

التصرف الفعلي في المال المغصوب

" دراسة مقارنة "

أ. د. منصور حاتم محسن

كلية القانون / جامعة بابل

م. عباس سهيل جيجان

كلية القانون / جامعة بابل

المقدمة

أولاً : موضوع البحث

التصرف الفعلي في الفقه الاسلامي يقابله العمل المادي في القانون المدني ، وفيما يتعلق بعنوان البحث جاءت تسميته ب(التصرف الفعلي في المال المغصوب) ، وذلك من اجل احتواء بعض صور التصرف الفعلي في المال المغصوب سواء اكانت على صعيد الفقه الاسلامي او على صعيد القانون المدني ، والاصل ان الغاصب ليس له الحق في التصرف في المال المغصوب ، لأنه متعدٍ وسيء النية ويده يد ضمان ، الا ان وجود المغصوب في يد الغاصب من شأنه ان يغريه بالتصرف فيه مع احتياط الفقه والقانون بضرورة قيام الغاصب برد المال المغصوب الى المغصوب منه للحيلولة بين الغاصب وبين جني ثمار غصبه الا ان مدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تكون كافية للتصرف في المال المغصوب سواء اكان هذا التصرف تصرفاً فعلياً او تصرفاً قولياً ، وفي هذا البحث سنتعرف على صور التصرف وحكمها فيما لو تصرف الغاصب في المال المغصوب تصرفاً فعلياً .

ثانياً : أهمية البحث

- ١- تكمن اهمية البحث من خلال علاقته الوثقى بحياة المجتمع وما قد يسببه من خطر على امن المجتمع وممتلكات المواطنين ، حيث كما نعلم ان الغصب يعد من الاعمال غير المشروعة التي تشكل اعتداء على الاموال وتكون مدعاة لإثارة الكثير من المشاكل التي تعد اليوم من ابرز القضايا التي تعرض على القضاء .
- ٢- تكمن اهمية البحث في موضوع التصرف الفعلي في المال المغصوب من خلال تحديد المعالجة التشريعية لهذا الموضوع والذي يجد اساسه في كتب الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة ، اذ ان بعض التشريعات المدنية محل المقارنة عالجت موضوع الغصب الا انها لم تعالج موضوع التصرف الفعلي في المال المغصوب بشكل واضح ودقيق .
- ٣- تكمن اهمية البحث في موضوع التصرف الفعلي في المال المغصوب من خلال الاسهام في تقديم الحلول لمعالجة ظاهرة غصب الاموال والتصرف فيها التي اصبحت

اليوم في تزايد مستمر ، وذلك من خلال الاستفادة من بعض القوانين التي تأثرت بأحكام الفقه الاسلامي لاسيما القانون المدني اليمني .

ثالثا : اسباب اختيار البحث واهدافه

١- معرفة الاحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بموضوع التصرف الفعلي في المال المغصوب ، وقد حاولنا من خلال هذا البحث الاجابة الفقهية والقانونية على الكثير من التساؤلات التي يحتاجها الناس في حياتهم العملية .

٢- يهدف البحث الى بلورة حقيقة موضوع التصرف الفعلي في المال المغصوب ، وذلك برسم صورة واضحة لبعض التصرفات الفعلية في المال المغصوب وبيان حكمها ، وذلك من خلال الاطلاع على الاجتهادات الفقهية والقضائية ومواقف القوانين التي تطرقت لهذا الموضوع .

٣- يهدف البحث الى تسليط الضوء على مواضيع الجدل والاختلاف في هذا الموضوع وتقديم الآراء الراجعة والحلول المناسبة على وفق ما نحصل عليه من خلال دراسة هذا الموضوع من الجوانب التشريعية والفقهية والقضائية .

رابعا : مشكلة البحث

من خلال مشكلة البحث نستطيع ان نطرح التساؤلات الآتية :

١- قد يقوم الغاصب نتيجة الطمع وحب المال الى اجراء بعض التصرفات الفعلية في المال المغصوب ، فهل يحق للغاصب اجراء مثل هذه التصرفات ؟ .

٢- ماهي صور التصرف الفعلي في المال المغصوب وما حكمها في الفقه الاسلامي والقانون ؟ وهنا سنتناول بعض الصور ومن اهمها حكم تغيير المال المغصوب وحكم التصاق المال المغصوب بمال الغاصب كالبناء والغراس والزراعة في العين المغصوبة .

٣- لم تذكر التشريعات المدنية محل المقارنة حكم بعض التصرفات الفعلية الذي يجريها الغاصب في المال المغصوب في المواد المتعلقة بالغصب ، بالرغم من ان بعض هذه التشريعات ذكرت حكم هذه التصرفات في المواد المتعلقة بموضوع الالتصاق والبعض الاخر ذكرت حكم هذه التصرفات في المواد المتعلقة بالحيازة .

خامسا : منهج البحث

للإجابة على مشكلة بحثنا التصرف الفعلي في المال المغصوب اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع التصرف الفعلي في المال المغصوب للوقوف على صورته وبيان حكمها ، واتبعنا في هذا البحث المنهج المقارن من خلال المقارنة بين القوانين المدنية كالقانون العراقي والقانون المصري والقانون الاردني والقانون اليمني والقانون الفرنسي مع بيان موقف اراء الفقه الاسلامي بمذاهبه المتعددة بالإضافة الى بيان موقف الفقه القانوني واحكام القضاء في كل مورد من موارد البحث .

سادسا : خطة البحث

استناداً الى ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا الموضوع على مبحثين ، نخصص المبحث الاول للتصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الاسلامي ، وذلك من خلال تقسيمه على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول تغيير المغصوب وفي المطلب الثاني امتزاج المغصوب وفي المطلب الثالث اتصال المغصوب ، ونكرس المبحث الثاني للتصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون ، وذلك بتقسيمه ايضاً على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول تغيير العين المغصوبة وفي المطلب الثاني البناء والغراس في الارض المغصوبة وفي المطلب الثالث الزراعة في الارض المغصوبة ، وانهيينا البحث بخاتمة تضمنت اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

المبحث الاول : التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الاسلامي

قد يكون المال المغصوب عرضه للعديد من التصرفات الفعلية كتغيير المغصوب وامتزاجه بغيره او اتصاله بشي اخر ، فما حكم هذه التصرفات في الفقه الاسلامي؟ وللكلام عن هذا الموضوع بشيء من التفصيل سنوزع هذا المبحث على ثلاثة مطالب وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول : تغيير المغصوب

التغيير هو تبدل الشيء من حالة الى حالة اخرى كماً او كيفاً او كماً وكيفاً معاً ، وتغيير المغصوب اما ان يكون بفعل الطبيعة او بفعل الغاصب او بفعل الغير^(١) ، فاذا تغيرت صفة المغصوب او فقد ذاتيته بفعل الطبيعة كما لو كان المغصوب فاكهة فتغيرت بنفسها كان يبست او كان عصيراً فصار خلاً او عنباً فصار زيبياً ، وفي حكم ذلك قال فقهاء الحنفية والمالكية صاحبه بالخيار ان شاء أخذ المغصوب بعينه ولا شيء له وان شاء تركه في يد الغاصب وضمنه مثل ما غصب^(٢) ، وقال فقهاء الشافعية ان غصب عصيراً فصار خمرأ ضمن العصير بمثله ، لأنه بانقلابه اسقط قيمته ، فان صار العصير خلاً يلزم الغاصب برده للمغصوب^(٣) ، وقال فقهاء الحنابلة ان غصب عصيراً فصار خمرأ ، فعليه قيمة المغصوب ، وان انقلب خلاً عليه رد المغصوب مع ما نقص من قيمة العصير^(٤) ، وقال فقهاء الامامية اذا غصب عصيراً فصار خمرأ ثم صار خلاً يسترده المالك لأن هذا عين ماله ، وان نقصت قيمة الخل كان الارش على الغاصب^(٥) .

اما اذا تغير المغصوب بفعل من الغاصب حتى اذا غيره تغييراً جوهرياً افقده ذاتيته وازال عنه اسمه واكثر منافعه كما لو غصب حنطة فطحنها دقيقاً او قطناً فغزله او حديداً فصنعه سيفاً^(٦) ، فما حكم هذه الحالة برأي الفقهاء المسلمين؟ ، للإجابة على هذا التساؤل ذهب فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الزيدية وبعض فقهاء الامامية وبعض فقهاء المالكية^(٧) الى القول بزوال ملك المغصوب منه عن المغصوب ويملكه الغاصب ويضمن بدله المثل في المثلي والقيمة في القيمي^(٨) ، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء بقولهم لا ينقطع حق المالك في ملكه وله ان يأخذه طالما كان باقياً كله او بعضه ، لان صاحب الملك اولى بملكه من الغاصب ، واذا ترتب على

ذلك التغيير او التحويل نقص في قيمة المغصوب كان على الغاصب ارش النقص ولا شيء للغاصب في الزيادة (٩) .

وكذلك من غصب فضةً او ذهباً وصكها دراهم و دنانير او صنعها انية لا يزول ملك مالكةا عنها عند ابو حنيفة فيأخذها(١٠) ، وذلك لان العين باقية واسمها باقي (١١) ، ولا شيء للغاصب عند جمهور الفقهاء والخيار للمغصوب منه بين اخذ المغصوب مع ارش النقص وبين القيمة يوم الغصب في حالة تغيير المغصوب وتحويله الى شيء اخر (١٢) .

وقد استدل اصحاب الراي الاول على قولهم بانتقال ملكية المغصوب للغاصب بإحداث فعل يؤدي الى تغييره واخرجه عن هيئته بالسنة النبوية والمعقول ، وفي السنة النبوية استدلوا بما روي ان الرسول (ص) كان في ضيافة رجل من الانصار ، فقدم اليه شاة مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكةا ولا يسيغها فقال الرسول (ص) انها ذبحت بغير حق ، فقال الانصاري كانت شاة اخي وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال الرسول (ص) اطعموها الاسارى(١٣) ، ووجه الدلالة بالحديث ان الرسول (ص) جعل لهم تملكها بالعمل ، لأنه امرهم بإطعامها الاسارى ، فأمره بالتصدق بها بيان منه ان الغاصب قد ملكها ، ولو لم يملكوها لمنعهم ولأمر بردها الى مالكةا ان كان حاضراً او يبيعه وحفظ ثمنها له ان كان غائباً

واما المعقول فقالوا ان الغاصب احدث صنعه متقومه ، فاصبح حق المالك هالكاً حيث تبدل الاسم والصورة والمعنى ، وحق الغاصب في الصنعة قائماً ، والمالك لا يبقى في الهالك كما في الهالك الحقيقي ، ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل او القيمة للمالك لوقوع اعتداء عليه او اضراراً به ، وهذا يوجب زوال ملكه من المغصوب وانتقاله للغاصب(١٤) .

وقد استدل اصحاب الراي الثاني على قولهم بعدم زوال ملكية المغصوب منه للمغصوب المتغير بفعل الغاصب او بفعل غيره بالقران الكريم والسنة النبوية والمعقول ، وفي القران الكريم فاستدلوا بقوله تعالى " يا ايها الذين امنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم " (١٥) ، وجه الدلالة بالآية الكريمة ان الله سبحانه وتعالى نهى عن اكل اموال الغير بالباطل ، وما احدثه الغاصب في المغصوب من تغيير والتصرف فيه عمل باطل ، والباطل لا اثر له فيبقى المغصوب مملوكاً لصاحبه .

واما في السنة النبوية فاستدلوا بما روي عن الرسول (ص) انه قال " لا يحل لاحد منكم من مال اخيه شيء الا بطيب نفس منه " (١٦) ، وقوله (ص) " ان دماءكم واموالكم عليكم حرام " ، وقوله (ص) " ليس لعرق ظالم حق " ، وغيرها من الاحاديث الشريفة التي تشهد على حرمة اموال الاخرين وعدم الانتفاع بها الا بأذن اصحابها ، وان عمل الغاصب في تغيير المغصوب لا ينتج حقاً له لأنه ظلم وعليه رده لصاحبه (١٧) .

واما في المعقول فقالوا اذا قام الغاصب بإحداث تغيير في المغصوب ، فان المالك يأخذه ولا يمتلكه الغاصب وعليه ارش النقص وذلك لأمر منها بقاء ذات المغصوب وعينه بعد فعل الغاصب والفائت بعض الصفات وهذا لا يبطل حق الاسترداد ، وان ملكية المغصوب ثابتة للمالك وما فعله الغاصب في المغصوب محذور لا يصلح سبباً لثبوت الملك ، لان الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعاً فبقي المغصوب على ملك المالك (١٨) .

وقد يلجأ الغاصب الى تغيير بعض اوصاف المغصوب اما بزيادة شيء عليه او انقاصه ، والزيادة التي تحصل من قبل الغاصب اما زيادة عين او زيادة وصف كمن غصب الدقيق فخلطه بسمن او غصب الثوب فصبغه ، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة ولهم ثلاثة اراء ، فيرى فقهاء الحنفية والمالكية للمالك الخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره وان شاء اخذه واعطى قيمة الزيادة (١٩) ، وقال فقهاء الحنابلة والشافعية ان امكن فصل الزيادة اجبر الغاصب على ذلك وان لم يمكن فصل الزيادة ولم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب وان نقصت قيمة المغصوب لزم الغاصب ارش النقص وان زادت قيمة المغصوب اشترك الغاصب والمغصوب منه (٢٠) ، ويرى فقهاء الامامية والشافعية والزيدية يجب على الغاصب فصل الزيادة التي اضافها على المغصوب مع ضمان ما يطرا على المغصوب من نقص ، واما اذا لم يمكن فصل الزيادة فالغاصب يكون شريكاً مع المغصوب منه بقدر ماله (٢١) .

ونحن نتفق مع احد الشراح في ترجيحه للراي الاخير وحجته في ذلك انه اقرب الى تحقيق العدالة في مراعاة حق الطرفين ، وانه يجب على الغاصب اذا امكن فصل الزيادة رد المغصوب كما هو الى المالك ، ولا يلزم بضمنان قيمة المغصوب اذا لم يمكن فصل الزيادة وهي عين مال الغاصب ، فكان الاوفق اعتبار الغاصب شريكاً مع المالك بقدر حقه مع الاحتفاظ للمالك بحقه في التعويض فيما لو حصل نقص للمغصوب بسبب الزيادة (٢٢) .

وان المغصوب قد يحصل فيه نقص او عيب^(٢٣) عند الغاصب باستعماله او بغير استعماله مثل تخريق الثوب وتهدم الدار وجرح الدابة^(٢٤) ، وهنا ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة والظاهرية والامامية وبعض الحنفية الى ان النقص مضمون على الغاصب مطلقاً سواء حدث بأمر سماوي او بفعل الغاصب او بفعل الغير^(٢٥) ، وذهب فقهاء المالكية الى التفصيل الاتي :

١- يرى احد فقهاء المالكية لا يكون ضامن للنقص مطلقاً سواء اكان النقص بقوة قاهرة او بفعل الغاصب^(٢٦) .

٢- يرى بعض المالكية يكون النقص مضمون اذا كان بفعل الغاصب او فعل الغير ، ولا يكون الغاصب ضامناً اذا كان النقص بأمر سماوي لا يد للغاصب فيه^(٢٧) .

٣- يرى بعض المالكية اذا كان النقص بفعل الغاصب فالمغصوب منه مخير بين ان يضمه القيمة يوم الغصب او يأخذ المغصوب مع قيمة النقصان^(٢٨) .

٤- يرى بعض المالكية اذا كان النقص بفعل الغير فالمغصوب منه مخير بين ان يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب او يترك الغاصب ويتبع الغير^(٢٩) .

٥- وفرق ابو حنيفة بين النقص الجسيم وغير الجسيم ، فيضمن القيمة في الحالة الاولى ويضمن النقص في الحالة الثانية^(٣٠) .

ونحن نتفق مع احد الشراح في ترجيحه لرأي جمهور الفقهاء بقوله ان الغاصب مسؤول عن كل نقص او عيب يحدث في المغصوب بعد الغصب وقبل رده الى صاحبه سواء كان النقص او العيب حدث بقوة قاهرة او بفعل الغاصب او بفعل الغير ، وذلك لان النقص تلف جزئي للمغصوب والغاصب يكون ضامناً للتلف الجزئي كما يضمن التلف الكلي على اساس ان حكم الكل يسري على الجزء ، وان يد الغاصب يد ضمان فهو مسؤول عن كل ما يحدث في المغصوب بعد الغصب ويضر بحق المغصوب منه بغض النظر عن مصدره ، اذ ان الغاصب سي النية وبالتالي يُسأل عن كل نقص يصيب المغصوب بسبب عمله غير المشروع سواء اكان النقص فاحشاً او يسيراً^(٣١) .

وان ضابط الفرق بين النقص اليسير والنقص الفاحش ، ان النقص اليسير هو ما لا يفوت به شيء من المنافع وانما يدخل في نقصان المنافع ويعبر عنه بالنقص المستقر اي الذي لا يؤدي الى تلف الكل كالخرق اليسير في الثوب ، وفي حكم هذه الحالة يرى الفقهاء انه ليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقص وذلك لبقاء العين بذاتها ، ولا يجبر الغاصب على اخذ المغصوب ودفع قيمته^(٣٢) ، والنقص الفاحش هو ما يفوت به جزء من العين المغصوبة وجنس المنفعة مع بقاء بعض العين وبعض المنافع ويعبر عنه بالنقص غير المستقر كالخرق الكبير في الثوب او طعام ابتل بالماء او حنطة ابتلت بالماء وادى الى تلفها^(٣٣) ، وفي حكم هذه الحالة اختلف الفقهاء ولهم اربعة اراء : الراي الاول : يعتبر المغصوب كالهالك ويغرم الغاصب بدله المثل في المثلي والقيمة في القيمي وهو القول الاول للشافعية وقول ضعيف للأمامية ، الراي الثاني : للمالك ان يأخذ المغصوب مع ارش النقص وهو القول الثاني للشافعية وراي الظاهرية والقول الراجح عند الامامية ، الراي الثالث : الخيار للمالك بين اخذ مثله من الغاصب او اخذ المغصوب مع ارش النقص وهو القول الثالث للشافعية وراي الحنابلة ، الراي الرابع : تخيير الغاصب بين ان يمسك المغصوب ويغرمه وبين ان يرده مع ارش النقص وهو القول الرابع للشافعية^(٣٤) .

اما اذا تغيرت قيمة المغصوب بسبب نقصان السعر وهو تحت يد الغاصب واصبحت قيمته وقت رده الى المالك اقل مما كانت عليه وقت الغصب ، فيرى جمهور الفقهاء ان الغاصب لا يضمن نقصان السعر اذا رد المغصوب في مكان الغصب ولا يحق للمغصوب منه ترك المغصوب للغاصب والمطالبة بقيمته ، وسندهم في ذلك ان نقص السعر ليس بفوات وان المغصوب باق على حاله وان هبوط الاسعار في الاسواق يرجع الى فتور رغبات الناس وليس الى عين الشيء وصفته^(٣٥) .

