

المقدمة:

تحضى الملكية العقارية في الوقت الراهن بأهمية كبيرة جعلت المشرع يهتم بها وينظمها بعدة نصوص قانونية تهدف كلها إلى حمايتها، فلا يخفى على أحد أن من أقوى الحقوق التي يتنزع بها الشخص حق الملكية وأوسع نطاقاً، الذي خصص له المشرع في القانون المدني حيزاً معتبراً من المواد.

نظراً للوضع العقاري الذي تعرفه العراق بشكل عام و كوردستان بصورة خاصة منذ الاستقلال من النظام البائد عام ٢٠٠٣، أهم ما برز في السنوات الأخيرة ظاهرة الاعتداء على الملكية العقارية فإن الاعتداء عليها يكون بإقامة المحدثات عليها من قبل غير مالك الأرض.

المحدثات المقامة على أرض الغير عندما تكون بموافقة مالك الأرض سواء كان بموجب عقد مقاوله أو مساطحة لها تنظيمات قانونية خاصة يتم الرجوع إليها في حالة حدوث نزاع بين مالك الأرض ومن تعاقد معه على القيام بأحداث تلك المنشآت.

أما المحدثات المقامة على ملك الغير دون اتفاق مع مالك الأرض، بمعنى إقامة المحدثات على أرض مملوكة للغير قصداً و بسوء نية أو عن حسن نية و بزعم سبب شرعي، فإن منازعات كثيرة ستحدث بينه و بين مالك الأرض وهو مدار بحثنا. فلا يكاد القضاء في جميع دول العالم يخلو من هذه المنازعات، ولم تتردد القوانين ومنها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عن مراعاة جانب مالك الأرض حيث وضع المشرع العراقي قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، وأنه هو الذي أقامه على نفقته ومن ثم يكون ملكاً له كما جاء في نص المادة (١١١٧) ، هذا هو الأصل ومن يدعي خلاف ذلك عليه أن يقيم الدليل، بمعنى أن هذه القرينة القانونية التي وضعها المشرع على النحو المتقدم قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ويجوز للخصم الذي يدعي ملكية المنشآت أن يقدم الدليل على أنه أحدث بناءً أو غراساً بمواده على أرض الغير بزعم سبب شرعي، يتجسد مضمونه في أن المحدث قد بنى أو غرس على أرض يعتقد أن له حقاً فيها. إن مثل هذا الزعم هو الذي يثير المشكلة، فهل هو حسن النية أم أنه الاستناد إلى السبب الصحيح. لقد ميزت القوانين المدنية الحديثة في أحكامها فيما يتعلق بالالتصاق الصناعي كسبب لكسب الملكية بين من أقام المحدثات وهو سيء النية وبين من أقامها وهو حسن النية.

فقد تكون الملكية شائعة، أي تكون لأكثر من شخص حصة فيها، قد ينتفع الشريك في المال الشائع أو يتصرف بحصته الشائعة، وهذا حقه الطبيعي الذي يتمتع به، لكن هذا الحق ليس مطلقاً بل مقيد بحقوق باقي الشركاء، فيتربط عليه عدم الأضرار بسائر حقوق الشركاء الآخرين.

و رغم أن القانون المدني العراقي قد أفرد نصوصاً خاصة عالج فيها إدارة المال الشائع، إلا أن هذه النصوص أثارت في تفسيرها خلافاً واسعاً حول حكم تصرف أحد الشركاء بالبناء على جزء من الملك الشائع ، خاصة أثناء قيام حالة الشروع وقبل إجراء القسمة.

أما المحدثات التي تقام في المأجور خلال فترة الإيجار والتي يقيمها المستأجرون على المأجور محل نزاع بين المستأجرين و الملاك فيما إذا أقيمت هذه المحدثات بعلمهم أم بدون ذلك، وقد يحصل أن يقوم المستأجر القيام بتحسينات مما يزيد في قيمة المأجور وهذه التحسينات تأخذ على الأغلب طابع الثبات، لا يمكن قلعها من دون تلف، وهذا الأمر يستلزم الوقوف على مصير تلك المحدثات التي أحدثها المستأجر.

من البين أن كل عقار له حدود ومساحة معلومة، إذ يتم تثبيت الحدود والعلامات الموجودة في الخريطة ، فقد يحدث أن يتجاوز الباني حدود ملكه أما خطأً بلا قصد كأن يقع ذلك نتيجة خطأ قياس المساحة وأما بخطأ من عامل البناء، وقد يكون التجاوز بسوء نية و عن عمل مقصود، لم يورد القانون المدني العراقي نصاً خاصاً للحالة التي يتجاوز فيها الجار في بنائه حدود أرضه على جزء من أرض الجار المتلاصقة لأرضه مع أن هذه الحالة شائعة.

أهمية البحث:

في ضوء التحولات الاقتصادية و التوسع السكاني والصناعي زادت عمليات البناء وإقامة المحدثات سواء بالاتفاق أو بغير ذلك ، ولكثرة وقوع المحدثات المقامة على أرض الغير، ازدادت حالات الخلاف حول مدى تأثير هذه المحدثات لنزع الملكية من مالكها، وبالتالي أدى ذلك الى ازدياد المنازعات و الدعاوى المطالبة بقيمة هذه المحدثات، مما أدى بدوره إلى قيام المحاكم بتقرير أحكام مناسبة بخصوص ذلك وفق أحكام النصوص القانونية التي جاءت بأحكام خاصة لمعالجة حالات المحدثات التي تقام من قبل الغير . بحيث أن الأحكام القضائية الصادرة بخصوص تلك المحدثات غير مستقرة لغموض النصوص القانونية المستندة إليها.

نطاق البحث:

يتحدد نطاق بحثنا في حدود المحدثات التي يقيمها كل من الغير و الشريك والمستأجر والجوار لما تنثير من إشكاليات ونزاعات، وتكون في نطاق الحقوق العينية، وقد تكون في نطاق الحق الشخصي، ولكثرة التطبيقات والتفاصيل وما تحتويه من جزئيات دقيقة نقصر بحثنا في نطاق الحقوق العينية دون الحق الشخصي.

مشكلة البحث :

موضوع المحدثات على أرض الغير يثير الكثير من المشاكل والخلافات التي تؤدي الى كثرة المنازعات حول عائدة مثل هذه المحدثات التي أحدثها أو قيمتها التي يطالب بها من خلال اللجوء الى القضاء و إقامة الدعوى وكذلك كيفية رفع مثل هذه التجاوزات التي تقام من قبل الغير في عقار لا تعود له ملكيتها، أو محدثات التي أحدثها الشريك في العقار الشائعة، وما هو مصير التحسينات والترميمات التي يقيمها المستأجر على المأجور، وكذلك عدم وجود نص خاص في القانون المدني العراقي لتنظيم حالة تجاوز على جزء الأرض المجاورة من قبل مالك العقار المتلاصقة، فضلاً عن إن نصوص القانون المدني المنظمة لأحكام تلك المحدثات جاءت غير واضحة بما يخص حسن نية المحدث وسوء نيته و مفهوم الزعم الشرعي و السبب الصحيح ، لذا أن القرارات القضائية الصادرة بخصوص المحدثات غير مستقرة لغموض النصوص القانونية المستندة إليها، وهذه الأسباب وغيرها دعتنا الى اختيار هذا الموضوع والذي وجدناه جديراً بالبحث والدراسة.

منهج البحث :

لقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي للنصوص القانونية المنظمة لموضوع أحكام المحدثات على ملك الغير، كما أملت علينا طبيعة الدراسة ضرورة اعتماد الجانب التطبيقي للأحكام القضائية ذات العلاقة بموضوع البحث، مما يستدعي الوقوف على موقف القضاء من خلال القرارات القضائية المعززة للجوانب النظرية.

خطة البحث :

لغرض دراسة موضوع بحثنا والإلمام به، سنقوم بتقسيم هذا البحث على مبحثين نتناول في المبحث الأول، ماهية المحدثات وطبيعتها من خلال أربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم البناء والمنشآت والغراس، وفي المطلب الثاني نتناول الأساس القانوني لإحداث البناء والمنشآت و الغراس على أرض الغير، وفي المطلب الثالث نتناول حق الملكية ومفهوم الغير، أما في المطلب الرابع فنتناول الشروط القانونية لإحداث المنشآت.

أما في المبحث الثاني فسوف نتناول حالات إحداث البناء والمنشآت والغراس على أرض الغير وذلك في أربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول أحكام المحدثات المقامة من قبل الغير، ونتناول في المطلب الثاني أحكام المحدثات المقامة على الملك الشائع، و نتناول في المطلب الثالث أحكام المحدثات المقامة من قبل المستأجر، أما المطلب الرابع سوف نتناول أحكام البناء تجاوزاً على جزء من الأرض المجاورة.

المبحث الأول

ماهية المحدثات وطبيعتها

لغرض الإحاطة بموضوع البحث لابد لنا من وقفة تعريفية لأهم مفردات عنوانه، وبيان ماهيتها اللغوية والاصطلاحية ولا نجد مناصاً من بيان مفهوم المحدثات بصورة عامة وأهم صور العملية وأساس القانوني لهذه المحدثات، وكذلك تعريف حق الملكية ومفهوم الغير ثم الشروط القانونية لهذه المحدثات.

المطلب الأول/ مفهوم البناء والمنشآت والغراس

الفرع الأول / البناء والمنشآت:

البناء لغة: هو المبنى و الجمع أبنية، وأصل البناء لا ينمو كالحجر والطين ونحوهما وهو ما يشيد لإقامة الإنسان أو الحيوان أو لوضع الأشياء، وسمي بناء من حيث كونه لازماً موضعاً لا يؤول من مكان إلى غيره.^(١)

البناء اصطلاحاً : فهو كل شيء متماسك مصفوف أو مرصف أو مرصوص أو منظم بأي شكل كان من صنع الإنسان (يتألف من مجموعة من المواد مهما كان نوعها من طين أو حديد أو طابوق أو خشب أو أسمنت..... الخ) أو كل هذا، أو شي غير هذا شيدته يد الإنسان بأي وسيلة ليتصل بالأرض، وأنشاء أي بناء هو استحداثه أو البدء في إقامته لكي يكون محلاً للانتفاع و الاستغلال أيّاً كان نوعه^(٢).

والمنشآت قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته فكانت منقولة، إذ هي كميات من الرمل و الأسمنت والجير والخشب والطابوق والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء، ولا تصبح عقاراً إلا إذا شيدت فاندمجت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة، فلا يمكن نقلها أو تحويلها إلا إذا هدمت، ويشمل ذلك المكاتب و المساكن و الحوانيت و المصانع والمخازن، و ليس من الضروري أن تكون المنشآت مشيدة فوق سطح الأرض بل أن تكون مشيدة في باطنها كالأنفاق و السرايب فتعتبر منشآت ومن ثم تكون عقاراً بطبيعتها^(٣). وقد عرفت المادة (٦٢)

١- جمال الدين بن مكرم بن منظور - معجم لسان العرب معجم لغوي علمي - دار لسان العرب - مجلد الأول - دار الصادر للطباعة والنشر - ١٩٦٥ - ص٧٢.

٢ - خالد عبدالفتاح محمد - المسؤولية المدنية في ضوء أحداث أحكام النقض المصرية - دار الكتب القانونية - مصر ٢٠٠٩ - ص٣٦٠.

٣ - د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - ج١ - مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤ - ص١٢١٣.

في فقرتها الأولى من القانون المدني العراقي العقار بأنه (كل شيء له مستقر ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض و البناء والغراس والجسور والسدود و المناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية) وفي نفس المادة في فقرتها الثانية عرفت المنقول بأنه (كل شيء يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات و المكيلات والموزونات و غير ذلك من الأشياء المنقولة) وإن فيصل التفرقة بين العقار والمنقول يرجع الى طبيعة الأشياء، فالعقار هو الشيء الثابت المستقر بحيث لا يمكن نقله من مكان الى آخر إلا إذا هدم أو تم قلعه، ومن ثم لا يمكن نقله من دون تلف، والأرض هي العقار بطبيعتها لأنها ثابتة مستقرة بحيزها، وكذلك البناء عقار لأنه ثابت مستقر بحيزه ولا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلا بهدمه أو هدم أجزاء منه، وكذلك الأشجار والغراس لا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض التي هي مغروسة فيها^(١).

إن اندماج المباني و المنشآت في الأرض هو الشرط الضروري لإضفاء صفة العقار عليها وهو في الوقت ذاته شرط كافٍ، فإن المنشآت بمجرد تشييدها واندماجها في الأرض تصبح عقاراً بطبيعته، كذلك لا يشترط أن تكون المنشآت مشيدة على سبيل الدوام، فقد تكون منشآت مؤقتة ومع ذلك تصبح عقاراً متى اندمجت في الأرض على سبيل القرار، ففي المعارض تقام عادة منشآت مؤقتاً وحوانيت و أعمال هندسية أخرى، وقد لا يدوم المعرض أكثر من بضعة أشهر أو أسابيع ثم تهدم كل هذه المنشآت وقد شيدت على أن تكون مؤقتة لا تدوم المعرض، مع ذلك تعتبر عقاراً بطبيعته، ومتى انتهى المعرض وهدمت فإن الانقراض تصبح منقولاً^(٢).

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد معنى البناء، ذهب بعضهم إلى التوسع في تفسير كلمة البناء إلى أن أحدهم يعد بناء كل إنشاء مهما كانت طبيعته القانونية عقاراً أم منقولاً أو طبيعة مادية سواء كان ذلك تشييداً أم حفراً أم ردماً أم زراعة، في حين يرى البعض الآخر أن هذا التعريف غير دقيق ويتساءل منتقداً إلا يدخل في نطاق المباني السفن البحرية مادام المشرع لم يتحدث عن المباني البحرية، واقتصر مفهوم البناء حسب هذا الرأي على كل إنشاء يقيمه الإنسان ويعد عقاراً بطبيعته فلا يعد بناء كل من العقارات بالتخصيص كالمصاعد مثلاً أو أسلاك الكهرباءي المعلقة في الهواء أو أنابيب المياه أو الغاز، ومع ذلك فإنه إذا حدث وأن أدخل شخص شيئاً من هذا القبيل على ملك غيره،

١- فوزي كاظم المياحي-القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً - ج ١ - مطبعة السيماء بغداد ٢٠١٦-٢٨٥ ص.
٢- د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - ج ٨ - مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤ ص ٢٥، ٢٥، ١٤، ١٣.

فإن هذه الإضافات لم تعد بناءً إلا أنها تخضع لذات الأحكام المنصوص عليها في أحكام الالتصاق لأنها تعد من قبيل المصروفات النافعة التي ينفقها الحائز على المال الذي بحوزته^(١).

إن المنشآت هي التي تتطوي على إنشاء جديد إذا كان متصلة اتصال قرار على نحو يجعلها عقاراً بطبيعته، سواء أكانت المنشآت مستقلة بذاتها كبناء مقام على أرض الغير أو كانت منشآت قائمة على منشآت أخرى مادامت هذه الإضافات تتطوي على إنشاء جديد كبناء حائط أو غرف أو طابق جديد في منزل أو بناء قديم، والمباني والمنشآت قبل تشييدها في الأرض هي جملة من مواد البناء وأدواته، فكانت منقولاً فلا تصبح عقاراً إلا إذا شيدت واندمجت في الأرض وأصبحت ثابتة ومستقرة بحيث لا يمكن فصلها بدون ضرر أو تلف^(٢).

الفرع الثاني/ الغراس:

الغراس فهو كل ما ينبت في الأرض ويتصل فيها اتصال قرار بصورة مستمرة كالنخيل والشجر دون أن يكون دورياً كبذور المحاصيل الزراعية لأن مصيرها إلى الزوال في نهاية موسمها^(٣).

فما يغرس من الشجر و النخيل يكون عقاراً لاندماجه في الأرض، حتى لو كان الشجر من أشجار المشاتل التي تغرس في الأرض مؤقتاً ثم تنتزع منها بعد وقت قصير لتنتقل الى أرض أخرى، فما دامت المشاتل مستقرة في الأرض لم تنتزع في المدة القصيرة التي يراد لها فيها أن تبقى، فأنها تحتفظ بصفاتها العقارية الى أن تنتزع فعندئذ تصبح منقولاً، ولكن النباتات التي توضع في الأوعية تكون منقولاً لأن جذورها لا تمتد الى باطن الأرض بل تبقى محتواه في الأوعية، حتى لو كانت هذه الأوعية مدفونة في الأرض.

والنباتات بأنواعها المختلفة من أشجار ونخيل و ثمار ومحصولات وفاكهة وما الى ذلك، إنما يكون عقاراً بفضل اندماجه في الأرض، فالأرض هي التي تغذيها وهي التي تضي عليه صفة العقار، فإذا زال اندماجه بالأرض بان قطع أو فصل زالت عنه صفة العقار^(٤).

١- اكرم محمود حسين - المسؤولية المدنية عن تهمد البناء - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٠-ص ٧٥.

٢- جمال عبد كاظم الحاج ياسين- أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بابل - ٢٠٠٥ ص ٧.

٣- جمال عبد كاظم الحاج ياسين، المصدر السابق، ص ٨.

٤- د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - ج ٨ - مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤ ص ٢٢، ٢٣.

المطلب الثاني

حق الملكية ومفهوم الغير

الملكية من الحقوق المقدسة المحمية بموجب النصوص الدستورية والقانونية^(١)، لذا سنبحث في هذه المطلب مفهوم حق الملكية وخصائص هذا الحق وعناصره ثم مفهوم الغير .

الفرع الأول / مفهوم حق الملكية وخصائص هذا الحق وعناصره

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية، فمن يملك حق الملكية ملك عناصره بمعنى إنها تخول المالك سلطات جامعة من استعمال واستغلال وتصرف ، فقد عرفت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي حق الملكية بقولها (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

فإذا كان الأمر كذلك فإنه يصح التساؤل عن نطاق هذا الحق ، وبديهي أن يكون الجواب على هذا التساؤل واضح من حيث تحديد محل هذه السلطات بالشيء المملوك ذاته، الذي هو دائماً شيء معين بالذات، وهذا ما يفترض أن يكون هذا الشيء محدداً على نحو يميزه عن غيره من الأشياء ومعرفة محل الحق لا تثير أية صعوبة بالنسبة للمنقولات لأن هذه الأشياء بحكم إمكان نقلها، يكون لها كيان مستقل ومنفصل عن غيره من الأشياء ولكن الأمر ليس بهذا اليسر إذا تعلق بعقار، ذلك أن العقارات بحكم ثباتها والتصاقها ببعض لا تتميز عن غيرها على نحو ما تراه في المنقولات، الأمر الذي يثير المنازعات ومن ناحية أخرى فأن وجود الأرض يفترض فضاء من فوقها وعمقها من تحتها فيثور تساؤل عن مدى سلطات المالك على هذا العلو و ذلك العمق، لقد تكفلت بالإجابة على هذه التساؤلات وبالتالي بتحديد نطاق حق الملكية^(٢). المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي جاءت فيه (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة و استغلال فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

ولا تقتصر ملكية الأرض على سطحها بل تشمل كذلك ما فوقها من الفضاء وما تحتها من العمق وعلى هذا نصت المادة (١٠٤٩ ف٢) من القانون المدني العراقي بقولها (وملكية الأرض تشمل ما فوقها علو وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها) فمالك الأرض يملك الفضاء الذي يعلوها ، فيحق له استخدامه بالزراع أو البناء أو مد الأسلاك كما أن مالك الأرض يملك كذلك الطبقات

١ - المادة (٢٣) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥.

٢ - حيدر سعود خضير المسعودي - نطاق حق الملكية وخصائصها - بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية - م٧٢ - عدد (٤) ت٢ لسنة ٢٠٢٤، ص٣٣٤.

التي تحتها فله استخدام هذا العمق فيحفر فيه آباراً أو يمد أنابيباً أو يستخرج منه الأتربة أو الأحجار وللمالك بحسب الأصل أن يمنع غيره من الاستفادة من علو أرضه أو سفله، وإذا كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، فالملكية ينظر إليها اليوم على إنها وظيفة اجتماعية ولهذا فإنه لم يعد معقولاً ولا مقبولاً بأن من ملك أرضاً يملك ما فوقها إلى السماء وما تحتها أيضاً إلى الثرى، ولذلك فإن الاتجاه السائد اليوم في التشريع والفقهاء والقضاء هو أن ملكية العلو والسفل ثبت لمالك الأرض بالقدر المفيد في التمتع بملكه علواً وسفلاً كما وردت في المادة (١٠٤٩ ف٢) في شطرها الأخير (.... إلى الحد المفيد) ويترتب على ذلك أنه ليس لمالك الأرض أن يعارض في إفادة الغير فيما يجاوز النطاق الذي يستطع هو في حدوده الإفادة من ملكه علواً وسفلاً، كالطيران أو مد الأنابيب أو الأسلاك في باطن الأرض مادامت هذه الأعمال لا تُعيق عن استعمال حقه ولا الحق به ضرراً^(١) .

