيث ان معاناة النازحين جراء فقد ديارهم وممتلكاتهم لازالت مستمرة وهذه من الامور العامة التي يجب علم الكافة بها وان التحقيقات التي انتهت اليها المحكمة اثبتت بما لا يقبل الشك بان المخيم لا يزال مشغولاً من قبل النازحين وان القول بالزام دائرة المدعى عليه (المميز) برفع التجاوز والغاء المخيم ورفع تعريض ارواح الساكنين من النازحين الى خطر حقيقي محقق يلحق بهم سيما وان



صاحب حق التصرف لا يجوز له ان يقيم دعوى رفع التجاوز إذا كانت الأرض موقعا تراثيا او أثريا وفيه بناء أثري، إذ لا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب إزالة هذا البناء الأثري لأنه يرتب ضررا كبيرا لا يمكن تداركه.(103)

هدف دائرة المدعى عليه (المميز) وهي منظمة اجنبية هو انساني محض وحيث ان المواد المتقدمة والمشار اليها قد غلبت حالة الاضطراب ومنها حالة النزوح التي مر بها ابناء المناطق المشار اليها قد قيدت حق الفرد ومنها الملكية مقابل درء الاخطار المحدقة المنصوص عليها ومنها حالة النازحين في المناطق التي تعرضت الى عدوان عصابات داعش الارهابية من كل ما تقدم كان المتعين على محكمة الموضوع ان تقضي وللأسباب المشار اليها انفا برد دعوى المدعين (المميز عليهم) مع الاحتفاظ لهم بحق اقامة دعوى المطالبة بالتعويض طبقا لنص المادة (2/213 مدني) العجز الاخير ان كان لذلك مقتضى قانوني). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج4، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020، ص 9.

(103) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3487/ الهيئة الاستئنافية/2017 في 2017/5/15 والذي جاء فيه (ان المدعي حصر دعواه برفع التجاوز الحاصل على العقار المرقم... وحيث ان العقار يعود للمدعي وهو مجاور لمسجد النخيلة العائد لدائرة المدعى عليه والذي يعد من الأماكن الاثرية وفقا لأقوال ممثل آثار بابل الذي ادخلته المحكمة شخصا ثالثا في الدعوى للاستيضاح حيث ذكر المنقب الاثري بتقريره المؤرخ في... بان سور المسجد يبلغ عمره اكثر من 700 سنة مضت وانه يحمل الصفتين الدينية والأثرية وتم تجديده من خلال إقامة فوقه وبنفس المواصفات القديمة وله محرمان وان المحكمة استعانت بخبير مختص بالآثار قدم تقريره المؤرخ في... المتضمن ان إزالة التجاوز ستؤدي الى إزالة كل الطبقات الأثرية التي تحت السور وهذا يسبب ضررا لعدم معرفة تسلسل الطبقات الأثرية وان أي انقاص من خريطة الموقع يعد اخلافا للقيمة التاريخية والحضارية للموقع بشكل عام والمسجد بشكل خاص... وحيث منعت المادة 15/ثانيا ورابعا وسادسا من قانون الآثار والتراث رقم 55 لسنة 2002 القيام بالزراعة والسكن او إقامة البناء او المحدثات الأخرى على المواقع الأثرية والتراثية ومنعت قلع الأشجار والمغروسات وإزالة المنشآت كما منعت الفقرة السادسة منها قلع البناء الأثري والتراثي مما تكون الدعوى واجبة الرد). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، المصدر السابق، ص 35.



المبحث الثاني

احكام دعوى رفع التجاوز

نتناول احكام دعوى رفع التجاوز من خلال بيان أطرافها والحكم الذي يصدر فيها وكذلك موانع قبولها، إذ اختلفت اتجاهات محكمة التمييز الاتحادية كثيرا بشأن هذه المسائل. لذا نقسم هذا المبحث على مطلبين: نخصص (المطلب الأول) لأطراف دعوى رفع التجاوز والحكم الذي يصدر فيها، و(المطلب الثاني) لموانع قبول هذه الدعوى.

المطلب الأول

أطراف دعوى رفع التجاوز والحكم الذي يصدر فيها

نتناول في هذا المطلب تحديد أطراف دعوى رفع التجاوز والحكم الذي يصدر فيها. لذا نقسم الكلام في هذا المطلب على فرعين، نخصص (الفرع الأول) منهما لأطراف دعوى رفع التجاوز، و(الفرع الثاني) للحكم الصادر في هذه الدعوى.

الفرع الأول

أطراف دعوى رفع التجاوز

يجب ان تكون للمدعي مصلحة في إقامة الدعوى وان تتوافر الخصومة في المدعى عليه، وللوقوف على ذلك نقسم الكلام على فقرتين نحدد في أولاهما الطرف الذي يحق له إقامة دعوى



رفع التجاوز أي (المدعي)، وفي الأخرى الطرف الذي تقام عليه الدعوى أي (المدعى عليه) وذلك في فقرتين.

أولا-المدعي في دعوى رفع التجاوز:

يتبين من قرارات محكمة التمييز الاتحادية ان المدعي الذي تكون له مصلحة في اقامة دعوى رفع التجاوز والذي تقبل منه هذه الدعوى لا يقتصر على مالك العقار ملكية مفرزة، بل يشمل معه فئات أخرى قد يظهر لأول وهلة غرابة إعطاء الحق لهم في ذلك. ونبين فيما يأتي الأشخاص الذين يقبل منهم القضاء العراقي ان يقيموا دعوى رفع التجاوز:

1-المالك وصاحب حق التصرف في الأرض الأميرية: الأصل ان دعوى رفع التجاوز تقام من قبل مالك العقار إذا كان يملكه ملكا صرفا أو من صاحب حق التصرف إذا كانت الأرض أميرية،⁽¹⁰⁴⁾ وتثبت الملكية او حق التصرف من خلال تقديم سند حديث للعقار صادر من دائرة التسجيل العقاري مع المستندات الأخرى كالقسام الشرعي او النظامي بحسب كل حالة.⁽¹⁰⁵⁾ وإذا كان مالك العقار ميتا يمكن لورثته ان يقيموا دعوى رفع التجاوز بصفتهم الشخصية وليس

⁽¹⁰⁴⁾ تنص المادة (1176) من القانون المدني على انه (1-إذا غصب أحد ارضا اميرية فللمتصرف في هذه الارض ان يستردها منه وان يرجع بأجر المثل عن مدة بقائها في يده. 2-وإذا كان في الارض عند استردادها غرس او بناء للغاصب، او إذا كان أحد بغير حق غرس اشجارا او كروما فيها او اقام ابنية عليها، فللمتصرف ان يطلب قلع = الاشجار والكروم وهدم الابنية فإذا كان القلع او الهدم يضر بالأرض فله ان يمتلك هذه المنشآت بقيمتها مستحقة للقلع او الهدم. 3-اما إذا كان فيها بذر فان للمتصرف الخيار في ان يمتلكه او قيمته او ان يترك الأرض لصاحب البذر حتى حصاد بأجر المثل). وينظر في ذلك: د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 247.

⁽¹⁰⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1082/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/3/9 والذي جاء فيه (إذا... تأيد بأن المدعى عليه قام بالتجاوز على جزء من العقار المذكور بتشبيد دار سكن له على الجزء المذكور فان دعوى المدعي التي طلب فيها إلزام المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله لها سند من القانون ما دام العقار مسجلا باسم مورث المدعي صاحب حق التصرف... لأن المغصوب ان كان أرضا أميرية فللمتصرف في هذه الأرض ان يستردها منه). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 139.



إضافة الى التركة، وذلك لأن ملكية العقار تنتقل إليهم من لحظة موت المورث وان لم يحصل التسجيل بأسمائهم بعد.⁽¹⁰⁶⁾

ولا يؤثر في قبول الدعوى ان يكون هناك حكم بإزالة شيوخ العقار ما دام هذا الحكم لم يتم تنفيذه، على ان يكون اسم المدعي من ضمن الملاك الذين سجل العقار بأسمائهم، إذ يمكن لأي شريك قبل تنفيذ حكم إزالة الشيوخ ان يقيم دعوى رفع التجاوز على الغاصب الأجنبي الذي يقيم بناء او مشيدات او يغرس مغروسات في الأرض، وذلك لعدم انتفاء سلطة الشركاء على العقار في هذه المرحلة.⁽¹⁰⁷⁾

2-الشريك في العقار الشائع في دعواه ضد الأجنبي: إذا كان العقار مملوكا لأكثر من شخص على الشيوخ او لهم فيه حق التصرف بهذه الصفة وحصل التجاوز عليه من شخص أجنبي فيجوز لأي من الشركاء ان يقيم دعوى رفع التجاوز دون حاجة الى أخذ موافقة الشركاء الآخرين، ولا يشترط ان تقام الدعوى من قبل جميع الشركاء لأن القانون المدني يقرر في المادة (1066) ان لكل شريك الحق في ان يحافظ على الشيء الشائع كله،⁽¹⁰⁸⁾ ومن صور المحافظة

⁽¹⁰⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3142/ الهيئة المدنية/2015 في 2015/7/21 والذي جاء فيه (ان المدعى عليها قد تجاوزت على العقار العائد للمدعية بمساحة 94 م² دون سند ودون ان تكون هنالك اباحة وبالتالي فان دعوى المدعية لها سند من القانون وفيما يخص الدفوع التي أوردها وكيل المدعى عليها من ان الخصومة غير متوجهة كون الدعوى لم تقام إضافة للتركة فان هذا الدفع مردود قانونا لأن العقار ينتقل الى الورثة بمجرد الوفاة وبالتالي لا داعي لإقامة الدعوى إضافة للتركة... وحيث ان الحكم المميز قد التزم وجهة النظر المتقدمة فيكون قد جاء موافقا للقانون قرر تصديقه). القرار غير منشور.

⁽¹⁰⁷⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 59/ الهيئة الموسعة المدنية/2017 في 2018/3/12 والذي جاء فيه (ان محكمة الاستئناف ردت دعوى المدعين برفع التجاوز الحاصل على عقارهم المرقم... بحجة صدور حكم يقضي بإزالة شيوخ العقار... واكتسابه درجة البتات وانتهاء سلطتهم على العقار ووجهة النظر هذه غير صحيحة ومخالفة لأحكام القانون وذلك لان إجراءات بيع العقار بالمزايدة العلنية لم تتم حتى الآن وانه لا زال مسجلا باسم المدعين حسب سند تسجيله المبرز... وإذ ان العقار موضوع الدعوى لم تجر المزايدة العلنية ببيعه أصلا ولم تتم احالته على أي مشتري حتى الآن وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ لذا يكون من حق المدعين باعتبارهم مالكي العقار إقامة الدعوى برفع التجاوز عنه). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 3، المصدر السابق، ص 58-59.

⁽¹⁰⁸⁾ تنص المادة (1066) من القانون المدني العراقي على ان (لكل شريك في الشيوخ الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء).



على الشيء إقامة دعوى رفع التجاوز على الأجنبي الذي يقوم بإنشاء محدثات على العقار الشائع. (109)

اما الشريك في الأشجار فقط دون ان يكون شريكا في الأرض فلا يحق له ان يقيم دعوى رفع التجاوز على الأجنبي بل يكون ذلك من حق صاحب الأرض، (110) وإذا حصل التجاوز على الأرض بالبناء والمشيدات من قبل شريك في المغروسات فقط فيمكن لصاحب الارض إقامة دعوى رفع التجاوز عليه، وذلك لان وجود حصة للشخص في المغروسات لا يعطيه الحق في إقامة مبان ومشيدات على الأرض بل ينحصر حقه في حدود استغلال المغروسات التي له حصة فيها. (111) وعلى المحكمة في هذه الحالة ان تتحقق من جميع ملابسات القضية مثل تأثير التجاوز على الأشجار القائمة. (112)

(109) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1321/ الهيئة المدنية عقار/2009 في 2009/6/18 والذي جاء فيه (لدى عطف النظر على الحكم وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك لأنه من الثابت ان المدعين شركاء على الشبوع في القطعة موضوع الدعوى وان المميز (المدعى عليه) تجاوز على جزء منها بالبناء وحيث ان لكل شريك في الشبوع الحق في ان يتخذ من الوسائل لحفظ الشيء حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء عملا بأحكام المادة 1066 من القانون المدني مما يكون الحكم المميز القاضي بالزام المدعى عليه برفع التجاوز له سند من القانون فقرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 60.

(110) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 6117/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/10/13 والذي جاء فيه (ان جنس العقار هو بستان يسقى سبحا وصنفه مملوك للدولة ولما كان مورث المدعي لم يكن شريكا في الأرض وانما في الأشجار فلا يجوز له المطالبة برفع التجاوز عن المشيدات المقامة على الأرض). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، ج5، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2022، ص 183.

(111) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 697/ الهيئة الاستئنافية/2017 في 2017/1/31 والذي جاء فيه (ان للمدعى عليهما حصة في المغروسات وانهما أقرّا ببناء المشيدات وهي عبارة عن محلات ودفعا بان المحلات مشيدة على محرم (اليزل) وحيث ان ملكية المغروسات دون الأرض لا يتيح لمالكي المغروسات إقامة المشيدات على تلك الأرض اذ انهما ليسا بملكين للأرض ولا صفة لهما فيها وانما فقط بالقدر الذي يمكن لهما استغلال المغروسات فلا يجوز للشريك في المغروسات فقط دون الأرض استغلال تلك الأرض بالبناء لذا فان المدعى عليهما يعدان متجاوزين على العقار موضوع الدعوى بمساحة (80 م²). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 1، المصدر السابق، ص 14.

وينظر أيضا قرارها رقم 2574/ الهيئة المدنية/2017 في 2017/5/17 والذي جاء فيه (ان المدعى عليه هو شريك في العقار موضوع الدعوى بالمغروسات دون الأرض الذي يعد اجنبيا عنها، ولأن تجاوزه ثابت بموجب



3- مستأجر الأرض الزراعية من الدولة بموجب قوانين خاصة: سار القضاء العراقي على قبول دعوى رفع التجاوز التي تقام من قبل صاحب العقد الزراعي المنظم بموجب قانون الإصلاح الزراعي رقم 117 لسنة 1970، او المنظم بموجب قانون ايجار أراضي الإصلاح الزراعي للشركات الزراعية والافراد رقم 35 لسنة 1983.⁽¹¹³⁾ اما في علاقات الايجار الأخرى فلا تسمع دعوى المستأجر برفع التجاوز، إذ قررت محكمة التمييز الاتحادية ان مستأجر الأرض الزراعية ايجارا عاديا لا يحق له ان يقيم دعوى رفع التجاوز.⁽¹¹⁴⁾

تقرير الخبراء الذي جاء صالحا للحكم... لذا يكون الحكم الذي قضى بإلزامه برفع التجاوز متفقا وحكم القانون).
القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 111.
(112) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3975/ الهيئة المدنية/2018 في 2018/7/1 والذي جاء فيه (ان المدعى عليه... هو شريك في الثلث من المغروسات دون الأرض مما كان المتعين على محكمة الموضوع اجراء الكشف والمعاينة بمعرفة خبير او عدة خبراء لمعرفة ماهية هذا التجاوز وفيما إذا كانت هناك مغروسات من عدمه وهل ان التجاوز يتعلق بإقامة مشيدات من عدمه وهل ان التجاوز يتعارض مع بقاء المغروسات القائمة من عدمه وعلى ضوء النتيجة اصدار الحكم القانوني السليم... لذا تقرر نقض الحكم). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، المصدر السابق، ص 143-144.

(113) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 842/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/2/18 والذي جاء فيه (لان المدعي متعاقد بموجب العقد بالعدد... مع مديرية زراعة البصرة وفق احكام القانون رقم 35 لسنة 1983 وبموجب هذا العقد تم ايجار واستنجاز مساحة قدرها 22 دونما من القطعة... وهذا العقد ساري المفعول وبهذا يعتبر المدعي مالكا لمنفعة الجزء المستأجر من قبله طيلة فترة نفاذ عقد الايجار وله حق إقامة دعوى منع المعارضة او رفع التجاوز اذا حصل بالبناء او بالاستغلال من قبل الغير... ولأن البينة الشخصية أيدت قيام المدعى عليه بتشديد دار سكن على الأرض الزراعية للمدعي بدون مسوغ قانوني وبالتالي يعتبر متجاوزا على ارض عقد المدعي). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 7، المصدر السابق، ص 42.

(114) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2867/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/5/5 والذي جاء فيه (ان المدعي هو مستأجر للعقار المرقم... من مالكة المؤجر وان موضوع الدعوى هو طلب رفع التجاوز الحاصل من قبل المدعى عليه وحيث ان دعوى رفع التجاوز هي من دعاوى الملكية التي يتطلب اقامتها من المالك ولم تكن من دعاوى الحيازة المنصوص عليها في المادة (11) من قانون المرافعات المدنية كما انه لم تكن من دعاوى منع المعارضة في المنفعة التي تقام من قبل المستأجر باعتبار ان المعارضة الحاصلة تتمثل في حرمانه من الانتفاع بعقد الايجار لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد العريضة التمييزية). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، ج5، المصدر السابق، ص 180-181.



ويلاحظ ان مستأجر الأرض الزراعية من الدولة بموجب القانونين أعلاه ينشأ له حق شخصي،⁽¹¹⁵⁾ وان محكمة التمييز الاتحادية حصرت الحق في إقامة دعوى رفع التجاوز بصاحب الحق العيني فقط.⁽¹¹⁶⁾ ولا يمكن القول ان مستأجر الأرض الزراعية المشار اليه ينشأ له حق منفعة على الأرض وهو حق عيني لذا تقبل منه دعوى رفع التجاوز، وذلك لأن القانونين اعلاه لم ينصا على ذلك كما ان المستأجر لا يسجل حقه في دائرة التسجيل العقاري بوصفه حق منفعة.⁽¹¹⁷⁾ لكن يمكن القول ان الضرورة هي التي دعت الى سماع دعوى رفع التجاوز التي يقيمها مستأجر الأرض الزراعية بموجب القانونين أعلاه، إذ بخلاف ذلك ستكثر حالات التجاوز على هذه العقارات لعدم امكان متابعتها من قبل دوائر الزراعة، كما ان المستأجر هو الأقرب الى هذه الأرض والأكثر حرصا على الدفاع عنها. ويمكن ان نستنتج من ذلك ان دعوى رفع التجاوز لا يشترط فيها ان يكون المدعي صاحب حق عيني دائما، بل يمكن ان يقيمها صاحب الحق الشخصي في حالات معينة تشمل مستأجر الأرض الزراعية من الدولة بموجب القانونين المشار اليهما آنفا، وقد يمنح ذلك لغيرهم بحسب الضرورة.

4-دوائر الدولة: إذا كان التجاوز واقعا على عقار تابع للدولة فان الجهة التي يكون العقار عائدا لها يمكنها ان تسلك أحد طريقتين: الأول هو ان تقوم هي بإزالة التجاوز مباشرة من جانبها

⁽¹¹⁵⁾ بينت الهيئة العامة للأراضي الزراعية/ التأجير والتخصيص (حاليا دائرة الأراضي الزراعية) بكتابها المرقم 21674 في 1989/11/6 ان فروع الزراعة في المحافظات غير ملزمة قانونا بمفاتحة دوائر التسجيل العقاري لنقل حقوق والتزامات المستأجرين وفق قوانين الإصلاح الزراعي الى المتنازل إليهم حيث ان عقد الايجار يرتب حقوقا شخصية غير قابلة للتسجيل. ينظر: علي محسن الدفاعي، التصرفات العقارية واجراءاتها، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019، ص 120.

⁽¹¹⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 465/464/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/10/10 والذي جاء فيه (ان دعوى رفع التجاوز لا يمكن قبولها إلا إذا كانت مقامة من قبل صاحب الحق العيني على العقار فقط). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، المصدر السابق، ص 14.

⁽¹¹⁷⁾ على الرغم من ان القانون المدني وقانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 لم ينصا على وجوب تسجيل حق المنفعة إلا ان المادة (49) من قانون الرسوم العدلية ذكرته في البند (ثانيا/ب) مقرررة رسما مقطوعا لتسجيله هو (25000) ألف دينار، وهذا يعني انه حق واجب التسجيل. ينظر في ذلك: مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 34 لسنة 1971، ج 3، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص 141.



على وفق القرارات التشريعية المشار إليها آنفاً، والثاني هو ان تقييم الدعوى امام محكمة البداية المختصة للمطالبة بإلزام المتجاوز بتسليم العقار خالياً من الشواغل، وتكون المحكمة ملزمة بالحكم برفع التجاوز في هذه الحالة حماية للمال العام.⁽¹¹⁸⁾

وقد قررت محكمة التمييز الاتحادية ان الدائرة إذا اختارت ان تقيم الدعوى أمام المحكمة فإنها تعتبر قد تنازلت عن حقها في رفع التجاوز مباشرة من قبلها، لكن لا يجوز لمحكمة الموضوع في هذه الحالة ان ترد الدعوى بحجة ان خيار هذه الجهة محصور في ان ترفع التجاوز من قبلها لأن للقضاء الولاية في نظر الدعوى التي تقام أمامه ما دام القانون لا يمنع من ذلك.⁽¹¹⁹⁾ ويلاحظ على ذلك ان التنازل الذي أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية يجب ان لا يفسر بأنه تنازل نهائي، لأن القول بخلاف ذلك سيحرم دوائر الدولة من استعادة عقاراتها بنفسها على فرض تلك إجراءات التنفيذ، وهذا يخالف قواعد حماية المال العام كما يخالف المنطق.

⁽¹¹⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1496/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/2/25 والذي جاء فيه (ان العقار العائد الى أموال الدولة يخضع الى قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 وكل تصرف عليه بخلاف هذا القانون يعد غصباً له، لذا فمن الواجب على المحكمة إزالة التجاوز كونه يتعلق بالمال العام ومن جهة أخرى يجب الا تتوفر الحماية القانونية للغاصب حيث يلزم برد المال المغصوب عينا وتسليمه الى صاحبه). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 121.

⁽¹¹⁹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1271/ الهيئة المدنية/عقار/2010 في 2010/7/21 والذي جاء فيه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المميز/ المدعي اقام دعواه بوجود تجاوز من المميز عليه على القطعة العائدة له وانه بإقامته للدعوى أمام المحكمة بطلب رفع التجاوز يكون قد تنازل عن حقه برفع التجاوز مباشرة من قبله عملاً بقرار مجلس الوزراء المرقم 157 لسنة 2009 فلا موجب لرد دعواه طالما ان المحاكم غير ممنوعة من سماع الدعوى وفقاً لأحكام القانون وان للمحاكم الولاية العامة عملاً بالمادة 29 مرافعات، لذا قرر نقض الحكم المميز). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني-مرافعات مدنية، ج 6، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2016، ص 33.



ويترتب على ما تقدم ان المدعي إذا لم يكن من الفئات المذكورة أعلاه، بل كان نفسه متجاوزا على العقار ثم حصل تجاوز عليه من شخص آخر، فلا يجوز له ان يقيم دعوى رفع التجاوز على هذا المتجاوز الثاني بل يكون هذا الحق ثابتا للمالك الأصلي.⁽¹²⁰⁾

ثانيا-المدعى عليه في دعوى رفع التجاوز:

ان المدعى عليه في دعوى رفع التجاوز هو الشخص الذي وضع يده على العقار واقام عليه المحدثات، وهو الذي يطلق عليه القضاء العراقي اسم "المتجاوز". والأصل ان المحدث لكي يعتبر متجاوزا يجب ان يكون سيء النية أي عالما وقت إقامة المحدثات ان العقار مملوك لغيره وان صاحب العقار لم يوافق على إقامة المحدثات، وهذا بحسب ما نصت عليه المادة (1119) من القانون المدني العراقي بقولها: (إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاه صاحبها).⁽¹²¹⁾ لكن محكمة التمييز

⁽¹²⁰⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 35/ الهيئة الموسعة المدنية/2017 في 2017/3/28 والذي جاء فيه (ان العقار المرقم... يعود لوزارة المالية وان المحكمة أدخلت مدير عقارات الدولة في الديوانية إضافة لوظيفته شخصا ثالثا = = في الدعوى للاستيضاح من كون دائرته هي الجهة المالكة للعقار وذكر وكيله في جلسة يوم... بعدم صدور اية موافقة من دائرته لأي طرف من أطراف الدعوى باستغلال العقار المذكور مما يكون الطرفين متجاوزين وان رئيس لجنة الاستيلاء بمديرية زراعة الديوانية أفاد بان كل ما يشيد على العقار المذكور من أبنية او غراس دون موافقة الجهة المالكة (وزارة المالية) يعد تجاوزا... وبذلك فقد ثبت للمحكمة ان طرفي الدعوى شيدوا دورا على العقار موضوع الدعوى تجاوزا دون موافقة وزارة المالية مما يكونون غاصبين لمنفعته... مما تكون الدعوى واجبة الرد وخالية من السند القانوني). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج3، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019، ص 143-144.

⁽¹²¹⁾ وتنص المادة (924) من القانون المدني المصري على ذات الحكم أيضا بقولها: (إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاه صاحب الأرض). وقررت محكمة النقض المصرية انه (إذا ادعى مالك الأرض أن الباني سيء النية، فعليه حسبما تقضي به المادة 924 من القانون المدني أن يقيم الدليل على أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره، وأنه أقامها دون رضاه مالك الأرض). الطعن 667 لسنة 63 ق جلسة 11/ 4/2000. نقلا عن: المستشار أنور العمروسي، المستشار أمجد أنور العمروسي، المستشار أشرف احمد عبد الوهاب، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج 7، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013، ص 373.



الاتحادية تقرر، على ما سوف نرى في الفرع الثاني، ان المحدث يعتبر متجاوزا أيضا إذا انقطعت الاباحة الممنوحة له من صاحب العقار والتي تنقطع حتما بالمطالبة القضائية.

وإذا اقام الشخص المحدثات ثم مات او باعها لشخص آخر فيمكن ان تقام الدعوى على الشخص الذي يضع يده فعلا على العقار، سواء كان من ورثته أم من غيرهم لأن التجاوز واقعة قانونية تعتمد الوضع القائم فعلا وقت إقامة الدعوى وان الخصم الحقيقي بالنسبة الى العقار هو واضع اليد عليه فعلا.⁽¹²²⁾

وإذا تعدد المتجاوزون فيجب النظر الى طريقة وضع يدهم على العقار، فاذا كانوا قد اقاموا المحدثات كفريق واحد وكانوا يستغلونها استغلالا مشتركا فيمكن ان تقام عليهم جميعا دعوى واحدة لوجود الارتباط بينهم.⁽¹²³⁾ أما إذا كانوا يستغلون العقار بشكل مستقل عن بعضهم البعض فلا يمكن ان تقام عليهم دعوى واحدة بل يجب ان تقام على كل واحد منهم دعوى مستقلة، ولذلك لعدم وجود الارتباط بينهم.⁽¹²⁴⁾

⁽¹²²⁾ ينظر قرار محكمة التمييز رقم 93/ هيئة مدنية ثانية عقار/1974 في 1974/1/31 والذي جاء فيه (يكون الطعن الذي انصب على ان التجاوز قد حصل بفعل المالك وان المدعى عليه اشترى الدار المشيدة فلا يكون خصما للمدعي غير وارد لأن الخصم الحقيقي بالنسبة للعقار مالكة وواضع اليد عليه فعلا... واما الطعن الخاص بإدخال البائع المالك السابق للدار شخصا ثالثا في الدعوى فغير وارد أيضا لأنه لا تأثير له على الخصومة بين طرفي الدعوى لأن حقوق المميز التي له ان يتمسك بها تجاه البائع يمكن إقامة الدعوى بها عليه ان أراد). القرار المذكور عند: القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، 1952-2018، ج2، ط2، مكتبة يادكار، السليمانية، 2018، ص 649.

