

## البناء غير المشروع على ملك الغير

(دراسة مقارنة)

نوزاد جمال محمد رشيد

د. ازاد شكور صالح

طالب مرحلة اخيرة في المعهد القضائي

أستاذ القانون التجاري المساعد

أقليم كردستان - العراق

كلية القانون/ جامعة صلاح الدين

### المستخلص

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقاً، من حيث السلطات والصلاحيات التي يمنحها لصاحبه، حيث يمكن صاحبه ممارسة كل السلطات الممكنة على الشيء محل الحق، من استعمال واستغلال وتصرف، ولأهمية ذلك أفرد المشرع العراقي كغيره من التشريعات المقارنة بالعديد من المواد القانونية والتي بدأت من المادة (١٠٤٨) ولغاية (١١٦٨) في قانونه المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. وتكمن أهمية هذا البحث في انه محاولة لمعالجة ظاهرة البناء غير القانوني على ملك الغير التي هي في توسع مستمر مما يهدد بابتلاع أجزاء كبيرة من اراضي الدولة. ان البناء على ملك الغير دون سبب يوجب القانون صورة من صور الالتصاق، نظمته القوانين المدنية المقارنة بقواعد عامة بوصفه سبباً من اسبابا كسب الملكية. وهو من المواضيع المهمة في الواقع العملي، إذ لا يكاد القضاء في مختلف دول العالم يخلو من منازعات موضوعها البناء على ملك الغير دون سبب، وقد ازدادت في الآونة الأخيرة أهمية هذا الموضوع بالنظر للنشاط العمراني المتزايد الذي تشهده الدول في الوقت الحاضر والذي تصاحبه بالتأكيد زيادة حالات التجاوز.

تكمن مشكلة هذا البحث في خطورة ظاهرة البناء غير القانوني على ملك الغير وارااضي الدولة وانعكاساتها السلبية على القطاع السكاني، بالإضافة إلى بيان موقف القانون العراقي من الظاهرة مقارنة ببعض القوانين في هذا الخصوص كالقانون المصري، ومن ثم المساعدة على المعالجة التشريعية لظاهرة البناء غير القانوني في العراق واقليم كردستان العراق.

وفي الختام، توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات مهمة، ومن اهم تلك الاستنتاجات أن القضاء يستطيع الاستناد الى المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه (المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب برده الى

صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان). لكي يلزم على من اقام المنشآت المؤقتة برفعها واعادة الأرض لملكها، فضلاً عن إلزامه بتأدية أجر المثل عن المدة التي بقيت فيها تلك المنشآت المؤقتة عليها في حالة مطالبة مالك الأرض بها.

وقدمنا عدة توصيات للمشرع العراقي ومن اهمها، إعادة النظر في حكم المادة (١١١٩) مدني وأن يعطي الحق في استبقاء البناء دون أن يقيد بأبي شرط، خصوصاً وأن هذه المادة تواجه حالة الباني سيء النية فليس من المستساغ عقلاً احاطة من اعتدى على ملك غيره وبسوء نية بالحماية. لذا ينبغي على صاحب الأرض حق تملك الابنية بقيمتها مستحقة للقلع جبراً على الباني سيء النية، دون النظر إلى جسامه الضرر عند القلع كجزاء لسوء نية الباني.

**الكلمات المفتاحية: البناء، فير المشروع، الملك، الغير**

### Abstract

Compensation is the effect of liability, which means, the penalty for breach of an obligation. When the liability of the air carrier is realized, the damage is incurred in the event of physical damage to the passenger (safety obligation), loss, damage or loss of goods or baggage Registered) and the delay in the implementation of the air transport contract. Compensation is estimated to the extent of damage, which is customary in the jurisprudence is between the two articles(1048) to(1168) of civil law no.(40) for the year(1951), but in the field of air transport the legislator has departed from this rule, having set a maximum compensation for the carrier responsible, In charging the carrier with liability for the entire damage (unlimited liability), the carrier may lead to the abyss of bankruptcy, thus depriving the carrier of its work in this important economic facility, while the international legislator did not neglect the passenger or shipper, as did not allow the derogation from the ceiling set by International agreements, so as to find a balance between the parties to the contract of carriage.may be modified the article(1119) in civil law. The international legislator has endeavored to maintain the limited liability of the air

carrier as long as it is good faith, but when it becomes ill-intentioned it becomes liable for the full damage and does not benefit from limited liability, and if the parties agree that compensation for the full damage is possible, because it does not contravene the public order.

**Key words: Building, Illegal, Property, Others**

## أهمية

### ١ - أهمية البحث وسبب اختياره:

تكمن أهمية هذا البحث في انها محاولة لمعالجة ظاهرة البناء غير القانوني على ملك الغير التي تتوسع باستمرار مما يهدد بفقدان أجزاء كبيرة من اراضي الدولة. ان البناء على ملك الغير دون سبب يوجب القانون صورة من صور الالتصاق، نظمه القوانين المدنية المقارنة بقواعد عامة بوصفه سبباً من اسبابا كسب الملكية. وهو من المواضيع المهمة في الواقع العملي، إذ لا يكاد القضاء في مختلف دول العالم يخلو من منازعات موضوعها البناء على ملك الغير دون سبب، وقد ازدادت في الآونة الأخيرة أهمية هذا الموضوع بالنظر للنشاط العمراني المتزايد الذي تشهده الدول في الوقت الحاضر والذي تصاحبه بالتأكيد زيادة حالات التجاوز، كما ان البناء صار يصرف عليه مبالغ كبيرة، ويبدل في إقامته وتشيده من الجهد ما يضني صاحبه.

كما ان تخطيط المدن الحديثة يراعي تقسيمها على مناطق لكل منها طابعها الخاص كالمناطق التجارية والمناطق الصناعية والمناطق السكنية ومناطق الحدائق والمنتزهات، ونظراً لأن أغلبية المتجاوزين على اراضي الدولة وملك الغير من ذوي الدخل المحدود لا يمكنهم استعمال الأرض لبناء المساكن إلا وهي أسوأ حال، وبذلك تنشأ منطقة سكنية لا تتوفر فيها المجاري العمومية والمرافق العامة الضرورية الأخرى، وطرقها متعرجة ضيقة يعيش فيها السكان غير مستمتعين بأسباب المعيشة الصحية، ولعل من العوامل التي أدت إلى تنامي ظاهرة البناء غير القانوني على اراضي الدولة وملك الغير تزايد حاجة المجتمع باستمرار إلى مزيد من البناء لتغطية حاجة المواطن إلى السكن من ناحية، والفجوة الحالية بين تكلفة الوحدة السكنية وقدرة محدودي الدخل على الإيجار أو التملك من ناحية أخرى، ومن هنا جاء سبب اختيارنا لموضوع البحث.

### ٢ - نطاق البحث:

يتحدد نطاق هذا البحث بالتعرض للقواعد القانونية الواردة في التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية التي تناولت بتنظيم البناء على ملك الغير و اراضي الدولة وبيان كيفية معالجة المشرع العراقي للبناء غير القانوني على

اراضي الدولة وملك الغير وذلك مقارنة ببعض القوانين في الدول محل المقارنة، فضلاً عن دراسة القواعد الخاصة بالتدابير والاجراءات المتخذة للحد من البناء غير القانوني التشريع العراقي والتشريعات المقارنة. وكما يفهم من خلال مقدمة هذا البحث أنه ليس كل ما يحدثه الحائز ويضيفه على ملك غيره يدخل ضمن نطاق هذا البحث، بل يقتصر هذا البحث على بيان حالة البناء غير المشروع الذي يحدثه شخص على أرض غيره.

### ٣- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث في خطورة ظاهرة البناء غير القانوني على ملك الغير واراضي الدولة وانعكاساتها السلبية على القطاع السكاني، بالإضافة إلى بيان موقف القانون العراقي من الظاهرة مقارنة ببعض القوانين في هذا الخصوص كالقانون المصري والأردني والسوري واللبناني، ومن ثم المساعدة على المعالجة التشريعية لظاهرة البناء غير القانوني في العراق واقليم كوردستان العراق، فضلاً عن أنه محاولة لسد فراغ في الدراسات القانونية العراقية التي تكاد تخلو من التعرض لهذا الموضوع و لو تعرضت له فأنها تتناوله بشكل سطحي.

### ٤- منهج البحث:

لقد اعتمدنا على المنهج التحليلي الذي يركز على عرض المشكلة و دراستها، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمسألة في القوانين المدنية وقوانين البناء.

واتبعنا أيضاً منهجاً قانونياً مقارناً لموقف القوانين والتوجهات التشريعية سواء في إطار القوانين المدنية أم في نطاق قوانين البناء. فعلى صعيد القوانين المدنية تناولنا بالمقارنة القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ في ١٩٥٣ والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ وقانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢ والقانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.

### ٥- خطة البحث:

استناداً إلى ما تقدم نقسم هذا البحث إلى مبحثين، حيث نتناول في المبحث الأول لماهية الملكية والبناء والغير، وبدورنا قسمنا هذا المبحث على ثلاث مطالب بحيث تطرقنا في المطلب الأول للتعريف بحق الملكية وخصائصه، وتناولنا في المطلب الثاني التعريف بالبناء ومقوماته، وخصصنا المطلب الثالث لتحديد مفهوم الغير. وكما نتناول في المبحث الثاني أحكام البناء غير المشروع

على ملك الغير، بحيث قسمنا هذا المبحث الى مطلبين مستقلين، بحيث نخصص الأول لأحكام المتجاوز (الباني) سيء النية على ملك الغير، ونتطرق في الثاني لأحكام المتجاوز (الباني) حسن النية على ملك الغير، وينتهي البحث بخاتمة لبيان أهم الاستنتاجات و التوصيات.

## المبحث الأول

### ماهية الملكية والبناء والغير

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقاً، من حيث السلطات والصلاحيات التي يمنحها لصاحبه، حيث يمكن صاحبه ممارسة كل السلطات الممكنة على الشيء محل الحق، من استعمال واستغلال وتصرف، ولأهمية ذلك أفرد المشرع العراقي كغيره من التشريعات المقارنة بالعديد من المواد القانونية والتي بدأت من المادة (١٠٤٨) ولغاية (١١٦٨) في قانونه المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

إلا أن تملك العقار قد لا يعني الاستئثار بملكية العقار بشكل كامل، وإنما قد يحدث أن نكون أمام ملكية كاملة للصاحب الشرعي، إلا أنه قد تكون هناك حيازة من قبل شخص آخر، ما قد يترتب عليها العديد من الآثار ولعل اهمها واكثرها شيوعاً في الواقع العملي هو قيام الحائز للعقار بإنشاء بعض المستحدثات والاضافات والتحسينات على العقار الذي بحوزته، قاصداً من ذلك تحقيق مصلحته الشخصية في زيادة الانتفاع أو تحسين سبل الانتفاع بالعقار، كالقيام بتهيئة خزانات ماء على العقار أو ادخال أجهزة التكييف المركزي أو بناء غرفة أو طابق ثان على العقار أو غير ذلك من أوجه الانتفاع. ويفهم من ذلك أنه ليس كل ما يحدثه الحائز ويضيفه على ملك غيره يدخل ضمن نطاق هذه الدراسة، بل تقتصر هذه الدراسة على بيان حالة البناء غير المشروع الذي يحدثه شخص على أرض غيره .

وبما أن الفقه لم يتفقوا على تحديد لمفهوم البناء فلا بد لنا من الوقوف على هذا المفهوم لغرض التعريف به وتحديد مقوماته باعتباره من المفاهيم والعناصر الاساس لأهم المصطلحات التي تبرز الاشكالات التي يعالجها موضوع هذه الدراسة. كما يقتضي بنا البحث التعرض لمفهوم الغير باعتباره الطرف الثاني في هذه العملية والمبادر دون غيره إلى رفع النزاع أمام الجهات القضائية للمطالبة بحماية حق ملكيته . ولغرض الاحاطة بدقائق ما تقدم قسمنا هذا المبحث على ثلاثة مطالب، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول : التعريف بحق الملكية وخصائصه

المطلب الثاني : التعريف بالبناء ومقوماته .  
المطلب الثالث : تحديد مفهوم الغير .

## المطلب الأول

### التعريف بحق الملكية وخصائصه

يعد حق الملكية من الحقوق المقدسة والمصون من قبل الدساتير والقوانين كافة، ولأهمية ما تقدم نجد من الملائم أن نتعرض لهذا المفهوم من خلال القاء الضوء على التعريف به وبيان خصائصه وبشكل الذي يخدم اهداف هذه الدراسة ودون الاسهاب فيها ومن خلال الفروع التالية :

### الفرع الأول

#### تعريف حق الملكية

عرفت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي حق الملكية بأنه (المالك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها وتناجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة). وقد نقل المشرع العراقي هذا التعريف حرفياً من المادة (١١) من مرشد الحيران المتأثر بالفقه الحنفي<sup>(١)</sup>.  
بينما عرفه المشرع المصري في المادة (٨٠٢) من القانون المدني الحالي بأنه (لمالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله و استغلاله و التصرف فيه)<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر للمزيد من التعاريف حول حق الملكية لدى التشريعات المقارنة الاخرى: محمد عادل العبيدي، الالتصاق بعقار بفعل الانسان سبب لكسب الملكية في القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الاولى، ٢٠١٨، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) يشير قسم من الفقه المصري الى أن هذا التعريف هو على نقيض التعريف الذي اورده القانون المدني المصري القديم وذلك من خلال المادة (٢٧/١١)، عندما تبني موقف التقنين المدني الفرنسي ذاته والذي عد حق الملكية حقاً مطلقاً، والذي كان يتجه الى اعتبار الملكية حقاً مطلقاً عندما ورد النص بالقول بأنه (حق المالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة). للمزيد ينظر: همام محمد محمود زهران، الحقوق =العينية الاصلية حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣١.

بينما لم يبتعد الفقه كثيراً عن نطاق التعريفات التشريعية عندما عرفه بأنه الملك التام الذي من شأنه ان يتصرف المالك فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة عينا ومنفعة واستغلالاً<sup>(١)</sup>.

كما صدر عن محكمة تمييز اقليم كردستان العراق ما يؤيد تمسكها بذات التعريف الصادر عن المشرع العراقي منها عندما نصت في هذا الصدد بأن الملكية هو (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالاً، بجميع التصرفات الجائزة حسبما تنص على ذلك المادة (١٠٤٨) من القانون المدني.....)<sup>(٢)</sup>.

كما صدر في ذات المعنى الحكم الذي قضت به محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالقول (أن من حق المالك التصرف بملكه عينا ومنفعة واستغلالاً ولا يحق للمدعي المطالبة برفع المحدثات ضمن حدود ملك المدعي عليه بذريعة أنها مشيدة فوق مسار الكيبل المدفون تجاوزاً في ملك الغير)<sup>(٣)</sup>.  
والواضح من خلال الحكمين السابقين التمييزين أنهما قد جاءا كلاهما تطبيقاً لحكم المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي المشار اليه أعلاه وهي الحقوق المخولة للمالك على ملكه، والتي تدخل ضمن فكرة استغلال الملكية من قبل المالك حصوله على ما ينتجه الشيء المملوك له ومنفعته، كالحصول على ثمار الشيء وواردات الأملاك من ايجارات ومنتجات وغلة .

عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج٨، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٦٤، ص ٤٩٣ وما بعدها.

(١) ينظر: د. غني حسون طه ومحمد طه البشير الحقوق العينية، الجزء الاول، المكتبة القانونية بغداد، بلا سنة نشر، ص٤٢. د. قصي سلمان، الحقوق العينية، ط١، مطبعة جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١٢. ص١٣ وما بعدها. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص٢٩ ما بعدها؛

(٢) رقم القرار (١٨)، الهيئة المدنية، في ١٩٩٥/٥/٢٧. نقلاً من القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز لإقليم كردستان العراق للسنوات (١٩٩٣ - ٢٠١١)، ط١، مطبعة مناره، اربيل، ٢٠١٢، ص٣٨١.

(٣) القرار المرقم (٢٠٦)، الهيئة المدنية، في ٢١/٢١/٢٠٠٨. القاضي مهدي صالح سليمان البناء غير المشروع على ملك الغير في التشريع العراقي وتطبيقاته القضائية، بحث كجزء من متطلبات الترقية القضاة، ٢٠١٢، ص١٢.

ومن خلال كل ما تقدم يمكن لنا الوقوف على عدة أمور:  
**الأمر الأول:** إن التعريفات المتقدمة لم تخرج عن إطار التعريفات الفقهية المعاصر والتشريعات المدنية لحق الملكية<sup>(١)</sup>.

**الأمر الثاني:** أن حق الملكية يخول لصاحبه الاستئثار بالسلطات الثلاثة من استعمال (كالسكنى) واستغلال (منفعة) وتصرف قانوني<sup>(٢)</sup> (بيع أو هبة أو وصية أو بدل). بمعنى أنه مقصور على صاحبه ولا يزاخمه فيه مزاحم وعلى وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون. ويعد هذه سمة مشتركة للحقوق المشار إليها من خلال المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي عندما تنص الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً..... وكذا الحال المشرع المصري من خلال المادة (٨٠٢) بالقول لمالك الشيء وحده...<sup>(٣)</sup>

**الأمر الثالث:** بتحليل النصين العراقي والمصري بشكل دقيق نجد أن كلا التعريفين قد ركزا على العناصر المكونة لحق الملكية، أي السلطات التي تثبت للمالك على الشيء محل حقه، وهي التصرف والانتفاع والاستغلال، بالشكل الذي يمكن صاحبه من مباشرة سلطاته عليه بغير وساطة من أحد كأحد أهم خصائص الحق العيني عموماً كما يمنح صاحبها أوسع السلطات الممكنة بالنسبة للشيء محل الحق.

**الأمر الرابع:** ذهب قسم من الفقه الى أن التعريف الذي أورده المشرع العراقي قد صور الملكية على أنها حق يخول صاحبه ممارسة سلطاته على وجه الاطلاق، إلا أن المشرع قد عاد وخفف من حدة هذا الاطلاق في عجز المادة

(١) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٢) التصرف القانوني قد يكون بإرادتين متقابلتين (كعقود البيع أو الشراكة أو الهبة)، أو قد ينعقد بموجب إرادة منفردة (كالوصية أو الوقف) وهو بذلك أعم من العقد الذي يتطلب إرادتين متقابلتين. نقلاً عن د. السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع الكامل في حق الملكية والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار المجد للنشر والتوزيع، مصر، بلا سنة نشر، ص ٨٢ هامش ١.

(٣) د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الاصلية حق الملكية، مصدر سابق، ص ٢٩، هامش ١.

يقوله (بجميع التصرفات الجائزة)<sup>(١)</sup>. وكذا الحال المشرع المصري عندما ذكر أن سلطات المالك تنقيد بحدود القانون وأن الملكية ليس حقاً مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

**الأمر الخامس:** إن عبارة جميع التصرفات الجائزة التي أوردها القانون المدني العراقي قد قرنتها بسلطة التصرف دون سلطتي الاستعمال و الاستغلال بينما جاءت عبارة (في حدود القانون) الواردة في القانون المدني المصري مقدمة على سلطات المالك الثلاثة، وأن عبارة (لمالك الشيء وحده) التي نص عليها القانون المدني المصري، توضح خاصية مهمة من خصائص حق الملكية ألا وهي حق الملكية هو حق جامع، بمعنى أن المالك يستأثر لوحده بمزايا ملكه . فبالرغم من أهمية هذه الخاصية إلا أنها لم تر في صياغة نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي، على أن ذلك لا يعني أن المالك في القانون المدني العراقي لا يستأثر بمزايا ملكه تصرفاً و استغلالاً واستعمالاً<sup>(٣)</sup>.

