

أحكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي (دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها
جمال عبد كاظم الحاج ياسين
إلى مجلس كلية القانون بجامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف الدكتور
عباس علي محمد الحسيني
أستاذ القانون المدني المساعد

٢٠٠٥م

١٤٢٥هـ

Summary

The right of property is the largest rights in rem and it's the container of these rights and their base, and someone's right of property doesn't come from itself, in another word someone can't be owner without a cause of having property, so property can be got by occupation, inheritance, contract, will, pre-emption, prosession and accession.

Laws has put rules for accession as a cause of having property.

Accession has two types: natural accession which happens by nature and man's will has nothing to do with it, and the other type happens by man's action. So someone may build on someone else's land that the materials access with the land and can't be removed without harm.

The laws has different rules for the possessor bona fide and the possessor male fide.

The accession has legal and economical importance. So a person may spend money and time then he discover that he was building on someone else's land.

We divided the book into three chapters:

In the first chapter I clarified the definition of accession and the definition of Bona fide.

Chapter two deals with the rules of building in the low articles.

And chapter three discuss the legal and practical application of building on other's land.

During the book we suggested some things and as I think the Iraqi legislature land of fact.



المقدمة

أولاً - موضوع البحث :

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقاً وهو جامع هذه الحقوق وأساسها، ولا ينشأ حق الملكية لشخص ما من تلقاء نفسه، أي أن الشخص لا يصبح مالكا دون أن يكون هناك سبباً من أسباب كسب الملكية، فقد تكتسب الملكية بالاستيلاء عن طريق إحراز المباحات أو بالميراث وكذلك قد يكتسبها الشخص بالعقد أو الوصية، وتكتسب كذلك بالشفعة وبالحبابة وأخيراً بالإلتصاق . وقد نظمت القوانين أحكاماً للإلتصاق باعتباره واقعة مادية مكسبه للملكية، والإلتصاق على نوعين، التصاق طبيعي وهو ما يحدث بفعل الطبيعة ولا دخل لإرادة الإنسان بحدوثه، والتصاق صناعي والذي يحدث بفعل الإنسان، إذ قد يقوم شخص باستحداث بناء أو غراس أو أية منشآت أخرى على أرض الغير، أو قد يقوم صاحب الأرض أو أجنبي بإقامة محدثات بمواد الغير، بحيث تندمج هذه المحدثات اندماجاً لا يقبل الإزالة أو القلع دون تلف . وقد فرقت هذه القوانين بين أن يكون المحدث سيئ النية وبين آخر لديه من الأسباب الشرعية ما دفعته لإقامة هذه المحدثات . ولما للنية من اثر في مثل هذه الواقعة فإن موضوع بحثنا سيكون الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي .

ثانياً - أهمية البحث وأسباب اختياره :

يهتم البحث بدراسة مشكلة الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي لما للموضوع من أهمية اقتصادية وقانونية، فقد ينفق الشخص من الأموال والجهد والوقت الشيء الكثير لإقامة بناء أو غراس على أرض ما ثم يفاجأ بأن هذه الأرض لم تكن ملكاً له أو أنه كان قاصداً إقامة هذه المحدثات على أرض الغير، أما لأنه سيئ النية ابتداءً أي أنه كان يعلم وقت إقامته المحدثات بأن لاحقاً له بذلك ومع ذلك قام بالتعدي على أرض الغير، أو أنه كان يعتقد بأن ما لديه من الزعم بالأسباب الشرعية تجعله مؤمناً بأحقية إقامة هذه المحدثات على أرض الغير، كأن يكون مشترياً للأرض ولم يسجل بعد عقد شرائه في دائرة التسجيل العقاري، أو أنه شريك في الأرض على الشيوع أو غير ذلك من الأسباب التي يعتقد المحدث بموجبها بأن له الحق بذلك، وبعد كل هذا الجهد والوقت والنفقة يظهر الخلاف بين المحدث وبين مالك الأرض .

أما أهميته من الناحية القانونية فتتمثل بالأمور الآتية والتي تعد سبباً لاختيار البحث :-

- ١ - لم يلق موضوع الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي، الاهتمام من قبل شراح القانون المدني ولا الباحثين بخلاف أسباب كسب الملكية الأخرى . علماً إن البناء على أرض الغير أو بمواد الغير كثير الوقوع في الحياة العملية .
- ٢ - إن نصوص القانون المدني المنظمة للزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي جاءت غير واضحة
- ٣ - ونتيجة لغموض النصوص فقد كانت القرارات القضائية المستندة إليها غير مستقرة .

ثالثاً - خطة البحث :



سنقسم الدراسة إلى ثلاثة فصول سنخصص الفصل الأول لبيان مفهوم الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي ، وسيتضمن هذا الفصل مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الإلتصاق الصناعي وفي المبحث الثاني مفهوم الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي . أما الفصل الثاني فسنعرض من خلاله لأحكام المحدثات في نطاق نصوص الإلتصاق الصناعي ، وسيكون على مبحثين أيضاً سيهتم المبحث الأول بدراسة أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير والمبحث الثاني ستكون الدراسة فيه أحكام المحدثات المقامة بمواد الغير . أما الفصل الثالث سنبحث فيه التطبيقات التشريعية والعملية لإحكام المحدثات بزعم سبب شرعي وسيحتوي أيضاً مبحثين يعالج الأول أحكام المحدثات قبل تسجيل عقد البيع إما المبحث الثاني فإنه سيعالج أحكام المحدثات التي تقام على أرض الغير في الحالات الأخرى . وسننهي البحث بخاتمه سندرج فيها ما توصلنا إليه من خلال الرسالة من نتائج ومقترحات والتي ندعو الله عز وجل إن تكون خالصة لوجهه تعالى وإن تكون من الباقيات الصالحات .

الباحث

الفصل الأول

مفهوم الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي

تمهيد وتقسيم . . .

تنقسم مصادر الالتزام فيما تنقسم إليه إلى العمل القانوني والواقعة القانونية ^(١) ، فقد ينشأ الالتزام عن عمل قانوني كالعقد أو الإرادة المفردة وقد ينشأ عن واقعة قانونية كالفعل الضار أو الفعل النافع فضلاً عن نص القانون بوصفه مصدراً مستقلاً ، وإن إقامة المحدثات على عقار الغير أو بمواد الغير دون إتفاق تندرج تحت الواقعة القانونية ^(٢) التي أطلق عليها المشرع العراقي مصطلح الإلتصاق أو كما يسميه الفقه والقضاء الإلتصاق الصناعي أو الإلتصاق بفعل الانسان ^(٣) وأعتبرها سبباً من أسباب كسب الملكية ^(٤) . فالأصل أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ^(٥) ، وإن كل من يقيم محدثات على عقار الغير يلزم بازالتها ^(٦) ولأعتبارات تتعلق

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٥ ، مطبعة النديم ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٢٢ .
(٢) د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ١٠٠ .
(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩١ . د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ١٤٦ . قرار محكمة التمييز رقم ٧٨٨ / م ١ عقار / ٢٠٠٣ في ١٢ / ٦ / ٢٠٠٤ (غير منشور) وقد جاء فيه " للمميز حق المطالبة بحقوقه واثباتها بالطرق القانونية على ضوء احكام القانون الخاصة بالإلتصاق على ملك الغير بفعل الانسان " .
(٤) تناول القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، ط ١٩٩٦ ، اسباب كسب الملكية في المواد ١٠٩٨ - ١١٦٨ وهي ، الاستيلاء ، والإلتصاق والعقد والحيابة والشفعة والوصية والميراث . د. حامد مصطفى ، القانون المدني العراقي ، الملكية واسبابها ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٥) انظر المادة ١١١٧ من القانون المدني العراقي م ٥٥٣ من القانون المدني الفرنسي (موافق) . م ٩٢٢ / ١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ط ١٩٩٣ (موافق) . م ١١٣٧ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ (مرافق) ، ط ١٩٩٩ . م ١٢٦٧ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل ط ١٩٩٣ (موافق) . م ١٣٢٠ من القانون المدني اليمني (موافق) . م ٨٨٦ من القانون المدني السوري ،



باستقرار المعاملات أو بترجيح مصلحة أولى بالرعاية على أخرى أو لإعتبارات إقتصادية فقد رتب المشرع لمثل هذه الوقائع أحكاماً مغايرة للأصل الذي أشرنا إليه ، ذلك أن المحدث غالباً ما يستند إلى أسباب شرعية دفعته لأقامة المحدثات على عقار الغير معتقداً ملكيته للأرض أو قد يكون إعتقاده مبنيّاً على أنّ له الحق في إقامة المحدثات ، فضلاً عن أنّه قد يكون مالكا بالفعل للعقار إلا أنّه لم يستطع إثبات هذه الملكية^(١) .

وإنّ تفصيل ما تقدم سيكون مدار بحثنا في هذا الفصل الذي سنقسمه إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مفهوم الالتصاق الصناعي أما في المبحث الثاني فنخصصه لتحديد مفهوم الزعم بسبب شرعي .

المبحث الأول

مفهوم الالتصاق الصناعي

الإلتصاق^(٢) إندماج أو إتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون أن يكون هناك إتفاق بينهما على هذا الاندماج ، ويترتب عليه أن يصبح مالك أحد الشيئين مالكا للشيء الذي أندمج فيه وتعذر فصله^(٣) .

وعرّف بأنه واقعة مادية مكسبة للملكية ويكون باندماج أو إتحاد شيئين متميزين لمالكين مختلفين لم يتفقا عليه مع تعذر فصل الشيئين دون تلف أيهما أو كلاهما^(٤) .

الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨ آيار ١٩٤٩ ، مؤسسة النوري ، طبعة سنة ١٩٩٢ . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " المشرع قد وضع قرينة قانون تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض " طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٤٤ ، جلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٨ س ١٩ ص ١١٣٣ .

(١) انظر المادة ١١١٩ مدني عراقي ، م ٩٢٣ مدني مصري (موافق) . م ١١٤٠ مدني أردني (مطابق) . وقد قضت محكمة التمييز في العراق بتأييد الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة استئناف بابل بتاريخ ١٢ / ٤ / ١٩٩٧ وعدد ١٧٥ / س / ١٩٩٧ والقاضي بـ " إلزام المستأنف عليه برفع التجاوز الواقع على القطعة موضوع الدعوى (والمتمثل بالمشيدات ، دار وحضيرة حيوانات) وتسليم العقار خالياً من الشواغل " وكذلك قرار محكمة التمييز برقم ١٠٣٨ / م / عقار / ٢٠٠١ في ٢٤ / ٦ / ٢٠٠١ (غير منشورة) .

(٢) د. ليلي عبد الله الحاج سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد ، وضع اليد على ملك الغير ، المصدر السادس للالتزام ، ط ١ ، مكتبة الجبل العربي ، الموصل ، ٢٠٠١ ، ص ٣٧ .

(٣) أطلقت معظم القوانين مصطلح الإلتصاق على واقعة البناء أو الغرس في أرض الغير ، كالقانون المدني العراقي م ١١١٣ . والقانون المدني الفرنسي م ٥٥٢ . والقانون المدني المصري م ٩١٨ . والقانون المدني السوري م ٨٧٩ . والقانون المدني الكويتي م ٨٨٠ . والقانون المدني اليمني م ١٣٢٠ . بينما أطلقت عليه تشريعات أخرى مصطلح الاتصال مثل القانون المدني الأردني م ١٠٤٥ . وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة م ١٢٦٢ . في حين اطلق المشرع السوداني مصطلح الإلتصاق في المادة ٦٠٢ من القانون المدني ومصطلح القصاد في المادة ٦٠٥ من نفس القانون ، ويراد بحق القصاد ، حق الملاك الذين تقع اراضيهم قصاد الاراضي التي ينكشف عنها النهر في تملك هذه الارض ، انظر في ذلك د. سعيد محمد احمد المهدي ، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٢٧-٢٨ . اما قانون الملكية العقارية اللبناني فقد اورد مصطلح الاحلاق في المادة ٢١٦ منه .

(٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٣٨ . د. حسن علي ذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٢٣ . د. محمد المرسي زهرة ، الحقوق العينية الاصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، دراسة مقارنة ، اسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ١٩٩٩ ، ص ٧٥ . د. طلبه وهبه خطاب ، نظام الملكية ، حق الملكية بوجه عام ، اسباب كسب الملكية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، ط ٢ ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٨٨ ، ص ٥٥١ . د. احمد شوقي عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المنفرعة عنه ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٠ . د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

(٥) د. نعمان محمد خليل جمعه ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص ٢٨٥ .



وبالمعنى نفسه عرّف بأنه الاتصال ، وهي التسمية التي أطلقتها بعض القوانين على إلتصاق شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ، غير مملوكين لشخص واحد ، وإندمجا مادياً معاً على نحو لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر بغير تلف ^(١) .

وعرّف كذلك بأنه إندماج شيئين إندماجاً مادياً سواء بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان يؤدي إلى إكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي ألتصق به إذا إستحال فصلهما ^(٢) ، وعرّف أيضاً " الألاحاق بحسب تعريفه العام تلك الطريقة التي يكتسب بها مالك العقار ملكية جميع ما يتصل بهذا العقار أو ما يتحد به بصورة طبيعية ، كأكتساب الطمي أي التراب الذي يجتمع على التوالي على الأرض المجاورة لمجرى الماء ، وأما بصورة صناعية بفعل الإنسان ^(٣) .

وقد حدّد القضاء المصري مفهوم الإلتصاق بأنه واقعة يرتب القانون عليها مركزاً قانونياً هو إكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مباني وغراس ما لم يتفق على خلاف ذلك ^(٤) . وفي حكم آخر عرّفه بأنه الحاق ، فالبناء الذي يقيمه البائع على الأرض المباعة قبل تسليمها يتبعها في الملكية وتجري عليه أحكام المادتين ٦٤ ، ٦٥ مدني ^(٥) .

نخلص مما تقدم أن الإلتصاق على نوعين ، التصاق طبيعي والتصاق صناعي وهذا الأخير هو الإلتصاق الذي يحدث بفعل الإنسان ^(٦) ، وما دام عنوان بحثنا هو أحكام الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي ، عليه فإن ما يهمنا هو النوع الثاني . وسنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول التعريف بالإلتصاق الصناعي ، وفي المطلب الثاني تكييف الإلتصاق الصناعي .

المطلب الأول

التعريف بالإلتصاق الصناعي

إذا كان الإلتصاق الطبيعي هو ما يجعل شيئين متّحّين بفعل الطبيعة بحيث لا يمكن فصلهما دون تدخل الإنسان ، فإنّ الإلتصاق الصناعي بخلاف ذلك ، فهو ما يحدث بفعل الإنسان وسنوضح في الفرع الأول من هذا المطلب تعريف الإلتصاق الصناعي ، ونتناول في الفرع الثاني شروط تحققه .

(١) أنظر نص المادة ١٠٤٥ من القانون المدني الأردني والمادة ١٢٦٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة . كذلك أنظر د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، اسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٨٤ .

(٢) د. محمد المرسي زهرة ، الفصل القانوني لعناصر الارض ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٧٠ .
(٣) اميل تيان ، القانون المدني اللبناني ، النظام العقاري في لبنان ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية ، ١٩٩٣ ، ص ٧٧ .
كذلك انظر د. جابر محجوب علي وخالد الهندياني ، حق الملكية في القانون الكويتي ، طبع كلية الحقوق ، الكويت ، ٢٠٠٢ ، ص ٢١٩
انظر كذلك قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٩٦٨/ج/٥٣٠ في ١٩٦٩/١/٢٥ ، مجلة القضاء ، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العدد الثاني ، نيسان- ايار- حزيران- ١٩٦٩ ، السنة الرابعة والعشرين ، ص ١١١ .

(٤) طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق ، جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٨٢ . س ٣٣ ص ٥٩٣ . السيد خلف محمد ، قضاء محكمة النقض في خمسين عاما ، ط ١ ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٢٨٣ .

(٥) طعن رقم ٥٦ ، س ٢ ق ، جلسة ٨ / ١٢ / ١٩٣٢ ، المصدر السابق ، ص ٢٢٧ .

(٦) المحامي عبد الجواد السرميني والدكتور عبد السلام الترماني ، القانون المدني ، الحقوق العينية ، ج ١ ، في الحقوق العينية الاصلية ، ط ٢ ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، دمشق ، ١٩٦٩ ، ص ٦٦١ .



الفرع الأول

تعريف الإلتصاق الصناعي

عرّف الإلتصاق الصناعي بأنّه إتحاد منقول بعقار إتحاداً يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف ، بحيث يطلق على المنقول بعد الاتحاد عقاراً بطبيعته^(١) . وعرف أيضاً " الإلتصاق الصناعي بالعقار يتحقق إذا أقيم على الأرض بناء أو غراس أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لأجنبي^(٢) . وإذا كان هذا التعريف الثاني قد حدّد معنى الإلتصاق الصناعي إلا أنّ ما يؤخذ عليه أنّه يتناول صورة واحدة من صور الإلتصاق وهي صورة المحدثات التي يقيمها صاحب المواد على أرض غيره ، وهي ليست الصورة الوحيدة للإلتصاق حيث هناك صور أخرى سنتطرق لها في حينها^(٣) . وعرفه الفقه في العراق " يسمى الإلتصاق إلتصاقاً بفعل الإنسان أو صناعياً إذا كان أثراً لعمل الإنسان ، وهذا الأثر قد يكون بناءً كما قد يكون غراساً أو منشآت أخرى " ^(٤) . ولو نظرنا إلى التعريف المتقدم فإننا نرى أنّه يتناول تعريف الإلتصاق من حيث أثره وهذا ما يخالف التعريف المنطقي الذي ينصب على ماهية الشيء وليس على أثره^(٥) . وعرفه شراح القانون الأردني " بأنّه الأتصال الذي يحصل بفعل الإنسان ، الذي يتم به إلتصاق مواد منقوله من غراس أو بناء أو بذار بعقار ليس مملوكاً لمالك تلك المواد " ^(٦) . وبلاحظ إنّ التعريف في أعلاه قد أعتبر البذار في الأرض إلتصاقاً ، وإذا ما كان هذا الأمر مقبولاً بصريح نصوص القانون الأردني ، فإن الامر غير ذاك في أغلب التشريعات كما سنرى عند عرض شروط الإلتصاق^(٧) . والواقع إنّنا لانستطيع إعطاء تعريف جامع مانع للإلتصاق إلاّ إذا أجرينا تحليلاً قانونياً لهذا المصطلح .

فلو إنّنا سلّمنا بأنّ الإلتصاق الصناعي هو إتحاد منقول بعقار إتحاداً يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف ، بحيث يطلق على المنقول بعد هذا عقاراً بطبيعته ، فأيّ المنقولات يصح أن تكتسب هذا الوصف ؟ أنّ القوانين المدنية التي تناولت الإلتصاق نصّت على أنّه " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى . . . " ^(٨) .

التعليق [1m]:

(١) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق كسبب من اسباب كسب الملكية في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ١٧٧ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٣١١ .

(٣) انظر الفصل الثاني من هذا البحث .

(٤) د. حامد مصطفى ، القانون المدني العراقي ، الملكية واسشبابها ، ج ١ ، شركة التجارة والصناعة المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٢٠٦ . كذلك محمد طه البشير وغني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، القسم الاول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ١٧٠ .

(٥) محمد رضا المظفر ، المنطق ، أنصار الله للطباعة والنشر ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٠-٩٧ . ولفس المؤلف ، المنطق ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، بلا سنة طبع ، ص ١٠٧ . د. عبد الهادي الفضلي ، خلاصة المنطق ، ط ٢ ، مؤسسة الوفاء ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ٣٤ . حاشية ملا عبد الله على التهذيب ، تعليق مصطفى الحسيني النشني ، مؤسسة اهل البيت (ع) ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٨٥ .

(٦) محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص ٨٨ ، كذلك انظر د. محمود جلال حمزه ، التبسيط في شرح القانون المدني الاردني ، ج ٥ ، الحقوق العينية ، الكتاب الاول ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ١ ، دار ومكتبة الحامد للنشر ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص ١٥٧ .

(٧) نصت المادة ١١٣٩ من القانون المدني الاردني على أنّه " إذا بنى مالك الأرض على أرضه بمواد مملوكة لغيره أو بذرها بحبوب غيره دون إذنّه " .



فمواد البناء وكذلك الأشجار قبل إندماجها لا يمكن وصفها عقاراً ، ولكي تكتسب صفة العقار يجب أن تصبح بناءً أو غراساً .

والبناء لغةً هو المبنى والجمع أبنية ، وأصل البناء فيما لا ينمي كالحجر والطين ونحوه وهو ما يشيد لأقامة الإنسان والحيوان ولوضع الأشياء وسمي بناء من حيث كونه لازماً وضعاً لا يزول من مكانه إلى غيره ^(٤) .

وقد فسّر جانب من شراح القانون المدني إنّ البناء هو كل إنشاء مهما كانت طبيعته سواء كان ذلك تشييداً أم حفراً أم ردماً أم زراعةً ^(٥) .

ومن الفقهاء من يقصر البناء على المواد التي كان نوعها بحيث إتصل قراراً بفعل الإنسان ويستوي أن تكون هذه المواد من الخشب أو الحجارة أو الحديد أو كل هذا معاً أو شيء غير هذا من المواد التي تستعمل في البناء ويستوي أن يكون البناء معداً لسكن الإنسان أو لإيواء الحيوان أو لإيداع الأشياء ، فالمساكن والمكاتب والأصطبلات تعتبر بناء ، بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك فالحائط المقام بين أرضين يعتبر بناء ، وليس من الضروري أن يكون البناء مشيداً فوق سطح الأرض ، بل يمكن أن يكون قد أقيم في باطنها كالأنفاق والسراديب ^(١) . ومنهم من يقول إنّ المحدثات هي التي تنطوي على إنشاء جديد إذا كانت متصلة إتصال قرار على نحو يجعلها عقاراً بطبيعته ، ويستوي أن تكون المحدثات مستقلة بذاتها كبناء يقوم على أرض الغير أو تكون محدثات قائمة على منشآت أخرى ما دام إنّ هذه الإضافات تنطوي على إنشاء جديد كبناء حائط أو غرفة أو طابق جديد في منزل أو بناء قائم ^(٢) . والمباني والمنشآت قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته فكانت منقولاً ولا تصبح عقاراً إلا إذا شيّدت وإندمجت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ^(٣) .

أما الغراس فهو كل ما ينبت في الأرض ويتصل بها اتصال قرار بصورة مستمرة كالنخيل والشجر ودون أن يكون دورياً كبذار المحاصيل الزراعية لأن مصيرها إلى الزوال في نهاية موسمها ^(٤) .

وعلى الرغم من أنّ أحكام الإلتصاق لا تمتد إلى حكم حالات البذار لعدم إتصاله بالأرض إتصال قرار وكونه من المحاصيل الموسمية ، إلا أننا نجد إنّ أغلب القوانين المدنية العربية نصّت على حكم حالة البذار في أرض الغير في باب الإلتصاق وإن كانت تلك الأحكام تختلف عن أحكام الغراس ^(٥) .

^(٣) القانون المدني العراقي ، المواد من ١١١٧ - ١١٢٣ ، تقابليها المواد ٩٢٢-٩٣٠ مدني مصري (موافق) ، المواد ١٢٦٨-١٢٧٣ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة (موافق) .

^(٤) جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، المجلد الاول ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ٧٢ .

^(٥) اكرم محمود حسين ، المسؤولية المدنية عن تهمد البناء ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٥٧ .

^(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ .

^(٢) د. علي علي سليمان ، شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٨٦ . ضحى محمد سعيد عبد الله ، البناء على ملك الغير دون اذن المالك ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ، ص ٦ .

^(٣) سمير عبد السميع الأودن ، تحليل وحدات البناء تحت الانشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية ، ط ١ ، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١١ .

^(٤) د. حسام الدين الأهواني ، أسباب كسب الملكية في القانون المدني الكويتي ، منشورات ذات السلاسل ، الكويت ، ١٩٩٣ ، ص ٧٠ . أنظر أيضاً نقض مدني مصري ، طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٨ ق في ٣ / ٥ / ١٩٦٣ حيث جاء في حيثيات القرار " لا مجال لاعمال احكام البناء والغراس على المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة " .



وأما مصطلح المنشآت الأخرى الوارد في نصوص الإلتصاق الصناعي ، فهو كل ما يقام في الأرض عدا البناء والغراس من مضخات أو آلات بحيث تلتصق بالأرض كالتصاق البناء والغراس وتصبح عقاراً بطبيعته بحيث يمكن نزع هذه المنشآت من الأرض وإعادة الأرض إلى ما كانت عليه ، وسواء كانت هذه المنشآت فوق الأرض كالمصاعد الكهربائية أو تحتها كالمواسير والأنفاق ، ويذهب الفقه^(١) في مصر من أجل سريان أحكام الإلتصاق يشترط أن تكون المنشآت قابلة للنزع ، فنصوص القانون تخوّل مالك الأرض في حالة البناء بسوء نية أن يطلب إزالة المنشآت ، وتتيح للبانى حسن النية أن يطلب نزع ما استحدثه من محدثات ، فالإزالة من الخيارات التي يقرها المشرع ، ولهذا يجب أن تكون المنشآت قابلة للنزع وإلا لم يكن هناك محل لهذه الخيارات ، ومن ثم تخرج عن نطاق قواعد الإلتصاق^(٢) .

وعلى هذا إذا كانت المنشآت غير قابلة للنزع بحكم طريقة إنشائها كمن ينشئ قنوات ومصارف في أرض زراعية ليتيسر ريها ، ومن يحفر بئراً لجلب المياه منها ، مثل هذه المنشآت لا تخضع لأحكام الإلتصاق ، وهنا لا يجوز لصاحب الأرض أن يأمر من أقامها بازالتها حتى لو كان سيئ النية^(٣) .

وبعد الإلتصاق الصداعي من أهم صور الإلتصاق وبه يقوم شخص بإقامة بناء أو غراس أو أية محدثات أخرى على أرض الغير وعليه فقد نصت جميع القوانين التي تناولت الإلتصاق بوصفه سبباً من أسباب كسب الملكية على قرينة لمصلحة مالك الأرض مفادها أن جميع المباني والغراس والمنشآت الأخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض ، وهو الأصل الذي سبق وإن اشرنا إليه ، وهذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإقامة الدليل على أن من أقام المحدثات هو غير مالك الأرض ، ومن ينعى خلاف الأصل يقع عليه عبء الإثبات^(٤) .

ولا تثار أحكام الإلتصاق ما دام مالك الأرض حقاً هو الذي أقام المحدثات بمواد مملوكة له ، فإذا ما أقيمت دعوى ملكية أرض ما على شخص وقم دليلاً على أنه هو مالك لتلك الأرض ، فلا يطالب بإقامة الدليل على ملكية المحدثات تأسيساً على القرينة القانونية التي شرعت لمصلحته^(٥) . ومع ذلك فإن للغير الذي ينعى ملكية المحدثات إقامة الدليل على ذلك ، وله أن يثبت ما يدعيه ، فالواقعة التي يدعيها أنه لا أن تكون واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً ، فإذا كان ما يدعيه واقعة مادية ، أي أنه هو من بنى على هذه الأرض بمواد يملكها ، فله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات .

(٥) انظر نص المادة ١١٢٤ من القانون المدني العراقي . والمواد ١١٣٨ ، ١١٣٧ من القانون المدني الاردني . والمادة ٢١٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني . والمادة ٨٨٥ من القانون المدني السوري . وبخلاف ذلك لا نجد مثل هذه النصوص في القانون المدني المصري وكذلك القانون المدني الليبي والقانون المدني الكويتي وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٦١ .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٣ . انظر كذلك ، د. جمال خليل النشار ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ .

(٣) د. محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية واسباب كسبها ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠٥ . منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٢٩٨ .

(٤) قرار محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ٥ / ٥ / ١٩٦٦ . د. آدم وهيب ، الموجز في قانون الإثبات ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٥٧ .

Case , ٢٨ / ٧m / ١٩٨٣ , CODE CIVIL , Litec , Paris , ١٩٩٥ , P. ٣٣٩ .

(١) د. عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، الملكية بوجه عام واسباب كسبها ، الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٤٨ . د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٥٨ .



أما إذا كانت المحدثات أو الغراس التي يَعي ملكيتها نتيجة لتصرف قانوني ، كما لو اتعى بأنه قد أقام هذه المحدثات باتفاق بينه وبين مالك الأرض ، أو أنّ الأخير قد باع له هذه المحدثات بعد انشائها ، أو أنّ أجنبيّاً غير مالك الأرض ومالك المحدثات كان قد أحدثها ومن ثمّ باعها له ، فعليه أن يثبت كل ذلك عن طريق الكتابة أو ما يقوم مقامها ^(٢) .

وغنيّ عن القول أنّ شروط العقد وأحكامه هي التي تسري بدلاً من أحكام الإلتصاق في حالة وجود إتفاق بين مالك الأرض وبين من أقام المحدثات ^(٣) . وعليه فإنّ مشكلة الإلتصاق تثار عندما يختلف صاحب الأرض ومحدث المحدثات ولا يوجد إتفاق فيما بينهما على مصير هذه المحدثات .

ومما تَقَمّ يمكن القول أنّ الإلتصاق الصناعي هو واقعة مادّية يقوم بمقتضاها مالك الارض بأقامة محدثات على أرضه بمواد مملوكة للغير أو أنّ أجنبيّاً أحدث محدثات على أرض غيره بمواد مملوكة له أو للغير بحيث لا يمكن فصل المحدثات عن الأرض دون تلف أحدهما أو كلاهما ودون أن يكون هناك إتفاق سابق على مصير هذه المحدثات .

ويمكن أن نستنتج من التعريف السابق بأنّ الإلتصاق الصناعي على صور ثلاث :

الصورة الأولى – إقامة مالك الأرض محدثات على أرضه بمواد مملوكة للغير .

الصورة الثانية – إقامة شخص محدثات على أرض الغير بمواد مملوكة له .

الصورة الثالثة – إقامة شخص محدثات على أرض الغير بمواد مملوكة للغير .

سنقوم بتفصيل أحكام الصور الثلاث للإلتصاق الصناعي بالفصل الثاني من هذه الدراسة ، لكننا سنبيين في الفرع التالي شروط الإلتصاق الصناعي .

الفرع الثاني

شروط الإلتصاق الصناعي

لاحظنا فيما تَقَمّ إنّ الإلتصاق الصناعي هو أن يقيم شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى على أرضه بمواد مملوكة للغير أو يقيم شخص على أرض الغير مستحدثات بمواد مملوكة له أو لغيره ، ولتطبيق أحكام الإلتصاق على واقعة إقامة المحدثات يشترط القانون جملة من الشروط إذا لم تكتمل فإن نصوصاً أخرى في القانون سوف تحكم الواقعة ، فالمقاول مثلاً الذي يبني في أرض غيره بموجب عقد مقاول ، فإن أحكام المقاول هي التي تطبق إذا ما حدث نزاع فيما بينه وبين رب العمل ، وكذلك بناء المستأجر على العقار المستأجر ، فإن نصوصاً خاصة في عقد الإيجار هي التي تحكم النزاع الذي قد ينشأ بين المستأجر والمؤجر ^(١) ، فليس كل بناء على أرض الغير تحكمه قواعد الإلتصاق ، إذن ما هي

^(٢) د. عباس العبودي ، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص ٦١-٦٢ .
^(٣) وقضت بذلك محكمة النقض المصرية ، الطعن ٢٥٤ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٨١ " يجوز للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض بخوله الحق في إقامة المحدثات وتملكها . وفي هذه الحالة يجب أعمال هذا الاتفاق ويمنع التحدي بقانون الإلتصاق " انظر في ذلك السيد خلف مجد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

^(١) نصت م ٧٧٤ مدني عراقي على أنه " ١- إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجاراً أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد في قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون عليه ، الزم " المستأجر بهدم البناء أو قلع الأشجار وإزالة التحسينات . فإذا كان ذلك بغير بالمأجور . جاز للمؤجر أن يملك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع . ٢- أما إذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك يعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما انفقه أو ما زاد في قيمة المأجور ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك . ٣- فإذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بامر المؤجر ، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما انفقه بالقدر المعروف . ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك " . انظر في القضاء الفرنسي :

Case , ٢١ , ١١ , ١٩٦٧ . case ٢٨ / ٤ ١٩٨٦ . CODE CIVIL , P. ٣٤٠ .



الشروط التي يشترطها القانون لإعتبار واقعة البناء أو الغرس إلتصاقاً وتطبق عليه أحكامه ؟ للأجابة عن هذا التساؤل نجيب ، بأنّ شروط الإلتصاق الصناعي هي :-

أولاً - يجب أن يكون ما اتصل بالأرض ، من البناء أو الغراس ، أو منشآت اخرى : ويقصد بالبناء وفق أحكام الإلتصاق الصناعي المحدثات التي تعتبر انشاءً جديداً إذا ما كانت متصلة بالأرض على نحو يجعلها عقاراً بطبيعته ، ولا أهمية لما بعد ذلك سواء كانت هذه المحدثات مستقلة بذاتها كبناء يقام على أرض فضاء ، أم تكون إضافة محدثات جديدة إلى منشآت قائمة ، ما دامت هذه المحدثات بناءً جديداً كغرفة أو طابق إضافي جديد في بناء قائم ^(٢) . وكذلك يجب أن تكون المنقولات المتحدة بالأرض من المواد المستخدمة حقيقية وعرفاً في البناء كالطابوق والأسمنت والحجر والأخشاب وغيرها ، أمّا إذا إتصل بالأرض شيء غير هذا كتمثال أو كنز مثلاً فلا تطبق عليه أحكام الإلتصاق ، ولا يستطيع مالك الأرض أو مالك التمثال التمسك بهذه الأحكام ^(١) .

كذلك فإنّ اعمال التحسينات كالطّلاء والتغليف وصّب الأرضيات والترميمات ، أو الأعمال التي تفيد الأرض كاعمال الرّي لا تعدّ بناءً جديداً مستقلاً ، ومن ثمّ لا تخضع لأحكام الإلتصاق وإنما تطبق بخصوصها القواعد القانونية الخاصة بالمصرفوفات ^(٣) ، التي نصّت عليها الفقرة الأولى من المادة ١١٦٧ من القانون المدني العراقي ^(٤) .

ومن الجدير بالذكر فإنّ الفقرة الثانية من المادة نفسها التي تحكم المصرفوفات النافعة نصّت على " ٢- اما المصرفوفات النافعة فتسري في شأنها احكام المواد ١١١٩ - ١١٢٠ " وبهذا أحال المشرّع أحكام المصرفوفات النافعة إلى المواد القانونية التي تعالج حالات الإلتصاق الصناعي . فما هي المصرفوفات النافعة ؟

المصرفوفات النافعة هي مصرفوفات ينفقها الحائز لا للمحافظة على الشيء ولا لأنفاذه من الهلاك بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الإنتفاع به ، كأىصال التيار الكهربائي وتحسين طرق الإنارة أو إدخال المياه الجارية أو ربط الدار بالمجاري العامّة ، أو إنشاء السواقي والمبازل في الأراضي الزراعية ، فهذه المصرفوفات وإن كانت غير ضروريّة ولا يتعيّن على المالك إنفاقها لو إنّ الأرض بقيت بحيازته ، إلّا أنّها مصرفوفات تزيد من قيمة العقار وتحسن من الإنتفاع به ، فهي أقرب ما يكون إلى

(٢) د. محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٦٣ . د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٣٧ . كذلك د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص ٢٦٨ .

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٤٩ . محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠ . محمد عبد اللطيف ، الحيازة واثارها في التقنين المدني المصري ، بحث منشور في النشرة القضائية لمحكمة الاسكندرية الابتدائية ، ١٩٥١ ، ص ٤١٩ . د. جميل الشرقاوي ، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني اليمني ، الكتاب الاول ، حق الملكية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٣٢٠ .

(٣) نصت المادة ١١٦٧ / ١ مدني عراقي " ١- على المالك الذي رد اليه ملكه ان يؤدي إلى الحائز جميع ما انفقه من المصرفوفات الاضطرارية ، والمصرفوفات الاضطرارية هي المصرفوفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى انفاقها لحفظ العين من الهلاك " .



المحدثات التي يقيمها الشخص في أرض غيره^(٤)، وبناءً عليه فإن أغلب القوانين أحالت أحكام المصاريف النافعة إلى المواد الخاصة بالإنصاف باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية^(١).

أما المصاريف الكمالية فهي تلك المصاريف التي لم تكن اضطرارية أي أن العقار لا يتلف دون إنفاقها، كذلك لم تكثر من طرق الانتفاع بالشيء، ومثال هذه المصاريف الديكورات والمرايا والزينة، ويلاحظ أن بعض المصاريف في الوقت الحاضر وإن أعتبرت من المصاريف الكمالية إلا أنها تكثر من طرق الانتفاع بالشيء، فالفندق الذي لم تزين ممراته بالمرايا والديكورات، فإن سعر مبيت النزول فيه أقل بكثير من فندق يكثر من هذه الديكورات، وعليه فأني أقترح بأن تلحق المصاريف الكمالية بالمصاريف النافعة بالحكم وتطبق بشأنها أحكام الإنصاف، اللهم إلا إذا لم تؤدي إلى الإكثار من طرق الانتفاع بالعقار ولم تكن ضرورية، ويترك أمر ذلك لتقدير المحكمة عند النظر في النزاع.

هذا بالنسبة للبناء، أما الغراس فيجب التمييز بين الفسائل والأشجار الدائمة وبين البذار الموسمية، فإن بعض القوانين نصت على واقعة البذار في باب الإنصاف إلا أنها عالجت بطريقتين مختلفتين عن البناء والغراس كما أشرنا إلى ذلك^(٢).

كذلك لا يعتبر الإنصاف إذا كان أحد الشبئين متولداً عن الآخر أو جزءاً منه، فالثمار والحاصلات والمنتجات لا تكتسب ملكيتها عن طريق الإنصاف لأنها غير مستقلة عن الشيء الأصلي وهي الأشجار، فإذا ما كانت الأرض والأشجار تعود لمالك واحد وحاز هذه الأرض شخصاً حسن النية فإنه يملك الثمار ليس على أساس الإنصاف وإنما وفق قاعدة مختلفة وهي أن الحائز حسن النية يستطيع كسب الثمار وربما أساس الحكم هو قاعدة حيازة المنقول بحسن نية سند للملكية^(٣). ومنهم من ينسب أصل القاعدة

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٩٧٢. د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص ٧٢١. ويشير الفقيه عبد المنعم فرج الصده في الموضوع نفسه إلى أن القانون اللبناني يذهب إلى تطبيق أحكام الإثراء بلا سبب بخصوص المصروفات النافعة خلافاً للقانون المصري الذي يطبق أحكام الإنصاف عليها. ويذهب الفقه في لبنان إلى أن تطبيق قواعد الإثراء دون سبب تنأى من أن المشرع اللبناني لم يورد نصاً خاصاً بالمصروفات لذا طبقوا عليه نص المادة ١٤٢ موجبات عقود لبناني التي نصها "لا يلزم الكاسب بالرد بقدر الكسب الذي يكون له يوم الادعاء، ما لم يتضمن القانون نصاً على العكس. ويكون الأمر بخلاف ذلك أن كان الكاسب سيئ النية وقت الكسب، فعندئذ يصبح مسؤولاً عن كل ما كسبه أي كانت الحوادث التي تقع بعد ذلك من هلاك، أو تعيب، ويتحمل في هذه الحال جميع المخاطر ويلزم برد جميع النتائج التي جناها أو كان يجب أن يجنيها، ولا يحق له إلا المطالبة بالنفقات الضرورية".

(١) أحالت أغلب القوانين المدنية العربية التي تناولت الحيازة بوصفها سبباً من أسباب كسب الملكية أحكام المصروفات النافعة التي ينفقها الحائز في حالة استرداد المالك للحيازة إلى أحكام الإنصاف وقررت بين الحائز حسن النية وسيئ النية، انظر المادة ١٩٨٠ / ٢ مصري. المادة ١١٩٣ / ٢ مدني أردني. المادة ٩١٣ / ٢ مدني سوري. المادة ٩٨٤ / ٢ مدني ليبي. المادة ١٣٢٩ / ٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية.

(٢) نصت م ١١٢٤ مدني عراقي على "إذا بذر اجنبي في أرض الغير بدون إذنه ونبت البذر، كان لمالك الأرض الخيار في أن يملك البذر بمثله، أو أن يترك الأرض بيد الاجنبي حتى الحصاد باجر المثل". كذلك نصت م ١١٥٣ مدني عراقي على أن "١- إذا كان للمدعي عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعي. ٢- وإذا كان البذر لم ينبت فلمدعي الخيار أن شاء أعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه، وإن شاء تربص حتى ادراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار. ٣- وإذا كان البذر نابثاً ولم يدرك فلمدعي الخيار أن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار. وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعي عليه من الضرر، إذا ثبتت ملكيته على أن يضمن المدعي عليه قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعي عليه". انظر ص ٦ من الرسالة.

(٣) نصت م ١١٦٥ من القانون المدني العراقي على أن "يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته. كما نصت المادة ١١٦٣ / ١ من نفس القانون "من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد".



إلى قاعدة " الغنم بالغرم " ذلك أن الحائز حسن النية إنما أنفق على الأرض والشجر معاً طيلة حيازته وعليه فإنه يملك الثمار ^(٢) .

ثانياً - يجب أن تكون المحدثات قد إتصلت بالأرض على سبيل القرار لا يمكن فصلها دون تلف :

يشترط حتى يكون هناك الإتصاق أن تتحد المهّمات والادوات بالأرض إتحاداً يتعذر معه الفصل بغير تلف كبناء دار أو فندق أو غرس بستان من النخيل ، فإذا ما وضعت المواد والمهّمات فوق الأرض وأعدت للبناء فقط فلا يكون هناك الإتصاق ^(٣) . كذلك المنقول الذي يخصص لخدمة العقار وإن كان مملوكاً لغير المالك فإنه لا يعدّ إلتصاقاً ، ذلك إن إتحاد المنقول يجب أن يكون إتحاداً مادياً بالعقار بحيث لا يمكن الفصل بينهما دون تلف ، وعدم إلتصاق أحكام الإلتصاق عليه يتأتى من وجهين ، الأول : إن العقار بالتخصيص هو منقول لم يتصل بالأرض إتصال قرار ومن ثم يمكن فصله دون تلف ، والوجه الثاني فإنه يجب أن يكون المنقول مملوكاً لمالك الأرض ورصده لخدمة العقار . لكي يسمى عقاراً بالتخصيص ^(٤) .

أما الكنز فإنه لا يعتبر أصلاً من البناء ، وكذلك يمكن فصله عن الأرض دون تلف ومن ثم فإن أحكام الإلتصاق لا تنطبق عليه إستناداً للشرط الأول والثاني معاً ^(٥) . وإذا ما تملك صاحب العقار الكنز الذي لا مالك له فإن أساس ملكيته ليس الإلتصاق بل نص القانون ^(٦) .

كذلك الحال بالنسبة للمنشآت الصغيرة والأكشاك والحوانيت والمأوى التي لم يقصد من بنائها الدوام فان ملكيتها تعود للباني ، وليس لمالك الأرض التمسك بأحكام الإلتصاق لتتمّ لكها سواء كان الباني حـَـسن النية أم سيئ النية ، وإنّ هناك من القوانين ما نصّت على حكم هذا النوع من الانشاءات ^(٧) .

إلا إن القانون المدني العراقي لم يورد نصّاً لحكمها وأعتقد إنّ تطبيق القواعد العامة لا يختلف عما نصّت عليه تلك القوانين إذ تبقى هذه المنشآت ملكاً لبانيها ولا يستطيع مالك الأرض طلب تملكها عن طريق الإلتصاق .

^(٢) المحامي ياسين غانم ، الحيازة واحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية ، دراسة مقارنة ، ط٣ ، دمشق ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٠٢ .

^(٣) د. محمود خيال ، الحقوق العينية الاصلية ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ١٦١ .

^(٤) د. جابر محبوب علي و د. خالد الهندياني ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ . د. محمود خيال ، المصدر السابق ، ص ١٦٢ . انظر نص المادة ٦٣ من القانون المدني العراقي " يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

^(٥) يعرف الكنز بأنه كل ما يوجد في باطن الارض مما اودعه الانسان نقوداً كان او حلياً او سبائك . انظر في ذلك مجد طه البشير ، د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٠ كذلك انظر د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

^(٦) انظر نص المادة ١١٠١ مدني عراقي والتي تنص على " الكنز المدفون او المخبوء الذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته ، يكون لمالك العقار ان كانت الارض مملوكة . وللدولة ان كانت الارض اميرية . ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وفقاً صحيحاً " تقابلها م ٨٧٢ مدني مصري (موافق) .

^(٧) نصت المادة ٩٢٩ مدني مصري على " المحدثات الصغيرة كالاكشاك والحوانيت والمأوى التي تقام على ارض الغير دون ان يكون مقصوداً بقاؤها ، تكون ملكها لمن اقامها " . تقابلها م ٩٣٣ ليبي (مطابق) ، تقابلها م ١٣٢٣ مدني يمني . انظر في ذلك د. رمضان ابو السعود ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٦٢ . د. مأمون الشامي ، حق الملكية في القانون المدني اليمني ، جامعة صنعاء ، ١٩٩٥ ، ص ٦٠ .



وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن لا مجال لأعمال الإلتصاق إلا على المحدثات التي يقصد بإنشائها بقاؤها على وجه الدوام سواء كانت بناءً أم غراساً^(٢).

ثالثاً - يجب أن تكون المواد التي استخدمت في إقامة المحدثات لشخص غير مالك الأرض وقد أقام المحدثات لحساب نفسه :

لأنطبق أحكام الإلتصاق على المستحدثات المقامة على أرض ما ، لا بد من أن تكون المواد والمهمات المستخدمة في إقامتها تعود ملكيتها لشخص آخر غير مالك الأرض ، فلو أقام شخص محدثات على أرضه بمواد مملوكة له ، فإن ملكية هذه المحدثات تعتبر ملكاً لصاحب الأرض ليس على أساس أحكام الإلتصاق وإنما يتملكها على أساس القرينة القانونية التي شرعت لمصلحته بأن كل ما على الأرض من محدثات تعد من عمل صاحب الأرض وأنه قد أقامها على نفقته^(٣).

ومن مفهوم المخالفة فإن أحكام الإلتصاق تثار إذا كانت ملكية المواد المستخدمة في إقامة هذه المحدثات وملكيتها الأرض لشخصين مختلفين ، على أن لا يكون هناك إتفاق سابق على مصير هذه المحدثات أو أن نصاً خاصاً في القانون يحكمها غير نصوص الإلتصاق كما سنرى .

وإذا ما بنى مالك الأرض بمواد مملوكة لغيره ، أو بنى شخص في أرض غيره بمواد مملوكة له أو لغيره فيجب أن يكون قد أقام هذه المحدثات لحساب نفسه ، فالوكيل الذي يقيم محدثات على أرض الموكل لا يعتبر قد بنى أو غرس على أرض الغير حتى لو تجاوز حدود وكالته وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على إقامة المحدثات فإن تصرفات الوكيل ينصرف أثرها إلى ذمة الموكل حتى لو كان في ذلك مجاوزة لحدود الوكالة^(٤) . وعليها يقاس تصرفات مدير الأعمال الذي يقيم المحدثات إستناداً إلى عقد الإدارة ، فإن تصرفاته تقاس على تصرفات الوكيل ، فإن المدير لا يعتبر قد بنى أو غرس على أرض الغير ، وتطبق أحكام الوكالة على مثل هكذا محدثات لا أحكام الإلتصاق^(٥) .

أما المحدثات التي يقيمها الفضولي على أرض الغير ، فإن الحكم في القانون المدني المصري يختلف عن حكم القانون المدني العراقي ، إذ لا يعتبر المشرع المصري الفضولي قد بنى على أرض الغير بموجب أحكام الفضالة ، فلو أقام الفضولي محدثات في أرض رب العمل وتحققت شروط الفضالة ، فإن الفضولي لا يعتبر قد بنى أو غرس على أرض الغير وتطبيق أحكام الفضالة بدلاً من أحكام الإلتصاق ، التي تقضي بالزام رب العمل بأن يرد للفضولي النفقات التي أنفقها في عملية إقامة المحدثات وكذلك فوائد تلك النفقات من يوم صرفها وكذلك تعويض الفضولي الأضرار التي قد تصيبه من جراء عمله ، شريطة أن يكون قد بذل عناية الرجل المعتاد في إقامته للمحدثات ، وإن لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وليس لرب العمل طلب إزالة المحدثات وإن عليه تنفيذ كافة التعهدات التي عقدها الفضولي ، وأن يعرضه عن كافة الأضرار التي لحقت بسبب ذلك^(٦) . ويرى جانب من الفقه ضرورة التأكد من توافر

(٢) الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٨ ق ، جلسة ١٩٦٣ / ٥ / ٢ . أشار إليه السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

(٣) انظر م ١١١٧ من القانون المدني العراقي . م ٩٢٢ من القانون المدني المصري .

(٤) د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٢٢٧ . د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٦٣ .

(٥) انظر نص المواد ٩٢٧ - ٩٤٣ من القانون المدني العراقي التي تعالج أحكام الوكالة .

(٦) نصت المادة ١٩٥ من القانون المدني المصري على انه " يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل في ادارته عناية الشخص العادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بان ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وان يعرض عن التعهدات التي التزم بها ، وان يرد اليه النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً اليها فوائدها



صفة العجالة في المحدثات ، فلا يكفي لأستبعاد أحكام الإلتصاق أن يعتقد المحدث تحقق فائدة بالبناء لمالك الأرض ، ويقرر أصحاب هذا الاتجاه أن إنشاء بناء جديد لا يعتبر شأناً عاجلاً يدخل في نطاق الفضالة^(١) .

أما القانون المدني العراقي فيعتبر تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة المالك^(٢) . وعليه فإذا لم يجر صاحب الأرض تصرفات الفضولي بإقامة المحدثات فإني أعتقد بأن الفضولي سيعامل كمن بنى على أرض الغير بسوء نية .

وأرى أن سبب إختلاف الحكم في القانون المدني المصري عنه في القانون المدني العراقي يرجع إلى الأختلاف بين النظريتين وليس إختلافاً في حالة حكم المحدثات التي يقيمها الفضولي على أرض الغير فقط ، لأن القانون المصري يعد الفضالة إحدى صور الإثراء بلا سبب ويعتبرها مصدراً من مصادر الإلتزام بعكس القانون المدني العراقي الذي يبطل تصرفات الفضولي التي لم تجز من قبل المالك ، أما التصرفات التي يجيزها فإن أحكام الوكالة هي التي تطبق بشأنها^(٣) .

رابعاً - عدم وجود نص خاص ينظم حكم الواقعة :

تطبق أحكام الإلتصاق على أية محدثات تقام على أرض الغير او بمواد الغير وتعتبر بمثابة القواعد العامة ، إلا إذا وجد نص خاص ينظم العلاقة بين المحدث وصاحب الأرض ، فيعتبر حكم ذلك النص حكماً خاصاً يعطل العمل بالقاعدة العامة^(٤) . وعلى خلاف الرأي المتقدم فإن من الفقهاء من يصف قواعد الإلتصاق بأنها أحكام إحتياطية ، أي لجأ إليها في الحكم عندما لا توجد هناك نصوص خاصة تنظم العلاقة بين المحدث ومالك الأرض^(٥) .

فقد نظمت القوانين المدنية أحكاماً خاصة لبناء المستأجر على الأرض المؤجرة^(١) ، وكذلك بناء المشتري في الأرض المشفوعة^(٢) ، فقد وجد مشرعو هذه القوانين إن هذه الحالات من البناء على أرض

من يوم دفعها ، وان يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولي اجرا على عمله الا ان يكون من اعمال مهنته " . والفضولي هو كل شخص يتولى عن قصد القيام بشان عاجل لحساب شخص آخر ، دون ان يكون ملزماً بذلك . انظر في ذلك د. محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص ٦٣ . د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ٦٣ . د. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة اللجنة القانونية للنشر والترجمة ، القاهرة ، ١٩٣٨ ، ص ٤٠٤ .
(١) د. جميل الشرقاوي ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، الكتاب الأول ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٣٠٩ . د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، منشورات ذات السلاسل ، الكويت ، ١٩٩٣ ، ص ٩٧ .
(٢) نصت المادة ١٣٥ / ١ مدني عراقي على انه " ١ - من تصرف في ملك غيره بدون اذن انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك " .

(٣) نصت الفقرة الثانية من المادة اعلاه " ٢ - فإذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً وبطال الفضولي " . انظر في كل ذلك د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٣١٠-٣١٢ .

(٤) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر سابق ، ص ٦٦ . انور العمروسي ، الملكية واسباب كسبها في القانون المدني ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ص ٦٦٥ . د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة حماده ، المنوفية ، ١٩٩١ ، ص ٣١٠ .

(٥) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

(١) انظر نص المادة ٧٧٤ من القانون المدني العراقي . وبلا حظ ان المشرع المصري في المادة ٥٩٢ من القانون المدني لم يجوز للمؤجر تلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع مثلما فعل المشرع العراقي وفي ما عدا ذلك فقد تشابهت باقي الاحكام بين القانونين العراقي والمصري فيما يخص البناء على الأرض المؤجرة ، اما المشرع الاماراتي فقد جاء بحكم يختلف كلياً عن القانون المدني المصري والعراقي فقد اعطت المادة ٧٨٥ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ، الحق للمؤجر طلب الازالة وان كان البناء قد تم باذن منه ، وبطابق القانون المدني الاردني في المادة ٧٠١ منه ، والسوري في المادة ٥٥٩ مع حكم القانون الاماراتي .



الغير تستدعي الوقوف عندها لغرض إحاطتها ببعض التفاصيل التي تقتضيها هذه الحالات التي تميزها عن حالات البناء الخاضعة لأحكام الإلتصاق .
وتشترك جميع هذه الأحكام في حكم مشترك هو عدم تملك الأرض لمن أقام المحدثات وإن كان حسن النية^(٣) .

خامساً - عدم وجود إتفاق على مصير المحدثات :

إن أحكام الإلتصاق ليست من النظام العام^(٤) . فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، فإذا ما اتفق المحدث مع صاحب الأرض على مصير هذه المحدثات فإن أحكام الإلتصاق تتعطل ويصار إلى أحكام الاتفاق ، فقد يتفق المحدث مع صاحب الأرض على أن تبقى الملكية فيما بينهما ، إذ تبقى ملكية الأرض لصاحب الأرض وملكية المحدثات لمن أقامها ، أو قد يتفق صاحب الأرض مع من أقام المحدثات على أن تكون الملكية شائعة بعد إنجاز العمل ، وفي كلا الفرضين تحترم إرادة كل من المتعاقدين ولا يعمل بأحكام الإلتصاق^(٥) .

كذلك الحال إذا بنى صاحب الأرض بناءً أو غرس غراساً على أرضه بمواد يملكها ثم باع المحدثات دون الأرض كان له ذلك واحتفظ بالأرض ، ولا يستطيع أي من صاحب الأرض أو مشتري المحدثات الإحتجاج بقواعد الإلتصاق لاحقاً . وهذا الفرض جائز وفقاً للقواعد العامة في الإلتصاق ، إلا أن القواعد القانونية الخاصة بقانون التسجيل العقاري لا تجوز بيع المحدثات دون الأرض ، إذ تعتبر الأرض والبناء وحدة عقارية واحدة لا يجوز التصرف بأحدهما بيعاً دون الآخر^(٦) . غير إن هذا الفرض ممكن في القوانين المقارنة لعدم النص على عدم إمكانية بيع المحدثات دون الأرض .