⁽¹²³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 896/ الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/4/5 والذي جاء فيه (ان الدعوى مقامة ضد المدعى عليهم "أ، ب، ج، د، هـ" وقد ذكرت المحكمة المميز حكمها ان التجاوز على العقار موضوع الدعوى يتمثل في تشييد دار وهي عائدة الى "س" وهناك أشجار أثل وفسائل نخيل وهي متجاوزة على العقار وكان المقتضى التثبت من علاقة المدعى عليهم بهذا التجاوز وهل هناك اشتراك بينهم فيه أم لا فان تحقق اشتراكهم جميعا فيه فالخصومة متوجهة أما اذا لم يتوافر الاشتراك كأن خص التجاوز بعضهم دون كلهم فيكلف المدعي بحصر دعواه في الأشخاص الذين يرتني حصر دعواه بهم وله حق إقامة الدعوى او الدعاوى المستقلة الأخرى ضد المدعى عليهم الآخرين). القرار المذكور عند: القاضي رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز، مطبعة كتاب، بغداد، 2018، ص 282.

⁽¹²⁴⁾ هذا بموجب الفقرة (6) من المادة (44) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 التي تنص على انه (إذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء او كان الادعاء مرتبطا جاز اقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة). وينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1779/ الهيئة المدنية/2014 في 2014/11/17 والذي جاء



ويجب ان تقام الدعوى على الشخص الذي قام بالتجاوز نفسه حتى إذا كان متعاقدًا مع جهة أخرى حكومية او غيرها، وذلك لأن التجاوز عمل غير مشروع ووفقا للمادة (1/215) من القانون المدني "يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً"، لذا يجب ان تقام دعوى رفع التجاوز على الجهة التي قامت بالتجاوز فعلا.⁽¹²⁵⁾

الفرع الثاني

الحكم الذي يصدر في دعوى رفع التجاوز

إذا أقيمت الدعوى امام المحكمة المختصة فإنها قد تتجه الى الحكم برفع التجاوز، وهذا الحكم يكون قابلاً للطعن، وقد يتقدم من حيث التنفيذ ويطلب المحكوم له تجديد قوته التنفيذية. ومن جانب آخر قد يثبت المدعى عليه انه حاصل على اباحة من صاحب العقار في إقامة المحدثات، وهذا يتطلب بيان أثر ذلك في الدعوى. وبتناول هذه المسائل في فقرتين كما يأتي.

أولاً-ثبوت التجاوز والحكم برفعه:

نتكلم عن الحكم برفع التجاوز في ثلاث نقاط، نخص الأولى بأثر الحكم برفع التجاوز، والثانية بالطعن في هذا الحكم، والثالثة بالتقدم في دعوى رفع التجاوز وتجديد القوة التنفيذية للحكم:

فيه (ان المدعى عليهم/ المميزين يستغل كل منهم داراً مستقلة عن الآخر فكان مقتضى إقامة دعوى رفع التجاوز على كل واحد منهم على انفراد لكون سبب الادعاء غير متحد وغير مرتبط عملاً بأحكام المادة (6/44) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل). القرار مذكور عند المحامي عبد الحسين خضير عباس البهادلي، القرارات التمييزية للدعوى المدنية، المصدر السابق، ص 276.
⁽¹²⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1685/ الهيئة المدنية/2014 في 2014/11/9 والذي جاء فيه (ان الثابت من تقرير الخبير المنتخب المؤرخ في... ان هناك تجاوزاً بمساحة 2 دونم يتمثل بوجود أليات ومعدات قامت بعملية تجريف ارض القطعة موضوع الدعوى وحيث ان الفعل يضاف الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً عملاً بأحكام المادة (1/215) من القانون المدني لذا تكون الشركة المتعاقدة لإنجاز المقالة هي الخصم للمدعي). القرار مذكور عند: المحامي عبد الحسين خضير عباس البهادلي، المصدر السابق، ص 289.



1-أثر الحكم برفع التجاوز: إذا ثبت ان المحدثات أقيمت بدون موافقة صاحب العقار فان المحكمة تصدر حكمها برفع التجاوز، وتكون اعمال الرفع والازالة تكون على نفقة المتجاوز. ولا يحق لهذا الأخير ان يطالب لاحقا بقيمة المباني او المشيدات او الغراس التي تم رفعها والتي اقيمت من قبله تجاوزا، وذلك لأن القانون يخير صاحب العقار بين ان يطالب برفع التجاوز على نفقة من أحدثه او بتملك المنشآت بقيمتها مستحقة للقلع إذا كان قلعها مضرا بالعقار كما مر بنا، وهذا خيار وجواز قانوني لصاحب العقار ولا يمكن ان يجتمع معه الضمان،⁽¹²⁶⁾ فاذا طلب رفع المحدثات المقامة تجاوزا فانه لا يسأل عن قيمتها لا قائمة ولا مستحقة للقلع.⁽¹²⁷⁾

وإذا صدر الحكم برفع التجاوز فلا يمكن للمتجاوز ان يطلب بعد ذلك إلزام صاحب العقار بان يملك المحدثات ويدفع له قيمتها مستحقة للقلع، وذلك لأن تملك المحدثات مستحقة للقلع إذا كان قلعها يضر بالعقار لا يقف على مشيئة المتجاوز بل يثبت الخيار في ذلك لصاحب العقار ان شاء تملكها وان شاء طالب برفعها على نفقة المتجاوز ولا يمكن اجباره على خلاف هذا الخيار،

⁽¹²⁶⁾ المادة (6) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر).

⁽¹²⁷⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2751/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/6/12 والذي جاء فيه (ان المدعية أحدثت منشآت على قطعة الأرض أعلاه بدون إذن المدعى عليها والتي أقامت الدعوى المرقمة 159/ب/2018 امام محكمة بداءة بلد والتي أصدرت بتاريخ 2018/5/24 حكما قضى بالزام المدعى عليها (المدعية في الدعوى الحالية) برفع التجاوز الواقع من قبلها على العقار العائد للمدعية (المدعى عليها في الدعوى الحالية)... وتسليمه لها خاليا من الشواغل وقد اكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية وتم تنفيذه من قبل مديرية تنفيذ بلد وبهذا تكون مطالبة المدعية بقيمة المشيدات موضوع دعوى التجاوز والتي صدر حكم قضائي برفعها فاقدة لسندها القانوني... والحكم الذي صدر في دعوى رفع التجاوز قد حسم موضوع البناء... ولا يجوز للمدعية التي أحدثت البناء تجاوزا المطالبة بقيمة هذا البناء... لأن مناط تطبيق احكام المادة (1119) مدني هو خيار منحه المشرع لمالك الأرض فله اما طلب قلع المحدثات او رفعها او تملكها مستحقة للقلع وان المدعى عليها قد طلبت قلعها بدعوى رفع التجاوز وهذا جواز شرعي والجواز الشرعي الذي سلكته المدعى عليها ينافي الضمان (المادة 6) من القانون المدني وتكون دعوى المدعية واجبة الرد). القرار المذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبيكي والمحامي احمد عدنان زيدان، المصدر السابق، ص 141-142.



كما ان صدور حكم بات برفع التجاوز يثير مسألة حجية الاحكام فلا يجوز قبول دعوى المتجاوز اللاحقة لأنها تتعارض مع الحكم البات الصادر سابقا.⁽¹²⁸⁾

وينبغي ان نلاحظ ان حق صاحب العقار في تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع مشروط بان يكون رفعها مضرا بالعقار، اما إذا ثبت ان رفع المحدثات لا يضر بالعقار فلا يجوز تملكها لصاحبه ويبقى أمامه ان يطلب رفع التجاوز او التوصل الى اتفاق مع المتجاوز بشأن المحدثات.⁽¹²⁹⁾ لكن حتى إذا كان قلع المحدثات مضرا بالعقار فلا يمكن اجبار صاحبه على تملكها بقيمتها مستحقة للقلع، إذ يعود الخيار له بشأن ذلك في جميع الأحوال.⁽¹³⁰⁾

⁽¹²⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5624/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/12/11 والذي جاء فيه (ان المميز/ المدعى عليه دفع بانه استحصل على حكم في الدعوى المرقمة... والذي قضى بالزام المميز عليه/ المدعى برفع التجاوز الحاصل من قبله على العقار المرقم... واكتسب الحكم درجة البات بتصديقه تمييزا... وبالتالي ان ثبت ان التجاوز المذكور هو ذاته البناء المطالب عن قيمته قائمة تكون الدعوى واجبة الرد لتعارضه مع حجية الاحكام حيث لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام... هذا من جهة ومن جهة ثانية فان الزام صاحب الأرض بتملك = = المشيدات مستحقة القلع لا يتوقف على مشيئة من قام بالتجاوز وانما لصاحب الأرض ذلك ان شاء تملكها). القرار مذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، المصدر السابق، ص 181.

⁽¹²⁹⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2084/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/5/31 المذكور آنفا والذي جاء فيه (اذا تأيد من التحقيقات الجارية في الدعوى انه سبق للمدعي وان استحصل على قرار حكم قضائي قضى بالزام المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على العقار موضوع الدعوى وتسليمه الجزء المتجاوز عليه للمدعي خاليا من الشواغل، واقام المدعي هذه الدعوى طالبا فيها تملك المنشآت التي شيدها المدعى عليه على الجزء المتجاوز عليه بقيمتها مستحقة للقلع، وتبين من تقرير الخبراء الذين تم اجراء الكشف الموقعي بمعرفتهم بان قلع المنشآت لا يضر بالأرض، وبما ان المادة 1119 من القانون المدني قد نصت على انه... وحيث تأيد من تقرير الخبراء أعلاه بان قلع المنشآت لا يضر بالأرض فتكون شروط المادة أعلاه من القانون المدني غير متحققة في هذه الدعوى لثبوت عدم تضرر الأرض من قلع البناء وتصبح دعوى المدعي واجبة الرد وهو ما قضى به الحكم المميز فقرر تصديقه). القرار مذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 141-140.

⁽¹³⁰⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 873/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/2/18 والذي جاء فيه (ان دعوى المدعي هذه بطلب الزام المدعى عليه بقيمة المشيدات التي قام ببنائها على الجزء المتجاوز عليه مستحقة للقلع فان مثل هذه الدعوى تكون واجبة الرد لأن خيار تملك المشيدات التي يحدثها المتجاوز على ارض غيره متروك لرغبة صاحب الأرض متى كان قلعها مضرا بالأرض وليس ان يملكها جبرا عملا بأحكام المادة 1119 من القانون المدني، وحيث ان المدعى عليه رفض تملكها حتى وان كان قلعها مضرا بالأرض مما يجعل دعوى المدعي واجبة الرد). القرار مذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2018، القسم المدني، ج 3، دار السنهوري، بيروت، 2020، ص 128.



ومن ناحية أخرى لا يؤثر في الحكم الذي يصدر برفع التجاوز قيام المتجاوز لاحقا ببيع المحدثات لشخص آخر، ولا يجوز في هذه الحالة للمشتري ان يطعن بالحكم عن طريق اعتراض الغير لأن الحكم وقت صدوره لم يكن ماسا بحقوق هذا المشتري. وقد طبقت محكمة التمييز الاتحادية احكام الخلافة الخاصة على هذه الحالة واعتبرت مشتري المحدثات خلفا خاصا للمتجاوز، ولذا فان الحكم ينفذ بحق أي منهما لان بيع المحدثات لا ينال من حق صاحب العقار في تنفيذه. (131)

ويجب ان تتضمن الفقرة الحكمية في الحكم برفع التجاوز إلزام المدعى عليه بتسليم العقار الى صاحبه خاليا من الشواغل، أي لا يمكن ان تكفي المحكمة بالحكم بإلزامه برفع التجاوز فقط بل يجب ان تضيف الى ذلك عبارة (وتسليمه الى صاحبه خاليا من الشواغل) لكي يمكن تنفيذ الحكم، إذ ان رفع التجاوز خاضع لأحكام الغصب الواردة في القانون المدني، وان هذه الاحكام توجب الحكم بإلزام الغاصب بان يرد المال المغصوب الى صاحبه في مكان الغصب، والرد يعني التسليم. (132)

(131) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 646/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/2/13 والذي جاء فيه (ان المعارض اعتراض الغير قد اعترض على قرار الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بالعدد... والذي تضمن تأييدا للحكم البدائي... والقاضي بالزام المدعى عليه برفع التجاوز على عقار المدعي... واكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية وقد استند المعارض اعتراض الغير بانه قام بشراء المنشآت المقامة على العقار في 2017/10/10 حسب مقابلة البيع العرفية المبرزة، ودعوى المعارض اعتراض الغير بوصفها الراهن واجبة الرد لان الحكم البدائي والاستئنافي وقت صدورها لم يمسا حقوق المعارض اعتراض الغير كما ان شراءه للمشيدات بعد ذلك من المدعى عليه لا ينال من حق المدعي في تنفيذ حكم رفع التجاوز الصادر ضد المدعى عليه طالما تلك المشيدات قد صدر حكم قضائي برفعها كونها تقع في عقار المدعي تجاوزا وقرار الحكم بذلك ينفذ بحق المدعى عليه او خلفه الخاص اذا قام ببيع تلك المشيدات). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، مج1، المصدر السابق، ص 78-80.

وهذا الموقف يشابه ما سارت عليه محكمة النقض المصرية التي قررت ان (الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على أساس ان المشتري يعتبر = = ممثلا في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده إذ انه خلف خاص له). نقض 1979/6/20، طعن 739، س 42 ق. نقلا عن: المستشار أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج3، المصدر السابق، ص 281.

(132) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1496/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/2/25 والذي جاء فيه (يجب ان لا تتوفر الحماية للغاصب حيث يلزم برد المال المغصوب عينا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب بموجب



وينبغي ان نشير أخيرا الى ما جاء في الفقرة (3) من المادة (194) من القانون المدني، إذ نصت على ان الغاصب إذا قام بتغيير بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير بين إعطاء الغاصب قيمة الزيادة واسترداد المغصوب عينا وبين ترك الشيء للغاصب والرجوع عليه بالضمان.⁽¹³³⁾ وقد ذكر أحد الفقهاء مثلا لهذه الحالة هو ان يكون المغصوب دارا فيضيف اليها الغاصب بعض الأبنية،⁽¹³⁴⁾ لكن هذا المثال يجعل النص متعارضا مع احكام الالتصاق الواردة في المادة (1119) من القانون المدني، فقد رأينا ان هذه المادة تعطي صاحب العقار الحق في ان يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع إذا كان قلعتها مضرا بالعقار، فلا يمكن القول بعد ذلك ان صاحب العقار إذا تملك الزيادة التي أحدثها الغاصب فانه يدفع قيمتها.

ومن ناحية أخرى فان الفقرة (3) من المادة (194) إذا طبقت بشأن العقار المغصوب طبقا للمثال اعلاه فإنها ستؤدي الى حصر خيارات صاحب الأرض بأن يملك المحدثات بقيمتها او ان يترك أرضه للغاصب ويرجع عليه بالضمان، وهذا يلغي الحق الأصيل لصاحب الأرض برفع المحدثات على نفقة الغاصب الذي اعطته له المادة (1119).

ونرى ان التفسير المقبول لوجود نص الفقرة (3) من المادة (194) والذي لا يتعارض مع احكام الالتصاق هو انها تختص بالمنقولات ولا تطبق على العقارات، ذلك لأن القانون وضع نصوصا خاصة للعقارات في باب الالتصاق. كما ان الخيار الذي أعطاه هذا النص لصاحب الأرض بأن يترك أرضه للغاصب ويرجع عليه بالضمان ينسجم مع المنقولات لسهولة تداولها وقلة قيمتها، لكنه لا ينسجم مع العقارات لأن تطبيقه بشأنها سيؤدي الى نتائج غير مقبولة إذا

المادة 192 من القانون المدني فكان المقتضى القانوني يوجب على المحكمة ان تحكم بتسليم الجزء المتجاوز عليه من قبل المدعى عليهما). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 8، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021، ص 64.

⁽¹³³⁾ تنص الفقرة الثالثة من المادة (194) مدني على ما يأتي: (وإذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان).

⁽¹³⁴⁾ د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني-أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 271.



كانت قيمة المحدثات كبيرة ولم يستطع صاحب الأرض ان يدفعها، إذ ان ذلك سيثجع الافراد على غصب العقارات والبناء عليها لكي يضعوا أصحابها أمام الأمر الواقع فيتركوها لهم.

اما في القانون المدني المصري فان المادة (924) تضمنت احكاما تختلف في تفاصيلها عما جاء في المادة (1119) من القانون العراقي وان كانت متفقة معها في المبدأ، فالقانون المصري اعطى صاحب الأرض الحق في ان يطلب إزالة المحدثات على نفقة من أحدثها مع إلزام المحدث بالتعويض إذا كان له وجه، او ان يطلب الإبقاء على المحدثات.⁽¹³⁵⁾ والى هذا الحد لا يوجد اختلاف بين القانونين إلا في ان القانون المصري يعطي لصاحب الأرض الحق في التعويض إذا كان له وجه، لكن هذا لا يعتبر اختلافا كبيرا لأن القواعد العامة في القانون العراقي تجيز المطالبة بالتعويض عن الضرر إذا توافرت شروطه.⁽¹³⁶⁾

اما أوجه الاختلاف فتتجسد أولا في ان القانون المصري قد حدد مدة لصاحب الأرض ليطالب خلالها إزالة المحدثات وهي سنة واحدة من تاريخ علمه بإقامتها، في حين لم ينص القانون العراقي على مدة لطلب القلع. والاختلاف الثاني هو ان القانون المصري عندما اعطى الحق لصاحب الأرض في استبقاء المحدثات فقد ألزمه بان يدفع للمحدث اما قيمتها مستحقة الازالة او ان يدفع له مبلغا من النقود يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المحدثات،⁽¹³⁷⁾ في حين لم

(135) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 331.

(136) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 272.

(137) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ان (مفاد المادة 924 من القانون المدني انه اذا كان صاحب الأدوات الباني في أرض غيره سيء النية كان لصاحب الأرض ان يطلب الازالة على نفقة الباني وإعادة الشيء الى أصله مع التعويض ان كان له محل وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، فاذا مضت سنة او اذا طلب صاحب العقار استبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالالتصاق مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الازالة او ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء، ولا يعتبر ميعاد السنة التي يتعين طلب الازالة خلالها مرعا إلا برفع طلب الازالة الى القضاء وإلا سقط الحق فيه). الطعن رقم 3952، لسنة 66 ق، جلسة 1997/12/27، المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية-مدني، السنة 48، ج 2، ص 1558.



ينص القانون العراقي على هاتين القيمتين بل نص فقط على ان صاحب الأرض يحق له ان يبقي على المحدثات مقابل قيمتها مستحقة للقلع.⁽¹³⁸⁾

والاختلاف الثالث هو ان القانون المصري أجاز للمحدث ان ينزع المحدثات بشرطين: الأول هو ان لا يؤدي نزعها الى الحاق ضرر بالأرض، والثاني هو ان لا يطلب صاحب الأرض الإبقاء على المحدثات.⁽¹³⁹⁾ اما القانون العراقي فلم يعط الحق للمحدث في نزع المحدثات بل اعطى الحق في ذلك لصاحب الأرض وحده، كما ان القانون العراقي لم يجعل لصاحب الأرض الحق في ان يملك المحدثات الا إذا كان قلعها مضرا بالأرض كما مرّ بنا آنفاً.⁽¹⁴⁰⁾

⁽¹³⁸⁾ ينظر في ذلك: د. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج3، أسباب كسب الملكية، معهد الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية، 1963، ص 49 في الهامش.

⁽¹³⁹⁾ الفقرة (2) من المادة (924) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها (ويجوز لمن أقام المنشآت ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض ان يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة). وقد وجهت انتقادات عنيفة لهذا النص من قبل الفقه المصري، فقيل انه "غامض لا يكشف عن حقيقة ما يقصده المشرع، وحكمه أياً كان المعنى الذي يحمل عليه غير مقبول، ولهذا كان يحسن استيعاده". فلما كان القانون يعطي الحق لصاحب الأرض في الإبقاء على المحدثات فان التساؤل يثار بشأن الحالة التي يمكن للمحدث ان يطلب ازلتها، إذ لا يصح القول ان هذا الحق يثبت له إذا لم يختار صاحب الأرض إبقاء المحدثات بل طلب ازلتها لأن الازالة ستكون واجبا على المحدث في هذه الحالة، كما لا يمكن القول ان صاحب الأرض إذا تملك المحدثات بالالتصاق لكنه لم يدفع المقابل فسيكون للمحدث طلب ازلتها إذ ان النص لا يتضمن ذلك كما ان المحدث يكون له الحق في استيفاء المقابل وفقاً للقواعد العامة. ولا يمكن القول أيضاً ان حق الازالة يثبت للمحدث إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه بعد، لأن هذا يعني إعطاء فرصة المبادأة للمحدث ليحمل صاحب الأرض على تحديد موقفه حتى قبل انتهاء ميعاد السنة المقرر له قانوناً، وهذا يخالف حقه في الاستفادة من هذا الميعاد. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص 291-292.

في المقابل هناك من يدافع عن نص الفقرة (2) من المادة (924) من القانون المدني المصري قائلاً انه لا يوجد ضرر من إعطاء الحق للمحدث في ان يطلب خلال ميعاد السنة ان يقرر صاحب الأرض موقفه وهل يطلب الازالة ام الإبقاء على المحدثات، لان المحدث انما يريد ان يصحح موقفاً انساق اليه بسوء نية ولا ضرر في ذلك. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 101.
⁽¹⁴⁰⁾ ينظر في الاختلافات بين القانونين المدنيين العراقي والمصري بشأن إقامة المحدثات بسوء نية عموماً: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 271 وما بعدها.



2- الطعن في الحكم الصادر برفع التجاوز:

إذا أصدرت محكمة البداية حكمها برفع التجاوز فإن الطعن فيه يعتمد على التمييز بين حالتين: الأولى إذا كانت المنفعة السنوية للعقار التي حددها المدعي في عريضة الدعوى تزيد على مليون دينار فإن الحكم الصادر في الدعوى يكون بدرجة أولى وهو يقبل الطعن استثناءً وتمييزاً، أما إذا كانت المنفعة السنوية المحددة أقل من مليون دينار، أو إذا لم يحدد المدعي منفعة العقار السنوية أصلاً، فإن الحكم الصادر في الدعوى يكون بدرجة أخيرة وهو يقبل الطعن تمييزاً فقط أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ولا يكون قابلاً للاستئناف⁽¹⁴¹⁾ وهذا فضلاً عن الطعن عن طريق الاعتراض على الحكم الغيابي أو الطرق الأخرى بحسب قواعد قانون المرافعات إذا توافرت شروطها.

ويترتب على الطعن بالحكم الصادر برفع التجاوز تأخير تنفيذ هذا الحكم، سواء كان الطعن عن طريق الاعتراض على الحكم الغيابي أم الاستئناف أم التمييز⁽¹⁴²⁾.

3- التقادم في دعوى رفع التجاوز وتجديد القوة التنفيذية للحكم:

لقد مرّ بنا ان القانون المدني المصري يحدد في المادة (924) ميعاد (سنة واحدة) لطلب قلع المحدثات، وهذه السنة تبدأ من تاريخ علم صاحب الأرض بإقامتها وبمن اقامها⁽¹⁴³⁾ وهي مدة

(141) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3473/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/7/27 والذي جاء فيه (إذا طلب المدعي في عريضة دعواه إلزام المدعى عليه برفع التجاوز في العقار العائد له ولم يتم تحديد المنفعة السنوية للعقار فإن الحكم الصادر من محكمة البداية في مثل هذه الدعوى يكون بدرجة أخيرة قابلاً للتمييز فقط ولا يقبل الطعن به بطريق الاستئناف). القرار المذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، المصدر السابق، ص 141.

(142) نصت على ذلك المادة (53/ أولاً) من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 والتي جاء فيها: (يجوز تنفيذ الحكم خلال مدد الطعن القانونية إلا أن التنفيذ يؤخر إذا أبرز المحكوم عليه استشهاداً بوقوع الاعتراض على الحكم الغيابي = = أو الاستئناف أو بوقوع التمييز إذا كان الحكم متعلقاً بعقار ويستثنى من ذلك الأحكام والقرارات الصادرة بحق دوائر الدولة فيؤخر تنفيذها لحين اكتسابها الدرجة القطعية).

(143) لم تنص المادة (924) من القانون المدني المصري على ان ميعاد السنة يبدأ من وقت علم صاحب الأرض بمن أقام المحدثات لكن هذا ما تفسر عليه محكمة النقض المصرية. ينظر نقض 1975/2/3، ص 26، ص 319 والذي جاء فيه (ان لصاحب الأرض ان يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من



سقوط لا تقادم فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع.⁽¹⁴⁴⁾ أما القانون العراقي فلم يحدد مدة لطلب القلع، كما ان دعوى رفع التجاوز لا تخضع للتقادم المانع من سماع الدعوى إذ يجوز لصاحب العقار ان يقيمها مهما مرّ من الزمن على حصول التجاوز لأنها من دعاوى الملكية وان الملكية لا تسقط بالتقادم.⁽¹⁴⁵⁾ كما ان التجاوز من صور الغصب وهو حالة مستمرة مع الزمن وهو يتسم بالتجدد، لذا لا يمكن ان يحرم الشخص من ملكية عقاره لعدم إقامة الدعوى مهما مرّ من الزمن على واقعة التجاوز.⁽¹⁴⁶⁾

أما الحكم الذي يصدر برفع التجاوز فانه يخضع للتقادم المنصوص عليه في المادة (114) من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، إذ لا يقبل تنفيذه في مديريات التنفيذ بمضي سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات،⁽¹⁴⁷⁾ وكذلك اذا ترك الحكم المودع للتنفيذ مدة سبع سنوات من تاريخ آخر معاملة إذ يجب على المنفذ العدل في هذه الحالة ان يتخذ قرارا بإيقاف التنفيذ.⁽¹⁴⁸⁾ ويلاحظ ان

أقامها، فاذا سكت ولم يطلب الازالة سقط حقه في طلبها، ولازم ذلك ان يكون عالما بشخص من أقامها حتى يتسنى له من بعد ان يوجه اليه طلب ازالتها على نفقته على نحو ما صرح به صدر النص لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضي حتما وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها، ومن ثم فان ميعاد السنة الذي يتعين طلب الازالة خلاله لا يبدأ الا من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها). نقلا عن: المستشار أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج3، المصدر السابق، ص 279.