ويرى فقهاء الظاهرية وبعض فقهاء الشافعية والزيدية ان الغاصب يضمن نقصان السعر وحجتهم في ذلك ان الغاصب فوت منفعة للمالك متعلقة بالعين كان يمكن ان يستفيد منها ، اذ كان بمقدوره ان يبيع المغصوب وقت الغلاء ، وان الغاصب ملزماً برد المغصوب الى المالك بجميع صفاته اذا زاد ثمن المغصوب ، لأنه حين زاد ثمنه كان مفروضاً عليه ان يرده اليه وهو يساوي تلك القيمة ، فاذا نقصت قيمته فانه لا يسقط رد ما لزمه رده^(٣٦) .

اما فقهاء المالكية فانهم يفرقون بين الغصب والتعدي^(٣٧) ، وعندهم ان العين المغصوبة اذا نقصت قيمتها السوقية فلا ضمان على الغاصب في نقص القيمة بل يأخذها مالکها ولاشي له ، وفي التعدي يُلزم المتعدي بقيمة العين يوم التعدي عليها ان تغير سوقها^(٣٨) .

ونحن نتفق مع رأي جمهور الفقهاء ان الغاصب لا يضمن نقصان السعر في المغصوب اذا استرده صاحبة وهو باق على حاله ، واما اذا حدث في المغصوب عيب او نقص ، فالغاصب ملزم بالضمان بمثله اذا كان مثلياً وقيمته اذا كان قيمياً .

والسؤال المطروح هنا ما الحكم اذا كان المغصوب نقوداً ثم ارتفعت او انخفضت قوتها الشرائية بعد الغصب ؟ للإجابة على هذا التساؤل يرى جمهور الفقهاء ان المدين لا يلزم الا برد ما اخذه كماً وكيفاً سواء أكان الاخذ بصورة مشروعة كما في القرض او بصورة غير مشروعة كما في الغصب^(٣٩) ، ويرى احد الفقهاء ان الحل لمسألة تقلب قيمة النقود يتمثل بالصلح على الاوسط ، بمعنى ان يتقاسم المقرض والمقترض أو الغاصب والمغصوب منه الضرر الناجم عن تغير سعر النقود^(٤٠) ، ويقول احد الشراح ان الحكم الذي ذهب اليه جمهور الفقهاء فيه اجحاف بحق الدائن ومناف للعدالة ، فعلى سبيل المثال من غصب مائة دينار من شخص في وقت كان الدينار يساوي مثقال من الذهب فهل من العدل ان يحكم بان المغصوب منه لا يستحق الا نفس الكمية في وقت يكون سعر المثقال من الذهب اكثر من ثمانين الف دينار فانخفاض العملة يحولها من المثلي الى القيمي فلا يكون الرد بالمثل وانما بالقيمة^(٤١) ، وكذلك الحكم اذا كان الامر معكوساً ، فالعبرة في حالة تغير القوة الشرائية يوم الغصب سواء اكان التغير في ارتفاع القوة الشرائية او انخفاضها ، فالنقود من المثليات وقد اجمع العلماء من الاصوليين والفقهاء على ان بدل المثل من المثل واذا تعذر المثل يصار الى قيمته ، وكذلك اجمعوا على ان مثل الشيء هو ما يساويه صورة ومعنى ، والمعنى هو القيمة وتقدر بالمنفعة ، وقد قسموا التزام المدين الى الاداء والقضاء ، والاداء هو تسليم نفس الواجب الى مستحقه ، والقضاء هو تسليم او رد مثل الواجب او قيمته^(٤٢) .

المطلب الثاني : امتزاج المغصوب

المزج هو الخلط بين شيئين فاكثر، وهما اما ان يكونا من نوع واحد او يختلفا في النوع ، وفي كلتا الحالتين اما ان يمكن فصلهما عن الاخر او لا يمكن^(٤٣) ، فاذا كان من الممكن تمييز المغصوب وفصله عما أختلط به وكان المخلوط من جنسه أو من غير جنسه ، فيلزم الغاصب برد المغصوب الى صاحبه بعد فصله عن ماله كخلط الدراهم بالدنانير^(٤٤) .

وإذا خلط الغاصب المغصوب بغيره وتعذر تمييزه ، فالحال لا يخلو من احتمالين ، فأما أن يكون المخلوط من جنس المغصوب كخلط الحنطة بالحنطة والزيت بالزيت، وأما ان يكون من غير جنسه كخلط الحنطة بالشعير والزيت بالسمن^(٤٥) .

قال الامامية اذا غصب دهنًا كالزيت او السمن فخلطه بمثله فهما شريكان ، وان خلطه باردا او اجود منه ، فالغاصب يضمن المثل لتعذر تسليم العين في قول ، وفي قول اخر يكون شريكاً في فضل الجودة ويضمن المثل في فضل الرداءة الا ان يرضي المالك بأخذ العين ، اما اذا خلطه بغير جنسه فيعتبر استهلاكاً ويضمن مثله^(٤٦) ، ولا يختلف راي فقهاء الزيدية عن راي فقهاء الامامية في اعتبار خلط المغصوب بغير جنسه استهلاكاً ويجب ضمان المثل لتعذر رد المغصوب^(٤٧) .

وقال فقهاء الحنفية إن خلط المغصوب بجنسه ، كخلط الحنطة بالحنطة واللبن باللبن ، يؤدي إلى تملك الغاصب للمغصوب ، ولا حق للمالك في المخلوط عند ابو حنيفة ، وعند الصحابين المالك مخير ان شاء ضمنه مثل حقه وترك المغصوب للغاصب وان شاء شاركه في المخلوط واقتسماه على قدر حقهما ، واما اذا خلطه بغير جنسه كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير ، فالخالط ضامن ولا حق للمالك في المخلوط ، لأنه استهلاك^(٤٨) .

وللمذهب الشافعي وجهان في مسألة ان الغاصب اذا مزج المغصوب بغيره وكان المخلوط من جنسه القول الاول : يجوز للغاصب ان يدفع مثله كما لوهلك ، لأنه لا يستطيع رد عين المغصوب ، والقول الثاني : يلزم الغاصب ان يدفع للمالك من المخلوط ، لأنه يقدر على دفع بعض ماله فلا ينتقل للبدل ، واذا خلط المغصوب بأجود منه فان بذل الغاصب للمغصوب منه من المزيج بقدر المغصوب يلزم المالك بقبوله ، وان بذله مثل المغصوب قولان: الاول يلزم

المغصوب منه بقبوله ، والثاني يباع المخلوط ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، وإذا خلط الغاصب المغصوب بارداً منه قولان: الأول الخيار للمالك ان شاء طلب من المخلوط بقدر ماله ، وان شاء طلب البديل بمثله لان المخلوط دون حقه ، والثاني يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وان نقص فعلى الغاصب ضمانه^(٤٩) .

وقال فقهاء الحنابلة ان الغاصب اذا خلط المغصوب بماله ومن جنسه وتعذر تمييزه كما لو خلط حنطة او زيتاً بمثله لزمه مثله ، وفي مسألة اذا خلطه بغير جنسه او بأرداء او خير منه ثلاثة اقوال : في القول الاول يلزم الغاصب بمثل المغصوب ، وفي القول الثاني انهما شريكان بقدر حقهما، وفي القول الثالث يباع المخلوط ويدفع الى كل منهما بقدر حقه^(٥٠) .

وبعد استعراض موقف الفقه الإسلامي من مسألة خلط المغصوب بغيره ولم يمكن الفصل بينهما ، نحن ومن وجهة نظرنا المتواضعة نؤيد رأي فقهاء الأمامية لأنه ايسر في حسم النزاع واقرب الى العدالة ، وبالتالي ان الغاصب والمغصوب منه يكونا شريكين في قيمة المخلوط اذا خلط الغاصب المغصوب بمثله ، ويبيع المخلوط ويقسم الثمن بينهما كل حسب حصته حتى لا يترك الغاصب مال الغير مقابل البديل ، ويضمن الغاصب المثل إذا خلط المغصوب بغير جنسه وأقل منه في القيمة .

المطلب الثالث : اتصال او التصاق المغصوب

الاتصاق اتحاد او اندماج شيئين متميزين احدهما عن الاخر ومملوكين لشخصين مختلفين على نحو يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف ودون ان يوجد بينهما اتفاق على هذا الاندماج^(٥١) ، وان الغاصب عندما يبقى المغصوب تحت يده قد يتصرف فيه نتيجة الطمع وحب المال بأنواع من التصرفات كالبناء او الغراس او الزراعة او احداث تحسينات على العين المغصوبة .

وقد اختلف الفقهاء في حكم مسألة البناء او الغراس في الارض المغصوبة ولهم اربعة اراء :

الراي الاول : ذهب بعض الحنفية الى التفرقة بين حالة ما اذا كانت قيمة البناء او الغراس اكثر من قيمة الارض المغصوبة وفي هذه الحالة ليس للمغصوب منه الحق في استرداد الارض وانما له الحق في قيمتها فقط ، وللضرر الكبير الذي يلحق بمن احدث البناء او الغراس اذا تمت ازالته

، اما اذا كانت قيمة الارض اكبر من قيمة البناء او الغراس يلزم الغاصب برد الارض لمالكها ، وبإزالة ما احدثه من منشآت استناداً الى قاعدة " ان الضرر الاشد يزال بالأخف " (٥٢) .

وينتقد احد الشراح هذا الراي بالقول انه يؤدي الى تمكين الغاصبين اصحاب النفوذ والاموال من تملك اموال الغير بطريق القهر والغلبة بمجرد ان تكون قيمة ما احدثوه من بناء او غراس تزيد على قيمة الارض المغصوبة (٥٣) .

الراي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء الى الزام الغاصب ازالة ما احدثه من بناء او غراس على الارض المغصوبة ولا ينظر الى قيمة البناء او الغراس ، لان المحدث بمنزلة الغاصب وليس له الحق في الاعتداء على ملك الغير ، وحجتهم في ذلك بما روي عن يحيى بن عروة عن ابيه قال : قال رسول الله (ص) " من احيا ارضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق " ، قال عروة : ولقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلاً غرس في ارض رجل من الانصار نخلاً ، فاختمها الى النبي (ص) فقضى للرجل بارضه وقضى على الاخر ان ينزع نخله ، قال : فلقد رأيت يضرب في اصولها بالفؤوس ، قال ابو عبيد : هذا الحديث مفسر للعرق الظالم ، وانما صار ظالماً لأنه غرس في الارض وهو يعلم انها ملك لغيره ، فاصبح بهذا الفعل ظالماً غاصباً (٥٤) .

الراي الثالث : ذهب فقهاء المالكية وبعض الحنفية الى ان المغصوب منه مخير بين الزام الغاصب بإزالة ما احدثه من بناء او غراس وبين ترك البناء او الغراس بقيمته مقلوعاً (٥٥) ، ويرى بعض الحنفية اذا القلع مضرراً بالأرض للمالك تملك البناء او الغراس بقيمته مستحقاً للقلع جبراً على الغاصب (٥٦) .

الراي الرابع : ذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة ترك البناء او الغراس لصاحب الارض متوقف على رضا الغاصب ، لأنه عين ماله فلا يجبر على اخذ القيمة ، فاذا ابى الا بالقلع فله ، لأنه ملكه سواء اضر القلع بالأرض ام لا ، واذا حدث نقص في الارض من جراء القلع فعلى الغاصب للمالك ارش النقص (٥٧) .

ونحن نؤيد راي احد الشراح في ترجيحه لراي جمهور الفقهاء في الزام الغاصب بإزالة ما احدثه من بناء او غراس في الارض المغصوبة لقوة حجتهم وبصرف النظر عن قيمة هذه المحدثات وما يلحق بالغاصب من ضرر من جراء القلع ، لأنه معتدٍ وظالم تسبب بضرر نفسه بنفسه .

واما في حكم مسألة الزراعة في الارض المغصوبة ، يرى الفقهاء عدا ابو حنيفة و ابا يوسف بوقوع الغصب في العقار (الارض) ، وذلك استناداً لقول الرسول (ص) "من ظلم قيد شبر من الارض ظلماً طوقه الله الى سبعين ارضين" (٥٨) ، وغاصب الارض فأما ان لا يكون قد زرع فيها شيء اصلاً او يكون قد زرع فيها والزرع ما زال قائماً او زرع فيها وقد حصد الزرع ، ولكل من هذه المسائل الثلاث حكم خاص فيها .

المسألة الاولى : غصب الارض دون الزراعة فيها

اذا غصب الغاصب الارض ولم يزرع فيها وادى ذلك الى نقصان ثمنها بان نبت فيها الحشيش وغيره مما يضر الارض او نقصت لبعث المياه عنها فصارت سبخة ، في هذه المسألة يرى فقهاء الشافعية والحنابلة ان الغاصب يلزم بنزع الحشيش منها وردها الى صاحبها ، وعليه اجرة المثل من يوم الغصب الى يوم التسليم ، وارش النقص لأنه حصل في يده فيجب ضمانه (٥٩) ، ويرى فقهاء الاباضية لا يلزم الغاصب بنزع الحشيش منها ويردها الى صاحبه كما هي (٦٠) ، ونحن نؤيد احد الشراح في ترجيحه للراي الاول لأنه اقرب الى العدالة ورفعاً للظلم والضرر ، وان لم يكن قد حدث في الارض نقص فليس على الغاصب سوى تسليمها الى صاحبها مع اجرة المثل من يوم الغصب الى وقت الرد (٦١) .

المسألة الثانية : غصب الارض والزراعة فيها

قد يصادف الحكم على الغاصب برد الارض المغصوبة وجود الزرع قائماً عليها ولم يحن وقت الحصاد ، فهل يجبر الغاصب على قلع الزرع ؟ ، اذا استطاع صاحب الارض ردها من الغاصب وكان الغاصب قد زرع فيها زرعاً ، فالبذر اما ان يكون لصاحب الارض او للغاصب ، فان كان البذر مملوكاً لصاحب الارض اخذ الزرع ولا شيء للغاصب نظير عمله وزراعته ، وان كان البذر مملوكاً للغاصب فهل يأخذ صاحب الارض زرع الغاصب لتصرفه في ملك الغير بغير اذنه واعتدائه على المغصوب منه ؟ (٦٢) ، للإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء ولهم رأيين :

الراي الاول : يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية والزيدية يجبر الغاصب على قلع الزرع وتسليم الارض فارغة لصاحبها (٦٣) ، وسندهم في ذلك من السنة النبوية والاجماع والمعقول ، اما في السنة النبوية ما روي عن الرسول (ص) قوله "ليس لعرق ظالم حق

"(٦٤) ، اما في الاجماع فقد اجمع العلماء على ان من اغتس نخلاً او ثمرًا ونباتاً في ارض الغير يؤمر بالقلع(٦٥) ، وفي المعقول للمالك اجبار الغاصب على القلع ، لأنه زرع في ارض غيره ظلماً ، فيجب عليه رفع الظلم وازالة الضرر ، فيؤمر بتفريغها ورها الى مالکها وعليه تسويتها وارش نقصها واجرة المثل(٦٦) .

الراي الثاني : يرى فقهاء الحنابلة والامامية لا يجبر الغاصب على قلع الزرع ويخير المالك بين ابقاء الزرع في الارض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب اجرة الارض وارش نقصها وبين ان يدفع اليه النفقة ويكون الزرع له(٦٧) ، وقد استدلوا على ما ذهبوا اليه بالسنة النبوية والمعقول ، اما في السنة النبوية بما روي ان الرسول (ص) قال " من زرع في ارض قوم بغير اذنتهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته "(٦٨) ، اما المعقول لا يجبر الغاصب على القلع على وجه يضر به ، كما لو كانت الارض مستعارة وزرع فيها المستعير فانه لا يجبر على القلع حتى حصاد الزرع ، ولأنه امكن رد المغصوب لمالكه من غير اتلاف مال الغاصب فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة وحمل فيها اموال وسار بها في عرض البحر، فالغاصب لا يجبر على ردها حتى ترسو صيانة للمال عن التلف(٦٩) .

بعد عرض اراء الفقهاء وادلتهم في مسألة غصب الارض والزراعة فيها ، نحن نتفق مع اصحاب الراي الثاني في عدم اجبار الغاصب على القلع وترك الخيار للمالك في ابقاء الزرع في الارض الى الحصاد مع الزام الغاصب بدفع الاجرة وارش النقص او ان يكون الزرع له مقابل ان يدفع للغاصب ما انفق على الزرع في الحرث والسقي وقيمة البذر وغير ذلك .

المسألة الثالثة : غصب الارض والزراعة فيها وحصاد الزرع

اذا استطاع المغصوب منه رد الارض من غاصبها او قام الغاصب بردها اليه بعد حصاد الزرع ، فلا خلاف بين الفقهاء في كون الزرع للغاصب ، وعليه الاجرة من وقت الغصب الى وقت التسليم ، واذا نقصت الارض بالزراعة فعلى الغاصب ارش النقص ، لأنه استوفى نفعها كما لو استوفاه بالإجارة ، ولأن المنفعة مال يجب ان تضمن كالعين(٧٠) .

واما حكم مسالة قيام الغاصب بإحداث تحسينات على العين المغصوبة كزخرفة الدار وطلاء حيطانها بالدهان او الجص ، يرى فقهاء الحنفية والزيدية يخير المغصوب منه بين ان يدفع للغاصب ما زاد في قيمة العين المغصوبة بسبب هذه التحسينات وبين ان يسمح للغاصب في قلع ما احدثه في العين المغصوبة من تحسينات اذا كانت عيناً يمكن انفصالها ، الا ان فقهاء الزيدية قالوا بتضمين الغاصب ارش ما قد يحدث في العين المغصوبة من نقص بسبب القلع^(٧١) .

ويرى فقهاء الحنابلة والشافعية اذا طلب المالك ازلتها يجبر الغاصب على الازالة مع ضمان ارش نقصها اذا نقصت ، وان طلب الغاصب قلعها ومنعه المالك وكانت لها قيمة فللغاصب قلعها ، وان لم يكن لها قيمة ففيها وجهان :الاول يملك الغاصب قلعها لأنها عين ماله والثاني لا يملك الغاصب قلعها لأنها سفه يضر ولا ينفع ، الا ان فقهاء الشافعية يقولون ان الغاصب اذا اراد قلعها فله ذلك ، لأنها عين ماله ولا فرق بين ان يكون لها قيمة او لا^(٧٢) .

وبالتالي للمالك الحق في الزام الغاصب بإزالة ما احدثه من تحسينات في العين المغصوبة مع تضمينه ارش النقص اذا نشأ بسبب الازالة نقص في العين ، واذا اراد ان يدفع للغاصب قيمة التحسينات الا ان الغاصب رفض وطلب بإزالة ما احدثه في العين من تحسينات فله ذلك لأنها عين ماله^(٧٣) .

المبحث الثاني : التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون

ان الغاصب عندما يبقى المغصوب تحت يده قد يتصرف فيه تصرفاً فعلياً ، فاذا كان المغصوب من المنقولات فقد يقوم بإحداث بعض التغييرات فيه ، واذا كان من العقارات (الاراضي) فقد يغرس فيه غرساً او يبني فيه بناءً او يزرع فيه زرعاً ، فما حكم هذه التصرفات في القوانين المدنية محل المقارنة ؟ وللكلام عن هذ الموضوع بشيء من التفصيل سنوزع هذا المبحث على ثلاثة مطالب وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول : تغير العين المغصوبة

إن العين المغصوبة عرضة للتغير، وهذا التغير قد ينصب على ذات العين أو على وصفها ، وتغير ذات العين تترتب عليه آثار قانونية تختلف عن تلك الآثار المترتبة على تغير وصف العين ، وتغير ذات العين المغصوبة قد يقع بفعل الغاصب كما لو غير العين على نحو تبدل معه أسمها وتحولت إلى عين أخرى ، وقد تتغير العين عند الغاصب بنفسها كما لو كانت العين المغصوبة عنباً فصارت زيبياً أو رطباً فصارت تمرأ^(٧٤) .

