



جمهورية العراق
مجلس القضاء الأعلى
المعهد القضائي

دعوى منع المعارضة ورفع التجاوز في التشريع العراقي

بحث تقدّم به

الطالب

حسين كاظم رهمه

إلى مجلس المعهد القضائي، وهو من متطلبات نيل درجة الدبلوم
العالى في العلوم القضائية

بإشراف

الأستاذ القاضي

صلاح دريب إبراهيم

رئيس الهيئة المدنية التمييزية في محكمة استئناف بغداد/ الكرخ
الاتحادية

٢٠٢٢ م

١٤٤٣ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا

الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة: ٤١

(إقرار المشرف)

أشهدُ أنّ إعداد هذا البحث الموسوم بـ(دعوى منع المعارضة و رفع التجاوز في التشريع العراقي) قد جرى بإشرافي في المعهد القضائي، وهو جزء من متطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في العلوم القضائية.

القاضي صلاح دريب إبراهيم

رئيس الهيئة المدنية التمييزية في محكمة
استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية

الإهداء

إلى من أكلّله بالهيبة والوقار..

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار..

إلى من علّمني أنّ الحياة هي العمل الصادق والجاد..

إلى من زرع في عقلي عشق المعرفة..

إلى من أرسى في ضميري الإيمان بالحق..

إلى من كان وسيبقى رضا منتهى أمني، وإعلاء اسمه غاية عملي..

إلى من الوفاء له كلّ رجائي..

إلى سبب وجودي، ومعنى حياتي..

إلى من أفنى عمره في تربيتي وتعليمي..

إلى الغائب الحاضر والبعيد والقريب..

إلى روح والدي الحبيب..

أهدي هذا الجهد المتواضع.. وفاءً وعرفاناً

الشكر والتقدير

بعد حمد الله وشكره جلّ وعلا بأن أعانني وهياً لي الأسباب.
أتقدّم بوافر الشكر وجزيل العرفان إلى الأستاذ الفاضل القاضي (صلاح دريب
إبراهيم)؛ لما غمرني به من فيض علمه، ووافر عنايته في إشرافه على هذا البحث،
وحرصه الشديد على إعدادة بأفضل صورة وأحسن حال.

ألباحث/ الطالب

حسين كاظم رهمه نعا

٢٠٢٢ / /

(المُقَدِّمة)

الحمدُ لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا،
والصلاة والسلامُ على سيّد المرسلين وخاتم النبيين، محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله
وصحبه أجمعين.

إنَّ التشريعات السماوية والوضعية عُنيَت عناية كبيرة بحق الملكية العامة والخاصة، وقد
أقرَّ المشرّع في أغلب دول العالم تدابير مدنيّة وجزائيّة على من يعتدي على هذا الحق، ويتجاوز
عليه بأية صورة من صور التجاوز حماية له، وأنَّ حقَّ الملكية حقٌّ مميز، عملت القوانين
العراقية القديمة على حمايته وإلزام كُلِّ مَنْ يعتدي عليه بالتعويض، ومن هذه القوانين قانون
مملكة (اشنونا) المكتشف في تل حرمل، وهو أقدم القوانين العراقية القديمة المدونة، ومن بعده
قانون حمورابي الذي يُعدُّ أقدم شريعة في تاريخ البشر، ويؤدي الاعتداء على حقَّ الملكية إلى
حرمان مالك العقار، أو صاحب الحق فيه من الانتفاع منه، ويُطلقُ على الاعتداء المذكور
الغصب، وأنَّ القضاء هو الضمانة الرئيسة للحماية من هذا الاعتداء عن طريق إقامة الدعوى
أمامه من قبل المُدَّعي صاحب الحق المعتدى عليه، ونلاحظ في الآونة الأخيرة أنَّ حالات
الغصب والتجاوز على العقارات أصبحت متعدّدة عبر الدعاوى التي تعرض على المحاكم،
ومنها دعاوى منع المعارضة، ودعوى رفع التجاوز، وأنَّ هذه الأسباب هي التي دفعت الباحث
إلى خوض غمار البحث في هاتين الدعويتين؛ بهدف إيجاد مفتاح الحل لتلك الإشكالية القائمة،
ومن ثَمَّ فقد تمَّ اختيار عنوان البحث (دعوى منع المعارضة، ودعوى رفع التجاوز في التشريع
العراقي)؛ بقصد تسليط الضوء على الجانب العملي الذي تتركز فيه تلك الإشكالية، وهو الخلط
والالتباس الحاصل بين دعوى منع المعارضة، ودعوى رفع التجاوز في التشريع العراقي؛ إذ إنّ
الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة وبه ترتفع الخصومة وينقطع النزاع.

أشكالية البحث

إنَّ كثيراً لا يفرقون بين دعوى منع المعارضة، ودعوى رفع التجاوز، ويعدّونهما دعوى واحدة بمتراشف لغوي فقط. وهذا غير صحيح؛ إذ ثمة فرق بين الدعويين، فالأولى تعني تسليم الجزء موضوع الدعوى على ما هو عليه من أبنية مع بقاء حقّ المدّعى عليه قائم فيما يخصّ الأبنية، سواء أكان بالمطالبة بقيمتها أم بسلوك طريق آخر يقرّه القانون. في حين الدعوة الثانية تتضمن تسليم الجزء المتجاوز عليه بعد هدم الأبنية المشيّدة عليه؛ إذ إنّ دعوى منع المعارضة تُقام على الغاصب فقط، أمّا دعوى رفع التجاوز تُقام على الغاصب وعلى صاحب الحق بالأشغال إذا تجاوز ببناء مشيّدات خلافاً لما ينصّ عليه العقد.

وبمعنى آخر كلّ شخص محكوم بمنع المعارضة هو غاصب، لكن ليس كلّ شخص محكوم برفع التجاوز هو بالضرورة غاصب، فقد يكون شاغلاً للعقار بسند قانوني، ولكنّه قد تجاوز ما تضمّنه العقد وبنى منشآت لا تتناسب وطبيعة العقد وشروطه، وقد أفرز الواقع العملي إشكالية الخلط بين الدعويين، إذ وصفهما بعضهم إنّهما وجهان لعملة واحدة، وهذا غير صحيح، وأنّ كثرة هذا النوع من الدعاوى، واختلاف الأحكام الصادرة عن المحاكم، فضلاً عن تقارب الدعويين، إذ إنّ كليهما تعدان من الدعاوى العينية المتعلقة بحق الملكية بوصفه حقاً عينياً أصلياً في التشريع العراقي.

أهداف البحث

إنّ الهدف الأساس الذي دفع الباحث إلى خوض غمار مفاتيح هاتين الدعويين كثرة هذا النوع من الدعاوى، واختلاف الأحكام الصادرة عن المحاكم، فضلاً عن تقارب الدعويين؛ إذ إنّ كليهما تُعدّان من الدعاوى العينية المتعلقة بحق الملكية؛ لأنّه يُعدّ حقاً عينياً أصلياً في التشريع العراقي، فقد سعى الباحث إلى بيان أوجه الاختلاف بينهما وتمييزهما عن الدعاوى الأخرى، وبيان الطبيعة القانونية التي تستند إليها كلّ واحدة منهما، وشروط قبول كلّ من الدعويين، وإجراءاتهما ووسائل إثباتهما، والتطبيقات القضائية واتجاهات محكمة التمييز الاتحادية المؤثرة لكل واحدة منهما.

منهجية البحث

اعتمد الباحث في دراسته في البحث على المنهج الوصفي لنصوص القانون التي تحكم دعوى منع المعارضة، ودعوى رفع التجاوز، سواء وردت تلك النصوص في القانون المدني العراقي النافذ أم قانون المرافعات المدنية، أم غيرها من القوانين الأخرى، فضلاً عن الوقوف على التطبيقات القضائية بهذا الشأن عبر قرارات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية.

خطة البحث

لغرض تقديم دراسة متوازنة لموضوع البحث، بإسهاب غير ممل، وإيجاز غير مغل، فقد تمّ تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسة، تناول المبحث الأول منها مفهوم الدعوى المدنية وطبيعتها وتقسيماتها، وفي المبحث الثاني تطرق الباحث إلى مفهوم دعوى منع المعارضة وتعريفها وتمييزها من الدعاوى الأخرى، وبيان طبيعتها وشروط إقامتها، واجراءاتها ووسائل اثباتها والتطبيقات القضائية لها واتجاهات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة لها، فيما ذهب الباحث في المبحث الثالث إلى مفهوم دعوى رفع التجاوز وتعريفها وتمييزها من الدعاوى الأخرى، وبيان طبيعتها، وشروط إقامتها واجراءاتها ووسائل اثباتها والتطبيقات القضائية لها واتجاهات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة لها .

ونسأل الله تعالى العون والسداد

المبحث الأول

مفهوم الدعوى المدنية وطبيعتها وتقسيماتها

إنّ دعوى منع المعارضة ورفع التجاوز تُعدّ من الدعاوى المدنية التي تخضع لاختصاص القضاء المدني؛ ولذلك سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم الدعوى المدنية وطبيعتها وتقسيماتها بوصفه مدخلاً لتناول دعوى منع المعارضة ورفع التجاوز في التشريع العراقي، وهذا ما سنبحثه في المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف الدعوى المدنية

سنحاول في هذا المطلب الوقوف على تعريف الدعوى لغةً وفقهاً وتشريعاً في الفروع الآتية:

الفرع الأول

التعريف اللغوي للدعوى

الدعوى اسم ما يُدعى، ويُقال: دعوى فلان كذا: قوله، والجمع دعاوى، ومفرده دعوى اسم ما يُدعى، وهو إجراء قانوني يقدّمه شخص إلى المحكمة يطلب فيه الانتصاف من شخص آخر أو استرداد حق له^(١)، ودعوى مصدر دعا، أي: رفع دعوى إلى المحكمة، أي: رفع قضية خلاف للفصل فيها وإثبات الحق^(٢)، والدعوى لغة اسم من الادّعاء والادّعاء من باب الافتعال وثلاثية ادعى وادعي يدعي، ادّعاء، هو اسم لما يدعى، وادعيت الشيء: زعمته لي، حقاً كان أم باطلاً، وتداعو الشيء ادّعوه، وادّعاء مداعة حاجة، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها^(٣)، ومما تقدّم فإنّ المفهوم اللغوي للدعوى يمكن أن يعطي معاني عدّة نجملها بالآتي:

(١) ينظر: معجم المعاني على الموقع الإلكتروني: www.almaany.com تاريخ الزيارة ١٠ / ١٠ / ٢٠٢١.

(٢) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة على الموقع الإلكتروني www.arabdict.com تاريخ الزيارة ١٠ / ١٠ / ٢٠٢١.

(٣) ينظر: جمال الدين بن مكرم بن منظور، معجم لسان العرب، ج ١٤، دار العباد، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع،

- ١- الطلب والتمني: كما في قوله تعالى: (لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون)^(١)، وكما في قوله تعالى: (قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أيًا ما تدعوا فله الأسماء الحسنى)^(٢).
- ٢- الدعاء: وهو الرجاء من الله تعالى لتحقيق الطموح والرغبة والابتهال إليه بالطاعة والعبادة والسؤال^(٣)، وكذلك تأتي بمعنى الادّعاء كما في قوله تعالى: (دعواهم فيها سبحانك اللهم، وتحيتهم فيها سلام، وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين)^(٤).
- ٣- وتطلق الدعوى على الزعم، فيقال عنها: إنها قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، ولكن العرب لا تطلقها على القول المدعوم بالحجة والبرهان الذي يصبح عندئذ حقًا، وصاحبه يُسمّى محقًا لا مدّعيًا^(٥).

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للدعوى

اختلف فقهاء القانون في وضع تعريف دقيق للدعوى المدنية، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفها بأنها (سلطة الاتجاه إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته)^(٦)، وهذا التعريف يدعم فكرة أنّ الدعوى سلطة قانونية للاتجاه إلى القضاء، في حين عرّفها آخرون بأنها (الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته)^(٧)، في حين حين حاول جانب آخر من الفقه تعريف الدعوى تعريفًا جامعًا مانعًا إذ عرّف الدعوى بأنها (طلب مقبول بالقول أو بما يقوم مقامه عند القاضي، من شخص أو ممن يمثّله لتحصيل حقه أو حمايته من شخص آخر)^(٨)، وعُرِّفت أيضًا بأنها (حق الشخص في الحصول على حكم في

(١) سورة يس، الآية ٥٧.

(٢) سورة الاسراء، الآية ١١٠.

(٣) ينظر: جمال مولود ذيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٩٢، ص ٢٣.

(٤) سورة يونس، الآية ١٠.

(٥) ينظر: جمال مولود ذيبان، المصدر السابق، ص ٢٤.

(٦) ينظر: شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن، الشرح الكبير، ط ١، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١١٩.

(٧) ينظر: أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٩٤.

(٨) ينظر: سارة بن هاشم، الدعوى المدنية، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ١٠، الرسالة متاحة على الموقع الالكتروني للجامعة

www.dspace.unit-adrar.edu.dz

الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية^(١)، وعرف الفقه الإسلامي الدعوى بأنها (طلب أو مطالبة أو طلب إنسان حقاً على غيره لدى القاضي أو قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب إنسان حقاً له أو لمن يمثله أو حمايته)^(٢)، وعرفها أيضاً بأنها (مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته) والحق يجب أن يكون من حقوق العباد، ولفظ (الخلاص) القصد منه هو القاضي^(٣)، أما في الفقه الغربي فذهب أحد الشراح إلى تعريفها بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون، ويعرفها الفقيه الفرنسي (دوكي) بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء لحماية القاعدة المقررة في القانون^(٤)، ومما تقدّم فإنّ الدعوى على مختلف التعاريف التي أدرجناها هي عبارة عن وسيلة لاقتضاء الحقوق بموجبها يلجأ صاحب الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه، وهي بذلك تختلف عن الوسائل الأخرى التي أباح القانون بمقتضاها لصاحب الحق مطلق الحرية بالالتجاء أو عدم الالتجاء للقضاء للمطالبة بحقه، وأنها تُعدّ الوسيلة الحديثة التي استُعيض بها عن الانتقام الفردي، فالأصل في العصر الحديث أنّه لا يجوز للإنسان أن يقضي لنفسه إلّا في ظروف استثنائية، كما في حالة الدفاع الشرعي، إذ نصت المادة (٢١٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنّ (١- الضرورات تبيح المحظورات، ولكنها تُقدّر بقدرها)^(٥)، ويتمتع القاضي المدني كذلك بسلطة واسعة في تكييف الدعوى المدنية، أذ أنّ التكييف القانوني كقاعدة عامة هو من واجب المحكمة.

(١) ينظر: د. فتحي والي نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط١، بدون دار نشر، ص ١٣٠.

(٢) ينظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٨٣.

(٣) ينظر: محمد بن فراحوز بن علي، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢، بدون دار نشر، القاهرة، ١٣٠٤هـ، ص ٣٢٩.

(٤) ينظر: علي محمد ابراهيم الكرياسي، اصول الدعوى المدنية، دراسة عن كيفية اقامة الدعوى المدنية مع الصيغ القانونية التطبيقية والاستشهاد بالمبادئ القضائية المستخلصة من أحكام محكمة التمييز، المكتبة القانونية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩، ص ٦.

(٥) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص ٢٣٧.

الفرع الثالث

التعريف التشريعي للدعوى

عرّفت المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل الدعوى بأنّها (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء)، وهذا التعريف مأخوذ من تعريف الدعوى الوارد في المادة (١٣١٦) من مجلة الأحكام العدلية التي عرّفتها بأنّها (طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي، ويُقال له: المُدّعي، وللآخر المُدّعى عليه)، أمّا في القانون الفرنسي فنلاحظ أنّ قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر عام ١٨٠٧ لم يكن يتضمن تعريفاً للدعوى على الرغم من محاولة محكمة النقض الفرنسية وبعض المحاكم الأخرى إدراج بعض النصوص التي تتعلق بنظرية الدعوى في فصل خاص لإبراز بعض المبادئ التي تحكمها إلى التشريع، وقد رُفِضَت المحاولة على أساس أنّ موضوع تعريف الدعوى يندرج تحت عنوان مسائل فقهية لا ينبغي أن تجد لها مكاناً في التشريع^(١)، إلّا أنّه بصور قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ الذي أصبح نافذ المفعول عام ١٩٧٦ نلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي قد أورد تعريفاً للدعوى في المادة (٣٠) منه، التي نصت على أنّه (الادّعاء الذي يقدّمه الخصم في أن يسمع القاضي حقيقة ادّعاءه ليبتّ في صحة أو عدم صحة هذا الادّعاء وأنّ للخصم الآخر أن يناقش صحة هذا الادّعاء)، وقد عرّفت المادة (٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الدعوى بأنّها (الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدّم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه، وهي بالنسبة إلى الخصم الحق بأن يدلي بأسباب دفاع أو بدفع ترمي إلى دحض ذلك المطلب ويكون حق الادّعاء وحق الدفاع لكل شخص طبيعي أو معنوي لبناني أو اجنبي)^(٢)، في حين أنّ المادة (٧٠) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٤ عرّفت الدعوى بأنّها (الوسيلة الشرعية والقانونية لكل ادّعاء أو دفاع يُرْفَع إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، أمّا قانون المرافعات المدنية لولاية كاليفورنيا الأمريكية فقد وضع في المادة (٢٢) منه تعريفاً عاماً للدعوى المدنية والجنائية عندما عرّفها بأنّها (الإجراء الطبيعي أمام المحاكم العادية والذي بواسطته يلاحق أحد الأطراف الخصم الآخر من أجل تقرير حق أو التنفيذ الجبري له)^(٣)، ويُلاحظ على النص الفرنسي أنّه قد تجاوز النظرية التقليدية التي تخطّط بين الحق والدعوى، إذ عدّ

(١) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ١٠٦.

(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعزز بالتطبيقات القضائية، ط ١، مكتبة

السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٢٤.

الدعوى (حقاً) وليس سلطة كما كانت تُكيّف سابقاً، وأنها ذات طبيعة مزدوجة؛ لأنها تشمل حق الادّعاء وحق الدفع، إذ تعمّد المشرّع الفرنسي عدم إيراد لفظي المُدّعي والمُدّعى عليه في تعريف الدعوى، واستعمل اصطلاح (صاحب الادّعاء) و(الخصم)؛ وذلك حتى ينصرف اللفظ إلى كلّ شخص ملتزم في علاقة إجرائية، كالمُدّعي والمُدّعى عليه والمستأنف والمستأنف عليه، والخصم الأصلي والمتدخل في الدعوى الذين يتوافر فيهم شرط المصلحة، وتضمن النص إلزام القاضي بالفصل في الادّعاء محل الطلب القضائي، أمّا النص الوارد في التشريع العراقي فإنه ينماز بالإيجاز والوضوح وبلاغة الصياغة، وأنه يشمل الادّعاء والدفع؛ لأنّ الدفع أيضاً دعوى استناداً إلى المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل التي عرّفت الدفع بأنّه (الإتيان بدعوى من جانب المُدّعى عليه تستلزم ردّ دعوى المُدّعي كلّاً أو جزءاً...) (١).

المطلب الثاني

طبيعة الدعوى المدنية

عُنِيَ فقهاء قانون المرافعات المدنية بمسألة تحديد طبيعة الدعوى المدنية ، أي: بيان ماهيتها وعما إذا كانت سلطة، أم إنّها حقّ شخصي أم الاثنين معاً، وقد اختلف الفقهاء في ذلك في اتجاهين:

الأول: أنّ الدعوى المدنية سلطة.

والثاني: أنّ الدعوى المدنية حق شخصي، وسنبحثهما في الفرعين الآتيين:

(١) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٠٧.

الفرع الأول

الاتجاه الأول: الدعوى المدنية سلطة

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تكييف الدعوى المدنية بأنها سلطة، ومن هذا الاتجاه يمكن أيضاً أن نميّز بين رأيين فقهيّين:

الأول: هو للفقيهين (كورني) و(فوبيه) اللذان يريان أن الدعوى سلطة تسمح لشخص عام أو خاص بالالتجاء إلى القضاء لكي يحصل على احترام القانون، ومن أصحاب هذا الرأي الفقيه (فورنو) الذي يرى أنّ الدعوى سلطة تطبيق قواعد القانون الموضوعي، وأيضاً الفقيه (كاربونييه) الذي يرى أنّ الدعوى هي سلطة القانون للبحث فيما إذا كان الادّعاء مؤسساً أو غير مؤسس^(١)، فخلاصة هذا الرأي: إنّ الدعوى هي (سلطة) من دون أن يكون هناك أدنى ارتباط بالحق الشخصي.

الرأي الثاني: ضمن نطاق هذا الاتجاه ذهب أصحابه إلى عدّ الدعوى سلطة، ولكنها ترتبط بالحق الموضوعي، وهذا ما ذهب إليه الفقيهان (سوليس وبيرد) اللذان عدّا الدعوى سلطة قانونية يستطيع شخص بمقتضاها أن يلجأ إلى القضاء لكي يحصل على حماية للحق الذي يزعم أنّه مالكة، ومن انصاره أيضاً الفقيه (موريل) الذي عرّف الدعوى بأنها سلطة في الالتجاء إلى المحاكم يخولها القانون للأفراد لكي يحصلوا على احترام حقوقهم ومصالحهم، في حين ذهب الفقيه الفرنسي (روبير) إلى رأي آخر، إذ عدّ الدعوى ميزة أو مكنة وليست سلطة أو حقاً شخصياً، فالدعوى بمنظوره هي ميزة يستطيع شخص بمقتضاها مباشرة ادّعاءاته أمام القضاء لتأكيد هذه الادّعاءات^(٢)، وخلاصة هذا الاتجاه: إنّ الدعوى ليست ذات الحق، وإنّما مستقلة عنه، فالدعوى توجد بغير ثبوت الحق، كما في طلب اتخاذ إجراء وقتي أو احتياطي.

وقد عرّفت محكمة التمييز الموقّرة الدعوى بأنها الوسيلة المخوّلة لكل شخص للحصول على حقه إذا جرده الخصم^(٣)، وبذلك فإنّ القضاء العراقي وعلى الرغم من الارتباط الوثيق بين الحق الموضوعي والدعوى التي تحميه، إلّا أنّ القضاء ميّز بين الدعوى بوصفها وسيلة لاقتضاء الحق، وبين الحق ذاته، وذلك أنّ الدعوى والحق الذي تحميه لا يُعدّان شيئاً واحداً فهما

(١) ينظر: د. ياسر باسم ذنون السباعوي ود. اجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج ٢، ط ١،

الجيل الغربي، الموصل، ٢٠٠٩، ص ٢٢٣.

(٢) ينظر: د. ياسر باسم ذنون السباعوي ود. اجياد ثامر نايف الدليمي، المصدر السابق، ص ٢٢٤، وكذلك ينظر: د. آدم

وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١١٠ أو ص ١١١.

(٣) قرار محكمة التمييز (٩٧٥/حقوقية/١٩٦٥) في ١/ ١١/ ١٩٦٥ وقرارها المرقم (١٧٦٠/حقوقية/١٩٦٥) في ٢٠/

٤/ ١٩٦٦ أشار اليهما علي محمد ابراهيم الكرياسي، المصدر السابق، ص ٧.

يختلفان من حيث سبب كُلّ منهما وشروطه أو آثاره أو موضوعه، وهذا هو اتجاه النظرية الحديثة التي ترى أنّ الدعوى ليست ذات الحق الذي تحميه؛ لأنّ الدعوى وسيلة قانونية لحماية الحق وليست الحق ذاته^(١).

الفرع الثاني

الاتجاه الثاني: الدعوى المدنية حق شخصي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الدعوى المدنية هي حقّ شخصي مستقل، وساد هذا الرأي لدى فقهاء المرافعات في إيطاليا وفرنسا ومصر، والحقّ: على وفق النظرية الشخصية أو نظرية الإرادة التي نادى بها الفقهاء الألمان أمثال فيند شايد وسافيني وجيرك، هو عبارة عن قدرة إرادية يخولها القانون لشخص ما، فالقانون قد يضع قاعدة معيّنة تقضي مثلاً بأنّ حق الملكية ينشأ بوسائل معيّنة، وأنّ هنالك وسائل تحمي هذا الحق، فإذا أراد شخص أن ينشئ له حق ملكية أو ينقله أو يحميه فعليه اتباع الوسائل التي حددها القانون، فالحق الشخصي هو حق الشخص في أن يسلك شخص آخر تجاهه مسلكاً معيّناً إيجابياً كان أم سلبياً، ولصاحب الحق قدرة أو مكنة إرادية في أن يضع أو لا يضع القاعدة القانونية التي حددت سلوك الشخص الذي يثبت الحق في مواجهته موضع التنفيذ، فهذه القاعدة القانونية وضعها القانون تحت تصرف صاحب الحق و يعني الحق الشخصي أيضاً في إنشاء حقّ سابق أو تعديله أو إنهائه، كحق المالك في أن يتصرف في الشيء الذي يملكه^(٢).

وفي المقابل نلاحظ أنّ نظرية المصلحة التي تزعمها الفقيه الألماني (اهرنج) تقول في تعريفها للحق: إنّهُ مصلحة يحميها القانون وعلى وفق أصحاب هذه النظرية، فإنّ الحق يتكوّن من عنصرين: الأوّل مادي ويتمثل في الغاية التي يحققها الحق لصاحبه، وهي ميزة أو منفعة، كالحقوق المالية. أو معنوية إرادية وهي مصالح تتعلق بشخصية الفرد وحرية وشرفه واعتبارات أسرته^(٣)، أمّا النظرية الحديثة للأستاذ (دابان) فإنّها ذهبت إلى تحليل الحق إلى عناصر عدّة هي (الاستثثار والإسناد والتسلط) وثبوت الحق في مواجهة الغير والحماية القانونية، وعوداً على الفقه الإيطالي فإنّ الفقيه (كيوفندا) يرى أنّ الدعوى طلب إرادي لوضع التشريع أو القاعدة القانونية موضع التنفيذ؛ ولذلك هي تُعدّ سلطة في طلب تطبيق القانون، وهذه السلطة في جوهرها (حق شخصي).

(١) ينظر: د. ياسر باسم ذنون السبعوي ود. اجياد ثامر نايف الدليمي، المصدر السابق، ص ٢٢٩.

(٢) ينظر: د. رمضان ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية،

الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٠.

(٣) ينظر: د. رمضان ابو السعود، المصدر السابق، ص ٢٤، ص ٢٨.

أما الفقيه الإيطالي (كارنيلوتي) فيرى أنها تقوم على أساس حق الشخص في حماية مصالحه التي نظم القانون طريقة حمايتها في حالة نشوب نزاع، وحتى يتمكن القاضي من حل النزاع فلا بُدَّ أن تُقدَّم له دعوى؛ ولذلك فالدعوى عند هذا الفقيه الأخير لا تعدو أن تكون حق الشخص في الطلب من القاضي حل النزاع^(١)، والحقيقة إنَّ هذا الرأي يخلط بين الدعوى والمطالبة القضائية؛ لأنَّ المطالبة القضائية هي وسيلة لاستعمال الحق في الدعوى، فالدعوى تظل في حالة سكون إلى أن يشرع صاحبها في استعمالها^(٢).

أما في الفقه الفرنسي فقد ذهب الفقيه (موتولسكي) إلى أنَّ الدعوى بوصفها حقًا شخصيًا تتضمن مكنة إجبارية يتوجه بها الشخص إلى القاضي الذي يلتزم بإصدار حكم في ذلك الادعاء، فالدعوى من منظوره هي سلطة الحصول على الحكم من القاضي في موضوع النزاع المطروح عليه، والقاضي ملزم بنص القانون بإصدار هذا القرار ورخصة الحصول على القرار تُكَيَّفُ بأنَّها (حق شخصي إجرائي) يختلف عن الحق الموضوعي، وبهذا الرأي أخذ بعض الفقهاء المصريين ومنهم (د. فتحي والي) الذي عدَّ الدعوى حقًا شخصيًا تثبت في مواجهة الخصم، ومضمون هذا الحق الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة ومنح المُدَّعي الحماية القضائية^(٣).

وأخيرًا لا بُدَّ من الإشارة إلى أنَّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه النظرية التوفيقية؛ إذ يذهب أغلب الفقهاء إلى أنَّ الدعوى ليست ذات الحق الموضوعي الذي تحميه وليست مستقلة عنه، وإنَّما هي جزء لا يتجزأ منه، فلا يُتصوَّر وجود الدعوى إذا لم تستند إلى حق، وكذا لا يُتصوَّر وجود حق من دون أن تكون هنالك دعوى تحميه، فالدعوى حق مستقل قائم بذاته يُفترض أنَّه يستند إلى وجود حق موضوعي، ولكنه لا يستلزمه دائمًا، فالحق فكرة موضوعية والدعوى فكرة إجرائية، ولكنهما يرتبطان ارتباط النتيجة بالسبب، ومع ذلك قد نجد أنَّ هنالك دعاوى لا تستند لحق موضوعي كدعوى الحيابة فهي مقرر لشخص لا يستند إلى حق موضوعي^(٤).

(١) ينظر: د. أبياد عبد الجبار الملوكي، قانون المرافعات المدنية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٦٠.

(٢) ينظر: د. عامر حسن سلمان، المصدر السابق، ص ١١٦.

(٣) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٣، وأيضًا من أنصار هذا الرأي في الفقه الفرنسي كل من (لورنس بوي) و(بيير روبينو)، إذ عرَّفَا الدعوى بأنَّها حق شخصي إجرائي يباشر في مواجهة القاضي، ينظر: د. ياسر باسم دنون السبعاري ود. اجياد ثامر نايف الدليمي، المصدر السابق ص ٢٢٩.

(٤) ينظر: د. أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارة، دار المعارف، مصر، ١٩٥٢، ص ١٥.