فيما يخص خصائص الملكية حق عيني، وهو بهذا الوصف يرد على شيء معين بذات، كما أن حق الملكية باعتباره حقاً عينياً وهو حق مطلق، على أنه لا يقصد بذلك أن الملكية حق لا تحده حدود، فصفاً الإطلاق بهذا المعنى لم تعد تتسجم مع التطورات الفقهية والاجتماعية الحديثة ، فما يراد بالإطلاق هنا هو أن حق الملكية باعتبار حقاً عينياً ، سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين على شيء معين^(٢)، وهذه السلطة يمارسها صاحبها دون حاجة إلى تدخل أحد، فحق الملكية على هذا الأساس حق يمكن الاحتجاج به قبل الكافة ، على ان هذين الأمرين لا يختص بهما حق الملكية ، وإنما يشترك فيهما مع غيره من الحقوق العينية، وان كان هو الأصل الذي تنفرع عنه جميع هذه الحقوق ، اما الخصائص التي ينفرد بها حق الملكية دون سواه من الحقوق العينية كما تراها غالبية الفقه التقليدي، فهي :

١. حق الملكية حق دائم : فقد وصف حق الملكية انه حق دائم ، ولكن ليس معنى ذلك أن تدوم ملكية الشيء للمالك إلى الأبد، لأن المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل الملكية كالبيع أو الهبة أو بغير ذلك من التصرفات ما بين الأحياء، وقد تنتقل ملكية الشيء بالوفاة إلى ورثة المالك، فالمقصود بدوام حق الملكية أن هذا الحق يبقى ما دام محله باقياً، ويترتب على ذلك أن الملكية لا تسقط بالتقادم ولا تزول بعدم الاستعمال، كما لا يجوز توقيت الملكية بمدة معينة فلا يصح الاتفاق مثلاً على انتقال

١ - هادي عزيز علي - مدونة القضاء المدني العراقي كتاب البناء والغراس على ارض الغير - مكتبة صباح القانونية - بغداد ٢٠١٥، ص ٢٩.

٢ - المادة (٦٧ ف١٣) من قانون المدني العراقي جاء فيها (الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين .)

ملكية الشيء إلى المتصرف إليه لمدة معينة يعود بعدها إلى المتصرف لأن التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية^(١).

٢. حق الملكية حق مانع : إن عناصر حق الملكية تمكن المالك من استعمال المال واستغلاله والتصرف به على الوجه المرسوم قانوناً، ولا يحق للغير إن يتدخل في هذا الشأن، أي إن الملكية حق مقصور على المالك وحده لا يجوز للغير أن يشاركه فيه، أو يتدخل في أي شأن يخص الملكية، وهذا هو المقصود بالحق المانع^(٢)، كون حق الملكية حقاً مانعاً أي مقصوراً على المالك هو ان لا يكون الشيء مملوكاً لشخصين في وقت واحد، وعلى هذا الأساس فإن المال المملوك لشخصين على وجه الشيوخ لا يعتبر مملوكاً لشخصين في آن واحد بل أن أي واحدا منهما يملك جزء منه، لأن كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه^(٣)، إذا كان حق الملكية حقاً مانعاً على وفق لما هو مبسوط في أعلاه فأن ذلك لا يمنع من إبراد قيود قانونية عليه تحد من سلطات المالك في ملكه، كمنع فتح شباك في مكان يطل على مكان تجمع عائلة جاره، أو الحقوق التي ترد على الأراضي الزراعية كحق المسيل و المجرى والمرور ، أو الاستملاك الذي يجري لأغراض المنفعة العامة أو حق الشفعة في دار السكن ، أو إيجار المساكن على وفق أحكام قانون الإيجار الذي يعتبر العلاقة بين المؤجر والمستأجر علاقة قانونية وليست علاقة عقدية، وهي بذلك تكبل يد المالك في ملكه^(٤).

٣. حق الملكية حق جامع : إن حق الملكية هو أقوى الحقوق العينية و اكملها لأن بحسب الأصل يخول صاحبه السلطات التي تمكنه من الحصول على جميع المزايا من الشيء محل الحق لهذا يوصف حق الملكية بأنه حق جامع ، فللمالك أن يستعمل الشيء وأن يستغله وأن يتصرف فيه على النحو الذي يريده في حدود ما تفرضه الإرادة أو ما يقرره القانون من قيود تحقيقاً لمصلحة عامة أو خاصة، ولما كان الأصل في حق الملكية أنه جامعاً لكل السلطات، فأن ما يرد على الملكية من قيود يعتبر استثناء من هذه الأصل،

١- محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية ، ج ١ ، العاتك لصناعة الكتاب ، ط ٣ ، ٢٠١٠ ، ص ٤٣ .

٢- نصت عليه فقرة (١) من المادة (١٠٤٩) من القانون المدني (مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصر الجوهريّة).

٣- نصت فقرة (٢) من المادة (١٠٦١) على أن (كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بعها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها البيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إنهم).

٤- هادي عزيز ، مدونة القضاء المدني العراقي -كتاب البناء والغراس على ارض الغير -مكتبة صباح للاصدارات القانونية، ببغداد ٢٠١٥ ، ص ١٩ .

ويترتب على هذا إن على من يدعي ان له حقاً في ملك الغير ان يقيم الدليل على ذلك لأنه يدعي خلاف الأصل، أما المالك فلا يكلف إلا بأثبات ملكه بالطرق المقررة قانوناً، ويترتب على اعتبار حق الملكية حقاً جامعاً كذلك أن أي حق يتفرع عن الملكية يكون مؤقتاً عادة كحق الانتفاع أو السكنى أو الاستعمال، فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك، ولا بد من ارتداد هذه السلطات إليه بانقضاء هذه الحقوق فتعود الملكية إلى أصلها كاملة بعد أن انتقصت بقيام الاستعمال أو الاستغلال منفصلاً عنها^(١).

قلنا بأن حق الملكية حق جامع، بمعنى انه يخول صاحبه السلطات التي يستطيع أن يباشرها على الشيء الذي يملكه و الحصول على مزايا هذا الشيء، وهذه السلطات ترد إلى ثلاث هي الاستعمال والاستغلال والتصرف^(٢). سنتحدث عن السلطات الثلاث باختصار

١. الاستعمال: يقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما يتفق مع طبيعته للحصول على منافعه فيما عدا الثمار، شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه كأن يركب المالك دابته أو سيارته أو يسكن داره أو يقرأ كتابه إلى غير ذلك من وجوه الاستعمال^(٣).

٢. الاستغلال: يقصد بالاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره، فيكون بالإفادة من الشيء بطريقة مباشرة، عن طريق الحصول على ثماره دون مساس بأصل الشيء، والثمار نوعان، ثمار مادية وهي أما أن تتولد عن الشيء دون تدخل من الإنسان كنتاج المواشي، وثمار الحداثق وتسمى الثمار الطبيعية وأما أن تتولد من عمل الإنسان كالمحصولات الزراعية وتسمى في هذه الحالة الثمار المستحدثة، ونوع الثاني من الثمار هو ما يحصل عليه الشخص من دخل نقدي نتيجة تخويل شخص آخر الإفادة من الشيء، كأجرة الأراضي الزراعية والمنازل وهذا النوع من الثمار يسمى الثمار المدني^(٤).

٣. التصرف: باعتبار سلطة يخولها حق الملكية لصاحب الحق، يكون تصرفاً مادياً، ويقصد به إجراء تغيير أو تعديل في مادة الشيء، كشق طريق في أرض زراعية، أو إقامة مبنى عليها

١- محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، ط ٣، ٢٠١٠، ص ٤٤.
٢- نصت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني بأن (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، عيناً ومنفعة و استغلاً، فينتفع بالعين المملوكة بغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

٣- محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية، مصدر السابق، ص ٤٦.

٤- فوزي كاظم المياحي-القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً - ج ١ - مطبعة السيماء بغداد ٢٠١٦-ص ٣٢٣.

أو هدم بناء قائم أو تحويل الدقيق الى خبز وهكذا، وقد يكون التصرف قانونياً كأن ينقل المالك حقه على الشيء إلى آخر بالبيع أو الهبة، أو يرتب عليه حق رهن أو ارتفاق^(١).

الفرع الثاني / مفهوم الغير

الغير لغةً: غير جمع أغيار، نحو جاء غيرهم أي سواهم، أو جاء القوم غير فلان ، ويقال قبضت عشرة ليس غيرها^(٢).

أما الغير اصطلاحاً و قانوناً فهو مالك العقار بصفة قانونية الذي تم إنشاء المحدثات على عقاره من قبل منشئ المحدثات سواء أكان القائم بالمحدثات حسن النية أم سيء النية، وقد يكون الغير شخصاً طبيعياً سواء كان فرداً أو مجموعة من الأفراد، كما قد يكون الغير شخصاً معنوياً كالدولة في الحالة التي يقوم فيها شخص بالبناء على ارض مملوكة لها أو الوقف إذا قام شخص بالبناء على ارض موقوفة، بمعنى آخر فان شخصية الغير ستظهر في كل حالة يكون فيها المحدث غير مالك العقار الذي يقيم البناء عليه^(٣).

هنا لا بد لنا الإشارة الى انه قد يكون المحدثات من مال المحدث الخاص به ولحسابه وقد يكون المحدثات على ملك الغير لحساب المالك الأصلي ففي الحالة الأخيرة إذا كان الباني قد إقام المحدثات لحساب الغير أي مالك العقار فعلى الغالب يكون هناك اتفاق مسبق بينهما يتم الرجوع بشأنه الى بنود هذا الاتفاق^(٤).

وقد يقوم الشخص بإحداث المنشآت لحساب الغير من دون اتفاق معه على المحدثات وهو امر نادر أو قليل الوقوع وأن حدوثه متوقع في حالتين :

أولاً / أن يكون الشخص قد أقام المحدثات فضولياً على عقار الغير لحساب الأخير، كالجار الذي يعيد بناء الجدار الخارجي لمنزل جاره الذي تهدم في أثناء غياب الأخير.

ففي هذه الحالة بإمكان الشخص مقيم المحدثات استناداً الى أحكام القانون المدني العراقي أن يرجع على مالك الأرض بدعوى الكسب بدون سبب تطبيقاً لأحكام المادة (٢٤٣) التي تنص على

١ - هادي عزيز ، مدونة القضاء المدني العراقي -كتاب البناء والغراس على ارض الغير -مكتبة صباح للاصدارات القانونية، ببغداد ٢٠١٥، ص ١٦.

٢- المنجد في اللغة و الإعلام ، دار المشرق، بيروت، ط٣٨، ص٥٦٣.

٣- القاضي مهدي صالح سلمان - البناء غير المشروع على ملك الغير في التشريع العراقي ، بحث مقدم الى مجلس القضاء الأعلى، ٢٠١٢ص١٥.

٤- د . عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في قانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨٢، ص٣٣٨.

إنه (كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها) مالم يطلب مالك العقار إزالة المحدثات، ولا يمكن الرجوع بدعوى الفضالة لأن المشرع العراقي عالج تصرفات الفضولي القانونية فقط ولم يبين حكم الأعمال المادية التي يقوم بها كإقامة المحدثات.^(١)

ثانياً / تحدث هذه الحالة عندما يقوم الوكيل بالتجاوز على حدود السلطة المخولة له، فيقيم المحدثات على أرض الموكل لحساب الأخير.

ففي هذه الحالة أن يتجاوز الوكيل لحدود السلطة المخولة له فيقيم المحدثات على العقار موكله لحساب الأخير، فهنا يجب عدم اعتبار الوكيل محدثاً في عقار الغير بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً عن نطاق تطبيق أحكام الالتصاق، بل يجب تطبيق أحكام الوكالة.^(٢)

بعد توضيح مفهوم الغير فلا بد لنا من الوقوف على موضوع القرينة القانونية التي أقامها المشرع العراقي لمصلحة مالك الأرض وهي قرينة كون المنشآت لمالك الأرض، بأن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع فيها^(٣)، كما أقر القانون المدني العراقي بأن مالك الأرض يملك علوها وسفلها^(٤)، إذ تعد قرينة قانونية في صالح مالك الأرض مقتضاها أن كل ما على الأرض أو تحتها من البناء أو الغراس أو أي منشآت أخرى من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون ملكاً له، إلا أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فعلى من يدعي خلافها إقامة الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت^(٥).

١- عبد المجيد الحكيم- محمد طه البشير - عبدالباقي البكري، شرح القانون المدني مصادر الالتزام، بغداد ١٩٨٠ ص ٧٥.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر سابق - أسباب كسب الملكية - ج ٩، ص ٣١٦.

٣- أنظر الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي .

٤- أنظر المادة (١١١٧) من القانون المدني العراقي.

٥- د. سعيد عبدالكريم مبارك- شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الاصلية، ط ١، بغداد ١٩٧٣، ص ١٤٠.

المطلب الثالث

الشروط القانونية للمحدثات

ليس كل بناء على أرض الغير تحكمه قواعد الالتصاق سواء أكان هذا البناء منشآت طبيعية أم ذا طبيعة زراعية، إذ يشترط القانون جملة من الشروط إذا لم تكتمل فإن هناك نصوصاً أخرى يتضمنها القانون هي التي سوف تحكم تلك الواقعة، فمثلاً المقاول الذي يقيم منشآت في أرض غيره بموجب عقد المقاولة فإن أحكام المقاولة هي التي تطبق في حالة حصول نزاع له مع رب العمل، وسنبين فيما يأتي الشروط القانونية للمحدثات .

الفرع الأول / الشروط المتعلقة بطبيعة المحدثات .

أولاً / يجب أن يكون ما أتصل بالأرض هو منشآت (بناء أو غراس) وأن يكون من المستحدثات الجديدة:

يقصد بالبناء المنشآت التي تنطوي على إنشاءات جديدة تكون متميزة بذاتها، ومستقلة بكيانها، بحيث يمكن نزعها بصورة مستقلة سواء أقيمت على أرض غير مبنية أم كانت إضافات إلى منشآت قائمة،، مادامت هذه الإضافات تنطوي على إنشاء جديد كبناء حائط أو غرفة أو إضافة طابق جديد في منزل أو بناء قائم.^(١)

ويجب أن تكون المواد المستخدمة في البناء والغراس والمنشآت الأخرى مما يعتبر عرفاً من مواد البناء والغراس كالأخشاب والطابوق والإسمنت الحصى والحديد، فإن كانت مما لا يعد كذلك كالتمثال الفني أو الأثري أو غير ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء فلا يمكن تملكه بالالتصاق مطلقاً وينبغي نزعه وتسليمه إلى مالكة الأصلي مهما ترتب على ذلك من ضرر بصاحب الأرض.^(٢)

ولا يعد من قبيل إنشاء الجديد مجرد التحسينات في منشآت قائمة مادامت تلك التحسينات لا تكون في ذاتها كياناً متميزاً مثل طلاء الجدران وزخرفتها وطلاء الأبواب والشبابيك ، فهذه الأعمال تعد في واقع الأمر من قبيل أعمال الحفظ والصيانة أو من قبيل الترميمات أو الإصلاحات التي لا تؤدي إلى إنشاء جديد وإنما مجرد تحسين ما هو قائم وإصلاحه وترميمه.^(٣)

وتسري في القانون المدني العراقي على هذه الأعمال القواعد الخاصة بالمصرفيات التي ينفخها الحائز الواردة في المادة (١١٦٧) منه، وذلك على أساس التفرقة بين المصرفيات الضرورية والنافعة

١- د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية، منشآت المعارف - الاسكندرية ٢٠٠٠ ، ص ٦٣.

٢- صلاح الدين ناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بعدا ١٩٦١-١٩٦٨ ص ٢٦٨.

٣- حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية ، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجدد ١٩٩٣، ص ٩٣.

والكمالية، إذ يلتزم المالك بأن يؤدي إلى من كان الملك تحت يده جميع ما انفق من مصروفات ضرورية حتى ولو كان الأخير سيء النية، لأن المصروفات الضرورية لازمة لحفظ الشيء وكان على المالك قيام بها لو كان ملكه تحت يده عملاً بأحكام المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي.^(١)

أما المصروفات النافعة فهي مصروفات ينفقها الحائز لا للمحافظة على الشيء من الهلاك بل لتحسينه و زيادة قيمته، وهذه المصروفات لم يكن على المالك انفقها لو أن العين بقيت في حيازته، ومثال تلك المصروفات قيام المستأجر ببناء غرفة في العين المؤجرة أو رصفها بالكاشي أو إدخال التكييف المركزي أو وضع الأبواب والشبابيك أو سخانات المياه وما شابه ذلك، وقد أحالت المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي بخصوص المصروفات النافعة إلى أحكام الالتصاق وبالتالي يفرق بشأنها بين ما إذا كان من أنفقها حسن النية أو سيء نية.^(٢)

أما المصروفات الكمالية فهي مصروفات تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذي يريده الحائز كطلاء الجدران وزخرفتها أو عمل المرمر أو إنشاء نافورة مياه وغير ذلك من التحسينات، غير أنه يجوز أن ينزع ما استحدثه من المصروفات الكمالية على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار مالك العقار ان يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع.^(٣)

والواقع انه لا توجد صعوبة في تقدير كون البناء من المستحدثات الجديدة النافعة وليست تحسينات كمالية، مادامت التحسينات الكمالية يمكن رفعها وليس للحائز أن يطالب بقيمتها في حالة رفعها وعدم رغبة المالك بإبقائها، اما إذا كانت التحسينات لا يمكن رفعها بحكم طريقة إنشاءها ، كمن ينشأ قنوات لتيسير ري أرض زراعية أو من يحفر بئراً أو ساقية لجلب المياه منها هنا لا تخضع لأحكام الالتصاق، وإنما تسري عليها القواعد الخاصة بالمصروفات التي ينفقها الحائز، لأن تلك الأعمال لا تؤدي إلى إنشاء جديد بل هي مجرد تحسين لما هو قائم.^(٤)

ثانياً / يجب أن يكون المحدثات متصلة بالأرض على سبيل القرار ولا يمكن فصلها دون تلف

إن المحدثات والمباني هي عقارات بالطبيعة لالتصاقها بالأرض ، والالتصاق هو الذي يضيء عليها صفة العقار، فالأرض إذاً هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت، وهذه الأخيرة قبل تشييدها في الأرض كانت عبارة عن جملة من مواد البناء، فهي كميات من الإسمنت والرمل والخشب

١- أنظر المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي .

٢ -القاضي مهدي صالح سليمان، البناء غير المشروع على أرض الغير ،مصدر السابق ، ص٧.

٣ -محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية ، مصدر السابق ،ص٢٦٣.

٤ -د. محمد على عرفة ، موجز في حق الملكية و أسباب كسبه ،دار النهضة ،القاهرة١٩٥٦،ص٢٠٧.

والحديد وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء، ولا تصبح هذه المواد عقاراً إلا إذا شيدت والتصقت مع الأرض وأصبحت ثابتة ومستقرة فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت.^(١)

وبالتالي فإن حدوث نزاع محتمل بين من أقام المنشآت ومالك الأرض، إنما يحدث إذا التصقت المحدثات بملك الغير، بحيث تكون مواد البناء المنقولة قد أصبحت عقاراً بالطبيعة أقيم ليبقى على سبيل الدوام، ويجب أن يكون لهذه المحدثات كيان متميز، فهي تتضمن إنشاءً جديداً يمكن نزعه إذا ما أُريد ذلك، يستوي أن تكون هذه المنشآت مستقلة بذاتها كبناء يقام على أرض غير مبنية، أو تكون إضافات إلى منشآت مقامة من قبل كبناء يقام على منزل قائم، وإن المنشآت الصغيرة كالأكشاك و الحوانيت الخشبية و البيوت الزجاجية وغيرها من المأوى التي لا تلتصق بالأرض وتقام على أرض الغير، فهذه المنشآت ليست منشآت صغيرة فحسب إنما منشآت مؤقتة دون أن يكون مقصوداً بقائها على الدوام لا تنطبق عليها أحكام الالتصاق.^(٢)

وبما أن المشرع العراقي لم يورد للمنشآت المؤقتة أحكاماً خاصة ضمن أحكام الالتصاق، مما يترتب عليه الرجوع إلى الأحكام العامة للمنشآت من أجل الوصول إلى الحل الواجب اتباعه في حالة حدوث نزاع بين مالك الأرض و صاحب المنشآت، منه المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي.^(٣)

الفرع الثاني / الشروط التنظيمية لمصير المحدثات.