(144) د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجد، القاهرة، 1993، ص 63. وينظر قرار محكمة النقض المصرية المذكور سابقا: الطعن رقم 3952 لسنة 66 ق، جلسة 1997/12/27 والذي جاء فيه (مفاد نص المادة 924 من القانون المدني انه إذا كان صاحب الأدوات الباني في أرض غيره ساء النية كان لصاحب الأرض ان يطلب الازالة على نفقة الباني وإعادة الشيء الى أصله مع التعويض ان كان له محل وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت). نقلا عن: المستشار د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مج 9، المصدر السابق، ص 418.

(145) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ج1، المصدر السابق، ص 43؛ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، المصدر السابق، ص 49.

(146) قرار محكمة التمييز رقم 102/ الهيئة المدنية الثالثة/ 1996 في 1996/1/17 والذي جاء فيه ان (المدعية قد أسست دعواها على واقعة الغصب وحيث ان الغاصب ملزم برد المعصوب إذا تأيدت الواقعة عينا ولما كان الغصب من الأعمال غير المشروعة التي لا يرد عليها الدفع بالتقادم). القرار المذكور عند: القاضي رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز، المصدر السابق، ص 42.

(147) تنص المادة (114) من قانون التنفيذ على ان (لا يقبل تنفيذ الحكم الذي مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات).

(148) نصت على ذلك المادتان (112) و(113) من قانون التنفيذ، إذ جاء في المادة (112) ما نصه (اذا ترك الحكم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات، اعتبارا من تاريخ اخر معاملة، فتسقط



مدة التقادم المنصوص عليه في قانون التنفيذ تخضع للوقف والانقطاع بناء على الاعذار المنصوص عليها في القانون المدني.⁽¹⁴⁹⁾

لكن الحكم الذي يصدر برفع التجاوز لا يفقد حجتيه القانونية بمضي المدة المذكورة لأنه يمثل حقيقة قضائية ما لم يطعن فيه بالتزوير، لذا يجوز للمحكوم له ان يلجأ الى طلب تجديد القوة التنفيذية للحكم ومن ثم طلب تنفيذه.⁽¹⁵⁰⁾ ويلاحظ ان نظام تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية، والذي يسمى أيضا "إعطاء القوة التنفيذية"، غير منصوص عليه في القانون إلا ان القضاء يسير

قوته التنفيذية). = = وجاء في المادة (113) ما نصه (إذا تحقق للمنفذ العدل مضي مدة التقادم القانونية على الحكم او المحرر المودع للتنفيذ، فعليه ان يتخذ قرارا بإيقاف التنفيذ . ينظر في ذلك: د. عمار سعدون المشهداني والقاضي بشار أحمد الجبوري، الوسيط في شرح قانون التنفيذ، دراسة شاملة ووافية معززة بالتطبيقات القضائية، دار السنهوري، بيروت، 2022، ص 413.

⁽¹⁴⁹⁾ تنص المادة (115) من قانون التنفيذ على ان (تسري الاعذار القانونية التي توقف التقادم او تقطعه المنصوص عليها في القانون المدني على التقادم المنصوص عليه في هذا القانون). أي المواد (435-439) من القانون المدني. ينظر في ذلك: القاضي مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص 204.

⁽¹⁵⁰⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 317/ الهيئة الموسعة المدنية/2019 في 2019/11/24 والذي جاء فيه (وكانت نتيجة الحكم الزام المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على جزء من مساحة العقار وان الحكم صدق تمييزا بالقرار المرقم... في 2004/5/24 فيكون بذلك اكتسب درجة البتات ومضت على اكتسابه درجة البتات اكثر من سبع سنوات، وحيث لا يقبل تنفيذ الحكم الذي مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات عملا بأحكام المادة 114 من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، وحيث تعتبر احكام المحاكم من السندات الرسمية وحجة على الناس كافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير عملا بأحكام المادة 22 من قانون الاثبات، ومعنى ذلك ان عدم قبول تنفيذ الحكم البات خلال المدة القانونية المحددة في قانون التنفيذ لا يفقد هذا الحكم حجتيه وقوته في الاثبات ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية بوصفه حقيقة قضائية حيث اعتبر قانون الاثبات حجية الاحكام الباتة من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام. وبناء على ذلك فان حجية الاحكام الباتة لا تخضع للتقادم المسقط المنصوص عليه في المادة 429 من القانون المدني وانما لا يقبل تنفيذها بعد مرور المدة المحددة في المادة 114 من قانون التنفيذ ومعناه ان مديرية التنفيذ تمتنع عن قبول تنفيذ الحكم الذي مضت عليه هذه المدة إذا قدم اليها سواء أقر المدين بالحق الذي يحتويه هذا الحكم أم لم يقر به مما يتطلب معه تجديد القوة التنفيذية للحكم من المحكمة التي أصدرته او المحكمة التي حلت محلها). القرار مذکور عند: القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة العامة والهيئة الموسعة للأعوام 2017، 2018، 2019 (القسم المدني)، دار السنهوري، بيروت، 2020، ص 398.



عليه بالنسبة لأحكام القضاية والمحركات التنفيذية،⁽¹⁵¹⁾ إذ يحكم بتجديد قوتها التنفيذية بناء على دعوى يقيمها المحكوم له.⁽¹⁵²⁾

ثانيا- أثر الاباحة في دعوى رفع التجاوز:

قد يثبت المحدث انه حصل على إباحة من المالك في إقامة المحدثات، ولم يرد ذكر الاباحة في القانون المدني العراقي على الرغم من ان القضاء يستعملها كثيرا ويبنى احكامه عليها، وهي تنصب على "الإذن والموافقة" الصادرين من صاحب العقار لشخص آخر بالانتفاع بالشيء بما في ذلك إقامة المحدثات. وقد عرف أحد الباحثين الاباحة بانها "عقد به يخول طرف إمكانية الانتفاع بأمواله للطرف الثاني بدون مقابل ولا يشترط فيه القبض".⁽¹⁵³⁾

وما يهمننا هو أثر الاباحة في دعوى رفع التجاوز وندرس هذا الأثر من خلال أهم صور الاباحة، وهي ان يشتري شخص عقارا بعقد غير مسجل ويتسلمه من صاحبه ويقوم بمحدثات عليه لكن العقد لم يسجل لاحقا كما ان المشتري لم يحصل على حكم بالتملك على وفق القرار رقم 1198 لسنة 1977،⁽¹⁵⁴⁾ وبعد ذلك تقام عليه دعوى رفع التجاوز من قبل صاحب العقار.

⁽¹⁵¹⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 774/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/9/11 والذي جاء فيه (ان إعطاء القوة التنفيذية يتعلق بالحكم القضائي او المحرر المنفذ وان القضاء يتصدى لإعطاء القوة التنفيذية لأحكام القضاية الصادرة من المحاكم فقط كلا وحسب نوعها ودرجتها ولا يمكن له ان التصدي بإعطاء القوة التنفيذية لقرارات الاستيلاء او الإطفاء او يغير أي قرارات أخرى غير ذلك). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج 2، المصدر السابق، ص 296.

⁽¹⁵²⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5012/ الهيئة المدنية/2016 في 2016/12/15 والذي جاء فيه (ان المحكمة ردت دعوى المدعي بتجديد القوة التنفيذية لقرار منع المعارضة الصادر عام 1999 م باعتبار ان الحكم لا يقبل التنفيذ إذا مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة اليات، وهذا الاتجاه من المحكمة ليس في محله إذ كان عليها التحقق من صدور الحكم فان تأيد لهل صدوره فعليها اصدار الحكم بتجديد القوة التنفيذية له كي يمكن للمدعي تنفيذه لدى دائرة التنفيذ). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 403.

⁽¹⁵³⁾ د. صالح أحمد محمد، عقد الاباحة، مجلة الرافين للحقوق (جامعة الموصل)، المجلد 10، العدد 38، السنة 2008، ص 43.

⁽¹⁵⁴⁾ ان القرار رقم 1198 لسنة 1977 المعدل بالقرار رقم 1426 لسنة 1983 يعالج حالات النكول عن تسجيل عقود بيع العقارات في دائرة التسجيل العقاري، وهو يعطي المشتري الحق في طلب تملكه العقار بشروط معينة نصت عليها الفقرة (ب) من البند (أولا) منه بقولها: (ب- اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث



فهل تسمع دعوى رفع التجاوز في هذه الحالة أم ان وجود الإباحة يمنع من سماعها، وهل يعتبر المحدث حسن النية فتطبق بشأنه احكام الالتصاق الخاصة بإنشاء المحدثات بزعم سبب شرعي او بإذن من المالك،⁽¹⁵⁵⁾ أم ان المحدث يعتبر سيء النية فتطبق بشأنه احكام المادة (1119) من القانون المدني المار ذكرها؟

ذهب رأي قديم الى ان مشتري العقار بعقد غير مسجل إذا أقام محدثات عليه فانه يعامل معاملة المحدث سيء النية ويكلف بقلع المحدثات، وإذا كان القلع مضرا بالعقار يمكن للمالك ان يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع بحسب أحكام المادة (1119) من القانون المدني. وقد علل ذلك بأن البناء في هذه الحالة لا يعتبر قائما على زعم شرعي او حسن نية او تأويل ملك بل يعتبر مقرونا بسوء النية على الرغم من وجود الإباحة، وذلك لأن الإباحة تقتصر على الانتفاع ولا ترقى الى إقامة المحدثات على العقار المبيع حيث ان ذلك يتطلب إذنا صريحا من صاحب العقار، وحتى عند وجود الإذن الصريح فان المحدث يستحق قيمة المحدثات قائمة فقط ولا يحق له تملك الأرض إذا كانت قيمة المحدثات أكبر من قيمتها.⁽¹⁵⁶⁾

اما محكمة التمييز الاتحادية فلم تستقر على حكم واحد بشأن هذه المسألة، ويمكن من خلال استقراء قرارات هذه المحكمة ان نسجل ثلاثة اتجاهات متعارضة كما يأتي:

الاتجاه الأول: ان إقامة البناء من قبل المشتري يعتبر تجاوزا: أجازت محكمة التمييز الاتحادية في بعض قراراتها لبائع العقار بعقد غير مسجل ان يقيم دعوى رفع التجاوز على

فيه ابنية او منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافا اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم 137 لسنة 1976).

⁽¹⁵⁵⁾ بموجب المادتين (1120 و 1121) من القانون المدني على التوالي.
⁽¹⁵⁶⁾ د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975، ص 119. وهو يذكر قرارات لمحكمة التمييز يقول انها سارت على هذا المنوال، وهي بالأرقام 438/ح/57 في 1957/5/29 (مذكور في مجلة القضاء سنة 57 العددان 4 و 5، ص 587). والقرار المرقم 138/مدنية ثلاثة عقار/71 في 1971/10/2 (مذكور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية، ص 70). ينظر الهامشين رقم (18 و 19) من الصفحة 119 من المصدر ذاته.



المشتري، وقررت ان المشتري المدعى عليه لا يمكنه في هذه الحالة ان يتكئ على العقد غير المسجل لأنه باطل ويجب الحكم بإلزامه برفع التجاوز.⁽¹⁵⁷⁾ ويلحق بذلك أيضا قيام مالك العقار بمنح حق مغارسة دون تسجيله في الدائرة المختصة، وذلك لأن حق المغارسة غير المسجل يعتبر باطلا ولا يعطي المدعى عليه حق إقامة المحدثات على العقار فتسمع دعوى رفع التجاوز المقامة عليه.⁽¹⁵⁸⁾ ويلاحظ ان إقامة دعوى رفع التجاوز تسد الباب أمام المشتري لأن يقيم دعوى التملك على وفق القرار رقم 1198 لسنة 1977، لأن هذا يعتبر معارضة تحريرية تمنع من سماع الدعوى.⁽¹⁵⁹⁾

الاتجاه الثاني: ان إقامة المحدثات من قبل المشتري يكون بزعم سبب شرعي: وفي هذه الحالة تخضع المسألة لأحكام المادة (1120) من القانون المدني،⁽¹⁶⁰⁾ والزم بسبب شرعي يعني حسن النية "لأن من يحدث بناء او غراسا بزعم سبب شرعي على حد تعبير النص

⁽¹⁵⁷⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 425/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/2/6 والذي جاء فيه (ان ثبوت التجاوز من خلال الكشف وتقرير الخبراء المساحين والذي لم يعترض عليه الطرفان وتصادقهما على المساحة موضوع التجاوز ووضع يد المدعى عليه على تلك المساحة بلا سند قانوني فيلزم برفع هذا التجاوز...ولا يجدي المدعى عليه اتكائه على عقد البيع الخارجي بين الطرفين لدفع الدعوى فهذا غير وارد قانونا كون العقد المذكور يعد باطلا لعدم استيفائه الشكلية القانونية بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 117.

وينظر أيضا قرارها رقم 2602/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/12/24 والذي جاء فيه (يلزم المدعى عليه برفع التجاوز إذا كان التشييد دون موافقة او مسوغ شرعي ولا يلتفت الى دفعه بانه اشترى العقار بعقد خارجي حيث لا سند له من القانون ما لم يسجل في السجل العقاري على وفق ما نصت عليه المادة 508 مدني). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 114.

⁽¹⁵⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2609/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2019/12/24 والذي جاء فيه (ان المتجاوز على حق التصرف في الأرض ملزم بإعادته الى صاحب حق التصرف استنادا لصراحة احكام المادة (1176) مدني، ولا يكون دفعه منتجا بأنه مغارس ولديه علاقة زراعية فلا يحق له بناء دار سكن طالما لم يتم تسجيل عقد المغارسة في دائرة التسجيل العقاري المختصة). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 115.

⁽¹⁵⁹⁾ تنص الفقرة (ب) من البند (أولا) من القرار رقم 1198 على انه: (إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او أحدث فيه ابنية او منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار).

⁽¹⁶⁰⁾ تنص المادة (1120) من القانون المدني على ان (إذا أحدث شخص بناء او غراسا او منشآت أخرى بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فان كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث ان يملك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض ان يملكها بقيمتها قائمة).



العراقي هو كمن يفعل ذلك وهو يعتقد بحسن نية ان له الحق في ذلك".⁽¹⁶¹⁾ ويلاحظ ان تكييف حالة الاباحة بإقامة المحدثات بناء على الزعم بسبب شرعي وتطبيق قاعدة "الأقل يتبع الأكثر" قليل في القرارات التمييزية، وإذا حصل ذلك فإنه يقتصر على الحكم بتمليك المحدثات لمالك العقار مقابل قيمتها قائمة، ولم نجد تطبيقاً لتمليك العقار لصاحب المحدثات في القضاء العراقي.⁽¹⁶²⁾

وقد يكون السبب في ذلك هو ان الحكم بتمليك العقار للمحدث غير متصور، وذلك لأن قيمة الأراضي تكون أعلى من قيمة المحدثات في العراق في اغلب الاحوال. كما ان القرار رقم 1198 لسنة 1977 يجيز للمشتري ان يطلب التمليك إذا أنشأ محدثات في العقار وتوافرت شروط التمليك، وبخلاف ذلك لا يمكنه التمسك بأحكام الالتصاق المتعلقة بالبناء بزعم سبب شرعي.

وبناء على ذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية ان الدعوى إذا صدر فيها حكم برفع التجاوز فان المتجاوز لا يمكنه بعد ذلك ان يطلب تمليكه الأرض بموجب المادة (1120) استناداً الى ان

(161) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 273-274.
(162) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3407/الهيئة المدنية/2021 في 2021/6/2 والذي جاء فيه (ان الثابت من عريضة الدعوى والتحقيقات الجارية فيها ان المدعي المميز يطلب الحكم بتمليك جزء من مساحة العقار المرقم... استناداً لأحكام المادة 1120 من القانون المدني... وحيث ان سند المعاملات الدائمة للعقار يشير الى ان المالك وزارة المالية والحقوق التصرفية فيه لمجموعة من الشركاء من بينهم المدعي عليه/ المميز عليه فيسري بذلك حكم المادة 1120 المذكورة أعلاه على موضوعها... وحيث ان المحكمة ذهبت الى خلاف ذلك مما أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم والتحقق من توفر شروط التمليك بالالتصاق بزعم شرعي والاستعانة بخبراء مختصين لتقدير قيمة المحدثات وقيمة الأرض وإصدار الحكم على ضوء نتائج تلك التحقيقات). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 10، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2023، ص 66.
وينظر أيضاً قرارها رقم 1258/الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/4/4 والذي جاء فيه (ان المدعي عليه دفع بانه شيد البناء موضوع الدعوى بإباحة من الشركاء وموافقهم وبضمنهم المدعي وانه اشترى سهام الشريك... وسدد له البديل والذي استلم المدعي قسماً منه وحيث ان المحكمة لم تتحقق من هذه الدفوع ذلك إذا ثبت صحة هذه الدفوع وان البناء كان بزعم سبب شرعي فان المدعي عليه يستحق قيمة البناء قائمة في حال المطالبة بقيمتها إذا توافرت شروط دعواها وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها المميز خلاف ذلك مما أخل بصحته لذا قرر نقضه). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 9، مكتب كيان للطباعة والاستنساخ، طهران، 2021، ص 48.

قيمة المحدثات أكبر من قيمة الأرض، وذلك لأن صدور الحكم برفع التجاوز يجعل من غير الممكن سماع دعوى تناقضه لأن هذا الحكم ينفي وجود الزعم بسبب شرعي للبناء.⁽¹⁶³⁾

الاتجاه الثالث: ان إقامة البناء من قبل المشتري يكون بإذن مالك العقار: وفي هذه الحالة تخضع المسألة لأحكام المادة (1121) من القانون المدني،⁽¹⁶⁴⁾ حيث يعتبر الباني قد اقام المحدثات بمواد من عنده على عقار غيره بإذن صاحب العقار ودون اتفاق بينهما على مصير هذه المحدثات، وفي هذه الحالة يجوز للمحدث نفسه ان يقلع المحدثات او يطالب بقيمتها قائمة، ولا يجوز لصاحب العقار ان يطلب رفعها.⁽¹⁶⁵⁾

⁽¹⁶³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3088/ الهيئة الاستئنافية عقار/2016 في 2016/6/7 والذي جاء فيه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون ذلك ان دعوى المدعي... هي طلب الزام المدعي عليه مدير عام الشركة العامة لكبريت المشراق إضافة لوظيفته بتمليكه قطعة الأرض المرقمة... استنادا لأحكام المادة 1120 مدني وثبت لمحكمة البدء ان المدعي عليه المذكور أعلاه سبق وان استحصل حكما في الدعوى... يقضي بالزام المدعي عليه (المدعي في الدعوى المنظورة) برفع التجاوز الواقع من قبله على العقار... (العقار ذاته في الدعوى المنظورة) واكتسب القرار درجة البتات بتصديقه تمييزا لذا فان دعواه بتمليك العقار المتجاوز عليه من قبله يناقض حجبة الحكم البات (م 106 اثبات) إضافة الى ذلك ان المادة 1120 مدني لا حضور لها في الأراضي العائدة للدولة وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ولما تقدم قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي). القرار غير منشور.

⁽¹⁶⁴⁾ تنص المادة (1121) من القانون المدني على انه (إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على ارض غيره بإذنه، فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه فلا يجوز لصاحب الارض ان يطلب قلع المحدثات، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ان يؤدي اليه قيمتها قائمة). وينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1969-1970، ص 132.

⁽¹⁶⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1432/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/3/28 والذي جاء فيه (ان دعوى المدعي المميز هي طلب الزام المدعي عليه برفع التجاوز الحاصل من الأخير على سهامه في القطعة المرقمة... وقد ثبت من صورة قيد القطعة المشار إليها أعلاه ان للمدعي سهاماً شائعة فيها وقد دفع المدعي عليه بانه اشترى مساحة (1650 م2) من القطعة موضوع الدعوى من المدعي بموجب التعهد الخارجي المؤرخ... وفيه إقرار من المدعي باستلامه مبلغ (2,500,000) دينار من المدعي عليه عن بيع مساحة (1650 م2) وأقر المدعي بتوقيعه على التعهد المذكور وان التعهد يخص القطعة موضوع الدعوى وأقر المدعي عليه انه بنى دارا على المساحة المشتراة وطلب المدعي رفع المشيدات وحيث ان المادة (1121) مدني عالجت موضوع النزاع بين الخصمين حيث نصت على انه (إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على ارض غيره بإذنه فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه فلا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ان يؤدي اليه قيمتها قائمة)، ولامتناع المدعي عن تسديد قيمة المحدثات مما يجعل دعواه فاقدة لسندها من القانون وهذا ما قضى به الحكم المميز فقررت تصديقه). القرار مذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبي والمحامي احمد عدنان زيدان العنبي، المصدر السابق، ص 139-140.



ويجب على المحكمة ان تستعين بخبير قضائي مختص لغرض تقدير قيمة المحدثات قائمة، وفي هذه الحالة لا تحكم برفع التجاوز.⁽¹⁶⁶⁾

وقد سوغت محكمة التمييز الاتحادية ذلك بأنه على الرغم من ان الاباحة تنقطع بالمطالبة القضائية،⁽¹⁶⁷⁾ إلا ان انقطاعها في هذه الحالة يكون بالنسبة لاستغلال العقار والانتفاع به، اما المحدثات فان الأمر مختلف بشأنها حيث ان صاحب العقار يجب عليه ان يدفع قيمة هذه المحدثات قائمة لأنها أقيمت بإباحة منه ولا يجوز له ان يطلب رفعها او ان يدفع قيمتها مستحقة للقلم.⁽¹⁶⁸⁾

⁽¹⁶⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 78/ الهيئة الاستئنافية عقار/2022 في 2022/1/17 والذي جاء فيه (ثبتت للمحكمة من خلال إقرار المدعي أمام محكمة البداية والاستئناف بأن البناء موضوع الدعوى الذي قام بتشييده المدعى عليه كان بناء على موافقة وإذن من المدعي لذا كان يتعين عليها اجراء الكشف بمعرفة خبير قضائي مختص لتقدير قيمة المشيدات قائمة كونها مشيدة بموافقة المدعي وبعد تقدير قيمتها اصدار قرارها المناسب وفق القانون وحيث ان المحكمة سارت خلاف ذلك في حكمها المميز مما أخل بصحته لذا قرر نقضه). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 10، المصدر السابق، ص 123.

⁽¹⁶⁷⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2612/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/12/24 والذي جاء فيه (لا يعتد بالإباحة لأنها تنتهي بالمطالبة القضائية مما يجعل دعوى المدعي برفع التجاوز لها سند من القانون وتكون اجابتها متفقة وحكم القانون). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 116.

⁽¹⁶⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2048/ الهيئة الاستئنافية عقار، 2007 في 2007/10/1 والذي جاء فيه (صحيح ان الاباحة تنتهي بالمطالبة القضائية بالنسبة لاستغلال الأرض والانتفاع بها ويلزم المميز بتسليم الأرض الا ان الأمر يختلف بالنسبة للمنشآت الثابتة والبحيرات المقامة على هذا الجزء ففي حالة ثبوت الاباحة من المميز عليه بإقامة تلك المنشآت فينبغي حينذاك على المدعي/ المميز عليه ان أصر على دعواه ان يؤدي للمميز/ المدعى عليه قيمة تلك المنشآت قائمة عملاً بأحكام المادة 1121 مدني). القرار مذكور عند: دريد داود سلمان الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، مكتبة صباح، بغداد، دون سنة نشر، ص 34.

وينظر قراراً قديماً لها بالرقم 307/ استئنافية/84/85 في 1986/6/4 والذي جاء فيه (ان المدعي سبق ان اشترى قطع الأراضي موضوع الدعوى بعقد خارجي وأقام فيها منشآت كما غرس فيها مغروسات أثناء حيازته لها بإباحة من البائعين فيكون من حقه المطالبة بقيمة ما صرفه على المنشآت والغراس عند استرداد القطع المذكورة من قبل أصحابها من المشتري خارجياً وحيث ان الخبراء قدروا قيمة المنشآت والغراس وحيث ان تقرير الخبراء يصلح ان يكون سبباً للحكم... لذا قرر تصديق الحكم). القرار مذكور عند: القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، ج 6، مكتبة يادكار، السليمانية، 2020، ص 189.



اما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (925) منه على ان المحدث إذا كان حسن النية فلا يجوز لمالك الأرض ان يطلب إزالة المحدثات، بل يجوز له ان يملكها مقابل ان يؤدي للمحدث احدى القيمتين: قيمة الزيادة في ثمن الأرض بسبب المحدثات، وقيمة المواد مع أجره العمل ما لم يطلب صاحب المحدثات نزاعها،⁽¹⁶⁹⁾ وإذا كانت المحدثات من الجسامة بحيث يكون التعويض عنها مرهقا لمالك الأرض فيجوز له ان يطلب تملك ارضه للبانى مقابل تعويض عادل.⁽¹⁷⁰⁾ وحسن النية مفترض الى ان يقوم الدليل على العكس من قبل صاحب الأرض، والمقصود بحسن النية ان البانى يعتقد ان له الحق في إقامة المحدثات ولا ضرورة لان يثبت اعتقاده انه يملك الأرض.⁽¹⁷¹⁾

وبناء على ذلك قررت محكمة النقض المصرية ان مشتري العقار بعقد غير مسجل لا يملك البناء الذي يحدثه على العقار نزولا عند حكم المادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم

⁽¹⁶⁹⁾ لم تنص الفقرة (1) من المادة (925) من القانون المدني المصري على ان حق المحدث في إزالة المحدثات مقيد بان لا تضر الازالة بالأرض، ومع ذلك يذهب راي في الفقه الى ان هذا القيد مسلم به من غير خلاف وان عدم ذكره في النص كان سهوا. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص 293 هامش رقم (1).

⁽¹⁷⁰⁾ نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (925) من القانون المدني المصري والتي تنص على ان (إلا انه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدي ما هو مستحق عنها كان له ان يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل). "والمقصود بوصف التعويض بأنه عادل ألا يلتزم القاضي القواعد العامة في تقدير التعويض بل يقدره على ضوء الظروف الخاصة التي تحيط بالحالة المعروضة عليه". د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص 294-295.

وقيل ان التعويض العادل في هذه الحالة "هو ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا". د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 503.

⁽¹⁷¹⁾ قررت محكمة النقض المصرية ان (الحائز الذي يقيم المنشآت على أرض مملوكة لغيره يفترض فيه انه يكون حسن النية وقت ان أقام المنشآت، والمقصود بحسن النية في تطبيق المادة 925 من القانون المدني ان يعتقد البانى = ان له الحق في إقامة المنشآت، ولا يلزم ان يعتقد انه يملك الأرض، فاذا ادعى صاحب الأرض ان البانى سيء النية، فعليه حسبما تقضي به المادة 924 من القانون المدني ان يقيم الدليل على ان البانى كان يعلم وقت ان أقام المنشآت ان الأرض مملوكة لغيره وانه أقامها دون رضاء مالك الأرض). الطعن رقم 19، لسنة 42 ق، جلسة 1976/2/17. نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في الملكية- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاما 1931-2000، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 299.



