

## قراءة جديدة لسوء النية وأثرها في البناء على أرض الغير (دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والجزائري)

م.م / وروود خالد محمد  
كلية القانون والعلوم السياسية  
جامعة الأنبار- العراق

م.م / محمد جمال زعين  
كلية القانون والعلوم السياسية  
جامعة الأنبار- العراق

### ABSTRACT:

### ملخص باللغة العربية:

The bad faith as a latent matter in the soul guided by the judge through the internal will, is essential in the civil laws, specifically in property ownership and in particular construction on the land of others, where both the lawmakers of Iraq and Algeria in Article (1119) 783) c. On the indication of the concept of bad faith in science in the masonry of the builder and dissatisfaction with the owner of the land only, but the difficulty lies in the definition of this principle (ill-intention) definition categorically prohibitive, and determine the effects that may result in addition to the compensation that is monitored , Where the bad faith in the legal texts reflects a state of mind to a certain extent Especially since the Iraqi and Algerian legislators have developed a narrow definition of this principle, and it is not clear through the use of the former two predecessors. In fact, it does not carry this meaning only, but prepares it to other meanings that polarize it. The purpose of this research is to remove the ambiguity of the concept Bad faith in the post-construction phase on the land of others and the effects of such events without claiming a legitimate reason.

إن سوء النية كمسألة كامنة في النفس يستهدي إليها القاضي عن طريق الإرادة الباطنة، من الأمور الأساسية في القوانين المدنية، وتحديداً في الملكية العقارية وبالخصوص البناء على أرض الغير، حيث نص كلا المشرعين العراقي والجزائري في المادة (1119) ق.م.ع، والمادة (783) ق.م.ج على دلالة مفهوم سوء النية بالعلم في مكنون الباني وعدم الرضا لدى صاحب الأرض فقط، ولكن الصعوبة تكمن في تعريف هذا المبدأ (سوء النية) تعريفاً جامعاً مانعاً، وفي تحديد الآثار التي قد تترتب عليه بالإضافة إلى التعويض الذي يرصد له، حيث يكون سوء النية في النصوص القانونية تعبيراً عن حالة ذهنية إلى حد ما غامضة، خاصة أن المشرع العراقي والجزائري وضعوا تعريفاً قاصراً لهذا المبدأ، وغير واضح المعالم من خلال استخدام المشرع الشرطين الرديفين السابقين، وفي حقيقته هو لا يحمل هذا المعنى فقط، إنما يعدوا إلى معاني أخرى تستقطبه، لذلك فإن الغرض من هذا البحث هو إزالة الغموض الذي يشوب مفهوم سوء النية في مرحلة ما بعد إقامة البناء على أرض الغير، والآثار التي تترتب على هذا الإحداث بدون زعم بسبب شرعي

## مقدمة:

حدد كلا المشرعين العراقي والجزائري الحالة المادية لقيام البناء على أرض الغير بحادثة الإندماج، وربط هذه الحالة بحالة باطنية معنوية وهي النية، وجعلها المحور الأساسي والمعياري القياسي لتحديد أحكام البناء على أرض الغير، وذلك من خلال معرفة حالة الباني الباطنية وقت البناء ما إذا كان حسن أم سيء النية . والسبب في الربط بين الحالة المادية (الإندماج) والحالة المعنوية (النية) هو لتحديد مصير هذا البناء ومآله، لذلك يعتبر هذا الربط أمراً إيجابياً لتحقيق مبدأ العدالة وحفظ الحقوق .

وبسبب أهمية النية لتحديد مصير هذه الأبنية والأغراس يميز القانون بين حالة قيام المحدثات بسوء نية، وحالة قيامها بحسن نية، حيث تعتبر هذه المحدثات بسوء نية إذا كان من أقامها عالماً بأن الأرض ليست ملكه ولم يحصل على موافقة صاحبها، وتعتبر قد أقيمت بحسن نية والتي تناولها المشرع تحت مسمى (الزعم بسبب شرعي) إذا كان من أقامها قد اعتقد نفسه مالكاً للأرض أو أن له حق إقامة المنشآت فيها، ونقتصر في بحثنا هذا على حالة سوء نية الباني على أرض الغير فقط.

## مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث بما يلي:

- يعد مفهوم سوء النية في البناء على أرض الغير قاصراً على علم الباني أنه يبني على أرض الغير وعدم رضا صاحب الأرض على هذا البناء، وهذا المفهوم مقيد ولا بُد من توسيعه ليشمل الباني بجهل ناشئ عن خطأ جسيم، وكذلك الباني بغلط في القانون ودون وجود سبب معقول (زعم بسبب شرعي)، وبغير استناد إلى سبب ناقل للملكية وهذه الأسباب أغفلها المشرعين العراقي والجزائري.

- حدد المشرع للبناني خيار إسترداد الأبنية والأغراس التي أقامها بشروط بالمقابل أعطى خيار الإستملاك للأبنية لصاحب الأرض إذا لم تتحقق شروط الإسترداد، وهذا تضييق من المشرع للخيارات إذ كان له أن يوسع من خيار الإستملاك ليشمل الباني كذلك.
- أغفل المشرع العراقي المدة القانونية ما بين الإسترداد والإستملاك على العكس من المشرع الجزائري، وهذا قصور ونقص يحتاج لمراجعة لنص وإضافة للمدة.

#### أهداف البحث :

- من خلال ما تم عرضه مقدما لبيان مشكلة الدراسة فإن أهداف هذه الدراسة تكمن فيما يلي:
- التعرف على الوضع القانوني لسوء النية وبيان مفهومه وشروطه والآثار المترتبة عليه، ومعرفة الحقوق والالتزامات التي تقع على كل من الباني سيء النية من جهة وصاحب الأرض من جهة أخرى.
- بيان موضوع التناقض والقصور التي يُثيرها موضوع سوء النية في البناء على أرض الغير وإيجاد الحلول المناسبة لها، لتوضيح مدى نجاعة الأحكام التي أرفدها كل من المشرع العراقي والجزائري في هذا الإطار.

#### أهمية البحث :

- تظهر أهمية البحث في كونه يتناول موضوعاً ذو أهمية كبيرة في الحياة العامة وما يحدث من وقائع كثيرة وكبيرة على الصعيد القانوني وإستقرار المعاملات في هذا الإطار، إذ يحيط سوء النية في البناء على أرض الغير آثار قانونية بالغة الأهمية من جانب استحقاقاته وشروطه، أو ما يترتب عليه من أحكام .
- فعندما نستقصي في النصوص القانونية التي تتحدث عن سوء نية الباني نجد أنه وضع تحت رحمة صاحب الأرض كجزاء على تعديه وتجاوزه على أرضه وملكه،

فمنح المشرع لصاحب الأرض الحق قلع البناء وإزالته، ويعتبر هذا القلع من أهم الآثار المترتبة على سوء نية الباني، بالإضافة إلى آثار أخرى نستعرضها في مطالب هذا البحث .

### تقسيم البحث:

ومن خلال ما سبق نقسم هذا البحث إلى ثلاث مطالب: المطالب الأول: مفهوم سوء النية لدى الباني على أرض الغير. المطالب الثاني: الآثار التي تترتب على صاحب الأرض. المطالب الثالث: الآثار التي تترتب على الباني سيء النية.  
**المطلب الأول: مفهوم سوء النية لدى الباني على أرض الغير.**

وضع للباني سيء النية مركزاً محددًا ومعاملة معينة في كلا التشريعين العراقي والجزائري، من خلال الفروض والإلتزامات التي وضعت على عاتقه تجاه صاحب الأرض، ورغم أن كل من المشرع العراقي والجزائري لم يتطرقا صراحة على لفظ سوء النية، حيث نصت المادة (784) من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها"، وجاء المشرع العراقي بنفس النص تقريباً حيث نص في المادة (1119) ق.م.ع: "إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ..."، ومن خلال النصين السابقين نرى أن المشرعين قد وضعوا معياراً لسوء النية من خلال أمرين الأول علم المحدث إن الأرض تعود ملكيتها للغير، والثاني عدم رضا صاحب الأرض.

### الفرع الأول: مفهوم سوء النية لدى الباني.

النية بمفهومها العام سواء كان لغةً تنصب على القصد والعزم، وإصطلاحاً وهو اعتقاد القلب فعل شيء وعزمه عليه من غير تردد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> موقع المعاني لكل رسم معنى: <http://www.almaany.com>

وتعرف النية على إنها: "عمل قانوني صادر من جانب واحد، وبهذا الإعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية، كالإيجاب الملزم وإجازة العقد الموقوف، ومن الممكن أن تكون هذه الإرادة سببا لكسب الحقوق العينية كما في الوصية، وسبباً في سقوطها كما في النزول عن حق ارتفاق أو رهن، ويمكن لها كذلك أن تنهي رابطة ناشئة عن عقد، كما في الوديعة والعارية والوكالة، فيستطيع كل من المودع والوديع والمعير والمستعير أن ينهي عقد الوديعة أو عقد العارية إذا لم تكن قد حددت مدة لذلك.