أولاً / عدم وجود اتفاق على مصير المحدثات

عدم وجود اتفاق صريح بين المحدث والمالك ففي الحالة التي يرخص فيها صاحب الأرض للغير بإقامة المحدثات على أرضه يمنع من أعمال أحكام الالتصاق منعاً مؤقتاً طوال مدة حياة المحدث للأرض ولكن إذا انتهت مدة حياة صاحب المحدثات للأرض وذلك دون أن يوجد اتفاق يفصل في مصير المحدثات عندئذ تسري أحكام الالتصاق في علاقة صاحب الأرض بمقيم المحدثات.^(٤)

١- د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - ج٨- مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤ ص ٢٤.

٢- د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية - ج١- منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٤٦، ٢٤٥.

٣- جاء في المادة (١٩٧) من القانون المدني (المغضوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان)

٤- عمر إبراهيم عبدالمجيد حرموش، البناء في ملك الغير، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٦٤.

والاتفاق الذي تستبعد بمقتضاه أحكام الالتصاق يشترط فيه أن يتضمن الترخيص للغير بإقامة المحدثات من جهة وأن يبين مصير المحدثات من جهة أخرى، إذ تتعطل أحكام الالتصاق طوال حياة الباني للأرض، فلا يمتلك مالك الأرض المحدثات بل تكون مملوكة لمقيمها، ولكن إذا انتهت مدة حياة صاحب المحدثات للأرض دون أن يوجد اتفاق يفصل مصير تلك المحدثات عندئذ تسترد أحكام الالتصاق الخاصة بالباني حسن النية سلطانها، فتسري عندئذ في علاقة مالك الأرض بمقيم المحدثات.^(١)

ثانياً / عدم وجود نص خاص ينظم حكم الواقعة.

يشترط لغرض تطبيق أحكام الالتصاق أن لا توجد هناك نصوص خاصة تسري في شأن إقامة المنشآت على ارض الغير، ولذلك كانت أحكام الالتصاق بمثابة أحكام احتياطية تطبق في حالة عدم وجود أحكام خاصة أصلية، فقد يعمد المشرع إلى تنظيم هذا الوضع في أحوال معينة تنظيمياً لا يتقيد فيه بأحكام الالتصاق، وبالتالي لا مناص من اتباع هذا التنظيم الخاص في شأن ما عرض له واستبعاد أعمال أحكام الالتصاق.^(٢)

أن الأحكام الواردة في القانون المدني بشأن الالتصاق ليس وحده الذي ينظم واقعة إقامة المحدثات على ملك الغير ثمة تشريعات عديدة تناولته و بأساليب مختلفة مثلاً القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ عدل من أحكام المادة ١١٢٧ من القانون المدني، كما انه لم يعد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقداً باطلاً على وفق أحكام المادة ٥٠٨ من القانون المدني لكونه اعطى للبيع خارج دائرة تسجيل العقاري وصفاً قانونياً أخرى يسمى (التعهد بنقل ملكية عقار)، واحد شروط تطبيق أحكام القرار ١١٩٨ هو أحداث المتعهد البناء أو المنشآت على العقار موضوع التعهد.^(٣)

١- د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج١، بيروت ١٩٨٦، ص ١٨٣.

٢- د. رمضان أبو السعود، مصدر السابق، ص ١٧٩.

٣- هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٩٥.

المطلب الرابع

الأساس القانوني لأحداث البناء والمنشآت والغراس على أرض الغير

إن الالتزام قد ينشأ أحياناً عن عمل قانوني كالعقد أو الإرادة المنفردة وقد ينشأ عن واقعة قانونية كالعمل غير المشروع أو الفعل النافع فضلاً عن نص القانون بوصفه مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام^(١).

وحيث أن من يقيم المحدثات غالباً ما يستند إلى أسباب تدفعه لإقامة تلك المحدثات على ذلك العقار معتقداً شرعية ذلك أو قد يكون اعتقاده مبنياً على أسباب تبرر له إقامة تلك المحدثات^(٢).

ولغرض الإحاطة بتفاصيل الموضوع سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الأول سنبحث فيه إقامة المحدثات على ملك الغير بالاستناد إلى سبب صحيح و زعم شرعي إما الفرع الثاني نبحث عن التمييز بين السبب الشرعي والزعم الشرعي.

الفرع الأول / إقامة المحدثات على أرض الغير بسبب صحيح وزعم شرعي.

قد يحدث الشخص بناء أو غراساً بمواد من عنده على أرض الغير بزعم سبب شرعي، يتجسد مضمونه في أن المحدث الذي بنى أو غرس على أرض يعتقد أن له حقاً فيها أو أنه يملكها، إن مثل هذا الزعم هو الذي يثير المشكلة، فهل حسن النية أم أنه الاستناد إلى السبب الصحيح، هو الذي يضفي المشروعية على أحداث المنشآت والغراس في أرض الغير^(٣). وبمعنى آخر أن الأساس القانوني لإقامة المحدثات قد يكون مبنياً على الزعم الشرعي، وقد يكون مبنياً على سبب صحيح.

أن موضوع التشييد بزعم سبب شرعي أو بناء على السبب الصحيح أصبح ذا أهمية واسعة وله تطبيقات كثيرة في الفترة الأخيرة سواء في الملكية المشاعة أم في الملكية الفردية وسواء حدث ذلك من قبل الشريك في ذلك الملك أم من قبل الغير.

وللوقوف على مفهوم السبب الصحيح ومفهوم الزعم بسبب شرعي سوف نبحث كل على حده في فرع كالتالي:-

١- د. عبدالمجيد حكيم. المجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام. المكتبة القانونية بغداد ١٩٧٧. ص ٢٢.
٢- د. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، ط١، بغداد ١٩٧٣، ص ١٣٨.
٣- ياسين محمد الجبوري، الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي من القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٤، العدد ٢، ٢٠١٧.

أولاً / الزعم الشرعي

لقد ورد مصطلح الزعم بسبب شرعي في المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي في باب الالتصاق بوصفه سبباً من أسباب كسب الملكية وقد استعاره المشرع العراقي من نص المادة (٩٠٦) من مجلة الأحكام العدلية^(١)، ويلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم تورد تفسيراً واضحاً لمصطلح الزعم بسبب شرعي إضافة إلى أن شراح المجلة قد ساروا نفس النهج أيضاً ذهب قسم منهم إلى ذكر عبارة الزعم بسبب شرعي كانت قد نصت عليه المادة (٩٠٦) من المجلة وذهب قسم آخر إلى إيراد سبب واحد وهو الإرث واعتبروه زعماً شرعياً وجعلوه مثلاً يمكن القياس عليه^(٢).

لقد اختلف شراح المجلة في تفسير الزعم الشرعي وبيان المقصود منه، بعض منهم لا تخرج تفسيراتهم لهذا المصطلح عن حدود أن المحدث لا بد أن يستند إلى سبب لو صح لكان التصرف صحيحاً، حيث يذهب بعض أصحاب هذا الاتجاه على أنه يقصد به : هو من يبني مع عدم التعدي. وذهب آخرون إلى أنه: الإرث أو ما قام مقامه، في حين فسره آخرون بأنه: سبب من أسباب التملك بالظاهر عند إنشاء البناء أو الغراس كأن يكون الباني أو الغراس قد تلقى الأرض إرثاً أو هبة أو وصية أو شراء من ثم يظهر لها مستحق يثبت ملكيتها أما الاتجاه الثاني فقد فسره على أنه : اعتقاد المحدث بكون تلك الأرض ملكاً له، وبالتالي فإن أصحاب هذا الاتجاه لا يحرصون معنى الزعم بسبب شرعي في حدود السبب الذي لو صح لكان التصرف صحيحاً^(٣)

كما أن الفقه العراقي لم يقف كثيراً عند المصطلح لبيان ماهيته وتحديد من هو المحدث بزعم سبب شرعي من عدمه، في حين مر جانب آخر من الفقه عند تفسير لهذا المصطلح مروراً سريعاً وبين أن الزعم بسبب شرعي هو حسن نية ولم يذهب إلى أكثر من ذلك،^(٤) وهناك من يذهب إلى أن

١- تنص المادة (٩٠٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (إذا كان المغصوب أرضاً وكان الغاصب قد أنشأ عليها بناءً أو غرس فيها أشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها، وإن كان القلع مضرراً بالأرض فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض، ولكن لو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويمتلكها...)

٢- علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، نقلاً عن كرار حسن كاظم الغزالي، أحكام المنشآت المشيدة- وفق لأحكام القانون العراقي، رسالة الماجستير مقدم إلى مجلس عمادة معهد العلمين، سنة ٢٠١٧.

٣- ياسين محمد الجبوري، الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي من القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٤، العدد ٢، ٢٠١٧.

٤- د. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح قانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص ١٤٢.

الزعم هو اعتقاد المحدث بأنه يبني على أرضه،^(١) وذهب رأي آخر الى أن لقيام الزعم بسبب شرعي إنما يجب أن يكون للمحدث سبباً صحيحاً^(٢).

أما القضاء العراقي فقد أوضح مفهوم الزعم بسبب الشرعي من خلال ما أصدره من أحكام حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٩/ الهيئة الموسعة /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/١٥ بأنه) وجد أنه صحيح وموافق لأحكام القانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه الهيئة بالعدد ٣٩/ الهيئة الموسعة /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/٢٣ والتي (هذه الهيئة) توصلت فيه بأن حسن النية في البناء ظهر جلياً و واضحاً لدى المدعين (المميز عليهم /.....) عندما شيدوا دارين على القطعة المرقمة ١٧/٢٨٣٦ م ١٥ بزايز الفضيلة وكان في يدهم سند ناقل للملكية ويجهلون العيوب التي تشوبه، وحيث إن المدعى عليه (المميز /.....) سبق وأن استحصل حكماً في الدعوى المرقمة ٥/ب/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/١٨ قضي بإبطال قيد تسجيل القطعة المذكورة أعلاه من أسما المدعين وإعادة تسجيله باسمه، وحيث إن الزعم بسبب شرعي من عدمه ينحصر في ذات الملك المحدثه عليه المشيدات والبناء بأن لا يكون للباني ملك آخر قد اشتراه ثم يخطئ هو في تعيينه والذي ينطبق هذا الوصف على وقائع هذه الدعوى وتصبح مطالبة المدعين بقيمة المشيدات مستندة إلى أحكام المادة ١٢٠ من القانون المدني لتحقيق الزعم الشرعي الذي يترتب عليه استحقاق قيمة البناء والمشيدات وهي قائمة بتأريخ المطالبة القضائية)^(٣)

ويمكننا الاستنتاج من القرار المذكور بأن الزعم بسبب شرعي لا يستلزم أن يكون لدى المحدث نية تملك الأرض المقام عليها المحدثات وإنما هو اعتقاد المحدث بأن له الحق بإقامة هذه المحدثات ولم يتم التطرق الى نية التملك بالنسبة للمحدث.

وعليه يمكننا أن نعرف الزعم بسبب شرعي المنصوص عليه في المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي هو (اعتقاد المحدث وقت إقامة المحدثات بأنه يبني أو يغرّس في ملكه أو اعتقاده بأن له الحق بإقامة المحدثات).

١- د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٥٩، ص ٨٩٨.

٢- د. حسن علي زنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد ١٩٥٩، ص ١٣٤.

٣- القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ٤، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠٢١، ص ٢٤٧.

الثاني / السبب الصحيح

ذهب جانب من الفقه الى المساواة بين الزعم بسبب شرعي وبين السبب الصحيح،^(١) في حين ذهب اتجاه فقهي آخر إلى أبدال مصطلح الزعم بسبب شرعي الوارد في المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي السبب الصحيح الوارد في نص المادة (١١٥٨) من القانون ذاته^(٢)، ومصطلح السبب الصحيح يختلف عن معاني مفردات قانونية أخرى اختلافاً كثيراً فسمي صحيحاً ليس لأنه خال من أسباب البطلان بل لأنه كان ينتقل الملكية لو إنه صدر من المالك^(٣) .

ولا يمكن تصور أن يمتلك مشتري عقاراً كان قد اشتراه من غير مالكة، وقد عرف الفقه السبب الصحيح بأنه العمل القانوني الذي هو سبب وضع اليد أو أساس وضع اليد، كما عرفه أيضاً بأنه عمل قانوني صادر لمصلحة الحائز من شخص لا يكون مالكاً للشيء وصاحباً للحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم ويكون من شأنه أن ينتقل الملكية بذاته لو كان صادراً من المالك أو صاحب الحق^(٤)، ويؤخذ على هذه التعريفات بأنها لم تتضمن شروط السبب الصحيح ولم تكن مانعة جامعة، حيث لم تذكر ضرورة أن يكون العمل القانوني صادر من غير المالك الى الحائز وكان من شأنه أن ينتقل الملكية لو صدر من المالك وهي الشروط الأساسية للسبب الصحيح.

في حين عرف المشرع العراقي السبب الصحيح بأنه (سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الأرض الموات، انتقال الملك بالإرث والوصية، الهبة، البيع، أو الإفراغ)^(٥) ويؤخذ على التعريف أعلاه بأن لم يأت بضابط عام للسبب الصحيح، فحصر السبب الصحيح بتصرفات معينة أضاف لها الحادث، في حين أن السندات أو التصرفات الناقلة للملكية لا تقتصر على ما ذكر في ذلك التعريف كالمقايضة والصلح على بدل الوفاء بمقابل وكلها تصرفات يصدق عليها السبب الصحيح^(٦).

حيث يرى القضاء العراقي في كثير من قراراتها الى أن المراد من زعم السبب الشرعي هو وجود سبب من أسباب كسب الملكية، كما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية ٦٠٩٤ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٢ بأنه (..... المميز ادعي بأن مورثه قد أباح له بناء دار على مساحة تقدر بمائة متر

-
- ١- د. حسن زنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر السابق، ص ١٣٤.
 - ٢- جمال عبد الكاظم الحاج ياسين ، أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعة بابل سنة ٢٠٠٥، ص ٤١.
 - ٣- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية مصدر سابق، ص ١٠٥٨.
 - ٤- د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح قانون المدني العراقي ، المصدر السابق، ص ٢٢٣.
 - ٥- المادة (٣/١١٥٨) من القانون المدني العراقي .
 - ٦- د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح قانون المدني العراقي ، المصدر السابق، ص ٢٢٢.

في العقار ... وبناء على تلك الإباحة قام ببناء دار، وحيث أن الإباحة لا تدخل ضمن مفهوم السبب الشرعي الذي نصت عليه المادة ١١٢٠ من القانون المدني كون الإباحة تنقطع عند انتهائها من قبل المالك متى شاء وحيث أن العقار موضوع الدعوى انتقل الى الورثة لوفاة مورثها، فإن الإباحة التي يستند إليها المميز (...) في دعواه تكون قد انقطعت وبالتالي فإن الزعم الشرعي المشار إليه يكون غير متحقق بالدعوى مما تكون واجبة الرد^(١)

الفرع الثاني / التمييز بين السبب الشرعي و الزعم الشرعي

بعد أن اتضح لنا مفهوم الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح فإننا سنبحث هنا كيفية التمييز بينهما، فالسبب الصحيح هو سند أو حادثة كما نص عليه القانون المدني العراقي أو تصرف قانوني كما عرفه الفقه بهذا الوصف ذو معيار موضوعي لا علاقة له بالجانب الشخصي لمن يتمسك به كحسن نيته أو سوءها، ومن ثم فإن حسن النية يعتبر شرطاً مستقلاً عن السبب الصحيح، أما الزعم بسبب الشرعي فهو الاعتقاد الذي يستند إليه المحدث في إقامة محدثات على أرض الغير، وإن حسن النية وسوءها ملازمة للزعم بسبب شرعي أي إن حسن النية لا يعتبر شرطاً مستقلاً عنه بل أن هناك رأي في الفقه يجعل من مصطلح الزعم ومصطلح حسن النية مترادفان^(٢).

وبما أن السبب الصحيح يعد عملاً قانونياً فإن الواقعة الطبيعية والفعل المادي يخرجان من نطاقه، إذ لا يعدان من الأسباب الصحيحة، وكذلك لا يعتبر الفعل المادي سبباً صحيحاً بموجب المادة (١١٥٨) من القانون المدني.

في حين أن الزعم بسبب شرعي قد يستند في زعمه إلى واقعة طبيعية أو فعل مادي أو إلى عمل قانوني، وكذلك يشترط الفقه لاعتبار العمل القانوني سبباً صحيحاً أن يكون عملاً قانونياً ناقلاً للملكية بطبيعته كالبيع و الهبة والوصية والوفاء بمقابل، وبالتالي فإن العمل القانوني الذي ليس من شأنه نقل الملكية بطبيعته لا يعتبر سبباً صحيحاً، وهنا يختلف السبب الصحيح عن الزعم بسبب شرعي، مثلاً إذا حصل نزاع بين شخصين على ملكية عقار ثم يتصالحان على أنه ملك لاحدهما ثم تبين بعد ذلك أنه ليس مملوكاً لأي منهما وإنما مملوك لشخص ثالث وهنا لا يستطيع المتصالح الذي آل إليه العقار التمسك بالسبب الصحيح كون الصلح هو من التصرفات الكاشفة للملكية وليس ناقلاً

١- هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على أرض الغير، المصدر السابق، ص ٨١.

٢- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام التزام، ج ٢، ط ٥، مطبعة نديم بغداد ١٩٧٧، ص ٤٢.

لها، وبخلاف ذلك يحق للمتصالح إذا أحدث منشآت على أرض المتصالح عليها أن يتمسك بالزعم بسبب شرعي تجاه المالك الحقيقي^(١).

وأخيراً فإن الزعم بسبب شرعي يختلف عن السبب الصحيح في أنه ينتج أثره في كسب الملكية إذا ما أقام لوحده ولا يشترط المشرع شروطاً لترتيب الأثار القانونية عليه أما في السبب الصحيح فإن المشرع يشترط حيازة مدة معينة إضافة الى حسن نية الحائز حتى ينتج السبب الصحيح اثره في كسب الملكية ومع ذلك فإن هناك رأي في الفقه يذهب الى أن كلا من الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح مصطلحان لهما معنى واحد^(٢).

والحقيقة أن تطبيق أحكام الزعم بسبب شرعي على المحدث الذي يستند في حيازته إلى السبب الصحيح باعتبار أنه أقام هذه المنشآت بنية ملكيته للأرض لا يعني اشتراط السبب الصحيح على كل حدث، فالسبب الصحيح لا يجعل المحدث إذا زعم سبباً شرعياً، أما الاعتقاد الذي يستند إليه وقت إقامة المنشآت فإنه هو الذي عول عليه المشرع لأعمال أحكام الزعم بسبب شرعي، فإذا ما كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية وقت تلقى العقار ومن ثم أصبح سيء النية وقت إقامة المنشآت أي انه اصبح يعلم أنه تلقى العقار من غير مالكة فإنه لا يقوم لديه الزعم الشرعي^(٣)، وبالتالي وبناء ما سبق تفصيله فإن نظرية السبب الصحيح تختلف عن نظرية الزعم بسبب شرعي.

١- كزار حسن كاظم الغزالي ، أحكام المنشآت المشيدة- وفق لأحكام القانون العراقي ، رسالة الماجستير مقدم الى مجلس عمادة معهد العلمين ، سنة ٢٠١٧ ، ص ١٢١ .

٢- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، المصدر السابق، ص ١٣٤ .

٣- جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، مصدر السابق ، ص ٢٨ .

المبحث الثاني

حالات أحداث البناء والمنشآت والغراس على أرض الغير

نصت القوانين المدنية على قرينة مفادها أن جميع المحدثات المقامة على الأرض تعد من عمل صاحب الأرض وانه أقامها على نفقته وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي حيث نص على أن كل ما على الأرض وتحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعد من عمل صاحب الأرض أقامها على نفقته وتكون ملكا له ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك، و للمحدثات على ملك الغير حالات كثيرة و ضمن نطاق بحثنا سوف نقوم بعرض بعض من الحالات وأحكامها في القانون العراقي.