114 لسنة 1946،⁽¹⁷²⁾ لكنه يعامل معاملة المحدث حسن النية، ولذا فان البائع يملك البناء على ان يدفع للمشتري اللبناني احدى القيمتين المذكورتين في المادة (925) من القانون المدني المصري.⁽¹⁷³⁾

اما المادة (926) من القانون المدني المصري فتتص على ان الشخص الذي يحدث منشآت على الأرض بترخيص من مالكيها لا يجبر على ازالته بل يكون ذلك جوازي له، فاذا اختار عدم الازالة يجب على مالك الأرض ان يؤدي اليه احدى القيمتين المذكورتين في المادة (925) اعلاه. لكن لا يجوز لمالك الأرض ان يطلب تملك ارضه للبناني مقابل تعويض عادل إذا كانت المحدثات جسيمة ويرهقه دفع التعويض عنها كما في الحالة السابقة، والسبب في ذلك انه عندما رخص للمحدث في إقامة المحدثات فلا يحق له بعد ذلك ان يتمسك بان التعويض مرهق له.⁽¹⁷⁴⁾

⁽¹⁷²⁾ تنص المادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري على ان (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن). ويلاحظ ان التسجيل لا يكون له أثر رجعي بل تترتب آثاره من وقت اتمامه. ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2019، ص 16. لكن يلاحظ ان عقد البيع غير المسجل يكون صحيحا في القانون المصري لأنه يبقى عقدا رضائيا، لذا يترتب عليه التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن، ويبقى الأثر المهم وهو انتقال الملكية متوقفا على التسجيل. د. محمد عبد الظاهر حسين، أحكام الشهر العقاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 2001، ص 52-53.

⁽¹⁷³⁾ تقرر محكمة النقض المصرية (ان عقد البيع غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه على الأرض المبيعة من مبان لأن حق القرار وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري الا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشتري اللبناني فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق نظير تعويض المشتري عنها تطبيقا لقاعدة المنصوص عليها في المادة 925 من القانون المدني). الطعن رقم 1668، لسنة 45 ق، جلسة 28 كانون الأول 1994. نقلا عن: سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في الملكية، المصدر السابق، ص 314.

⁽¹⁷⁴⁾ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، مج 1، المصدر السابق، ص 292-294 والهامش رقم (3) في الصفحة 294.

"وتملك صاحب المنشآت للأرض في هذه الحالة لا يكون بحكم الالتصاق، بل يكون بناء على نزول صاحب الأرض عن ملكيته وحكم المحكمة بتمليكها لصاحب المنشآت نظير التعويض المذكور". د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، المصدر السابق، ص 240.



وهذه الأحكام الواردة في القانون المدني المصري لا تتشابه تماما مع احكام القانون المدني العراقي، إذ ان المادة (1120) من القانون الأخير والتي تتناول إقامة المحدثات بزعم سبب شرعي لم تنص على ان يكون التعويض الذي يدفعه صاحب الأرض مقابل تملكه المحدثات هو اقل القيمتين المذكورتين في القانون المصري، بل وازنت بين قيمة الأرض وقيمة المحدثات وأعطت الحق لصاحب الأرض في ان يملك المحدثات إذا كانت قيمتها مساوية او أقل من قيمة الأرض، كما اعطت الحق للمحدث في ان يملك الأرض إذا كانت قيمة المحدثات أكبر من قيمة الأرض.⁽¹⁷⁵⁾

كذلك فان المادة (1121) من القانون المدني العراقي التي تتناول إقامة المحدثات بإذن من صاحب الأرض لم تلزم الأخير بان يدفع للمحدث احدى القيمتين المنصوص عليهما في القانون المصري إذا لم يطلب المحدث قلع المحدثات، بل ألزمته بان يدفع له قيمتها قائمة. كما لم يأخذ القانون العراقي بالمعيار الذاتي الذي تبناه القانون المصري في الفقرة (2) من المادة (925)،⁽¹⁷⁶⁾ وهو المعيار الذي يعتد بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصيا والذي يقضي بان صاحب الأرض إذا كان يرهقه ان يدفع قيمة المحدثات بسبب جسامتها يجوز له ان يطلب تملك أرضه للمحدث لقاء تعويض عادل.⁽¹⁷⁷⁾

(175) ينظر في الاختلاف بين القانوني العراقي والمصري بهذا الخصوص: د. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج3، المصدر السابق، ص 52 في الهامش.
(176) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية في سنة 2003 ان (المقرر-في قضاء محكمة النقض-ان ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 925 مدني يدل على ان لصاحب الأرض ان يطلب تملكها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل، إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الأرض ان يؤدي ما هو مستحق عنها، فان هذه الرخصة حولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره فليس لمن اقام المنشآت او لدانيه ان يجبروه على استعمالها). الطعن رقم 283، لسنة 35 ق، جلسة 19/6/1969. نقلا عن: سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في الملكية، المصدر السابق، ص 295.
(177) ينظر في ذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، مج 1، المصدر السابق، ص 289-290.



المطلب الثاني

موانع قبول دعوى رفع التجاوز

تقرر محكمة التمييز الاتحادية ان دعوى رفع التجاوز لا تسمع في حالتين: الأولى إذا اقيمت الدعوى من قبل الشركاء في العقار الشائع على شريكهم الذي أقام محدثات على العقار دون موافقتهم (الفرع الأول)، والثانية إذا اقيمت الدعوى على دوائر الدولة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رد دعوى رفع التجاوز فيما بين الشركاء في العقار الشائع

قد يقوم أحد الشركاء بإقامة محدثات في العقار الشائع دون موافقة شركائه الآخرين، ويختلف الموقف من هذه المسألة في كل من القانون والقضاء في مصر وفي العراق. لذا نقسم الكلام على فترتين نتناول في الأولى موقف القانون والقضاء في مصر وفي الثانية موقفهما في العراق، وكما يأتي.

أولاً-موقف القانون والقضاء في مصر:

يقول شراح القانون المدني المصري ان هذه المسألة تخرج عن نطاق احكام الالتصاق لعدم ورود نص بشأنها بين هذه الأحكام،⁽¹⁷⁸⁾ وتطبق بشأنها أحكام الشيوخ حيث يكون البناء من اعمال الإدارة غير المعتادة التي تتطلب الموافقة المسبقة لأصحاب ثلاثة أرباع العقار الشائع او في الأقل اقرارهم للعمل بعد اكماله.⁽¹⁷⁹⁾ فاذا لم تحصل هذه الموافقة او الإقرار يجوز للشركاء

(178) المصدر نفسه، ص 314.

(179) تنص المادة (829) من القانون المدني المصري على ان (1-لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء



الأخرين طلب إلزام الشريك الباني بإزالة البناء دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة،⁽¹⁸⁰⁾ كما يجوز لهم طلب إلزامه بدفع التعويض عن الأضرار التي تلحق بالعقار بسبب البناء.⁽¹⁸¹⁾ وليس هذا لأن الشريك قد أقام المحدثات في ارض لا يملكها إذ هو مالك لحصة فيها، بل لأنه تجاوز حدود سلطاته في إدارة المال الشائع بحسب احكام الشيوخ، في حين يشترط لتطبيق احكام الالتصاق ان يكون من أقام المحدثات غير مالك للأرض.⁽¹⁸²⁾

ولم يكن القانون المدني المصري القديم لسنة 1883 ينظم احكام الإدارة المعتادة وغير المعتادة التي يقوم بها الشركاء في العقار الشائع، وكانت محكمة النقض المصرية في ظل هذا القانون تشفق على الشريك الباني ولا تريد معاملته بقسوة فقررت في هذه الحالة الإبقاء على البناء وعدم الحكم بإزالته وضرورة الانتظار لحين نتيجة القسمة،⁽¹⁸³⁾ فاذا وقع الجزء الذي أنشئ عليه البناء

حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. 2- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير. ولها بوجه خاص أن تعطي المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

(180) "أما ان قام الشريك بالبناء دون علم الشركاء الآخرين، فانه يكون بعمله هذا قد أحدث تغييراً جدياً في حالة الملك المشترك، فلا يسوغ إقرار مثل هذا العمل المخالف لنظام الشيوخ، وتضحية حقوق الشركاء الآخرين بإجبارهم على تحمل النتائج الضارة بهم حتى تتم القسمة، وحرمانهم دون وجه حق من الانتفاع بالجزء الذي شغله شريكهم بالبناء". د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، ج1، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1954، ص 393.

(181) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، حق الملكية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 834؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 528؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 340.

(182) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص 296؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 116.

(183) وقيل انه "كان لهذا القضاء ما يبرره في ظل القانون المصري القديم، حيث كان هذا القانون خلواً من تنظيم للشيوخ، فكان اتفاق الشركاء ضرورياً للقيام بالأعمال التي لا يحق لواحد منهم ان ينفرد بها، وقليلاً ما يتحقق هذا الاتفاق الاجماعي. فرغبة في تيسير الانتفاع بالمال الشائع اتجهت محكمة النقض الى هذه الحلول. غير ان هذا القضاء لم يعد له ما يبرره في ظل التقنيات الحالية. فقد عنى الشارع في قوانين البلاد العربية بتنظيم الشيوخ، حيث اعتد = = برأي الأغلبية في إدارة المال الشائع، بل وفي التصرف فيه في بعض هذه القوانين. كما أجاز للقاضي ان يعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. فلم يعد هناك ما يدعو المحاكم الى الخروج على قواعد الشيوخ بغية تسهيل الانتفاع بالمال الشائع". د. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج2، الملكية الشائعة، معهد الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية، 1962، ص 16.



في حصة الشريك الباني فانه يقع في ملكه، وإذا وقع في حصة شريك آخر جاز لهذا الشريك ان يجبر الباني على الازالة لأن الشريك الباني سيكون في هذه الحالة بحكم من بنى على ارض غيره بسوء نية.⁽¹⁸⁴⁾

أما في ظل القانون المدني المصري النافذ فان محكمة النقض المصرية لا تتساق مع رأي الفقه في هذه المسألة ولا تطبق احكام الشيوخ بشأنها بل تطبق احكام الالتصاق،⁽¹⁸⁵⁾ إذ تقضي بأن الشريك إذا بنى في جزء من العقار الشائع فلا يمكن لشركائه الآخرين ان يطلبوا إلزامه بإزالة البناء إذا كان الجزء الذي شغله معادلا لنصيبه في العقار، وذلك لأنه لا يعد بانيا في ملك غيره ولا يبقى لشركائه غير طلب القسمة وانتظار نتيجتها. اما إذا تجاوز في البناء ما يعادل نصيبه في العقار الشائع فانه يعد بانيا في ملك غيره بسوء نية، وذلك في حدود ما أقامه مجاوزا لحصته في العقار.⁽¹⁸⁶⁾

⁽¹⁸⁴⁾ نقض مدني مصري في 11 يناير 1940، مجموعة عمر، ج3، رقم 24، ص 55. نقلا عن: د. حسن كيره، أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية، احكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965، ص 355 هامش رقم (2). وهو ينتقد هذا الحكم في الصفحة ذاتها لأنه "يغفل جوهر الشيوخ وهو ان حق كل شريك في ملكية الشيء الشائع مقيد في استعماله بحقوق الشركاء الآخرين". وقد فسرت محكمة النقض المصرية ذلك بان الشريك الباني مالك للعقار لوجود حصة له فيه وليس هو من الغير، لذا لا تسري بشأنه احكام المادة (65) من القانون المصري القديم والتي كانت تجيز طلب إلزام الباني سيء النية بالازالة والهدم. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، المصدر السابق، ص 834-835.

وكانت المادة (65) من القانون المدني المصري القديم تنص على انه (فاذا حصل الغراس او البناء او غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه في ملك غيره فالمالك مخير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بنزعها. ففي حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء تكون مصاريف انتزاعها او هدمها على فاعلها بدون إعطائه تعويضا ما ويجوز زيادة على ذلك ان يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التي تنشأ عن فعله لصاحب الأرض).

⁽¹⁸⁵⁾ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 386 في الهامش.

⁽¹⁸⁶⁾ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ان (المقرر في قضاء محكمة النقض انه وان كان لكل من الشركاء على الشيوخ حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وانه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فانه لا يعد بانيا في ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر ان يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوخ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، الأ أن مناط ذلك ان يكون القدر الذي بنى عليه معادلا لنصيبه فيه، فاذا جاوزه اعتبر بانيا في ملك غيره وبسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته). الطعن



ثانيا-موقف القانون والقضاء في العراق:

وردت في القانون المدني العراقي نصوص تتناول حالة قيام أحد الشركاء بإنشاء محدثات في العقار الشائع دون اذن الآخرين، وقد توزعت هذه النصوص بين احكام كل من الشيوخ والالتصاق. ففي باب الشيوخ تنص المادة (1065) على ان اعمال الإدارة غير المعتادة تكون لأصحاب القدر الأكبر من الحصص بشرط حصولهم على موافقة المحكمة،⁽¹⁸⁷⁾ ومن اهم صور الإدارة غير المعتادة هي البناء في العقار. اما جزاء مخالفة هذا الحكم فقد ورد في المادة (1123) ضمن احكام الالتصاق، والتي تقرر ان الشركاء الآخرين بإمكانهم ان يطلبوا القسمة وينتظروا نتيجتها، اما قبل ذلك فلا يمكنهم طلب إزالة البناء وقلعه.⁽¹⁸⁸⁾

ونتيجة تطبيق النصين أعلاه هي ان الشركاء الآخرين لا يجوز لهم ان يطلبوا إلزام الشريك الباني بالإزالة بل يكون لهم ان يطلبوا القسمة وينتظروا نتيجتها،⁽¹⁸⁹⁾ فاذا وقع الجزء المبني في حصة الشريك الباني فانه يمتلكه، اما إذا وقع في حصة شريك آخر جاز لهذا الشريك ان يطلب إلزام الباني بالهدم والازالة.⁽¹⁹⁰⁾

رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ ق، الدوائر المدنية، جلسة 1997/12/27، س 48، ص 1558. نقلا عن: المستشار أنور العمروسي، المستشار أمجد أنور العمروسي، المستشار أشرف احمد عبد الوهاب، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج 6، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013، ص 586.

⁽¹⁸⁷⁾ تنص المادة (1065) من القانون المدني العراقي على ان (1-لشركاء اصحاب القدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا، بإذن من المحكمة، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة. 2-وللمحكمة ان تقرر ما تراه مناسبا من الاجراءات، ولها بوجه خاص ان تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

⁽¹⁸⁸⁾ تنص المادة (1123) من القانون المدني العراقي على انه (إذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة فتقسم فان اصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه وان اصاب حصة الآخر فله ان يكلف الباني بالهدم).

⁽¹⁸⁹⁾ د. سعيد عبد الكريم مبارك، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 132.

⁽¹⁹⁰⁾ د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 136. وينظر في هذا المعنى ايضا: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 128.



لكن محكمة التمييز الاتحادية لم تستقر على موقف واحد من هذه المسألة، بل اتخذت مواقف مختلفة بحسب الفترة الزمنية، وتتناول هذه المواقف بحسب مرحلتين: الأولى هي المرحلة السابقة على سنة 2012، والثانية هي التي تبدأ منذ مطلع سنة 2012 وإلى الآن، وكما يأتي:

1- موقف القضاء العراقي في المرحلة السابقة على سنة 2012:

إذا رجعنا إلى الوراء قليلاً نجد أن القضاء العراقي لم يكن يحكم برفع التجاوز فيما بين الشركاء لغاية سنة 1997،⁽¹⁹¹⁾ لكن اعتباراً من هذه السنة غير القضاء هذا الاتجاه واستقر على الحكم برفع التجاوز إذا أقام أحد الشركاء محدثات في العقار الشائع بدون موافقة شركائه الآخرين.⁽¹⁹²⁾ ثم استمرت المحاكم على قبول دعاوى رفع التجاوز فيما بين الشركاء، وكانت تحكم بوجوب إزالة البناء أو المنشآت أو المغروسات التي تقام بدون موافقة الجميع.⁽¹⁹³⁾ وقد فسرت محكمة التمييز الاتحادية هذا الاتجاه بأن البناء يعتبر من أعمال الإدارة غير المعتادة ولذا

⁽¹⁹¹⁾ ينظر قرار محكمة التمييز رقم 417/ عقار/986/985 في 9/10/1986 والذي جاء فيه (إن للمميز/ المدعى عليه سهاما شائعة في القطعة... وقد آلت إليه من مورثه (أ) كما هو واضح من صورة قيد القطعة كما أن جنسها المثبت فيها (بستان تسقى بالواسطة) مما لا يصح معها وهي بالوضع المتقدم مطالبة المميز عليه/ المدعى الذي هو شريك فيها أيضاً لشريكه المدعى عليه برفع التجاوز بالغرس عنها ما دامت هذه القطعة لا تزال مشاعة ولم تجر قسمتها أو المهابة فيها فكان على محكمة الموضوع التحقق من الأمور المتقدمة ومراعاتها قبل إصدار حكمها المميز لذلك قرر نقضه). القرار المذكور عند: القاضي جاسم جزاء جعفر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، ج 6، المصدر السابق، ص 38.

⁽¹⁹²⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2027/ الهيئة الاستئنافية عقار/2009 في 29/6/2009 والذي جاء فيه (اتجه القضاء العراقي ومنذ عام 1997 وعلى رأسه الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية إلى أن = = الشريك في العقار الشائع لا يحق له البناء أو الغراس على ذلك العقار إلا بموافقة جميع الشركاء لأن إقامة البناء والغراس على الأرض الشائعة هو من أعمال الإدارة غير المعتادة التي يتعين معها أخذ موافقة جميع الشركاء وإذ إن الأمر كذلك فلا يحال بين المدعي واجابة دعواه برفع التجاوز). مجلة الحقيقة القانونية، الأعداد (15-18)، تموز واب وأيلول وتشرين الأول، 2009، ص 37.

⁽¹⁹³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 218/ الهيئة المدنية عقار/2009 في 22/2/2009 والذي جاء فيه (كان على المحكمة التقيد بعريضة الدعوى حيث إن المدعي ادعى أن المدعى عليه قد تجاوز بالبناء والغراس دون موافقته على ذلك فكان على المحكمة والحالة هذه تكليف المدعي بإثبات قيام المدعى عليه بالبناء والغراس في منطقة الأرض المشتركة بينهما دون موافقة المدعي... وحيث إن المحكمة خالفت ما تقدم مما أحل بصحة حكمها). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج 1، المصدر السابق، ص 60-61.



فانه يتطلب موافقة جميع الشركاء، وما دام الشريك الباني لم يحصل على موافقة الجميع فانه يعتبر غاصبا ومتجاوزا ويلزم برفع هذا التجاوز.⁽¹⁹⁴⁾

⁽¹⁹⁴⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2251/ الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/6/7 والذي جاء فيه (ان الثابت فقها وقضاء في العراق ان البناء على الأرض المشاعة يعد من أعمال الإدارة غير المعتادة التي يتعين معها موافقة جميع الشركاء وبما ان الطرفين شركاء في حق التصرف وان المميز أقام بناءه على جزء من القطعة دون الحصول على موافقة جميع الشركاء فيعد غاصبا لمنفعة الجزء المشيد عليه البناء ويلزم برفع التجاوز بالبناء دون تسليم الأرض وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 58. وكذلك قرارها رقم 2526/ الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/7/26 والذي جاء فيه (ان الثابت من اضبارة الدعوى ان الطرفين المتداعيين هما شريكين في العقار المرقم...مع بقية الشركاء وقد تأيد من التحقيقات الجارية بان المميز/ المستأنف عليه كان قد شيد منشآت في القطعة عبارة عن دار (هيكل) وبمساحة قدرها... وحسب المرتسم المرفق بتقرير الخبراء الثلاثة وبدون إذن او موافقة بقية الشركاء وحيث ان ذلك التشييد يكون قد أحدث تجاوزا لأن احداث المنشآت يعد من قبيل الإدارة غير المعتادة التي تتطلب موافقة كافة الشركاء على احداثها لان من احكام الملكية الشائعة ان كل شريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها كما ان كل شريك اجنبي في حصة الشريك الآخر فليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان من غير رضاه (م 1062) من القانون المدني وبذلك يكون الحكم المميز الذي قضى بفسخ الحكم البدائي والحكم بالزام المستأنف عليه برفع التجاوز دون التسليم قد التزم وجهة النظر القانونية السليمة قرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 63-64.

وكذلك قرارها رقم 2548/ الهيئة المدنية عقار/2011 في 2011/8/4 والذي جاء فيه (ان من احكام الملكية الشائعة ان كل شريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها كما ان كل شريك اجنبي في حصة الشريك الآخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان من غير رضاه (م 1060 و 1062) مدني، وان تشييد المنشآت في الأرض المملوكة على وجه الشيوخ تعتبر من اعمال الإدارة غير المعتادة التي تتطلب موافقة الشركاء على احداثها... اذا اتضح بانها مشيدة بعد تملك المدعي لسهامه في العقار موضوع دعوى رفع التجاوز وان المدعى عليه لم يستحصل موافقة المدعي بإحداثها فيكون له حق طلب ازلتها باعتبارها شيدت تجاوزا). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 105.

وكذلك قرارها رقم 2742/ الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/8/16 والذي جاء فيه (ان الطرفين المتداعيين هما شركاء في العقار المرقم... مع بقية الشركاء وقد تأيد من التحقيقات الجارية ان المميز (المستأنف) قد شيد منشآت عبارة عن دار سكن وبمساحة قدرها (400) م2... دون أخذ إذن او موافقة بقية الشركاء وحيث ان احكام الملكية الشائعة ان كل شريك في المال الشائع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها كما ان كل شريك اجنبي في حصة الشريك الآخر فليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان بغير رضاه (م 1062) من القانون المدني وحيث ان تشييد المنشآت على العقار الشائع يستلزم موافقة جميع الشركاء كونه من اعمال الإدارة = = غير المعتادة... لذا قرر تصديق الحكم المميز). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 67.

لكن الحكم الذي كان يصدر ضد الشريك المتجاوز يتضمن إلزامه برفع التجاوز دون تسليم الجزء المتجاوز عليه الى الشركاء الآخرين، وذلك لأنه شريك معهم في العقار فلا يجبر على تركه لهم بعد إزالة ما انشأه من محدثات عليه.⁽¹⁹⁵⁾

وإذا ادعى الشريك الباني انه حاصل على إذن شركائه لغرض إقامة البناء او الغراس فان محكمة التمييز الاتحادية كانت تتشدد في اثبات هذا الإذن، إذ كانت توجب ان يبرز إذنا تحريريا صادرا من الشركاء الآخرين كافة لكي يثبت حصوله على موافقتهم، ولا يكتفى بالبينة الشخصية لإثبات هذه الموافقة ما لم يوجد مانع من أخذ الدليل الكتابي بحسب قواعد قانون الاثبات.⁽¹⁹⁶⁾

⁽¹⁹⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1966/ الهيئة المدنية عقار/2007 في 2007/11/29 والذي جاء فيه (الثابت من اضبارة الدعوى ان الطرفين المتداعيين هما شركاء في العقار المرقم... مع شركاء آخرين على وجه الشبوع وقد تأيد من الكشف الذي أجرته المحكمة بمعرفة خبير بان المدعى عليها قد شيدت منشآت دار بمساحة قدرها 150 م²... وان المدعى عليها لم تستحصل على موافقة المدعي باعتباره شريكا في ذلك التشييد حتى لو كانت قد استحصلت على موافقة بقية الشركاء ذلك ان تشييد المنشآت يعتبر من قبيل الإدارة غير المعتادة ويستلزم حصول موافقة كافة الشركاء على اجراء مثل ذلك التصرف في العقار المملوك على وجه الشبوع ويعد ذلك التشييد قد حصل تجاوزا ويكون من حق المدعي طلب رفعه على ان لا يسلم ذلك الجزء الى المدعي باعتبارهم شركاء على الشبوع ذلك ان كل شريك في الشبوع يملك حصته في العقار ملكا تاما وفي نفس الوقت يعتبر كل شريك أجنبيا في حصة الشريك الآخر ليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان من غير رضاه... لذا يكون الحكم المميز الذي قضى برفع التجاوز دون التسليم له سند من القانون). القرار مذكور عند: دريد سلمان داود الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، مكتبة صباح، بغداد، دون سنة طبع، ص 13.

ويلاحظ ان محكمة التمييز الاتحادية تذكر في هذا القرار ان اعمال الإدارة غير المعتادة تتطلب موافقة الشركاء كافة، وقد يظهر ان هذا الكلام مخالف لنص المادة (1/1065) من القانون المدني التي تعطي صلاحية هذه الأعمال للشركاء أصحاب القدر الأكبر في الحصص بشرط الحصول على إذن المحكمة. إلا ان بالإمكان القول ان المحكمة كانت تقصد حكم وقائع الدعوى المنظورة بالذات، حيث ان تشييد المحدثات حصل بدون إذن المحكمة وفي هذه الحالة لا بد من موافقة الجميع وهذا ما لم يحصل في هذه الدعوى.

⁽¹⁹⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3051/ الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/10/28 والذي جاء فيه (ان الطرفين شركاء بحق التصرف بالقطعة موضوع الدعوى وقد بنى المميز/ المدعى عليه منشآت على تلك القطعة دون أخذ موافقة جميع الشركاء فيها إذ ان قضاء هذه المحكمة قد استقر ومنذ فترة طويلة على ان إحداث الأبنية في الأرض الشائعة هو من اعمال الإدارة غير المعتادة التي تتوجب موافقة جميع الشركاء (ومن بينهم المدعي بهذه الدعوى او مورثه وبيينة معتبرة) وان المميز يطلب سماع البينة الشخصية لإثبات دفعه بحصول تلك الموافقة وهذا الطلب غير وارد قانونا لأن اثبات الإذن بالبناء يجب ان يتم بدليل تحريري ما لم يوجد المانع الأدبي لأخذ مثل هذا الدليل ولرفض المميز تحليف خصمه اليمين الحاسمة بهذا الشأن فيكون قد خسر ما توجهت به اليمين لذا قرر رد العريضة التمييزية وتصديق الحكم المميز). القرار مذكور عند: القاضي



ونجد من بين شراح القانون المدني من يؤيد هذا الاتجاه بالقول ان الشريك يعتبر أجنبيا في حصة الشركاء الآخرين ولا يجوز له ان يتصرف بال عقار تصرفا مضرا بدون رضاهم استنادا الى نص الفقرة (1) من المادة (1062) من القانون المدني،⁽¹⁹⁷⁾ وفي هذه الحالة يجوز للشركاء الآخرين ان يطلبوا إلزام الشريك الباني بقلع البناء.⁽¹⁹⁸⁾

وقال هؤلاء ان بعض الشركاء إذا طلبوا القلع وطلب الآخرون القسمة فيجب التمييز بين حالتين: الأولى إذا كان العقار قابلا للقسمة، وهنا يقسم العقار بينهم فإذا وقع الجزء الذي عليه البناء في حصة الشريك الباني فانه يملكه وتنتهي المشكلة، اما إذا وقع في حصة غيره فيمكن للأخير ان يلزم الباني بالقلع والهدم،⁽¹⁹⁹⁾ مع تضمينه ما نقص من قيمة العقار بسبب القلع، وإذا كان القلع مضرا بهذا الجزء من العقار كان لصاحبه ان يملك البناء بقيمته مستحقا للقلع.⁽²⁰⁰⁾

والحالة الثانية هي إذا كان العقار غير قابل للقسمة، وهنا يجوز للشركاء الآخرين بموجب القواعد العامة ان يطلبوا القلع، وإذا كان القلع مضرا بالعقار فلهم ان يملكوا البناء للشركة بقيمته مستحقا للقلع.⁽²⁰¹⁾ لكن صاحب هذا الرأي يقول ان العدالة تقتضي في هذه الحالة إعطاء الحق

لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 65-66.