وقد عالج المشرع العراقي تغير العين المغصوبة في المادة (١٩٤) من القانون المدني التي نصت على انه " ١- اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان . ٢- أما إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل أسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له . ٣- واذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان . " .

يتبين من استقراء الفقرات الثلاث لهذه المادة ان تغير المغصوب يكون على ثلاث صور الصورة الاولى : ان يتغير المغصوب بنفسه والصورة الثانية : ان يتغير المغصوب بفعل الغاصب بحيث يتبدل اسمه دون زيادة شيء عليه والصورة الثالثة : ان يتغير المغصوب بفعل الغاصب بزيادة شيء من ماله ، فاذا تغير المغصوب من نفسه كان المغصوب منه مخير بين اخذ المغصوب

مع التعويض عن الاضرار الاخرى التي سببها الغاصب وبين تركه للغاصب مع تضمينه بدل المغصوب كما لو غصب عنياً فصار زيبياً^(٧٥) .

وإذا تغيرت اوصاف المغصوب بفعل الغاصب بحيث تبدل اسمه كما لو غصب نحاساً فجعله اواني كان ضامناً للمغصوب ويكون المغصوب ملكاً له وبعبارة اخرى ان الغاصب يملك المغصوب بعد تبدل اسمه وعليه ضمان البديل بالمثل اذا كان المغصوب من المثليات وبالقيمة اذا كان من القيميّات^(٧٦) ، وأما اذا تغير المغصوب بزيادة شيء من مال الغاصب كما لو غصب ثوباً فصبغه كان المغصوب منه مخيراً بين ان يدفع للغاصب قيمة الزيادة ويرد المغصوب او ان يترك المال الى الغاصب ويضمنه البديل ، وليس للمغصوب منه ان يسترد المغصوب بلا دفع عوض الزيادة ، لأنه كسب بلا سبب^(٧٧) .

ويرى احد الشراح ان الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) التي اقتبسها المشرع العراقي من المادة (٨٩٧) من مجلة الاحكام العدلية تعالج حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة او بفعل الزمن ، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه ان يختار بين اخذ العين والرجوع على الغاصب بالأضرار الاخرى او ان يترك العين في يد الغاصب ويرجع عليه بالتعويض^(٧٨) .

وهنا يرى جانب من الفقه ان الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي هي نفس المادة (٨٩٧) من المجلة باستثناء قيد " مع التعويض عن الاضرار الاخرى " ، ومن عيوب هذه الفقرة انها عالجت حالة تغير المغصوب ذاته المؤدي الى النقص والضرر ولم تعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي الى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فاصبح كبيراً او كان هزياً فاصبح سميناً^(٧٩) .

واما الفقرة الثانية من المادة (١٩٤) فقد عرضت لحالة تغير العين المغصوبة تغيراً يفقدها ذاتيتها الاولى وتتبدل الى شيء اخر له اسم خاص ، ويترتب على ذلك اذا قام الغاصب بتغيير العين المغصوبة تغييراً كلياً تفقد معه ذاتيتها ويتبدل اسمها فانه يمتلك العين الجديدة ولا يكون للمغصوب منه الا الرجوع عليه بالتعويض كما لو غصب حنطة وطحنها او جعل الحديد سيقاً والنحاس انيةً والقطن غزلاً ، فان ملكية المالك تزول بتغيير العين التي كان يملكها ويتملكها الغاصب ويضمن للمغصوب منه مثلاً او قيمتها حسب الاحوال^(٨٠) .

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه ان الفقرة الثانية من (١٩٤) من القانون المدني العراقي مقتبسه حرفياً من المادة (٨٩٩) من مجلة الاحكام العدلية والتي مفادها ان كل تغير من الغاصب يبذل اسم المغصوب كجعل الحنطة دقيقاً يصبح المغصوب ملكاً للغاصب وعليه ضمان بدله للمغصوب منه^(٨١) ، ويرى احد الشراح ان موقف المشرع العراقي في هذه الفقرة المتمثل في اسقاط حق المغصوب منه في استرداد المال المغصوب محل نظر لأنه لم يبق امامه طريق سوى الرجوع على الغاصب بالضمان ، فالمشرع بحكمه هذا كأنما يريد اضافة الصفة الشرعية على تصرفات الغاصب^(٨٢) .

وأما نص الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) فقد اقتبسه المشرع العراقي من نص المادة (٨٩٨) من مجلة الاحكام العدلية ، واذا امعنا النظر في هذين النصين نجد فرقاً واضحاً ، فالحكم الذي قرره المشرع العراقي ان المالك اذا اراد استرداد العين فعليه ان يعطي للغاصب قيمة الزيادة التي حصلت في العين المغصوبة ، اما مجلة الاحكام العدلية وان كانت قد قررت نفس الحكم في صدر المادة (٨٩٨) ، الا انها عادت وضربت مثال غير صحيح وهو المغصوب لو كان ثوباً فصبغه الغاصب واراد المغصوب منه استرداده كان عليه ان يعطي للغاصب قيمة الصبغ وقد تختلف قيمة الصبغ عن قيمة الزيادة التي حصلت في الثوب ، ولهذا قد اكتفى المشرع العراقي بذكر النص دون ضرب المثال وحسناً فعل في ذلك^(٨٣) .

وهنا يرى احد الشراح ان هذه الفقرة هي نفس المادة (٨٩٨) من المجلة باستثناء عبارة مع التعويضات الاخرى ، ومن عيوب هذه الفقرة ان الزيادة قد تكون من الكماليات فالمغصوب منه ليس مسؤولاً عن دفع قيمتها او نقصانها ، لان الغاصب متعدي وسي النية ويده يد ضمان فليس له الحق في التصرف في المغصوب او اضافة شيء اليه ، وكما ان هذه الزيادة اذا أدت الى نقص قيمة المغصوب ، فعلى الغاصب ان يدفع ارش النقص الى المغصوب منه^(٨٤) .

وقد تطرق المشرع العراقي الى حالة النقص في قيمة العين المغصوبة في المادة (١٩٥) من القانون المدني التي نصت على انه " إذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه إلا أن يقبله كما هو دون إخلال بحقه في التعويض عن الأضرار الأخرى لكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان " . ويلاحظ ان المشرع

اقتبس هذا النص من نص المادة (٩٠٠) من مجلة الاحكام العدلية باستثناء عبارة التعويض عن الاضرار الاخرى التي لم تذكرها المجلة^(٨٥) .

فالشرط الاول من هذا نص المادة (١٩٥) سالفة البيان يشير إلى أن تغير قيمة العين المغصوبة بالنقص لا يُعتمد به ولا يحق للمغصوب منه مطالبة الغاصب بالضمان كتراجع الأسعار، ومن ثم يحق له مطالبة الغاصب باسترداد المغصوب دون الاخلال بحقه في المطالبة في التعويض عن الاضرار الاخرى ، اما اذا حصل النقصان في قيمته المغصوب بسبب استعمال الغاصب او بفعله ، فان الغاصب يلتزم بالضمان شريطه استعماله للعين المغصوبة أو قيامه بفعل يؤدي إلى نقصانها ومن ثم نقصان قيمتها^(٨٦) .

وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في احد قراراتها جاء فيه "ان قطع الارض موضوع الدعوى ثبتت عاديتهما للوقف وان وزارة المالية قد تصرفت فيها في المدة المنصوص عليها في الحكم المميز ، اما ادعاء الميز بوجود اقامة الدعوى عن نقصان الارض وليس عن اجر المثل غير وارد ، اذ ان المال يعود للوقف واذا غصبه غاصب او تصرف فيه متصرف من دون اذنه ، فمن يتولى امور الوقف يكون له المطالبة باجر المثل"^(٨٧) .

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري من حالة تغير العين المغصوبة سبق القول بان المشرع المصري لم ينظم احكام الغصب في مواد خاصة وانما جاءت هذه الاحكام في نصوص متفرقة بين احكام بيع ملك الغير واحكام الالتصاق واحكام الحيازة ، وحكم تغير العين المغصوبة عن طريق الالتصاق في القانون المدني المصري نصت عليه المادة (٩٣١) بقولها " اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في الامر بقواعد العدالة ومرعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما"^(٨٨) .

فالالتصاق في هذه الحالة التصاق منقول بمنقول وهو قليل الوقوع في الحياة العملية ، ويستوي ان يكون قد وقع عمداً او بقوة قاهرة ، كما يستوي ان يكون احد المالكين او كلاهما حسن النية او سيء النية ، والمهم ان تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول ، فاذا ما توافرت هذه الشروط ترتب على ذلك احكام معينة مردها جميعاً الى تقدير لقاضي ، فالمشرع المصري لم يعط لهذه

المسألة اهمية كبيرة بل اكتفى بنص المادة (٩٣١) ترك فيه الامر للقاضي بعد ان وضع له توجيهات عامة يسترشد بها ، وأول هذه التوجيهات ان يحكم القاضي مسترشداً بقواعد العدالة ، فاذا اختلط منقولان احدهما بالآخر وكانا مختلفا القيمة ، فقواعد العدالة تقضي ان يمتلك صاحب الشيء الاكبر قيمة الشيء الاقل قيمة على ان يدفع قيمة هذا الشيء لصاحبه ، فاذا امتزج السمن بالعسل ، فالظاهر ان صاحب السمن وهو مالك الشيء الاكبر قيمة يمتلك العسل على ان يدفع قيمته لصاحبه^(٨٩) .

ومن هذه التوجيهات ان يراعي الضرر الذي حدث لكل من الطرفين نتيجة الاندماج، فالاندماج يؤدي الى خسارة كل مالك لمنقولة المتميز ، والضرر الذي يصيب احدهما من جراء ذلك ليس في العادة ان يكون متساوياً ، فهو قد يكون جسيماً لاحدهما ويسيراً للآخر ، فالعدالة تقضي تمليك الشيء الجديد لمالك المنقول الذي تعرض لضرر شديد ، فأى المالكين يصيبه ضرر اكبر يفقد ملكية منقولة يستتقي ملكية هذا المنقول ويملك المنقول الاخر ، فاذا خلط شخص قمحاً مملوكاً له بقمح مملوك لشخص اخر ، فأى المالكين يكون احوج الى تملك القمح المخلوط يمتلك قمح الاخر على ان يدفع له تعويضاً عنه^(٩٠) .

ومن هذه التوجيهات ايضاً ان يراعي القاضي حالة كل من الطرفين من حيث المقدرة المالية ، فأى من الطرفين اقوى قدرة على تعويض الاخر هو الذي يمتلك المنقولين بعد التصاقهما على ان يدفع التعويض المستحق له ، فتمليك احد الملاك للمنقول الجديد يستتبع الزامه بتعويض الطرف الاخر ، ولهذا يجب مراعاة ان يكون من تؤول اليه ملكية المنقول الجديد قادراً على تعويض الطرف الاخر ، فالملكية تؤول للطرف القادر على التعويض متى كان الطرف الاخر غير قادراً على ذلك^(٩١) .

ومن هذه التوجيهات كذلك ان يراعي القاضي حسن نية كل من الطرفين ، فيمكن تمليك المنقول الجديد للطرف حسن النية اذا كان ذلك يتمخض عن مصلحة له ، والطرف سيء النية يجب ان يرد اليه قصده وذلك بحرمانه من التمليك ، فلو كان احد الملاك حسن النية وكان قادراً على دفع التعويض هو من يمتلك المنقولين بعد التصاقهما مع الزامه بتعويض الطرف الاخر ، وقد يجعل القاضي المنقولين ملكاً للمالك سيء النية الذي تعمد خلط احدهما بالآخر اذا كان من شان هذا الخلط ينقص من قيمتهما ، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقولة بقيمته

كاملة ، وقد يرى القاضي ان العدالة تقضي بتملك صاحب الشيء غير الاصلية الشيء الاصلية نظراً لسوء نية صاحب الشيء الاصلية^(٩٢) .

وقد لا يرى القاضي مرجحاً لجعل الملكية لاحد المالكين ، فيجوز ان يجعل المنقول الجديد مملوكاً على الشيوع بينهما كل بنسبة قيمة المنقول الذي كان يملكه ، ففي القمح المخلوط قد يرى القاضي ان يجعله شركة بين المالكين وقد يرى ان يُباع ويوزع ثمنه بينهما بحسب قيمة الشيء الذي يملكه ، وكما اوضحنا ان هذه التوجيهات على سبيل الاسترشاد ولا يتقيد بها القاضي ، ولكن هذه التوجيهات من العمومية بحيث يكون من المفيد ان تقدم بعض الحلول في صور التصاق المنقولات المختلفة^(٩٣) .

وقد عالج المشرع الفرنسي احكام الالتصاق ومنها احكام التصاق المنقول بالمنقول وهما وقت الالتصاق مملوكان لمالكين مختلفين ، وقد اطال المشرع الفرنسي في تفريع احكام هذه الحالة فخصص لها ثلاثة عشر مادة (٥٦٥-٥٧٧) من القانون المدني الفرنسي مقتضياً بذلك اثر القانون المدني الروماني الذي كان يعير لهذا النوع من الالتصاق اهمية كبيرة ، اما الان فليس له اهمية تذكر بسبب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية التي يواجه بها عادة كل طلب استرداد للمنقول ، فالملكية عادة ما تكون لوامع اليد دون حاجة للرجوع الى احكام الالتصاق ، فحائز المنقولات التي التصقت يمكنه في الغالب اللجوء الى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية اذا كان قد حصل على منقول الغير بحسن نية ليتمسك بالملكية بدلاً من اللجوء الى الالتصاق ، واذا لم تتوفر شروط التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فانه من الاهمية معرفة مصير ملكية المنقول الجديد الذي نشأ من اتحاد اكثر من منقول وذلك من خلال الرجوع الى احكام الالتصاق^(٩٤) .

وعادة ما يتحقق الالتصاق في القانون المدني الفرنسي في ثلاث حالات :

١- الالتصاق بالضم :- هو ما يحصل في حالة اتحاد منقولين مملوكين لشخصين مختلفين اذا كان يمكن تمييز احدهما عن الاخر كوضع صورة في اطار ، فباتحادهما ينشأ شيء جديد ، وفي هذه الحالة يملك الشيء الجديد صاحب الشيء الاصلية^(٩٥) ، ويكون ملزماً بدفع قيمة الشيء الذي اتحد بملكه المادة (٥٦٦) من القانون المدني الفرنسي .

٢- الالتصاق بالخلط او المزج :- ويتحقق ذلك بخلط شيئين بحيث لا يمكن تمييز احدهما عن الاخر كاتحاد سائلين او اتحاد ومزج غلال ومواد غذائية مملوكة لأشخاص مختلفين ، وفي هذه الحالة الاصل ان يكون الشي الجديد ملكاً لصاحبي الشئيين اللذين امتزجا وبيع بالمزاد للمصلحة المشتركة المادة (٥٧٥) من القانون المدني الفرنسي ، ولكن اذا كان احد الشئيين اكبر ثمناً او مقداراً من الاخر ، فلمالك المواد الاعلى قيمة ان يطلب الشي الناتج من المزج ويدفع للأخر قيمة مواده المادة (٥٧٤) من القانون المدني الفرنسي .

٣- الالتصاق بالتحويل :- ويحصل بايجاد شيء من نوع جديد بمواد مملوكة للغير من غير علمه كتحويل الخشب الى كراسي او تحويل قطعة من المرمر الى تمثال ، والالتصاق يتحقق من اتحاد قيمتين قيمة الشيء مع قيمة العمل^(٩٦) ، ويكون لمالك المواد طلب ملكية هذا الشي ويكون له الخيار في طلب رد مواده جنساً ومقداراً ووزناً ومقاساً وجودة او قيمتها المادة (٥٧٦) من القانون المدني الفرنسي^(٩٧) .

واما بالنسبة لموقف المشرع المصري من حكم تغير العين المغصوبة عن طريق الحيازة ، فقد نصت عليه المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري بقولها " للحائز ان يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازة الشي المغتصب منه ولو كان هذا الاخير حسن النية" ، فالمدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذي ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة او بالغصب ، ويشترط بالعمل الذي صدر من المدعى عليه ان يكون عمل عدواني ، ولا يلزم ان يكون العمل العدواني منطوياً على القوة والعنف ، بل يكفي ان يستولي المعتدي على العقار غصباً وقهراً او خلسة دون علم الحائز بحيث يكون عقبة امام الحائز لا يستطيع تخطيها الا اذا لجأ الى العنف ، ولا يلزم ان يكون المدعى عليه سي النية ، بل قد يكون حسن النية يعتقد بان العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له ، فاذا انتقلت الحيازة من المغتصب الى الغير سواء اكان الغير خلفاً عاماً كالوارث او خلفاً خاصاً كالمشتري ، فان خلف المغتصب يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة^(٩٨) .

فدعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية ، فيجوز للحائز بواسطتها ان يسترد الحيازة لا من المغتصب فحسب بل من الغير الذي انتقلت اليه حيازة المغتصب ولو كان حسن النية ، هذا بخلاف القانون الفرنسي فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع الا على مغتصب الحيازة نفسه ولا ترفع على الغير الذي انتقلت اليه الحيازة المغتصبة الا اذا كان شريكاً للمغتصب او كان سيء النية يعلم ان الحيازة التي انتقلت اليه حيازة مغتصبة ، فهذه الدعوى في فرنسا من دعاوي المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة (٩٩) .

فاذا رفع الحائز دعوى استرداد الحيازة قضي له برد حيازة الشيء المغتصب وبإعادة الشيء الى اصله ان كان المدعى عليه قد احدث فيه تغييراً ، فان كان قد اقام فيه بناءً جديداً قضي بهدمه وان كان قد اقام بهدم بناء كان موجوداً قضي بإعادته ، ويستطيع القاضي ان يحكم على المدعى عليه بغرامه تهديدية لحمله على تنفيذ ما قضي عليه به ، وكذلك يحكم على المدعى عليه بالتعويض عما سببه من ضرر للمدعي بسبب التعدي على الحيازة وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية(١٠٠) .

وفيما يتعلق بالمدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة تنص الفقرة الاولى من المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري على انه " لحائز العقار اذا فقد الحيازة ان يطلب خلال السنة التالية لفقدائها لردها اليه فاذا فقد الحيازة خفية بدا سريان السنة من وقت ان ينكشف ذلك " ، يتضح من هذا النص ان دعوى استرداد الحيازة ترفع خلال سنة واحدة تسري من وقت انتزاع الحيازة اذا كان الانتزاع بالقوة او بالغصب علانية ، اما اذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة دون ان يعلم به الحائز وقت وقوعه ، فان السنة التي ترفع خلالها دعوى استرداد الحيازة تسري من وقت ان يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه(١٠١) .