وعليه يرى الباحث اتفاقاً مع البعض أنه كان يجدر بالمشرع أن يعمم التقييد على جميع سلطات المالك دون قصره على سلطة التصرف – كما اشترنا من قبل – لأن المالك قد يستعمل ملكه مثلاً استعمالاً غير جائز قانوناً. بديل أن المشرع الفرنسي قد قيد سلطة الاستعمال بنص المادة (٥٤٤) من القانون المدني عندما اورد بالقول في معرض تعريفه للملكية بأنه (الملكية هو الحق في الانتفاع والتصرف في الاشياء على نحو مطلق بشرط أن لا يستعملها أحد استعمالاً محرماً بالقوانين و الأنظمة)<sup>(٤)</sup>.

## الفرع الثاني

### خصائص حق الملكية

- (١) ينظر: قصي سلمان، مصدر سابق، ص١٣. د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٢.
- (٢) د. عبد المنعم البدرابي، حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، بلا دار نشر، ١٩٨٥، ص١٧.
- (٣) القاضي راشد مشاري عبدالله، البناء على ارض الغير في القانون المدني العراقي وتطبيقاته، مكتبة صباح للنشر والتوزيع، بغداد ٢٠١٦، ص ٣٩ - ٤٠.
- (٤) ينظر: د. قصي سلمان، مصدر سابق، ص ١٣ - ١٤. د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، مصدر سابق ٤٣.

من خلال ما تقدم تبين لنا بأن حق الملكية يعد من الحقوق العينية الأصلية، وهو بهذا الوصف كان لا بد من إيجاد السمات والخصائص المميزة له عن غيره من الحقوق، بحيث ينفرد بها دون سواها وقد تباينت هذه الخصائص في محتواها قرباً وبعداً عن حقوق الأخر. لذا وجدنا من الملائم أن نستعرضها بشيء من الإيجاز وعلى النحو التالي:

**أولاً: حق عيني:** ونعني به أنها تنصب مباشرة على شيء معين بالذات، بل أن حق الملكية هي أوسع الحقوق العينية جميعاً، فهي تعطي لصاحبها السلطان الكامل على الشيء، فهو يستعمله ويستغله ويتصرف فيه. أما سائر الحقوق العينية فهي أضيق منها نطاقاً لأنها ليست سوى مشتقات من حق الملكية قد تأخذ منه حق الاستعمال أو حق الاستغلال أو بعض عناصر هذين الحقين. ولما كانت الملكية حقاً عينياً فإنها تكون بالتالي حقاً مطلقاً، بمعنى أن صاحبها يمكنه الاحتجاج بها ضد الكافة. ولعل هذا الاحتجاج بالملكية ضد الكافة وهو ما يسميه الشراح بحق التتبع والتقدم<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: حق جامع:** لما كان الأصل في حق الملكية أن يكون جامعاً لكل السلطات فإن ما يرد على الملكية من قيود يعتبر استثناء من هذا الأصل<sup>(٢)</sup>.

بمعنى أن هذا الأصل يخول صاحبه القيام بجميع الأعمال والتصرفات القانونية والمادية، فله في عقاره حق السيادة الحقيقية والاستئثار بالشيء. مما ينبغي القول بأن ملكية العقار تخول أصحابها الحق في منتجات العقار كلها طبيعياً كان أم اصطناعياً وفي ذات الوقت يشمل ذلك أيضاً ملكية الأرض ما فوق سطحها وما تحته، فلمالك الأرض أن يغرس فيها ما يشاء من الغراس وأن يبني ما يشاء من الابنية.

وقد صدر عن محكمة التمييز في إقليم كردستان العراق ما يؤيد ما تقدم حيث نصت على (إن القرينة القانونية التي تنص عليها المادة (١١٧م) والتي مفادها أن كل ما على الأرض أو تحتها من الابنية والمنشآت تعتبر من

(١) عبدالمنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ١٩. حسن على الذنون، شرح القانون المدني،

الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، ١٩٥٤. ص ٢٨.

(٢) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٥.

عمل صاحب الارض اقامه على نفقته، فإن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس بموجب نفس المادة<sup>(١)</sup>.

كما يحق لصاحبه أن يجري فيها من الحفريات إلى أي عمق شاء، وأن يستخرج منها كل ما يمكن أن تنتجه، ولكن ضمن القيود التي فرضها القانون وهو افتراض تمليه القواعد العامة بحسب الاصل . ولكن هذا الحق وإن كان شاملاً مطلقاً، فإنه توجد قيود تقتضي بتقييده والتي فرضها القانون خدمة للمجتمع وهي ناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء في احدي القرارات الصادرة عن محكمة التمييز في اقليم كوردستان العراق بالنص (لا يجوز نزع الملكية إلا رضاً أو قضاءً أو تشريعاً)<sup>(٣)</sup>.

**ثالثاً : حق مانع:** معنى الحق المانع هو أن الملكية حق مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لأي شخص أن يشارك المالك في ملكه، أو يتدخل في شؤون ملكيته. وفي هذا المضمار نصت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي على أن : " الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، عيناً ومنفعةً واستغلالاً .....".

**رابعاً : حق دائم:** حق الملكية هو حق دائم بالنسبة الى الشيء المملوك وليس بالنسبة الى شخص المالك، ذلك أن الملكية تبقى قائمة ما دام الشيء المملوك باقياً، ولا تزول إلا بزواله أو هلاك الشيء . ومن الملاحظ أن شخص المالك لا يبقى واحداً على الدوام، اذ قد تنتقل الملكية من شخص الى شخص آخر وذلك عن طريق التصرفات الناقلة للملكية، كالبيع وغيره، كما قد تنتقل الملكية بالميراث. فالمقصود بالدوام هو دوام المحل، ويترتب على ذلك بأن الملكية لا تسقط بالتقادم ولا تزول بعدم الاستعمال، كما لا يجوز تقييد الملكية بمدة معينة فلا يصح الاتفاق على انتقال ملكية الشيء لمدة معينة يعود بعدها الى المالك الحقيقي، لأن التأقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية.

---

(١) رقم القرار (٢١١)، الهيئة المدنية، في ١٩٩٧/٨/٤. نقلاً عن كيلاني سيد أحمد، مصدر سابق، ص ٣٨٢.

(٢) ينظر: د. ثارم محمد صالح سعيد تقديم د. محمد سليمان الأحمد : نظرية الحقوق المكتسبة في القانون المدني، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٦، ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٣) رقم القرار (٦٤٤)، الهيئة المدنية الثانية، في ٢٠١٠/١١/٣. نقلاً عن كيلاني سيد أحمد، مصدر سابق، ص ٣٨٢.

## المطلب الثاني

### التعريف بالبناء ومقوماته

بغية التعريف بالبناء ومقوماته في موضوع بحثنا، فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين، خصصنا الأول للتعريف بالبناء والثاني لبيان مقومات البناء وعلى النحو التالي:

### الفرع الأول

#### تعريف البناء

**البناء لغةً** : هو المبنى والجمع أبنية، واصل البناء فيما لا ينمو كالحجر والطين ونحوه وهو ما يشيد لإقامة الإنسان أو الحيوان أو لوضع الأشياء، وسمي بناء من حيث كونه لازماً موضعاً لا يزول من مكانه الى غيره<sup>(١)</sup>.

**أما اصطلاحاً**: فهو كل شيء متماسك مصفوف أو مرصوف أو مرصوص أو منظم بأي شكل كان من صنع الانسان، ومهما كان نوعه من حديد أو طين أو طابوق أو جص أو خشب أو سمنت أو... الخ، أو كل هذه معاً أو شيء غير ذلك شيدتها يد الانسان بأي وسيلة كانت ليتصل بالأرض لكي يكون محلاً للانتفاع والاستغلال أيّاً كان نوعه<sup>(٢)</sup>.

ومن الفقه من عرفه بأنه مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً أو جبساً أو حديداً أو طابوقاً أو طيناً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا شيدتها يد الانسان لتتصل بالأرض اتصال قرار<sup>(٣)</sup>.

ويستوي أن يكون هذا البناء معداً لسكنى الانسان أو لإيواء الحيوان أو لإيداع الأشياء، كالمساكن والمكاتب والمخازن والمعامل والحوانيت والافران والجسور

(١) جمال الدين بن مكرم بن منظور، معجم لسان العرب، معجم لغوي علمي، دار لسان العرب، المجلد الاول، بلا سنة نشر، ص ٧٢.

(٢) د. خالد عبدالفتاح محمد، المسؤولية المدنية في ضوء أحداث أحكام النقض المصرية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٣٦٠.

(٣) د. هادي عزيز على، البناء والغراس على ارض الغير، مكتبة صباح للإصدارات القانونية، بغداد، ٢٠١٥، ص ٦٨. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري، الجوانب القانونية للبناء العشوائي على الارض الزراعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤، ص ١٤٢.

والسدود فكلها تعدّ بناءً، وقد يكون البناء معداً لشيء آخر كالحائط المقام بين أرضين يعتبر بناءً<sup>(١)</sup>.

ولكن ليس من الضروري أن يكون البناء مشيداً فوق الارض بل يمكن أن يكون البناء في باطن الأرض كالأنفاق والسراديب وأنابيب المياه والغاز، ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده. ولا يعتبر من قبيل البناء العقار بالتخصيص كالمصاعد وكذلك الارض، فاذا تطايرت منها شظايا وأضرت بالغير، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء<sup>(٢)</sup>.

ويشمل البناء بهذا المعنى انشاء مبان جديدة أو اضافة بناء إلى مبنياً قائم - اقامة حائط أو اضافة طابق - أو اقامة أعمال سابقة أو لاحقة، كإقامة الأسوار والسياجات وما شابههما والنصب التذكارية والبالونات والسلالم الخارجية لكونها تتصل بالأرض اتصال قرار. ويجب أن يكون البناء بأوصافه المتقدمة من صنع الانسان، ومن ثم لا يعتبر بناء الحائط الذي يتكون نتيجة العوامل الجيولوجية، بالرغم من أنه يتصل بالأرض اتصال قرار. كما يجب أن تجري العادة على وصف الشيء بأنه بناء، دون النظر إلى ما إذا كان البناء كاملاً أم ناقصاً، ودون النظر أيضاً إلى الغرض الذي أقيم من أجله البناء. أما الانشاءات غير المتصلة بالأرض اتصال قرار كالأبار وتركيب السخان المركزي والمصاعد الكهربائية والخزان الأرضي للمحروقات والمنقولات كافة لخدمة العقار، والموصوفة بالعقار بالتخصيص، فإنها لا تدخل في مفهوم البناء<sup>(٣)</sup>.

كما عرفت الفقرة الاولى من المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي العقار بأنه ( كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية).

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام،

ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٦٤، ص١٠٧٢.

(٢) فإذا حدث تهدم ولما يزل العقار في دور التشييد وحدث ضرراً كان الحارس - وهو

المقاول عادة - مسؤولاً عنه . نقلاً عن السنهوري، [١]، مصادر الالتزام بوجه عام،

ص١٠٧٢.

(٣) المستشار الحسن الصالحي، البناء في ملك الغير أحكامه وحالاته، مطبعة الامنية

ومكتبة الرشاد سطات للنشر والتوزيع ، الرباط، ٢٠١٨ ، ص٣٢.

## الفرع الثاني

### مقومات البناء

للبناء مقومات لا بد من التعرض لها والوقوف عليها لكي يتسنى لنا من التعرف على آليات الاعتداء من قبل الباني على ملك الغير. وهي على النحو التالي:

#### أولاً : أن يكون البناء من المستحدثات الجديدة :

سبق وان اشرنا بأن البناء المقصود هو المنشآت التي تنطوي على انشاءات جديدة متميزة ومستقلة بكيانها وذاتها، بحيث يمكن نزعها بصورة مستقلة، سواء أقيمت على ارض غير مبنية أم كانت من خلال الاضافات التي يقيمها على منشآت قائمة. فمادامت هذه الاضافات تنطوي على انشاء جديد كبناء حائط أو غرفة أو اضافة طابق جديد في منزل أو بناء قائم عد ذلك بناءً .

#### ثانياً : أن يكون البناء ملتصقاً أو مندمجاً مع الارض :

إن المباني والمنشآت هي عقارات بطبيعتها لالتصاقها واندماجها بالأرض، فالالتصاق هو الذي يضي عليها صفة العقار، فالأرض اذن هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت، فهذه الأخيرة قبل تشييدها في الأرض كانت منقولة باعتبارها جملة من مواد البناء وأدواته، من رمل وحديد وسمنت وخشب وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء، ولا تصبح هذه المواد عقاراً إلا اذا شيدت واندمجت والتصقت مع الارض وأصبحت ثابتة ومستقرة فلا يمكن تحويلها إلى منقول إلا إذا هدمت<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فإن أي نزاع قد يحدث بين الباني ومالك الارض، إنما يحدث إذا التصق البناء بملك الغير، بحيث تكون مواد البناء المنقولة قد اصبحت بحكم طبيعتها عقاراً بحيث أقيمت لتبقى على سبيل الدوام.

فالقاعدة كما يقول البعض من الفقه أن من يملك الأصل يملك الفرع، فواقعة الالتصاق لا تؤدي إلى إنشاء ملكية جديدة بل تجعلها تمتد إلى ما يكون قد لحق العين من زيادات<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، ج٨، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي، مصدر سابق، ص ٤٢.

والسؤال الذي يُثار هنا هو حول حكم لبعض المنشآت المقامة على الأرض دون واقعة الالتصاق بها هل تعد من قبيل الالتصاق ام من عدمه وذلك في حالتين هما:

**الحالة الأولى : البناء الجاهز هل يعد من قبيل المنشآت الدائمة أم المؤقتة ؟**  
والجدير بالإشارة هنا أن البناء الجاهز يعد من قبيل البناء الدائم حيث لا يختلف عن البناء العادي التقليدي، إلا من حيث طريقة تنفيذه فقط، فإذا كانت الصورة الشائعة للبناء أن يكون انجازه موقعياً بحيث تنفذ الأعمال المتعلقة بعملية البناء كافة في موقع العمل، إلا أنه في بعض الاحيان قد يكون الانجاز سابقاً على ذلك وهو ما يعرف بالبناء الجاهز حيث ينفذ البناء باستخدام وحدات انشائية جاهزة مصنعة في معامل متخصصة تكون خارج موقع العمل في معظم الحالات وتركب هذه الوحدات في موقع العمل بوسائل هندسية معينة وتكون هذه الوحدات دائمية لا يمكن رفعها ونصبها دون ضرر فهي متصلة مع بعضها ببعض ومندمجة بالأرض لذلك فهي تعد من قبيل المنشآت الدائمة ويسري عليها ذات الاحكام والقواعد المتعلقة بالالتصاق في حال نشوب أي نزاع بين الباني ومالك الأرض<sup>(١)</sup>.

**الحالة الثانية : حكم المنشآت الصغيرة المقامة على ارض الغير دون أن تلتصق بها هل يعد من قبيل المنشآت الدائمة أم المؤقتة؟**

إن المقصود بالمنشآت الصغيرة هنا هي تلك المنشآت والمباني التي لا يكون بقاءها على الدوام، كالأكشاك والحوانيت الخشبية والبيوت الزجاجية وغيرها . فهي لا تلتصق بالأرض على سبيل المأوى، وإنما هي منشآت صغيرة قائمة على التأقيت فلم يقصد من بنائها ان تبقى على سبيل الدوام، وبلا شك فإن مثل هذه المنشآت المؤقتة تختلف عن تلك المنشآت الثابتة سواء من حيث سهولة ازلتها أم تحويلها دون اتلافها غالباً من مكان إلى مكان آخر<sup>(٢)</sup>.

لذا لا يمكن أن يطلق على هذه المنشآت المؤقتة تسمية البناء، لأن هذه التسمية تطلق على البناء الملتصق بالأرض والمتصل بها وبالتالي لا يمكن تطبيق أحكام الالتصاق على مثل هذه المنشآت المؤقتة<sup>(٣)</sup>.

(١) القاضي راشد مشاري، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء

التاسع، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٦٥، ص ٣٢٠.

(٣) د. السنهوري، أسباب كسب الملكية، المصدر السابق، الجزء التاسع، ص ٣١٩.

ولكن التساؤل الأهم ما هو موقف المشرع العراقي من كل ما تقدم، لاسيما إذا ما علمنا أن لم يورد للمنشآت المؤقتة حكماً خاصاً بين أحكام الالتصاق في التشريع العراقي؟

**إن الاجابة على هذا التساؤل برأينا يكون من خلال أمرين :**

**الأمر الاول :** بالرجوع الى الأحكام والقواعد العامة، في التشريع العراقي وخاصة المادة (١٩٧) من القانون المدني حيث نص على انه (المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

وعليه نرى أن القضاء يستطيع الاستناد الى هذه المادة، لكي يلزم من اقام المنشآت المؤقتة برفعها واعادة الأرض لمالكها، فضلاً عن إلزامه بتأدية أجر المثل عن المدة التي بقيت فيها تلك المنشآت المؤقتة عليها في حالة مطالبة مالك الأرض بها.

كما نرى أنه من الممكن العودة إلى المادة (٢٣٣) ايضاً فضلاً عن المادة المتقدمة فيما يتعلق بالتعويض لصاحب الأرض<sup>(١)</sup>.

**ودليلنا في ذلك ما صدر عن القضاء العراقي حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها فيما يتعلق بوضع معدات غسل وتنظيف وهي منشآت مقامة على أرض الغير واقامتها ليست على سبيل الدوام حيث جاء فيه أنه على ( المغصوب رده الى صاحبه مع أجر مثله استناداً للمادة (١٩٧) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا**

(١) ينظر نص المادة (١٠٥٠) (١) - من دفع شيئاً ظاناً انه واجب عليه فتيين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق. ٢ - وإذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استقاده او كان يستطيع ان يستقيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استقاده او كان يستطيع ان يستقيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه).

في الأحوال التي يقدرها القانون والتي ترسمها المادة (١٠٥٠) من القانون أنف الذكر .... الخ)<sup>(١)</sup>.

كما قضت محكمة تمييز اقليم كردستان العراق في هذا الصدد بالقول (...أن الكشك موضوع الدعوى أنشئ من قبل المدعى عليه على القطعة موضوع الدعوى قبل تملكها إلى المدعي وأن المدعى عليه استند في دفعه إلى عقد ايجار مبرم بينه وبين مديرية البلدية قبل انتقال ملكية العقار إلى المدعي وبذلك لا يبقى مجال لاعتباره غاصباً وبالتالي لا يعتبر متجاوزاً على ملك الغير حتى يحكم عليه برفع التجاوز)<sup>(٢)</sup>.

**الأمر الثاني :** انفرد التقنين المدني المصري بتنصيبه على معالجة المنشآت الصغيرة المؤقتة، وذلك من خلال المادة (٩٢٩) الذي قد تعرض إلى هذه المسألة صراحة بالقول (المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمأوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام تكون ملكاً لمن أقامها). وأن على صاحب المنشآت المؤقتة نزعها من الأرض حتى لو كان سيء النية، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض صاحبها عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر . وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، إذا ما توافرت شروطه وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)<sup>(٣)</sup>.

لذا نوصي المشرع العراقي إلى تبني هذه المادة على غرار القانون المصري، باستثناء المنشآت الصغيرة المؤقتة من احكام الالتصاق.

## المطلب الثالث

### تحديد مفهوم الغير

إن مفهوم الغير يعني هنا المالك الشرعي للعقار الذي تم البناء على عقاره من قبل الباني سواء أكان القائم بالبناء حسن النية أم سيء النية، وبما أن الدراسة قائمة لبيان البناء غير المشروع على ملك الغير، فيكون المقصود به هو الباني سيء النية. وقد يكون هذا الغير شخصاً طبيعياً كالفرد أو معنوياً كالدولة

(١) رقم القرار (٢٧٩٥)، الهيئة المدنية عقار، الصادر في ١٧/١١/٢٠٠٩، حكم غير منشور.

(٢) رقم القرار (٥٢) الهيئة المدنية الصادر في ١٩/٨/١٩٩٥. القاضي كيلاني سيد أحمد، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

(٣) د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الجامعية، مصر، ١٩٨٧، ص ٦٣.

كما لو يقوم الباني بالبناء على ارض مملوكة للدولة أو أي جهة أخرى تتمتع بهذه الشخصية. لذا وجدنا من المناسب أن نتعرض لما تقدم من خلال الفرعين التاليين.