المطلب الثالث

تقسيم الدعاوى المدنية

تُعَدُّ الدعاوى المدنية من أهم الوسائل لحماية الحق في حال منازعة صاحبه فيه أو الاعتداء عليه، ولذلك فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحق الذي تحميه؛ ولذلك تنوعت التقسيمات الفقهية تبعاً لطبيعة الحق الذي تستند إليه على وفق طبيعة الشيء محل الحق أو على وفق الغرض من إقامة الدعوى، وسنبحث أهم التقسيمات ذات العلاقة بموضوع البحث في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية والدعاوى المختلطة

هذا التقسيم يقوم على أساس الحق الذي تستند إليه الدعوى والذي تحميه فهي شخصية إذا كان الحق شخصياً، وعينية إذا كان الحق عينياً ومختلطة إذا تناولت الحَقَّين معاً، وعلى النحو الآتي:

أولاً- الدعاوى الشخصية

وهي الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي، وهي دعاوى لا يمكن حصرها لعدم إمكانية حصر الحقوق الشخصية نظراً إلى كثرة الروابط القانونية بين الناس وتنوعها، كدعاوى الدين، ودعاوى التعويض على سبيل المثال، والحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يحق للدائن مطالبة المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(١)، فالعلاقة التي تنشأ عن الحق الشخصي لها طرفان: طرف إيجابي وهو الدائن، وطرف سلبي وهو المدين، وهو من يتقرر الحق في مواجهته، فإذا نظرنا إليها من الجانب السلبي سميناها التزام^(٢)، ويعدّ حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أيّاً كان محلّها نقداً أو مثليات أو قيميات، ويعدّ كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين ويؤدي تعبير (الالتزام) و(الدين) المعنى نفسه الذي يؤديه لفظ (الحق الشخصي)^(٣)، والدعاوى الشخصية قد تكون دعاوى شخصية منقولة عندما تستند إلى حق شخصي يكون موضوعه منقولاً كدعاوى طلب الوفاء بدين من النقود فهي شخصية؛ لأنّ رافعها يستند إلى حق شخصي وهي منقولة؛ لأنّها تتعلق

(١) المادة (٦٩/ ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٢) ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في الموصل، الموصل، ١٩٨٩، ص ٢٦٧.

(٣) يُنظَر المادة (٦٩/ ٢/ ٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

بحق شخصي ينصبّ على النقود، وقد تكون دعوى شخصية عقارية عندما تستند إلى حق شخصي يكون موضوعه عقار كالدعوى التي يطلب أحد الورثة فيها إبطال قيد التسجيل العقاري وتسجيل جزء من العقار باسمه؛ لكونه أحد الورثة ولم يُدرَج اسمه في القسّام الشرعي وذلك بعد تصحيح القسّام الشرعي^(١).

ثانيًا- الدعاوى العينية

وهي الدعوى التي يكون موضوعها حقًا عينيًّا أصليًّا أو تبعيًّا^(٢)، والحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معيّن يعطيها القانون لشخص معيّن^(٣). فهو يعني استئثار شخص بشيء معيّن بالذات استثنائيًّا مباشرًا يقره القانون؛ لذا فإنّ الحقوق العينية تنماز بخصائص أهمها أنّها ترد على أشياء مادية معيّنة، وكذلك فهي لا تقبل الحيازة؛ لأنّ الحيازة سيطرة فعلية، وأنّها تمنح صاحبها ميزة التتبع والتقدّم، فصاحب الحق العيني يستطيع تتبع وملاحقة الشيء محل الحق في أيّ يد يكون، أمّا التقدّم فيراد به الأولوية والأفضلية التي تكون لصاحب الحق العيني عندما يتعرض لمزاحمة الدائنين الاعتياديين (أصحاب الحقوق الشخصية)، كذلك فإنّ الحقوق العينية محددة على سبيل الحصر في القانون وليس للإرادة المنفردة دور في إنشاء حقوق عينية جديدة؛ لكون أحكام الحقوق العينية تتعلق بالنظام العام بخلاف الحقوق الشخصية التي يكون لإرادة الفرد سلطة واسعة في إنشاء هذه الحقوق وتنظيمها؛ ولهذا تتعدد وتنوع الدعاوى الشخصية في حين تكون الدعاوى العينية محددة^(٤)، وأخيرًا لا بُدّ من الإشارة إلى أنّ دعوى منع المعارضة ورفع التجاوز هي من الدعاوى العينية؛ لأنّها تتضمن المطالبة بحق عيني على عقار، ومن ثمّ لا يجوز أن تتضمن عريضة دعوى منع المعارضة ورفع التجاوز المطالبة بحق شخصي إلى جانب المطالبة بمنع المعارضة ورفع التجاوز، ويجب أن تُقام كلّ دعوى بصورة مستقلة، وهذا هو اتجاه محكمة التمييز الموقّرة إذ جاء في أحد قراراتها (لا يجوز الادّعاء بحق شخصي وحق عيني على عقار في عريضة واحدة ويتعيّن حصر الدعوى بأحد الطلبين)^(٥).

(١) ينظر: د. عماد حسن سلمان المصدر السابق، ص ١٢٨.

(٢) حددت المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل الحقوق العينية الأصلية بـ(حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكن والمساحة وحقوق الارتفاق والوقف والإجارة الطويلة)، أمّا الحقوق العينية التبعية فهي (حق الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الارتفاق).

(٣) المادة (٦٧ / ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٤) ينظر: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٧ وص ٨.

(٥) قرار محكمة التمييز المرقم (١٥٥٣ / مدنية اولى / ١٩٩٢) في ١ / ٢ / ١٩٩٣ أشار إليه القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، ج ٣، بدون دار نشر، بغداد، ١٩٩٩، ص ٢٠٨.

ثالثاً: الدعاوى المختلطة

وهذا النوع من الدعاوى يستند إلى حق شخصي وحق عيني في آن واحد، فتتشأ الدعوى المختلطة من اجتماع حقين مختلفين في طبيعتهما ولكنها يهدفان إلى غرض واحد، ولكي تكون الدعوى كذلك لا بُدَّ أن يكون للمُدَّعي حق عيني وحق شخصي يباشرهما معاً، ويجب أيضاً أن توجه الدعوى للشخص الذي ارتبط معه بهذا الالتزام أو إلى ورثته أو خلفه العام، ويجب أن يكون الحق العيني مستنداً إلى حق شخصي، ومن أمثلة هذه الدعاوى دعوى المشتري على البائع بتسليم العقار المبيع تنفيذاً لعقد البيع، ودعوى البائع على المشتري بإعادة الحال وردّ العقار إليه^(١)، وقد أجاز قانون المرافعات المدنية الادعاء بعريضة واحدة بحقوق شخصية وعينية منقولة متعدّدة^(٢).

الفرع الثاني

الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية

الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية هو تقسيم يقوم على أساس طبيعة المال محل المطالبة، فتكون الدعاوى منقولة إذا كان المطلوب فيها مائلاً منقولاً، والمنقول هو كلّ شيء يمكن نقله وتحويله من دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة^(٣)، في حين أنّ الدعوى العقارية هي الدعوى التي يكون المطلوب فيها عقاراً أو حقّاً عينياً عقارياً، والعقار هو كلّ شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله من دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية^(٤)، وتُعَدُّ دعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز من الدعاوى العينية العقارية؛ لأنها تحمي الحقوق العينية العقارية حماية مباشرة فالمدّعي في دعوى منع المعارضة يدّعي أنّه مالك للعقار أو صاحب حق عيني عليه، ويطلب تقرير حقه في مواجهة منّ ينازعه فيه أو يعتدي عليه^(٥).

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٨٢.

(٢) المادة (٤٤ / ٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل.

(٣) المادة (٦٢ / ٢) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٤) المادة (٦٢ / ١) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٥) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٢٥.

المبحث الثاني

مفهوم دعوى منع المعارضة

بعد أن بيّنا في المبحث الأول مفهوم الدعوى المدنية وطبيعتها وتقسيماتها الرئيسة ذات العلاقة بموضوع البحث، سنبحث في هذا المبحث مفهوم دعوى منع المعارضة وطبيعتها وإجراءات إقامتها وإثباتها والتطبيقات القضائية الخاصة بها، وموقف محكمة التمييز الاتحادية الموقرة تجاه هذا النوع من الدعاوى، في المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف دعوى منع المعارضة وتمييزها من الدعاوى الأخرى

لا شكّ في أنّ دعوى منع المعارضة إحدى أنواع الدعاوى المدنية، وتتمتع بخصائص الدعوى المدنية إلّا أنّها تختلف من حيث موضوعها وطبيعة الحق الذي تستند إليه وإجراءات الإثبات، وهذا يتطلب الوقوف على تعريف دعوى منع المعارضة وتمييزها ممّا يشتهر بها من دعاوى، وهذا ما سنبينه في الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف دعوى منع المعارضة

إنّ دعوى منع المعارضة هي عبارة عن وسيلة أوجدها القانون لحماية الحق أمام القضاء، ولم يرد النص عليها في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وكذلك لم يُنصّ عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، وهي اصطلاح قضائي درج على استعماله القضاء العراقي في كثير من قراراته، ثم ورد النص عليها في قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١^(١)، وهي تُعدّ من الدعاوى العينية المتعلقة بحق الملكية بوصفه حقّاً عينياً أصلياً في التشريعي العراقي^(٢). وحق الملكية من الحقوق التي عنيت الدساتير والتشريعات في موضوع حمايتها وحرمت المساس بهذا الحق أو التعرض لصاحبه أو نزاعها من دون مقابل تعويض عادل بوصفها من الحقوق الاقتصادية التي كفلتها دساتير العالم، إذ نصت المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق

(١) يُنظر المادة (١٨) من قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١.

(٢) المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

لسنة ٢٠٠٥ على (أولاً: الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون، ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، ويُنظَّم ذلك بقانون، ثالثاً: أ- للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول، إلا ما استثنى بقانون. ب- يُحظر التملك لأغراض التغيير السكاني)، وكذلك تضمن القانون المدني العراقي الأحكام التي تتعلق بحماية صاحب هذا الحق في التصرف والانتفاع والاستغلال بملكه التام، وحمايته أيضاً تجاه نزع الملكية الخاصة أو غصب هذه الملكية من الأغيار، وقد عرّف القانون المدني العراقي حق الملكية بأنه الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة^(١).

ومنع القانون كذلك الاعتداء على هذا الحق بشتى الوسائل التي من شأنها حرمان المالك من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يُدفع له مقدّماً^(٢)، ومن أكثر طرائق الاعتداء شيوعاً على الملكية، بوصفه حقاً عينياً، الغصب الذي يحول بين المالك وبين حقه بالتصرف أو الانتفاع أو الاستغلال وأحياناً بين صاحب حق الانتفاع وغاصب العقار الذي يحول دون إمكانية التمتع بمنفعة هذا العقار. ويُلاحظ أنّ القانون المدني العراقي على الرغم من تناوله لموضوع الغصب في المواد (١٩٢ - ٢٠١) منه إلا أنّه لم يورد تعريفاً له، تاركاً ذلك إلى الفقه الذي عرّف الغصب بـ(أخذ مال متقوم محترم بلا إذن ممن له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في المغصوب)^(٣)، وأيضاً عرّف بأنه (الاستيلاء على مال أو شيء للغير حق عليه من دون سبب شرعي)^(٤). أمّا القضاء العراقي فقد أشار إلى مفهوم الغصب في أحد قراراته التي جاء فيها (وضع المدّعي اليد على الأرض والتصرف بها من دون سند قانوني أو سند اتفاقي وبذلك يكون بحكم الغاصب)^(٥)، ويُلاحظ أنّ هذا التعريف أشار إلى وضع اليد على عقار وعدّه بحكم الغصب، في حين ذهب القانون المدني العراقي إلى إمكانية تحقق الغصب في العقار أو المنقول، أي إنّ الغصب يقع على المال سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وهو من الأعمال غير المشروعة التي من شأنها تحريك مسؤولية الغاصب التقصيرية عن فعله، إلا أنّ القانون المدني

(١) المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل

(٢) المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٣) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٥٢ .

(٤) ينظر: د. يحيى محمد عبد الله الخزامي، الغصب واثاره في الشريعة الاسلامية والقانون المدني اليمني، ط٣، المطبعة القضائية، صنعاء، ٢٠١٠، ص ٣٦.

(٥) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٩٧٩/ الهيئة المدنية للعقار، ٢٠١٢) في ٩ / ١٠ / ٢٠١٢ أشار إليه القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني والاصلاح الزراعي، ج٤، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣، ص ٣٥.

العراقي قد حدّد في المادة (١٩٣) منه جزاء الغصب، إذ نصت المادة المذكورة على أن (يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلّفه أو ضاع منه أو أتلّف كله أو بعضه بتعدّيه أو من دون تعدّيه).

ويتضح ممّا تقدّم أنّ المشرّع افترض الخطأ لدى الغاصب وأعفى مالك المال من عبء إثبات الخطأ، ولا يُعفى الغاصب من المسؤولية حتى لو أثبت مسؤولية الغير عن ذلك استناداً إلى حكم المادة (١٩٨) من القانون المدني العراقي التي ساوت في الحكم بين غاصب الغاصب وبين الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلّفه أو أتلّف في يده فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه للغاصب الأول أو الغاصب الثاني، وكذلك له أن يضمن مقداره منه للأول والباقي للثاني، وللغاصب الأول في حال تضمينه أن يرجع على الغاصب الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول، ولذلك وعلى وفق النص المتقدّم فإنّ حالة غصب الغاصب لا تعفي الغاصب الأول من المسؤولية ما لم يكن التلف والهلاك بفعل قوة قاهرة، وكذلك لا يكون الغاصب مسؤولاً عن تعويض مالك المال عن الضرر الأدبي^(١).

وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ مسؤولية الغاصب ذات طبيعة مزدوجة تتضمن العنصر الجزائي والعنصر المدني معاً وهدف المشرّع في ذلك حماية حق المالك في الاستئثار بملكه، ولذلك نجد أنّ المشرّع قد أضفى الصفة الإجرامية على بعض صور الغصب ووضع عقوبات لها^(٢)، وممّا تقدّم نخلص إلى تعريف دعوى منع المعارضة بأنّها دعوى عينية عقارية تهدف إلى حماية حق الملكية أو أحد الحقوق العينية، فرافع دعوى المطالبة بالحق يدعي أنّه مالك العقار أو صاحب حق عيني عليه ويطلب تقريره في مواجهة من ينزاعه فيه أو يعتدي عليه.

الفرع الثاني

تمييز دعوى منع المعارضة من الدعاوى الأخرى

بالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل لا نجد نصاً يشير صراحة إلى ما يُعرّف الآن بدعوى منع المعارضة، إلّا أنّ الواقع العملي وما أفرزه التطبيق أدى إلى ظهور ما يُعرّف بدعوى منع المعارضة، ولا سيّما في حالات المستأجرين لعقارات بلا عقد إيجار تحريري، إذ يواجهون دعاوى من المؤجرين بغصب العين المأجورة، ولكثرة هذه الحالات

(١) نصت المادة (٢٠٥ / ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل على أن (يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك فكل تعدّد على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض).

(٢) يُنظر مثلاً المادة (٤٧٨) والمادة (٤٥٧) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدّل والمادة (١) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٣٦) في ٢٩ / ٣ / ١٩٩٤.

ابتدع القضاء العراقي، هذا النوع من الدعاوى لمواجهة مثل هذه الحالات ومع ذلك يمكن أن نميز بعض الفروقات بين دعوى منع المعارضة والدعاوى الأخرى، وعلى النحو الآتي:

أولاً- تمييز دعوى منع المعارضة عن دعوى منع التعرض

إنّ دعوى منع المعارضة تُقام من قبل مالك العقار على حائز العقار إذا كانت الحيابة غير مشروعة، كأن يكون الحائز غاصب ولم يُبَحَّ له الانتفاع به من ماله^(١)، ولذلك فإنّ هذه الدعوى تجد أساسها في المواد (١٩٧) و(١٥٠) مدني عراقي كما بيّنا سابقاً، في حين أنّ دعوى منع التعرّض هي من الدعاوى التي تهدف إلى رد أيّ اعتداء أو تعرّض ينال الحيابة، والحيابة وضع مادي يسيطر فيه شخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق^(٢)، ودعوى منع التعرّض تجد أساسها القانوني في المادة (١١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل التي عالجت دعاوى الحيابة، إذ نصت الفقرة (٢) منها على (دعوى منع التعرّض وهي تقتضي حصول تعرّض للحائز لم يبلغ حد نزع اليد)، في حين أنّ دعوى منع المعارضة تتعلق بحق الملكية أو أحد الحقوق العينية الواردة عليه وهذا يتطلب ثبوت الحق بالملكية لإقامتها، في حين يكفي لإقامة دعوى منع التعرّض إثبات وضع اليد، إذ تُعدّ دعوى منع التعرّض من الدعاوى المتعلقة بالحيابة واستعمل الفقه كلمة (وضع اليد) أو (الحوز) فيما يخصّ المال الذي لا مالك له وهذا يتطلب تحقق عنصري الحيابة الأول العنصر المادي (ويعني السيطرة المادية للحائز أو الظهور بمظهر المالك كاستعمال العقار الذي يحوزه أو يسكنه أو يؤجره أو يهدمه، والثاني العنصر المعنوي ويعني فيه اكتساب الحق وبمعنى آخر انصراف نية الحائز لتملك العقار والادعاء بالتملك والإضافة به إلى ملكه)^(٣)، كذلك يشترط في حيابة الحائز أن تكون حيابته خالية من أيّ عيب أو شائبة قد تؤثر في علنيّتها أو استمرارها أو الهدوء الذي يجب أن يكتنفها، ولذلك فإنّ إقامة دعوى منع التعرّض تتطلب تحقق شروط أهمها وقوع تعرّض فعلي مادي أو تصرف قانوني، وأنّ تُقام الدعوى خلال سنة من تاريخ وقوع التعرّض وأن تكون حيابته مستقرة

(١) ينظر: ايناس جبار، دعاوى منع المعارضة تشيع في المحاكم لحلحلة أزمات الدور المستأجرة، مقال منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط الإلكتروني www.hic.iq.

(٢) المادة (١١٤٥ / ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٣) ينظر: د. عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٨ و ص ٣٩.

ومستمرة لمدة سنة كاملة في الأقل حتى يستطيع رفع دعوى منع التعرّض^(١)، وأخيرًا لا بُدّ من الإشارة إلى أنّ الحكم الصادر في دعوى منع التعرّض يجب أن يستند على تحقق شروط الحياة الصحيحة التي نص عليها القانون^(٢).

ثانيًا: التمييز بين دعوى منع المعارضة ودعوى إثبات الملكية

سبق أن بيّنا أنّ دعوى منع المعارضة يشترط لإقامتها ثبوت حق الملكية لرافعها قبل إقامة الدعوى لتقرير حقه في مواجهة مَنْ ينازعه فيه أو يعتدي عليه، في حين أنّ دعوى المطالبة بالملكية تتعلق بإثبات أو نفي هذا الحق، وأنّ الحكم الصادر بإثبات الملكية من شأنه أن يمكّن صاحبه من التمتع بخصائص الملكية بوصفه حقًا جامعاً للسلطات المحتملة كافة على الشيء محل الملكية وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبوصفه حقًا مانعًا للغير من مزاحمة المالك بالاستئثار بمزايا الملكية، وبوصفه حقًا دائمًا أيضًا ما دام محله باقياً؛ ولذلك فهو لا يسقط بعدم الاستعمال ولايجوز توقيته بزمان معيّن^(٣)، في حين أنّ دعوى منع المعارضة تهدف إلى حماية الحق العيني كالملكية وحماية حقوق الملكية في حال التعرّض لها من الآخرين بعد ثبوتها، ولذلك لا تقبل دعوى منع المعارضة إذا كان محل الدعوى غير مملوك لرافع الدعوى، أو لم تثبت ملكيته عليه، أو كانت في طور الإجراءات الإدارية لأغراض التسجيل، وهذا هو اتجاه القضاء العراقي، إذ تستأخر دعوى منع المعارضة لنتيجة طلب التسجيل المجدد المتضمن إثبات الملكية، إذ ذهبت محكمة استئناف القادسية (بصفته التمييزية) بقرارها الصادر عام ٢٠١٦ إلى (أنّ العقار موضوع الدعوى غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وأنّ الجهة المختصة بإثبات ملكية العقار هي لجنة تثبيت الملكية على وفق أحكام قانون التسجيل العقاري وبالنتيجة يتعذر السير بدعوى منع المعارضة بوصفها من دعاوى الملكية مع عدم تسجيل العقار باسم مالكه، ممّا يجب أن يتم جعل دعوى منع المعارضة مستأخرة لحين البت بملكية العقار)^(٤).

(١) ينظر: د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٢٦، كذلك تنظر المادة (١١٥٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٢) يُنظر المادة (١٢/٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل.

(٣) ينظر: د. علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص ١٥ وما بعدها.

(٤) قرارها المرقم (٧٤/ت/ متفرقة/ ٢٠١٦) في ٢٥/١٢/ ٢٠١٦ أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، دعاوى البداء

ثالثاً: التمييز بين دعوى منع المعارضة ودعوى وقف الأعمال الجديدة

ورد النص على دعوى وقف الأعمال الجديدة في المادة (١١ / ٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وهي تقتضي حصول تعرض للحائز من جراء أعمال جديدة لم تتم تهدد الحياة، وهي بذلك تختلف عن دعوى منع المعارضة في كونها تتعلق بحماية الحائز في حين أنّ دعوى منع المعارضة تتعلق بحماية المالك، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ليست تعرضاً حالاً، بل أعمال لو تمت لأصبحت تعرضاً، والمُدَّعي في هذه الدعوى هو الحائز الذي تضرر من هذه الأعمال التي لو تمت تشكّل تهديداً لحيازته وهي تُقام قبل إتمام هذه الأعمال على مَنْ شرع بها، في حين أنّ دعوى منع المعارضة يقيمها المالك أو صاحب حق عيني على المالك لكل من يهدد هذا الحق الثابت، ومن ثمّ فإنّ دعوى منع المعارضة تحمي حق الملكية في ذاتها في حين أنّ دعوى وقف الأعمال الجديدة لا شأن لها بموضوع الحق، ومن ثمّ لا يجوز الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحياة، وهذه قاعدة ملزمة لأطراف الدعوى والمحكمة^(١)؛ ولذلك نجد أنّ القضاء العراقي قد اتجه إلى عدم قبول دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بحقوق الملكية أيّاً كان نوعها، إذ ذهبت محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية إلى القول (.....) إن المحكمة ذهبت في تكيفها للدعوى بأنّها وقف أعمال جديدة على وفق الفقرة (٣) من المادة (١١) من قانون المرافعات المدنية وأنّ دعوى وقف الأعمال الجديدة هي صورة من صور الحياة التي تقتضي حصول تعرض للحائز من جراء أعمال جديدة لم تتم من شأنها أن تهدد حيازته، في حين أنّ إثبات من أطراف الدعوى هم ملاك شركاء على الشيوع في العقار موضوع الدعوى لذلك فإنّ المنازعة بينهم هي منازعة حول الحقوق المترتبة على الملكية الشائعة لهم في العقار المذكور^(٢).

وأحكامها في القانون العراقي، دراسة للدعوى المدنية معززة بالتطبيقات القضائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ١٢٨.

(١) المادة (١٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، والمادة (١١٥٥) مدني عراقي.

(٢) قرارها المرقم (١١٩٤ / مدنية / ٢٠١١) في ١٩ / ١٢ / ٢٠١١ أشار إليه القاضي لفترة هامل العجيلي، المختار من

قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٤٢.

المطلب الثاني

طبيعة دعوى منع المعارضة وشروط إقامتها

سنبحث في هذا المطلب طبيعة دعوى منع المعارضة ومن ثمَّ شروط إقامتها في الفروع الآتية:

الفرع الأول

طبيعة دعوى منع المعارضة

سبق أن بينا أن دعوى منع المعارضة إحدى صور الدعوى المدنية وأنَّ هنالك خلافاً فقهيّاً في طبيعة الدعوى المدنية فيما إذا كانت تشكّل سلطة (رخصة)، أم حقّاً شخصيّاً، وكان لكل اتجاه فقهي مبرراته وأسانيده، وكذلك ظهر خلاف فقهي فيما إذا كانت الدعوى هي ذات الحق الذي تحميه، أم وسيلة لحماية هذا الحق، وانتهى الخلاف إلى تقرير أن الدعوى هي ليست ذات الحق الذي تحميه ولكنها - أي الدعوى - ترتبط بعلاقة وثيقة مع هذا الحق لا يمكن إنكارها، فالدعوى وسيلة لحماية الحق وليس الحق ذاته وهي مرتبطة بالحق؛ لكونها وجدت لحمايته إلاَّ أنَّ هذا الارتباط لا يصل إلى مرحلة الاندماج بوصف الحق فكرةً موضوعيّةً، والدعوى فكرةً إجرائيّةً، ولكنها على علاقة كعلاقة النتيجة بالسبب^(١)، ومما تقدّم نخلص إلى نتيجة مفادها أنَّ دعوى منع المعارضة هي وسيلة لحماية الحق الموضوعي، وأنَّ دعوى منع المعارضة لم ينص عليها المشرّع في قانون المرافعات المدنية النافذ، ذلك أنَّ القاعدة العامة تقضي بأنَّ الدعاوى لا تُعيّن ولا تُسمّى، أمّا الحقوق العينية التي يحددها المشرّع حصراً فيمكن تحديد أسماء الدعاوى تبعاً للحقوق التي تحميها ومنها على سبيل المثال ما اصطُلِحَ على إطلاقه على بعض الدعاوى كدعوى الاستحقاق ودعوى وضع اليد ودعوى الحيازة، ودعوى الشفعة ودعوى عدم نفاذ التصرفات.. إلخ^(٢)، وكذلك تُعدُّ دعوى منع المعارضة من الدعاوى العينية؛ لأنّها مقررّة لحماية الحق العيني كحق الملكية الهدف منها المطالبة بحق مالك العقار أو صاحب الحق العيني عليه بمواجهة من ينازعه فيه أو يتعدى عليه^(٣).

(١) ينظر: د. باسم ذنون السبعوي ود. اجياد ثامر نايف العبيدي، المصدر السابق، ص ٢٢٣.

(٢) ينظر: د. سعدون ناجي القشطيني، المصدر السابق، ص ٩٨.

(٣) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٢٥.

الفرع الثاني

شروط قبول دعوى منع المعارضة

المقصود بشروط قبول دعوى منع المعارضة هي المقتضيات التي يتطلبها القانون ويدونها، فالبحث في شروط قبول الدعوى هو بحث سابق على الدخول في موضوعها، ولذلك فإن الحكم بقبول الدعوى لا يعني بالضرورة حكماً بموضوعها، ومن جانب آخر لا يشترط لقبول الدعوى أمام القضاء وجود نص في القانون يجيز رفعها فكل من أهدر حقه أو مركزه القانوني الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب حماية هذا الحق، إن دعوى منع المعارضة هي دعوى مدنية، ومن ثم تنطبق عليها الشروط العامة لقبول أي دعوى، وقد تناولت المواد (٣) و(٤) و(٥) و(٦) من قانون المرافعات المدنية الشروط الشكلية الواجب توافرها في الدعوى وهي (الأهلية، والخصومة، والمصلحة)، في حين نجد أن الفقه اكتفى بشرط (المصلحة) بوصفه الشرط الأساس لإقامة أية دعوى، والمصلحة هي الفائدة التي يحصل عليها المدعي ليحقق حمايته، وأن المصلحة التي تبرر قبول الدعوى هي المصلحة القانونية التي تستند إلى تقرير حق، أو مركز قانوني، أو ردّ اعتداء على حق، أو التعويض عن ضرر، إذ تصبح الشروط الواجب توافرها على وفق هذا المعيار هو وجود حق وأهلية التقاضي والخصومة^(١)، وسنبحث بإيجاز شروط قبول دعوى منع المعارضة، وعلى النحو الآتي:

أولاً: أهلية التقاضي: إذ يجب أن يكون كل من طرفي دعوى منع المعارضة متمتعاً بأهلية التقاضي، وهي الأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق^(٢)، والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء التي يرجع فيها إلى أحكام الأهلية الواردة في القانون المدني العراقي^(٣) وقانون رعاية القاصرين^(٤)، والأهلية من النظام العام فلا يجوز أن يُعطى شخص أهلية غير متوافرة فيه أو يُوسّع عليه فيما نقص عنده منها، وكذلك لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها وكل اتفاق على شيء من ذلك يقع باطلاً، ولذلك تكون المحكمة ملزمة بالتدقيق بأهلية رافع دعوى منع المعارضة، ولو لم يرد دفع بعدم صحتها ويجوز للخصم (المدعى عليه) في دعوى

(١) ينظر: القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٣.

(٢) المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) المواد (٩٣-١١١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٤) المواد من (٢٧-٣٩) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل.

منع المعارضة إيراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى؛ لأنّ تخلف شرط الأهلية في أحد الخصوم من شأنه أن يبطل الحكم الصادر في الدعوى، ويكون حضور وكيل عنه في الدعوى باطلاً، إذ إنّ فاقد الأهلية لا يملك حق توكيل الغير، ولأنّ فاقد الشيء لا يعطيه^(١).

ثانياً: الخصومة: اشترط القانون أن يكون المدّعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك أجاز القانون خصومة الولي والوصي والقيم فيما يخص مال الوقف، وخصومة من عدّه القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا ينفذ فيها إقراره^(٢)، والخصومة في الدعوى تنصرف إلى طرفيها المدّعي (رافع دعوى منع المعارضة) والمدّعى عليه الذي يزاحمه في حقه ويعتدي عليه؛ ذلك أنّ المدّعي يجب أن يكون خصماً للمدّعى عليه حتى تتعقد الخصومة في الدعوى التي تقوم على طرفين مدّع ومُدّعى عليه؛ لأنّ المدّعي صاحب الحق المدّعى به، وهذه الصفة مطلوبة فيه حتى تُقبل دعواه، أي خصومته، والمدّعى عليه هو منكر للحق المدّعى به أو منازع فيه أو كان حائزاً للحق أو المال محل النزاع^(٣) والمدّعي في دعوى منع المعارضة قد يكون مالك العقار أو مالكاً لحق المنفعة أو مالك الأرض الزراعية أو المغارس بشرط تثبيت حق المغارسة في سجلات دائرة التسجيل العقاري فيما يخص الأراضي المملوكة ملكاً صرفاً، وكذلك الشريك في المال الشائع بشرط ألا يكون العقار الشائع قد تمت إزالة شيعه وخرج من ملك الشركاء بعد إجراء المزايدة العلنية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة في قرارها الصادر عام ٢٠١٨ الذي جاء فيه (....) بمجرد صدور حكم بإزالة شيوخ العقار لا يمنع المالك الشريك من إقامة دعوى منع المعارضة لإعادة تسليم العقار أو من دون تسليمه إذا كان غاصب سهامه أحد الشركاء الآخرين، طالما وقت رفع دعوى منع المعارضة لم يتم بيع العقار بالمزايدة العلنية ولم يتم تسجيله باسم المشتري الجديد وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز

(١) ينظر: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل، ج ١، بدون دار نشر، بغداد، ١٩٧٠، ص ٤٨.

(٢) المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل.

(٣) ينظر: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل وتطبيقاته العملية، الجزء الاول، شركة الحسام للطباعة، بغداد، ١٩٩٤، ص ١٢.

الاتحادية المؤقّرة مؤخرًا بموجب القرار الصادر من (الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٨) ^(١)، مع ملاحظة ألا يكون المدّعى عليه شريكًا في العقار، فإن كان كذلك تكون الدعوى واجبة الرد؛ لأنّه لا يمكن إلزام الشريك بتسليم العقار الذي هو شريك فيه وهذا ما استقرت عليه محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة في كثير من قراراتها....^(٢).