والإتفاق على مصير المحدثات قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، ومثال الاتفاق الصريح ، هو أن يتفق المالك مع المنتفع على إقامة محدثات شريطة أن يتركها المنتفع بلا مقابل عند نهاية مدة الإنتفاع^(٧) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا وجد إتفاق على مصير المحدثات فإنه يجب إعماله ويمنع التحيُّ بقواعد الإلتصاق^(٨) وقضت كذلك " إذا كان الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين

(٣) نصت م ١١٤٣ مدني عراقي " ١- إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس اشجاراً فيه قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفعي ملزماً بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس . ٢- أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضرراً بالعقار ، كان له أن يستبقى البناء أو الغراس بقيمتها مستحقى القلع . م ٩٤٦ من القانون المدني المصري (موافق) ، انظر في ذلك د. نبيل إبراهيم سعد ، الشفعة علماً وعملاً ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ١٤٦ . حيث يعتبر حكم هذه المادة حكماً خاصاً بالنسبة لأحكام الإلتصاق .

(٣) د. السيد محمد السيد عمران . الملكية في القانون المصري ، أحكامها بوجه عام ، قيودها ، صورها ، الحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٣ ، ص ٢٠٩ .

(٤) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ٦٠ . د. نعمان محمد خليل جمعة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٧ .

(٥) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

(٦) نصت م ٧٩ من قانون التسجيل العقاري في العراق رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على " ١- يعتبر وحدة عقارية لغرض التسجيل وفق هذا القانون كل عقار قائم بحدود وموقع ومساحة معينة وتكون ملكيته أو حقوقه العينية الأصلية الأخرى لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع دون أن يكون لجزء منه أو عليه من حقوق ما ليس للجزء الأخرى أو عليها . ٢- تعتبر الأرض والمغروسات والمحدثات ذات الطابق الواحد وحدة عقارية إن كانتا تعودان لنفس الأشخاص ويجري التصرف بهما معاً " .

(٧) د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٨) الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٤١ ق ، جلسة ٢٣ / ١٢ / ١٩٧٥ . أشار إليه السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .



المستأجر صريحاً في أنّ الحراسة ملزمة بدفع جميع المصاريف التي صرفت في الأنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بوساطة خبير وقت إنشائها فأنه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون النظر إلى ما يزيد في قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهّات والأدوات وقت رفع الدعوى إذ إنّ العقد قانون المتعاقدين^(٤).

أمّا الاتفاق الضمني فمثاله - كما يشير جانب من الفقه - فهو عقد بيع الأرض قبل التسجيل ، فمقتضى هذا العقد هو تسليم الأرض ، وللمشتري حق الإنتفاع بالأرض بجميع وجوه الإنتفاع ومنها البناء على سبيل القرار على الأرض المشتراة على الرغم من عدم تملكها وعلى ذلك فإن تسليم الأرض من قبل البائع يعتبر قبولاً ضمنياً بأن للمشتري الحق باقامة المحدثات وتملكها^(٥).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الوصف^(١) ، الا ان المحكمة نفسها رجعت عن هذا المبدأ واعتبرت المشتري الذي بنى في الارض المشتراة قبل التسجيل بانياً في ارض الغير بسوء نية وطبقت عليه احكام الالتصاق^(٢).

اما القضاء العراقي فانه يتجه باتجاهين نسبة إلى مرحلتين ، الاولى قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ ، فقد اعتبر القضاء في المرحلة الاولى أي قبل صدور القرار المذكور ، انه يجب وجود اذن صريح من صاحب الارض للغير يختص باقامة الابنية والمحدثات عليها وان الاباحة (بالتصرف) الوارد في سند بيع العقار خارج دائرة الطابو لا تشمل الاذن بانشاء البناء ولا ترقى اليه ما لم يثبت الاذن بخصوص الانشاء بالابنية المقبولة قانوناً او بالنكول عن اليمين^(٣).

كذلك قضت محكمة التمييز بان " بيوعات الاموال غير المنقولة خارج دوائر الطابو لا تعتبر ز عما شرعياً لانشاء البناء على هذه العقارات^(٤) .

اما في المرحلة اللاحقة لصدور القرار في اعلاه فإن اقامة المحدثات او غرس المغروسات على العقار من قبل المشتري قبل التسجيل يعتبر سبباً صحيحاً وقد نصّ القرار المذكور على تملكه العقار جبراً على البائع^(٥).

وهذا ما سيتم بحثه في الفصل الثالث من هذه الدراسة .

(٤) الطعن رقم ٣٩ سنة ١٨ ق ، جلسة ١٩ / ١ / ٥٠ سعيد احمد شعلة ، قضاء محكمة النقض في الملكية ، مجموعة الأحكام القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاما ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٩٠ .

(٥) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٣٧٢ .

(١) طعن جلسة ١٢ / ١ / ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ، س ١ ، ص ١٦٦ . طعن رقم ٤٨ في ١٩ / ٦ / ١٩٦٩ . كذلك الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق ، مجموعة احكام النقض س ١ ص ١٧ .

(٢) الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٧٩ س ٣٠ ع ١٤ ، ص ٣٥٧ ، كذلك الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق ، جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ١٢١ ، السيد محمد خلف ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣ .

(٣) رقم القرار ١٢٠٣ / مدنية رابعة / ١٩٧١ ، تاريخ القرار ، ٢٧ / ١٠ / ١٩٧١ ، النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ايلول ، ١٩٧٣ ، ص ١٧ .

(٤) رقم القرار ٩١١ / ح / ١٩٥٤ ، تاريخ القرار ٢٦ / ٦ / ١٩٥٤ ، عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، لاحكام محكمة التمييز ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص ١٩٨ .

(٥) قرار رقم ٥٨٩ / حقوقية / ٩٩٩ تاريخ القرار ١٥ / ٥ / ١٩٩٩ . قرار رقم ١٠٧٠ / م / ٢٠٠٠ تاريخ القرار ١ / ٧ / ٢٠٠٠ الصادرين من محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية . اشار لهما هادي عزيز علي المحامي ، التطبيقات القضائية في محكمتي استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية العقار ، الجزء الثاني ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٨ و ١٢ .



المطلب الثاني تكييف الإلتصاق

إنقسم فقهاء القانون المدني على فريقين في تكييف الإلتصاق ، رأى الفريق الأول أن الملكية الناشئة عن الإلتصاق هي امتداد للملكية الأصلية لا إنها ملكية جديدة مستقلة ، أما الفريق الثاني فكان على خلاف ذلك فهو يرى أن الملكية الناشئة عن الإلتصاق ملكية جديدة ومستقلة عن ملكية الشيء الأصلي وستتناول رأي كل فريق في فرع مستقل .

الفرع الأول

الإلتصاق لا يعتبر سبباً جديداً لكسب الملكية

يرى أنصار هذه النظرية بأن الملكية الناشئة عن الإلتصاق ليست ملكية مستقلة وجديدة وإنما هي إمتداد للملكية الأصلية ولكنهم يختلفون في أساس هذه الملكية ، فجانبا منهم يرى إن أساس الملكية الناشئة عن الإلتصاق في إطار المدى أو النطاق الطبيعي لحق الملكية ، بينما يرى آخرون بأن أساس الملكية هو الأستيلاء العيني ، وسنعتقد لكل رأي بندا للبحث ، فندرس النطاق الطبيعي لحق الملكية أساساً للتملك بالإلتصاق في البند الأول ، وفي البند الثاني نتطرق إلى الأستيلاء العيني باعتباره الأساس للملكية الناشئة عن الإلتصاق .

أولاً - إمتداد الملكية للفرع باعتباره يدخل في المدى الطبيعي لحق الملكية :

يرى أنصار هذا الرأي بأن السبب الذي ترد إليه الملكية هو امتداد ملكية الأصل أي الأرض إلى الفرع وهو كل ما يحدث عليها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى بإعتبار أن هذه المحدثات تدخل في المدى الطبيعي لحق الملكية ، بحيث يمتد نطاق الملكية إلى ما قد لحق العين من زيادات ، ويعتقد هؤلاء أيضا بأن المنقول الذي أتحد بالعقار قد هلك هلاكاً قانونياً ولم يعد له وجود وأصبح مجرد شيء فلحق بالشيء الأصلي ، ويضيفون بأنه في حالة البناء أو الغراس على أرض الغير بمواد مملوكة للمحدث فانه لا يوجد شينان (الأرض ومواد البناء) بل شيء واحد وهو أرض مبنية أو أرض مزروعة ، فالأرض تكون قد إلتهمت المواد فلم يعد لها وجود قانوني^(١) .

ولا يمكن في هذه الحالة إعمال قاعدة الفرع يتبع الأصل ، بل إن ملكية الأرض تمتد إلى ما لحق بها ، ففي حالة البناء أو الغراس على الأرض لا يوجد إلا ظاهرة طبيعية تتمثل في نمو الأرض مع إحتفاظها بذاتيتها ، فلا يوجد هناك إكتساب جديد للملكية وإذ ما إتساع للملكية ، فمالك الأرض قد أثرى ولم يكتسب ملكية جديدة . وواقعة الإلتصاق تجعل ملكية الأصل تمتد لتشمل ما لحق بها من زيادات كالثمار والمنتجات ، ولذلك نرى أن أنصار هذا الرأي عندما يتطرقون إلى شرح أحكام المحدثات على أرض الغير إذ ما يتناولونها ضمن نطاق حق الملكية ولم يتناولوها ضمن أسد باب كسب الملكية^(٢) .

(١) د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٧١ د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .



ولقد أنتقد هذا الاتجاه لأن فكرة أن الأرض تلتهم ما بني أو غرس عليها لا يمكن تصورهما من الناحية العملية ، فالواقع يخالف النظرية ، فالبناء والغراس حقائق موجودة فعلاً على الأرض . وأما قولهم بأن مالك الأرض تمتد ملكيته إلى البناء والغراس بإعتبارها من ملحقات الشيء كالثمار ، فهذا قول رد عليه ايضاً ، ذلك إن البناء والغراس لا يمكن إعتبارهما من الثمار مطلقاً ، فالثمار : هي ما ينتج من الشيء بشكل دوري دون أن ينقص من أصله ، فالثمار إذن تمتاز بكونها متجددة عادة في أوقات متقاربة أو متباعدة وفصلها لا يمس أصل الشيء ولا ينقص منه على المدى الطويل ، والثمار على ثلاثة أنواع ، ثمار طبيعية كالكلأ والعشب وثمار صناعية مستحدثة كالحاصلات الزراعية ، وثمار مدنية كإيراد الأرض وأرباح الأسهم ، وكل ما ينتج من إستغلال الشيء باحدى الأعمال القانونية ^(١) . والثمار تعد ملكاً لصاحب الشيء ما لم يكن هناك إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، فيجوز للمالك أن يرتب على ملكه حق إنتفاع للغير ، فيملك المنتفع الثمار حين جنيها ، وقد نص القانون على تملك الحائز د بين النية للثمار حين جنيها ^(٢) .

أما المنتجات : فهي كل ما يخرج من الشيء من غلّه متجدد كما هو الأمر في المناجم والمحاجر ، وهي ما يترتب على إستغلالها الانتقاص من أصل الشيء كالمعادن ، وهي غير دورية مثل الثمار ، بل تخرج من الشيء في أوقات غير منتظمة ^(٣) .

أما الملحقات فهي كل ما أعدبصفة دائمة لأستعمال الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق ، والعقارات بالتخصيص وما إلى ذلك ، فمن يملك الشيء يملك ملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يقضي بغير ذلك ^(٤) .

فاذا ما سألنا : ما بان ملكية الثمار والمنتجات والملحقات ليست ملكية جديدة ، بل إمتداد للملكية الأصلية للشيء الذي تولدت عنه هذه الأشياء ، إذ تمتد ملكية مالك الشيء الأصلي إلى منتجاته وملحقاته وثماره ، إلا أننا نرى بخلاف ذلك في موضوع الإلتصاق ، فهناك شيان متميزان مملوكان لشخصين مختلفين ابتداءً ، حصل بينهما إندماج أدى إلى إستحالة الفصل بينهما دون تلف ، ولم يكن أحد الشيين ثماراً أو منتجات ، أو من ملحقات الشيء الآخر ، بل إن ملكيته مستقلة استقلالاً تاماً عن ملكية الشيء الآخر ، وإن واقعة الأندماج هذه هي سبب الملكية الجديدة التي سماها المشرع بالإلتصاق .

ثانياً – الاستيلاء ^(٣) العيني :

إعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن فكرة الاستيلاء هي أصل تملك مالك الأرض لما يلتصق بها من محدثات أو غراس ^(٤) .

^(١) جوبوه ، قاعدة الفرع يتبع الأصل رقم ١٨٢ ، رسالة دكتوراه ، باريس ١٩٦٩ ، ص ٢٦٥ . أشار إليه د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩ . د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

^(٢) نصت المادة ١١٦٥ مدني عراقي على " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته " انظر في ذلك د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج ٨ ، فقرة ٣٦٣ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٧٣ ، ص ٥٨٨ . د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح احكام حق الملكية ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٢٨ .

^(٣) د. محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية ، ط ٣ ، مطابع دار الشعب ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٢٠٤ .

^(٤) د. سميرتناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص ١٦٥ .

^(٥) يعرف الاستيلاء بأنه وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه . انظر في ذلك محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ . كما نصت المادة ١٠٩٨ / ١ " كل من أحرز بقصد التملك مالا منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه " .

^(٦) بريسبييه سان ماركوني في رسالته ، الإلتصاق الصناعي العقاري ، رسالة من بوردو ١٩٢٩ أشار إليها د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٥ .



فالمواد التي يتم بها البناء تفقد ذاتيتها منذ إلتصاقها بالأرض فتصبح بناءً ، فالاسمنت لا يعد إسمنتاً ، وما دامت قد بنيت على أرض الغير فإن ملكية صاحب المواد يفقدها ويصبح البناء نوعاً آخر من المال غير المملوك لأحد ، وتملك المال الذي لا مالك له يتم عن طريق الاستيلاء ، وعليه تكون ملكية البناء لمالك الأرض ، ويضيف هذا الرأي بأن هناك عمليتين تتمان في لحظة واحدة الأولى إنقضاء ملكية صاحب المواد وذلك لفقدتها ذاتيتها بوصفها مواد بعد أن أصبحت بناءً أو غراساً ، أما العملية الثانية فهي ملكية صاحب الأرض للبناء ، أو الغراس عن طريق الاستيلاء ، وسموه استيلاءً عينياً كونه لم يتم عن طريق شخص مالك الأرض ، وإنما عن طريق الأرض ذاتها ، فلا يوجد هناك إنتقال للملكية ، فالحق الذي إكتسبه صاحب الأرض ليس هو الحق الذي فقده صاحب المواد ، وفي هذا الرأي فإن قاعدة الفرع يتبع الأصل تلعب دوراً تكميلياً لفكرة تملك المال المباح ، فالصفة التابعة والطارئة هي التي تجعل من الممكن تحقق الاستيلاء العيني ويمكن بعد ذلك لمالك الأرض من تملك المباني ^(١) .

ولم أجد في الفقه العربي من تبنى أو ناقش هذه النظرية إلا الدكتور حسام الدين الأهواني في إشارة منه إلى الفقه الفرنسي ، وإن السبب في إثارة هذا النقاش كما يراه الدكتور الأهواني من قبل الفقه في فرنسا يعود إلى كون المشرع قد عالج أحكام الإلتصاق في الفصل الخاص بنطاق حق الملكية بخلاف المشرع المصري والعراقي الذي عالجه في الباب الخاص بأسباب كسب الملكية . ولا يمكن بأي حال من الأحوال القبول بفكرة الاستيلاء العيني ، كونها فكرة غير واقعية ، فهو مجاز من حيث إن فكرة الأرض قد حازت المواد عند إلتصاقها بها فكرة غير حقيقية .

كما إن فكرة المواد تفقد صفتها بوصفها مواد بعد أن أصبحت بناءً وصارت مالاً مباحاً لا مالك له ؛ هي فكرة غير مقبولة ، فالمواد تبقى لصاحبها مهما تبدل شكلها .

وأخيراً فإن النظرية القائلة بأن الملكية الناشئة عن الإلتصاق هي امتداد للملكية الأصلية محل نقد ، فنلاحظ إن أغلب التشريعات قد أجازت لمالك المحدثات تملك الأرض إذا ما كان حـ بين النية بشروط ^(٢) ، عليه فإن فكرة الأمتداد هذه لا تصح تفسيراً ناجعاً للملكية الناشئة عن الإلتصاق .

الفرع الثاني

الإلتصاق سبب مستقل لكسب الملكية

ذهب غالبية الفقه المدني إلى أن الإلتصاق يعد سبباً من أسباب كسب الملكية ^(١) إلا أن جانباً منه فرق بين فرضين ليحددوا حقيقة الإلتصاق ^(٢) .

^(١) جوبوه ، الرسالة السابقة ، ص ٢٦٥ ، اشار إليها د. حسام الدين الأهواني ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

^(٢) انظر نص المادة ١١٢٠ مدني عراقي . المادة ١٢٧٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات . المادة ١١٤١ من القانون المدني الاردني والتي سيتم بحثها بالتفصيل بالفصل الثاني من هذه الدراسة .

^(٣) د. حسن علي دنون ، محاضرات في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٢ . د. عبد الرحمن خضر ، شرح القانون المدني ، المواد الخاصة بالحقوق العينية المنقولة عن حق الملكية ، مطبعة العاني، بغداد ، ط ١ ، ١٩٥٣ ، ص ١١١ . د. عبد الرزاق السنهوري ،



الفرض الأول ، إذا كان الشيء الجديد ناتجاً عن الشيء الأصلي كالثمار التي تنتج من الأرض ففي هذا الفرض يملك صاحب الأرض الثمار استناداً إلى نص المادة ١٠٤٩ المدني العراقي ، التي تحدد النطاق الطبيعي لحق الملكية إذ نصت على أنّ ملكية الشيء تشمل اجزائه وثماره ومنتجاته، وأساس تملك صاحب الأرض للثمار هو قاعدة الفرع يتبع الأصل^(٣) .

وهناك رأي في الفقه المصري يؤكد بأنه في حالة المنتجات نكون أمام الالتصاق بأعتبره سنداً للملكية ، وليس سبباً مستقلاً لكسب الملكية ، وذهب إلى أنّ أنصار النظرية الأولى والقائلين بأن الملكية الناشئة عن الالتصاق ما هي إلا امتداد طبيعي لحق الملكية قد خلطوا بين الالتصاق بوصفه سنداً للملكية ، والالتصاق بوصفه سبباً للملكية ، فالإلتصاق بوصفه سنداً للملكية يشمل الثمار وما في حكمها وكذلك البناء والغراس الذي يقيمه مالك الأرض على أرضه ، فكل ذلك يعد ملكاً لصاحب الأرض طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ مدني مصري التي تنص على أن " ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد بالتمتع بها علواً أم عمقاً " (٤) .

فالملكية لا تشمل سطح الأرض فقط ، بل أنّ ملكية السطح لا تفيد المالك لأنها لا تسمح له بالبناء فوق سطح الأرض أو تحتها ، وذلك لأن البناء ، يفترض حجماً يمتد فوق السطح وتحتة ، ولهذا فإنّ الملكية تشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها بالشكل الذي يحقق لصاحب الأرض إقامة البناء أو الغراس (١) .

وعلى هذا اقامت اغلب التشريعات قرينة قانونية تعتبر أنّ كلّ ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو محدثات أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وإنه قد أقامها على نفقته ، وفي هذا المقام إذا ما كانت المواد التي أقام بها صاحب الأرض المحدثات تعود له كما ذكرنا ، ولم تفقد القرينة التي أقامها المشرع ، فإنّ مالك الأرض لم يملك المحدثات على أساس أنّ هناك سبباً لكسب ملكية جديدة ، لأن الأدوات التي بنى بها ، أو الغراس الذي غرسه ، كانت مملوكة له ، إنّما هي على أساس أنّ الالتصاق هنا هو سند للملكية ، ويكون الالتصاق سبباً لكسب ملكية جديدة ، إذا كانت الأدوات غير مملوكة لصاحب الأرض (٢) .

والإلتصاق باعتباره سنداً للملكية يقوم أساساً على مبدأ ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، فإذا ما انفصلت ملكية الأرض عما فوقها أو تحتها فلا مجال لأعمال الإلتصاق باعتباره سنداً للملكية (٣) .

الفرض الثاني أن يكون الشيء الجديد غير ناتج عن الشيء الأصلي .

الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ ، د. مصطفى منصور مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ . د. حسن كبره ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، المجلد الثاني ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٩ ، ص ٢٨٤ . د. محمد عبد العزيز عامر ، دروس في حق الملكية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٥ ، د. عبد الرزاق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، اسباب كسب الملكية ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٣ ، ص ١٢١ .

(٢) د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٣) نصت م ١ / ١٠٤٩ على أن " مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير " .

(٤) تقابلها م ٢ / ١٠٤٩ من القانون المدني العراقي (موافق) . م ٢ / ٧٦٩ من القانون المدني السوري (موافق) . م ٢ / ١٠١٩ من القانون المدني الاردني (موافق) .

(١) د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

(٢) د. سعيد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، ط ١ ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٤٠ . د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

(٣) د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .



فإذا كان الشيء الجديد غير ناشئ من الأصل ، كالبناء أو الغراس فهو شيء متميز عن الأرض ، فهنا نميز بين أمرين الأول إذا كان صاحب الأرض هو الذي أقامه ، فأنّنا نكون بصدد الالتصاق بوصفه سند ملكية كما اسلفنا ، والثاني إذا كان البناء أو الغراس الجديد ليس من عمل صاحب الأرض وإندمج بالأرض إندماجاً يصعب الفصل بينهما ، فأنّ مالك الأرض قد يتملك ما أتصل بها عن طريق الالتصاق بإعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية^(٤) .

ومع إنّ الحكم واحد في الحالين ، أيّ في حالة الثمار والملحقات وما في حكمها ، وفي حالة البناء والغراس المقامة على أرض الغير ، حيث إنّ الأصل في الحكم هو أنّ مالك الأرض هو الذي يتملك ما اتصل بها ، ولكن أساس التملك يختلف فيما بين الحالين .

فبالنسبة للفرض الثاني نجد إنّ أساس التملك ليس الامتداد الطبيعي لحق الملكية ، وإنّما الالتصاق بوصفه سبباً جديداً لكسب الملكية ، ومما يؤكد ذلك ، أنّ أغلب التشريعات عالجت مشكلة الالتصاق ضمن أسباب كسب الملكية ولم تعالجه في الفصل الخاص بنطاق حق الملكية كما فعل المشرّع الفرنسي الذي بسببه أثّرت مشكلة تكيف الملكية الناشئة عن الالتصاق^(١) .

وتأصيل تملك الثمار لمالك الأرض يختلف عن تأصيل تملكه لما يضيفه الغير إلى ملكه من غراس أو بناء ، وإذا كان الالتصاق وتملك مالك الشيء الأصلي للثمار يقومان على قاعدة الفرع يتبع الأصل ، فأنّ ذلك لا يؤدي إلى كسب ملكية جديدة دائماً ، إذ أنّ القاعدة تؤدي إلى إمتداد الملكية نفسها إلى الشيء التابع ، أو قد تؤدي إلى كسب ملكية جديدة .

وقد قضت محكمة النقض المصرية أنّ " أحكام الالتصاق بالعقار التي أوردها المشرّع في القانون المدني بالفصل الثاني ، من الباب الأول للكتاب الثالث ، المنظم لأسباب كسب الملكية ، فأعتبره سبباً مستقلاً قائماً بذاته من الأسباب القانونية لكسب الملكية " ^(٢) .

ويرى جانب من الفقه في العراق أنّ الالتصاق سبب مستقل لكسب الملكية ، فمالك الشيء لا يملك الشيء الآخر الذي التصق به بإعتباره من ملحقاته بل بواقعة الالتصاق ، لأن الشيء الذي التصق لم يكن مملوكاً من قبل مالك الشيء الأصلي^(٣) .

والرأي الراجح بأنّ الالتصاق يعتبر سبباً من أسباب كسب الملكية إذا ما كانت المواد المتصلة بالأرض من المواد المملوكة للغير ومما يعتبر من المواد التي لا ينتجها الشيء كالثمار والملحقات ، وذلك إنّ هذه المواد تبقى مملوكة لصاحبها وله نزعها إذا ما كان قد سبق الثبوت ولم يكن النزع ضاراً بالأرض وفق القانون المدني المصري ، فضلاً عن أنّ لصاحب المواد تملك الأرض إذا ما كانت قيمة المحدثات أكثر من قيمة الأرض وكان ذا زعم بسبب شرعي ، وبذلك يكون الالتصاق سبباً مكسباً لملكية الأرض من قبل صاحب المواد وفق القانون المدني العراقي ، وبناءً على ذلك فأنّي أعتقد أرجحية الرأي الثاني بأعتبار الالتصاق سبباً من أسباب كسب الملكية .

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٠١ .

(١) د. حسام الدين الالهواني ، أسباب كسب في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٣٤ . د. جمال خليل النشار ، مصدر سابق ، ص ٧٨ . د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٥٤ . انظر القانون المدني العراقي المواد ١١١٧ - ١١٢٣ . وكذلك القانون المدني المصري م ٩٢٣ - ٩٢٨ منه .

(٢) الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٨٠ ، ص ٣٢ ، السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

(٣) د. محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ .



المبحث الثاني

مفهوم الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي

حددنا في المبحث السابق مفهوم الإلتصاق الصناعي ، وهو الإلتصاق الذي يتم بفعل الإنسان ، وسنتناول في هذا المبحث مفهوم الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي وسنقصد الدراسة للتعريف بالزعم بسبب شرعي في المطلب الأول ومن ثم تمييزه عن السبب الصحيح وذلك للشبه الذي يراه جانب من الفقه بينهما في المطلب الثاني .

المطلب الأول

التعريف بالزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي

مؤت جميع التشريعات المدنية الحديثة في أحكامها بين من أقام المحدثات وهو سيئ النية وبين من أقامها وهو حـَـبـِـن النية ، وقد اطلقت بعض التقنيات المدنية مصطلح " . . . من أقام المحدثات بزعم سبب شرعي . . . " على المحدث حـَـبـِـن النية ^(١) ، ولكون أغلب التشريعات المدنية قد عالجت أحكام المحدث سيئ النية أولاً ، ولأن معرفة المحدث بزعم شرعي يتم بعد تحديد المحدث سيئ النية ، فقد أرتأينا أن نئين في الفرع الأول المقصود بسوء النية في الإلتصاق الصناعي على أن نبن في الفرع الثاني تعريف الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي .

الفرع الأول

المقصود بسوء النية في الإلتصاق الصناعي

النية لغة : قصد الشيء وعزم القلب عليه ^(٢) . وبعبارة أخرى إنَّ النية هي : القصد : والقصد هو اعتقاد القلب فعل شيء وعزمه عليه من غير تردد ، والنية وإرادة الفعل مترادفان ^(٣) . وجاء في لسان العرب : النية بالتشديد هي النية المخفة ومعناها واحد وهو القصد فالذي ينظر إلى إستعمال العرب لهذه الكلمة يجدها تدور في كل تعاريفها على القصد ونجدهم يقولون نوى الشيء ينويه نية ^(٤) . والنية اصطلاحاً تدور جميعها حول معناها اللغوي وهو القصد والعزم . والمقصود بسوء النية في الإلتصاق الصناعي هو علم المحدث بأنه يقيم بناء على أرض غير مملوكة له دون رضا صاحب الأرض ، فهو يبني دون زعم سبب شرعي أي ليس له الحق في إقامة هذه المحدثات نظراً لعدم تملكه للأرض التي يقيم عليها البناء كالعاصب مثلاً وكذلك يعد الباني سيئ النية متى قام بالبناء دون إذن من صاحب الأرض ^(٥) .

أما القوانين المدنية فأنها لم تبتعد عن التعريف الاصطلاحي وعرفت سيئ النية بأنه كل من يبني على أرض وهو يعلم إنَّها مملوكة لغيره دون رضاه كما نصت على ذلك المادة ١١١٩ مدني عراقي "

(١) نص م ١١٢٠ مدني عراقي . تقابلها م ٩٢٥ مدني مصري (موافق) . م ١١٤١ مدني اردني (مطابق) . م ١٢٧٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (مطابق) . م ٩٢٧ لبيي (موافق) . م ٨٨٢ كويتي (موافق) . م ٨٨٩ سوري (موافق) . م ٢١٧ من قانون الملكية العقارية اللبناني (موافق) .

(٢) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، دار الفكر العربي ، دمشق ، ص ٢٤ .

(٣) مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ج ٤ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص ٥٧٧ .

(٤) جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٤٥٨٨ .

(٥) د. جمال خليل نشار ، النية وأثرها في البناء في ملك الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٣٣ .



إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو محدثات أخرى على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها " (٢)

فإذا ادعى صاحب الأرض بأن المحدث كان سيئ النية فعليه يقع عبء إثبات ذلك ، أي يثبت إن المحدث كان يعلم إن الأرض مملوكة للغير وإن البناء لم يتم برضا المالك (٣) كأن يثبت إن المحدث قد غصب الأرض أو أنه حازها بحسن نية بأن اعتقد بأنه وارث أو آلت إليه بطريق الوصية ثم توضح الأمر له بأنه غير ذلك كأن تكون الوصية باطلة أو أنه غير وارث ومع ذلك قام بإقامة المحدثات ، ومما سبق يمكن القول بأن معيار سوء النية هو معيار شخصي ينظر فيه إلى شخصية المحدث ونيته المستقرة في نفسه ومع ذلك يمكن أن يضاف للمعيار الشخصي معيار موضوعي هو أن اعتقاد المحدث إذا ما كان قد بنى على خطأ جسيم بجهله بأنه يبنى على أرض الغير فيكون بذلك سيئ النية ، فحتى يكون الباني حسن النية يجب أن يكون اعتقاده مبنياً على أسس معقولة حتى ولو كانت هذه الأسس خاطئة بشرط ألا يكون الخطأ جسيماً (٤)

وهنا يثار تساؤل وهو ، هل يعتبر البناء على أرض الغير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري ، بسوء نية دائماً ؟

تعامل القضاء العراقي مع المحدث على أرض الغير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري ، بأنه سيئ النية دائماً ، وإن لم يشر في أحكامه إلى ذلك صراحة ، مبرراً أحكامه بأسباب أخرى (١) . أما القضاء المصري فقد اعتبر المشتري قبل التسجيل بانياً بحسن نية وقرر التعويض على هذا الأساس (٢) .

لكن القضاء في لبنان اختلف في ذلك ، وكان رأيه أول الأمر إعتبار كل بناء أو غراس على عقار غير مسجل في السجل العقاري حاصلاً بسوء نية ، وذلك بحجة إن كل شخص في وسعه أن يطلع على

(٢) تقابله م ٩٢٤ مدني مصري (موافق) . م ٩٢٨ مدني ليبي . م ١١٤٠ مدني اردني . م ١٢٦٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات . م ٨٨٢ كويتي . اما النص السوري فقد جاء فيه في المادة ٨٩٠ " اذا كان هذا الغير ... سيئ النية . . . " ولم يحدد من هو سيئ النية .

(٣) وقد قضت محكمة التمييز في العراق " ان المحكمة لم تتحقق عن سبب تشييد المدعى عليه للبناء في هذه المساحة وهل انه مالك لاحدى القطع المجاورة و حيث ان المحكمة استعجلت باستصدار الحكم المميز قبل التحقق من ذلك مما اخل بصحته " قرار ١٤٢ / ٢ م / ٢٠٠٤ في ١٠ / ٨ / ٢٠٠٤ (غير منشور) . بذلك قضت محكمة النقض المصرية " مفاد نص المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ من القانون المدني انه اذا كان صاحب الادوات هو الباني في ارض الغير فيجب التفريق بين ما اذا كان سيئ النية او حسن النية ، فاذا كان سيئ النية أي يعلم ان الارض ليست مملوكة له وبنى دون رضا صاحب الارض كان لهذا ، اذا اثبت ذلك . . . " طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٤ ق ، جلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٨ ، س ١٩ ، ص ١١٥٥ . انظر في ذلك السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .

(٤) د. جمال خليل النشار ، النية واثرها في البناء على ملك الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٣٤ . (١) وهو ما يسمى بدعاوى رفع التجاوز فقد قضت المحاكم بعد الاطلاع على سندات السجل العقاري ومعرفة عائدة الملكية برفع التجاوز من المحدثات والغراس على الارض ، ما دامت مسجلة باسم المدعي دون الالتفات إلى دفع المدعى عليه من انه حسن النية ، وذا زعم بسبب شرعي عند اقامته لهذه المحدثات ، فكان القرار برفع التجاوز استنادا لسجلات دائرة التسجيل العقاري ، انظر القرارات رقم ١٤٥٩ / ٢ م / ٢٠٠٠ ، في ٦ / ٧ / ٢٠٠٠ . ٢٠٠٠ / ٢ م / ١٠٤٤ ، في ٢٧ / ٥ / ٢٠٠٠ . ٢٠٠٠ / ٨ م / ١٠٧ ، عقار ٢٠٠٠ / ١٧ / ٦ . ٢٠٠٠ (غير منشورة) .

(٢) الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق ، جلسة ١٦ / ٤ / ١٩٨٦ . السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ ، حيث قررت المحكمة " اما قبل تسجيل سند المشتري الباني فان ملكية المحدثات تكون للبايع بحكم الالتصاق نظير تعويض المشتري عنها تطبيقاً للقاعدة المنصوص عليها في المادة ٩٢٥ من القانون المدني " . كذلك قضت " اما قبل تسجيل سند المشتري الباني فان ملكية المحدثات تكون للبايع بحكم الالتصاق مقابل ان يدفع للمشتري اقل القيمتين قيمة المواد واجرة العمل او قيمة ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المحدثات وفقاً لما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدني " ، الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٤٧ ق ، جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٨١ ، ص ٣٢ ، ص ٦٣١ ، المصدر نفسه ، ص ٢٢٥ .



السجل العقاري وعلى خرائط المساحة لتتبن حقيقة موقفه^(٣)، إلا أنه في مرحلة تالية افترض سوء النية لدى المعتدي، وأجاز له نقض هذا الافتراض بإثبات دُ بين نية^(٤). ولكنه أخيراً إتجه أن سوء النية لا يفترض في التعدي على العقارات المسوَّحة^(٥) أي تلك المسجلة في دائرة التسجيل العقاري. ويرى فقهاء القانون المدني المصري إنَّ المحدث يكون سيئ النية إذا بنى أو غرس على أرض يعلم إنَّها مملوكة لغيره ويعلم كذلك إنَّه لا يحق له إقامة هذا البناء^(٦).

والعبرة في تقدير سوء النية من عدمها بوقت إقامة المحدثات، فلا مجال لاعتبار أن اللبناني كان دُ بين النية باعتبار وقت الحيازة إذا ما أثبت بأدِّه كان سيئ النية وقت إقامة المحدثات، كذلك لا ينفي دُ سن النية أن يعلم اللبناني بعد إقامة المحدثات أنه ليس له الحق في إقامتها^(٧).

ويرجع الرأي القائل بأنَّ سوء النية لا يفترض على العقارات المسجلة في دائرة التسجيل العقاري، ذلك أنَّ الأطلاع على ملف العقار في الدائرة المذكورة لا يعني الوقوف على حقيقة الأرض من حيث الواقع، كذلك فأننا نعتقد بأنَّ معنى سوء النية هو علم المحدث بأنَّه يبني على أرض الغير وكذلك علمه بأنَّ لا حقَّ له بإقامة المحدثات كما ذهب إلى ذلك غالبية فقهاء القانون المدني المصري. ولكن إذا ما لحقَّ علم الباني قبل إتمام أو إنهاء البناء أو الغراس بعد شروعه فيه بأنَّه يبني على أرض الغير وأنَّ ليس له الحق بإقامة المحدثات، بعد أن كان دُ بين النية عند شروعه بالبناء، فهل يبقى دُ بين النية أو يصبح سيئ النية؟

يذهب رأي في الفقه المصري إلى أنَّه يحق لمالك الأرض طلب هدم البناء برمته إذا ما أختلط دُ بين النية بسوء النية، وحجَّتهم في ذلك إنَّه إذا أختلط دُ بين النية بسوء النية فيجب ترجيح سوء النية رعاية لمصلحة مالك الأرض، إذ إنَّه يتعرض للأعتداء في كلا الحالين، ويوجه النقد لهذا الحكم كون الهدم سينال محدثات أقيمت بدُ بين نية كذلك وهذا ما يخالف القانون^(٨).

ويرى آخر بأدِّه إذا لم تتمكن من إزالة المحدثات التي أقيمت بسوء نية دون المساس بما تم إحداثه بدُ سن نية، فإنَّ المصلحة الاقتصادية تستلزم الإبقاء على البناء طالما إنَّ البناء قد بدأ في ظل دُ سن النية، ولكن هذا لا يعني الزام صاحب الأرض بتعويض المحدث عن الأجزاء التي بنيت بسوء نية، إلا وفقاً لأحكام التعويض عن المحدثات التي تقام بسوء نية، وفي ذلك تطبق أحكام البناء بدُ سن نية وسوء النية معاً^(٩).

(٣) قرار محكمة التمييز في لبنان المرقم ٦٦ في ٢٩ / حزيران / ١٩٥٥ نقلا عن د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، مصدر سابق، ص ٣١٩.

(٤) محكمة استئناف جبل لبنان المدنية قرار رقم ١٢٨ في ٢٦ / أيار / ١٩٦٦ نقلا عن د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص ٣١٩.

(٥) محكمة التمييز المدنية قرار رقم ١١ في ١٠ / آذار / ١٩٦٩ نقلا عن المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٦) د. عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٥٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٥٨٦. د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٣١٥. د. حسام الدين الاهواني، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٧) محمد زهرة، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١١٥، السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٨) د. حسام الدين الاهواني، اسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٩) محمد زهرة، البناء على ملك الغير، رسالة مقدمة إلى جامعة نانثير، ١٨ مايس، ١٩٨٢، ص ٢٩٣.



وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض الأحكام التي ترفض الأزالة أستاذاً إلى أن الباني عند البناء كان خـ سبب النية^(٤) . ومعنى ذلك أن المحكمة تذهب إلى ضرورة إزالة ما تم من البناء بعد توافر سوء النية وإبقاء المباني التي أقيمت في أثناء خـ سن النية .

ويؤخذ على قضاء محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يصلح للتطبيق من الناحية الواقعية ، إلا إذا ما تم بناؤه بسوء نية يقبل الأزالة منفصلاً عما تمّ بناؤه بحسن نية ، أما إذا كان البناء لا يقبل تجزئة الأزالة ، كونه قد أصبح وحدة واحدة لا يمكن هدم جزء من دون هدم الجزء الآخر ، فإن هدم الجزء سيؤدي إلى هدم الكل ، وفي هذا الهدم مخالفة للقانون ، إذ سيؤدي هدم الجزء المحدث بسوء نية إلى هدم الجزء الآخر الذي أحدث بحسن نية^(١) .

وقضت محكمة التمييز في العراق ، إلا أنه لما كانت الدعاوى بين الطرفين متصلة ، وأنّ التعمير الذي يدعيه المميز قد حصل في أثناء مرافعات هذه الدعاوى فلا يكون إحداثه التعميرات وليد النية الحسنة ، لذلك يكون الأدعاء بزعم سبب شرعي منقياً^(٢) .

ويرجح الرأي القائل بأنه إذا لم تكن إزالة المنشآت التي أقيمت بسوء نية ممكن دون الأضرار بالمنشآت التي أقيمت بحسن نية ، فيفضل عدم الأزالة مع تعويض المحدث عن المنشآت التي أقامها بسوء نية بقيمتها مستحقة القلع .

الفرع الثاني

تعريف الزعم بسبب شرعي في الإلتصاق الصناعي

قبل الخوض في أحكام الزعم بسبب شرعي لابد لنا من الوقوف على التعريف المنضبط لهذا الاصطلاح ، فقد ورد مصطلح الزعم بسبب شرعي في المادة ١١٢٠ من القانون المدني العراقي في باب الإلتصاق بوصفه سبباً من أسباب كسب الملكية ، الذي إستعاره المشرع العراقي من نص المادة ٩٠٦ من مجلة الأحكام العدلية .

وقد اختلف شراح المجلة في تفسير الزعم بسبب شرعي وبيان المقصود منه ، فمنهم من فسره بأنه سبب من أسباب التملك بالظاهر عند إنشاء البناء أو الغراس وذلك كأن يتلقى الباني أو الغارس الأرض إرثاً أو هبة أو وصية أو شراءً من أحد ثم يظهر لها مستحق يثبت ملكيتها^(٣) .

وهناك من فسره بأنه الأثر أو ما قام مقامه ، ولكنه يستدرك قائل بأن الشراء والايهاب وقبول الصدقة وإن كانوا كالإرث ألا أن الفقهاء قد أخرجوا مسائل توجب عدم إعتبار الزعم بسبب شرعي بها^(١) .

(٤) نقص مدني فرنسي ١-٩-١٩٦٧ ، الاسبوع القانوني ١٩٦٧-٤-١٩٤ ، ٢ / ٢ / ١٩٧٢ ، مجموعة النقض المدني ١٩٧٢ عدد ٣ / رقم ٨٠ ، ص ٨٥ . اثار اليه د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص ٥٩ .

(١) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٢) قرار رقم ١١٥٢ / حقوقية / ٥٧ في ١٢ / ٨ / ١٩٥٧ . اثار اليه المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج ٢ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص ٥٣١ .

(٣) نصت م ٩٠٦ من مجلة الأحكام العدلية على انه " اذا كان المغصوب ارضا وكان الغاصب انشأ عليها بناء او غرس فيها اشجار يؤمر الغاصب بقلعها وان كان القلع مضراً بالارض فللمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الارض ، ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان قد انشأ او غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء او الاشجار ان يعطي قيمة الارض ويتملكها . مثلاً لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباقي يعطي قيمة العرصة ويضبطها" . منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٢ ، مطبعة السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ٢٩٣ .

(١) محمد سعيد المحاسني ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، المجلد الثاني ، مطبعة الترقى ، دمشق ، ١٩٢٧ ، ص ٢٩٧ .



وبالمقابل نجد أنّ هناك من يفسّره بأنّه ، هو من يبنّي مع عدم التعدي ، ويرجع الحكم إلى قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف^(١) .

كذلك فسّره شارح آخر ، بأنّ الزعم بسبب شرعي ، هو إعتقاد المحدث بكون تلك الأرض ملكاً له^(٢) .

وبلاحظ مما تقدم ذكره من آراء لشرح المجلة ، انهم لم يعطوا تفسيراً واضحاً لمصطلح الزعم بسبب شرعي إذ إكتفى جانب منهم بذكر " أنّ الزعم بسبب شرعي ، كانت قد نصّت عليه المادة ٩٠٦ من المجلة " ، كما يؤخذ على جانب من تفسيراتهم كالتفسير الثاني ، بأنّه أورد سبباً واحداً وهو الأثر وأعتبره زعماً شرعياً وأعتبره مثلاً يمكن القياس عليه ، ثم أخرج من القياس الشراء والهبة وقبول الصدقات وكلّها اسباباً تماثل الأثر من حيث كونها زعماً يمكن للمحدث الأستناد إليها عند بنائه أو غراسه ، ولم يناقش الأسباب التي أستند إليها لأخراج هذه التصرفات القانونية بإعتبارها أسباباً شرعية يمكن للمحدث التمسك بها بوصفها زعماً شرعياً .

ولكي نكون أمام تعريف وافٍ للمصطلح سنتناول المواد المقابلة للمادة ١١٢٠ مدني عراقي في القوانين المقارنة ، فقد نصّت المادة ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي " . . . إنّما إذا كان الغراس والأبنية والمحدثات حصلت من شخص رفعت يده عن العقار ولم يحكم عليه برد الثمار لحسن نيّته فلا يجوز للمالك أن يطلب إزالة المحدثات والغراس والأبنية . . . " .

وبلاحظ على النص الفرنسي المتقدم ذكره بأنّه لم يمنح الحق لصاحب الأرض بطلب إزالة المحدثات إذا لم يحكم على المحدث برد الثمار لحسن نيّته ، وبذلك خالف الأصل وهو أنّ لمالك الأرض طلب إزالة أيّة محدثات يحدثها الغير على أرضه ، لأعتبارات العدالة وحسن نيّة المحدث ، ولم يتطرق إلى إعتقاد المحدث بملكيّة الأرض التي بنى أو غرس عليها ، أيّ أنّ الحكم يسري على أيّ حائز سواء كانت حيازته قانونية أم عرضية شريطة ألا يحكم عليه برد الثمار^(٣) .

أمّا المشرّع المصري فقد نصّ في المادة ٩٢٥ من القانون المدني على أنّه " إذا كان من أقام المحدثات . . . يعتد بحسن نيّة أنّ له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة . . . " ^(٤) .

ويبدو جلياً أنّ هذا النص أكثر وضوحاً من نص المادة ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي السابق الذكر على الرغم من أنّ النصّين قد ربّما الأثر نفسه على المحدث دَ بين النّيّة فقد ربّتب المشرّع المصري على كل من إقام المحدثات على أرض وهو يعتد أنّ له الحق في إقامتها إذ لا يجبر على إزالتها ، دون أن يتطرق إلى رد الثمار من عدمه كما فعل المشرّع الفرنسي وهو مما يجعل النص أكثر تعقيداً عند تطبيقه على الوقائع المعروضة أمام القضاء ، لكنّ المشرّع المصري قد ساير المشرّع الفرنسي . في أنّه

(١) رستم باز ، شرح المجلة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص ٥٠٤ .

(٢) علي حيدر ، درر الحكماء في شرح مجلة الاحكام ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٥١٠ .

(٣) حسن كيره ، الموجز في احكام القانون المدني المصري ، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ٤١٣ . و تكون الحيازة قانونية إذا توفر لها عناصرها المادي المعنوي ، اما إذا فقدت الحيازة ، عنصرها المعنوي فانها تكون حيازة عرضية . انظر في ذلك د. وفاء حلمي ابو جميل ، كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، دراسة تأصيلية وتطبيقية ، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية ، مجلة سنوية علمية تصدرها كلية الحقوق - جامعة الزقازيق ، العدد الثامن ، ١٩٩٦ ، ص ٢٧ .

(٤) نقابها م ٩٢٩ ليبي . م ٨٨٣ مدني كويتي .



لم يجعل الحكم قاصراً على الحائز القانوني ، أي الذي يحوز الأرض بنية التملك ، وإنما جعله يشمل الحائز العرضي كذلك كصاحب حق المنفعة أو المستأجر^(٣) .

ويؤكد جانب من الفقه في مصر بأنه لا يشترط السبب الصحيح بإعتباره شرطاً مستقلاً إذ يكفي دُسن النية فحسب ، فمن وضع يده على أرض بعقد باطل كالمشتري للأرض الموقوفة أو بسبب ظني كالباني في أرض بور يعتقد أنه يملكها بالاستيلاء ، يكون مع ذلك دُسن النية^(٤) .

أما القانون المدني العراقي فقد نصّ في المادة ١١٢٠ منه على " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإذا كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بثمن مثلها . . . " ^(٥) .

لكنّ المشرّع السوري إكتفى بأن يكون الباني أو الغارس ذا نية حسنة لكي لا يجبر على قلع ما أحدثه في الأرض ولم يتطرق إلى السبب الصحيح بوصفه شرطاً مستقلاً أيضاً^(٦) .

وبلاحظ أنّ الفقه في العراق ، لم يقف عند هذا المصطلح لبيان ماهيته لكي نتعرّف على من هو المحدث بزعم سبب شرعي من عدمه ، فقد مرّ جانب من الفقه عندما فسّره مروراً سريعاً ، وقال إنّ الزعم بسبب شرعي هو دُسن النية ولم يذهب إلى أكثر من ذلك^(٧) .

ويعتقد جانب آخر إنّ لقيام الزعم بسبب شرعي إنّما يجب أن يكون للمحدث سبب صحيح^(٨) ، وهناك من يفسّر الزعم إنّما هو إعتقاد المحدث بأنه يبني على أرضه^(٩) .

إلا أنّ هناك رأياً انفرد به جانب من الفقه عندنا ، إذ يرى إنّ من يحدث بناءً أو غراساً بزعم سبب شرعي ، هو كمن يفعل ذلك وهو يعتقد بدُسن نية أنّ له الحق في ذلك ، وهذا الاعتقاد يعتبر كافياً لتوفر دُسن النية ، ولو كان السبب المذكور عبارة عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً أو سنداً ظنياً^(١٠) .

(٣) عندما تليت هذه المادة عند مناقشة مشروع القانون المدني المصري امام مجلس الشيوخ في الجلسة ٣٩ ، قال رئيس مجلس الشيوخ انه يحسن القول " يعلم انها مملوكة له " بدلا من " حسن النية " حتى يكون هناك اتساق . بين عبارة هذه المادة والمادة السابقة او انه تعدل المادة السابقة بان يستعمل فيها عبارة " سوء نية " بدلا من " العلم بان الارض مملوكة لغيره " . فاجابه الدكتور السنهوري بانه لا يمكن النص على العلم او عدمه في هذه المادة لانه قد يكون الباني مستأجرا فهو يعلم انه ليس مالكا ولكنه قد يعتقد ان له الحق في البناء فعاد الرئيس واقترح ان يقال " يعتقد بحسن نية ان له الحق في اقامتها . انظر في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٦ ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة دار الكتاب العربي بمصر ، بلا سنة طبع ، ص ٣٢١ . ومما يجدر الاشارة اليه ان المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي وعند معرض تصديها للمادة ٨٨٣ التي تطابق نص المادة ٩٢٥ من القانون المدني المصري " المادة ٨٨٣ تنص على حالة من يحدث بناءً او غراساً او محدثات اخرى بمواد من عنده على ارض غيره بترخيص من المالك او عندما يكون حسن النية ، أي يعتقد ان له في احدث ما احدثه ، اما لانه كان يعتقد انه هو المالك ، او لانه كان يعتقد ان له الحق في احدث ما احدثه مع علمه بان الارض ليست ملكه " . انظر في ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، منشورات وزارة العدل ، الكويت ، ١٩٩٠ ، ص ٦٧٢ .

(٤) د. عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٥٦-٥٧ . د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية الجديدة ، الاسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص ٤٢٣ . د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ .

(٥) انظر ما يقابلها ، نص م ١١٤١ مدني اردني (مطابق) . م ١٢٧٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة (مطابق) .

(٦) نصت م ٨٨٩ من القانون المدني السوري " ١- اذا كان الغير الذي شيد الابنية او غرس الاغراس ذا نية حسنة . . . " .

(٧) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ ، محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

(٨) د. حسن علي دنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ١٣٤ .

(٩) د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، في حق الملكية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ ، ص ٨٩٨ .

(١٠) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ .



وإذا ما ناقشنا الآراء في أعلاه . نرى أن أصحاب الرأي الأول الذين ساووا بين الزعم ودُسن التِّية ، لم يعطوا تفسيراً وافياً يمكن الرجوع إليه فيما إذا احتجنا الركون إلى هذا النص ، فدُسن التِّية بحد ذاته يحتاج إلى تفسير في مجال إقامة المحدثات على أرض الغير أما الرأي الثاني القائل بأن الزاعم إنما عليه أن يتمسك بسببٍ صحيح ، ففي ذلك عبء كبير على المحدث لأثبات حسن تِّيه، كون السبب الصحيح تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية بطبيعته يصدر من غير المالك ، وبهذا يكون أغلب المحدثين سيئي التِّية حسب هذا الرأي . أما من يقول بأن الزعم بسبب شرعي إنما هو اعتقاد المحدث بأنه يبيني على ملكه ، أو من يعتقد أن له الحق بالبناء فهو رأي جدير بالأخذ به كما سنرى .

أما القضاء فقد حدّد مفهوم الزعم بسبب شرعي من خلال ما أصدره من أحكام في مناسبات عديدة . فنجد محكمة التمييز في العراق قد قضت " بأن المدعي لم يثبت أن مهندسي الطابو قاما بتحديد قطعة المدعى عليه كما زعم في دفعه وعليه فلا يكون لديه زعماً بسبب شرعي يخوله التملك " ^(١) . وفي حكم آخر قضت " إن شروط تطبيق المادة ١١٢٠ مدني أن يكون تشييد المشيدات على أرض الغير يزعم سبب شرعي الذي لا يتوافر في وقائع هذه الدعوى ، إذ كان بإمكان المميز إقامة سدة على أرضه التي تلي أرض المميز بالنسبة إلى نهر دجلة ، وإن إقامة المحدثات على أرض الغير في حالة وجود البديل الأنسب على أرضه لا يبيح للمميز الحق في تملك الجزء المتجاوز عليه جبراً " ^(٢) .

ومن مفهوم المخالفة للحكم الأول في أعلاه فإن المدعي إذا أثبت خطأ المهندسين في تحديد قطعة المدعى عليه يكون لديه زعمٌ بسبب شرعي ، أما بالنسبة للحكم الثاني فيمكن ان نستنتج منه بأن الزعم بسبب شرعي لا يستلزم أن تكون لدى المحدث تِّية تملك الأرض المقام عليها المحدثات ، إذ ما هو اعتقاد المحدث بأن له الحق بأقامة هذه المحدثات ، ولم يتطرق الحكم إلى تِّية التملك بالنسبة للمحدث . ويفسّر القضاء السوري تِّية المشرّع في تحديد معنى دُسن التِّية إذ جاء في قرارات محكمة التمييز " أن معنى دُسن التِّية في مجال التملك بالإنلتصاق هو أن يعتقد الباني أو الغارس أن له الحق في إقامة المحدثات أو غرس الغراس ، أي أنه يحدث ذلك في ملكه ، ولا يشترط السبب الصحيح بإعتباره شرطاً مستقلاً ^(١) . وفي قرار آخر " التملك بالإنلتصاق يشترط فيه إن الباني والغارس أن يعتقد أنه يتصرف في ملكه " ^(٢) .

ويلاحظ على القضاء السوري بأنه لم يشترط السبب الصحيح شرطاً مستقلاً في جانب المحدث وهذا أمر جميل ، ذلك إن اشتراط السبب الصحيح إنما فيه حرج كبير ، ولكن يشترط أن ينصب اعتقاد المحدث على أنه يتصرف بالعقار كمالك حتى يكون دُسن التِّية فيما أحدث ، ولا عبرة بأي اعتقاد آخر ، كان يكون اعتقاده مبنياً على أن له الحق بأقامة المحدثات بإعتباره منتفعاً .

^(١) قرار رقم ٥٣١/حقوقية/١٩٦٨ ، في ١٩٦٩/١/٢٥ ، مجلة القضاء ، العدد الثاني ، نقابة المحامين العراقية ، ١٩٦٩ ، ص ١١٠ .

^(٢) قرار رقم ٣٤ / موسعة اولى / ١٩٩٨ في ٢٢ / ٢ / ١٩٩٩ ، علي محمد ابراهيم الكرابسي ، الموسوعة العدلية ، العدد ٦٩ ، مكتبة شركة التامين ، بغداد ٢٠٠٠ ، ص ٣٤ .

^(١) قرار رقم ٢٤٥٩ في ٣١ / ١٢ / ٢٠٠١ ، مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، السنة ٦٨ ، العددان السابع والثامن ، تموز آب ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٨١ .

^(٢) قرار رقم ٧٩٧ في ٢١ / ٥ / ٢٠٠٠ ، مجلة المحامون السورية ، المصدر السابق ، السنة ٦٥ ، العددان / ١١ ، ١٢ ، تشرين الثاني وكانون أول ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٤٩ .



كذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات " من القواعد التي تقرها الشريعة الإسلامية قاعدة أفردت لها مجلة الأحكام العدلية نصاً في المادة ٩٠٦ وقنّنها مشروع المعاملات المدنية التي وضعته اللجنة العليا للتشريعات الإسلامية بالنص عليها في المادة ١٢٧٠ - مؤداها إنه إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فللمحدث أن يملك الأرض بثمن مثلها إذا زادت قيمة المحدثات عن قيمة الأرض ، ومفاد هذه القاعدة إنّ لمحدث البناء في أرض مملوكة لغيره أن يملك الأرض شريطة تحقق أمرين أولهما ، حيازة الأرض وقت البناء مردّها إلى إعتقاده بقيام سبب شرعي يخول له الحق في وضع يده على الأرض والانتفاع بها بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ، وثانيهما أن تكون قيمة البناء الذي إستحدثه أكثر من قيمة الأرض " (٣) .