المطلب الأول

أحكام المحدثات المقامة من قبل الغير

عالج المشرع العراقي حكم المحدثات المقامة على أرض الغير ضمن أحكام الالتصاق بالعقار في الباب الأول: حق الملكية، الفصل الثاني: أسباب كسب الملكية ، الفرع الثالث: كسب الملكية بين الأحياء، أولاً الالتصاق من مواد (١١١٧ الى ١١٢٣) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وللمحدثات على أرض الغير صور عدة ولكل من تلك الصور أحكامها ووصفها القانوني ، سنبين كل صورة على حدة.

الفرع الأول / المحدثات التي يقيمها شخص على أرضه بمواد مملوكة لغيره

يكون ملكا لصاحب الأرض المحدثات التي أحدثها بنفسه بمواد مملوكة لغيره، هذا ما نصت المادة (١١١٨) من القانون المدني العراقي بأن (يكون ملكاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يمكن قلعها دون أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم وعليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه أما إذا امكن قلعها بلا ضرر جسيم وأراد صاحبها استردادها فله ذلك وعلى صاحب الأرض نفقة القلع)^(١) ، لكون تلك المواد قد التصقت بأرض المالك وحسنت من منافع العقار وزادت من قيمته، وأن التطبيقات القضائية في هذا الموضوع شحيحة جداً، لأن الغالب هو قيام المالك بشراء المواد من ماله الخاص أو أن تأتيه تلك المواد على سبيل التبرع، وهنا لامجال لوقوع تنازع في هذا الموضوع ، إلا أن التنازع يبرز عندما تكون تلك المواد مملوكة للغير ودخلت ضمن العقار العائد للمالك^(٢).

١- يقابل المادة (٩٢٣) من قانون مدني مصري .

٢-هادي عزيز علي ، المصدر السابق ،ص٧٥.

في حالة المطالبة والتنازع فإن الأمر تخضع لأحكام المادة (١١١٨) سالفه الذكر ، و يفحص هذه المادة يتضح أنه يجوز لصاحب الأدوات أو المواد أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم يلحق بالأرض، ويكون نزع تلك الأدوات على نفقة مالك الأرض سواء أكان حسن النية أم سيء النية ، فإذا لم يكن قلعها من غير أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم تملك صاحب الأرض تلك الأدوات بالالتصاق ، كان عليه أن يدفع قيمة المواد مع التعويض أن كان له مقتضى، هذا إذا بنى صاحب الأرض بأدوات بناء، أما إذا كان قد أدخل في البناء تمثالاً أو أثراً ثميناً أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء، ولا تدخل في مفهوم المحدثات و البناء فلا يملكه بالالتصاق مطلقاً بل يجب عليه قلعه وتقع نفقات القلع عليه بسبب تعديه ولو أحدث القلع ضرراً جسيماً بالبناء.^(١) ففي حالة مطالبة صاحب المواد بالمواد تلك من صاحب العقار، فإن الأمر يتخذ حالات وعلى الوجه الآتي :-

أولاً / إمكان قلع المواد من دون إحداث ضرر جسيم بالعقار:

إذا طلب صاحب المواد استرجاع المواد عيناً، و كان قلعها ممكناً ومن دون إحداث ضرر جسيم بالأرض، كأن تكون المواد أبواب أو مغاسل أو خشباً وضع كأرضيات للغرف أو مفرغات هواء فعلى مالك العقار القيام بقلع وتسليم المواد إلى صاحبها في حالة كون القلع من البناء لا يلحق به ضرراً جسيماً، وتبقى المواد تلك على ملك صاحبها، وفي هذا الصدد فإن الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ورد فيها (يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق بالأرض، ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سيء النية أو حسن النية)^(٢). ويكون القلع على نفقة صاحب الأرض مادامت المحدثات قد تمت بفعله، ولكن إذا كان القلع لا يسبب ضرراً جسيماً حسب ما يقرره الخبراء كالضرر البسيط الذي يمكن تلافيه القيام بأحداث المحدثات تلك قد تكون بحسن نية أو سيء نية، أما المطالبة بالقلع فيجب أن يتم خلال المدد المحكومة بالتقادم في القانون المدني.^(٣)

ثانياً / قلع المواد يؤدي إلى الحاق ضرر جسيم بالعقار :

وهو الفرض الغالب، إذا كان نزع المواد يؤدي الى الحاق الضرر الجسيم ، أي أن التصاق المواد في العقار التصاقاً يصعب نزعه من دون أن تتضرر تلك المواد، فلمالك الأرض تملكها لأنها أصبحت عقاراً، ويدفع قيمتها الى صاحب المواد قائمة مع التعويض أن كان له مقتضى ، لأنها تصبح عقاراً بطبيعته، وأن سبب التملك هنا هو أحكام الالتصاق الواردة في القانون المدني ، ويحدد وقت الالتصاق

١- د. حسن علي الزنزن ، شرح القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٣٢.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، ج ٩، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

٣- هدي عزيز علي ، المصدر السابق ، ص ٧٦.

موعداً لنقل ملكية المواد، وهو الموعد الذي يستحق فيه صاحب المواد قيمتها، والمقتضى المطلوب للتعويض كان يكون مالكا بحاجة لها وتسبب تأخره في استبدالها بغيرها ضرراً له، وإن التعويض يزيد في حالة ما اذا كان صاحب الأرض سيء النية.^(١)

من الواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض تجاه صاحب المواد ليس تطبيقاً دقيقاً لمبدأ الأثر بلا سبب، إذ أن هذا المبدأ كان يقتضي بأن يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به صاحب المواد، ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة المواد التزاماً مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب، وأن مدة التقادم فيه تكون خمسة عشرة سنة لا ثلاث سنوات، أما التزام بدفع التعويض فمصدره العمل غير الشروع، والذي تكون مدة تقادمه ثلاث سنوات، وفقاً للقواعد المقررة في تقادم الالتزامات التقصيرية، وإن ما استقر عليه محكمة التمييز بهذا الصدد هو أن تقدر القيمة وقت إقامة الدعوى.

الفرع الثاني / المحدثات التي يقيمها شخص بمواده على أرض غيره

لقد ربط المشرع العراقي موضوع المحدثات على أرض الغير بأمر باطني هو النية وجعلها المحور الذي تدور عليه أحكام الالتصاق في مجملها وتبعاً لذلك فإن المحدثات على أرض الغير قد يكون بحسن نية أو سوء النية.

يذهب المشرع العراقي الى التفرقة بين ما إذا كان الشخص الذي يقيم المحدثات بمواده على أرض الغير سواء كانت بناء أو غراس سيء النية أم حسن النية، ومن أقامها بأذن صاحب الأرض، ولكل حالة آثار خاصة تترتب عليها، ولأهمية هذه الحالة بصورها الثلاثة المذكورة والتي أوردتها القانون المدني العراقي في المواد (١١١٩ - ١١٢١)، سنبحث كل حالة على حده .

أولاً / أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بسوء نية :

والملاحظ أن المشرع العراقي لم يورد عبارة سيء النية بالمادة (١١١٩) من القانون المدني، لكنه حدد المحدث سيء النية بأنه من قام بإنشاء المحدثات على أرض الغير وهو يعلم أنها لا تعود له ودون موافقة صاحب الأرض أي أنه يعتدي على أرض غيره بإقامة هذه المحدثات، ومن ذلك يتضح لاعتبار المحدث سيء النية لا بد من توفر شرطين، أولهما علم المحدث أنه يقيم المحدثات

١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج٩، المصدر السابق، ص٢٧٠.

على أرض غير مملوكة له، وثانيها أنه ليس له الحق في إقامتها لعدم حصوله على إذن أو موافقة مالك الأرض وقت إقامة المحدثات.^(١)

فإن بعض التشريعات اتفقت في تعريف سوء النية على علم المحدث بأنه إقامة المحدثات في أرض مملوكة لغيره، دون رضا صاحبها، وهذا معيار شخصي، أما المعيار الموضوعي فمفاده أن سوء النية يكون متوفراً حتى لو كان المحدث يعتقد أن له الحق في إقامة المحدثات إذا كان اعتقاده هذا قد نشأ عن خطأ جسيم، فيستوي مع العلم بالاعتداء على حق الغير الجهل الناشئ عن خطأ جسيم.^(٢)

ويعتبر سوء النية في إقامة المحدثات على أرض الغير مشابه للغصب ويعني لغةً أخذ المال ظلماً، دون وجه حق ، واصطلاحاً بأنه أخذ مال متقوم لمالك للغير عن طريق التعدي على وجه يزيل يد صاحبه عنه، ويرد على مال منقول أو العقار.^(٣)

من خلال ما سبق نحدد مفهوم سوء النية بأنه : قيام المحدث بعلم منه و إرادة منفردة دافعة لديه، و بدون وجه حق عنده، أو جهلٍ ناشئ عن خطأ جسيم أو غلط في القانون ودون وجود سبب معقول ، وبغير استناد الى سبب ناقل للملكية، بإحداث بناء أو غراس أو منشآت أخرى على أرض الغير ودون رضا أو قبول أو إقرار من قبل صاحب الأرض.

من خلال قراءة نص المادة (١١١٩) من القانون المدني تبين أن المشرع العراقي قد اعطى حقين لصاحب الأرض إذا ما اكتملت شروط، أولاً طلب قلع المحدثات و الأخرى تملك المحدثات من قبل صاحب الأرض وسنأخذ هذان الحقان تبعاً : -

١ / طلب قلع المحدثات :

أعطى المشرع العراقي في المادة (١١١٩) من القانون المدني و التشريع المقارن لصاحب الأرض الحق في طلب إزالة المحدثات ، ويثبت له هذا الحق بوصفه مالكاً بصرف النظر عن قيمة

١- د. بيداء كاظم فرج، د. هدى سعدون لفته ، البناء على أرض الغير في القانون العراقي ، المجلة المثلى للعلوم القانونية والسياسة، مجلد ١ ، عدد ١ لسنة ٢٠٢٤، ص ٨٨.

٢- محمد جمال زعين ، ورود خالد محمد، قراءة جديدة لسوء النية واثرها في البناء على أرض الغير، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع، عدد ٢، لسنة ٢٠١٧، ص ٤٩.

٣- عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط ٣، العاتك للنشر، القاهرة، ج ١، ص ٢٣٥.

المنشآت بالنسبة إلى قيمة الأرض، والسبب في ذلك هو ترسيخ مبدأ احترام الملكية وردعاً للمتعدّي عليها. (١)

ويعتبر طلب القلع الحق الطبيعي الأول، فهو بمثابة رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، أعطاه القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا، وليس للباقي أن يستعمل هذا الحق ، لذلك لا يجوز للمشتري وبعقد غير مسجل طلب القلع لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. (٢)

ويترك أمر تقدير طلب القلع لاختيار صاحب الأرض، ولا يتعرض للمالك في استعمال حقه في طلب القلع إلى أي مسؤولية، ولا يخضع في ذلك لأي رقابة قضائية ، فطلب صاحب الأرض بالقلع يلزم القاضي بإجابة طلبه، فالقاضي لا يمتلك سلطة تقديرية لإزاء هذا الطلب حتى لو كان مالك الأرض متعسفاً رغم ابتعاد عن نطاق التعسف في استعمال الحق (٣)، ولكن بمراجعة نص المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي ، يلاحظ تقييد طلب القلع من خلال إطلاق لفظ الضرر على عمومته بنصه " إذا كان القلع مضراً بالأرض" فالضرر جاء بعمومية دون أن يحدد ما إذا كان الضرر فاحش، أم ضرر يسير، حبذا لو قصر المشرع الضرر بالضرر الفاحش من أن يكون خيار القلع أكثر أتساعاً ولا يقيد بهذا الشكل.

إن حق طلب القلع يقتصر على صاحب الأرض دون غيره كما بينا ذلك، ويعد هذا الحق بمثابة دعوى استحقاق، أي دعوى للملكية وليس دعوى الحيابة ، ويبقى خيار قلع المحدثات لصاحب الأرض قائماً مادامت المحدثات قائمة مهما طال الزمن ، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي دون أن توضع مدة زمنية محددة لتقيد هذا الخيار زمنياً، على خلاف المشرع الجزائري في المادة (٧٨٤) من القانون المدني والذي حدد سنة من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المحدثات، وعبء إثبات علم صاحب الأرض يقع على المحدث في هذه الحالة وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لأنه واقعة مادية، وتعتبر هذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم ولذلك لا يرد عليها الوقف و الانقطاع. (٤)

حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٠٨٤/هيئة الاستئنافية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٥/٣١ على أنه (إذا تأيد من التحقيقات الجارية في الدعوى أنه سبق للمدعي وأن استحصل على قرار حكم قضائي قضى بالزام المدعي عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على العقير موضوع الدعوى وتسليمه الجزء المتجاوز عليه للمدعي خالياً من الشواغل ، و أقام المدعي هذه الدعوى طالبا

١- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧٨، ص٣٥٩.

٢- جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، مصدر السابق ، ص٥٧.

٣- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، ط١، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ، الكويت ١٩٩١، ص٧١.

٤- حسام الدين الأهواني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشورات ذات السلال، الكويت ١٩٩٣، ص٦٢.

فيها تملكه المنشآت التي شيدها المدعى عليه على الجزء المتجاوز عليه بقيمتها مستحقة للقلع، وتبين من تقرير الخبراء الذين تم إجراء الكشف الموقعي بمعرفتهم بأن قلع المنشآت لا يضر بالأرض، وبما أن المادة ١١١٩ من القانون المدني قد نصت على أنه وحيث تأيد من تقرير الخبراء أعلاه بأن 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 فقر تصديقه^(١)

وكان المشرع العراقي في المادة (١١١٩) صريحاً بإيقاع نفقة القلع على المحدث بقوله " على نفقة من أحدثها " واعتبر بعض الفقه أن إزالة المحدثات هو تعويض عيني يقع على عاتق من أقام المحدثات^(٢).

والسؤال الذي يطرح هل يجوز لصاحب الأرض المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إقامة المحدثات ، كالضرر الناجم عن حرمانه من الانتفاع بالأرض بسبب تلك المحدثات؟ و للإجابة على هذا التساؤل نعود للقواعد العامة من المسؤولية التقصيرية والتي تجيز الضمان للمتضرر، حيث جاء في القانون المدني العراقي في المادة (١٨٦) (١ - إذا أتلّف أحد مال غيره أو نقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. ٢ - وإذا اجتمع المباشر و المتسبب ضمن المتعمد أو المعتدي منهما فلو ضمناً معاً كان متكافلين في الضمان).

وهنا وقع ضرر مادي وهي صورة الأضرار الناشئة عن الاعتداء على مال، من ذلك غصب شيء أو إنقاص قيمته أو منفعته، حيث يقوم التعويض بقيام شرط الضرر وهما: أن يكون هناك إخلال بحق أو بمصلحة مالية مشروعة والأخرى أن يكون الضرر محققاً^(٣).

٢ / تملك المحدثات من قبل صاحب الأرض:

اعطى المشرع العراقي لصاحب الأرض خيار طلب القلع مقيد بشرط عدم الأضرار بالأرض لتقليل من حالات الهدم، كما نصت على ذلك المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي " فإذا كان القلع مضراً بالأرض فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع " وبوجود ضرر فأن صاحب

١- القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام ٢٠٢١، القسم المدني ج٥، دار السنهوري بيروت ٢٠٢٢، ص ١٤٠.

٢- علي هادي العبيدي، قراءة جديدة لإحكام الاتصال بالعقار بفعل الإنسان في القوانين الأردني والإماراتي ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، مجلد ٢٠٠٩، ٣٦، ص ١٠٧.

٣- نائل المساعدة، الضرر في الفعل الضار في القانون، مجلة المنازة، المجلد ١٢، العدد ٣، ٢٠٠٦، ص ٣٩٦.

الأرض يفقد الخيار الأول ويلجأ مجبراً إلى الخيار الثاني بنص القانون، حيث يعتبر هذا الخيار مقيد إذ لا يمكن لصاحب الأرض استخدامه إلا إذا كان القلع مضرراً بالأرض أياً كان نوع هذا الضرر أو مقداره ولا يستطيع المحدث أن يتمسك في مواجهة مالك الأرض بعدم جواز التعسف في استعمال الحق نظراً لسوء نيته، ويمكن أن يلجأ إلى خيار تملك المحدثات من خلال إبداء الرغبة في بقاء المحدثات ومن ثم يملكه، طبقاً لقواعد الالتصاق، وإبداء الرغبة قد يكون صريحاً أو ضمناً، ولا يلزم شكل معين.^(١)

إن تملك المحدثات بشكل عام لا يتم بدون تعويض لصالح المحدث رغم سوء نيته، والسبب في ذلك لأن الفائدة قد تكون عادة لصاحب الأرض في اغلب الأحيان نتيجة هذا المحدثات، من زيادة لقيمة الأرض أو غيرها من الفوائد الأخرى، و التعويض في التشريع العراقي جاء محصوراً في قيمة المحدثات مستحقة القلع فقط كما جاء في المادة (١١١٩) : " فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع " يلاحظ أن تملك المحدثات مقيد بشرط توفير القيمة المستحقة للقلع، وبالتالي لا يملك صاحب الأرض المحدثات بدون مقابل، ويتم تحديد قيمة القلع من خلال خبير بذلك في حالة تعذر الاتفاق، وقيمة استحقاق القلع تتخلص في أدوات الهدم وأجرة عمال الهدم بالإضافة إلى نقل أنقاض الهدم، ولم يعالج المشرع العراقي حالة ما إذا كانت قيمة القلع أكبر من قيمة المحدثات.^(٢)

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٩٢٥ في ٢٨/٢/٢٠٠٧ بأنه (عند النظر في الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد ١٠٩٣ لأن المميز (المستأنف/ المدعي) أحدث البناء المطالب بقيمته دون موافقة مسبقة وبالتالي فإن أحكام المادة ١١١٩ من القانون المدني هي المنطبقة على وقائع الدعوى ويستحق المميز قيمة المحدثات مستحقة للقلع وحيث إن المحكمة اعتمدت على تقرير الخبير القضائي المؤرخ في ٩/٣/٢٠٠٥ بشأن تقدير قيمة المحدثات مستحقة القلع والذي اعتمد الأسس الصحيحة مما يصلح أن يكون سبباً للحكم عليه قرر تصديق القرار المميز)^(٣)

وأختلف الفقه في تكييف حق المحدث بتعويضه عن قيمة المحدثات التي أحدثها ، منهم من يرى أن أساس التزام صاحب الأرض بتعويض المحدث هو قاعدة الإثراء دون سبب، و أساس الالتزام هو إثراء مالك الأرض بقيمة المحدثات على أرضه، وافتقار المحدث بفقدائها،^(٤) إلا أن هذا الرأي منتقد

١- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط١ ، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٠، ص١٢٦.

٢- محمد جمال زعين ، ورود خالد محمد، قراءة جديدة لسوء النية واثرها في البناء على أرض الغير، مصدر السابق، ص٦٠.

٣- القاضي كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج٤ دار السنهوري ،بيروت ٢٠٢١، ص٢٤٣.

٤- مصطفى محمد الجمال ،نظام الملكية، المكتبة المصرية الحديثة، ١٩٧٤، ص٣٤٠.

على أساس أن الإثراء دون سبب تقضي باغتناء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص آخر دون سبب مشروع^(١)، حيث إن المثري يلتزم بدفع أقل القيمتين، قيمة ما اغتني به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المحدثات، ولكن يلاحظ أن قيمة التعويض التي حددها المشرع تختلف عن ما تحدده قاعدة الإثراء دون سبب، حيث إن المشرع لم يمثل قيمة الافتقار من المواد والأدوات التي استخدمت في إقامة هذه المحدثات بالإضافة إلى أجره العمل الذي حقق إقامتها إنما حدد قيمة قلعها فقط، أما الرأي الآخر فقال إن أساس التزام صاحب الأرض بالتعويض لصالح المحدث هو إنما بقوة القانون^(٢)، ونحن نميل لهذا الرأي كون المشرع حدد قيمة التعويض بقيمة المحدثات مستحقة القلع نظراً لسوء نية من أقام المحدثات.