وقد يكون المدّعي في دعوى منع المعارضة من خُصّصت له أرض مملوكة للدولة قبل تاريخ ٩ / ٤ / ٢٠٠٣ وهي ما تُعرّف بدعوى منع معارضة تسجيل عقار لحالات التخصيص التي جرت قبل التاريخ المذكور؛ لكونها مشمولة بقرار مجلس الوزراء المرقم (١١٢٧٨) في ١٣ / ٩ / ٢٠٠٥، أمّا حالات التخصيص الصادر بعد تاريخ ٩ / ٤ / ٢٠٠٣ فلا تكون مشمولة بالقرار المذكور وتطبق عليهم نص المادة (٢٧٢) من قانون التسجيل العقاري وتكون الدعوى واجبة الرد في مثل هذه الحالة^(٣)، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام ٢٠١٢ الذي جاء فيه (.... إنّ المدّعين طلبوا إلزام المدّعى عليه إضافةً لوظيفته بمنع معارضته في تسجيل العقار... الذي تمّ شراؤه من قبل مورثهم، وإذ إنّ التحقيقات التي أجرتها محكمة البداية والاستئناف انتهت إلى عدم وجود سبب قانوني يبيح للمدّعين حق المطالبة بمنع معارضة البلدية في تسجيل العقار باسمهم لعدم توافر اوليات تخص البيع)^(٤)، أمّا المدّعى عليه في دعاوى منع المعارضة فهو المتجاوز أو المعتدي على حق الملكية أو على صاحب حق المنفعة وهو واضع اليد من دون وجه حق أو مسوّغ قانوني، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، فإذا كان قاصرًا تُقام الدعوى على وليه إضافةً لولايته، وتُقام على ورثة المتوفي الغاصب بصفته الشخصية لا إضافةً للتركة؛ لأنّهم أصبحوا هم واضعي اليد على العقار وليس مورثهم، ولأنّ الغصب ليس له علاقة بالتركة، وهذا ما استقر عليه القضاء

(١) قرارها المرقم (١٤٨٨ / استئنافية منقول، ٢٠١٨) في ٢٦ / ٣ / ٢٠١٨ أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٢) ينظر: القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ١٤١.

(٣) نصت المادة (٢٧٢) من قانون التسجيل العقاري المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ على ان (يسجل التملك أو التفويض الوارد على عقارات الدولة باسم من ملكت أو فوّضت له استنادًا إلى القرار الصادر عن الجهة المخولة قانونًا من دون حاجة للإقرار أو لأي إجراء أخرى).

(٤) قرارها المرقم (٤٥٨٦ / استئنافية عقار / ٢٠١٢) في ١٥ / ٨ / ٢٠١٢، أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ١٤٨.

العراقي، إذ ذهبت محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة في قرارها الصادر عام ١٩٩٨ إلى (إنّ موضوع الدعوى يتعلق بالغصب والادّعاء بالغصب لا علاقة له بالتركة ولا يتطلب إقامة الدعوى، فضلاً عن التركة لذلك فإنّ اتجاه المحكمة برد الدعوى لعدم توجه الخصومة بسبب إقامتها إضافةً للتركة لا يستند إلى قانون)^(١).

وقد يكون المدّعى عليه الزوجة الممنوحة حق السكنى لمدة ثلاث سنوات من دون بدل بحكم صادر من محكمة الأحوال الشخصية في دار مطلقها في حال استمرارها بالإشغال بعد انقضاء تلك المدة إذ تتقلب يدها من يد أمانة إلى يد ضمان وبحق لمطلقها إقامة دعوى منع المعارضة وتسليم الدار خالياً من الشواغل، وقد يكون المدّعى عليه شاغل عقار المدّعي بإباحة الاستغلال والانتفاع لمدة معيّنة وعند مطالبة المالك بتسليم العقار يمتنع شاغل العقار عن التسليم وعند ذلك يكون للمالك حق إقامة دعوى منع المعارضة على شاغل العقار الممتنع عن التسليم ذلك أنّ الإباحة الممنوحة للمدّعي تنقطع عند المطالبة القضائية، وقد يكون المدّعى عليه واضع شارة الحجز أو عدم التصرف على العقار الممتنع عن رفع شارة الحجز عنه بعد زوال أسباب وضع الحجز^(٢).

ثالثاً: المصلحة: يجب أن يكون لرافع دعوى منع المعارضة فائدة قانونية تعود عليه في حال الحكم بالطلبات الواردة في عريضة الدعوى، فالغرض من الدعوى حماية الحق واقتضائه أو الاستيثاق له، أو الحصول على ترضية مادية أو أدبية، ومن ثمّ فإنّ شرط المصلحة يتناول وجود الحق في مباشرة الدعوى لتقرير الحق أو حمايته^(٣)، ويشترط في المصلحة أن تكون معلومة، أي غير مجهولة، إذ لا يصح المطالبة بشيء مجهول من القضاء وأن تكون حالة، بمعنى غير معلقة على شرط أو مضاف إلى أجل، أي إنّ الحق مستحق الأداء، وأن تكون المصلحة ممكنة، أي غير مستحيلة، إذ لا التزام بمستحيل سواء كانت الاستحالة مادية أم قانونية، وأيضاً يجب أن تكون المصلحة محققة بمعنى أنّ النزاع على الحق قد حصل فعلاً وليس محتملاً ومع ذلك أجاز المشرّع استثناءً إقامة الدعوى إذا

(١) قرارها المرقم (٧٢٧/ مدنية ثالثة/ ١٩٩٨) في ٢٩ / ٩ / ١٩٩٨، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعاوى منع المعارضة ورفع التجاوز، معززة بأحكام محكمة التمييز الاتحادية وأحكام محكمة استئناف المثنى الاتحادية، مطبعة كتاب، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٤.

(٢) ينظر: القاضي حيدر عودة كاظم، الإجراءات العملية في الدعوى المدنية دراسة معززة بالتطبيقات القضائية، ج ١، مكتبة القانون المقارن، بدون مكان طبع، ٢٠٢١، ص ٤٠٢.

(٣) ينظر: مدحت المحمود، المصدر السابق، ص ١٥.

كانت المصلحة محتملة، وهنالك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن، وكذلك يجوز الادّعاء بحق مؤجل على أن يراعي الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدّعي مصاريف الدعوى^(١)، وكذلك يشترط في المصلحة أن تكون قانونية، أي أن تكون مستندة إلى حق أو مركز قانوني بحيث تقوم هذه الدعوى بحماية الحق أو المركز القانوني، وإلا زُدت الدعوى؛ لأنّ المصلحة لا تُحمى بذاتها إلا إذا كانت في نطاق القانون وغير مخالفة للنظام العام والآداب، وهذا هو اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة إذ ذهبت في قرارها الصادر عام ٢٠١٢ إلى أنّ (الحكم الصادر بمنع معارضة المدّعى عليه للمدّعي بالشقة السكنية موضوع الدعوى، وتسليمها له خالية من الشواغل جاء صحيحاً وموافقاً للقانون بعد أن تأيّد بأنّ الشقة المذكورة مسجلة باسم المدّعي وأنّ المدّعى عليه وضع اليد عليها من دون سند قانوني، على أساس أنّه سبق له أن اشتراها من المالكة السابقة، وإذ إنّ هذا الدفع لا يمكن الاحتجاج به تجاه المدّعي الذي أصبح مالكا لها على وفق سند السجل العقاري، وبإمكان المدّعى عليه متابعة حقوقه اتجاه المالكة السابقة)^(٢)، وهنالك شروط أخرى، كأن يكون موضوع الدعوى لم يسبق الفصل به وصدر حكم باتّ؛ لأنّه يُعدّ حائزاً درجة البتات وحجة بما فصلت فيه من حقوق^(٣)، وألا يكون هنالك اتفاق سابق على التحكيم؛ لأنّ هذا الاتفاق لا ينزع اختصاص المحكمة، إلا أنّه يمنعها من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً^(٤)، وكذلك أنّ الدعوى المتعلقة بحق عيني كما هو الحال في دعوى منع المعارضة يجب أن تُقام في محكمة محل العقار، إذ ذهبت محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بقرارها الصادر عام ٢٠١٣ إلى (وحيث أنّ الدعوى تُقام في محكمة محل العقار إذا تعلقت بحق عيني استناداً للمادة (٣٦) مرافعات مدنية، لذا كان على المحكمة إحالة الدعوى حسب الاختصاص المكاني، وحيث إنّها أغفلت ذلك ممّا أخل بصحة الحكم لذا قرّر نقضه وإعادة إلى الدعوى إلى محكمتها لاتّباع ما تقدّم...)^(٥).

(١) المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل.

(٢) قرارها (٢٨٢٥/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٢) في ٢٨/ ٦/ ٢٠١٢ أشار إليه القاضي سعد جريان التمييزي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني للأعوام (٢٠١٢-٢٠١٥)، مكتبة السنهوري، ٢٠١٦، ص ٢٩٢.

(٣) المادة (١٠٥) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٤) المادة (٣٦) و (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل.

(٥) قرارها (١٠٠٢/ م/ ٢٠١٣) في ١٣/ ٨/ ٢٠١٣، أشار إليه القاضي لفته هامل العجلي، المختار في قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية- بصفتها التمييزية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٤، ص ٨١.

المطلب الثالث

إجراءات دعوى منع المعارضة ووسائل إثباتها

سنبحث في هذا المطلب الإجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ووسائل إثباتها أمام القضاء في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الإجراءات العملية لدعوى منع المعارضة

سنبحث في هذا الفرع أبرز الإجراءات التي تتخذها المحكمة التي تنتظر في موضوع دعوى منع المعارضة، وهذا طبعاً بعد التأكد من التبليغات والخصومة والاختصاص تمهيداً للدخول في أساس الدعوى ومناقشة الأدلة وترجيحها، وهذه الإجراءات تشمل:

١. إذ إنَّ دعوى منع المعارضة هي إحدى دعاوى الملكية التي يقيمها المالك أو صاحب حق عيني على العقار، كصاحب حق التصرف في الأراضي الأميرية المملوكة للدولة، فإنَّ ذلك يقتضي من المحكمة التحقق من الملكية مع ضرورة ربط صورة قيد حديثة للعقار موضوع الدعوى للتحقق من كون المدَّعي مالِكاً للعقار أو شريكاً فيه، وهذا هو اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقَّرة إذ ذهبت في قرارها الصادر عام ٢٠١٦ إلى أنَّ (الحكم الصادر بإلزام المدَّعى عليهم بمنع معارضتهم للمدَّعي بالدار موضوع الدعوى صحيح وموافق للقانون بعد أن تبين من التحقيقات الجارية في الدعوى بأنَّ العقار مسجل باسم المدَّعي وإشغال المدَّعى عليهم له بداعي أنَّهم مؤتمنين عليه من المالك السابق، فإنَّ مثل هذا الدفع غير منتج بالدعوى؛ لكونه على فرض وجود الإباحة من المالك السابق فإنَّها لا تنتقل إلى المالك الحالي وأنَّها تنقطع بالمطالبة القضائية)^(١).

٢. تكليف المدَّعي ببيان ماهية المعارضة ليتسنى للمحكمة إجراء تحقيقاتها بشأن ذلك^(٢)، ومن ثَمَّ تكلف المحكمة المدَّعى عليه بالإجابة عن صحة الادِّعاء والوقوف على دفعه التي

(١) قرارها (١٧٢٠/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٦) في ٣٠/ ٣/ ٢٠١٦ أشار إليه القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية/ القسم المدني/ للأعوام (٢٠١٦-٢٠١٧) دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٣٠٥.

(٢) ينظر: القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ١٣٣.

يقدمها، فإذا أقرّ المدّعى عليه بإشغاله العقار من دون وجه حق تحققت واقعة الغصب، أمّا إذا دفع المدّعى عليه بأنّ إشغاله للعقار كان بإباحة من المدّعي وبموافقة منه فتهمل المحكمة هذا الدفع؛ لكون الإباحة تنقطع بالمطالبة القضائية^(١).

٣. إذا أنكر المدّعى عليه واقعة الغصب ففي مثل هذه الحالة يجب عليه إثبات مشروعية الإشغال كأن يقدم دفعا؛ لكونه مستأجر للعقار وأنّه يشغله بموجب عقد إيجار، وهنا تسأل المحكمة المدّعي للتأكد من صحة الدفع فإذا أنكر العقد عندها يتحول عبء إثبات عقد الإيجار على المدّعى عليه، وفي حالة عجزه عن الإثبات فتمنحه المحكمة حق توجيه اليمين الحاسمة للمدّعي طبقاً لمفهوم المادة (١١٨) من قانون الإثبات^(٢)، أمّا إذا أنكر المدّعى عليه واقعة الغصب والإشغال فعند ذلك تكلف محكمة الموضوع المدّعي بإثبات دعواه والاستماع للبيئة الشخصية موقعياً وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في إثبات واقعة الغصب وتقدير البيئة الشخصية من الناحيتين الموضوعية والشخصية طبقاً لمفهوم المادة (٨٢) من قانون الإثبات^(٣)، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها الصادر عام ٢٠١٥ الذي جاء فيه (إنّ حالة الغصب غير متحققة وتكون دعوى المدّعي المقامة على المدّعى عليه بطلب منع معارضته له في الشقة السكنية موضوع الدعوى واجبة الرد إذ تأيد بأنّ المدّعى عليه مستأجر لها بموجب عقد إيجار مبرم بينه وبين شريك آخر في العقار أبرم عقد الإيجار أصالة عن نفسه ووكالة عن بقية الشركاء)^(٤).

٤. على محكمة الموضوع إجراء الكشف الموقعي على العقار موضوع الدعوى بصحبة خبير مساح وتكليفه بتقديم تقرير يرفق به مرسم يوضح فيه مساحة العقار وأبعاده والمشيدات والمغروسات فيه إن وجدت، وغيرها من الأمور المهمة إلّا إذا كانت الدعوى منع معارضة بين الشركاء فلا حاجة فيها لتكليف المساح بتنظيم مرسم؛ لأنّ ذلك يكون في حالة غصب العقار من الأغيار، وفي هذا ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها الصادر عام ٢٠١٥ إلى القول (عند إقامة دعوى منع المعارضة من قبل أحد الشركاء على شريك آخر فإنّه ليس للمحكمة أن تتظّم مرسمًا وتعدّه جزء من الحكم عند التنفيذ؛ لأنّ حالة

(١) ينظر: القاضي حيدر كاظم عودة، المصدر السابق، ص ٤٠٦ و ص ٤٠٧.

(٢) المادة (١١٨) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٣) المادة (٧) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٤) قرارها المرقم (١٢٨/ موسعة مدنية، ٢٠١٦) في ١٦ / ٥ / ٢٠١٦، أشار إليه القاضي عدنان مايج بدر، المصدر السابق، ص ١٣٨.

إعداد مرتسم توضيحي يكون في حالة غصب العقار من قبل شخص أجنبي على وفق ما تقضي به المادة (١٩٧) من القانون المدني)، وللمحكمة الاستماع للبيئة الشخصية موقعياً عند إجراء الكشف إذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي ولا مانع من الاستماع إليها في المحكمة إذا وجدت أسباب تدعو إلى ذلك، كعدم إمكانية الإدلاء بالشهادة موقعياً لتعرض الشاهد لتهديد أو إكراه، وفي حال تناقض البيئة الشخصية لكل من المدعي والمدعى عليه فللمحكمة سلطة تقديرية في ترجيح شهادة أحد طرفي الدعوى على الطرف الآخر وبعد الطرف الأخير عاجزاً عن الإثبات ومنحه حق توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه^(١)،

٥. يجب أن تقوم المحكمة بتنظيم محضر المعاينة للعقار يتضمن تاريخ قرار المحكمة بإجراء المعاينة أو الكشف وأسماء الأشخاص المرافقين للمحكمة وهم معاون القضاة والمدعي والمدعى عليه ووكلائهم والخبير المساح مع وصف للعقار الذي تم إجراء الكشف عليه مع الإشارة إلى تكليف الخبير المساح بإعداد تقرير معززاً بمرتسم فني يوضح فيه مساحة الجزء المغصوب وأبعاده من حيث الطول والعرض وبيان قيمته، وبيان فيما إذا كان هذه الجزء يقع ضمن مساحة العقار موضوع الدعوى من عدمه، على أن يرد تقريره من ثلاث نسخ مع تقدير أجرة الخبير المساح، وفي حالة تسلّم أجور الخبير من المدعي يتم تثبيت ذلك مع ختم المحضر وتوقيع القاضي والأشخاص الحاضرين معه، مع تعيين تاريخ المحضر، وبعد أن تستوفي المحكمة الإجراءات أعلاه يتخذ القرار المناسب على وفق ما توافر لها من أدلة الإثبات، أما بإجابة الادعاء بمنع المعارضة أو رد الدعوى.

(١) قرارها (٢٠٠٦/ مدنية/ ٢٠١٥) في ٢٨ / ٤ / ٢٠١٥ أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٣٩٩.

الفرع الثاني

إثبات دعوى منع المعارضة

تخضع دعوى منع المعارضة شأنها شأن الدعاوى المدنية لأحكام قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي جاء في أسبابه الموجبة أنّ الهدف من إصدار هذا القانون هو توحيد أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص، وقد حدد قانون الإثبات العراقي طرائق الإثبات على سبيل الحصر، وهي الوسائل التي يلجأ إليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها، وطرائق الإثبات في قانون الإثبات العراقي هي (الدليل الكتابي، الإقرار، الاستجواب، الشهادة، القرائن، حجية الأحكام، اليمين، المعاينة، الخبرة) ويحدد القانون لكل طريقة من طرائق الإثبات حجية في الإثبات على وفق قواعد وصفها لذلك، ولأيّ من الخصوم اختيار دليل من أدلة الإثبات ممّا يجيزه القانون، أمّا تعيين طرائق الإثبات وبيان متى يجوز استعمال كلّ طريقة من طرائق الإثبات وتحديد حجية كلّ طريقة منها فهذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة، مع الاخذ بالحسبان أنّ المادة (٢٠٣) الفقرة (٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ أجازت للخصوم الطعن تمييزاً في الحكم القضائي أمام محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة إذا وقع خطأ جوهري وبُعدُ الخطأ جوهرياً إذا أخطأ في فهم الوقائع^(١)، والإثبات القضائي الذي يعني التأكيد أمام القضاء وبموجب أدلة محددة قانوناً صحة واقعة متنازع عليها يترتب على ثبوت صحتها آثاراً قانونية^(٢)، وعلى كلّ من المدّعي إثبات دعواه على وفق وسائل الإثبات المقررة في قانون الإثبات وعلى المدّعى عليه نفي الادّعاء بذات الوسائل المقررة بموجب قانون الإثبات وقواعده، ومن هذه القواعد على سبيل المثال هو وقوع عبء الإثبات على المدّعي فالأصل براءة الذمة^(٣)، فإذا أثبت المدّعي ما يؤيد دعواه انتقل عبء الإثبات من المدّعي إلى المدّعى عليه الخصم ليقدم ما لديه من دفعات لنفي دعوى المدّعي إلّا أنّ يعجز أحد الطرفين في نقل عبء الإثبات للطرف الآخر فيكون عاجزاً عن الإثبات فيحكم عليه، والمدّعي في دعوى منع المعارضة يقع عليه عبء إثبات وضع اليد أو الغصب من قبل المدّعى عليه، وإذا إنّ الغصب من الوقائع المادية فإنّه يجوز إثباتها

(١) المواد (١٨، ٢١، ٥٩، ٧٦، ٩٨، ١٠٥، ١٠٨، ١٢٥، ١٣٢، ١٤٠) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات مع ملحق متن قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٢.

(٣) ينظر: د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤، ص ١٦.

بطرائق الإثبات كافة المنصوص عليها في القانون بما فيها البينة الشخصية طبقاً لما رسمته المادة (٧٦) من قانون الإثبات^(١)، ولذلك فإنّ القضاء العراقي قد درج على عدم حصر بينة الغصب إذ ذهبت محكمة التمييز الموقرة في قرارها الصادر عام ١٩٨٥ إلى (لا يجوز حصر الشهادة في دعوى الغصب إذ يحق للمدّعي تقديم شهود جدد لإثبات واقعة الغصب)^(٢) وسنحاول الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية في مجال إثبات دعوى منع المعارضة:

١- إذا دفع المدّعي عليه في دعوى منع المعارضة في كون إشغاله للعقار كان بطريق مشروع وعن طريق إبرام عقد الإيجار مع المدّعي، فعليه في هذه الحالة تقديم دليل كتابي لإثبات دفعه إذا كان فيه الأجر الشهري لعقد الإيجار يزيد عن (٥,٠٠٠) خمسة آلاف دينار فلا يجوز إثبات التصرف أو انقضاؤه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك^(٣)، في حين نجد أنّ قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل أجاز بموجب التعديل رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠^(٤)، الإثبات بالشهادة حتى لو كان فيه التصرف يزيد عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار، إذ ورد في المادة الرابعة منه للمستأجر إثبات عقد الإيجار وشروطه بجميع طرائق الإثبات، إذا لم يحرر عقد الإيجار أو لم تودع نسخة منه ومضت سنة فأكثر على الاتفاق على عقد الإيجار وإشغال المستأجر المأجور، كذلك يجوز إثبات التصرف القانوني بطرائق الإثبات كافة في حال وجود المانع المادي أو الأدبي الذي يحول من دون حصول المستأجر على عقد للإيجار^(٥)، أمّا إذا دفع المستأجر بأنّه مستأجر من المالك السابق فعلى المحكمة مفاتحة دائرة التسجيل العقاري لمعرفة المالك السابق للعقار وتحديد تاريخ انتقال الملكية للمدّعي المالك الجديد؛ ذلك أنّ عقد الإيجار لا يكون نافذاً في حق المالك الجديد إلّا من

(١) نصت المادة (٧٦) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل على أنه (يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية).

(٢) قرارها (٤٠/منقول/ ٨٤ / ٨٥) في ١٣ / ١ / ١٩٨٥، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العددان الاول والثاني، ١٩٨٥، ص ٥٥.

(٣) المادة (٧٧/ثانياً) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٤) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٨٤٨) في ١٦ / ١٠ / ٢٠٠٠.

(٥) المادة (١٨) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

التاريخ الثابت الذي ترتب عليه انتقال الملكية طبقاً لمفهوم المادة (٢٦) من قانون الإثبات^(١)، وبخلاف ذلك يُعدُّ المدَّعى عليه عاجزاً عن الإثبات وتمنحه المحكمة حق تحليف خصمه المدَّعي اليمين الحاسمة؛ لكونه لم يؤجر العقار موضوع الدعوى للمدَّعى عليه لا بنفسه ولا بوساطة غيره ولم يتسلَّم منه أي قسط إيجاري ولا علم له بأن المدَّعى عليه مستأجر للعقار من المالك السابق قبل انتقال الملكية إليه.

٢- في حال الدفع من المدَّعى عليه بأنه مشترٍ للعقار وأنه شاغل لملكه فعلى المحكمة أن تكلفه تقديم ما يؤيد هذا الدفع كأن يقدم قرار الحكم الصادر بالتملك مع بيان رقم دعوى التملك، إذ تقرر المحكمة في هذه الحالة جلب إضارة دعوى التملك للاطلاع عليها، أمّا إذا كانت دعوى التملك غير محسومة فتقرّر المحكمة بعد الاطلاع على إضارة دعوى التملك استتخار دعوى منع المعارضة لنتيجة حسم دعوى التملك، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز المؤقَّرة بموجب قرارها الصادر عام ١٩٨٥ الذي جاء فيه (إذا طلب المدَّعي الحكم بمنع معارضة المدَّعى عليه في قطعة الأرض موضوع الدعوى وأقام المدَّعى عليه دعوى طلب تملك القطعة المذكورة على وفق أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدّل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ فلا يجوز للمحكمة نظر الدعويين بصورة موحدة وإنما ينبغي جعل دعوى منع المعارضة مستأخرة لحين الفصل في دعوى التملك لاختلاف طرائق الطعن في كلّ منهما)^(٢)، أمّا إذا قدّم المدَّعى عليه تعهد بشراء العقار أبرم مع المدَّعي خارج دائرة التسجيل العقاري فيهمل الطلب؛ لأنّ التعهد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة سواء أكان تحريراً أم شفويّاً فإنّه يُعدُّ باطلاً وأنّ تأكدت صحته^(٣)، إلّا أنّ محكمة التمييز الاتحادية المؤقَّرة ذهبت في توجّه جديد إلى عدّ عقد بيع العقار وإن كان باطلاً لعدم استيفائه الشكلية المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري والقانون المدني التي أوجبت لانعقاده التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة إلّا أنّ المتعهد على فرض صحة التعهد قد سلّم الأسهم المتعهد بها

(١) المادة (٧٨٦ / ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٢) قرارها المرقم (٤٨٥ / عقار / ١٩٨٤) أشار إليه القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، ج ٢، بغداد، ١٩٩٩، ص ٥٥.

(٣) المواد (٢) و(٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدّل، والمواد (٩٠) و(٥٠٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

للمتعهد له والذي يفترض أنه قد تصرف بها تصرف المالك ويُعدُّ بمثابة الزعم الشرعي، ومن ثَمَّ فإنَّ إقامة دعوى منع المعارضة من قبل المتعهد مع وجود هذا الزعم غير وارد وعلى المحكمة تطبيق المادة (١١٢١) من القانون المدني^(١).

٣- أمّا إذا كان المُدَّعى عليه هو أحد الشركاء في المال الشائع موضوع الدعوى فإنَّ كُلَّ من الشركاء أجنبي في حصته فيما يخصُّ الشريك الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأيِّ وجه كان في غير موافقة سائر الشركاء^(٢)، ولذلك فإنَّ المحكمة تقرر إجراء الكشف على العقار موضوع الدعوى وبمعرفة خبير مختص بالمساحة لتحديد مقدار أسهم الشركاء وفيما إذا كان هنالك تجاوز على سهام المُدَّعي، فإذا كان الشركاء ينتفعون بالعقار بمقدار حصصهم فإنَّ دعوى الشريك ترد في مثل هذه الحالة وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام ٢٠١٤ إلى (أنَّ الحكم غير صحيح ومخالفاً للقانون؛ ذلك أنَّ المحكمة قد ذهبت إلى حسم الدعوى قبل أن تتحقق عمّا إذا كان ما يستغله المميّز/ المُدَّعى عليه يعادل سهامه الشائعة في القطعة... أم يزيد عنها فإذا ثبت للمحكمة أنَّ الاستغلال الحاصل من قبل المميّز/ المُدَّعى عليه بقدر سهامه أن تقضي برد الدعوى؛ لأنَّ كُلَّ شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه عملاً بأحكام المادة (٢٠٦١/٢) من القانون المدني، وإذا ثبت أنَّ الاستغلال يزيد عن السهام العائدة للأخير فتلتزمه بمنع المعارضة عن الاستغلال الزائد بقدر حصة المميّز عليه/ المُدَّعي لذا قرّر نقض الحكم البدائي المميّز^(٣)، وذهبت في قرار آخر صدر عام ٢٠١٦ الذي جاء فيه (تبيّن للمحكمة أنَّ الطرفين شركاء في القطعة موضوع الدعوى مع آخرين ولإنكار المُدَّعى عليه لدعوى المُدَّعي وأنَّهما يستغلان بقدر سهامهما، وإذا إنَّ المحكمة قد أجرت الكشف على القطعة موضوع الدعوى بمعرفة خبير مختص بالمساحة قدّم تقريره المتضمن بأنَّ سهام المُدَّعي تعادل دونماً واحداً في حين تعادل سهام المُدَّعى عليهما دونماً واحداً وأنَّ استغلال المُدَّعى عليهما هو أقل من سهامهما في القطعة المذكورة، وإذا إنَّ دعوى المُدَّعي عن المساحة الزائدة البالغة (٢٥٠٠م^٢) ثبت

(١) ينظر: القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٥ وص ٣٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٤٤٩/ الهيئة المدنية/ عقار/ ٢٠١٤) في ٢/ ٤/ ٢٠١٤ أشار إليه القاضي عدنان مابح بدر، المصدر السابق، ص ١٣٩.

(٣) قرارها (٢٤/ الهيئة المدنية/ ٢٠١٤) في ١٤/ ٨/ ٢٠١٤ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٦.

عدم وجودها لدى المدّعى عليهما ممّا تكون الدعوى فاقدة لسندها القانوني، ومن ثمّ واجب الرد، إذ يجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع في العين كلها في سكنى ومزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركاء، وجب عليه لهم أجر المثل...^(١).

أمّا الرأي الآخر فقد تبنته الهيئة الاستئنافية عقار في محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة ومضمونه يحكم بمنع المعارضة الحاصلة من المدّعى عليه الشريك حتى لو كانت المساحة الواضع اليد عليها بقدر حصته إذ ذهبت في قرارها الصادر عام ٢٠١٦ إلى (أنّ الحكم صحيح وموافق للقانون ذلك أنّ المدّعية/ المميّز عليها طلبت الحكم بإلزام المدّعى عليه/ المميّز بمنع المعارضة لها في الانتفاع بسهامها في القطعة المرقمة (٢) مقاطعة (٦٧) اصطبر، وإذ إنّ المحكمة أجرت تحقيقاتها في الدعوى وتبيّن لها من خلال الكشف وتقرير الخبير المساح أنّ المدّعى عليه يستغل مساحة (١٨٤٢، ٥م) من تلك القطعة ومشيد عليها معمل بلوك وأسس محلاً قيد الإنشاء مع وجود محل لبيع المواد الإنشائية وثلاثة محلات أخرى وساحة لبيع المواد الإنشائية أيضاً، وإذ إنّ المدّعى عليه أقرّ بعائدية المشيدات إليه ودفع بأنّه لا يستغل أكثر من سهامه ولما كانت دفعه مردودة لتعارضها مع الأحكام المقررة للملكية الشائعة التي عدّت كلّ شريك من الشركاء أجنبياً في حصته فيما يخصّ الآخر وأنّ كلّ واحد من الشركاء في الشيوع يملك في كلّ ذرة من ذرات المال الشائع (١٠٦١، ١٠٦٢) من القانون المدني، وإذ إنّ الحكم البدائي قضى بإلزامه بمنع المعارضة من دون التسليم وأيدته محكمة الاستئناف بحكمها المميّز؛ لذا قرّر تصديقه ورَدَ الطعن التمييزي وتحميل المميّز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق^(٢)، وانتهت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة إلى اتجاه مفاده أنّ الملكية الشائعة يجوز بمقتضاها للشركاء الاستغلال والانتفاع في الملك الشائع كلّاً بقدر سهامه فيه، أمّا إذا تجاوز أحد الشركاء على سهام الشركاء الآخرين فليس لهم إلّا المطالبة بأجر المثل كتعويض لهم من جرّاء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم المملوكة على وجه الشيوع، وإذا كان التعويض غير مجزٍ فلهم الحق بطلب إزالة شيوع العقار على وفق القانون ما لم يوجد مانع قانوني يحول دون إجابة الطلب^(٣).