## الفرع الأول

### مفهوم الغير كشخص طبيعي (الفرد)

كما اشرنا سابقاً أن الغير المقصود به هو المالك الشرعي للعقار الذي تم البناء على عقاره. فمالك الأرض المتجاوز في بنائه على ارض جاره يعد غيراً متجاوزاً بالبناء على جزء من أرض جاره، أو الشريك الذي ينتفع من العقار الشائع بالبناء عليه مثلاً دون الرجوع إلى باقي الشركاء فينتفع بهذا الجزء من المال الشائع فيستغله بمفرده ما قد يثير هذا التصرف حفيظة بقيت الشركاء ويدفعهم إلى المطالبة بحقوقهم في إزالة هذا البناء الذي أقيم دون موافقتهم، فالشركاء على الشيوخ هنا يعدون غيراً أمام هذا الشريك المتجاوز بالبناء على العقار الشائع<sup>(١)</sup>.

كما أن وجود علاقة القرابة والمصاهرة بين مالك الأرض والباني لا يحول دون عدّ الثاني متجاوزاً بالبناء على ملك الغير. فالملاحظ هنا أن شخصية الغير ستظهر في كل حالة يكون فيها الباني غير مالك للعقار الذي يقيم البناء عليه.

كما تجدر الإشارة هنا الى أنه قد يكون بناء المتجاوز من ماله الخاص به ولحسابه، وقد يكون البناء على ملك الغير لحساب المالك الأصلي الغير. ففي الحالة الأخيرة اذا كان المتجاوز قد أقام البناء لحساب الغير - مالك العقار - فعلى الغالب أن يكون هناك اتفاق مسبق بينهما، كما يحصل في عقود المقاوله مثلاً وبالتالي فانه في حالة حدوث أي نزاع بينهما يتم الرجوع بشأنه الى بنود هذا الاتفاق<sup>(٢)</sup>.

(١) د. طارق كاظم عجيل، بحث منشور بعنوان بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع (تعليق على موقف القضاء العراقي)، ص ١. بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: < [www.google.iraq.law](http://www.google.iraq.law) > : (تاريخ آخر الزيارة: ٤-٢-٢٠١٩).

(٢) د. عبدالمنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة نشر، ص ٣٣٨.

بعد هذا العرض لمفهوم الغير يمكن لنا أن نتساءل هل وضع المشرع العراقي قرينة تثبت أن الملكية هي لصاحب الارض؟، كي يتسنى لصاحبها إخراج المتجاوز على أراضيه و أن يزيل كل ما قد اقامة من المستحدثات وعلى المنشآت على ارضه بغير حق.

للإجابة عن هذا السؤال يمكن لنا القول أن المشرع العراقي قد اقام قرينة قانونية بسيطة لمصلحة الغير مفادها أن البناء لمالك الأرض وأن الأبنية المقامة على أرضه من عمله وانه أقامها على نفقته، غير أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة، بل انها قابلة لإثبات العكس<sup>(١)</sup>. وبهذا يتضح أن المبدأ العام الذي وضعه المشرع على غرار العديد من التشريعات موضوع المقارنة عند تعرضه لحق الملكية، هو أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد الذي يمكنه التمتع بها عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٩) سابقة الذكر<sup>(٢)</sup>.

فالعالم أن مالك الأرض يملك علوها وسفلها، حيث من النادر أن يتنازل مالك الأرض عن حقه في العلو لما يستتبعه ذلك من تضيق الخناق على ملكيته وحرمانه من الاستفادة منها، لذلك اعفت التشريعات مالك الأرض من عبء اثبات ملكيته للبناء المقام على أرضه، وألزمت من يدعي خلاف ذلك إثبات هذا الأمر على اعتبار أن ملكية الأرض وعلوها وسفلها قابلة للتجزئة، لذلك قد يكون مالك الأرض ليس مالكا للأبنية المقامة عليها<sup>(٣)</sup>.

وفي حالة حدوث نزاع بين مالك الأرض وأجنبي يدعى ملكيته للبناء المقام على الأرض أو يدعي أن البناء مقام على نفقته، فيكفي لمالك الأرض أن يقف موقفاً سلبياً مستفيداً من القرينة التي أقامها المشرع لمصلحته، في حين يقع على الخصم كما اشرنا اعلاه أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم دليل على أن

(١) ينظر حول القرائن القانونية والقضائية لدى : د. عباس العبودي، أحكام قانون الاثبات المدني العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩١، ص٢٣٦ وما بعدها. د. آدم وهيب الندوي، شرح قانون الاثبات، بلا دار نشر، بغداد، ١٩٨٦، ص٢١٦ وما بعدها. د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢١٧ وما بعدها.

(٢) نص المادة (ملكية الأرض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلأً والى الحد المفيد في التمتع بها). يقابل هذ الفقرة الثانية من المادة (٨٠٣) من القانون المدني المصري.

(٣) هادي عزيز على، مصدر سابق، ص٢٩.

المنشآت مملوكة له أو أنها مقامة على نفقته، فععبء الاثبات يقع على عاتق الخصم لا المالك.

فاذا تمكن الباني من اثبات كون الابنية المقامة من قبله على أرض الغير بأذن وموافقة مالك الأرض مثلاً، فهنا يكون قد أثبت عكس القرينة القانونية التي أقامها المشرع العراقي لمصلحة مالك الأرض . فنكون أمام حالة من البناء المشروع على ملك الغير . أما القول بخلاف ذلك فسنكون أمام حالة البناء غير المشروع على ملك الغير والتي سوف نتعرض لها لاحقاً بتفصيل.

## الفرع الثاني

### مفهوم الغير كشخص معنوي(الدولة)

سبق وان اشرنا الى أن الغير كما قد يكون شخصاً طبيعياً فإنه قد شخصاً معنوياً كطرف في المنازعة كالدولة<sup>(١)</sup> كما في حالة قيام المتجاوز بالبناء على أرض مملوكة للدولة أو البناء على أرض موقوفة<sup>(٢)</sup>. ولكي تتمكن الدولة من إدارة مرافقها المختلفة من كل اعتداء محتمل الوقوع عليها، وأداء واجباتها المتعددة بشكل صحيح لابد من حمايتها مدنياً وجنائياً، وذلك من خلال صياغة القواعد القانونية التي تكفل حماية هذه الاموال العامة من كل اعتداء قانوني أو مادي يقع عليها ويمكن أن يؤدي الى تعطيل الغرض منها وعلى أن تتولى تنظيم كيفية استعمالها والانتفاع بها.

(١) حيث صدر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق (إن القرار المميز القاضي برد دعوى المدعي المطالب برفع التجاوز على القطعة موضوعة الدعوى من قبل المدعي عليه صحيح بالنظر إلى عائدة ملكية القطعة المذكورة إلى الدولة وليست للمدعي صورة قيد تثبت حق تصرفه فيه) رقم القرار (٤٣)، الهيئة المدنية، الصادر في ١٩٩٣/٥/٣. نقلاً عن كيلاني سيد أحمد، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

(٢) حيث صدر محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق (أن المدعي تملك القطعة موضوعة الدعوى العائدة لطائفة الكلدان الكاثوليك في زاخو على ضوء أحكام المادة (١١٢٠) من القانون المدني وأن أحكام المادة المذكورة لا تطبق على الأراضي العائدة للدولة = والأراضي المسجلة بإسم الوقف الخيري الديني). رقم القرار (٥٨)، الهيئة المدنية، الصادر في ٢٠٠٦/٢/٢٤. نقلاً عن كيلاني سيد أحمد، مصدر سابق، ص ٢٥١.

هذا ويعرف المشرع العراقي المال بأنه كل حق له قيمة مادية<sup>(١)</sup>، أما عن المال العام فيعرف البعض بأنه الاموال الثابتة والمنقولة العائدة للدولة والاشخاص الادارية الاخرى والمخصصة للمنفعة العامة<sup>(٢)</sup>. ولكي تتولى الدولة تنفيذ واجباتها ومهامها فإنه لا بد أن تكون لها اموال منقولة وغير منقولة، كي تتفققها على أوجه أنشطتها المختلفة، وهذه الاموال هي ما يطلق عليها بأموال الدولة أو المال العام. وبما أن الإدارة لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة فهي تمثل الدولة باختصاصاتها المختلفة فإن جميع أموالها هي أموال عامة، وبالتالي هي أموال تعود للدولة او للأشخاص المعنوية العامة إذ تكون مخصصة للمنفعة العامة (الاحمر، الا اننا نجد ان التشريعات العراقية تراوحت بين النصين فتنص على أموال الدولة تارة وعلى الاموال العامة تارة اخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي .

(٢) د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الاداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، ٢٠١١، ص ٣٨٤.

(٣) ومن الجدير بالذكر أنه طبقاً للتعريف الوارد في القانون المدني العراقي للمال العام في الفقرة الاولى من المادة (٧١) بحيث لا يمكن أن تكون الأموال عامة مالم تكن مخصصة للمنفعة العامة، بل أنها تكون من اموال الدولة الخاصة . حيث ورد ما نصه بأنه (تعد اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون) ويؤكد ذلك المادة (٧٢) من =القانون المدني (تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وينتهي التخصيص بمقتضى القانون أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة) ولذلك استخدم المشرع العراقي في قانون بيع ايجار واموال الدولة رقم (٣١) لسنة ٢٠١٣ مصطلح (اموال الدولة) في المادة الاولى (اولاً - يسري احكام هذا القانون على اموال الدولة، المنقولة وغير المنقولة...ثانياً - يشمل تعبير (اموال الدولة) اموال القطاع العام اينما وردت في هذا القانون) بدلاً من مصطلح المال العام. ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي قد اكتفى في الفقرة الاولى من المادة (٢٧) من دستور الجمهورية العراق الجديد لسنة ٢٠٠٥ بإضفاء الحرمة على الاموال العامة دون الخاصة إذ ورد ما نصه أن (أولاً : - للأموال العامة حرمة...). ثم استخدم المشرع في الفقرة الثانية عبارة أملاك الدولة بدلاً من مصطلح المال العام لتشمل جميع اموال الدولة

وهذه الاموال وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين تقسم وفقاً لتخصيصها الى قسمين، اموال عامة او ما يسمى بـ (الدومين العام) و اموال خاصة او ما يطلق عليها تسمية (الدومين الخاص) ولكل منها نظام قانوني خاص بها. فالأموال العامة هي التي تكون مخصصة للمنفعة العامة وتخضع لقواعد وانظمة قانونية مختلفة عن القواعد التي تخضع لها الاموال الخاصة في القانون الخاص، فعندما تثور المنازعات بشأن الاموال العامة فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري وذلك في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج. أما المجموعة الثانية فهي الاموال الخاصة التي تمتلكها الدولة او الاشخاص الادارية الاخرى إذ لا تكون مخصصة للمنفعة العامة وانما يتم استغلالها من اجل انماء وزيادة موارد الدولة وتخضع هذه المجموعة من اموال الدولة لقواعد القانون الخاص<sup>(١)</sup>. وهو بهذا المعنى المتقدم يمكن القول أن المال العام يستعمل على وجيهين:

**أولاً: الاستعمال العام :** وذلك عندما تكون أموال الدولة مرصودة ومخصصة للمنفعة العامة حصراً، ويكون ذلك في حال ما اذا انتفع الجمهور بصورة مباشرة واستعملوه استعمالاً متشابهاً بالشكل الذي يتفق وطبيعة المنفعة التي اعد لها

عندما اورد ما نصه (ثانياً : - تنظم بقانون، الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة). للمزيد ينظر: محمد حمودي سلمان العبيدي، صلاحيات الادارة ومسؤولياتها في مكافحة التجاوزات، دراسة في ضوء النظام القانوني العراقي، ط١، الرافدين للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ٢٠١٨، ص ص ٢٥ - ٢٦.

(١) على الرغم من كل ما تقدم فإن الانظار تتجه من جانب من الفقه الإداري الى هجر النظرية التقليدية للمال العام لما تتضمنه من عيوب وجعل جميع اموال الدولة تخضع = لنظام قانوني واحد يسلط عليها نوعاً واحداً من الحماية، الا اننا نرى انه ينبغي العمل على سحب اوجه الحماية القانونية المقررة بالأصل للأموال العامة بمفهومها التقليدي على الاموال الخاصة للدولة وهذا ما اتجه اليه المشرع العراقي والمصري ولا يعني ذلك اهدار اهمية التفرقة بين المجموعتين من الاموال، الا ان النظام القانوني الذي تخضع له الاموال العامة لا يقتصر على الاحكام الخاصة بإباحة الحماية المقررة لهذه الاموال وانما يتضمن الى جانب ذلك القواعد والاحكام المتعلقة باستعمال واستغلال الاموال العامة وهذه القواعد لا يمكن تطبيقها الا على هذه الاموال لأنها مخصصة للمنفعة العامة وهذا ما سنتناوله الدراسة. للمزيد ينظر: د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي، مصدر سابق، ص ص ٣٨٤ - ٣٨٦.

كالطرق والجسور والمطارات والموانئ. والتخصيص للمنفعة العامة قد يكون فعلياً، كما لو جعلت الدولة قسماً من أراضيها طريقاً عاماً دون استصدار قانون خاص بذلك وقد يكون التخصيص بمقتضى قانون خاص كما في حالة الاستملاك.

هذا وقد اخرج المشرع العراقي المال العام من التعامل وذلك بموجب الثانية من المادة (٧١) القانون المدني العراقي والقاعدة في استعمال المال العام أنه عدم جواز التصرف والتملك والتقدم من قبل الافراد في المال العام<sup>(١)</sup>.  
**ثانياً: الاستعمال الخاص :** وذلك عندما تكون الأموال المملوكة للدولة ولكنها غير مخصصة للمنفعة العامة، كالأراضي الاميرية التي تكون رقبته للدولة أو العقارات التابعة للدولة ومتروكة أو المؤجرة للأشخاص حيث لم يتم تخصيصها للمنفعة العامة لذا فتسمى بالأموال الخاصة للدولة، بحيث يجوز التصرف بها بجميع انواع التصرفات كالبيع والرهن<sup>(٢)</sup>. كما يتم استعمال هذه الاموال من قبل الأفراد في ملكهم الخاص، على أن ترخص الإدارة و تأذن لهم بذواتهم المعينين دون غيرهم بالانتفاع بجزء معين من المال الخاص كالكازينوهات والمقاهي التي ترخص الإدارة بها على شواطئ البحر أو الأنهار أو محطات السكك الحديدية، كذلك اكشاك بيع الصحف والمحلات في الشوارع والميادين العامة<sup>(٣)</sup>.  
 هذا وقد اختلف الفقه في معيار التمييز بين الاموال العامة والاموال الخاصة . ومع هذا يمكن القول بأن المعيار الذي استقر عليه الفقه والقوانين المدنية العربية المختلفة ومنها القانون المدني العراقي هو معيار تخصيص الشيء للمنفعة العامة للتمييز بين نوعي أموال الدولة<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المستشار أسامة عثمان، الموسوعة القضائية في أملاك الدولة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤ ص١٢١٢ وما بعدها. د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠١٢، ص٦٨٤ وما بعدها.

(٢) محمد حمودي سلمان، المرجع السابق، ص ٢٥. محمد طه البشير وغني حسون طه، المرجع السابق، ص٢٣.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٦٩٩ وما بعدها.

(٤) ينظر: د. مازن راضي ليلو، القانون الاداري، منشورات الاكاديمية العربية في الدنمارك، ٢٠٠٨، ص١٤١. د. حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الاداري، منشورات

ويعد هذا الإيجاز لنوعي الأموال العامة، نقول أن البناء على أرض الدولة قد يكون على أرض مخصصة للمنفعة العامة، أو قد يكون البناء على أمواله الخاصة.

**ففي الحالة الأولى** إذا حدث البناء على أرض مخصصة للمنفعة العامة فإنه وعملاً بأحكام المادة (٧١) من القانون المدني العراقي - سابقة الذكر - فإن المشرع قد أفضى بحماية للأموال العامة لكونها تعم بنفعها على المجتمع كله ويتوقف على حمايتها وصيانتها استمرار عمل المرافق العامة بشكل منتظم لخدمة المواطنين، وتتخذ هذه الحماية من نص القانون على أن هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. وبما أن البناء من التصرفات المادية، فلا يجوز لأحد أن يبني على الأموال المخصصة للمنفعة العامة.

وفي هذا صدر عن محكمة التمييز الاتحادية بأن (... بأن كل ما شيد على العقار المذكور من ابنية أو غراس من دون موافقة الجهة المالكة (وزارة المالية) يعد تجاوزاً... وبذلك فقد ثبت للمحكمة أن طرفي الدعوى شيّدوا الدور على العقار موضوع الدعوى تجاوزاً دون موافقة وزارة المالية مما يكونون غاصبين لمنفعته وأن ما ورد في المادة (١١٥٨) من القانون المدني تخص حيازة عقار غير مسجل في دائرة تسجيل العقاري وأن حيازة الطرفين للعقار غير مشروعة..... لأن الحقوق تعود للمالك (وزارة المالية).....<sup>(١)</sup>.

كما أن الأرض المخصصة للمنفعة العامة - الطرق والجسور - هو أمر لا يخفى على احد وهو كفيل بعدم الإقدام على البناء على مثل هذه العقارات، إلا أن الواقع العملي نجده بعد أحداث ٢٠٠٣ التي مر بها المجتمع العراقي أدت إلى حصول العديد من التجاوزات غير المشروعة بالبناء حتى على المرافق العامة، كالبناء في المناطق الخضراء.

الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص٤٠٦. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٦٧٢. د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي، مصدر سابق، ص٣٨٦ وما بعدها. السنهوري، حق الملكية، ج٨، ص٩٧ وما بعدها.

(١) رقم القرار (٦٤)، الهيئة المدنية الموسعة، في ٢٦/١/٢٠١٧. نقلاً عن محمد حمودي سلمان، مصدر سابق، ص٢١٤

وإزاء سكوت الجهات المخولة قانوناً بإزالتها فإن المشكلة قد تفاقمت ما أدى ذلك إلى هدر للمال العام، ولا يتفق مع مبدأ العدالة ولا المصلحة العامة، ما يتوجب على الدولة إزالة هذه التجاوزات والاعتداءات غير المشروعة وإعادة الحال إلى ما كان عليه للحفاظ على المال العام.

**أما في الحالة الثانية** فهو حصول البناء على أرض خاصة للدولة، أي على أرض تملكها الدولة ملكية خاصة وغير مخصصة للمنفعة العامة فإن القانون المدني العراقي قد جاء خالياً من أي نص خاص لمعالجة هذه الحالة، وإن الأمر يخضع للأحكام العامة في البناء على ملك الغير فضلاً عن أحكام الغصب<sup>(١)</sup>.

والسؤال الذي يُثار هنا هو إذا ما حصل التجاوز في البناء على أموال الدولة سواء كانت أموالاً عامة أم أموالاً خاصة غير مخصصة للنفع العام، فكيف يتم إزالة هذا التجاوز من الناحية التشريعية والقضائية .

**من الناحية التشريعية :** نجد أن هناك العديد من القرارات قد صدرت عن الحكومة العراقية سواء في النظام السابق أم الحالي لمعالجة هذا الأمر من خلال وضع حد لمعالجات التجاوزات على أملاك الدولة العامة والخاصة منها على سبيل المثال ما ورد في القانون المدني العراقي الذي وردت فيه نصوصاً خاصة لمعالجة حالات الغصب فضلاً عن قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وذلك من خلال المواد (٤٥٧ و ٤٧٧ و ٤٧٨ - ٤٨١ و ٤٨٧ - ٤٩٩) .