إن سوء النية بالمفهوم العام تعني: "عدم وجود سبب معقول يبرر لدى الباني اعتقاده ملكية الأرض، فهو يعلم عند البناء أن الأرض مملوكة للغير ولم يرخص له في البناء"<sup>1</sup>.

وعرف بعض الفقه سوء النية بمفهوم بقوله: "هو علم المحدث بأنه يقيم بناء على أرض غير مملوكة له دون رضا صاحب الأرض، فهو يبني دون زعم بسبب شرعي أي ليس له الحق في إقامة هذه المحدثات نظراً لعدم تملكه للأرض التي يقيم عليها البناء كالغاصب مثلاً وكذلك الباني سيء النية متى قام البناء دون إذن من صاحب الأرض"<sup>2</sup>.

وعرف جانب آخر من الفقه سوء النية على أساس الطبيعة القانونية للإلتصاق على إعتبار انه سبب ناقل للملكية بقوله: "هو الباني أو الغارس الذي لا يستند في وضع يده على الأرض التي أقام عليها بناء أو غرس فيها أشجار إلى أي سبب ناقل

<sup>1</sup> محمود الخيال، الحقوق العينية الأصلية، ط2، القاهرة، ب د ن، 1992، ص: 164 .

<sup>2</sup> عيد عبد الكريم مبارك، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة الحديثة البصرة، العراق، 1970، ص: 131 .

للملكية، كما في حالة الغصب، أو عندما لا يستند إلى سبب معقول للإعتقاد بأن هذه الأرض هي ملكه"<sup>1</sup>.

وأغلبية الفقهاء اعتمدوا في تعريف سوء النية على علم الباني بأن الأرض ليست له، بالإضافة إلى عدم رضا صاحب الأرض، استناداً إلى نصوص التشريعات في ذلك، حيث نص المشرع الجزائري (784) من القانون الجزائري على أنه: "إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها".

إن المشرع العراقي جاء بنفس المعايير لتحديد سوء النية على أساس العلم من قبل الباني، وعدم الرضا من قبل صاحب الأرض ونفس الألفاظ دون تغيير<sup>2</sup>.  
ومن النصوص السابقة فإن قيام سوء النية يشترط شرطين مجتمعين: أن يقيم صاحب المواد والأدوات للمنشات في أرض غيره وأن يعلم بها. ثانياً؛ ليس له الحق في إقامة هذه المحدثات لتخلف رضا المالك أو إذنه لصاحب المواد بإقامة المحدثات فإذا تخلف الشرطان أو تخلف أحدهما انتفى سوء النية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مأمون الكزبري، التشريع العقاري والضمانات، ط 2، الجامعة السورية، دمشق، 1948، ص:67؛ عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، القانون المدني الحقوق العينية، ط 2، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 1990، ص: 415؛ محمد سليمان، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، دار الثقافة، عمان، 2001، ص: 100 .

<sup>2</sup> القانون المدني العراقي (1119): "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على من أحدثها، فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع".

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، القاهرة، 1994، ص: 99؛ حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط 4، منشآت المعارف، الإسكندرية، 1995، ص: 411.

## الفرع الثاني: شروط قيام مفهوم سوء النية لدى الباني.

ونتطرق لشروط قيام مفهوم سوء النية لدى الباني في فقرتين على النحو التالي:

### الفقرة الأولى: علم المحدث أن الأرض مملوكة للغير:

والعلم هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع وحصول صورة الشيء في العقل " فهو مبدأ المعرفة، وعكسه الجهل" أو "إدراك الشيء على ما هو عليه إدراكًا جازمًا"<sup>1</sup>. من خلال تعريف العلم نلاحظ أن الشك ممتنع الوقوع على الباني البتة في البناء على أرض الغير، ولكن السؤال المطروح هل يكفي العلم لوصف المحدث على أنه سيء النية ؟