والحكم أعلاه جاء واضحاً لتفسير نص المادة ٩٠٦ وما هي الشروط اللازم توافرها لكي يكون المحدث ذا زعم بسبب شرعي ، فلم يشترط أن تكون لدى المحدث ثبّة التملك وإنما يكفي أن يعتقد إنّ وضع يده كان صحيحاً وأنّ له الحق بالانتفاع بالأرض بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار .

ومما تقدم يمكن أن نعرّف الزعم بسبب شرعي المنصوص عليه في المادة ١١٢٠ مدني عراقي في باب الالتصاق بإعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية هو " إعتقاد المحدث وقت إقامة المحدثات بأنّه إنّما يبني أو يغرس في ملكه أو إعتقاده بأنّ له الحق بأقامة المحدثات " .

الفرع الثالث

معيّار الزعم بسبب شرعي

إكتفى فقهاء القانون المدني بتحديد مفهوم الزعم مع إختلافهم فيه ، إلّا أنّهم لم يخوضوا في بيان معياره ، وعلى الرغم من هذا يمكن أن نستنتج من آرائهم المتقدم ذكرها بأنّهم كانوا على إتجاهين بالنسبة للمعيّار الواجب إعتماده بهذا الخصوص .

أولاً - المعيار المادي :

يشترط جانب من الفقه كما أسلفنا لقيام الزعم بسبب شرعي أن يكون لدى المحدث السبب الصحيح بجميع شرائطه (١) . ووفقاً لهذا الرأي فإن المحدث لا يكون ذا زعم إذا لم تنتقل له حيازة العقار بأحدى الوسائل المنصوص عليها في المادة ١١٥٨ مدني عراقي (٢) ، أو أنّه تلقّى ملكية العقار بتصرّف قانون

(٣) طعن رقم ٥٨ مدني في ٢٠ / ٦ / ١٩٨٤ ، المجلة العربية للفقه والقضاء العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، المملكة المغربية ، مطبعة النجاح القديمة ، ١٩٨٥ ، ص ٥٢٩ .

(١) د. حسن علي دنون ، مصدر سابق ، ص ١٢٤ .

(٢) تنص المادة ١١٥٨ من القانون المدني العراقي على " والسبب الصحيح هو سند او حادثة تثبت حيازة العقار ، باحدى الوسائل التالية : أ- الاستيلاء على الاراضي الموات ، ب- انتقال الملك بالارث او الوصية ، ج- الهبة ، د- البيع او الفراغ " .



ناقل للملكية بطبيعته صادر من غير المالك ، من شأنه أن ينقل ملكيته لو أنه صدر من مالك ، كما عُرِفَ السبب الصحيح في الفقه المصري ^(٣) .

وهناك جانب آخر يخفف من التمسك بالسبب الصحيح ، فيشترط لدى المحدث لقيام الزعم ، أن يكون بيده سند ناقل للملكية يجهل عيوبه ^(٤) . وفي هذا فرق إذ يمكن أن يتمسك المحدث بالسند الباطل بطلانا مطلقا ، إذا ما كان يجهل عيوب بطلانه بخلاف السبب الصحيح الذي لا يمكن أن يكون سندا باطلاً

وكلا فريقَي الاتجاه الأول يتساوون بأن لا عبرة لديهم بنية المحدث وشخصيته ، وإنما يحددون معياراً مادياً لمفهوم الزعم بسبب شرعي .

وقد أخذت محكمة التمييز في العراق بهذا الاتجاه في بعض أحكامها فقضت " . . . إن النزاع على وجود الزعم بسبب شرعي من عدمه يجب أن ينحصر في ذات الملك نفسه لا أن يكون للباني أو الغارس ملك آخر كان قد اشتراه ثم يخطئ هو أو المهندس في تعيينه " ^(١) .

وبهذا الاتجاه سار القضاء السوري ، فقضى بأن توافر دُسن النية في مجال تطبيق المادة ٨٨٩ مدني المتعلق بالتملك بالإلتصاق ، يشترط أن يعتقد الباني أو الغارس أنه يحدث ذلك في ملكه وحيث أن الباني أو الغارس يعدّ دُسن النية إذا كان يعتقد أن الأرض التي أنشأ عليها بناءً أو غراساً هي ملكه وكان بيده سند ناقل للملكية يجهل العيوب التي تشوبه ^(٢) .

وبلاحظ على الحكم السوري بأنه أشترط إمتلاك المحدث سند ناقل للملكية ، يجهل عيوبه ، علماً إن نص المادة ٨٨٩ من القانون المدني السوري الذي عالج المحدثات على ارض الغير لم يتطرق إلا إلى دُسن النية فقط ^(٣) . وعليه يكون القضاء السوري قد فسّر دُسن النية وهي الحالة النفسية للمحدث وقت إقامة المحدثات بالسبب الصحيح فتكون المحكمة قد ضيقّت على المحدث كثيراً ، فيمكن أن نتصور إنَّ هناك محدثاً دُسن النية عند إقامة المحدثات ولا يمتلك السند الذي تشترطه محكمة النقض لأثبتات دُسن النية .

ثانياً - المعيار الشخصي :

بالمقابل نرى إنَّ بعض الفقهاء يفسّر الزعم بسبب شرعي إنّما هو دُسن نية المحدث . وآخرون يرون بأنه إعتقاد المحدث بأنه يبني على ملكه أو إعتقاده إنَّ له الحق باقامة المحدثات ^(٥) .

ويلاحظ إتفاق فريقَي الاتجاه الثاني على النية والأعتقاد وهما أمران نفسيان داخليان يختصّان بذات الزاعم وشخصيته ، وتأسيساً على ذلك يجب ملاحظة إعتقاد من يتمسك بالزعم ، فالمحامي مثلاً لا

العلق [٢m]:

^(٣) د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٣ ، اسباب كسب الملكية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ١٩٤٩ ، ص ٩٤ .

^(٤) د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .

^(١) قرار رقم ٥٣١ / ح / ١٩٦٨ ، في ٢٥ / ١ / ١٩٦٩ ، مجلة القضاء ، العدد الثاني ، نقابة المحامين العراقية ، ١٩٦٩ ، ص ١١٠ .

^(٢) قرار محكمة النقض السورية المرقم ٣٣٣ في ٢ / ٤ / ١٩٨٦ ، منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، التي تصدرها الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، الرباط ، المغرب ، العدد الثامن ، مطبعة النجاح القديمة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٩١ .

^(٣) نصت م ٨٨٩ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ على انه " اذا كان الغير الذي شيد الابنية او غرس الاغراس ذا نية حسنة ، فلا يكون مسؤولاً تجاه مالك العقار عن الثمار . . . ٢- اذا كان قد بنى او غرس على الارض المطلوب استرجاعها لها ، فلا يجبر على نزع الابنية " .

^(٤) محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

^(٥) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣ .



يستطيع أن يتمسك بالزعم الشرعي عندما يقيم محدثات على عقار الغير عند شرائه لعقار بسند خارجي قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، كذلك لا يستطيع أن يتمسك المهندس المساح بالزعم عندما يحصل خطأ في المساحة أو موقع العقار ، ويمكن لغير هؤلاء أن يتمسك بالزعم الشرعي وكل ذلك متروك لتقدير القضاء .

وبهذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية ، بأنَّ دُسْن النِّية أن يعتقد الباني أنَّ له الحق في إقامة المحدثات ولا يلزم أن يعتقد إنَّه يملك الأرض ^(١) .

كذلك قضت محكمة النقض الإماراتية " . . . وكان مفاد هذه القاعدة إنَّ لمحدث البناء في أرض مملوكة لغيره أن يتملك الأرض ، شريطة تحقق أمرين أولهما أن تكون حيازة الأرض وقت البناء مردها إلى إعتقاده بقيام سبب شرعي يخول له الحق في وضع يده على الأرض والانتفاع بها بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البناء والقرار ^(٢) .

وحيث إنَّ الاعتقاد المنصوص عليه في الحكم هو حالة نفسية تقوم لدى المحدث وقت إقامة المحدثات تجعل نيته منصرفة إلى القيام بعمل إنَّما هو حق وليس إعتداء ، بذلك تكون المحكمة قد طبقت المعيار الشخصي في حكمها .

ونرجح الاتجاه الثاني ، ذلك إنَّ الاتجاه الأول يساوي بين كسب الملكية بالتقادم القصير ، وأحكام الإلتصاق بوصفه سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية بأشراطهم السبب الصحيح ، وحيث إنَّه يكفي إعتقاد المحدث بأنَّ له الحق في إقامة المحدثات ليكون ذا زعم بالأسباب الشرعية كما توصلنا إليها في تعريف الزعم ، والأعتقاد مسألة لها علاقة بالجانب الشخصي دون الجانب المادي .

المطلب الثاني

تمييز الزعم بسبب شرعي عن السبب الصحيح

لاحظنا في المطلب السابق بأنَّ جانب في الفقه قد ساوى بين الزعم بسبب شرعي وبين السبب الصحيح ^(١) . وهناك من الباحثين من يطالب المشرع بإبدال مصطلح الزعم الوارد في المادة ١١٢٠ مدني في باب الإلتصاق ، بالسبب الصحيح الوارد في المادة ١١٥٨ مدني ^(٢) .

ولغرض تمييز الزعم بسبب شرعي عن السبب الصحيح يجب ان نعطي توضيحاً للسبب الصحيح أولاً ، ثم نبين أوجه الخلاف بين هذين المصطلحين ثانياً ونخصص لكل موضوع فرعاً مستقلاً .

(١) الطعن رقم ١٩ ، سنة ٤٢ ، ق ، جلسة ١٧ / ٢ / ٧٦ ، س ٢٧ ، ص ٤٥٣ . أشار اليه سعيد احمد شعله ، قضاء النقض المدني في الملكية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٩٩ .

(٢) طعن رقم ٥٨ مدني ، في ٢ / ٦ / ١٩٨٤ ، المجلة العربية للفقه والقضاء ، الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، المملكة العربية ، ١٩٨٥ ، ص ٥٢٩ .

(٣) د. حسن ذنون ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ ، د. شاكر ناصر حيدر ، احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٢ ، ص ١٤٧ . عبد الرحمن خضر ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

(٤) ضحى محمد سعيد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٤١ .



الفرع الأول

تعريف السبب الصحيح

عرّف المشترعون في تقنياتهم على غير عادة مصطلح السبب الصحيح ، على الرغم من أن فن الصنعة يأبى على المشترع إيراد بعض التعريفات ، لأن مصطلح السبب الصحيح كما يبدو يختلف عن معاني مفردات قانونية أخرى إختلافاً كبيراً ، فسمي صحيحاً ليس لأنه خالٍ من أسباب البطلان ، بل لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من مالك^(٣) . وحاولوا إيضاحه في تقنياتهم كونه إستثناءً ، حيث لا يمكن أن نتصور أن يتملك المشتري عقاراً كان قد اشتراه من غير مالكة ، ولكن لحماية هذا المشتري فيما إذا كان قد بين النية ويعتقد أنه تلقى العقار من مالكة ، وأكتملت لديه الشروط التي يتطلبها القانون فإنه يتملك العقار ، وإن كان التصرف الذي يستند إليه قد صدر من غير المالك^(٤) .

فقد عرّف المشترع المصري السبب الصحيح بأنه " سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون " ^(٥) . وعرفه المشترع العراقي بأنه " سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل الآتية : الأستيلاء على الأرض الموات ، إنتقال الملك بالأرث أو الوصية ، الهبة بين الأحياء بعوض أو دون عوض ، البيع والأفراغ^(١) .

وينتقد أحد الفقهاء التعريفين فيؤكد خبيئتهما في الأمانة عن الغرض وجلاء الهدف وعدالفقه التعريف هذا تجهيلاً بالسبب الصحيح^(٦) . وهو بذلك على حق ، إذ كان من أهم أغراض المشترع لأيراد تعريف السبب الصحيح هو تبيان المعنى الحقيقي له وإزالة اللبس الذي قد يحصل عند تفسيره .

والسبب الصحيح وفق القانون المصري سند ، وليس المقصود بالسند في هذا النص الكتابة المثبتة للتصرف القانوني الصادر إلى الحائز ، بل المقصود هو التصرف نفسه الصادر إلى الحائز الذي تستند إليه الحيازة ، كالبيع الذي بموجبه يشتري الحائز العقار محل الحيازة^(٧) .

ويؤكد التعريف المصري كونه لم يؤثّر إلى أن السند المذكور صادر لمصلحة الحائز ولا إلى كونه ناقلاً للملكية بطبيعته ، ويؤخذ عليه أيضاً بأنه لم ينص على ما هو مسلم به ، من ضرورة أن يكون من شأن السبب الصحيح نقل الملكية فيما لو كان صادراً من المالك^(٨) .

أمّا تعريف المشترع العراقي والتعريفات التي سارت بالمنحى نفسه ، فؤخذ عليها إنها لم تأت بضابط عام للسبب الصحيح فحصر السبب الصحيح بتصرفات معينة وأضاف لها الحادث ، في حين إن

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٥ ، د. قري عبد الفتاح الشهواني ، الحيازة كسب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٠٧ .

(٤) شعيب أحمد سليمان ، السبب الصحيح في القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العراقية العدد / ١٦ ، ص ١٩٨٥ ، ص ١٨٢ .

(٥) نص المادة / ٩٦٩ / ٣ من القانون المدني المصري . م ٩٧٣ / ٣ ليبي (موافق) .

(١) نص المادة ١١٥٨ مدني عراقي . تقابلها المادة ٩١٨ / ٣ من القانون المدني السوري (مطابق) . المادة ١١٨٢ / ٢ من القانون المدني الاردني (مطابق) . م ١٣١٨ فقرة / ٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة (موافق) .

(٢) صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣ .

(٣) عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٦٤٢ . د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، شهر التصرفات العقارية ، العقد كسب لكسب الملكية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٢٩٤ . محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ١٩٥١ ، ص ١٨٣ .

(٤) د. محمد المنجي ، دعوى ثبوت الملكية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ط ١ ، ١٩٩٠ ، ص ١٨٦ . د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣ . مهدي كامل الخطيب المحامي ، الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية على ضوء احكام محكمة النقض ، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية ، مصر ، ١٩٩٩ ، ص ٢٣ .



السندات أو التصرفات الناقلة للملكية لا تقتصر على ما ذكر في النص العراقي ، كالمقايضة والصلح على بدل والوفاء بمقابل وكلها تصرفات يصدق عليها السبب الصحيح^(٥) .

ويلاحظ بأن هناك فرقاً جوهرياً بين السبب الصحيح في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، إذ إن معناه أوسع في القانون العراقي منه في القانون المصري الذي يقصره على العمل القانوني الذي يكون بطبيعته وشكله ناقلاً للملكية ، أما القانون المدني العراقي فقد أضاف حادثة الاستيلاء والميراث باعتبارهما أسباباً صحيحة يصح التمسك بها من قبل الحائز فيما إذا كان حسن النية وأستمرت حيازته خمس سنوات ، كذلك يشترط النص المصري التسجيل فلا يعد التصرف القانوني أو السند سبباً صحيحاً ما لم يتم تسجيله طبقاً للقانون ، فلا يصح عقد الشراء الصادر من غير المالك غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري أن يكون سبباً صحيحاً طبقاً للقانون المدني المصري^(١) . أما المشرع العراقي فقد قصر أحكام التملك بالحيازة إستناداً للسبب الصحيح على العقارات غير المسجلة بدائرة التسجيل العقاري فقط ، فيكون هنا قد ضيق من التطبيقات العملية للتملك بالسبب الصحيح بعدما وسع من نطاق الأسباب الصحيحة بإضافته الحادثة باعتبارها سبباً صحيحاً إلى التصرف القانوني^(٢) .

ونتيجة للانتقادات التي وجهها الفقه للنصوص القانونية التي تناولت تعريف السبب الصحيح فقد إنبرى لتعريفه ، وكانت جميع التعريفات متقاربة وتتضمن الشروط الأساسية له .

فقد عرّفه الفقه الفرنسي بأنّه " تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف لو أنّه كان صادراً من المالك أو صاحب الحق^(٣) " . وعرّفه أيضاً بأنّه " السند الذي يعُدّ بطبيعته ناقلاً للملكية فيما لو صدر من مالك له أهلية التصرف دون حاجة إلى جعل التقادم سبباً إضافياً " ^(٤) .

وبمثل هذا التعريف عرّفه الفقه في مصر والعراق ، فعرّفه بأنّه " العمل القانوني الذي هو سبب وضع اليد ، أو أساس وضع اليد " ^(٥) . ويُؤخذ على هذا التعريف بأنّه لم يتضمن شروط السبب الصحيح ، ولم يكن مانعاً جامعاً ، إذ لم يذكر ضرورة أن يكون العمل القانوني صادراً من غير المالك إلى الحائز وكان من شأنه أن ينقل الملكية لو صدر من المالك ، وهذه هي الشروط الأساسية للسبب الصحيح . وعرّفه أيضاً بأنّه " عمل قانوني صادر لمصلحة الحائز من شخص لا يكون مالك للشيء أو صاحباً للحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويكون من شأنه أن ينقل الملكية بذاته لو كان صادراً من المالك أو صاحب الحق^(١) " .

(٥) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ . د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

(١) د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣ .
(٢) د. محمد سليمان الاحمد ، مصدر سابق ، ص ١٠١ . د. سعد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ٥٢٢ .

(٣) Marcel Planiol Gorges Ripert, Trait Pratique droit civil francais, tom ١١, Paris, ١٩٢٦, P. ٩٢٧.

(٤) بونيه ، التقادم ، فقرة ٥٧ . بودريه وتيسيه ، في التقادم ، فقرة ٦٥٥ . نقلا عن ، د. علي امير خالد ، تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الاسلامي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٣٨ .

(٥) د. محمد كامل مرسي ، السبب الصحيح وحسن النية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، العدد السادس ، السنة التاسعة ، ١٩٣٩ ، ص ٥٦٨ .

(١) سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ ، صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣ ، عبد المنعم بدر اوي ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٦٧ ، محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ ، د. محمد علي عرفه ، مدى تأثير السبب الصحيح بقانون التسجيل ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، العدد السابع ، ١٩٣٨ ، ص ٩٠١ .



ومن التعريفات المختلفة إشتراط الفقه المدني جملة من الشروط في التصرف القانوني ، لأعتبره سبباً صحيحاً ، فما هي هذه الشروط ؟

أولاً - يجب ان يكون عملاً قانونياً :

يشترط القانون أن يستند الحائز في حيازته إلى عمل قانوني وهو أعمال الإرادة المحضة ، التي تنجبه إلى إحداث أثر قانوني ، أو هي إتجاه الإرادة إلى إنشاء حق ، أو نقله ، أو تعديله . وهذا يعني إن الآثار الناجمة عن تلك الأعمال لا تقع بقوة القانون ، بل بسلطان الإرادة . وهذا الشرط هو الذي يجعل الحيازة حلاً مبرأه من شبهة الغصب في نظر الحائز وإعتقاده ^(١) . ويستوي بعد ذلك ان يكون العمل القانوني عقداً ، كبيع أو هبة أو تصرفاً من جانب واحد كوصية بمال معين ، أو أن يكون معاوضة أو تبرعاً ^(٢) . ويضاف إلى ذلك جميع الأحكام القضائية التي تعتبر ناقلة للملكية ومنشئة للحق العيني كمرسى المزداد ^(٣) .

وتأسيساً على هذا الشرط ، فإن الميراث لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، فالوارث الذي يضع يده على مال غير مملوك لمورثه معتقداً إنه آل إليه بالأرث لا يعتبر أنه قد إستند إلى سبب صحيح ^(٤) ، لكنه يستطيع أن يتمسك بسند مورثه فيما إذا كان من الأسباب الصحيحة كونه خلفاً عاماً لمورثه وإن حيازته للمال المورث ستنقل بجميع صفاتها ^(٥) .

وكذلك فإن الأستيلاء بأعتبره ليس عملاً قانونياً فإنه لا يصح أن يكون سبباً صحيحاً ، ومع ذلك نرى أن المشرع العراقي قد نصّ على الأستيلاء على الأرض الموات بأعتبره سبباً صحيحاً ، ومن الفقهاء من يفسر تضمين النص العراقي للأستيلاء على الأرض الموات ، بأعتبره سبباً صحيحاً ، بأن قصد المشرع لم يكن متجهاً إلى الأستيلاء على المباحات التي لا مالك لها بأعتبره سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية ، وإنما كان قصده إذن الدولة للمستولي على الأرض الموات بأحيائها ، ويعتبر سبباً صحيحاً فيما إذا تبين إن هذا الأذن معيب لظهور مطالب للأرض بأعتبره المالك الحقيقي ^(٦) ، وهذا التفسير مردود عليه إذ أن النص على كسب الملكية بالحيازة المستندة إلى السبب الصحيح قد جاء إستثناءً من القاعدة الدستورية والتشريعية التي تعتبر حق الملكية ، حقاً مقدساً ومُصاناً بنص القانون ^(٧) ، فلا يجوز التوسع بتفسير الأستثناء كونه سيؤدي إلى غايات لا تتفق ومقاصد المشرع هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإننا لم نرَ هذا القصد واضحاً في النص أو في النصوص اللاحقة الخاصة بكسب الملكية بالحيازة .

(٢) عبد المنعم بدراوي ، مصدر سابق ، ص ٥٦٨ .

(٣) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ، ص ٣١٠ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مطابع دار الكتاب المصري ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٤٥١ .

(٤) د. عدلي امير خالد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ . محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ٢١١ .

(٥) د. السيد محمد السيد عمران ، الملكية في القانون المصري ، مصدر سابق ، ص ٣١٣ . منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٤١٩ .

(٦) د. وفاء حلمي ابو جميل ، مصدر سابق ، ١٩٩٦ ، ص ٤٩ .

(٧) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٣٧٤ .

(٨) عنيت الوثائق المتعاقبة لحقوق الانسان والداستير الحديثة بالنص على حق الملكية الخاصة ، وتأكيد ضرورة احترامه ، وقد نصت م ١٧ من الميثاق العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠ / ١٢ / ١٩٤٨ على انه " لكل شخص حق التملك بمفرده او بالاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريده احد من ملكه تعسفا . أنظر ي ذلك د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ، ملكية الاشياء والاموال ، مكتبة نجم القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٤٧ .



عليه يمكن القول بأن تضمين النص العراقي للميراث والاستيلاء على الأرض الموات كاسبابٍ صحيحة يُعدُّ مأخذاً ، وعلى المشرع العراقي تلافيه .

ثانياً - يجب أن يكون السبب الصحيح ناقلاً للملكية أو الحق العيني :

يجب أن يكون السبب الصحيح عملاً قانونياً ، وهذا العمل القانوني يجب كذلك أن يكون ناقلاً للملكية أو الحق العيني بطبيعته ، كالبيع والهبة والوصية والوفاء بمقابل ، والعقود المنشئة لحقوق الإنتفاع وحقوق الارتفاق الظاهرة^(٣) .

وعليه فإن العمل القانوني الذي ليس من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني ، كالعقود المنشئة لأنترامات شخصية ، والناقلة للحيازة المادية فقط كالأجرة والعارية لا تعتبر سبباً صحيحاً^(٤) .

كذلك التصرفات المقررة للملكية والكاشفة عنها وهي السندات التي تقتصر على تقرير الحق والكشف عنه دون أن تنقله من شخص إلى آخر أو تنشئه انشاء كالقسمة والصلح لا تنفع أن تكون سبباً صحيحاً^(٥) .

إذن لا تصح القسمة سبباً صحيحاً ، فهي ليست ناقلة للحق ، وإنما كاشفة عنه^(١) ، أما سند المتقاسمين في الملكية فهو المصدر الذي نشأ عنه الشيوع ، فلو أقتسم الورثة عقاراً معتقدين بـ سن ثية إنه كان لمورثهم ، فأختص كل منهم بجزء مفرز منه إستقل بحيازته وظل حائزاً له خمس سنوات ، ثم رفعت عليه دعوى إسترداد من المالك الحقيقي ، فلا يجوز التمسك بالتقادم الخمسي لا على أساس القسمة ولا على أساس الميراث^(٢) .

كما إن الصلح يعتبر من التصرفات الكاشفة للحقوق وليس ناقلاً لها ، وبناءً عليه إذا تنازع شخصان على ملكية عقار ثم تصالحا على إذه ملك لأحدهما ثم تبين بعد ذلك إنه ليس مملوكاً لأيهما ، وإنما هو مملوك لشخص ثالث ، فإن المتصالح الذي آل إليه العقار لا يستطيع التمسك بالتقادم الخمسي ، وإنه لم يتلق العقار بسبب صحيح ، ذلك إن عقد الصلح الذي يستند إليه لم ينقل الملكية حقاً لهذا المتصالح^(٣) .

ثالثاً - يجب أن يكون العمل القانوني صادراً من غير المالك أو صاحب الحق العيني :

يشترط كذلك في التصرف القانوني حتى يعتبر سبباً صحيحاً أن يكون صادراً من غير مالك الحق ، ولاهم بعد ذلك أن يكون المتصرف غير مالك اصلاً ، أم أنه كان مالكا ثم زالت ملكيته بأثر رجعي

(٣) عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٦٤٦ .

(٤) السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ١٠٩١ . د. قنري عبد الفتاح الشهاري ، مصدر سابق ، ص ٣١٢ .

(٥) د. عبد المنعم البدرائي ، حق الملكية ، الملكية بوجه عام ، مصدر سابق ، ١٩٧٨ ، ص ٥٢٤ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ٤٥٤ .

(١) أنظر نص المادة ١٠٧٥ من القانون المدني العراقي " ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة ، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائماً مالكاً للحصة المفروزة التي آلت إليه وإنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص " .

(٢) د. اسماعيل غانم ، الحقوق ، مصدر سابق ، ص ١١٩ . د. عبد الناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص ٣٠١ .

(٣) د. سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ . د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، ج ٤ ، اسباب كسب الملكية ، الحيازة ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٤٩ .



كما لو أبطل سنده أو فسخ ، وهذا الشرط يقودنا إلى الفكرة الجوهرية التي قام عليها نظام التقادم القصير ، إذ شرع حمايةً للحائز دَ بين النية الذي صدر عنه مثل هذا التصرف ^(٤) . ولا يشترط أن يكون من صدر منه السبب الصحيح قد حاز المال حيازة قانونية أم حيازة عرضية ، ولا يشترط أيضاً فيما لو كان المتصرف يستند في حيازته إلى سند أو كان مجرد غاصب ^(٥) .

ويشترط صدور السبب الصحيح من غير المالك ، لأن التصرف الصادر من المالك لا يمكن أن يعتبر سبباً صحيحاً ، فالعقد الصادر من المالك فأذ به ينقل الملكية في الحال ودون أن يكون معرضاً للنقض أو البطلان أو الفسخ كوننا لم نكن بحاجة إلى تدعيمه بالحيازة ^(٦) .

وقد أثير الخلاف في الفقه المصري حول فيما لو كان تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز من العقار الشائع يعتبر سبباً صحيحاً أم لا ، ففي رأي أنه لا يعتبر سبباً صحيحاً ^(٧) ، باعتبار الشريك مالكا لكل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة سهامه . وفي المقابل نرى غالبية شرّاح القانون المدني المصري يرون إن هذا التصرف يعد سبباً صحيحاً ^(٨) .

وأعتقد إن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع إلى الغير بأعتباره هو المالك لهذا الجزء فإن التصرف فيما يخص سهام المتصرف لا يستطيع المتصرف إليه التمسك بالسبب الصحيح حيالها ذلك إن التصرف قد صدر من مالك ، أمّا السهام الأخرى ، فإن المتصرف أجنبياً بالنسبة لها ، فإذا تصرف فيها على أنه هو المالك ، فيستطيع المتصرف إليه التمسك بذلك ، كون التصرف قد صدر من غير مالك ، شريطة أن يكون المتصرف إليه دَ بين النية أي أنه لا يعلم أن المتصرف هو شريك ولا يملك إلا حصته .

كذلك لا يستطيع من تلقى الحق من مالك محروم من التصرف بمقتضى شرط عدم التصرف ، أن يحتج بالتقادم الخمسي ، إذا ما احتج من له مصلحه بالبطلان ، كون التصرف قد صدر من مالك فلا يعد سبباً صحيحاً .

وإذا كان السبب الصحيح بيعاً ، وجب أن يكون البائع في تصرفه مضيفاً الملك إلى نفسه ، أي أنه يدعي الملكية ، أمّا إذا صدر البيع منه بصفته نائباً عن المالك وتبين عدم نيابته عنه ، أو كان نائباً ولكنه تجاوز حدود النيابة ، فإن هذا العقد لا يعتبر سبباً صحيحاً ، وإمّا يتعين أعمال الأحكام الخاصة بالنيابة بالتعاقد وبأثار الوكالة ^(٩) .

فالبيع هنا لا يعتبر صادراً عن النائب لأنه لم يبرمه بإسمه ، كما لا يعتبر صادراً عن الأصل لأنعدام النيابة ، أو لتجاوز حدودها ^(١٠) .

(٤) د. رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق ، مصدر سابق ، ص ٤٥٩ . د. السيد محمد السيد عمران ، الملكية في القانون المصري ، مصدر سابق ، ١٩٩٣ ، ص ٣١٥ . د. محمود خيال ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦ .

(٥) سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٤٧٦ .

(٦) د. عبد الفتاح عيد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ٤٥٣ .

(٧) د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٣٨٨ . وبحثه " تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع ، منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد الثالث والرابع للعام ١٩٦٢ / ١٩٦٣ ، ص ٦٢ .

(٨) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ص ٣٠٥ . د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ . د. عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٥٢٨ .

(٩) نقض مدني مصري رقم ١٦٢ لسنة ٥٦ ق ، جلسة ١٠ / ١٢ / ١٩٨٩ ، مجموعة احكام النص ، ص ٦٥٥ نقلا عن د. سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٢٨٥ .

(١٠) د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص ٤٠٩ .



رابعاً - يجب أن يكون العمل القانوني سنداً حقيقياً موجوداً :

رأينا إنَّ السبب الصحيح يجب أن يكون عملاً قانونياً ناقلاً للملكية أو الحق العيني بطبيعته وصادراً من غير المالك ، ويضاف إلى الشروط المتقدمة ، شرط أن يكون العمل القانوني هذا حقيقياً وموجوداً ، وعليه فإن العقد الصوري لا يجوز الاستناد إليه باعتباره سبباً صحيحاً ، فإذا ما كان ظاهر العقد ناقلاً للملكية وحقيقته غير ذلك ، كما لو باع شخص عقاراً لا يملكه بعقد صوري لا وجود له أو لأي تصرف ناقل للملكية في الواقع ، فإنَّ المشتري بالعقد الصوري لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم القصير ، لأنَّ انتفاء السبب الصحيح ^(١) . كذلك لا يعدُّ سبباً صحيحاً التصرف المزور ، إذ لا وجود له أصلاً ^(٢) .

كذلك الحال بالنسبة للسندات الظنية التي لا توجد إلا في مخيلة الحائز ، كما إذا حاز شخص عقاراً معتقداً إنَّ وكيله قد اشتراه إثر تكليفه إليه بشرائه . وكذلك إذا كان الحائز قد وضع يده مستنداً إلى وصية صادرة إليه ، وأتضح بعد ذلك أنَّ الموصي قد رجع فيها ، ففي هاتين الحالتين لا يكون ثمة مسوغ للحيازة في الواقع من الأمر ، وإنَّما هو توهم قام في ذهن الحائز ^(٣) .

وكذلك لا يعدُّ العقد الباطل ، لأنَّ عدم أهلية المتعاقد ، أو لعدم مشروعية محل العقد أو سببه ، سبباً صحيحاً ، كون مثل هذا العقد لا وجود له في نظر القانون ، ولا يمكن أن يترتب عليه نقل الملكية أو الحق العيني ، حتى ولو كان صادراً من مالك ، ولهذا فإن التصرف الباطل لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، يمكن أن يستند له المتصرف إليه الحائز في مواجهة المالك الحقيقي ، ويستطيع المالك أن يتمسك في مواجهة الحائز ببطلان التصرف ، لأنَّ البطلان يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك به ، ولا شك في وجود مصلحة للمالك الحقيقي في التمسك ببطلان هذا السند ، ويستوي أن يكون البطلان لسبب متعلق بالموضوع كما سبق من أمثلة أو متعلقاً بالشكل كهبة عقار باطلة لعدم افراغها بالشكل الرسمي ^(٤) .

أما إذا كان التصرف قد علّق فيه إنتقال الحق على شرط واقف ، فإنَّ هذا الإنتقال لا يتم لو إنَّ التصرف صدر من مالك إلا إذا تحقق الشرط ، وعليه لا يصلح هذا التصرف سبباً صحيحاً طالما إنَّ الشرط لم يتحقق ، فإذا تحقق الشرط فإن التصرف يعتبر سبباً صحيحاً من وقت هذا التحقق ، ولا مجال هنا لأنطباق فكرة الأثر الرجعي للشرط ، كون الحيازة كانت قائمة قبل تحقق الشرط ، إذ الحيازة لا تعتبر مستندة إلى سبب صحيح إلا من الوقت الذي يكون الشرط فيه قد تحقق فعلاً ، أما الحيازة السابقة على ذلك فأنَّها تكون مقترنة بالتزام الحائز بالرد في حالة تخلف الشرط ، فتكون بذلك حيازة عرضية ^(٥) .

وإذا ما كان التصرف قد علّق فيه زوال الحق على شرط فاسخ ، فيكون من شأنه نقل هذا الحق لو أنَّه صدر من مالك ، ومن ثم يصلح هذا التصرف سبباً صحيحاً طالما إنَّ الشرط لم يتحقق ، ، أمَّا إذا تحقق الشرط فإنَّ التصرف ينفسخ بأثر رجعي ، فيعتبر كأن لم يكن طبقاً لحكم هذا الأثر ، ومن ثم تعتبر

(١) د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، ج١ ، في مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ٦٧٤ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٩ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الأحوال ، مصدر سابق ، ص ٥٢٢ .

(٣) عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٥٢٩ . د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

(٤) نصت م ١٢٨ / ١ مدني عراقي على ان " العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا " .

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .



الحيازة كأنها لم تستند إلى سبب صحيح ، فلا يستطيع الحائز أن يتمسك بالتقادم الخمسي حتى لو كان الشرط لم يتحقق الا بعد مضي خمس سنوات من بدء الحيازة ^(٣) .
وبعد هذا العرض للسبب الصحيح سنتطرق في الفرع الثاني إلى أهم النقاط التي تثير أوجه الخلاف بين الزعم بسبب شرعي المنصوص عليه في نظرية الإلتصاق والسبب الصحيح المنصوص عليه في نظرية الحيازة بوصفهما سببين من أسباب كسب الملكية .

الفرع الثاني

أوجه الخلاف بين الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح

بعد أن عرّفنا كل من الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح ، أن لنا معرفة الفرق بين المصطلحين وما يميّز كل منهما عن الآخر . فالسبب الصحيح، وفق التشريع الفرنسي والمصري ، هو السند الذي بطبيعته ناقلاً للملكية ووفق التشريع العراقي هو سند أو حادثة تثبت حيازة العقار ، أمّا الفقه فقد عرّفه بأنه تصرّف قانوني ناقل للملكية بطبيعته من شأنه أن ينقل الملكية لو كان صادراً من مالك ، في حين نرى أنّ الزعم بسبب شرعي هو إعتقاد المحدث وقت إقامة المحدثات إنّما يبني أو يغرس في ملكه ، أو إعتقاده بأنّ له الحق في إقامة المحدثات .

وكون السبب الصحيح سنداً كما نصّ عليه القانون المدني المصري ، أو هو سند أو حادثة كما نصّ عليه القانون المدني العراقي ، أو هو تصرّف قانوني كما عرّفه الفقه ، فهو بهذا الوصف ذا معيار موضوعي لا علاقة له بالجانب الشخصي لمن يتمسك به ، كدُسْن ثيّه أو سوئها ، ومن ثم فإنّ دُسْن الثيّه يعتبر شرطاً مستقلاً عن السبب الصحيح ^(١) . أمّا الزعم بسبب شرعي فهو الأعتقاد الذي يستند إليه المحدث في إقامة محدثاته على أرض الغير ، وعليه يكون ذا معيار شخصي ، وإنّ دُسْن الثيّه أو سوئها مسألة ملازمة للزعم ، أي أنّ دُسْن الثيّه لا يعتبر شرطاً مستقلاً عنه ، بل أنّ هناك رأياً في الفقه يعتبر مصطلح الزعم ومصطلح دُسْن الثيّه مصطلحين مترادفين ^(٢) .

وكذلك فإنّ السبب الصحيح بأعتباره عملاً قانونياً ، فإنّ الواقعة الطبيعية والفعل المادي يخرجان من نطاقه ، إذ لا يعتبران من الأسباب الصحيحة في القانون المدني المصري ^(٣) . ولا يعتبر كذلك الفعل المادي سبباً صحيحاً بموجب القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى والتشريعات جميعاً ^(٤) .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، ط٢ ، مصر ، ١٩٦٤ ، ص٦٤٦ .

(١) د. عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص٦٣٨ . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص٤٦١ .

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص١٤٢ . محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص١٧١ .

(٣) انظر نص المادة ٩٦٩ / ٣ من القانون المدني المصري . يقابلها م ٩٧٣ / ٣ لبيي .

(٤) انظر نص المادة ١١٥٨ من القانون المدني العراقي . يقابلها م ١١٨٢ / ٢ مدني اردني . م ١٣١٨ / ٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية .



بخلاف ذلك نرى الزاعم قد يستند في زعمه إلى واقعة طبيعية أو فعل مادي أو إلى عمل قانوني ، كأن يتعدى الجار على جزء يسير من أرض جاره ، وهو فعل مادي ^(٥) ، أو قد يتمسك بسند أبطل أو فسخ لسبب ما ، بعد أن أقام محدثات على الأرض وهو بذلك يتمسك بعمل قانوني ^(١) ، وقد يستند إلى الميراث وهنا يتمسك بواقعة طبيعية ^(٢) .

وكذلك يشترط الفقه لأعتبار العمل القانوني سبباً صحيحاً ، أن يكون عملاً قانونياً ناقلاً للملكية بطبيعته ، كالبيع والهبة والوصية والوفاء بمقابل والعقود المنشئة لحقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق الظاهرة والأحكام القضائية الناقلة للملكية ، كحكم الشفعة الذي ينقل الملكية للشفيع ^(٣) .

عليه فإن العمل القانوني الذي ليس من شأنه أن ينقل الملكية بطبيعته ، كالعقود المنشئة للالتزامات الشخصية أو الناقلة للحيازة المادية كالأجاره والعارية لا يعتبر سبباً صحيحاً . وكذلك التصرفات المقررة للملكية أو الكاشفة عنها كالقسمة والصلح ^(٤) . وفي هذا المقام يختلف السبب الصحيح أيضاً عن الزعم بسبب شرعي ، حيث يمكن للمحدث أن يتمسك بالعمل القانوني سواء كان ناقلاً للملكية بطبيعته إذا لم يكن من شأنه أن ينقل الملكية ، فالصلح والقسمة يصح للزاعم أن يتمسك بهما باعتبارهما زعماً بسبب شرعي ، فقد يتنازع شخصان على ملكية عقار ثم يتصالحا على إتيه ملك لأحدهما ثم تبين بعد ذلك إتيه ليس مملوكاً لأيهما ، وإنما مملوك لشخص ثالث ، هنا لا يستطيع المتصالح الذي آل إليه العقار التمسك بالسبب الصحيح ، كون التصالح يعتبر من التصرفات الكاشفة للملكية وهو ليس ناقلاً للملكية ^(٥) ، وبخلاف ذلك يصح للمتصالح إذا ما كان قد أقام محدثات على الأرض المتصالح عليها أن يتمسك بالزعم الشرعي إتجاه المالك الحقيقي .

ومن الشروط الأخرى للسبب الصحيح أن يكون صادراً من غير المالك ^(٦) . وعليه فإن التصرف الصادر من المالك لا يعتبر سبباً صحيحاً ، فالعقد الصادر من المالك كان ينقل الملكية في الحال ودون أن يكون معرضاً للنقض أو البطلان أو الفسخ ^(١) . بخلاف ذلك نرى إن التصرف وإن كان صادراً من المالك فإنه يصح أن يكون زعماً بسبب شرعي وهذا ما سار عليه القضاء فقد قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها على أن " يستحق صاحب البناء قيمته قائماً إذا كان قد شيده على الأرض التي

^(٥) الفعل المادي أو الوقائع التي تقع بفعل الإنسان ويقصد بها الأفعال التي تصدر من الشخص فيجعل القانون من وقوعها نفسه سبباً لنشأة الحق . انظر في ذلك د. عباس العبودي ، شرح قانون الإثبات ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٥٥ . د. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، بلا مكان و سنة طبع ، ص ١٤٩ .

^(١) العمل القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني . انظر في ذلك د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٢٩٨ . د. نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٨ .

^(٢) الوقائع الطبيعية وهي الأمور التي تحدث بفعل الطبيعة وحدها ودون أن يكون للانسان دخل في حدوثها ، كالزلازل والفيضانات وكذلك الوفاة التي تنشأ كلها بقوة قاهرة . انظر في ذلك د. عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ . د. عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٣٩٢ . د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٢٦ .

^(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٨٢ ، مصدر سابق ، ص ٦٤٧ .

^(٤) انظر ص ٤٥ من الرسالة .

^(٥) د. سعيد جبر ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ . د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

^(٦) د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ . د. السيد محمد السيد عمران ، الملكية في القانون ، مصدر سابق ، ص ٣١٥ .

^(١) د. عبد الفتاح عيد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ٤٥٣ .



إشترها خارج دائرة التسجيل العقاري^(١) ، وبذلك أيضاً قضت محكمة النقض المصرية " أن الطاعنة وإن لم تسجل بعد الحكم القاضي بصحة ونفاذ عقد شرائها ، إلا أنه لامراء في توافر مصلحة لها قائمة بقرها القانون في النضال دفعا لما تدعيه المطعون ضدها من حق في تملك ما أقامته من بناء ، طالما قد ثبت أن هذا البناء يقع في الأرض المباعة لها من ملاكها الحقيقيين " (٢) .

أما القضاء الفرنسي فقد عد المشتري الذي يقيم محدثات على الأرض المباعة قبل تسجيل العقد إنمّا يبني في ملك الغير ، ولكنه بان حـ بين النية^(٣) إلا أن القضاء نفسه رجع عن ذلك وقرر بأن التعهد بين البائع والمشتري والذي بني بموجبه المشتري لا يكفي لأعتبار الباقي ذا نية حـ سنة^(٤) . كذلك يشترط أن يكون السند حقيقياً وموجوداً ، فلا يعد السند الظني والسند الباطل أسباباً صحيحة ، فإذا ما حاز شخص عقاراً معتقداً إن وكيله قد إشتره بعد تكليفه إياه بشرائه ، ولكن الأخير كان قد إستأجره ، أو أن الحائز وضع يده مستنداً إلى وصية صادرة إليه ، واتضح بعد ذلك بأن الموصي قد رجع عنها ، ففي هذين الفرضين لا يمكن للحائز أن يتمسك بالسبب الصحيح كون السند الذي يتمسك به غير موجود أصلاً إلا في مخيلته^(٥) . والعقد الباطل كذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً ، كونه مثل هذا العقد لا وجود له في نظر القانون ، ولا يمكن أن يترتب عليه نقل الملكية حتى لو صدر من المالك^(٦) . وبالمقابل فإن العقد الباطل والسند الظني يصح كل منهما إنّه يعتبر زعماً بسبب شرعي ، فمن يشترى الأرض بعقد باطل يعتبر حـ بين النية طالما إنّه لم يكن يعلم بسبب بطلان العقد ويعتقد بصحته ومن ثم يعتقد بأحقية البناء على الأرض ، وكذلك يعتبر حـ بين النية من يبني في أرض يعتقد إنّه قد ورثها^(٧) .

ويشترط أيضاً بمن يتمسك بالسبب الصحيح أن يكون حائزاً قانونياً ، فإذا ما كانت حيازته عرضية فليس له أن يتمسك بالسبب الصحيح مهما إمتدت حيازته^(٨) .

يخالف ذلك أن الحائز العرضي والقانوني يستطيعان من أن يتمسكا بالزعم الشرعي فإذا ما إذن مالك الأرض لشخص ما بأقامة محدثات على أرضه ولم يتفقا على مصير هذه المحدثات فإن للمحدث أن

(١) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٦١٢ / ٢م / ٩٧٨ في ١٢ / ٤ / ١٩٧٨ منشور في مجلة الاحكام العدلية ، مجلة تصدرها وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص ١٤ .

(٢) الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٨١ . أشار إليه السيد محمد خلف ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .
(٣) Cass civ, ١٣ Mai, ١٩٩٣: Bull. Civ. ١١١, n. ١٠٢, P. ٨٨١ Rdim. Janv- Mars, ١٩٨٤. P. ٣١-Dictiannarie Permanent constraction, Opct n-٤٧, P. ٦٨٩ . Case civ ٢٨ jan, and ١٨ mar, ١٩٨٧, CODE CIVIL , Optc , P , ٣٤٠

(٤) Cass. ٥ Feevr. ١٩٨٥: Gaz Pal, Rec. Bim, Mars-Avr. ١٩٨٧. Somm, P. ١٢٩, Ibid, n. ٤٨, P. ٦٨٩ .

(٥) د. عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٥٢٩. د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

(٦) سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٢٨٧ .

(٧) د. حسام الدين الالهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٨) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٧٤ . والحائز القانوني هو من يستند إلى ركني الحيازة . المادي والمعنوي ، والركن المادي هو تلك الاعمال المادية التي يمارسها عادة صاحب الحق موضوع الحيازة ، كزراعة الارض او اجراء التعديلات عليها او السكنى مثلاً ، اما الركن المعنوي فيقتصد ، نية الحائز في القيام بالاعمال المادية باعتباره مالكا او صاحب حق عيني . مثال ذلك ان يشترى شخص دار من غير مالكةا ويقوم بالسكن فيها باعتباره هو المالك . اما الحائز العرضي فهو من يستند إلى الركن المادي فقط في حيازته ، كالمستأجر او المستعير. انظر في ذلك د. عصام انور سليم ، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٢ ص ٥٩ . د. محمد المنجي ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .



يتمسك بالزعم الشرعي ومن ثمَّ فأنَّه يستحق قيمة المحدثات قائمة ولا يستطيع صاحب الأرض طلب إزالتها^(٣).

والسبب الصحيح يجب أن يكون مسجلاً وفق القانون المدني المصري ، ولا عبرة بالتصرف القانوني غير المسجل في كسب الملكية بالحيازة ، أمّا في القانون المدني العراقي لا يمكن إعمال السبب الصحيح لكسب الملكية بالحيازة إلا في العقارات غير المسجلة . أمّا كسب الملكية بالإلتصاق المستندة إلى الزعم بسبب شرعي فأنَّه لا يشترط في التصرف الذي يستند إليه الزاعم أن يكون مسجلاً إذا ما كان يستند في زعمه إلى تصرف قانوني ، كذلك يمكن التمسك بالزعم الشرعي في العقارات المسجلة وغير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري سواء كان ذلك طبقاً للقانون المدني المصري أم للقانون المدني العراقي .

وأخيراً فإنَّ الزعم بسبب شرعي يختلف عن السبب الصحيح في أنَّ الأول ينتج آثاره في كسب الملكية إذا ما قام لوحده ولا يشترط المشرع شروطاً أخرى لترتيب الآثار القانونية عليه ، أمّا في السبب الصحيح فإنَّ المشرع يشترط الحيازة لمدة معيّنة ودُسْنُ ثَبَّةِ الحائز حتى ينتج السبب الصحيح أثره في كسب الملكية .

وبعد أن تَبَيَّنَ لنا أوجه الخلاف بين الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح إلا أنَّنا نشير إلى رأي في الفقه المدني العراقي الذي يعتبر ان كل من الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح مصطلحان لهما معنى واحد^(١).

والحق إنَّ تطبيق أحكام الإلتصاق على المحدث الذي يستند في حيازته إلى سبب صحيح بأعتبار إنَّ هَ أَقام المحدثات بَنِيَّةً ملكيَّةً للأرض ، لا يعني إشتراط السبب الصحيح على كل محدث ، فالسبب الصحيح لا يجعل المحدث ذا زعم بسبب شرعي ، وأمّا الأعتقاد الذي قام في نفسه وقت إقامة المحدثات هو الذي عَوَّلَ عليه المشرع لأعمال قواعد الإلتصاق ، فإذا ما كان لدى الحائز سبب صحيح وكان دَ بِنِ الثَبَّةِ وقت تلقي العقار ، ومن ثم أصبح سيئ الثَبَّةِ وقت إقامة المحدثات أيَّ إنَّه أصبح يعلم إنَّه تلقى العقار من غير مالكه ، فلا يقوم لديه الزعم الشرعي .

إذن والحال هذا فإنَّ نظرية السبب الصحيح تختلف إختلافاً جذرياً عن نظرية الزعم بسبب شرعي .

(٣) انظر نص المادة ١١٢١ من القانون المدني العراقي .

(١) د. حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ . شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨٩٨ .



الفصل الثاني

أحكام المحدثات في نطاق نصوص الإلتصاق الصناعي

نصّت القوانين المدنية وكما اسلفنا على قرينة مفادها ان جميع المحدثات المقامة على الأرض تعتبر من عمل صاحب الأرض وانه قد أقامها على نفقته ، وذكرنا أيضاً بان هذه القرينة بسيطة يمكن اثبات ما يخالفها ، فإذا ما اثبت شخص أمراً مخالفاً ، كأن يثبت انّ المحدثات المقامة على عقار ما اقيمت بمواد تعود له ، أو أنه يثبت انّ المحدثات قد اقيمت من قبل شخص لا يملك الأرض ، فان القرينة الانفة الذكر لا يعمل بها وتنهض أحكام الإلتصاق لتحكم مصير هذه المحدثات .

واعتماد الفقه المدني على سرد هذه الأحكام وفق ثلاثة فروض ، الأول هو إقامة المحدثات على أرض الغير بمواد يملكها المحدث ، والفرض الثاني هو أن يقوم مالك الأرض بإقامة محدثات على أرضه بمواد تعود ملكيتها إلى الغير ، أما الفرض الثالث . فهو أن يقوم شخص لا يملك الأرض بإقامة محدثات عليها بمواد تعود للغير . ولأهمية البحث في الفرض الأول لكثرة وقوعه في الحياة العملية ، ارتأيت ان اخصص له المبحث الأول من هذا الفصل واسميته ، أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير ، اما المبحث الثاني فقد خصص للفرضين الآخرين واسميته بأحكام المحدثات المقامة بمواد الغير ليشمل الفرضين الآخرين ، كونهما يشتركان في ان كلاً منهما يقام بمواد لا تعود لمالك الأرض .

المبحث الأول

أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير

يتحقق هذا الفرض من فروض الإلتصاق عندما يقيم شخص محدثات على أرض لا يملكها وان هذه الصورة من صور الإلتصاق هي اكثر صور الإلتصاق وقوعاً في الحياة العملية ، إذ غالباً ما يقيم حائز الأرض محدثات عليها لكنه لا يتمكّن من اثبات ملكية الأرض لسبب أو لآخر ^(١) ، ثم تُستحق الأرض لشخص آخر فيستردها من الحائز ، وهنا تثار مشكلة ملكية المحدثات التي أقامها الحائز ، وفي هذا المقام يضع الفقه عدة حلول منها إعتبار العقار أرضاً ومحدثات ملكاً على الشيوع فيما بين مالك الأرض ومقيم المحدثات كل بنسبة قيمة الشيء الذي كان يملكه قبل عملية الاندماج ، ورغم ان هذا الحل يحقق المصلحة الاقتصادية المتمثلة بعدم الهدم ، وكذلك مصلحة مالك الأرض بعدم إجباره على تملك المحدثات بعد دفع تعويض للمحدث قد لا يتمكن منه ، الا انه لا يخلو من النقد ، ذلك انّ الملكية الشائعة ، ملكية قلقة تنتهي في نهاية المطاف إلى القسمة ، فضلاً عن ان تحديد نسبة كل شيء في عموم العقار عملية في غاية الدقة وغالباً لا يتفق الطرفان عليها ^(٢) .

اما الحل الثاني فهو الزام الباني أو الغارس بقلع المحدثات ، وان هذا الحل كما يؤكد مناصروه يؤدي إلى حماية الملكية الخاصة ، لكنه منتقد كونه يؤدي إلى تخريب ما تم تعميمه ، والحل الثالث هو

(١) د. ليلي عبد الله الحاج سعيد ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

(٢) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .



تمليك المحدثات لمالك الأرض ، ذلك ان المحدث متعدي وان صاحب الأرض أولى بالرعاية منه ^(٢) .

ويلاحظ ان التشريعات لم تأخذ بالحل الأول لعدم ملائمته من الناحية العملية مصلحة الطرفين الا انها اخذت بالحلين الآخرين ، آخذة بنظر الإعتبار ، زعم المحدث بسبب شرعي من عدمه . وعليه فان الدراسة في هذا المبحث سنتقم إلى ثلاثة مطالب نحدد في المطلب الأول حكم المحدثات المقامة في أرض الغير بسوء نية ، وفي المطلب الثاني حكم المحدثات المقامة في أرض الغير بزعم سبب شرعي ، وفي المطلب الثالث حكم المحدثات المقامة بإذن المالك أو المقامة من قبل جار حسن النية .

المطلب الأول

أحكام المحدثات المقامة في أرض الغير بسوء نية

نصّت المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي على انه " إذا احدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم انها مملوكة لغيره ودون رضا صاحبها ، كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها ، فإذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فله ان يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع " ^(٣) .

ويلاحظ ان النص المذكور لم يورد عبارة سيئ النية ^(١) ، لكنّه حدد المحدث سيئ النية بأنّه من اقام المحدثات على أرض الغير وهو يعلم انها لا تعود له ، وان صاحب الأرض لم يرض بإقامة هذه المحدثات على أرضه ، أي انه يتعدى على أرض غيره بإقامة هذه المحدثات ، فإذا ما استطاع صاحب الأرض استردادها فما هو مصير المحدثات المقامة على أرضه ؟ وما هي حقوق مالك الأرض وكذلك حقوق المحدث ؟ ولغرض الاجابة على هذه الأسئلة نعرض في هذا المطلب فرعين ، نبين في الفرع الأول حقوق مالك الأرض ، وفي الفرع الثاني حقوق المحدث .

الفرع الأول

حقوق مالك الأرض

نصّت اغلب التقنيات المدنية على انّ لمالك الأرض حقين في حالة إقامة محدثات على أرضه من شخص متعدي ، بحيث كان يعلم ان الأرض مملوكة للغير ، وان هذا الغير لم يباين له بإقامة هذه المحدثات ومع ذلك فقد أقامها ^(٢) .

الحق الأول هو ان لمالك الأرض طلب إزالة المحدثات التي اقيمت على أرضه على نفقة المحدث ، اما الحق الثاني فهو تملك هذه المحدثات . الا ان القوانين اختلفت في تحديد المدة التي يحق لصاحب الأرض طلب الإزالة خلالها وفي مقدار ما يجب عليه دفعه لقاء تملك المحدثات وهذا ما سنقوم ببيانه عند توضيح خيارات مالك الأرض .

^(٢) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .
^(٣) تقابليها المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري (موافق) . م ٨٨٢ من القانون المدني الكويتي (موافق) . م ٢١٧ من قانون الملكية العقارية اللبناني (موافق) . م ١٢٦٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية (موافق) .
^(١) تفرد القانون المدني السوري بنصه على " . . . من اقام محدثات ذات نية سيئة . . . " بخلاف القوانين المقارنة .
^(٢) أنظر نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي . المادة ١١٢٤ من القانون المدني المصري . المادة ٨٨٢ من القانون المدني الكويتي . المادة ٢١٧ من قانون الملكية العقاري اللبناني . المادة ٨٩ من القانون المدني السوري .