ومدة السنة هذه مدة سقوط لا مدة تقادم ، فاذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة خلال هذه المدة لا يجوز رفعها بعد ذلك ، والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها ، ويترتب على ذلك انها تسري على غير كاملي الاهلية وعلى الغائبين ولا يشملها التوقف ولا الانقطاع ، وهذا هو الراي المعمول به في فرنسا وان كانت محكمة النقض الفرنسية ذهب الى ان مدة السنة التي

يجب ان ترفع خلالها هذه الدعوى هي مدة تقادم لا مدة سقوط يترتب عليها الوقف والانتقاع^(١٠٢) .

وقد عالج المشرع اليمني حالة تغير العين المضمونة في المادة (١١٢٩) من القانون المدني التي نصت على انه " إذا غيّر الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغيير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله "^(١٠٣) .

ويستفاد من هذا النص ان المشرع اليمني في حالة تغيير العين المغصوبة أعطى للمالك حق الاختيار بين اخذ العين مع ارش النقص او تركها واخذ قيمتها سليمة وبأعلى قيمة من يوم الغصب الى يوم التسليم^(١٠٤) ، وبهذا الصدد يرى احد الشراح ان تقرير أعلى القيم فيه عدل وانصاف للمغصوب منه ، لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فاذا نقصت قيمة العين المغصوبة يوم التسليم عن القيمة يوم الغصب كان الواجب قيمتها يوم الغصب ، واذا زادت القيمة في الفترة الواقعة بين يوم الغصب ويوم التسليم الزم الغاصب بالقيمة الاعلى^(١٠٥) ، الا اننا لا نرى اعطاء المغصوب منه حق اختيار البديل بالمثل او القيمة اذا كان النقص يسيراً ، لان النقص اليسير يمكن جبره بتعويض المغصوب منه دون ضرر عليه ولا اجحاف على الغاصب ، لان القول بترك المغصوب للغاصب مع النقص اليسير وتحميله البديل المثل او القيمة قد يكون فيه اجحاف للغاصب الا اذا قبل الغاصب بأخذ الشئ المغصوب مع النقص اليسير مقابل اعطاء المغصوب منه البديل بالمثل او القيمة^(١٠٦) .

واما المادة (١١٣٦) من القانون المدني اليمني تطرقت الى حالة تغير المغصوب بالخلط على انه " اذا خلط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه فعليه ان يرجع من جنسه ان كان مثلياً او قيمته بأوفر القيم ان كان قيمياً وان فعل به ما يستحيل به شيء اخر او غير معظم منافعه فان المالك في الخيار بين استرجاعه مع ارش النقص او اخذ قيمته موفورةً وتصير العين المغصوبة للغاصب " ، ويستدل من هذا النص انه اذا خلط الغاصب المال المغصوب بماله بحيث لا يمكن فصله وتمييزه يلتزم الغاصب بضمان المثل اذا المغصوب مثلياً او بضمان القيمة وبأعلى القيمة اذا كان المغصوب قيمياً ويصبح المغصوب ملكاً للغاصب ، وان امكن فصل

المغصوب المخلوط وتمييزه عن مال الغاصب ، فانه يلتزم برده الى المغصوب منه ، لان رد المغصوب من اهم التزامات الغاصب^(١٠٧) .

واما المادة (١١٣٤) من القانون المدني اليمني نصت على انه " اذا تجدد الغصب في وقت نقصت فيه قيمة العين المغصوبة ثم تلتفت في يد الغاصب الاخير لزم الغاصب الاول ضمان نقصان القيمة، واذا تجدد الغصب في وقت زادت فيه قيمة العين المغصوبة لزم الغاصب الاخير زيادة القيمة في وقت الغصب "، يتبين من هذا النص ان المشرع اليمني في حالة تجدد الغصب في وقت نقصت فيه قيمة المغصوب في يد الغاصب الثاني ، فان الغاصب الاول يلزم بضمان نقص السعر، واذا تجدد الغصب في وقت زادت فيه قيمة المغصوب ، فان الغاصب الاخير يلزم بدفع الزيادة في قيمة المغصوب في وقت الغصب ، وفي كلتا الحالتين فان المشرع اليمني لم يعط للمغصوب منه الخيار بين استرداد المغصوب أو الضمان^(١٠٨) .

اما المشرع الاردني فقد عالج حالة تغير العين المغصوبة في المادة (٢٨٦) من القانون المدني التي نصت على انه " ١- اذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب او البدل . ٢- واذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البدل . ٣- واذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين ان يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين ان يضمن الغاصب بدله . ٤- واذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان . " .

فالفقرة الاولى من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الاردني نصت على انه " اذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب او البدل " ، وهذا النص يشمل حالة تغير المغصوب من دون فعل الغاصب دون ان يتبدل اسمه وحالة تغير المغصوب من دون فعل الغاصب بحيث يتبدل اسمه من تلقاء نفسه ، ففي هاتين الحالتين يكون المغصوب منه مخير بين ان يسترد المغصوب وبين ان يتركه للغاصب ويرجع عليه بالضمان^(١٠٩) .

اما الفقرة الثانية من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الاردني نصت على انه " واذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البدل " ، وهنا يرى احد الشراح ان الفقرة الاولى من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الاردني أشارت إلى إن التغير قد وقع بفعل العين نفسها دون

قيام الغاصب بهذا التغيير، في حين ان الفقرة الثانية من نفس المادة اشارت الى حالة تغيير العين المغصوبة وتبدل اسمها دون ان تبين فيما إذا كان هذا التغيير بفعل العين نفسها أو بفعل الغاصب ، ولا يمكن القول إن التغيير قد وقع بفعل العين نفسها لأن الفقرة الاولى قد بينت حكم هذه الحالة ، وعليه فإن الفقرة الثانية من المادة (٢٨٦) سالفة الذكر تشير إلى حالة تغيير ذات العين المغصوبة وتبدل اسمها قد حصل بفعل الغاصب^(١١٠) ، وبالتالي اذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه فان الغاصب يمتلك المغصوب ويرجع عليه المغصوب منه بالضمان^(١١١) .

والفقرة الثالثة من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الاردني نصت على انه " واذا تغيير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين ان يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين ان يضمن الغاصب بدله " ، فالمشرع الاردني في هذه الفقرة جعل الخيار في صالح المالك باسترداد عين ماله بعد دفع قيمة الزيادة الحاصلة في المغصوب او الزام الغاصب بضمان المثل او القيمة حسب الاحوال ، وقد ترك الخيار للمالك من باب انه صاحب حق ابتداءً ولم يترك اي خيار للغاصب ، وهذا يُشكل جزءاً بصورة غير مباشرة للغاصب لأنه معتد على مال غيره^(١١٢) ، وهنا يرى احد الشراح ان المشرع الاردني سار على نهج المشرع العراقي ، ولا نتفق معهما في حكم مسالة زيادة المغصوب بتخيير المغصوب منه بين دفع قيمة الزيادة للغاصب واسترداد المغصوب وبين ترك المغصوب للغاصب والرجوع عليه بالضمان ، لأنه لا بد من التفريق بين ما اذا كانت الزيادة يمكن ازلتها عن المغصوب او لا يمكن ازلتها ولكل حالة حكمها الخاص^(١١٣) .

واما الفقرة الرابعة من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الاردني نصت على انه " واذا تغيير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان " ، فاذا كان المغصوب حيواناً فهزل او سيارة فنقصت قيمتها بسبب استعمالها من قبل الغاصب ، فليس للمغصوب منه سوى استرداد المغصوب مع تضمين الغاصب قيمة النقصان الذي يشمل نقصان المغصوب وفوات الانتفاع به من يوم الغصب الى حين الاسترداد^(١١٤) ، وعلى نهج المشرع العراقي الزم المشرع الاردني الغاصب بأداء الضمان إذا ما أستعمل المغصوب وادى هذا الاستعمال الى تغييره عن ما كان عليه قبل الغصب وأدى إلى نقصان قيمة المغصوب^(١١٥) .

المطلب الثاني : البناء او الغراس في الارض المغصوبة

لم تتفق كلمة فقهاء القانون في تحديد معنى البناء ، فقد عرفه جانب من الفقه المصري بانه مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً او حديداً او حجراً او كل هذا معاً او شيء غير هذا شيدها الانسان لتتصل بالأرض اتصال قرار سواء اكان البناء معداً لسكنى الانسان او لإيواء الحيوان او لإيداع الاشياء بل قد لا يكون البناء معداً لشي من ذلك كالحائط المقام بين حدين والعمد التذكارية وما اليها من تماثيل مبنية على سطح الارض والقناطر والخزانات والسدود والجسور والانفاق والمصاف والمجاري وانايب المياه والغاز^(١١٦) .

وقد عرفه جانب من الفقه الفرنسي كالفقيه ديموج والفيهان مازو وتونك ، ففي نظر الفقيه ديموج يُعتبر بناءً كل انشاء مهما كانت طبيعته القانونية عقاراً او منقولاً او طبيعته المادية سواء كان تشيداً او حفراً او ردماً او زراعة ، واما في نظر الفيهان مازو وتونك فتصرف كلمة البناء الى العقارات بطبيعتها ، اما العقارات بالتخصيص فلا تُعد بناء فهي في الواقع منقولات بطبيعتها اضفى عليها المشرع صفة العقار لأغراض خاصة ، كالمصاعد واسلاك الكهرباء المعلقة في الهواء وانايب المياه والغاز^(١١٧) .

فالبناء اذاً كل شيء متماسك من صنع الانسان تتم اقامته في الارض المغصوبة ويتصل بها اتصال قرار بصرف النظر عن المادة التي يتكون منها سواء اكانت من الطوب او الطين او الاسمنت او الخشب ، وعن مدة بقائه على الارض فقد تكون اقامته على وجه الدوام او لفترة محدودة وسواء أكان الغرض من اقامة البناء للسكنى او انشاء مصنع او مخزن او حضية^(١١٨) .

اما عقد المغارسة فقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة (٨٢٤) بانها " عقد على اعطاء احد ارضه الى اخر ليغرس فيها اشجار معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على ان تكون الاشجار والارض او الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة"^(١١٩) ، يتبين من هذا التعريف بان القانون المدني قد رتب للمغارس حقاً في الارض والشجر او اقتصار هذا الحق على الشجر فقط ، اما قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧١ فانه لم يورد تعريفاً محدداً لعقد المغارسة وانما اورد في المادة الاولى منه تعريفاً للمغارس بانه الشخص الذي يتفق

مع صاحب الارض على اعمار وغرس مساحة معلومة بالأشجار مدة معلومة وبشروط معينة ، وقد اعطى في الفقرة (أ) من المادة الرابعة من القانون المذكور للمغارس حصة لا تقل عن النصف في الارض والشجر لمساحة مغارسته بعد انتهاء مدة عقد المغارسة او مرور عشرة سنوات على ابتداء غرسه ويبطل كل اتفاق على حصة تقل عن ذلك^(١٢٠) .

ويرى احد الشراح ان المشرع العراقي قد بحث عقد المغارسة في القانون المدني باعتباره نوعاً من انواع عقد الايجار على الرغم من الاختلاف الواضح بين عقد الايجار وعقد المغارسة ، فعقد الايجار لا يرتب للمستأجر حق عيني على المايجور بعد انتهاء مدة الايجار، اما عقد المغارسة فانه يرتب للمغارس حقاً عينياً على الارض محل المغارسة بعد انتهاء المدة فيصبح شريكاً في الارض والشجر او الشجر فقط ، يلتزم المستأجر في عقد الايجار بان يرد المايجور في الحالة التي تسلمه عليها الا اذا كان المايجور قد اصابه هلاك او تلف لسبب لا يد له فيه ، وهذا لا يتفق مع احكام عقد المغارسة فالمغارس لا يلتزم برد الارض الى صاحبها بعد انتهاء مدة العقد بالحالة التي تسلمها عليها فقد تسلمها ارضاً لا غراس فيها ويعيدها بستاناً مثمراً وانه اصبح شريكاً في الارض والشجر^(١٢١) .

ويرى اخر ان عقد المغارسة وان كان يشبه الى حد ما عقد الايجار في بداية نشوئه وابرامه لكنه بعد انتهاء المدة سوف يتبدل الى شراكة دائمة وشائعة حسب الحصص المحددة وحتى المدة فهي ليست مقياس لمنفعة عوضها الاجرة كما في عقد الايجار وانما في واقعها هي اجل لتنفيذ التزام وهذا ما يستفاد من تعريف المغارسة في المادة (٨٢٤) من القانون المدني العراقي سالفه الذكر^(١٢٢) .

ويرى ان عقد المغارسة وان كان يشبه عقد بيع معلق على شرط واقف محله بيع جانب من الارض لقاء غرس عموم الارض ، الا انه يختلف عن عقد البيع ذلك لان عقد البيع يتضمن تملك المبيع حال العقد سواء تبادل اطرافه المبيع والثمن فور انعقاده او تراخي لأجل مسمى ، وهذا لا يستقيم مع عقد المغارسة ذلك لأنها لا تتضمن النزول عن ملكية الرقبة وانما دفع الارض من قبل صاحبها الى المغارس ليغرسها ونتيجتها الاشتراك بالنماء والارض ، لذلك يقول ان عقد المغارسة هو عقد ذو طبيعة خاصة يتمتع بكيان مستقل تتضح معالمها شيئاً فشيئاً اوجدته ظروف تعامل الناس به من اجل اعمار الارض^(١٢٣) .

ويرى احد الشراح ان الاحكام التي اوردها قانون الاصلاح الزراعي والحقوق والالتزامات التي رتبها على كل من صاحب الارض والمغارس قد جعلت من عقد المغارسة عقداً من العقود المسماة المتميزة من حيث الطبيعة والخصائص ، وبالتالي فان محاولة ارجاعه الى اي من العقود يفترق الى السلامة القانونية ولا يسلم من النقد^(١٢٤) .

فاذا اقام الغاصب بناءً او غراساً على غير ارضه من دون رضا صاحبها ومن غير سبب مشروع ، فللمغصوب منه ان يطلب قلع هذه المنشآت على نفقة من احدثها ، واذا كان القلع مضراً بالأرض للمغصوب منه ان يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع ، هذا ما اشارت اليه المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي بقولها " اذا احدث شخص بناءً او غراساً او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها فاذا كان القلع مضراً بالأرض فله ان يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع " ، يستدل من هذا النص ان المشرع العراقي عامل الغاصب بشده لأنه سي النية ، فأعطى للمغصوب منه الخيار بين ان يطلب قلع المنشآت وبين ان يطلب استبقاء البناء اذا كان القلع مضراً بالأرض ويملك البناء او الغراس بالالتصاق مقابل ان يدفع للغاصب قيمة المحدثات مستحقة القلع^(١٢٥) .

فهذه المادة بينت صورة من صور التصرفات المادية التي يقوم بها الغاصب في ارض الغير وهي البناء او الغراس ، وهذا البناء او الغراس مقيد بعلم الباني او الغارس بان الارض مملوكة للغير ، فاذا ثبت ذلك التصرف كان حقاً لمالك الارض المغصوبة ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها لأنه غاصب ، الا اذا كان القلع مضراً بالأرض فللمالك الحق في ان يمتلك تلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع ، والغاية من اعطاء المالك هذين الحقين هي ردع الغاصب عما قام به من عمل غير مشروع^(١٢٦) .

فالحق الاول الذي قرره المشرع العراقي للمالك في طلب ازالة المحدثات التي يقيمها الشخص على ارض الغير وعلى نفقة من احدثها ، انما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وليس لغيره الحق في استعمال طلب الازالة فهو قاصر على مالك الارض دون صاحب المحدثات ، فلا يجوز للمشتري بعقد غير مسجل طلب الازالة ، لان الملكية لا تنتقل اليه الا بالتسجيل^(١٢٧) . وقد سار القضاء العراقي على الزام المحدث بإزالة المحدثات التي يقيمها على ارض الغير وهو

يعلم انها ليست مملوكة له او يعلم بان ليس له الحق بإقامة المحدثات ، وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " بعد ان ثبت ان المغروسات عائدة للمدعى عليه وان زرعها كان فضولاً وتجاوزاً ان تحكم له بمنع المعارضة في المغروسات مقلوعة اي ان له ملكها والتصرف بها بعد القلع "(١٢٨) .

وإذا ما تحققت الازالة بعد طلبها هل يحق لصاحب الارض مطالبة الغاصب بالتعويض ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول ان المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي جاءت خالية من حق المطالبة بالتعويض ، الا ان القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تجيز للمضرور المطالبة بالتعويض ، فاذا اصاب ملك الارض اية اضرار فله حق المطالبة بالتعويض^(١٢٩) ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي بقولها " كل تعدٍ يصيب الغير باي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " ، مع ملاحظة ان حق المطالبة بالتعويض في القانون العراقي يتقادم بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ، ولا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع الضرر^(١٣٠) ، هذا ما صرحت به المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي بنصها " لا تسمع الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " .

اما الحق الثاني الذي قرره المشرع العراقي للمالك فهو الحق في تملك تلك المحدثات طبقاً لأحكام الالتصاق ، وقد نصت المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي على حق مالك الارض بتملك المحدثات دون ان تقيده بقيد معين على الرغم من ظاهر النص يحتمل التفسير بان هذا الحق مقيد بان لا يكون قلع المحدثات مضرراً بالأرض ، فيرى جانب الفقه ان هذا القيد ظاهري مادام صاحب الارض هو الذي يقدر فيما اذا كان قلع المحدثات مضرراً بالأرض من عدمه ، فهو حق يعود لصاحب الارض وحده وليس للمحكمة ان تتدخل فيه من تلقاء نفسها^(١٣١) .

وعلى المشرع العراقي اعادة النظر في حكم المادة (١١١٩) من القانون المدني وان يعطي لصاحب الارض الحق في طلب تملك المحدثات دون ان يقيده باي قيد ، لان هذه المادة تواجه

حكم حالة الباني او الغارس سيء النية وليس من المعقول حماية من يعتدي على ملك الغير بسوء نية ، ولكن اذا كان قلع المحدثات مضرراً بالأرض ضرراً فاحشاً فلصاحب الارض تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع جبراً على الباني او الغارس سي النية^(١٣٢) .

ويختلف الحكم اذا ما كانت الارض تابعة للوقف ، فاذا كان المحدث هو المتولي فيؤمر بقلع المحدثات اذا القلع لا يضر بالأرض ، واذا كان القلع يضر بالأرض عليه الانتظار حتى تهدم البناء او تيبس الاشجار وهنا ليس للمتولي ان يطالب بمنفعة المحدثات ، اما اذا كان المحدث اجنبياً فله ان يأخذ المواد التي اقام بها المحدثات اذا لم يكن في القلع من ضرر على الارض ، واذا كان القلع لا يمكن الا مع ضرر جسيم يصيب الارض صارت المحدثات مالا للوقف ، ويدفع لصاحبها قيمتها باقل القيم الثلاث مستحقة القلع او مستحقة البناء او مقلوعة بالفعل^(١٣٣) ، وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها بقلع المغروسات المقامة على ارض الوقف مع علم الغارس بان الارض موقوفة الا اذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فلدائرة الاوقاف ان تطلب تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع^(١٣٤) .