(١) قرارها المرقم (١٢٨/ موسعة مدنية/ ٢٠١٦) في ١٦ / ٥ / ٢٠١٦ أشار إليه القاضي عدنان بدر مابح، المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٢) قرارها (١٧٣٢/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٦) في ٤ / ٤ / ٢٠١٦ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٣) قرارها (٤٠٤/ الهيئة العامة/ ٢٠١١) في ٢٨ / ٢ / ٢٠١٢ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٤٠.

٤- في حال دفع المُدَّعى عليه في دعوى منع المعارضة بالتقادم المسقط للدعوى فإنّ هذا الدفع غير منتج في الدعوى؛ ذلك أن فعل الغصب هو فعل غير مشروع بالأصل وذو طبيعة مستمرة، ومن ثمّ لا يخضع لمدد السقوط، وهذا ما بينته محكمة التمييز المؤقّرة بموجب قرارها الصادر عام ١٩٩٦ الذي جاء فيه إذ (إنّ المُدَّعية أسست دعواها على واقعة الغصب، وإذ إنّ الغاصب ملزم برد المغصوب إذا تأيّد الواقعة عينا ولما كان الغصب من الأعمال غير المشروعة التي لا يرد عليها الدفع بالتقادم، فكان على المحكمة المضي في نظر الدعوى على وفق الأصول)^(١).

المطلب الرابع

التطبيقات القضائية لدعوى منع المعارضة واتجاهات محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة

إنّ التطبيقات القضائية غنية بدعاوى منع المعارضة على صورها المختلفة وسنحاول الإشارة إلى هذه التطبيقات واتجاهات محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة بصدها في الفروع الآتية:

الفرع الأوّل

التطبيقات القضائية لدعوى منع المعارضة

سنبحث في هذا الفرع أهم التطبيقات الشائعة لدعوى منع المعارضة والتي تُقام أمام القضاء العراقي، وعلى النحو الآتي:

(١) قرارها المرقم (١٠٢/ مدنية ثالثة/ ١٩٩٦) في ١٧ / ١ / ١٩٩٦، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٤٢.

أولاً: في مجال إشغال العقار من دون وجه حق (الغصب):

إذ استقر القضاء العراقي على إصدار الأحكام الخاصة بمنع معارضة المالك في ملكه من قبل الغاصب أو شاغل العقار من دون وجه حق مع إلزام الغاصب برد ما غصبه مع أجر المثل، وهذا ما ذهبت إليه محكمة بداءة الكاظمية في القرار الصادر عام ٢٠٢٠ الذي جاء فيه (وإذ إنّ إشغال المدّعى عليه الأول لمساحة من عقار المدّعي من دون سند قانوني يجعله بمثابة الغاصب للمساحة المشغولة، وإذ إنّ غاصب العقار ملزم برده إلى صاحبه مع اجر مثله، وإذ إنّ كلّ شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، ولما جاء بتقرير الخبراء السبعة والمرتمس المرفق به والذي كان معللاً ومفصلاً ومنسجماً مع تكليف المحكمة ممّا يجعله صالحاً لاتخاذ سبباً للحكم، وعليه قررت المحكمة الحكم بالإلزام المدّعى عليه (أ. ر. ش) بمنع معارضته للمدّعين (ط و ح و ب و أ و ن و ه و ش) أولاد (م. ط. ح) من الانتفاع بسهامهم في العقار المرقم (٢٨ / ٦م) عطيفية، وتُسَلَّم المساحة التي يشغلها من العقار المذكور والمحددة بموجب تقرير الخبراء السبعة...) (١)، وقد أيدت محكمة استئناف بغداد الكرخ/ الهيئة الاستئنافية الثانية قرار محكمة بداءة الكاظمية سابق الذكر، إذ جاء في قرارها الصادر في ١٧ / ٩ / ٢٠٢٠ (... وقد ثبت لمحكمة الموضوع إشغال المستأنف للمساحة المحددة في العقار أعلاه من خلال الكشوفات التي أجرتها على العقار وإشغاله يُعدّ تجاوزاً على العقار ممّا يُعدّ غاصباً للمساحة المشغولة من قبله، وإذ أنّ المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب برده لصاحبه مع أجر مثله فتكون دعوى المستأنف عليهم لها سندها من القانون وحرية بالإجابة، وهو ما قضت به محكمة الموضوع فيكون حكمها صحيحاً وموافقاً للقانون، ولكل ما تقدّم تقرر تأييد الحكم البدائي الصادر من محكمة بداءة الكاظمية) (٢).

وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة الهيئة الموسعة في قرار حديث لها بتصديق قرار محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية الذي تضمن تأييد قرار محكمة البداءة برد دعوى المدّعية بطلب منع معارضة المدّعى عليهما في استغلال الدار العائد لها، إذ جاء في قرارها الصادر ٢٠٢٢/٣/١٦ (... ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وُجِدَ أنّه صحيح وموافق للقانون؛ ذلك أنّ محكمة الاستئناف قضت في حكمها المميّز بتأييد الحكم البدائي المرقم (١١٨٢/ب/٢٠٢٠) في ٣٢/٩/٢٠٢١ والذي جاء اتباعاً لقرار هذه المحكمة بالعدد

(١) قرارها المرقم (٥٤٦/ب/٢٠١٩) في ٢٦ / ٢ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٥٩٦/س/٢٠٢٠) في ١٧ / ٩ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.

(٢٧٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٨/١٨؛ ذلك أن دعوى المُدَّعية (المميّزة) انصبّت على طلب إلزام المُدَّعى عليهما بمنع معارضتهما لها في استغلال دارها المشيَّدة على جزء من القطعة المرقمة(.....)، وإذ إنّ الثابت من سند العقار المبرز أنّ المُدَّعية غير مالكة أو شريكة في الحقوق التصرفية للقطعة موضوع الدعوى، وأنّ منع المعارضة تُقام من صاحب العقار المغصوب عملاً بأحكام المادة (١٩٧) من القانون المدني وأنّ إجابة دعوى المُدَّعية يعني إعطاؤها حق القرار والثبات على ملك الغير من دون سند من القانون؛ لذا فإنّ دعوى المُدَّعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد، وهذا ما قضى به الحكم البدائي وأيدته محكمة الاستئناف في حكمها المميّز والذي جاء متفقاً وأحكام القانون لذا قرّر تصديقه^(١).

ثانياً: في حالة انتهاء مدة عقد الإيجار:

إذ استقر القضاء العراقي على عدّ المستأجر الذي انتهى عقد إيجاره غاصباً للعقار المأجور ممّا يعطي للمالك الحق في إقامة دعوى منع المعارضة واستعادة العقار المغصوب، وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف المثنى الاتحادية بصفقتها التمييزية في قرارها الصادر في ٨ / ٥ / ٢٠٠٦ الذي جاء فيه (وإنّ العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه قد انتهى بتاريخ ١٥ / ٣ / ٢٠٠٦ وقد ورد في الفقرة الأولى منه بالتزام الطرف الثاني المستأنف عليه بتسليم المأجور خالياً من الشواغل من دون حاجة لإنذار رسمي أو حكم قضائي لذلك فإنّ استمرار المستأنف عليه بإشغال الجزء المراد تخليته في الدعوى من دون موافقة المالك يعطي حقاً للمالك بإقامة دعوى منع المعارضة واستعادة العقار المغصوب)^(٢).

ثالثاً: في مجال الانتفاع بالحصة المائية لإرواء الأراضي:

إذ حيث ذهبت محكمة استئناف المثنى بصفقتها الأصلية بموجب قرارها الصادر في ٣٠ / ٦ / ٢٠١٠ إلى فسخ الحكم البدائي الصادر عن محكمة بداءة الرميثة وإلزام المستأنف عليهما بمنع معارضتهما لسقي أرضه الزراعية إذ جاء في حيثيات قرارها (ومن خلال الكشف الذي أجرته بتاريخ ٢١ / ٦ / ٢٠١٠ والذي تبين من خلاله أنّ المستأنف عليه (المُدَّعي) أخطر إلى سقي أرضه من خلال نصب مضخة على الميزل الرئيس المؤشر على المرتسم كما تأيّد

(١) قرارها المرقم (٨٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٣/١٦، قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٣٠/س/٢٠٠٦) في ٨ / ٥ / ٢٠٠٦ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٥٢.

للمحكمة عدم وجود منفذ أروائي آخر يمكن للمُدَّعي إرواء أرضه من خلاله عدا المنفذ المستحدث والذي يعارضه المستأنفين في الانتفاع به وهو ما أفادت به البيئة الشخصية المستمعة موقعياً من قبل محكمة البداية وتعزَّز ذلك بالكشف الذي أجرته هذه المحكمة وعليه ولكل ما تقدّم قرّر فسخ الحكم البدائي الصادر بالدعوى (٢٣٧/ب/ ٢٠٠٩) في ٢١/٤/٢٠١٠ فسخاً جزئياً والحكم بإلزام المستأنفين (المُدَّعي عليهما) بمنع معارضتهما للمستأنف عليه (المُدَّعي) بالانتفاع بالحصّة المائية من النهر المستحدث لسقي أرضه الزراعية^(١) وقد صدّق قرار المحكمة تمييزاً^(٢).

رابعاً: في مجال منع دائرة التسجيل العقاري بالتصرف بالعقار لوجود معاملة فتح بيان:

إذ استقر القضاء العراقي على إلزام وزير العدل إضافةً لوظيفته بمنع معارضته للمُدَّعي من التصرف في عقاره إذ إنّ معاملة فتح البيان تُعدُّ إجراءات أولية وأنّ البيان لا يعدّ تسجيلاً نهائياً ولا قيمة قانونية له تمنع من التصرف بالعقار، إذ جاء قرارها الصادر في ٦/٣/٢٠٢٢ (...). ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وُجِدَ أنّه صحيح وموافق للقانون إذ إنّ العقار المرقم (٠٠) م ١٨ العامرية مسجل باسم المُدَّعي/ المميّز عليه مناصفة مع الشريكة (هـ، ق، خ) وأنّه يرغب بالتصرف بسهامه إلّا أنّ المُدَّعي عليه المميّز/ إضافةً لوظيفته يمتنع عن إجراء التصرفات بحجة وجود معاملة فتح بيان وأنّ المعاملة الجديدة تتطلب حضور المشتري والبايع لإبطال البيان السابق، ولأنّ فتح البيان هو مقدمة لمعاملة بيع تتبعها إجراءات أخرى وأنّ وجود استمارة فتح البيان لا يمنع المالك من التصرف بملكه، وتكون معارضة المُدَّعي عليه/ المميّز لا سند لها من القانون ويقتضي منعها، وهو ما قضى به الحكم المميّز لذا قرّر تصديقه^(٣).

(١) قرارها المرقم (١٢١/س/ ٢٠١٠) في ٣٠/٦/ ٢٠١٠ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٢١٧/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٠) في ٥/ ١٢/ ٢٠١٠ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ١٣٦.

(٣) قرارها المرقم (٧٠٧/ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٢٢) في ٦/٣/٢٠٢٢، قرار غير منشور.

الفرع الثاني

اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في دعوى منع المعارضة

سيتم الإشارة في هذا الفرع إلى أهم قرارات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في مجال تطبيق قانون حق السكنى:

استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على حق المالك في إقامة دعوى منع المعارضة ضد مَنْ يَنازعه في ملكه استعمالاً واستغلالاً ومنفعةً في حال ثبوت الملكية، أما إذا عجز شاغل العقار عن إثبات شرعية إشغاله للعقار كأن يعجز عن إثبات نقل الملكية له أو عجزه عن إثبات كونه مستأجر للعقار فإنَّ محكمة التمييز الاتحادية الموقرة استقرت على عدّه غاصباً تطبيقاً للمادة (١٩٧) من القانون المدني، وهذا ما ذهبت إليه في قرارها الصادر في ١٢ / ١١ / ٢٠١٣ الذي جاء فيه (إذا عجز المُدَّعى عليه عن إثبات دفعه بأنّه مستأجر للعقار موضوع الدعوى من المُدَّعين وطلب تحليفهم اليمين الحاسمة والتي حلفوها فعلاً فيكون قد خسر دفعه كونه مستأجر للعقار ويُعدُّ غاصباً للعقار ويلزم برده إلى ماله (المادة ١٩٧ مدني)^(١)، وذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرار آخر والصادر في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ الذي جاء فيه (وحيث أنَّ العقار موضوع الدعوى يعود للمُدَّعي وأنَّ الثابت بأنَّ المُدَّعى عليها شغلت العقار موضوع الدعوى بعد إطلاقها من المُدَّعي فبقيت شاغلة للعقار بموجب الفقرة (ثانياً) من الحكم المرقم (٣٢٢٥ / ش / ٢٠١٢) في ١٨ / ٩ / ٢٠١٢ الصادر عن محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية وابتداءً من تاريخ ١٥ / ٧ / ٢٠١٢ لمدة ثلاث سنوات، وإذ إنّ مدّة الثلاث سنوات تكون قد انتهت قبل إقامة الدعوى في ٥ / ٨ / ٢٠١٥ ممّا يقتضي إلزامها بمنع المعارضة إذ تُعدُّ غاضبة لمنفعة العقار المذكور، وإذ إنّ المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله (م ١٩٧ مدني)؛ لذا قرّر تصديق الحكم المميّز ورد الطعن التمييزي)^(٢).

وكذلك استقرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على استحقاق المالك لأجر المثل عن إشغال العقار المملوك للمُدَّعي من دون وجه حق، إذ ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة

(١) قرارها المرقم (٥٩٦٢ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١٣) في ١٢ / ١١ / ٢٠١٣ المصدر اعلاه، ص ٢٩٣.

(٢) قرارها المرقم (٧٤٣ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١٦) في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.

في قرارها الصادر في ٢٢ / ٢ / ٢٠١٦ إلى أنه (ذلك أن محكمة الاستئناف استجابت لطلب وكيل المميز وانتخبت خمسة خبراء وقدموا تقريرهم المؤرخ في ٢٧ / ١٢ / ٢٠١٥ والمتضمن ما يستحقه المميز من أجر المثل من إشغال المميز عليه للمحل المرقم (٢٦) علوة الرشيد وعن مدة المطالبة وكان تقريرهم صالحاً للحكم طبقاً لما نصّت عليه المادة (١٤٠ / أولاً) من قانون الإثبات؛ لذا تقرّر تصديق الحكم المميز ورد العريضة التمييزية)^(١)

ثانياً: في مجال الملكية الشائعة:

إذ استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على حق أيّ شريك في المال الشائع إقامة دعوى منع المعارضة وممارسة هذا الحق القانوني لحفظ المال الشائع في حال حصول تعدّد أو وضع اليد أو الغصب من دون أن يحتاج ذلك لموافقة بقية الشركاء، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز بموجب قرارها الصادر في ١٢ / ١٢ / ٢٠١٧ الذي جاء فيه (إنّ إقامة دعوى منع المعارضة وإعادة الأجزاء المغصوبة من الأرض الشائعة يُعدّ صورة من صور حفظ المال الشائع التي يقيمها الشريك إذ إنّ له اتخاذ الإجراءات اللازمة كافة لحفظ المال الشائع استناداً إلى المادة ١٠٦٦ من القانون المدني)^(٢). كما استقرت في حالة كون المدّعى عليه في دعوى منع المعارضة بضمن أحد الشركاء فيكون الحكم بمنع المعارضة من دون التسليم، إذ لا يتضمن الحكم تسليم الجزء خالياً من الشواغل؛ لأنّ المتداعيين هما شركاء في العقار، ومن ثَمَّ فإنّ إقامة دعوى منع المعارضة من قبل أحد الشركاء على شريك آخر فإنّه ليس للمحكمة أن تنظم مرتسماً وتعدّه جزءاً من الحكم عند التنفيذ؛ لأنّ حالة إعداد مرتسم توضيحي يكون في حالة غصب العقار من قبل شخص أجنبي على وفق ما تقضي به المادة (١٩٧) من القانون المدني^(٣)، إذ لا يجوز للشريك أن يعارض الشريك الآخر في إقامة بناء بضمن العقار المشاع في حدود سهامه المشاعة؛ لأنّه في الملكية الشائعة يكون كلّ شريك هو أجنبي عن حصة الشريك الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأيّ وجه من دون رضاه، وفي ذات الوقت يملك كلّ شريك حصته الشائعة ملكاً تاماً

(١) قرارها المرقم (٩٥٥ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١٦) في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٢١٤ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١٧) في ١٢ / ١٢ / ٢٠١٧ أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٤١٣.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٠٠٦ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥) في ٢٨ / ٤ / ٢٠١٥ أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٤١٢.

وله حق الانتفاع بها واستغلالها^(١). كما استقر اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على عدّ عقد الإيجار الزراعي المبرم على وفق القرار (٣٥) لسنة ١٩٨٣ الذي يتعلق باستغلال منفعة الأرض الزراعية لا يعدّ من قبل المال الشائع بين المستأجرين؛ ذلك أن أحكام الشيوخ الواردة في القانون المدني تقتصر على الحقوق العينية، ومنها حق الملكية وحق التصرف، أمّا التعاقد مع أكثر من شخص بعقد زراعي واحد فيكون استغلال الأرض بالاشتراك بينهم أو بحسب ما ترتأيه دائرة الزراعة وهذا ما ذهبت إليه في قرارها الصادر في ٣١ / ٧ / ٢٠١٨ الذي جاء فيه (لأنّ تطبيق أحكام الشيوخ تقتصر على الحقوق العينية الأصلية ومنها حق الملكية وحق التصرف والتي بموجبها يمتلك الشركاء كلّ ذرة من ذرات المال الشائع ممّا يتعذر التسليم عند إقامة دعوى الغصب بين الشركاء أمّا حق الانتفاع في الأرض على وفق القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ فإنّ المستأجرين بموجبه وإن كانوا شركاء في استغلال عموم الأرض إلّا أنّ هذا لا يمنع الأخذ بالاتفاق الحاصل بينهم والذي بموجبه سيستقل كلّ واحد من الشركاء في العقد بجزء معيّن ومحدد المساحة، ويعدّ هذا الاستغلال بالجزء المحدد بمنزلة (مهاينة مكانية) ستستمر طيلة مدّة نفاذ العقد؛ لأنّ الاتفاق قد حصل على الاستغلال بمنفعة الأرض لا بعينها)^(٢).

ثالثاً: في مجال المطالبة بالديون:

فقد استقرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على عدم مطالبة العسكري باطفاء الديون المترتبة على القروض بأكثر من (٥٠%) بما في ذلك القروض الممنوحة قبل ٢٠٠٤، إذ جاء في قرارها الصادر في ١٩ / ١ / ٢٠٢١ ما يأتي (ولدى عطف النظر على الحكم المميّز تبين بأنّه صحيح وموافق للأصول وأحكام القانون ذلك أنّ دعوى المدّعي/ المميّز عليه انصبت على المطالبة بالإلزام المدّعى عليه/ المميّز بمنع مطالبته بمبلغ الإطفاء والبالغ (٥٠%) من قيمة القرض الممنوح له، إذ إنّ الثابت من التحقيقات التي أجرتها محكمة الموضوع أنّ المدّعي/ المميّز عليه عسكري ومشمول بإطفاء (٥٠%) من القرض الممنوح له على وفق ما نص عليه قرار مجلس الوزراء (المنحل) بالعدد (٥٨٦١) في ٩ / ٧ / ٢٠٠١ والذي أيّد مضمونه ونفاذه ما صدر عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء/ الدائرة القانونية بكتابها المرقم ١٧٣٠٢ في ١٦ / ٥ / ٢٠١١

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية (٥٠١٠/ استئنافية عقار/ ٢٠١٥) في ٣٠ / ٩ / ٢٠١٥ أشار إليه القاضي عدنان مابح

بدر، المصدر السابق، ص ١٢٩.

(٢) قرارها المرقم (٣٧٢٧/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٨) في ٣١ / ٧ / ٢٠١٨، قرار غير منشور.

المتضمن سريان مضمون قرار مجلس الوزراء المنحل المشار إليه آنفاً على القروض الممنوحة للعسكريين قبل عام ٢٠٠٤ مما تكون معه مطالبة المدعى عليه للمدعى بمبالغ سلف الإطفاء الزائدة عن (٥٠%) من مبلغ القرض من دون سند قانوني لذا تقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي^(١).

رابعاً: في مجال وضع اليد على منقولات المقاول المتعاقد مع الدولة:

إذ استقرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على عدّ وضع رب العمل يده على موقع العمل وموجودات المقاول المسحوب العمل منه استناداً إلى المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٧ المعدلة بموجب مسوغ شرعي طالما أنّ المقاول نافذة بين الطرفين؛ ذلك أنّ سحب العمل من المقاول لا ينهي المقاوله والتزامات المقاول وهذا ما قرره محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بموجب قرارها الصادر في ٢٢ / ٤ / ٢٠١٩ الذي جاء فيه (لذا فإنّ وضع المدعى عليه إضافةً لوظيفته يده على الآليات موضوع الدعوى بمسوغ شرعي من عدمه يتوقف على التحقيق من قبل المحكمة عن مصير عقد المقاوله المبرم بين المدعى عليه إضافةً لوظيفته وشركة سوريكو للمقاولات العامة بعد صدور قرار سحب العمل من الشركة فهل تمّ تنفيذ عقد المقاوله بصورة مباشرة أم تمّ إحالتها إلى مقاول آخر؛ لأنّ منط تطبيق أحكام المادة (٦٥) من الشروط العامة للمقاولات تدور وجوداً أو عدماً مع سريان أو انتهاء عقد المقاوله، فإذا ثبت سريان العقد لحد الآن ولم يتمّ فسخه لا رضاءً ولا قضاءً فتكون دعوى المدعى واجب الرد، أمّا إذا ثبت انتهاء عقد المقاوله فتكون دعوى المدعى واردة قانوناً؛ لأنّ المعدات المخصصة لتنفيذ أعمال المقاوله في المشروع التي يبذلها المقاول ويستعملها، والعائدة للغير لا يمكن بيعها ويجوز لرب العمل استخدامها فقط على وفق ما جاء بنص المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات بعد صدور قرار سحب العمل والمقترن بإحالة إكمال أعمال المشروع على مقاول آخر لتنفيذه أو التنفيذ المباشر من قبل رب العمل لتلك الأعمال)^(٢).

(١) قرارها المرقم (٥٥٠٦/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ١٩ / ٩ / ٢٠٢١، قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (١١٥/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٩) في ٢٢ / ٤ / ٢٠١٩، قرار غير منشور.

خامساً: في مجال وضع اليد لأغراض المنفعة العامة:

إذ استقر قضاء محكمة لتمييز الاتحادية الموقرة على أنّ وضع اليد أو إشغال العقارات لأغراض المصلحة العامة يجب أن يكون في حدود المسموح به قانوناً طالما أنّ أمام الغاصب بدائل متاحة يمكنهم اعتمادها، ومنها تأجير بناية أخرى أو تشييد بناية أخرى لأغراض تقديم خدماتها للجمهور، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها الصادر في ١٨ / ٢ / ٢٠٢٠ الذي جاء في حثياته (وجهة النظر المتقدمة بداءة واستثنائاً محل نظر وفي غير محلها؛ لأنّ الوقف يُعدّ من الأموال العامة؛ لأنّه يتمتع بالشخصية المعنوية والتي يمثلها قانوناً وشرعاً المتولي على الوقف وذلك استناداً لما جاء في المادة (٧١ / ١) من القانون المدني والتي نصت (تُعدّ أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون)، ولأنّ العقار موضوع الدعوى هو وقف خيري ولهذا وبدون ادنى شك فإنّه يعدّ مخصصاً لمنفعة عامة لجمهور الناس وعلى وفق ما جاء في شرط الواقف لذا فإنّ أيّ تجاوز عليه يلزم برفعه؛ لأنّ بقاء التجاوز يضر بالمنفعة العامة التي من ورائها ويسببها تمّ وقف العقار من قبل الواقف، وبهذا فإنّ القواعد التي استندت عليها المحكمة لا حضور لها في الدعوى؛ لأنّ الضرورات وإن كانت تبيح المحظورات ولكن تقدّر بقدرها ولأنّ دائرة التقاعد التي تشغل جزءاً من أرض الوقف هي دائرة خدمية وليست دائرة إنتاجية فإنّ قرار الحكم بمنع المعارضة ورفع يدها الغاصبة على أرض الوقف لا يؤثر في تقديمها للخدمات للمواطنين طالما توجد هناك بدائل متاحة يمكن اعتمادها من قبلهم ومنها تأجير بناية أخرى أو تشييد بناية أخرى في مكان آخر، إذ إنّ مناط تطبيق القواعد التي استندت إليها المحكمة في رد دعوى المدّعية يكون فقط في المشاريع الإنتاجية الحيوية والتي يفرض عنصر الموقع الجغرافي المميّز لذلك المشروع نفسه كواقع حال وما ينتج عن ذلك عدم الإقدام على المساس به عند إقامة دعوى منع المعارضة أو رفع التجاوز وذلك لعدم وجود البدائل وهذا يصرف على المشاريع الحيوية المتعلقة بالماء والكهرباء والمجاري والطاقة على سبيل المثال والتي يؤدي إزالتها إلى ضرر بالمصلحة العامة)^(١)، أمّا إذا كان وضع اليد على العقار من قبل وحدات الجيش العراقي والمكلفة بواجب أمني وتأييد من مراجع هذه الوحدات لأسباب تتعلق بأهمية موقع هذه العقارات من الناحية الأمنية، أو لأسباب طارئة، أو ظروف استثنائية لأجل حماية سكان المنطقة وأراضيهم وأعراضهم من الإرهاب فإنّ دعوى منع المعارضة تكون واجبة الرد؛ لأنّ درء المفساد أولى من جلب المنافع والضرر الخاص يتحمل لدرء الضرر العام^(٢).

(١) قرارها المرقم (٨٥٩/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢٠) في ١٨ / ٢ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٨٦٦/ الهيئة الاستئنافية/ عقار) في ١٦ / ٢ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.

سادساً: في مجال تطبيق قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل:

إذ ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة إلى تأييد اتجاهات المحاكم بصدد منح المستثمر المتعاقد مع الدولة حق إقامة دعوى منع المعارضة لأغراض تسليم العقار محل الاستثمار تطبيقاً للقانون المذكور، إذ ذهبت في قرارها الصادر في ١٩ / ٩ / ٢٠٢١ إلى (...) ولأن الإجازة الاستثمارية قد مُنحت للمُدعي استناداً لأحكام قانون الاستثمار المعدل ولأنّ نظام بيع وإيجار عقارات وأراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار والمساحة رقم (٦) لسنة ٢٠١٧ ألزم في المادة (١/ ثالثاً) منه تسليم العقار موضوع الإجازة الاستثمارية إلى المستثمر خالياً من الشواغل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التخصيص؛ لذا فإنّ معارضة المدّعي عليهما/ إضافةً لوظيفتهما الأول وزير المالية والثاني وزير الشباب والرياضة للمدّعي/ إضافةً لوظيفته من تسليم العقار أعلاه له من دون مسوغ قانوني ممّا يقتضي منع هذه المعارضة وتسليم العقار للمدّعي/ إضافةً لوظيفته لغرض تأمين مباشرته بتنفيذ العقد موضوع دعوى الإجازة الاستثمارية، وهذا ما قضى به في الحكم البدائي والذي تمّ تأييده استئنافاً، وأنّ الحكم المميّز جاء متفقاً وأحكام القانون^(١).

(١) قرارها المرقم ٣٠٤٦ / ٣٠٤٧ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢١ في ١٩ / ٩ / ٢٠٢١، قرار غير منشور.

المبحث الثالث

مفهوم دعوى رفع التجاوز

سنبحث في هذا المبحث دعوى رفع التجاوز وتمييزها من الدعاوى الأخرى وطبيعتها وشروط إقامتها وإثباتها والتطبيقات القضائية الخاصة بها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف دعوى رفع التجاوز وتمييزها من الدعاوى الأخرى

سنخصص هذا المطلب لتناول تعريف دعوى رفع التجاوز وتمييزها من الدعاوى الأخرى في الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف دعوى رفع التجاوز

دعوى رفع التجاوز إحدى دعاوى الملكية بمعنى آخر هي إحدى الدعاوى التي تحمي حق الملكية؛ ولذلك فإن الأصل لمالك العقار المتجاوز عليه أن يقيم دعوى أمام محكمة البداية المختصة نوعياً بنظر الدعوى يطلب رفع التجاوز الواقع على ملكه، وكذلك الحال يحق لصاحب حق التصرف^(١) في الأرض المملوكة للدولة أن يطلب رفع التجاوز على أرضه ودون حاجة لإدخال وزير المالية خصماً في الدعوى، فدعوى رفع التجاوز تهدف إلى رفع أي تجاوز واقع على حق الملكية أو الحقوق المتفرعة عنها كحق التصرف كما بينا، سواء كان هذا التجاوز واقع من شخص أجنبي كالغاصب الذي يقيم منشآت أو أبنية أو يتجاوز بالمساحة على أرض المالك، أو إذا وقع التجاوز من قبل شاغل العقار موضوع الدعوى بطريقة مشروعة كالمستأجر الذي يقيم منشآت أو أبنية من شأنها إحداث تغيير جوهري في العقار المأجور أو تغيير الغرض من الإيجار، أو أي تجاوز خلافاً لشروط العقد، ولذلك فإن إقامة هذه الدعوى يتطلب تقدير قيمة المنفعة السنوية للجزء المتجاوز عليه بمبلغ معين من المال لغرض تسديد رسوم الدعوى وعند عدم التقدير تلجأ المحكمة إلى تطبيق أحكام المادة (١٤) من قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤)

(١) تنظر المواد (١١٦٩ _ ١٢١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

لسنة ١٩٨١ إذ يتم تقدير أقيام العقارات عن طريقة انتخاب الخبراء لإجراء المعاينة^(١).
إنّ دعوى رفع التجاوز تنصب على التجاوز الحاصل بالمشيّدات أو المغروسات الثابتة وليس بالاستغلال أو وضع اليد على الأرض أو زراعة المحاصيل الموسمية ذلك؛ لأنّ تلك المحاصيل وقتية ومن الممكن أن يزال أثرها قبل اكتساب الحكم درجة البتات وبذلك يحصل إشكال عند تنفيذ الحكم لعدم بقائها، إذ إنّ دعوى رفع التجاوز تنصبّ على فعل إحداث المشيّدات أو المغروسات الثابتة كالنخيل^(٢).