أما تقدير وقت التعويض فيكون عند وقت الاستحقاق، أي وقت استرداد الملك لأرضه لا وقت إقامة البناء.^(٣)

ثانياً / أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بزعم سبب شرعي

أن المادة (١١٢٠) من القانون المدني تنص على أنه (إذا احدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره، بزعم شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك الأرض بثمن مثلها، وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة)^(٤)، ويفهم من خلال هذا النص أعلاه إن الاستناد إلى سبب شرعي معناه الاستناد إلى سبب لو صح لكان التصرف صحيحاً، وعلى ذلك فلا يكفي أن يكون المحدث حسن النية عند إقامة المنشآت في أرض الغير بأن يعتقد بأنه صاحب حق في الأرض، وإنما يجب أن يكون بناه أو غرسه مستند إلى زعم سبب شرعي بكون تلك الأرض

١- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ٢٨٣.

٢- عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - أسباب كسب الملكية، ج٩ مصدر السابق، ص ٢٨١.

٣- محمد كامل مرسي، الأموال، ط٢، مطبعة الاعتماد، مصر ١٩٤٣، ص ٣٨٨.

٤- تقابلها المادة (٩٢٥) من القانون المدني المصري والتي تنص على ١٠ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجره العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها. ٢- على أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها كان له يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل). و مأخوذ من نص المادة (٩٠٦) من مجلة أحكام العدلية .

ملكاً له أو في تصرفه، وبعبارة أخرى يجب أن تكون حيازته للأرض مبنية على سبب من أسباب كسب الملكية أو حق التصرف الواردة في المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي.^(١)

ففي هذه الحالة لا يكون لمالك الأرض أن يطلب إزالة المحدثات ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيء النية، فمالك الأرض لا يجوز له طلب الإزالة عندما يكون الحائز حسن النية، وللحائز أن يطلب استبقاء المحدثات في الأرض وفي هذه الحالة يملكها مالك الأرض بالالتصاق، وعليه أن يعرض الحائز وله في هذه التعويض الخيار في أن يدفع اقل القيمتين، فأما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائز، أو أن يدفع مبلغاً يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هي القيمة التي اغتنى بها مالك الأرض، ولا يجوز له أن يدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما كان يكون له ذلك في حالة الحائز سيء النية ، إذ ليس له أن طلب الإزالة، ويبد أن ليس مجرد تطبيق لقواعد الأثر على حساب الغير، وإلا لما كان هناك حاجة الى النص على ذلك، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد يحسن القول تنسيقاً لأحكام الالتصاق في مجموعها، إن التزام مالك الأرض بدفع تعويض للحائز و تقدير هذا التعويض بقيمة معينة في جميع فروض الالتصاق، حتى في الفرض الذي نحن بصدده إذ يقضي القانون بتعويض مماثل للتعويض الذي تقضي به قواعد الإثراء على حساب الغير هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير ، ومن ثم يتقدم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات، شأنه في ذلك شأن الالتزامات الأخرى التي ينشأها القانون في صدد التملك بالالتصاق.^(٢)

وبما أن إقامة المحدثات على أرض الغير بسبب زعم شرعي يرتب حقوقاً لمالك الأرض و حقوقاً أخرى لمحدث المنشآت، واعتمد المشرع العراقي في نص المادة (١١٢٠) مبدأ الأقل يتبع الأكثر لذا نتوقع فرضيتين الآتيتين :-

١/ إذا كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الأرض:

بعد التحقق من حسن نية المحدث وإجراء التقدير على كل من قيمة الأرض و المنشآت، فإذا أظهر التقدير أن قيمة المنشآت تفوق قيمة الأرض وتملك المحدث حسن النية الأرض فإنه ملتزم بأن يدفع إلى صاحبها تعويضاً عنها حدده المشرع بثمن المثل ، أن تعتمد قيمة المحدثات أو المنشآت وقت التقدير من قبل المحكمة عند نظر النزاع، وليس من تأريخ الإحداث أو الإنشاء، ويشترط جانب من الفقه لتملك المحدث هو أن تكون المحدثات أو المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب

١- د. اياد عبد الجبار ملوكي ، الأحداث في ارض الغير بسبب شرعي ، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد ١٥، العدد ١، لسنة ٢٠٠٠، ص ١٢٢.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية، ج ٩، مصدر السابق، ص ٢٨٧.

الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، أي العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض، فإذا كان يرهقه أن يؤدي لصاحب المنشآت ما هو مستحق لجسامة المنشآت التي أقيمت ، كان له بدلاً من تملك المنشآت بالالتصاق، أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت.^(١)

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٤٥ / الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٣ في ٢٦/٨/٢٠١٤ بأنه (....وجد أنه صحيح وموافق للقانون حيث اتبعت المحكمة قرا النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد (.....) واكتملت تحقيقاتها في الدعوى على ضوءه واستأخرت الدعوى في جلسة ٢٠١٣/٣/٢٠ لحين تسجيل القطعة المرقمة (.....) باسم الشخص الثالث (.....) وأبرزت الأخير صورة قيد القطعة المذكورة مسجلة بإسمها بموجب القيد (.....) وبذلك أصبحت خصومتها متوجهة بعد أن خرجت ملكية القطعة من البلدية، واعدت الى الشخص الثالث المذكورة أعلاه وتكون لدعوى المدعية سندها القانوني حسب أحكام المادة (١١٢٠) مدني وحيث أنها قامت بإنشاء مشيدات على القطعة عندما كانت مسجلة بإسمها خلال الفترة التي أقامت المشيدات خلالها، لذا من حقها طلب تملك القطعة عندما تكون قيمتها اقل من قيمة المشيدات ولغرض التحقيق عن هذه الناحية استعانت بسبعة خبراء مختصين لتقدير قيمة الأرض والمشيدات وأجرت الكشف الموقعي على القطعة بحضورهم وقدم الخبراء تقريرهم وقدروا قيمة الأرض بمبلغ خمسين مليون دينار وقيمة المشيدات المشيدة عليها بمبلغ مائة وخمسة عشر مليون دينار و اودع المدعية قيمة القطعة في صندوق المحكمة لحساب الشخص الثالث (....) ثم قضت الحكم بتمليك المدعية (.....) من القطعة موضوع الدعوى بالبدل المثبت في تقرير الخبراء البالغ خمسون مليون دينار ورد دعوى المدعية عن مدير بلدية كربلاء إضافة لوظيفته وإعطاء الحق للمدعية بتسليم البدل من صندوق المحكمة بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وبذلك يكون الحكم المميز جاء اتباعا لقرار النقض متفقا مع أحكام المادة (١١٢٠) مدني لذا قرر تصديقه^(٢)

أما حق المحدث بنزع المنشآت، فقد سكت المشرع العراقي عن إعطاء المحدث حسن النية حق نزع المنشآت سواء أكانت قيمتها أكثر من قيمة الأرض أم أقل منها أو تساويها، ويرى جانب من الفقه أن للمحدث قلع المنشآت في الحالة التي يكون فيها قيمة المنشآت اكثر من قيمة الأرض، إلا أنه رضي بقلع منشآته ورد الأرض إلى مالكيها، فيجوز له ذلك مادام الحكم لم يصدر بعد بإلزامه بئمن الأرض لقاء تملكها، أما إذا كان الحكم قد صدر فلا يكون أمام المحدث إلا أن يدفع لمالك الأرض ثمن مثلها، نود أن نبين أن قاعدة الزعم الشرعي أو قاعدة (الأقل يتبع الأكثر) يسري على الأراضي المملوكة وعلى الأراضي الأميرية المفوضة بالتسجيل العقاري والأميرية الممنوحة باللزامة،

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية، ج٩، مصدر السابق، ص٢٨٩.

٢- مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة ، العدد الثاني، لسنة٢٠١٥، ص١٩٧.

ولكنها لا تسري على الأراضي المتروكة أو الأملاك العامة بل يؤمر الباني والغارس عليها بالقلع مطلقاً، أي حتى لو كان ذلك بحسن نية وبزعم سبب شرعي، بل وأن كانت قيمة المنشآت أكثر من قيمة الأرض، إذ لا يجوز التمسك بالالتصاق لاكتساب ملكية المال العام بموجبه (١).

٢ / إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة المحدثات:

في هذه الحالة لا يحق لصاحب الأرض أن يطلب من المحدث قلع المحدثات كما هو الحال في المادة (١١١٩) من القانون المدني، لكون أحكام تلك المادة أسست على أساس أن المحدثات والمنشآت قد تمت من دون رضا المالك، خلافاً لأحكام هذه المادة التي يتم فيها البناء بناء على زعم شرعي، إذ يجوز للمالك أن يمتلك المحدثات أو المنشآت إذا كانت قيمتها اقل من قيمة الأرض بشرط أن يكون التملك بقيمتها قائمة، حسب تقدير الخبراء. (٢)

دفع التعويض لصاحب المحدثات يتم على أساس اقل القيمتين، أي يتم احتساب قيمة المحدثات والمنشآت على حده ثم يتم احتساب قيمة العقار مع المحدثات، وإي القيمتين اقل يلزم مالك الأرض بدفعها، أي قيمة ما أغتني به المالك وقيمة ما افتقر به الحائز (٣).

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٥١٥/الهيئة المدنية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/٩ على أنه (.... وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعي (المميز عليه) يطالب بقيمة ما أحدثه من منشآت بمواد من عنده على الأرض موضوع الادعاء المرقمة (.....) عندما كانت مسجلة باسمه في دائرة التسجيل العقاري والتي أبطل قيدها من اسمه بالحكم القضائي المرقم (.....) وإعادة تسجيلها باسم المدعى عليه (المميز) فإن ما أحدثه المدعي (المميز عليه) من بناء ومنشآت يكون والحالة هذه بزعم شرعي ويستحق قيمتها قائمة عملاً بأحكام المادة (١١٢٠) من القانون المدني وحيث إن المحكمة سارت في الدعوى على وفق وجهة النظر القانونية المطروحة واستعانت بثلاثة خبراء مهندسين والذين قدموا تقريرهملذا قرر تصديق الحكم(٤)

٣ / عندما تتساوي قيمة الأرض مع قيمة المحدثات :

أن هذه الحالة نادرة ولكن محتملة الحدوث وهي تساوي قيمة الأرض و المحدثات، فإذا تساوى في القيمة أعتبر المشرع أن الأرض هي الأصل فيكون الزمام بيد مالكةا الذي يكون له أن يمتلك المحدثات بقيمتها، وهذا الأمر يفهم من عبارة النص (إذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة

١- شكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ،ص٩٠٦-٩٠٧.

٢- هادي عزيز علي ، المصدر السابق ،ص ٨٣

٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية،ج٩،مصدر السابق،ص٢٨٨.

٤- القاضي كريم وناس آل جحيش، المصدر السابق، ص٢٥٩.

المحدثات)، والواقع إن اعتبار الأرض هي الأصل وإن كل ما يتصل بها يتبعها يرجع إلى طبيعة الأرض وليس لقيمتها إذ تتميز بأنها ثابتة ودائمة بصورة مطلقة، أما البناء فعلى الرغم من أنه من العقارات بالطبيعة إلا أن ثباته وديمومته أمر نسبي فالبناء قد يهدم ويتحول إلى انقراض، أما الأرض فباقية لا تموت حتى يرث الله الأرض ومن عليها ولهذا وصفت الأرض بأنها العقار الذي لا يموت^(١).

ثالثاً / أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بإذن منه.

موقف من يحدث منشآت في أرض غيره بإذن منه ورضاه ليس كمن يحدثها متعدياً متجاوزاً أو من يحدثها متوهماً أنه يحدثها في ملكه، تخضع هذه الحالة لأحكام المادة (١١٢١) من القانون المدني، إذ جاء فيها بأنه (إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض الغير بإذنه، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها، أن يؤدي إليه قيمتها قائمة)، حيث يعتبر المحدث قد أقام المحدثات بمواد من عنده على أرض غيره بإذن صاحب الأرض ودون اتفاق بينهما على مصير هذه المحدثات، وفي هذه الحالة يجوز للمحدث نفسه أن يقلع المحدثات أو يطالب بقيمتها قائمة، ولا يجوز لصاحب العقار أن يطلب رفعها.^(٢)

يشترط لتطبيق النص أعلاه بأن يكون إقامة المحدثات على أرض الغير بإذن من مالك الأرض، ويتصور ذلك في عقد العارية أو عقد ترتيب حق انتفاع فيرخص المعير أو مالك الرقبة للمستعير أو المنتفع في إقامة منشآت على أرضه، فإذا ما تضمن الاتفاق بنداً يحدد مصير المنشآت فهنا تستبعد أحكام الالتصاق لأنها ليست من النظام العام.^(٣)

لذا فإن من يحدث المنشآت بإذن مالك الأرض أو برضاه فيتصور في حالة أمرين : أما أن يكون هناك اتفاق بينهما على مصير المنشآت أو أن لا يكون بينهما اتفاق، وفي كلا الحالتين يكون حق المحدث جلياً، ومركزه لا يعد أضعف من مركز مالك الأرض فأما في الفرض الأول فإن الاتفاق هو المحكم في مصير الملكية المشتركة، وأما في الفرض الثاني يسري عليه حكم المادة (١١٢١) من القانون المدني، والحكم في ذلك أن المالك لا يستطيع أن يستبد بالمحدث فيطلب منه قلع المنشآت التي أحدثها إذا كان قلعها ينقص من قيمتها قائمة نقصاً فاحشاً، بل يجب عليه أن يدفع قيمتها قائمة أي بحساب قيمة المواد عند التقدير مع أجر العمل.^(٤)

١- د. أياد عبد الجبار ملوكي، المصدر السابق، ص ١٢٣.

٢- هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٨٤.

٣- د. سعيد سعد عبد السلام، الحقوق العينية، مطبعة حمادة، المنوفية، ١٩٩٩، ص ٣٠٤.

٤- حامد مصطفى، الملكية وأسبابها، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد ١٩٥٣، ص ٢١٥.

وفي تقدير قيمة المنشآت يجب الرجوع الى وقت الدعوى أو وقت التقدير لا إلى وقت إقامتها، ومن خلال ذلك يتضح أن القانون المدني قد عامل المحدث بإذن مالك الأرض معاملة المحدث بحسن نية و بزعم سبب شرعي إلى حد كبير فلم يعطي مالك الأرض حق طلب قلع المنشآت، وعليه أن يدفع قيمتها قائمة لا مستحقة للقلع ولكنه لم يأخذ بقاعدة (الاقل يتبع الأكثر)، تلك القاعدة التي تطبق في حالة إقامة المنشآت بحسن نية وبزعم سبب شرعي إذ لم يعطي المحدث حق تملك الأرض جبراً على مالها، حتى وأن كانت قيمة المنشآت قائمة أكثر من قيمة الأرض.^(١)

جاء في قرار محكمة الاتحادية المرقم ١٩٤٦/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٠/٩ بأنه (....) وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المميز (المدعي) قد اثبت أمام محكمة البداية بأن المنشآت المقامة في الأرض المدعى عليها (المميز عليها) أثناء الحياة الزوجية كانت بمواد من عنده وإن المدعى عليها لم تطلب قلع هذه المنشآت فيكون المدعي يستحق حق هذه المنشآت قائمة عملاً بأحكام المادة (١١٢١) من القانون المدني وليس مستحقة للقلع وحيث أن المحكمة أغفلت ذلك مما يخل بصحة حكم المميز فقرر نقضه^(٢).

الفرع الثالث / المحدثات التي يقيمها شخص بمواد غيره على أرض الغير

وهي حالة تجمع بين حالة إقامة المنشآت في أرض الغير وحالة إقامتها بأدوات الغير، فيجب تطبيق أحكامها مع مراعاة أحكام المادة (١١٢٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (إذا أحدث شخص غراساً أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لغيره على أرض أحد، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها، وإنما له أن يرجع بالتعويض على المحدث، كما أن له أن يرجع على صاحب الأرض بما لا يزيد عما هو باق في ذمته للمحدث من قيمة تلك المحدثات)^(٣).

في هذه الحالة فيكون أماناً أشخاص ثلاثة : صاحب المواد التي أقام بها الباني المنشآت ، والباني الذي أقام المنشآت ، وصاحب الأرض التي أقيمت فيها المنشآت ، واجه المشرع في هذه المادة فرضاً قد يكون نادر الحدوث في الحياة العملية، وهو أن يقيم شخص محدثات بمواد مملوكة لغيره في أرض يملكها شخص ثالث. وفي حكمها يجب الكلام على حقوق مالك الأرض وحقوق مالك المواد، فأما حقوق مالك الأرض فلم تتكلم المادة (١١٢٢) ، وإنما تركت ذلك لقواعد العامة المقررة في المواد السابقة، فتسوي العلاقة بين المحدث ومالك الأرض طبقاً لأحكام المادتين(١١١٩)،

١- د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ٩١٢.

٢- القاضي كريم وناس آل جحيش، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

٣- تقابلها المادة(٩٣٠) من القانون المدني المصري.

١١٢٠) من نفس القانون، فإذا كان المحدث سيء النية في حيازته للمواد أو يفترق في حيازته لها السبب الصحيح، والا لكانت ملكاً له قبل استخدامها في إقامة المحدثات، واعتبر محدثاً بمواد من عنده على أرض الغير^(١)، فيحق لمالك الأرض أن يكلفه بقلع المحدثات، وإذا كان القلع مضرراً بالأرض فلمالك الأرض أن يمتلكها بقيمتها مستحقة للقلع، وفقاً لأحكام المادة (١١١٩) ، أما إذا كان المحدث قد أحدثها بحسن نية وبزعم سبب شرعي، فيؤخذ بقاعدة الأقل يتبع الأكثر طبقاً لأحكام المادة (١١٢٠) من القانون المدني.^(٢)

أما حقوق مالك المواد فقد رأينا بمقتضى المادة (١١١٨) من القانون المدني، أنه يكون لمالك المواد الحق في استردادها إذا أمكن قلعها دون أن يلحق مالك الأرض ضرراً جسيماً، ولكن المادة (١١٢٢) من القانون نفسه منعت مالك المواد من طلب ردها وقصرت حقه على المطالبة بالتعويض، فله أن يرجع بالتعويض على الباني أو الغارس، ويزداد هذا التعويض إذا كان المحدث سيء النية، وعلاوة على إمكان مالك المواد من الرجوع على المحدث بالطرق المعتادة، فإنه بصفته دائناً له يستطيع أن يطالب مالك الأرض باسم المحدث بما قد يكون مستحقاً للمحدث في ذمته من مبالغ، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادة (٢٦١) من القانون المدني العراقي، كما أنه وزيادة في تأمين حقوق مالك المواد فقد أعطاه القانون الحق في إقامة الدعوى المباشرة على مالك الأرض بقدر ما في ذمته للمحدث، وهذا ما تقتضيه العدالة لأن مالك الأرض قد أثرى على حساب مالك المواد وأن كان ذلك بفعل المحدث^(٣).

أما المحدث نفسه فعليه أن يدفع التعويض الذي يستحقه مالك المواد، ثم يرجع بالتعويض على مالك الأرض ويختلف مقدار التعويض الذي يدفعه ويأخذه بحسب ما إذا كان حسن النية أو سيء النية عند استعماله لتلك المواد في المحدثات، ويلاحظ أن المحدث إنما يكون له حق الرجوع على مالك الأرض بالتعويض، إذا كان مالك الأرض قد احتفظ بالمنشآت التي أقيمت على أرضه، أما إذا كانت المنشآت قد قلعت بناء على طلب مالك الأرض فعلى المحدث أن يتحمل الغرم، إذ عليه أن يدفع التعويض لمالك المواد، وليس له عندئذ إلا أخذ الأنقاض لنفسه دون أن يكون له الرجوع على مالك الأرض بشيء.^(٤)

-
- ١- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ط١، دار الثقافة عمان ٢٠٠٠، ص ١٥٢.
 - ٢- د. محمد جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية ط٣، مطابع دار الشعب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٨٠.
 - ٣- د. شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص ٩٢٧.
 - ٤- د. شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص ٩٢٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج٩، مصدر السابق، ص ٣٢٥.