⁽¹⁹⁷⁾ تنص الفقرة (1) من المادة (1062) من القانون المدني على ان "كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان من غير رضاه".

⁽¹⁹⁸⁾ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، المصدر السابق، ص 929.

⁽¹⁹⁹⁾ استنادا الى المادة (1123) من القانون المدني المذكورة آنفا.

⁽²⁰⁰⁾ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، المصدر السابق، ص 929.

⁽²⁰¹⁾ يقرب هذا الرأي مما يقوله بعض الباحثين في القانون المصري بأنه "لا يستطيع الشريك الباني في هذه الحالة إزالة البناء الذي أقامه دون موافقة الشركاء الباقين الذين يحق لهم الإبقاء على البناء ليصبح ملكية شائعة بينهم بنسبة حصة كل منهم، وفي هذه الحالة يستطيع الشريك الباني مطالبتهم بالاشتراك معه في نفقات البناء وفقا لنظرية الأثر بلا سبب". د. أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 259.



للبناني في ان يطلب إزالة الشيوخ بيعة، فاذا بيع العقار تقدر قيمة الأرض وحدها وتوزع على الشركاء بحسب حصصهم، ويعطى الباقي للشريك البناني كمقابل لبنائه.⁽²⁰²⁾

وقد طابق هذا الرأي الأخير موقف محكمة التمييز الاتحادية، إذ قررت ان العقار إذا ازيل شيوخه بيعة فان الشريك البناني يستحق قيمة المحدثات قائمة، بغض النظر عما إذا كان قد حصل على موافقة شركائه عند إقامة المحدثات أم لا، وذلك لأن المشتري سيملك المحدثات قائمة وان إعطاء الشريك البناني قيمتها مستحقة للقلع يعني حصول اثناء في جانب الشركاء الآخرين على حساب الشريك البناني دون مسوغ قانوني.⁽²⁰³⁾

2-موقف القضاء العراقي منذ مطلع سنة 2012 لحد الآن:

أصدرت الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية قرارا بالرقم 404 بتاريخ 2012/2/28 قررت فيه وجوب رد دعاوى رفع التجاوز التي يقيمها الشركاء على بعضهم البعض،⁽²⁰⁴⁾ وسار

⁽²⁰²⁾ المصدر نفسه، ص 930.

ويذهب رأي الى انه يستنتج من نص المادة (1123) من القانون المدني العراقي ان الشركاء يمنعون من المطالبة برفع التجاوز إذا توافرت ثلاثة شروط هي: ان يتجسد التجاوز بالبناء وليس الغرس او شيء آخر، وان تكون الأرض قابلة للقسمة، وان لا يطالب الشركاء بقسمته. وبخلاف ذلك يمكن للشركاء ان يطلبوا رفع التجاوز. د. طارق كاظم عجيل، الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص 192. ويلاحظ على ذلك ان نص المادة المذكورة لا يتضمن هذا المعنى وان استنتاج هذه الشروط هو تحميل للنص بأكثر من مضمونه، كما ان محكمة التمييز الاتحادية لم تتبنى هذا الرأي كما في الهامش اللاحق.

⁽²⁰³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1199 / الهيئة الاستئنافية عقار/2011 في 2011/3/25 والذي جاء فيه (ان العقار موضوع الدعوى كان مشاعا بين الطرفين وتمت إزالة شيوخه... وتمت الإجراءات التنفيذية ببيعه... وحيث ان قضاء هذه المحكمة قد استقر منذ فترة طويلة على ان الشريك البناني يستحق قيمة المنشآت او التحسينات التي يقيمها على العقار الشائع قائمة حسبما رست عليه بموجب المزايدة العلنية ولا ينظر الى مدى حصول موافقة باقي الشركاء على اقامتها من عدمه لأن المشتري بالمزايدة سيملك تلك المنشآت قائمة والقول بغير ذلك سيعني إثراء باقي الشركاء على حساب الشريك البناني دون مسوغ قانوني لأنهم سيستلمون أقيام تلك المنشآت قائمة). القرار مذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص206.

⁽²⁰⁴⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 404 / الهيئة العامة/2011 في 2012/2/28 والذي جاء فيه (في الملكية الفردية اذا حصل التجاوز عليها من قبل الغير فهنا للمالك الحق برفع التجاوز وازالة المحدثات إضافة إلى استحقاقه لأجر المثل باعتباره ريع مستحق في ذمة الحائز سيء النية، أما في الملكية الشائعة فإذا حصل فيها الاستغلال أو الانتفاع ليس من الاغيار بل من احد الشركاء بدون اذن شركائه فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة باجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل



القضاء العراقي على هذا الاتجاه في الدعاوى اللاحقة التي من هذا النوع لغاية الوقت الحاضر. (205)

وقد طبقت المحاكم هذا الاتجاه بشأن العقارات المملوكة ملكا صرفا وكذلك بشأن حق التصرف في الأراضي الأميرية. (206) وعلت محكمة التمييز الاتحادية هذا الاتجاه بأن الشريك في الملك الشائع يجوز له ان ينتفع به بجميع صور الانتفاع المشروعة، وان إقامة البناء والمشيدات والغراس تدخل في صور الانتفاع فاذا أقامها أحد الشركاء دون موافقة الآخرين فلا يجوز لهم إلا مطالبته بأجر المثل عن الجزء الذي شغله ولا يجوز لهم طلب الهدم والازالة، ولا موجب بعد

الشركاء الآخرين وإذا كان ذلك التعويض غير مجزي لهم فلهم الحق بطلب إزالة شيوخ الملك وفق القانون). القرار المذكور عند: القاضي رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز، المصدر السابق، ص 40.

(205) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1002/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/2/5 والذي جاء فيه (ان الطرفين هما شركاء على الشيوخ في العقار المرقم... وان ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو عدم سماع دعاوى رفع التجاوز فيما بين الشركاء في ذات العقار المشاع فيما بينهم، وان حصل تجاوز من قبل أحد الشركاء على سهام شريكه الآخر فبإمكان الشريك المتجاوز عليه المطالبة بأجر المثل عن السهام المتجاوزة ان كان لذلك مقتضى قانوني طبقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم (404/ هيئة عامة/2011 في 2012/2/28 وكان المتعين على محكمة الموضوع ان تقضي برد الدعوى). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، مج1، المصدر السابق، ص 82-83.

وكذلك قرارها رقم 3245/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/7/28 والذي جاء فيه (ان الثابت من التحقيقات التي أجرتها المحكمة وصورة قيد العقار موضوع الدعوى بأن الطرفين هما شركاء في العقار المرقم... وبالتالي فإن مطالبة المدعي (المميز) بإلزام المدعى عليه (المميز عليه) برفع التجاوز عن سهامه لا سند لها من القانون ذلك إن ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم (404/هيئة عامة/2011) في 2012/2/28 على عدم جواز مطالبة الشريك لشريكه الآخر برفع المشيدات والبناء وإنما له الحق بالمطالبة بأجر المثل عن سهامه في دعوى مستقلة إن توافرت شروطها). القرار منشور الكترونيا في موقع مجلس القضاء الأعلى، قرارات محكمة التمييز الاتحادية، وهو متاح على الرابط الآتي:

[/https://www.hjc.iq/qview.2622](https://www.hjc.iq/qview.2622)

(206) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 4995/ الهيئة المدنية/2016 في 2016/12/12 والذي جاء فيه (إذا تأيد للمحكمة من صورة قيد العقار موضوع الدعوى ان الطرفين شركاء فيه بحق التصرف على الشيوخ فلا يجوز إلزام الشريك برفع التجاوز عن العقار الذي يملك فيه حصة شائعة بحسب ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة مما يكون رد الدعوى مستندا وحكم القانون). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 109.



ذلك للبحث في حصول الاذن للشريك بالبناء من باقي الشركاء وما إذا كان هذا الإذن شفويا أم
تحريريا. (207)

وهناك من شراح القانون المدني من يرى صحة هذا الاتجاه، قائلان ان الشركاء الآخرين لا
يجوز لهم طلب قلع المحدثات التي أقامها الشريك دون موافقتهم، ويكون امامهم ان يتفقوا معه
لغرض تسوية النفقات التي أنفقاها في إقامة المحدثات. وقد سوغ ذلك بالاستناد الى النتيجة
المحتملة للقسمة، فقد يظهر من القسمة ان الشريك قد بنى في حصته وعندئذ يملك البناء، اما إذا
وقع البناء في حصة غيره فيجوز لهذا الغير ان يطلب منه قلع البناء او يملكه بقيمته مستحقا
للقلع. (208)

وعلى اية حال فان المحاكم في الوقت الحاضر لا تسمع دعاوى رفع التجاوز فيما بين
الشركاء، سواء كان الشريك المتجاوز من بين الشركاء أصلا عند اقامة المحدثات، أم انه دخل
معهم في وقت لاحق بعد اقامتها. وكما يأتي:

(207) جاء في قرار الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية رقم 404 لسنة 2012 المشار اليه أنفا ما نصه
(ولدى امعان النظر بالحكم المذكور وبالأحكام القانونية التي تعالج موضوع الملكية الشائعة فان المواد من
1061 إلى 1069) من القانون المدني قد نظمت حقوق الملاك على الشيوخ وواجباتهم في ادارة المال الشائع
فكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه
وكل شريك في الشيوخ (يملك حصته) ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه وكل
شريك أجنبي في حصة الآخر ولا يستطيع القيام بالتصرف الضار بشريكه الأ برضاه، وهذه هي القاعدة العامة
في الملكية الشائعة والتي أوردها المشرع بالمادتين (1061 و1062) من القانون المدني ولكن هذه القاعدة
العامة ليست مطلقة بل انها مقيدة بحكم المادة التالية لها رقم (1063) من القانون المدني فمقتضى احكام الفقرة
الأولى منها أجازت للشركاء الانتفاع بالعين الشائعة مجتمعين ولكن الفقرة الثانية منها أجازت أيضا لكل واحد
من الشركاء حق الانتفاع بحصته منفردا، ولكن اذا انتفع هذا الشريك بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو ايجار
أو غير ذلك من وجوه الانتفاع وبطبيعة الحال فان (إقامة المشيدات) يدخل ضمن تلك الوجوه من الانتفاع لأنها
جاءت على الإطلاق ولم تأت على سبيل الحصر بنوع معين من وجوه الانتفاع فان كان هذا الانتفاع الذي انفراد
به الشريك قد حصل بدون اذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل. ولما كان القانون قد رسم الطريق في حالة
استحواذ أحد الشركاء بالانتفاع بالملك الشائع كلا أو جزءا أن يكون هذا الشريك ملزم قانونا باجر مثل حصة
باقي الشركاء فلا يبقى موجب لبحث ما إذا كان الأذن الصادر من الشريك شفويا أم تحريريا لان للملكية الشائعة
طبيعة قانونية خاصة بها تميزها عن الملكية الفردية). القرار المذكور عند: القاضي رعد سعد الامامي،
الإجراءات العملية لدعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز، المصدر السابق، ص 39-40.
(208) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، المصدر السابق، ص 296.



(أ) المتجاوز من ضمن الشركاء ابتداء:

يقرر القضاء العراقي ان الشركاء لا يمكنهم ان يطلبوا رفع التجاوز الصادر من أحدهم على العقار المشترك، بل يكون من حقهم فقط ان يطلبوا إلزام الشريك المتجاوز بدفع أجر المثل بحسب حصصهم في العقار الشائع أو ان يطلبوا إزالة الشيوخ وقسمة العقار. بعبارة أخرى فان محكمة التمييز الاتحادية تعتبر قيام أحد الشركاء بإنشاء محدثات على العقار الشائع حقا له، وان هذه المحدثات لا تستلزم اخذ موافقة الشركاء الآخرين مهما كان الجزء المتجاوز عليه، ولا يجوز لهؤلاء ان يدعوا ان ضررا أصابهم من المحدثات لان اقامتها لا يعتبر من قبيل الضرر الذي يجيز لهم إقامة دعوى رفع التجاوز.⁽²⁰⁹⁾

وقد ألزمت محكمة التمييز الاتحادية محاكم الموضوع بان ترد دعاوى رفع التجاوز التي يقيمها الشركاء على بعضهم البعض حتى إذا كان المدعي قد صدر حكم لمصلحته سابقا برفع التجاوز ولكنه لم يكتسب الدرجة القطعية قبل تاريخ صدور قرار الهيئة العامة في محكمة التمييز المشار اليه آنفا، أي ان المدعى عليه إذا طعن بالحكم واعيد منقوضا الى محكمته بعد تاريخ صدور هذا القرار فيجب على المحكمة ان تتبع ما جاء فيه وتحكم برد الدعوى.⁽²¹⁰⁾

⁽²⁰⁹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 4973/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/12/12 والذي جاء فيه ان (البناء الذي يقيمه الشريك في الأرض الشائعة لا يستلزم موافقة بقية الشركاء وبالتالي لا يعتبر من قبيل الضرر الذي يصيب حصص الشركاء الآخرين وتكون دعوى المدعي برفع التجاوز ضد شريكه في العقار واجبة الرد). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 124.

⁽²¹⁰⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1841/ استئنافية عقار/2012 في 2012/6/12 والذي جاء فيه (وحيث انه وبعد صدور قرار النقض الأخير بالعدد... في 2011/3/27 فقد صدر قرار عن الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (404/ الهيئة العامة/2011 في 2012/2/28) اعتبر قيام الشريك في العقار الشائع بالبناء عليه هو من أوجه الانتفاع التي أقرتها المادة (1063) من القانون المدني وبالتالي لا يجوز لأي من الشركاء طلب رفع التجاوز بالبناء الذي أقامه شريكه في ذلك العقار وبإمكانه المطالبة بأجر المثل او إقامة دعوى إزالة الشيوخ... فيتعين على محكمة الاستئناف اتباع ما جاء بقرار الهيئة العامة المشار اليه والذي صدر بعد صدور حكمها المميز في 2011/12/11 ولهذا الغرض قرر نقض الحكم المميز). القرار مذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني-مرافعات مدنية، ج 6، المصدر السابق، ص 36.



ونرى ان ما انتهت اليه محكمة التمييز الاتحادية من تسبيب قابل للنقاش على الرغم من صحة الاتجاه ذاته، وذلك لأن الشركاء الآخرين لهم الحق أيضا في الانتفاع بالأرض الشائعة كلها، وقد يكون الشريك الباني في وضع مالي أفضل منهم أو يكون موجودا في الأرض دونهم فيختار الجزء الأفضل من الأرض ليبنى فيه ويحرم الآخرين من الانتفاع به. ونعتقد ان التسبيب المقبول لهذا الحكم هو الذي يقوم على اساس اقتصادي، حيث يقال ان إلزام الشريك الباني بالهدم يؤدي الى هدر الموارد، خصوصا عند ملاحظة كثرة حالات التجاوز من قبل الشركاء في الواقع، ومن ثم فان ضرورة الحفاظ على الموارد تقتضي رد دعوى رفع التجاوز بين الشركاء والاقتصار على جواز طلب أجر المثل او القسمة.

لكن ينبغي ان يلاحظ ان التجاوز إذا تجسد بغلق طريق خاص من قبل أحد الشركاء في هذا الطريق، فان الشركاء الآخرين يمكنهم ان يقيموا عليه دعوى رفع التجاوز بناء على المادة (1093) من القانون المدني،⁽²¹¹⁾ إذ لا يجوز لأحد من الشركاء في الطريق الخاص ان يحدث فيه شيئا سواء كان مضرا او غير مضر إلا بموافقة الشركاء الآخرين. وما دام القانون يقرر الحق لكل شريك في ان يتخذ ما يلزم لحفظ المال الشائع، فان من صور هذا الحفظ المطالبة برفع التجاوز الواقع على الطريق الخاص من قبل شريك آخر.⁽²¹²⁾

(211) تنص المادة (1093) من القانون المدني العراقي على انه (لا يجوز لأحد من الشركاء في الطريق الخاص ان يحدث فيه شيئا سواء كان مضرا او غير مضر إلا بإذن باقي الشركاء).
(212) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1027/1026/ الهيئة المدنية/2020 في 2020/2/11 والذي جاء فيه (وحيث ان التحقيقات اثبتت قيام المدعى عليهما بغلق الباب المؤدي للعقار والذي يمتلك فيه المدعيان سهما شائعة فيكون لدعواهما سند من القانون بالمطالبة بفتح هذا الباب حيث ان لكل شريك ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال لذا يكون الحكم المميز والذي قضى بالزام المدعى عليهما برفع التجاوز الواقع من قبلهما على الطريق الخاص بالعقارات الثلاثة... والمتمثل بغلق الباب المؤدي الى العقار 9/2 السراي قد خلص الى نتيجة قانونية صحيحة لذا قرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 7، المصدر السابق، ص 50.



(ب) دخول المتجاوز ضمن الشركاء لاحقاً:

قد يدخل المتجاوز ضمن الشركاء في وقت لاحق بعد حصول التجاوز، أي انه عندما تجاوز على العقار كان من الغير وليس من ضمن الشركاء ثم دخل معهم من خلال شراء أسهم من بعضهم، وفي هذه الحالة أيضا تقرر محكمة التمييز الاتحادية عدم جواز الحكم عليه برفع التجاوز. والأصل ان الدعوى ترد إذا أبرز المتجاوز سند تسجيل عقاري يثبت تملكه سهاما في العقار الشائع، لكن محكمة التمييز الاتحادية تقبل بأن يقدم المتجاوز حكما بالتملك على وفق القرار رقم 1198 لسنة 1977، إذ ان هذا الحكم يجعله من ضمن الشركاء وتزول عنه صفة المتجاوز.⁽²¹³⁾

وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية ان دعوى رفع التجاوز يجب ان ترد في هذه الحالة حتى إذا كان حكم التملك لم ينفذ لدى دائرة التسجيل العقاري، وذلك لان التسجيل سيكون كاشفا لحق المشتري وليس منشئا له وبذلك تثبت ملكيته من تاريخ صدور حكم التملك وليس من وقت التسجيل.⁽²¹⁴⁾

⁽²¹³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1666/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/5/3 والذي جاء فيه (ان المدعي إضافة لوظيفته طلب في دعواه الزام المدعى عليه برفع التجاوز عن العقار موضوع الدعوى وتسليم الجزء المتجاوز عليه وقد تبين من التحقيقات الجارية في الدعوى ان المدعى عليه حصل على حكم بتملك جزء من سهام الشريكة (ف، م، ع) وذلك في الدعوى المرقمة... واكتسب درجة البتات... ولما كان الحكم بالتملك قد منح المدعى عليه حقا مكتسبا وأصبح شريكا في العقار لذلك فان واقعة الغصب تنتفي ولأنه لا يجوز للشريك ان يطلب من الشريك الآخر في العقار رفع التجاوز وله المطالبة بأجر المثل ان كان لذلك مقتضى قانوني فتكون دعوى المدعي لا سند لها من القانون وواجبة الرد). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج3، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2021، ص 180-181.

⁽²¹⁴⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5069/ الهيئة المدنية/2017 في 2017/10/8 والذي جاء فيه (الثابت من الحكم الابتدائي المرقم... الصادر من محكمة بداءة الحلة تضمن تملك المدعي لسهام له في العقار موضوع الدعوى وحيث ان حكم التملك الصادر هو منشئ للتملك وان التسجيل ما هو الا كاشف للحكم وبذلك فان المميز عليه اصبح شريكا في العقار موضوع الدعوى وان ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم 404/ هيئة عامة/2011 في 2012/2/28 عدم طلب الشريك من الشريك الآخر رفع التجاوز وانما يحق له المطالبة بأجر المثل عن السهام المتجاوز عليها). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، المصدر السابق، ص 36-37.



أما قيام المتجاوز بشراء بعض سهام الشركاء بعقد غير مسجل فلم تعتبره محكمة التمييز الاتحادية سببا لرد دعوى رفع التجاوز، وقد عللت ذلك بأن بيع العقار عقد شكلي وما لم يسجل في الدائرة المختصة فانه يكون باطلا ولذا فانه لا يرتب أثرا، ويترتب على ذلك وجوب الحكم برفع التجاوز. (215)

ومن ناحية أخرى، إذا دفع المتجاوز امام المحكمة بان هناك دعوى تملك قد أقامها على بعض الشركاء ولم يصدر فيها حكم بعد، فعلى المحكمة التي تنتظر دعوى رفع التجاوز ان تستأخرها لحين البت في دعوى التملك. والسبب في ذلك ان الفصل في دعوى التملك يؤثر في نتيجة

وينظر ايضا قرارها رقم 187/ الهيئة الاستئنافية عقار/2022 في 2022/1/24 والذي جاء فيه (ان حصول المدعى عليه على قرار تملك جعله شريكا على الشبوع في ملكية العقار وان عدم تسجيل القرار لدى مديرية التسجيل العقاري لا يفقده قوته التنفيذية لأن التسجيل كاشف لأصل الحق الذي استحصل عليه المدعى عليه بموجب قرار الحكم أعلاه وحيث لا يمكن للشريك إقامة دعوى رفع التجاوز على شريكه وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها ومنها قرار الهيئة العامة بالعدد 404/ الهيئة العامة/2011 في 2012/8/28 مما يجعل = دعوى المدعي برفع التجاوز فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 123.

وكذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2480/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2017 في 2017/12/12. والذي جاء فيه (ان المدعى عليه قد اقر بقيامه ببناء دار سكن على جزء من القطعة موضوع الدعوى والتي للمدعي سهام فيها مع شركاء آخرين وأثناء نظر الدعوى امام محكمة الاستئناف تمسك بانه قد اشترى سهاما من الشريك... في القطعة واقام دعوى التملك ضده المرقمة... امام محكمة بداءة القاسم والتي أصدرت قرارها المؤرخ... بتمليكه عددا من السهام في القطعة موضوع الدعوى المرقمة... وبهذا اصبح شريكا في القطعة مع المدعي وقد استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية على عدم جواز رفع التجاوز بالبناء الذي أقامه او يقيمه الشريك في الأرض الشائعة وله حق طلب اجر المثل فقط وذلك بقرارها المرقم 404/ الهيئة العامة/2011 في 2012/2/28 ولا يغير من الامر شيئا عدم تنفيذ حكم التملك في دائرة التسجيل العقاري لان التسجيل يعتبر كاشفا لتملك المدعى عليه للسهم وليس منشئا). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، المصدر السابق، ص 38.

(215) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 232/ الهيئة المدنية/2019 في 2019/1/14 والذي جاء فيه (وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق لأحكام القانون لثبوت تجاوز المدعى عليها على السهام الشائعة العائدة للمدعي في العقار المرقم... والمتمثل بتشييد دار سكنية بمساحة قدرها (50 م²) دون إذن او موافقة صادرة من قبله مما يعد غصبا لمنفعة ذلك الجزء... وان تمسك المدعى عليها بشراء جزء من سهام أحد الشركاء في العقار موضوع الدعوى فان هذا الشراء على فرض صحة ثبوته فانه غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وبالتالي فانه يعد عقدا باطلا وان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا (المادة 138 مدني) وحيث انه في الملكية الشائعة فان لكل شريك في الشبوع الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء (المادة 1966 مدني) لذا قرر تصديق الحكم المميز). القرار مذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبيكي والمحامي احمد عدنان زيدان العنبيكي، المصدر السابق، ص 140-141.



دعوى رفع التجاوز، لأن صدور الحكم بالتملك يجعل المتجاوز شريكا ولا يحكم عليه برفع التجاوز. (216)

ويجب ان نلاحظ ان المبدأ الذي جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 404 لسنة 2012 يطبق في حالة قيام أحد الشركاء بإنشاء بناء او مشيدات أخرى على العقار الشائع، اما إذا تمثل التجاوز بعمل آخر كفتح نهر على جزء من الأرض الشائعة فان هذا المبدأ لا يجد مجالا في التطبيق لأن موضوع الدعوى سيكون مختلفا، والسبب في ذلك بحسب الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية هو ان حق المجرى قيد على حق الملكية وهو لا يثبت الا بالتسجيل، فاذا لم يكن مسجلا فانه يعتبر غسبا وتجاوزا ويجب الحكم برفعه حتى إذا كانت الدعوى بين الشركاء. (217)

(216) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1556/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/4/18 والذي جاء فيه (ان دعوى التملك الي اقامتها المميز عليها لها تأثير فيما يخص المنشآت التي احدثتها ذلك ان حصولها على حكم بالتملك يجعل منها شريكة في العقار مما يتعذر معه تنفيذ الحكم برفع التجاوز لذا فان قرار الاستئثار جاء موافقا للقانون). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 9، المصدر السابق، ص 187.