إن فقهاء القانون لم يفرقوا بين النية والإرادة، فاعتبروا المعنى واحد وإن كان بينهما عموم وخصوص، فلفظ النية من جنس لفظ الإرادة فكل نية إرادة<sup>2</sup>، على أساس الإرادة التعاقدية أو الإرادة المشتركة أو النية المشتركة<sup>3</sup>، وهذا لا يستقيم مع أحكام الالتصاق التي لا توجد فيها علاقة تعاقدية من الأصل، لذلك فإن الرأي باعتبار أن النية والإرادة شيء واحد غير صائب؛ لأنه لو أخذنا بهذا الأمر فإن عنصر الإكراه ومسألة رضا المحدث لا تدخل في هذا السياق، فالنية تدخل في باب أن المحدث وصل إلى مرحلة العزم للقيام بالفعل وهي قوة القصد والجزم به<sup>4</sup>، أما الإرادة فهو المكنون الداخلي الذي دفعه للقيام بهذا العزم كالإكراه مثلاً، ولذلك تختلف الإرادة عن النية، فالمشرع نص على العلم دون الإرادة وفي هذه الحالة قد يقع

<sup>1</sup> الشبكة العنكبوتية، موقع (موضوع اقرأ عربي): <http://mawdoo.com>

<sup>2</sup> عبد الحلیم القوني، حسن النية وأثرها في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004، ص: 57 .

<sup>3</sup> عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1954، ص: 39.

<sup>4</sup> جمال خليل النشار، النية وأثرها في البناء على ملك الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص: 23.

المحدث في ظلم؛ لأنه قد ارتكب فعله مكرهاً، وبالتالي يعاقب على فعله رغم أنه ارتكبه بغير أرادةٍ منه، فالأولى بالمشرع أن يضع في الشروط إلى جنب العلم الإرادة المنفردة للبانى أى الدافع الذى أدى به لهذا الفعل ليتحقق سوء النية.

ولا يكفي لثبوت سوء النية علم المحدث بأن الأرض مملوكة لشخص آخر، إذ قد يعتقد رغم ذلك اعتقاداً مشروعاً أن له الحق في إقامة البناء عليها، فيكون بذلك حسن النية، لذلك يشترط لتحقيق سوء النية علم صاحب المواد أن الأرض التي أقام عليها المحدثات مملوكة لغيره، وأن ليس له الحق في إقامة المحدثات عليها<sup>1</sup>، وحبذا لو أضاف المشرع قيماً أخرى وهو الجهل الناشئ عن خطأ جسيم، كإهمال المشتري للعقار من التأكد أن المستندات التي تثبت أن ملكية البائع تعود له، وكذلك الجهل الناشئ عن غلط في القانون كما لو أخذنا بالرأي القائل بتطبيق أحكام الإلتصاق على بناء الشريك في الشيوع على ما يجاوز نصيبه فيه<sup>2</sup>.

#### الفقرة الثانية: عدم رضا صاحب الأرض:

ويعتبر هذا قيماً مهماً؛ لأن رضا صاحب الأرض يقلب الموازين، من حيث الحقوق والالتزامات على الملتصق والملتصق به، بالإضافة إلى الأحكام التي قد ترد في هذه الحالة، فحتى لو كان المحدث سيء النية ورضي صاحب الأرض بهذه المحدثات ففي هذه الحالة تقع علاقة تعاقدية بين المحدث وصاحب الأرض، فكأن الإيجاب صدر من المحدث بفعله، وجاء القبول بعد ذلك من صاحب الأرض

<sup>1</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، ط 1، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، الكويت، 1991، ص: 64.

<sup>2</sup> محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 66.

برضاه، وبالتالي فإن هذا الشرط يمنح صاحب الأرض الخيار بين أن يطلب إزالة المنشآت أو الإبقاء عليها<sup>1</sup>.

إن العبرة في تقدير سوء النية من عدمه هو وقت إقامة المحدثات، فلا مجال لإعتبار الباني حسن النية باعتبار وقت الحيازة أو دفع الدعوى، إذا أثبت أن الباني كان سيء النية وقت إقامة المحدثات، كذلك لا ينفي حُسن النية أن يعلم الباني بعد إقامة المحدثات أنه ليس له الحق في إقامتها<sup>2</sup>.