أما عن القرارات فقد صدر عن مجلس قيادة الثورة - المنحل - عدة قرارات في هذا الشأن منها قرار رقم (٢٩٦) لسنة ١٩٩٠ والقرار رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٤. والقرار رقم (٥٥١) لسنة ١٩٨٣ القرار (٣٧) لسنة ١٩٨٧. والقرار المرقم (٢٥٢) في لسنة ١٩٨٧ والقرار رقم (١١٨١) لسنة ١٩٨٢ والقرار رقم (٧٠٧) لسنة ١٩٧٩، والقرار رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠١ وهو القرار النافذ حالياً، ويتضمن أحكاماً خاصة للعملية المشار إليها . وكان آخرها القرار

---

(١) ينظر آخر قرار صدر عن مجلس الوزراء العراقي رقم (٤٤) لسنة ٢٠١٧ والذي احال بدوره الجهات المعنية بتنفيذ هذا القرار بالرجوع إلى القانون المرقم (١٥٤) في ٢٧/٦/٢٠٠١ عن مجلس قيادة الثورة (المنحل) ومنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٣٨٨٦ في ٢٠٠١ / ٧ / ٩٩ .

رقم (٢٧٣) لسنة ٢٠٠١ مع التعليمات الصادرة حول الية تنفيذ هذا القانون وقد صدر ذلك في ٢٠٠٢ .

حيث جاءت هذه القرارات بمجملها على عقوبات جزائية ومدنية على كل من تجاوز وبنى على أرض مملوكة للدولة أو للبلديات بعد نفاذ القرار . كما تضمن ايضاً بأن على رئيس الوحدات الإدارية ومدير البلدية المختصة بتحمل كل منهما مسؤولية رفع التجاوز الذي يقع على أراضي الدولة أو البلديات . بل ذهب إلى ابعد من ذلك عندما فرض عقوبة جزائية يتعرض لها رئيس الوحدة الإدارية ومدير البلدية الذي يثبت عدم قيامه بواجباته برفع التجاوز والعقوبة هي الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات، وعلى أن تضاعف العقوبة في حالة العود.

أما عن القرارات الصادرة عن مجلس الوزراء بعد سقوط النظام نذكر منها قرار رقم (٤٤٠) لسنة ٢٠٠٨ والقرار رقم (١٥٧) سنة ٢٠٠٩ والقرار رقم (١٤٩) لسنة ٢٠١١ وكان آخرها القرار رقم (٢٤٤) لسنة ٢٠١٧ . والتي تضمنت بمجملها تفعيل العمل بالقرار المرقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠١ بمعالجة كل التجاوزات على أراضي الدولة .

ولكن الواقع العملي نجد أن هذه القرارات السابقة لم يتم تفعيلها بشكل صحيح في مجال التطبيق على المتجاوزين، لا سيما إزاء ازدياد حالات التجاوزات الكثيرة على أراضي الدولة، حيث تكاد المحاكم اليوم تخلو من إقامة دعاوى ضد المتجاوزين من قبل دوائر الدولة مالكة العقار، والسبب يرجع إلى ضعف أداء الموظفين المخولين قانوناً برفع التجاوزات وعدم محاسبتهم من قبل الجهات الحكومية لموظفيها وكذلك الوضع الأمني والسياسي الحالي في البلد، وخشية موظفي الدولة من المساس بهم من قبل المتجاوزين في حالة إقامة دعاوى ضدهم مستغلين الاوضاع الأمنية التي يمر بها البلد في الوقت الحاضر .

أما على مستوى إقليم كوردستان العراق فقد صدر قانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٨ الموسوم بقانون منع وإزالة التجاوز على اراضي الدولة في إقليم كوردستان العراق<sup>(١)</sup>. كما صدر حديثاً قانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٩ والمسمى

(١) القانون منشور في جريدة وقائع كوردستان بالعدد (٢٢٢) في ٢٠١٨/٣/١٣ ويحتوي القانون على (٢٠) مادة.

بقانون تملك الأراضي المتجاوز عليها ضمن حدود البلديات في إقليم كردستان العراق<sup>(١)</sup>.

**أما من الناحية القضائية:** فقد صدر العديد من القرارات عن المحاكم العراقية سواء على مستوى الحكومة الاتحادية أم الاقليم نكتفي بأن نذكر لكل منها حكماً وعلى النحو التالي :

ما صدر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية في هذا الخصوص حيث طبقت المادة (١١١٩) من القانون المدني على من أحدث بناء على أرض الدولة في الكثير من قراراتها، حيث قضت في قرار لها بما يلي (وحيث سبق للمالك - مدير عام شركة المنصور للمقاولات اضافة لوظيفته- طالب المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل من قبله على القطعة المرقمة (٣٧م٤٣/٢٠) بعويزه وتسليمها خالية من الشواغل والتي صدر فيها حكم بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٢٠ متضمناً رفع التجاوز والذي تؤيد استثناءً وتمييزاً وتصحيحاً وحيث أن المطالبة بقيمة المنشآت المحدثه تحكمها المادة (١١١٩) من القانون المدني (إذا أحدث شخص بناءً أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاه صاحبها كان هذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضراً بالأرض فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع) ولغرض التحقق فيما إذا كان قلع المحدثات سيلحق الضرر بالعقار من عدمه فقد انتخبت المحكمة ثلاثة خبراء وقد بين الخبراء في تقريرهم المؤرخ ٢٠٠٨/٨/١٣ بأن قلع المنشآت مضر بالأرض ولا يمكن اصلاحها..... وأن تقرير الخبراء قد جاء معللاً ومفصلاً ويصلح أن يكون سبباً للحكم استناداً لأحكام المادة (١٤٠) من قانون الإثبات .....)<sup>(٢)</sup>.

ومنه أيضاً ما صدر عن محكمة تمييز إقليم كردستان العراق بالقول (لثبوت تجاوز المدعين ببناء دكان وغرفة على الشارع الفرعي العائد للبلدية و أن قيام المدعي عليه - اضافة للوظيفة - بهدم تلك المحدثات هو من صميم

(١) نشر هذا القانون في جريدة وقائع كردستان بالعدد (٢٤٥) في ٢٤/١٢/٢٠١٩ ويحتوي القانون على (١٢) مادة.

(٢) رقم القرار (٢٦١٣)، الهيئة المدنية، في ٢٥/١١/٢٠١٢. نقلاً عن محمد حمودي سلمان، مصدر سابق، ص ٧٦.

اعماله بموجب احكام المادة (٢٩) الفقرة الثالثة من قانون ادارة البلديات في إقليم كردستان العراق رقم ٦ لسنة ١٩٩٣ المعدل.....<sup>(١)</sup>.

كما أن الأرض المخصصة للمنفعة العامة - الطرق والجسور - هو أمر لا يخفى على احد وهو كفيل بعدم الإقدام على البناء على مثل هذه العقارات، إلا أن الواقع العملي نجده بعد أحداث ٢٠٠٣ التي مر بها المجتمع العراقي أدت إلى حصول العديد من التجاوزات غير المشروعة بالبناء حتى على المرافق العامة، كالبناء في المناطق الخضراء .

ومن خلال كل ما تقدم يمكن القول بأنه وعلى الرغم من كثرة حالات التجاوز على الأراضي العائدة للدولة بعد أحداث ٢٠٠٣ كما اشرنا سابقاً، إلا اننا لا نجد جهوداً حثيثة تتناسب مع هذه المشكلة الكبيرة التي يعاني منها البلد في وقت الحاضر، والأمر يتطلب موقفا صارما من قبل الحكومة بوجه المتجاوزين لإزالة التجاوزات ووضع حد لها سواء في مجال التشريع أم عمل الجهات التنفيذية، لأن السكوت امام هذه الحالة سيؤدي حتماً إلى الفوضى العارمة في المدن من خلال البناء العشوائي الذي يفتقر إلى التخطيط والتنظيم، وعلى الرغم من صدور عدد من القرارات من مجلس الوزراء كما اشارت الدراسة من قبل لمعالجة هذه المشكلة، وبدورنا لم نجد في الواقع العملي أي دور لها لإزالة تلك التجاوزات .

كما نرى بأن يبقى للقضاء الدور المهم والبارز في هذا الصدد باعتباره الشعلة الذي يقتدى به وهو يفصل في الحق ويعيده إلى نصابه وايصال كل ذي حق حقه بعيداً عن كل المسميات والتأثيرات وبشكل حيادي، كما أن من الممكن إنشاء لجنة متخصصة في الدوائر المعنية بعقارات الدولة مهماتها تحديد وإزالة التجاوزات وإعادة الأراضي الى الجهة المالكة لها، وإلا فإن كل محاولة لعلاج هذه المشكلة سوف تكون معرضة لخيبة والفشل مهما كانت الأسس التي يبنى عليها هذا العلاج .

## المبحث الثاني

### أحكام البناء غير المشروع على ملك الغير

(١) رقم القرار (١٨٨)، الهيئة المدنية، ٢٦/٨/٢٠٠١. نقلاً عن كيلاني سيد أحمد، المبادئ

القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق للسنوات ٢٠٠١ - ٢٠٠٥،

الطبعة الأولى، مطبعة مناره اربيل، ص١٦٢

يقصد بالبناء غير المشروع على ملك الغير بشكل عام البناء الذي يقيمه الغير بطريق غير مشروعة في ملك الغير دون الحصول على موافقة مسبقة منه. وبالتالي يجب استثناء حالة موافقة المالك على عمليات البناء والغراس التي يقيمها الغير في إطار العقد القائم بينهما، حيث يكون هو المحدد لأحكام هذا البناء.

وقد أورد القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة المختلفة أحكام البناء والغراس في أرض الغير ضمن أحكام الالتصاق<sup>(١)</sup>. وعدها سبباً من أسباب كسب الملكية ونظم أحكامها المشرع العراقي في المواد (١١١٣-١١٢٥) من القانون المدني. وقد جعلت هذه القوانين الأصل أن يكون البناء لمالك الأرض، إلا في حالات استثنائية محددة - كما سنرى - على اعتبار أن

(١) الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية يكون بمقتضاه لصاحب الشيء أن يتملك ما اتصل به اتصالاً يتعذر معه فصله منه دون تلف. ويميز القانون المدني العراقي كغيره من القوانين المقارنة بين الالتصاق بالعمارة والالتصاق بالمنقول كما يميز في الالتصاق بالعمارة بين الالتصاق بفعل الطبيعة والالتصاق بفعل الانسان (الصناعي). هذا وقد استخدمت معظم التشريعات مصطلح الالتصاق كالمشرع العراقي والمصري والفرنسي، في حين استعمل مصطلح الاتصال من قبل تشريعات أخرى كالتشريع الاماراتي والأردني، بينما استعمل المشرع اللبناني مصطلح الإلحاق. وبسبب عزوف معظم التشريعات عن وضع تعريف للالتصاق، فقد سعى الفقه إلى التصدي لذلك، فعمد لصياغة عدة تعاريف منها تعريف الفقيه علامة القانون المدني الدكتور عبد الرزاق السنهوري عندما عرفه بأنه اندماج شيئين أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين لمالكين مختلفين، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج. ينظر للمزيد من التعاريف لدى: السنهوري، اسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها. د. غني حنون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٦٤ وما بعدها. حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٢٩ وما بعدها. جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١١. ص ٢٢. د. نبيل ابراهيم سعد، =الحقوق العينية الاصلية، احكامها - مصادرها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٣٠١ وما بعدها.

البنائي هو المعتدي، حيث من غير المعقول أن تسلب ملكية صاحب الأرض دون إرادته، لمجرد الاعتداء عليها بالبناء من قبل الباني. وازاء ذلك ميز شراح القانون المدني الأحكام في حالة البناء والمحدثات التي يقيمها الباني في أرض غيره بسوء نية عن غيرها حسن نية، ومثل ذلك فعل القانون العراقي<sup>(١)</sup>. لذا سنحاول البحث في أحكام كل ما تقدم من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول : أحكام المتجاوز سيء النية في ملك الغير.  
المطلب الثاني : أحكام المتجاوز حسن النية في ملك الغير.

### المطلب الأول

#### أحكام المتجاوز سيء النية في ملك الغير

عالج القانون المدني العراقي حالة المتجاوز(الباني) سيء النية من خلال المادة (١١١٩) بالقول (إذا أحدث شخص بناءً أو اغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دوه رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضراً بالأرض، فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع).

يستفاد من هذا النص اعلاه، أنه ونظراً لسوء نية المتجاوز فإن المشرع جعل لصاحب الأرض عدة خيارات منها إلزام المتجاوز بإزالة أو استبقاء ما أحدثه من منشآت على التفصيل الذي سنشير إليه لاحقاً، وبمقابل ذلك جعل للمتجاوز رغم سوء نيته بعض الحقوق على مالك الأرض. هذا ما سوف نتعرض له، على أننا سوف نتولى قبل ذلك توضيح مفهوم المتجاوز سيء النية قبل الخوض في هذه الخيارات. لذا قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وعلى النحو التالي:

### الفرع الأول

#### مفهوم المتجاوز سيء النية

(١) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٨٧.

وضعت القوانين والتشريعات المقارنة، ومنها المشرع العراقي الباني سيء النية تحت رحمة مالك الأرض كجزاء على سوء نيته و تعديه على ملك غيره . ولكن ما المقصود بمصطلح سيء النية ومن هو الباني سيء النية ؟ هذا ما سوف نشير اليه من خلال التالي:

#### أولاً: مصطلح سيء النية:

ابتداءً نقول أن المشرع العراقي لم يضع تعريفاً لمصطلح سيء النية انسجماً من كون التعريفات ليست من اختصاص المشرع، بل هي مجال تدخل الفقه والقضاء. بمعنى أن محاولة التعريف بسوء نية تزداد صعوبة لانعدام التعريف التشريعي وقلة المراجع الفقهية، التي تناولت هذا المفهوم . فالملاحظ على النص العراقي أنه لم يورد فيه عبارة سيء النية وكذا المصري من خلال المادة (٩٢٤) مدني.

وازاء ذلك ذهب من الفقه بالتعرض لهذا النقص فعرفه بأنه مفهوم قانوني يفيد صفة أو مظهراً للشخص الذي ينعدم فيه الاخلاص والوفاء تجاه الغير في اطار التصرفات القانونية بصفة عامة وهو نقيض لحسن النية. وتثبيت سوء النية يكون عن طريق القرائن والوقائع التي تفيد انعدام نقيضها<sup>(١)</sup>.

كما حاول الجانب القضائي وضع معايير معينة لاستخلاص سوء النية، خاصة في مجال التصرفات العقارية، ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية بالقول (إن بناء الشريك على الأرض المشاعة غير قابلة للقسمة دون إذن باقي الشركاء يعد بناء بسوء نية ومن ثم تطبق بشأن المحدثات أحكام المادة ١١٩ التي تعالج المحدثات بسوء نية)<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً : أما عن مصطلح المتجاوز سيء النية :

على عكس من مصطلح سيء النية، التي لم تذكرها معظم التشريعات في نصوصها نجد أن التشريعات ومنها المشرع العراقي لا سيما ومن خلال المادة (١١٩) من القانون المدني، نجد أنه قد عرفه تحت مسمى المحدث عندما أورده بالقول ( من أحدث بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها.. ) وهي ذات العبارة التي أوردها المادة (١٤٠) من قانون المدني الأردني وكذا المصري من خلال الفقرة الأولى من المادة (٩٢٤)

(١) ينظر حول هذه التعاريف : المستشار الحسن الصالحي، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٢) رقم القرار (١٨٣)، مدنية ثانية عقار، في ١٩٧٣/٦/٢٦. نقلاً عن هادي عزيز علي،

مصدر سابق، ص ١٢٨.

عندما أورد عبارة إذا اقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض<sup>(١)</sup>، ولم نجد مصطلحا واضحا وصريحا يدل على سيء النية في القانونين السوري واللبناني.

وبهذا يمكن القول أن مصطلح المتجاوز بسوء نية، قد ورد صريحا بالنص نفسه عندما عبر المشرع بقوله (يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها). كما أنه من اليسير على المحكمة معرفة ذلك في العقار بالنسبة إلى الباني، كما يعرف بالنسبة إلى من يطلب منه. على اعتبار أن قرينة الملكية القانونية ثابتة بالشكل وبالتسجيل، فليس من المقبول أن يدعي الباني أنه كان يعتقد أن الأرض له فبنى عليها أو غرس فيها حيث لا يغتفر لأحد أن يبني في أرض غيره ثم يدعي إنما بنى على ظن أنها ملكه لاسيما إذا كانت الأرض في حدود تخطيط العمران<sup>(٢)</sup>.

وبذلك تكون معظم التشريعات قد تناولت هذا المفهوم، عندما عرف المتجاوز (الباني) سيء النية بأنه هو الذي يبني في عقار يعلم أنه غير مملوك له ودون رضا صاحبه. ومن ذلك يتضح أن اعتبار الباني سيء النية رهن بتوفر شرطين:

**أولها:** علم المتجاوز بأنه يقيم المنشآت على أرض غير مملوكة له.

**وثانيها:** أنه لا حق له في اقامتها لعدم حصوله على إذن مالك الأرض وقت اقامة المنشآت.

فإذا كان يعتقد في هذا الوقت أنه يبني في ملكه وكان في يده سند ناقل لملكية الأرض التي شيد عليها البناء، إلا أنه كان يجهل وجود عيوب تشوب هذا السند، فلا يعد الباني هنا سيء النية. كذلك إذا كان يعلم أنه يبني في ملك غيره،

(١) نص المادة (٩٢٤) بأنه (إذا أقام شخص من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا ان يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت).

(٢) حامد مصطفى، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

ولكنه كان قد حصل على إذن من مالك الأرض على إقامة المنشآت، فلا يكون سيء النية في هذه الحالة أيضاً<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية أيضاً بالقول (..... أن المميز تزعم أنها تملك الأرض شراء خارج دائرة طابو وأنها أحدثت فيها بناء ولم يثبت أن بناءها بإذن من يملك الأرض فيعتبر بناؤها فضولاً الحالة التي تتعلق بها المادة ١١١٩ مدني إذا كان البناء شديد في ظل القانون المدني..... حيث أن وازعة اليد على البناء لا سند لها من القانون في أحقية البناء)<sup>(٢)</sup>.

كما صدر بذات المعنى عن محكمة تمييز إقليم كردستان العراق بالقول (..... أن المدعى عليه قد وضع يده عليها بدون وجه حق أو مسوغ قانوني ويرفض تسليمها له لذا طلب دعوته للمرافعة..... يقضي بإلزام المدعى عليه بمنع معارضة المدعي من الانتفاع بالعمارة المشيدة..... والزامه بتسليم الجزء الذي يشغله من العمارة وهي المخزن وشقة في الطابق الأول وتسليمها للمدعي خاليتين من الشواغل)<sup>(٣)</sup>.

وهكذا نجد أن معظم التشريعات قد ضيقت على مفهوم المتجاوز (الباني) بسوء النية، حيث اصبح المقصود منه علم الباني بأن الأرض مملوكة لغيره، وأنه ليس له الحق في إقامة البناء عليها.

ولا شك أن التصيق على سوء نية الباني سيكون ذلك على حساب صاحب الأرض الذي سيقع عليه عبء إثبات سوء نية الباني، بأن يثبت أن الباني كان يعلم وقت إقامة المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد اقامها دون رضائه، وأن يثبت أنه قد اغتصب الأرض منه<sup>(٤)</sup> أو أنها آلت إليها عن طريق

(١) ينظر: محمد عادل العبيدي، مرجع سابق، ص ١١٣. جورج شدرابي، مرجع سابق، ص ١٥٠. المحامي بدوي حنا، الإلحاق، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١١، ص ١٣١ وما بعدها.

(٢) رقم القرار (١٩٧٥)، حقوقية الموصل، ١٩٧٧ و ١٩٧٨ و ١٩٧٤ الصادر في ١٩٥٨/٢/١٢. نقلاً عن المحامي سليمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ٥٢٦.

(٣) رقم قرار (٢٢٥)، الهيئة المدنية، الصادر في ٢٠٠٩/٤/١٥. حكم غير منشور.

(٤) وفي هذا نجد حكماً صدر عن محكمة تمييز إقليم كردستان العراق بالقول (... حيث أن نصب مولدة كهربائية على ذلك الجزء من العقار الموصوف وبدون عقد ايجار ودون

الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة، ومع ذلك بقي حائزاً للأرض واقام فيها المنشآت، وهو يعلم أنها غير مملوكة له<sup>(١)</sup>.