الفرع الثاني

التمييز بين دعوى رفع التجاوز والدعوى الأخرى

سنبحث في هذا الفرع أوجه الشبه والاختلاف مع بعض الدعاوى ذات الصلة الوثيقة مع هذه الدعوى، وعلى النحو الآتي:

أولاً: التمييز بين دعوى رفع التجاوز ومنع المعارضة:

قد يبدو لأوّل وهلة أنّه ليس هنالك فرق بين دعوى رفع التجاوز ومنع المعارضة وأنّ الاختلاف يكمن في النتيجة فقط؛ لأنّ هدف كلا الدعويين رد الاعتداء أو التجاوز الواقع على الملكية، إذ تشترك هاتان الدعويان بوصفهما من دعاوى الملكية التي تستهدف حماية حق الملكية، ومع ذلك فقد أفرز التطبيق القضائي وجود اختلافات بين هاتين الدعويين نوجزها بالآتي:

١ - المدّعي في دعوى منع المعارضة هو المالك أو صاحب حق المنفعة فيه شرط ثبوت الملكية في حين أنّ دعوى رفع التجاوز تُقام من قبل صاحب الحق العيني على العقار فقط

(١) تظهر أهمية تقدير أقيام العقار في دعوى رفع التجاوز عند الطعن بالأحكام إذ يجوز للخصوم الطعن بطريق الاستئناف في أحكام محاكم البداية الصادرة بدرجة أولى في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها مليون دينار ومن ثم الطعن بها تمييزاً أمام محكمة التمييز الاتحادية، أمّا إذا كانت قيمة الدعوى لا تزيد على مليون دينار فتكون محكمة التمييز الاتحادية هي المختصة بنظر الدعوى عند النظر بالحكم الصادر من محكمة البداية في دعوى رفع التجاوز، تنظر المادة (١٨٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٨٣ المعدّلة بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٥٦/١٥٧) / الهيئة الاستئنافية عقار (٢٠١٦) في ٢٥ / ٧ / ٢٠١٦ أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٤٣٥.

وهذا ما قررته محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة بقرارها الصادر في ١٠/١٠/٢٠١٧ الذي جاء فيه (إنّ دعوى رفع التجاوز يمكن إقامتها من قبل صاحب الحق العيني على العقار فقط ولا يمكن قبولها من المدّعي إذا كان يستمد حقوقه من عقد الإيجار أو الاستئجار بوصفه مستأجرًا فهو صاحب حق شخصي ولا يمكن له ممارسة هذا الحق)^(١).

٢- إنّ دعوى منع المعارضة يكون فيها الغاصب قد وضع يده على جزء من العقار واستغله لمصلحته وبطلب المدّعي رفع يده من هذا الجزء في حين أنّ دعوى رفع التجاوز تقتضي وجود فعل مادي من الغاصب بالبناء أو الغراس يطلب المدّعي إزالته، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة في قرارها الصادر في ١٥/٦/٢٠٠٠ الذي جاء في حيثياته (...وبذلك فإنّ الفرق واضح بين الدعويين فكان يتعيّن على محكمة الاستئناف مع هذا التفسير للدعويين وعلى وفق ما تقدّم من تفصيلات أن تتحقق عن ماهية التجاوز المنسوب إلى المميّز الذي يتمثل بالغرس أو البناء تحديدًا نافيًا للجهالة الفاحشة، إذ إنّ ما تحققت عنه محكمة البداية لا يمت بصلة لدعوى رفع التجاوز وإنّما انصبّ على قيام المميّز بوضع يده على جزء من العقار وزراعته بالورقيات وإشغال الدار، فإذا تبيّن للمحكمة بعد إكمال تحقيقاتها عدم وجود تجاوز من قبل المميّز بالمعنى المشار إليه فينبغي فسخ الحكم البدائي ورد الدعوى لعدم ثبوتها ويحق للمدّعية آنذاك إقامة دعوى منع المعارضة)^(٢).

٣- إنّ دعوى منع المعارضة تُقام على الغاصب فقط أمّا دعوى رفع التجاوز فتقام على الغاصب وعلى صاحب الحق بالإشغال إذا تجاوز ببناء مشيّدات خلاف ما نص عليه العقد، وبمعنى آخر إنّ كلّ شخص محكوم بمنع معارضة هو (غاصب) ولكن المحكوم عليه برفع التجاوز لا يشترط بالضرورة أن يكون غاصبًا، فقد يكون شاعلاً للعقار بموجب عقد صحيح ولكنه تجاوز شروط العقد بأحداث منشآت من دون علم المالك وموافقته، وهذا ما قررته محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة بموجب قرارها الصادر في ٢٩/١/٢٠٠٩ الذي جاء فيه وإذ (ثبت من أنّ المميّز عليه/ المدّعى عليه فلاح في عموم القطعة أعلاه فيكون

(١) قرارها المرقم (٤٦٤/٤٦٥ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٧ / في ١٠ / ١٠ / ٢٠١٧. أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٤٣٤.

(٢) قرار محكمة التمييز المؤقّرة (١٧٣٩/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٩) في ١٥ / ٦ / ٢٠٠٩، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

استغلاله لها بموجب علاقته الزراعية ولا يُعدُّ غاصباً لمنفعتها فلا تصح دعوى منع المعارضة بالانتفاع وطلب تسليم هذا الجزء، أمّا فيما يخصّ الادّعاء بشأن تجاوز المميّز عليه على الأرض بغرسها بالأشجار الدائمة فإنّه يشكل موضوعاً لدعوى رفع تجاوز، إن شاء المميّزون إقامتها وإن توافرت شروطها؛ ذلك أنّ العلاقة الزراعية بحد ذاتها لا تبيح للفلاح غرس الأشجار في الأرض موضوع تلك العلاقة من دون اتفاق مع أصحاب حق التصرف، ولأسباب أعلاه تكون دعوى المميّزين بطلب منع المعارضة وتسليم الجزء المتنازع عليه غير واردة قانوناً للأسباب المتقدّمة، وبما أنّ محكمة الاستئناف قد فسخت الحكم البدائي وردت الدعوى لسبب آخر فيكون حكمها صحيحاً وموافقاً للقانون من حيث النتيجة قرّر تصديقه ورد اللائحة التمييزية...^(١).

٤- إنّ دعوى منع المعارضة قد ترد على العقار أو المنقول، وسواء كان المدّعى عليه شريكاً أم أجنبياً في العقار موضوع الدعوى، في حين أنّ دعوى رفع التجاوز ترد على العقار فقط والغاصب الأجنبي، إذ للمدّعي إمّا أن يطلب أجر المثل أو يطلب إزالة شيوخ العقار، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة بموجب قرارها المؤرخ في ١٨ / ٨ / ٢٠١٥ الذي جاء فيه (لا يحق للشريك على الشيوخ المطالبة برفع التجاوز الحاصل من الشريك الآخر على جزء من حصته المشاعة في العقار، وإنّما له الحق بالمطالبة بأجر المثل أو إزالة الشيوخ للعقار المشاع)^(٢)، أمّا إذا كان الغاصب أجنبياً للعقار المشاع فإنّ رفع التجاوز عن العقار المشاع الصادر لأحد الشركاء يُعدُّ صادراً لصالح جميع الشركاء وهذا ما قرّره محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة بموجب قرارها المؤرخ في ٢٦ / ١١ / ٢٠١٥ الذي جاء فيه (إذا صدر حكم سابق لصالح أحد الشركاء برفع التجاوز على العقار المشاع فإنّه يكون قد صدر لصالح جميع الشركاء ولا يجوز لشريك آخر إقامة دعوى جديدة برفع التجاوز؛ لكونه لا يجوز قبول دليل يناقض حجية الأحكام الباتة عملاً بأحكام المادة (١٠٦) من قانون الإثبات العراقي)^(٣).

(١) قرارها المرقم (٣٤٨ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٩) في ٢٩ / ١ / ٢٠٠٩، قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٢٣٦٢ / استئنافية عقار / ٢٠١٥) في ١٨ / ٨ / ٢٠١٥، أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ٤٣٩.

(٣) قرارها المرقم (٥٠٢٩ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥) في ٢٦ / ١١ / ٢٠١٥، أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ٤٣٨.

٥ إنَّ الحكم الصادر بدعوى منع المعارضة يتضمن تمكين المالك من ممارسة مكنات الملكية على العقار أو المنقول المغصوب في حين أنَّ الحكم الصادر في دعوى رفع التجاوز يتضمن قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع^(١)، وهذا ما قرره محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بموجب قرارها المؤرخ ١٨ / ٢ / ٢٠١٨ الذي جاء فيه (إذا تبينَّ بأنَّه سبق للمدَّعي عليه وأن استحصل على قرار حكم قضائي مكتسب درجة البتات قضى بإلزام المدَّعي في هذه الدعوى برفع التجاوز الحاصل من قبله على جزء من العقار العائد له، وتسليم الجزء المذكور خاليًا من الشواغل فإنَّ دعوى المدَّعي هذه بطلب إلزام المدَّعي عليه بقيمة المشيّدات التي قام ببنائها على الجزء المتجاوز عليه مستحقة للقلع، فإنَّ مثل هذه الدعوى واجبة الرد؛ لأنَّ خيار تملك المشيّدات التي يحدثها المتجاوز على أرض غيره متروك لرغبة صاحب الأرض متى ما كان قلعها مضرًا بالأرض وليس أن يملكها جبرًا، عملاً بأحكام المادة (١١١٩) من القانون المدني، وإذ إنَّ المدَّعي عليه رفض تملكها حتى وإن كان قلعها مضرًا بالأرض ممّا يجعل دعوى المدَّعي واجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم المميّز فقرّر تصديقه^(٢)، أمّا إذا كانت المنشآت المحدثّة من قبل الشريك في المال الشائع فلا يحق للشركاء طلب قلع المحدثات، بل يحق لهم المطالبة بأجر المثل تعويضًا لهم فإذا كان أجر المثل غير مجزٍ فلهم طلب إزالة الشبوع على وفق القانون، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها المؤرخ ٢٨ / ٢ / ٢٠١٢ الذي جاء فيه (أمّا في الملكية الشائعة فإذا حصل فيها الاستغلال أو الانتفاع ليس من الأغيار بل من أحد الشركاء من دون إذن شركائه فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة بأجر المثل كتعويض لهم جزاء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الآخرين وإذا كان هذا التعويض غير مجزٍ فلهم الحق بطلب إزالة شيوخ الملك على وفق القانون^(٣)).

(١) نص المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل على أنّ (إذا أحدث شخص بناءً أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنّها مملوكة لغيره دون رضاه صاحبها، كان لهذا أن يقلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع).

(٢) قرار محكمة التمييز الموقرة المرقم (٨٧٣/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٨) في ١٨ / ٢ / ٢٠١٨، أشار إليه القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة لعام ٢٠١٨، القسم المدني، ج٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص ١٢٨.

(٣) قرار الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية الموقرة المرقم (٤٠٤/هيئة عامة / ٢٠١١) في ٢٨ / ٢ / ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء العدد (٤)، السنة (٣)، ص ٢٣١.

ثانيًا: التمييز بين دعوى رفع التجاوز ودعوى التملك:

قد يبدو لأوّل وهلة أنّ هنالك تشابهًا بين دعوى رفع التجاوز ودعوى التملك على وفق القرار المذكور؛ لكون موضوع الدعويين يتعلق بالمنشآت والمحدثات، إلّا أنّ الفارق جوهري بين الدعويين يمكن إيجازه بالآتي:

١ - في دعوى رفع التجاوز فإنّها لا تُقام إلّا من المالك أو صاحب حق التصرف، ومن المعروف أنّ حق التصرف حق عيني عقاري خاص أوجده المشرّع العثماني وكرسه المشرّع العراقي وعدّه من الحقوق العينية العقارية المتفرعة عن حق الملكية، ولم يكن المشرّع العراقي موفقًا في اختيار هذا المصطلح؛ لكونه يثير الالتباس مع مصطلح حق التصرف بعدّه أحد عناصر الملكية^(١)، ولذلك نكون في دعوى رفع التجاوز أمام حق ملكية ثابت يتعرّض للتجاوز من قبل الآخرين، أمّا في دعوى التملك فنكون أمام حق ملكية قلق وغير ثابت وأنّ اصل الدعوى تتعلق بطلب التملك وليس التجاوز على عقار، فمن المعروف أنّ بيع العقار لا ينعقد إلّا إذا سُجِّلَ في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون^(٢)، فالتصرف العقاري لا ينعقد إلّا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(٣)، إلّا أنّ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ والمُعَدَّل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ الذي اوجد استثناءً على الأصل العام عندما أجاز تملك العقارات والأراضي الزراعية التي وضعت تحت تصرف المشتري وسكنها وأحدث فيها منشآت أو غرس بعد تاريخ الشراء بناءً على دعوى يقيمها المشتري أمام محاكم البداية التي يقع فيها العقار موضوع طلب التملك ويشترط في الدعوى هذه إثبات عقد البيع وأن يكون العقار المبيع بعقد بيع خارجي مسجل في دائرة التسجيل العقاري باسم البائع، إذ إنّ من شروط التعهد بنقل الملكية أن يكون البائع (المتعهد بنقل الملكية) مالكًا للعقار الذي تعهد بنقل ملكيته.

وكذلك يشترط في هذه الدعوى إثبات إشغال المشتري للعقار إذا كان دار سكن أو إنشاءه فيها منشآت وإحداثه تحسينات، أمّا إذا كانت أرضًا زراعية فيجب إثبات الغراس خلال المدّة التي تلت تاريخ شرائه للعقار، وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي إذ ذهبت محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية بقرارها المؤرخ ١٨ / ٣ / ٢٠١٣ الذي جاء فيه (....) ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وجد أنّه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها ذلك

(١) ينظر: عبد الله غزالي العزاوي، دراسات في قانون التسجيل العقاري، مطبعة الخيرات، ٢٠٠٠، ص ١٠٠.

(٢) المادة (٥٠٨) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المُعَدَّل.

(٣) المادة (٣/٢) من قانون التسجيل العقاري المرقّم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المُعَدَّل.

أنّ العقار موضوع الدعوى أرض زراعية وأنّ المدّعي شيّد فيها دار سكن، وإذ يتطلب تملك الأرض الزراعية على وفق أحكام القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدّل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ إحداث منشآت ذات طبيعة زراعية أو غرسها بالأشجار ولعدم توافر هذين الشرطين المذكورين في دعوى لذا فإنّها حرة بالرد وهذا ما قضى به الحكم المميّز؛ لذا قرّر تصديقه ورد الطعن التمييزي^(١).

٢ - في دعوى رفع التجاوز يعترض المالك في دعواه على مَنْ تجاوز على ملكه بالبناء أو التشييد أو الغراس الطويل الأمد، في حين من شروط دعوى التملك على وفق القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدّل عدم اعتراض البائع (المالك) تحريراً على سكن المشتري بالعقار أو إحداث مشيّدات أو غراس، وهذا ما أكدته محكمة استئناف بغداد/ الكرخ بصفقتها التمييزية في قرارها الصادر في ٢٩/١/٢٠٢٠ الذي جاء فيه (.... بعد التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ومشمّل على أسبابه تقرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميّز المؤرخ ١٢/١٢/٢٠١٩ تبيّن أنّه صحيح وموافق للأصول وأحكام القانون، ذلك أنّ وكيل المدّعي عليه قد أقرّ في جلسة ٢٠/١١/٢٠١٩ بصحة توقيع موكله على التعهد بنقل الملكية المبرم بين موكله والمدّعي بتاريخ ١٩/٣/٢٠١٩، ودفع بأنّ المدّعي لم يقدّم بإشغال العقار موضوع الدعوى، وأنّه قد أحدث تحسينات من دون علم موكله، وإذ إنّ الإقرار حجة على المقر، وإذ إنّّه قد ثبت من الكشف الذي أجرته محكمة البداية إشغال المدّعي للعقار موضوع الدعوى مع أفراد عائلته، وكذلك ثبت من تقرير الخبير القضائي أنّ المدّعي قد أحدث فيه تحسينات وإضافةً أبنية جديدة، عليه تكون شروط التملك المنصوص عليها في القرار رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدّل بالقرار رقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ متحققة في دعوى المدّعي، عليه تقرر تصديق الحكم المميّز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميّز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٩/١/٢٠٢٠^(٢).

٣ - في دعوى رفع التجاوز يجوز للمالك طلب إزالة هذا التجاوز بمجرد إحداثه بوصفه واقعة مادية، في حين أنّ التملك على وفق القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدّل يشترط أن يكون الإشغال والإنشاء والغراس بصورة مستمرة ودائمة شرطاً لنقل الملكية، وهذا ما قضت به

(١) قرارها المرقم (٢٠١٣/م/٣٣٤) في ١٨/٣/٢٠١٣، أشار إليه القاضي لفته هامل العجيلي، المختار في قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفقتها التمييزية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٥٦.

(٢) قرارها المرقم (٢٦/حقوقية / ٢٠٢٠) في ٢٩/١/٢٠٢٠، قرار غير منشور.

محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية بقرارها المؤرخ في ٢٥ / ٨ / ٢٠١٣ الذي جاء فيه (.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها إذ أقرّ وكيل المدّعي بأنّ وكيله قد شغل العقار (العمارة) لمدة ثم تركه، وإذ إنّ شرط السكن يجب أن يتحقق بشكل مستمر ولحين إقامة الدعوى، وكذلك أنّ سكن أحد شقق العمارة لا يُعدّ سبباً لتمليك وإنّما يتوجب قيام المدّعين بإضافة بناء أو إحداث مشيّدات وهذا ما استقر عليه قضاء هذه الهيئة لذا قرّر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي)^(١).

ثالثاً: التمييز بين دعوى رفع التجاوز وأجر المثل:

تتشترك دعوى رفع التجاوز ودعوى أجر المثل في كونهما من دعاوى الملكية التي يقيمها المالك ضد المتعدي على حق الملكية سواء كان غاصباً أو متجاوزاً أو واضع اليد، إلّا أنّ دعوى رفع التجاوز ترد على العقار في حين أنّ دعوى أجر المثل ترد على العقار أو المنقول، إذ يمكن إقامة دعوى رفع التجاوز من صاحب الحق العيني على العقار فقط، ولا يمكن قبولها من المدّعي إذا كان يستمد حقوقه من عقد الإيجار أو الاستئجار بعدّ المستأجر صاحب حق شخصي^(٢)، وأمّا دعوى أجر المثل فتدّ على العقار والمنقول.

إنّ هنالك حالات متعدّدة يستحق فيها المالك أجر المثل من الغاصب أو الشاغل أو واضع اليد على العقار أو المنقول، إذ تُقام الدعوى أمام محكمة البداية المختصة نوعياً في نظرها، كحالة إزالة شيوخ العقار واستمرار الشريك في الإشغال والانتفاع بالعقار بعد إكمال الإجراءات التنفيذية وإجراءات البيع استناداً إلى المادة (١٥) من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل، وكذلك في حالة صدور حكم بتخلية العقار المأجور وانتهاء المدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٢٢) من القانون المذكور، وكذلك استحقاق الورثة الراشدين أجر مثل حصّتهم من دار مورّثهم إذا كانت مشغولة من قبل الزوجة بما لا يتجاوز (١%) من قيمتها المقدرة من قبل دائرة ضريبة العقار استناداً إلى القانون المذكور وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (١٠٤١) لسنة ١٩٨٢ المعدّل، وكذلك في حالة عدم رغبة المؤجر في تجديد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته واستيفائه الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٧٤١) من

(١) قرارها المرقم (١١١١ / م / ٢٠١٣) في ٢٥ / ٨ / ٢٠١٣، أشار إليه القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ٢٩٢.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة (٤٦٤ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١٧) في ١٠ / ١٠ / ٢٠١٧، سابق الذكر.

القانون المدني، إذ يستحق المؤجر أجر المثل في هذه الحالة استناداً إلى أحكام المادة (١/٧٨١) من القانون المدني، كذلك يستحق المالك أجر المثل في حالة انتهاء مدة المساطحة في عقد المساطحة وعدم التزام المساطح بتسليم العقار، إذ يُعدُّ الأخير غاصباً ويُلزم بدفع أجر المثل، أمّا في دعوى رفع التجاوز فإنّ الحكم الصادر يتمثل في رفع التجاوز الحاصل على العقار ولا يلزم المتجاوز في دفع أجر المثل إلى مالك العقار إلّا إذا كان شريكاً في المال الشائع، إذ لا يمكن رفع التجاوز الحاصل من الشريك عن التجاوز الحاصل على حصة الشريك الآخر، وإنّما له حق المطالبة بأجر المثل أو إزالة شيوخ العقار المشاع^(١).

رابعاً: التمييز بين دعوى رفع التجاوز ودعوى المطالبة بقيمة المشيّدات:

تتشترك هاتان الدعويان في أنّ موضوعهما يتعلق بالبناء والمشيّدات أو المنشآت إلّا أنّه في دعوى رفع التجاوز يكون المالك الذي وقع تجاوز على عقاره بالبناء أو المشيّدات أو الغراس هو معترض أساساً على هذا التجاوز ولم تصدر منه موافقة تحريرية أو شفوية تبيح لشاغل العقار بالبناء أو الإنشاء ففي مثل هذه الحالة تطبق أحكام المادة (١١١٩) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي نصت على (إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنّها مملوكة لغيره من دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرّاً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع)، والذي يُفاد من هذا النص أن يرفع المتجاوز على عقار المالك تجاوزه وقلع المحدثات على نفقة المحدث الخاصة، وللمالك إذا كان رفع التجاوز بالقلع مضرّاً بعقاره كان له الخيار في أن يملك هذه المحدثات بقيمتها مستحقة القلع وليس بقيمتها الحقيقية، أمّا دعوى المطالبة بقيمة المشيّدات فهي تعتمد بالأساس على قدرة المدّعي على إثبات وجود اتفاق سابق مع المالك لإقامة هذه الأبنية أو المحدثات فإذا أثبت مثل هذا الاتفاق فعند ذلك لا يجوز للمالك أن يطلب قلع هذه المحدثات وفي حالة طلب ذلك عليه أن يؤدي إليه قيمتها قائمة، وهذا هو حكم المادة (١١٢١) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل التي نصت على (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)، وبذلك يكون جوهر التمييز بين دعوى رفع التجاوز وبين دعوى المطالبة بقيمة المشيّدات، هو حصول موافقة المالك أو إذنه على الإحداث

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة (٢٣٦٢/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٩) في ٢٩ / ١ / ٢٠٠٩، سابق الذكر.

وتخضع هذه المسألة للإثبات، أي إثبات واقعة الموافقة أو الإذن على الإحداث أو الإنشاء من عدمها، وهذا ما يمكن استجلاؤه من اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها المؤرخ ٢٠١١ / ٣ / ٧ الذي جاء فيه (....) وعند عطف النظر على الحكم المميز ظهر أنه صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر بعدد (٣٠٥٢/الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٠) إذ قامت المحكمة بالاستماع إلى بيعة المميز عليها/ المدعية الشخصية وذلك بموجب محضر الجلسة المؤرخة في ٢٠١٠/١١/١٠ واستناداً إلى ذلك قررت المحكمة عدّ المميز/ المدعى عليه عاجزاً عن إثبات دفعه بوجود الإذن والموافقة على البناء ومنحته حق توجيه اليمين القانونية للمميز عليها/ المدعية والذي رفض توجيهها وبذلك يكون المميز قد خسر ما توجهت به اليمين استناداً إلى المادة (١١٩/ثانياً) من قانون الإثبات وبذلك يكون الحكم المميز إذ قضى بالزام المميز برفع التجاوز من دون التسليم قد جاء تطبيقاً سليماً لأحكام القانون تقرر تصديقه ورد الطعون التمييزية^(١)، وكذلك ذهبت محكمة التمييز الموقرة في قرارها المؤرخ ٢٠١٠/١٠/٢٨ إلى أنّ قضاء هذه المحكمة قد استقر ومنذ مدة طويلة على أنّ إحداث الأبنية في الأرض الشائعة هو من أعمال الإدارة غير المعتادة التي تستوجب موافقة جميع الشركاء، ومن بينهم المدعي بهذه الدعوى أو مورثه ببيعة معتبرة، وإذ إنّ المميز يطلب سماع البيعة الشخصية لإثبات دفعه بحصول تلك الموافقة، وهذا الطلب غير وارد قانوناً؛ لأنّ إثبات الإذن بالبناء يجب أن يتم بدليل تحريري ما لم يوجد المانع الأدبي لأخذ مثل هذا الدليل ولرفض المميز تحليف خصمه اليمين الحاسمة بهذا الشأن فيكون قد خسر ما توجهت به اليمين، لذا قرر رد العريضة التمييزية وتصديق الحكم المميز^(٢).

(١) قرارها (٩٠٣/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١١) في ٢٠١١ / ٣ / ٧، اشر إلىه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٠٨.

(٢) قرارها (٣٠٥١/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٠) في ٢٠١٠ / ١٠ / ٢٨، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٩٣.

المطلب الثاني

طبيعة دعوى رفع التجاوز وشروط إقامتها

سنبحث في هذا المطلب طبيعة دعوى رفع التجاوز وشروط إقامتها في الفروع الآتية:

الفرع الأول

طبيعة دعوى رفع التجاوز

سبق أن بينا بأن دعوى رفع التجاوز من دعاوى الملكية (العينية) التي تحمي حق الملكية من الاعتداء عليه، وهي تتميز بعدم سقوطها بالتقادم فهي تبقى قائمة ما دامت الملكية دائمة، ولأن حق الملكية لا يسقط بالتقادم لعدم استعماله فإن الدعوى التي تحميه لا تسقط بالتقادم^(١)، وقد اختلفت الاتجاهات في تحديد طبيعة حق الملكية فيما إذا كان سلطة للمالك^(٢)، بوصف الملكية قدرة يثبتها المشرع ابتداءً على التصرف، وأن هذه القدرة تمثل سلطة المالك وهذا يتفق مع اتجاه الفقه المعاصر الذي يعرف الحق العيني على أنه (سلطة مباشرة) يقرها القانون لشخص معين على شيء معين بالذات، في حين أن هنالك اتجاهًا يعدُّ الملكية حقًا للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة^(٣).

ومما تقدّم نستطيع القول: إن دعوى رفع التجاوز من الدعوى العينية المتعلقة بحق الملكية بوصفه من الحقوق العينية الأصلية، وأن هذه الدعوى ترتبط ارتباطًا وثيقًا بحق الملكية؛ لكونها مقررة من المشرع وسيلةً لحمايته في حالة التجاوز المادي عليه بالمحدثات أو المنشآت، وتدور معه وجودًا وعدمًا، إلا أن هذا الارتباط لا يصل في قوته إلى حد الاتحاد مع الحق الذي تحميه، إذ إن التمييز بين الحق ذاته ووسيلة حمايته جلي لا يقبل الشك ذلك أن الحق فكرة موضوعية والدعوى فكرة إجرائية ولكنهما يرتبطان ارتباط النتيجة بالسبب^(٤)، وإذ إن حق الملكية هو حق دائم فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال فإذا ترك المالك ملكه من دون استعمال فإن ذلك لا يؤدي

(١) ينظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، ج ١، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٠، ص ٧٠ و ص ٧٢.

(٢) هذا ماذهب إليه المشرع الاردني في المادة (١٠١٨) من القانون المدني الاردني.

(٣) وهذا اتجاه المشرع العراقي بالمادة (١٠٤٨) من القانون المدني والقانون الفرنسي بالمادة (٥٤٤) مدني فرنسي.

(٤) ينظر: د. ياسر ذنون السباعي ود. جواد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ط ١، الجبل الغربي، الموصل، ٢٠٠٩، ص ٢٣٠.

إلى حرمانه منه مهما طالّت مدة الاستعمال، ومن ثمّ ليس لأحد أن يدعي تملك ملكاً يعود لغيره بحجة أنّ هذا الغير تركه من غير استعمال لمدة طويلة، ويترتب على ذلك أنّ الدعاوى التي تحمي هذا الحق بما في ذلك دعوى رفع التجاوز لا تسقط بالتقادم وللمالك حق رفعها بأيّ وقت^(١)، وهذا هو اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة إذ ذهبت في قرارها الصادر في ١٩٩٦/١/٧ إلى أنّ (... إذا أقرّ التجاوز بالبناء على قطعة الأرض العائدة للمدّعي فلا يسمع منه الدفع بالتقادم؛ لأنّ الدفع بمرور الزمان لا يسمع اتجاه حق الملكية في عقار مسجل في دائرة التسجيل العقاري)^(٢).

وأخيراً لا بُدّ من الإشارة إلى أنّ دعوى رفع التجاوز ذات طبيعة متجددة وقابلة للتكرار؛ لأنّ التجاوز من الأفعال المتجدد والقابلة للتكرار بحسب وصف محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة^(٣)، فإذا صدر حكم برفع التجاوز عن العقار أو أرض زراعية واكتسب درجة البتات وتمّ تنفيذه وأُعيد الجزء المتجاوز عليه إلى مالكه أو صاحب حق التصرف فيه فإنّ ذلك لا يمنع من إقامة الدعوى على ذات الخصم وللعقار نفسه إذا ما حصل تجاوز على العقار من منطقة أخرى، لذا فهي دعوى ذات طبيعة متجددة لا يمكن الدفع بإزاءها بسبق الفصل بالدعوى استناداً إلى أحكام المادة (١٠٥) من قانون الإثبات، إلّا إذا تبين للمحكمة أنّ الجزء المتجاوز عليه الجزء والمساحة ذاتهما اللذين وقع عليهما التجاوز الذي كان موضوع دعوى سابقة ويتم انتداب الخبراء وإجراء الكشف للتحقق من ذلك^(٤)، وهذا ما أشار إليه قانون التنفيذ النافذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ إذا تمّ التنفيذ على وفق أحكام هذا القانون ثمّ أخلّ المدين بذلك من دون سند قانوني فتُعاد معاملة التنفيذ ثانية وتُتخذ بحقه الإجراءات القانونية لمعاقبته بالعقوبة المقررة قانوناً^(٥).

(١) ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج٢، عمان، الأردن، ١٩٩٧، ص٤١، ص٤٢.

(٢) قرارها المرقم (٩١/الهيئة المدنية / ١٩٩٦) في ١٩٩٦/١/٧، أشار إليه القاضي ابراهيم المشاهدي، معين الحيران، بدون دار وسنة طبع، ج١، ص٥٩.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة المرقم (٢٤٠١/عقار / ١٩٨٤ - ١٩٨٥) في ١٩٨٦/٥/٢٧، أشار إليه القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة - قسم القانون المدني، منشورات مركز البحوث القانونية ١٦، بغداد، ١٩٨٨، ص٢١٥.

(٤) ينظر: القاضي لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوى الاراضي الزراعية، دراسة عملية في ضوء التطبيقات القضائية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٧، ص١٠.

(٥) المادة (٣٥) من قانون التنفيذ النافذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدّل.