### خلاصة المفهوم:

من خلال ما سبق آنفاً، فإن بعض التشريعات اتفقت في تعريف سوء النية على علم الباني بأنه يبني في أرض مملوكة لغيره، دون رضا صاحبها، وهذا المعيار الشخصي، أما المعيار الموضوعي فمفاده أن سوء النية يكون متوقفاً حتى لو كان الباني يعتقد أن له الحق في إقامة البناء إذا كان اعتقاده هذا قد نشأ عن خطأ جسيم، فيستوي مع العلم بالاعتداء على حق الغير الجهل الناشئ عن خطأ جسيم<sup>3</sup>. ويعتبر سوء النية في البناء على أرض الغير مشابه للغصب ويعني لغةً أخذ المال ظلماً، دون وجه حق، واصطلاحاً، بأنه أخذ مال متقوم مملوك للغير عن طريق التعدي على وجه يزيل يد صاحبه عنه، ويرد على مال منقول أو عقار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1965، ص: 290.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ج/9، ص: 287.

<sup>3</sup> آسيا جرجور، المباني المقامة على أرض الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004، ص: 32.

<sup>4</sup> عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ط 3، العاتك للنشر، القاهرة، ج/1، ص: 235.

من خلال ما سبق نحدد مفهوم سوء النية للبناء على أرض الغير بأنه: قيام الباني بعلم منه و إرادة منفردة دافعة لدية، وبدون وجه حق عنده، أو جهل ناشئ عن خطأ جسيم أو غلط في القانون ودون وجود سبب معقول (زعم بسبب شرعي)، وبغير استناد إلى سبب ناقل للملكية، بإحداث بناء أو غراس أو منشآت أخرى على أرض الغير ودون رضا أو قبول أو إقرار من قبل صاحب هذه الأرض.

### المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على صاحب الأرض.

أن الآثار التي تترتب على صاحب الأرض تترجم على أرض الواقع من خلال ما حدد المشرع من حقوق لصاحب الأرض والتزامات على عاتقه، ومن أهم الإلتزامات التي تقع على صاحب الأرض هي إثبات سوء نية المحدث، وقت إقامة البناء ويعتبر المحدث سيء النية مهما اختلفت صورته، سواء كان مغتصب للأرض، أو مشتري من غير مالك، أو أهمل في فحص سند الملكية فلم يتبين ما شابه من بطلان<sup>1</sup>، أما الحقوق فقد أجمع التشريعين على حقين إذا ما إكتملت شروط الأول إنتفى الثاني وبالعكس، وسنأخذ هذان الحقان تباعاً وذلك في فقرتين:

### الفقرة الأولى: طلب قلع المحدثات:

أعطى المشرع العراقي في المادة (1119) من القانون المدني العراقي والتشريع المقارن لصاحب الأرض الحق في طلب إزالة المحدثات، ويثبت له هذا الحق بوصفه مالكاً بصرف النظر عن قيمة المنشآت بالنسبة إلى قيمة الأرض<sup>2</sup>، والسبب في ذلك هو ترسيخ مبدأ إحترام الملكية وردعاً للمعتدي عليها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنور طلبه، شرح القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج/3، ص: 275.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة قي القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص: 316.

<sup>3</sup> محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص: 359.

ويقصد بقيمة المحدثات مستحقة القلع؛ أي باعتبارها أنقاضاً وبعبارة أوضح قيمة ما ينزع من الأرض بعد قلعه<sup>1</sup>، ويعد هذا الخيار تطبيقاً للمبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>؛ لأن في إقامة البناء على أرض الغير مع العلم بذلك يعد اعتداء على ملكية صاحب الأرض، خطأ عمدياً<sup>3</sup>.

ويعتبر طلب القلع الحق الطبيعي الأول<sup>4</sup>، فهو بمثابة رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، أعطاه القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكاً، وليس للباني أن يستعمل هذا الحق، لذلك لا يجوز للمشتري ويعقد غير مسجل طلب القلع لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل<sup>5</sup>.

ويترك أمر تقدير طلب القلع لاختيار صاحب الأرض، ولا يتعرض للمالك في استعمال حقه في طلب القلع إلى أي مسؤولية<sup>6</sup>، ولا يخضع في ذلك لأي رقابة قضائية سواء كان من قبل المحكمة أو القاضي، فطلب صاحب الأرض بالقلع يلزم القاضي بإجابة طلب القلع، فالقاضي لا يملك سلطة تقديرية إزاء هذا الطلب حتى لو

<sup>1</sup> محمود جلال، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، دائرة المكتبة الوطنية، 2008، ص: 150.