ولكن السؤال الذي يُثار هنا هو هل هناك معيار محدد يمكن الاعتماد عليه في تحديد سوء أو حسن نية المتجاوز

(الباني)؟ وهل هناك رقابة من قبل المحكمة النقض حول تقدير لمحكمة الموضوع في تحديدها لهذه النية؟ للإجابة على ذلك ظهر معياران:

**الأول: المعيار الشخصي أو الذاتي:** وهو قائم على أساس فكرة نفسية، تقوم على علم واعتقاد الباني نفسه، فمن لا يستند إلى سبب معقول يسوغ الاعتقاد بأن هذه الأرض ملكه يعد سيء النية. كمن يشتري أرضاً من شخص وهو يعلم أن الأرض مملوكة لغيره. أما من يبني معتقداً أنها ملكه أو أن اعتقاده أن له الحق بإقامة المستحدثات بحيث سيّدعي دوماً أن له الحق في البناء يكون الباني هنا حسن النية. لذا فتحديد سوء أو حسن نية الباني هو معيار شخص الباني نفسه واعتقاده<sup>(٢)</sup>.

وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن حسن النية أن يعتقد الباني أن له الحق في اقامة المحدثات ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض.

وحيث أن الاعتقاد المنصوص عليه في هذا الحكم هو حالة نفسية تقوم لدى المحدث وقت اقامة المحدثات تجعل نيته منصرفه إلى القيام بعمل إنما هو

علم مسبق أو موافقة وعليه يعتبر غاصباً لذلك الجزء....) رقم قرار (٢٤٧)، الهيئة المدنية، الصادر في ٢٣/٤/٢٠٠٩. حكم غير منشور.

(١) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، بلا دار نشر، ٢٠٠٤، ص ١٩٦. وينظر أيضاً حول المكلف بإثبات سوء النية لدى د. محمد كامل مرسي باشا والمستشار معتر كامل مرسي والمستشار محمد علي سكيكر: شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، اسباب كسب الملكية " الاستيلاء - الالتصاق - الشفعة"، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٠٢.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، اسباب كسب الملكية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان - الاردن، ١٩٩٥، ص ١٠٠.

حق وليس اعتداءً بذلك تكون المحكمة قد طبقت المعيار الشخصي هنا في حكمها<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: المعيار الموضوعي:** وهو قائم على أساس التوسع لمفهوم سوء النية، حيث حاول البعض من الفقه المصري أن يضيف إلى المعيار الشخصي معياراً موضوعياً والذي مؤداه أن سوء النية يتوفر، حتى لو كان الباني يعتقد فعلاً أن له حق البناء على أن يكون اعتقاده هذا قد نشأ عن خطأ جسيم، فيستوي العلم بالاعتداء على حق الغي، والجهل الناشئ عن خطأ جسيم. وعلى ذلك يعد هنا سيء النية من يشترى من غير مالك الأرض، إذا كان قد أهمل في مطالبة البائع بتقديم سند ملكيته أو أهمل في فحص السند<sup>(٢)</sup>.

لذا بدورنا نرى صحة ما ذهب إليه البعض من الفقه<sup>(٣)</sup> فإن إقامة الباني للمنشآت على أرض مسجلة باسم الغير، يشكل قرينة على اعتدائه وسوء نيته، وهي قرينة قد لا يأخذ بها القاضي إذا اثبت الباني أن البناء كان بإذن مالك الأرض الذي رخص له بإقامة المنشآت.

#### أما عن تقدير المحكمة من وجود سوء النية من عدمه؟

إن محكمة الموضوع تستقل في تقدير وجود سوء النية من عدمه، ولا معقب عليها من محكمة النقض، ما دامت قد اقامت قضاءها على اسباب سائغة تكفي لحمله<sup>(٤)</sup>.

فالعبرة في تقدير حسن أو سوء نية الباني بوقت إقامة المنشآت وليس بوقت حيازة الباني للأرض ولا وقت رفع الدعوى. وبالتالي فإذا عجز الباني عن اثبات نيته الحسنة فإن احكام البناء بسوء نية تكون واجبة التطبيق كما سيأتي لاحقاً.

(١) نقض مدني (١٩) لسنة ٤٢ق، جلسة ١٧/٢/١٩٧٦، س٢٧، ص٤٥٣. نقلاً عن جمال حاج ياسين، مصدر سابق، ص٧٩.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١٠١. د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثامن الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص٢٢٩.

(٣) حامد مصطفى، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٢٨٧ وما بعدها.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص٣١١. وينظر ايضاً في حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن (٢٣٢٣) لسنة ٥٩ ق، جلسة ٣٠/٣/١٩٩٤.

لذا نختم بالقول هنا ان افتراض حسن النية قائم حتى بالنسبة إلى العقارات المقيدة في السجل العقاري، فالمسألة في كل الأحوال لا تعدو إلا أن تكون مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع، يفصل فيها دون رقابة محكمة التمييز، فهو الذي يقدر في كل حالة ما إذا كان البناء في أرض الغير قد حصل بحسن أو سوء نية<sup>(١)</sup>.

والعبرة في تقدير سوء النية من عدمه بوقت اقامة المحدثات، فلا مجال لاعتبار أن الباني كان حسن النية باعتبار وقت الحيازة، إذا ما أثبت بأنه كان سيء النية وقت اقامة المحدثات، كذلك لا ينفي حسن النية أن يعلم الباني بعد اقامة المحدثات أنه ليس له الحق في اقامتها<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### خيارات مالك الأرض

عندما يثبت بأن المتجاوز كان سيء النية، فإنه يجبر على هدم البناء إذا طلب صاحب الأرض ذلك. حيث وردت العبارة من نص المادة (١١١٩) مدني عراقي بالقول (...كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع).

ومن هذا النص يتبين أن القانون عامل المتجاوز سيء النية معاملة تتفق مع سوء نيته حيث يجيز لصاحب الأرض في هذه الحالة أن يختار بين أحد الأمرين إما طلب ازالة البناء وعلى نفقة من اقامها ويكون له في هذه الحالة - مالك الارض - الحق بطلب التعويض عما اصاب الأرض من ضرر. أو التمسك باستبقاء المنشآت حتى يملكها بالالتصاق<sup>(٣)</sup>. وهذا ما سوف نتناوله على النحو الآتي:

### أولاً: الحق في طلب إزالة البناء :

إن الحق الذي قرره المشرع في طلب ازالة المنشآت التي اقامها المتجاوز على أرض الغير بسوء نية انما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية

(١) د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص ١٦٣. د. عبد المنعم الصده، مصدر سابق، ص ٣١٩.

(٢) السنهوري، اسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ١٩٦.

ذاته، مخولة لصاحب الأرض بوصفه مالكا، وبصرف النظر عن قيمة المنشآت أو الغراس بالنسبة لقيمة الأرض .

وفي هذا قضت محكمة النفض المصرية في حكم لها ما يفيد أنه لا يجوز للمشتري بعقد غير مسجل يطلب الازالة لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن سلطة استعمال هذا الخيار - طلب ازالة الابنية - يترك تقديرها لمطلق اختيار مالك الأرض وحده، فهي متوقفة على محض مشيئته وليس لغيره الحق في استعمالها، وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالقول (...أن وقائع الدعوى تشير إلى أن المدعى عليهما لم يستحصلا على إذن وموافقة المدعيين والشركاء الآخرين بإحداثهما المنشآت على القطعة موضوعة الدعوى وبذلك تكون تلك المنشآت قد تجاوزت ويكون من حق المدعيين طلب إزالتها.....)<sup>(٢)</sup>.

هذا ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن إجابة طلب صاحب الأرض بالإزالة لأي سبب كان، كونه لا يملك إزاء هذا الطلب أية سلطة تقديرية، كما لا يخضع في اختياره لأي رقابة قضائية حتى لو كانت قيمة الابنية قائمة أكثر من قيمة الأرض، فلا حرمة لعمل الباني لأنه سيء النية. وإنما هو ملزم بقبول طلبه، بل يتحتم عليه أن يقضي بالإزالة حتى لو كان الضرر الذي سببه الباني للمالك يسيراً، بحيث يمكن للتعويض أن يجبره، أو حتى إذا لم تسبب المباني أي ضرر. فلا يعد المالك هنا متعسفاً في استعمال الحق مهما تضاعل الضرر الذي يصيبه من البناء، لأن البناء على أرض الغير دون إذنه ينطوي على اعتداء خطير على حقه في ملكية الأرض ويسلبه إحدى مزايا حق الملكية، وهي تحديد طريقة الاستغلال<sup>(٣)</sup>.

(١) نقض مدني، رقم (١٨٩)، لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/١/١٩٧٦.. نقلا عن الموقع التالي :  
ز : ٢٠٢٠/١/٣.

<http://www.eastlaws.com/Ta3reefat/ahkam-mahkamet-al-naqd.aspx>.

(٢) رقم القرار (٢٢٨)، مدني، في ٢٠/٦/٢٠٠٧ . نقلاً عن القاضي مهدي صالح سليمان، مصدر سابق، ص٤٦.

(٣) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٩٦ وما بعدها.

أما عن طبيعة الدعوى المقامة على الباني وطلب التعويضات فهي دعوى ملكية يرفعها مالك الأرض<sup>(١)</sup> على المتجاوز ويسترد الأرض بموجبها وليست دعوى حيازة. ومن ثم لا يمارسها إلا مالك الأرض، أما طلب الازالة، فهو يعتبر طلباً متفرعاً عن طلب ثبوت الملكية، ويفصل فيه طبقاً لقواعد الالتصاق، أما طلب التعويض فإنه يستند لأحكام المسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء في الحكم (...إذا اقتصر مدعي ملكية الأرض على طلب تثبيت ملكه المغتصب وتسليمه خالياً مما يشغله به المدعى عليه من البناء تاركاً له رفع أنقاض بنائه وغير منازع له فيها ولا مدع لنفسه الحق في شيء منها، فطلبه الازالة يكون طلباً متفرعاً حتماً عن ثبوت حقه في الملكية.....)<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة أن ازالة المنشآت تكون على نفقة من اقامها (المتجاوز)، بحيث تعاد الأرض إلى سابق حالتها، ويطلب منه فوق ذلك التعويض عما عسى أن تحدثه ازالة المنشآت من ضرر بالأرض إن كانت لها مقتضى. وفي هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشآته ويأخذها انقاضاً، بعد أن يدفع مصروفات الهدم ولا مجال هنا لإعمال الالتصاق كسبب لكسب الملكية، فقد أزيلت المنشآت ولم يملكها صاحب الارض<sup>(٤)</sup>.

ويعد هذا الخيار تطبيقاً للمبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية كما ذكرنا من قبل. ذلك أن اقامة المنشآت على أرض الغير مع العلم بذلك، يعتبر اعتداءً على ملكية صاحب الأرض وخطأً عمدياً. ومن ثم يعاقب من فعل ذلك بإهدار ما فعله،

(١) صدر عن محكمة بداءة دهوك (.....) حيث ثبت للمحكمة أن البستان موضوع الدعوى محدث على عقار يعود لوزارة المالية ولا يعود للمدعي وبذلك فإنه لا يعد مالاً قانوناً وبما أن دعوى رفع التجاوز هي من دعاوى الملكية ويقام من قبل مالك العقار (.....) رقم القرار (٢٢٨)، بداءة دهوك، في ٢/٦/٢٠١٣. حكم غير منشور.

(٢) المستشارين عبد الرحيم اسماعيل زيتون والمستشار احمد سعيد السيسى، الحديث في اسباب كسب الملكية، مؤسسة النجاح للطباعة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٨٥.

(٣) نقض مدني (٢٠٦)، جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٣٣. نقلا عن د. محمد كامل مرسي باشا و معتز كامل مرسي و محمد على سكيكر، مصدر سابق، ص ١٠٥ هامش ٤.

(٤) السنهوري، اسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

وفي ذلك احترام لملكية الافراد، وردع الغير عن فعل ذلك. لذا ينشئ من هذا الحق في طلب الازالة والتعويض عن الاضرار التي تلحق بالأرض<sup>(١)</sup>.

فلو كانت الأرض أرضاً زراعية مثلاً فإن ازالة البناء لا تعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل البناء، فالبناء قد يسبب اضراراً للأرض مما يجعلها غير صالحة للزراعة لفترة وتحتاج إلى نفقات لاستصلاحها مرة اخرى. كما قد يفوت البناء على مالك الأرض كسباً أو فرصة ما، ولهذا وجب تعويضه عن هذه الاضرار<sup>(٢)</sup>.

وبما أن المادة (١١١٩) مدني عراقي لم تشر إلى امكان الزام المتجاوز بالتعويض فيكون التعويض كما قدمنا طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، كما لم يحدد المشرع العراقي مدة يمارس فيها مالك الأرض خياره في الازالة<sup>(٣)</sup>.

ويتفق مع موقف المشرع العراقي في حكمه المتقدم كل من المشرعين الاردني و السوري واللبناني<sup>(٤)</sup>. فجميع هذه التشريعات اعطت لمالك الأرض حق طلب ازالة المنشآت على نفقة من اقامها، كما لم يحدد مدة يمارس فيها صاحب الأرض خياره في الازالة أو تقيده في استعمال حقه. كما لم تشر إلى إمكان الزام الباني بالتعويض ايضاً.

كما ونعتقد مع من يرى ذلك لو أن المشرع العراقي سلك ذات مسلك المشرع المصري وقيد حق مالك الأرض في طلب الازالة بمددة معينة كان أولى، لأن من شأن عدم التحديد التوسع في نطاق الهدم وهو أمر غير مرغوب فيه، لاسيما إذا ما علمنا أن رخصة الهدم لم تعد تتلاءم مع المتطلبات الاقتصادية

(١) محمد عادل العبيدي، مصدر سابق، ص ١١٦.

(٢) حسام الدين كامل الاهواني، الحقوق العينية الأصلية، اسباب كسب الملكية، دار ابو المجد، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦٤. نقلاً عن د. ضحى محمد سعيد النعمان : البناء في ملك الغير دون إذن المالك، دراسة مقارنة. دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الامارات، ٢٠١٤، ص ٤٣.

(٣) ينظر حول تحديد نوع المسؤولية لدى : جمال الحاج ياسين، المرجع السابق، ص ١٧٥. كذلك المستشارين عبدالرحيم اسماعيل زيتون و احمد سعيد السيسى، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

(٤) ينظر حول ذلك في نصوص القانون المدني الاردني (١١٤٠م) والسوري (١٩٠م) والملكية العقارية اللبناني (٢١٧م).

في العصر الحديث في ظل الكثافة السكانية التي تشهدها دول العالم، و ظهور  
ازمة الاسكان السائدة في اغلب البلدان منذ الحرب العالمية الثانية<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: استبقاء البناء و تملكه:

الأصل أن صاحب الأرض يملك المنشآت التي يقيمها الغير، وذلك لأن  
الأرض بما تتمتع به من قوة جذب تلتهم ما يلتصق بها، بحيث يصبح ملكاً  
لصاحب الأرض باعتباره مالكاً للشيء الأصلي الذي يتبعه ما التصق به، وهذا  
الأصل يثبت لمالك الأرض سيء النية مثلما يثبت لحسن النية.

فخيار استبقاء البناء و تملكه هو الخيار الثاني امام مالك الأرض طبقاً  
لقواعد الالتصاق، بدليل العبارة التي أوردها المشرع العراقي في المادة  
(١١١٩) مدني والتي جاء فيها (...فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك  
المحدثات بقيمتها مستحقةً القلع)<sup>(٢)</sup>.

ومن النص المتقدم يتبين أن المشرع العراقي جعل لصاحب الأرض أن يملك  
المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، شريطة أن يكون قلعها مضرراً بالأرض ضرراً  
فاحشاً، أما القول بخلاف ذلك، بأن لم يحدث ضرراً عند القلع أو أحدث القلع  
ضرراً يسيراً، فليس لمالك الأرض طلب استبقاء البناء و تملكه إذا أراد الباني قلع  
الابنية حتى لو عرض مالك الأرض دفع مقابل للمتجاوز عن قيمة البناء<sup>(٣)</sup>.

ويذهب بعض الفقه في العراق إلى أن هذا القيد ظاهري، مادام أن  
صاحب الأرض وحده هو الذي يقدر بأن قلع المستحدثات يضر بالأرض من  
عدمه وليس للمحكمة سلطة بأن تتدخل في ذلك من تلقاء نفسها، كما لا يجوز

(١) ينظر حول هذا لدى : د. ضحى محمد سعيد النعمان ، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٢) قيمة البناء مستحقة القلع أو الازالة هي القيمة الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة  
المقلوع بالفعل. وهو خيار لمالك الأرض إذا طلب إزالتها فله أن يستبقها مستحقة القلع.  
مثال توضيحي لذلك : فمثلاً لو كانت قيمة مواد البناء بعد الهدم و تحولها إلى انقاض  
مليون دينار عراقي و كانت مصاريف الهدم كأجرة عمال الهدم ثلاثمائة الف دينار  
عراقي فإن مالك الأرض يلتزم بأن يدفع للباني سبعمائة الف دينار فقط . وفي هذا  
قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق بالقول (... قيمة المحدثات بقيمتها مستحقة  
القلع أي قيمة جميع المواد ناقص اجور العمل عملاً بحكام المادة ١١١٩ من القانون =  
المدني). ينظر رقم القرار (٧٠٤ و ٧١٠)، الهيئة المدنية الثانية، في ٣/١١/٢٠١١.

نقلاً عن القاضي كيلاني سيد احمد، كامل المبادئ القانونية، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

(٣) د. ضحى محمد سعيد النعمان ، مصدر سابق، ص ٤٧.

للمتجاوز ايضاً التمسك به، وهذا خلاف القانون المصري – كما سيلبي بيانه - .  
فلا يوجد هكذا قيد، فمالك الأرض له حق استبقاء المستحدثات وإن كان قلعها لا  
يضر بالأرض<sup>(١)</sup>.

بمعنى أنه لا يسوغ للمحكمة تملك البناء لمالك الأرض بقيمته مستحقاً  
للقلع بسبب كون القلع مضرراً بالأرض ما لم يطلب صاحب الأرض ذلك<sup>(٢)</sup>.  
فالأصل في القانون المدني العراقي هو القلع، وهي غير مقيد بمدة  
معينة، وأن طلب استبقاء البناء يلقي على مالك الأرض عبء اثبات كون القلع  
مضرراً بالأرض من عدمه، في حين قد يتمسك الباني بكون القلع غير مضر  
بالأرض إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك .

وقد قضت محكمة التمييز العراقية بهذا الصدد بالقول (....) تعلق الابنية المشيدة  
على أرض الغير تجاوزاً وليس لصاحب الأرض طلب تملكها مستحقة القلع  
مادام قلعها لا يضر بأرضه كما ليس لصاحب البناء طلب تملكه الأرض التي  
تجاوز عليها<sup>(٣)</sup>.

كما قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان بالقول (.....) إن ملكية القطعة  
تعود للبلدية وانشاء الدكاكين من قبل المدعي لم يكن بزعم شرعي أو قانوني  
حيث لم يثبت أن بناءها كان بإذن من البلدية مالكة الأرض فيستحق المدعي في  
حالة رفعها من قبل البلدية دون أن ترجع إلى القضاء قيمة المحدثات بقيمتها  
مستحقة القلع...<sup>(٤)</sup>.

لذا يتبين لنا ومن خلال ما تقدم، أن على المشرع العراقي إعادة النظر  
في حكم المادة (١١١٩) مدني وأن يعطي الحق في استبقاء البناء دون أن يقيد  
بأي شرط، خصوصاً وأن هذه المادة تواجه حالة الباني سيء النية فليس من  
المستساغ عقلاً احاطة من اعتدى على ملك غيره وبسوء نية بالحماية . لذا ينبغي

(١) محمد عادل العبيدي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٢) د. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، ط١،  
دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٤١. نقلاً عن القاضي مهدي صالح سليمان،  
مصدر سابق، ص ٤٨.