الفرع الثاني

شروط قبول دعوى رفع التجاوز

إنّ دعوى رفع رفع التجاوز بوصفها من الدعاوى المدنية تخضع لشروط إقامة الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل بوصفه هو المرجع لكلّ قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة^(١)، وقد حدد القانون المذكور شروط إقامة الدعوى (بالأهلية والخصومة (الصفة)، والمصلحة) في المواد (٣) و(٤) و(٥) و(٦) منه وقد سبق أن بحثنا هذه الشروط باستفاضة في شروط إقامة دعوى منع المعارضة؛ لذا نحيل الأمر إليها لتلافي التكرار.

المطلب الثالث

إجراءات دعوى رفع التجاوز وإثباتها

سنبحث في هذا المطلب الإجراءات العملية لدعوى رفع التجاوز ووسائل إثباتها أمام المحكمة المختصة في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الإجراءات العملية لدعوى رفع التجاوز

إنّ دعوى رفع التجاوز بوصفها إحدى الدعاوى المدنية تخضع للإجراءات نفسها التي تخضع لها أيّة دعوى، إذ يجب أن تتحقق المحكمة من تبليغات الخصوم استناداً إلى أحكام المادة (٢١) و(٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل^(٢)، ثم تلجأ المحكمة للتحقق من خصومة طرفي الدعوى والاستماع للدفع الشكلية قبل الدخول في موضوع الدعوى، إذ يجب على المحكمة القيام بالآتي:

(١) المادة (١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل.

(٢) لمزيد من التفصيل عن إجراءات التبليغ وطرائق التبليغ ينظر: القاضي رحيم حسن العكلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٩- ص ٦٤.

أولاً: الاطلاع على صورة قيد العقار الخاص بموضوع الدعوى الذي وقع عليه التجاوز للتحقق من صفة المُدَّعي من رفع الدعوى، وما هي الفائدة المرجوة من هذه الدعوى؛ لأنَّ دعوى رفع التجاوز لا تُقْبَل إلا من المالك أو الشريك، وكذلك التحقق فيما إذا كان المُدَّعي عليه ليس شريكاً في العقار، فإذا لم يكن المُدَّعي مالِكاً للعقار فليس له أن يطلب رفع التجاوز عنه، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بموجب قرارها المؤرخ ١٠/١٠/٢٠١٧ الذي جاء فيه (... إنَّ دعوى رفع التجاوز يمكن إقامتها من صاحب الحق العيني على العقار فقط ولا يمكن إقامتها من المُدَّعي إذا كان يستمد حقوقه من عقد الإيجار أو الاستئجار بوصفه مستأجراً فهو صاحب حق شخصي ولا يمكن له ممارسة هذا الحق...) (١).

ثانياً: تقوم المحكمة بالتحقق فيما إذا كان العقار موضوع الدعوى قد تمت إزالة شيعه من عدمه، إذ يرى البعض إمكانية إقامة دعوى رفع التجاوز طالما أنَّ إجراءات إزالة الشيعه في مراحلها التنفيذية ولم يتم بيعه؛ لأنَّ العقار المتجاوز عليه ما زال مسجلاً بأسماء المالكين وهذا هو اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة (٢).

ثالثاً: تكلف المحكمة المُدَّعي ببيان ماهية التجاوز على العقار هل هو بالبناء أو الغراس وما نوع هذا البناء ومساحته ونوع الأشجار والمساحة المزروعة فيها؟، ثمَّ تستمع المحكمة لإجابة المُدَّعي عليه على مضمون الادعاء، فإذا أقرَّ المُدَّعي عليه بالتجاوز فعندها تقرر المحكمة إجراء المعاينة بصحبة خبير مساح بغية إعداد مرئسم بالتجاوز على حسب واقع الحال وعدَّ هذا المرئسم جزءاً من إعلام الحكم عند التنفيذ، وفي حالة إنكار المُدَّعي عليه واقعة التجاوز فله إثبات ذلك عن طريقة الاستماع للبيئة الشخصية موقعياً لنفي الادعاء.

رابعاً: عند ورود تقرير الخبير المساح بعد الاستماع للبيئة الشخصية الخاصة بالإثبات أو النفي موقعياً تقوم المحكمة بترجيح البينات من الناحيتين الموضوعية والشخصية على وفق سلطتها التقديرية الممنوحة لها بموجب المادة (٨٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، إذ للمحكمة أن ترجح شهادة على أخرى على وفق ما تستخلصه من وقائع الدعوى وادلتها الثبوتية على أن تبين ذلك في محضر الجلسة.

(١) قرارها المرقم ٤٦٥/٤٦٤/استئنافية عقار / ٢٠١٧ في ١٠/١٠/٢٠١٧، أشار إليه القاضي عدنان مايج بدر، المصدر السابق، ص ٤٣٩.

(٢) قرارها المرقم ٥٩/موسعة مدنية / ٢٠١٧ في ١٢ / ٣ / ٢٠١٨، قرار غير منشور.

خامساً: إذا توصلت المحكمة بعد استكمال تحقيقاتها إلى صحة الادعاء تقرر الحكم برفع التجاوز، مع ملاحظة أنه إذا كان العقار المتجاوز عليه مملوكاً على وجه الشيوخ بين شركاء عدة، وسبق لأحد الشركاء أن استحصل على حكم برفع التجاوز الحاصل على العقار نفسه، واكتسب الدرجة القطعية ولم يتم تنفيذه فلا يجوز للشريك إقامة الدعوى نفسها على المتجاوز نفسه استناداً إلى المادة (١٠٦) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩^(١)، أمّا إذا كان العقار المتجاوز عليه قد تمّ استغلاله لأغراض المنفعة العامة بصفة مرفق عام فتردّ المحكمة دعوى رفع التجاوز وبإمكان المدّعي مالك العقار إقامة دعوى أجر المثل، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بموجب قرارها المؤرخ في ٢٠١٥ / ٣ / ١٦ الذي جاء فيه (...ان مشروع الماء يعدّ مرفقاً عاماً مخصصاً لخدمة الجمهور ولا يجوز إجابة طلب رفع التجاوز وأنّ بإمكان المدّعي إقامة دعوى أجر المثل؛ لأنّ الضرورات تبيح المحظورات...)^(٢)، أمّا في حال عدم ثبوت صحة ادعاء المالك بالتجاوز أو استطاع المدّعي عليه إثبات أنّ البناء أو المشيّدات أو الغراس تمّ بموافقة المدّعي تقرر المحكمة رد الدعوى.

سادساً: إذا ثبت للمحكمة أنّ المدّعي عليه قد أحدث بناءً أو مشيّدات على عقار مملوك على سبيل الشيوخ فليس للمحكمة أن تحكم برفع هذه المشيّدات أو البناء ويكون للشركاء الحق بالمطالبة بأجر المثل، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها المؤرخ ٢٠١٢ / ٦ / ٥ الذي جاء فيه (... إنّه ليس للشركاء طلب رفع المشيّدات التي أحدثها الشريك في العقار المشترك بينهم على الشيوخ وإنّما لهم الحق بالمطالبة بأجر المثل، وإذ إنّ الحكم المميّز سار خلاف ذلك قرّر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير على وفق ما تقدّم)^(٣).

(١) ينظر: القاضي حيدر كاظم عودة، المصدر السابق، ص ٤٣٠.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة المرقم (١٤٤١/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٥) في ٢٠١٥ / ٣ / ١٦، أشار إليه

القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٤٣١.

(٣) قرارها المرقم (١٩٧٢/ استئنافية عقار/ ٢٠١٢) في ٢٠١٢ / ٦ / ٥، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر

السابق، ص ٣٤٩.

الفرع الثاني

إثبات دعوى رفع التجاوز

إنّ دعوى رفع التجاوز بوصفها من الدعاوى المدنية المتعلقة بحماية حق الملكية فإنّها تخضع في الإثبات لقانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل^(١)، وإذ إنّ واقعة التجاوز التي هي جوهر دعوى رفع التجاوز هي واقعة مادية يجوز إثباتها بطرائق الإثبات كافة، فكما معروف أنّ الوقائع هي مصدر الحق المدّعى به أمام القضاء وهو التصرف القانوني (الإرادة) أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق والذي يطالب المدّعي بإثباته وقدّر تعلق الأمر بالواقعة القانونية هي واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرًا، ولذلك فإنّ محل الإثبات في الدعوى هو مصدر الحق أي الواقعة القانونية والتصرف القانوني^(٢)، ولذلك يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها^(٣)، وسنحاول الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية واتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة في إثبات واقعة التجاوز، وعلى النحو الآتي:

أولاً: في مجال الدليل الكتابي أو الثبوت بالكتابة:

فقد عالج قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل أحكام الدليل الكتابي بوصفه إحدى طرائق الإثبات في المواد من (١٨-٥٨) منه، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة في قرارها المؤرخ في ٢٠١٠/٩/١ إلى أنّ (.. ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وجد أنّه صحيح وموافق للقانون ذلك أنّ الثابت من مستندات الدعوى وعقد الإيجار المؤرخ في ١٩٨٥/١٢/٣١ المصدّق من الهيئة العامة للضرائب/ فرع المثنى بالعدد ١١١٣ في ١٩٨٤/١٢/١٢ أنّ المدّعى عليه كان مستأجرًا للفرن موضوع الدعوى من مورث المدّعين بموجب عقد الإيجار المشار إليه ثم أصبح شريكًا في العقار وظل يشغل الفرن بصفته مستأجر له لذلك فإنّ خصومته تكون غير متحققة بالدعوى ويكون الحكم المميّز بما قضى به صحيحًا قرّر تصديقه ورد الطعن التمييزي)^(٤)، في الحكم سابق الذكر اطمأنت المحكمة إلى عقد الإيجار

(١) نصت المادة (١١/أولاً) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل على أنّ (يسري هذا القانون على أولاً: القضايا المدنية والتجارية...).

(٢) ينظر: القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٢٦، ص ٤٧.

(٣) المادة (١٠) من قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٤) قرارها المرقم (٢٩٢٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٩/١، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٩٢.

المبرم مع المُدَّعى عليه والمصدق من جهة رسمية وهي الهيئة العامة للضرائب لإثبات مشروعية إشغال المُدَّعى عليه لفرن الصمون وردّ دعوى المُدَّعي بالتجاوز، فعقد الإيجار يُعدُّ سنداً اعتيادياً ثابت التاريخ؛ لكونه مؤشراً من موظف عام مختص وهو موظف الضرائب، ومن ثمّ يكون حجة على الغير من تاريخه^(١) إذ لا يشترط القانون في السند المعد لكي يكون دليلاً كاملاً في الإثبات إلّا إذا تضمن كتابة مثبتة لواقعة قانونية أو أن تكون هذه الكتابة موقّعة من الشخص المنسوب إليه السند^(٢)، أمّا إذا كانت المستندات المبررة في دعوى رفع التجاوز هي سندات رسمية فإنّها تكون حجة على الناس بما دُوّن فيها من أمور قام بها موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وُقِّعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبيّن تزويرها بالطرائق المقررة قانوناً، وفي ذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة في قرارها المؤرخ ٢٠١٥/٧/١٣ إلى أنّ (.... المُدَّعي هو أحد أصحاب حق الصرف والذي آل إليهم من مورثهم وأنّ موضوع شمول العقار.. بالإلغاء على حسب قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠، وعلى حسب ما جاء في كتاب الهيئة العامة للأراضي الزراعية بالعدد...، والذي لم ينفذ، وإذ إنّ مدير التسجيل العقاري الذي أدخلته المحكمة شخصاً ثالثاً للاستيضاح منه بيّن بأنّه ليس بالإمكان قانوناً إلغاء قيد العقار؛ لأنّ الهيئة العامة للأراضي ليس لديها صلاحية إلغاء قيد عقار إلّا بقرار قضائي، وإذ إنّ وزارة المالية لم تقم دعوى لحد الآن تطلب فيها إبطال قيد العقار على وفق أنّه قد آل إليهم لذا يكون المُدَّعي والحالة هذه ما زال مالكاً؛ لأنّ قيد العقار مسجّل باسم والده وما زال نافذاً، وإذ إنّ المُدَّعي هو أجنبي على العقار وليس له صفة قانونية؛ لذا تكون دعوى المُدَّعي لا سند لها من القانون..)^(٣)، في القرار سابق الذكر اعتمدت المحكمة على ما دُوّن في سجلات دائرة التسجيل العقاري لإثبات حق التصرف بوصفها سندات رسمية^(٤) وردّ دعوى المُدَّعي.

(١) المادة (٢٦) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٢) ينظر: د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، المصدر السابق، ص ١١٧.

(٣) قرارها المرقم (٣١٣٩/الهيئة المدنية/٢٠١٥) في ٢٠١٥/٧/١٣، أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ٤٤٦.

(٤) نصت المادة (٢٢/ثانياً) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل، على: تُعدُّ (من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك).

ثانيًا: في مجال الإقرار:

الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أم لم يقصد^(١)، وعُرِفَ أيضًا بأنه اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدّعيه مقدّرًا نتيجه قاصدًا إلزام نفسه بمقتضاه^(٢)، إذ يُعدُّ الإقرار أعلى من أيّ دليل في إثبات الحق ويجعل الواقعة القانونية المقر بها ثابتة يقينًا لا مفر منها ولا محل لإنكارها، وهذا يغني المدّعي في دعوى رفع التجاوز والمحكمة البحث عن دليل لإثبات واقعة التجاوز، ونظرًا إلى أهمية النتائج المترتبة على الإقرار فإنّه يجب أن يكون صادرًا عن شخص ذي أهلية كاملة ولا يُشترط فيه شكل خاص، وهو حجة قاصرة على المقر ولا يصح الرجوع فيه^(٣)، ولذلك لا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم أو أوصيائهم أو القيم عليهم، وكذلك لا يصح إقرار الموظف أو المكلف بخدمة عامة ما لم يكن مأذونًا بذلك^(٤)، وعلى وفق قانون الإثبات فإنّ إقرار المدّعى عليه في دعوى رفع التجاوز بأنّه غاصب أو متجاوز حجة قاصرة عليه، ولا يسري على غيره من المدّعى عليهم، وهو ملزم بإقراره ولا يصح الرجوع عنه إلّا إذا كُذِّبَ بحكم^(٥)، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة في قرارها المؤرخ ٢٥/٢/٢٠١٦ إلى أنّه (..) لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي حاصل ضمن المدة القانونية قرّر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وجد أنّه صحيح وموافق لأحكام القانون؛ ذلك أنّ المدّعى عليه المميّز أقرّ بناءه دارًا على القطعة المرقمة (٣٩/١٤٤) المشاعة بين المدّعي المميّز عليه وشريك آخر وثبت ذلك من تقرير الخبراء القضائيين الخمسة الذين أكدوا تجاوز المدّعى عليه على القطعة آنفة الذكر ببنائه دارًا عليها، وأنّ موافقة الشريك الآخر على البناء لا تسري بحق المدّعي؛ لأنّ كلّ شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكًا تامًا (١٠٦١ / ٢ / مدني)؛ ولما تقدّم قرّر تصديق الحكم المميّز ورد الطعن التمييزي^(٦).

(١) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٤٧١.

(٢) ينظر: أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٣.

(٣) ينظر: القاضي مهدي صالح أحمد امين، أدلة القانون غير المباشرة، مطبعة المشرق، بغداد، ١٩٨٧، ص ١١، ١٠، ٨.

(٤) المادة (٦٠) و (٦٧) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٥) المادة (٦٨) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٦) قرارها المرقم ٣٩٦٦/الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٦ في ٢٥/١٢/٢٠١٦ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر

السابق، ص ٣٧٩.

ثالثاً: في مجال البيئة الشخصية:

أجاز قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (٧٦) منه إثبات الوقائع المادية بالشهادة، وكذلك أجازت المادة (٨٠) منه إذا حضر أحد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه جاز لخصمه أن يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى، ففي دعوى رفع التجاوز يجوز للمالك أن يثبت التجاوز على ملكه بالشهادة ويجوز للمدعى عليه نفي هذا الادعاء بالاستعانة بشهود النفي، وكذلك أجازت المادة (٨١) منه للمحكمة من تلقاء نفسها أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للوصول إلى الحقيقة وتملك المحكمة صلاحية تقديرية واسعة في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين ذلك في محضر الجلسة^(١)، ولا يجوز للمدعى في دعوى رفع التجاوز أن يكون شاهداً في ذات الوقت على واقعة التجاوز^(٢)، إلا أن للمحكمة أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعى إذا اقتضت بصحتها، وكذلك لها أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقع بصحة الشهادة^(٣)، وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف المثنى الاتحادية في قرارها الصادر في ٢٠١٦/٤/٢٦ الذي جاء فيه (.. إنَّ المدعى عليه قد تجاوز على جزء من تلك القطعة وشيّد عليه أساس دار من الحجر والكونكريت المسلح وبمساحة (٢٢٠٠/١٢) م^٢ على حسب ما أثبتته البنية الشخصية وما أحضره الكشف الموقفي الذي أجرته محكمة البداة على العقار موضوع الدعوى بمعرفة ثلاث خبراء من المساحين وأنَّ المدعى عليه عجز عن إثبات دفعه بأنَّ الأساس لا يعود له وإنّما تعود للشريك (س) ورفض توجيه اليمين الحاسمة لخصمه أمام محكمة البداة وأمام هذه المحكمة على وفق الصيغة التي وضعتها محكمة البداة في جلسة ٢٠١٦/١/٢٥ وبذلك يكون قد خسر بما توجهت به اليمين ويكون غاصباً للجزء المتجاوز عليه...) (٤) وقد صدّقت محكمة التمييز الاتحادية القرار المذكور بموجب قرارها المؤرخ في ٢٠١٦/٦/١٤ الذي جاء فيه (... وإذ إنّ البيئة الشخصية أيّدت دعوى المدعى وأنَّ المحكمة

(١) المادة (٨٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) نصت المادة (٨٣) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه (ليس لأحد ان يكون شاهداً ومدعياً).

(٣) المادة (٨٤) من قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) قرارها (٢٠١٦/س/١٤٩) في ٢٠١٦/٤/٢٦، قرار غير منشور.

اجرت الكشف على القطعة موضوع الدعوى بمعرفة ثلاث خبراء قدموا تقريرهم الذي جاء معللاً وواضحاً ويصح اتخاذ سبباً للحكم (م ١٤٠/أولاً) من قانون الإثبات، وإذ إنّ المدّعي عليه عجز عن إثبات دفعه بأنّ الدار لا تعود له وإتّما تعود للشريك (س)....، لذا قرّر تصديق الحكم المميّز ورد الطعن التمييزي...^(١)، وكذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة في قرارها المؤرخ ٢٠١٠/٩/٥ إلى أنّ (.... ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وجد أنّه غير صحيح ومخالف للقانون؛ ذلك أنّ الثابت من وقائع الدعوى أنّ المدّعية هي أخت المدّعي عليه من أبيه وبذلك يكون المانع الأدبي المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون الإثبات متحقق ولا يوجد مانع قانوني من الاستماع للبيئة الشخصية لإثبات موافقة المدّعية على قيام المدّعي عليه بتشديد دار سكن له على العقار موضوع الدعوى، وإذا لم تكن البيئة الشخصية المستمعة من قبل محكمة البداة مقنعة للمحكمة فيتعين عليها تكليف المدّعي عليه بإحضار بيئة أخرى، وعلى ضوء ذلك تتخذ ما تراه مناسباً وفقاً للقانون عليه قرّر نقض الحكم المميّز وإعادة الدعوى لمحكمتها لاتّباع ما تقدّم..^(٢).

رابعاً: في مجال اليمين:

اليمين تعني القوة؛ بدليل قوله تعالى: (وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ ٤٤ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ)^(٣)، أمّا اليمين القضائي وهو القسم باسم (الله تعالى)^(٤)، فيُراد به تقوية أحد طرفي الخبر في الادّعاء (الإثبات أو النفي بالصيغة التي تقرّها المحكمة على وفق وقائع الدعوى ويترتب طلب أحد الخصوم توجيه اليمين إلى خصمه يتضمن النزول عمّا عداها من طرائق الإثبات فيما يخص الواقعة التي ترد عليها إذا بقي طالبها مصرّاً عليها، إلّا أنّه يجوز له الرجوع عنها قبل أن يحلف الخصم^(٥) وهي أنواع:

(١) قرارها (٣٣٤٤/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٦) في ٢٠١٦/٦/١٤، قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٢٩١٩/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٠) في ٢٠١٠/٩/٥، أشار إليه القاضي سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٨٩.

(٣) سورة الحاقة، الآية: ٤٥، ٤٤.

(٤) المادة (١٠٨/أولاً) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٥) المادة (١١١) من قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

أ- اليمين الحاسمة:

وهي اليمين التي تنتهي بها الدعوى ولكل من الخصمين وبإذن من المحكمة أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر^(١)، وهي في الغالب يلجأ إليها الخصم عندما يكون عاجزاً عن الإثبات ويعوزه الدليل المطلوب الذي يسمح به القانون، أما الخصم الناصر لحقه المدعى به فلا يبقى أمامه إلا الاحتكام لضميره ومعتقداته الروحية ويطلب تحليفه اليمين التي تحسم النزاع بينهما^(٢)، ومن تطبيقات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة قرارها المؤرخ في ٢٠١٥/٩/٩ الذي جاء فيه (... وإذ إنّ المحكمة استأخرت هذه الدعوى لنتيجة الدعوى المرقمة (٢٠١٤/س/٥١) ثم عاودت النظر في الدعوى بعد صدور الحكم في الدعوى المذكورة بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٣ القاضي بردها واكتساب الحكم الدرجة القطعية لتصديقه تمييزاً بالقرار (٦٢/ت/ج/ ٢٠١٥) في ٢٠١٥/٥/٤، وإذ إنّ المدعى عليه دفع بالإباحة وأنّ المحكمة عدّته عاجزاً عن الإثبات ومنحته حق تحليف المدعية اليمين الحاسمة بصيغتها المبسطة في جلسة ٢٠١٥/٦/٢٨ ولرفضه توجيه اليمين إليها فقد خسر المدعى عليه ما توجهت به تلك اليمين (م/١١٩/ ثالثاً من قانون الإثبات)؛ لذا قرّر تصديق الحكم المميّز ورد الطعن التمييزي^(٣)، وكذلك ذهبت في قرارها المؤرخ ٢٠١١/١١/١٤ إلى أنّ (... وثبت من الكشف الجاري من قبل محكمة البداية والمرتمس المنظم من قبل المساح بأنّ الدار المشيّدة من قبل المميّز تقع ضمن مساحة القطعة آنفة الذكر، وإذ إنّ الإباحة تنتهي بالمطالبة القضائية، فضلاً عن عجز المميّز عن إثبات هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف وطلبه تحليف المدّعين اليمين الحاسمة، وأدّى المذكورون اليمين المصورة في الجلسة المؤرخة ٢٠١١/٧/١١ وبذلك خسر المميّز ما توجهت به اليمين عملاً بأحكام المادة (١١٨) من قانون الإثبات ويُعدّ غاصباً للعقار ويلزم الغاصب برد المغصوب (المادة ١٩٧ مدني) وأنّ الطعون التمييزية لا سند لها من القانون لذا قرّر تصديق الحكم المميّز ورد الطعن التمييزي^(٤)).

(١) المادة (١١٤) من قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٢) ينظر: القاضي مهدي صالح محمد امين، المصدر السابق، ص ١٠٩.

(٣) قرارها المرقم (٤٧٦٧/الهيئة الاستئنافية/عقار/٢٠١٥) في ٢٠١٥/٩/٩، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٤) قرارها المرقم (٤٣٧١/الهيئة الاستئنافية/عقار/ ٢٠١١) في ٢٠١١/١١/١٤، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٣٧.

وكذلك قضت في قرارها المؤرخ ٢٠١١/٣/٧ (... واستناداً إلى ذلك قررت المحكمة عدّ المميّز/ المدّعى عليه عاجزاً في إثبات دفعه بوجود الإذن والموافقة على البناء ومنحته حق توجيه اليمين القانونية للمميّز عليها/ المدّعية والذي رفض توجيهها، وبذلك يكون المميّز خسر ما توجهت به تلك اليمين استناداً إلى المادة (١١٩/ثالثاً) من قانون الإثبات، وبذلك يكون الحكم المميّز إذا قضى بالزام المميّز برفع التجاوز من دون التسليم قد جاء تطبيقاً سليماً لأحكام القانون قرّر تصديقه ورد الطعن التمييزي..^(١).

ب-اليمين المتممة:

لمحكمة الموضوع أثر إيجابي في الإثبات على حسب رقابتها، فلها أن تقوم بنفسها بإتمام الدليل غير الكامل الذي قدّمه الخصم فتوجه له يميناً يتم به دليله لاستكمال قناعتها وتتخذ منها سبباً للحكم، إذ نصت المادة (١٢٠) من قانون الإثبات على أنّ (للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس له دليل كامل لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به) ويشترط لتوجيه اليمين المتممة وجود دليل غير كامل في الدعوى يحتاج لإكماله^(٢)، وكذلك لا يجوز للخصم الذي وُجّهت إليه اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر^(٣)، وأخيراً لا بُدّ من الإشارة إلى أنّ لمحكمة الموضوع التي تنظر دعوى رفع التجاوز إثبات الواقعة المادية للتجاوز بطرائق الإثبات التي نصّ عليها قانون الإثبات، وكذلك للمدّعى عليه دفع أو نفي واقعه التجاوز أو البناء أو إثبات إشغاله العقار بزعم شرعي، ومن هذه الوسائل المعاينة وهي إحدى وسائل الإثبات المهمة لإثبات واقعة التجاوز أو نفيها، إذ للمحكمة ومن تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أن تقرّر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه متى ما رأت في ذلك ما يحقّق العدالة^(٤)، وكذلك القرائن بنوعيتها القانونية والقضائية^(٥) وحجية الأحكام التي حازت درجة البتات^(٦).

(١) قرارها المرقم (٩٠٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١١) في ٢٠١١/٣/٧، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٠٨.

(٢) المادة (١٢٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٣) المادة (١٢٣) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٤) المادة (١٢٥) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٥) المواد (٩٨-١٠٤) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

(٦) المواد (١٠٥) و(١٠٦) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل.

خامساً: في مجال الاستعانة بالخبراء:

إذ ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها المؤرخ في ٢٠٠٩/٦/١٥ إلى أنه (وعند النظر في الحكم المميز ظهر أنه غير صحيح ومخالف للقانون؛ لأن المحكمة اعتمدت بإصدار حكمها المميز على تقرير الخبراء القضائيين الخمسة الذين أيدوا وجود تجاوز واقع من قبل المميزين على العقار العائد للمميز عليه، في حين أن الخبراء الثلاثة قدموا تقريرهم في المرحلة البدائية واعتمدته المحكمة بإصدار حكمها المستأنف قد بينوا عدم وجود تجاوز حاصل على القطعة المذكورة، وإذ إن المميزين اعترضوا على تقرير الخبراء الخمسة وإزاء هذا الاختلاف والتباين كان على المحكمة إهدار جميع التقارير وإجراء الكشف بمعرفة خبراء جدد من ذوي الاختصاص والفصل في الدعوى في ضوء ما يتراءى لها بالنتيجة ولهذا قرر نقض الحكم المميز..)^(١)، وكذلك ذهبت في قرارها المؤرخ في ٢٠٠٦/٩/٢٥ إلى أن (المعول عليه في إثبات وجود التجاوز من عدمه هو خارطة العقارين واعتمادها أساساً في معرفة وجود تجاوز أحدهما على الآخر من عدمه ولا يمكن التعويل على واقع الحال الذي عليه العقار قبل الإفراز وكان على المحكمة بعد أن ثبت لها من تقرير الخبرة وجود التجاوز أن تقضي بذلك لكي يكون بالنتيجة تطابق كل عقار مع خارطته المصدقة..)^(٢).

المطلب الرابع

التطبيق القضائي لدعوى رفع التجاوز واتجاه

محكمة التمييز الاتحادية الموقرة

سنبحث في هذا المطلب التطبيقات القضائية لدعوى رفع التجاوز في محاكم البداية والاستئناف مع الإشارة إلى أهم توجهات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في هذا الشأن في الفروع الآتية:

(١) قرارها المرقم (١٥٧٠/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٦/١٥، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٦٨.

(٢) قرارها المرقم (١٢٠٧/مدنية ثانية/٢٠٠٦) في ٢٠٠٩/٩/٢٥، أشار إليه القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق، ص ٤٤٣.

الفرع الأول

التطبيق القضائي لدعوى رفع التجاوز

وسنحاول الإشارة إلى أكثر التطبيقات القضائية شيوعاً وأحدثها فيما يأتي:

أولاً: في مجال الملكية الشائعة:

ذهبت محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية (بصفتها الأصلية) إلى تعذر رفع التجاوز في حالة الشيوع؛ لكون المال الشائع ملكاً للشركاء كافة، إذ جاء في قرارها المؤرخ في ٢٠٢١/٩/١٣ (لدى التدقيق والمداولة تبين أن طالبة المدعى (المستأنف) انصبت على طلب إلزام المدعى عليهما (المستأنف عليهما) شريكه في حق التصرف في العقار المرقم (٦١/٥) مقاطعة (١٣) كشك الاميري برفع التجاوز الحاصل من قبلهما على سهامه في العقار المذكور المتمثل بحضائر الحيوانات، وإذ إنَّ الثابت للمحكمة أنَّ الحضائر عبارة عن مشيدات أحدثت بالاشتراك من المدعى عليهما في العقار المشاع وأنَّ مصير هذه المشيدات أو ما تُسمَّى بالحضائر مرهون بقسمة الملك الشائع أو إزالة شيوعه، وأنَّ كُلَّ جزء من المال الشائع هو ملك الشركاء كافة ممَّا تنتفي واقعه التجاوز بحكم طبيعة أو حالة الشيوع ممَّا يتعذر رفع التجاوز أو إزالة بنائه طالما أنَّ الانتفاع حق مقرر للشركاء كافة، وبذلك تكون دعوى المدعى واجبة الرد، وإذ إنَّ محكمة البداية قد راعت ذلك ممَّا يكون حكمها صحيحاً وموافقاً للقانون، وعليه قررت المحكمة بالاتفاق الحكم بتأييد الحكم البدائي ورد لائحة الطعن الاستئنافي^(١).

وكذلك ذهبت محكمة استئناف المثنى الاتحادية (بصفتها الأصلية) إلى أنَّ البناء على الأرض المشاعة يُعدُّ عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة الذي يستوجب حصول موافقه جميع الشركاء، إذ جاء في قرارها المؤرخ في ٢٠٠٩/١١/١٨ وإذ (... إنَّه لا يجوز لأيِّ شريك في الملك الشائع أن يقيم منشآت من دون إذن وموافقة جميع الشركاء ولكون محكمة البداية قد ألزمت المستأنف (المدعى عليه) برفع التجاوز من دون أن تشير إلى عبارة التسليم أو من دون التسليم لذا قررت هذه المحكمة الحكم بفسخ القرار المستأنف المرقم (٢٠٠٩/ب/٧٧١) في ٢٠٠٩/١/٤ جزئياً والحكم بإلزام المستأنف برفع التجاوز المتمثل بتشييد محل لبيع المواد

(١) قرارها المرقم (١٢٥٩/س/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٩/١٣، قرار غير منشور.