(217) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 17/ الهيئة العامة/2017 في 2017/8/28 والمشار اليه انفا حيث جاء فيه (ولا يغير من الامر شيئا تملك المستأنف/المدعى عليه الأول... لاحقا وبعد اقامة الدعوى سهاما في القطعة... العائدة للمدعي/المستأنف عليه/ والتي يخترقها النهر موضوع الدعوى تجاوزا او بصورة غير قانونية وذلك بالاستناد على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بموجب قرارها المرقم 404/هيئة عامة/2011 في 2012/2/28 والذي اعتمده محكمة الاستئناف كسبب في رد دعوى المستأنف عليه/المدعي/ وفقا للتسبب الذي ساقته في حكمها المميز لان هذا الامر محل نظر وتسبب محكمة الاستئناف في غير محله وذلك لاختلاف الموضوع الذي تم معالجته من قبل محكمة التمييز الاتحادية بقرارها 404/هيئة عامة/2011 والذي تركز بخصوص قيام الشريك بتشييد وبناء مشيدات او دار سكن على الارض الشائعة والاتجاه بعدم قلعها سواء تمت بإذن الشريك من عدمه. اما موضوع دعوى المدعي/المستأنف عليه فان الامر يختلف تماما لان الموضوع يتعلق بفتح نهر بقطعة المدعي تجاوزا لمصلحة قطعة اخرى ولا علاقة له بحالة الشروع ما بين الشركاء لا من بعيد ولا من قريب لان فتح النهر في القطعة الشائعة لمصلحة قطعة اخرى يعتبر من الاعمال الضارة [الصحيح: اعمال الإدارة] غير المعتادة التي تستلزم موافقة جميع الشركاء ولعدم وجود اي موافقة فان لكل شريك ومن ضمنهم المدعي/المستأنف عليه/ اتخاذ الاجراءات اللازمة التي تحفظ المال الشائع المادة (1066) من القانون المدني كما ان موضوع عدم وصول المياه الى قطعة المستأنفين/ المدعى عليهما/ وتقرير كونها محبوسة من عدمه لا يمكن التصدي له في هذه الدعوى طالما لا يوجد حق مجرى لقطعتهما على قطعة المدعي/ المستأنف عليه/ بصورة رسمية). القرار منشور الكترونيا في موقع مجلس القضاء الأعلى، قرارات محكمة التمييز الاتحادية، على الرابط ادناه:

<https://www.hjc.iq/qview.2405>



ونرى ان هذا الاتجاه من محكمة التمييز الاتحادية قد جاء لتلافي الآثار السلبية لرفع التجاوز بين الشركاء، إذ تعطي هذه المحكمة اشارة لمحاكم الموضوع بضرورة الحفاظ على الأوضاع كما هي بين الشركاء بقدر الإمكان، لذا نراها ترفض الحكم برفع التجاوز كلما وجدت عذرا مفيدا في تحقيق هذا الغرض. مثال ذلك ان قيام شخص أجنبي بالبناء تجاوزا على عقار مشاع ثم دخول زوجته ضمن الشركاء يؤدي الى وجوب رد دعوى رفع التجاوز المقامة ضده، وقد فسرت محكمة التمييز الاتحادية ذلك بان قيامه بالبناء انما حصل لمصلحة زوجته الشريكة الجديدة وانه كان مجرد مشرف على البناء لحسابها لا غير.⁽²¹⁸⁾ والحقيقة ان هذا القرار يعزز التسبب القائم على أساس اقتصادي للاتجاه بعدم قبول دعوى رفع التجاوز فيما بين الشركاء، إذ ينظر الى ضرورة حفظ الأوضاع وعدم هدر الموارد كلما كان ممكنا.⁽²¹⁹⁾

الفرع الثاني

رد دعوى رفع التجاوز المقامة على دوائر الدولة

ان القانون والقضاء في مصر لا يجيزا للجهات الحكومية ان تستولي على عقارات الأفراد خارج الحدود المسموح بها في قانون الاستملاك للمنفعة العامة رقم 10 لسنة 1990 المعدل،

⁽²¹⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1627/ الهيئة المدنية/2018 في 2018/2/27 والذي جاء فيه (تحقق من صورة السجل العقاري المبرزة ان الشخص الثالث/ المميز زوجة المدعى عليه أصبحت شريكة في الحقوق التصرفية مع المدعيات حيث افرغت الشريكة... جميع حصصها الشائعة البالغة... للشخص الثالث والتي سجلت بالعدد... وحيث يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا ولا يجوز لأحدهم رفع التجاوز الحاصل من شريكه الآخر على العين الشائعة... وان اشراف المدعى عليه على البناء الذي أحدثته زوجته الشريكة في العين الشائعة لا يجعله غاصبا لمنفعة العقار مما تكون الدعوى والحالة هذه فاقدة لسندها القانوني). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 157.
⁽²¹⁹⁾ يؤيد ذلك قول أحدهم: "ونؤيد ما يراه البعض بحق من ان الازالة والهدم يتعارض مع روح العصر في التشجيع على البناء، وهذا القول يتفق مع الواقع وطبيعة الأمور في هذا العصر، فقد يكون البناء قد تم تأجيله لعدة مستأجرين، ولا يخفى ما يحدث من حرج ومشاكل نتيجة الهدم وما يترتب عليه من تشتيت هؤلاء، ولذا يجب ان يخضع حق المالك في طلب الازالة للقاعدة العامة في عدم جواز التعسف في استعمال الحق". د. محمد حسين منصور، الحقوق = = العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 499. وقد وردت العبارات أعلاه بشأن إزالة المحدثات التي أقامها الغير سيء النية، لذا فان هذا التسبب ينطبق من باب أولى على حالة كون المحدث هو أحد الشركاء في المال الشائع.



وبخلاف ذلك تعتبر الجهة الحكومية غاصبة وتلزم برد العقار الى صاحبه مع تعويضه عن مدة حرمانه من الانتفاع به،⁽²²⁰⁾ إذ ان "أموال أشخاص القانون الخاص لا تتحول الى أموال عامة رغم تخصيصها للنفع العام إذا اغتصبها الحكومة ولم تكتسبها بطريقة قانونية صحيحة كالشراء او نزع الملكية للمنفعة العامة".⁽²²¹⁾

ومع ذلك فان قيام الجهات الحكومية بتخصيص المال للمنفعة العامة، عن طريق الغصب ودون اتباع الإجراءات المرسومة قانونا، يمنع صاحبه من طلب استرداده إذا كان التخصيص قد غير معالم المال. وهذا يعني ان الجهة الحكومية إذا اقامت مشروعا عاما على العقار فان معالمه سوف تتغير، لذا لا يمكن لصاحبه ان يطلب إزالة المشروع واسترداد العقار.⁽²²²⁾ وقد فسرت محكمة النقض المصرية ذلك باستحالة التنفيذ العيني، أي ان إقامة المشروع العام على العقار يجعل من المستحيل تنفيذ التزام الحكومة برد العقار تنفيذًا عينيًا لذا يصار الى الاستعاضة عن ذلك بالتعويض النقدي.⁽²²³⁾

⁽²²⁰⁾ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يأتي: (ان استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبه دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض، وليس من شأنه أن ينقل بذاته الملكية إلى الجهة الغاصبة ويظل للمالك حق استرداده وطلب مقابل للانتفاع به إلى أن يصدر قرار نزع ملكية تراعى فيه الإجراءات القانونية). الطعن رقم 21662 لسنة 89 قضائية، الدوائر المدنية - جلسة 2021/5/23. المشار اليه أنفاً والمتاح على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط الآتي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111646225&&ja=290101

⁽²²¹⁾ د. ماجد راغب الطلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 188.

⁽²²²⁾ د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، المصدر السابق، ص 137.

⁽²²³⁾ الطعن رقم 9163، لسنة 66 ق، تاريخ الجلسة 2010/2/16 والذي جاء فيه (فإذا ما استولت الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبرا عن صاحبه دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية العامة المنصوص عليها في القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب ويظل صاحبه محتفظا بحق ملكيته على الرغم من هذا الاستيلاء ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية ما لم يصبح رد هذا العقار إليه مستحيلا، فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدي تطبيقا لقواعد المسؤولية العامة التي تقضي بأن التنفيذ العيني هو الأصل ولا يصار إلى عوضه -أي التعويض النقدي- إلا إذا استحالت التنفيذ العيني). نقلا عن: المستشار أشرف أحمد عبد الوهاب والمستشار إبراهيم سيد أحمد، العدالة في القانون المدني، القانون وتطبيقه في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 368.



أما في العراق فان قانون الاستملاك يجيز للجهات الحكومية ان تستولي على العقارات استيلاء مؤقتا في الحالات الاستثنائية الطارئة، مثل الفيضانات او تفشي الأوبئة، وللمدة التي تحددها الجهة المستولية على ان لا تزيد على سنتين.⁽²²⁴⁾ وإذا انتهت مدة الاستيلاء يجب إعادة العقار الى صاحبه بالحالة التي كان عليها مع تعويضه عن الأضرار التي لحقت به بسبب الاستيلاء.⁽²²⁵⁾

وإذا دعت الضرورة الى استمرار الاستيلاء على العقار لمدة تزيد على سنتين فيجب على الجهة المستولية ان تطلب استملاكه وفقا للقانون، وبخلاف ذلك يجوز لصاحب العقار ان يطلب استرداده او تملكه للجهة المستولية مقابل تعويض يقدر بناء على قواعد تقدير التعويض بموجب قانون الاستملاك.⁽²²⁶⁾

وبناء على ذلك كان القضاء العراقي يحكم برفع التجاوز إذا كان المدعى عليه هي دوائر الدولة التي تستولي على العقارات دون ان تستملكها، حتى إذا أقامت على العقار مشروعا يحقق

⁽²²⁴⁾ تنص المادة (26) من قانون الاستملاك على ان (لدوائر الدولة والقطاع العام في الحالات الاستثنائية الطارئة كالفيضانات او تفشي وباء ان تقرر الاستيلاء المؤقت على اي عقار مدة تحدد بقرار الاستيلاء على ان لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار).
⁽²²⁵⁾ تنص المادة (27) من قانون الاستملاك على ان (أولا-على الجهة التي استولت على العقار مؤقتا، اعادته لصاحبه في نهاية المدة بالحالة التي كان عليها عند الاستيلاء. ثانيا-إذا اصاب العقار ضرر بسبب الاستيلاء المؤقت فلصاحبه مطالبة الجهة المستولية بتعويض تقدره هيئة التقدير).
⁽²²⁶⁾ تنص المادة (28) من قانون الاستملاك على ان (إذا دعت الضرورة الى الاستمرار على وضع اليد على العقار مدة تزيد على سنتين، فعلى الجهة المستولية طلب استملاكه، وفي حالة امتناعها عن ذلك يحق لصاحب العقار ان يطلب من المحكمة استرداده او تملكه الى الجهة المذكورة لقاء تعويض تقدره هيئة التقدير وفقا لأحكام هذا القانون).

وقد حكم القضاء العراقي بتمليك العقار الى الجهة المستولية بناء على طلب صاحبه في حالة عدم طلب ذلك من قبل هذه الجهة. ينظر قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية رقم 506/م/2008 في 2008/12/21 والذي جاء فيه (ادعى طالبوا الاستملاك لدى محكمة بداءة الكراة بأن المدعى عليه/اضافة لوظيفته قام بالتجاوز على قطعة الارض السكنية تسلسل... ولم يرق باستملاكها رغم مطالبته المتكررة باستملاكه القطعة اعلاه وتسديد بدل استملاكها... اصدرت المحكمة بتاريخ... حكما حضوريا قابلا للتمييز يقضي بتمليك العقار المرقم... للمدعى عليه وزارة الموارد المائية لقاء بدل مقداره... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون). القرار منشور في قاعدة التشريعات العراقية مرفقا بالمادة (28) من قانون الاستملاك على الرابط أدناه:

<https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>



النفع العام كالطرق والجسور والمدارس والمستشفيات ونصب أبراج الكهرباء وغيرها. وذلك لأن القاعدة في هذه الحالة هي ان كل غاصب يلزم برفع التجاوز ورد المغصوب لصاحبه،⁽²²⁷⁾ سواء كان الغاصب فردا ام مجموعة أفراد أم دوائر الدولة، وهذا ما كان القضاء العراقي يحكم به بتأييد من محكمة التمييز الاتحادية.⁽²²⁸⁾

فالأعمال المذكورة أعلاه لا يندرج أكثرها تحت نطاق الاستيلاء المؤقت، لأن هذا الاستيلاء جائز لأسباب حددها القانون وهي الظروف الاستثنائية الطارئة التي ذكر النص امثلة لها هي الفيضان وتفشي الوباء،⁽²²⁹⁾ كما ان مدة الاستيلاء المؤقت محددة أيضا وهي في حدود سنتين

⁽²²⁷⁾ وهذا يشمل الملكية الصرفة وكذلك حق التصرف في الأراضي الأميرية وفقا للمادة (1178) من القانون المدني والتي تنص على ان (لا يجوز ان يحرم المتصرف في ارض اميرية حق تصرفه، الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي رسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما). ينظر في ذلك: د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص 248.

⁽²²⁸⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2452/ الهيئة المدنية عقار/ 2008 في 2008/10/8 والذي جاء فيه (حيث ان الثابت من اضبارة الدعوى بان القطعة المرقمة... مسجلة وحسب سندها العقاري باسم المميز (المدعي) وحيث قد تأيد من الكشف الذي أجرته المحكمة بمعرفة خبير مساح بأن دائرة المدعى عليه قامت بمد أنبوب ماء داخل القطعة وبأبعاد... مما جعل الانبوب يقسم القطعة الى جزئين... وحيث ان التبريرات التي أوردها المحكمة في حكمها المميز من كون ذلك يتعلق بالمنفعة العامة وهي إيصال الماء الصالح للشرب للمنطقة وبإمكان المدعي مطالبة المدعى = عليه بما فاته من منافع وفق القانون فان ذلك يتعارض ومبدأ حق الملكية حيث نصت المادة (1050 من القانون المدني) لا يجوز ان يحرم أحد من ملكه الا في الاحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما، لذا كان على المحكمة وبعد ان تبين لها حصول التجاوز ان تحكم وفق الادعاء). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 62.

وكذلك قرارها رقم 3001/2587/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2011 في 2011/8/28 والذي جاء فيه (أما كون واقعة وضع اليد وإقامة البناية موضوع الدعوى كان لغرض النفع العام حسبما تمسك به وكيل المميز عليها فانه دفع غير مبرر ويتعين على المحكمة في حالة ثبوت التجاوز ان تقرر رفعه وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بهيئتها العامة والموسعة في الأونة الأخيرة). القرار المذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 71.

⁽²²⁹⁾ ويدخل في الحالات الاستثنائية الطارئة أيضا حالات الحرب والحريق. ينظر: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية: الحقوق العينية والأصلية-الحقوق العينية التبعية، ج1، المصدر السابق، ص 67.



فقط. أما الاعمال المذكورة فلا يقع اغلبها تحت نطاق الظروف الاستثنائية الطارئة بالتحديد المتقدم، خصوصا ان الجهات المستولية تقيم مشاريع دائمة لم تحدد بفترة سنتين او غيرها.⁽²³⁰⁾

لكن محكمة التمييز الاتحادية لم تثبت على الاتجاه القاضي بقبول دعاوى رفع التجاوز ضد دوائر الدولة، بل قررت عدم سماع هذه الدعاوى إذا اقيم على العقار مشروع يحقق النفع العام، سواء كان وضع اليد داخلا في نطاق الاستيلاء المؤقت أم لا. وبناء على ذلك أخذت المحاكم العراقية تقضي برد دعاوى رفع التجاوز التي تقام على دوائر الدولة وتكتفي بإعطاء صاحب العقار حق المطالبة بالتعويض.⁽²³¹⁾

ونبين فيما يأتي مسوغات الاتجاه الذي سار عليه القضاء العراقي بشأن عدم قبول دعوى رفع التجاوز التي تقام على دوائر الدولة، وكذلك الحالات الاستثنائية التي تقبل فيها هذه الدعوى، وأخيرا حكم تجاوز دوائر الدولة على عقارات بعضها البعض.

أولا- مسوغات رد دعوى رفع التجاوز المقامة على دوائر الدولة:

لقد قدمت محكمة التمييز الاتحادية عدة مسوغات لهذا الاتجاه، ففي أول الأمر بررته باستحالة إعادة العقار الى صاحبه، إذ ان النفع العام الذي يتحقق من وضع اليد على العقار لا يمكن الاستغناء عنه، وعدم الإمكان هذا يصل الى درجة الاستحالة بحسب رأي محكمة التمييز

⁽²³⁰⁾ اعتبر القضاء العراقي الحاجة الى مد الطريق العام على عقارات الأفراد ظرفا طارئا يندرج في مضمون المادة (26) من قانون الاستملاك. ينظر قرار محكمة استئناف ذي قار الاتحادية رقم 91/ت/ح/2012 في 2021/4/29 والذي جاء فيه (أن تخصيص العقار كطريق عام للنفع العام يعد من قبيل الضرورة التي توجب استملاكه عملا بنص المادة 26 من قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981). القرار منشور في قاعدة التشريعات العراقية مرفقا بالمادة (26) من قانون الاستملاك على الرابط الآتي:

<https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>

⁽²³¹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5194/الهيئة المدنية/2016 في 2016/12/20 والذي جاء فيه (كون المشيدات هي مدرسة اعدادية شيدت عام 1958 من قبل الإدارة المحلية ومخصصة للنفع العام ومشيدة في حياة مورث المدعي، عليه ليس بالإمكان رفع التجاوز لعقار منشأ للنفع العام وتكون دعوى رفع التجاوز موجبة للرد). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 110.



الاتحادية⁽²³²⁾ والحقيقة ان هذا التبرير لا يسري على جميع صور وضع اليد للنفع العام بل يمكن تصوره في صور محددة كإقامة الطرق والجسور والمباني، أما بعض الحالات الأخرى فيمكن تصور امكان رفع التجاوز فيها ونقل المشروع الى عقارات أخرى كأبراج الكهرباء.

ولم تكتفي محكمة التمييز الاتحادية بالتبرير المتقدم فاستندت أيضا الى أساس اقتصادي قائلة ان اجبار دوائر الدولة على رفع التجاوز يؤدي الى هدر الأموال العامة وحرمان المجتمع من المشروع الذي أقيم على العقار، وإذا كان حرمان الشخص من عقاره يعتبر مفسدة إلا ان مفسدة هدر المال العام والحرمان من المشروع أعظم، وعندئذ يجب تطبيق القاعدة القائلة (يختار أهون الشرين، فاذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا، ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخرى).⁽²³³⁾

⁽²³²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3342/ الهيئة الاستئنافية عقار/2014 في 2014/7/20 والذي جاء فيه (ان قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية ذو الرقم 543/ هيئة عامة/2011 في 2011/3/29 منع رفع التجاوز في حالة كون الجزء المتجاوز عليه شوارع عامة ويكون للمدعي في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عن تلك المساحة المتجاوز عليها لوجود استحالة بإعادة تلك المساحة). القرار المذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 106.

⁽²³³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1060/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/9/19 والذي جاء فيه (ولأن التجاوز ان صح على قطعة المدعي (فانه) يعتبر ضررا اقل من الضرر الذي يحدثه رفع بناية محطة تصريف المياه العائدة للدائرة المدعى عليها ومثل هذا الضرر يؤدي الى تعطيل مرفق عام يستفيد منه جميع المواطنين الساكنين في تلك المنطقة... ولما كانت المادة (1/214) نصت (يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام) ولأن بقاء محطة تصريف المياه هو ضرر خاص يصيب المدعي فقط وأقل من الضرر الذي يلحق دائرة المدعى عليها في حالة رفع المحطة إذ يولد ضررا عاما). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، ج2، المصدر السابق، ص 6.

وينظر أيضا قرارها رقم 254/ الهيئة المدنية/2017 في 2017/1/12 والذي جاء فيه (ان المدعي باعتباره احد الشركاء في العقار المرقم... طلب رفع التجاوز الحاصل من قبل المدعى عليه بقيام تابعيه بتشبيد مدرسة على جزء من العقار موضوع الدعوى وبمساحة (1306 م²) حسبما ورد بتقرير الخبير المساح المؤرخ في... وحيث ان تشبيد المدرسة يعد من المرافق العامة وان شيدت على ملك الغير التي لا يجوز ازالتها لأنها وجدت خدمة للصالح العام حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم 543/ هيئة عامة/2011 في 2011/3/29 وبإمكان المدعي إقامة دعوى المطالبة باجر المثل ان كان لذلك مقتضى قانوني). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، المصدر السابق، ص 32-33.

وينظر أيضا قرارها رقم 622/ الهيئة المدنية/2018 في 2019/1/27 والذي جاء فيه (ان المدعى عليه كان قد شيد بناية مدرسة ركن العراق على جزء من القطعة موضوع الدعوى وبمساحة قدرها 915 مترا مربعا حسبما هو ثابت في تقرير ومرتمس الخبير المساح المؤرخ في... وحيث ان تشبيد المدرسة على جزء من القطعة



ثم بينت محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها وبشكل مستفيض أساس الحكم برد دعاوى رفع التجاوز التي تقام على دوائر الدولة، وأطلقت على هذا الحكم وصف "المبدأ العتيد"، ونظرا لأهمية هذا التسبيب نستخلصه بتصريف على شكل نقاط كما يأتي:

1- التأكيد مبدئيا على ان حق الملكية مقدس ومصون وفقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة (23) من الدستور وكذلك المادة (1050) من القانون المدني،⁽²³⁴⁾ ويترتب على ذلك ان قيام دوائر الدولة بوضع يدها على الملكية الخاصة يعتبر غصبا وان الغاصب يلزم برد المغصوب الى صاحبه عينا مع أجر مثله استنادا الى المادة (197) من القانون المدني بشأن الملكية وكذلك المادة (1176) منه بخصوص حق التصرف في الأرض الأميرية الذي يخضع لذات الأحكام.⁽²³⁵⁾ وان الأصل هو وجوب رد العقار المغصوب عينا الى صاحبه ولا يجوز ان يصار الى إعطائه بدلا نقديا عنه إلا إذا كانت اعادته عينا مستحيلة لوجود اعتبارات معينة ومحددة.

2- لكن التمسك بالأصل الوارد في النقطة (1) أعلاه أدى الى ان يفرز الواقع العملي نتائج خطيرة وسلبية تمس المصلحة العامة وتتل من المرافق العامة التي شيدت من قبل الدولة على الأراضي التي تعود ملكيتها الخاصة للمواطنين، وان ما دفع دوائر الدولة الى ذلك هو وجود ظروف سياسية او امنية او اقتصادية مرّ بها البلد.⁽²³⁶⁾

موضوع الدعوى يعد من المرافق العامة وقد خصصت للمنفعة العامة ولخدمة الصالح العام لذا لا يجوز للمدعي طلب رفع التجاوز وانما يجوز له المطالبة بأجر المثل عن حرمانه من الانتفاع بها حتى يتم استملاك الجزء المشيد عليه المدرسة من قبل دائرة المدعى عليه). القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 6، المصدر السابق، ص 20.

⁽²³⁴⁾ تنص المادة (23) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على ان (أولا- الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصريف بها في حدود القانون. ثانيا- لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون). وتنص المادة (1050) من القانون المدني العراقي على ان (لا يجوز ان يحرم أحد من ملكه إلا في الاحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما).

⁽²³⁵⁾ تنص المادة (197) من القانون المدني على ان (المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله). وتنص المادة (1/1176) منه على انه (إذا غصب أحد ارضا اميرية فللمتصرف في هذه الارض ان يستردها منه وان يرجع بأجر المثل عن مدة بقائها في يده).

⁽²³⁶⁾ لم توضح محكمة التمييز الاتحادية في قرارها ماهية هذه الظروف، ولم تذكر أمثلة لها في الأقل.



3-لذا فان الاستجابة لمطالبات أصحاب العقارات بإعادة عقاراتهم إليهم ورفع التجاوز عنها سيؤدي الى ان يشل نشاط المرفق العام، وبعبارة أخرى فان الاستجابة لدعاوى رفع التجاوز ومنع المعارضة في هذه الحالات سيؤدي الى ترجيح مصلحة الفرد (الملكية الخاصة) على المصلحة العامة، والسبب في ذلك هو تجاهل ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الأفراد تارة وغياب الوعي تارة أخرى.(237)

4-وإزاء هذا الواقع البالغ الحساسية وبغية المحافظة على التوازن القائم بين المصلحة العامة وديمومة تحققها من جهة وبين الملكية الخاصة وضمان حمايتها من جهة أخرى، وذلك عند قيام الإدارة بتشديد المرافق العامة دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الاستملاك لظروف معينة، فقد تطلب ذلك وضع الحلول الناجعة للتعاطي مع هذا الأمر الواقع فعلا.

5-وقد كان لمحكمة التمييز الاتحادية قصب السبق في وضع هذه الحلول المطلوبة، حيث استقرت احكامها على عدم جواز التعرض لنشاط المرفق العام المشيد على أرض الغير طالما يستمر هذا المرفق بتقديم نشاط حيوي يدعم عملية التنمية في البلد. وهذا في مقابل إلزام الإدارة بان تدفع لصاحب العقار تعويضا عادلا، وبهذا الحل العادل تم ضمان عدم التفريط بالمصلحة العامة وديمومتها، مع ضمان حق الملكية الخاصة من خلال تعويض المالك عن فوات منفعة عقاره أي تعويضه بأجر المثل وذلك في حالة عدم استملاك العقار او بقائه لفترة طويلة دون استملاك.(238)

ويلاحظ على هذا التبرير المطول ان محكمة التمييز الاتحادية وضعت نفسها موضع المدافع عن الحكومة، إذ انها تتلمس الاعذار لدوائر الدولة التي تتجاوز على عقارات الافراد دون وجه

(237) لم يتضح المقصود من "غياب الوعي" الذي ذكرته محكمة التمييز الاتحادية، وهل هو غياب الوعي لدى الأفراد أم لدى دوائر الدولة أم لدى المحاكم التي قضت سابقا برفع التجاوز في مثل هذه الحالات؟
(238) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 50/ الهيئة الموسعة المدنية/2018 في 16/8/2018. وهو مذكور في: مجلة حمورابي، مجلة نصف سنوية تصدرها جمعية القضاء العراقي، السنة الأولى، العدد الأول (كانون الثاني- شباط- آذار- نيسان-مايس-حزيران)، 2019، ص 148-154.



حق. وهذا يخل بمبدأ الفصل بين السلطات من جهة، كما يخل بمبدأ الحياد الذي يجب ان يتبناه القضاء من جهة أخرى.⁽²³⁹⁾ وفضلا عن ذلك فان الحكم بعدم قبول دعاوى رفع التجاوز التي تقام على دوائر الدولة يخالف قانون الاستملاك، لذا يجب ان يتدخل المشرع نفسه ويعدل القانون إذا رأى ان في ذلك تحقيق مصلحة اجتماعية، لكن محكمة التمييز الاتحادية تقصت دور المشرع وادعت لنفسها الريادة في وضع هذا المبدأ "العتيد" كما أطلقت عليه، مع انه مخالف لبداهيات القانون.⁽²⁴⁰⁾

ويلاحظ ان محكمة التمييز الاتحادية عندما توصلت الى المبدأ المشار اليه أعلاه قررت الحق لصاحب العقار في التعويض المتمثل بأجر المثل، أي التعويض القابل للتكرار ما دام صاحب العقار محروما من الانتفاع به. لكنها لم تستقر حتى على هذا الاتجاه، بل اخذت تقرر لاحقا ان صاحب العقار ليس له الحق إلا في تعويض يدفع له لمرة واحدة فقط ولا يكون قابلا للتكرار مهما طالت مدة حرمانه من الانتفاع بعقاره، ومهما طالت مدة اهمال دوائر الدولة وعدم اتباعها إجراءات الاستملاك المقررة قانونا.⁽²⁴¹⁾ ولذا فان التبرير القائم على حفظ التوازن بين

⁽²³⁹⁾ تنص المادة (47) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على ان (تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات).

⁽²⁴⁰⁾ تنص المادة (18) من قانون الاستملاك على انه (أولا-إذا كان العقار المطلوب استملاكه من الاراضي، وطلب المستملك وضع يده عليه فوراً، فتقرر المحكمة الموافقة على ذلك، إذا تايدها وجود اسباب مبررة، على ان تقوم بتثبيت حالته الراهنة بصورة مستعجلة. ثانيا-إذا ظهر للمحكمة عند الكشف وجود منشآت او مغروسات او مزروعات في الارض المطلوب استملاكها، فعليها ان تستعين باهل الخبرة لوصفها وصفا دقيقا شاملا وتنظيم مخططات لها تمكن من معرفة مشتملاتها واخذ صور فوتوغرافية لها، إذا استوجب الامر ذلك). وتنص المادة (19) منه على انه (إذا تم وضع اليد على العقار، وفقا للمادة 18، فيضاف الى بدل الاستملاك مبلغ بنسبة 4 % منه سنويا، اعتبارا من تاريخ قرار المحكمة بالموافقة على وضع اليد لغاية ايداع بدل الاستملاك الى المحكمة). وهاتان المادتان تنظمان ما يسمى "الاستيلاء الدائم"، من خلال وضع آليات وشروط يجب ان تتقيد بها الجهة المستولية وأهمها الحصول على قرار من المحكمة. لكن يلاحظ ان دوائر الدولة لا تتبع هذه الآليات مما يجعل يدها يدا غاصبة. وقد حاولت محكمة التمييز الاتحادية تبرير فعل هذه الدوائر بالظروف الأمنية والسياسية والاقتصادية التي مر بها البلد كما في النقطة (2) في المتن، لكن هذا التبرير لا يكفي لحرمان الافراد من ملكياتهم الخاصة.