الخيار الأول – الحق في طلب إزالة المحدثات

يعد هذا الخيار تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية^(٣). لأن إقامة المحدثات على أرض الغير مع العلم بذلك يعد اعتداءً على حق ملكية صاحب الأرض، ويعتبر خطأً عمدياً بالنسبة لفعل المحدث والذي يستقيم معه إزالة الضرر ما دام ذلك ممكناً^(٤). وهذا الحق يعد رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، منحه المشرع لصاحب الأرض بإعتباره مالكاً، وليس لغيره الحق في استعمال طلب إزالة المنشآت فهو قاصر على مالك الأرض دون صاحب المحدثات، فلا يجوز للمشتري ويعقد غير مسجل طلب الإزالة لأن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل^(٥). وقد سار القضاء العراقي على الزام المحدث بقلع المحدثات التي يقيمها على أرض الغير وهو يعلم انها ليست مملوكة له او يعلم بأن ليس له الحق بإقامة المحدثات. ففي قرار لمحكمة تمييز العراق جاء فيه بأنه بعد ان ثبت ان المغروسات عائدة للمدعى عليه وان زرعها كان فضولاً وتجاوزاً ان تحكم له بمنع المعارضة في المغروسات مقلوعة أي ان له ملكها والتصرف بها بعد القلع^(٦). وفي قرارات أخرى للمحكمة نفسها " حيث ان وازعة اليد على البناء لا سند لها من القانون في احقية البناء، فكان ينبغي على المحكمة ان تحكم بقلع البناء إذا كان القلع لا يؤثر على الأرض^(٧). وكون دعوى طلب إزالة المنشآت دعوى ملكية وليست دعوى حيازة فانها لا ترفع الا من قبل مالك العقار، وطلب الإزالة يعتبر طلباً متفرعاً عن طلب ثبوت الملكية ويفصل فيها طبقاً لقواعد الإلتصاق. وبذلك قضت محكمة النقض المصرية " بان طلب إزالة المنشآت التي يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية، هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، خولها القانون لصاحب الأرض ب وصفه مالكاً^(٨).

ولا يلزم مالك الأرض اثبات ضرر بجانبه لاستعمال حق طلب الإزالة، بإعتبار كفاية الاعتداء على الملكية في حد ذاته^(٩). ويجري القضاء الفرنسي على ذلك، بينما يتعرض هذا الحل للنقد من جانب بعض الشراح الفرنسيين على أساس نتيجته غير الاقتصادية احياناً، إذ يخشى ان يكون من شأنه هدم انشاءات أو مزروعات هامة دون مبرر جدي^(١٠).

(٣) نصت م ١٩٢ مدني عراقي على " يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا . . . " كما نصت م ١٩٤ منه على " ١- إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الاضرار الأخرى "

(٤) قرار محكمة التمييز رقم الاضبارة ١٠٣٨ / م عقار / ٢٠٠١ في ٢٤ / ٦ / ٢٠٠١ (غير منشور).

(٥) د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ط ١، مطبعة لجنة البيان العربي، بغداد، ١٩٦٤، ص ٢١٠. انظر حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٨٩ سنة ٤٢ ق، جلسة ١٣ / ١ / ١٩٧٦. اشارة اليه، السيد خلف محمد، المصدر السابق، ص ٣١٠.

(٦) رقم القرار ٢٢٩٠ / حقوق / ٥٧ في ١٢ / ٧ / ١٩٥٧. اشارة إليها سليمان بيات، مصدر سابق، ص ١٦.

(٧) ١٩٧٥ / حقوقية / ٥٧. ١٩٧٧ / حقوقية / ٥٧. ١٩٧٨ / حقوقية / ٥٧. ١٩٧٤ / حقوقية / ٥٧ في ٢١ / ٢ / ١٩٥٨. اشارة إليها سليمان بيات، مصدر سابق، ص ٣٦-٣٨.

(٨) طعن ٩٢٠، ٥١ ق في ٢٠ / ١١ / ١٩٨٥. اشارة اليه د. محمد المنجي، دعوى ثبوت الملكية، مصدر سابق، ص ١٥٠. انظر كذلك د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج ٣، مصدر سابق، ١٩٥٢، ص ١٠٧.

(٩) نقض مدني، الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٨ ق، جلسة ٨ / ٥ / ١٩٧٣. اشارة اليه السيد خلف محمد، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(١٠) ١٩٦٥-٦٧٨ RT-Somm-٨٦ DD ١٩٦٥ / ١٣ / ١ / ١٩٦٥. Civ ٣٥٩. no-١١٦٦٢ Bull. ١٠ / ٧ / ١٩٦٢ Civ ٦٦. وانظر إلى اراء الفقهاء الفرنسيين المعارضين، د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٦٦.



وبلاحظ بان نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي قد منح لصاحب الأرض الحق بطلب الإزالة دون قيد زمني ، أي ان لصاحب الأرض بعد اثبات سوء نية المحدث ان يطلب إزالة المحدثات من على أرضه دون ان يقيدته بمدة بانتهاؤها يزول هذا الحق أو ينتقل إلى حق آخر ^(١) . بخلاف المشرع المصري وبعض التشريعات العربية كالتشريع الليبي والكويتي ، حيث قيد حق صاحب الأرض بطلب الإزالة بمدة سنة تبدأ من تاريخ علمه بإقامة المحدثات على أرضه ^(٢) .

ويذهب الفقه والقضاء في مصر بان تاريخ علم مالك الأرض بالمحدثات وحده لا يكفي ، إذ يجب ان تبدأ مدة السنة من تاريخ علم مالك الأرض بشخص من أقامها ، حيث ان مالك الأرض يواجه خياره في طلب إزالة المحدثات تجاه المحدث وعلى نفقة الأخير ، ولازم ذلك ان يكون عالماً بشخص من أقامها حتى يتسنى له من بعد ان يوجه إليه طلب ازالته على نفقته على نحو ما صرح به النص المصري ، لأن العلم بإقامة المحدثات لا يقتضي حتماً ولا بطريق اللزوم العلم بمن أقامها ، ومن ثمّ فان ميعاد السنة الذي يطلب الإزالة خلالها لا يبدأ الا من اليوم الذي يعلم فيه مالك الأرض بإقامة المحدثات وبشخص من أقامها ^(٣) .

وان هذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ومن ثمّ فانها لا يرد عليها وقف ولا انقطاع ^(٤) .

وبرجّح حكم القانون المدني المصري بتقيد طلب الإزالة بمدة سنة ، على خلاف المشرع العراقي الذي اطلق الحكم دون تقيد وذلك لسببين ، الأول ان عدم التقيد يؤدي إلى ان يبقى مصير المحدث لمدة غير محدودة تحت رحمة مالك الأرض ، فمتى ما شاء مالك الأرض طلب ذلك . بينما المشرع المصري اجبر المالك على استعمال خياره هذا خلال سنة والا سقط حقه بطلب إزالة المنشآت وانتقل حقه إلى تملك المنشآت ، والسبب الثاني ، ان تحديد المدة يقلل من حالات الهدم ، فإذا لم يطلب مالك الأرض إزالة المنشآت خلال السنة المشار إليها بنص المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري ، فانه لا مجال له بطلب الإزالة . خلاف ذلك فان نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي ، تجعل من الهدم خياراً غير محدد ، يستطيع بموجبه مالك الأرض طلبه متى يشاء .

ونتساءل ، هل يشترط رفع دعوى قضائية لطلب الإزالة ؟

يرى جانب من الفقه انه لا يشترط رفع دعوى قضائية للمطالبة بالإزالة ، بل يكفي ابداء الرغبة ولو بكتاب مسجل ، بل ولو شفويًا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض ^(١) . وبخلاف ذلك يرى جانب آخر من الفقه ^(٢) ومعه القضاء ^(٣) بأنّه لا يقصد بالطلب هنا مجرد ابداء الرغبة

(١) يطابق هذا الحكم حكم المادة ١١٤٠ مدني اردني . م ٨٩٠ مدني سوري . م ١٢٦٩ من قانون المعاملات المدنية الاردني . وم ٢١٧ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٢) م ٩٢٤ مدني مصري . م ٩٢٧ مدني ليبي (مطابق) . م ٨٨٢ من القانون المدني الكويتي (مطابق) . ومما يقتضي الإشارة إليه (٣) د. محمد شكري سرور في المقابلة الشخصية التي تمت في بناية كلية القانون جامعة القاهرة في ٢٩/١/٢٠٠٤ . ومما يقتضي الإشارة إليه فان القانون المدني التركي لسنة ١٩٢٦ ، المكتبة العصرية والمكتبة العربية في بغداد ، ١٩٢٦ ، ص ١٨٢ ، المنشور في الجريدة الرسمية في أنقرة في ٤ / نيسان / ١٩٢٦ تعريب خالد الشابندر ، ينص في المادة ٦٥٤ منه على ان مدة الاعتراض هي (١٥) يوما من تاريخ اطلاعه على البناء وبعدها يعد الباني قد بنى بحسن نية . انظر كذلك طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٠ ق ، جلسة ٣ / ٢ / ١٩٧٥ . السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .

(٤) د. حسام الدين الاخواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

(١) د. جابر محجوب علي و د. خالد الهندياني ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢ . د. محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٢) د. سعيد جبر ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٥١ ، هامش (١) . د. حسام الدين الاخواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .



وانما المقصود هو المطالبة القضائية أي رفع دعوى إلى القضاء ، وقد فسرت محكمة النقض المصرية لفظ " طلب " الواردة في المادة ٩٢٤ من القانون المدني بأنها تؤدي ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو " رفع الدعوى " وقد عبر القانون المدني في العديد من نصوص بكلمة " يطلب " قاصداً بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به ، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجمع بين الحق في طلب الإزالة والحق في طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى " الطلب " هو " رفع الدعوى " والا جاز القول بأنه يكفي مجرد ابداء الرغبة بأي طريق في طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء في هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مراعياً ، الا برفع طلب الإزالة إلى القضاء والا سقط الحق فيه .

ويرجّح الرأي الأخير ، كونه يحقق المصلحة الاقتصادية التي لا تتلاءم بسهولة مع الهدم واللجوء إلى رفع الدعوى يؤكد جدية طلب صاحب الأرض .

وإذا ما تحققت الإزالة بعد طلبها ، فهل يحق لمالك الأرض المطالبة بالتعويض ؟
للأجابة على هذا التساؤل نرى ان نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي السالف الذكر جاء خالياً من حق المطالبة بالتعويض ، لكننا نرى ان القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تجيز للمضروب المطالبة بالتعويض ، فإذا ما اصاب مالك الأرض اية اضرار فله المطالبة بالتعويض^(١) .

ويمكن القول بان حق المطالبة ، بالتعويض في القانون المدني العراقي يتقادم بثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ، ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر ، لان أساس التعويض هنا هو الفعل غير المشروع^(٢) . اما القانون المدني المصري فقد قيد الحق بالمطالبة بالتعويض بمدة سنة من تاريخ العلم بإقامة المحدثات على أرضه^(٣) .

وإذا ما طلب مالك الأرض إزالة المحدثات اعمالاً للخيار الذي منحه له القانون فلا يملك القاضي سوى ان يجيبه إلى طلبه ، دون ان يكون للقاضي سلطة تقديرية ، حتى لو بدا انه متعسف في هذا الطلب لعدم وجود مصلحة جدية له ، كون الخيار الذي يتوقف على محض مشيئة من تقرر له بيعه عن نطاق نظرية التعسف^(٤) .

(٣) نقض مدني رقم ١٢٢٦ ، جلسة ١٧ / ٥ / ١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، ص ٢٩ ، ص ١٢٦٥ . الطعن رقم ١٢٣٦ سنة ٤٧ ق ، جلسة ١٧ / ٥ / ١٩٧٨ س ٢٩ ، ص ١٢٦٥ . أشار إليه سعيد احمد شعله ، قضاء النقض المدني في الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ .

(١) نصّت م ٢٠٤ من القانون المدني العراقي " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " .

(٢) نصّت المادة ٢٣٢ مدني عراقي على انه " لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ايا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه . ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " .

(٣) نصت المادة ٩٢٤ / ١ من القانون المدني المصري " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أمها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت " .

(٤) د. محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص ٦٧ .



اما المشرّع السوري واللبناني فانهما يجبران المحدث سيئ النية باعادة الثمار التي قبضها أو تلك التي قصر في قبضها، وما هذا الحكم الا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بمسؤولية الحائز سيئ النية عن الثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها^(٥).

وإذا ما تقررت الإزالة فإن صاحب المحدثات يلتزم بهدمها على نفقته، بحيث تعاد الأرض إلى الحالة التي كانت عليها قبل إقامة المحدثات، فيجب إزالة الأنقاض تماماً وردم الحفر واجراء الترميمات اللازمة لاعادة الحال إلى ما كانت عليه^(٦).

وإذا لم يقيم المحدث بازالة محدثاته فإن لصاحب الأرض إزالة المحدثات على نفقة المحدث، وله كذلك حق حبس المحدثات بعد ازالتها (أي انقراض المحدثات) حتى يستوفي من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق^(٧).

وان حق طلب إزالة المحدثات له مناصرون كما له معارضون، ويرى مناصرو الإزالة، ان عدم الإزالة يعني اننا نفرض طريقة معينة لم يردّها مالك الأرض، بل ارادها المحدث لاستغلالها، وهذا ما ينتقص من حقوقه كمالك، ومنها حق وطريقة الاستغلال، ويضيفون بان المشرّع قد اعطى الحق لصاحب الأرض في إستبقاء المنشآت إذا ما شعر بأنّها تنماشى وما رسمه في ذهنه من طريقة لاستغلال أرضه^(٨). اما معارضو حق الإزالة فانهم يعتقدون بان الهدم يتعارض والمتطلبات الاقتصادية للعصر، خاصة في ظل ازمة الاسكان السائدة في الكثير من البلدان، وينادون بإستبقاء المنشآت في كل الاحوال مع تعويض المحدث حسب قواعد الإثراء دون سبب، بان يدفع مالك الأرض لصاحب المواد ما زاد في قيمة الأرض أو قيمة المواد مستحقة الإزالة ايها اقل على ان تكون طريقة التسديد ميسرة^(٩).

ويمكن القول بارجحية حجج اصحاب الإتجاه الأول وهم المؤيدون للإزالة ذلك ان عدم اعطاء هذا الحق لمالك الأرض سيشجع التعدي على أرض الغير فضلاً عن ان المحدث لا يستحق هذه الرعاية، على ان يقيد هذا الحق بفترة محدودة على مالك الأرض ان يبدي رغبته خلالها برفع دعوى قضائية يطالب فيها بازالة المحدثات وبخلافه يسقط حقه كما فعل المشرّع المصري.

الخيار الثاني: الحق في تملك المحدثات

نص القانون المدني العراقي في المادة ١١١٩ منه على حق مالك الأرض بتملك المحدثات دون ان يقيد بغيره على الرغم من ان ظاهر النص يحتمل التفسير بان هذا الحق مقيد بكون قلع المحدثات مضرراً بالأرض^(٤). الا ان الفقه والقضاء يرى ان هذا القيد ظاهري ما دام صاحب الأرض وحده هو الذي يقو

(٥) م ٨٩٠ مدني سوري . م ٢١٧ ملكية عقارية لبناني .

(٦) د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، ج ١، حق الملكية واسباب كسبه، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس ليبيا، ١٩٩٦، ص ٢٦٧، د. سعيد جبر، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٥٠، د. محمود خيال، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ١٦٤، د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص ٧٧، الطعن رقم ٢٧٤، س ٣٤ ق، جلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض المصرية، ص ١٩، ع ٢٤، ص ١١٥٥.

(٧) عدنان هاشم شرف الدين، الحق في الحبس للضمان، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص ١١٥.

(٨) د. رمضان ابو السعود، المصدر السابق، ص ٨٢. د. سعيد سعد عبد السلام، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ٢٩٨. السيد محمد علي عمران، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٩) د. حسام الدين الاخواني، المصدر السابق، ص ٩٤. د. جمال خليل النشار، الإلتصاق، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

(٤) بالإضافة إلى القانون المدني العراقي، كذلك كان حكم قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة ١٢٦٩ والمدني الاردني المادة ١١٤٠، اما النص السوري فلم يقيد مطلقاً بما يصيب الأرض من اضرار، واعتبر حق صاحب الأرض بتملك المنشآت مطلقاً دون قيد في المادة ٨٩٠ مدني سوري.



بان قلع المحدثات يضرّ بالأرض من عدمه وليس للمحكمة سلطة في تقدير ذلك ، وبناءً عليه فان مالك الأرض الذي اقيمت على أرضه محدثات من قبل شخص سيئ النية في العراق ان يطلب تملك المحدثات أو قلعها متى يشاء ، وعلى المحكمة ان تجيبه ^(١) .

اما في مصر ، فان مالك الأرض الذي لم يطلب إزالة المنشآت خلال سنة من تاريخ علمه بها وبمن أقامها ، يعدّ ارضياً باستبقائها على أرضه ، وعندها يفرض عليه تملكها بالالتصاق ، أما إذا باع الأرض بما عليها من محدثات قبل مرور السنة ، فان ذلك يعدّ قبولاً ضمناً بتملك المحدثات ^(٢) .

ويختلف الأمر إذا ما كانت الأرض وقفاً ، تفرق في الحكم بين المحدثات المقامة من قبل المتولي أو الأجنبي في حالة البناء بسوء نية ، فإذا ما كان المحدث هو المتولي فيؤمر بقلع المحدثات ، إذا كان الرفع لا يضر بالأرض ، أما إذا كان الرفع يضر بها فان عليه الانتظار حتى تهدم البناء ، أو تبيس الاشجار ، وليس له ، أي المتولي من منفعة المحدثات شيء ، أما إذا كان المحدث اجنبياً ، فله ان يأخذ مواد التي اقام بها المحدثات إذا لم يكن في الأخذ من ضرر للأرض ، وان كان الأخذ لا يمكن الا مع ضرر جسيم يصيب الأرض صارت المحدثات مالا للوقف ، ويدفع لصاحبها اقل القيم الثلاث ، مستحقة القلع أو مستحقة البناء أو مقلوعة بالفعل ، أما إذا كان ما انفق على الأرض من غير المحدثات ، كخصب الأرض بالاسمدة وحرثها وسقيها وتحسينها لم يدفع للمنفق من ذلك شيء ^(٣) .

وقد قضت محكمة التمييز في العراق بقلع المغزوات المقامة على أرض الوقف مع علم الغارس بان الأرض موقوفة ، الا إذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فلدائرة الأوقاف ان تطلب تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع ^(٤) .

ويرى جانب من الفقه في مصر ان مالك الأرض في حالة اعلان رغبته في تملك المحدثات خلال السنة من تاريخ علمه بها ، فانه لا يجوز له العدول عن هذا الطلب ، ورفع دعوى طلب إزالة المحدثات ، بعكس الحال إذا ما طلب الهدم والإزالة وعدل عن ذلك إلى التملك فانه يجاب إلى طلبه وذلك للتضييق من حالات الهدم الذي فيه هدر للاقتصاد الوطني ^(٥) .

وببقى هذا التفسير تفسيراً فقهيّاً بعيداً عن منطق النص وفحواه ويمكن القول بان لمالك الأرض العدول عن طلبه ما دامت السنة لم تنقض ، خاصة إذا ما تأكد له بان المحدثات المقامة على أرضه لا تتسجم والطريقة التي رسمها لاستغلال أرضه ، أو ان قيمة المحدثات وان كانت مستحقة للقلع ولكنها غير ذي نفع له من حيث ريعها مثلاً ، أو غير ذلك من المسائل التي قد تضر به إذا ما الزمناه بملكية محدثات لم يكن قد رضا باقامتها على أرضه من قبل شخص متعدي .

اما إذا انقضت السنة دون ان يطلب مالك الأرض إزالة المحدثات فان يجب إستبقاء المحدثات التي تصبح مملوكة لمالك الأرض بقوة القانون طبقاً لقواعد الإلتصاق ، فلا يلزم مالك الأرض بابداء رغبته

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ١٤١ . وقد اشار في المكان نفسه إلى قرار لمحكمة التمييز برقم ١٤٠٤ / ح / ١٩٦٣ في ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٣ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠ ، هامش (١) . د. محمود خيال ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ . د. محمد علي عمران ، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني المصري ، اسباب كسبها وصورها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٧٨ . د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢ .

(٣) د. حامد مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢١٢ . د. شاكر ناصر حيدر ، أحكام الاراضي ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

(٤) قرار محكمة التمييز ٤٧٤ / ٥٨ و ٤٧٦ إلى ٤٩٥ في ٤ / ٢ / ١٩٥٨ . اشار اليه ، سليمان البيات ، مصدر سابق ، ص ٢٣ . قرار محكمة التمييز المرقم ١٠٧ / ح / ٩٧٠ في ٢٢ / ١ / ٩٧٠ . اشار اليه د. شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ، ص ١٤٧ .

(٥) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، المصدر السابق ، ص ٦٥ . د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ .



في إستبقاء المحدثات أو في تملكها وانما يتقرر له ذلك بموجب القانون ، وكيف الفقه في مصر سقوط حق المالك في طلب الإزالة بعد مرور مدة السنة ، بان سكوته هذه المدة يعد بمثابة اختيار ضمني بإستبقاء هذه المحدثات ^(١) .

الا ان هناك رأي يرد على هذا بان مدة السنة هي مدة سقوط فرضها الشارع كي يباشر خلالها صاحب الأرض حقه في طلب الإزالة حتى لا يظل مصير المحدثات معلقاً مدة طويلة ، ومن ثمَّ فان انقضائها لا يفيد حتماً اختياراً ضمناً لإستبقاء المنشآت ^(٢) .

وإذا ما بقيت المحدثات وتملكها صاحب الأرض فان عليه دفع بدل قيمتها مستحقة القلع ، وهي القيمة التي تقدر لانقاض البناء أو اخشاب الاشجار مقلوعة بعد حسم مصاريف الهدم أو القلع ^(٣) .

الفرع الثاني

حقوق مالك المواد

لاحظنا في الفرع السابق بان حقوق مالك الأرض تتمثل بطلب إزالة المحدثات المقامة على أرضه واستلام الأرض بالشكل الذي كانت عليه قبل إقامة تلك المحدثات عليها ، كذلك له حق تملك المحدثات المقامة من قبل الغير ، فإذا ما مارس حقه بطلب تملك المحدثات اعمالاً لأحكام الإلتصاق فان ذلك لا يتم دون مقابل ، ذلك ان مالك الأرض إذا ما أثر إستبقاء المحدثات على أرضه فانه يكون قد قوّ فائدة هذه المحدثات ، وان المحدث قد احسن صنعاً باقامتها ^(١) . فعلى الرغم من سوء ثبة المحدث الا ان ذلك لا يمنع من حصول مالك الأرض على منفعة من استبقائه للمحدثات ، ولكي لا يثري مالك الأرض على حساب المحدث رغم سوء ثبته ، عليه يجب تعويض المحدث ، فالإلتصاق الصناعي لا يكسب الملكية دون مقابل ^(٢) .

وقد اختلفت التشريعات في تحديد مقدار هذا المقابل ، فنرى القانون المدني العراقي يؤكد ان على مالك الأرض إذا ما اختار تملك المحدثات المقامة على أرضه من قبل شخص سيئ الثبة ، فعليه ان يدفع للاخير قيمة هذه المحدثات مستحقة القلع . وهذا يعني ان تحسب قيمة المحدثات كانقاض بعد حسم مصاريف القلع من ثمن هذه الأنقاض ^(٣) .

ولكننا نلاحظ بان بعض التشريعات ^(٤) حابت مالك الأرض إذا ما اختار إستبقاء المنشآت بحيث خيرته بان يدفع قيمتها مستحقة القلع أو دفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المحدثات ، ومن المؤكد

(٢) د. محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٩ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ ، هامش (١) .

(٤) عارف العارف ، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٨ ، ص ١٧ .

(١) د. محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٩ . د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص ٦٦ .

(٢) د. محمد المرسى زهره ، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

(٣) نصت م ١١١٩ " . . . فله ان يملك قيمة المحدثات مستحقة القلع . " وقد اخذ المشرع الاردني بنفس المعيار الذي اخذ به المشرع العراقي لتحديد مقدار التعويض الذي يستحقه المحدث السدي الثبة ، وكذلك المشرع اللبناني والاماراتي في المواد ١١٤٠ مدني اردني و م ٢١٧ من قانون الملكية العقارية اللبناني والمادة ١٢٦٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٤) م ٩٢٤ مدني مصري . م ٩٢٨ مدني ليبي . م ٨٨٢ مدني كويتي .



بأنه سيختار أقل القيمتين ، وهذا التعويض لا يتناسب مع ما انفقه المحدث في إقامته للمحدثات ، ويعتقد الفقه بان ضالة التعويض التي اقرها المشرع في حالة إستبقاء المنشآت ومن ثم تملكها من قبل مالك الأرض ، تعود إلى ان استفادة مالك الأرض من المحدثات لا تجب سوء ثبة المحدث ، كما ان إستبقاء المحدثات يفسد على مالك الأرض مطالبته بالتعويض عما اصابه من ضرر ، لذا ارتأى المشرع ان يكون التعويض ضئيلاً ليكون بمثابة الاخذ بنظر الإعتبار سوء ثبة المحدث مما يبرر انقاص التعويض عما كان يستحقه لو كان حسن الثبة ، وكذلك فان تملك المحدثات بتعويض منخفض يؤدي إلى تشجيع مالك الأرض بإستبقاء المحدثات بدلاً من طلب ازلتها ^(١) .

اما المشرع السوري فقد ألزم مالك الأرض في حالة تفضيله ابقاء المحدثات المقامة على أرضه من قبل الغير سيئ الثبة بان يدفع له قيمة مواد البناء قبل البناء أو الغرس ، بعد حسم المصاريف التي تكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها ^(٢) .

ومما لاشك فيه بان قيمة المواد أو الغرس قبل البناء أو الغراس منقوصاً منها المصاريف التقديرية للقلع هي اكثر بكثير من قيمة المحدثات مستحقة القلع ، عليه يكون المشرع السوري قد قلل من رعاية مالك الأرض مما قد يؤدي إلى الاكثار من حالات طلب الإزالة بدلاً من إستبقاء المحدثات ، كونه لم يعط الحل الأمثل لمشكلة إقامة المحدثات على أرض الغير بسوء ثبة .

وقد ذهب المشرع الفرنسي ، في المادة ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي ، إلى ابعاد مدى في حقوق المحدث سيئ الثبة ، فنصت المادة المذكورة على إلزام مالك الأرض عند إستبقائه البناء بدفع قيمة الادوات واجرة الأيدي العاملة وتعيين هذه القيمة بحسب المصاريف التي انفقت وقت البناء ^(٣) .

ويعتبر مالك الأرض وقت المطالبة ملزماً بدفع قيمة المحدثات مستحقة القلع وان لم يكن مالكا للأرض وقت إقامة المحدثات ، ودون ان يخل ذلك بحق المالك الجديد الذي دفع هذه المبالغ في الرجوع على المالك السابق ، إذا كان عليه حق الضمان ، وكانت قيمة البناء قد دخلت في الإعتبار عند تحديد الثمن ^(٤) .

وإذا اتجهنا صوب القضاء ، فنراه يلزم صاحب الأرض الذي لم يطلب إزالة المحدثات التي اقيمت على أرضه بسوء ثبة بدفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء ومن ثم يقضي بتمليكها له ^(٥) .

وعليه فان صاحب الأرض عليه ان يختار بين دفع أي من القيمتين حتى يتسنى له تملك المحدثات .

وقد اختلف الفقه في أساس حق مالك المواد بتعويضه عن قيمتها ، فمنهم من يرى ان أساس التزام مالك الأرض بتعويض صاحب المواد هو الإثراء دون سبب وان خرج المشرع في تحديده عما تقتضي

(١) د. حسام الدين الاهوازي ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .

(٢) م ٨٩٠ مدني سوري .

(٣) أنظر في ذلك :

La P-VORIN ed GOUBEAUX-MANUEL DE DROIT Civil, P. ٢٣٦ .

(٤) د. محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدني الجديد ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .

(٥) نقض مدني مصري الطعن رقم ٣٧٤ سنة ٣٤ ق ، جلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٨ . سعيد احمد شعله ، قضاء محكمة النقض في الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .



به هذه القواعد للتشابه الكبير بينهما ، ذلك ان إثراء مالك الأرض بقيمة المحدثات وإقتدار المحدث بها هو أساس الالتزام^(١) .

وبخلاف ذلك يرى جانب من الفقه بان أساس التعويض الذي يدفعه صاحب الأرض يختلف عما تقتضي به قواعد الإثراء دون سبب ، وذلك لان هذه القواعد تقتضي بان المثري وهو صاحب الأرض يلتزم بدفع اقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، وهذه القيمة الاخيرة تكون عادة اقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، حيث تتمثل بقيمة المواد والادوات التي استخدمها في إقامة المنشآت واجرة العمل الذي حقق اقامتها ، بينما القيمة التي يلتزم بادائها مالك الأرض قيمة الانقراض فقط ، وهي قيمة تعد اقل من إفتقار صاحب المنشآت فيكون صاحب المنشآت قد عومل معاملة أسوأ مما تقتضي به قواعد الإثراء دون سبب ، وذلك جزاء على سوء نيته ، وعلى هذا فان قواعد التعويض التي رسمها القانون هنا ليست تطبيقاً لقواعد الإثراء دون سبب ، بل مصدرها القانون ، فالمشرع لم يجعل التعويض طبقاً لقواعد الإثراء دون سبب ، وهذا مقصود منه حيث وضع قواعد مخالفة للإثراء دون سبب ، منها تقادم التزام صاحب الأرض بدفع المقابل خمس عشرة سنة كما هو الامر في الالتزامات الناشئة عن القانون ، ولم يجعل التقادم ثلاث سنوات كما هو الامر في الإثراء دون سبب^(٢) . ويرجح الرأي الاخير ، ذلك ان الالتزامات الناشئة على أساس قاعدة الإثراء دون سبب توجب تعويض المثري اقل قيمتي الإثراء والإقتدار ، وهذا ما لا نجده في تعويض مالك المواد الذي اقام محدثاته على أرض الغير بسوء نية ، بل ان المشرع حطّ عامداً من رعايته له إلى ادنى حد بجعل تعويضه بقيمة محدثاته مستحقة للقلع كما فعل المشرع العراقي أو اقل القيمتين بين قيمة المحدثات مستحقة الإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب المحدثات كما فعل المشرع المصري .

وإذا ما تقرر التعويض لمالك المواد وامتنع مالك الأرض عن الوفاء به ، بعد ان استبقى المحدثات ملكاً له ، فهل يستطيع مالك المواد حبس العقار ؟

نلاحظ ان التشريعات لم تنص صراحة على هذا الحق في باب الإلتصاق ، الا ان جانب من الفقه يرى ان للمحدث وان كان سبب التثنية حق الحبس ، لان التزامه بالرد لا ينشأ عن عمل غير مشروع وهو إقامة المحدثات على أرض الغير بتعدي ، وانما ينشأ عن تملك صاحب الأرض للمحدثات وفقاً لأحكام الإلتصاق ، وانه لا يجوز الخلط بين الالتزام برد الأرض والالتزام برد المحدثات فايهما كان وجه الالتزام برد الأرض فان الالتزام بتسليم المحدثات ينشأ عن تطبيق أحكام الإلتصاق ولا ينشأ عن عمل غير مشروع^(٣) .

(١) مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٤١ . والإثراء دون سبب مشروع يترتب عليه ان ينشأ التزام في جانب المثري لمصلحة الطرف الآخر " المفقّر " مقتضاه رفع العبء الذي اثقل كاهل هذا الاخير وذلك برد ما اخذ منهم دون وجه حق . انظر في ذلك د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٣٦٣ . د. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، المصادر غير الارادية ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٢ ، ص ٢٩٢ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٨١ . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٩٣ . د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ .

(٣) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ . د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٣١١ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ١٣٠٣ . ويعرف حق الحبس للضمان بأنه " الحق الذي يستطيع حائز شيء مملوك للغير حبس هذا الشيء حتى يستوفي حقه من مالكة ما دام التزامه بتسليم هذا الشيء مرتبطاً بالحق الذي يطالب الوفاء به " . د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢ ، ص ١٢٢ وقد نصت المادة ٢٨١ من القانون المدني العراقي " يجوز لمن اتفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو انشأ فيها بناء أو غرس فيه اشجاراً ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير



وبخلاف ذلك فقد ذهب رأي في الفقه ، بأن المحدث سيئ النية ليس له حق الحبس لانه قد حصل على الشيء بعمل غير مشروع وان المشرع استثنى من حق الحبس الحالة التي يكون فيها الالتزام بالرذ ناشئاً عن عمل غير مشروع^(١) .

وهناك رأي لاحد الباحثين يرجع فيه حق الحبس لمشروعية أو عدم مشروعية حيازة الأرض ، فإذا ما كانت حيازة الأرض مشروعة كالمستأجر مثلاً فلهذا ان يحبس العقار إذا امتنع مالك الأرض من تعويضه عن المحدثات التي يستيقبها في أرضه ، وان كانت المحدثات التي أقامها بسوء نية ، اما من كانت حيازته غير مشروعة كغاصب الأرض الذي يقيم عليها محدثات فليس له هذا الحق^(٢) .

وان وجه النقد للرأي المتقدم هو انه قد تكون الحيازة قد تمت بحسن نية ، أي ان الحائز وقت تلقيه العقار كان حسن النية ، ثم أصبح سيئ النية باقامته للمنشآت ، كأن يكون مالك الأرض قد اعذره بعدم اقامته للمحدثات ، أو انه أصبح يعلم بان ليس له حق بإقامة محدثات على هذه الأرض ، ومن ثم فانه لا يمكن الاستناد إلى وقت إعتبار حسن النية وقت تلقي الحيازة في باب الإلتصاق كسبب من اسباب كسب الملكية بخلاف التملك بالحيازة .

وأرى ان التعويض الذي يلتزم بدفعه مالك الأرض للمحدث هو ثمن هذه المحدثات ، وان كان قد تقرر بحكم القانون ، وما دام مالك الأرض ممتنع عن دفع ثمن المحدثات ، فللمحدث حق حبس المحدثات فقط ، وان اختار الاخير الحبس للضمان للحصول على مستحقاته في الثمن ، فان عليه اجر مثل الأرض المحبوسة كونها غير مشمولة بحق الحبس والتي لا يستطيع ردها بحكم الإلتصاق .

المطلب الثاني

أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بزعم سبب شرعي

نصّت المادة ١١٢٠ مدني عراقي على انه " إذا احدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فان كانت قيمة المحدثات قائمة اكبر من قيمة الأرض كان للمحدث ان يملك الأرض بثمن مثلاً ، وان كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض ان يملكها بقيمتها قائمة"^(١) .

وبلاحظ على النص اعلاه بان المشرع قد أولى رعاية كبيرة للمحدث حسن النية والذي يعتقد بان المحدثات التي أقامها كانت بزعم سبب شرعي بخلاف المحدث سيئ النية ، فقد منح المشرع للمحدث التي تزيد قيمة محدثاته على قيمة الأرض تملك الأرض ببذل مثلاً جبراً على صاحبها ، وهذا من اخطر الخيارات التي يتناولها النص كونه يخالف مبدأ صيانة حق الملكية والتي راعتها الكثير من الدساتير والقوانين في العالم ، كذلك يسلب حقاً من حقوق المالك الا وهو حق التصرف ، فنزع الملكية جبراً على المالك يسلبه اهم ميزة يتمتع بها المالك وهي ميزة التصرف ، ومع هذا نرى ان المشرع منح خيار تملك الأرض للمحدث حسن النية رعاية منه لحسن نية وللتقليل من حالات الهدم والتي تمثل هدرراً لاقتصاد المجتمع .

مشروع " . تقابلها م ٢٤٦ من القانون المدني المصري (موافق) . انظر في ذلك قرار محكمة التمييز ٢٧٦٣ / حقوقية / ٥٨ بتاريخ ١٩٥٩ / ٢ / ٨ . اشار اليه سليمان البيات ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، الامتناع غير المشروع عن الوفاء ، بلا مكان طبع ، ١٩٤٥ ، ص ٢٩٤ .

(٣) انظر في هذا المعنى ، عدنان هاشم جواد شرف الدين ، المصدر السابق ، ص ١١ . ضحى محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(١) تقابلها م ١١٤١ مدني اردني (مطابق) . م ١٢٧٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية (مطابق) . م ٨٨٩ مدني سوري (موافق) . م ٢١٦ ملكية عقارية لبناني (موافق) .



وفي هذا المطلب نقسم الدراسة إلى فرعين ، في الفرع الأول حقوق مالك الأرض وفي الفرع الثاني حقوق المحدث .

الفرع الأول حقوق مالك الأرض

بدءاً نرى ان اغلب التشريعات سلبت حق مالك الأرض بطلب إزالة المحدثات المقامة على أرضه من قبل شخص لديه زعماً بسبب شرعي أي انه كان حسن النية عند إقامته للمحدثات فقد خبر المشرع العراقي صاحب الأرض بتملك هذه المحدثات و قيد هذا الخيار بقاعدة الاقل يتبع الاكثر ^(١) ، أو قاعدة الفرع يتبع الأصل ^(٢) .

وعلى هذا فان خيار صاحب الأرض بتملك المحدثات في هذه الحالة ينهض عندما تكون قيمة الأرض تزيد أو تساوي قيمة المحدثات وهي قائمة ، وهنا ينظر إلى قيمة الأرض وهي خالية من الشواغل وإلى قيمة المحدثات وهي قائمة ، فأيهما كانت قيمته اكبر يتخذ اصلاً يتبعه الآخر . وإذا تساويا في القيمة كانت الأرض هي الأصل والمحدثات هي التابع ، فيتملك صاحب الأصل التابع بقيمته ، مثل ذلك ان تقوم الأرض بعشرة ملايين دينار وتقوم المحدثات بمثلها أو باقل منها ، هنا يتملك صاحب الأرض المحدثات ويدفع القيمة المقدرة لها وفي كل ذلك يقدر اهل الخبرة المشهود لهم بحسن التقدير .

وقد قضت محكمة التمييز في العراق بان اصحاب المغروسات الواقعة في الأرض موضوعة الدعوى يستحقون التعويض عنها بقيمتها قائمة . . . وذلك لان تجاوز هؤلاء كان بزعم سبب شرعي ، لذلك يكون انشاء تلك المحدثات والمغروسات بزعم سبب شرعي يستحق اصحابها قيمتها عملاً بأحكام المادة ١١٢٠ مدني ، وجاء في مبادئ الحكم بان التقدير الجاري الذي لم يعترض عليه من احد الطرفين هو الاقوى في الدلالة على واقع الحال من أي تقدير آخر ^(٣) .

ويؤكد الفقه والقضاء ، في العراق ان تحديد قيمة المحدثات هو وقت التقدير من قبل المحكمة عند نظرها النزاع وليس وقت الغرس أو البناء ، لان سبب التملك لم يقيم الا في ذلك الوقت ، فقد يقيم الباني بناؤه بمواد اشتراها وقت رخص الاسعار ثم ترتفع إلى اكثر منها وقت التقدير ^(٤) . ولكن ما الحكم إذا لم يستخدم الطرفان خيارهما أو تنازل المحدث عن حقه في تملك الأرض استناداً إلى قاعدة الاقل يتبع الاكثر قبل صدور حكم بالتملك ؟

هناك رأي في الفقه يقول انه في حال امتناع الطرفين عن استخدام خيارهما الذي منحه لهما المشرع ، يصار إلى بيع الأرض بمحدثاتها ويوزع ثمنها بين صاحب الأرض والمحدث بالنسبة المقدرة لهما ^(١) . ويرى آخر بان تعامل الأرض والبناء عند ذاك على انها ملك واحد قائم على الشركة ، فإذا اتفق صاحب الأرض والمحدث على استغلاله كان لكل منهما غلته بنسبة قيمة ملكه ، فإذا فرض ان الأرض تساوي نصف قيمة البناء كان لصاحب الأرض ثلث الغلة وإذا تساويا كان لكل منهما نصفها ، إلى جانب

(١) د. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ .

(٢) د. حسام الدين الأهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٣) قرار رقم ١٥١ ، ١٨١ / مدنية أولى / ١٩٧١ ، تاريخ القرار ٢٤ / ١١ / ١٩٧١ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ايلول / ١٩٧٣ ، ص ١٧ .

(٤) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ . كذلك انظر قرار محكمة التمييز رقم ٤٩٤ / ١ / ١٩٩٨ في ٢٢ / ١ / ١٩٩٨ ، الموسوعة العدلية ، العدد / ٤٩ ، سنة ١٩٩٨ ، ص ٣٨ .

(١) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ .



ذلك لهما ان يتهايا المال زماناً أو مكاناً كل بنسبة ما يملك ، وان لم يتفقا على شيء من ذلك بيع المال المشاع إزالة^(٢) .

اما إذا تنازل المحدث عن حقه في تملك الأرض استناداً للقاعدة اعلاه قبل صدور الحكم ، فيرى احد الباحثين ان ينهض حق مالك الأرض في تملك المحدثات مع تعويض المحدث عن قيمة محدثاته وهي قائمة^(٣) .

ويشترك حكم القانون المدني المصري^(٤) مع القانون المدني العراقي في عدم اعطاء الحق لمالك الأرض ان يطلب إزالة المحدثات ، الا انه يختلف معه في انه لم يأخذ بمبدأ الأقل يتبع الاكثر ، وانما اخذ بمبدأ الفرع يتبع الأصل واعتبر ان الأصل هي الأرض دائماً ، ويشير الفقه إلى ان اعتبار الأرض هي الأصل يرجع إلى طبيعة الأرض وليس إلى قيمتها ، إذ تتميز الأرض بأنها ثابتة بصورة مطلقة ، اما المحدثات فهي وان كانت عقار بالطبيعة الا ان ثباتها امر نسبي فقد تتحول إلى انقاض اما الأرض فباقية حتى يرث الله الأرض وما عليها^(٥) .

وبناءً على ما تقدم فان لصاحب الأرض في القانون المدني المصري تملك المحدثات بالإنصاف ما لم يطلب المحدث نزع هذه المحدثات ، فملكية المحدثات من قبل صاحب الأرض مقيدة بعدم قيام المحدث بقلع هذه المحدثات ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ منه " . . . هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها " .

ومن الجدير بالذكر بان التقنينات المدنية تتفق في عدم اعطاء الحق لمالك الأرض مطالبة المحدث حسن النية بالنمّار التي استوفاه طيلة حيازته ، وقد نص على ذلك القانون المدني السوري وقانون الملكية العقارية اللبناني^(٦) ، في باب الإنصاف أو كما سماه المشرع اللبناني باللاحاق ، ولم نجد لمثل هذا الحكم في باب الإنصاف بالنسبة للقوانين المقارنة الأخرى ، الا ان القواعد العامة للحيازة والنصوص التي تحكم تصرفات الحائز حسن النية تقرر هذا الحكم أيضاً فقد نصّت المادة ١١٦٥ مدني عراقي على انه " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد ولما استوفاه من المنافع مدة حيازته^(٧) .

وسواء اقر مبدأ الأقل يتبع الاكثر ام مبدأ الفرع يتبع الأصل ، فإذا ما تملك صاحب الأرض المحدثات فان ذلك لا يتم الا بمقابل ، وان اختلفت التشريعات في تحديد هذا المقابل وهذا ما سيتم بيانه في الفرع اللاحق .

الفرع الثاني

حقوق المحدث بزعم سبب شرعي

(٢) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٣) عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، العقد والارادة المنفردة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١٠٧ .

(٤) المادة ٩٢٥ من القانون المدني المصري . تقابلها المادة ١١٢٠ من القانون المدني العراقي .

(٥) د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ . د. جمال خليل النشار ، الإنصاف ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ .

(٦) نصّت م ١/٨٨٩ من القانون المدني السوري على انه " ١- إذا كان الغير الذي شيد الابنية أو غرس الاغراس ذا نية حسنة ، فلا يكون مسؤولاً تجاه مالك العقار عن النمّار التي استوفاها . . . م ٢١٦ ملكية عقارية لبناني (موافق) .

(٧) تقابلها م ٩٧٨ / ١ مدني مصري (موافق) وذكرت في باب الحيازة كسب من اسباب كسب الملكية وليس في باب الإنصاف .



راعت التشريعات مقيم المحدثات على أرض غيره بزعم سبب شرعي ، ولا نبالغ إذا قلنا انها رجحت مصلحته كثيراً على مصلحة مالك الأرض ، فقد منح المشرع العراقي وبعض التشريعات العربية ، حق المحدث بتملك الأرض إذا ما كانت قيمة محدثاته أكثر من قيمة الأرض ، كذلك قيدت حق مالك الأرض بتملك المحدثات بعدم طلب المحدث بنزع ما اقام من محدثات ، اصف إلى ذلك فان قيمة ما يستحقه من تعويض أكثر بكثير من التعويض الذي يستحقه من اقام المحدثات على أرض غيره وهو سيئ ، فضلاً عما يراه الفقه من ان له حق حبس المحدثات حتى يقبض ما يستحقه من تعويضات ، وسنقوم بشرح حقوق المحدث بزعم سبب شرعي بالتفصيل :-

أولاً - حق المحدث بنزع المحدثات :

سكت المشرع العراقي عن اعطاء المحدث حسن النية حق نزع المحدثات سواء كانت قيمتها أكثر من قيمة الأرض أو العكس ، ويرى جانب من الفقه في العراق ، ان للمحدث قلع المحدثات في الحالة التي يكون فيها قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض ، إذ يكون في هذه الحالة للمحدث الحق في تملك الأرض ، الا انه يرضى بقلع محدثاته ورد الأرض إلى صاحبها ، فيجوز له ذلك ما دام الحكم لم يصدر بعد بالزامه بتمن الأرض لقاء تملكها ، اما إذا كان الحكم قد صدر فلا يكون امام المحدث الا ان يدفع لمالك الأرض ثمن مثلها ^(١) .

ويرى الاستاذ الدكتور محمد المرسى زهرة عند شرحه لقانون المعاملات المدنية الاماراتي والذي يتطابق حكمه مع النص العراقي ، إلى ان المحدث وان كان يتحمل بقوة القانون الاثار التي تترتب على الالتصاق الا انه يستطيع ان يمنع بارادته المنفردة الالتصاق من اداء وظيفته كسبب من اسباب كسب الملكية إذا طلب نزع ما استحدثه من منشآت أو غراس واسترداد المواد التي استخدمها في البناء أو الغراس ^(٢) .

ويرجح الرأي الاخير ، ذلك ان المشرع اراد حماية المحدث حسن النية ، فإذا ما اختار الاخير نزع ما اقام من محدثات على أرض الغير فله ذلك سواء كانت محدثاته اكبر من قيمة الأرض أو انها اقل منها قيمة ، بشرط ان لا يكون نزع المحدثات ضاراً بالأرض وان يعيد الأرض إلى ما كانت عليه قبل إقامة المحدثات .

اما القانون المدني المصري فقد كان واضحاً عندما نص في المادة ٩٢٥ منه " . . . ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها . . " ، فبعد ان منع صاحب الأرض من حق المطالبة بإزالة المحدثات ، فقد قيد كافة حقوقه بان لا يطلب المحدث نزع هذه المحدثات ، وعليه فان الحكم في القانون المدني المصري والقوانين المتفقة معه في الحكم هو ان لمقيم المحدثات الحق بنزعها ، ويشير رأي في الفقه المصري بان المطالبة بنزع المحدثات هو حق وليس واجب على المحدث حسن النية وبناءً عليه لا يجوز لصاحب الأرض ان يجبره على ذلك ^(٣) .

ولقد راعى المقنن المصري في هذه الحالة مصلحة المحدث طالما انه حسن النية وتغاضى عن مصلحة مالك الأرض ، فيجوز لمالك الادوات ان يطلب نزعها ولو كان في نزعها اضراراً بمالك الأرض ، شريطة الا يضر ذلك بالأرض نفسها ، فالإزالة هي اعادة الحال إلى ما كانت عليه ، ولا يحق

(١) د. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٩٠٦ . عبد المنعم يحيى جواد ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .

(٢) انظر مؤلفه ، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، مصدر سابق ، ١٩٩٩ ، ص ١٢١ .

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ٢٨٦ .



لمالك الأرض ان يعارض في ذلك ، الا إذا كان ذلك يمس بالأرض نفسها ، لانه يعني عدم اعادة الحال إلى ما كانت عليه ^(١) .

ولم يحدد المشرع المصري مدة معينة في طلب الإزالة للمحدث حسن النية في المادة ٩٢٥ من القانون المدني المصري ، كما فعل مع المحدث سيئ النية في المادة ٩٢٣ ، ٩٢٤ منه .
وينتقد رأي في الفقه هذا الامر كونه يؤدي إلى عدم استقرار مالك الأرض الذي يكون في موضع المعتدى عليه ، ويرى بان يعالج هذا الخلل بان يكون الحق لصاحب الأرض ان ينذر المحدث ويحدد له فترة محددة للقيام بنزع محدثاته ، والا سقط حقه في طلب الإزالة ، لانه يستطيع ان يقدر ما يتلاءم معه ويتخذ قراره اللازم في وقت محدد ، والقول بغير ذلك يجعل حق طلب الإزالة مفتوحاً ما لم يسقط أو يتقادم طبقاً للقواعد العامة وهو امر غير مقبول ^(٢) .

وهناك رأي آخر يرى ان المقنن لم يحدد مدة معينة لمالك المواد " المحدث " في طلب الإزالة ، على أساس انه هو الذي أقامها وليس من المعقول ان يطلب الإزالة بعد ذلك ، ويعتقد مع ذلك ان يضاف إلى نص المادة ٩٢٥ مدني مصري ما يفيد انه في حالة عدم الاتفاق بين المحدث وصاحب الأرض على حل مناسب بعد إقامة المحدثات عندها يجب تحديد مدة ينتهي بمقتضاها الحق في طلب الإزالة والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى جعل صاحب الأرض تحت رحمة مالك المحدثات ، ويؤدي هذا إلى عدم الاستقرار ^(٣) .

والحق ان مثل هذا السكوت للمشرع يجعل حق المحدث مطلقاً من حيث الفترة الزمنية لطلب قلع محدثاته ومن ثم فان صاحب الأرض حتماً سيتضرر من هذا الوضع ، واعتقد بان يضاف إلى النص العراقي والقوانين المقارنة ما يشير إلى امكانية صاحب الأرض من توجيه انذار بضرورة إزالة المحدثات ويكون ذلك الانذار ثابت التاريخ لتحسب مدة سنة بعدها يسقط حق المحدث بالإزالة ، مثلما فعل المشرع المصري عندما قي حق صاحب الأرض بطلب الإزالة بمدة سنة من يوم علمه إذا ما كان المحدث سيئ النية .

ثانياً - حق المحدث بتملك الأرض :

أخذ المشرع العراقي والتشريعات التي تتفق معه ^(١) بمبدأ الأقل يتبع الأكثر في حالة إقامة المحدثات بزعم سبب شرعي على أرض الغير كما اشرنا سابقاً ، وعليه فإذا ما كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض فان المحدث يملك الأرض ببديل مثلها وهذا نصت عليه المادة ١١٢٠ مدني عراقي " . . . فإذا كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث ان يملك الأرض بثمن مثلها . " .

(١) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٤٧ ، د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .

(٣) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

(١) م ١١٤١ مدني أردني (مطابق) م ١٢٧٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات (مطابق) م ٨٨٩ مدني سوري (موافق) ، م ٢١٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني (موافق) .



وان زمن احتساب القيمة للأرض والمحدثات هو وقت التقدير لا وقت إقامة المحدثات كما اشرنا إلى ذلك في حق صاحب الأرض بتملك المحدثات ، لان سبب التملك لم يقيم الا في ذلك الوقت ^(١) .

ولم يقيد المشرع العراقي حق من اقام محدثات على أرض غيره بزعم سبب شرعي بتملك الأرض الا بقيد قيمتها ، حيث اشترط ان تكون قيمة المحدثات اكثر من قيمة الأرض ^(٢) . ولا يجوز في أي حال من الاحوال ان يملك المحدث الأرض الموقوفة وان كان قد اقام محدثاته بزعم سبب شرعي حتى لو كانت قيمة المحدثات اكثر من قيمة الأرض ، وانما له ان يطالب بقيمة محدثاته قائمة ^(٣) .

اما المشرع المصري فانه لم يمنح هذا الحق مباشرةً للمحدث وانما جعل الخيار من حيث الأصل لصاحب الأرض بتملك المحدثات المقامة على أرضه ، وإذا ما وجد الاخير ان المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة بحيث ترهقه كان له ، والخيار هنا باقٍ لصاحب الأرض ، ان يطلب تملك الأرض لمن اقام المحدثات نظير تعويض عادل ^(٤) .

وهذه الرخصة منحها المشرع لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره فليس لمن اقام المنشآت أو لدانئيه ان يجبروه على استعمالها ، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية " إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدي ما هو مستحق عنها ، فان هذه الرخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره ، فليس لمن اقام المنشآت أو لدانئيه ان يجبروه على استعمالها ^(٥) .

ومعيار الارهاق معياراً ذاتياً (شخصياً) كما يراه غالبية الفقه المصري ، فلا ينظر إلى مقداره ، بل إلى شخصية مالك الأرض ، فقد يكون مبلغاً ضخماً الا ان صاحب الأرض له المقدرة على الوفاء به دون حرج أو ارهاق ، وعلى العكس من ذلك فقد يكون مبلغاً غير كبير ومع ذلك فان مالك الأرض (س) غير قادر على الوفاء به من دون ارهاق أو حرج ، ومن ثم فانه ينظر إلى شخص مالك الأرض ومجرد ارهاقه وليس التثبت من عدم استطاعته ^(٦) .

ثالثاً - حق المحدث بالتعويض في حالة تملك صاحب الأرض للمحدثات :

تطرقنا فيما سبق إلى امكانية تملك صاحب الأرض للمحدثات ، وحسب القانون المدني العراقي ، فان صاحب الأرض يستطيع تملك المحدثات ، إذا كانت قيمة الأرض مساوية أو أكثر من قيمة المحدثات ، ولصاحب الأرض وفق القانون المدني المصري تملك المحدثات في كل الاحوال الا إذا

(١) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

(٢) انظر المادة ١١٢٠ مدني عراقي .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٣٣٨ . اثار اليه عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص ٢١١٦ .

(٤) نصت المادة ٩٢٥ / ٢ من القانون المدني المصري " الا انه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له ان يطلب تملك الأرض لمن اقام المنشآت نظير تعويض عادل . تقابلها م ٨٨٣ مدني كويتي (موافق) ، م ٩٢٩ مدني ليبي (مطابق) .

(٥) الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٦٩ . انظر في ذلك السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ . ولمزيد من التفصيل . . انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

(٦) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ ، د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ ، انور العمروسي ، الملكية واسباب كسبها ، مصدر سابق ، ص ٦٧٧ .



كانت قيمتها مرهقة بالنسبة له ، فإذا ما تملك صاحب الأرض هذه المحدثات ، فما هي حقوق المحدث حسن النية من تعويض ؟

يستحق من اقام محدثات على أرض غيره بزعيم سبب شرعي وفق القانون المدني العراقي قيمة المحدثات وهي قائمة ، ومعنى ذلك ، ان البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى تقدر بقيمتها كأنها لا تنتقص ولا تقلع أي في حالة الانتفاع بها على حالها ، وبذلك تكون قيمتها مقابلة للمواد التي قام بها مع اجرة العمل التي نهضت به ، وان وقت تحديد القيمة كما اسلفنا هو وقت التقدير لا وقت الغراس أو البناء لان سبب التملك لم يقم الا في ذلك الوقت ، فقد يقيم المحدث انشاءاته بمواد اشتراها وقت رخص الاسعار ثم ترتفع إلى أكثر منها وقت التقدير ، فلا يجوز تقديرها بوقت اقامتها ^(١) .