الغذائية ومحل غسل ومحل تشحيم والمعلمة باللون الأحمر في المرتسم من دون التسليم وعدّ ملحق تقرير الخبير المؤرخ في ٢٠٠٩/١١/١٦ والمرتسم المرفق به جزء من القرار لأغراض التنفيذ...^(١)، إذ ذهبت المحكمة المذكورة في حكم آخر لها إلى أنّ الحكم الصادر برفع التجاوز بين الشركاء يقتصر على رفع التجاوز من دون التسليم إذ جاء في قرارها المؤرخ في ٢٠٠٩/١١/٩ (...، وإذا إنّ كلّ واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأيّ وجه كان من غير رضاه، وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون لذلك أثر إلّا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك وبذلك فإنّ قيام المستأنف بتشديد دار سكن من دون إذن وموافقه بقية الشركاء ومن ضمنهم المستأنف عليهم يعدّ ذلك تجاوزاً في حق المستأنف عليها إذ أنّه لا يجوز لأيّ شريك أن ينتفع أو يتصرف بحصته شريكه الآخر من دون إذن منه...^(٢).

ثانياً: في مجال الإيجار لأغراض الاستثمار:

إذ ذهبت محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتها الأصلية بشأن عقد إيجار مقهى البيروتي، إذ سبق أنّ تمّ إبرام عقد إيجار بين المؤجر (أمين بغداد) إضافةً الوظيفية وأحد المستأجرين بتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٧ واستند العقد لموافقات الهيئة العامة لمشاريع الري والبزل، إذ سمحت الدائرة المذكورة باستغلال المستأجر (المُدعَى عليه) الميل الجانبي للتكسية الحجرية لإنشاء مرأب مع استحصال موافقة الشركة العامة للنقل البحري/ قسم النقل النهري وترخيصها لإنشاء مرسى البيروتي مع استحصال المستأجر على اجازة استثمار المقهى، إلّا أنّ (المستأجر) تجاوز في إنشاء أبنية خارج إطار الاجزاء التي حصلت بموجبها الموافقة من هذه الجهات فقررت المحكمة إلزام (المستأجر) بإزالة التجاوزات والمحدثات المنشئة على حوض ومحرمات نهر دجلة والملحقة بمقهى البيروتي، إذ جاء في حيثيات قرارها المؤرخ ٢٠٢١/٩/١٦: (... إذ إنّ القانون أجاز لدوائر الري اتخاذ الإجراءات اللازمة لرفع التجاوزات الحاصلة على حوض النهر وخط التهذيب والتكسية الحجرية وأنّ منح تلك الصلاحية لأمانة بغداد والدوائر البلدية لا يسلب الصلاحية والاختصاص الممنوحة لدائرة المتسأنف في رفع التجاوزات الحاصلة على حوض

(١) قرارها المرقم (١٠٩/س/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/١١/١٨، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٧٥.

(٢) قرارها المرقم (٨٧/س/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/١١/٩، أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٢٨٣.

النهر ومحرماته، أو اللجوء إلى القضاء لطلب ذلك على وفق الولاية العامة للمحاكم، إذ إنّ التجاوز يشكّل واقعة غصب ممّا يلزم الغاصب برفع يده عن المال المغصوب الذي يُعدّ من المرافق العامة المخصصة للنفع العام، وإذ إنّ محكمة البداية ذهبت لخلاف ذلك ممّا يكون حكمها غير صحيح ومخالفاً للقانون، وعليه قررت المحكمة بالاتفاق الحكم بفسخ الحكم البدائي الصادر عن محكمة بداءة الكرخ بالعدد (٣١٦٧/ب/٢٠١٩) في ٢٨/١١/٢٠١٩ كلياً والحكم بإلزام المدّعى عليه (س.ج.ح) بإزالة التجاوزات والمحدثات المحدثّة على حوض ومحرمات نهر دجلة والملحقة بمقهى البيروتي... إلخ^(١).

ثالثاً: في مجال حماية الملكية الخاصة:

إنّ صيانة الملكية الخاصة للأفراد وردّ أيّ تجاوز يقع عليها حتى وإن كان بحسن نية حقّ مقرر في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥^(٢)، فالملكية مصانة ولا يجوز الحدّ أو الحرمان منها إلّا في الأحوال التي يقررها القانون وهذا ما قرّره محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية/ الهيئة الاستئنافية الأولى (بصفتها الأصلية) بموجب قرارها الصادر في ١٦/٩/٢٠٢١ الذي جاء فيه (...وبناءً على ذلك الإفراز قد اختصّ كلّ عقار بسند ملكية وخارطة مستقلة ممّا يكون المالكين عند الإفراز قد ارتضيا بالحدود التي أُفِرّرَ بها العقارين وأصبح ذلك الإفراز مسجّل بقيد التسجيل العقاري حجة ملزمة لمالكي العقارين المفرزين وعلى وفق الضوابط المعمول بها في الدوائر المختصة وفي ضوء واقع العقار ممّا لا يصح التذرع بحسن النية أو عدّ تضرر المتجاوز سبباً في اختفاء الصفة المشروعة بحالة التجاوز أو الغصب التي عدّها القانون من الأعمال غير المشروعة وواجب على المتجاوز والغاصب رفع يده عن المال المغصوب بحكم حماية ملكية المال المغصوب الذي تُعدّ ملكيته مصانة ولا يجوز الحدّ أو الحرمان منها إلّا في الأحوال التي يقررها القانون وهي المصلحة الأولى بالحماية من المصلحة التي يتمسك بها المدّعى عليه وبذلك تكون مطالبة المدّعي لها سند من القانون وواجبه الإجابة، وإذ إنّ محكمة البداية قد راعت ذلك في حكمها ممّا يكون صحيح وموافق للقانون عليه قررت المحكمة بالاتفاق الحكم بتأييد الحكم بتأييد الحكم البدائي الصادر عن محكمة بداءة الكاظمية...^(٣).

(١) قرارها المرقم (١٣١/س/٢٠٢٠) في ١٦/٩/٢٠٢١، قرار غير منشور.

(٢) المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) قرارها المرقم (١٦٩١/س/٢٠١٩) في ١٦/٩/٢٠٢١، قرر غير منشور.

الفرع الثاني

اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في دعوى رفع التجاوز

سنبحث في هذا الفرع أهم التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة لدعوى رفع التجاوز، وعلى النحو الآتي:

أولاً: في مجال الخصومة لدعوى رفع التجاوز

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على عدم قبول الخصومة في دعوى رفع التجاوز إلا إذا كان المدعي مالكا للعقار أو صاحب حق التصرف فيه أو صاحب حق منفعة أو مخصصا له، وفي قضية تتلخص وقائعها بقيام وزير التربية إضافة لوظيفته برفع دعوى رفع التجاوز ضد رئيس جامعة ذي قار إضافة لوظيفته لقيام الأخير بغصب العقار موضوع الدعوى والمخصصة منفعته لأحد دوائر وزارته من مديرية بلدية الشرطة والمشيّد عليها مدرسة ممّا حال دون الانتفاع منها والمشغولة كبنائية لكلية التربية للبنات وقد ردت محكمة البداية الدعوى وفي المرحلة الاستئنافية تمّ إلزام المدعى عليه رئيس جامعة ذي قار إضافة لوظيفته برفع التجاوز عن العقار المخصص لمدرسة ابتدائية والمشغول كبنائية كلية التربية للبنات وتسليمه للمدعي خالياً من الشواغل، ولعدم قناعة وكيل المستأنف عليه بالحكم المذكور فقد بادر إلى الطعن به تمييزاً واعيد الحكم منقوضاً واتباعاً للقرار التمييزي ردت محكمة الاستئناف الطعن الاستئنافي الخاص بإلزام جامعة ذي قار برفع التجاوز وتأييد الحكم الابتدائي الخاص برد الدعوى ولعدم قناعة المستأنف (وزير التربية) إضافة لوظيفته فقد بادر إلى تمييزه، وكان نتيجة التمييز أن أصدرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة قرارها المؤرخ في ٢٥/٢/٢٠١٦ الذي جاء فيه (... وعند عطف النظر على الحكم المميّز وُجِدَ أنّه صحيح وموافق لأحكام القانون؛ ذلك أنّ محكمة الموضوع اتبعت قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد (٥٨٢٠/ الهيئة الاستئنافية/عقار/ ٢٠١٥) في ١١/١١/٢٠١٥ ذلك أنّ المدعى/ المميّز لم يكن مالكا للعقار موضوع الدعوى أو صاحب حق التصرف فيه ولم يكن صاحب حق منفعة أو مخصصا له؛ لذا فإنّ المدعى لم يكن خصما للمدعى عليه/ المميّز عليه في إقامة الدعوى وإذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة بردّ الدعوى من دون الدخول في أساسها عملا بأحكام المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية وهذا ما انتهى إليه الحكم المميّز (...)^(١).

(١) قرارها (١٢٢١/الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٦) في ٢٥/٦/٢٠١٦ قرار غير منشور.

ثانيًا: في مجال حماية حق الملكية

درجت أحكام محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة بوصفها أصلًا عامًا على حماية حق الملكية ضد أيّ اعتداء أو تجاوز يطاله بوصفه حقًا مقدّسًا كفله الدستور والقانون وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة في قرارها المؤرخ ٢٠١٨/٤/١٦ إلى أنّ (... لا بُدّ من التأكيد ابتداءً بأنّ حق الملكية الخاصة حق مقدّس ومصون على وفق الدستور والقانون، إذ إنّ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وفي الفقرة (أولاً) من المادة (٢٣) أكّد على أنّ الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها على وفق أحكام القانون، وكذلك أنّ الفقرة (ثانيًا) من المادة (٢٣) أسبغت الحماية الدستورية للملكية الخاصة وذلك بالنص على عدم جواز نزع الملكية إلّا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وأنّ نص المادة (١٠٥٠) من القانون المدني صريح بالنص على عدم جواز حرمان المالك من ملكه إلّا في الأحوال التي يقررها القانون، ولذلك فإنّ الأصل العام عند قيام الإدارة بوضع يدها على الملكية الخاصة ومنها على الأغلب العقارات من دون اتباع الإجراءات اللازمة المنصوص عليها في قانون الاستملاك يعدّ وضع اليد بهذه الصورة هو الغصب والغاصب ملزم برد العقار المغصوب أو حق التصرف في العقار المغصوب إلى صاحبه وذلك استنادًا إلى طرحه نص المادتين (١٩٧-١١٧٦) من القانون المدني إذ يجب إعادة المغصوب عينيًا ولا يصار إلى بدله إلّا إذا تعذر إعادة الأصل لاستحالة ذلك لاعتبارات معيّنة ومحددة.... ولأنّ التحقيقات التي أجرتها محكمة البداية ومن بعدها محكمة الاستئناف أثبتت بصورة قاطعة غير قابلة للشك بأنّ بناية المدرسة الحالية مهجورة بسبب بناء مدرسة جديدة لذا فإنّ نشاط المرفق العام والذي أنشأ من أجله بناية المدرسة القديمة المتعلقة بالأُمور التربوية والفعلية قد انتقل بإرادة المدّعى عليه إضافةً لوظيفته على جزء جديد من القطعة موضوعة الدعوى ولم يعدّ بعد ذلك لهذا المرفق العام القديم أيّ دور يذكر في تقديم أيّ خدمة لأبناء المنطقة في الجزء القديم من القطعة ولهذا انتفت علة وجوده على الجزء موضوع الدعوى بسبب توقف نشاط المرفق العام نتيجة ايلولة بناية المدرسة للسقوط، ممّا تكون دعوى المدّعية بالمطالبة بإعادة هذا الجزء المغصوب عينيًا قد جاءت منسجمة وأحكام المادة (١١٧٦) من القانون المدني والقول بخلاف ذلك كما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في الأسباب التي ساقتها بحكمها المميّز يلحق الضرر أولًا بالمصلحة العامة؛ لأنّ استمرار حالة رفض وزارة التربية (المدّعى عليه) بتسليم الجزء موضوع الدعوى المشيّد عليه البناية القديمة للمدرسة مع بقائها على حالها من دون تقديم أيّ خدمة تعليمية أو تربوية والمقترنة بعدم استملاك هذا الجزء يجعل الوزارة ملزمة بدفع تعويض عن أجر المثل لمالكي

القطعة ومن ضمنهم المدّعية آجلاً أم عاجلاً...، ولأنّ الثابت بأنّ المدّعية قد حصرت دعوها فقط في الجزء المشيّد عليه بناية المدرسة القديمة فقط وقدّر تعلق الأمر بهذا الجزء تكون دعوها تركز على أساس من القانون طالما لم تباشر وزارة التربية بإجراءات الاستملاك للأجزاء التي تضع اليد عليها من القطعة موضوعة الدعوى...^(١).

ثالثاً: في مجال حماية نشاط المرافق العامة

في مجال تحقيق التوازن بين (المصلحة العامة) و (المصلحة الخاصة) اتجهت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة إلى اعتماد معيار موضوعي لأغراض الترجيح بين المصلحتين ويتمثل هذا المعيار بعدم جواز التعرّض لنشاط المرفق العام المشيّد على أرض الغير حتى وإن كان التشييد خارج المرفق العام الذي يقوم بتقديم نشاط حيوي يدعم عملية التنمية في البلد، وفي مقابل ذلك اتجهت محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة لتحقيق هذه الموازنة إلى إلزام الإدارة بدفع تعويض عادل؛ وذلك ضماناً لعدم التفريط بالمصلحة العامة وديمومتها مع ضمان حق الملكية الخاصة وذلك بتعويض المالك عن فوات منفعة عقاره أو تعويضه أجر المثل^(٢)، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة. وفي قرارها المؤرخ ٢٠١٨/٨/١٤ الذي جاء فيه (... إذا تبين أنّ العقار العائد لدائرة المدّعي (إضافةً لوظيفته) مستقل من المدّعي عليه وزير التربية (إضافةً لوظيفته) كمدرسة فإنّ الحكم الصادر بإلزام المدّعي عليه إضافةً لوظيفته برفع التجاوز الحاصل على عقار المدّعي إضافةً لوظيفته والذي هو عبارة عن مدرسة وتسليمها خالياً من الشواغل غير صحيح ومخالف للقانون؛ لأنّ المادة (٣٨) من قانون وزارة التربية رقم (٢٢) لسنة ٢٠١١ قد نصت على أنّ لوزارة التربية حق التصرف بالأراضي العائدة للدولة والمشيّد عليها أبنية مدرسية أو الأراضي التي تمّ تخصيصها للأغراض التربوية من حيث البناء أو الهدم أو إعادة البناء أو الترميم المؤيدة بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني على وفق الإجراءات الأصولية وتؤول ملكية هذه الأراضي إلى وزارة التربية^(٣)، وكذلك لا تسمع دعوى رفع التجاوز إذا كانت الأبنية والمشيّدات قد أحدثت على أراضي المشاريع الاروائية التي يتم تنفيذها على وفق قانون تنفيذ مشاريع الري رقم

(١) قرارها المرقم (٥٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨) في ٢٠١١/٤/١٦ قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٥٤٣/الهيئة العامة/٢٠١١) في ٢٠١١/٣/٢٩، قرار غير منشور.

(٣) قرارها (٤٩٢٩/الهيئة المدنية/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٨/١٤، أشار إليه القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في

قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام ٢٠١٨، القسم المدني، ج٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص ٨٣.

(١٣٨) لسنة ١٩٧١، إذ تُعدُّ بحكم المستملكة قانونًا وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المؤرخ ٢٧/٩/٢٠١٧ الذي جاء فيه (... إذا كانت دائرة المُدَّعي عليه قد شيدت دار السكن ضمن العقار موضوع الدعوى منذ خمسينات القرن الماضي وهي جزء من المشروع الاروائي فإنه يكون مشمولًا بأحكام قانون تنفيذ مشاريع الري رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧١ ويُعدُّ بحكم المستملك على وفق ما جاء في الفقرة (الثانية) منه، ومن ثَمَّ تكون دعوى رفع التجاوز واجبة الرد...^(١)) كذلك لا تسمع دعوى التجاوز إذا كانت الأبنية والمشيدات قد أُقيمت استنادًا إلى قرار مجلس الوزراء المرقم (٦٠) لسنة ٢٠١١ الذي خول الوزارات والمؤسسات كافة التصرف بالأراضي العائدة من حيث البناء أو الهدم أو إعادة البناء أو الترميم لأغراض المشاريع الحكومية بشرط أن تكون مؤيدة بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها المؤرخ في ١٦/٣/٢٠١٦ الذي جاء فيه (... وهذا الاتجاه له سنده القانوني؛ ذلك أن قرار مجلس الوزراء رقم (٦٠) لسنة ٢٠١١ قد نصَّ في الفقرة (ثانيًا) منه على شمول جميع الوزارات والمؤسسات كافة فيما يخصُّ المشاريع الحكومية المقامة على أراضٍ عائدة للدولة والمؤيدة بموجب مخططات هيئة التخطيط العمراني من حيث التصرف بتلك الأراضي من حيث البناء والهدم وإعادة البناء أو الترميم، وإذ إنَّ محكمة الموضوع قد التزمت بوجهه النظر القانونية عند إصدارها حكمها المميّز لذا قرّر تصديقه ورد العريضة التمييزية...^(٢)) إذ تتلخص وقائع هذه الدعوى بقيام مدير عام دائرة ماء بغداد إضافةً لوظيفته بإنشاء خزان ماء على قطعة عائدة لديوان الوقف الشيعي إضافةً لشبكة أنابيب لخدمة سكان منطقة القشلة في مدينة السماوة وهو مشروع مخصص للمنفعة العامة ويقع ضمن التصميم الأساسي لهذه المدينة ومشمولة بأحكام قرار مجلس الوزراء رقم (٦٠) لسنة ٢٠١١.

وكذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرار آخر إلى تأكيد رفع التجاوز الحاصل على محرمات الأنابيب النفطية العائدة إلى شركة خطوط الأنابيب النفطية من قبل شركة الأثير للاتصالات من خلال إنشاء أبراج الاتصالات على هذه المحرمات؛ لكون ذلك مخالفًا لأحكام قانون حماية الثروة الهيدروكربونية رقم (٨٤) لسنة ١٩٨٥، إذ سبق أن أصدرت محكمة البداء المختصة وأيدتها محكمة الاستئناف قرارًا بردّ الدعوى لعدم توجه الخصومة؛ بعدّ الابراج قد شُيّدت على أرض

(١) قرارها (١٢٨٥/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٧) في ٢٧/٩/٢٠١٧، أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم، المصدر السابق، ص ٤٣٣.

(٢) قرارها المرقم (١٧٣٨/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦) في ١٦/٣/٢٠١٦، اشارة إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر السابق، ص ٣٤٧.

غير تابعة لشركة خطوط الأنابيب النفطية فانبرت محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة بموجب قرارها المؤرخ ٢٠١٨/٩/١٢ لتؤكد رفع هذا التجاوز إذ جاء في حيثيات قرارها (...) ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وجد أنّه غير صحيح ومخالف للأحكام القانون؛ لأنّ دعوى المدّعي إضافةً لوظيفته قد انصبّت على مطالبته بالزام المدّعي عليه إضافةً لوظيفته برفع التجاوز الحاصل من قبله المتمثل بنصب برج الاتصالات تجاوزاً على محرم الأنبوب النفطي العائد لدائرتهم وقد ردت محكمة البداة دعوى المدّعي لعدم توجه الخصومة؛ لكون القطعة المشيّد عليها تعود لوزارة المالية وليس لدائرة المدّعي إضافةً لوظيفته وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم البدائي من حيث النتيجة وساقّت أسباب ذلك بأنّ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالعدد (٧٠٧) لسنة ١٩٧٩ قد حدّد آلية رفع التجاوز ومنع سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القرار وتكون المحاكم غير مختصة وظيفياً بنظر دعوى المدّعي ووجهة النظر المتقدّمة بداءةً واستئنافاً محلّ نظر؛ لأنّ دائرة المدّعي قد طالبت برفع التجاوز ولكن ليس عن القطعة التي شيّد عليها البرج وإنّما عن واقع تشييده الذي كان مخالفاً لأحكام قانون حماية الثروة الهيدروكربونية رقم (٨٤) لسنة ١٩٨٥ ويُعدّ بمثابة تجاوز على تلك المحرمات ممّا يقتضي رفعها وبغض النظر عن عائدة الأرض المشيّد عليها البرج...^(١).

رابعاً: في مجال العقود الزراعية

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة إلى أنّ مستأجر الأرض الزراعية على وفق القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ المعدّل له حق طلب رفع التجاوز الواقع على الأرض الزراعية بوصفه صاحب حق منفعة، إذ جاء في قرارها المؤرخ في ٢٠٢٠/٣/١ ما يأتي (...) أنّ موضوع شمول العقار أعلاه بأحكام القرار ٥٢٧ لسنة ١٩٨٥ مسألة فنية ينبغي على المحكمة استدعاء الخبراء المسّاحين السبعة لبيان فيما إذا كانت حالة التجاوز المثبتة في تقريرهم مشمولة بأحكام القرار أعلاه من عدمه وفي ضوء ذلك البت في هذه المسألة، وكذلك أنّ للمستأجر حق طلب رفع التجاوز الحاصل على المأجور من قبل المميّز فقط ولا يسري هذا الحق فقط تجاه المالك؛ لأنّ المادة (٧٢٢) من القانون المدني قد أشارت صراحة إلى أنّ عقد الإيجار هو حق تملك المنفعة عن طريقة إقامة الدعاوى، ومنها دعوى رفع التجاوز الصادر عن الغير...^(٢)، وكذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المؤرخ في ٢٠١٨/٤/٣٠ إلى أنّه قد .. لوحظ أنّ

(١) قرارها المرقم (٤٣٩٧/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٩/١٢، قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (١١٧٧/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٣/١، قرار غير منشور.

المُدَّعين قد استلموا المساحة التي تمَّ إرجاعها لهم البالغة (١٥٠) دونماً بتاريخ ٢٠١٧/٥/١٠ ممَّا تكون دعوى المُدَّعين واردة قانوناً لأنَّهم يستمدون حقوقهم على الجزء أعلاه من قرار لجنة تنفيذ المادة (١٤٠) من الدستور التي أعادت لهم المساحة أعلاه وتم استلامها من قبلهم، ولأنَّ المُدَّعى عليه أقرَّ بناءه مشيّدات على الجزء أعلاه وقد ثبت من خلال تقرير الخبير المساح بأنَّ مساحة هذه المشيّدات تبلغ (٢٣٠٠م^٢) وقد دفع بأنَّه قام ببناء هذه المشيّدات على جزء من العقد الزراعي المبرم على وفق القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ لشقيقه المتعاقد مع وزارة الزراعة وبعد أن تمَّ إدخال دائرة زراعة واسط من قبل محكمة الاستئناف أكَّد ممثلهم القانوني بأنَّ العقد الزراعي مع شقيق المُدَّعى عليه قد انتهى سنة ٢٠١٣ ممَّا يكون بناء المُدَّعى عليه على الأرض المتعاقد عليها والتي أُعيدت للمُدَّعين تجاوزاً، والمتجاوز يُعدُّ غاصباً، والغاصب ملزم برفع يده الغاصبة وإزالة ما حدث من مشيّدات وبناء، وهذا ما قضى به الحكم البدائي والذي تمَّ تأييده استئنافاً بموجب الحكم المميّز والذي جاء متفقاً وحكم القانون..^(١).

خامساً: في مجال الخبرة الفنية

استقرت محكمة التمييز الاتحادية المؤقَّرة على اعتماد الخبرة الفنية للمساحين والخبراء لتحديد التجاوز بالبناء أو المساحة وتحديد أقيامها وإعداد المخططات والمرتمسات لإثبات واقعة التجاوز أو عدم وجود التجاوز أصلاً وعند ذلك تكون الدعوى فاقدة لسندها القانوني وتستوجب الرد وقد صدّقت محكمة التمييز الاتحادية المؤقَّرة بموجب قرارها المؤرخ ٢٠١٦/٦/٢٢ قرار محكمة الاستئناف المختصة التي أجرت الكشف على العقار بمعرفة خمسة خبراء مساحين الذي قضى بتأييد الحكم البدائي ورد اللاتحة الاستئنافية لعدم ثبوت واقعة التجاوز إذ جاء في حيثيات قرارها (...) ذلك أنَّ محكمة البداة أجرت الكشف بمعرفة ثلاثة خبراء مساحين لمعرفة التجاوز الحاصل من قبل المُدَّعى عليه المميّز عليه على مساحة العقد الزراعي العائد إلى المُدَّعية المميّزة في القطعة المرقمة (٥٠/م^٢/٣٠) أم عردة والمرقم (٤٤٤١) في ٢٠١٤/١١/٢٠ وبيّنوا في تقريرهم عدم وجود تجاوز من قبل المميّز عليه على مساحة عقد المميّزة وأنَّ محكمة الاستئناف أجرت الكشف مجدّداً بمعرفة خمسة خبراء مساحين أيّدوا في تقريرهم ما توصل إليه الخبراء المساحين الثلاثة؛ لذا تكون دعوى المُدَّعية فاقدة لسندها القانوني وموجبه للرد وهذا ما

(١) قرارها المرقم (١٧٣٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٤/٣٠، قرار غير منشور.

انتهى إليه الحكم المميّز؛ لذا تقرّر تصديقه ورد العريضة التمييزية..^(١)، ومن قرارات محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة ذات الصلة بموضوع الخبرة الفنية قرارها المؤرخ ٢٠١٩/١٢/١٨ (...). لدى التدقيق والمداولة لوحظ أنّ الطعن التمييزي مُقدّم في مدته القانونية قرّر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميّز وجد أنّه غير صحيح ومخالف للقانون؛ لأنّ المدّعي طلب الحكم بمنع معارضة المدّعي عليه الأوّل ورفع التجاوز الحاصل على القطعة المرقمة (٤٢/٨٨) كوت محينة وأنّ محكمة البداية وبعد ثبوت قيام المدّعي عليه بوضع يده على القطعة والبناء على جزء من القطعة أعلاه أصدرت حكمها برفع التجاوز ومنع معارضة المدّعي عليه معتمدة على تقرير الخبيرين المساحين كلّ من (ح.خ) و(ح.ع) المؤرخ في ٢٠١٩/٧/٢١ وهذا لا يجوز قانوناً؛ لأنّه يخالف نص المادة (١٣٣) من قانون الإثبات والتي نصت (إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي خبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر على أن يكون عددهم وتراً ممّن وردت أسماؤهم في جدول الخبراء أو ممن لم يرد اسمه في هذا الجدول، وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معيّن تتولى المحكمة تعيين الخبير، واستناداً إلى هذا النص يجب أن تنقيد المحكمة عند ندب الخبراء وضرورة أن يكون عددهم وتراً لا شفعاً، ولأنّ محكمة البداية ومن بعدها محكمة الاستئناف قد اعتمدت تقرير خبيرين مساحين عددهم شفعاً فيكون الحكم المميّز من هذه الجهة واجب النقض...)^(٢).

والذي يُستشفّ من هذا القرار أهمية الخبراء في تحديد واقعة وضع اليد أو التجاوز على ملك الغير، إلّا أنّ الاستعانة بالخبراء يجب أن يكون على وفق الشروط التي نظّمها نص المادة (١٣٣) من قانون الإثبات التي اوجبت أن يكون عدد الخبراء وتراً وليس شفعاً؛ ليتسنى إصدار التقرير بالاكثارية في حال وجود رأي لأحد الخبراء في موضوع الخبرة المكلف بها من قبل المحكمة، وذهبت محكمة التمييز الاتحادية المؤقّرة في قرار آخر لها صدر بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢١ إلى تأكيد الطبيعة الفنية لإثبات واقعة التجاوز مع عدّ المرتسم المُقدّم من قبل الخبراء المساحين جزءاً متمماً للقرار عند التنفيذ، إذ جاء في حيثيات القرار المذكور ما يأتي: (وإنّ التجاوز مسألة فنية تحتاج الاستعانة إلى رأي الخبراء استناداً إلى أحكام المادة (١٣٣) من قانون الإثبات استعانة محكمة الاستئناف وبناءً على طلب وكيل المميّز بالتقرير الذي قدّمه الخبراء في المرحلة البدائية على خبراء عدّة، آخروهم تسعة خبراء مختصون بشؤون

(١) قرارها المرقم (١٠٩٩/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦) في ٢٠١٦/٢/٢٢ قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٥٧٩٦/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٩) في ٢٠١٩/١٢/١٨ قرار غير منشور.

المساحة وأجرت الكشف على العقارين بمعرفتهم وقدم هؤلاء الخبراء تقريرهم المؤرخ في ٢٠/١٠/٢٠١٥ وبينوا فيه وجود التجاوز على عقار المدعي وبمساحة أقل من المساحة الواردة في تقرير الخبراء في المرحلة البدائية، وإذ إن تقريرهم جاء مفصلاً ومسبباً ويصلح اتخاذه سبباً للحكم (م.١٤ إثبات) وأن اعتماده في الحكم المميز جاء متفقاً وحكم القانون قرّر تصديقه ورد الطعن التمييزي...^(١).

سادساً: في مجال واجبات متولي الوقف

لا شك أن من واجبات متولي الوقف رعاية المال الموقوف ومنع التجاوز عليه استناداً إلى المادة (٥ و ١) من نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠؛ لذلك فإن محكمة التمييز الاتحادية الموقرة اتجهت إلى عدّ دعوى رفع التجاوز من واجبات المتولي في حماية المال الموقوف إذ ذهبت في قرارها المؤرخ ٢٤/١٢/٢٠١٩ إلى أنه قد (... تمّ وضع اليد على وقف حسينية المزرجي من قبل ديوان الوقف الشيعي وإدارته من قبلهم بتاريخ ٩/٩/٢٠١٥ وذلك استناداً إلى صراحة نص المادة (٢/٢) من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ والتي اعطت الحق لديوان الوقف بإدارة الوقف الملحق عند سحب يد المتولي، ولأنّ من أولوية واجبات المتولي منع التجاوز على الوقف المادة (٥/١) من نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠؛ لذا فإن إقامة المدعي إضافة لتوليته دعوى رفع التجاوز من صلب مهامه حتى وإن كان الوقف يتعلق بالأشجار أو حق التصرف بالأشجار؛ لأنّ شرط الواقف بالمحافظة على حق التصرف بالأشجار يقتضي بالضرورة تسليم الأرض المحدثّة عليها تلك الأشجار؛ لأنّ شرط الواقف بالمحافظة على حق التصرف بالأشجار يقتضي بالضرورة تسليم الأرض المحدثّة عليها تلك الأشجار، ولا يمكن تنفيذ شرط الواقف وبما يحقق ما هدف إليه من الوقف إلّا إذا وضع اليد على الأرض ومنع التجاوز عليها...^(٢).