⁽²⁴¹⁾ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1287/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/3/31 والذي جاء فيه (ان المدعي طلب في دعواه الزام المدعى عليه بأجر المثل عن قيامه بإنشاء معمل اسفلت على الأرض الموزعة وفق القانون رقم 117 لسنة 1970 وسبق له الحصول على حكم قضائي بات بأجر المثل عن مدة



المصلحتين العامة والخاصة إذا كان مستساغاً بشرط تعويض صاحب العقار بأجر المثل القابل للتكرار، فإن سلب هذا الحق منه يخل بالتوازن المشار إليه ويحرمه من أبسط مقومات ملكيته.

وفضلاً عن ذلك فإن محكمة التمييز الاتحادية أخذت تتوسع في صور المنفعة العامة التي تبرز رد دعوى رفع التجاوز المقامة على دوائر الدولة، فقررت مثلاً أن إقامة مرافق للاستخدام الديني من قبل إدارة الوقف على العقار المتجاوز عليه تحقق المنفعة العامة ولا يمكن لصاحب العقار أن يطلب رفعها، حيث أن إنشاء قاعة للمناسبات الدينية ومحال للوضوء ودار سكن للإمام وآخر للخطيب تعتبر منافع عامة وتعطي لصاحب العقار المتجاوز عليه الحق في أن يطالب فقط بأجر المثل دون رفع التجاوز استناداً لقاعدة درء الضرر العام بالضرر الخاص.⁽²⁴²⁾ وكذلك إذا قامت الجهات المختصة بتغيير مجرى النهر بحيث أصبح المجرى الجديد يشغل عقارات الغير، إذ لا يمكن لأصحاب هذه العقارات أن يقيموا دعاوى رفع التجاوز بناء على ضرورة مراعاة النفع العام وتقديمه على النفع الخاص.⁽²⁴³⁾ ونرى أن محكمة التمييز الاتحادية قد خالفت بذلك

سابقة ولأن قضاء هذه المحكمة استقر على أن المرافق العامة المنشأة على أراضي الغير والتي خصصت للمنفعة العامة ولا يمكن إزالتها يستحق من اقتطعت منه المساحة المنشأ عليها المرفق العام التعويض لمرة واحدة وفق ما ورد بقرارها 43/42/الهيئة الموسعة المدنية/2020 في 2020/2/25 وإصرار وكيل المدعين على المطالبة بأجر المثل وعدم مطالبته بالتعويض لمرة واحدة فتكون دعواه واجبة الرد. القرار المذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية، العدد 9، المصدر السابق، ص 72.

⁽²⁴²⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3532/الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/7/18 والذي جاء فيه (أن دعوى المدعي أمين بغداد إضافة لوظيفته هي طلب الزام المدعى عليه رئيس ديوان الوقف السني إضافة لوظيفته برفع التجاوز الحاصل المتمثل بالبناء تجاوزاً في القطعة المرقمة... وثبت من الكشف الموقعي على العقار بمعرفة الخبير القضائي تجاوز المدعى عليه إضافة لوظيفته على العقارين العائدين للمدعي إضافة لوظيفته المتمثل بقاعة للمناسبات الدينية ومحال للوضوء ودار سكن الإمام ودار سكن خطيب الجامع وحيث أن الجزء المتجاوز هو مرفق عام وجاء للاستخدام الديني وعليه واستناداً لأحكام المادة 1/214 مدني (يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام) فبإمكان المدعي مطالبة المدعى عليه بأجر مثل الجزء المتجاوز عليه وهذا ما قضى به الحكم المميز قرر تصديقه). القرار المذكور عند: القاضي عدنان زيدان العنبي والمحمي احمد عدنان زيدان العنبي، المصدر السابق، ص 137.

⁽²⁴³⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 4466/الهيئة المدنية/2018 في 2018/7/25 والذي جاء فيه (أن المجري المائي موضوع الدعوى هو مثبت في خرائط الكادسترو وهو يسقي ارض المدعى عليه وشركائه الآخرين وأن تغيير مسار هذا المجرى لم يتم بفعل المدعى عليه وإنما تم من قبل مديرية بلدية الصويرة بعد استملاكها للأراضي التي يمتد فيها النهر ولأمر تنظيمية ولأغراض النفع العام بعد استحداث حي السلام السكني وأن مساحة النهر ضمن محرم وارتداد الشارع العام وحيث أن تقرير المساحين الثلاثة جاء صالحاً



قاعدة عدم جواز التوسع في الاستثناء،⁽²⁴⁴⁾ لأن حرمان صاحب العقار من طلب رفع التجاوز جاء استثناء من الأصل، وهذا الاستثناء خلقه القضاء وتوسع فيه الى حد كبير دون مراعاة لحقوق الأفراد.⁽²⁴⁵⁾

ثانيا-الحالات الاستثنائية التي تقبل فيها دعوى رفع التجاوز ضد دوائر الدولة

ان المبدأ الذي قرره محكمة التمييز الاتحادية بعدم جواز سماع دعوى رفع التجاوز المقامة على دوائر الدولة ليس مطلقا، إذ يتضح من قرارات هذه المحكمة ان الدعوى تسمع على هذه الدوائر ويحكم برفع التجاوز في حالتين هما:

1-التعسف في وضع اليد: يكون وضع اليد على عقارات الأفراد من قبل دوائر الدولة تعسفيا إذا كان غير منتظم ومن شأنه ان يعرض حياة الناس للخطر، ففي هذه الحالة يمكن المطالبة برفع التجاوز. فالتجاوز الذي تقوم به دوائر الدولة من اجل تحقيق المنفعة العامة والذي لا يحكم

للحكم طبقا لما نصت عليه المادة 140/ أولا من قانون الاثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، المصدر السابق، ص 141-142.

⁽²⁴⁴⁾ تنص المادة (3) من القانون المدني على ان (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه).
⁽²⁴⁵⁾ يقارن موقف محكمة النقض المصرية من انشاء دور العبادة على العقار المغصوب قرارها الذي جاء فيه (وإذ خلصت المحكمة على نحو ما توضح أنفا الى ان المستأنف الأول قد أقام البناء على الأرض المملوكة للمستأنف عليهم أولا وثانيا بدون رضاهم وأقيمت الدعوى منهم خلال ميعاد السنة من تاريخ علمهم بإقامة البناء فان طلبهم إزالة البناء على نفقة المستأنف الأول يضحى سديدا ويمتنع بالتالي التمسك في مواجهتهم بقاعدة التعسف باستعمال حق الملكية لتخلف شروط اعمال احكامها ومتى كان الحكم المستأنف قد انتهى صحبها الى إجابة المستأنف عليهم أولا وثانيا الى طلبهم إزالة البناء على نفقة المستأنف الأول فانه يتعين تأييده ولا ينال من هذا القضاء انشاء المستأنف الأول مسجدا أسفل البناء لعدم ثبوت المسجدية له وفقا لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة لعدم خلو صفة الله تعالى وانقطاع حق العباد عنه). الطعن رقم 4338 لسنة 61 ق، جلسة 12 يوليو 1997. المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية، قضاء النقض في موضوع الطعون المدنية والتجارية والأحوال الشخصية من السنة الأولى المدنية لغاية السنة 53 المدنية، ص 128-129.



برفعه هو الذي يكون على وفق السياقات المألوفة، أما إذا كان عشوائيا وفيه خطر على حياة الناس او مصالحهم فانه يكون تعسفيا ويجب الحكم برفعه.⁽²⁴⁶⁾

2-انتفاء الحاجة الى المحدثات. قررت محكمة التمييز الاتحادية ان التمسك بالمبدأ القاضي ببرد دعاوى رفع التجاوز المقامة على دوائر الدولة يتطلب إيجاد ضابط للترجيح، وهذا الضابط يكمن في معرفة ما إذا كان البناء المشيد على العقار موضوع النزاع مستمر في مباشرة نشاطه بوصفه مرفقا عاما وبصورة يومية ومطرده من عدمه. فاذا ثبت ان البناء قد أصبح مهجورا ولا يقدم من خلاله أي نشاط يتعلق بالمنفعة العامة او ان هذا النشاط قد انتقل الى مكان آخر فان البناء القديم تنتفي علة وجوده، وبهذا يمكن لصاحب العقار المشيد عليه هذا البناء ان يقيم الدعوى للمطالبة بإعادة عقاره اليه عينا بعد رفع المحدثات.

ولم تبرر محكمة التمييز الاتحادية ذلك بحماية حق الملكية الخاصة بل أسسته على المصلحة العامة ايضا، إذ ان عدم إعادة العقار الى صاحبه سوف يضر بهذه المصلحة لأن صاحب العقار يمكنه ان يستمر في المطالبة بأجر المثل القابل للتكرار عن فوات منفعة العقار عليه، وهذا على الرغم من ان البناء القديم لا يقدم أي خدمة تتعلق بالنفع العام لفرض كونه قد أصبح مهجورا كما

(246) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3874/ الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/8/28 والذي جاء فيه (ثبت من تقارير الخبراء القضائيين... وجود ثلاثة كابلات لنقل الطاقة الكهربائية ضغط واطى 380 فولت تمر على سطح بناية العقار ومن ضمن فضائه وان هذه الكابلات تعيق وتؤثر على استمرار البناء وبهذا تكون دعوى المدعي وارادة قانونا لان حق الملكية مقدس ومصون وان المالك يملك الشيء وكل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير كما ان ملكية الأرض تشمل ما فوقها علوا وما تحتها سفلا ولا يجوز ان يحرم المالك من ملكه او التجاوز عليه كما لا يمكن الاحتجاج بحق وزارة الكهرباء بإمرار الكابلات في ارض الغير استنادا لأحكام القانون رقم 53 لسنة 2017 لان مناط مشروعية الامرار في ارض الغير وفق المادة 12 من القانون المذكور هو وجوب ان يكون المرور نظاميا للأسلاك وليس بصورة عشوائية وعلى بنايات مشيدة عائدة للغير والقول بخلاف لك يؤدي الى نتائج خطيرة منها تعريض حياة الناس لخطر الإصابة بالصعق الكهربائي لأسباب واردة ولها فان امرار الاسلاك الكهربائية على بناية المدعي يعتبر تعسفا في استعمال الحق من جانب وزارة الكهرباء لان المصالح التي يرمي اليها هذا الاستعمال من جانب وزارة الكهرباء قليلة الأهمية ولا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها م/2/7 من القانون المدني وتكون دائرة المدعى عليه والشخص الثالث ملزمة برفع هذه الاسلاك عن سطح البناية وفضائها). القرار مذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، مج 1، المصدر السابق، ص 92-93.



ان الإدارة لم تقم باستملاكه لتتخلص من المطالبات المتكررة بأجر المثل. ولا يغير من الأمر شيئاً ان تدعي جهة الإدارة انها تنوي استملاك العقار المشيد عليه البناء القديم لأن الأحكام لا يمكن ان تبنى على الافتراضات التي لا يسندها سند قانوني ثابت وظاهر، كما لا يمكن الدفع بوجود اباحة من صاحب العقار بتشديد البناء القديم على عقاره وذلك لأن الاباحة تنقطع بالمطالبة القضائية.(247)

ويلاحظ ان هذا التبرير الأخير قد أصبح خالياً من المحتوى في الوقت الحاضر، وذلك بعد ان استقرت محكمة التمييز الاتحادية على عدم الحكم بأجر المثل القابل للتكرار لأصحاب العقارات بل يتم منحهم تعويضاً لمرة واحدة فقط مقابل حرمانهم من عقاراتهم أياً كانت مدة هذا الحرمان.(248)

(247) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 50/ الهيئة الموسعة المدنية/2018 في 2018/8/16. وهو مذكور في: مجلة حمورابي، المصدر السابق، ص 153-154. وينظر أيضاً قرارها رقم 2612/ الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/12/24 والذي جاء فيه (لا يعتد بالإباحة لأنها تنتهي بالمطالبة القضائية مما يجعل دعوى المدعي برفع التجاوز لها سند من القانون وتكون اجابتها متفقة وحكم القانون). القرار مذكور عند: القاضي ليث راسم هندي، المصدر السابق، ص 116.

(248) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1277/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/3/29 والذي جاء فيه (ان المقصود بالتعويض لمرة واحدة يتعلق بالمرافق العامة التي لا يمكن ازالتها كالشوارع ومحطات الكهرباء والماء والمجاري). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 9، المصدر السابق، ص 69.

وينظر أيضاً قرارها رقم 1287/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/3/31 والذي جاء فيه (ان قضاء هذه المحكمة استقر على ان المرافق العامة المنشأة على أراضي الغير والتي خصصت للمنفعة العامة ولا يمكن ازالتها يستحق من اقتطعت منه المساحة المنشأة عليها المرفق العام التعويض لمرة واحدة وفق ما ورد بقرارها 43/42/ الهيئة الموسعة المدنية/2020 في 2020/2/25). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 9، المصدر السابق، ص 72.



ثالثاً حكم تجاوز دوائر الدولة على عقارات بعضها البعض:

كانت المحاكم تسمع دعاوى رفع التجاوز التي تقيمها دوائر الدولة على بعضها البعض في حالة حصول تجاوز من دائرة على عقارات الأخرى دون موافقتها،⁽²⁴⁹⁾ وفي سنة 2011 أصدر مجلس الوزراء قراراً بالرقم 60 سمح فيه لوزارة التربية بوجه خاص، والوزارات والمؤسسات الأخرى بشكل عام، بأن تتصرف بالأراضي المخصصة لأغراضها عن طريق أعمال البناء أو الهدم أو إعادة البناء أو الترميم وذلك لحين تصفية أوضاع هذه العقارات بحسب الأصول.⁽²⁵⁰⁾ وبناء على ذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية ان الدائرة صاحبة العقار لا يحق لها ان تقيم دعوى رفع التجاوز على الدائرة التي تشغل هذا العقار لأن الجميع يهدف الى تحقيق النفع العام، وقالت ان حرمان المواطنين من خدمات المشروع المقام على العقار سيكون امراً مخالفاً للمنطق.⁽²⁵¹⁾

⁽²⁴⁹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2587/ الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/12/5 والذي جاء فيه (ان دعوى المدعي إضافة لوظيفته تتضمن طلب الزام المدعي عليهما إضافة لوظيفتهما بإزالة التجاوزات المقامة على القطعة العائدة له المرقمة... الأ ان المحكمة ردت دعوى المدعي بحجة ان إزالة التجاوز الحاصل في هذا الوقت يؤدي الى احداث خلل في الأمن وان بإمكان المدعي المطالبة بأجر المثل عن المساحة المتجاوز عليها وان هذا النظر من المحكمة لا سند له ذلك ان العقار المتجاوز عليه مملوك للمدعي صرفاً وبموجب سنده العقاري المرفق بإضبارة الدعوى وان هذه الملكية وبموجب دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وفي المادة (23) منه (الملكية الخاصة مصنونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون) كما ان المادة (1050) من القانون المدني قد نصت (لا يجوز ان يحرم أحد من ملكه الأ في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً) وكان بإمكان المميز عليه استملاك الجزء المتجاوز عليه في حالة وجود ضرورة أمنية تتطلب تواجد السيطرة في ذلك الجزء وبذلك تكون لدعوى المدعي سند من القانون). القرار مذكور عند: القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 69.

⁽²⁵⁰⁾ ينص قرار مجلس الوزراء رقم 60 لسنة 2011 على ما يأتي: (أولاً-تحويل وزارة التربية حق التصرف بالأراضي المشيد عليها أبنية مدرسية أو الأراضي التي تم تخصيصها للأغراض التربوية من حيث البناء أو الهدم وإعادة البناء أو الترميم على أن يتم استكمال الإجراءات الأصولية بشأنها مع الوزارات لاحقاً. ثانياً-يشمل ذلك أيضاً الوزارات والمؤسسات كافة بالنسبة للمشاريع الحكومية المقامة على أراضي عائدة للدولة والمؤيدة بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني).

⁽²⁵¹⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1284/ الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/3/30 والذي جاء فيه (ان المدعي إضافة لوظيفته طلب الزام المدعي عليه إضافة لوظيفته برفع التجاوز على العقار العائد لمديرية بلدية العمارة والمخصص الى جمعية الهلال الأحمر (مستشفى الولادة) وذلك لقيام المدعي عليه بإنشاء مركز



وبعد صدور قانون وزارة التربية رقم 22 لسنة 2011 أعاد النص على الحكم ذاته في المادة (38) منه بخصوص الأراضي المخصصة للأغراض التربوية وأضاف إليه حكما جديدا هو ان هذه الأراضي تؤول ملكيتها الى وزارة التربية.⁽²⁵²⁾ وبهذا فقد أصبح القرار رقم 60 لسنة 2011 ساريا على دوائر الدولة الأخرى، أما وزارة التربية فيطبق بشأنها نص المادة (38) من قانونها المذكور آنفا.⁽²⁵³⁾

صحي على جزء من العقار... إذ ان المدعي على الرغم من تخصيص العقار له إلا انه لم يقم بإنشاء المستشفى الخاص بالولادة فقام المدعي عليه إضافة لوظيفته بإنشاء المركز الصحي عليه ولأنه على الرغم من ان بناء المركز الصحي لم يكن بموافقة المدعي إلا ان الغاية منه تقديم الخدمات الصحية للمواطنين... فيكون من غير المنطقي حرمان المواطنين من تلك الخدمات برفع التجاوز). القرار مذكور عند: القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 9، المصدر السابق، ص 49-50.

⁽²⁵²⁾ تنص المادة (38) من قانون وزارة التربية على ان (لوزارة التربية حق التصرف بالأراضي العائدة للدولة والمشيده عليها أبنية مدرسية أو الأراضي التي تم تخصيصها للأغراض التربوية من حيث البناء او الهدم وإعادة البناء أو الترميم المؤيدة بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني وفقا للإجراءات الأصولية وتؤول ملكية هذه الاراض إلى وزارة التربية).

وينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 56 /الهيئة الموسعة المدنية/2021 في 2021/2/17 والذي جاء فيه (وحيث ان المادة 38 من قانون وزارة التربية المشار اليه اعلاه اعطت الحق لوزارة التربية بحق التصرف بالأراضي العائدة للدولة والمشيده عليها ابنية مدرسية او الاراضي المخصصة للأغراض التربوية من حيث البناء والهدم وإعادة البناء والترميم بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني وتؤول الملكية إلى وزارة التربية ولتحقق شرطي المادة المذكورة بصور التصرف من وزارة التربية بالأرض العائدة للدولة والمخصصة للأغراض التربوية وانحصر التصرف بالبناء والهدم وإعادة البناء والترميم لذلك فقد آلت ملكية العقار موضوع الدعوى إلى وزارة التربية بدون بدل وبما ان مديرية التخطيط العمراني في البصرة اعطت الموافقة التخطيطية وعدم ممانعتها من استغلال العقار لأغراض المدرسة وكون نص المادة 38 من قانون وزارة التربية المرقم اعلاه نص خاص يقيد النص العام الوارد في قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 فتكون لدعوى المدعي (المميز عليه) بالمطالبة بمنع المعارضة بالتسجيل لها سند من القانون). القرار منشور الكترونيا في قاعدة التشريعات العراقية مرفقا بالمادة (38) من قانون وزارة التربية رقم 22 لسنة 2011 وعلى الرابط الآتي:

<https://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

وينظر أيضا قرارها رقم 4929 /الهيئة المدنية/2018 في 2018/8/14 والذي جاء فيه (ان الحكم الصادر بالزام المدعي عليه إضافة لوظيفته برفع التجاوز الحاصل على عقار المدعي إضافة لوظيفته والذي هو عبارة عن مدرسة وتسليمه خاليا من الشواغل غير صحيح ومخالف للقانون لان المادة (38) من قانون وزارة التربية رقم 22 لسنة 2011 قد نصت على ان.... وتؤول ملكية هذه الأراضي الى وزارة التربية). القرار مذكور عند: القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2018، القسم المدني، ج3، المصدر السابق، ص 83.

⁽²⁵³⁾ صدر قرار مجلس الوزراء رقم 60 لسنة 2011 في يوم 2011/2/23، أما قانون وزارة التربية النافذ رقم 22 لسنة 2011 فقد نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4209 في 2011/9/19 ونصت المادة (43) منه على ان (ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية). ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم



وقد طبقت محكمة التمييز الاتحادية ذلك على قيام شركة خطوط الأنابيب النفطية بمد أنابيب النفط في موقع أثري، فقررت ان هذا العمل وان كان يعتبر تجاوزا إلا انه لا يمكن الحكم برفعه لأن ذلك يخل بالنفع العام ويؤدي الى خسارة كبيرة بسبب نقل الأنابيب فضلا عن توقف تصدير النفط.⁽²⁵⁴⁾ وكذلك إذا قامت البلدية بمد طريق عام على عقار عائد لدائرة أخرى، إذ لا يمكن طلب رفع الطريق العام لأن الطرق وجدت للمنفعة العامة ولخدمة الصالح العام.⁽²⁵⁵⁾

لكن إذا كان التجاوز الحاصل فيما بين دوائر الدولة لا يصب في تحقيق النفع العام فيجوز الحكم برفعه، إذ لم تقبل محكمة التمييز الاتحادية بمجرد التعكز على الوضع الأمني لقيام احدي الدوائر بالتجاوز على عقار عائد لدائرة أخرى، إذ ان الوضع الأمني نسبي ومتغير من مكان الى آخر ومن زمان الى آخر.⁽²⁵⁶⁾

1738/ الهيئة الاستئنافية عقار/2016 في 2016/3/16 والذي جاء فيه (ان المدعي رئيس ديوان الوقف الشيعي إضافة لوظيفته طلب إلزام المدعى عليه مدير عام الماء إضافة لوظيفته برفع التجاوز الحاصل من قبله على القطعة العائدة له والمرقمة... المتمثل بإنشاء خزان ماء وان محكمة الموضوع وبحكمها المميز قررت رد دعوى المدعي لشمولها بأحكام قرار مجلس الوزراء رقم 60 لسنة 2011 وهذا الاتجاه له سنده القانوني ذلك ان قرار مجلس الوزراء رقم 60 لسنة 2011 قد نص في الفقرة (ثانيا) منه على شمول جميع الوزارات والمؤسسات كافة بالنسبة للمشاريع الحكومية المقامة على أرض عائدة للدولة والمؤيدة بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني من حيث التصرف بتلك الأراضي بالبناء او الهدم وإعادة البناء او الترميم). القرار غير منشور.⁽²⁵⁴⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 276/ الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/1/19 والذي جاء فيه (ان المدعي إضافة لوظيفته (رئيس الهيئة العامة للأثار والتراث) طلب في دعواه إلزام المدعى عليه إضافة لوظيفته (مدير

عام شركة خطوط الأنابيب العراقية) برفع التجاوز الحاصل على موقع (تل أبو بردي) الأثري والمتمثل بمد خطوط أنابيب النفط واجراء الحفريات في الموقع ولأنه لا يمكن إزالة تلك الأنابيب لما يشكله ذلك من ضرر للمصلحة العامة من قطع للإمدادات النفطية والتكلفة المالية الضخمة التي تحتاجها عملية النقل... ولأن الحكم الميز قضي برد الدعوى لسبب آخر لذا قرر تصديقه من حيث النتيجة). القرار مذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج3، المصدر السابق، ص 177-178.⁽²⁵⁵⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2063/ الهيئة الاستئنافية عقار/2015 في 2015/4/20 والذي جاء فيه (ان الطريق وجدت للمنفعة العامة وان ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة... تعذر رفع التجاوز عنها لأنها وجدت لخدمة الصالح العام). القرار مذكور عند: القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، المصدر السابق، ص 160.

⁽²⁵⁶⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5502/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/11/25 والذي جاء فيه (ان سند التسجيل العقاري للقطعة... يشير بانها مسجلة بالقيد المرقم... باسم الشركة العامة لتصنيع الحبوب/ بابل وقد ثبت من خلال تقرير الخبير المساح المنفرد والثلاثة فيما بعد بان المدعى عليه إضافة لوظيفته-مدير



كما يمكن طلب رفع التجاوز إذا كان العقار مخصصا لمشروع يحقق منفعة عامة ترجح على المنفعة التي تتحقق للجهة المتجاوزة، مثال ذلك قيام وزارة الدفاع بإقامة محدثات على عقار مخصص لمشروع استثماري سكني، إذ قررت محكمة التمييز الاتحادية ان منفعة هذا المشروع تفضل على المصلحة المتحققة من وراء وضع وزارة الدفاع موجوداتها على العقار، لذا يجب الحكم برفع التجاوز في هذه الحالة.(257)

ويلاحظ أخيرا ان الهاجس الذي يحرك محكمة التمييز الاتحادية في دعاوى رفع التجاوز التي تقام على دوائر الدولة هو تحقيق النفع العام والمحافظة على ديمومة المرافق العامة في تقديم خدماتها للمواطنين، سواء كان المدعي من الأفراد أم من دوائر الدولة الأخرى. وإذا كان هذا الهاجس مبررا بالنسبة لدعاوى رفع التجاوز فيما بين دوائر الدولة، إلا انه غير مقبول على اطلاقه بالنسبة لدعاوى الأفراد ضد هذه الدوائر. وإذا كان لا بد من حماية المشاريع العامة على

عام دائرة الإصلاح العراقية/ القسم الإصلاحي في الحلة/ نساء- قد تجاوز على القطعة أعلاه وذلك باتخاذها كراج لوقوف السيارات للموظفين التابعين له في سجن الحلة للنساء وكذلك وضع الصبات الكونكريتية رغم ان قطعة المدعى عليه إضافة لوظيفته المرقمة... تفصلها عن قطعة المدعي إضافة لوظيفته القطعتين المرقمتين... وهي طريق والقطعة المرقمة... والتي تعود لدائرة تحسين البيئة ووفقا لهذا فان قطعة المدعي غير ملاصقة لقطعة المدعى عليه إضافة لوظيفته. كما لا يمكن التعكز على الوضع الأمني لغرض حرمان دائرة المدعي من ملكية القطعة العائدة لها ومنفعتيها واستغلالها لعدة أسباب منها ان القطعة موضوعة الدعوى والعائدة له وفي حالة قيامه بالبناء عليها فإنها والحالة هذه تكون ساترا وحاجزا في أن واحد لدائرة المدعى عليه بصورة طبيعية كما ان مسالة الوضع الأمني وتغييره سلبا وإيجابا مسألة نسبية يخضع تقديرها وتتداخل في تقييمها ظروف الزمان والمكان، فما كان وضعا أمنيا سيئا في سنة او زمان معين لا يمكن بالضرورة ان يستمر هذا الوضع الأمني السيء في سنوات لاحقة والى ما لانهاية، وكذلك اذا كان الوضع الأمني سيئا في بلدة لا يمكن قياس وتمدد هذا الوضع الأمني السيء الى البلدات الأخرى سواء كانت المجاورة أو البعيدة. ولهذه الأسباب فان دعوى المدعي إضافة لوظيفته واردة قانونا لأن التجاوز قد ثبت من خلال تقرير الخبراء المساحين الثلاثة والمنفرد والتي تصلح اعتمادها سندا للحكم (م 140) من قانون الاثبات، ولأن التجاوز هو الغصب بعينه والغاصب ملزم برد العقار المغصوب لصاحبه (م 197) من القانون المدني، وهذا ما قضى به الحكم الابتدائي... وتأسيسا على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز). القرار المذكور عند: القاضي قاسم فخرى الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، ط1، المصدر السابق، ص 137-138.