اما المشرع الفرنسي والمصري فقد خير كل منهما صاحب الأرض بتعويض المحدث أما بدفع بقيمة المواد واجرة العمل ، أو بدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المحدثات ^(٢) . فبالنسبة للخيار الأول وهو ان يدفع مالك الأرض للمحدث حسن النية قيمة المواد واجرة العمل ، فان المقصود من ذلك هو التكلفة الفعلية التي تحملها الباني في سبيل إقامة المحدثات وهو القيمة التي افترقت بها ذمته المالية من اجل إقامة المحدثات ، والعبرة في ذلك بما انفقه المحدث فعلاً من مبالغ لشراء المواد واجرة العمال ، ولا يجب ان ينظر الى تكلفة بناء مماثل ^(٣) .

ويؤكد جانب من الفقه في مصر بأنه لا يصح ان يعتد بقيمة المواد واجرة العمل للحصول على مبنى مماثل وقت الوفاء بالتعويض وفي أي وقت آخر ، بل العبرة بالتكلفة الفعلية التي انفقت فعلاً ، ولو قصد المشرع غير ذلك لكان قد قو التعويض على أساس قيمة البناء بصفة عامة ^(٤) .

وبخلاف ذلك يرى آخرون بان ينبغي ان يراعى في هذا الصدد ان المحدث حسن النية ومن ثم فإذا ما زادت قيمة المواد واجرة العمل لحظة الحكم عما كانت عليه وقت الاندماج ، فانه ينبغي ان يراعى مصلحة المحدث فيقدر التعويض وقت صدور الحكم ^(٥) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية " ولما كان الطاعنون قد برروا اقامتهم المباني والمنشآت على الأرض بسبب شراء مورثهم لها بعقد مسجل وهو ما ينطوي على التحدي بحسن نيتهم وقت تشييدها ، ففي هذه الحالة لا يحق للمطعون ضدهم طلب الإزالة ، ولكن يخير بين دفع قيمة المواد واجرة العمل أو دفع قيمة ما زاد من ثمن الأرض بسبب المنشآت ^(٦) .

وبرجح في هذا المقام الرأي القائل بضرورة تقدير المحدثات لحظة صدور الحكم وهو ما ذهب اليه الفقه والقضاء في العراق . ذلك ان اسعار المواد واجرة العمل في زيادة دائمة ، فإذا ما كان قد اقام المحدثات باسعار معينة ، وقمنا بتحديد قيمتها وقت شرائها فان ذلك سيلحق به ضرراً مع انه حسن النية في بنائه ، وهنا يثري صاحب الأرض على حسابه ، كونه إذا ما اراد إقامة مثل هكذا محدثات فعليه ان ينفق مائلاً أكبر مما قدر عليه لتعويضه ، وبالمقابل فان المحدث إذا ما اراد في لحظة الحكم إقامة محدثات

(١) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ ، وهذا ما ذهب اليه محكمة التمييز في حكم سابق كنا قد اشرنا اليه .

انظر ص (٧٠) من هذا الفصل . وأيضاً القرار ٤٩٤ / ١ / ١٩٩٨ من ٢٢ / ١ / ١٩٩٨ ، الموسوعة العدلية ، العدد ٤٩ ، سنة ١٩٩٨ .

(٢) انظر نص م ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي . م ٩٢٥ مدني مصري (موافق) .

(٣) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٧٧ . د. شفيق شحاته ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ ، هامش (١) .

(٥) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ١٣٧٧ . وأيضاً مؤلفه ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ٢٨٠ ، هامش (٢) . د. محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ . د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

(٦) طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق ، جلسة ١٢ / ٨ / ١٩٧٥ . أشار إليه السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ .



مشابهة ، فانه سيتكلف قيمة اكبر من القيمة التي كان اشترى بها المواد وقت إقامة المحدثات ، فالإثراء والإفقار يرجع وقتها إلى وقت صدور الحكم ، وهو وقت الذي يتحدد به سبب التملك .

والتعويض الذي يدفعه صاحب الأرض لصاحب المحدثات يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بالتعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المحدثات ، وهذا لا يخل بحق المالك الأخير في الرجوع على مالك الأرض بقيمة ما دفعه لصاحب المحدثات ^(١) .

اما الخيار الثاني فهو ان يدفع مالك الأرض للمحدث حسن الثبة ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى ، وتقدير هذه الزيادة ، بحيث تقوّم الأرض خالية من المحدثات ، ثم يقوّم العقار كاملاً أرضاً ومحدثات ، وبذلك يكون الفرق ما بين الثمنين يمثل ما زاد في قيمة الأرض بسبب إقامة المحدثات ^(٢) .

والزيادة في القيمة التي يجب مراعاتها ، هي الزيادة في القيمة التجارية التي حدثت في الأرض بسبب البناء ^(٣) ، اما الزيادة الناتجة بسبب آخر كاتساع رقعة المدينة أو صيورتها مركزياً تجارياً ، فلا يجب ان تدخل في تقدير قيمة الأرض ^(٤) .

ويلاحظ اختلاف الحكمين بين القانون المدني العراقي من جهة والقانون المدني الفرنسي والمصري من جهة أخرى ، فبعد ان رأينا ان المشرع العراقي قد فرض تعويض مقيم المحدثات بزعم سبب شرعي بقيمتها قائمة ، نرى ان المشرع الفرنسي والمصري قد خير صاحب الأرض بين دفع قيمة المواد واجرة العمل أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء وفي كلا الفرضين لا يرقى التعويض في القانون الفرنسي والمصري إلى ما فرضه المشرع العراقي ، ويرجّح حكم القانون المدني العراقي ، وذلك تماشياً مع ما يجب رعايته للمحدث حسن الثبة ، واغتناء صاحب الأرض بالمحدثات التي تملكها بالالتصاق .

رابعاً - حق الضمان بأداء التعويض (حق الحبس للضمان) :

عندما يملك مالك الأرض المحدثات يفرض عليه تعويضاً للمحدث حسن الثبة كما اسلفنا ، فإذا ما امتنع أو تأخر في ادائه لهذا الالتزام واستناداً للقواعد العامة في الحبس للضمان ، فان للمحدث حبس العقار حتى يستوفي حقه ، وان كانت التشريعات لم تنص على هذا الحق في باب الإلتصاق ^(١) . الا ان هذا الحق يثبت استناداً إلى نص المادة ٢٨١ مدني عراقي والتي جاء فيها " يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو انشأ فيها بناء أو اغرس فيها اشجار ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " ^(٢) .

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠ ، هامش (٢) .

(٢) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ . لنفس المؤلف ، الثبة واثرها ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٣) د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٤٦٧ . د. عبد المنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ . د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، نفس المكان .

(١) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨١ . كذلك انظر نص م ٢٨٢ / ١ من القانون المدني العراقي " لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به " .

(٢) تقابلها المادة ٢٤٦ / ٢ من القانون المدني المصري (موافق) . م ٢٤٧ / ٢ مدني سوري (موافق) . م ٣٨٩ مدني أردني (موافق) .

م ٤١٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (موافق) .



وحق الحبس الممنوح للمحدث بزعم سبب شرعي لا يعني انه امتيازاً على العقار ، فالامتياز لا يقرر الا بنص القانون ^(٣) .

فالإلتصاق يؤدي إلى تملك صاحب الأرض للبناء ، ومن ثمَّ على المحدث تسليم المحدثات إلى مالك الأرض ، فالمحدث يلتزم بأداء شيء وهو تسليم المحدثات وفي نفس الوقت يلتزم مالك الأرض بالوفاء بالتعويض ويكون المحدث دائناً بهذا التعويض ، وبهذا يتحقق الارتباط بين التزام المحدث بالتسليم وحقه في التعويض قبل مالك الأرض وتتوافر من ثم شروط الحق في الحبس ^(٤) .

ويقرر الفقه حق الحائز في حبس العقار لضمان الحصول على التعويض المحكوم له بأنه إذا كان يحق للحائز ان يمارس الحق في الحبس لأستيفاء ما هو مستحق من مصروفات على الشيء ، فانه يحق من باب أولى لمن انشأ الشيء ان يمارس حق الحبس لاستيفاء مقابل انشاء الشيء نفسه ^(١) . على انه لا يحق للمحدث وان كان حسن نية حق حبسه للمحدثات الا إذا كان حقه في التعويض مستحق الاداء ، فإذا ما منح القاضي اجلاً للوفاء بالتعويض ، لا يكون للمحدث الحق في حبسها ، فالتعويض يكون حينئذ غير حال الاداء ^(٢) .

ويمكن الاشارة هنا إلى نص المادة ٩٢٧ مدني مصري والتي لا يوجد ما يقابلها في القانون المدني العراقي والتي جاء فيها بأنه يجب اعمال أحكام المادة ٩٨٢ من القانون في أداء التعويض ^(٣) .

واعتقد انه لا مانع من الأخذ بهذه الأحكام ما دامت لا تتعارض مع القواعد العامة في حق الحبس والنظام العام .

وحق الحبس يسري على ريع المحدثات ، فللمحدث ان يحبس الربيع المستحق من المحدثات حتى يستوفي ما يستحقه من تعويض عنها ، ولكن لا يحق له حبس الربيع المقابل لأيجار الأرض ^(٤) .

^(٣) نصت م ١٣٦١ مدني عراقي على " ١- الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين . ٢- ولا يكون للدين امتيازاً الا بمقتضى نص في القانون " .

^(٤) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر السابق ، ص ٨١ . ويشترط جانب من الفقه ثلاث شروط في حق الحبس وهي : ١- ثبوت حق للحابس في ذمة مدينه . ٢- وجود التزام على الحابس بأداء شيء . ٣- قيام ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بالاداء . انظر في ذلك د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، أحكام الالتزام والاثبات ، مكتبة عبد الله وهبه ، عابدين ، مصر ، ١٩٦٧ ، ص ٢٢٦ . الاستاذ عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني ، ج ٣ ، تنفيذ الالتزام ، دراسة مقارنة ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٤٤٩ . د. انور سلطان ، أحكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والليبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ص ١٦٧ .

^(١) أنظر في هذا المعنى د. محمد علي عرفه ، تملك صاحب الأرض لما يلتحق بها من بناء أو غراس ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، تصدرها نقابة المحامين المصريين ، العددان ٦ و ٧ ، السنة ٢٢ ، ١٩٤١ ، ص ٥٦٩ .

^(٢) نصت م ١ / ٢٩٩ من القانون المدني العراقي " ١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساطاً أو ايراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بان يقدم تأمیناً " .

^(٣) نصت المادة ٩٢٧ من القانون المدني المصري " يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء . . . وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية . . . " . وكذلك أنظر قضاء محكمة النقض المصرية ١٩٧٦ / ٤ / ٦ . نقلاً عن د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، المصدر السابق ، ص ٨٢ .

^(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، أحكام القانون المدني المصري ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار النشر للثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠ ، ص ٢٥٤ . د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، ص ٢٣٦ .



المطلب الثالث

أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بإذن منه أو المقامة من جارٍ حسن النية عالجت المادة ١١٢١ من القانون المدني العراقي حكم المحدثات المقامة على أرض الغير بإذن منه الا ان القانون نفسه سكت عما إذا جازَ احد الملاكين وبحسن نية على الأرض الملاصقة لأرضه ، وهي حالة كثيرة الحدوث في الحياة العملية ، بينما نرى ان القانون المدني المصري قد تناول الحالتين ونص على حكم الحالة الأولى في المادة ٩٢٦ منه بينما نص على حكم الحالة الثانية في المادة ٩٢٨ منه ، وسنبين أحكام كل حالة بفرع خاص ، ففي الفرع الأول نبين أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بإذنه ، وفي الفرع الثاني بناء مالك الأرض بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة .

الفرع الأول

أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير بإذن منه

نصت المادة ١١٢١ من القانون المدني العراقي على انه " إذا احدث شخص منشآت من عنده على أرض غيره بإذنه ، فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما احدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب قلع المحدثات ، وتجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ، ان يؤدي اليه قيمتها قائمة " ^(١) . اما المشرع المصري فقد نص في المادة ٩٢٦ من القانون المدني على انه " إذا اقام اجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت ان يطلب ازلتها ، وتجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها ان يؤدي اليه احدى القيمتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة " ^(٢) . وظاهر حكم هاتين المادتين لا يختلف الا في مقدار التعويض الواجب لصاحب المنشآت فهو وفقاً للنص العراقي يستحق قيمة هذه المنشآت قائمة ، اما في النص المصري فهو اقل القيمتين من قيمة المواد واجرة العمل أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . ويمكن القول بان كلاً القانونين اعتبر المحدث على أرض الغير بإذنه كمن أقامها برغم سبب شرعي وحسن نية وعامله نفس المعاملة ، ولكن مما يجب أيضاًه الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام هذه النصوص ؟

يشترط لتطبيق حكم النصين اعلاه بان يكون إقامة المحدثات على أرض الغير بإذن من مالك الأرض ، ويتصور ذلك في عقد العارية أو في عقد ترتيب حق انتفاع فيرخص المعير أو مالك الرقبة للمستعير أو المنتفع في إقامة منشآت على أرضه ، فإذا ما تضمن الاتفاق بنداً يحدد مصير المحدثات فهنا

(١) تقابلها م ١١٤٤ مدني اردني (مطابق) . م ١٢٧١ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (مطابق) . وليس لهذه المادة ما يقابلها في التقنين السوري واللبناني .

(٢) تقابلها م ٩٣٠ من القانون المدني الليبي (مطابق) . ومما يجدر الاشارة اليه فان القانون المدني الكويتي وفي المادة ٨٨٣ يساوي الحكم بين من يقيم المحدثات على أرض الغير معتقدا بحسن نية ان له الحق في اقامتها وبين من إذن له بإقامة المحدثات وهذا ما لا نراه في القوانين المدنية المقارنة .



تستبعد أحكام الإلتصاق لأنها ليست من النظام العام^(١) ، أما إذا لم يتضمن الاتفاق بنداً لتحديد مصير المحدثات فإن أحكام الإلتصاق تنهض لمعالجة مثل هذه الحالة ، ويعتبر هذا شرطاً ثانياً لتطبيق نصوص الإلتصاق الخاصة بالمنشآت التي تقام على أرض الغير بإذنه حيث يشترط ان لا يكون هناك اتفاق على مصير المحدثات .

وفي هذا الفرض لا يستطيع مالك الأرض طلب إزالة المحدثات المقامة على أرضه بل على العكس من ذلك فإن للمحدث نزع المحدثات ، ولكن على المحدث إذا ما اختار نزع المحدثات فإن عليه ان يعيد الحال إلى ما كانت عليه مثل اعمال تسوية للأرض^(٢) .

وبذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا لدولة الامارات " فان مؤدى نص المادة ١٢٧١ من قانون المعاملات المدنية في حالة عدم وجود اتفاق على مال المنشآت التي تقام على أرض الغير بإذن ، ان لا يجوز لصاحب الأرض طلب إزالة المحدثات وان عليه اداء قيمتها وقت رفع الدعوى إذا لم يطلب محدثها ازلتها^(٣) .

ولم يمنح المشرع في هذه الحالة الحق للمحدث بتملك الأرض مهما بلغت قيمة المحدثات ، بخلاف البناء بزعم سبب شرعي ، حيث كان للمحدث ان يطلب تملك الأرض إذا ما كانت قيمة محدثاته اكثر من قيمة الأرض .

ويعتقد الفقه في مصر انه ما دام صاحب الأرض قد إذن للمحدث بإقامة المحدثات فلا يدعي بعد ذلك ان التعويض مرهق له بعد ان صدر منه ترخيص بإقامة المنشآت إذ لا يجوز للمالك الذي يرخص بإقامة المنشآت على أرضه الادعاء بعد ذلك بان في دفع التعويض عنها ارهاق له^(٤) .

هذا في مصر ، اما في العراق فاعتقد ان تملك الأرض للمحدث بزعم سبب شرعي هو تملك جبري لا يجوز التوسع فيه ما لم ينص عليه ، وهذا ما لم يحصل في موضوع المحدثات التي تقام بإذن حسب نص المادة ١١٢١ من القانون المدني العراقي .

وقد قضت محكمة التمييز في العراق بأنه إذا لم يكن هناك اتفاق بين المحدث وصاحب الأرض على مصير المحدثات بعد ان اعطى للمحدث الإذن اقامتها ، فليس له قلع المحدثات وانما يستطيع تملكها بالإلتصاق على ان يؤدي قيمتها قائمة إذا لم يطلب المحدث قلعها^(٥) .

واخيراً فان التعويض الذي يستحقه المحدث بإذن هو التعويض نفسه الذي يفرض للمحدث بزعم سبب شرعي ، وهي قيمة المحدثات قائمة وفق التشريع العراقي ، وقيمة المواد واجرة العمل أو ما زاد في قيمة العقار حسب القانون المدني المصري .

(١) د. سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ . د. نعمان محمد خليل جمعه ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ٣٠٧ .

(٢) بهذا قضت محكمة النقض المصرية بالطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٤٧ ق ، جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٨٢ . اثار اليه السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

(٣) الحكم الصادر في ٢١ / فبراير ، ١٩٩٣ م نقلا عن د. محمد المرسي زهره ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

(٤) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣ .

(٥) قرار محكمة التمييز رقم ١٥٢٥ / ح / ٩٥٩ في ١٧ / ١١ / ١٩٥٩ ، مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، السنة الخامسة عشر ، العدد الثاني ، نيسان ، آيار ، حزيران ، ١٩٦٠ ، ص ١٥٥ .



وقضت بذلك محكمة التمييز في العراق " تقدر قيمة المحدثات قائمة ، إذا ما كان المحدث قد أقامها بإذن ، فيتم تقدير الأرض مع المحدثات ثم تقدر الأرض دون المحدثات ، ويعتبر الفرق بينهما هو قيمة المحدثات قائمة ^(٣) .

الفرع الثاني

الجور على جزء من أرض الجار بحسن نية

ويفترض هنا ان شخص بنى على أرضه ولعدم وضع الحدود فيما بينه وبين جاره فقد تجاوز بينائه بجزء صغير على أرض جاره الملاصقة .

فقد نصّت المادة ٩٢٨ من القانون المدني المصري على حكم هذه الحالة ^(١) ، ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي ، وحكم النص المذكور هو " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك ان تجبر صاحب هذه الأرض على ان ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل ^(٢) .

ومن الجدير بالذكر فان القانون المدني الفرنسي أيضاً لم ينص على هذه الحالة ، وقد ادى ذلك إلى تطبيق القواعد العامة في الإلتصاق ، وهذه الأحكام تؤدي إلى نتائج غير مرضية ، فإذا ما كان الباني قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه فيكون قد بنى في ملك غيره ، وإذا ما طبقت أحكام الإلتصاق فان الجار الملاصق سيملك الجزء من البناء المقام على جزء صغير من أرضه بالإلتصاق . ويتم ذلك بان يدفع اقل القيمتين ، قيمة ما انفقه الباني في هذا الجزء من البناء أو قيمة ما زاد في الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء حسب القانون المدني الفرنسي والمصري ، وبقيته قائماً حسب القانون المدني العراقي ، وفي كل الاحوال تكون القيمة يسيره ازاء التضحية التي يتحملها الباني كأن يكون البناء جزءاً لا يتجزأ من بناء مملوكاً لجاره بالإلتصاق . وإذا جاز للجار الملاصق ان يملك هذا الجزء الصغير من الأرض ، فان هذا هو حق للجار الملاصق لا التزام عليه ، وهنا لا يستطيع ان يجبره على استعماله ^(٣) .

وقد كان للفقهاء المصري آراء مختلفة قبل تقنين هذه الحالة في القانون المدني المصري الحالي فذهب فريق إلى ان هذه الحالة تجري عليها أحكام الإلتصاق فإذا كان الباني سيئ النية جاز الزامه بالإزالة ، وإذا كان حسن النية فان مالك الأرض المعتدى عليها يملك الجزء المقام على أرضه ويلتزم بإداء التعويض الذي ينص عليه القانون فيصبح البناء شركة بين الجارين . ويرى فريق آخر ان هذه الحالة لا تخضع لأحكام الإلتصاق ، لان هذه الأحكام تفترض ان يكون البناء قد زاد في قيمة الأرض ، وهذا يعني ان يكون البناء بأكمله قد اقيم على أرض الجار ، مع ان هذه الحالة ما هي الا اعتداء على جزء صغير من أرض الجار الملاصقة بالبناء وقد لا تتجاوز سمك الحائط ، ومن ثم فان أحكام القواعد

^(٣) قرار رقم ٦٥٥ / ح / ١٩٦٨ في ٣ / ١٢ / ١٩٦٨ ، مجلة القضاء ، السنة الرابعة والعشرون ، العدد الثالث تموز ، آب ، أيلول ، ١٩٦٩ ، ص ٢٤٦ . وبذلك قضت محكمة التمييز الأردنية ، تمييز حقوق ٢٠٩ / ٨٧ صفحة ٩٤ سنة ١٩٩٠ في ١٣ / ٤ / ١٩٨٧ .

نقلا عن د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

^(١) تقابلها م ٨٨٥ من القانون المدني الكويتي (موافق) .

^(٢) لم ينص كذلك القانون المدني السوري والأردني . وقانون الملكية العقارية اللبناني ، وكذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات على هذه الحالة .

^(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٣١٧ .



العامة هي التي تطبق ، فيكون على الباني ان يزيل ما اقامه على أرض الجار سواء كان حسن النية ام سيئها ^(١) .

ويؤكد الفقه في مصر انه لا مصلحة تعود على مالك الأرض من تملكه لجزء يسير من البناء ، وفي نفس الوقت لا يمكن طلب الإزالة إذا كان الباني حسن النية ، ولهذا فان الحل العادل الذي يرضي كل من الباني ومالك الأرض الملاصقة هو تملك الأول للأرض التي اقيم عليها البناء مع تعويض المالك على حرمانه من ملكه ^(٢) . وعند وضع القانون المدني المصري الحالي حرص المشرع على وضع نص ينظم هذه المسألة بحيث اعتبر أساسا للفصل في الدعاوى التي قد تنشأ دون الرجوع إلى قواعد العدالة . اما القضاء المصري فقد كان يميل إلى عدم اخضاع هذه الحالة لقواعد الإلتصاق ، وكان يفرق بين ما إذا كان الاعتداء على أرض الجار قد حصل بحسن نية وما إذا كان قد حصل بسوء نية ، فيقضي في الحالة الأولى بتمليك الجزء المعتدى عليه للباني في نظير تعويض عادل ، ويقضي بالإزالة في الحالة الثانية ^(٣) .

ولا أعمال النص يجب ان تتحقق جملة من الشروط منها ان يكون الباني قد جازَ على أرض جاره وهو يقيم اصلاً بناءً على أرضه ، ومن ثم لا محل لأعمال نص المادة ٩٢٨ من القانون المدني المصري إذا لم يقيم الباني أي بناء على أرضه ، وانما بنى جزءاً يسيراً من أرض الجار ، فالمشرع يواجه الصورة الغالبة وهي التعدي على أرض الجار بسبب عدم وضوح الحدود بين الجيران ^(٤) .

فعبارة " جاز " الواردة في النص تعني ان البناء اصلاً كان على أرض الباني وبمناسبة ذلك البناء حدث التعدي على الأرض الملاصقة ، اما من يبني على أرض جاره فقط ، ايأ كان مقدار التعدي فانه يخضع لأحكام الإلتصاق ، ولا يسري حكم المادة ٩٢٨ اعلاه ، إذا كان البناء قد اقيم على أرض الجار مباشرة حتى ولو كان تابعاً لبناء إقامة الباني على أرضه كمرآب يلحق بمنزله ^(١) .

وكذلك يشترط ان ينحصر نطاق التعدي في جزء يسير من الأرض الملاصقة ، ولا يتم تحديد ذلك القدر على أساس المقارنة بين الأرض التي اقيم عليها البناء والجزء الذي اعتدي عليه من أرض الجار ، وانما بالنظر فقط إلى مساحة الجزء الذي تم التعدي عليه في اطار مساحة أرض الجار المعتدى عليه ، ويجب ان لا يتعدى امتار عدة اقيم عليها حائط مثلاً أو امتدت اليه أساسات البناء ، اما إذا كان الامتداد واسعاً على الأرض المجاورة فلا يتم اعمال المادة ٩٢٨ مدني مصري ، وتقدير كل ذلك متروك للمحكمة ^(٢) .

(١) د. محمد كامل مرسى ، البناء أو الغرس في أرض الغير أو بأدوات الغير أو الإلتصاق الصناعي ، مجلة القانون والاقتصاد ، مصدر سابق ، ص ٤٦٩ . وأنظر في تفصيل ذلك : Dalloz, N. ١٤٨, Sant latic, ١٩٨٨, P. ٩٧١ .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١١٥ . انور العمروسي ، مصدر سابق ، ص ٦٨٦ .

(٣) الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٣٩ ق ، جلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٧٤ ، ص ٢٥ ، ١٥٦٢ . اشار اليه السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ . الطعن رقم ٢٣٣٤ لسنة ٦٢ ق ، جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٩٤ ، ص ٤٥ ، ٦١٨ . اشار اليه سعيد احمد شعله ، قضاء محكمة النقض في الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣١٤ .

(٤) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ . د. محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٧٢ ، د. جمال خليل النشار ، النية واثراها ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٩ . د. محمد علي عمران ، مصدر سابق ، ص ٨٥ . د. طلبية وهبة خطاب ، نظام الملكية ، مصدر سابق ، ص ٥٦٥ .

(٢) د. محمد المرسى زهره ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ . د. جابر محبوب علي و د. خالد الهندياني ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .



ولا يلزم في هذه الحالة ان تكون قيمة البناء اكثر من قيمة الأرض ، فمعيار اعمال المادة ٩٢٨ مدني مصري ، ان يكون الجزء المعتدى عليه بالبناء يسيراً ، اما مسألة القيمة فقد يأخذها القاضي في إعتباره عند تملك الجزء من عدمه ^(٣) .

وإذا ما رأت المحكمة انطباق جميع الشروط الأنفة الذكر لها عند ذاك تملك الجزء من الأرض المشغول بالبناء سواء بناءً على طلب صاحب الأرض أو صاحب البناء وهو امر جوازي للمحكمة فلها ان ترفض تملك الباني للأرض على الرغم من توفر الشروط كاملة . فالتملك يقوم على التوفيق بين مصلحة الباني بعدم هدم البناء ، ومصلحة مالك الأرض بتعويضه عن الاضرار التي قد تصيبه من جراء حرمانه من ملكه ، ومن ثم تحقق العدالة بين الطرفين ، فالقاضي يقيم حكمه على إعتبار العدالة في ظل حسن النية ، فهو يقضي بتملك الجزء المشغول بالبناء استناداً إلى مقتضيات تلك الحالة ، فهو ينظر إلى كل حالة على حده ، وإذا ما رأى له عدم التملك في بعض الاحيان ، فان ذلك لا ينتقص من العدالة بشيء ^(١) .

وإذا قضت المحكمة بالتملك فان الحكم يقتصر على تملك الجزء المشغول فقط دون المساحة الباقية من الأرض المجاورة ، وقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلط في مصر إلى تملك جزء من الأرض يزيد عن مساحة الجزء المشغول بالبناء بمساحة متر واحد حول البناء ابتداءً من الخط الخارجي لكل مطل مفتوح حتى يتفادى الباني الحكم بسد المطلات ^(٢) .

وانتقد هذا الحكم كونه يتوسع في تفسير الاستثناء الوارد على القواعد العامة في الإلتصاق ، ويجب اعمال النص في حدوده دون توسع ومن ثم لا مانع من سد المطل لان لا مسوغ لبقاءه مفتوحاً ^(٣) .

ويذهب جانب من الفقه إلى ان المشرع قد قصد من التعويض العادل ، عدم تقييد القاضي بالتعويض المقرر في أحكام الإلتصاق من جهة ، وافساح المجال امامه ليراعي عند تقدير التعويض مسلك المالك من جهة أخرى ، اما تعويض كافة الاضرار التي تصيب المالك بالإضافة إلى قيمة الأرض فهو امر بديهي تقضي به القواعد العامة في التعويض ، فالتعويض قد يكون اكبر من قيمة الأرض إذا ما كان ما انتزع يقلل من قيمة الأرض الباقية ، ولكن لا يكون في أي حال من الاحوال اكبر من قيمة مجموع الاضرار التي اصابها صاحب الأرض ^(٤) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لما كان الثابت في الدعوى ان الطاعن قد تمسك في دفاعه امام محكمة الاستئناف ، بأنه كان حسن النية حين اقام المباني على الدكان الذي تدعى المطعون

^(٣) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١١٦ . د. محمود خيال ، مصدر سابق . ص ١٦٨ ، د. ابراهيم ابو النجا ، الحقوق العينية الأصلية في القانون الليبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ط ١ ، ١٩٩٧ ص ١٩٣ .

^(١) محمد زهره ، البناء في أرض الغير ، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري ، رسالة من جامعة نانتر ، ١٩٨٢ ، ص ١٩٥ . د. سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ٣١٠ .

^(٢) استئناف مختلط ١٨ / ٥ / ١٩٢٦ . د. السنهوري الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٣١٩ هامش (٣) . انظر في ذلك ، د. جمال خليل النشار ، النية واثرها ، مصدر سابق ، ص ١٠١ . د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية اتلاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٣٧٠ .

^(٣) السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ٣١٨ ، هامش (٣) . د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

^(٤) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ . وأيضاً مؤلفه ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ .



عليها ملكيته ولم يجاوز الا في مساحة صغيرة ، وانه لا يجوز في هذه الحالة القضاء بإزالة المباني ، استناداً إلى نص المادة ٩٢٨ مدني ، وانما يقتصر حق المطعون عليهن المطالبة بالتعويض^(١) . وقضت كذلك " عندما تتوفر شروط اعمال المادة ٩٢٨ مدني فان حق الطاعن يكون قاصراً على التعويض فقط^(٢) .

اما المشرع السوري فانه لم يضع حكماً لهذه الحالة ، ولما كان تطبيق أحكام الإلتصاق بدقة قد يؤدي إلى ان يصبح مالك الجزء الصغير المتجاوز عليه شريكاً في البناء وهي نتيجة لا تتفق مع قواعد العدالة ، لذلك فقد ذهب القضاء في سوريا ولبنان إلى جواز اجبار الجار الملاصق على ان ينزل عن هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره المحدث نظير تعويض عادل ، وقد جرى على ذلك القضاء اخذاً بمقتضيات العدالة^(٣) .

الا ان محكمة النقض السورية قضت حديثاً بان وجود عقارين متلاصقين لا يعطي الحق للطاعن بالتجاوز دون سبب مشروع وهو ليس دليلاً على حسن النية كون حدود ومساحات العقارات مبينة في السجل العقاري بصورة واضحة واكيدة ، فالتعدي بالتجاوز على عقار الجار يوجد قرينة قوية على سوء النية لان الاهمال لا يشكل مهما كان الامر أساساً لحسن النية ، ويقتضي بإزالة التجاوز والاعتداء على حق الغير^(٤) .

ويعتقد الفقه محقاً ، انه لا مجال لتطبيق النص الخاص بالاعتداء على أرض الجار على الغراس ، كون قلع الغراس لا يؤدي إلى ضرر كبير كما هو البناء ، فقد يكون الجزء المتجاوز عليه ، لا يتعدى الأساسات التي يقوم عليها البناء أو الحائط الذي يستند عليه السقف ، وعند ذاك تكون الإزالة ضارة ضرراً كبيراً بالبناء الذي في أرضه ، أما الغراس فان رفعها لا يؤدي إلى مثل هذه الاضرار ، حيث لا يمتد الضرر إلى اجزاء أخرى في أرض الغراس^(٥) .

ويلاحظ على القضاء العراقي تطبيق نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي على تجاوز الجار بالبناء على جزء من أرض جاره إذا ما ثبت ذلك التجاوز باعتبار ان المحدث سيئ النية دائماً ، حيث كان عليه ان يطلع على التصاميم والخرائط المثبتة في دائرة التسجيل العقاري ، فهي حجة على الكافة بما ثبت فيها ولا يجوز الاحتجاج بما يخالفها^(٦) .

واعتقد بان ما سار عليه القضاء العراقي بجانب العدالة ، فقد تتداخل المساحات بحيث يجور الجار الملاصق على أرض جاره وهو حسن النية ، فارى بوجوب الاخذ بالنص المصري الذي يعالج هذه الحالة ، لانه اقرب للعدالة .

(١) نقض جلسة ١٢ / ٣٠ / ١٩٧٤ نقلاً عن انور العمروسي ، مصدر سابق ، ص ٦٧٦ .

(٢) نقض جلسة ٢٨ / ٢ / ١٩٧٦ نقلاً عن المصدر السابق ، ص ٦٧٦ .

(٣) نقض سوري تاريخ ٢٦ / ٧ / ١٩٥٤ ، مجلة المحامون السورية لعام ١٩٥٤ ، ص ٦١١ . محكمة استئناف بيروت تاريخ ٢٥ / ٥ / ١٩٥٤ ، النشرة القضائية لعام ١٩٥٤ ، ص ٥٠٧ ، تمييز لبناني تاريخ ٨ / ٤ / ١٩٦٣ ، النشرة القضائية لعام ١٩٦٣ ، ص ٤٥١ ، وقد ذهب القضاء اللبناني إلى ان التجاوز على جزء من أرض الجار بمساحة ١٨٠ م ، يعتبر كبيراً ، ويكون الباني سيئ النية إذ كان تنبغي عليه ان يتأكد من مساحة عقاره المسجلة في قيود السجل العقاري . نقض لبناني تاريخ ٣٠ / ١ / ١٩٦٣ ، النشرة القضائية لعام ١٩٦٣ ، ص ٥٧٢ .

(٤) قرار محكمة النقض السورية رقم ٩٩ / ١٧٦٤ في ٢٨ / ١١ / ١٩٩٩ منشور في مجلة المحامون السورية ، السنة ٦٨ ، العددان السابع والثامن ، تموز وآب ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٨٥ .

(٥) د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص ٧٧ . د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مصدر سابق ، ص ٣٠٩ .

(٦) قرار رقم ١٤٥٩ / ٢م / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠ / ٧ / ٦ (غير منشور) .



ولابد من الإشارة أخيراً بأن المشرع المصري^(٣) انفرد بالنص على المنشآت الصغيرة كالاكشاك والحوانيت والمأوى التي تقام على أرض الغير دون ان يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام ونص على ان تكون ملكاً لمن أقامها ، أي ان أحكام الإلتصاق لا تنطبق عليها ، وهذا يعني انه لا مجال لتملكها من قبل صاحب الأرض بل له طلب ازالتها وحسب الاحوال ، وكذلك لا يستطيع المحدث ان يجبر مالك الأرض على تملكها ، وله نزاعها على ان يعيد الأرض إلى ما كانت عليه قبل اقامته لهذه المنشآت .

المبحث الثاني

أحكام المحدثات المقامة بمواد الغير

بيننا في المبحث السابق أحكام المحدثات المقامة على أرض الغير ، اما في هذا المبحث فنسقوم ببيان أحكام البناء بمواد الغير ، فقد يقوم مالك الأرض بإقامة محدثات على أرضه بمواد تعود ملكيتها للغير ، وقد يقوم شخص بإقامة محدثات على أرض الغير بمواد مملوكة لشخص ثالث ، ففي المطلب الأول سنقوم بأيضاح أحكام الحالة الأولى وهي ان يقوم صاحب الأرض بإقامة محدثات على أرضه بمواد غيره ، اما في المطلب الثاني فسنتناول أحكام المحدثات التي تقام بمواد الغير من شخص لا يملك الأرض .

المطلب الأول

أحكام المحدثات التي يقيمها مالك الأرض بمواد الغير

نصت المادة ١١١٨ من القانون المدني العراقي على انه " يكون ملكاً لصاحب الأرض ما يحدته فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يمكن قلعها دون ان يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم ، وعليه ان يدفع قيمتها مع التعويض ان كان له وجه . اما إذا امكن قلعها بلا ضرر جسيم واراد صاحبها استردادها ، فله ذلك وعلى صاحب الأرض نفقة القلع " . اما المشرع المصري فقد نص في المادة ٩٢٣ من القانون المدني على انه " ١ - تكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدته فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون ان يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم . أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد انها اندمجت في هذه المنشآت . ٢ -

(٣) نصت م ٩٢٩ مدني مصري على " المنشآت الصغيرة كالاكشاك والحوانيت والمأوى التي تقام على أرض الغير دون ان يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام ، تكون ملكاً لمن أقامها " .



فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه ان يدفع قيمتها مع التعويض ان كان له وجه ، اما إذا استرد المواد صاحبها فان نزاعها يكون على نفقة صاحب الأرض " .

ويعتقد اغلبيية الفقهاء بان هذا الفرض من فروض الالتصاق هو قليل الحدوث ، ذلك ان مالك الأرض غالباً ما يملك المواد استناداً إلى قاعدة حيازة المنقول سند الملكية ، فإذا ما حاز صاحب الأرض المواد بحسن نية وكان في حيازته مستنداً إلى سبب صحيح^(١) ، تملكها دون الحاجة إلى اعمال أحكام الالتصاق ، وان قاعدة الحيازة في المنقول تؤدي إلى وحدة مالك الأرض ومالك المواد وتحول تبعاً لذلك دون قيام مشكلة الالتصاق^(٢) ، كون المواد لحظة اندماجها تكون مملوكة لصاحب الأرض ، أي انه يبني في أرضه بمواد مملوكة له ، وعادة يكون من مصلحة صاحب الأرض التمسك بتلك القاعدة ، وعدم التمسك بأحكام الالتصاق حتى يتفادى دفع تعويض لصاحب المواد لانه غالباً ما يكون قد دفع مقابل حصوله على المواد بحسن نية ، كما لو اشتراها ممن يعتقد انه المالك^(٣) .

وعلى هذا فان هذه الصورة من صور الالتصاق تسري في حالة حسن النية إذا لم تتوفر شروط قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية وخصوصاً إذا لم يتوافر السبب الصحيح ، أو إذا كان صاحب الأرض سيئ النية ، ويقع على عاتق صاحب المواد اثبات سوء نية صاحب الأرض ، لان الأصل حسن نية ، أو يثبت ان المواد كانت مسروقة أو ضائعة ، أو كان حائزاً للادوات بسبب ظني لا وجود له^(٤) .

ولا ضرورة هنا للتمييز بين ما إذا كان المالك حسن النية أو سيئها عند حصوله على المواد ذلك لان من يستخدم المواد هو صاحب الأرض أي صاحب الشيء الأصلي ، ووضع هذا يغفر له الحصول على مواد غيره ولوء بسوء نية ، وهو في عمله هذا لم يستول الا على شيء تبعية وهو المنقولات ، والمشرع بهذا يحابي مالك الأرض ليس فقط في مواجهة مالك المنقول بتملك صاحب الأرض للمنشآت بحكم الالتصاق ، وانما يحاييه أيضاً بعدم وضع أحكام خاصة للحصول على المواد بسوء نية ويسوي في المعاملة بين حسن النية وسيئ النية ، فكل ما يتطلبه المشرع في ذلك ، اقامته للمنشآت بنفسه وعلى أرضه^(٥) ، فضلاً عن شروط الالتصاق الأخرى ، حيث يجب ان تندمج هذه المواد بالأرض فتصبح عقاراً بطبيعته ، فلا يكفي تخصيص المواد لخدمة العقار إذا لم تندمج فيه اندماجاً يكسبها صفة العقار ، وان تكون هذه المواد مما يعتبر من مواد البناء أو الغراس كالحديد والاسمنت والطابوق والاشجار وهذا ما تم تفضيله في شروط الالتصاق .

(١) نصت المادة ١١٦٣ / ١ مدني عراقي " ١- من حاز وهو حسن النية منقولا أو السند لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد . . . " تقابلها م ٩٧٦ مدني مصري (موافق) .

(٢) د. محمود الخيال ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ . د. جابر محجوب علي و د. خالد الهندياني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ . اسماعيل غانم ، الحقوق العينية ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٣) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٤٣ . د. احمد شوقي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ . د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢١٠ .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ط ١٩٩٢ ، ص ٣٦٢ . د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢ . د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٥٨ . كذلك انظر المواد ١١٦٤ من القانون المدني العراقي ، م ٩٧٧ من القانون المدني المصري .

(٥) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ٦٩ . د. جمال خليل النشار ، الالتصاق ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ . د. علي علي سليمان ، مصدر سابق ، ص ١٨٦ . د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٢١١ .



وإذا ما توافرت شروط الإلتصاق اعلاه ، يتوجب اعمال أحكام الإلتصاق والتي بموجبها تملك صاحب الأرض المواد وهذا هو الأصل، والذي يترتب عليه تعويضه عن قيمة المواد وما يصيبه من اضرار ، وهذا ما سيتم أيضا حه في فرعين ، حيث سنتناول في الفرع الأول تملك صاحب الأرض للمواد ، وفي الفرع الثاني تعويض صاحب المواد .

الفرع الأول تملك صاحب الأرض للمواد (مصير المحدثات)

الأصل ان صاحب الأرض يملك المحدثات التي يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، فالأرض بما تتمتع به من قوة جذب تلتهم ما يلتصق بها بحيث يصبح هذا ملكاً لصاحب الأرض باعتباره مالكاً للشيء الأصلي الذي يتبعه متى ما التصق به ، وهذا الأصل يثبت لمالك الأرض سيئئ التية مثلما يثبت لحسن التية^(١) . وهذه القاعدة على اطلاقها تطبق في القانون المدني الفرنسي حيث جاء م ٥٥٤ على انه " . . . لا يحق لصاحب المواد ان يطلب نزاعها . . . " ^(٢) .

اما المشرع العراقي فقد قيد هذه القاعدة بان يكون نزع المواد ممكناً دون ان يلحق بصاحب الأرض ضرراً جسيماً ، في حين نرى ان المشرع المصري قيدها بقيدين الأول ان يكون نزع المواد ممكناً دون ان يلحق المنشآت ضرراً جسيماً . والثاني ، ان لا ترفع دعوى من قبل صاحب المواد باستردادها خلال سنة من تاريخ علمه بان المواد التي تعود له قد اندمجت في هذه المنشآت ^(٣) .

ومن ثم فإذا ما ادى نزع المواد إلى الاضرار بصاحب الأرض اضراراً جسيماً وفق النص العراقي ، فانه سيتملك هذه المنشآت بحكم الإلتصاق . ويمكن القول بان المعيار الذي اخذ به المشرع العراقي هو معيار شخصي إذ يأخذ بنظر الإعتبار الضرر الذي يصيب صاحب الأرض ، وهذا المعيار يوسع من دائرة تملك المواد لأصحاب الأراضي اكثر منه بالنسبة للمشرع المصري حيث اعتد بمعيار الضرر الذي يصيب المنشآت وهو معيار مادي ، فقد يؤدي نزع المواد من البناء إلى عدم امكانية صاحب الأرض من اشغاله سكناً وهو بالتالي ضرر يصيب صاحب الأرض ، فحسب القانون العراقي يستطيع مالك الأرض تملك هذه المواد ، اما وفق القانون المدني المصري فان هذا الضرر لوحده لا يؤدي إلى تملك صاحب الأرض للمواد ، وان هناك رأي في الفقه يرى ان الاخذ بالمعيار الشخصي يؤدي إلى التضيق من احوال نزع المواد وهو امر مرغوب فيه ، لانه يتفق مع ضرورات التعمير وسرعة التوسع العمراني ، فهو من قبيل التضيق من الهدم الجزئي ، ومن ثم يتلاءم مع الضرورات الاقتصادية ، ولا

(١) د. سعيد جبر ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٤٦ . وسنلاحظ في الفرع اللاحق بان هناك رأي لبعض الفقهاء وكذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري يؤكد بان حسن التية وسوءها يؤثر على مقدار النع ويض الذي يفرض على مالك الأرض .

(٢) نص المادة ٥٥٤ من القانون المدني الفرنسي .

"Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations ou ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur, il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu: mais propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever ". Dalloz, Cod, Penal, Paris, ٢٠٠١, P. ٣٣٩

انظر في تفسير هذه المادة د. محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية ، مصدر سابق، ص ٢٩٣ .

(٣) د. صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢٦٧ .



يضر حسب هذا الرأي ذلك بصاحب المواد لانه يستحق تعويضاً كاملاً عن كافة ما يصيبه من اضرار (١)

ويمكن القول بارجحية المعيار الذي اخذ به المشرع المصري لسهولة تحديده فالضرر الذي يصيب المنشآت ضرراً جسيماً هو من الوقائع التي يمكن لذوي الخبرة تحديده بيسر ، بخلاف الضرر الذي يصيب صاحب الأرض فهو من المسائل المعقدة احياناً والتي يصعب تحديدها (٢).

ويشير جانب من الفقه في مصر ان منع صاحب المواد من استردادها ، إذا كان نزاعها يؤدي إلى ضرر جسيم في المنشآت يمكن تخريجه استناداً إلى مبدأ التعسف باستعمال الحق ، فان صاحب الادوات يتعسف في استعمال حقه في المطالبة بنزع الادوات إذا كان في نزاعها يلحق المنشآت ضرراً جسيماً (٣) ، خاصة إذا كان نزاع هذه المواد لا يدر بفائدة على صاحبها لقلّة ثمنها أو انها تصبح غير ذات قيمة بعد النزاع ، ففي كل هذه الفروض يصبح مالك المواد متعسفاً إذا ما اصر على استعمال حقه في طلب نزع المواد ، كون طلبه هذا ينطوي على قصد الاضرار بالغير ، فيعتبر من قبل التعسف باستعمال الحق (٤) . اما القيد الثاني والذي لم ينص عليه المشرعان الفرنسي والعراقي ، وانما نص عليه المشرع المصري هو ان تكون المواد قابلة لان تنزع من العقار دون ان تخلف ضرراً بالمنشآت ، فقد تكون المواد التي اقام بها صاحب الأرض محدثاته والتي تعود للغير ابواباً وضعها صاحب الأرض في البناء أو ادوات صحية أو بلاطاً لصقت بأرضية أو خشباً غطى به أرضية الغرف وغيرها من المواد القابلة للاسترداد دون ان تخلف ضرراً للمنشآت الا ان صاحبها لم يرفع دعوى باستردادها خلال سنة من يوم علمه بالتصاقها بالأرض ، وهذه المدة هي مدة سقوط ، فإذا تمت المطالبة خلال الميعاد الزمني المحدد وجب نزع هذه المواد والمهمات على نفقة صاحب الأرض (٥) .

غير انه لا يجوز لصاحب الأرض ان يجبر مالك المواد على استردادها ليتفادى الحكم عليه بالتعويض ، أو ان يجبره على قبول قيمتها ، فالخيار متروك لمالك المواد وليس لصاحب الأرض ان شاء استردها طالما لا يترتب على نزاعها ضرر جسيم ، وان شاء تركها واخذ قيمتها مع التعويض (٦) .

وحق مالك الادوات في نزاعها من الأرض على النحو الذي سبق بيانه ، دون تفريق ما إذا كان مالك الأرض الذي استغلها في اقامتها حسن النية ام سيئها ، أي دون تفريق ما إذا كان هذا المالك يعلم عند اقامته للمحدثات ان الادوات مملوكة لغيره أو لا يعلم .

(١) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب ، مصدر سابق ، ص ٧٧ . محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ .

(٢) ويلاحظ ان نص المادة ٨٨١ من القانون المدني الكويتي جاء موافقاً للنص المصري فيما عدا اخذه بمعيار الضرر الجسيم الذي يصيب مالك الأرض وبهذا وافق النص العراقي ، حيث جاء في نص المادة ١١١٨ منه " يكون ملكاً خالصاً . . . إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون ان يلحق مالك الأرض ضرر جسيم . . . " .

(٣) محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ . د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ٢٦٩ ، هامش (٣) . (٤) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ . د. محمد علي عرفه ، موجز في حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٦٧ . د. جابر محجوب علي و د. خالد الهندياني ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٥) د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ . د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢٠١ .

(٦) د. ابراهيم ابو النجا ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي ، مصدر سابق ، ص ١٨٦ .



وان تقدير ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً جسيماً بصاحب الأرض كما في النص العراقي أو بالمنشآت كما في النص المصري متروك للمحكمة وعليها ان تستخلصه طبقاً لظروف كل حالة على حده^(٣).

وهنا يثور تساؤل ، عما إذا كان يحق لصاحب الأرض ان ينزع المواد من تلقاء نفسه ويردها إلى صاحب المواد قبل انقضاء مدة السنة ؟

ويجب الفقه على هذا التساؤل بان هناك ارتباط وثيق بين هذا الحق لصاحب الأرض وبين تحديد وقت انتقال ملكية المنشآت إليه ، فإذا ما اعتبرنا بان ملكية المنشآت تنتقل إلى صاحب الأرض بمجرد اندماجها في الأرض ، هنا لا يحق لصاحب الأرض نزع المنشآت وردها لصاحبها السابق ، حيث لا يلزم شخص باخذ مال غيره حتى ولو كان قد سبق امتلاكه ، ما دام قد أصبح مملوكاً لغيره ، وإذا قلنا بتأجيل انتقال الملكية حتى فوات السنة فإن صاحب الأرض يحق له ان ينزع المواد ويردها إلى صاحبها ، فلا يحق لاحد ان يرفض استرداد ملكه ، ولا يجبر احد على إستبقاء ملك الغير لديه^(١).

وبرجّح غالبية الفقه بحق الرأي الأول حيث اعتبروا بان خيار نزع المواد مقرر لصاحب المواد وليس لصاحب الأرض ، فلا يجوز لصاحب الأرض ان يجبر مالك المواد على استردادها أو قبول قيمتها ، فالخيار متروك لصاحب المواد طالما لا يترتب على نزاعها ضرر جسيم ، فان شاء تركها واخذ قيمتها مع التعويض^(٢) ، فالمشرّع قصد مراعاة مصلحة صاحب المواد الذي يستقل بتقدير ملائمة طلب الاسترداد ، ولا محل لرعاية صاحب الأرض بوضع حد لعدم استقراره ، فهو الذي خلق هذا الوضع باخذ مواد غيره ، ولهذا عليه ان يتحمل مغبة خطئه ولو كان بحسن نية ، مع ملاحظة انه غالباً ما يكون سيئ النية^(٣).

وقد تنهد المنشآت لاي سبب كان ، فهل يحق لصاحب المواد استردادها ؟ ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى انه إذا تهدم البناء قبل اداء صاحب الأرض لما يفرض عليه من تعويض لصاحب المواد ، فان للاخير طلب استرداد هذه المواد بدلاً من التعويض ، ولقد تأثر هذا الرأي بما كان يجري عليه العمل في القانون الروماني حيث كانت المواد تبقى على ملك صاحبها وانما يمنع استردادها لان نزاعها يلحق ضرراً بصاحب الأرض يفوق الضرر الذي يصيب مالكها ، فقد كان الالتصاق يعتبر مانعاً من استرداد المواد وليس سبباً من اسباب كسب ملكيتها ، فإذا انهدم البناء زال المانع وجاز الاسترداد^(٤).

وفي رأي مخالف فانه لا يحق لصاحب المواد استردادها سواء كان قد اخذ التعويض أو لم يحصل عليه بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد اخذه أو لم يعرض رده ، فالإلتصاق سبباً من اسباب

(٣) د. حسن كبره ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢ ، د. سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق ، ص ٢٩٤ . د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ .

(١) انظر في ذلك : د. محمد لبيب شنب ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

(٢) د. ابراهيم ابو النجا ، مصدر سابق ، ص ١٨٦ .

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢ ، هامش (٣) . د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٤) انظر في آراء الفقهاء الفرنسيين د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ٣٥٦ . كذلك د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .



كسب الملكية وصاحب الأرض يتملك المواد بمجرد اندماجها بالأرض ، وصاحب المواد يفقد ملكيتها منذ تلك اللحظة ، والحق متى انقضى لا يولد مرة أخرى^(٥) .

ويذهب رأي في الفقه إلى ضرورة التمييز بين فترتين الأولى هي ان تكون السنة التي منحها المشرع لصاحب المواد لم تنته بعد وحصل الهدم ، وهنا يكون لصاحب المواد طلب استردادها طبقا لنص المادة ٩٢٣ مدني مصري والتي قررت ان المواد ترد على مالكيها إذا لم يكن في نزاعها ضرر جسيم يصيب المنشآت^(١) .

اما الفترة الثائية فهي إذا ما انتهت مدة السنة وسقط حق مالك الادوات في استردادها ، وهنا يرى اصحاب هذا الرأي انه ليس من حق صاحب الادوات ان يطلب استردادها سواء كان قد اخذ التعويض ام لا ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد اخذه في مقابل اخذ صاحب الأرض لمواده ، وذلك لان صاحب الادوات قد فقد ملكيته لادواته من لحظة اندماجها بالأرض^(٢) .

ويمكن القول بان لا ضرورة للتمييز في القانون المدني العراقي بين حالة انقضاء مدة السنة أو عدم انقضائها كون المشرع العراقي لم ينص عليها ، ويرى جانب من الفقه انه لا سبيل لصاحب المواد طلب استردادها في حالة تهدم البناء ، لان مالك الأرض تملكها من لحظة اندماجها في الأرض بالالتصاق^(٣) . وهذا الرأي هو الراجح لان الأصل هو ان يتملك صاحب الأرض للمواد التي احدث فيها منشآت على أرضه وان كانت تعود للغير وفق قواعد الالتصاق ، اما الاستثناء فهو استردادها بالشروط التي نص عليها القانون .

وإذا ما تملك صاحب الأرض المواد التي اقام بها منشآت على أرضه فان القانون يفرض عليه دفع قيمة هذه المواد مع التعويض ان كان له وجه وهذا ما سنقوم بدراسته في الفرع اللاحق .

الفرع الثاني

تعويض صاحب المواد

رأينا في الفرع السابق ، ان لصاحب الأرض الذي يقيم على أرضه محدثات بمواد تعود ملكيتها للغير ان يتملكها بالالتصاق . فإذا ما توافرت شروط التملك التي نص عليها القانون في باب الالتصاق فانه يكون ملزماً بدفع تعويض لصاحب المواد ، والا اثرى على حساب الاخير دون وجه حق^(١) . وينص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة^(٢) على ان التعويض يتمثل بامرين : الأمر الأول – ان يدفع قيمة المواد التي اقام بها المنشآت .

(٥) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٠ . د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ .

(١) د. عبد المنعم البدر أوي ، المصدر السابق ، ص ٥٣ ، هامش (١) . د. جمال خليل النشار ، الالتصاق ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ .

(٢) د. عبد المنعم البدر أوي ، المصدر السابق ، ص ٢٦٠ . د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

(٣) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .

(١) أ.د. محمد المرسي زهره ، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٢) نصت المادة ١١١٨ من القانون المدني العراقي " وعليه ان يدفع قيمتها مع التعويض ان كان له وجه حق . . . " . تقابلها م ٩٢٣ مدني مصري (موافق) ، م ١١٣٩ أردني (موافق) ، م ٨٩٠ سوري (موافق) م ٩٢٧ ليبي (موافق) ، م ١٢١٦٨ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (موافق) .



الأمر الثاني - ان يدفع لصاحب الادوات تعويضا عما اصابه من اضرار بسبب حرمانه من هذه الادوات التي كانت مملوكة له .

أولا - الالتزام بدفع قيمة المواد :

على صاحب الأرض ان يدفع قيمة المواد التي اقام بها محدثات على أرضه والتي تعود ملكيتها للغير ، وتقدر قيمة هذه المواد وقت التصاقها بالأرض ، فالعبرة بقيمتها في هذا الوقت وليس وقت الحصول عليها حتى لو كان هناك فاصل زمني كبير بين وقت اخذها ووقت التصاقها ^(٣) . ويبدو ان إعتبار وقت الإلتصاق كأساس لتقدير القيمة يعود إلى ان هذه القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الادوات لصاحب الأرض ، أي وقت اندماج الادوات في الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته ^(٤) . ويعتقد رأي في الفقه ان المشرع قد توهم بإعتبار وقت الإلتصاق هو وقت تقدير المواد ، وان هذا التقدير سيوفر ترضية كافية لصاحب المواد ، وذلك ان المشرع قد اغفل بان قيمة المواد عادة ما تزداد ومن لحظة التصاقها وحتى الوفاء بالتعويض ، كما ان صاحب المواد قد لا يستطيع ملاحقة مالك الأرض بالتعويض لسد النقص الحاصل لديه بما زاد في قيمة المواد كون الاخير لم يرتكب خطأ مما يستدعي مطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، وبهذا يضرار مالك المواد باسترداد قيمة المواد وقت التصاقها ^(١) .