(٣) رق القرار (٥٨٨)، مدنية ثانية عقار، الصادر في ٢٣/٢/١٩٧٥. نقلاً عن الموقع  
التالي: تاريخ زيارة: ٢٧/١٢/٢٠١٩.

<http://www.eastlaws.com/Ta3reefat/ahkam-mahkamet-al-naqd.aspx>.

(٤) حكم سابق الاشارة إليه في هامش الصفحة السابقة.

على صاحب الأرض حق تملك الابنية بقيمتها مستحقة للقلع جبراً على الباني سيء النية، دون النظر إلى جسامه الضرر عند القلع كجزء لسوء نية الباني. أما عن موقف التشريعات المقارنة فإن المشرع الاردني ومن خلال المادة (١١٤٠) مدني اردني قد اخذ بنفس الحكم الذي قرره القانون المدني العراقي في المادة (١١١٩) التي قيدت حق مالك الأرض في استبقاء البناء متى كان القلع مضرراً بالأرض، في حين يكون لمالك الأرض مطلق الحرية في الاختيار بين طلب الازالة أو استبقاء البناء وتملكه دون اي قيد أو شرط في كل من القانون المدني السوري و قانون الملكية العقارية اللبناني و القانون المدني الفرنسي وفي اي وقت يشاء .

**أما عن الموقف المصري** فنجد أن المادة (٩٢٤) من القانون المدني المصري قد أعطت لمالك الأرض الحرية في اختيار طلب الازالة أو استبقاء البناء و لم تقيد به بأي قيد أو شرط.

### الفرع الثالث

#### حقوق المتجاوز الباني سيء النية

سيق وان اشرنا إذا كان نزع البناء يلحق ضرراً بالأرض وأثر مالك الأرض استبقاء البناء فإن المشرع لم يشأ أن يمكنه من ذلك دون مقابل، بل يلتزم بدفع التعويض للباني تعويضاً اختلفت في تحديده التشريعات، وفضلاً عن التعويض فإن للباني وبالرغم من سوء نيته حقوقاً اخرى في مواجهة مالك الارض. فرغبة استبقاء البناء هو بمثابة اعترافه بفائدته. وهذا ما سوف نتعرض له من خلال النقاط التالية :

#### أولاً : التعويض :

التعويض حسب القانون المدني هو مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كان نتيجة طبيعية للفعل الضار<sup>(١)</sup>.

(١) نكتفي بالتعريف لان هذا الامر له مجاله الخاص به. للمزيد ينظر: محمد كريم عبد الله، المسؤولية المدنية للدولة عن قراراتها بنزع حق الملكية العقارية وحق التصرف، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة (O.P.L.C) للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٩، ص ٢٢٢ وما بعدها. د. عبد المجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٧١. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، آثار الحقوق

فمالك الأرض عندما يملك الأبنية المحدثه على أرضه، يتعين عليه تعويض الباني سيء أو حسن النية، مع الاختلاف في كيفية احتساب مقدار التعويض أن كان مستحقاً للقلع أو قائماً.

هذا وقد اختلف الفقه في بيان الأساس القانوني للتعويض، الذي يلتزم به المدين وما يترتب على ذلك من نتائج. فمالك الأرض إذا اختار بقاء الأبنية، فإنه يكون مديناً بتعويض الباني، والذي على ما يبدو أن له الحق في أن ينفذ على العقار أي على الأرض والبناء إذا لم يف المالك به باعتباره دائناً لصاحب الارض بهذا التعويض<sup>(١)</sup>. كما أن الباني سيء النية يكون مجبراً على هدم البناء إذا طلب مالك الأرض ذلك، مع تعويضه عن أي ضرر يلحق بالأرض عند قلع المستحدثات كجزء لسوء نيته، وهذا ما نصت عليه المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي بقوله (.....) كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فه أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع.....).

وهكذا فإذا كان من حق مالك الأرض أن يطلب الهدم أو الاستبقاء فإنه لا يلتزم إلا بقيمته مستحقاً للقلع في التشريع العراقي. وبهذا المعنى لا يتحقق للباني أية منفعة على الاطلاق في البناء على أرض الغير، فقيمة البناء مستحقاً للقلع تمثل الحد الأدنى المتصور للتعويض كما اشرنا من قبل الذي يمكن أن يلتزم به مالك الأرض.

وبذات المعيار اخذ المشرع الاردني ايضاً في المادة (١١٤٠) والمشرع اللبناني في المادة (٢١٧) في قانون ذات العلاقة بالملكية العقارية عندما الزمت مالك الأرض بأن يدفع للمتجاوز سيء النية قيمة البناء مستحق القلع<sup>(٢)</sup>.

---

الشخصية أحكام الالتزامات، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان - الأردن، ٢٠١١، ص ٢٠٥ وما بعدها.

(١) ينظر حول طرق تقدير التعويض لدى: د. حسن على الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني الخطأ، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان - الاردن ، ٢٠٠٦ ، ص٣٤٦. كذلك د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٢٢٠ وما بعدها. محمد كريم عبدالله، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

(٢) حيث ورد النص لبناني بالقول (.....) ثمن مواد البناء غير الصافي بعد حسم نفقات نزعها فيما إذا اجبر على نزعها.... ولا شك أن ثمن مواد البناء غير الصافي انما يمثل

أما عن الموقف المصري، فإننا نجد ومن خلال المادة (٩٢٤) مدني مصري، أنها قد ألزمت مالك الأرض إذا اختار استبقاء البناء أن يدفع للمتجاوز إما قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذا البناء .

وإذا كانت التشريعات محل المقارنة لم تتفق على تحديد معيار التعويض الذي يستحقه المتجاوز (الباني) سيء النية، فإنها تتفق على عدم الاخذ بأحكام الكسب بدون سبب. هذه الاحكام التي كان من مقتضاها أن يلتزم مالك الأرض بأن يدفع للمتجاوز أقل القيمتين مما اغتنى به هو وما افنقر به الباني. وافنقر الباني إنما يكون عن ثمن المواد وأجرة العمل. في حين أن التشريعات المقارنة التي لم تعطه مثل هذا الحق، فيكون بذلك قد عومل معاملة اسوأ مما تقضي به قواعد الكسب بدون سبب جزاءً له على سوء نيته.

ومع ذلك هناك البعض من الفقه ممن يرى أن اساس الالتزام بالتعويض الذي يقع على عاتق مالك الأرض هو الكسب بدون سبب<sup>(١)</sup>، فبمقتضى هذه القاعدة يلتزم المثري باقل قيمتي الافتقار والاثراء والزيادة في ثمن الأرض تمثل قيمة الاثراء، ولكن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لا تمثل قيمة الافتقار، إذ أن قيمة الافتقار عبارة عن قيمة المواد واجرة العمل<sup>(٢)</sup>.

اما غالبية الفقه فتفرض رد التعويض إلى قواعد الكسب بدون سبب، وإنما ترى أن الزام مالك الأرض بالتعويض التزاماً ناشئاً عن القانون تسري في شأنه احكام الالتصاق لا احكام الاثراء بلا سبب<sup>(٣)</sup>.

وبدورنا نجد أن أساس التزام مالك الأرض بالتعويض مصدره القانون، وليس قواعد الإثراء بدون سبب، لأن المشرع لم يتطرق في مجال الالتصاق إلى مسألة التعويض حتى يكون طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب، بل أن المشرع قصد وضع

---

قيمة البناء مستحقاً للقلع). انظر حول هذا لدى: جورج ش دراوي، مصدر سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(١) د. مصطفى جمال، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) ينظر: د. عبد المنعم الصده، مصدر سابق، ص ٣١٧. السنهوري، أسباب كسب الملكية، ج ٩، مصدر سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٣) من الفقه من يقول ان مصدره قانون وليس اثناء بلا سبب : السنهوري، اسباب كسب الملكية، ج ٩، مصدر سابق، ص ٢٨١. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص ١٦٠ وما بعدها. د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٣٠٠. د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣١٢. د. عبد المنعم الصده، مصدر سابق، ص ٣١٧.

قواعد مخالفة لها، وبناء على ذلك يكون تقادم دعوى التعويض بمضي خمس عشرة سنة.

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني العراقي لا يوجد ضمن نصوصه أحكام خاصة على سداد الدين لمبالغ التعويض عن قيمة الأبنية، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق الأحكام العامة المنصوص عليها عن كيفية سداد الدين، بما تحتويه تلك الأحكام من التسهيلات في حق المدين، ومن ذلك حكم الفقرة الأولى من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي عندما نصت بالقول (١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً).

هذا ويخضع من التعويض المستحق للمتجاوز سيء النية قيمة الثمار، حيث يكون المتجاوز سيء النية مسؤولاً عن الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، كذلك فإنه يكون مسؤولاً عن الهلاك أو التلف الذي يلحق العقار، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا أنه يستطيع نفي مسؤوليته، بإثباته أن العقار كان سيهلك ولو كان باقياً في يد مالكة<sup>(١)</sup>. فمسؤولية الباني سيء النية عن الثمار وهلاك العقار، يكون وفقاً للقواعد الواردة في باب الحيازة في التشريعات المقارنة أيضاً<sup>(٢)</sup>.

هذا وأن العبرة في تقدير التعويض يكون من تاريخ المطالبة القضائية<sup>(٣)</sup>، ولو لم يكن مالكاً للأرض وقت إقامة البناء، وذلك دون اخلال بحق المالك الذي دفع التعويض في الرجوع على المالك السابق، إذا كان عليه حق الضمان، وذلك متى كانت قيمة البناء قد دخلت في الاعتبار عند تحديد الثمن .

**ثانياً : حبس العقار :**

(١) ينظر المواد (١١٦٦ و ١١٦٨) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر مواد (١١٩٢ و ١١٩٦) مدني أردني، (٩٣٠ و ٩٣٥) مدني سوري، (٩٧٩ و ٩٨٤) مدني مصري.

(٣) حيث صدر عن محكمة الاستئناف اللبنانية بالقول (إن قيمة المنشآت ونفقات ازلتها تقدر وقت صدور الحكم بتملكها لا وقت إقامة المنشآت، لأن تاريخ صدور الحكم هو = التاريخ الذي يكتسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشآت). انظر حكم محكمة الاستئناف المدنية الغرفة الخامسة ، رقم القرار ٦٧٥، الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩. نقلا عن بدوي حنا، اللاحق، مصدر سابق، ص ١٣١.

إن اختيار مالك الأرض استبقاء البناء، يجعله مديناً للبانى بالتعويض عن قيمة البناء فإذا لم يتمكن المالك من أداء التعويض، يكون للبانى أن يتبع الاجراءات التي ينص عليها قانون التنفيذ، شأنه في ذلك شأن أي دائن أخر فله حجز العقار وبيعه واستيفاء مبلغ التعويض من ثمنه، إذا لم يوجد مانع من موانع التنفيذ<sup>(١)</sup>.

هذا وقد اختلف بعض الفقه بصدق المتجاوز في حبس المنشآت حتى يستوفي التعويض المستحق له، فذهب راي من الفقه إلى أن البانى سيء النية لا يكون له حق حبس العقار، لأنه قد حصل على الشيء بعمل غير مشروع والمشرع استثنى من حق الحبس الحالة التي يكون فيها الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع<sup>(٢)</sup>.

في حين ذهب رأي أخر إلى اعطاء المتجاوز سيء النية حق الحبس، لأن التزامه بالرد لا ينشأ عن عمل غير مشروع بل هو ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالاتصاق، نتيجة لإقامة هذه المنشآت في أرضه وأنه لا يجوز الخلط بين الالتزام برد الأرض والالتزام برد البناء، أيًا كان وجه الالتزام برد الأرض فان الالتزام بتسليم البناء في أرض الغير ولو بسوء نية ينشأ عن تطبيق احكام الاتصاق ولا ينشأ عن عمل غير مشروع وذلك بصريح نص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٦) مدني مصري وهو ما يقابل المادة (٢٨١) مدني عراقي<sup>(٣)</sup> فضلاً عن المادة (٩٢٧) التي نصت على أنه (تسرى أحكام المادة

(١) ينظر تفاصيل حول آليات تنفيذ الالتزام والتعويض على العقارات والتنفيذ بمقابل لدى : محمد كريم عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٣٠ وما بعدها. د. عبد المجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق. ص ٢٧١. د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ١٧٩ و ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٣) ينظر نص الفقرة من المادة (٢) - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع). ينظر حول هذا الرأي لدى: السنهوري، اسباب كسب الملكية، ج ٩، مصدر سابق، ص ٣٠٥، هامش ٢. عبد المنعم الصده، مصدر سابق، ص ٣٤١.

١٩٨٢<sup>(١)</sup> في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة). ومن خلال كل ما تقدم وبمقتضى النص المحال عليه يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للتعويض.

ونتفق مع من يرى، أن حق الحبس لا يتعلق بكون المتجاوز سيء النية بقدر ما يتعلق بسبب حصوله وحيازته للأرض، فإن كان سبب حيازته للأرض مشروعاً فله حق الحبس، حتى لو بنى بسوء نية، فالمستأجر الذي يبني في العين المؤجرة دون إذن المؤجر، لا شك كونه باني سيء النية، إلا أن هذا لا ينفي حقه في الحبس لأن حيازته للأرض مشروعة، لوجود العلاقة التعاقدية بينه وبين المالك. وعلى العكس من ذلك لو كانت حيازة الباني سيء النية غير مشروعة كحيازة غاصب الأرض الذي لا يكون له حق الحبس، لأن التزامه بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع هو الغصب<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### أحكام المتجاوز حسن النية في ملك الغير

ما أن يثبت حسن نية الشخص في البناء، حتى يجعله يستفيد من مجموعة من المزايا والحقوق، التي قد تفوق عن تلك التي يتمتع بها المتجاوز سيء النية. والعلة في هذا أن التشريعات، قد استشعرت بأن الباني عندما يبني وهو حسن النية، لا بد وأن يكون قد بنى نافعاً لنفسه، فضلاً عن أنه عندما يبني وهو حسن النية، يعتقد أنه يبني في ملكه هو، وبالتالي فسوف يقوم ببناء البناء النافع له في المستقبل<sup>(٣)</sup>.

وبغية معالجة أحكام المتجاوز حسن النية في ملك الغير، التي اوردتها التشريعات المختلفة ومنها القانون المدني العراقي. وجدنا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي :

(١) ينظر نص المادة (يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها).

(٢) ينظر: القاضي مهدي صالح سليمان، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٣) د. عمر حمروش، مصدر سابق، ص ١٥٤.

## الفرع الأول

### مفهوم المتجاوز حسن النية

كما بينت الدراسة فيما سبق أن المشرع العراقي والتشريعات المقارنة، قد وضعت المتجاوز (الباني) سيء النية تحت رحمة مالك الأرض، بأن خول لهذا الأخير، سلطة الاختيار بين طلب الاحتفاظ بالبناء أو إلزامه بإزالته على نفقته، مع إعادة حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل البناء، وذلك جزاءً على سوء نيته وتعديه على ملك غيره. في حين الباني حسن النية، قد شفعت له نيته الصالحة فجعلته في موقف لم يكن سيلقاه لولا نيته الحسنة هذه.

وكما لم يعرف المشرع العراقي المتجاوز بسوء نية، فقد سلك ذات النهج بالنسبة للباني حسن النية فيما يتعلق بأحكام الالتصاق - كما سنرى لاحقاً - حيث اقتصر على الإشارة إلى مصطلح المتجاوز بحسن نية دون وضع تعريف، له فاتحاً الباب على مصراعيه للفقهاء والقضاء. فما المقصود بحسن النية ومتى يتصف المتجاوز (الباني) به ؟ هذا ما سنحاول مناقشته ومن خلال النقاط التالية :

#### أولاً : التعريف بحسن النية :

كما هو معلوم أن الأصل في التصرفات، وكما كرسه معظم القوانين والتشريعات حسن النية، مؤكداً القاعدة الفقهية التي تنص على أن الأصل في التصرفات التي يجريها الإنسان بحسن النية براءة الذمة.

ويأتي هذا الاعتبار من الشارع، كونه قد كفل الوضع الظاهر - الحيازة بشكل عام - بالحماية القانونية اللازمة، والتي تتعلق بأمن المجتمع واستقرار النظام، وذلك بمنع الاعتداء على الأوضاع القائمة، ولو كان المعتدي في واقع الأمر هو صاحب الحق، إلا أنها حماية مؤقتة يستطيع من يدعي خلاف ذلك - الوضع الظاهر - سلوك الطرق القانونية لإثبات حقه. بمعنى أن على الحائز وهو غالباً صاحب الحق أن يقف موقفاً سلبياً، وعلى من ينازعه في هذا الحق أن يلجأ إلى القضاء. وعليه أن يثبت أنه هو صاحب الحق وليس الحائز. لذا فإن الفقهاء المسلمين يحترمون اليد الحائزة ويجعلون ما عداها خارجاً يقع عليه عبء الإثبات فوضع اليد قرينة على الملكية، ودليلها الظاهر حتى يظهر خلاف ذلك<sup>(١)</sup>.

(١) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

وبذلك يمكن القول بأنه أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع وأن تنفذها وفقاً لذلك وليس كما تريد. فيما ذهب البعض الآخر إلى كون مفهوم حسن النية ليس له مفهوم مستقل، وإنما يجب ربطه بفكرة النظام العام والانصاف والعدل، وهو ما عارضه البعض، فمفهوم حسن النية ليس مستقلاً بذاته، وإن اختلفوا في الشكل الذي يجب أن يظهر فيه، من كون هل هو مبدأ قانوني أم قاعدة قانونية؟<sup>(١)</sup>. وعرفه آخر بأنه هو الاعتقاد بأن أحداً يتصرف وفقاً للقانون فيحميه القانون من حكم النصوص المضادة<sup>(٢)</sup>.

في حين نجد أن معظم التشريعات المعاصرة قد نصت على ذلك، ومنها المشرع العراقي الذي تناول التعريف بالحائز حسن النية بشكل عام، في الفقرة الأولى من المادة (١١٤٨) في معرض تعرضه إلى الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية بأنه (من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك)<sup>(٣)</sup>. ومنها أيضاً القانون المدني المصري في المادة (١/٩٦٥) عندما أورد تعريفاً له بالقول (من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان الحق ناشئاً عن خطأ جسيم).

أما عن احكام القضاء فنجد في هذا الصدد ما صدر عن محكمة تمييز العراق بالقول (...إذا تسلم المشتري الأرض المفروزة إفراداً رسمياً بموجب خارطة إفراد مصدقة من جهة مختصة وأنشأ عليها بناء فلا يعتبر متجاوزاً ولا غاصباً للمساحة التي يدعي جاره عليها وتطبق أحكام المادة (١١٢٠) مدني لهذه المساحة لأنه يكون قد اقام البناء بزعم شرعي ويسري هذا الحكم على من تلقى الأرض والبناء شراء من المالك المذكور.....)<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: التعريف بالمتجاوز حسن النية :

(١) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت،

٢٠٠٦، ص ٩. نقلاً عن الحسن الصالحي، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٢) حامد مصطفى، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٣) ينظر إلى الفقرة الأولى من المادة (١١٥٧) بالقول (من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له حتي

يقوم الدليل على العكس) وينظر أيضاً إلى العديد من المواد التي تناولت تفاصيل ذلك

باعتبار الحيازة كسبب من اسباب الملكية من (١١٤٥-١١٦٢) فيما يتعلق بالعتقار

حصراً .

(٤) رقم القرار (١٥١١)، مدنية الثانية، في ١١/٧/١٩٧٩. مجموعة الاحكام العدلية، العدد

الرابع، السنة العاشرة، ص ١٣.

كما اشارة الدراسة فيما سبق أن المشرع العراقي، لم يعرف المتجاوز حسن النية فيما يتعلق بأحكام الالتصاق، بل لم يذكر عبارة حسن النية في معرض تعرضه لهذا الأمر من أحكام، وإنما استعاضت عن مصطلح الباني حسن النية بمصطلح الباني بزعم سبب شرعي، والتي قد استعارها من مجلة الأحكام العدلية التي كانت نافذة في العراق قبل صدور القانون المدني العراقي الحالي. وقد وردت العبارة في المادة (١١٢٠) مدني عراقي بالقول ( إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي.....).