المطلب الثاني

أحكام المحدثات المقامة على الملك الشائع

المال الشائع هو أن يكون مشتركاً بين اثنين أو أكثر و سببه الشراء و التوارث والوصية والهبة و الالتصاق أو الشفعة، ويعني أن يكون للعقار الواحد عدة مالكين من دون أن تفرز أو تحدد حصة أي منهم^(١)، أي أن الشريك له حصة في كل ذرة من ذرات الملك ويقول قسم من شراح القانون المدني بأن الملكية الشائعة : هي حق الملكية لاثنين أو أكثر في شيء لا تتعين حصة احدهم في جزء معين منه.^(٢)

عند قراءة النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الملكية الشائعة تبين بأن كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً وهو أجنبي في حصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً دون موافقته^(٣)، ولا يجوز لأحد الشركاء دون موافقة أصحاب القدر الأكبر من الحصص وبأذن من المحكمة أن يجري أي تعديلات أو تغييرات أساسية في المال الشائع ولو عادت تلك التغييرات والتعديلات بالنفع على بقية الشركاء كتحويل الدور الى عيادات للأطباء^(٤).

من الحالات الشائعة قيام الشريك أو بعض الشركاء بالبناء على الأرض المشاعة، إذ قد أحدث المحدثات أو المنشآت من دون موافقة الشركاء الآخرين، أو قد يتم ذلك بموافقتهم، ونحاول بيان أحكام تلك الحالات في الأسطر الآتية.

الفرع الأول / المحدثات التي يقيمها الشريك على الملك الشائع دون موافقة بقية الشركاء .

لعل من اهم المشاكل التي تثيرها الملكية الشائعة في الحياة العملية مشكلة انتفاع الشركاء في المال الشائع، فقل ما يكون المال الشائع صالحاً للاستعمال المشترك، لذلك يتطلب الأمر للانتفاع به أن يتفق الشركاء على طريقة لإدارة المال الشائع، ولكن قد لا يتحقق هذا الاتفاق بسبب اختلاف وجهات النظر بين الشركاء في إدارة واستغلال المال الشائع، مما يضطر معه بعض الشركاء في الاستئثار بجزء من المال الشائع يتفق بمقداره مع حصته ويحدد بنفسه دون الرجوع الى سائر الشركاء

١- نصت المادة (١٠٦١ / ١) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً، فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقيم الدليل على غير ذلك)

٢- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية،ج٩،مصدر السابق، ص٢٩٢.

٣- نصت المادة (١٠٦٢ / ١) من القانون المدني العراقي على أنه (كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه كان من غير رضاه).

٤- جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، مصدر السابق ، ص٢٤٥.

طريقة الانتفاع بهذا الجزء من المال الشائع، فيبني على هذا الجزء بناءً يستغله بمفرده، فيثير بهذا التصرف حفيظة بقيّة الشركاء ويدفعهم الى المطالبة بحقوقهم في إزالة هذا البناء الذي أقيم دون موافقتهم، أو المطالبة بالاشتراك مع هذا الشريك بملكية هذا البناء والاستفادة من ريعه.

أن القانون المدني العراقي قد أفرد نصوصاً خاصة عالج فيها إدارة المال الشائع^(١)، إلا أن هذه النصوص أثارت في تفسيرها خلافاً واسعاً حول حكم تصرف أحد الشركاء بالبناء على الملك الشائع أو بناء على جزء من الملك الشائع يعادل حصته الشائعة، وخاصة أثناء قيام حالة الشيوع وقبل إجراء القسمة.

أولاً / إقامة المحدثات على جزء الشائع من قبل الشريك:

والتصرف المادي بالحصّة الشائعة من قبل الشريك إذا ما باشر تغييراً جوهرياً في المال الشائع ولو بمقدار حصته، عندئذ يجب أن يقع هذا التغيير في نصيبه بما يعادل مقدار حصته في المال الشائع، فلا سبيل للشركاء الآخرين حق الاعتراض على ذلك، أما إذا كان التغيير واقعاً في حصّة شريك آخر فيمكن لهذا الشريك أن يختار إما أداء بدل التغيير وإما إجبار شريكه على إرجاع الشيء الى حالته الأصلية^(٢)، أنه في حالة إقامة احد الشركاء بناءً أو منشآت على جزء من الأرض الشائعة حتى وإن كان هذا الجزء يوازي حصّة الشريك ، يمكن القول أن إقامة مثل هذا البناء يدخل في نطاق التصرفات المادية، عالج المشرع العراقي هذه الحالة بموجب المادة (٢/١٠٦٢) من القانون المدني جاء فيه (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف اثر إلا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه (... إن ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو أن الشريك الباني على الشيوع في العقار الشائع يستحق قيمة المنشآت والتحسينات التي أقامها من ماله الخاص سواء بإذن شركاء أو بدونه قائمة وقت المزادة أو القسمة بحسب الأحوال المقررة بالمادة (١٠٦٢) من القانون المدني وبالتالي فإن تلك المطالبة مرهونة بما تؤول إليه قسمة العقار الشائع أو بيعه بالمزادة العلنية وحيث إن العقار لازال شائعاً فتكون دعوى المميز (المدعي) بطلب

١- نصت المادة (١ / ١٠٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه (للشركاء أصحاب القدر الأكبر في الحصة أن يدخلوا ، بإذن المحكمة، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة).

٢- جورج شراوي، حق الملكية العقارية مع ملحق عن حق التصرف وحق الانتفاع، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ٢٠٠٦، ص٦٦.

الزام شركائه المميز عليهم بقيمة ما أحدثه من المنشآت و تحسينات في العقار الشائع لا سند لها من القانون....^(١)

والمشرع بهذا المقام فقد اطلق لفظ التصرف دون أن يقيد ذلك بتصرف قانوني أو مادي فكل تصرف بجزء من المال يكون موقوفاً على إجازة المالك، وبالنسبة للتصرفات المادية التي يجريها الشريك كالغراس والبناء فإنه استناداً الى عمومية نص المادة (٢/١٠٦٢) فإن هذا التصرفات لا اثر لها إلا اذا وقعت في نصيب الشريك الذي غرس أو بنى، فإذا وقع هذا البناء أو الغراس في نصيب الباني أو الغارس فلا اعتراض عليه، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير الباني أو الغارس فإنه يعتبر كأنما تصرف في ملك الغير ويلزم برفع البناء أو الغراس ويتحمل هو تكاليف ذلك، ولكن إذا اقر الشريك الذي وقع في نصيبه المحدثات وطلب بقاءه على حاله، فإنه من الممكن في هذه الحالة تطبيق أحكام الالتصاق الواردة في المادة (١١٢٣) من القانون المدني^(٢)، إذ رخصة الخيار في بقاء المحدثات على حاله لا تكون رهن إرادة الشريك المحدث، وإنما تكون رهن إرادة الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المقام عليه البناء أو الغراس، حيث يجب التمييز بين ما إذا كان الشريك الباني أو الغارس حسن النية أو سيء النية، فإذا كان حسن النية يتملك الشريك الذي وقع الجزء المتصرف فيه بالبناء أو الغراس بقيمة الحقيقية، أما إذا كان سيء النية فيمتلكها بقيمتها مستحقة للقلع.^(٣)

ثانياً / إقامة المحدثات على ملك الشائع كله من قبل الشريك:

الشريك الشائع إذا تصرف بالمال الشائع كله، فهذا يعني أنه تصرف في مقدار حصته ومقدار حصص الشركاء الآخرين. وقد اختلف الفقه في حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع أثناء الشيوخ، فذهبوا نحو رأيين، الرأي السائد يذهب الى أن هذا التصرف صحيح في القدر الموازي لخصته، أما بالنسبة للقدر الزائد، فقد اتفقوا بعدم استقراره^(٤). أما الرأي الثاني فيذهب الى اعتبار تصرف الشريك

١- قرار رقم ١٥٩٧ / الهيئة الاستئنافية/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/٧/١١ غير منشور.

٢- نصت المادة (١١٢٣) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا بنى احد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة، بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة، فتقسم فإن أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه، وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم).

٣- د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي ، حق الرجوع على الشريك في المال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف، مجلة العلم القانون، ٢٠١٧، ص ٢٣٩.

٤- د. عبدالمنعم فرج صده، حق الملكية، ط٣، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر ١٩٦٧، ص ٢٠٦.

المشاع في كل الشيء الشائع تصرفاً معلقاً على شرط واقف وهو وقوع الشيء الشائع كله في نصيب الشريك المتصرف بالقسمة أو موافقة بقية الشركاء.^(١)

والتصرفات المادية التي يجريها الشريك على المال الشائع دون موافقة باقي الشركاء فتعتبر تجاوزاً على حقوقهم ينشأ معه لباقي شركائه حق الرجوع عليه عن هذا التجاوز، فتصرف الشريك على هذا النحو يرد على حق الشركاء الآخرين، إذ أن حق كل شريك يرد على الشيء الشائع بأجزائه كلها، فإذا قام احد الشركاء بعمل من هذه الأعمال جاز للآخرين أن يعترضوا عليه، ومن أمثلة ذلك كأن يبني الشريك على الأرض المشاعة، فيكون للشركاء الآخرين أن يعترضوا على ذلك فيقيموا دعوى منع التعرض ويطلبوا إزالة البناء^(٢). مادام ليس هناك تعسف في استعمال لهذا الحق، غير أنهم اذا اختاروا إبقاء ما أقامه الشريك من ابنيه أو منشآت أو غراس وجب عليهم أن يشتركوا في النفقات الحقيقية بنسبة حصصهم لا قيمتها مستحقة القلع^(٣).

كما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٩٨/الهيئة الاستئنافية/ ٢٠١١ في ٢٠١١/٥/١٨ بتأييد حكم محكمة الاستئناف الذي أيد حكم محكمة البداية القاضي بالزام المدعى عليه بإزالة التجاوز الحاصل على العقار الشائع المتمثل بالمحل التجاري المشيد على العقار الشائع من قبل الشريك بدون موافقة الشريك الآخر، نصه (وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها وذلك لثبوت عائدية العقار موضوع الدعوى للطرفين على وجه الشروع بموجب سند الملكية والقسام الشرعي المبرزين في الدعوى وقيام المميز المدعى عليه بأحداث منشآت على المال الشائع عبارة عن محل، كما هو ثابت من خلال الكشف الجاري بمعرفة مساح التسجيل العقاري و المرتسم المنظم من قبله بالإضافة الى إقرار المميز المدعى عليه دون موافقة الشركاء، وحيث أن كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه كان بغير رضاه المادة ١/١٠٦٢ مدني ، وأن البناء على الملك الشائع دون موافقة الشركاء من الأعمال الضارة التي تلحق به ضرر، عليه تقرر تصديق الحكم المميز)^(٤)

والشريك الشائع حتى وإن كان ينتفع بالمال الشائع خلال نوبته في المهياة، فإن ذلك لا يبيح للشريك القيام بالتصرفات المادية مثل البناء على الحصص الشائعة لبقية الشركاء وهذا ما قضت به

١- د. حسن كيره، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٦٥، ص ٣٦٤.

٢- د. عبدالمنعم فرج صده، المصدر السابق، ص ١٩٥، ١٩٤..

٣- د. عبدالمنعم فرج صده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج٢، الملكية الشائعة، ١٩٦٢، ص ١٣.

٤- مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، ٢٠٠٩، ص ١٣٧.

محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢١٢ / هيئة مدنية / ٢٠٠٨ في ٢٢/٤/٢٠٠٨ (إن دعوى المدعي تضمنت طلب رفع التجاوز بالبناء الواقع من قبل المدعي عليه على القطعة وهي بستان مملوكة للدولة و حق التصرف فيها الى عدد من الشركاء من بينهم مورثي الطرفين وقد ردت محكمة الموضوع الدعوى بحجة وجود قسمة مهايأة مكانية بين المميز و المميز عليه وباقي الشركاء وإن الأبنية المطلوبة إزالتها شيدت على المخصص للمدعى عليه نتيجة تلك القسمة ومن أن موضوع إقامة الأبنية شأن يعود للشريك ضمن الجزء المخصص له، وهذا الاتجاه لا سند له من القانون حيث أن قسمة المال الشائع مهايأة كما أشارت إليه المادة (١٠٧٨) من القانون المدني وهي طريق للانتفاع بالمال وبالتالي فإن مجرد قسمة المهايأة لا يبيح للمتقاسم البناء على الجزء المختص دون الحصول على موافقة الشركاء)^(١)

الفرع الثاني / المحدثات التي يقيمها الشريك على الملك الشائع بأذن من الشركاء .

أن موضوع إجماع الشركاء كافة على القيام بعمل على الأرض يواجه صعوبة من حيث التطبيق إذ يتعذر في الغالب جمع كلمة الشركاء على الشيوع في امر كهذا، أما إذا أقام الشريك المنشآت في العقار الشائع بإذن و موافقة بقية الشركاء جميعاً، فإذا ثبت الإذن بالبناء فلا يحق لبقية الشركاء مطالبة الشريك المأذون بالبناء برفع التجاوز وقلع المنشآت لأنه لا يعد متجاوزاً، ويكون مصير تلك الأبنية معلقاً على نتيجة القسمة سواء أكانت تلك القسمة قضائية أم رضائية، وبما أنه لا يحق للشركاء الآخرين مطالبة الشريك المأذون بالبناء بقلع تلك المنشآت وإزالتها كذلك لا يحق للشريك نفسه أن يطالب بقيمة المنشآت طالما أن حالة الشيوع ما زالت قائمة^(٢).

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٣١ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠٠٩ في ٢٥ / ١ / ٢٠٠٩ بقولها (الحكم المميز صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها لأن الطرفين شركاء على وجه الشيوع في العقار موضوع الدعوى، وإن الأحكام الخاصة بالمال الشائع تقضي بعدم جواز المطالبة بقيمة المنشآت المحدثه من قبل أحد الشركاء إلا بعد إزالة شيوع العقار وانتظار قسمة المال الشائع فلا يكون لهذا التصرف أثر إلا إذا وقع الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المادة (١٠٦٢) من القانون المدني، وبذلك تكون دعوى موجبة للرد لأقامتها قبل أوانها)^(٣).

١-القرار نفلأ عن د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي ، حق الرجوع على الشريك في المال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف، مجلة العلم القانون، ٢٠١٧، ص٢٣٩.

٢- د. سعيد سعد عبد السلام، المصدر السابق، ص٣١٢.

٣- مجلة التشريع والقضاء، السنة الثانية، العدد ١، ٢٠١٠، ص٢١٩-٢٢٠.

ويجب على الشريك الباني أن ينتظر نتيجة القسمة فإذا وقع الجزء المقام عليه البناء في نصيب الشريك الباني فإنه يكون بحكم الباني في ملكه وتسلم له الأرض والبناء معاً، وإن لم يقع هذا الجزء في نصيبه ووقع في نصيب شريك آخر فإن الشريك الباني يستحق قيمة ذلك البناء قائماً وبإمكانه مطالبة الشريك الآخر الذي وقع البناء في نصيبه بقيمة تلك المنشآت قائمة على اعتبار أنه كان قد حصل على موافقة بالبناء ابتداءً وقبل حصول القسمة،* أما إذا آل العقار بنتيجة القسمة الى الغير فإن الشريك المأذون بالبناء يأخذ حصته مضافاً إليها قيمة المنشآت المقامة من قبله وهي قائمة وإن هذا يكون عند عدم حصول اعتراض من قبل بقية الشركاء على استحقاق الشريك المأذون بالبناء لقيمة تلك المنشآت، وعند اعتراض من قبل الشركاء يكون للشريك المأذون الحق في إقامة دعوى أمام محاكم البداية للمطالبة بقيمة المنشآت قائمة وقت إزالة شيوخ العقار، حتى لا يكون هناك إثراء من جانب بقية الشركاء على حساب الشريك المأذون بالبناء.^(١)

١- د. محمود جمال الدين زكي. الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٨٢.

المطلب الثالث

أحكام المحدثات المقامة من قبل المستأجر

المستأجر هو حائز عرضي للعقار المأجور، إذ أنه يحوزه ليس بنية التملك، بل أن وضع يده عليه مؤقت فعند انتهاء مدة الإيجار فإنه يجب عليه أن يرد العقار الى المالك، بمقتضى التزامه الشخصي اتجاه المؤجر، فإذا حدث وقام المستأجر بأية محدثات في العقار المأجور، فإن المشرع العراقي قد وضع أحكاماً خاصة تتعلق بمصير المحدثات التي يقيمها المستأجر في العين المؤجرة، وقد وردت تلك الأحكام مع أحكام عقد الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني، لذا يجب تطبيق هذه الأحكام دون رجوع الى أحكام الالتصاق، ذلك أن المستأجر إذا أقام أية محدثات أو تحسينات على العقار المأجور فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون ببناءه بزعم سبب شرعي لأن عقد الإيجار الذي يرتبط به مع المؤجر دليل قاطع على أنه يبني على ملك الغير، إلا أن إقامة تلك المحدثات قد يكون بإذن أو موافقة أو بعلم المالك أو بدون ذلك^(١).

وقد عالج القانون المدني العراقي أنواع المحدثات التي يمكن أن يحدثها المستأجر في العقار المأجور، وهي التحسينات الضرورية وقد عالج أحكامها في المادة (٧٥٠) والتحسينات الكمالية التي عالجها في المادة (١١٦٧) منه، والمشيدات النافعة وعالج أحكامها في المادة (٧٧٤) منه، وهي أكثر التحسينات ذات أهمية وكونها تتعلق بأحداث أبنية و غرس أشجار والقيام بتحسينات أخرى تزيد من قيمة المأجور ، سنتحدث عن النوع الأول والثاني باختصار أما النوع الأخير وهو موضوع بحثنا نتكلم عليه نوعاً من التفصيل.

ما يتعلق بالترميمات الضرورية فهي أما أن تكون لازمة للمحافظة على المأجور من الهلاك أو التلف، أو تكون لازمة لانتفاع المستأجر بها على الوجه المطلوب، والأصل إن من يلتزم بهذه المصروفات على وفق أحكام المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي هو المؤجر، إلا أن ذلك لا يمنع المستأجر أن يقوم بالترميمات الضرورية على نفقة المؤجر بإذن المحكمة إذا لم يستخدم حقه في فسخ الإيجار وذلك عند امتناع المؤجر عنها ، أو بدون إذن منها في حالة الاستعجال تطبيقاً

١- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ج٣، مطبعة العالمية، ١٩٥٢، ص١٤٧.

لأحكام القواعد العامة في المادة (٢٥٠) من القانون المدني^(١)، ومن ثم أبيع للمستأجر أن يسترد هذه المصروفات من المؤجر سواء أنفقها بإذن منه أو بغير إذن^(٢).

ويرى بعض من الفقه أن للمستأجر الرجوع بجميع ما انفق من المصروفات على وفق أحكام القواعد العامة في المادة (١١٦٧) من القانون المدني^(٣)، وهذا الرأي محل نظر لأنه يخالف مضمون المادة (٧٥٠) من ذات القانون، لأن المادة الأخيرة وأن كانت تطبيق تشريعي لأحكام القواعد العامة في المادة (١١٦٧) حيث كل منهما تبيح للمستأجر الرجوع بالنفقات الضرورية، إلا أنه يوجد اختلاف جوهري بينهما يتعلق بالمقدار الذي أنفقه المستأجر والذي يجوز الرجوع فيه على المؤجر، حيث يجوز الرجوع على المؤجر بموجب المادة (٧٥٠) بما انفق بالمقدار المعروف، أما بموجب نص المادة (١١٦٧) فيكون الرجوع بجميع المصروفات^(٤).

أما بخصوص ما يحدثه المستأجر من التحسينات الكمالية في العقار المأجور أنها المصروفات التي لا تعود بنفع على العين ذاتها ولكن تنفق لتزيين العين وتجعلها على الوجه الذي يريده الحائز لاستمتاعه الشخصي، كالرسم على جدران المنزل، وزراعة الحديقة، وزخرفة سقف المأجور، وعلى خلاف المصروفات السابقة لم ينص المشرع العراقي على هذه المصروفات ضمن النصوص الخاصة التي سبق ذكرها سابقاً التي تبين مصير تلك المصروفات^(٥)، إنما تخضع لأحكام القواعد العامة في

١- وفي هذا الصدد تنص المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه (١- على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى الى إخلال في المنفعة المقصودة منه. ٢- إذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة أو أن يقوم بالترميم بإذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالمقدر المعروف). كما تنص المادة (٢٥٠) من نفس القانون على أنه (١- في الالتزام بعمل إذا لم يقدّم بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذ بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة).

٢- د. سعيد مبارك، المجز في العقود المسماة (البيع، الإجار، المقاوله)، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٦٨.