ويمكن القول بان حل هذا الاشكال يكمن في تحديد أساس مسؤولية مالك الأرض باداء قيمة المواد ، فإذا ما كان سبب النية ، أي انه تعدى اثناء حيازته للمواد ثم اقام محدثاته بها ، فان فعله يندرج تحت الفعل الضار الذي يستوجب مسؤوليته مسؤولية تقصيرية .

ومن ثم فان صاحب المواد سيستعيد قيمة المواد وقت الإلتصاق ومن ثم المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر ، الذي قد يكون الزيادة في اسعار المواد . اما إذا كان حسن النية فانه يلزم بدفع قيمة المواد على أساس قاعدة الإثراء دون سبب ، ومن ثم فعليه ان يدفع اقل القيمتين بين إقتنار صاحب المواد وبين إثراء صاحب الأرض ، وما دام مبلغ الإثراء والإقتنار هو قيمة المواد وقت التصاقها ، فان القيمة واحدة ، وهي قيمتها وقت الإلتصاق ، ولا موجب لارهاق صاحب الأرض بتعويض لم يكن نتيجة لخطأ في جانبه .

ويؤكد اغلب الفقه الفرنسي بان التزام مالك الأرض بدفع قيمة المواد يكون نقداً ، تأسيساً على ما ورد في نص المادة ٥٥٤ من القانون المدني الفرنسي وهو " قيمة المواد " فلا يجوز ان يكون الوفاء عينا بمواد مماثلة أو بتقديم مواد بديلة ، فلا يمكن ان تكون قيمة المواد وقت الإلتصاق الا مبلغاً من النقود ^(٢) ، وهنا يعتقد بان المشرع قد خرج عن القواعد العامة في التنفيذ العيني الجبري ، حيث يمكن ان يتم الوفاء بمواد مماثلة من قبل المدين إذا ما كان محل الالتزام شيئاً مثلياً ، وان اغلب مواد البناء أو الغراس

^(٣) د. محمد شكري سرور ، تنظيم حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

^(٤) محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٥٦ .

^(١) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

^(٢) سانت لاري ، الإلتصاق ، موسوعة دالوز ، رقم ١٤٨ . اوبروي ورو وبارتان ، محاضرات في القانون الفرنسي ، ج ٣ ، الطبعة السادسة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٦٣ . أنظر في ذلك د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص ٨١ .



هي من الاشياء المثلية ، واعتقد ان اختيار المشرع لهذا الحكم جاء متناسقا مع الهدف الاساسي للنصوص القانونية ، الا وهو حسم النزاعات باقصر الطرق وايسرها ^(٣) .

الا ان المشرع الفرنسي قد تفادى هذا الوضع ونص على ان تدفع قيمة المواد وقت الوفاء ^(٤) . وارى ان الحل اعلاه فيه صعوبة كبيرة من الناحية العملية ، ذلك ان وقت الوفاء ، لا يمكن بأي شكل من الاشكال معرفته بالتحديد ، حيث غالباً ما تصدر الأحكام التي تستند إلى التقديرات التي يوجبها القانون ومن ثمّ يصار إلى تنفيذ هذه الأحكام عن طريق دوائر التنفيذ التي قد تستغرق وقتاً طويلاً لاجبار المدين على الوفاء ، فمتى يتم التقدير ومتى يصدر الحكم ، ومتى ينفذ ، لإعتبار وقت التقدير هو وقت الوفاء .

ثانيا - الحق في التعويض عن الأضرار :

فضلاً عن التزام مالك الأرض بدفع قيمة المواد فقد الزم المشرع العراقي ، في المادة ١١١٨ من القانون المدني مالك الأرض بدفع تعويض لمالك المواد إذا كان له وجه . أي إذا كان الاخير قد اصابه ضرر ، وأساس هذا التعويض ، المسؤولية التقصيرية ، ومن ثم يشترط توافر اركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ، كان يثبت مالك المواد مثلاً انه كان يزعم استعمال موده في إقامة بناء له وانه اضطر نتيجة استخدام مالك الأرض لهذه المواد ان يشتري بدلاً منها بثمن يزيد على القيمة التي يلتزم مالك الأرض بدفعها له ، أو ان تكون المواد التي استردها اصابها تلف اثناء عملية نزعها أو ان يكون هو نفسه - في حالة تعذر استردادها - كان بحاجة إلى هذه المواد لاجراء اصلاحات عاجلة في بنائه ، بحيث يتجاوز الضرر الذي يعود عليه من تأجيل اجراء هذه الاصلاحات قيمة المواد ^(١) .

ولا يشترط لاستحقاق التعويض ان يكون خطأ المالك عمدياً ، بان يكون عالماً وقت استخدام المواد بأنها مملوكة للغير ، وان الاخير ليس موافقاً على استخدامها له ، بل يكفي مجرد الاهمال ^(٢) .

وبلاحظ ان المشرع العراقي لم يفرق بين مالك الأرض حسن النية وسيئها ، ولكن من شراح القانون المدني من يرى في ان على القاضي ان يراعي عند تقديره للتعويض المستحق لصاحب المواد ، ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية أو سيئ النية ^(٣) .

وبخلاف ذلك يرى جانب من الفقه في مصر ، بان القاضي من الناحية العملية بكونه بشراً وانه سيأخذ ذلك بنظر الاعتبار ، الا ان لا أساس في القانون لهذه التفرقة فالتعويض بالمعنى الدقيق لا علاقة له بدرجة جسامه الخطأ ، وانما يقدر بقدر الضرر ، والا كان نوعاً من العقوبة الخاصة ، وهذه لا تتقرر الا بنص ^(٤) .

^(٣) تنص المادة ٢٤٨ / ٢ على انه " ٢- فإذا لم يتم المدين تنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين " .

^(٤) وذلك بمقتضى التعديل الصادر في ١٥ / مايو / ١٩٦٠ . منشور في

CODE CIVIL , p. ٣٤٢.

^(١) د.جمال الشرقاوي ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ . د.سعيد جبر ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

^(٢) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

^(٣) د.صلاح الدين الناهي ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٢٧٠ . د.نعمان خليل جمعة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

^(٤) د.محمد المرسي زهرة . الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ .



ويرجّح الرأي الأخير لما فيه تطبيق للقواعد العامة في التعويض . وأرى أن حرفية نص المادة ١١١٨ من القانون المدني العراقي تتطابق والرأي الأخير للفقهاء المصري ، إذ أن النص يؤكد على تعويض صاحب المواد ان كان لذلك وجه ، وحيث ان التعويض هو جبر لضرر كان قد وقع فعلاً ، حيث ان عنصرى الضرر هما الكسب الفائت والخسارة اللاحقة ولا وجود لغيرهما مثل ثبوتية صاحب الأرض . وغني عن البيان ان التعويض المدني لا يحول دون تطبيق قانون العقوبات على صاحب الأرض ، إذ قد يعتبر الاستيلاء على المواد مكوناً لجريمة السرقة أو خيانة الأمانة ^(٢) .

المطلب الثاني

أحكام المحدثات التي يقيمها غير صاحب الأرض بمواد شخص ثالث نصّت المادة ١١٢٢ من القانون المدني العراقي على انه " إذا احدث شخص بمواد مملوكة لغيره على أرض أحد ، فليس لمالك المواد ان يطلب استردادها ، وانما له ان يرجع بالتعويض على المحدث ، كما ان له ان يرجع على صاحب الأرض بما لا يزيد عما هو باق في ذمته للمحدث من قيمة المحدثات " ^(٣) .

واجه المشرّع في هذه المادة فرضاً يكاد يكون نادر الحدوث في الحياة العملية ، وهو ان يقيم شخص محدثات بمواد مملوكة لغيره في أرض يملكها شخص ثالث . ويمكن تصور هذا الفرض إذا ما كان هناك اتفاق بين المحدث وصاحب الأرض ، إذ قد يكون المحدث مقاولاً وتربطه بصاحب الأرض عقد مقاوله تعهد فيه ان يقيم محدثات على أرض الأخير بمواد وعمل يقدمه من عنده ، وكل ذلك مقابل ثمن المقاوله يدفعه مالك الأرض ، الا انه يأتي بمواد لا يملكها ويقيم بها المحدثات ، كذلك يمكن ان نتصور ان هناك رابطة بين المحدث وبين مالك المواد الذي قد يكون منتجاً أو مورداً . وقد يوجد عقد بيع ولكنه فسخ أو ابطال بعد تسليم المواد . ويشير الفقه انه بغیر هذا التصور يكون الفرض بالغ الغرابة وغير محتمل الحدوث ، فلا يتصور ان يغتصب شخص أرضاً ثم يغصب مواد ومعدات من شخص آخر ، ثم يستخدم هذه المواد في إقامة محدثات على أرض الغير ^(١) .

وواضح ان هذه الحالة تختلف عن سابقتها ، إذ ان من يقيم المحدثات يقيمها بمواد غيره ، لكنه يقيمها ليست في أرض يملكها وانما في أرض تعود ملكيتها لغيره أيضاً ، وفي هذا الفرض تنشأ ثلاث علاقات ، الأولى علاقة صاحب الأرض بالمحدث ، والثانية علاقة مالك المواد بالمحدث ، والثالثة علاقة مالك المواد بصاحب الأرض ^(٢) .

وسنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الأول العلاقة بين المحدث ومالك الأرض وفي الفرع الثاني علاقة مالك المواد بالمحدث ، وفي الفرع الثالث علاقة مالك المواد بمالك الأرض .

الفرع الأول

^(٢) د. نعمان خليل جمعه ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

^(٣) تقابلها م ٩٣٠ من القانون المدني المصري . م ٨٩١ من القانون اليميني السوري . م ١١٤٣ من القانون المدني الأردني . م ٩٣٤ من القانون المدني الليبي . م ١٢٧٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة .

^(١) د. علي هادي العبدى ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ . د. محمد المرسي زهره ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ وما بعدها .

^(٢) م ١١١٩ مدني عراقي ، م ٩٢٤ مدني مصري .



علاقة المحدث بمالك الأرض

لم يتطرق المشرع العراقي والقوانين المقارنة إلى هذه العلاقة صراحةً ، إلا ان حكمها يستفاد ضمناً من النصوص السابقة ، فقد عالج المشرع حكم المحدثات المقامة على أرض الغير دون تفرقه بين ما إذا كان المحدث قد اقام المحدثات بمواد من عنده أو بمواد مملوكة للغير ، ومن ثم فإن علاقة المحدث بمالك الأرض تحكمها القواعد التي سبق تناولها في المبحث الأول من هذا الفصل ، وسندرس علاقة المحدث بمالك الأرض أولاً ، لان علاقة مالك المواد بالمحدث ستتأثر حتماً بعلاقة مالك الأرض بالمحدث ، وما سيترتب على تطبيق أحكام المحدثات على أرض الغير فيما بينها .

وهنا سنلخص ما تم تفصيله ^(١) ، فقد رأينا ان هذه الحالة يختلف حكمها بحسب ما إذا كان المحدث ذا زعم بسبب شرعي ام انه سيئ النية ، فإذا ما كان المحدث سيئ النية فإن لصاحب الأرض ان يطلب قلع المحدثات في أي وقت يشاء بموجب أحكام القانون المدني العراقي ، اما المشرع المصري فقد قيد حق طلب الإزالة بمدة سنة من تاريخ علم صاحب الأرض باندماج المنشآت في أرضه أو من تاريخ علمه بمن اقام المنشآت كما مر بنا ، مع اعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، كذلك لمالك الأرض ان يملك المحدثات بالإلتصاق مع تعويض المحدث قيمة المحدثات مستحقة القلع حسب النص العراقي ، أو التزامه بدفع اقل القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت بموجب أحكام القانون المدني المصري ^(٢) . وفي حدود هذا التعويض يستطيع ان يرجع صاحب المواد على صاحب الأرض بالدعوى المباشرة ليتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل المحدث كما سنرى ^(٣) .

اما إذا كان المحدث ذا زعم بسبب شرعي كما جاء في نص المادة ١١٢٠ من القانون المدني العراقي السالفة الذكر ، أو حسن النية كما جاء في نص المادة ٩٢٥ من القانون المدني المصري المذكورة سابقاً ، فإنه ليس لصاحب الأرض ان يطلب إزالة المحدثات التي اقيمت عليها من قبل الغير ، بل على العكس من ذلك فإنه يحق للمحدث طلب إزالة هذه المحدثات ، حيث ورد في النص المصري المذكور " . . هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها . . " . الا اننا نلاحظ ان المشرع العراقي قد سكت عن حق المحدث بطلب الإزالة ، الا انه ذهب إلى ابعاد من ذلك برعايته للمحدث حسن النية ، إذ اجاز له طلب تملك الأرض ببديل مثلها ، إذا ما كانت قيمة المحدثات اكبر من قيمة الأرض وهذا ما لم يمنحه القانون المصري ، حيث اجاز الاخير لمالك الأرض ان يطلب تملك الأرض لمن اقام المحدثات إذا كانت قيمة المحدثات مرهقة له نظراً لجسامتها . لكن يحق لصاحب الأرض حسب القانون المصري ان يملك المنشآت .

كذلك منح المشرع العراقي هذا الحق لصاحب الأرض فيما إذا تساوت قيمة الأرض والمحدثات أو كانت قيمة الأرض اكبر وفي كلا الحالين يستحق مقيم المحدثات تعويضاً يقدر بقيمة المحدثات وهي قائمة كما في القانون المدني العراقي أو ان يدفع اقل القيمتين فيه المواد واجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت كما في القانون المدني المصري .

(٣) د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٤٦٤ .

(١) أنظر نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي . المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري .

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ ، وانظر الطعن ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٦٩ ، س ٢٠ ، ص ١٠٢ ، أشار إليه السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .



الفرع الثاني

علاقة مالك المواد بالمحدث

يفترض المشرع في العلاقة بين مالك المواد والمحدث بان الاخير سيئ النية في حيازته للمواد أو يفتقد في حيازته لها السبب الصحيح ، والا لكانت ملكاً له قبل استخدامها في إقامة المحدثات ، واعتبر بانها بمواد من عنده على أرض الغير ^(١) . وتتأثر علاقة مالك المواد بالمحدث ، بعلاقة المحدث بصاحب الأرض ، وما يسفر عنه تطبيق قواعد الالتصاق فيما بينهما .

فإذا كان المحدث سيئ النية واختار مالك الأرض قلع المحدثات ونزع المواد ، أو كان حسن النية ومع ذلك طلب قلعها ، فحينئذ لا تطبق قواعد الالتصاق ولمالك المواد استردادها منه ، ولكن يحق له رفض استردادها إذا كان حالتها سيئة لا تصلح لاستعمالها في الغرض الذي يرغب في تخصيصها له . وإذا ما استردها فان ذلك لا يخل بحقه في التعويض ان كان له وجه ، فقد تكون المواد بحاجة إلى ترميم ، أو صيانة لتعود لحالتها الأولى كما قد يصاب مالك المواد باضرار نتيجة حرمانه منها خلال فترة من الزمن ^(٢) .

وان طلب استرداد المواد لا يمكن في أي حال من الاحوال ان يكون من قبل صاحب المواد حتى لو ثبت نزعتها ليلحق بالأرض ضرراً جسيماً ، إذا ما تحققت الإزالة لأي سبب كان كما اسلفنا ، فان حق صاحب المواد بالاسترداد يقوم مجدداً لانقضاء أعمال أحكام الالتصاق ^(٣) .

اما إذا ألت ملكية المحدثات بالالتصاق لمالك الأرض سواء كان المحدث سيئ النية واختار مالك الأرض إستبقاء المحدثات ، ام كان حسن النية ، أو ذا زعم بسبب شرعي الا ان قيمة المحدثات اقل من قيمة الأرض ، ففي هذه الحالة تنقطع علاقة صاحب المواد بها كون ملكيتها قد انتقلت إلى صاحب الأرض بالالتصاق وليس له الا المطالبة بقيمة موده والتعويض ان كان له مقتضى .

ومما يجدر بنا ذكره هو ، هل ان أحكام المادة ١١٢٢ من القانون المدني العراقي تنهض عندما لاتكتمل شروط قاعدة الحيازة في المنقول ، إذ يكون لمالك المنقول واستناداً إلى أحكام حيازة المنقول ، ان يسترد المال إذا ما كان حائزه لا يستند إلى سبب صحيح ، وكان لحظة حيازته حسن النية ، وكذلك إذا ما كان المحدث ومالك الأرض سينا النية ، فما هو الحكم ؟ ^(٤) .

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠ .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ ، د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ ،

د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

(٣) د. سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٦٤ ، د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢١٠ .

(٤) نصت المادة ١١٦٣ / ١ إلى " ١ - من حاز وهو حسن النية منقولا ، أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمح بين دعوى الملك من احد " .



كذلك إذا ما كانت المواد التي اقيمت بها المحدثات مسروقة أو ضائعة ، فإن القواعد العامة في الحيازة تنص على امكانية استردادها من قبل مالكها خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقدها لها^(٢) ، وبناءا عليه هل يحق لصاحب المواد استردادها ؟

لم يتطرق الفقه إلى الاجابة على مثل هذه الأسئلة عند بحثه للإلتصاق ، ويمكن الاجابة بان كل هذه الأسئلة تشترك بامر واحد وهو هل يمكن استرداد المنقول عندما لا تكتمل شروط قاعدة الحيازة في المنقول وتنهض أحكام الإلتصاق ؟ نجيب نعم ان أحكام الحيازة تتعطل ويجب اعمال أحكام الإلتصاق ، ذلك ان المواد المنقولة ، لم تعد منقولا بعدما اندمجت في الأرض هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان المشرع قد تعمد بالنص على هذه الحالة ليستبعد تطبيق أحكام الحيازة التي تؤدي إلى الهدم غالبا ، خاصة إذا ما تعسف مالك المواد باستعمال حقه باستردادها .

الفرع الثالث

علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض

الأصل ان لا توجد علاقة مباشرة بين صاحب المواد وصاحب الأرض ، وانما تكون علاقة بين كل منهما بالمحدث ، فهو الذي اخذ المواد من صاحبها ، وبنى فيها في أرض الغير^(١) .

ولما كان صاحب الأرض مدينا للمحدث ، وكان المحدث مدينا لصاحب المواد ، فانه واستنادا للقواعد العامة ان يرجع صاحب المواد على صاحب الأرض بدعوى غير مباشرة بإعتباره دائما لمدينه^(٢) .

وفي كل الاحوال لا يستطيع صاحب المواد المطالبة باستردادها إذا ما اندمجت بالأرض ، وله استثناء ان يطالب بدعوى مباشرة بما هو باق في ذمته للمحدث كما جاء في نص المادة ١١٢٢ مدني عراقي السالفة الذكر ، ويشير رأي الفقه إلى ان اطلاق النص هذه العبارة جاء معيبا فقد يكون ما بذمة صاحب الأرض للمحدث يفوق قيمة المواد ، خاصة إذا ما كان المحدث حسن النية ، فان ما يستحقه هو

(٢) نصت المادة ١١٦٤ من القانون المدني العراقي على " استثناء من احكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممكن يكون حائزا له بحسن نية أو سبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة " .

(١) د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

(٢) نصت م ٢٦١ من القانون المدني العراقي على انه " يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين ، الا ما اتصل بشخصه خاصة " .



قيمة المواد مضافا إليها اجرة العمل ، فإذا ما طالب صاحب المواد بما هو باق في ذمة صاحب الأرض للمحدث وحصل عليها فانه يكون قد اثرى على حساب المحدث وكان على المشرع ان يجعل حدود المطالبة صاحب المواد بحدود قيمتها^(٣) .

ويذهب رأي في الفقه بان المشرع اراد حماية صاحب المواد من مزاحمة دائني المحدث الآخرين إذا ما رجع على صاحب الأرض بدعوى غير مباشرة بمبلغ التعويض فمنحه حق السعي لمباشرة الدعوى المباشرة قبل صاحب الأرض يطالبه وفاء ما هو مستحق في ذمته للمحدث ومن ثم لا يتعرض لمزاحمة دائني المحدث على هذا الدين ، وتتأتى هذه الحماية من ان صاحب المواد له الفضل في صيرورة صاحب الأرض مدينا للمحدث ولتحقيق الارتباط بين الدينين^(٤) .

ولكي تكون الدعوى المباشرة منتجة لفائدتها بالنسبة لمالك المواد ، عليه ان يعجل بانذار صاحب الأرض بضرورة عدم الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمحدث فإذا ما تم هذا الانذار ، فان أي وفاء يتم بعده يكون غير مبرراً لذمة صاحب الأرض قبل صاحب المواد وله ان يرجع عليه به ، وعلى صاحب الأرض الوفاء مرة ثانية لمالك المواد ، اما إذا لم يقم صاحب المواد بانذار صاحب الأرض ، وقام الاخير بوفاء ما بقي بذمته إلى المحدث ، فان ذمته تبرأ قبل صاحب المواد^(٥) .

وهنا يثار تساؤل ، هل يحق لصاحب المواد طلب تملك الأرض في دعوى غير مباشرة إذا ما كانت قيمة موده اكبر من قيمة الأرض حسب القانون المدني العراقي ؟ أو هل يحق لمالك الأرض إذا ما كانت قيمة المواد مرهقة له نظرا لجسامتها ان يملكها نظير تعويض عادل وفق القانون المدني المصري ؟

الأصل في القانون المدني العراقي ان لمالك المواد إذا ما كان هو المحدث نفسه ان يطلب تملك الأرض إذا ما كانت قيمة المحدثات اكبر من قيمة الأرض وكان مستندا في إقامة لهذه المحدثات إلى زعم بسبب شرعي وهذا ما نصت عليه المادة ١١٢٠ مدني عراقي السالفة الذكر . اما إذا اختلفت شخصية المحدث ومالك المواد ، فان هناك رأي منفرد في الفقه العراقي يعتقد بان لمالك المواد كذلك مثل هذا الحق وان لم يكن هو المحدث ، إذا ما كانت قيمة المحدثات اكبر من قيمة الأرض وكان المحدث قد اقام المحدثات بزعم سبب شرعي^(٦) .

ويمكن القول بان مثل هذا الحق اقر في التشريع العراقي لمصلحة المحدث ذا الزعم بسبب شرعي ، رعاية لتيه ، ومن ثم فان هذا الحق لا ينتقل إلى الغير لعدم اشتراك تيه هذا الغير مع تيه المحدث ، وان كان يملك المواد لحظة إقامة المحدثات .

اما في مصر فقد اكد الفقه والقضاء ، بان الرخصة الممنوحة لصاحب الأرض بطلب تملكها لمن اقام المنشآت نظير تعويض عادل عندما تكون قيمة المنشآت مرهقة بالنسبة اليه ، انما خولها القانون

(٣) د. سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٦٤ . د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ . د. علي علي سليمان ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ . وقد جاء في هذا المقام حكم مخالف تماما في القانون المدني الكويتي حيث نصت المادة ٨٨٦ / ٢ - ٢ - وإذا كان من احدث البناء أو الغراس أو المنشآت حسن التية كان لمالك المواد ان يطالب بنزعها إذا لم يلحق ذلك ضررا بالأرض " .

(٤) د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣ . د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢١١ .
(٥) د. سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٣١٢ ، د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ ، انور العمروي ، الملكية ، مصدر سابق ، ص ٩٦٥ .

(٦) د. حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .



لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره فليس لمن اقام المنشآت أو لدانيه ان يجبره على استعمالها^(٣).

الفصل الثالث

التطبيقات التشريعية والعملية لأحكام المحدثات بزعم سبب شرعي

عرّفنا في الفصل الأول الزعم بسبب شرعي وبيّنا معياره ثم فرقنا بينه وبين السبب الصحيح للشبه الذي يراه جانب من الفقه فيما بينهما وقمنا في الفصل الثاني بتفصيل احكام المحدثات الواردة في نصوص الإلتصاق الصناعي بفروضها المختلفة وبيّنا النظرية العامة للإلتصاق . أما في هذا الفصل فسنقوم بعرض التطبيقات التشريعية التي نصّ عليها المشرّع سواء كانت تلك النصوص في القانون المدني او في قوانين خاصة أخرى ، كذلك التطبيقات العملية للقضاء في مجال تطبيق احكام الإلتصاق على بعض الفروض .

ولاحظنا ان احكام الإلتصاق تسري على كل شخص يحدث بناءً او غراساً او منشآت اخرى على أرض الغير ، وهي التي يجب الرجوع اليها لحل كل نزاع قد ينشأ بين مالك الأرض وبين كل شخص قد يقيم محدثات في أرضه ، سواء كان حائزاً الأرض ام لم يكن ، واذا ما كان حائزاً فلا يهم ان تكون حيازته قانونية او عرضية ، وذلك يستفاد من عبارة " اذا احدث شخص . . . " الواردة في نصوص المواد ١١١٩ ، ١١٢٠ ، ١١٢١ ، ١٢٢٢ من القانون المدني العراقي^(١) .

عليه فان النصوص في اعلاه تسمح بالتوسع في تطبيقها على كل من يبني على أرض الغير شريطة ان لا يوجد هناك اتفاق بين المحدث ومالك الأرض او نص قانوني يعالج احكام هذه المحدثات كما مر آنفاً في البحث^(٢) .

وان من اهم التطبيقات التشريعية والعملية لاحكام المحدثات على أرض الغير ، هي بناء او غراس المشتري او البائع قبل تسجيل العقد ، وبناء المنتفع في الأرض المنتفع بها ، كذلك المحدثات التي يقيمها المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي ، فضلاً عن بناء الشريك في الأرض المشاعة دون إذن . وان ما تقدم ذكره سيكون محور بحثنا في هذا الفصل إذ سنقسم الفصل على مبحثين ، ندرس في المبحث الاول المحدثات التي تقام قبل تسجيل عقد بيع الأرض ، اما المبحث الثاني فسيخصص لدراسة الحالات الاخرى للمحدثات التي تقام على أرض الغير .

المبحث الأول

أحكام المحدثات التي تقام قبل تسجيل عقد البيع

قد يقيم البائع او المشتري محدثات على الأرض المباعة بعد التعاقد بالبيع وقبل تسجيل العقد ، وحيث ان الملكية العقارية لا تنتقل الا بالتسجيل ، فقد اختلف الفقه والقضاء وكذلك التشريعات في تحديد

(٣) د . نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ . انظر كذلك الطعن ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق ، جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ .
أشار إليه السيد خلف مجد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

(١) وكلمة " شخص " تفيد العموم لغيرها كونها نكرة قد وقعت في حيز الشرط كقوله تعالى ((يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ان تصيبوا قوماً بجهالة)) سورة الحجرات ، الآية ٦ / وكلمة " فاسق " نكرة وقعت في حيز الشرط ولذا فهي تفيد العموم ولم تختص بشخص بذاته . لمزيد من التفصيل د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه الاسلامي في منهجه الجديد ، ط ٢ ، دار الكتب والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ ، ص ٤٢٣ .

(٢) انظر ص ١٨ من الرسالة .



احكام المحدثات التي تقام في الفترة ما بين الاتفاق على البيع وبين التسجيل . ولأهمية البحث في هذا الموضوع ولكثرة وقوعه في الحياة العملية ، رأينا ان نخصص له مبحث خاص .

ففي العراق نجد ان المشرّع قد عالج احكام المحدثات قبل التسجيل معالجة مختلفة عما عالجه المشرّع المصري والقوانين الاخرى ، عليه سنقسم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول ، احكام المحدثات التي تقام قبل التسجيل في التشريع العراقي ، وفي المطلب الثاني احكام المحدثات التي تقام قبل التسجيل في القانون المدني المصري ، وقد تناولنا القانون المصري كونه المصدر لأغلب القوانين المدنية العربية إذ اشتقت احكامها منه ، وللاهتمام الذي وجدناه من الفقهاء في مصر في بحث هذا الموضوع اكثر من غيرهم .

المطلب الأول

أحكام المحدثات التي تقام قبل تسجيل عقد البيع في التشريع العراقي

سبق وان ذكرنا ، بان بائع العقار او المشتري ، قد يقيمان محدثات على الأرض المبيعة بعد التعاقد بالبيع ، وقبل تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري ، فما هي احكام هذه المحدثات وفق التشريع العراقي ؟

سنجيب عن هذا التساؤل بفرعين ، نحدد في الفرع الأول احكام المحدثات التي يقيمها البائع ، اما الفرع الثاني فسنحدد فيه احكام المحدثات التي يقيمها المشتري .

الفرع الأول

أحكام المحدثات التي يقيمها البائع قبل تسجيل العقد

نصت الفقرة الاولى من المادة ٩٠ من القانون المدني العراقي على انه " ١ - إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك " . كما نصت المادة ٢٤٧ منه على ان " الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " . ونصت المادة ٥٠٨ منه ايضاً على ان " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون " .

كما نصت المادة ١١٢٦ / ٢ من القانون نفسه تنص " ٢ - والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً " . كذلك نصت المادة ٣ / ٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل على انه " لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " .



والنصوص اعلاه تؤكد بان التسجيل في القانون العراقي يعتبر ركناً من اركان عقد بيع العقار ، وهو من العقود الشكلية ، التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، والا عد العقد باطلاً ويكون بحكم العدم^(١) .

وبناءً عليه فان البائع يبقى مالكا للعقار حتى لحظة تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري فاذا ما اقام أية محدثات على الأرض فانه سيكون قد بنى او غرس في أرضه ولا نكون امام بناء على أرض الغير ، ولا حاجة لأعمال احكام الالتصاق على هذه المحدثات ، وله ان يمتنع عن تسجيل العقد ، ولا قدرة للمشتري على اجباره على التسجيل^(٢) . واذا كان المشتري لا يستطيع اجبار البائع على التسجيل فما هي الحقوق التي يمنحها القانون له في مثل هذه الحالة ؟

منح المشرع العراقي في المادة ١١٢٧ المذكورة من القانون المدني ، الحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت له من جراء امتناع البائع عن التسجيل^(٣) . وقد اختلف الفقه في العراق في الاساس القانوني بتعويض المشتري في حالة نكول البائع عن التسجيل ، وتوزعت آراؤهم على ثلاثة اتجاهات ، فذهب جانب منهم إلى ان عقد بيع العقار قبل التسجيل عقد باطل لا يرتب أي اثر وهو بحكم العدم فلا يمكن التمسك بما ورد فيه من شروط ومنها الشرط الجزائي ، كون الاخير هو التزام تبقي يجب ان يبطل تبعا لبطلان العقد وما دام الامر كذلك فان اساس التعويض الذي جاءت به المادة اعلاه هو الفعل الضار والمسؤولية التي تقرها هي المسؤولية التقصيرية^(٤) . وذهب اخرون إلى ان عقد بيع العقار قبل التسجيل هو عقد صحيح غير مسمى طبقا لنظرية تحول العقد . استنادا إلى نص المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي ، كون عقد بيع العقار الباطل يتحول إلى عقد صحيح غير مسمى لتوافره على اركان العقد الصحيح الجديد ، ذلك ان ثمة المتعاقدين كانت قد انصرفت إلى ابرام هذا العقد^(٥) . ويرى اصحاب هذا المذهب بان اساس التعويض الوارد في المادة ١١٢٧ في اعلاه هو العقد والمسؤولية التي تقرره هي المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية ، تأسيسا على نظرية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح غير مسمى ، ومن ثم فان الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) يكون صحيحا باعتباره مستندا إلى العقد الصحيح غير المسمى وليس إلى عقد بيع العقار الباطل^(٦) .

اما الاتجاه الثالث فذهب إلى القول بان عقد بيع العقار لا ينعقد قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لكونه عقداً شكلياً ، غير ان تراضي الطرفين بموجب عقد بيع العقار الخارجي لا يمكن انكاره ، فالتراضي المذكور عقد ولكنه ليس بعقد بيع ، اذ يلزم لانعقاد بيع العقار التسجيل ، فهو اذن عقد غير مسمى ملزم منذ بداية نشوئه ، وليس عقد باطل يتحول إلى عقد صحيح غير مسمى ، ومن ثم فان

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني احكام الالتزام ، ج ٢ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٦٧ .

(٢) د. حسن علي دنون ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ .

(٣) نصت المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي على " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ، اذا اخل احد الطرفين بتعده ، سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط " .

(٤) شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .

(٥) نصت م ١٤٠ مدني عراقي على ان " اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهم ان يتصرفا إلى ابرام هذا العقد " .

(٦) د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٥٦ ، ص ١٥٤ . نوري احمد منصور ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ ، ص ٢٦ .



أخل البائع إلترزم بالتعويض وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لأن مصدره التعهد الملزم^(٤).

وقد أخذت محكمة التمييز بالاتجاه الثالث دون الإشارة إلى صحة العقد أو تحوله ، فقد قضت بإعادة البديل الوارد في العقد وكذلك شرط الضمان في حالة عدم التسجيل^(١) . والحال هذا فإن محكمة التمييز قد قضت بالشرط الجزائي الوارد في العقد ، وبذلك قد اعتبرت العقد صحيح بما ورد فيه إلا أنه عقد غير مسمى اصلاً ، وإن كان عقد باطل باعتباره عقد بيع عقار قبل التسجيل .

وقد تدخل المشرع العراقي في هذا الموضوع من خلال القرار الذي أصدره مجلس قيادة الثورة المنحل برقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ ، إذ حدد في الفقرة / أ منه التعويض الذي يستحقه المشتري في حالة امتناع البائع عن التسجيل ، وهو ما يعادل الفرق بين البديلين ، أي الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمه وقت النكول^(٢) .

وهذا ما سار عليه القضاء بعد صدور القرار في اعلاه ، إذ قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية على أنه " يحق للمشتري مطالبة البائع بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمه عند النكول^(٣) . وقضت كذلك بأن " ثبوت نكول المتعهد بنقل ملكية عقار يعتبر سبباً يبيح للمتعهد المطالبة بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار المبينة بالتعهد وقيمه عند النكول^(٤) " .

ولا يشترط للحكم بالتعويض المنصوص عليه في القرار ١١٩٨ المذكور آنفاً أن يكون المتعهد مالكا للعقار^(٥) .

وتعتبر احكام القرار ١١٩٨ ، فيما يخص التعويض عن الاخلال بتسجيل عقد بيع العقار ؛ قد حلت محل الاحكام الواردة في المادة ١١٢٧ من القانون المدني^(١) .

والحق ان التعديل الذي أورده القرار في اعلاه على التعويض الذي يستحقه المشتري في حالة نكول البائع وامتناعه عن تسجيل العقد يرجح على حكم المادة ١١٢٧ من القانون المدني ، ذلك ان طريقة

(٤) د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٢٢٢ . د. كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٢٢ .

(١) قرارها رقم ١٠٥ / مدنية أولى / ١٩٧١ في ٢١ / ١٠ / ١٩٧١ ، منشور في النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، أيلول ، ١٩٧٣ .

(٢) نصت الفقرة / أ من القرار ١١٩٨ على أنه " يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه ، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمه عند النكول ، دون الاخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر " . نشر القرار ١١٩٨ في الوقائع العراقية العدد ٢٦٢١ في ١٤ / ١١ / ١٩٧٧ .

(٣) قرارها رقم ٦٥٢ / حقوقية / ١٩٩١ في ١ / ٧ / ١٩٩١ ، قرار رقم ١٠٩١ / ١٠٩٤ في ٥ / ١٠ / ١٩٩٤ . د. هادي عزيز علي المحامي ، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية عقار ، مطبعة الخليج العربي ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٩٢ ، ص ٩٧ .

(٤) قرارها رقم ٢٠٤٥ / حقوقية / ١٩٩٢ في ٦ / ١٠ / ١٩٩٢ ، المصدر السابق ، ص ٩٤ .

(٥) بذلك قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية " ١ - ان محكمة الموضوع قضت بالزام المميز عليها بما يعادل ربع التعويض المقدّر عند النكول باعتبارها تملك ربع العقار في حين ان المميز عليها تصرفت من تلقاء نفسها وباعت للميز كامل العقار وليس اسهمها فقط ، كما انها تسلمت عربوناً يعادل ثلاثة اضعاف استحقاقها من البديل ، وحيث ان الفقرة / أ من البند اولاً من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ، لم يشترط ان يكون المتعهد الناكل مالكا للعقار الذي تعهد بنقل ملكيته فان المميز عليها وحدها تلزم بكامل التعويض ما دام انها لم تتمكن من الايفاء بالتزاماتها . رقم القرار ٥٨ / حقوقية / ٩٩٤ تاريخ القرار ١٦ / ٦ / ١٩٩٤ ، منشورة في المصدر السابق ، ص ٩٦ . رقم قرار ٦٨٢ / حقوقية / ١٩٩٤ ، تاريخ القرار ٢٩ / ١٠ / ١٩٩٤ نفس المكان .

(١) قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز في العراق رقم ٢٨٨ / موسعة أولى / ١٩٩٢ في ١٥ / ١١ / ١٩٩٢ . وقرارها رقم ٦٥٥ / حقوقية / ١٩٩٥ في ٣١ / ٥ / ١٩٩٥ ، هادي عزيز علي ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .



احتساب التعويض وفق القرار طريقة مبسطة ، واقتراح ان يستمر العمل بهذا القرار ، او تعديل المادة ١١٢٧ من القانون المدني ويحل محلها نص الفقرة / أ من القرار ١١٩٨ .

الفرع الثاني

أحكام المحدثات التي يقيمها المشتري قبل تسجيل العقد

سبق وان اشرنا إلى ان عقد بيع العقار في العراق يعتبر من العقود الشكلية التي تستوجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ليكون العقد صحيحاً مرتباً لأثاره ، اما اذا لم يسجل العقد فانه يعتبر باطلاً ، ومن ثم فان المحدثات التي يقيمها المشتري على الأرض قبل تسجيلها يتحدد مصيرها فيما لو تمكن المشتري من تسجيل العقد من عدمه ، فاذا استطاع التسجيل فانه سيكون مالكا للأرض والمحدثات ولا علاقة للبائع بعد ذلك ، ولكن المشكلة تثار فيما لو يتمكن المشتري الذي اقام المحدثات من تسجيل عقده ، فهل يعتبر في محدثاته هذه ذا زعم بسبب شرعي أم لا ؟

كان الفقه والقضاء قبل صدور القرار ١١٩٨ المذكور آنفاً يعتبر المشتري المحدث من حيث الاصل سد يئئ الثبة ، اذ لا يترتب على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري أية اثار قانونية لان العقد باطل بذاته ، ويعتبر مثل هذا العقد تعهداً بنقل ملكية عقار يقتصر اثره على الالتزام بالتعويض اذا ما اخل احد الطرفين بتعده ، وعليه فانه ليس من اثار البيع المذكور اباحة التصرف بالعقار ، الا اذا اقترن معه تسليم العقار او نص في سند البيع اباحة التصرف ، على ان الانتفاع في هذه الحالة يجب ان لا يرقى إلى اقامة المنشآت على الأرض المبيعة ، لان ذلك يتطلب اذنأ صريحاً من صاحب الأرض ^(١) .

ويقر القضاء العراقي بان التسليم وحده ليس كافياً لاعتقاد المحدث المشتري بان له الحق باقامة المحدثات ، ويجب ان يكون هناك اذن صريح بالبناء او الغراس لكي يكون حسن النية ^(٢) . واعتقد بان اتجاه القضاء العراقي هذا قد جانب العدالة ، ذلك ان مشتري الأرض وبائعها في التعهد الخارجي ، يعلمان ان من اهم مستلزمات هذا التعهد هو ان يقوم المشتري باقامة المحدثات ، والا لماذا اقدم على الشراء ، كذلك يعتبر الحكم متشدداً جداً مع المشتري المحدث ، وهذا مخالف لما قصده الشرع عند تبينه لمعنى سوء النية الا ان محكمة التمييز عدلت عن موقفها هذا اذ نجدها قد قررت في وقت لاحق ومن هيئة اخرى بانه " يستحق صاحب البناء قيمته قائماً اذا كان قد شيده على الأرض التي اشتراها خارج دائرة التسجيل العقاري لان انشاء البناء يعتبر في هذه الحالة باذن المالك " ^(٣) .

اما في ظل احكام القرار ١١٩٨ المذكور ، فقد رتب المشرع اثاراً للمحدثات التي يقيمها المشتري ، فقد نص القرار المذكور في الفقرة / ب منه " اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنيّة او منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المثبتة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة / أ من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول " .

(٢) د. عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، كانون الثاني ، شباط ، آذار ، ١٩٧٧ ، القسم الثالث ، ص ٢٢ .

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٦٦ / هيئة عامة / ١٩٧١ ، تاريخ القرار ١٠ / ٩ / ١٩٧١ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، أيلول ، ١٩٧٣ ، ص ٣٣ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٦١٢ / م / ٩٧٧ في ١٢ / ٤ / ١٩٧٧ منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص ١٤ .



وإذا ما حللنا النص في اعلاه نراه غير سليم من حيث صياغته القانونية ، فقد جعل المشرع اقامة المحدثات من قبل المشتري قبل تسجيل العقد سبباً صحيحاً يبيح له تملك العقار بقيمته المعينه في التعهد ، والسبب الصحيح كما نعلم هو سند او حادثة وقد حدد المشرع العراقي في المادة ١١٥٨ من القانون المدني السبب الصحيح على سبيل الحصر كما بينا ذلك سابقاً^(٣) .

فهل كان المشرع العراقي يقصد ان السند الصادر من البائع هو السبب الصحيح ، ام كان يقصد حادثة البناء على الأرض المشتراة ؟ واعتقد ان كلا الحالتين لا يمكن اعتبارهما من الاسباب الصحيحة ، اذ ان السند يجب ان يصدر من غير المالك حتى تعتبر سبباً صحيحاً ، وهنا نتعامل مع سند صادر من مالك ، كذلك فان واقعة البناء ليست من الحوادث التي نص عليها القانون المدني في المادة ١١٥٨ عندما حصر الاسباب الصحيحة ، واقترح ان ترفع كلمة (صحيحاً) من القرار ١١٩٨ ، لتبقى مفردة سبباً وحدها ، باعتبار ان واقعة البناء تصح ان تكون سبباً من اسباب كسب الملكية ، ويكون المشرع قد اضاف نصاً خاصاً لنصوص الالتصاق .

وبغض النظر عن الملاحظات التي اوردها عن القرار المذكور ، فانه يمكن القول بانه قد سدد نقصاً تشريعياً كبيراً خاصة بعد ارتفاع اسعار العقارات وازدياد حالات النكول ، فبموجب القرار ١١٩٨ المذكور يستطيع المشتري المطالبة القضائية بتملك العقار جبراً على البائع اذا ما احدث عليه بناءً او منشآت اخرى ، وقد جاء مصطلح البناء والمنشآت الاخرى مطلقاً ، فاي بناء مهما كانت كلفته نسبة للأرض زيادةً او نقصاناً فان المشتري يستطيع استناداً اليه رفع دعوى تملك بموجبه .

وقد قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بتأييد قرار محكمة بداءة كربلاء بتمليك (٩ أمتار) من حديقة دار المدعى عليه التي كان قد باعها ، وجاء في اسباب القرار بان المدعي قد اقام دكاناً على الأرض المبيعة ، عليه قررت المحكمة تملكه الأرض التي اشتراها^(١) .
الا ان المحكمة نفسها قررت انتداب خبير لاحتساب نسبة البناء الذي احدثه المشتري إلى نسبة الأرض ، لاستصدار قرار التملك من عدمه وهذا ما يخالف الاطلاق الذي جاءت به الفقرة / ب من القرار ١١٩٨ .

وقضت محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية " بان الممييزة بينت في احد الجلسات انها قامت بحفر الاسس فقط لذا فان حفر الاسس لا يرقى إلى اقامة الابنية والمنشآت " ^(٢) .

كذلك للمشتري المطالبة بتملك العقار اذا ما اضاف بناءً إلى البناء القائم الذي اشتراه ، فاذا ما كان العقار المبيع هيكلًا وقام المشتري باكماله ، اذ قام بلبخ الجدران بالجص ، فان ذلك يكون سبباً كافياً يمكن المشتري من المطالبة بالتمليك ، ولا حاجة لان يكون البناء على عرصه خالية^(٣) .

كما يحق للمشتري الثاني الذي قام بشراء العقار من مشتري لم يسجل عقده بمطالبة المشتري الاول والذي باع له العقار والمالك (البائع) ، بتملك العقار ، اذا ما اقام هو او المشتري الاول باقامة محدثات على العقار المبيع^(٤) .

(٣) أنظر ص ٢٠ من الرسالة .

(١) قرار رقم ٦/ت/حقوقه/٢٠٠٣ في ١٨ / ١ / ٢٠٠٣ (غير منشور) .

(٢) قرار رقم ٢٩٧ / حقوقية / ١٩٩٩ في ٢٧ / ٢ / ١٩٩٩ ، اشار اليه هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية في قضاء محكمتي استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، ج ٢ ، تطبيقات قضائية لاحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٦ .

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ١٠٦٩ / حقوقية / ١٩٩٦ في ٣١ / ١٠ / ١٩٩٦ . اشار اليه هادي عزيز علي المحامي ، مصدر سابق ، ١٩٩٨ ، ص ١٢ .

(٤) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ٦٥ / حقوقية / ١٩٨٢ في ٩ / ٢ / ١٩٨٢ . هادي عزيز علي ، المصدر السابق ، ١٩٩٨ ، ص ٥ .



وقد اعطت الفقرة / ب من القرار ١١٩٨ حقا آخر للمشتري ، اذ له ان يطالب بقيمة المحدثات التي اقامها اذا ما نكل البائع عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار ، ولم يرغب المشتري في تملك العقار ، ويستحق في هذه الحالة قيمة المحدثات وهي قائمة . وفي هذا الفرض ، يقيم المشتري منشآت على الأرض دون معارضة تحريرية من البائع ، ومن ثم ينكل البائع عن تسجيل العقار ، عندها تثبت له ثلاثة حقوق ، الاول طلب تملك العقار استناداً إلى واقعة الإلتصاق ، باقامته منشآت على الأرض ، والحق الثاني ان يطلب استرداد العربون الذي دفعه مع التعويض الذي اسلفنا كيفية تحديده ، كذلك حقه بالمطالبة بقيمة ما اقامه من محدثات على الأرض باعتبار قيمتها قائمة ، وهنا يكون المشرع قد خالف احكام المادة ١١٢١ من القانون المدني التي تقرر استحصال اذن من المالك ، لكي يتمكن المحدث من المطالبة بقيمة المحدثات وهي قائمة كما مر ذكره ^(١) . وبذا يمكن استخلاص ثبة المشرع من انه اراد فعلاً مخالفة ما جاءت به المادة ١١٢١ اعلاه ، إذ رجح مصلحة المشتري باعتباره حسن النية خاصة وان البائع لم يعارضه تحريراً في البناء ، وان النكول لم يكن من جانبه ، وبذلك رفع الحرج الذي تتطلبه المادة في اعلاه التي تقرر على المشتري استحصال اذن بالبناء ليكون حسن النية ، ومن ثم يستحق قيمة المنشآت التي اقامها على الأرض وهي قائمة ، في حين ينص القرار المذكور بان المشتري يستحق قيمة البناء وهو قائم اذا ما كان النكول من جانب البائع .

المطلب الثاني

أحكام المحدثات التي تقام قبل تسجيل العقد في التشريع المصري
عالج المشرع المصري احكام المحدثات التي تقام قبل التسجيل معالجة مختلفة عما عالجها المشرع العراقي ، لاختلاف موقف التشريعيين من موضوع التسجيل ، فبعدما اعتبر المشرع العراقي التسجيل ركناً في العقد ، اذ لا ينعد بيع العقار بدونه ، نجد ان المشرع المصري نص في قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ، وكذلك في قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار ، ثم نص على الاثر المترتب على عدم التسجيل وهو ان الحقوق العينية الاصلية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن ^(١) .

ويرى غالبية الفقه في مصر على ان عقد بيع العقار يبقى من عقود التراضي حتى بعد صدور القانونين في اعلاه ، ويؤكد الفقه بان هذا العقد ينتج جميع الاثار المترتبة على البيع عدا التزام وحيد وهو نقل الملكية ، وان قانون التسجيل لم يغيّر من طبيعته ولم يجعل التسجيل ركناً في العقد بل اجراء تنفيذي للالتزام بنقل ملكية العقار المبيع ^(٢) .

(١) أنظر ص ١٩ من الرسالة .

(٢) نصت المادة الأولى من قانون التسجيل المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ على ان " جميع العقود الصادرة من الاحياء والتي من شأنها انشاء حق ملكية او حق عيني عقاري اخر او نقله يجب اشهارهم بواسطة تسجيلها . ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم " . كذلك نصت م ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على ان " جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او نقله . . . يجب شهورها بطريقة التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل لابن ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم " .
(٣) د. محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، الاثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ١١٠ . د. سمير عبد السيد تناغو ، المبادئ الاساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٢١٤ .



وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية ان " عقد البيع هو من عقود التراضي التي تتم وتنتج اثارها بمجرد توافق الطرفين وكل ما استحدثه قانون التسجيل من اثر في احكام البيع ان نقل الملكية بعد ان كان نتيجة لازمه للبيع الصحيح بمجرد عقده بمقتضى الفقرة الاولى من المادة ٢٢٦ من القانون المدني ، اصبح مترخياً إلى ما بعد التسجيل ، اما احكام البيع الاخرى ، فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون ، فالبائع يبقى ملتزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبقى المشتري ملتزماً باداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع ^(١) .

وما دام التسجيل ليس ركناً في عقد بيع العقار في القانون المدني المصري ، وان العقد يرتب جميع اثاره ما خلا نقل الملكية فإنه يترأخى لحين التسجيل ، اذن ما هو حكم المحدثات التي تقام قبل تسجيل العقد ، سواء تلك التي يقيمها البائع ام المشتري ؟ وهذا ما سنقوم بتفصيله بفرعين ، نعقد الدراسة في الفرع الاول لاحكام المحدثات التي يقيمها البائع قبل التسجيل ، وفي الفرع الثاني لاحكام المحدثات التي يقيمها المشتري قبل التسجيل .

الفرع الأول

أحكام المحدثات التي يقيمها البائع قبل تسجيل العقد

ان ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري الا بالتسجيل وان رتب عقد البيع جميع الاثار كما اسلفنا ، عليه فان البائع يظل مالكا إلى حين تمام التسجيل ، وقد يقيم البائع محدثات على الأرض المبيعة بعد العقد وقبل التسجيل ، فهل يعتبر من الغير في مفهوم احكام الإلتصاق ، اذا ما قام المشتري بتسجيل عقده بعد البناء ؟ وهل تسري احكام الإلتصاق على العلاقة بين البائع والمشتري فيما يخص المحدثات ؟ ذهب الفقه في مصر على عدم احقية البائع باقامة المحدثات على أرض كان قد باعها كونه يعلم ان الملكية ستنقل إلى المشتري مآلاً ، الا انهم اختلفوا في الاساس القانوني الذي يجب الاستناد اليه في الحكم ^(١) .

وأيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه الفقهي مقررّة " ان البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد ، فاذا ما احدث في العقار في الوقت الذي يطالبه فيه المشتري لتنفيذ تعهده بتسجيل العقار ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في ان تعتبره المحكمة ، بعد ان صدر الحكم بصحة التعاقد ، كأنه احدث الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في امرها قياساً على حالة من احدث غراساً او بناءً في ملك غيره ^(٢) .

وهنا تعتقد المحكمة بان المشتري الذي استطاع تسجيل عقده ، كأنه كان مالكا للأرض منذ تحرير العقد ، ومن ثم فان البائع يكون قد احدث البناء او الغراس على أرض المشتري ، ومن هنا فان احكام الإلتصاق ستطبق على المحدثات التي اقامها البائع .

^(٣) نقض مدني جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٣٢ . ونقض مدني جلسة ١ / ٢ / ١٩٣٣ . ونقض مدني جلسة ١ / ٦ / ١٩٣٩ . ونقض مدني جلسة ٩ / ٥ / ١٩٧٣ . ونقض مدني جلسة ١٥ / ٦ / ١٩٨٨ . اشار اليها د. محمد المنجي ، المصدر السابق ، ص ١١٠ . ومن الجدير بالذكر فان القضاء السوري واللبناني قد ساروا بالاتجاه نفسه . انظر نقض سوري في ٢٦ / ٣ / ١٩٦٣ نقلاً عن المحامي عبد الجواد السرميني و د. عبد السلام الترماني ، مصدر سابق ، ص ٦٨٠ ، كذلك مجموعة قرارات النقض التي اشار اليها د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧ .

^(١) د. سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٣٦ . د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ ، د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦ . د. جابر محبوب علي و د. خالد الهندياني ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

^(٢) انظر استئناف مصر ٢٣ فبراير ١٩٢٣ ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة ١٣ رقم ٣٨ ، ص ٩٦ ، نقض مدني ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٨١ ، ص ١٥٢ ، نقض مدني ٢٩ مارس ١٩٥٤ ، مجموعة عمر ، ج ٤ رقم ٢٢٨ ، ص ٦٠١ .



ويرى الفقه المؤيد لتطبيق احكام الإلتصاق على المحدثات التي يقيمها البائع قبل تسجيل العقد ، بان للتسجيل اثر رجعي ، فالملكية العقارية لا تنتقل الا بالتسجيل ، الا انها بعد تمامه تعتبر منتقلة من يوم التعاقد بشرط عدم الاضرار بالحقوق التي اكتسبها الغير ، والاثر الرجعي مقصور على العلاقة بين المتعاقدين ، اما بالنسبة للغير فلا تنتقل الملكية الا من تاريخ التسجيل ^(١) .

وبخلاف ذلك نجد ان السائد في الفقه والقضاء بان ليس للتسجيل اثر رجعي ذلك ان نصوص القانون جاءت مطلقة في ان عقد البيع يجب شهره بطرق التسجيل ، وانه يترتب على عدم التسجيل بان الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ^(٢) . فلو اراد المشرع ان يجعل للتسجيل اثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين لنص على ذلك صراحة .

وقد استقر قضاء محكمة النقض على انه ليس للتسجيل اثر رجعي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، اذ انها لا تنتقل بينهما الا من وقت التسجيل ، وقد قضت محكمة النقض المصرية ، بان المقنن انما قصد من قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى ان يتم التسجيل ، فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفي ينسحب بتحقيقه اثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا الا من يوم تسجيل عقد شرائه ^(٣) .

وقضت ايضاً بان التسجيل انما يرتب اثره من تاريخ حصوله ، ولا يترد إلى تاريخ سابق عليه فاستناد الحكم إلى ان عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية حتى اذا ما تحقق ارتد اثره إلى تاريخ العقد ، ذلك غير صحيح لان ارتداد الشرط إلى الماضي ، انما يصح حيث يكون التعليق ناشئاً عن ارادة المتعاقدين ، اما حيث يكون القانون قد اوجب اجراء معيناً ورتب عليه اثراً قانونياً فهذا الاثر لا يتحقق الا بتمام الاجراء ولا ينسحب إلى الماضي ^(٤) .

ومع كل ما تقدم نرى ان محكمة النقض المصرية مصرّة على تطبيق احكام الإلتصاق على المحدثات التي يقيمها البائع قبل التسجيل باعتباره سبباً قياساً على من يبني على أرض الغير . ويشير جانب من الفقه إلى غرابة هذا الاتجاه خاصة وان المحكمة نفسها قضت بان إذا بنى المشتري بعقد غير مسجل فان ملكية البناء تؤول إلى البائع باعتباره مالك الأرض ، بل وإذا بنى المستأجر على الأرض المبيعة فان البناء يؤول إلى البائع باعتباره مالك الأرض ، اما إذا بنى البائع نفسه على الأرض المبيعة اعتبر في حكم الباني في ملك الغير ^(٥) .