وبهذا الصدد نصت المادة (١٢) من قانون ادارة الاوقاف العراقي على انه " يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على ارض موقوفة بغرسها او البناء عليها او يزرعها بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على السنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار او بكلتيهما وبالتعويض بما لا يقل عن ضعف اجر المثل من تاريخ التجاوز حتى تاريخ القلع وبقلع المحدثات وبيعها على نفقة المتجاوز وعلى المحكمة ان تحسم الدعوى بصورة مستعجلة " ، يستفاد من هذه النص ان المشرع العراقي الزم الغاصب بقلع المحدثات المغروسة او المزروعة او المشيدة تجاوزاً على ارض موقوفة وبيعها على نفقة الغاصب وبتعويض الوقف ضعف اجر المثل من يوم التجاوز الى يوم القلع^(١٣٥) .

وقد عالج المشرع المصري الاحكام المتقدمة في المادة (٩٢٤) من القانون المدني التي نصت على انه "١- اذا اقام شخص بمواد من عنده منشآت على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الارض كان لهذا ان يطلب ازالة المنشآت على نفقة من اقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت او ان يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه

المنشآت . ٢- يجوز لمن اقام المنشآت ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً
الا اذا اختار صاحب الارض ان يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة .

ومما يُلاحظ على هذه المادة انها قيدت حق مالك الارض في طلب الازالة بان يتم طلب الازالة
خلال سنة يبدأ من تاريخ علمه بما اقيم على ارضه من بناء او غراس ، وهذه المدة تُعتبر مهلة
يمنحها المشرع لمالك الارض ليتدبر الامر ويتخذ قراره خلالها ، وهي مدة سقوط لا مدة تقادم لا
يرد عليها الوقف ولا الانقطاع ، فاذا انقضت مدة السنة فان المالك يفقد خياره في طلب الازالة
ولا يكون امامه سوى ان يطلب تملك المنشآت طبقاً لأحكام الالتصاق مقابل ان يدفع التعويض
المقرر في حالة استبقاء المنشآت ، وان تقييد حق المالك بطلب الازالة بهذا القيد الزمني ينصب
في مصلحة صاحب البناء او الغراس وذلك لكي لا يبقى مصير المنشآت معلقاً لمدة طويلة^(١٣٦).

والسؤال المطروح هنا ما هو الحكم في حالة سكوت مالك الارض وعدم استعماله لخيار طلب
الازالة او استبقاء البناء ؟ للإجابة على هذا السؤال فان المشرع المصري جاء بحكم لمعالجة هذه
الحالة في الفقرة الثانية من المادة (٩٢٤) من القانون المدني والتي تنص على انه "يجوز لمن
اقام المنشآت ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً الا اذا اختار صاحب
الارض ان يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة " .

فاللبناني او الغارس في القانون المصري يستطيع نزع المنشآت في اي وقت دون ان ينتظر
انقضاء مدة السنة ، فيجبر بذلك صاحب البناء على قبول قلع المنشآت او على استعمال خياره
في تملك المنشآت طبقاً لأحكام الالتصاق ، ولكن شريطة ان لا يكون القلع يلحق ضرراً بالأرض
، كما ان للبناني او الغارس طلب قلع المنشآت بعد انقضاء السنة اذا كان القلع لا يضر بالأرض
، وعندئذ يكون صاحب الارض مخيراً بين قبول القلع او استبقاء المنشآت ، ولكن البناني او
الغارس اذا لم يطلب قلع المنشآت بعد انقضاء السنة فان صاحب الارض يكون مجبراً على
استبقاء المنشآت وتملكها^(١٣٧) .

وحسناً فعل المشرع المصري في ذلك ، لأنه جمع بين امرين اولهما تقيده حق مالك الارض في
الاختيار بين طلب الازالة او الاستبقاء بمدة سنة وهي مدة معقولة والامر الثاني اجاز للبناني او

الغراس ان يطلب نزع المنشآت ليجبر صاحب الارض على استعمال خياره في استبقاء البناء او الغراس في حين ان المشرع العراقي لم يشير الى هذين الامرين^(١٣٨) .

ومما يُلاحظ على نص المادة (٩٢٤) من القانون المدني المصري انها انفردت بالزام الباني او الغراس سي النية بالقلع مع التعويض ، واذا ازال الباني الاعمال التي انشأها قبل ان يظهر صاحب الارض رغبته في ابقائها ، فانه لا يكون لصاحب الارض سوى الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك^(١٣٩) ، في حين ان المشرع العراقي لم يتطرق الى موضوع التعويض ولكن ليس في ذلك خلاف ، لان التعويض الذي يستحقه صاحب الارض عما لحقه من ضرر بسبب المحدثات يكون طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تجيز للمضرور المطالبة بالتعويض كما ذكرنا سابقاً^(١٤٠) .

واما المشرع الفرنسي فقد اشار في المادة (٥٥٥) من القانون المدني على انه يحق لمالك الارض اما ان يحتفظ بملكية الابنية والمغروسات والمنشآت الاخرى او يجبر الباني او الغراس على ازالتها ، فاذا طلب صاحب الارض ازالة الابنية والمغروسات ، فتزال على نفقة على الباني او الغراس مع الزامه بدفع تعويض عن الضرر الذي يلحق بالأرض بسبب الازالة ، اما اذا اختار صاحب الارض الاحتفاظ بملكية الابنية والمغروسات والمنشآت الاخرى يكون مخير بين ان يدفع تعويضاً يساوي ما زاد على قيمة الارض بسبب المنشآت ، او ان يدفع له قيمة المواد واجرة العمال .

ولقد اعطى المشرع الاردني للمالك الخيار بين طلب ازالة المحدثات او استبقائها ولم يقيداه في استعمال حقه بإزالة المحدثات على نفقة من اقامها بمدة معينة كما فعل المشرع العراقي ، فنصت المادة (١١٤٠) من القانون المدني الاردني على انه " اذا احدث شخص بناءً او غراساً او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها فاذا كان القلع مضرراً بالأرض فله ان يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع " .

وتقضي هذه المادة انه لصاحب الارض التي احدث عليها بناءً او غراساً او منشآت اخرى ان يطلب قلع هذه المحدثات على نفقة من احدثها اذا كان احدثها قد تم دون رضاه مالم يكن القلع

مضراً بالأرض ، فاذا كان القلع مضراً بالأرض فلصاحب الارض ان يمتلك هذه المحدثات بقيمتها مستحقة القلع ، واستعمال احد الخيارين دون الاخر مسالة متروكة لتقدير مالك الارض ، ولا تستطيع المحكمة ولا المحدث اجباره على اي من الخيارين^(١٤١) .

ومما يلاحظ ان المشرع الاردني قد اقام حكم المادة (١١٤٠) من القانون المدني على حسن نية الباني او الغارس او سوء نيته ، وجعل له اثراً واضحاً في نتيجة المحدثات التي اقامها ، اذ انه ذكر في نص هذه المادة عبارة "على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها " ، والعلم بان الارض مملوكة للغير وانها غير مملوكة للمحدث هي قرينة كافية لثبوت سوء نية المحدث فيما أقام به من بناء او غراس ، وهي تحصيل حاصل لعدم حصول المحدث على رضا صاحب الارض^(١٤٢) .

والعبرة في وقت اقامة المحدثات لمعرفة ما اذا كان المحدث سيء النية او حسن النية ، ولا يهم اذا تغيرت النية بعد ذلك ، فلو ان حائز الارض بحسن نية وسبب صحيح اقام عليها محدثات وتبين له بعد ان احدث عليها بناء ان سنده صادر من غير مالك فانه مع ذلك يُعد حسن النية ، لأنه كان كذلك وقت اقامة المحدثات^(١٤٣) .

ويرى احد الشراح ان احدث البناء او الغراس على ارض الغير وبدون رضاه لا تعدو ان تكون صورته من صور الغصب والذي يتحقق به الاستيلاء على تلك الارض وازالة يد صاحبها عنها واحلال يد المحدث غير المشروعة عليها ، وفي ذلك حرمان للمالك من الانتفاع بها واستغلالها واستعمالها بسبب تلك المحدثات^(١٤٤) .

ولقد ترك المشرع اليمني الخيار لصاحب الارض بين طلب ازالة المنشآت او ابقائها في مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع ولم يقيد في استعمال حقه بإزالة المحدثات على نفقة من اقامها بمدة معينة شأنه في ذلك شأن المشرع العراقي والمشرع الاردني ، الا ان المشرع اليمني لم يقيد طلب ابقاء البناء او الغراس بان يكون القلع مضراً بالأرض ، وخير صاحب الارض اذا اراد تملك المحدثات ان يدفع لصاحبها اما تعويضاً بقيمتها مستحق القلع او ما زاد في قيمة الارض بسبب هذه المحدثات كما فعل المشرع المصري^(١٤٥) ، فنصت المادة (١١٥٣) من القانون المدني اليمني على انه "اذا احدث شخص شيئاً في ارض غيره بمواد مملوكة له كان لصاحب الارض

الخيار بين طلب ازلتها او ابقائها في مقابل ان يدفع لصاحبها اما تعويضاً بقيمتها مستحقة القلع او ما زاد في قيمة الارض لسببها " ، ومما يلاحظ ان المشرع اليمني في باب المغارسة والمزارعة والمساقاة اوجب على المتعدي قلع البناء او الغراس وتعويض صاحب الارض ارش النقص لما يلحق الارض من ضرر بسبب القلع مالم يتفق الطرفان على ابقاء البناء او الغراس ، وذلك في المادة (٧٦٣) من القانون المدني اليمني التي نصت على انه " ما وضع بتعد من غرس او بناء او نحوهما وجب على واضعه ازالته وتسليم ارش الارض لما لحق بها من ضرر بسبب القلع والازالة ، ما لم يرغب الطرفان في بقاء الغرس او البناء ونحوهما فعلى مالك الارض قيمة الغرس او الانقاص قائمة ليس لها حق البقاء وعلى الواضع تعدياً اجرة الارض بما يقدره عدلان وارش جناية ما احدثه " .

والسؤال المطروح في هذا المقام هل يُعتبر غصباً البناء الذي يحدثه الشريك في العقار الشائع من دون اذن بقية الشركاء ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من بيان موقف التشريعات المقارنة وموقف القضاء من حكم هذه الحالة ، فالنسبة للمشرع العراقي فقد اورد نصاً خاصاً في احكام الالتصاق ينظم حكم حالة بناء الشريك في الارض الشائعة ، اذ نصت المادة (١١٢٣) من القانون المدني العراقي على انه " اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة دون اذن الاخرين ثم طلب الاخرون القسمة فتقسم فان اصاب ذلك البناء حصة بانوية ملكه وان اصاب حصة الاخر فله ان يكلف الباني بالهدم " .

ويتضح من هذا النص ان الشريك اذا بنى لنفسه في العقار الشائع دون اذن الاخرين ، ولم يطلب الشركاء القسمة بل طلبوا قلع البناء فيؤمر الباني بقلع البناء ولا يستطيع القاضي قسمة العقار الشائع بينهم ، اما اذا طلب بعض الشركاء القسمة وطلب الاخرون قلع البناء وكان العقار الشائع قابل للقسمة فيقسم بين الشركاء ، وعندئذ اذا وقع البناء في حصة بانوية اصبح الباني مالكا للأرض وما عليها من بناء ، واذا وقع البناء في حصة شريك اخر كان لهذا الشريك ان يكلف ان يكلف الباني بالقلع مع التعويض ان كان له مقتضى ، كما له الحق في ان يمتلك البناء بقيمته مستحقاً للقلع ان كان القلع مضراً بالأرض^(١٤٦) .

وعدم قابلية العقار للقسمة لا يحول دون ازالة شيوخ العقار بالبيع بطلب يقدم من احد الشركاء كالشريك الباني نفسه ، فاذا تمت ازالة الشيوخ وتملك الشركاء قيمة البناء فعندئذ يكونون قد رضوا ببقاء البناء وعليهم ان يردوا للشريك الباني قيمة البناء مستحقاً للقلع^(١٤٧) ، وبهذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق في احد قراراتها جاء فيه " اذا احدث الشريك بناء على الملك المشترك ولم يستحصل اذناً بالبناء من الشركاء فيكون بحكم الاجنبي المتجاوز ويحق للشركاء طلب قلع البناء او تملكه مستحقاً للقلع اذا كان قلعه مضرراً بالأرض طبقاً للمادة (١١١٩) مدني فان ازيل شيوخ العقار بيعاً وتملك الشركاء قيمة البناء قائماً فيكونون بذلك قد رضوا ببقاء الابنية وعليهم في هذه الحالة ان يردوا للشريك قيمة البناء الذي احدثه باعتباره مستحقاً للقلع " ^(١٤٨) .

اما المشرع الاردني فقد وجدناه متفقاً مع المشرع العراقي ، اذ تنص المادة (١١٤٤) من القانون المدني الاردني على انه " اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة تقسم فان اصاب ذلك البناء حصة بانية ملكه وان اصاب حصة الاخر يكلف الباني بالهدم " .

يتضح من هذا النص ان المشرع الاردني انزل الشريك الباني منزلة الباني سيء النية اذا لم يقع البناء في حصته بعد قسمة العقار الشائع ، فأجاز للشريك الذي وقع البناء في حصته نتيجة القسمة ان يكلف الشريك الباني بالهدم ، كما له ان يملك البناء بقيمته مستحقاً للقلع اذا كان القلع مضرراً بالأرض^(١٤٩) .

اما المشرع المصري فلم يورد في احكام الالتصاق نصاً ينظم حالة بناء الشريك في الارض الشائعة ، وبالتالي تسري على هذه الحالة احكام الشيوخ ، فبناء الشريك على جزء من الارض الشائعة يعتبر عملاً من اعمال الادارة غير المعتادة في المال الشائع ، فاذا وافقت اغلبية الشركاء على البناء قبل اقامته او اقرته بعد اقامته فان جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الارض الشائعة ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم^(١٥٠) ، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها " ان الشريك الذي يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير ، فاذا طالب الشريك الاخر بملكته لحصة في هذا البناء وجب ان يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت اقامته ، اذ ان مطالبته هذه تفيد انه اعتمد فعل شريكه ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبراً في حكم الوكيل " ^(١٥١) ، اما اذا

كان البناء او الانشاء حصل دون موافقة الاغلبية التي تتطلبها المادة (٨٢٩) من القانون المدني فتطبيقاً لقواعد الشيوع يجوز لباقي الشركاء ان يلزموا الشريك الباني على ازالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى ان يكون هذا البناء قد الحق القلع بالأرض من ضرر^(١٥٢).

فاذا تمت القسمة ولم تحصل موافقة الاغلبية على عمل الشريك ووقع الجزء المشغول بالبناء في نصيب شريك اخر ، فانه يستطيع ان يلزم الشريك الباني بإزالة البناء مع التعويض ان كان له مقتضى ، كما له الحق في تملك البناء في مقابل تعويض الشريك الباني بأقل القيمتين اي قيمة ما انفقه على البناء او ما زاد في قيمة الارض وفقاً للقواعد العامة في الاثراء بلا سبب ، وتطبيق احكام الشيوع في هذه الحالة مشروطاً بان يكون الشريك الباني قد بنى على جزء من العقار الشائع يعادل حصته ، اما اذا بنى على فيما يجاوز حصته اعتبر بانياً سيء النية في ملك الغير وكان من حق الشركاء استبقاء الجزء من البناء الذي بنى على ما يجاوز حصة الشريك الباني على ان يدفعوا قيمته مستحقة القلع طبقاً لأحكام الالتصاق^(١٥٣) .

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بقولها " اذا كان من المقرر ان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة وانه اذا تمكن احدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فانه لا يُعد بانياً في ملك غيره وكل ما للشريك الاخر ان يطالب من اقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يترتب على ما يظهر من نتيجة القسمة الا ان مناط ذلك ان يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه فاذا جاوزه اعتبر بانياً في ملك غيره لما اقامه على ما يجاوز حصته فيه "^(١٥٤) .

كذلك المشرع الفرنسي لم يورد في احكام الالتصاق نصاً خاصاً للحالة التي يقيم فيها الشريك بناء على الملك المشترك ، وبالتالي يجب تطبيق القواعد الخاصة بالشركة او الشيوع ، فاذا كان البناء قد حصل دون رضا بقية الشركاء ، فيجوز لهم ان يلزموا الشريك الباني بإزالة الاعمال التي احدثها اذا كانت مخالفة لما خصص له العقار المشترك او من شأنها احداث ضرر فيه ، اذ قضت محكمة النقض الفرنسية بانه لا يجوز للشريك في الملك من غير رضا شريكه ان يقيم ابنية على الملك المشترك وان من اقام ابنية من غير هذا الرضا يجوز الزامه بهدم الاعمال اذا لم يفضل ترك البناء للملك المشترك من غير ان يطالب بنصف مصاريف البناء^(١٥٥) .

واما المشرع اليمني فلم يتطرق في احكام الالتصاق التي يقيم فيها الشريك بناء في المال الشائع دون اذن الشريك الاخر كما فعل المشرع العراقي والمشرع الاردني ، وبالتالي تسري على هذه الحالة احكام الملكية الشائعة ، اذ تنص المادة (١١٨٢) من القانون المدني اليمني على انه " لكل واحد من الشركاء في الملك ان يتصرف في حصته كيف يشاء لشريكه مطلقا ولغير شريكه بدون اذن الشريك الاخر اذا كان التصرف لا يضر نصيبه، وبأذنه اذا كان التصرف يضر نصيبه واذا تصرف الشريك في حصته بدون اذن شريكه مع تحقق الضرر كان لشريكه ان يبطل التصرف ، ولا يخل ما تقدم بحق الشريك في اخذ حصة شريكه المتصرف فيها بالشفعة طبقا لشروطها المنصوص عليها في بابها" ، وتنص المادة (١١٨٥) من القانون المدني اليمني على انه " اعمال الادارة هي ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله ويؤخذ فيها برأي اغلبية الشركاء اذا كانت من الاعمال المعتادة ، وتحسب الاغلبية على اساس الانصاء لا على اساس عدد الشركاء ، وفي الاعمال غير المعتادة كإجراء تعديلات او تغييرات اساسية في المال المشترك او في الغرض الذي اعد له تلزم موافقة الشركاء جميعا ."

المطلب الثالث : الزراعة في الارض المغصوبة

عرفت المادة (٨٠٥) من القانون المدني العراقي المزارعة بانها عقد على الزرع بين صاحب الارض والمزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد^(١٥٦) ، وذكرتها محكمة تمييز العراق في احد قراراتها بالقول ان اتفاق صاحب الارض الزراعية والفلاح على ان تكون للفلاح مساحة معينة من قطعة الارض يقوم بزراعتها واستغلالها فانه في حال تجاوزها يُعد غاصباً للمساحة المتجاوز عليها فليزيم برد الارض مع اجر المثل^(١٥٧) ، وقد قضت المحكمة ذاتها في قرار اخر لها جاء فيه بان الزرع لمن زرع وان كان غاصباً ولصاحب الارض مراجعة الطرائق القانونية لاسترداد ارضه والمطالبة باجر المثل عن مدة التجاوز^(١٥٨) ، وقضت ايضاً في قرار اخر بانه يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعاً ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته فاذا انتفع بالعين كلها في سكن او مزارعة او ايجار او باي وجه من الوجوه بلا اذن شركائه وجب عليه اجرة المثل^(١٥٩) .