<sup>2</sup> محمد حرش بن رقية، التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013، ص: 64.

<sup>3</sup> محمود جمال الدين زكي، الوجيز، المصدر السابق، ص: 359.

<sup>4</sup> عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، ط 2، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1968، ص: 55.

<sup>5</sup> جمال خليل النشار، النية وأثرها، المصدر السابق، ص: 55؛ ياسين جمال عبد كاظم، أحكام الزعم بسبب شرعي في الاتصال الصناعي "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمه إلى جامعة بابل، 2005، ص: 57.

<sup>6</sup> عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص: 55 .

كان مالك الأرض متعسفاً رغم ابتعادها عن نطاق التعسف<sup>1</sup>، فالبناء على أرض المالك ينطوي عليه اعتداء على حقه في الملكية ومن مزايا حق الملكية، تحديد كيفية استغلالها، فهذا الاعتداء سلب هذه الميزة<sup>2</sup>، وهذا مبرر لوجود حق طلب القلع، ولكن بمراجعة نص المادة (1119) من القانون المدني العراقي، يلاحظ تقييد طلب القلع من خلال إطلاق لفظ الضرر على عمومته بنصه: "إذا كان القلع مضراً بالأرض" فالضرر جاء بعمومية دون أن يحدد ما إذا كان الضرر فاحش، أم ضرراً يسيراً، وحبذا لو قصر المشرع الضرر بالضرر الفاحش من أجل أن يكون خيار القلع أكثر اتساعاً ولا يقيد بهذا الشكل.

إن حق طلب القلع يقتصر على صاحب الأرض دون غيره كما بيّنا ذلك، ويعد هذا الحق بمثابة دعوى استحقاق، أي دعوى للملكية وليس دعوى للحيازة<sup>3</sup>، ويقترن هذا الطلب بثبوت ملكية الأرض لصاحبها، فإنها لا ترفع إلا من قبل مالك العقار، فطلب القلع يعتبر طلباً متفرعاً عن طلب ثبوت الملكية، ويتم الفصل في طلب القلع من خلال قواعد البناء على أرض الغير ولا يدخل في تقدير قيمة الدعوى<sup>4</sup>.

كما نصت على ذلك محكمة النقض الجزائرية: "إن طلب تثبيت الملكية لقدر معين من الأطنان هو ما يقبل التجزئة بطبيعة، وإذ يعد طلب إزالة ما أقيم على هذا القدر من الأطنان من منشآت طلباً متفرعاً عن طلب ثبوت الملكية وتصل فيه

<sup>1</sup> أبو الليل، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص: 70-71 .

<sup>2</sup> حسام الدين الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات ذات السلاسل، الكويت، 1993، ص: 62.

<sup>3</sup> أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المصدر السابق، ص: 274.

<sup>4</sup> حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص: 61-62.

المحكمة طبقاً لقواعد الإلتصاق المقررة في القانون المدني<sup>1</sup>، ولا يدخل هذا الطلب في تقدير قيمة الدعوى<sup>2</sup>.

واختلف الفقه في طريقة تقديم طلب القلع<sup>3</sup>، فالبعض يرى أن المادة القانونية لم تشترط للمطالبة بالقلع أن تكون عن طريق رفع دعوى، ولذلك يميل هذا الرأي إلى إن إبداء الرغبة في القلع يكون بأي شكل، وليس لهذا الطب شكل معين فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو شفاهة<sup>4</sup>، والمسالة في النهاية تكون مسالة إثبات<sup>5</sup>، والرأي الثاني لا يشاطر الرأي الأول، فرغم إن كلا المشرعين العراقي والجزائري لم ينصا على رفع دعوى بطلب القلع، فإن الواقع العملي أكد أنه لا يمكن طلب القلع إلا بطريق الدعوى وخاصةً أن الباني هنا يعتبر سيء النية<sup>6</sup>، ونميل إلى الرأي الثاني لأنه اقرب واقعية وهو ما مطبق فعلياً على أرض الواقع.