(257) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3445/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2020/ 2020/12/27 والذي جاء فيه (ان مشروع المدعي الاستثماري يتعلق بتحقيق المنفعة العامة كونه يتعلق بتنفيذ مشروع سكني للمواطنين وان إمكانية رفع موجودات وزارة الدفاع على الجزء المتجاوز عليه واردة... ولثبوت تجاوز المدعى عليه إضافة لوظيفته على أجزاء من القطع موضوعة الدعوى وبالتالي يكون ملزما برد هذه الأجزاء الى المدعي إضافة لوظيفته). القرار المذكور عند: القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، المصدر السابق، ص 72-73.



حساب حقوق الملكية الخاصة فان الواجب على القضاء هو الوقوف موقفا وسطا والموازنة بين الحقوق وليس الميل الى جانب الحكومة، وقد كان موقف القضاء مقبولا عندما كان يقرر منح الافراد الحق في طلب أجر المثل القابل للتكرار مقابل حرمانهم من منافع عقاراتهم، الا ان الغاء هذا الحق من قبل القضاء يخل بالتوازن المشار اليه ويجعل الأمر بحاجة الى المراجعة الجدية في ضوء نصوص الدستور ومبادئ القانون.



الخاتمة

نبين في خاتمة البحث ما توصلنا اليه من نتائج وما نعرضه من توصيات ومقترحات بشأن دعوى رفع التجاوز وكما يأتي:

أولاً-نتائج البحث: من خلال بحثنا في دعوى رفع التجاوز توصلنا الى النتائج الآتية:

1-ان القانون المدني العراقي لم ينظم دعوى باسم "دعوى رفع التجاوز"، لا في مجال دعاوى المطالبة برد العقار المغصوب ولا في مجال احكام الالتصاق، ولم يرد هذا الاصطلاح أصلا في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 بل ورد في تشريعات خاصة بمعالجة التجاوزات الواقعة على عقارات الدولة، لكن القضاء العراقي رسم احكاما متكاملة لهذه الدعوى والتي تطورت مع الزمن لتصل الى تنظيم راسخ من خلال الاجتهادات القضائية.

2-ان تسمية "دعوى رفع التجاوز" جاءت من خلال تطبيقات قانون المحاكم الصلحية الملغى بشأن دعوى "رفع اليد" وهو الاسم القديم لدعوى "استرداد الحيازة"، إذ كان هذا القانون يسمي وضع اليد "التجاوز" ويعطي الحق لصاحب العقار بان يطلب "رفعه"، ومن خلال إحلال المصطلحات محل بعضها البعض في التطبيق العملي استقر عرف قضائي على استعمال تسمية "دعوى رفع التجاوز" كدعوى ملكية وليس كدعوى حيازة، والسبب في ذلك هو ان القضاء العراقي كان يخلط بين هذه الدعاوى من حيث التسميات.

3-استنتجنا تعريفا لـ "دعوى رفع التجاوز" من خلال استقراء قرارات محكمة التمييز الاتحادية الصادرة بشأنها وهو انها (دعوى ملكية تقام على الشخص الذي وضع يده على العقار وأنشأ محدثات عليه دون وجه حق وتتجسد مطالبة صاحب العقار فيها بإلزام المدعى عليه بإزالة المحدثات وإعادة العقار الى حالته الأولى وتسليمه الى صاحبه خاليا من الشواغل).



4- ان دعوى "رفع التجاوز" بمعناها المتقدم يقيمها صاحب العقار إذا أراد استرداد عقاره خاليا من المحدثات التي أقامها واضع اليد، وهي تختلف عن دعوى "منع المعارضة" التي يقيمها صاحب العقار إذا أراد استرداد عقاره كما هو دون نزع المحدثات ان وجدت. ومعيار التمييز بين هذين الدعويين هو "طلب المدعي" صاحب العقار وليس فعل الغاصب.

5- يتجسد التجاوز أساسا بـ "البناء والغراس وإقامة المنشآت الأخرى" بغض النظر عن الحجم والنوع والغرض من الاستعمال، لكن الخلاف وقع في بعض الصور مثل زراعة المحاصيل الموسمية وفتح مجرى او مرور فاذا تقرر المحاكم تارة انها تعتبر تجاوزا ويمكن إقامة دعوى رفع التجاوز بشأنها، وتقرر تارة أخرى انها لا تعتبر تجاوزا ولا يمكن ان تقام بشأنها دعوى رفع التجاوز وان كان بالإمكان إقامة دعوى أخرى بشأنها تنسجم مع طبيعتها. مع ملاحظة ان التشريعات الخاصة بمعالجة التجاوزات الواقعة على عقارات الدولة توسع نطاق التجاوز فتدخل فيه، فضلا عن البناء والغراس والمنشآت الأخرى، استغلال المشيدات او الأراضي العائدة للدولة بغير وجه حق.

6- ان التجاوز واقعة تنسم بانها واقعة مادية ومتجددة ويقترن بها الضرر، فهو واقعة مادية تثبت بجميع طرق الاثبات وأهمها الكشف الموقعي الذي تجرته المحكمة بصحبة المساح المختص، وهو واقعة متجددة فلا يمكن التمسك في مواجهة المدعي بان هناك حكما باتا فيما بين الطرفين بشأن العقار ذاته، إذ ان التجاوز قد يثبت في الدعوى الثانية على الرغم من عدم ثبوته في الأولى كما انه قد يقع على أجزاء مختلفة من العقار. كما انه واقعة يقترن بها الضرر فلا يمكن لصاحب العقار ان يقيم دعوى رفع التجاوز ما لم يلحقه ضرر من عمل المدعى عليه، وهذا ما سار عليه القضاء العراقي على الرغم من وجود رأي لدى بعض شراح القانون المدني يذهب الى ان صاحب العقار يمكنه ان يطلب إزالة المحدثات وان لم يلحقه ضرر منها إذا كانت اقامتها بدون موافقة من صاحب العقار. وموقف القضاء العراقي قائم على أساس اقتصادي نابع من كراهة هدر الموارد خصوصا في مجال السكن.



7-الأصل ان الشخص الذي يحق له ان يقيم دعوى رفع التجاوز هو مالك العقار او صاحب حق التصرف في الأرض الأميرية، وإذا كان العقار شائعا يمكن لأي شريك ان يقيم الدعوى على الأجنبي الذي يقيم المحدثات لان هذا يدخل في نطاق حفظ المال الشائع وهو حق لجميع الشركاء. لكن القضاء العراقي يسمح أيضا لمستأجر الأرض الزراعية من الدولة بموجب قوانين معينة ان يقيم دعوى رفع التجاوز، على الرغم من ان هذا المستأجر لا يترتب له حق عيني بل حق شخصي فقط. وقد توصل البحث الى ان السبب في ذلك هو منح المستأجر وسيلة للدفاع عن الأرض، كما ان دوائر الزراعة لا تتمكن من متابعة جميع حالات التجاوز التي تقع على عقاراتها المؤجرة. اما دوائر الدولة الأخرى فيمكنها إزالة التجاوز الواقع على عقاراتها بأحد طريقتين، هما ان تقوم هي بنفسها بذلك او ان تقيم دعوى رفع التجاوز امام المحكمة.

8-ان دعوى رفع التجاوز تقام على واضع اليد الفعلي شخصيا حتى إذا كانت المحدثات مقامة من قبل مورثه ما دامت صفة التجاوز متوافرة بالنسبة اليه، وإذا تعدد المتجاوزون فيمكن ان تقام عليهم جميعا دعوى واحدة إذا كان هناك ترابط بينهم في اشغال العقار، وبخلاف ذلك يجب ان تقام على كل منهم دعوى مستقلة على وفق احكام قانون المرافعات المدنية.

9-إذا ثبت للمحكمة ان المحدثات قد أقيمت بدون موافقة صاحب العقار فإنها تقضي برفعه على نفقة المتجاوز، وإذا كان القلع مضرا بالعقار يمكن لصاحبه ان يملك المحدثات مستحقة للقلع. ولا يمكن للمتجاوز ان يطلب تملكه الأرض مهما كانت قيمة المحدثات، كما لا يجوز له ان يطلب تملك المحدثات لصاحب الأرض بقيمتها قائمة. وينفذ حكم رفع التجاوز حتى إذا قام المتجاوز ببيع المحدثات لشخص آخر، إذ لا يجوز للأخير ان يطعن في هذا الحكم او يطلب عدم تنفيذه. ويلاحظ وجود تعارض في هذا الشأن بين احكام الغصب الواردة في باب العمل غير المشروع واحكام الالتصاق الواردة في باب أسباب كسب الملكية، وكان الأولى بالمشروع ان يقسم احكام الغصب على قسمين: احكام خاصة بغصب المنقول، واحكام خاصة بغصب العقار.



10- إذا ثبت ان المحدثات قد أقيمت بإباحة من صاحب العقار كما لو اشترى العقار بعقد غير مسجل وتسلمه من صاحبه، فهناك رأي بين الشراح يذهب الى انه يعتبر سيء النية دائما ويمكن إلزامه برفع التجاوز على نفقته. اما القضاء العراقي فلم يستقر على اتجاه معين في هذا الشأن، إذ قررت محكمة التمييز الاتحادية في بعض القضايا ان الاباحة تنقطع بالمطالبة القضائية ويمكن الحكم بإلزام المشتري برفع التجاوز، في حين قررت في قضايا أخرى ان المشتري يعتبر بانيا بزعم سبب شرعي او بإذن المالك وفي الحالتين يحق له ان يطالب بقيمة المحدثات قائمة، لكن لم نجد قرارات تقضي بتمليكه الأرض وفقا لتكليف البناء بانه مشيد بزعم سبب شرعي.

11- لكي يكون الحكم برفع التجاوز صحيحا وقابلا للتنفيذ يجب ان يتضمن المعلومات الكافية عن العقار مثل أبعاده ومساحته وموقعه، ويجب الاستعانة بالخبراء المختصين في تحديد ذلك. كما يجب ان يتضمن الحكم ماهية التجاوز ونوع المحدثات، وان تتضمن الفقرة الحكمية إلزام المدعى عليه بإزالة المحدثات وتسليم العقار الى المدعي خاليا من الشواغل.

12- يمكن الطعن بالحكم الصادر برفع التجاوز وفقا لقواعد قانون المرافعات، وإذا مضت سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات فلا يمكن تنفيذه الا اذا تم تجديد قوته التنفيذية.

13- كان القضاء العراقي قبل سنة 2012 يجيز للشركاء على الشيوع ان يقيموا دعوى رفع التجاوز على شريكهم الذي يقيم محدثات على العقار الشائع دون موافقتهم، وذلك لان البناء والغراس يعتبر من اعمال الإدارة غير المعتادة التي يجب فيها موافقة الجميع. اما منذ سنة 2012 فان القضاء العراقي يرفض هذه الدعاوى ويعطي الشركاء الحق فقط في مطالبة شريكهم بأجر المثل، وذلك بناء على ان كل شريك له الحق في الانتفاع بالعقار كونه يملك حصة فيه. وهذا سواء بالنسبة الى الشريك الداخل ضمن الشركاء أصلا أم المتجاوز الذي يدخل معهم لاحقا بعد إقامة المحدثات عن طريق تملك سهام في العقار او حصوله على حكم بالتمليك وان لم ينفذ في دائرة التسجيل العقاري.



14- كان القضاء العراقي يسمع دعاوى رفع التجاوز التي تقام من الافراد على دوائر الدولة التي تضع يدها على عقاراتهم دون ان تستملكها قانونا، وكان ذلك يسوغ بان الملكية مصونة ولا يجوز حرمان المالك منها الا وفق القانون ومقابل تعويض عادل. الا ان محكمة التمييز الاتحادية استقرت على عدم جواز سماع دعوى رفع التجاوز التي تقام على دوائر الدولة إذا اقامت مشروعاً فيه نفع عام على العقار المتجاوز عليه، وذلك مراعاة للمصلحة العامة وتقديمها على المصلحة الخاصة. لكن هذا الاتجاه يضر بأصحاب العقارات خصوصا بعد حرمانهم من المطالبة بأجر المثل واقتصار حقوقهم على طلب التعويض لمرة واحدة.

أما بشأن تجاوز دوائر الدولة على عقارات بعضها البعض فقد كان القضاء العراقي يسمع دعاوى رفع التجاوز في هذا الشأن، إلا انه أخذ يرفض سماعها منذ سنة 2011 بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم 60 الذي اعطى الدوائر التي خصصت العقارات لها حق القيام بالبناء والهدم والترميم، وسوغ ذلك ايضا بان جميع دوائر الدولة تسعى الى تحقيق النفع العام.

ثانيا-التوصيات والمقترحات

1-نوصي المشرع والقضاء العراقيين بتبني كل من مبدأ الأمن القانوني ومبدأ الأمن القضائي بصورة عامة وفي احكام دعوى رفع التجاوز بصورة خاصة، فالمبدأ الأول يوجب ان تكون احكام القانون واضحة ويمكن الرجوع اليها في مكان واحد بلا تشتت ولا غموض من أجل ان يعرف كل شخص حقوقه وواجباته مقدما، أما المبدأ الثاني فيوجب أن تكون احكام القضاء مستقرة وواضحة نسبيا أي لا يوجد فيها اختلاف وتفاوت يفضي الى اختلال الحقوق ويخرق احكام القانون. فهذان المبدئان إذا ما تم تبنيهما سيمثلان حاجزا يقي الأشخاص من اعتداء بعضهم على البعض الآخر، ويسهمان في حماية حقوق الأفراد من تجاوز الجهات الحكومية. لكننا لم نجد لهما حضورا واضحا بشأن دعوى "رفع التجاوز" محل البحث.



2-نوصي المشرع العراقي بالنص على تقسيم دعاوى رد العقار المغصوب الى دعويين هما "دعوى رفع التجاوز" و"دعوى منع المعارضة"، وتقنين ما توصل اليه القضاء من احكام واجتهادات تصب في تحقيق العدل والمصلحة العامة.

3-بناء على التوصية الواردة في النقطة رقم (2) أعلاه نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة (197) من القانون المدني العراقي بإضافة فقرة ثانية اليها على النحو الآتي:

(2-إذا أراد صاحب العقار إلزام الغاصب بإزالة المحدثات ورد العقار خاليا من الشواغل يقيم دعوى رفع التجاوز، اما إذا أراد استرداد عقاره بحالته فيقيم دعوى منع المعارضة مع مراعاة احكام المادة 1119 من هذا القانون).

4-نوصي المشرع العراقي بتعديل تبويب النصوص المتعلقة بالغصب في المواد (192-201) من القانون المدني وتقسيمها الى قسمين: قسم خاص بأحكام غصب المنقول، وقسم خاص بأحكام غصب العقار. وذلك لتجنب التعارض مع احكام الالتصاق التي تطبق على حالة قيام الغاصب بإقامة محدثات على العقار وبيان حقوق صاحب العقار في هذه الحالة بأحكام موحدة وواضحة.

5-بناء على التوصية الواردة في النقطة رقم (4) أعلاه نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (194) من القانون المدني بوضع العبارة الآتية في صدر النص: (إذا كان المغصوب منقولاً تطبق الاحكام الآتية: ...).

6-نوصي المشرع العراقي بإضافة فقرة رابعة الى البند (أولاً) من القرار رقم 1198 لسنة 1979 على النحو الآتي:

(د. إذا تسلم المشتري العقار واقام محدثات عليه فلا يجوز للبائع ان يطلب رفعها إذا ثبت انها أقيمت بإذن صريح او ضمني منه مع مراعاة احكام المادة 1121 من القانون المدني).



7-نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة (1123) من القانون المدني من خلال النص على عدم جواز طلب الشركاء إزالة المحدثات التي يقيمها أحدهم دون إذن الآخرين ليكون النص صريحا في ذلك وعلى النحو الآتي:

(إذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين فلا يجوز لهم طلب رفع المحدثات، وإذا طلبوا القسمة فتقسم فان اصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه وان اصاب حصة الآخر فله ان يكلف الباني بالهدم، وإذا لم يقبل الملك المشترك القسمة يجوز للباني ان يطلب إزالة شيوعه بيعا وتعطى للشركاء حصصهم من قيمة الأرض ويأخذ الباني ما بقي من الثمن).

8-نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة (26) من قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1980 لتكون على النحو الآتي:

(لدوائر الدولة والقطاع العام ان تقرر الاستيلاء على اي عقار إذا رأت وجوب ذلك لتحقيق المنفعة العامة، ولا تسمع دعوى رفع التجاوز او منع المعارضة من قبل صاحب العقار ويكون له الحق في أجر المثل من تاريخ الاستيلاء الفعلي على العقار لحين إعادته اليه خاليا من الشواغل).

9-نقترح على القضاء العراقي الموقر ان يوحد اجتهاداته بشأن احكام دعوى "رفع التجاوز" لما تمثله من أهمية بالغة في الواقع العملي، وذلك من أجل حفظ حقوق أصحاب العقارات وإقامة التوازن ومراعاة الجانب الاقتصادي. صحيح ان هذه المهمة قد تكون صعبة في الواقع لان لكل قضية ظروفها وخصوصيتها إلا ان ثبات الخطوط العامة لهذه الدعوى أمر ممكن، ونعتقد ان مسيرة الاجتهادات القضائية بشأن دعوى رفع التجاوز قد وصلت الى مراحل متقدمة من الوضوح والاستقرار، ولا يبقى غير الاتفاق على هذه الخطوط العامة من قبل هيئات محكمة التمييز الاتحادية لكي توحد قراراتها على وفقها.



المصادر

أولا-الكتب القانونية:

1. المستشار أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
2. المستشار أنور العمروسي، المستشار أمجد أنور العمروسي، المستشار أشرف احمد عبد الوهاب، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج 6 و7، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013.
3. د. أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
4. جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي-دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
5. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج1، الحقوق العينية الأصلية، منشورات مركز الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية، 1964.
6. د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجد، القاهرة، 1993.
7. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني-أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
8. _____، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
9. _____، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2 الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
10. د. حسن كيره، أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية، احكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965.
11. د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، 2018.



12. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
13. د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973.
14. _____، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1969-1970.
15. سليم رستم باز، شرح قانون المحاكمات الحقوقية، ط2، المطبعة الأدبية، بيروت، 1911.
16. _____، كتاب شرح المجلة، مج 1، المطبعة الأدبية، بيروت، 1888.
17. شاكر ناصر حيدر، احكام الأراضي والأموال غير المنقولة، ط2، مطبعة المعارف، بغداد، 1944.
18. _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج2، في حق الملكية (الشفعة-الحيازة والتقدم)، مطبعة المعارف، بغداد، 1959.
19. _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، في حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، 1959.
20. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية في ذاته، خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده وأسباب كسبه، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1960-1961.
21. د. طارق كاظم عجيل، الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية، دار السنهوري، بيروت، 2019.
22. د. عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2019.
23. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1970.
24. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8 و ج 9 (مج 1) (أسباب كسب الملكية)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
25. د. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج3، أسباب كسب الملكية، معهد الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية، 1963.



26. _____، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج2، الملكية الشائعة، معهد الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية، 1962.
27. د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975.
28. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مج 2 (البيع-الاجارة-الكفالة)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 2003.
29. _____، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مج 4 (الصلح والابراء-الاقرار-الدعوى-البيانات والتحليف-القضاء)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 2003.
30. علي محسن الدفاعي، التصرفات العقارية واجراءاتها، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2019.
31. د. عمار سعدون المشهداني والقاضي بشار أحمد الجبوري، الوسيط في شرح قانون التنفيذ، دراسة شاملة ووافية معززة بالتطبيقات القضائية، دار السنهوري، بيروت، 2022.
32. د. ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
33. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
34. د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
35. د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
36. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع.
37. د. محمد عبد الظاهر حسين، أحكام الشهر العقاري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 2001.
38. المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج 13، حق الملكية (الشفعة)-الحيازة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
39. القاضي مدحت محمود، شرح قانون التنفيذ، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.



- 40.د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، ج1، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1954.
- 41.مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 34 لسنة 1971، ج 3، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
- 42.المستشار د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مج 9، ط7، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طنطا، 2004.
- 43.د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر، 1965.
- 44.منير القاضي، شرح المجلة، الغصب والاتلاف والحجر والاكراه والشفعة، مطبعة التفتيش الاهلية، بغداد، 1942.
- 45.د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 46._____، الحقوق العينية الأصلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

ثانيا-البحوث القانونية:

1. د. صالح أحمد محمد، عقد الاباحة، مجلة الرافدين للحقوق (جامعة الموصل)، المجلد 10، العدد 38، السنة 2008.

ثالثا-مصادر القرارات القضائية:

1. المستشار إبراهيم سيد احمد والاستاذ أشرف أحمد عبد الوهاب، موسوعة العدالة في قضاء النقض المدني في الفترة من عام 2000 حتى عام 2016، ج3، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
2. المستشار أشرف أحمد عبد الوهاب والمستشار إبراهيم سيد أحمد، العدالة في القانون المدني، القانون وتطبيقه في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.



3. القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، 1952-2018، ج2، ط2، مكتبة يادكار، السليمانية، 2018.
4. _____، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، ج 6، مكتبة يادكار، السليمانية، 2020.
5. القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، ج2، ط1، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، 2018.
6. _____، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج3، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019.
7. _____، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج4، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020.
8. _____، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج5، ط1، بغداد، 2021.
9. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 1، دار الوارث للطباعة، بغداد، 2017.
10. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 2، دار الوارث للطباعة، بغداد، 2018.
11. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 3، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2018.
12. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 6، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020.
13. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 7، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020.
14. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 8، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021.
15. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 9، مكتب كيان للطباعة والاستنساخ، طهران، 2021.
16. _____، مجموعة الاحكام القضائية، العدد 10، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2023.
17. دريد داود سلمان الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1 وج2، مكتبة صباح، بغداد، دون سنة طبع.



18. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في الملكية-مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاما 1931-2000، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
19. القاضي رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز، مطبعة كتاب، بغداد، 2018.
20. القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2018، القسم المدني، ج 3، دار السنهوري، بيروت، 2020.
21. _____، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2021، القسم المدني، ج5، دار السنهوري، بيروت، 2022.
22. المحامي سفيان عبد المجيد العاني والمحامي رعد طارش كعيد، تطبيقات قضائية، القرارات التمييزية، مج 4، الاعداد 15-16-17-18-19، دون دار او سنة طبع.
23. القاضي ضياء جبار قاسم الجابري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، القسم المدني، للسنوات 2020-2021-2022، مطبعة الكتاب، بغداد، 2022.
24. المحامي عبد الحسين خضير عباس البهادلي، القرارات التمييزية للدعاوى المدنية، مطبعة السيماء، بغداد، 2017.
25. القاضي عدنان زيدان العنبي والمحامي احمد عدنان زيدان العنبي، المختار للأحكام التمييزية في المواضيع الأكثر شيوعا في المحاكم العراقية، دار السنهوري، بيروت، 2020.
26. القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة العامة والهيئة الموسعة للأعوام 2017، 2018، 2019 (القسم المدني)، دار السنهوري، بيروت، 2020.
27. القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2018.
28. _____، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج2، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2019.
29. _____، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج3، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2021.
30. _____، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، ج4، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2021.
31. _____، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، ج5، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2022.
32. القاضي لفته هامل العجيلي، قضاء محكمة التمييز الاتحادية-القسم المدني، مج1، مكتبة السنهوري، بيروت، 2020.



33. _____، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج1، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2011.
34. _____، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني-مرافعات مدنية، ج 6، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2016.
35. _____، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الموسعة المدنية، ج7، ط1، مطبعة الكتاب، بغداد، 2017.
36. ليث راسم هندي، درر الأحكام القانونية المستخلصة من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ط1، مكتبة صباح القانونية، بغداد، 2022.
37. المحامي محمد حيدر فخر الدين والمحامي أوس يحيى الطائي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني (2019-2020)، ط1، دار المحامي القانونية، النجف الأشرف، 2021.
38. المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية، قضاء النقض في موضوع الطعون المدنية والتجارية والأحوال الشخصية من السنة الأولى المدنية لغاية السنة 53 المدنية.
39. مجلة الحقيقة القانونية، الأعداد (15-18)، تموز واب وأيلول وتشرين الأول، 2009.
40. مجلة حمورابي، مجلة نصف سنوية تصدرها جمعية القضاء العراقي، السنة الأولى، العدد الأول (كانون الثاني-شباط-آذار-نيسان-مايس-حزيران)، 2019.
41. مجلة القضاء، العدد 5، السنة الرابعة عشرة، تشرين الثاني، 1956.

رابعاً-كتب متفرقة:

1. أحمد عبده خير الدين، علم المنطق، ط1، المطبعة الرحمانية بمصر، 1930.
 2. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، ط1، نشر احسان للنشر والتوزيع، 2014.
- خامساً-قرارات محكمة التمييز الاتحادية غير المنشورة:**
1. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1580/ الهيئة المدنية عقار/ 2014/ 2014/4/9.
 2. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2660/ الهيئة المدنية/ 2015/ 2015/6/16.
 3. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3142/ الهيئة المدنية/ 2015/ 2015/7/21.
 4. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1738/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2016/ 2016/3/16.
 5. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3088/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2016/ 2016/6/7.



سادسا-التشريعات:

(أ) التشريعات العراقية:

-القوانين:

1. قانون المحاكم الصلحية الملغى رقم 35 لسنة 1938.
2. القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.
3. قانون إدارة الأوقاف رقم 64 لسنة 1966.
4. قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.
5. قانون الإصلاح الزراعي رقم 117 لسنة 1970.
6. قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979.
7. قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980.
8. قانون الرسوم العدلية رقم 114 لسنة 1981.
9. قانون ايجار أراضي الإصلاح الزراعي للشركات الزراعية والافراد رقم 35 لسنة 1983.
10. قانون وزارة التربية رقم 22 لسنة 2011.

-القرارات:

1. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 1198 لسنة 1977.
2. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 548 لسنة 1979.
3. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 398 لسنة 1987.
4. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 154 لسنة 2001.
5. قرار مجلس الوزراء رقم 60 لسنة 2011.

-التعليمات

1. التعليمات رقم 2 لسنة 1979.
2. التعليمات رقم 4 لسنة 1987.
3. التعليمات رقم 15 لسنة 2001.



(ب) التشريعات المصرية:

1. القانون المدني رقم 131 لسنة 1948.
2. قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.
3. قانون الاستملاك للمنفعة العامة رقم 10 لسنة 1990.

(ج) تشريعات قديمة

1. قانون الأراضي العثماني الصادر سنة 1858 م.
2. مجلة الاحكام العدلية الصادرة سنة 1882 م.
3. قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني الصادر سنة 1879 م.

سابعاً-المواقع الالكترونية

1. قاعدة التشريعات العراقية على الرابط:
<https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>
2. موقع مجلس القضاء الأعلى، قرارات محكمة التمييز الاتحادية على الرابط:
<https://www.hjc.iq/qview>.
3. الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single