فموجب هذا النص لا يعد الباني حسن النية، إلا إذا اقام البناء استناداً إلى زعم سبب شرعي. ويراد بزعم السبب الشرعي استناده إلى سبب لو صح لكان التصرف صحيحاً، كأن يبني أو يخرس أو يقيم منشآت على أرض، يعتقد أنها مورثة له أو أنها حصته من الشركة أو أنها انتقلت إليه بالتبرع أو كأن يشتري أرضاً بخيار أو بشرط فاسخ، ثم يبني عليه في مدة الخيار عن البيع أو يقع الشرط الفاسخ. ومعنى كل ذلك أنه لم يكن لباني لو لا السبب الصحيح الذي توهم بجموده<sup>(١)</sup>.

هذا وقد تعرض القضاء إلى التعريف بالسبب الشرعي كسبب من اسباب التملك بالالتصاق ومنها ما صدر عن محكمة التمييز الاتحادية بالقول (.....إن المراد من زعم السبب الشرعي هو وجود سبب من أسباب التملك في الظاهر عند إنشاء البناء أو الغراس وذلك كأن يتلقى الباني أو الغراس الأرض أرتناً أو هبة أو وصية أو شراء من أحد لم يظهر لها مستحق يثبت أنها ملكه.....)<sup>(٢)</sup>.

ولأجل استفادة الباني حسن النية من أحكام المادة (١١٢٠) مدني ينبغي توفر شرطين الأول: اعتقاد الباني أن الأرض التي أقام عليها البناء هي ملكه، أي أن يكون بناءه مستنداً إلى زعم سبب شرعي، يكون تلك الأرض ملكاً له. والثاني : أن يكون مستنداً في دعواه إلى سند ناقل للملكية بحيث يجهل الباني العيوب التي تشوبه.

أما عن موقف التشريعات المقارنة، فإننا نجد التوافق التام مع الموقف العراقي حول مفهوم حسن النية . حيث نجد في القانون المدني الأردني ومن

(١) حامد مصطفى، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٢) رقم القرار (٧٥٩)، الهيئة الاستئنافية عقار، في ٤/٥/٢٠٠٨. حكم غير منشور.

خلال المادة (١١٤١) مدني أردني أن مفهوم حسن النية تطابق مع جاء في المادة (١١٢٠) مدني عراقي من اشتراطها لاعتبار الباني حسن النية أن يكون مستنداً إلى زعم سبب شرعي. كما أن شراح القانون المدني الأردني فسروا زعم السبب الشرعي بأنه اعتقاد الباني أن الأرض التي اقام عليها البناء هي ملكه، وكان في يده سند ناقل للملكية يجهل العيوب التي تشوبه<sup>(١)</sup>.

أما عن المادة (٢١٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني فقد نصت (إذا كان الشخص الذي يبني الأبنية حسن النية). تقابلها المادة (٨٨٩) من القانون المدني السوري والتي نصت ( إذا كان الغير الذي شيد الأبنية ذا نية حسنة)<sup>(٢)</sup>. فعلى الرغم من أن عبارة حسن النية الواردة في المادتين السابقتين عبارة واسعة الدلالة، إلا أن الموقف القضائي ويؤيده الفقه في كل من سوريا ولبنان، قد ذهب إلى أن حسن النية في البناء على أرض الغير، يجب أن يتوفر فيه شرطان : الأول اعتقاد الباني أنه مالك الأرض . والثاني أن يكون مستنداً إلى سند ناقل للملكية ولو كان يجهل عيوبه، كما ذكرنا من قبل.

وفي مقابل كل ما تقدم نجد أن المشرع المصري قد درج على وضع مفهوم حسن النية بشكل يختلف عن غيره من التشريعات. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٢٥) منه على أنه (إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها .....).

فطبقاً لهذه المادة في القانون المدني المصري، يذهب كل من الفقه والقضاء إلى أن الباني يكون حسن النية، إذا كان معتقداً أن له الحق في احداث المنشآت، ولكن هذا ليس معناه حتماً أنه يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا أثبت مالك الأرض أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض، فإن ذلك لا يكون قاطعاً في إثبات سوء نيته، إذا يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض بأن كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها. كأن يثبت بأنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت أو

(١) ينظر حول الموقف الأردني والسوري مع الاتجاهات القضائية المختلفة بتفصيل: د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١٠١ وما بعدها. د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٢) ينظر حول الموقف اللبناني مع الاتجاهات القضائية المختلفة بتفصيل لدى: د. جورج شدراوي، مصدر سابق، ص ١٤٩ وما بعدها؛ المحامي بدوي حنا، مصدر سابق، ص ١٦٣ وما بعدها.

أنه منتفع وكان يعتقد أن مالك الرقبة قد رخص له في البناء على الأرض المنتفع بها أو كالمستأجر الذي يعتقد أن المؤجر قد خوله إقامة المنشآت أو مشتري العقار بعقد غير مسجل الذي يبني وهو معتقد أنه سوف يصبح المالك<sup>(١)</sup>. بمعنى أن مفهوم حسن النية في القانون المصري، له مفهوم واسع ينبسط على كل واضع يد على ملك الغير، سواء أكانت يده عارضة كالمستأجر والمنتفع أم كانت حيازته بنية التملك.

والعلة تكمن في حصر مفهوم حسن النية بالباني الذي يكون بيده سند ناقل للملكية يجهل العيوب التي تشوبه، لأن مثل هذا الشخص فقط هو الجدير بالحماية التي منحتها التشريعات للباني حسن النية.

كما ونتفق مع من يرى أن المشرع العراقي لو استخدم عبارة (السبب الصحيح) بدلاً من عبارة (زعم سبب شرعي) في المادة (١١٢٠) لكان أولى، لأن العبارة الأخيرة عبارة واسعة المفهوم والدلالة، وكذلك من أجل توحيد المصطلحات، لأن عبارة (السبب الصريح) وردت في المادة (١١٥٨) مدني عراقي بالمعنى نفسه الذي استخدمه المشرع في المادة (١١٢٠) مدني عراقي<sup>(٢)</sup>.

وختاماً لما تقدم نقول، أن المفروض في الباني الذي يقيم الأبنية على أرض الغير أنه سيء النية، فإذا ادعى أنه حسن النية فيقع عليه عبء اثبات إذن مالك العقار أو اثبات السبب الشرعي المزعوم، فاذا نجح في ذلك فإن احكام البناء بحسن نية تكون واجبة التطبيق.

## الفرع الثاني

### خيارات مالك العقار

طبقاً لنص المادة (١١٢٠) مدني عراقي بأنه (إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها القائمة).

(١) السنهوري، أسباب كسب الملكية، ج٩، مصدر سابق، ص٢٨٦. رمضان ابو السعود،

مصدر سابق، ص١٦٤.

(٢) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص٦٩.

ثم جاءت المادة (١١٢١) مدني عراقي بالقول (إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض غيره 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).

ويتبين من النصين المتقدمين، أن الباني حسن النية يحظى برعاية خاصة من المشرع من وجهتين : أولاً : والذي يعد من أخطر الخيارات التي نص عليها المشرع، كونه يخالف مبدأ صيانة حق الملكية، والتي رعتها الكثير من القوانين والدساتير في العالم، ألا وهو سلب مالك الأرض حق طلب إزالة المحدثات المقامة على أرضه من شخص لديه سبب شرعي . وثانياً : إلزام مالك الأرض بدفع تعويض يقدر على أسس أفضل بكثير بالنسبة للباني من تلك التي يقدر على أساسها تعويضه فيما لو كان سيء النية<sup>(١)</sup>. وهذا ما سوف نناقشه من خلال التالي :

#### أولاً : التملك :

كما اشرنا من قبل أن حق الملكية يعد من الحقوق التي صانته القوانين والدساتير في العالم، إلا أن رغم ذلك نجد أن التشريعات ومنها العراقية قد خالفت مبدأ صيانة حق الملكية عندما مست سلطات المالك على ملكه، واجباره على تملك بناء لم يشيده ولم يتم تشييده بموافقته، ودون مراعاة مدى مطابقته لحاجياته ورغباته الشخصية<sup>(٢)</sup>.

فقد منحت اغلب التشريعات، مالك الأرض من طلب إزالة المحدثات المقامة على أرضه، من شخص لديه سبب شرعي، أي أنه كان حسن النية عند اقامته للمحدثات لاسيما إذا كانت تزيد قيمة محدثاته تزيد على قيمة الأرض، فإنه يتملك الأرض ببديل مثلها جبراً على صاحبها كما سنرى لاحقاً تفصيل ذلك . وعلى هذا فإن خيار صاحب الأرض بتملك البناء في هذه الحالة ينهض عندما تكون قيمة الأرض تزيد على قيمة البناء وهو قائم، فأياً أكبر يتخذ أصلاً ويتبعه الآخر وما هذا إلا تطبيق لقاعدة (الأقل يتبع الأكثر)<sup>(٣)</sup>.

(١) جمال الحاج ياسين، مصدر سابق، ص١٢٨. د. عمر حمروش، مصدر سابق، ص١٥٣.

(٢) المستشار الحسن الصالحي، مصدر سابق، ص٨٦.

(٣) ينظر للمزيد من تفاصيل حول هذه القاعدة من حيث الشروط والاثار: د. عامر عاشور عبدالله، قاعدة الأقل يتبع الأكثر في القانون المدني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية

فيعد ما له قيمة أكبر في نظر المشرع هو الأصل سواء أكان بناء أم غراساً أم أرضاً، ويلتحق به الشيء الأقل قيمة باعتباره تابعاً له. وعلى هذا الأساس تقدر قيمة كل من الأرض والبناء، فإذا ظهر بعد التقدير أن قيمة الأرض تفوق قيمة البناء كان لمالك الأرض أن يملك البناء بالالتصاق ويدفع للبانى تعويضاً عادلاً عنه كما سنرى لاحقاً. أما إذا ظهر أن قيمة البناء تفوق قيمة الأرض فللبانى أن يملك الأرض بالالتصاق وبثمن المثل.

كما يتعين عند التقدير النظر إلى قيمة المحدثات قائمة<sup>(١)</sup> وإلى قيمة الأرض وهي خالية من الشواغل - البناء - فإيهما كانت قيمته أكثر يتخذ أصلاً ويتبعه الآخر عند تقدير البناء<sup>(٢)</sup>.

فمثلاً إذا كانت قيمة الأرض خالية من الشواغل، خمسين مليون دينار عراقي وكانت قيمة المحدثات ثلاثين مليون دينار، هنا يملك صاحب الأرض المحدثات ويدفع القيمة المقدرة له أو العكس من ذلك، بأن تكون قيمة المحدثات أكثر من الأرض، فيكون لصاحب المحدثات تملكها ودفع القيمة المقدرة له، وفي كل ذلك يقدر القيمة أهل الخبرة في ذلك.

وقد صدر في هذا عن محكمة التمييز العراقية انه (.....إذا كانت قيمة المغروسات والابنية أكثر من قيمة الأرض الاميرية الصرفة المقامة عليها فلصاحبها حق طلب تملك الأرض تبعاً لها ويستحق قيمتها قائمة لكونه غرسها بسبب زعم شرعي)<sup>(٣)</sup>.

والسياسية، جامعة كركوك، العدد(١٤) / ج٢، المجلد(٤)، السنة (٢٠١٥)، ص٤٤٨ وما بعدها.

(١) فقد قضت محكمة التمييز في العراق بأن (...اصحاب المغروسات الواقعة في الأرض موضوعة الدعوى يستحقون التعويض بقيمتها قائمة وذلك لأن تجاوز هؤلاء كان بزعم شرعي يستحق اصحابها عملاً بأحكام المادة ١١٢٠..) حكم محكمة التمييز، رقم القرار (١٥١، ١٨١)، المدنية الاولى، الصادر في ١٩٧١/١١/٢٤. نقلاً عن جمال الحاج ياسين، مصدر سابق، ص١٢٩.

(٢) ينظر: السنهوري اسباب كسب الملكية، ج٩، مصدر سابق، ص٢٨٧. حامد مصطفى، ج١، مصدر سابق، ص٢٩٢.

(٣) رقم القرار (٣٢)، هيئة عامة أولى، في ١٩٧٢/٥/٢. نقلاً عن جاسم جزاء هورامي، ج١، مصدر سابق، ص٢٧٢.

ومن الجدير بالذكر أن تقدير قيمة الأرض والبناء يوم رفع الدعوى وليس يوم انشاء المحدثات أو الغراس، أيهما أكثر يعد في نظر المشرع هو الأصل سواء أكان بناء أم غراساً أم أرضاً، وبذلك يلتحق به الشيء الأقل قيمة باعتبارها تابعاً له<sup>(١)</sup>، وذلك لأن سبب التملك لم يقع إلا في ذلك الوقت. وربما جاز للبعض تكييف بأنه تملك جبري للخروج من حالة النزاع، فقد يقيم الباني بناءه بمواد اشتراها وقت رخص الأسعار ثم ترتفع إلى أكثر منها وقت التقدير<sup>(٢)</sup>.

وتتفق كل من القوانين الأردني و السوري و اللبناني مع القانون العراقي في حكمه التي تضمنته المادة (١١٢٠) فالمادة (١١٤١) مدني اردني جاءت مطابقة حرفياً لنص المادة (١١٢٠) مدني عراقي. كما يفهم من نص المادتين (٨٨٩) مدني سوري و(٢١٦) ملكية عقارية لبناني أن كلاً من المشرعين السوري واللبناني قد اخذا ايضاً بقاعدة الاقل يتبع الاكثر وسلبا مالك الأرض حق طلب نزع البناء.

إلا أن الحكم يختلف في القانون المصري، فبموجب المادة (٩٢٥) مدني الذي عالج أحكام البناء بحسن نية، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدتها متفقة مع التشريع العراقي والتشريعات المقارنة الأخرى، في مسألة واحدة فقط وهي سلب مالك الأرض حقه في طلب ازالة البناء كون الباني حسن النية. أما بقية المسائل فقد عالجها المشرع المصري معالجة مختلفة عما جاء في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة الأخرى.

وفي كل ما تقدم وقبل أن نختم هذا المطلب نود الإشارة إلى الحالة التي ورد ذكرها في المادة (١١٢١) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> وهي حالة ما إذا بنى الباني بحسن نية بأذن وترخيص من مالك الأرض لكن قد لا يحصل بينهما اتفاق على مصير البناء .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٢) حامد مصطفى، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

(٣) نص المادة (إذا احدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث ان يملك الأرض بثمن مثلها و اذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض ان يملكها بقيمتها القائمة). ويقابل (٩٢٦) مدني مصري.

أورد المشرع العراقي حكماً استثنائياً خاصاً لهذه المسألة من خلال المادة (١١٢١) مدني عراقي، وعلى ما يبدو، أن هذه الحالة هي في وضع مماثل تماماً لوضع الحائز، الذي يعتقد بحسن النية بأن له الحق في إقامة البناء وهو الوضع المنصوص عليه في المادة (١١٢٠) مدني عراقي. وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة (١١٢٠) مدني في هذا الفرض<sup>(١)</sup>.

ولكن المميز لهذه المادة أن الباني هنا يبني بأذن وترخيص من مالك الأرض فلا شك في وجوب اعتبار الباني حسن النية، بهذا الترخيص يتصور في حالة أمرين : إما أن يكون الباني قد بنى على أساس اتفاق سابق بينه وبين مالك الأرض على مصير البناء. وهنا فإن بنود الاتفاق هو المحكم في مصير الملكية المشتركة<sup>(٢)</sup>.

وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية في هذا الصدد أنه (.....) إذا احدث شخص ابنية على أرض الغير بإذنه وكان بينهما اتفاق على مصير المنشآت فيجب تطبيق الاتفاق....<sup>(٣)</sup>.

أو قد لا يكون بينهما مثل هذا الاتفاق، أي أن الباني قد بنى بأذن وترخيص من مالك الأرض، ولكن دون أن يكون هناك اتفاق على مصير البناء. فإننا في هذا الفرض الثاني نكون بصدد تطبيق الحكم الذي قصده المادة (١١٢١)<sup>(٤)</sup>.

وفي هذا صدر حكم عن محكمة التمييز العراقية جاء فيه (.....) إذا احدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض غيره بإذنه فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما احدثه فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها أن يؤدي إليه قيمتها قائمة وذلك وفقاً لأحكام المادة (١١٢١).....<sup>(٥)</sup>.

(١) السنهوري، اسباب كسب الملكية، ج٩، مصدر سابق، ص٢٩٣. د. عبد الحميد

الشورابي، مصدر سابق، ص٨٠٧

(٢) حامد مصطفى، ج١، مصدر سابق، ص٢٩٤.

(٣) رقم القرار (٧٥٠)، مدنية ثانية عقار، في ١٩٧٥/٣/٤ نقلاً عن القاضي جاسم هورامي،

ج١، مصدر سابق، ص٢٨٢.

(٤) حامد مصطفى، ج١، مصدر سابق، ص٢٩٤.

(٥) رقم القرار (٢)، مدنية ثالث عقار، في ١٩٧٢/٤/١٠. نقلاً من جاسم هورامي، ج١،

مصدر سابق، ص٢٧٥.

ومعنى هذا أنه متى استطاع الباني اثبات أن بناءه كان بأذن مالك الأرض، فإن أحكام المادة (١١٢١) مدني تكون واجبة التطبيق. وبموجبها يكون للباني الخيار بين ازالة البناء و أن يختار ابقاءه، وفي هذه الحالة الاخيرة يصبح البناء ملكاً لصاحب الأرض يتملكه بالالتصاق، ويكون تملكه للبناء جبرياً و ليس اختيارياً فلا يستطيع أن يطلب قلع البناء وازالته، بل يلتزم بتعويض الباني تعويضاً يمثل قيمة البناء قائماً أو إحدى القيمتين بالنسبة للمشرع المصري<sup>(١)</sup>. ومن ذلك يتضح أن القانون المدني عامل الباني بإذن مالك الأرض معاملة الباني حسن النية، الذي يبني بزعم سبب شرعي إلى حد كبير، فلم يعط مالك الأرض حق طلب قلع المحدثات بل الزمه بإبقاء المحدثات مع تعويض صاحبها عن قيمتها قائمة لا مستحقة للقلع ولكنه لم يأخذ بقاعدة (الأقل يتبع الأكثر) تلك القاعدة التي تطبق في حالة البناء بحسن نية وبزعم سبب شرعي فلم يعط الباني حق تملك الأرض جبراً على صاحبها وإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض<sup>(٢)</sup>.

### الفرد الثالث

#### حقوق المتجاوز (الباني) حسن النية

أوضح لنا من خلال ما تقدم ذكره الآليات التي تعاملت بها التشريعات المختلفة، محل الدراسة للباني حسن النية، وكيف قد لقيت احكامه معاملة تختلف عن نظيرها سيء النية. ولعل أفضلها استحقاقه تعويضاً لحرمانه من بنائه، باعتبارها من الحقوق الأساسية التي تقع على عاتق الطرف المستفيد من عملية الالتصاق. وفضلا عن التعويض فإن للباني حقوقاً اخرى في مواجهة مالك الأرض. وهذا ما سوف نتعرض له من خلال النقاط التالية :

أولاً : التعويض :

بموجب المادة (١١٢٠) مدني العراقي تثبت للباني حسن النية حقوق في مواجهة مالك الأرض وهو التعويض، وذلك في حالتين هما:

١- إذا كانت قيمة البناء تفوق قيمة الأرض تملك الباني حسن النية الأرض فانه يلتزم لقاء ذلك بأن يدفع لصاحبها تعويضاً حدده المشرع بثمن المثل، وهو ما

(١) ينظر : د. حسن على الذنون، محاضرات في القانون المدني، مصدر سابق، ص١٣٥.

د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص٨٠٥ وما بعدها.

(٢) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص٨٢.