فالغاصب نتيجة الطمع وحب المال قد يقوم بإجراء بعض التصرفات ومنها زراعة الارض المغصوبة ، فاذا استرد المالك الارض المغصوبة وكان الغاصب قد جنى المحصول ، فعلى

الغاصب ان يدفع لمالك الارض الاجرة عن المدة التي ظلت فيها تحت يده ، واذا نقصت الارض بالزراعة فعليه ارش النقص^(١٦٠) .

وبهذا الصدد نصت المادة (٩٠٧) من مجلة الأحكام العدلية على انه " لو غصب واحد عرصه آخر وزرعها ثم استردها صاحبها يضمنه نقصان الأرض الذي ترتب بزراعته " .

فاذا نبت الزرع فلصاحبها ان يأخذ الارض ويأمر الغاصب بقلع الزرع ، فاذا لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع فالزرع للغاصب ، وان لم ينبت الزرع يخير صاحب الارض ان شاء تركها حتى ينبت الزرع فيأمر الغاصب بقلعه وان شاء اعطى الزارع ما زاد فتقوم الارض بمبذوره ببذر حق القلع وتقوم غير مبذوره فيعطي فضل ما بينهما^(١٦١) .

واذا حصل من تلك الزراعة نقص في الارض ضمن الزارع مقدار النقص ، وان لم يحصل من ذلك نقص لا يضمن شيئاً الا اذا كانت الارض معدة للاستغلال فيضمن الاجرة ، وكذلك لو زرع شخص ارضاً يملكها بالاشترك مع آخر بلا اذنه فلشريكه بعد استرداد حصته من الارض ان يضمنه ما يصيب الارض من النقصان الذي حدث بزراعته^(١٦٢) .

واما المشرع العراقي فقد عالج حكم مسألة زراعة الارض المغصوبة ضمن المواد التي تطرقت الى موضوع الالتصاق والمواد التي تطرقت الى موضوع الغصب ، اذ نصت المادة (١١٢٤) من القانون المدني العراقي فعلى انه " اذا بذر اجنبي في ارض الغير بدون اذنه كان لمالك الارض الخيار في ان يمتلك البذر بمثله او ان يترك الارض بيد الاجنبي حتى الحصاد باجر المثل " .

يتبين من هذا النص ان المشرع العراقي اعطى للمالك حق التخيير بين تملك الزرع الذي زرعه الغاصب في ارضه ولكن بعد دفع نفقته للغاصب وبين أن يترك الزرع للغاصب ويأخذ أجره الأرض منه^(١٦٣) .

اما المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه " المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله وان تلف العقار او طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان " .

يتبين من هذا النص ان المشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة الاجر والضمان لا يجتمعان ، وبالتالي فقد الزم غاصب العقار برده الى مالكة ، وهذا الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب ، وكذلك الزم غاصب العقار ان يعرض صاحبه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب ، والتعويض عن المنافع انما يكون بدفع اجرة مثلها ، وبالإضافة الى ذلك الزم الغاصب بالتعويض في حالة تلف العقار المغصوب او اذا طرأ على قيمته نقص في فترة الغصب حتى لو التلف او النقص قد حدث بدون تعدٍ او تقصير منه ، لان مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان^(١٦٤) .

اما المشرع المصري فقد عالج حكم مسالة زراعة الارض المغصوبة ضمن المواد التي تطرقت لموضوع الحيازة ، اذ نصت المادة (٩٧٨) من القانون المدني على انه " ١- يكتسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية ٢- والثمار الطبيعية او المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها اما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً "^(١٦٥) ، فالثمار هي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة ، وقد تكون طبيعية كالزراع الذي تخرجه الارض بدون تدخل الانسان وقد تكون نتيجة تدخل الانسان كالمحصول والفاكهة وقد تكون مدنية كالأجرة والفوائد ، اما المنتجات فهي التي تخرج من الشيء بتدخل من الانسان وتتنقص من اصل الشيء فلا تتجدد كالأحجار التي تخرج من المحاجر والمعادن التي تخرج من المناجم ، وبالتالي تتميز الثمار عن المنتجات ان الثمار غلة دورية متجددة ولا تنتقص من اصل الشيء وهي من حق المالك ما لم يوجد نص يجعل مالكيتهما للغير كنص المادة (٩٧٨) سالفه الذكر التي جعلت ملكية الثمار للحائز ما دام حسن النية^(١٦٦) .

واما المادة (٩٧٩) من القانون المدني المصري فقد نصت على انه " يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير انه يجوز ان يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار "^(١٦٧) ، فالحائز سيء النية يكون مسئولاً قبل المالك من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها ، واذا كان العقار لا ينتج ثماراً فان الحائز لا يلتزم برد ثمار لم يقبضها الا انه يلتزم بتعويض المالك عن الغصب الذي حال دون المالك وانتفاعه بعقاره^(١٦٨) .

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض بان تطبيق المادتين ٩٧٨ و٩٧٩ من القانون المدني يقتضي حتماً التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فان لكل حكماً فالثمرة وهي الربيع واجبة الرد اذا كان آخذها سيء النية والحق في المطالبة بها لا يسقط الا بالتقادم الطويل عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من القانون المدني ولا يغير من ذلك ان عين النزاع غير مثمرة ولا يؤثر ذلك في الزام غاصبها بتعويض صاحب الحق عن حرمانه من الانتفاع بها اما اذا كان آخذها حائزاً للعين واقتربت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة (١٦٩) .

وذهب القضاء الفرنسي الى ان الحائز يلتزم برد ثمار العقار بالحالة التي كانت عليها وقت الحيازة ، ولا يلتزم برد الثمار التي ترجع الى ما قام به الحائز من مجهود خاص ، فهذه الثمار ترجع الى مجهود الحائز اكثر مما ترجع الى الشيء المحوز ، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها جاء فيه اذا ابطال حكم مرسى المزاد فان مشتري الارض الزراعية لا يلتزم الا برد الثمار التي كانت تنتجها الارض في لحظة بدء الحيازة اي التي ترجع الى الطبيعة في حد ذاتها دون تلك التي ترجع الى الجهد المنتج للحائز (١٧٠) .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان هذا القضاء لا يتفق مع صحيح القانون ولا يحقق العدالة ، فالقانون المدني الفرنسي في المادة (٥٤٩) يلزم الحائز برد جميع الثمار دون استثناء ولم يتضمن التفريق بين الثمار التي ترجع الى مجهود الحائز او التي ترجع الى الشيء المحوز نفسه ، واذا كان الحائز سيء النية فانه يلتزم بان يرد للمالك الثمار التي قبضها او التي قصر في قبضها ، وفي المادة (٥٤٨) يلتزم المالك بان يرد للحائز النفقات التي انفقت في سبيل انتاج الثمار وتشمل اجر العمل وقيمة البذور والزراعة وغيرها من المصروفات اللازمة للزراعة مثل مصاريف التسميد والري ، والزام المالك برد النفقات مقابل استرداده للثمار يؤدي الى تحقيق العدالة بين الطرفين فلا يثري احدهما بلا سبب على حساب الاخر (١٧١) .

واما المادة (١١٣٨) من القانون المدني الاردني فقد نصت على انه " اذا بذر اجنبي في ارض الغير بدون اذنه كان لمالك الارض الخيار بين ان يترك البذر بمثله وبين ان يترك الارض بيد الاجنبي حتى الحصاد باجر مثله" ، ونصت المادة (٢٧٩) من القانون المدني على انه " ١- على اليد ما اخذت حتى تؤديه . ٢- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده اليه بحاله التي كان

عليها عند الغصب وفي مكان غصبه . ٣- فان استهلكه او اتلفه بتعديه او بدون تعديه فعليه مثله او قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب . ٤- وعليه ايضاً ضمان منافع وزوائده . " ، يستفاد من هذين النصين ان موقف المشرع الاردني في حكم زراعة الارض المغصوبة يماثل موقف المشرع العراقي ، وبالتالي اذا زرع الغاصب الارض المغصوبة يُلزم الغاصب بردها الى المغصوب منه ويبقى الزرع للغاصب باجر مثله^(١٧٢) .

اما المادة (١١٢١) من القانون المدني اليمني فقد نصت على انه " لا يضمن الغاصب من غير المنقول (العقار) الا ما تلف تحت يده ، ولكن تلزمه اجرة العين المغصوبة مدة بقاءها معه ويلزمه اعادة العين لصاحبها " ، ونصت المادة (١١٣٨) على انه " يجوز للمالك ولو بدون اذن القاضي ان يقلع زرع وغرس الغاصب ويرجع عليه باجره القلع وارث ما تلف من العين بأوفر القيم وله ابقاء الزرع والغرس لنفسه بقيمته قائماً غير مستحق البقاء او بإبقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة ، وليس للمالك ان يفسد ما قلع اذا كان لا يفسد بالقلع والا ضمن ما بين قيمته مقلوعا يغرس وبين قيمته مقلوعا لا يغرس " .

يستدل من هذا النص ان المشرع اليمني اعطى الخيار للمغصوب منه بين قلع الزرع او استبقائه له مقابل قيمته مستحق القلع او ابقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة ، فاذا اختار المالك القلع فله الحق في القيام بذلك ولو بدون اذن القاضي^(١٧٣) ، وحسناً فعل المشرع اليمني في اعطاء الخيار للمغصوب منه بين تملك الزرع بقيمته وبين تركه للغاصب مع استيفاء اجرة الارض ، لأنه ادري بمصلحته من غيره ، وفضلاً عن ذلك ان الرغبات تختلف من شخص الى اخر وباختلاف الزمان والمكان^(١٧٤) .

والسؤال المطروح هنا اذا كان تغير العين المغصوبة متصوراً في المنقول كما راينا فهل يتصور تغير العين المغصوبة في العقار ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول اختلف شراح القانون في حكم هذه المسألة ولهم رايان :

الراي الاول : يذهب الى انه في حالة الغصب لا يحصل تغير في العقار، فمن يغصب ارضاً ويضيف عليها بناءً او غراساً او يزرع فيها زرعاً تبقى الارض بمسمى الارض وكل ما حصل هو اضافة بناء او غراس او زراعة مما يُعد زيادة متصلة في الارض^(١٧٥) .

ودليله في ذلك ما جاء في الفقرة الاولى من المادة (٥٦٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه " زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد كصبغ الثوب المبيع او البناء في الارض المبيعة او ظهور الثمر في الشجر المبيع " ، وهو ما اكدته محكمة تمييز العراق في احد قراراتها جاء فيه " اذا بنى الموهوب له على الارض الموهوبة داراً فليس للواهب الرجوع في الهبة لان الدار زيادة متصلة بالأرض زادت من قيمتها فامتنع الرجوع بالهبة حسب الفقرة أ من المادة ٦٢٢ مدني" (١٧٦) .

الراي الثاني : يذهب الى ان البناء في الارض يُعد تغييراً في العقار ويؤدي الى زوال اسم الارض وتغير ذاتيتها^(١٧٧) ، وان الارض لم تبقى على هيأتها السابقة وانها تغيرت من ارض خالية الى ارض مبنية ، فقد تبدل اسم العين المغصوبة من عرصة الى دار^(١٧٨) ، وهو ما تنص عليه المادة (٢٧٩) من قانون التسجيل العقاري بقولها " يصح جنس العقار عند اجراء التغييرات المادية فيه بإحداث الابنية والمنشآت او الغراس او اضافة محدثات او مغروسات جديدة او اي تغيير في المحدثات او المغروسات يؤدي الى تغيير جنس العقار من حيث استغلاله او استعماله او عند زوال المحدثات او المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك " .

ويرى احد الشراح ان هذا النص يبين صراحة ان احداث الابنية والمنشآت في الارض من شأنه تغيير جنس العقار وتغيير اسمه وتغيير الاسم يدل على تغيير العين ، وكذلك ان نص المادة (١٩٤) من قانوننا المدني اوضح ان التغيير يحصل في المغصوب ولم يقيد في المنقول او العقار ، والنص المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة ، واما تسمية البناء على الارض زيادة فهو راي لا غبار عليه ، فالبناء على الارض المغصوبة زيادة واطراف بعض المواد على الحنطة المغصوبة لتحويلها الى خبز زيادة واطراف بعض المواد على القماش المغصوب لتحويله الى قميص زيادة^(١٧٩) .

الخاتمة

في ختام هذا البحث فقد توصلنا الى النتائج والمقترحات الآتية :

أولاً : النتائج

١- اختلف الفقهاء في حكم مسالة نقصان السعر في المال المغصوب ، ويرى جمهور الفقهاء ان الغاصب لا يضمن نقصان السعر اذا رد المغصوب في مكان الغصب ولا يحق للمغصوب منه ترك المغصوب للغاصب والمطالبة بقيمته ، وسندهم في ذلك ان نقص السعر ليس بفوات وان المغصوب باق على حاله وان هبوط الاسعار في الاسواق يرجع الى فتور رغبات الناس وليس الى عين الشئ وصفته ، ويرى بعض الفقهاء ان الغاصب يضمن نقصان السعر وحجتهم في ذلك ان الغاصب فوت منفعة للمالك متعلقة بالعين كان يمكن ان يستفيد منها ، اذ كان بمقدوره ان يبيع المغصوب وقت الغلاء ، وان الغاصب ملزماً برد المغصوب الى المالك بجميع صفاته اذا زاد ثمن المغصوب ، لأنه حين زاد ثمنه كان مفروضاً عليه ان يرده اليه وهو يساوي تلك القيمة ، فاذا نقصت قيمته فانه لا يسقط رد ما لزمه رده ، وقد اخذ المشرع العراقي في المادة (١٩٥) من القانون المدني برأي جمهور الفقهاء .

٢- اختلف الفقهاء في حكم مسالة البناء او الغراس في الارض المغصوبة ، وذهب جمهور الفقهاء الى الزام الغاصب ازالة ما احده من بناء او غراس على الارض المغصوبة ولا ينظر الى قيمة البناء او الغراس ، لان المحدث بمنزلة الغاصب وليس له الحق في الاعتداء على ملك الغير ، وذهب بعض الحنفية الى التفرقة بين حالة ما اذا كانت قيمة البناء او الغراس اكثر من قيمة الارض المغصوبة وفي هذه الحالة ليس للمغصوب منه الحق في استرداد الارض وانما له الحق في قيمتها فقط ، اما اذا كانت قيمة الارض اكبر من قيمة البناء او الغراس يلزم الغاصب برد الارض لمالكها وبازالة ما احده من منشآت ، ويؤخذ على هذا الرأي انه يؤدي الى تمكين الغاصبين اصحاب النفوذ والاموال من تملك اموال الغير بطريق القهر والغلبة بمجرد ان تكون قيمة ما احده من بناء او غراس تزيد على قيمة الارض المغصوبة .

٣- عالج المشرع العراقي حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة ، وذلك في الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) من القانون المدني التي تنص على انه " اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان " ، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه ان يختار بين اخذ العين والرجوع على الغاصب بالتعويض عن الأضرار الاخرى او ان يترك العين في يد الغاصب ويرجع عليه بالضمان ، وقد تعرضت هذه الفقرة الى الانتقاد من قبل احد الشراح لأنها عالجت حالة تغير المغصوب ذاته المؤدي الى النقص والضرر ولم تعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي الى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فاصبح كبيراً او كان هزياً فاصبح سميناً .

٤- نصت المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي على انه " المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله وان تلف العقار او طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان " ، وبالتالي فالمشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة الاجر والضمان لا يجتمعان ، فقد الزم غاصب العقار برده الى مالكة ، وهذا الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب ، وكذلك الزم غاصب العقار ان يعرض صاحبه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب ، والتعويض عن المنافع انما يكون بدفع اجرة مثلها ، وبالإضافة الى ذلك الزم الغاصب بالتعويض في حالة تلف العقار المغصوب او اذا طرأ على قيمته نقص في فترة الغصب حتى لو التلف او النقص قد حدث بدون تعد او تقصير منه ، لان مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان .

ثانياً : المقترحات

١- نصت المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي على انه " اذا احدث شخص بناءً او غراساً او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها فاذا كان القلع مضراً بالأرض فله ان يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع " ، وهنا نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر في حكم المادة (١١١٩) من القانون المدني وان يعطي لصاحب الارض الحق في طلب تملك المحدثات دون ان يقيد به باي قيد وبقيمتها مستحقة القلع جبراً على الباني او الغارس سيء النية ، لان هذه المادة تواجه حالة الباني او الغارس سيء النية وليس من المعقول حماية من يعتدي على ملك الغير بسوء نية .

٢- نصت المادة (٩٢٤) من القانون المدني المصري على انه "١- اذا اقام شخص بمواد من عنده منشآت على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الارض كان لهذا ان يطلب ازالة المنشآت على نفقة من اقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت او ان يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشآت . ٢- يجوز لمن اقام المنشآت ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً الا اذا اختار صاحب الارض ان يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة " ، وحسناً فعل المشرع المصري في ذلك ، لأنه جمع بين امرين اولهما تقيدده حق مالك الارض في الاختيار بين طلب الازالة او الاستبقاء بمدة سنة وهي مدة معقولة والامر الثاني اجاز للباني او الغارس ان يطلب نزع المنشآت ليجبر صاحب الارض على استعمال خياره في استبقاء البناء او الغراس في حين ان المشرع العراقي لم يشير الى هذين الامرين ، لذا نقترح على المشرع العراقي الاخذ بمضمون المادة (٩٢٤) من القانون المدني المصري .

٣- نصت المادة (١١٢٩) من القانون المدني اليمني على انه " إذا غيّر الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغيير إلى

غرض أنفع فيما لا يمكن فصله " ، وقد أعطى المشرع اليمني للمالك في حالة تغيير العين المغصوبة حق الاختيار بين اخذ العين مع ارش النقص او تركها واخذ قيمتها سليمة وبأعلى قيمة من يوم الغصب الى يوم التسليم ، ويرى احد الشراح ان تقرير أعلى القيم فيه عدل وانصاف للمغصوب منه ، لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فاذا نقصت قيمة العين المغصوبة نقصاً فاحشاً يوم التسليم عن القيمة يوم الغصب كان الواجب قيمتها يوم الغصب ، واذا زادت القيمة في الفترة الواقعة بين يوم الغصب ويوم التسليم الزم الغاصب بالقيمة الاعلى ، لذا نقترح على المشرع العراقي الاخذ بمضمون المادة (١١٢٩) من القانون المدني اليمني .