ويبقى خيار قلع البناء لصالح صاحب الأرض قائماً ما دامت المحدثات قائمه مهما طال الزمن، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي، دون أن توضع مدة زمنية محدده لتقيد هذا الخيار زمنياً، على خلاف المشرع الجزائري في المادة (784) من القانون المدني والذي حدد سنة من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة البناء، وعبء إثبات علم صاحب الأرض يقع على المحدث في هذه الحالة، وله أن

<sup>1</sup> محكمة النقض الجزائرية، رقم 139، مجموعة أحكام النقض، 2008، ص: 886.

<sup>2</sup> محكمة النقض الجزائرية، رقم 206، مجموعة القواعد القانونية، 2012، ص: 490.

<sup>3</sup> السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج/9، ص: 280؛ البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص: 54.

<sup>4</sup> طلبية، الوسيط، المصدر السابق، ص: 274.

<sup>5</sup> البدرابي، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص: 55، هامش: 1.

<sup>6</sup> عبد السلام، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص: 289.

يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لان العلم واقعة مادية<sup>1</sup>، وتعتبر هذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم ولذلك لا يرد عليها الوقف أو الانتقاع<sup>2</sup>.

فإذا مضت هذه المدة دون أن يتقدم صاحب الأرض بطلب القلع سقط حقه في طلب القلع، ولا يبقى أمامه إلا أن يدفع التعويض المقرر في حالة استبقاء البناء، وظاهر هذا القيد الزمني في صالح الباني سيء النية، وحسن فعل المشرع الجزائري بوضع مدة لخيار طلب القلع وحبذا لو سار المشرع العراقي على خطى المشرع الجزائري بوضع مدة لخيار القلع، والسبب في ذلك هو حسم النزاع من خلال حصر صاحب الأرض بخيار واحد هو تملك هذا البناء، فإبقاء مصير البناء بدون محدد زمني يؤدي لإطالة أمد الدعوى وبالتالي إطالة أمد النزاع، بالإضافة إلى أن حصر خيار الهدم بهذا الشكل يقلل من حالة الهدم، والسبب الآخر كي لا يبقى المحدث تحت رحمة صاحب الأرض خاصةً فيما إذا كان لا يعلم بأنه ليس له الحق بإقامة المنشآت على أرض الغير.

وكان المشرع العراقي في المادة (1119) صريحاً بإيقاع نفقة القلع على الباني بقوله: "على نفقة من أحدثها"، وكذلك المشرع الجزائري أوقع نفقة القلع على الباني كما نصت على ذلك المادة (784): "أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه"، ويلاحظ من النص أن المشرع الجزائري أوجب التعويض على الباني إلى جانب نفقات القلع، على العكس من المشرع العراقي الذي لم يضع أي تعويض على المحدث، والسؤال الذي يطرح في هذا السياق هل يجوز لصاحب الأرض المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إقامة المحدثات، كالضرر الناجم عن حرمانه من الانتفاع بالأرض بسبب تلك المحدثات؟

<sup>1</sup> السنهوري، المصدر السابق، ج/9، ص: 279.

<sup>2</sup> الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص: 63.

وللإجابة على هذا التساؤل نعود للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية والتي تجيز الضمان للمضرور، حيث قانون المدني العراقي في المادة (186): "1- إذا أُلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً، إذا كان في إحدائه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. 2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمناً معاً كانا متكافلين في الضمان".

وهنا وقع ضرر مادي وهي صورة الأضرار الناشئة عن الاعتداء على مال، من ذلك غصب شيء أو إتلافه أو إنقاص قيمته أو منفعته، حيث يقوم التعويض بقيام شرطاً الضرر وهما: (1) أن يكون هناك إخلال بحق أو بمصلحة مالية مشروعة. (2) أن يكون الضرر محققاً<sup>1</sup>.

ولكن هناك ما يخالف هذه القاعدة العامة في نص المادة (1119) وهو شرط عدم القلع إذا كان هناك ضرر، حيث نص المشرع العراقي بقوله: "فإذا كان القلع مضرّاً بالأرض فله أن يملكها"، ولم يحدد المشرع درجة هذا الضرر<sup>2</sup>، إنما جاء النص عاماً ولذلك يفقد صاحب الأرض خيار القلع إذا وجد أي ضرر، وبالتالي لا يوجد تعويض في خيار القلع لتعذر وجود الضرر.