ونتيجة لهذا التعارض الواضح فقد ذهب الفقه المعارض لهذا الاتجاه القضائي إلى انه يكفي اعمال القواعد العامة في عقد البيع ، فما دام عقد بيع العقار من عقود التراضي ، وان التسجيل ليس ركناً فيه وان جميع الالتزامات المترتبة واجبة الاداء ما عدا نقل الملكية فانه يتراخى لحين التسجيل ، فان البائع ملزم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليه عند تحرير العقد ، واذا ما اخل البائع بهذا الالتزام بان احدث منشآت عليه ، فان الجزاء الذي يترتب على ذلك هو التنفيذ العيني ، أي يحق للمشتري طلب الازالة ،

(١) السهوري ، الوسيط ، ج٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٦٦٥ . ومؤلفه ، الوسيط ، ج٩ ، مصدر سابق ، ص٢٩٨ . د. عبد السلام ذهني ، الاموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٢٦ ، ص٩١٧ .

(٢) د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص٢٢٦ . د. جابر المحجوب ود. خالد الهندياني ، حق الملكية في القانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص٢٣٤ . د. سعيد عبد السلام ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص٣٠٦ .

(٣) نقض مدني ١٩٨٠/٤/٢٤ ، مجموعة احكام النقض المصرية ، س ٢١ ، ص١٢٠١ . نقض مدني ١٩٧٣/٢/٢٧ ، مجموعة احكام النقض ، س ٤ ، رقم ٥٧ ، ص ٣٢٩ . نقض مدني ١٩٦٨/٦/٢٧ ، مجموعة احكام النقض ، س ٢٦ رقم ٣٠٣ ، ص ١٥٧٠ .

(٤) نقض مدني ١٩٨١/١/٢٨ ، مجموعة احكام النقض ، س ٣٢ ، ص ٣٦٧ . د. سعيد جبر ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٦١ .



وإذا ما أراد المشتري استبقاء المحدثات فإنه يلتزم بتعويض البائع طبقاً لقواعد الاثراء دون سبب ، وذلك دون الإخلال بحق المشتري في طلب التعويض ان كان له مقتضى^(٢) .

وبتسائل الفقه عما لو كان أعمال القواعد العامة في عقد البيع فيما يخص الإخلال بالالتزام بالتسليم يؤدي إلى النتائج ذاتها التي يوصل إليها أعمال احكام الإلتصاق ، وهو ما يحقق مصلحة المشتري بالقدر نفسه الذي تحققه له قواعد الإلتصاق ؟^(٣) .

وعند الإجابة عن هذا التساؤل يمكن عقد مقارنة بين الحالتين ، ففي حالة أعمال القواعد العامة ، فإنه إذا ما أخلّ البائع بالتزامه بتسليم المبيع بحالته وقت العقد ، بأن أحدث تغيرات في العقار بعد إبرامه العقد ، فلمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني ، أي طلب إزالة المحدثات على نفقة البائع ، ذلك ان البائع ملزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد ، ولكن طبقاً للقواعد نفسها فإنه لا يحق للمشتري طلب تملك المحدثات مستحقة القلع كما في احكام الإلتصاق باعتبار ان البائع سيئ النية ، وان كان في إزالة ضرر يصيب الأرض ، ذلك ان التنفيذ العيني هو الاصل وللدائن والمدين التمسك به ما دام ممكناً . ولا يمكن حرمان البائع من الإزالة بحجة ان اصراره على الهدم يعتبر تعسفاً في استعمال حقه في إزالة البناء^(١) . ذلك ان الإزالة هي من قبيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه وهي التزام يقع على البائع وليست حقاً حتى تكون محلاً للتعسف^(٢) .

وبناءً على ما تقدم فإن الاحكام العامة في عقد البيع تؤدي إلى نتيجتين مختلفتين عن قواعد الإلتصاق ، الاولى ان المشتري ليس له الخيار بين إزالة البناء والابقاء عليه في حالة اصرار البائع على الإزالة ، وحتى لو لم يصّر البائع على إزالة المحدثات فإنه ينشأ عقداً يتصلح بموجبه المشتري والبائع على قيمة المحدثات ، إذا ما اتفقا على بقائها . والثانية هي مقدار التعويض ، فيبعد ان حدد المشرع التعويض الذي يلزم به المشتري في حالة طلبه باستبقاء المحدثات ، وهو اما دفع قيمة المحدثات مستحقة القلع او دفع مبلغ يساوي لما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المحدثات وفق قواعد الإلتصاق . نرى ان القواعد العامة في عقد البيع تفرض في حالة عدم تصالحهما على قيمة المحدثات بعد ان اتفقا على بقاءها ، هو تعويض المشتري للبائع المحدث وفقاً لقواعد الاثراء دون سبب^(٣) ، وهو ان يدفع المشتري للبائع

(٢) د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٤٠٩ . د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٧ . د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ . والتسليم : هو الاجراء الذي يقصد به تمكين المشتري من المبيع بحيث يستطيع ان يباشر عليه سلطانه كمالك دون ان يمنعه عن ذلك أي عائق . انظر في ذلك د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، ج ١ ، البيع والمقايضة والايجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٩٦ . وبخلاف ذلك نرى في العراق ان الحق العيني سواء كان اصلياً ام تبعياً اذا تعلق بعقار انتقل للدائن عند توفر شروط ثلاث ، اولها ان يكون الشيء معين بالذات ، ثانياً - ان يكون مملوكاً للمدين أي الملتزم ، وثالثاً - ان تراعى القواعد المتعلقة بالتسجيل . انظر في ذلك د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .

(٣) د. حسام الدين كامل الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ .
(١) بخلاف ذلك أنظر : حلمي بهجت بدوي ، تعليقات على الاحكام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣ ، ص ٧٥١ ، حيث يرى ان اصرار البائع على نزع البناء واخذة انقاضاً بعد تعسفاً في استعمال حقه ، ان نزع البناء ليس من مصلحته ما دام المشتري يعرض عليه تعويضاً لا يقل عن قيمة البناء مستحقة القلع .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ ، هامش (٢) .
(٣) د. ٢٢٣ / ١ من القانون المدني العراقي " من دفع شيئاً طناً انه واجب عليه فتيبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق " . كما نصت م ١٧٠ من القانون المدني المصري على ان " كل شخص ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الاثراء فيما بعد " . ويعرف الاثراء بأنه كل منفعة مادية او معنوية ذات قيمة مالية . اما الافتقار فهو الخسارة التي تصيب المفقّر ، ويتم ذلك بنقص العناصر الايجابية لثمنه المالية او ازدياد العناصر السلبية لها . انظر في ذلك د. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢ . د. امجد محمد منصور ، مصدر سابق ، ص ٣٦٣ .



أقل القيمتين بين افتقار البائع وبين إثراء المشتري ، أي بين قيمة المواد واجرة العمل وهو ما افتقر به البائع ، أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب المحدثات وهو ما أثرى به المشتري ، وبذا يكون المشتري في وضع أسوأ مما يتمتع به لو طبقت قواعد الإلتصاق^(٤) .

ويلاحظ بان محكمة النقض المصرية اختارت تطبيق احكام الإلتصاق على المحدثات التي يقيمها البائع قبل تسجيل العقد ، كون هذه الاحكام توفر للمشتري مزايا لا توفرها القواعد العامة ، مستندة إلى ان العدالة تقضي اللجوء إلى هذه القواعد على سبيل القياس مع الباني على أرض الغير ، مع ان البائع ليس من الغير قبل تسجيل العقد ، إذ انه يبقى مالكا للأرض حتى لحظة التسجيل . ويلاحظ كذلك ان المحكمة لجأت إلى هذا القياس على الرغم من انه لا يتفق مع صحيح قانون التسجيل لتوفير حماية للمشتري بعقد غير مسجل وللتخفيف من قاعدة انتقال الملكية من تاريخ التسجيل حتى لا تتخذ مطية للاضرار بالمشتري

ويمكن القول في هذا المقام ، بانه لا اجتهاد في مورد النص ، ونص المادتين الاولى من قانون التسجيل النافذ والمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري المنوه عليها سابقا تؤكدان عدم انتقال الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم الا بالتسجيل ، وهذا يعني ان البائع انما يبني في ملكه ولا مجال لأعمال احكام الإلتصاق على ما يحدثه البائع على الأرض المبيعة قبل التسجيل ، وما دام المشرع المصري قد اعتبر عقد بيع العقار من عقود التراضي ، فان المحدثات التي يقيمها البائع هي من قبيل الاخلال بالالتزام بالتسليم في عقد صحيح اوجب المشرع احترام كافة الآثار المرتبة عنه .

ويرجح الرأي القائل بوجوب تطبيق القواعد العامة في عقد البيع على المحدثات التي يقيمها البائع قبل تسجيل عقد البيع ، كونه كان قد بنى في ملكه استناداً إلى صريح نصوص القانون .

الفرع الثاني

أحكام المحدثات التي يقيمها المشتري قبل تسجيل العقد في القانون المصري
في هذا الفرض نرى ان المشتري وبعد ابرام العقد يقيم محدثات على الأرض المشتراة قبل تسجيل العقد ، فهل يعتبر المشتري بانيا في غير ملكه ؟

ذهبت محكمة النقض المصرية في بداية الامر إلى القول بان المشتري في هذه الحالة يكون قد بنى في ملكه ، فجاء في حكم لها " ان البيع غير المسجل يخول المشتري ان ينتفع بالأرض بجميع اوجه الانتفاع ، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ، ومتى احدث المشتري بناءً على الأرض المبيعة له ان يصبح بهذا البناء مالكا له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل البقاء والقرار ، وزيادة على ذلك فان محكمة النقض قد اعطت للمشتري الحق في تملك العقار المجاور لبنائه باعتباره شفيعا له حيث جاء في الحكم المذكور اعلاه " . . ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء ، ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل ، ذلك ان الشفعة المشتري للأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه ، وانما يقيمها على ملكية البناء استقلا عن الأرض ، كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالإلتصاق قولاً بان بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذي اقامه المشتري

(٤) ويشير الفقه في الأردن إلى ان المشرع قد خرج من مسألة البناء على أرض الغير عن نظرية الإثراء دون سبب . انظر في ذلك د. عدنان ابراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٥٢ .



الذي لم يسجل عقد شرائه ، ذلك ان القانون اذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الإلتصاق انما يقرر في مصلحة مالك الأرض قرينة بسيطة قابلة لأثبات العكس ، كما اذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في اقامة المنشآت وتملكها ، فان في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار انه عقار ، فمناط تطبيق قواعد الإلتصاق الا يكون ثمة اذن صريح او ضمني من مالك الأرض للغير باحداث هذا البناء ، فحيثما وجد اتفاق او اذن امتنع التمسك بقواعد الإلتصاق . ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن اقامه ، ولا نزاع في ان البائع ملتزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له ، فاذا ما اوفى البائع بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشتري حيازة المبيع ، وكان لهذا الاخير ان ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ^(١) .

وينتقد الفقه هذا الحكم بانه لو صح ما ذهبت اليه محكمة النقض من ان المشتري يشفع بالبناء لا بالأرض ، لوجب ان يكون البناء نفسه هو المجاور للأرض المشفوع فيها ولا يكفي ان تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها ^(٢) .

وقد عدلت محكمة النقض المصرية عن اتجاهها الاول الذي اعتبرت فيه ان المشتري انما يبني في ملكه وقد جاء في حكم لها " وان كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ من القانون المدني قد اجازت نقض القرينة التي تقيمها الفقرة الاولى على ملكية مالك الأرض لما عليها من مبانٍ ، بان يقيم الاجنبي الدليل على انه قد اقام هذه المنشآت على نفقته او ان مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل او خوله الحق في اقامة هذه المنشآت وتملكها ، الا انه اذ كان سند التحويل هو عقد بيع فان ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وانما بتسجيل عقد البيع ، لان عقد البيع غير المسجل وان كان يلزم البائع بتسليم المبيع وهو مما يترتب عليه ان تكون للمشتري حيازة المبيع والانتفاع به الا ان هذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه من مبانٍ على الأرض المبيعة ، لان حق القرار حق عيني من قبيل الملكية ، فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري الا بالتسجيل ، اما قبل تسجيل سند المشتري الباني فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الإلتصاق مقابل ان يدفع للمشتري اقل القيمتين قيمة المواد واجرة العمل او قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدني ، ومن ثم فان كل مال للمشتري الباني الذي لم يسجل عقده ، اذا لم يختار نزاع المنشآت هو ان يطالب مالك الأرض بما هو مستحق له طبقاً لتلك المادة وان يتخذ في سبيل اجباره على ادائه ما يخوله القانون للدائن من وسائل لاستيفاء ديونهم ^(١) .

وقضت كذلك بان " اقامة المشتري بعقد غير مسجل بناء على الأرض المشتراة ، لا يؤدي إلى انتقال ملكية المباني الا بشهر العقد ، وان علة ذلك ان القرار حق عيني لا ينشأ ولا ينتقل الا بشهر سنده ، استناداً الى المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري ، واثار ذلك بقاء ملكية المنشآت للبائع بحكم الإلتصاق ^(٢) .

(١) نقض مدني جلسة ١٢ / ١ / ١٩٥٠ ، المجموعة الاولى رقم ٤٨ ، ص ١٦٦ . اشار اليها د. حسام الدين كامل الاهواني ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ . د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٥٨٣ ، هامش (١) .
(١) نقض مدني جلسة ٢٨٣ سنة ٣٥ ق ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٦٩ . وكذلك جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٨١ . أشار إليهما سعيد احمد شعله ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥ .

(٢) الطعن رقم ١٦٦٨ سنة ٥٩ ق ، جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٩٤ ، ص ٤٥ ، ص ١٧١٤ ، المصدر السابق ، ص ٣١٤ .



وقضت أيضاً بأن " حق ملكية العقار ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر اليه ، ولا يسوغ له ترتيباً على ذلك طلب اعمال قواعد الإلتصاق بشأن المباني التي يحدثها الغير في الأرض التي اشتراها بعقد غير مسجل^(٣) .

وعلى ذلك فان بناء المشتري في الأرض المبيعة قبل التسجيل يعد من قبيل البناء على أرض الغير في مصر ، الا ان القضاء يعامله معاملة الباني حسن النية طبقاً لنص المادة ٩٢٥ من القانون المدني .

المبحث الثاني

أحكام المحدثات التي تقام على أرض الغير في الحالات الأخرى

تناولنا في المبحث السابق من هذا الفصل احكام المحدثات التي تقام على الأرض المبيعة من قبل البائع او المشتري قبل تسجيل العقد ، وحيث ان هذه الحالة لا تعد التطبيق الوحيد للبناء على أرض الغير ، فقد رأينا ان نخصص هذا المبحث لأهم الحالات الأخرى ، وستكون الدراسة في هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، نخصص المطلب الاول لدراسة احكام المحدثات التي يقيمها المالك الذي زالت ملكيته باثر رجعي ، اما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة المحدثات التي يقيمها المنتفع في الأرض المنتفع بها ، اما المطلب الثالث فسيكون لاحكام المحدثات التي يقيمها الشريك في الأرض المشاعة .

المطلب الأول

أحكام المحدثات التي يقيمها المالك الذي زالت ملكيته باثر رجعي

إذا اقام المالك محدثات في عقار ثم تزول ملكيته باثر رجعي فانه يعد بانياً او غارساً في ملك الغير ، وقد عولجت احكام المحدثات التي يقيمها المالك الذي تزال ملكيته باثر رجعي وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني في باب الإلتصاق دون النص عليها بشكل مباشر . وكذلك فان سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) في العراق اصدرت لائحة تنظيمية برقم ١٢ في ٢٤ / حزيران / ٢٠٠٤ الخاصة بالنظام الاساسي لتأسيس هيئة دعاوى الملكية العراقية^(١) . وبعيداً عن الخوض في دستورية اللائحة اعلاه من عدمها ، الا انها تناولت احكام المحدثات التي اقامها مشتري العقار المصادر بعد ابطال قيد شرائه ، وهذا

(٣) نقض مدني جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٩٥ ، المصدر السابق ، ص ٣١٥ . ومن الجدير بالذكر ان القضاء الفرنسي قد اعتبر المشتري الذي يقيم محدثات على الأرض المبيعة قبل تسجيل العقد انما يبني في ملك الغير ، ولكنه بان حسن النية ، واعتبر التعهد بالبيع بشكل موافقة ضمنية من قبل المالك جعلت الباني يعتقد بان يبني بصفة مالك . الا ان القضاء نفسه رجع عن ذلك وقرر بان التعهد بين البائع والمشتري والذي بني بموجبه المشتري لا يكفي لاعتبار الباني ذا نية حسنة . انظر في ذلك :

Cass civ, ٣, ٣ Mai, ١٩٩٣: Bull-civ-III, n. ١٠٢, P. ٨١, Rdim. Junv- Mars, ١٩٨٤, P. ٣١- Dictionnaire Permanent construction, Opctin, n. ٤٧, P. ٦٨٩, Cass -٥- Fevr. ١٩٨٥: Gaz Pal, Rec. Bim, Mars-Avr. ١٩٨٧ Somm, P. ١٢٩, Ibid n. ٤٨, P. ٦٨٩. Codes Dalloz, Code Penal, ١٩٨٧-١٩٨٨, P. ٩٦٩.

(١) نشرت اللائحة التنظيمية رقم ١٢ في ٢٤ / حزيران / ٢٠٠٤ وكذلك في الملحق / أ في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٨٥) والمؤرخ في مايس ٢٠٠٤ . ومن الجدير بالذكر فان اللائحة ١٢ في ٢٤ / حزيران / ٢٠٠٤ صدرت معدلة لللائحة رقم ٨ في ١٤ كانون الثاني / ٢٠٠٤ قبل العمل بها .



ما يشكل حالة من حالات ابطال العقد بعد تسجيله وهو ما يتفق وهذه الدراسة فعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نوضح في الفرع الأول احكام المحدثات التي يقيمها المالك الذي زالت ملكيته في القانون المدني ، وفي الفرع الثاني احكام المحدثات التي يقيمها المالك الذي زالت ملكيته وفق اللائحة التنظيمية رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ الملحق / أ .

الفرع الأول

أحكام المحدثات التي يقيمها المالك الذي زال ملكيته بأثر رجعي في القانون المدني
قد يتلقى شخص ملكية عقار من مالك سابق ، ومن ثم يقيم عليها محدثات بعد انتقال الملكية اليه باستكمال كافة مسلتزماته القانونية ومنها التسجيل باعتباره ركناً في عقد بيع العقار كما في التشريع العراقي ، او باعتباره اثرأ كما في التشريع المصري . ولكن يحدث ان تزول ملكيته بأثر رجعي لابطال عقده او فسخه او لأن ملكيته كانت معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط او كانت معلقة على شرط واقف لم يتحقق ، وفي كل هذه الفروض لا تنتفي عنه صفة المالك وقت اقامته للمحدثات ، أي ان لحظة اقامته للمحدثات كان يبني او يغرس في ملكه ، الا انه لما كان تحقق الشرط الفاسخ او الفسخ او البطلان يؤدي إلى زوال الملكية بأثر رجعي ، فان المحدث يعد من الناحية القانونية بانياً او غارساً في أرض الغير ، وكأنه لم يمتلك الأرض ، اذ ان زوال الملكية يرجع إلى تاريخ العقد نفسه ^(١) .

وبلاحظ بان القوانين المقارنة والقانون العراقي لم تقرر نصاً خاصاً لهذه الحالة ، الا ان غالبية الفقه اعتبر المحدث في هذه الحالة يعد بانياً او غارساً في ملك الغير وتسري عليه احكام الإلتصاق ^(٢) . ولما كانت احكام الإلتصاق تختلف بحسب ما اذا كان المحدث حسن النية ام سيئ النية فانه يجب التفرقة بين البطلان والفسخ والملكية المعلقة على شرط ، ذلك ان سبب البطلان يوجد عند ابرام العقد ، اما الشرط الفاسخ او سبب الفسخ فيحصلان في وقت لاحق لابرام العقد ^(٣) . لذا سنبحث كل حالة على انفراد .

أولاً - المحدثات التي يقيمها الحائز بتصرف باطل ^(٤) :

في هذا الفرض يكون المحدث واضعاً يده على الأرض بموجب تصرف باطل ، ففي حالة كون السند الذي انتقلت الملكية بموجبه للمحدث باطلاً ، كأن يتلقى ملكية العقار بموجب وصية باطلة ، او ان البائع كان عديم الاهلية ، فان المحدث في هذه الحالة يعتبر حسن النية او سيئ النية باختلاف الاحوال ، فاذا ما كان يعلم بان سنده باطل وانه لا يملك الأرض بهذا السند ، فهو محدث سيئ النية ، وتطبق عليه

^(١) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨٦ . د. ليلي عبد الله سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

^(٢) د. السنيهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، ص ٢٩٦ . د. سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ . د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥ .

^(٣) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨٧ . ولنفس المؤلف ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ .

^(٤) البطلان نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد او التصرف القانوني بشكل عام ، غير قائم وانه لم يقم ابداً ، وذلك بسبب اختلال تكوينه . انظر في ذلك د. عنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ٢٠١ . د. عبد الحكيم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، ط ٢ ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٦ .



احكام المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي التي تجيز للمالك الحقيقي الخيار بين طلب ازالة المحدثات او تملكها مستحقة القلع ، اما اذا كان لا يعلم ببطلان سنده ، وكان يعتقد بحسن نية وقت اقامة المحدثات انه يبنى على ملكه ، فتطبق على محدثاته احكام المادة ١١٢٠ من القانون المدني ، لانه يكون بنى او غرس بزعم سبب شرعي ، وعندها تطبق قاعدة الأقل يتبع الأكثر ، فتقدر قيمة الأرض وقيمة المحدثات ، ثم يملك صاحب القيمة الأكبر ما يملكه الآخر ^(١) .

الا اننا نجد ان محكمة التمييز في العراق لم تطبق احكام الإلتصاق على هذا الفرض ، فقد نصت في حكم لها " بان الميزة تعد حسنة النية فقد اشترت العقار بموجب الاجراءات القانونية المتخذة في الاضبارة التنفيذية في اعلاه ، ثم زالت ملكيتها بموجب قرار لمجلس قيادة الثورة المنحل واعيد إلى مالكه الأصلي ، وعليه فانها تستحق قيمة البناء والاضافات والتغييرات والتحسينات التي اجرتها على العقار خلال وبعد مرحلة تسجيله باسمها في دائرة التسجيل العقاري ، وان المدعى عليه يتحمل اقيامها بموجب احكام الكسب دون سبب ^(٢) ويؤخذ على احكام محكمة التمييز في العراق بانها لم تلتفت إلى احكام الإلتصاق في موضوع البناء على أرض الغير في الكثير من احكامها ، ويؤخذ كذلك على الحكم في اعلاه بانه قضى بان المدعى عليه يتحمل قيمة المحدثات تأسيساً على نص المادة ٢٤٢ من القانون المدني ، وهذا النص يؤكد ما جاءت به احكام الإلتصاق ، باعتبار ان الأقل يتبع الأكثر ، فكان على المحكمة توجيه محكمة الموضوع لتطبيق نص المادة ١١٢٠ من القانون المدني والتي تحكم حالة البناء على أرض الغير بزعم سبب شرعي او بحسن نية بعدما اكدت بان المحدثه كانت حسنة النية . وقد طبقت المحاكم الفرنسية احكام الإلتصاق على المشتري الذي ابطال عقده فاعتبرته حسن النية او سبباً بحسب ما إذا كان يعلم او لا يعلم وقت البناء بالعيب الذي يشوب عقد شرائه ^(٣) .

وحسن النية مفترض في هذه الحالة ، ويقع عبء اثبات سوء نية المحدث على من يتعي خلاف ذلك ، فله ان يثبت ان المحدث كان يعلم وقت اقامته للمحدثات ببطلان سند ملكيته ^(٤) .

ثانياً - المحدثات التي يقيمها المشتري بعقد موقوف :

اما إذا كان المحدث مالاً للأرض بعقد موقوف كما يسميه المشرع العراقي او بعقد قابل للإبطال كما سماه المشرع المصري ^(٥) . وابطل هذا العقد ، فان ابطاله يكون باثر رجعي ، فيكون المحدث قد اقام محدثاته على أرض لا يملكها ، كما لو اكره المشتري البائع ودفعه لابرار العقد ، او كمن يشتري أرض من شخص ناقص الاهلية ثم تقيم عليها محدثات ، فلو استطاع البائع ان يطلب ابطال العقد قبل مرور ثلاثة اشهر من الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه عنه كما في المثال الاول او قبل انقضاء ثلاثة اشهر من

^(١) ويلاحظ هنا الاختلاف بين الزعم بسبب شرعي ، والسبب الصحيح ، إذ لا يمكن باي حال من الاحوال الاستناد إلى السند الباطل باعتباره سبباً صحيحاً من ثم لا يمكن اكتساب الملكية بالحيازة ، بينما يمكن اعتبار السند الباطل زعماً بسبب شرعي ومن ثم اكتساب الملكية بالإلتصاق . انظر ص ٣٨ من الرسالة .

^(٢) القرار الصادر في ١٠ / ١ / ٢٠٠٣ . منشور في مجلة القضاء ، العدد الاول والثاني ، ص ٦٥ ، ٢٠٠٤ .

^(٣) Cass Civ, ٣٠ Nov, ١٩٨٨ Bull. Civ ١١١-n. ١٧٢, P. ٩٣ . Dictionaire Permanent Construction — Op. Cit, n. ٤١, P ٨٨.

^(٤) ضحى محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

^(٥) انظر المواد ١٣٥-١٤٠ من القانون المدني العراقي . كذلك انظر المواد ١١١-١٤٤ من القانون المدني المصري .



الوقت الذي يزول فيه سبب نقص الاهلية او من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد ، فان العقد سيبطل . وفي كل هذه الاحتمالات سيتوقف مصير المحدثات على حسن او سوء نية المحدث^(٣) . ويعتبر المحدث سبب النية إذا ما كان الأكره قد صدر منه ، اما إذا كان الأكره قد صدر من الغير وقد كان يعلم بذلك فانه يعد كذلك سبب النية ، اما إذا كان لا يعلم بالأكره الذي صدر من الغير فانه يعد حسن النية في اقامته للمحدثات ، كذلك يعتبر حسن النية إذا كان لا يعلم انه قد تعاقد مع شخص ناقص الاهلية ، وكانت ظروف الحال تدل على انه كامل الاهلية ، أي ان المحدث لم يرتكب في ذلك خطأ جسيماً ، وكذا الحال في جميع العيوب التي تجعل من العقد موقوفاً^(٤) .

ثالثاً - المحدثات التي يقيمها المشتري الذي فسخ عقده^(١) :

المحدث في هذا الفرض يكون مالكا للأرض وقد اقام عليها محدثات وهو لا يزال مالكا لها ثم فسخت ملكيته ، ولما للفسخ من اثر رجعي فيعده المحدث قد بنى او غرس على ملك الغير ، كالمشتري الذي يخل بالتزامه قبل البائع فلم يدفع الثمن . فذهب رأي إلى اعتباره سبب النية دائماً لان الفسخ يرجع إلى خطئه ، ذلك ان عدم الوفاء بالثمن يجعل من المشتري قد اخل بالتزاماته التعاقدية ويقضى بالفسخ جزاء ذلك^(٢) . ويذهب رأي اخر إلى ان المحدث لا يعتبر سبب النية الا إذا كان سبب الفسخ رجعاً اليه^(٣) . وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه ، فقضت محكمة النقض بانه " يعد المالك الذي فسخ عقده كواضع اليد حسن النية الا اذا كان الفسخ منسوباً اليه " ، وقضت كذلك " في حالة الفسخ المنسوب الى المشتري ، فان المشتري يكون محقاً باعتباره واضع يد حسن النية حتى ذلك الوقت " ^(٤) .

الا ان هناك رأياً حديثاً يؤكد بحق بان ما ذهب اليه الفقه في الاراء السابقة ، يخلط بين الخطأ وسوء النية ، فالفسخ اذا كان جزاء لخطأ عقدي ارتكبه المشتري ، فلا يجب ان يغفل ان الفسخ يفترض ان عقداً صحيحاً قد ابرم وتم تنفيذ معظم الالتزامات الناشئة عنه كالتسليم ، ومن ثم فان الحكم بالفسخ لا يجعل من المحدث سبب النية دائماً ، لانه يعد كذلك اذا كان يعلم وقت اقامة المحدثات بسبب الفسخ أي يعلم بعدم قدرته على الوفاء ، وان مصير العقد هو الفسخ ، اما إذا كان ميسور الحال ويعتقد بناءً على يسره قدرته

^(٣) نصت المادة ١٣٦ / ٢ من القانون المدني العراقي على انه " ٢- يجب ان يستعمل خيار الاجازه او النقض خلال ثلاثة اشهر ، فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً " . كما نصت الفقرة ٣ من المادة نفسها على انه " يبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب او من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد ، واذا كان سبب التوقف الاكره . . . فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكره . . . " . وبهذا المعنى انظر د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .

^(٤) في هذا المعنى ، انظر د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق الغينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ . في معرض حديثه عن حسن النية وسوتها واثرها على المحدثات في العقد القابل للابطال في القانون المدني المصري ، د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨٧ .

^(١) الفسخ هو الجزاء الذي يترتب على اخلال احد المتعاقدين بالتزامه ، فهو حق للمتعاقدين بمناسبة عقد ملزم للجانبين ان يطلب حل الرابطة التعاقدية اذا لم يوف المتعاقد الآخر بما اوجبه عليه العقد ، من ثم يتحلل الآخر من التزامه المتقابل . انظر في ذلك د. امجد محمد منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ . المحامي الدكتور عبد الستار الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص ١٦٦ .

^(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ٢٩٧ .

^(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٢٧٥ . د. محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥ .

^(٤) اشار اليها د. محمد كامل مرسي ، البناء والغراس ، مصدر سابق ، ص ٥٤١ .



على الوفاء بالثمن عند حلول الاجل المتفق عليه ، فانه يعد حسن النية حتى لو جئت ظروف ادت إلى عدم قدرته على الوفاء بكامل الثمن عند حلول الاجل ، ويعد المحدث سيئ النية اذا ما كان الفسخ راجعاً إلى خطأ البائع و اقام المحدثات بعد اخلال البائع بالتزاماته^(٥) .
وان مما لا شك فيه إن المحدث يعتبر سيئ النية اذا ما شرع باقامة المحدثات بعد اقامة دعوى البطلان او الفسخ وحكم فيها لمصلحة الطرف الآخر .

رابعاً - المحدثات التي يقيّمها المشتري بشرط فاسخ :

اذا كان المحدث مشترياً للأرض بموجب شرط فاسخ وتحقق الشرط فان المحدث يكون بنى او غرس على أرض الغير ، ويذهب رأي في الفقه إلى اعتبار المحدث حسن النية اذا كان تحقق الشرط الفاسخ بغير خطئه ، بينما يكون سيئ النية اذا تحقق الشرط الفاسخ بخطئه^(١) .
ويذهب جانب آخر من الفقه إلى ان المحدث يعد حسن النية او سيئ النية بحسب ما اذا كان يعلم بوجود الشرط الفاسخ او يجهل بوجوده ، ولما كان المالك المحدث يعلم دائماً بهذا الشرط الا في حالات استثنائية كحالة الخلف العام الذي يتلقى ملكية عين في تركة سلفه وهو غير عالم بالشرط الفاسخ الذي علقت عليه ، فانه يعد فيما عدا ذلك سيئ النية^(٢) .

ويذهب رأي ثالث بحق ان المحدث يعد حسن النية طالما انه اقام المحدثات قبل علمه بتحقق الشرط ، اذ ان له ان يعتقد حتى تلك اللحظة ان له الحق في اقامة المحدثات ، فلا ينتفي حسن النية من مجرد تحقق الشرط طالما ان ذلك لم يتصل بعلم المحدث . ولا محل للتفرقة بين حسن النية وسوء النية ، بحسب ما اذا كان الشرط قد تحقق بخطأ المشتري ام بدون خطأ منه ، فاذا كان الشرط قد تحقق بخطأ المشتري فلا خلاف في ان يكون عالماً بتحقق الشرط منذ ارتكابه الخطأ ، ومن ثم يصبح منذ علمه بذلك سيئ النية ، اما اذا كان تحقق الشرط لا يرجع إلى خطأ المشتري فلا يكفي مجرد تحقق الشرط لاعتباره حسن النية او سيئ النية ، بل يجب ان يعلم بعدم احقيته في البناء لزوال ملكيته بأثر رجعي حتى يعد سيئ النية ، فيجب اعتبار المحدث حسن النية حتى اثبات علمه بتحقق الشرط ، اما علمه بوجود الشرط فلا علاقة له بحسن النية او سوءها ، لان الشرط موجود بحكم الاتفاق ، ومن ثم فان المشتري يكون عالماً به دائماً^(٣) .

الفرع الثاني

أحكام المحدثات التي يقيّمها المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي وفق اللائحة التنظيمية لهيئة دعاوي الملكية العراقية^(١)

(٥) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨٨ ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٣١ ، د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧ .

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ٢٩٨ .
(٢) د. محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .

(٣) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٨٨ . ولنفس المؤلف ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .
د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .

(١) إن مصطلح اللائحة لم يرد ضمن درجات التشريع في العراق فدرجات التشريع في العراق هي الدستور أو القانون الأساسي والقوانين العادية والأنظمة والتعليمات . أنظر في ذلك د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .



لقد عالجت اللائحة المذكورة احكام المحدثات التي اقامها مشتري العقار خلال مدة ملكيته له ، وهذا ما يهمننا في هذه الدراسة باعتبار ان المشتري ستنال ملكيته للعقار باثر رجعي ، وان الأصل في هذه اللائحة اعادة العقار إلى مالكة الاول الذي انتزعت ملكيته عنه جبراً^(١) .

والسؤال الذي بحاجة إلى الأجابة عنه ، ما هي الأحكام التي جاءت بها اللائحة المذكورة لتحديد مصير المحدثات التي اقامها مشتري العقار ؟

تقرر اللائحة حكماً يخص العرصه الخالية التي تم مصادرتها ومن ثم تقوم الدولة ببيعها فيقوم المشتري الاول باقامة محدثات عليها ، وفي هذا الفرض يخير المالك الاصلي بين خيارين ، الخيار الاول المطالبة باعادة تحويل الملكية باسمه ، وعليه حينئذ ان يدفع للمشتري الاول قيمة المحدثات التي كان قد انشأها ، اما الخيار الثاني فهو ان يطلب من المشتري الاول تعويضاً مناسباً عن العقار باعتباره عرصه خالية من الشواغل^(٢) .

وبلاحظ ان الحكم في اعلاه الذي نصت عليه الفقرة / ح من المادة الثامنة من اللائحة المذكورة بان صياغتها ركيكة والسبب كما اعتقد بان النص قد ترجم إلى العربية ولم يشرع اصلاً بها . فقد وردت عبارة تحسينات وعرفها النص بانها مشيدات ، كذلك عبارة اصلاحات التي كان يعني بها تشييد بناء او

(٢) يلاحظ نص المادة ٨ من الملحق / أ من اللائحة / ١٢ بجميع فقراتها حيث تبدأ :

أ- اعادة جميع الاملاك . . . إلى مالكا الاصلي . . . ب- اعادة جميع الاملاك . . . إلى مالكا الاصلي .

ج- اعادة جميع الاملاك . . . او تعاد إلى حامل سند ملكية قبل المصادرة . اصدرت سلطة الائتلاف (المنحلة) لائحة تنظيمية برقم ١٢ في ٢٤ / حزيران / ٢٠٠٤ ، والتي تنص على انها جاءت معدلة لللائحة رقم (٨) الصادرة في ١٤ / كانون الثاني / ٢٠٠٤ الخاصة بالنظام الاساسي لتأسيس هيئة دعاوي الملكية العراقية^١ ، كما نصت اللائحة رقم ١٢ اعلاه باعادة صياغة اللائحة رقم ٨ بالكامل لكونها لم تقدم آلية كافية لتعيين الهيئة وادارتها وطريقة عملها .

وقد اشار المدير الاداري لسلطة الائتلاف المؤقتة إلى ان صلاحياته في اصدار هذه اللائحة تستمد من القوانين والاعراف المتبعة في حالة الحرب ، وانسجاماً مع قرارات مجلس الامن الدولي لاسيما القرارين ١٤٨٣ و ١٥١١ لسنة ٢٠٠٣ والقرار ١٤٥٦ لسنة ٢٠٠٤ .

وقد اصدرت السلطة ذاتها الملحق / أ ، أسست بموجبه هيئة دعاوي الملكية العراقية التي تتولى حل نزاعات الملكية العقارية بالطرق القضائية العادلة على ان تدعم الهيئة فض النزاعات بالوسائل الطوعية.

وبشمل الاختصاص النوعي لهذه الهيئة الاموال غير المنقولة وموجودات الاموال غير المنقولة وحق الارتفاق او المصلحة في الملك العقاري ، كما تخضع لاختصاص الهيئة العقارات المصادرة والمحموزة والمنزوع ملكيتها ، وكذلك العقارات المستملكة باقل من قيمتها المقررة باستعمال الاكراه ، وباقي طرق استيلاء الحكومات العراقية السابقة باستثناء حالات الاستيلاء لاغراض الإصلاح الزراعي او بقصد المنفعة العامة ، فضلاً عن كافة عمليات الاستيلاء التي تمت نتيجة لمعارضة المالك او الحائز للحكومات العراقية السابقة او على اساس العرق او الدين او المذهب او لاغراض التطهر العرقي .

وتخضع لاعمال الهيئة كافة النزاعات الناشئة اعتباراً من ١٧ / تموز / ١٩٦٨ حتى ٩ / نيسان / ٢٠٠٣ . كما يجب ان تقدم الدعاوى للهيئة في موعد اقصاه ٣٠ / حزيران / ٢٠٠٥^١ . اما الدعاوى التي ترفع بعد هذا التاريخ فان النظام القضائي العراقي هو الذي سينظر الدعوى وفقاً للمبادئ التي تتضمنها هذه اللائحة ، ولا يطبق ما ورد في اعلاه على الدعاوى المرفوعة امام الهيئة وعن نفس العقار .

ويتضح مما سبق بان احكام هذه اللائحة تبقى نافذة على العقارات المشمولة باحكامه حتى وان رفعت الدعاوى بعد تاريخ ٣٠ / حزيران / ٢٠٠٥ ، الا ان جهة التقاضي تصبح القضاء العادي وليس هيئة دعاوى الملكية ، الا انه لا يجوز للقضاء العادي سماع الدعوى عن عقار كانت قد رفعت عنه دعوى إلى هيئة دعاوي الملكية وسبق الفصل فيها .

وقد نصت اللائحة / ١٢ المذكورة على ان تكون لهذه الاحكام الاولوية على أي نص في قرار او امر او قانون لا ينسجم معها^١ . واعتبرت احكام هذه اللائحة نافذة من يوم ١ / تموز / ٢٠٠٤ ، كما نصت اللائحة على اغناء عملية نقل العقار التي تتم بموجبها من ضريبة الدخل او ضريبة نقل العقار او أي ضرائب او رسوم اخرى .

(١) نصت الفقرة ح من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ١٢ على ان ح " اذا لم تجر أي تحسينات على الملك (أي لم يشيد عليه شيء) عند مصادرتها او عند الاستيلاء عليه ومن ثم تم بيعه إلى المشتري الاول وقد قام هذا المشتري باجراء بعض الاصلاحات من خلال تشييد بناء او اضافات عليه عندئذ يكون للمالك الاصلي الحق في (١) اعادة تحويل سند الملكية باسمه على ان يدفع للمشتري الاول قيمة تلك الاصلاحات أو (٢) ان يدفع له تعويض مناسب عن الملك (كملك خال من الاصلاحات) .



اضافات عليه ، وهذه المصطلحات غير دقيقة ، اذ ان التحسينات وكما يشير اغلب الفقه ، بانها جميع الاعمال التي تفيد الأرض ولا تعد بناءً مستقلاً كالطلاء او التغليف او صب الأرضيات او الترميمات او اعمال الري ^(٢) . ويعالج القانون المدني العراقي التحسينات التي يقوم بها الغير طبقاً لاحكام المصروفات ^(٣) .

كما ان النص في اعلاه لم يشر إلى وقت تقدير المنشآت اذا ما اختار المالك الاصلي تحويل سند ملكية العقار باسمه ، سيما وان قيمة المنشآت تتغير طبقاً لوقت تقديرها ، فاذا ما قدرت وقت انشائها فان قيمتها ستختلف حتماً عن قيمتها إذا ما قدرت وقت المطالبة بها . وهذا نقص في النص سيؤدي حتماً إلى خلل اثناء التطبيق .

اضافة لما تقدم فان النص لم يتناول مسألة الغراس ، ومن ثم فان البساتين اما ان تكون غير مشمولة باحكامه او ان الهيئة ستعالجها على اساس قياسها على البناء .

وعليه نتيجة لما شاب النص من نواقص فاني اقترح ان يصاغ بالشكل الآتي : ح " اذا كان العقار قبل مصادرته او الاستيلاء عليه أرضاً خالية ومن ثم تم بيعها فاحدث عليها المشتري الاول بناءً او غراساً او منشآت اخرى ، عندئذ يكون للمالك الاصلي الخيار بين المطالبة باعادة تحويل سند الملكية باسمه على ان يدفع للمشتري الاول قيمة المحدثات او مطالبة المشتري الاول بقيمة الأرض . وتحسب قيمة المحدثات او قيمة الأرض بوقت المطالبة " ^(١) .

وقد عالج القانون المدني العراقي الحالة التي نصت عليها الفقرة / ح في اعلاه من اللائحة ، وفق القواعد العامة في الالتصاق ، طبقاً لحسن نية المحدث او سوء نيته ، فاذا ما اعتبر المحدث سيئ النية ، فان الخيار للمالك الاصلي بين طلب ازالة المحدثات على نفقة المشتري (المحدث) وبين تملك المحدثات مستحقة القلع ^(٢) ، اما إذا اعتبر حسن النية ، فان قاعدة الاقل يتبع الاكثر يجب اعمالها ، بحيث تقو قيمة المحدثات وقيمة الأرض ، فاذا ما كانت قيمة المحدثات اكثر من قيمة الأرض كان للمشتري الاول (المحدث) تملك الأرض ببدل مثلها ^(٣) .

لكن المشرع في هذه اللائحة خالف هذه الاحكام ، اذ خير المالك الاصلي بين طلب تملك المحدثات (التي اقامها المشتري الاول) وبين ان يختار تعويضاً مناسباً عن العقار ، واذا ما اختار تملك المحدثات

^(٢) د. عبد المنعم البدر اوي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٤٩ . د. محمد لبيب شذب ، موجز في الحقوق العينية، مصدر سابق ، ص ٦٣ ، محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ٤١٩ .

^(٣) نص المادة ١١٦٧ من القانون المدني العراقي . كذلك انظر ص ١٠ من الرسالة .

^(١) ومن الجدير بالذكر فان نص الفقرة ح من المادة الثامنة من اللائحة رقم ١٢ قد عدل نص الفقرة و من المادة الثامنة من اللائحة رقم ٨ التي تنص " في حال عقار لم تجرى عليه أي تحسينات (أي أرض عقارية لا توجد عليها أي مبان) عند مصادرته او الاستيلاء عليه على نحو آخر ، واذا كان المشتري الاول الذي قام بشراء العقار بعد مصادرته قد أجرى عليه تحسينات تتمثل في اقامة مبنى عليه ، يكون للمالك الاصلي عندئذ حق . ١- تحويل سند ملكية العقار اليه هو شريطة ان يدفع للمشتري الاول مبلغاً مالياً يعادل قيمة التحسينات التي اجراها المشتري الاول على العقار في تاريخ اجراؤها . ٢- الحصول على تعويض مناسب عن العقار ، ويكون هذا التعويض مساوياً لقيمة العقار (بحالته قبل اجراء التحسينات عليه) في تاريخ اقرار هذا القانون النظامي " .

نص المادة ١١١٩ من القانون المدني العراقي .

^(٣) نصت الفقرة خ من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ١٢ المذكورة على انه " اذا تم بيع احد الاملاك إلى المشتري الاول ومن ثم اضاف اليه ملك اخر حصل عليه من الدولة ، حينئذ يعادل تحويل سند ملكية الملك الاصلي والمضاف إلى المالك الاصلي على ان يدفع إلى المشتري المبلغ الذي انفق عليه الملك الاضافي " . وتعتبر هذه الفقرة معدلة للفقرة ز من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ٨ والتي تنص " في حال قيام المشتري الاول بشراء عقار من الدولة مجاور للعقار موضوع الدعوى ، تؤول ملكية العقارين إلى المالك الاصلي للعقار موضوع الدعوى ، شريطة ان يدفع المالك الاصلي إلى المشتري الاول المبلغ الذي كان قد دفعه إلى الدولة عند قيامه بشراء العقار المجاور موضوع الدعوى " .



عليه دفع قيمتها ، اما إذا اختار التعويض عن عرصته فعلى المشتري الاول دفع قيمة الأرض ، ولم يحدد المشرع الوقت الذي تقو فيه المحدثات او الأرض كما ذكرنا .

اما إذا اضاف المشتري الاول عقاراً آخر للعقار الاول كان قد حصل عليه من الدولة ، هنا يحق للمالك الاصلي المطالبة باعادة سند ملكية العقار الاصلي والمضاف على ان يدفع للمشتري الاول المبلغ الذي انفقه على الملك الاضافي .

والحقيقة ان هذه اللائحة قد وصلت البنا من عدة جهات منها رسمية واخرى غير رسمية ، الا اننا اعتمدنا النصين المنشورين في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) ، ومن جملة ما وصل الينا فهناك نسخة كانت قد نشرت في احدى الصحف المحلية ، وقد اوردت هذا النص بشكل اخر ^(١) .

وهذا الفرض تعالجه الفقرة / خ من المادة الثامنة من اللائحة المذكورة واعتقد بان الحكم الذي تناولته لا ينجم الا إذا كان قصد المشرع بان العقار الذي اشتراه المشتري الاول فضلة اضيفت للعقار الاصلي ، والا ما علاقة شرائه عقاراً مستقلاً وان كان مجاوراً للعقار المصادر الذي كان قد اشتراه ، وإذا ما كان الامر كذلك فان المشرع اعتبر الملكية الجديدة للفضلة قد جاءت بسبب ملكية الأرض المجاورة (المصادرة) ، وقررت الفقرة اعلاه بان المالك الاصلي يستطيع تملك الفضلة التي اشتراها المشتري الاول من الحكومة اذا ما ركدللمشتري ما كان قد دفعه لتلك الجهة .

وقد قرر نص الفقرة / خ اعلاه ان على المالك الاصلي ان يدفع إلى المشتري المبلغ الذي انفقه على الملك الاضافي ، واعتقد ان قصد المشرع ان يدفع المالك الاصلي قيمة العقار الاضافي وقيمة ما انفقه على ذلك العقار ، وإذا ما كان قد انشأ على العقار الاضافي أية محدثات فان على المالك الاصلي دفع قيمتها اضافة لقيمة العقار الاضافي ليسجل باسمه ، وهذا ما لم يكن واضحاً في النص الوارد في اللائحة رقم ١٢ المذكورة ، بخلاف النص غير الرسمي المنشور في جريدة الصباح ، فانه يقرر بوضوح حكماً لهذه الحالة ، وهو ان يدفع المالك الاصلي كلفة المحدثات وقت انشائها اذا ما اراد تملك الفضلة بعد ان يؤدي ما دفعه المشتري الاول عنها للحكومة .

ويرجح الحكم الوارد في النص غير الرسمي في جريدة الصباح وذلك لوضوحه وشموله المحدثات ووقت تقديرها .

كذلك فان نص الفقرة / خ اعلاه يعالج احكام العقار (الفضله) المشتراة من جهة حكومية ، ولم تنص على ما اذا كانت الجهة المشتراة منها الفضلة جهة ليست حكومية .

وهنا يمكن القول بان المشتري الاول يبقى مالكا لهذا الجزء ، لان ملكيته له لم تكن بسبب ملكيته للأرض الاصلية ، وان الرضا والاتفاق هو اساس تملكه لهذه الفضله ، وعليه فانه يستطيع الاحتفاظ بالجزء (الفضله) او بيعه للمالك الاصلي بناءً على اتفاق لاحق .

اما إذا كان على العقار موضوع النزاع محدثات كان قد هدمها المشتري الاول ثم اقام عليها محدثات جديدة ، ففي هذه الحالة يختار المالك الاصلي احد امرين ، الامر الاول طلب نقل ملكية العقار باسمه على ان يسدد للمشتري الاول قيمة المحدثات التي انشأها على ان تكون هذه القيمة اقل من قيمة

^(١) نصت الفقرة ز كما اوردتها جريدة الصباح / العدد ١٦٦ في ١٥ كانون الثاني ٢٠٠٤ " اذا كان المشتري الاول للعقار المصادر قد اضاف اليه فضلة مشتراة من جهة رسمية ، فتملك الفضلة إلى مالك العقار الاصلي بقيمة شرائها من الجهة المذكورة ، وكذلك المحدثات التي اقيمت عليها وقت الانشاء " . الا انني اعتقد بان النص الذي نشرته جريدة الصباح اقرب إلى قصد المشرع ، او انه كان قد ترجم من مختص ادت إلى صياغته صياغة جيدة .



البناء القديم الذي كان قد هدمه المشتري الاول^(١) . وفي هذا الخيار نرى ان قصد المشرع لم يكن واضحاً مرة اخرى ، فلم يذكر الكيفية التي يتم احتساب قيمة المحدثات التي انشأها المشتري الاول واكتفى بالقول بان هذه القيمة يجب ان تكون اقل من قيمة المنشآت التي كان قد هدمها ، فكان على المشرع تحديد طريقة احتساب قيمة المنشآت التي احدثها المشتري الاول ووقت تقديرها دون النظر إلى قيمة المنشآت التي هدمها التي يمكن تحديد وقت تقديرها ايضا وتجري المقاصة بين القيمتين .

اما الامر الثاني فهو ان يطلب المالك الاصلي من المشتري تملك العقار بما فيه البناء الذي جرى هدمه ، على ان يدفع المشتري الاول للمالك الاصلي مبلغا ليس باقل من المبلغ الذي دفعه المشتري إلى الحكومات العراقية . وهنا نجد ان قصد المشرع كان غامضاً تماماً في مسألة تحديد المبلغ الذي يتوجب على المشتري دفعه للمالك الاصلي ليتمكن من الاحتفاظ بالعقار .

ومن الجدير بالذكر فان حكم الفقرة / ح من المادة الثامنة من اللائحة رقم ٨ ، كان محل جدل^(٢) ، ذلك ان نص الفقرة / ح كان يوجب ضمان المشتري قيمة المحدثات بتاريخ اقرار اللائحة رقم ٨ ، أي ان المشتري يضمن قيمتها عام ٢٠٠٤ حتى لو كان قد هدمها في ١٧ / تموز / ١٩٦٨ ، وان المالك الاصلي يملك المحدثات التي اقامها المشتري الاول بكلفة انشائها وقت اقامتها ، أي لو كانت المنشآت التي اقامها المشتري الاول في عام ١٩٦٨ فان المالك الاصلي سيدفع كلفتها بقيمتها في ذلك التاريخ ، وكان المشرع وفق اللائحة رقم ٨ المذكورة يعامل المشتري الاول معاملة اسوأ من معاملة المشرع في القانون المدني للمحدث سيئ النية ، فبعدما يقرر الزام المشتري بضمان المنشآت المهذمة بقيمتها وقت اقرار اللائحة ، يقرر الزام المالك الاصلي بدفع كلفة المحدثات التي اقامها المشتري الاول وقت اقامتها ، ولا يخفى بان الفرق كبير بين الاسعار عام ١٩٦٨ وهو التاريخ الذي حدد للمنشآت التي تشملها احكام اللائحة والعام ٢٠٠٤ العام الذي اقرت فيه .

وقد عدلت هذه الفقرة بالفقرة / د من المادة الثامنة ، عند اصدار اللائحة رقم ١٢ المذكورة، نتيجة للانتقادات الكثيرة التي وجهت للحكم الوارد فيها، الا ان التعديل محل نقد ايضا كونه يحقق حالة من الاثراء في جانب المالك الاصلي ، خاصة اذا ما كان المشتري الاول قد اقام منشآت ذات قيمة كبيرة على العقار بعد ان قام بهدم منشآت ذات قيمة ضئيلة كونها آيلة للسقوط مثلاً .

وبلاحظ على نصوص اللائحة رقم ١٢ المذكورة محاباة المشرع للمالك الاصلي على حساب مشتري العقار وهذا خلاف ماتقتضيه خصائص القاعدة القانونية بان تكون عامة مجردة بعيدة عن الهوى

وفي حالة قيام المشتري الاول برهن العقار بعد ان اقام عليه منشآت فان على المالك الاصلي في هذا الفرض اذا ما اختار العقار ان يدفع قيمة الرهن كلياً او جزئياً بما يستحق عليه للمشتري الاول من قيمة المحدثات ، فاذا ما كانت قيمة المحدثات اكبر من مبلغ الرهن فان عليه ان يدفع مبلغ الرهن كلياً

(١) نصت الفقرة د من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ١٢ على ان " إذا كان الملك مشيداً ومن ثم تم بيعه إلى المشتري الاول وقام هذا المشتري بهدمه وتشبيده من جديد ، عندئذ يكون صاحبه الاصلي امام خيارين (١) طلب نقل ملكية العقار باسمه بعد تسديد قيمة البناء الجديد للمشتري على ان تكون اقل من قيمة البناء القديم الذي تم هدمه ، (٢) او ان يطلب من المشتري تملك العقار بما فيه البناء الذي جرى هدمه (على ان يدفع له مبلغا ليس باقل من المبلغ الذي دفعه المشتري إلى الحكومات العراقية السابقة) .

(٢) نصت الفقرة ح من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ٨ " إذا كان العقار موضوع الدعوى أرضاً عقارية عليها مبنى هدمه المشتري الاول بعد شراءه العقار ، ثم قام بتشيد مبنى جديد على الأرض ، يجوز للمالك الاصلي ان : ١- يطلب تخويل ملكية العقار اليه بعد ان يدفع للمشتري الاول مبلغاً مالياً يعادل قيمة المبنى الجديد (وفقاً لقيمتها في تاريخ تشييده) بعد طرح قيمة المبنى القديم الذي تم هدمه (وفقاً لقيمتها في تاريخ اقرار هذا القانون النظامي) او أن ٢- يطلب من المشتري الاول شراء العقار بما في ذلك المبنى الذي تم هدمه .



ويدفع ما يزيد من مبلغ قيمة المحدثات إلى المشتري الاول ، اما إذا كانت قيمة المحدثات لا تغطي مبلغ الرهن ، فإن على المالك الأصلي ان يدفع للمقرض المبلغ الذي يستحقه المشتري الاول عن قيمة محدثاته ، وما يتبقى من مبلغ القرض ، فانه يصبح ديناً عادياً بذمة المشتري الاول للمقرض ومن ثم يتحرر العقار من الرهن ^(١) .

ويلاحظ بان جميع الاحكام التي تم شرحها فيما تقدم تشمل المشتري الاول الذي لم يتم بيع العقار إلى اخر ، اما إذا انتقلت ملكية العقار من المشتري الاول إلى مشتري ثانٍ او ثالث فإن المالك الأصلي سيحقق له خياران ، الخيار الاول هو ان يطالب بنقل ملكية العقار باسمه ، والخيار الثاني : هو ان يطالب بقيمة العقار ، وإذا ما اختار نقل ملكية العقار فإن المشتري غير الاول يستحق تعويضاً يعادل قيمة العقار ^(١) .