الهوامش

- (١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .
- (٢) ابي الليث السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٣ ، دار الفكر ، دمشق ، بلا سنة طبع ، ص ١١٥ .
- (٣) ابي حامد الغزالي ، الوجيز ، ج ١ ، مطبعة الادب والمؤيد ، مصر ، ١٣١٧هـ ، ص ٢١١ .
- (٤) عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي ، المقنع ، ج ٢ ، المطبعة السلفية ، بلا سنة طبع ، ص ٢٥٠ .
- (٥) محمد بن حسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، ج ٣ ، طبعة حجرية ، ايران ، ١٢٧١هـ ، ص ٧٢ .
- (٦) د. حامد عبده سعيد الفقي ، احكام الغصب في الفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣م ، ص ٢٢٩ و ص ٢٣٠ .
- (٧) علاء الدين ابي بكر بن احمد بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٩ ، مطبعة الامام ، القاهرة ، الناشر زكريا علي يوسف ، بلا سنة طبع ، ص ٤٤٤١٦ . احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٦٦هـ ، ص ١٨١ . جعفر بن الحسن بن ابي زكريا يحيى بن الحسن الحلبي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة الآداب ، ١٣٨٩هـ ، ص ٢٤٧ . محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي ، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي ، ج ٦ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ١٣٤ .
- (٨) وقال فقهاء الحنفية لا يحل للغاصب الانتفاع بالمغصوب حتى يؤدي بدله استحساناً ، لأنه في جواز الانتفاع قبل دفع البذل فتحاً لباب الغصب ، فيحرم الانتفاع قبل قبول المالك بأداء البذل او ابرائه . الشيخ عبد الغني الدمشقي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج ٢ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ١٩٨٠م ، ص ١٩١ .
- (٩) ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج ٨ ، دار الفكر ، ١٩٩٤ ، ص ٢٨٩ . ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٥ ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨م ، ص ١٩٧ . الحلبي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٥٣ . محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، دار الفكر ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٤٤٤ .
- (١٠) وقال صاحبنا ابي حنيفة (ابو يوسف ومحمد) يملكها الغاصب وعليه مثلها ، وذلك لان الغاصب احدث فيها صنعة معتبرة صار فيها حق المالك في حكم الهالك مما ادى الى تغاير الاصل مع الحادث المصنوع في الاسم والمعنى ، وبالتالي فقد جاء رايهم مخالفاً لراي ابو حنيفة . ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي ، ملتقى الابحر ، ج ٢ ، ط ١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٩م ، ص ١٩٠ .
- (١١) ويرى احد فقهاء الشيعة اذا فعل الغاصب في العين المغصوبة ما ازال اسمها ومعظم منافعتها ، فهذا لا يوجب ان تصير تلك العين بعد تغييرها ملكاً للغاصب بل المالك بالخيار ان شاء اخذها واخذ ارش النقص وان شاء تركها واخذ قيمتها . محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار ، ج ٣ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٧٥ .

(١٢) ابي الحسن عبد الله بن مفتاح ، شرح الازهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار ، ج ٣ ، ط ١ ، طبعة وزارة العدل ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ، ص ٥٣٢ . علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٥٧ م ، ص ١٤٧ .

(١٣) ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٥ ، ط ١ ، مجلس دائرة المعارف العثمانية ، الهند ، ص ٢٣٥ .

(١٤) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٥ ، ط ٢ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع ، ص ٢٢٦ . محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، ط ٣ ، دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٨ م ، ص ٨٧ . شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة ، ج ٩ ، ط ١ ، دار الغرب الاسلامي ، ١٩٩٤ م ، ص ٢١ .

(١٥) سورة النساء ، الآية ٢٩ .

(١٦) الماوردي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٤٩٠ .

(١٧) القرافي ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٢٢ .

(١٨) الكاساني ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ١٤٨ . المقدسي ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٩٧ .

(١٩) علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ابو الحسن برهان الدين ، متن بداية المبتدئ في فقه الامام ابي حنيفة ، ج ٤ ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ، القاهرة ، بلا سنة طبع مصدر سابق ، ص ١٧ . ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج ٥ ، ج ٧ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٩ هـ ، ص ٢٨٧ .

(٢٠) عبد الله بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد ، ج ٢ ، ط ٥ ، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٨ م ، ص ٣٩٤ . ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الام مع مختصر المزني ، ج ٨ ، ط ١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٨٠ م ، ص ٢١٧ .

(٢١) الحلبي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٥٤ . محمد بن احمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ ، دار الفكر بيروت ، ١٩٨٤ م ، ص ١٨٢ . ابن المرتضى ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٨٤ .

(٢٢) د. عبد الجبار شرارة ، احكام الغضب في الفقه الاسلامي بحث موازن بين المذاهب الاسلامية السبعة مقارنة بالقانون الوضعي ، ط ٢ ، الناشر مكتب الاعلام الاسلامي ، ١٩٩٢ م ، ص ١٧٨ .

(٢٣) ونقص الشيء : فوات جزء من الشيء او وصف من اوصافه ، والعيب : هو ما يقلل من قيمة الشيء او من منافعه ، والارش : هو الفرق قيمة الشيء سالماً وقيمته معيباً . د. مصطفى الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .

(٢٤) وذهب بعض فقهاء الحنفية الى ان نقص المغصوب بسبب فوات وزوال جزء من العين المغصوبة مثل خرق الثوب وغيره يلزم الغاصب بضمان النقص في جميع الاحوال ، فاذا كان النقص يسيراً كالحرق اليسير في

الثوب ، فليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقص وذلك لبقاء العين بذاتها وان كان النقص فاحشاً كالخرق الكبير في الثوب ، فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه النقصان وان شاء تركه للغاصب واخذ قيمته لأنه اصبح مستهلكاً . العلامة الطنطاوي ، حاشية الدر المختار شرح تنوير الابصار في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، ج ٦ ، دار الطباعة العامرة ، بولاق ، ١٢٥٤ هـ ، ص ١٩٠ .

(٢٥) ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الشافعي ، ج ١ ، دار الفكر بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٧٦ . ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٥ ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨ م ، ص ٢٩٤ . علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٣٥ . الحلي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٥٣ . علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ م ، ص ١٥٥ .

(٢٦) محمد بن احمد بن محمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، دار الفكر ، بلا سنة طبع ، ص ٢٦٦ .

(٢٧) الخطاب ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٣٢٨ .

(٢٨) ولكن بعض فقهاء المالكية اختلفوا في وقت تقدير قيمة النقص منهم من قال يوم حدوث النقص ومنهم من قال يوم الغصب . د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .

(٢٩) ابي البركات سيدي احمد الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ، ج ٣ ، ج ٤ ، منشورات المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ٩٤ .

(٣٠) العلامة الطنطاوي ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٩٠ .

(٣١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠ .

(٣٢) ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج ٣ ، ج ٦ ، ج ٩ ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٣ . شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج ، ج ٢ ، ج ٣ ، مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، بلا سنة طبع . الرملي ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٧٣ . الشيرازي ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٦٩ . منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشف القناع على متن الاقناع ، ج ٤ ، دار الفكر ، ١٤٠٢ هـ ، ج ٤ ، ص ٩٢ . ابن قدامه ، مصدر سابق ج ٥ ، ص ١٨٨ . ابن حزم ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٣٥ . الحلي ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٢٣٩ .

(٣٣) سعد رستم احمد طه ، الغصب واحكامه في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة / جامعة النجاح الوطنية ، ١٩٩٥ م ، ص ٥١ و ص ٥٢ . د. حامد عبده سعيد الفقي ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ و ص ١٦٨ .

(٣٤) د. حامد عبده سعيد الفقي ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ و ص ١٦٨ .

(٣٥) الميرغيناني ، مصدر سابق ، ج٤ ، ص١٧ . الرملي ، مصدر سابق ، ج٥ ، ص١٧٢ . علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ، ط٢ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة طبع ، ص١٥٥ . القاضي العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، ج٣ ، ط١ ، دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ١٩٤٧م ، ص٣٥٨ . ابن المرتضى ، مصدر سابق ، ج٤ ، ص١٨١ .

(٣٦) ابن حزم ، مصدر سابق ، ج٨ ، ص١٣٩ . النووي ، مصدر سابق ، ج٤ ، ص١٢١ . الشوكاني ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٣٥٥ .

(٣٧) عند فقهاء المالكية الغصب يختلف عن التعدي ، فالغصب هو الاستيلاء على العين بقصد تملكها ، اما التعدي هو الاستيلاء على العين بقصد الانتفاع بها . د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، الغصب واثاره في الشريعة الاسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري ، ط٣ ، المطبعة القضائية ، صنعاء ، ٢٠١٠م ، ص١٦٤ .

(٣٨) الدريير ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٤٥٢ . الخرخشي ، مصدر سابق ، ج٦ ، ص١٤١ .

(٣٩) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ . د. عصمت عبد المجيد بكر ، اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٣٢ ، ٢٠٠٢م ، ص٧ و٨ .

(٤٠) محمد امين الشهير بابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، ج٢ ، مطبعة شركة الصحافة العثمانية ، استانبول ، ١٣٢٥هـ ، ص٦٧ .

(٤١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ .

(٤٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة والتشريعات المدنية العربية ، بغداد ، ٢٠٠٠م ، ص٢٧١ .

(٤٣) ويرى احد الشراح ان الفقهاء المسلمين يستعملون مصطلح الجنس بدلاً من النوع ومصطلح النوع هو الصحيح منطقياً وعلى سبيل المثال يعتبرون الشعير والحنطة جنسين بينما هما نوعان من جنس الحبوب . د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص٢٨١ .

(٤٤) محمد بن مكي شمس الدين العاملي ، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، ج٣ ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، بلا سنة نشر ، ص١١٠ . علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٨ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥م ، ص٤٨٩ . ابن يحيى زكريا الانصاري ، منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب ، ج١ ، مطبعة مصطفى البابي ، ١٩٤٨م ، ص٢٣٦ . ابي النجا شرف الدين موسى الحجاوي ، الاقتناع ، ج٢ ، المطبعة المصرية بالأزهر ، بلا سنة طبع ، ص٣٣٩ . الحطاب ، مصدر سابق ، ج٧ ، ص٢٧١ . ابن المرتضى ، مصدر سابق ، ج٤ ، ص١٨٢ .

- (٤٥) سيف بسام سعيد ، سيف بسام سعيد التميمي ، تغير العين المضمونة وأثره في الملكية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة كربلاء ، ٢٠١٨م ، ص ١٤٩ .
- (٤٦) الحلي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٥٤ . الطوسي ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٧٩ .
- (٤٧) القاضي احمد بن قاسم العنسي ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، ١٩٤٧م ، ص ٣٥٩ .
- (٤٨) جماعة من علماء الحنفية ، الفتاوى الهندية ، ج ٥ ، مطبعة دار الطباعة ، بولاق ، ١٢٧٦هـ ، ص ١١٧ .
- (٤٩) الرملي ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٨٣ . الشيرازي ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٧٨ .
- (٥٠) مرعي بن يوسف الكرمي ، غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى ، ج ٢ ، دار السلام للطباعة والنشر ، دمشق ، ١٣٧٨هـ ، ص ٢٤١ .
- (٥١) د. طلبة وهبه خطاب ، نظام الملكية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، ط ٢ ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٨٨م ، ص ٥٥١ .
- (٥٢) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٩٢ . السرخسي ، مصدر سابق ، ج ١١ ، ص ٦٧ .
- (٥٣) د. يحيى محمد الجرافي ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .
- (٥٤) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٩٢ . الشيرازي ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٧١ . محمد ابن احمد بن جزبي الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة الثقافية بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٢١٧ . البهوتي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٨١ . الشوكاني ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣٥٣ . الحلي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٥٦ .
- (٥٥) الدردير ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٤٥٤ .
- (٥٦) الميرغنائي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٧ .
- (٥٧) الشيرازي ، مصدر سابق ، ج ١٤ ، ص ٢٥٨ . ابن قدامه ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٣٨٠ .
- (٥٨) د. حامد عبده سعيد الفقي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .
- (٥٩) الماوردي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٤٥٦ . النووي ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٤ . ابن قدامه ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٨٨ . البهوتي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٨٠ .
- (٦٠) محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج ١٣ ، ط ٣ ، مطبعة الارشاد ، جدة ، ١٩٧٢م ، ص ٤٤٤ .
- (٦١) د. حامد عبده سعيد الفقي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥ .

- (٦٢) د. حامد عبده سعيد الفقي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ . د. يحيى محمد الجرافي ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ .
- (٦٣) الزيلعي ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٢٢٩ . القرافي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٣٣١ . الشيرازي ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٧١ . ابن حزم ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٤٤ . ابن المرتضى ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٨١ .
- (٦٤) مالك بن انس ، الموطأ ، ج ٢ ، دار احياء الكتب العربية ، بلا سنة طبع ، ص ٧٤٣ .
- (٦٥) القرطبي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٣٢٢ .
- (٦٦) الزيلعي ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٢٢٩ . الشوكاني ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣٥٣ .
- (٦٧) البهوتي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٨٠ . الحلبي ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٢٤٧ .
- (٦٨) محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، ج ٢ ، دار الريان للتراث ، بلا سنة طبع ، ص ٨٢٤ .
- (٦٩) ابن قدامه ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٨٩ . الحلبي ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٢٤٧ .
- (٧٠) د. حامد عبده سعيد الفقي ، مصدر سابق ، ص ٢١٢ . د. يحيى محمد الجرافي ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .
- (٧١) الكاساني ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ١٦٢ . ابن المرتضى ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٨٤ .
- (٧٢) ابن قدامه ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٣٨١ . النووي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٣٦ .
- (٧٣) د. يحيى محمد الجرافي ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .
- (٧٤) سيف بسام سعيد ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .
- (٧٥) منير القاضي ، شرح الموجز للقانون المدني العراقي ، مج ١ (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة) ، مطبعة العاني بغداد ، ١٩٥٢م ، ص ٣٠٦ .
- (٧٦) وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في احد قراراتها ((اذا تغيرت قطعة الارض تغيراً فعلياً بسبب اجراء معاملات تصرفيه وافرازات متتالية وبتسجيل هذا الافراز بأسماء اشخاص عديدين وتشييد ابنية عليها كل ذلك يجعل من ابطال التسجيل فيه استحالة مادية فيصار للمتضرر الى حق التعويض)) . رقم القرار ١١٤ / موسعة مدنية في ٢٨/٨/٢٠٠٨ . اشار اليه د. حبيب ادريس عيسى ، النظام القانوني للغصب ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢م ، ص ٢٢٦ .
- (٧٧) منير القاضي ، المصدر نفسه ، ص ٣٠٧ .
- (٧٨) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، اشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو ، ج ٢ ، ط ١ ، الناشر دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦م ، ص ٢٥٥ .

- (٧٩) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .
- (٨٠) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ .
- (٨١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .
- (٨٢) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .
- (٨٣) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق ، ص ٢٦٠ .
- (٨٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .
- (٨٥) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ .
- (٨٦) سيف بسام سعيد ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .
- (٨٧) رقم القرار ٣٠٤١ و٣٠٤٢ / حقوقية الموصل / ١٩٥٧ . اثار اليه . د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢ .
- (٨٨) والمواد المقابلة للمادة (٩٣١) من القانون المدني المصري المادة (٥٦٦) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١١٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١٣١٨) من القانون المدني اليمني والمادة (١١٤٥) من القانون المدني الاردني .
- (٨٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية ، ج ٩ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ٣١٦ و٣١٨ .
- (٩٠) د. حسام الدين الأهواني ، الحقوق العينية الاصلية (اسباب كسب الملكية) ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣م ، ص ١٢٥ و ١٢٦ .
- (٩١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٣١٨ . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .
- (٩٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٣١٨ . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .
- (٩٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٣١٨ . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ و ١٢٧ .
- (٩٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٣١٧ . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ .

(٩٥) ويرى جانب من الفقه الفرنسي على القاضي ان يُملك الشيء ككل لمالك الجزء الاصيلي ، ويعتبر جزءاً اصلياً الجزء الذي لم يضاف اليه الجزء الاخر الا لاستعماله او لزينته او لتكميله ، والشيء الذي يكون اعلى قيمة او يكون اكبر حجماً اذا كانت قيمتهما متساوية . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(٩٦) ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان ملكية المنقول الجديد تكون لمالك الشيء بعد دفع اجرة العمل ، ولكن اذا كانت اجرة العمل جسيمة تزيد كثيراً عن قيمة المواد التي استعملت اعتبر العمل الجزء الاصيلي ، فيكون للعمل الشيء المصنوع على ان يدفع ثمن المواد للمالك مع جواز الزام العامل بتعويض صاحب المواد عن الاضرار الناشئة عن حرمانه من الشيء . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ .

(٩٧) د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية (اسباب كسب الملكية) ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ١٥٦ و ١٥٧ . د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ .

(٩٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٩٠١ و ٩٠٤ .

(٩٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٩٠٤ .

(١٠٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٩٠٦ و ٩٠٧ .

(١٠١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٩٠٤ .

(١٠٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٩٠٥ .

(١٠٣) وحسناً فعل المشرع اليمني في عدم التفرقة في الحكم بين ما اذا كان التغيير الى غرض او الى غير غرض ، لان الاغراض المقصودة من الاعيان تختلف بعد التغيير عنها قبل التغيير، وكذلك الانتفاع من حيث تقرير كفيته يختلف من شخص الى اخر . د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

(١٠٤) وحسناً فعل المشرع اليمني في تخيير المغمصوب منه اذا غير الغاصب العين المغمصوبة لان المال المغمصوب ملك للمغمصوب منه فيعطى له الخيار بين رد المغمصوب مع التعويض او الضمان ، فالانتفاع بالمغمصوب من عدمه مسألة غاية ، والغاية قبل التغيير تختلف عن الغاية بعد التغيير وهي مسألة نسبية تختلف من شخص الى اخر . د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

(١٠٥) د. يحيى محمد الجرافي ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ و ١٦١ .

(١٠٦) د. يحيى محمد الجرافي ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ .

(١٠٧) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ .

(١٠٨) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

(١٠٩) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

- (١١٠) سيف بسام سعيد ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .
- (١١١) الهادي السعيد عرفه حسب النبي ، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه في الفقه الاسلامي ، مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، جامعة الازهر ، ١٩٨٤م ، ص ٥٥٣ .
- (١١٢) د. عمار محمد علي القضاة ، اثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة عمان العربية ، ٢٠١٢م ، ص ٢٣٧ .
- (١١٣) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .
- (١١٤) د. حبيب ادريس عيسى ، المصدر نفسه ، ص ٢٤٢ .
- (١١٥) سيف بسام سعيد ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .
- (١١٦) د. عبد الرزاق حمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، مج ٢ ، ج ١ ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ص ١٢١٣ .
- (١١٧) اكرم محمود حسين ، المسؤولية عن تهمد البناء ، رسالة ماجستير مقدمة كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩٠م ، ص ٥٧ .
- (١١٨) انظر في هذا المعنى حسيب صالح اسماعيل ، البناء غير القانوني على الاراضي الزراعية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة - جامعة صلاح الدين ، ٢٠٠٨م ، ص ٩ .
- (١١٩) وذكره المشرع الاردني في المادة (٧٤٧) من القانون المدني التي نصت على انه ((يجوز عقد المساقاة في صورة مغارسة بان يتفق صاحب ارض مع اخر على تسليمه الارض ليقوم بغرسها وتربية الغراس والعناية به وانشاء ما يستلزمه من ذلك من الوسائل خلال مدة معينة على ان تكون بعدها الارض والشجر المغروس وما يتبعها من منشآت شركة بينهما طبقاً للاتفاق)) ، وذكره المشرع اليمني في المادة (٧٦١) من القانون المدني التي تنص على انه ((المغارسة الصحيحة ان يستأجر مالك الارض من يغرس قدر ما معلوماً من ارضه بغرس معين من عند الاجير من الاشجار التي لها اصل ثابت ويقوم الاجير بتربية الغرس حتى يكتمل صلاحه وتبدو ثمرته في مدة معلومة باجره معلومة ولو جزءاً معلوماً من الارض او الغرس، وهذا النوع من المغارسة ملزم للطرفين بما تراضيا عليه حال العقد وليس لاحدهما الفسخ ولا تعود الارض كاملة الى مالكها الا بذهاب كامل الغرس او باتفاق الطرفين)) .
- (١٢٠) القاضي لفته هامل العجيلي ، عقد المغارسة دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الاصلاح الزراعي ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٧م ، ص ١٩ .
- (١٢١) القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .
- (١٢٢) القاضي لفته هامل العجيلي ، عقد المغارسة في الشريعة والقانون ، بحث تقدم به الى مجلس القضاء الاعلى ضمن متطلبات الترقية الى الصنف الثالث ، بلا سنة طبع ، ص ٢٩ .