٣- تنص المادة (١/١١٦٧) من القانون المدني أن (على المالك الذي رد إليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما انفق من المصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفقها لحفظ العين من الهالك).

٤- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة ٠ البيع والإجار ٩، ج ١، ط ٢، مطبعة العاني، ١٩٧٠، ص ٢٨٥.

٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٧٣.

المادة (١١٦٧ / ٣) من القانون المدني العراقي^(١)، بحيث ليس للحائز أن يطلب شيئاً من تلك المصروفات ، ويجوز له أن ينزع ما استحدثه أن يعيد الشيء الى حالته الأولى.

أما بخصوص ما يقيمه المستأجر من محدثات في العقار المأجور التي تسمى بالتحسينات النافعة هي التي تؤدي الى الزيادة في قيمة العين المؤجرة دون أن تكون لازمة للانتفاع بها على ما أعد له، كأن يكون المستأجر قد بنى في العين المؤجرة بناء أو غرس فيه أشجاراً، أو أقام بها تحسينات أخرى تزيد من قيمة المأجور^(٢). وقد عالج المشرع العراقي أحكام هذه المحدثات في المادة (٧٧٤) من القانون المدني^(٣)، ومن خلال تدقيق هذا النص نجد أن المشرع العراقي ميز بين ثلاث حالات وجعل لكل حالة حكمها الخاص، فالحالة الأولى هي إقامة المحدثات في العقار المأجور دون علم المؤجر أو بمعارضته، الحالة الثانية هي إقامة المحدثات بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، والحالة الثالثة هي إقامة المحدثات بأمر المؤجر، سنتكلم عن كل حالة بنوع من التفصيل كالآتي : -

الفرع الأول / إقامة المحدثات دون علم المؤجر أو بمعارضته.

أن يكون المستأجر أقام هذه التحسينات دون علم المؤجر أو أقامها بعلمه رغم معارضته، فإن المستأجر لا يستطيع المطالبة بالزيادة في قيمة المأجور ويلزم بإزالة المحدثات ويحق للمؤجر إذا كان قلعها وإزالتها يضر بالمأجور أن يملكها بقيمتها مستحقة للقلع، يذهب جانب من الشراح في العراق عند شرحهم للمادة (١/٧٧٤) من القانون المدني العراقي، أن هذه المادة علقّت ملكية المحدثات على إرادة المالك، أي إنها أجازت للمؤجر أن يختار إزالتها وهذه الإزالة لا تصح إلا عند انقضاء الإجارة، أو أن يختار تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع، لأنه ليس من العدل إلزام المؤجر بتسديد قيمتها

١- تنص المادة (١١٦٧ ف٣) من القانون المدني العراقي على أن (إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطلب شيئاً منها وعلى ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء الى حالته الأولى، إلا اذا اثار المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع).

٢- د. إيمان طارق مكي الشكري، أحكام نفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الجديد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، عدد ١، السنة الثانية عشر ٢٠٢٠، ص ١٥.

٣- نصت المادة (٧٧٤) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجاراً أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد في قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه، ألزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور، جاز للمؤجر أن يملك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع، ٢- أما إذا حدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما انفقه وما زاد في قيمة المأجور، مالم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك، ٣- فإذا حدث المستأجر شيئاً من ذلك بأمر المؤجر ، بأن المؤجر يلتزم بان يرد للمستأجر ما انفقه بالقدر المعروف مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك)

رغم معارضته للمستأجر في إيجادها^(١)، ومعنى ذلك أنه إذا قام المستأجر بإيجاد المحدثات أثناء سريان الإيجار عد المؤجر مالكاً لهذه المحدثات ملكية معلقة على شرط واقف وهو أن يعلن عن رغبته في تملك المحدثات ، أما المستأجر فإنه عد مالكاً لها تحت شرط فاسخ وهو أن يعلن المؤجر عن رغبته في الاحتفاظ بملكية المحدثات، فإذا أعلن عن رغبته في الإبقاء عليها تحقق الشرط الواقف، وبالتالي يعد المؤجر حينئذ مالكاً للمحدثات من تأريخ إنشاءها^(٢).

أما إذا رفض الاحتفاظ بالمحدثات بأن طلب إزالتها، فإن ذلك يؤدي إلى تخلف الشرط الواقف بأثر رجعي، ومن ثم يعد المؤجر كأنه لم يكن مالكاً لها بأي وقت، أما كون شرط فاسخ فيما يتعلق بملكية المستأجر لهذه المحدثات فإنه سوف يعد مالكاً للمحدثات من تأريخ إيجادها^(٣).

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٠١٨ / ٢ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٤ / ٢٧ / ٩ / ٢٠٠٤ بأنه (..... إن إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو قام بتحسينات أخرى وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه أُلزم المستأجر بهدم البناء وإزالة التحسينات فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يملك ما استحدثه بقيمته مستحقاً للقلع عملاً بأحكام المادة ١ / ٧٧٤ من القانون المدني)^(٤)

الفرع الثاني / إقامة المحدثات بإذن من المؤجر ودون معارضة منه:

أن تكون المحدثات بعلم المؤجر ودون معارضة منه فتكون ملكاً مستقلاً للمستأجر مادام عقد الإيجار لم ينتهي بعد، لكن إذا انتهى الإيجار فإن ملكيتها سوف تنتقل إلى المؤجر^(٥)، وإذا كان لا يجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر إزالتها قبل انتهاء الإجارة^(٦)، أما عند انقضاء عقد الإيجار فإن المؤجر يكون ملزماً أن يرد الى المستأجر ما انفقه هذا الأخير للقيام بتلك المحدثات أو الزيادة التي حصلت في قيمة المأجور نتيجة لتلك المحدثات أيهما اقل، فإذا كانت الزيادة في قيمة المأجور أكثر مما انفقه المستأجر وجب على المؤجر رد النفقات التي انفقها المستأجر، و إذا كانت النفقات التي

١- لفته هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني ، ط٢، مطبعة الكتاب ، بغداد ٢٠١٥، ص٦٢.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإيجار والعارية ، ج٦، المجلد الأول، المصدر السابق، ص٦٢٨.

٣- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة (عقد الإيجار) المجلد الثاني، ط١٩٩٣، ص٤، ص٥١٠-٥١١.

٤- القاضي كريم وناس آل جحيش، المصدر السابق، ج٣، ص١٣٥.

٥- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص٥١٣.

٦- د. عبد المنعم البدرروي العقود المسماة، مطابع دار الكتب العربي، مصر ١٩٦١، ص١٠٦.

انفقها المستأجر اكثر من الزيادة في قيمة المأجور عند انتهاء عقد الإيجار فإن المؤجر يلزم بدفع الزيادة الحاصلة في قيمة المأجور، بموجب المادة (٢ / ٧٧٤) من القانون المدني العراقي .

أما وقت تقدير قيمة المحدثات فلم يحدد المشرع العراقي الوقت الذي تقدر فيه القيمة هل وقت الرجوع على المؤجر أم وقت إيجاد هذه المحدثات، و لكن أوجبت على المحكمة عند نظر دعوى المطالبة بقيمة المحدثات تقدير قيمة تشييد المحدثات وتقدير قيمة ما زاد في قيمة العقار بسبب المحدثات وقت تشييد المحدثات ثم تقدر مرة أخرى وقت انتهاء الإيجار ومن ثم يحكم بعدئذ بأقل القيمتين.(١)

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٦٢٠/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٩ في ٢٧/١١/٢٠١٩ أنه (..... وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون إذ إن المدعي/ المميز عليه كان مستأجراً للعقار العائد للمدعي عليهم/ المميزون وقد أحدث مشيدات و إعمالاً تتعلق بالمحل التجاري المتخذ لغرض السيراميك وقد تأيد من أقوال وكيل المدعي عليهم أنهم كانوا على علم بأحداث الأبنية ولم يكونوا موافقين على إنشائها ولكن لم تبدر منهم معارضة تحريرية للمدعي وإذ تأيد إحداث المستأجر /المدعي المحدثات بعلم المؤجر دون اعتراض منه فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما انفقه أو ما زاد في قيمة المأجور استناداً للمادة ٢/٧٧٤ من القانون المدني وأن اتجاه المحكمة بالاستناد إلى المادة المذكورة سليم إلا أنها لم تفهم الخبراء بتطبيقها بالشكل الصحيح إذ إن التعويض لا يكون باحتساب قيمة المحدثات وإنما باحتساب ما أنفقه المستأجر وما زاد في قيمة المأجور والحكم بأقلهما و إذ إن الحكم المميز أغفل ذلك مما اخل بصحته لذا قرر نقضه(٢)

الفرع الثالث / إقامة المحدثات بإذن من المؤجر و بأمره :

في الأصل تعد المحدثات التي أقامها المستأجر في المأجور مملوكة للمستأجر مادام عقد الإيجار لم ينتهي بعد، إلا أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على خلافها، لأن هذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على أن تصبح تلك المحدثات ملكاً للمؤجر من تأريخ إيجادها(٣). وهذا ما يستنتج من مضمون الفقرة الثالثة من المادة (٧٧٤) من القانون المدني العراقي، فعدم وجود مثل هذا الشرط لا يمنع المؤجر بعد ذلك من أن يأمر المستأجر بإيجاد هذه المحدثات، وأن عبارة (بأمر

١- د. بيداء كاظم فرج ، د. هدى سعدون لفته ، البناء على أرض الغير في القانون العراقي ، المجلة المثلى للعلوم القانونية والسياسة، مجلد ١ ، عدد ١ لسنة ٢٠٢٤، ص ٧٨.

٢- القاضي كريم وناس آل جحيش، المصدر السابق، ج٣، ص ١١٥-١١٧.

٣- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٥١٤.

المؤجر) الواردة في الفقرة الثالثة من هذه المادة قصد المشرع منها أن المحدثات أقامها المستأجر باتفاق مع المؤجر، لأنه لا يجوز إلزام شخص بشيء دون إرادته، لذلك نرى أن هذه العبارة تحتاج إلى إعادة صياغة.

ومن جانب آخر يستنتج من مضمون الفقرة الثالثة من المادة أعلاه أن المشرع أقام قرينة على أن مجرد الاتفاق على تشييد المحدثات دون التطرق إلى مصيرها يفترض أن المحدثات تكون ملكاً للمؤجر بمقابل رد ما أنفقه المستأجر بالقدر المعروف، لكن هذه القرينة بسيطة قابل إثبات العكس، كأن يثبت المؤجر بأنه اتفق مع المستأجر في عقد الإيجار أو في اتفاق لاحق على عدم أحقية المستأجر في المطالبة بتعويضات مادية عن إيجاد المحدثات^(١).

وإذا كان للمستأجر الحق بالرجوع على المؤجر بشأن المحدثات أعلاه بالقدر المعروف، إلا أنه ما يثار من إشكال هو وقت الرجوع عليه بقيمة المحدثات رغم أن المشرع وضع قاعدة عامة لرجوع المستأجر على المؤجر بموجب المادة (٧٧٤) من القانون المدني العراقي هو عند انقضاء الإيجار، إلا أن لم يبين وقت تقدير القدر المعروف فيما إذا كان وقت الاتفاق أم في تأريخ الرجوع، وقد يرى الباحثين وتحقيقاً للعدالة يجب أن يجري تقديره وقت الرجوع لا وقت الاتفاق على إنشاء المحدثات^(٢).

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٣٥٣/الهيئة الموسعة/٢٠١٢ في ٢٧/٨/٢٠١٢ بأنه (..... بالفقرة الأولى من هذا العقد وقد خول المدعى عليهم (.....) فأذنوا لها بإنشاء بحيرات وأحواض مائية لتربية الأسماك مع ملحقاتها الإنشائية بعلم مالكين و أجرت المحكمة الكشف على العقار موضوع الدعوى واستمعت للبيئة الشخصية التي أيدت عائدية المنشآت المشيدة على العقار لمورثه المميز عليهم (.....) لذا فإن المميز عليهم يستحقون قيمة المنشآت المشيدة وهي البحيرات وأحواض الأسماك وملحقاتها وفقاً للمادة ٣/٧٧٤ من القانون المدني ، و أعادت المحكمة إجراء الكشف بمعرفة ثلاثة خبراء مختصين لتقدير قيمة المنشآت وخبير حسابي لاحتساب حصص المميز عليهم عليه قرر تصديقه)^(٣)

١- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار) ، ج١، ط٢، مطبعة العاني ١٩٧٠، ص٢٨٦.

٢- لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني ، المصدر السابق، ص٥٩.

٣- القاضي كريم وناس آل جحيش، المصدر السابق، ج٣، ص١٢٣.

المطلب الرابع

أحكام البناء تجاوزاً على جزء من الأرض المجاورة

إن المقصود بالتجاوز في هذا المطلب هو التجاوز على جزء من الأرض المجاورة والملاصقة لأرض الباني والمملوكة للجار، والمتجاوز هو الشخص الذي يقوم بالبناء على جزء من أرض جاره والملاصقة لأرضه.

لم يورد القانون المدني العراقي نصاً خاصاً للحالة التي يتجاوز فيها الجار في بنائه حدود أرضه على جزء من أرض الجار الملاصقة لأرضه، مع أن هذه الحالة شائعة ولعلها أكثر وقوعاً من الحالة التي يقام فيها البناء برمته على أرض الغير فقد يحدث أن يتجاوز الباني حدود ملكه بسوء نية وعن عمل مقصود وأما خطأ بلا قصد كأن يقع ذلك نتيجة خطأ في تثبيت حدود من المساح وأما بخطأ من عامل البناء. لذا فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين، سنتناول في الفرع الأول: البناء تجاوزاً على جزء من الأرض المجاورة بسوء نية، فيما خصصنا الفرع الثاني: البناء تجاوزاً على جزء من الأرض المجاورة نتيجة خطأ في تثبيت الحدود.

الفرع الأول / البناء تجاوزاً على جزء من الأرض المجاورة بسوء نية

إن أكثر الأحيان تكون المساحة المتجاوزة عليها من أرض الجار لا تزيد على بعض أمتار، وهذه الحالة تحدث بين الأراضي المتجاورة عندما يقوم المالك بالبناء، وذلك إذا باشر مالك الأرض بالبناء على أرضه ولكنه تجاوز حدودها وضم الى البناء جزء من أرض جاره. وفي مواجهة هذه الحالة يقرر القانون المدني المصري في المادة (٩٢٨)^(١) أن التجاوز إذا كان بحسن نية وعلى مساحة قليلة من أرض الجار فيجوز للمحكمة أن تحكم بتمليك هذا الجزء للباني، وذلك مقابل تعويض عادل يدفعه الى صاحب الأرض التي جار عليها، وهذا الأمر جوازي للمحكمة وخاضع لتقديرها بحسب ظروف كل قضية^(٢). ويعد هذا الحكم خروجاً عن أحكام الالتصاق لأن الباني سيمتلك جزء من الأرض المعتدي عليها، إذ يجبر صاحبها على التنازل عن جزء من أرضه وهو الجزء المشغول بالبناء نظير تعويض عادل يقدر في ضوء الظروف الخاصة بالحالة المعروضة على المحكمة^(٣).

١- نصت المادة (٩٢٨) من القانون المدني المصري على أنه (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد تجاوز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة، إذا رأت محلاً لذلك، أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجز المشغول بالبناء، وذلك في نظير تعويض عادل).

٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٩، المصدر السابق، ص٣١٧.

٣- د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبة، مصر ١٩٦٥، ص٢٩٥.

أما القانون المدني العراقي فلم يورد نصاً لهذه الحالة ولذا تطبق القواعد العامة بشأنها، وقد رأي الى أنه بحسب هذه القواعد يعتبر الباني سيء النية دائماً لأن العقارات لها أضيابير تحدد مساحتها وحدودها ويفترض أن كل مالك لا يباشر في البناء إلا بعد تأكد من حدود أرضه، لما كانت المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي تشترط لتطبيق حكمها أن تكون البناء بزعم سبب شرعي لا يكفي بحسن النية وحدها، فهذا يعني أن الباني المتجاوز حدود أرضه سيعامل بموجب قواعد القانون الصارمة على أنه سيء النية دائماً، لذا يجب أن يطبق نص المادة (١١١٩) من القانون المدني في باب الالتصاق والتي تقرر أن صاحب الأرض المتجاوز عليها يجوز له أن يطلب الزام الباني بأن يزيل على نفقته ما أحدثه من محدثات مهما كانت قيمتها وبغض النظر تضرر الباني بسبب القلع، وإذا كانت الإزالة مضر بعقار المدعي فله أن يطلب تملكه المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع^(١).

جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٧٦٦/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١ في ٢٨/٤/٢٠٢١ بأنه (الغصب لا يكون نعمة للملك حتى لو لحق بعقار المدعي عليه أضرار من جراء إزالة التجاوز لأن أحكام المادة ١١١٩ من القانون المدني قد أعطت لمالك الأرض حق الخيار أما يرفع التجاوز بالبناء على أرضه أو تملكه مقلوعاً وأن المدعي اختار طلب رفع التجاوز كما أن قاعدة لا ضرر ولا ضرار ليس لها أي حضور على وقائع الدعوى والتمسك بها يعطي للغاصب حق القرار على أرض الغير بدون مسوغ قانوني أو شرعي^(٢).

في حين ذهب رأي آخر الى أن تطبيق القواعد العامة بشأن هذه الحالة يوجب النظر الى نية الباني، لذا 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 أقام عليه البناء مقابل تعويض صاحب الأرض تعويضاً عادلاً، أو يتملك صاحب الأرض البناء الذي أحدثه الباني في أرضه^(٣).

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

١- د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ٩١٨.

٢- ضياء جبار قاسم الجباري ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، القسم المدني، للسنوات ٢٠٢٠-٢٠٢١، مطبعة الكتاب، بغداد ٢٠٢٢، ص ٦١.

٣- حامد مصطفى، الملكية و أسبابها ، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد ١٩٥٣ ص ٢٩٩.

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الاتجاه في قرارها رقم ٧١٥ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٩ / ١ / ٢٠١٩ والذي جاء فيه (أن تقرير الخبير المساح المؤرخ في ... هو وجود تجاوز من المدعى عليه على عقار المدعي بمساحة (١٠,٩٠ م^٢) وهو بناء سقف مما كان المتعين على محكمة الموضوع الاستيضاح من الخبير عن إمكانية إزالة هذا التجاوز وهو (السقف) دون حصول أضرار في العقار العائد للمدعى عليها وهل أنه ناتج عن إفراز العقار الأصل وجعله عقارين كل واحد منهما يمثل وحدة عقارية مستقلة عن الأخرى، وحيث أن المادة (٢١٦ / مدني) قد نصت على أنه لا ضرر ولا ضرار والضرر لا يزال بمثله، وحيث أن محكمة الموضوع قد أصدرت حكمها دون استكمال تلك التحقيقات لذا قرر نقض الحكم)^(١)

نحن نعتقد بأن العمل بالمادة (١١١٩ و ١١٢٠) من القانون المدني العراقي لن يؤدي إلى حلول عملية مقبولة في الحالة التي تكون فيها قيمة الجزء المتجاوز عليه أكثر من قيمة البناء، ومن ثم يكون لمالك ذلك الجزء أن يملك البناء بقيمته قائماً، ولكن كيف سيكون الحال إذا كان البناء يشكل جزءاً من غرفة أو صالة من مشتملات دار متكاملة وهل من المعقول أن يملك الجار متراً أو نصف متر من غرفة في بيت جاره وأية منفعة ستعود عليه إذا تملك هذا الجزء اليسير من البناء؟

لا شك أن كل هذه التساؤلات ما كانت لتظهر لو كان المشرع العراقي قد جاء بمعالجة خاصة لحالة التجاوز في البناء على جزء من أرض الجار كما فعل المشرع المصري.

الفرع الثاني / البناء تجاوزاً على جزء من الأرض المجاورة نتيجة خطأ في تثبيت الحدود.

قد يقوم المحدث بإقامة المحدثات على أرض الغير معتقداً أنه يقيم المحدثات على أرضه بسبب خطأ المساح أو المهندس المكلف بتثبيت حدود قطع الأراضي المفترزة أو التي يتم إفرازها من قبله، وتخضع هذه الحالة لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٧) لسنة ١٩٨٥^(٢) والمعدل بقرار المجلس ذاته رقم (١٠٩) لسنة ١٩٨٧^(٣) الذي أعطي بموجبه للمالك الذي زادت مساحة عقاره نتيجة الخطأ في تثبيت الحدود الحق في أن يملك الجزء المتجاوز عليه أن يعرض المالك الذي

١- حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية، العدد ٦، مكتبة القانون المقارن، بغداد ٢٠٢٠، ص ١٩.