ولم تتطرق اللائحة إلى حكم المحدثات التي يقيمها المشتري غير الاول ، خاصة إذا ما اختار المالك الأصلي العقار فانه سيحصل على عقاره مضافاً إليه منشآت كان قد اقامها غيره ، فهل سيتمكنها دون تعويض ؟

فإذا ما كانت الاجابة بنعم فانه سيثري على حساب الجهة التي ستقوم بتعويض المشتري غير الاول وهي الحكومة ، وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً يجب الانتباه اليه ، واقتراح ان تعاد صياغة الفقرة / ز من المادة الثامنة من الملحق / أ بالشكل الآتي " ز - أولاً - اذا قام المشتري الاول ببيع الملك الذي لم تضاف اليه اية محدثات إلى مشتري آخر ، عندئذ يكون للمالك الأصلي طلب نقل ملكية العقار باسمه او طلب تعويض عن قيمة العقار ، وإذا ما اختار المالك الأصلي الخيار الاول ، فللمشتري الأخير حق طلب التعويض عن قيمة هذا العقار . ثانياً - اما إذا كان العقار الذي انتقلت ملكيته إلى مشتري ثانٍ قد اضيفت اليه محدثات ، فإن المالك الأصلي يكون امام خيارين . اما طلب نقل ملكية العقار باسمه ، وعليه ان يدفع للمشتري الأخير قيمة المحدثات التي اضيفت للعقار . او طلب تعويض عن قيمة العقار بالحالة التي تمت مصادرتها فيها قبل اضافة المحدثات . وإذا ما اختار المالك الأصلي الخيار الاول ، فللمشتري فضلاً عما يستحقه من المالك الأصلي عن قيمة المحدثات يستحق تعويضاً من الهيئة يعادل قيمة العقار بالحالة التي تمت مصادرتها فيها قبل اضافة المحدثات " .

ويلاحظ ايضاً هنا بأن المشرع لم يحدد الجهة التي تقوم بتعويض المالك الأصلي او المشتري غير الاول والآلية التي يتم بها صرف هذه التعويضات على الرغم من ان المادة الرابعة من اللائحة رقم ١٢ تنص على ان " تقوم الحكومة العراقية المؤقتة بتأمين كل ما تحتاجه الهيئة من اموال لتسهيل مهامها الادارية وكذلك تقوم . . . " الا ان المهام الادارية لا تعني دفع مستحقات التعويض للمستفيدين عن الاراضي او الابنية .

ومن الجدير بالذكر فان أعمال هيئة دعاوي الملكية العقارية مستقلة تماماً عن سلطة النظام القضائي العراقي ، فالهيئة مستقلة باتخاذ القرارات التي تراها مناسبة ، وكذلك فان جهة الطعن هي جهة مختصة تسمى امانة الطعن وهي هيئة منفصلة عن محكمة التمييز ^(٢) .

^(١) نصت الفقرة ز من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ١٢ المذكورة على ان " اذا قام المشتري الاول برهن العقار لدى احد المقرضين لقاء قرض ما بعد ان قام بتشديد بناء عليه ، عندئذ تكون أي مبالغ مستحقة للمشتري الاول من قبل المالك الأصلي (بموجب الفقرة ح أعلاه) تعد وفاءً من المالك الأصلي لذلك القرض كلياً او جزئياً .

^(٢) نصت الفقرة ذ من المادة الثامنة من الملحق / أ من اللائحة رقم ١٢ " اذا قام المشتري الاول ببيع الملك إلى مشتري آخر ، عندئذ يكون المالك الأصلي امام خيارين (١) طلب نقل ملكية العقار باسمه أو (٢) طلب تعويض عن قيمة العقار . وإذا ما اختار المالك الأصلي الخيار الاول ، فللمشتري الأخير حق طلب التعويض عن قيمة هذا العقار .

^(٣) المادة السادسة من الملحق / ب من اللائحة رقم ١٢ المذكورة .



واخيرا فاني ارى ان لا حاجة لاصدار هذه اللائحة ، والاكتفاء بالقواعد العامة في القانون المدني ، خاصة وان صياغتها جاءت ركيكة ، وان جهة التشريع لم تتجرد عن هواها عند تشريعها ، ولما فيها من نقص تشريعي سيظهر عند التطبيق حتماً ، واعتقد بانه سيحتاج إلى لوائح تفسيرية كثيرة وان قواعد الإلتصاق في القانون المدني تغطي كل حالات المحدثات المقامة على الأرض المصادرة ، ذلك ان الاصل في المحدث حسن التّية ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الاثبات .

المطلب الثاني

أحكام المحدثات التي يقيمها المنتفع في الأرض المنتفع بها يعرف حق الانتفاع بانه حق عيني أصلي مؤقت المدة يرد على شيء منقول او عقار يخوله صاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال على شيء مملوك لغيره . وبذلك يؤدي وجود حق الانتفاع إلى تشتت سلطات الملكية الثلاث . فبعد ان كان المالك يجمع بيده السلطات الثلاث ، فانه لا يحتفظ بعد نشأة حق الانتفاع ، الا سلطة التصرف فقط ، والتنازل عن سلطتي الاستعمال والاستغلال للمنتفع ، ويترتب على نشأة حق الانتفاع ان المالك لا يكون مالكاً الا للرقبة فقط على امل ان يعود يوماً مالكاً ملكية تامة بعد انقضاء هذا الحق ^(١) .

فاذا ما اقام المنتفع محدثات على الأرض المنتفع بها ، فانه يكون قد بنى او غرس في ملك غيره ، ولكن ما هو حكم هذه المحدثات بعد انقضاء حق المنفعة ؟

لم ينص القانون المدني العراقي على حكم المحدثات التي يقيمها المنتفع ، كذلك لم يتطرق الفقه العراقي لهذه الحالة ، الا ان هناك رأياً حديثاً لأحد الباحثين ، يرى أن الاصل هو ان حق المنتفع يقتصر على الاستعمال والاستغلال فقط دون التصرف ، وهذا يعني - كما يعتقد هو - أن ليس للمنتفع ان يبني دون اذن المالك ، كما ان البناء يترتب عليه تغيير في الشيء وهذا ليس من حقه ^(٢) .

ويمكن مناقشة الراي المتقدم على النحو الآتي ، ان المادة ١٢٥٤ مدني عراقي نصت " ١ - على المنتفع ان يستعمل الشيء بحسب ما عدله " كذلك نصت المادة ١٢٥١ على ان " يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته ، السند الذي انشأ حق الانتفاع . . " ، وتأتي عدم دقة الراي السابق ، من انه قد يتفق الطرفان على نوع معين من الاستغلال او الاستعمال ، كان يتفق على ان يستغل العقار يجعله فرنأ للخبز مثلاً ، وسكت الطرفان بعد ذلك ، وقام المنتفع ببناء الفرن على الأرض المنتفع بها ، فهل يعتبر الباني غير محق باقامته للمحدثات ، واعتقد ان المادة ١١٦٧ من القانون المدني العراقي ^(٣) ، التي تحيل احكام المصروفات التي ينفقها الحائز إلى المواد الخاصة بالإلتصاق ، يمكن الاستعانة بها في هذا المقام ، كون المنتفع يعتبر حائزاً للعقار ، واذا ما اقام بناءً على الأرض المنتفع بها فانه يكون مشمولاً باحكام هذه المادة .

ولكن ما يجب تحديده ، هو متى يعتبر المنتفع حسن النسبة ومتى يعتبر سيئ التّية في اقامته لهذه المحدثات ؟

(١) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ . د. محمد المرسى زهرة ، الحقوق العينية الاصلية ، المجلد الاول ، مصدر سابق ، ص ٦٧٧ . ومن الجدير بالذكر فإن المشرع العراقي نظم احكام حق المنفعة في المواد ١٢٤٩-١٢٦٠ من القانون المدني .

(٢) ضحى محمد سعيد ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

(٣) انظر ص ١٢ من الرسالة .



لا خلاف في تطبيق نص المادة ١١٢١ من القانون المدني اذا ما استحصل المنتفع اذناً من المالك على اقامته للمحدثات ، اذ لا يستطيع مالك الأرض طلب ازالة المنشآت ، وعليه إذا لم يطلب صاحب حق المنفعة (المحدث) ازالة المحدثات التي اقامها ، فيحق لصاحب الأرض طلب تملكها بعد دفع قيمتها قائمة وقت انتهاء حق المنفعة .

ولكن قد ينشأ الخلاف فيما إذا لم يكن لدى المنتفع اذنٌ باقامة المحدثات ، فقد اعتبره الرأي المتقدم سيئئ النية دائماً.

واعتقد بان المنتفع إذا ما كانت لديه اسباب معقولة تحمله على الاعتقاد بان له الحق باقامة المحدثات فانه يكون حسن النية ويكون لديه زعم بسبب شرعي ومن ثم تطبق عليه احكام المادة ١١٢٠ من القانون المدني العراقي ، كما في مثال فرن الخبز السابق .

وتنهض المشكلة نفسها في مصر ، إذا لم ينص على حكم المحدثات التي يقيمها المنتفع ، واعتبر الفقه دون خلاف ان المنتفع حسن النية فيما يحدث من بناء او غراس اذا ما حصل على ترخيص من مالك الرقبة بالبناء ودون اتفاق على مصير المحدثات ^(١) .

اما بناء المنتفع دون ترخيص فقد اختلف حول الفقه ، فذهب رأي إلى ان المنتفع يعتبر سيئ النية اذا ما بنى في الأرض دون الحصول على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة ، فالقانون يلزم المنتفع بان يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها ، ويترتب على ذلك انه ليس من حقه ان يغير حالة الأرض المنتفع بها ، باقامة محدثات عليها ، واذا هو فعل ذلك فانه يكون قد بنى او غرس وهو سيئ النية ، وتسري عليه احكام المحدث سيئ النية ^(٢) . فالمنتفع في هذه الحالة يعلم انه لا يحق له البناء ^(٣) .

وذهب رأي اخر إلى ان المنتفع (المحدث) يعتبر حسن النية حتى ولو لم يحصل على ترخيص بالبناء ، وذلك متى قامت لديه اسباب جدية تحمله على الاعتقاد بان مالك الرقبة قد صرح له بالبناء ^(٤) . وتأكيذاً لهذا الرأي يقول احد الفقهاء ، بان العبرة ليست بوجود ترخيص البناء فعلاً سواء كان الترخيص صريحاً او ضمناً ، وانما العبرة في الاعتقاد بوجود ترخيص على اسس معقولة ، ويضيف بان المقصود بالاعتقاد ، هو اعتقاده بالحق في البناء ، بناءً على صدور ترخيص بذلك من مالك الرقبة ، وان أي اعتقاد اخر غير اعتقاده بالترخيص لا يجعله حسن النية ، لان المنتفع يعلم ان المشرع قد سلبه حق التغيير في العين عندما الزمه باستعمالها بالحالة التي تسلمها بها ^(٥) .

واذا ما كان هذا الحكم منسجماً مع ما نص عليه القانون المدني المصري في عدم السماح للمنتفع باستعمال العين المنتفع بها الا بالحالة التي تسلمها ، فانه لا ينسجم مع نصوص القانون المدني العراقي التي تسمح للمنتفع باستعمال واستغلال الشيء بحسب ما اعد له ^(٦) ، اذ يمكن تصوّر اقامة المحدثات في الأرض المنتفع بها لاستعمالها بحسب ما اعدت ، ومن دون هذه المحدثات لا يمكن ان تستغل وفقاً لذلك ، عليه فان اعتقاد المحدث المستند إلى اسباب جدية بان له الحق في اقامة المحدثات يجعله ذا زعم بسبب شرعي في المحدثات التي اقامها على الأرض المنتفع بها .

(٢) السهوري ، الوسيط ، ج٩ ، ط١٩٩٩ ، ص٣٩٨ ، د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص٢٦٩ .

(١) السهوري ، الوسيط ، ج٩ ، مصدر سابق ، ص٢٩٥ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص٣٦٣ .

(٣) د. عبد المنعم البدر اوي ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص٦٦ .

(٤) د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص٨٦ .

(٥) نص المادة ١٢٥٤ من القانون المدني العراقي .



أما في فرنسا ، فقد اختلف الفقه مع التشريع والقضاء بخصوص المحدثات التي يقيمها المنتفع في الأرض المنتفع بها ، إذ طبقت المحاكم الفرنسية نص المادة ٥٩٩ الفقرة الثانية التي تنص على أن " التحسينات التي يدخلها المنتفع على العقار المنتفع به لا يكون للمنتفع حق المطالبة بأي تعويض عنها حتى لو زادت في قيمة الشيء " .

وقضت محكمة النقض الفرنسية تأسيساً على المادة في اعلاه بأن البناء والغراس التي يقيمها المنتفع من ضمن التحسينات ، ولم تطبق بشأنها أحكام الإنصاف ، وقد ألزم القضاء الفرنسي المنتفع الذي بنى على الأرض المنتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبه على ترك البناء لمالك الرقبه دون أن يتقاضى منه أي تعويض ^(١) .

وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا القضاء ، باعتبار أن التحسينات لا تشمل البناء ولا الغراس ، كما أن القضاء هنا يضع المنتفع في وضع أسوأ من المحدث سيئ النية ، كونه لا يستحق أي تعويض عما أحدثه من منشآت ، ولا يستطيع قلع محدثاته ، بل عليه تركها لمالك الأرض دون تعويض ^(٢) .

وقد تفرد التشريعان السوري واللبناني بالنص على حكم المحدثات التي يقيمها المنتفع على الأرض المنتفع بها ، وطبقت عليه أحكام البناء بسوء نية ، عند انتهاء أجل الانتفاع ^(٣) .

وعلى الرغم من أن النص السوري واللبناني يؤكد كل منهما على اعتبار أن المنتفع المحدث سيئ النية ، كونه يعلم أن عليه إعادة الأرض إلى مالك الرقبه عند انتهاء حق المنفعة باحالة التي تسلمها ، إلا أن الفقه يذهب إلى أن النص في اعلاه يعالج حالة المنتفع الذي لم يحصل على إذن من مالك الرقبه ، أما المنتفع الذي يحصل على إذن من المالك يعامل معاملة المحدث حسن النية ^(٤) .

المطلب الثالث

أحكام المحدثات التي يقيمها الشريك على الشيوع في الأرض المشاعة

إن الصورة العادية للملكية هي الملكية الفردية أو المفردة ، أي تلك الملكية التي تنحصر بمالك واحد ، إلا أن هناك صورة أخرى استثنائية حين تتزاحم على الشيء الواحد حقوق أكثر من مالك فيقال لها الملكية الشائعة ^(١) ، وعرفها المشرع العراقي بأنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك ^(٢) .

والأصل أن كل شريك مالك لحصته اجنبي في حصة الآخر ، فليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً دون رضاه ^(٣) . كما لا يجوز لأحد الشركاء أن يجري من التعديلات أو التغييرات الأساسية في المال الشائع وهو مما يؤدي إلى تغيير في الغرض الذي أعده له المال دون موافقة أصحاب القدر الأكبر

(١) نقض مدني فرنسي " ٤ / ١ / ١٨٨٥ دالوز الدوري ٨٦ - ١ - ٣٦ . أشار إليه د. حسام الدين الأهواني ، أسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(٢) سانت لاري ، موسوعة دالوز ، التصاق ، رقم ١٨٦ . أشار إليه د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ .

(٣) نصت المادة ٨٩٠ / ٤ من القانون المدني السوري " تطبق هذه الأحكام (أحكام البناء بسوء نية) عند انتهاء أجل الانتفاع على المنتفع الذي يكون قد شيد أبنيّة على الأرض المنتفع بها " . تقابلها م ٢ / ٢١٧ من قانون الملكية العقارية اللبناني (مطابق) .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥ . المحامي عبد الجواد السرميني و د. عبد السلام الترماني ، القانون المدني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٦٧٩ .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، الكتاب الاول ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ ، ص ١٠٧ .

(٢) المادة ١٠٦١ / ١ القانون المدني العراقي .

(٣) نص المادة ١٠٦٢ فقرة ١ من القانون المدني العراقي .



في الحصص ، حتى لو كانت هذه الاعمال تزيد في سبيل الانتفاع بالمال الشائع واذا ما اتفق هؤلاء على أي عمل من أعمال الادارة غير المعتادة تلك فعليهم استحصال اذنا من المحكمة ، وللمحكمة ان تقرر ما تراه مناسباً من الاجراءات في هذه الحالة ، ولها بوجه خاص ان تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات^(٤) .

ولكن ما الحكم اذا تجاوز احد الشركاء هذه الاحكام واقام المحدثات على الأرض المشاعة ؟
عالج القانون المدني العراقي هذه الحالة في معرض احكامه للاتصاق فقد نصت المادة ١١٢٣ على انه " اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمه بدون اذن الآخرين ، ثم طلب الآخرون القسمة فان اصاب ذلك البناء حصة بأية ملكه ، وان اصاب حصة الآخر فله ان يكلف الباني بالهدم " .

يتضح من النص في اعلاه ان المشرع قد اجاز للشريك ان يبني على الأرض المشاعة ، اذا ما كانت قابلة للقسمة ، وقد جعل من هذا الشريك مالكا للبناء ، اذا ما قسمت الأرض وآلت اليه الحصة التي بنى عليها ، ولكن ما يثار في هذا المقام ، هو هل يستطيع القضاء اجبار الشركاء على القسمة ؟
الاصل ان القسمة القضائية تجري بطلب احد الشركاء ، فالمحكمة لا تتدخل في اجراءات القسمة من تلقاء نفسها^(٥) . فاذا لم يطلب الشركاء قسمة الأرض التي يمكن قسمتها ولم يحصل الشريك اذنا باقامة المحدثات على الأرض المشاعة ، هنا اعتقد ان لاي من الشركاء طلب قلع المحدثات .
اما اذا طلبت القسمة من أي من الشركاء ، حتى لو كان ذلك الشريك هو الباني نفسه وطلب الآخرون قلع المحدثات ، ينظر ان كان العقار الشائع قابلاً للقسمة فيقسم بين الشركاء فاذا ما اصابته حصته الموقع الذي اقام عليه محدثاته فلا مشكلة اذ يملك الأرض وما احدث عليها استناداً لنص المادة ١١٢٣ من القانون المدني العراقي والا فان للشريك الذي تصيبه الحصة التي فيها المحدثات طلب الهدم . ولم يتطرق النص المذكور الى امكانية المحدث بتملك المحدثات مستحقة القلع ، ومع ذلك يمكن اعمال نص المادة ١١١٩ التي تعالج احكام البناء بسوء نية ومن ثم فان للشركاء ايضاً ان يطلبوا تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع^(٦) .

اما اذا كانت المحدثات بموافقة جميع الشركاء فان احكام المادة ١١٢١ من القانون المدني العراقي والتي تعالج احكام المحدثات باذن يجب اعمالها على المحدثات ، ولا يمكن باي حال من الاحوال تطبيق نص المادة ١١٢٠ من القانون المدني حتى لو كانت قيمة المحدثات اكثر من قيمة الأرض ، أي لا يحق للمحدث طلب تملك الأرض المشاعة وان كانت قيمة محدثاته اكثر من قيمة الأرض^(٧) .

لكن ما الحكم اذا اذن بعض الشركاء بالبناء ولم يأذن البعض الآخر ؟ لم يتطرق المشرع الى حكم هذه الحالة في باب الإلتصاق ، ولا يمكن معالجتها استناداً الى احكام الشيوخ باعتبار اقامة المحدثات من أعمال الادارة غير المعتادة كما فعل القضاء والفقه في مصر عندما خلا القانون المدني المصري من أي حكم للمحدثات التي يقيمها الشريك في الأرض المشاعة كما سنرى ، وعليه يبقى الحكم باعمال احكام المادة ١١٢١ من القانون المدني العراقي اذا ما كان المدعي قد منح اذنا بالبناء ، إذ لا يستطيع ان يطلب

(٤) نص المادة ١٠٦٥ من القانون المدني العراقي .

(٥) محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .

(٦) شاكر ناصر حيدر ، المنر السابق ، ص ٩٢٩ . د. حسن علي دنون ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

(٧) قرار محكمة التمييز المرقم ٩٥٢ / ٢م عقار / ٩٧٤ في ١٠ / ٣ / ١٩٧٥ ، نقلاً عن ابراهيم المشاهدي ، ص ١٢٦ . كذلك قرار محكمة التمييز المرقم ٩٥٧ / حقوق / ٥٦ في ١٠ / ٦ / ١٩٥٦ نقلاً عن سلمان بيات ، مصدر سابق ، ص ٤٦٢ .



قلع المحدثات ، كما يحق لمن لم يمنح اذنًا بالبناء ان يطلب القلع تطبيقاً لنص المادة ١١٢٣ من القانون المدني العراقي .

ويؤكد القضاء ان بناء الشريك على الأرض المشاعة غير القابلة للقسمة دون إذن باقي الشركاء يعد بناءً بسوء نية ومن ثم تطبق بشأن المحدثات أحكام المادة ١١١٩ التي تعالج المحدثات المقامة بسوء نية ، فيستطيع أيّ منهم طلب قلع المحدثات ، كما ان لهم جميعاً تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع وتصبح الأرض والمحدثات ملكاً على الشيوع كلاً بنسبة سهامه ^(١) .

اما محكمة التمييز في العراق فقد طبقت القواعد الخاصة بالشيوع على المحدثات التي يقيمها الشريك في الأرض المشاعة ولم تطبق نص المادة ١١٢٣ الوارد ضمن نصوص الإلتصاق وهذا ما يؤخذ على قرارات محكمة التمييز . فقد قضت في العديد من قراراتها بان " كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه وانه من جهة اخرى يعد اجنبياً في حصة الآخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفاً مضراً باي وجه كان من غير رضاه ، عملاً بأحكام المادتين ١٠٦١ ، ١٠٦٢ من القانون المدني ، ولما كان المميز قد عجز عن احداث المنشآت موضوع الطعن التمييزي كان قد تم بموافقة جميع الشركاء ومنهم المميز عليه ، لذا منحت المحكمة حق تحليف المميز عليه اليمين ورفض وكيل المميز التحليف فيعدّ خاسراً ما توجهت اليمين اليه ^(٢) .

ويلاحظ بان اتجاه محكمة التمييز بتطبيق احكام الشيوع على المحدثات التي يقيمها الشريك غير صحيح ويجب تطبيق المادة ١١٢٣ من القانون المدني والتحقق من قابلية قسمة العقار الشائع من عدمه ، ثم تجري القسمة اذا ما كان العقار قابلاً للقسمة ، فان اصاب البناء حصة الباني ملكه ، اما إذا اصاب البناء حصة شريك اخر فان الباني يكلف بالهدم .

اما في فرنسا فان القانون المدني الفرنسي لم يتضمن نصاً خاصاً بحكم المحدثات التي يقيمها الشريك في الأرض المشاعة ، ومن ثم توجب اعمال القواعد الخاصة بالشيوع ، فاذا ما كانت المحدثات قد حصلت دون رضا باقي الشركاء فيجوز لهم الزام المحدث بازالة المحدثات التي اقامها إذا ما كانت هذه المنشآت مخالفة لما خصص له الشيء المشترك او من شأنها احداث ضرر فيه .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بانه لا يجوز للشريك في الملك من غير رضا شريكه ان يقيم ابنيّة على الملك المشترك وان من اقام ابنيّة دون رضا شركائه ، فانه يحق لهم طلب هدم المحدثات ، اذا لم يفضل ترك البناء للملك المشترك من غير ان يطالب بمصاريف البناء ^(٣) .

كذلك في مصر فقد ذهب غالبية الفقه وكذلك القضاء على عدم تطبيق احكام الإلتصاق على المحدثات التي يقيمها الشريك في الشيوع على الأرض المشاعة ، ذلك لا اعتبارهم أن المحدث لم يبين على ملك غيره ، ولأن المشرّع لم يورد نصاً في باب الإلتصاق على بناء الشريك ، ومن ثم فقد عالجوا حكم هذه الحالة وفق القواعد العامة في الشيوع ، واعتبروا اقامة المنشآت على الأرض المشاعة من قبيل اعمال الادارة غير المعتادة ، واشترطوا على الشريك استحصال موافقة اغلبية الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ، لكي يبقى البناء قائماً ، وفي هذه الحالة على الشركاء ان يساهموا

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٣ / مدنيّة ثانية عقار / ١٩٧٣ في ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ص ٣١ .

(٢) قرارها ٦٥٢ / م / عقار ٢٠٠٣ في ٢٩ / ٥ / ٢٠٠٤ . ٢٠٠٤ / م / عقار ٢٠٠٣ في ٢٥ / ٥ / ٢٠٠٤ . وقرارها ٦٥١ / م / عقار ٢٠٠٣ في ٩ / ٦ / ٢٠٠٤ . ٢٠٠٤ / م / عقار ٢٠٠٣ في ١٩ / ٦ / ٢٠٠٤ (غير منشورة) .

(٣) Cass. Civ. ٩ Mass. ١٩٩٤، Bonnetoc LNoel: Bull. Civ. ١١١، n ٤٨، P. ٢٩. Dictionaire Permanet Construction, OP. Cit, N. ٣٠، P. ٦٨٧ .



في نفقات اقامة البناء بنسبة حصصهم . واذا لم تتوفر الاغلبية المطلوبة وجب على الشريك بان يزيل ما اقام من منشآت ^(٢) .

ومع ذلك فقد ارسى القضاء المصري جملة من المبادئ تحكم حالة البناء على الأرض المشاعة منها ، انه لا يجوز للشريك الاخر طلب هدم المحدثات التي اقامها شريكه على الأرض المشاعة وانما له طلب قسمة العقار ، ثم يترتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة ، بحيث يمتلك بناءه اذا ما وقع في حصته بعد القسمة ، اما إذا وقع البناء في حصة شريك اخر ، ولم يقره الاغلبية المالكة لثلاثة ارباع السهام فان الشريك الاخر يستطيع مطالبته بازالة هذه المنشآت ^(٣) .

كذلك اعتبر القضاء المصري الباني المتجاوز لحصته بانياً في ملك غيره بسوء نية بالنسبة لما اقامه على ما يجاوز حصته ، وطبق على هذه المحدثات احكام المادة ٩٢٤ من القانون المدني ، بحيث يحق للشركاء طلب ازالة ما زاد على حصته ولو قبل القسمة او تملكها مستحقة الازالة ^(٤) .

اما المشرع السوري فقد عالج احكام المحدثات المقامة من قبل احد الشركاء في الأرض المشاعة معالجة مختلفة عما عالجته التشريعات السابقة ، فقد نصت المادة ٨٩٢ من القانون المدني السوري على انه " اذا كانت الاغراس والابنية قد غرسها او شيدها على عقار مشترك احد الشركاء ، فتجري قسمة العقار عند الاقتضاء على يد قاضي ثم تطبق على كل حصة من الحصص احكام المادة ٨٨٩ " . وان المادة ٨٨٩ مدني سوري تعالج احكام المحدثات المقامة على أرض الغير بحسن نية ، وبذا يكون المشرع السوري قد عامل الشريك معاملة الباني على أرض الغير بحسن نية ، بخلاف جميع التشريعات التي مر ذكرها .

ويشير الفقه في سوريا إلى ان القانون نص على أحكام الالتصاق بحسن نية على الشريك الباني او الغراس في الأرض الشائعة ، الحالة التي يكون فيها العقار قابلاً للقسمة ، ولم ينص على الحالة التي يكون فيها العقار غير قابل للقسمة وهذا مما أدى إلى عدم استقرار احكام محكمة التمييز فيما يخص المنشآت التي يقيمها الشريك ^(١) .

فقد قضت محكمة التمييز السورية في اول الامر بان الشريك لا يعتبر حسن النية الا إذا كان العقار المشترك قابلاً للقسمة ، فاذا كان العقار غير قابل للقسمة ، فلا يحق للشريك ان يملك حصص شركائه بالالتصاق ^(٢) . ثم بعد ذلك قررت المحكمة نفسها ان الشريك اذا ما بنى على كامل الأرض بحيث امتنعت قسمتها بعد البناء ، فيعتبر حسن النية وله ان يملك كامل الأرض بالالتصاق إذا كانت قيمة البناء تفوق قيمة الأرض ^(٣) . فاذا لم يشأ ان يملك الأرض بالالتصاق فللشركاء ان يلجأوا إلى القضاء بطلب

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، ط ١ ، ١٩٦٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٨٨ . د. سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص ٣١٠ . د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٢١٠ . د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦ . د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٩٤ . د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣٧٩ . وبذلك قضت محكمة النقض المصرية " اذا تمكن احد الشركاء من بناء على جزء من العقار الشائع ، فانه لا يعد بانيا في ملك غيره " الطعن رقم ١٢٤١ لسنة ٤٧ ق ، جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٨١ . اشار اليه السيد خلف محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

(٣) نقض مدني ١٢٤١ لسنة ٤٧ ق ، جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٨١ ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ .

(٤) نقض مدني ٣٩٥٢ ، س ٦٦ ، جلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٩٧ ، سيد احمد شعله ، قضاء محكمة النقض ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

(١) المحامي عبد الجواد السرميني و د. عبد السلام الترماني ، مصدر سابق ، ص ٦٨٩ .

(٢) نقض مدني سوري تاريخ ١٥ / ٥ / ١٩٦١ ، مجلة المحامون السورية ، تصدرها نقابة المحامين السورية ، ١٩٦١ ، ص ٧٠٤ .

(٣) نقض مدني سوري تاريخ ٥ / ٢ / ١٩٦٢ ، مصدر سابق ، ١٩٦٣ ، ص ١٣٢ .



ازالة الشيوع وبيع العقار بالمزاد العلني ، وعلى القاضي ان يقدر قيمة البناء الذي اقامه الشريك بنسبة مئوية لقيمة الأرض ، ويقرر طرح هذه النسبة من بدل المزداد ويخصصها لصاحب البناء^(٤) .
كما قضت المحكمة نفسها " بان الشريك الذي يعلم بانه لا يملك الا سهاماً قليلة في أرض غير قابلة للقسمة ، ثم يبني بناء على الأرض كلها ، لا يمكن اعتباره حسن النية ولا يسمح له التملك بالإلتصاق^(٥) .
ويمكن القول أن ما ذهب اليه المشرع السوري ومن ثم القضاء السوري ، يعتبر اتجاهاً شاذاً اذ تقرر النصوص والاحكام ان للشريك في الشيوع ان يملك باقي الحصص إذا ما بنى على الأرض المشاعة دون ان تحدد في البدء نسبة سهامه في هذه الأرض ودون ان تشير إلى كون هذه الأرض قابلة للقسمة من عدمه ، ومهما يكن الامر فان تملك الشريك الباني على الأرض المشاعة مهما بلغت حصته فيها حتى لو كانت هذه الأرض قابلة للقسمة من عدمها ، فان هذا الطريق سيفتح الباب واسعا امام أي شريك لتمكن حصه شركائه جبراً عنهم .

اما المشرع اللبناني فقد عالج احكام المنشآت التي يقيمها الشريك في الأرض المشاعة معالجة واضحة ولا تحتل اللبس فقد نصت المادة ٨٢٧ من قانون العقود والموجبات اللبناني على انه " ١ - لا يجوز للشريك ان يحدث تغييراً في الشيء المشترك بلا رضا شركائه الصريح او الضمني .
٢ - فان لم تراعى احكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية :- أولاً : تجري القسمة عندما يكون الشيء قابلاً للتجزئة ، واذا كان الجزء الذي حدث فيه التغيير واقعاً في حصه الشريك الذي احدثه فلا سبيل لأي فريق منهم إلى الاعتراض . اما إذا كان التغيير واقعاً في حصه شريك آخر ، فيمكن لهذا الشريك ان يختار اما اداء بدل التغيير واما اجبار شريكه على ارجاع الشيء إلى حالته الاصلية . ثانياً : عندما يكون الشيء غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء ان يجبروا محدث التغيير على اعادة الشيء إلى حالته الاصلية وعلى تحمل النفقة مع اداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء " .

والحق ان ما جاء به المشرع اللبناني واضح إلى درجة يمنع اللبس والاجتهاد في تفسير النص فقهاً او قضاءً ، فقد اعتبر الباني في الأرض الشائعة دون اذن صريح او ضمني من شركائه سيئ النية ، فاذا لم يكن البناء في حصته بعد القسمة ، فانه لا يحق له تملك حصه الشريك الاخر الذي وقع فيه البناء بالإلتصاق ، بل على العكس من ذلك فقد جعل المشرع الحق للشريك الاخر طلب هدم العقار او استبقاءه بعد اداء قيمة البناء قائماً ، هذا اذا كان العقار قابلاً للقسمة ، اما إذا كان العقار غير قابل للقسمة فللشركاء اجبار الشريك الباني على الهدم على نفقته ولهم كذلك الزامه بالتعويض عند الاقتضاء .

ولاشك بعد استعراض موقف التشريعات المقارنة بما فيها التشريع العراقي يلاحظ بان التشريع اللبناني كان واضحاً وعادلاً في احكامه ولم يترك أي افتراض للاجتهاد القضائي ، فقد احكمت نصوصه وهذا مما يرجحها على باقي التشريعات .

الخاتمة

قد يقيم شخص محدثات على أرض غيره ، وقد يقوم مالك الأرض او اجنبي باقامة محدثات بمواد الغير ، وفي كل هذا قد يكون المحدث ذا زعم بسبب شرعي او بسوء نية في اقامته للمحدثات ومن خلال البحث توصلنا الى النتائج الآتية :-

(٤) نقض مدني سوري تاريخ ٢٤ / ٤ / ١٩٦٦ ، مصدر سابق ، ١٩٦٦ ، ص ١٦٢ .

(٥) نقض مدني سوري تاريخ ١١ / ٢ / ١٩٦٧ ، مصدر سابق ، ١٩٦٧ ، ص ٢٩ .



- ١- لا تنهض احكام الإلتصاق الا اذا كان المحدث وصاحب الارض شخصين مختلفين ولم يكن بينهما اتفاق على مصير المحدثات .
- ٢- لم يبين التشريع بوضوح معنى الزعم بسبب شرعي وكذلك لم يتعرض الفقه لتعريفه بشكل دقيق ، وهذا مما ادى الى قرارات قضائية متناقضة في العراق ، وقد توصلنا الى تعريف للزعم بسبب شرعي وهو " اعتقاد المحدث وقت اقامة المحدثات بانه يبني في ملكه ، او ان له الحق في اقامة المحدثات " .
- ٣- اعتقد جانب من الفقه بتطابق مصطلح الزعم بسبب شرعي ومصطلح السبب الصحيح ، وقد توصلنا الى انهما موضوعان مختلفان ومن ابرز نقاط الخلاف هو ان السبب الصحيح تصرف او حادثة اما الزعم فهو اعتقاد .
- ٤- لم يحدد الفقه معيارا للزعم بسبب شرعي ، فاستنتجنا مما قاله الفقه أن هناك معيارا ماديا للزعم ومعياراً شخصياً أيضاً ورجحنا المعيار الشخصي .
- ٥- لم يحدد المشرع العراقي مدة لملك الارض ليطالب خلالها بازالة المحدثات التي يقيمها الغير السيئ النية كما فعل المشرع المصري ، واقترحنا على المشرع العراقي ان ينحو منحى المشرع المصري ، لما للهدم من هدر في الاقتصاد ، ولكي لا يبقى المحدث تحت رحمة مالك الارض لاستعمال خياره متى يشاء .
- ٦- لقد سكت المشرع العراقي عن تنظيم حالة تجاوز الجار على مساحة يسيرة من ارض جاره في اثناء اقامته لمنشآت على ارضه ، وعامله القضاء دائما معاملة المحدث السيئ النية ، وعليه دعونا المشرع العراقي النص على هذه الحالة كما فعل المشرع المصري .
- ٧- امام كثرة حالات النكول في بيع العقار قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري فقد شرع قرار مجلس قيادة الثورة " المنحل " برقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ ، على الرغم من انه قد سد نقصا تشريعيانا فاننا اقترحنا ان يصار الى اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار عقدا صحيحا يرتب جميع آثاره وان تراخي نقل الملكية الى ما بعد التسجيل ويصبح عقد البيع عقدا رضائيا ، كما في مصر . وان هذا الامر يستوجب تسهيل اجراءات التسجيل وانقاص الضرائب والرسوم المترتبة على نقل ملكية العقار الى الحد المشجع للتسجيل .
- ٨- لاحظنا بان القضاء العراقي يعالج مشكلة المحدثات المقامة من قبل الشريك على الارض المشاعة وفق احكام الشيوخ ، ودعونا القضاء الى الالتفات الى نص المادة ١١٢٣ التي عالجت هذه المشكلة بوضوح .
- ٩- تصدى البحث الى لائحة تنظيمية برقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ في ٢٤ / ٦ / ٢٠٠٤ التي لها قوة القانون ، تعالج موضوعة العقارات التي تمت مصادرتها او استملاكها ببطل بخس من قبل النظام السابق ، وكون هذه اللائحة تنظم احكام المحدثات التي اقامها المشتري للعقار فقد فضلنا تناول هذه اللائحة ، ووجدنا أن القواعد العامة في القانون المدني التي تعالج احكام الإلتصاق وافية لمعالجة جميع الحالات الواردة في القانون . واذا كان لابد من تشريع جديد يستند اليه القضاء لاعادة هذه الاموال الى اصحابها الاصليين فاننا اقترحنا اعادة صياغة بعض فقرات اللائحة ومنها :
أ- الفقرة / ح من المادة الثامنة لتصبح بالشكل الآتي :- " ح- اذا كان العقار قبل مصادرته او الاستيلاء عليه ارضا خاليه ومن ثم تم بيعها فاحدث عليها المشتري الاول بناء او غراسا او اية منشآت اخرى ، عندئذ يكون للمالك الاصلي الخيار بين المطالبة باعادة تحويل سند الملكية باسمه على ان يدفع للمشتري الاول قيمة المحدثات او مطالبة المشتري الاول بقيمة المحدثات وقيمة الارض ، وتحسب قيمة المحدثات وقيمة الارض وقت المطالبة " .



ب- الفقرة / ز من المادة الثامنة لتصبح بالشكل الآتي:- " ز- اولا- اذا قام المشتري الاول ببيع العقار الذي لم تضاف اليه محدثات الى مشتر آخر ، عندئذ يكون للمالك الاصلي اما طلب نقل ملكية العقار باسمه او طلب تعويض عن قيمة العقار ، واذا ما اختار المالك الاصلي الخيار الاول ، فللمشتري الاخير حق التعويض عن قيمة هذا العقار . ثانيا- اما اذا كان العقار الذي انتقلت ملكيته الى مشتر ثان قد اضيفت اليه محدثات ، فان المالك الاصلي يكون امام خيارين ، اما طلب نقل ملكية العقار باسمه ، وعليه ان يدفع للمشتري الاخير قيمة المحدثات التي اضيفت للعقار . او طلب تعويض عن قيمة العقار بالحالة التي تمت مصادرتها فيها قبل اضافة المحدثات . او طلب نقل ملكية العقار باسمه ، فللمشتري الاخير اما طلب نقل ملكية العقار باسمه او طلب تعويض عن قيمة هذا العقار . ثانيا- اما اذا كان العقار الذي انتقلت ملكيته الى مشتر ثان قد اضيفت اليه محدثات ، فان المالك الاصلي يكون امام خيارين ، اما طلب نقل ملكية العقار باسمه ، وعليه ان يدفع للمشتري الاخير قيمة المحدثات التي اضيفت للعقار . او طلب تعويض عن قيمة العقار بالحالة التي تمت مصادرتها فيها قبل اضافة المحدثات . "

المصادر

أولا - الكتب القانونية والمؤلفات :

١. د. إبراهيم أبو النجا ، الحقوق العينية الاصلية في القانون الليبي ، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .
٢. د. آدم وهيب ، الموجز في قانون الاثبات ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٩٠ .
٣. أميل تيان ، القانون المدني اللبناني ، النظام العقاري في لبنان ، جامعة الدولة العربية ، معهد الدراسات العالية ، ١٩٩٣ .
٤. د. احمد شوقي عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٥. د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، ط ١ ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
٦. د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، احكام الالتزام والاثبات ، مكتبة عبد الله وهبه ، عابدين ، مصر ، ١٩٦٧ .
٧. د. السيد محمد السيد عمران ، الملكية في القانون المصري ، احكامها بوجه عام ، قيودها ، صورها ، الحقوق المتفرعة عنها واسباب كسبها ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٣ .
٨. د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .
٩. انور العمروسي ، الملكية واسباب كسبها في القانون المدني ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١٠. د. انور سلطان ، احكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانوني المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٢ .



١١. د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية الجديدة ، الاسكندرية ، ١٩٨٨ .
١٢. د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ .
١٣. د. جابر محبوب علي وخالد الهندياني ، حق الملكية في القانون الكويتي ، طبع كلية الحقوق ، الكويت ، ٢٠٠٢ .
١٤. د. جمال خليل النشار ، الإلتصاق كسبب من اسباب كسب الملكية في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
١٥. د. جمال خليل النشار ، النية واثرها في البناء على ملك الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ .
١٦. د. جمعة محمود الزريقي ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية في التشريع الليبي ، ج ١ ، حق الملكية واسباب كسبها ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس ، ليبيا ، ١٩٩٦ .
١٧. د. جميل الشرقاوي ، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني اليمني ، الكتاب الاول ، حق الملكية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
١٨. د. جميل الشرقاوي ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، الكتاب الاول ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
١٩. د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، ج ١ ، البيع والمقايضة والايجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٢٠. د. حامد مصطفى ، القانون المدني العراقي ، الملكية واسبابها ، ج ١ ، شركة التجارة والصناعة المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣ .
٢١. د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ط ١ ، مطبعة لجنة البيان العربي ، بغداد ، ١٩٦٤ .
٢٢. د. حسام الدين الاهواني ، اسباب كسب الملكية في القانون الكويتي ، منشورات ذات السلاسل ، الكويت ، ١٩٩٣ .
٢٣. د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
٢٤. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢ .
٢٥. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ .
٢٦. د. حسن علي ذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
٢٧. د. حسن كيره ، الموجز في احكام القانون المدني المصري ، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥ .
٢٨. د. حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، المجلد الثاني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٩ .



٢٩. رستم باز ، شرح المجلة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع .
٣٠. د. رمضان ابو السعود ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٣١. د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
٣٢. د. رمضان ابو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، في مصادر الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥ .
٣٣. د. سعيد جبر ، حق الملكية ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٢ .
٣٤. د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة حمادة ، المنوفية ، ١٩٩١ .
٣٥. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٣٦. د. سعيد محمد احمد مهدي ، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
٣٧. سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ .
٣٨. سمير تناغو ، المبادئ الاساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع .
٣٩. سمير عبد السميع الاودن ، تحليل وحدات البناء تحت الانشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية ، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية ، ط ١ ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٤٠. شاكر ناصر حيدر ، احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٢ .
٤١. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، في حق الملكية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ .
٤٢. د. صلاح الدين الناهي ، الامتناع المشروع عن الوفاء ، بلا مكان طبع ، ١٩٤٥ .
٤٣. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦١ .
٤٤. د. طلبه وهبه خطاب ، نظام الملكية ، حق الملكية بوجه عام ، اسباب كسب الملكية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، ط ٢ ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٨٨ .
٤٥. عارف العارف ، مجموعة الاحكام للاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٨ .
٤٦. د. عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٥٦ .
٤٧. د. عباس العبودي ، شرح قانون الاثبات ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ .
٤٨. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني ، ج ٣ ، تنفيذ الالتزام ، دراسة مقارنة ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧١ .
٤٩. عبد الجواد السرميني والدكتور عبد السلام الترماني ، القانون المدني ، الحقوق العينية ، ج ١ ، في الحقوق العينية الاصلية ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، دمشق ، ١٩٦٩ .



٥٠. د. عبد الحكيم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، ط٢ ، دار الفكر والقانون ، المنصوره ، ١٩٩٩ .
٥١. د. عبد الرحمن خضر ، شرح القانون المدني ، المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٣ .
٥٢. د. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، مطبعة اللجنة القانونية للنشر والترجمة ، القاهرة ، ١٩٣٨ .
٥٣. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
٥٤. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٥٥. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١٩٩٩ .
٥٦. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج٨ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٧٣ .
٥٧. د. عبد الرزاق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، اسباب كسب الملكية ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٣ .
٥٨. د. عبد الستار الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ .
٥٩. د. عبد السلام ذهني ، الاموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٢٦ .
٦٠. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار الثقافة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٥٠ .
٦١. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الاموال ، مطابع دار الكتاب المصري ، بلا سنة طبع .
٦٢. د. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، بلا سنة ومكان طبع .
٦٣. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط٥ ، مطبعة النديم ، بغداد ، ١٩٧٧ .
٦٤. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، احكام الالتزام ، ج٢ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ .
٦٥. د. عبد المنعم البدر اوي ، حق الملكية ، الملكية بوجه عام واسباب كسبها ، الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
٦٦. د. عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، ط٢ ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٦٧. د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني والمصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ .



٦٨. د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، ج ٤ ، أسباب كسب الملكية ، الحيازة ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٦٩. د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح احكام حق الملكية ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
٧٠. د. عبد الهادي الفضيلي ، خلاصة المنطق ، مؤسسة الوفاء ، ط ٢ ، بيروت ، ١٩٨٥ .
٧١. د. عبد الودود الحي ، المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
٧٢. د. عدلي امير خالد ، تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الاسلامي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٢ .
٧٣. د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ .
٧٤. د. عصام انور سليم ، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٧٥. علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد ، بلا سنة طبع .
٧٦. د. علي علي سليمان ، شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٧٧. د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠ .
٧٨. د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٩ .
٧٩. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٧٠ .
٨٠. د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .
٨١. د. كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٨٢. د. ليلى عبد الله الحاج سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد ، وضع اليد على ملك الغير ، المصدر السادس للالتزام ، ط ١ ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠١ .
٨٣. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ .
٨٤. د. محمد المرسي زهره ، الحقوق العينية الاصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، دراسة مقارنة ، اسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ١٩٩٩ .
٨٥. د. محمد المرسي زهره ، الفصل القانوني لعناصر الارض ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
٨٦. د. محمد المنجي ، دعوى ثبوت الملكية ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ .
٨٧. د. محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .



٨٨. محمد رضا المظفر ، المنطق ، أنصار الله للطباعة والنشر ، النجف الأشرف ، ٢٠٠٣ .
٨٩. محمد رضا المظفر ، المنطق ، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف ، بلا سنة طبع .
٩٠. محمد سعيد المحاسيني ، شرح مجلة الأحكام العربية ، المجلد الثاني ، مطبعة الترقى ، دمشق ، ١٩٢٧ .
٩١. د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ .
٩٢. د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ، ملكية الاشياء والاموال ، مكتبة نجم القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٩٣. د. محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٩ .
٩٤. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢ .
٩٥. د. محمد عبد العزيز عامر ، دروس في حق الملكية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٥ .
٩٦. د. محمد علي عرفة ، موجز في حق الملكية واسباب كسبها ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
٩٧. د. محمد علي عمران ، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني المصري ، اسباب كسبها وصورها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
٩٨. د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٣ ، اسباب كسب الملكية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ .
٩٩. د. محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ .
١٠٠. د. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، المصادر غير الارادية ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٢ .
١٠١. د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، الكتاب الاول ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .
١٠٢. د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، اسباب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ .
١٠٣. د. محمود الشامي ، حق الملكية في القانون المدني اليمني ، جامعة صنعاء ، ١٩٩٥ .
١٠٤. د. محمود جلال حمزة ، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني ، ج ٥ ، الحقوق العينية ، الكتاب الاول ، الحقوق العينية الاصلية ، دار مكتبة الحامد للنشر ، ط ١ ، عمان ، ١٩٩٨ .
١٠٥. د. محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية ، ط ٣ ، مطابع دار الشعب ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
١٠٦. د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
١٠٧. د. محمود خيال ، الحقوق العينية الاصلية ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩٢ .



١٠٨. د. مصطفى الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في منهجه الجديد ، دار الكتب والنشر ، جامعة الموصل ، ط ٢ ، ١٩٩٧ .
١٠٩. د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .
١١٠. ملا عبد الله على التهذيب ، تعليق مصطفى الحسيني الدشتي ، مؤسسة أهل البيت (ع) ، بيروت ، ١٩٨٦ .
١١١. د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
١١٢. منير القاضي ، شرح الجلسة ، ج ٢ ، مطبعة السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ .
١١٣. مهدي كامل الخطيب المحامي ، الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية على ضوء احكام محكمة النقض ، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية ، مصر ، ١٩٩٩ .
١١٤. د. نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .
١١٥. د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
١١٦. د. نبيل ابراهيم سعد ، الشفعة علما وعملا ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .
١١٧. د. نعمان محمد خليل جمعه ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة ، بيروت ، ١٩٩٧ .
١١٨. ياسين غانم ، الحيازة واحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية ، دراسة مقارنة ، ط ٣ ، دمشق ، ٢٠٠٠ .

ثانيا - الرسائل الجامعية والبحوث :

١. اكرم محمود حسين ، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٩٠ .
٢. د. حسن كيره ، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثالث والرابع ، للعام ١٩٦٢ - ١٩٦٣ .
٣. حلمي بهجت بدوي ، تعليقات على الاحكام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة .
٤. شعيب احمد سليمان ، السبب الصحيح في القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العراقية ، العدد ١٦ ، ١٩٨٥ .
٥. ضحى محمد سعيد عبد الله ، البناء على ملك الغير دون اذن المالك ، دراسة مقارنة ، دراسة ماجستير مقدمة إلى جامعة الموصل ، ١٩٩٨ .
٦. د. عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل ، بحث منشور في مجلة الاحكام العدلية ، تصدرها وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ .
٧. عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، العقد والارادة المنفردة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٨٣ .
٨. عدنان هاشم شرف الدين ، الحق في الحبس للضمان ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٩٢ .
٩. د. محمد المرسي زهرة ، البناء على ملك الغير ، رسالة مقدمة إلى جامعة نانثير ، ١٩٨٢ .



١٠. محمد عبد اللطيف ، الحيازة وأثارها في القانون المدني المصري ، بحث منشور في النشرة القضائية لمحكمة الاسكندرية الابتدائية ، ١٩٥١ .
١١. د. محمد علي عرفه ، تملك صاحب الارض لما يلتحق بها من بناء او غراس ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، تصدرها نقابة المحامين المصريين ، العددان ٦ و ٧ ، السنة ٢٢ ، ١٩٤١ .
١٢. د. محمد علي عرفه ، مدى تأثير السبب الصحيح بقانون التسجيل ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، العدد السابع ، ١٩٣٨ .
١٣. د. محمد كامل مرسي ، السبب الصحيح وحسن النية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، العدد السادس ، السنة التاسعة ، ١٩٣٩ .
١٤. نوري احمد منصور ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ .
١٥. د. وفاء حلمي ابو جميل ، كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، دراسة تأصيلية وتطبيقية ، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية ، مجلة سنوية علمية تصدرها كلية الحقوق – جامعة الزقازيق ، العدد الثامن ، ١٩٩٦ .

ثالثا - المقابلات الشخصية :

- ❖ د. محمد شكر سرور ، المقابلة التي تمت في بناية كلية القانون ، جامعة القاهرة ، في ٢٩ / ١ / ٢٠٠٤ .

رابعا - القوانين :

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ .
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .
٤. القانون المدني السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم ٨٤ في ١٨ أيار ١٩٤٩ .
٥. قانون الملكية العقارية اللبناني لعام ١٩٤٩ .
٦. القانون المدني الليبي الصادر عام ١٩٥٣ .
٧. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل .
٨. القانون المدني اليمني لسنة ١٩٧٥ .
٩. قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
١٠. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
١١. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .
١٢. القانون المدني التركي لسنة ١٩٢٦ .
١٣. القانون المدني السوداني لعام ١٩٧١ .
١٤. القانون المدني الكويتي الصادر عام ١٩٨٢ .



١٥. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل .
١٦. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ .
١٧. قانون التسجيل المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ .
١٨. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .
١٩. اللائحة التنظيمية رقم ٨ لسنة ٢٠٠٤ في ١٤ / ١ / ٢٠٠٤ .
٢٠. اللائحة التنظيمية رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ في ٢٤ / ٦ / ٢٠٠٤ .

خامسا - المصادر اللغوية :

١. ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، دار الفكر العربي ، دمشق ،
٢. جمال الدين ابن مكرم بن منظور ، معجم لسان العرب ، المجلد الأول ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٥ .
٣. مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج ٤ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩١ .

سادسا - مصادر أخرى :

١. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٦ ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة دار الكتب بالعربي بمصر ، بلا سنة طبع .
٢. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، منشورات وزارة العدل ، الكويت ، ١٩٩٠ .

سابعا - مصادر القرارات القضائية :

١. مجلة القضاء ، مجلة حقوقية ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، للسنتين ١٩٦٩ .
٢. مجموعة احكام النقض المصرية ، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، س ١ و س ٣١ و س ٣٤ و س ٣٢ .
٣. النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق ، ١٩٧٣ .
٤. عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني لاحكام محكمة التمييز ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ .
٥. هادي عزيز علي المحامي ، التطبيقات القضائية في محكمتي استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية عقار ، الجزء الثاني ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ١٩٩٨ .
٦. المحامي سلمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، ج ٢ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ .



٧. علي محمد إبراهيم الكرباسي ، الموسوعة العدلية ، العدد ٦٩ ، مكتبة شركة التأمين ، بغداد ، ٢٠٠٠ .
٨. المحامون ، مجلة شهرية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، للأعوام ١٩٦١ و ١٩٦٣ و ١٩٦٦ و ١٩٦٧ و ٢٠٠٠ و ٢٠٠٣ .
٩. المجلة العربية للفقهاء والقضاء العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، الرباط ، المغرب ، ١٩٨٥ و ١٩٨٨ .
١٠. إبراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، ج ٤ ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨ .
١١. سعيد احمد شعله ، قضاء محكمة النقض في الملكية ، مجموعة الاحكام القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاما ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .
١٢. السيد خلف محمد ، قضاء محكمة النقض في خمسين عاما ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .

ثامنا - القرارات القضائية غير المنشورة :

١. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ٧٨٨ / م عقار / ٢٠٠٣ في ١٢ / ٦ / ٢٠٠٤ .
٢. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ١٠٣٨ / م عقار / ٢٠٠١ في ٢٤ / ٦ / ٢٠٠١ .
٣. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ١٤٢ / م / ٢٠٠٤ في ١٠ / ٨ / ٢٠٠٤ .
٤. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ١٤٥٩ / م / ٢٠٠٠ في ٦ / ٧ / ٢٠٠٠ .
٥. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ١٠٤٤ / م / ٢٠٠٠ في ٢٧ / ٥ / ٢٠٠٠ .
٦. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ٨٠٧ / م عقار / ٢٠٠٠ في ١٧ / ٦ / ٢٠٠٠ .
٧. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ٦٥٢ / م عقار / ٢٠٠٣ في ٢٩ / ٥ / ٢٠٠٤ .
٨. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ٤٠٣ / م عقار / ٢٠٠٣ في ٢٥ / ٩ / ٢٠٠٤ .
٩. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ٦٥١ / م عقار / ٢٠٠٣ في ٩ / ٦ / ٢٠٠٤ .
١٠. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ٧٨٩ / م عقار / ٢٠٠٣ في ١٩ / ٦ / ٢٠٠٤ .
١١. قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية ٦ / ت حقوقية / ٢٠٠٣ في ١٨ / ١ / ٢٠٠٣ .
١٢. قرار محكمة بداءة كربلاء رقم ٩٠٧ في ١٤ / ٦ / ٢٠٠٤ .

تاسعا - المصادر الأجنبية :

١. CODE CIVIL, Litec, Paris, ١٩٩٥.
٢. Codes, Dalloz, Code Penal, ١٩٨٧-١٩٨٨.
٣. Dalloz, Cod, Penal, Paris, ٢٠٠١.
٤. Dalloz, N. ١٤٨, Sant Iaric, ١٩٨٨.



๑. La p-VORIN ed GOUBEAUX-MANUEL DE DROIT Civil.

๒. Marcel Planiol Gorges Ripert, Trait Pratique droit civil francais, tom ๑๑,
Paris, ๑๙๒๖.