- (١٢٣) القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٩ و ص ٣٠ .
- (١٢٤) القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .
- (١٢٥) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٣١٧ و ص ٣١٨ .
- (١٢٦) نبأ محمد عبد العبيدي ، غصب العقار ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهدين ، بغداد ، ٢٠٠٦م ، ص ٨٦ .
- (١٢٧) د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ط ١ ، مطبعة لجنة البيان العربي ، بغداد ، ١٩٦٤م ، ص ٢١٠ .
- (١٢٨) د. جمال الحاج ياسين ، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١م ، ص ١٠٩ .
- (١٢٩) د. جمال الحاج ياسين ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .
- (١٣٠) د. جمال الحاج ياسين ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .
- (١٣١) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣م ، ص ١٤١ .
- (١٣٢) د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩م ، ص ٩٠٢ .
- (١٣٣) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٢ .
- (١٣٤) قرار محكمة التمييز المرقم ١٠٧ / ح / ٩٧٠ في ١ / ٢٢ / ١٩٧٠ . اشار اليه د. جمال الحاج ياسين ، مصدر سابق ، ١١٨ .
- (١٣٥) انظر في هذا المعنى م. م محمد رافع يونس ، المغارسة في ارض الوقف دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، مج ١٥ ، العدد ٥٢ ، السنة ١٧ ، ص ١١٣ .
- (١٣٦) د. ضحى محمد سعيد النعمان ، البناء على ملك الغير دون اذن المالك دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر - الامارات ، ٢٠١٤م ، ص ٤٤ .
- (١٣٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية) ، ج ٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨م ، ص ٢٨٢ .
- (١٣٨) د. ضحى محمد سعيد النعمان ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .
- (١٣٩) د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية ، الاسكندرية ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ .

- (١٤٠) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦١م ، ص ٢٧٢ .
- (١٤١) د. عمار محمد القضاة ، مصدر سابق ، ص ١٤٦ .
- (١٤٢) د. عمار محمد القضاة ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .
- (١٤٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢م ، ص ٣١٥ .
- (١٤٤) د. عمار محمد القضاة ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ و ١٤٩ .
- (١٤٥) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٣٢٠ و ٣٢٧ .
- (١٤٦) د. شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ٩٢٩ .
- (١٤٧) د. ضحى محمد سعيد النعمان ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .
- (١٤٨) رقم القرار ١٨٣ / مدنية ثانية عقار / ١٩٧٣ / في ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣ . منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ص ٣١ .
- (١٤٩) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ط ٣ ، مطبعة التوفيق ، عمان ، ١٩٩٢م ، ص ٦٩٠ .
- (١٥٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٧٥٤ .
- (١٥١) قرار محكمة النقض المصرية في ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ . اشار اليه د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٧٥٤ و ص ٧٥٥ .
- (١٥٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٧٥٣ .
- (١٥٣) د. ضحى محمد سعيد النعمان ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .
- (١٥٤) الطعن رقم ١٢٤١ في ٢٤ / ٣ / ١٩٨١ . اشار اليه د. محمد كامل مرسي باشا ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ . د. حسام الدين الأهواني ، الحقوق العينية الاصلية (اسباب كسب الملكية) ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣م ، ص ٩٦ .
- (١٥٥) د. ضحى محمد سعيد النعمان ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .
- (١٥٦) وعرفتھا المادة (٧٢٣) من القانون المدني الاردني بانھا عقد استثمار ارض زراعية بين صاحب الارض واخر يعمل في استثمارھا على ان يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها ، وعرفتھا المادة (٧٦٥) من القانون المدني اليمني بقولھا اذا اجر رب الارض ارضاً معلومة لشخص اخر ليزرعها زرعا معلوما مدة معلومة كان العقد مزارعة صحيحة ملزماً للمتعاقدین ولا يفسخ الا برضاھما او لإخلال الاجير بشروط الإقامة المتفق عليها حال العقد او امتناعه عن تسليم الاجرة .

- (١٥٧) تاريخ القرار ٢٨/٨/٢٠٠٨ . اشار اليه د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص٣٠٩ .
- (١٥٨) رقم القرار ٤١٣ / مدنية رابعة / ١٩٧٣ في ٥/٥ / ١٩٧٣ . اشار اليه د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص٣٠٧ .
- (١٥٩) رقم القرار ١٢٢٣ / الهيئة الاستئنافية العقار / ٢٠١١ في ١٧ / ٣ / ٢٠١٢ (غير منشور) . اشار اليه د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص٣٣٢ .
- (١٦٠) د. يحيى الجرافي ، مصدر سابق ، ص١٧٨ .
- (١٦١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط٣ ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ١٩٩٨ م ، ص٤٣٦ .
- (١٦٢) منير القاضي ، شرح المجلة ، ج٢ ، مطبعتا الخيرية والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ م ، ص٢٩٧ .
- (١٦٣) سيف بسام سعيد ، مصدر سابق ، ص٩٠ .
- (١٦٤) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٢٧١ . منير القاضي ، شرح القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص٣٠٨ و ص٣٠٩ .
- (١٦٥) تقابلها المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٩١) من القانون المدني الاردني .
- (١٦٦) انور طلبية ، الحيازة ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، ص٤١٢ و ص٤١٣ .
- (١٦٧) تقابلها المادة (١١٦٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٩٢) من القانون المدني الاردني .
- (١٦٨) انور طلبية ، مصدر سابق ، ص٤١٢ و ص٤١٣ .
- (١٦٩) نقض ١/٢١ / ١٩٩٣ طعن ١٨١٣ س٥٧ق . اشار اليه انور طلبية ، مصدر سابق ، ص٤١٩ .
- (١٧٠) د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص٣٦٣ .
- (١٧١) د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ، ص٣٦٤ .
- (١٧٢) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص٣١٠ .
- (١٧٣) د. يحيى الجرافي ، مصدر سابق ، ص١٨٣ .
- (١٧٤) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص٣١٠ و ص٣١١ .
- (١٧٥) محمد عبد الوهاب محمد ، تغيير الشيء واثره في التصرفات والوقائع القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد ، م٢٠٠٦ ، ص٤٧ .

(١٧٦) رقم القرار ٤٠٨ / م ٢ / ١٩٨١ في ١٩٨٢/٤/٢١. أشار اليه د. علي شاكّر عبد القادر البدرى ، التغيير الجبرى لمالك العين واثره فى التصرفات القانونية ، ط ١ ، المركز القومى للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٦م ، ص ٩٧ .

(١٧٧) عارف العارف ، مجموعة الاحكام للأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، ١٩٨٤م ، ص ١٨٦ .

(١٧٨) د. علي شاكّر عبد القادر البدرى ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

(١٧٩) د. علي شاكّر عبد القادر البدرى ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

المصادر

* القرآن الكريم

ثانياً : كتب الفقه الاسلامي

- ١- ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي ، ملتقى الابحر ، ج ٢ ، ط ١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٩م .
- ٢- ابن يحيى زكريا الانصاري ، منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب ، ج ١ ، مطبعة مصطفى البابي ، ١٩٤٨م .
- ٣- ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الشافعي ، ج ١ ، دار الفكر بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٤- ابي البركات سيدي احمد الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٢ ، ج ٣ ، ج ٤ ، منشورات المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، بلا سنة طبع .
- ٥- ابي الحسن عبد الله بن مفتاح ، شرح الازهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة وزارة العدل ، مصر ، ١٣٤٠هـ .
- ٦- ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج ٨ ، دار الفكر ، ١٩٩٤ .
- ٧- ابي الليث السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٣ ، دار الفكر ، دمشق ، بلا سنة طبع .
- ٨- ابي النجا شرف الدين موسى الحجاوي ، الاقتناع ، ج ٢ ، المطبعة المصرية بالأزهر ، بلا سنة طبع .
- ٩- ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٥ ، ط ١ ، مجلس دائرة المعارف العثمانية ، الهند .
- ١٠- ابي حامد الغزالي ، الوجيز ، ج ١ ، مطبعة الادب والمؤيد ، مصر ، ١٣١٧هـ .
- ١١- ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الام مع مختصر المزني ، ج ٨ ، ط ١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٨٠م .
- ١٢- ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج ٥ ، ج ٧ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٩هـ .
- ١٣- ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٥ ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨م .
- ١٤- ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٥ ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨م .
- ١٥- احمد بن قاسم العنسي ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، ١٩٤٧م .
- ١٦- احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، ج ٣ ، ط ١ ، دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ١٩٤٧م .

- ١٧- احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، ج٣ ، ط١ ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٦٦ هـ .
- ١٨- جعفر بن الحسن بن ابي زكريا يحيى بن الحسن الحلبي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٣ ، ط١ ، مطبعة الآداب ، ١٣٨٩ هـ .
- ١٩- جعفر بن الحسن بن ابي زكريا يحيى بن الحسن الحلبي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة الآداب ، ١٣٨٩ هـ .
- ٢٠- جماعة من علماء الحنفية ، الفتاوى الهندية ، ج٥ ، مطبعة دار الطباعة ، بولاق ، ١٢٧٦ هـ .
- ٢١- حامد عبده سعيد الفقي ، احكام الغصب في الفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ م .
- ٢٢- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، النخيرة ، ج٩ ، ط١ ، دار الغرب الاسلامي ، ١٩٩٤ م .
- ٢٣- الطنطاوي ، حاشية الدر المختار شرح تنوير الابصار في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، ج٦ ، دار الطباعة العامرة ، بولاق ، ١٢٥٤ هـ .
- ٢٤- عبد الجبار شرارة ، احكام الغصب في الفقه الاسلامي بحث موازن بين المذاهب الاسلامية السبعة مقارنه بالقانون الوضعي ، ط٢ ، الناشر مكتب الاعلام الاسلامي ، ١٩٩٢ م .
- ٢٥- عبد الغني دمشقي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج٢ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ١٩٨٠ م .
- ٢٦- عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي ، المقنع ، ج٢ ، المطبعة السلفية ، بلا سنة طبع .
- ٢٧- عبد الله بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد ، ج٢ ، ط٥ ، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٨ م .
- ٢٨- علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٨ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥ م .
- ٢٩- علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ، ط٢ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة طبع .
- ٣٠- علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٧ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ م .
- ٣١- علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٥٧ م .
- ٣٢- علاء الدين ابي بكر بن احمد بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٩ ، مطبعة الامام ، القاهرة ، الناشر زكريا علي يوسف ، بلا سنة طبع .
- ٣٣- علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ابو الحسن برهان الدين ، متن بداية المبتدئ في فقه الامام ابي حنيفة ، ج٤ ، مكتبة ومطبعة محمد علي صباح ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٣٤- علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج٨ ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٣٥- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، ط٢ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع .
- ٣٦- مالك بن انس ، الموطأ ، ج٢ ، دار احياء الكتب العربية ، بلا سنة طبع .
- ٣٧- محمد ابن احمد بن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة الثقافية بيروت ، بدون سنة طبع .

- ٣٨- محمد امين الشهير بأبن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، ج ٢ ، مطبعة شركة الصحافة العثمانية ، استانبول ، ١٣٢٥ هـ .
- ٣٩- محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، ط ٣ ، دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٨ م .
- ٤٠- محمد بن احمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ ، دار الفكر بيروت ، ١٩٨٤ م .
- ٤١- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، دار الفكر ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٤٢- محمد بن احمد بن محمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، دار الفكر ، بلا سنة طبع .
- ٤٣- محمد بن حسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، ج ٣ ، طبعة حجرية ، ايران ، ١٢٧١ هـ .
- ٤٤- محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي ، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي ، ج ٦ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٤٥- محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار ، ج ٣ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٤٦- محمد بن مكي شمس الدين العاملي ، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، ج ٣ ، ط ١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، بلا سنة نشر .
- ٤٧- محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، ج ٢ ، دار الريان للتراث ، بلا سنة طبع .
- ٤٨- محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج ١٣ ، ط ٣ ، مطبعة الارشاد ، جدة ، ١٩٧٢ م .
- ٤٩- مرعي بن يوسف الكرمي ، غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى ، ج ٢ ، دار السلام للطباعة والنشر ، دمشق ، ١٣٧٨ هـ .
- ٥٠- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع على متن الاقناع ، ج ٤ ، دار الفكر ، ١٤٠٢ هـ .

ثالثا : الكتب القانونية

- ١- انور طلبية ، الحيازة ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م .
- ٢- جمال الحاج ياسين ، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١ م .
- ٣- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ط ١ ، مطبعة لجنة البيان العربي ، بغداد ، ١٩٦٤ م .
- ٤- حسام الدين الأهواني ، الحقوق العينية الاصلية (اسباب كسب الملكية) ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣ م .
- ٥- حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، اشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو ، ج ٢ ، ط ١ ، الناشر دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ م .
- ٦- سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ م .
- ٧- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط ٣ ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ١٩٩٨ م .

- ٨- شاكِر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩م .
- ٩- صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦١م .
- ١٠- ضحى محمد سعيد النعمان ، البناء على ملك الغير دون اذن المالك دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر- الامارات ، ٢٠١٤م .
- ١١- طلبة وهبه خطاب ، نظام الملكية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، ط ٢ ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٨٨م .
- ١٢- عارف العارف ، مجموعة الاحكام للأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، ١٩٨٤م .
- ١٣- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية) ، ج ٩ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م .
- ١٤- عبد الرزاق حمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، مج ٢ ، ج ١ ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .
- ١٥- عبد الزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧م .
- ١٦- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، ١٩٨٤م .
- ١٧- عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢م .
- ١٨- علي شاكِر عبد القادر البديري ، التغيير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٦م .
- ١٩- لفته هامل العجيلي ، عقد المغارسة دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الاصلاح الزراعي ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٧م .
- ٢٠- محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية (اسباب كسب الملكية) ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م .
- ٢١- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ط ٣ ، مطبعة التوفيق ، عمان ، ١٩٩٢م .
- ٢٢- مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة والتشريعات المدنية العربية ، بغداد ، ٢٠٠٠م ،
- ٢٣- مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠١٤م .
- ٢٤- منير القاضي ، شرح الموجز للقانون المدني العراقي ، مج ١ (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة) ، مطبعة العاني بغداد ، ١٩٥٢م .
- ٢٥- يحيى محمد عبد الله الجرافي ، الغصب واثاره في الشريعة الاسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المصري ، ط ٣ ، المطبعة القضائية ، صنعاء ، ٢٠١٠م .

رابعاً : البحوث العلمية والرسائل والأطاريح

- ١- اكرم محمود حسين ، المسؤولية عن تهدم البناء ، رسالة ماجستير مقدمة كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩٠ م .
- ٢- الهادي السعيد عرفه حسب النبي ، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه في الفقه الاسلامي ، مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، جامعة الازهر ، ١٩٨٤ م .
- ٣- حبيب ادريس عيسى ، النظام القانوني للغصب ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢ م .
- ٤- حسيب صالح اسماعيل ، البناء غير القانوني على الاراضي الزراعية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة - جامعة صلاح الدين ، ٢٠٠٨ م .
- ٥- سعد رستم احمد طه ، الغصب واحكامه في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة / جامعة النجاح الوطنية ، ١٩٩٥ م .
- ٦- سيف بسام سعيد التميمي ، تغير العين المضمونة وأثره في الملكية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة كربلاء ، ٢٠١٨ م .
- ٧- عصمت عبد المجيد بكر ، اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٣٢ ، ٢٠٠٢ م .
- ٨- عمار محمد علي القضاة ، اثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة عمان العربية ، ٢٠١٢ م .
- ٩- لفته هامل العجيلي ، عقد المغارسة في الشريعة والقانون ، بحث تقدم به الى مجلس القضاء الاعلى ضمن متطلبات الترقية الى الصنف الثالث ، بلا سنة طبع .
- ١٠- محمد رافع يونس ، المغارسة في ارض الوقف دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، مج ١٥ ، العدد ٥٢ ، ٢٠١٧ م .
- ١١- محمد عبد الوهاب محمد ، تغير الشيء واثره في التصرفات والوقائع القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ م .
- ١٢- نبأ محمد عبد العبيدي ، غصب العقار ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين ، بغداد ، ٢٠٠٦ م .

خامساً : متون القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٢- قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧١
- ٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٤- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .
- ٥- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٦- القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ .

Abstract

The principle is that the usurper does not have the right to dispose of the usurped money, because he is a trespasser and has bad faith and his hand is a guarantee. However, the presence of the usurped in the hands of the usurper would tempt him to dispose of it with the precautions of jurisprudence and law that the usurper must return the usurped money to the usurped from him in order to prevent between the usurper and Reap the fruits of his usurpation, but the duration of the usurped money remaining in the hands of the usurper may be sufficient to dispose of the usurped money, whether this act is an actual act or a verbal act , The problem of the research lies in that the civil legislation in question did not mention the rule of some of the actual actions that the usurper performs in the usurped money in the articles related to usurpation, although some of these legislations mentioned the rule of these actions in the articles related to the subject of adhesion and others mentioned the rule of these actions in the related articles Possession, and through this research we reached a number of results, including that the Iraqi legislator treated the case of changing the usurped spontaneously by nature , This is in the first paragraph of Article 194 of the Civil Code, and this paragraph deals with the case of the change of the usurped itself that leads to deficiency and damage, and it did not deal with the case of the change of the usurped itself that leads to increase and benefit, as if the usurped was small and became large or was lean and became fat, and we suggested through This research has a number of proposals, including the Iraqi legislator to reconsider the provision of Article (119) of the Civil Code and to give the owner of the land the right to request ownership of the modernized property without restricting it with any restriction, and its value is due to be forcibly removed from the bad faith builder or planter, because this article faces a situation The builder or the planter has bad faith, and it is not reasonable to protect someone who attacks the property of others in bad faith

Actual disposal of stolen money

((Comparative Study))

prof. Dr. Mansoor Hatem Muhsin

College of Law / University of Babylon

Abbas Suhail Chachan

College of Law / University of Babylon