ورد بصريح المادة (١١٢٠) مدني عراقي، وهذا ما يقابل المادة (١/٩٢٥) مدني مصري.

٢- إذا كانت قيمة الأرض مساوية أو تفوق قيمة البناء وطلب مالك الأرض تملك البناء فان الباني حسن النية تثبت له حقوق في مواجهة مالك الأرض وهو التعويض نظراً لحيازته البناء.

وفي هذا صدر عن محكمة التمييز العراقية بان ( الغراس والانشاء الذي قام به المميز عليه واصحابه كان بزعم شرعي ونظراً لأن الكشف الذي قامت به المحكمة اثبت أن هذه المحدثات تزيد قيمتها عن قيمة الأرض فان صاحبها يستحق قيمتها قائمة عملاً بحكم المادة ١١٢٠ من القانون المدني ... (١).

والسؤال الذي يُثار هنا إلا وهو ماهي الآلية التي يتم الاعتماد عليها في تقدير القيمة؟ وهل تختلف كيفية احتساب مقدار التعويض في التشريع العراقي عنها في القانون المصري وعلى النحو التالي:

تنص المادة (١١٢٠) على أن المشرع العراقي قد اعطى للباني حسن النية ميزة تختلف عنها للباني سيء النية وهو أن يتم تقدير البناء مستحقاً قائماً وليس قالماً. ويقصد بقيمة البناء قائماً هو أن يقدر قيمة البناء قائماً على الأرض لا على أن يقلع كما في حالة سيء النية.

أما عن كيفية تقديره فإنه يحتسب القيمة بأن تقوم على الأرض مع ما عليها من بناء ثم تقوم الأرض لوحدها والفرق بين القيمتين يمثل قيمة البناء قائماً. فلو فرضنا أن قيمة الأرض وما عليها من البناء عشرون مليون دينار عراقي، أما قيمة البناء لوحدها كانت سبعة ملايين دينار عراقي، فهنا يلتزم الباني بأن يدفع ثلاثة عشر مليون دينار عراقي.

هذا وأن العبرة في تقدير قيمة البناء، يكون بالنظر إلى قيمته الحقيقية وقت رفع الدعوى لا بما انفق عليه الباني بالفعل.

(١) رقم القرار (٥٢)، مدنية أولى، في ١٧/٦/١٩٧١ نقلاً عن جاسم هورامي، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧١.

وبهذا المعنى صدر عن محكمة التمييز العراقية بالقول ( ينبغي أن تقدر قيمة المنشآت قائمة وقت الدعوى لا وقت اقامة المنشآت و يجوز اثبات الصرف على اقامة تلك المنشآت بالبينة الشخصية)<sup>(١)</sup>.

كما يتفق كل من القانون الأردني والسوري واللبناني في معيار تحديد التعويض الذي يستحقه الباني حسن النية، فالمادة (١١٤١) مدني الأردني، ألزمت مالك الأرض بأن يؤدي للباني حسن النية تعويضاً يمثل قيمة البناء قائماً. أما المادتان (٨٨٩) مدني السوري و(٢١٦) ملكية عقارية لبناني، فقد ألزمت كل منهما مالك الأرض أن يؤدي للباني حسن النية تعويضاً، يمثل قيمة التحسين الذي حصل للأرض بسبب البناء.

أي أن مالك الأرض سيدفع للباني حسن النية تعويضاً يساوي الزيادة في ثمن الأرض التي حصلت بسببه المنفعة في البناء، فتقدر هذه الزيادة بالطريقة نفسها التي يقدر بموجبها قيمة البناء قائماً، وهذا يعني أن قيمة التحسين الذي حصل للأرض بسبب البناء إنما تمثل قيمة البناء قائماً فيكون المعيار واحداً ايضاً<sup>(٢)</sup>.

هذا ويختلف معيار تحديد التعويض الذي يستحقه الباني حسن النية في القانون المصري، فإذا ما انتهى الأمر باستبقاء البناء فإن المادة (٩٢٥) مدني مصري تركت لمالك الأرض الخيار، فإما أن يدفع قيمة الافتقار المتمثلة بقيمة 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<sup>(٣)</sup>.

والرأي الغالب في الفقه المصري<sup>(٤)</sup> يذهب إلى أن العبرة في تقدير الزيادة في ثمن الأرض بسبب البناء هي بقيمتها وقت الاستحقاق أي وقت استرداد مالك الأرض للعقار ولا يعتد بالقيمة وقت الانشاء، لأن وقت الاسترداد

(١) رقم القرار (٧٢٧)، مدنية أولى، في ٤/٤/١٩٧٩. مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة العاشرة، ص ١١

(٢) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص ٨٤. د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٣) د. عمر حمروش، مصدر سابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٤) ينظر إلى القول الآخر القائل بأن القيمة تقدر بيوم الاندماج أو الالتصاق لا يوم الاستحقاق: السنهوري، أسباب كسب الملكية، ج ٩، مصدر سابق، ص ٢٩١.

هو الوقت الذي يكسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشآت بالالتصاق، وذلك طبقاً للقواعد العامة للإثراء بلا سبب، ومن ثم يكون هو الوقت الذي يتحقق فيه الاثراء بالنسبة إليه. ويترتب على ذلك أنه إذا هلكت المنشآت بسبب لا يد لأصاحب الأرض فيه في الفترة ما بين اقامتها واسترداد العقار فإنه لا يلزم نحو من اقامها بشيء<sup>(١)</sup>.

وهكذا فإن بالخيار الثاني الذي اعطاه المشرع المصري لمالك الأرض هو أن يدفع للبانى ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء يلتقيان مع المشرع العراقي في معيار تحديد التعويض، ذلك أن ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء، إنما يمثل قيمة البناء قائماً و يتم تحديده بالطريقة نفسها.

### ثانياً : من حيث الحبس الأرض :

إن من الحقوق المكتملة للبانى حسن النية بغية استيفاء حقه من التعويض هو حبس الأرض كضمان له.

مما لا شك فيه أن القانون المدني العراقي، لا يوجد ضمن نصوصه أحكاماً خاصة فيما يتعلق بالالتصاق حول آلية تسديد مبالغ التعويض عن قيمة المستحدثات التي اقامها البانى، إلا أن ذلك لا يمنع بنظرنا من تطبيق الأحكام العامة، بما تحويه من تيسيرات للمدين، ومن ذلك المادة (١/٢٠٩) مدني عراقي حيث تنص على انه ( تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً) هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى نجد أن من حق الدائن (البانى) في حبس العقار كضمان لاستيفاء مبالغ التعويض، باعتباره الحائز للأرض والمنشآت معاً، حتى يستوفي التعويض المستحق له، وإن كان المشرع العراقي كما قلنا سابقاً لم ينص صراحة في أحكام الالتصاق على هذا الأمر، وإنما يثبت له ذلك بموجب القواعد العامة، وهي مقررة في المادة (٢٨١) مدني عراقي حيث نصت على انه (يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً).

(١) ينظر: د. عبد المنعم الصده، مصدر سابق، ص ٣٢٢. د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٣١٤.

وكما ذكرنا في حالة الباني سيء النية نقول هنا ايضاً، أن إعطاء الباني الحق في حبس لا يعني أن له حق امتياز على العقار، فالامتياز لا يقرر إلا بنص في قانون وهذا النص غير موجود في التشريع العراقي. فمجرد وجود الحق في الحبس لا يثبت حق امتياز عليه بصريح النص (١/٢٨٣) مدني عراقي بالقول) مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه<sup>(١)</sup>.

كما نصت التشريعات المقارنة الأخرى صراحة على اعطاء الباني حسن النية حق حبس العقار حتى يستوفي التعويض المستحق له<sup>(٢)</sup>. و أخيراً فإن الباني حسن النية إذا استخدم في البناء مواد مملوكة لشخص ثالث سواء كان الباني حسن النية أم سيئ النية في علاقته بمالك المواد، ستحكمها المادة (١١٢٢) مدني عراقي (إذا أحدث شخص غراساً أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لغيره على أرض احد، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها، إنما 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).

وبما أننا قد فصلنا احكام هذه المادة في الفرع الثاني من المطلب الأول من هذا المبحث عند معالجتنا لحقوق الباني سيئ النية عليه سنحيل إلى ما تقدم تلافياً للتكرار.

## الخاتمة

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض الاستنتاجات وارتأينا في ضوء ذلك تقديم بعض التوصيات للمشرع العراقي في سبيل الارتقاء بنصوص تلك القوانين وتلافي الثغرات فيها.

### الاستنتاجات:

- ١- أن التعريف الذي اورده المشرع العراقي لحق الملكية قد صور الملكية على أنها حق يخول صاحبه ممارسة سلطاته على وجه الاطلاق، إلا أن المشرع قد عاد وخفف من حدة هذا الاطلاق في عجز المادة بقوله ( بجميع التصرفات الجائزة ) . وكذا الحال المشرع المصري عندما ذكر أن سلطات المالك تنقيد بحدود القانون وأن الملكية ليس حقاً مطلقاً.
- ٢- بتحليل المادة (١٠٤٨) العراقي والمادة (٨٠٢) المصري، بشكل دقيق نجد أن كلا التعريفين قد ركز على العناصر المكونة لحق الملكية، أي السلطات

(١) يقابل مدني مصري (١/٢٤٧)

(٢) ينظر حول ذلك المواد (٣٨٩) مدني أردني (٢٤٦) مدني مصري (٢٤٧) مدني سوري.

التي تثبت للمالك على الشيء محل حقه، وهي التصرف والانتفاع والاستغلال، بالشكل الذي يمكن صاحبه من مباشرة سلطاته عليها بغير وساطة من أحد كأحد أهم خصائص الحق العيني عموماً كما يمنح صاحبه أوسع السلطات الممكنة بالنسبة للشيء محل الحق .

٣- نرى أن القضاء يستطيع الاستناد الى المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه ( المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان ) . لكي يلزم على من اقام المنشآت المؤقتة برفعها واعادة الأرض لمالكها، فضلاً عن إلزامه بتأدية أجر المثل عن المدة التي بقيت فيها تلك المنشآت المؤقتة عليها في حالة مطالبة مالك الأرض بها.

٤- نجد في الواقع العملي بعد أحداث ٢٠٠٣ التي مر بها المجتمع العراقي أدت إلى حصول العديد من التجاوزات غير المشروعة بالبناء حتى على المرافق العامة، كالبناء في المناطق الخضراء . إلا اننا لا نجد جهوداً حثيثة تتناسب مع هذه المشكلة الكبيرة التي يعاني منها البلد في الوقت الحاضر، والأمر يتطلب موقفاً صارماً من قبل الحكومة بوجه المتجاوزين لإزالة التجاوزات ووضع حد لها سواء في مجال التشريع أم عمل الجهات التنفيذية، لأن السكوت امام هذه الحالة سيؤدي حتماً إلى الفوضى العارمة في المدن من خلال البناء العشوائي الذي يفتقر إلى التخطيط والتنظيم، وعلى الرغم من صدور عدد من القرارات من مجلس الوزراء كما اشارت الدراسة من قبل لمعالجة هذه المشكلة، وبدورنا لم نجد في الواقع العملي أي دور لها لإزالة تلك التجاوزات .

٥- أن التشريعات المقارنة لم تتفق على تحديد معيار التعويض الذي يستحقه الباني سيء النية، الا أنها تتفق على عدم الاخذ بأحكام الكسب بدون سبب. هذه الاحكام التي كان من مقتضاها أن يلتزم مالك الأرض بأن يدفع للباني أقل القيمتين مما اغتنى به هو وما افتقر به الباني. وافتقار الباني إنما يكون عن ثمن المواد وأجرة العمل. في حين أن التشريعات المقارنة لم تعطه مثل هذا الحق، فيكون بذلك قد عومل معاملة اسوأ مما تقضي به قواعد الكسب بدون سبب جزاءً له على سوء نيته. وبدورنا نجد أن أساس التزام مالك الأرض بالتعويض مصدره القانون، وليس قواعد الإثراء بدون سبب، لأن المشرع لم يتطرق في مجال الالتصاق إلى مسألة التعويض حتى يكون طبقاً

لقواعد الاثراء بلا سبب، بل أن المشرع قصد وضع قواعد مخالفة لها، وبناء على ذلك يكون تقادم دعوى التعويض بمضي خمس عشرة سنة.

#### التوصيات:

- ١- نوصي المشرع العراقي بأن يعمم التقييد على جميع سلطات المالك دون قصره على سلطة التصرف. لأن المالك قد يستعمل ملكه مثلاً استعمالاً غير جائز قانوناً. إن عبارة جميع التصرفات الجائزة التي أوردتها القانون المدني العراقي قد قرنواها بسلطة التصرف دون سلطتي الاستعمال و الاستغلال. انما توضح خاصية مهمة من خصائص حق الملكية ألا وهي حق الملكية هو حق جامع، بمعنى أن المالك يستأثر لوحده بمزايا ملكه. فبالرغم من أهمية هذه الخاصية إلا أنه لم يوردها في صياغة نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي، على أن ذلك لا يعني أن المالك في القانون المدني العراقي لا يستأثر بمزايا ملكه تصرفاً و استغلالاً و استعمالاً.
- ٢- انفرد التقنين المدني المصري بالنص على معالجة المنشآت الصغيرة المؤقتة، وذلك من خلال المادة (٩٢٩) الذي قد تعرض إلى هذه المسألة صراحة بالقول (المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمأوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام تكون ملكاً لمن أقامها). وأن على صاحب المنشآت المؤقتة نزاعها من الأرض حتى لو كان سيء النية، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض صاحبها عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر . وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، اذا ما توافرت شروطها وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. **عليه نوصي المشرع العراقي إلى تبني المادة على غرار القانون المصري بهذا الخصوص، وذلك باستثناء المنشآت الصغيرة المؤقتة من احكام الالتصاق.**
- ٣- نوصي المشرع العراقي بأن يعدل المادة (١١١٩) مدني عراقي لأنه لم تشر إلى امكان الزام المتجاوز (الباني) بالتعويض فيكون التعويض كما قدمنا طبقاتاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، كما لم يحدد المشرع العراقي مدة يمارس فيها مالك الأرض خياره في الازالة أو تقيده في استعمال حقه. **عليه نوصي المشرع العراقي بأن يسلك مسلك المشرع المصري بهذا الخصوص وقيده حق مالك الأرض في طلب الازالة بمدة معينة، لأن من شأن عدم التحديد التوسع في نطاق الهدم وهو أمر غير مرغوب فيه، لاسيما إذا ما علمنا أن رخصة الهدم لم تعد تتلاءم مع المتطلبات الاقتصادية في العصر**

- الحديث في ظل الكثافة السكانية التي تشهدها دول العالم، وظهور أزمة الاسكان السائدة في اغلب البلدان منذ الحرب العالمية الثانية.
- ٤- نوصي المشرع العراقي بإعادة النظر في حكم المادة (١١١٩) مدني وأن يعطي الحق في استبقاء البناء دون أن يفقده بأي شرط، خصوصاً وأن هذه المادة تواجه حالة الباني سيء النية فليس من المستساغ عقلاً احاطة من اعتدى على ملك غيره وبسوء نية بالحماية . لذا ينبغي على صاحب الأرض حق تملك الابنية بقيمتها مستحقة للقلع جبراً على الباني سيء النية، دون النظر إلى جسامه الضرر عند القلع كجزاء لسوء نية الباني.
- ٥- نوصي المشرع العراقي باستخدام عبارة (السبب الصحيح) بدلاً من عبارة (زعم سبب شرعي) في المادة (١١٢٠)، لأن العبارة الأخيرة عبارة واسعة المفهوم والدلالة، وكذلك من اجل توحيد المصطلحات، لأن عبارة(السبب الصحيح) وردت في المادة (١١٥٨) مدني عراقي بالمعنى نفسه الذي استخدمه المشرع في المادة (١١٢٠) مدني عراقي.

## المصادر

### اولاً- الكتب:

- ١- د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، بلا دار نشر، بغداد، ١٩٨٦.
- ٢- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، بلا دار نشر، ٢٠٠٤.
- ٣- د. نأرام محمد صالح سعيد، نظرية الحقوق المكتسبة في القانون المدني، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٦.
- ٤- المستشار الحسن الصالحي، البناء في ملك الغير أحكامه وحالاته، مطبعة الامنية ومكتبة الرشاد سطات للنشر والتوزيع ، الرباط، ٢٠١٨.
- ٥- المستشار أسامة عثمان، الموسوعة القضائية في أملاك الدولة في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٦- د. السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع الكامل في حق الملكية والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار المجد للنشر والتوزيع، مصر، بلا سنة نشر.
- ٧- د. جمال الدين بن مكرم بن منظور، معجم لسان العرب، معجم لغوي علمي، دار لسان العرب، المجلد الاول، بلا سنة نشر.
- ٨- جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، ٢٠١١.

- ٩- حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ١٠- حسام الدين كامل الاهواني، الحقوق العينية الأصلية، اسباب كسب الملكية، دار ابو المجد، القاهرة، ١٩٩٣.
- ١١- حسن على الذنون، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، ١٩٥٤.
- ١٢- د. خالد عبدالفتاح محمد، المسؤولية المدنية في ضوء أحداث أحكام النقض المصرية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
- ١٣- د. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، ط١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.
- ١٤- راشد مشاري عبدالله، البناء على ارض الغير في القانون المدني العراقي وتطبيقاته، مكتبة صباح للنشر والتوزيع، بغداد ٢٠١٦.
- ١٥- رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري، الجوانب القانونية للبناء العشوائي على الارض الزراعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٤.
- ١٦- كيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان العراق للسنوات ٢٠٠١-٢٠٠٥، ط١، مطبعة مناره اربيل.
- ١٧- د. ضحى محمد سعيد النعمان : البناء في ملك الغير دون إذن المالك، دراسة مقارنة . دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، ٢٠١٤.
- ١٨- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج٩، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٩٦٥.
- ١٩- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج٨، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٩٦٤.
- ٢٠- د. عبدالمنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة نشر.
- ٢١- د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

- ٢٢- د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ٢٠١١ .
- ٢٣- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، ج ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤ .
- ٢٤- د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثامن الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر.
- ٢٥- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦ .
- ٢٦- د. غني حسون طه ومحمد طه البشير الحقوق العينية، الجزء الاول، المكتبة القانونية بغداد، بلا سنة نشر.
- ٢٧- د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الجامعية، مصر، ١٩٨٧ .
- ٢٨- د. محمد كامل مرسي باشا والمستشار معتر كامل مرسي والمستشار محمد علي سكيكر: شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، اسباب كسب الملكية " الاستيلاء - الالتصاق - الشفعة"، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤ .
- ٢٩- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، اسباب كسب الملكية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان - الاردن، ١٩٩٥ .
- ٣٠- محمد كريم عبد الله، المسؤولية المدنية للدولة عن قراراتها بنزع حق الملكية العقارية وحق التصرف، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة (O.P.L.C) للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٩ .
- ٣١- محمد عادل العبيدي، الالتصاق بعقار بفعل الانسان سبب لكسب الملكية في القانون المدني والفقہ الاسلامي، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٨ .
- ٣٢- مهدي صالح سليمان، البناء غير المشروع على ملك الغير في التشريع العراقي وتطبيقاته القضائية، بحث كجزء من متطلبات الترقية القضاة، ٢٠١٢ .
- ٣٣- د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، احكامها - مصادرهما، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢ .

- ٣٤- د. هادي عزيز علي، البناء والغراس على ارض الغير، مكتبة صباح للإصدارات القانونية، بغداد، ٢٠١٥.
- ٣٥- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الاصلية حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٣٦- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، آثار الحقوق الشخصية أحكام الالتزامات، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان - الأردن، ٢٠١١.
- ثانياً- البحوث:**

- ١- د. عامر عاشور عبدالله، قاعدة الاقل يتبع الاكثر في القانون المدني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد(١٤) / ج٢، المجلد(٤)، السنة (٢٠١٥)،

### ثالثاً- القوانين:

- ١- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩-٣-١٩٣٢.
- ٢- القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٣- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
- ٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٥- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.