(١) قرارها المرقم (١٠٤٤/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦) في ٢١/٢/٢٠١٦ قرار غير منشور.

(٢) قرارها المرقم (٦٠٦٢/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٩) في ٢٤/١٢/٢٠١٩ قرار غير منشور.

سابعًا: في مجال الملكية الشائعة

استقرت اتجاهات محكمة التمييز الموقرة بأنه لا يجوز للشريك في المال المشاع طلب رفع التجاوز الواقع على سهامه أو حصته من شريك آخر، بل له المطالبة بأجر المثل، إذ ذهبت بموجب قرارها المؤرخ في ٢٠١٦/٢/٢١ إلى أنه (...) ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق لأحكام القانون؛ ذلك أن المدعى/ المميز (ص.ش) أقر بأن المدعى عليه (ح.ف) سبق أن اشترى سهام شقيقته (ح.ش) في العقار تسلسل (١٦٣/١٢٢م) وأن الشخص الثالث (٢م.ش) أيد بيع سهامه إلى المدعى عليه وبذلك أصبح المدعى عليه شريكًا مع المدعى في العقار المشاع بينهما وشركاء آخرين وقد استقر قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم (٤٠٤/٤٠٠هـ / ٢٠١١) في ٢٠١٢/٢/٢٨ بأنه العقار المشاع لا يجوز للشريك طلب رفع التجاوز الواقع على سهامه من شريكه بل له المطالبة بأجر المثل وهذا ما قضى به الحكم المميز قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي^(١).

وذهبت كذلك بموجب قرارها المؤرخ في ٢٠١٠/٣/٢٢ إلى إقرار مبدأ مفاده أن البناء على الأرض المشاعة يُعد من أعمال الإدارة غير المعتادة التي تتطلب استحصال موافقة جميع الشركاء، وبخلاف ذلك فإن الشريك يُعد متجاوزًا على حصة الآخرين ويلزم برفع التجاوز من دون التسليم، إذ جاء في حيثيات قرارها (...) ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن الطرفين شركاء في القطعة موضوع الدعوى، وقد ثبت أن المميز المدعى عليه قد أقام على جزء منها منشآت (عبارة عن محلين للغسل والتشحيم ومحل لبيع المواد الغذائية والمحددة أبعادها ومساحتها وموقعها بموجب المرتسم المقدم لمحكمة الاستئناف...) وبما أن البناء على الأرض المشاعة يُعد من أعمال الإدارة غير المعتادة الذي يستوجب حصول موافقة جميع الشركاء ولعدم حصول المميز على مثل هذا الإذن يُعد متجاوزًا على سهام المميز عليها ويلزمه رفع هذا التجاوز من دون التسليم^(٢).

(١) قرارها المرقم (١٩١١/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦) في ٢٠١٦/٢/٢١ قرار غير منشور.

(٢) قرارها (٨٩١/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٣/٢٢ أشار إليه القاضي رعد سعد الامامي، المصدر

السابق، ص ٢٧٩.

الخاتمة

بعد أن أنهينا هذا البحث بتوفيق من الله وفضله، لا بدّ من بيان أهم ما توصلت إليه الدراسة من نتائج، وما توصي به من مقترحات، نوجزها بالآتي:-

أولاً: النتائج

توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج، سنذكرها بإيجاز، محيلين تفاصيلها إلى ما سبق ذكره عبر البحث، كلّ في موضعه:

١ - إنّ دعوى منع المعارضة هي من دعاوى أصل الحقّ؛ لكونها من دعاوى الملكية ولا تجوز إقامتها إلاّ ممن يدعي الملكية في العقار، أو المنقول فهي دعوى المالك تجاه الغاصب، أو المعارض، واتجاه كلّ من يمنعه من استيفاء منفعة ملكه، أو التصرف فيه.

٢ - لم يحدّد القانون شروطاً محدّدة لقبول دعوى منع المعارضة؛ إذ إنّ كلّ ما مطلوب فيها هو أن يكون المدّعي مالكا للعين موضوع النزاع، فضلاً عن توافر الشروط العامة التي يتطلبها القانون في كلّ دعوى، وهي (الأهليّة، والخصومة، والمصلحة).

٣ - استقرت أحكام القضاء العراقي إذا طلب المدّعي الحكم بمنع معارضة المدّعي عليه في العقار موضوع الدعوى، وأقام المدّعي عليه دعوى بطلب تملك العقار المذكور على وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدّل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣، فلا يجوز للمحكمة نظر الدعويين بصورة موحّدة، وإنّما ينبغي جعل دعوى منع المعارضة مستأخرة حتى نتيجة الفصل في دعوى التملك لاختلاف طرائق الطعن في كلّ منهما.

٤ - إذ دفع المدّعي عليه في دعوى منع المعارضة أنّه يشغل العقار موضوع الدعوى بموجب تعهد بشراء العقار أبرم بينه، وبين المدّعي خارج دائرة التسجيل العقاري، أو دفع أنّ التعهد شفوي بينهما؛ فإنّ دفعه يكون غير منتج ومردود عليه؛ لأنّ التعهد ببيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة سواء أكان تحريراً أم شفويّاً، حتى إن تأكدت صحته؛ فإنّه يُعدّ باطلاً؛ لكونه غير مستوفٍ الشكليّة القانونيّة بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة طبقاً لمفهوم المادة (٢) و(٣) من قانون التسجيل العقاري النافذ، وطبقاً لأحكام المواد (٩٠) و(١٣٧) و(١٣٨) و(٥٠٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

٥ - يُلْزَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (الشريك) بمنع المعارضة من دون التسليم حتى لو كانت المساحة الواضع اليد عليها بقدر حصته، أو أقل منها؛ وذلك لأنَّ أحكام الملكية الشائعة عدت كُلَّ شريك من الشركاء أجنبي في حصته وفقاً للآخر، وإنَّ كُلَّ واحد من الشركاء في الشروع يملك في كُلِّ ذرة من ذرات المال الشائع، طبقاً لمفهوم المادة (١٠٦١ و ١٠٦٢) من القانون المدني.

٦ - إنَّ دفع المُدَّعَى عليه في دعوى منع المعارضة، ورفع التجاوز دعوى المُدَّعَى بالتقادم المسقط للدعوى، فإنَّ دفعه مردود عليه؛ لكون الطبيعة القانونية للغصب تُعَدُّ من الأعمال غير المشروعة التي تتصف بصفة الاستمرار، والتي لا يردُّ عليها الدفع بالتقادم.

٧ - إنَّ رسم دعوى منع المعارضة، ورفع التجاوز يكون بنسبة ٢% من بدل المنفعة السنوية للعقار موضوع الدعوى؛ لكي يتمَّ استيفاء الرسم القانوني للدعوى على أساسه، وبذلك فإنَّ تحديد رسم الدعوى يُعَدُّ مهمّاً لتحديد طرائق الطعن في الحكم الصادر في إحدى الدعويين؛ فإذا كانت قيمة دعوى منع المعارضة ورفع التجاوز تزيد على مليون دينار؛ فإنَّ الحكم الصادر فيهما يكون بدرجة أولى قابلاً للاستئناف أمام محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية وفيما عدا ذلك يكون بدرجة أخيرة قابلاً للتمييز.

٨ - إذا تضمنت عريضة دعوى المُدَّعَى الحكم بإلزام المُدَّعَى عليه بمنع المعارضة من دون طلبه تسليم العقار؛ فإنَّ إصدار المحكمة حكمها بمنع المعارضة مع تسليم العقار لا غبار عليه قانوناً؛ لأنَّ المُدَّعَى عليه ليس شريكاً في العقار موضوع الدعوى؛ ولكون التسليم يُعَدُّ من متمات دعوى منع المعارضة، ولا يُعَدُّ الحكم به زيادة على الإدعاء وإنَّ التسليم مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالحكم بمنع المعارضة، ومن مستلزماته.

٩ - استقرت أحكام القضاء العراقي في دعوى منع المعارضة على أنَّ الإباحة تنتهي بالمطالبة القضائية؛ لذا فإنَّ دفع المُدَّعَى عليه باستغلال جزء من العقار موضوع الدعوى بزعم إباحة المُدَّعَى له هو دفع مردود عليه على فرض صحته؛ إذ إنَّ الإباحة تنقطع بالمطالبة القضائية.

١٠ - إذا كانت المُدَّعَى عليها الزوجة تشغل العقار موضوع الدعوى مع أولادها بصفتها زوجة المُدَّعَى وبحكم العلاقة الزوجية؛ لذا فإنَّ إشغالها للعقار يستند إلى عقد زواج صحيح ورابطة مستمرة بينهما، وإنَّ من واجبات الزوج توفير السكن اللائق لزوجته، وأنَّ إجابة

دعوى المُدَّعي بمنع معارضة المُدَّعي عليها بالعقار العائد له تعني تشريد الزوجة وأطفالها، ومن غير المعقول إباحة ذلك للمدَّعي، فالزوج مكلف بالإتفاق على زوجته، ومن بين أوجه الاتفاق تأمين السكن لها؛ لذا فإنَّ إشغال المُدَّعي عليها للدار يكون بسند قانوني، وهو عقد الزواج الصحيح فتكون دعوى المُدَّعي واجبة الرد.

١١ - إنَّ دعاوى منع المعارضة، ورفع التجاوز يمكن إقامتها مجدداً إذا عاود المتجاوز تجاوزه مرة ثانية، أو قام المعارض بمعاودة معارضته مرةً أُخرى، وبوقت آخر وعلى جزء آخر من العقار؛ إذ لا يمكن إزاء ذلك التمسك بسبق الفصل، طبقاً لمفهوم المادة (١٠٥) من قانون الإثبات النافذ؛ لكونها واقعة غير ثابتة ومتجددة، وقابلة للتكرار.

١٢ - إذا غصب أحد أرضاً أميرية فللمتصرف في هذه الأرض أن يستردها منه الغاصب، وأن يرجع عليه بأجر المثل، على وفق مفهوم المادة (١/١١٧٦) من القانون المدني النافذ.

١٣ - إذا دفع المُدَّعي عليه في دعوى رفع التجاوز أنه مستأجر الأرض بموجب عقد إيجار أبرم مع اثنين من الشركاء في العقار موضوع الدعوى فإنَّ هذا الدفع مردود عليه؛ لأنَّ عقد الإيجار غير نافذ بحق الشركاء الآخرين لعدم إجازته منهم، ولكونه لم يصدر عن الأغلبية.

١٤ - إذا لم يتحقق للمحكمة في دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز وجود ارتباط، أو اشتراك بين المُدَّعي عليهم في الاستغلال، فعلى المُدَّعي حصر دعواه بأحد المُدَّعي عليهم، على وفق مفهوم المادة (٦/٤٤) من قانون المرافعات النافذ.

١٥ - استقرَّ القضاء العراقي على أنَّ البيع الحاصل عن طريقة المزايمة العلنية يجب أن يقتصر بتصديق الوزير المختص، على وفق مفهوم المادة (١١) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة، فتكون دعوى المُدَّعي بطلب منع المعارضة، ورفع التجاوز قبل تصديق الوزير المختص سابقة لأوانها، وواجبة الرد من هذه الجهة.

١٦ - استقرَّ القضاء العراقي على أنَّ دعوى المُدَّعي بطلب رفع التجاوز الحاصل من المُدَّعي عليه الشريك في العقار موضوع الدعوى تكون واجبة الرد، وبإمكان المُدَّعي مطالبة الشريك المتجاوز بأجر المثل؛ إذ لا يجوز رفع التجاوز بين الشركاء، فقد يكون هذا الجزء من حصة المُدَّعي بعد إزالة شيوخ العقار.

١٧ - إنَّ العلة في تكييف الدعوى بوصفها دعوى رفع تجاوز هو وجود فعل مادي من الغاصب بالبناء، أو الغراس يطلب المُدَّعي إزالته، أمَّا دعوى منع المعارضة فيكون فيها

الغاصب قد وضع يده على جزء من العقار، واستغله لمصلحته، ويطلب المدّعي رفع يده عن هذا الجزء.

١٨ - إذا قام المدّعي عليه الغاصب بزراعة الأرض بمحاصيل مؤقتة فيكون للمدّعي مالك الأرض إقامة دعوى منع معارضة، أمّا إذا كانت الأرض قد تمّ غرسها بالأشجار الثابتة فبإمكان المدّعي إقامة دعوى رفع التجاوز.

١٩ - إنّ تشييد مدرسة على القطعة العائدة إلى المدّعين ومن دون إذنهم، وموافقتهم من قبل المدّعي عليه وزير التربية؛ فضلاً عن وظيفته، لا تتيح لهم طلب رفع التجاوز؛ لأنّ بناء المدرسة هو مرفق عام وُجدَ لخدمة الصالح العام، والمنفعة العامة.

٢٠ - تُقام دعاوى منع المعارضة، ورفع التجاوز على ورثة المتوفي الغاصب بصفقتهم الشخصية، لا إضافة للتركة، وإذا غصب المدّعي عليهم كلّ واحد منهم جزءاً من العقار فتُقام دعوى مستقلة على كلّ واحد منهم، ولا يجوز إقامة دعوى واحدة عليهم جميعاً.

ثانياً: المقترحات

بناءً على ما توصلنا إليه عبرَ هذا البحث، نوصي المشرّع العراقي بالأخذ بالمقترحات الآتية:

١ - تقترح تشريع نصّ قانوني يبيّن أحكام دعوى منع المعارضة ويوضح شروطها وتشريع نصّ قانوني يبيّن أحكام دعوى رفع التجاوز وشروطها.

٢ - توصي الدراسة بعدم قبول دعوى منع المعارضة، ورفع التجاوز بين الشركاء؛ وذلك لأنّ التوجه الأخير لمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة بقبول دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز من دون التسليم غير ذي فائدة، ويكون الحكم القضائي الصادر غير قابل للتنفيذ، ومن ثمّ فهو لا يحقق مصلحة ملموسة للشريك الذي حصل تجاوزاً، أو معارضة على حصته، ولا سيّما أنّ القانون قد كفّل للشريك حق إقامة الدعوى للمطالبة بأجر المثل عن حصته التي حصل التجاوز عليها.

٣ - توصي الدراسة بإجراء تعديل على نص المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية، ومعالجة القصور في إجراءات التبليغ، والمتمثل بعدم تسلّم ورقة التبليغ من الشخص المطلوب تبليغه؛ وذلك من خلال مشاهدته للموظف القائم بالتبليغ بطرق باب الدار بواسطة كاميرات المراقبة،

ويعتمد على عدم فتح الباب بغية عرقلة حسم الدعوى؛ إذ لحظنا وجود عدد كبير من دعاوى منع المعارضة، ورفع التجاوز قيد المرافعات بسبب عدم المباشرة بالدعوى لعدم إتمام التبليغات للسبب نفسه المذكور آنفاً.

٤- توصي الدراسة بعدم توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه الغاصب في دعوى منع المعارضة، أو دعوى رفع التجاوز إذا سبق له أن دفع بأنه مستأجر للعقار، ويدفع فيما بعد بأنه يشغل العقار بصفة مالك للعقار؛ فإنّ هذا التناقض مانع من سماع دعواه، أو دفعه على وفق مفهوم المادة (٦٤) من قانون الإثبات، وبذلك لا يمكن الأخذ بالتناقض في دفع المدعى عليه؛ لكونه عاجزاً عن الإثبات ومنحه حقّ تحليف المدعى اليمين الحاسمة.

٥- توصي الدراسة بعدم قبول دعوى رفع التجاوز الواقع على العقارات العائدة للدولة والبلديات بضمن حدود التصاميم الأساسية للمدن؛ إذ قد رسم قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١٥٤ لسنة ٢٠٠١ الطريق القانوني لرفع التجاوز، وذلك بإزالته من قبل الوزارة، أو الجهة غير المرتبطة بوزارة التي يعود العقار المتجاوز عليه لها، أو يتمّ إزالة التجاوز بوساطة لجان مركزية أو لجان فرعية في المحافظات على نفقة المتجاوز وقد تضمن القرار المذكور عقوبات جزائية ضد المتجاوز على عقارات الدولة، وصفوة القول: إنّ محاكم البداية غير مختصة بنظر دعوى رفع التجاوز على عقارات الدولة؛ إذ إنّ القرار المذكور قد رسم الطريق القانوني لإزالة التجاوز عبر إجراءات إدارية، وتنظيمية؛ إذ لا ينعقد لمحاكم البداية الاختصاص لنظر هذه الدعوى.

٦- تدعو مجلس القضاء الأعلى الموقر، ورئاسات محاكم الاستئناف المحترمة إلى ضرورة عقد الندوات والورش والمحاضرات القانونية للسادة القضاة والمختصين في القانون؛ لتسليط الضوء على أحكام دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز، وتوضيح الفروق بينهما، وذلك بهدف رفع الالتباس والتداخل الحاصل بين أحكامهما، ولأجل نشر الوعي القانوني بأهمية وفاعلية هذه الدعاوى.

هذا ما توصلت إليه في بحثي، راجياً من الله أن أكون قد أوفيت الموضوع بعض حقه، وأستسمح أسأتذني عذراً عن أيّ نقص أو خلل، وعذري في ذلك أن سمة أعمال البشر النقص، وأنّ الكمال لله وحده، ولا أزيد على قول القاضي الفاضل البيساني، إذ قال: «ذلك إني رأيتُ أنّه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غيّر هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يُستحسن، ولو قدّم هذا لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل. وهذا أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر».

ومن الله التوفيق

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ القرآن الكريم

ثانياً/ معاجم اللغة

١. معجم المعاني على الموقع الإلكتروني: www.almaany.com تاريخ الزيارة ١٠ / ١٠ / ٢٠٢١.
٢. معجم اللغة العربية المعاصرة على الموقع الإلكتروني www.arabdict.com تاريخ الزيارة ١٠ / ١٠ / ٢٠٢١.
٣. جمال الدين بن مكرم بن منظور، معجم لسان العرب، ج ١٤، دار العباد، بيروت، لبنان، من دون سنة طبع.

ثالثاً/ الكتب القانونية

- ١ - مولود زيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٩٢.
- ٢ - شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن، الشرح الكبير، ط ١، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٣ - احمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، من دون دار نشر، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٤ - د. فتحي والي نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط ١، من دون دار نشر.
- ٥ - جمال محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٣.
- ٦ - محمد بن فراحوز بن علي، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢، من دون دار نشر، القاهرة، ١٣٠٤هـ.
- ٧ - علي محمد ابراهيم الكرياسي، أصول الدعوى المدنية، دراسة عن كيفية إقامة الدعوى المدنية مع الصيغ القانونية والاستشهاد بالمبادئ القضائية من أحكام محكمة التمييز، المكتبة القانونية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩.
- ٨ - د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء، بيروت، ٢٠١٩.
- ٩ - د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٨.
- ١٠ - د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط ١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
- ١١ - د. ياسر باسم ذنون ود. اجياد ثامر نايف، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج ٢، ط ١، الموصل، ٢٠٠٩.
- ١٢ - د. رمضان ابو السعود، شرح النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩.

- ١٣ - د. أياد عبد الجبار الملوكي، قانون المرافعات المدنية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
- ١٤- د. عامر حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩..
- ١٥- د. احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارة، دار المعارف، مصر، ١٩٥٢.
- ١٦- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الموصل، ١٩٨٩.
- ١٧- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
- ١٨- القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، ج٣، من دون دار نشر، بغداد، ١٩٩٩.
- ١٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة طبع، .
- ٢٠- د. يحيى محمد عبد الله الخزامي، الغصب واثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، ط٣، المطبعة القضائية، صنعاء، ٢٠١٠.
- ٢١- القاضي لفقة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني والأصلاح الزراعي، ج٤، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣، .
- ٢٢- د. عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩.
- ٢٣- د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٢.
- ٢٤- القاضي عدنان مايح بدر، دعاوى البداة وأحكامها في القانون العراقي، دراسة للدعوى المدنية معززة بالتطبيقات القضائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، والمادة (١١٥٥) مدني عراقي.
- ٢٥- القاضي لفقة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢.
- ٢٦- القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
- ٢٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩.
- ٢٨- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، ج١، من دون دار نشر، بغداد، ١٩٧٠.
- ٢٩- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وتطبيقاته

- العملية، الجزء الأول، شركة الحسام للطباعة، بغداد، ١٩٩٤.
- ٣٠- القاضي رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ورفع التجاوز، معززة بأحكام محكمة التمييز الاتحادية وأحكام محكمة استئناف المثنى الاتحادية، مطبعة كتاب، بغداد، ٢٠١٨.
- ٣١- القاضي حيدر عودة كاظم، الإجراءات العملية في الدعوى المدنية دراسة معززة بالتطبيقات القضائية، ج ١، مكتبة القانون المقارن، من دون مكان طبع، ٢٠٢١.
- ٣٢- القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني للأعوام (٢٠١٢ - ٢٠١٥)، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
- ٣٣- القاضي لفقة هامل العجلي، المختار في قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية - بصفتها التمييزية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٤.
- ٣٤- القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية/ القسم المدني/ للأعوام (٢٠١٦ - ٢٠١٧) دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
- ٣٥- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات مع ملحق متن قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٣٦- د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤. على أنه (يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية).
- ٣٧- القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، ج ٢، بغداد، ١٩٩٩.
- ٣٨- القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة لعام ٢٠١٨، القسم المدني، ج ٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠.
- ٣٩- عبد الله غزالي العزاوي، دراسات في قانون التسجيل العقاري، مطبعة الخيرات، ٢٠٠٠.
- ٤٠- القاضي لفقة هامل العجلي، المختار في قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٤.
- ٤١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، ج ١، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٠.
- ٤٢- د. ياسر ذنون السبعواوي ود. جواد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ط ١، الجبل الغربي، الموصل، ٢٠٠٩.
- ٤٣- د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط ٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج ٢، عمان، الاردن، ١٩٩٧.
- ٤٤- القاضي ابراهيم المشاهدي، معين الحيران، من دون دار وسنة طبع، ج ١.
- ٤٥- القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة - قسم

- القانون المدني، منشورات مركز البحوث القانونية ١٦، بغداد، ١٩٨٨، ص ٢١٥.
- ٤٦- القاضي لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوى الأراضي الزراعية، دراسة عملية في ضوء التطبيقات القضائية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٧.
- ٤٧- القاضي رحيم حسن العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق.
- ٤٨- القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤.
- ٤٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.
- ٥٠- احمد نشات، رسالة الإثبات، ج ٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
- ٥١- القاضي مهدي صالح احمد امين، أدلة القانون غير المباشرة، مطبعة المشرق، بغداد، ١٩٨٧.
- ٥٢- القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام ٢٠١٨، القسم المدني، ج ٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠.

رابعاً/ البحوث والمقالات

- ١- سارة بن هاشم، الدعوى المدنية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة احمد دراية، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ١٠، الرسالة متاحة على الموقع الإلكتروني للجامعة www.dspace.unit-adrar.edu.dz.
- ٢- ايناس جبار، دعاوى منع المعارضة تشيع في المحاكم لححلة أزمات الدور المستأجرة، مقال منشور في موقع مجلس القضاء الاعلى على الرابط الإلكتروني www.hic.iq.

خامساً/ الدوريات

- ١- مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والثاني، ١٩٨٥.
- ٢- جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٨٤٨) في ١٦ / ١٠ / ٢٠٠٠.
- ٣- مجلة التشريع والقضاء العدد (٤)، السنة (٣).

سادساً/ القوانين

- ٤- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٥- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٦- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والمادة (١) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٣٦) في ٢٩ / ٣ / ١٩٩٤.

- ٧ - قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل
- ٨ - قانون التسجيل العقاري المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
- ٩ - قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل
- ١٠ - قانون تعديل (قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩) رقم ١٠ لسنة ٢٠١٦.
- ١١ - القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
- ١٢ - القانون المدني الفرنسي
- ١٣ - قانون التنفيذ النافذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
- ١٤ - المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ١٥ - قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١.
- ١٦ - قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

سابعا/ القرارات

- ١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٤٨/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٠٩) في ٢٩ / ١ / ٢٠٠٩، قرار غير منشور.
- ٢ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٤٣/ الهيئة العامة/ ٢٠١١) في ٢٩ / ٣ / ٢٠١١، قرار غير منشور.
- ٣ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٤٣/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٦) في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.
- ٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٩٥٥/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٦) في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.
- ٥ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٤٤/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٦) في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.
- ٦ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٩١١/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٦) في ٢١ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.
- ٧ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٩٩/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦) في ٢٢ / ٢ / ٢٠١٦ قرار غير منشور.
- ٨ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٤٩/س/ ٢٠١٦) في ٢٦ / ٤ / ٢٠١٦، قرار غير منشور.
- ٩ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٣٤٤/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦) في ١٤ / ٦ / ٢٠١٦، قرار غير منشور.

- ١٠ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٢٢١/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦) في ٢٥/٦/٢٠١٦ قرار غير منشور.
- ١١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٩/ موسعة مدنية/ ٢٠١٧) في ١٢ / ٣ / ٢٠١٨، قرار غير منشور.
- ١٢ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٠/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٨) في ١٦/٤/٢٠١٨ قرار غير منشور.
- ١٣ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٧٣٣/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٨) في ٣٠/٤/٢٠١٨، قرار غير منشور.
- ١٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٧٢٧/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠١٨) في ٣١ / ٧ / ٢٠١٨، قرار غير منشور.
- ١٥ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٤٣٩٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٨) في ١٢ / ٩ / ٢٠١٨، قرار غير منشور.
- ١٦ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٥ / الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٩) في ٢٢ / ٤ / ٢٠١٩، قرار غير منشور.
- ١٧ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٧٩٦/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٩) في ١٨/١٢/٢٠١٩ قرار غير منشور.
- ١٨ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٦٠٦٢/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٩) في ٢٤/١٢/٢٠١٩ قرار غير منشور.
- ١٩ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٦/ حقوقية/ ٢٠٢٠) في ٢٩ / ١ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.
- ٢٠ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٦٦/ الهيئة الاستئنافية/ عقار/ ٢٠٢٠) في ١٦ / ٢ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.
- ٢١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٥٩/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢٠) في ١٨ / ٢ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.
- ٢٢ - محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٤٦/ ب/ ٢٠١٩) في ٢٦ / ٢ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.
- ٢٣ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٧٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢٠) في ١/٣/٢٠٢٠، قرار غير منشور.
- ٢٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٩٦/ س/ ٢٠٢٠) في ١٧ / ٩ / ٢٠٢٠، قرار غير منشور.
- ٢٥ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٢٥٩/ س/ ٢٠٢١) في ١٣ / ٩ / ٢٠٢١، قرار غير منشور.
- ٢٦ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٣١/ س/ ٢٠٢٠) في ١٦ / ٩ / ٢٠٢١، قرار غير منشور.

- ٢٧ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٦٩١/س/٢٠١٩) في ١٦/٩/٢٠٢١، قرّر غير منشور.
- ٢٨ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٠٤٦/٣٠٤٧/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢١) في ١٩/٩/٢٠٢١، قرار غير منشور.
- ٢٩ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٥٠٦/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ١٩/ ٩/ ٢٠٢١، قرار غير منشور.
- ٣٠ - قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة بالعدد (٧٠٧/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٣/٦، قرار غير منشور.
- ٣١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقّرة بالعدد (٨٧/الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٣/١٦، قرار غير منشور.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المُقدِّمة	١ - ٤
المبحث الأول: مفهوم الدعوى المدنية	٤
المطلب الأول: تعريف الدعوى المدنية	٤
الفرع الأول: تعريف لغوي	٤
الفرع الثاني: تعريف فقهي	٥ - ٦
الفرع الثالث: التعريف التشريعي للدعوى	٧
المطلب الثاني: طبيعة الدعوى المدنية	٨
الفرع الأول: سلطة (مكنة)	٩
الفرع الثاني: حق شخصي	١٠ - ١١
المطلب الثالث: تقسيم الدعاوى المدنية	١٢
الفرع الأول: الدعاوى العينية والشخصية والمختلطة	١٢ - ١٣
الفرع الثاني: الدعاوى المنقولة والعقارية	١٤ - ١٥
المبحث الثاني: مفهوم دعوى منع المعارضة	١٦
المطلب الأول: تعريف دعوى منع المعارضة وتمييزها من الدعاوى الأخرى	١٦
الفرع الأول: تعريف دعوى منع المعارضة	١٦ - ١٧
الفرع الثاني: تمييز دعوى منع المعارضة عن الدعاوى الأخرى	١٨ - ٢١
المطلب الثاني: طبيعة دعوى منع المعارضة وشروط إقامتها	٢٢
الفرع الأول: طبيعة دعوى منع المعارضة	٢٢
الفرع الثاني: شروط قبول دعوى منع المعارضة	٢٣ - ٢٧
المطلب الثالث: اجراءات دعوى منع المعارضة ووسائل اثباتها	٢٨
الفرع الأول: الاجراءات العملية لدعوى منع المعارضة	٢٨ - ٣٠
الفرع الثاني: أثبات دعوى منع المعارضة	٣١ - ٣٥
المطلب الرابع: التطبيقات القضائية لدعوى منع المعارضة واتجاهات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة	٣٦
الفرع الأول: التطبيقات القضائية لدعوى منع المعارضة	٣٦ - ٣٩
الفرع الثاني: اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في دعوى منع المعارضة	٤٠ - ٤٥

٤٦	المبحث الثالث: مفهوم دعوى رفع التجاوز
٤٦	المطلب الأول: تعريف دعوى رفع التجاوز وتمييزها من الدعاوى الأخرى
٤٦	الفرع الأول: تعريف دعوى رفع التجاوز
٥٥ - ٤٧	الفرع الثاني: التمييز بين دعوى رفع التجاوز والدعاوى الأخرى
٥٦	المطلب الثاني: طبيعة دعوى رفع التجاوز وشروط إقامتها
٥٧ - ٥٦	الفرع الأول: طبيعة دعوى رفع التجاوز
٥٨	الفرع الثاني: شروط قبول دعوى رفع التجاوز
٥٨	المطلب الثالث: إجراءات دعوى رفع التجاوز واثباتها
٦٠ - ٥٨	الفرع الأول: الإجراءات العملية لدعوى رفع التجاوز
٦٧ - ٦١	الفرع الثاني: اثبات دعوى رفع التجاوز
٦٨	المطلب الرابع: التطبيق القضائي لدعوى رفع التجاوز واتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة
٧١ - ٦٩	الفرع الأول: التطبيق القضائي لدعوى رفع التجاوز
٨١ - ٧٣	الفرع الثاني: اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في دعوى رفع التجاوز
٨٥ - ٨٠	الخاتمة
٩٢ - ٨٦	المصادر والمراجع
٩٤ - ٩٣	المحتويات