٢- منشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٠٤٧ في ٢٧/٥/١٩٨٥ جاء فيه البند (أولاً) على أنه (تعتبر الأوضاع الجديدة للوحات العقارية السكنية التي حصل تغيير في مواقعها وشكلها ومساحتها، نتيجة خطأ في تثبيت الحدود أو بسبب تغيير مواقع الشوارع المحيطة بها، أوضاعاً قانونية، ويجري تصحيح السجلات العقارية وخرائط العقارات تبعاً لذلك، وفق أحكام هذا القرار) كما تقضي البند (ثانياً) من القرار المذكور بأنه (يعرض المالكون الذين زادت مساحة وحداتهم العقارية المالكين الذين نقصت مساحة وحداتهم العقارية بقيمة ما نقص منها وفق أحكام هذا القرار).

٣- منشور في الوقائع العراقية، العدد ٣١٤١ في ١٦/٣/١٩٨٧.

نقصت مساحة عقاره عن قيمة النقص، فهذا القرار لم يشترط أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة
الجز المتجاوز عليه لكي يتم التملك^(١).

كما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية في رقم ٤٩١٩/الهيئة الاستئنافية العقار/٢٠١١ في
٢٠١١/١٢/١٤ أنه (عند النظر في الحكم المميز ظهر أنه صحيح و موافق للقانون إذ قدم الخبراء
ملحقاً لتقريرهم بينوا بموجبه عدم انطباق القرار ٥٢٧ لسنة ١٩٨٥ على وقائع الدعوى لأن القرار
المذكور يشمل تغيير الأوضاع الجديدة للوحدات العقارية السكنية التي حصل تغيير في مواقعها
وشكلها و مساحتها نتيجة خطأ في تثبيت الحدود ومواقع الشوارع المحيطة بها في حين لم يحصل أي
تغيير في وضع القطعة أو موقعها وشكلها وحيث تبين من خلال تقرير الخبراء القضائيين وجود
تجاوز من قبل المميز (المدعى عليه) على عقار المميز عليه (المدعى) بمساحة قدرها ٢م٣٥,١١
وحسب المرتسم المنظم بذلك يكون المميز (المدعى عليه) غاصباً للمساحة المتجاوز عليها،
والمغضوب إذا كان عقاراً يلزم الغاصب برده مع أجر مثله المادة (١٩٧) مدني عراقي عليه قرر
تصديق الحكم)^(٢).

لابد من الإشارة إلى أن تطبيق أحكام القرار (٥٢٧) يسري على كل حالة تجاوز على جزء
من أرض الجار نتيجة خطأ في تثبيت الحدود حدثت قبل ١٩٨٣/٥/٣٠ ذلك أن الفقرة (تاسعاً) من
القرار المذكور نصت على أن يقتصر تطبيق أحكام القرار على الوقائع السابقة لتأريخ نفاذ قرار مجلس
قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٥٥١) في ١٩٨٣/٥/١٤ والذي كان تأريخ نفاذه في ١٩٨٣/٥/٣٠.

وهكذا فإن القرار المذكور ينطبق على كل حالة تجاوز على جزء من أرض الجار حدثت قبل
١٩٨٣/٥/٥ إلا أن الدعوى بشأنها لم تقم إلا بعد ١٩٨٥/٥/٥ فأنها تحكم بموجب قرار مجلس قيادة
الثورة المنحل المرقم (٥٢٧)، أما إذا كان التجاوز قد حصل بعد ١٩٨٣/٥/٣٠ ونتيجة خطأ في
تثبيت الحدود فإن هذه الحالة ستحكم وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٥٥١ في
١٩٨٣/٥/١٤ والذي حمل المساح أو المهندس المكلف بتثبيت الحدود مسؤولية الخطأ في تثبيت تلك
الحدود وألزمه بتعويض الأضرار المادية التي تصيب أصحاب العلاقة.^(٣)

وبهذا الصدد فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم ٣٠٩٨/الهيئة الاستئنافية
٢٠٠٦/ في ٢٠٠٧/٣/١٣ بأنه (عند النظر في الحكم المميز ظهر أنه صحيح و موافق للقانون لأن

١- د. ظاهر مجيد قادر، د. هيو إبراهيم قادر، نزع الملكية للمنفعة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة ٧

المجلد ٧ العدد ٣ الجزء ١، ٢٠٢٣، ص ٥٨٣.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية غير منشور.

٣- د. بيداء كاظم فرج، د. هدى سعدون لفته، المصدر السابق، ص ٨٧.

المميز (المستأنف/ المدعي) وبعريضة الدعوى قد حصر المسؤولية في تثبيت حدود القطعة العائدة له بمساح مديرية التسجيل العقاري في الزهور وأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٥٥١ في ١٤/٥/١٩٨٣ قد حمل المساح أو المهندس المكلف تثبيت حدود قطع الأراضي المفترزة أو التي يتم إفرازها من قبله مسؤولية خطاه في تثبيت تلك الحدود ويكون ملزماً بتعويض الأضرار المادية التي تصيب أصحاب العلاقة نتيجة الخطأ المذكور بالإضافة الى العقوبات الانضباطية وبذلك تنفي مسؤولية المميز عليها بشأن ذلك وتكون الدعوى تجاهها فاقدة لسندها القانوني عليه قرر تصديق الحكم^(١).

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية غير منشور.

الخاتمة :

بعد أن بلغنا نهاية المطاف ببحثنا الموسوم ب(أحكام المحدثات على أرض الغير في القانون العراقي) فقد توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نبينها كما يأتي : -

أولاً / الاستنتاجات:

١. وضع المشرع العراقي قرينة قانونية لصالح مالك الأرض مفادها أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته وتكون ملكاً له، وهي قرينة قانونية قابل لإثبات العكس، كل من يدعى خلاف ذلك عليه عبء الإثبات استناداً لأحكام المادة (١١١٧) من القانون المدني.
٢. إقامة المحدثات على أرض الغير هي صورة من صور الالتصاق وقد عالجه المشرع العراقي باعتبار سبباً من أسباب كسب الملكية، وتخضع لأحكامه كل حالة تشييد لم يرد بها نص خاص يعالجها، ولا تنهض أحكام الالتصاق إلا إذا كان المحدث ومالك الأرض شخصين مختلفين ولم يكن بينهما اتفاق على مصير تلك المحدثات.
٣. من خلال استقراء للمادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي يلاحظ تقييد طلب القلع من خلال إطلاق لفظ الضرر على عمومته دون أن يحدد ما إذا كان الضرر فاحش، أم ضرراً يسيراً، غير أنه لم يحدد فترة زمنية لمطالبة إزالة المحدثات ويبقى خيار قلع المحدثات لصالح صاحب الأرض قائماً ما دامت المحدثات قائمة مهما طال الزمن.
٤. الأساس الذي تم الاعتماد عليه لمعرفة مصير المحدثات وحقوق المحدث في التشريع العراقي هو التمييز بين ما إذا كان المحدث حسن النية أم سيء النية وقت إقامة المحدثات على أرض يعلم أنها مملوكة للغير.
٥. لم يبين المشرع العراقي بوضوح معنى الزعم بسبب شرعي الواردة في نص المادة (١١٢٠) من القانون المدني، وكذلك لم يتعرض الفقه لتعريفه بشكل دقيق، مما أدى الى صدور قرارات قضائية متناقضة.
٦. المحدثات التي يحدثها الشريك في العقار الشائع سواء أكانت بإذن أم دون إذن من الشركاء لا يجوز إزالتها بل يكون الحكم فيها بأجر المثل أو مطالبة بإزالة الشيوخ تطبيقاً لحكم المادة (١٠٦٣) من القانون المدني ، والشريك الذي يقيم المحدثات لا يستطيع المطالبة بقيمة المحدثات إلا بعد إزالة الشيوخ وفي حال إقامة الدعوى قبل ذلك ترد الدعوى لأقامتها قبل أوانها، أنه في حالة إقامة احد الشركاء بناءً أو منشآت على جزء من الأرض الشائعة حتى وإن كان هذا الجزء يوازي حصة الشريك ، يمكن القول أن إقامة مثل هذا البناء يدخل في نطاق التصرفات المادية، عالجت المشرع العراقي هذه الحالة بموجب المادة (٢/١٠٦٢) من

القانون المدني جاء فيه (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف اثر إلا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك).

٧. المحدثات التي يحدثها المستأجر في المأجور خاضعة لأحكام المادة (٧٧٤) من القانون المدني العراقي، ولا يجوز للمستأجر أن يطالب المؤجر بقيمة تلك المحدثات إلا بعد انتهاء عقد الإجار .

٨. لم يورد القانون المدني العراقي نصاً خاصاً للحالة التي يتجاوز فيها الجار في بنائه حدود أرضه على جزء من أرض الجار الملاصقة لأرضه، مع أن هذه الحالة شائعة ولعلها أكثر وقوعاً من الحالة التي يقام فيها البناء برمته على أرض الغير فقد يحدث أن يتجاوز الباني حدود ملكه بسوء نية وعن عمل مقصود ولذا تطبق القواعد العامة بشأنها.

ثانياً / التوصيات:

١. نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي بوضع مدة زمنية لخيار طلب القلع خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة البناء لعدم إطالة أمد النزاع، وقصر المشرع الضرر بالضرر الفاحش من أجل أن يكون خيار القلع أكثر اتساعاً.
٢. نوصي المشرع العراقي أن يستبدل عبارة (زعم سبب شرعي) الواردة في المادة (١١٢٠) من القانون المدني بعبارة (السبب الصحيح) الواردة في المادة (١١٥٨) من نفس القانون لأن العبارة الأولى واسعة المفهوم الدلالة والسبب الآخر هو لتوحيد المصطلحات.
٣. لم نجد نص قانوني يعالج حالة قيام احد الشركاء بمباشرة تصرفات مادية على المال الشائع قبل القسمة، وإن جميع النصوص أشار الى هذه الحالة بعد القسمة، بما جاء في المادة (٢/١٠٦٢) من القانون المدني العراقي على أنه (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف اثر إلا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك). لذا نقترح على المشرع العراقي أن يورد نص صريح يعالج مثل هذه التصرفات قبل القسمة من خلاله رخصة الخيار بين طلب إزالة المحدثات مع الحق بطلب أجر المثل، أو بقاء المحدثات وتملكها بحسب قيمتها الحقيقية إذا كان الشريك الآخر حسن النية أو بقيمتها مستحقة القلع إذا كان سيء النية، دون أن يسقط حقه أيضاً بطلب أجر المثل عن المدة السابقة لطلب التمليك، لكل ما تقدم نقترح تعديل نص المادة (٢/١٠٦٢) لتكون كالآتي (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف اثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك، ومع ذلك يكون للشريك الذي يرغب في بقاء الشيوخ وكان

التصرف مادياً أن يطلب تملك المحدثات بمقدار حصته بقيمتها الحقيقية إذا كان الشريك الآخر حسن النية وبقيمتها مستحقة القلع إذا كان سيء النية).

٤. أن المشرع العراقي في المادة (٢/٧٧٤) من القانون المدني ألزم المؤجر أن يرد للمستأجر الأقل مما أنفقه أو ما زاد في قيمة المأجور عن المحدثات التي أوجدها المستأجر بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، لكن لم يبين المشرع وقت تقدير أقل القيمتين، فيما إذا كان وقت الرجوع أم وقت إيجاد المحدثات، لذا نقترح تعديل هذا النص كالاتي (٢- أما إذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما أنفقه أو ما زاد في قيمة المأجور في وقت الرجوع على المؤجر ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك).

٥. نقترح على المشرع العراقي إيراد نص في القانون المدني بأن (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد تجاوز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن يجبر صاحب الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك في نظير تعويض عادل) لتلافي التساؤلات عن التجاوز في البناء على جزء من أرض الجار.

المصادر:

قائمة المصادر و المراجع

أولاً - المعاجم اللغوي :

١. المنجد في اللغة و الإعلام -، دار المشرق، بيروت.
٢. جمال الدين بن مكرم بن منظور، معجم لسان العرب معجم لغوي علمي، دار لسان العرب، مجلد الأول، دار الصادر للطباعة والنشر، ١٩٦٥ .

ثانياً - المصادر القانونية :

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، ط١، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ، الكويت ١٩٩١.
٢. اكرم محمود حسين - المسؤولية المدنية عن تهم البناء - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٠-ص٧٥.
٣. حامد مصطفى، الملكية و أسبابها ، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد١٩٥٣.
٤. حسام الدين الأهواني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشورات ذات السلال، الكويت ١٩٩٣ .
٥. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية ، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجدد ١٩٩٣.
٦. حيدر سعود خضير المسعودي -نطاق حق الملكية وخصائصها - بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية -م٧٢ -عدد(٤) ت٢ لسنة ٢٠٢٤.
٧. حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية، العدد٦، مكتبة القانون المقارن، بغداد٢٠٢٠.
٨. خالد عبدالفتاح محمد - المسؤولية المدنية في ضوء أحداث أحكام النقص المصرية - دار الكتب القانونية - مصر ٢٠٠٩.
٩. د . عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في قانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت١٩٨٢.
١٠. د. جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية مع ملحق عن حق التصرف وحق الانتفاع، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ٢٠٠٦.
١١. د. حسن علي زنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية ،شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ،بغداد١٩٥٩.

١٢. د. حسن كيره، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٦٥.
١٣. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج١، بيروت ١٩٨٦.
١٤. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة . البيع والإيجار ٩، ج١، ط٢، مطبعة العاني، ١٩٧٠.
١٥. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار)، ج١، ط٢، مطبعة العاني، ١٩٧٠.
١٦. د. سعيد سعد عبد السلام، الحقوق العينية، مطبعة حمادة، المنوفية، ١٩٩٩.
١٧. د. سعيد عبدالكريم مبارك- شرح القانون المدني العراقي -الحقوق العينية الاصلية، ط١، بغداد ١٩٧٣.
١٨. د. سعيد مبارك، المجز في العقود المسماة(البيع، الإيجار، المقاوله)، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، بلا سنة طبع.
١٩. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة(عقد الإيجار) المجلد الثاني، ط٣، ١٩٩٣، ٤.
٢٠. د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٥٩.
٢١. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - أسباب كسب الملكية - ج٩، مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤.
٢٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإيجار والعارية، ج٦، المجلد الأول، مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤.
٢٣. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام التزام، ج٢، ط٥، مطبعة نديم بغداد ١٩٧٧.
٢٤. د. عبد المنعم البدرابي العقود المسماة، مطابع دار الكتب العربي، مصر ١٩٦١.
٢٥. د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - ج٨ - مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤.
٢٦. د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - ج١ - مطبعة دار النهضة العربية - ١٩٦٤.
٢٧. د. عبدالمجيد حكيم .المجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام. المكتبة القانونية بغداد ١٩٧٧.
٢٨. د. عبد المنعم فرج صده، حق الملكية، ط٣، مكتبة مصطفى الباي الحلبي، مصر ١٩٦٧.

٢٩. د. عبدالمنعم فرج صده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ج٢، الملكية الشائعة، ١٩٦٢.
٣٠. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ط١، دار الثقافة عمان ٢٠٠٠.
٣١. د. محمد جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية ط٣، مطابع دار الشعب، القاهرة، بلا سنة طبع.
٣٢. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية - ج١ - منشورات الحلبي الحقوقية.
٣٣. د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية و أسباب كسبه، دار النهضة، القاهرة ١٩٥٦.
٣٤. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ج٣، مطبعة العالمية، ١٩٥٢.
٣٥. د. محمود جمال الدين زكي. الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة، القاهرة ١٩٧٨.
٣٦. د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشآت المعارف - الاسكندرية ٢٠٠٠.
٣٧. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبة، مصر ١٩٦٥.
٣٨. صلاح الدين ناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بعدا ١٩٦١.
٣٩. ضياء جبار قاسم الجباري، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، القسم المدني، للسنوات ٢٠٢٠-٢٠٢١-٢٠٢٢، مطبعة الكتاب، بغداد ٢٠٢٢.
٤٠. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط٣، العاتك للنشر، القاهرة، ج١.
٤١. عبد المجيد الحكيم - محمد طه البشير - عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني مصادر الالتزام، بغداد ١٩٨٠.
٤٢. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط١، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٠، ص ١٢٦.
٤٣. عمر إبراهيم عبدالمجيد حرموش، البناء في ملك الغير، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الإسكندرية، ٢٠١٢.
٤٤. فوزي كاظم المياحي - القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً - ج١ - مطبعة السيماء بغداد ٢٠١٦ - ص ٢٨٥.
٤٥. القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام ٢٠٢١، القسم المدني، ج٥، دار السنهوري بيروت ٢٠٢٢.

٤٦. القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج٤، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠٢١.
٤٧. القاضي كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج٤، دار السنهوري، بيروت ٢٠٢١.
٤٨. لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ط٢، مطبعة الكتاب، بغداد ٢٠١٥.
٤٩. محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، ط٣، ٢٠١٠.
٥٠. محمد كامل مرسي، الأموال، ط٢، مطبعة الاعتماد، مصر ١٩٤٣.
٥١. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧٨.
٥٢. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، المكتبة المصرية الحديثة، ١٩٧٤.
٥٣. نائل المساعدة، الضرر في الفعل الضار في القانون، مجلة المنارة، المجلد ١٢، العدد ٣، ٢٠٠٦.
٥٤. هادي عزيز علي - مدونة القضاء المدني العراقي كتاب البناء والغراس على ارض الغير - مكتبة صباح القانونية - بغداد ٢٠١٥.

ثالثاً - البحوث والرسائل :

١. جمال عبد كاظم الحاج ياسين - أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بابل - ٢٠٠٥.
٢. كرار حسن كاظم الغزالي، أحكام المنشآت المشيدة - وفق لأحكام القانون العراقي، رسالة الماجستير مقدم الى مجلس عمادة معهد العلمين، سنة ٢٠١٧.
٣. د. اياد عبد الجبار ملوكي، الأحداث في ارض الغير بسبب شرعي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد ١٥، العدد ٢، لسنة ٢٠٠٠.
٤. د. إيمان طارق مكي الشكري، أحكام نفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الجديد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، عدد ١، السنة الثانية عشر ٢٠٢٠.
٥. د. بيداء كاظم فرج، د. هدى سعدون لفته، البناء على أرض الغير في القانون العراقي، المجلة المثني للعلوم القانونية والسياسة، مجلد ١، عدد ١ لسنة ٢٠٢٤.
٦. د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، حق الرجوع على الشريك في المال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف، مجلة العلم القانون، ٢٠١٧.

٧. د. ظاهر مجيد قادر، د. هيو ابراهيم قادر، نزع الملكية للمنفعة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة ٧ المجلد ٧ العدد ٣ الجزء ١، ٢٠٢٣.
٨. علي هادي العبيدي، قراءة جديدة لإحكام الاتصال بالعقار بفعل الإنسان في القوانين الأردني والإماراتي، مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلد ٣٦، لسنة ٢٠٠٩.
٩. القاضي مهدي صالح سلمان - البناء غير المشروع على ملك الغير في التشريع العراقي، بحث مقدم الى مجلس القضاء الأعلى، ٢٠١٢.
١٠. محمد جمال زعين، ورود خالد محمد، قراءة جديدة لسوء النية واثرها في البناء على أرض الغير، مجلة القانون والمجتمع، عدد ٢، لسنة ٢٠١٧.
١١. ياسين محمد الجبوري، الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي من القانون المدني الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٤، العدد ٢، ٢٠١٧.

رابعاً : المجلدات والمجلات

١. مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، ٢٠٠٩.
٢. مجلة التشريع والقضاء، السنة الثانية، العدد ١، ٢٠١٠.
٣. مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الثاني، ١٩٧، ٢٠١٥.

خامساً : القرارات غير منشورة:

١. قرار محكمة التمييز الاتحادي غير منشور.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادي غير منشور. قرار
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٥٩٧ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٧ في ١١ / ٧ / ٢٠١٧ غير منشور.

سادساً : القوانين والقرارات

١. دستور العراقي لعام ٢٠٠٥
٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٥٢٧ في ٢٧ / ٥ / ١٩٨٥.
٤. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٥٥١ في ١٤ / ٥ / ١٩٨٣.