واعتبر بعض الفقه أن التعويض الذي يتحقق في خيار طلب القلع هو تعويض عيني وليس تعويض نقدي يتمثل هذا التعويض العيني بإزالة البناء، واعتبر أن خيار تملك البناء تعويض غير نقدي<sup>3</sup>. ولكن لا نشاطر هذا الرأي لأن طلب القلع أو استبقاء البناء وتملكه خيارات أعطاهها المشرع لصاحب الأرض وليس تعويض له.

<sup>1</sup> نائل المساعدة، الضرر في الفعل الضار في القانون، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006، ص: 396.

<sup>2</sup> علي هادي العبيدي، قراءة جديدة لإحكام الاتصال بالعقار بفعل الإنسان في القانونين الأردني والإماراتي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، (ملحق)، 2009، ص: 107.

<sup>3</sup> العبيدي، قراءة جديدة، المصدر السابق، ص: 108.

أما التقييم القانوني لهذا الخيار فقد تفرق الفقهاء فيه إلى فريقين: الفريق الأول اعتبره اختيار ناجح؛ لأنه يعتبر بمثابة خيار يكف الإعتداء على الملكية، وأن رخصة الهدم المخولة للمالك لا تتعارض مع روح العصر، وذلك إننا أمام باني أو غارس سيء النية يعلم أنه أقام البناء دون سند قانوني ما دام أقامها في عقار يعود للغير<sup>1</sup>، وبالتالي لا ينبغي أن نفرض على صاحب الأرض طريقة معينة لاستغلال أرضه<sup>2</sup>. وجرى القضاء الفرنسي على ذلك، ولكن تعرض هذا الفريق للانتقاد من بعض الشراح، وهو الفريق الثاني؛ حيث رفض هذا الخيار على أساس أنه يؤدي إلى نتيجة غير اقتصادية، تتلخص في هدم إنشاءات ومزروعات هامة دون مبرر جدي<sup>3</sup>، حيث أن الهدم يتعارض مع روح العصر في التشجيع على البناء<sup>4</sup>، وهذا القول يتفق مع الواقع وطبيعة الأمور في هذا العصر، فقد يكون البناء قد تم تأجيله لعدة مستأجرين، وبالتالي تشريد هؤلاء المستأجرين، ولا يخفى ما يحدث من حرج ومشاكل نتيجة الهدم وما يترتب عليه من تنازع، ولذلك يجب أن يخضع حق المالك في طلب القلع للقاعدة العامة في التعسف في استعمال الحق، وتقضي هذه القاعدة أن قيمة المحدثات تتجاوز قيمة الأرض، فليس من العدل إزالتها ولكن يجب أن تبقى على أن يتحمل مالك الأرض بقيمتها مع منحه التيسيرات اللازمة في الوفاء بتلك القيمة إلى صاحب المحدثات<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد سعيد الرحو، نحو رؤية جديدة لتحديد مستحق التعويض عن المحدثات في العقار المؤجر "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، البحرين، المجلد السابع، العدد الأول، 2010، ص: 264.

<sup>2</sup> جمال خليل النشار، الالتصاق، المصدر السابق، ص: 236.

<sup>3</sup> محمد شكري سرور، تنظيم حق الملكية، المصدر السابق، ص: 66-67.

<sup>4</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج/9، هامش: 2، ص: 279.

<sup>5</sup> محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية الجديدة، ط 3، مصر، 2007، ص: 182.

ونميل إلى الرأي الثاني؛ لأن خيار القلع لا يعد خياراً إيجابياً لا لصاحب الأرض ولا للبانى، وحبذا لو جعل المشرع خيار القلع خياراً ثانوياً بيد المحكمة، فالخيار الثانوي هو الخيار الأخير لفض النزاع حيث يترك للمحكمة النظر في هذا النزاع فإذا ما رأت أن النزاع يطول ولا يمكن معالجته بأقل التكاليف والنفقات قررت في النهاية اتخاذ قرار القلع، على أننا لا نتفق مع اعتبار البانى سيء النية بمثابة البانى حسن النية؛ لأن هذا لا يسير مع العدل.

ومن الالتزامات التي تفرض على صاحب الأرض من أجل تطبيق أحكام البانى أو الغارس سيء النية، فهي إثبات سوء نية المحدث<sup>1</sup>، حيث يبقى الفرض باعتبار المحدث حسن النية قائماً؛ أي لا يعلم بذلك، حتى يقوم صاحب الأرض بإثبات نية المحدث<sup>2</sup>.

#### الفقرة الثانية: تملك المحدثات من قبل صاحب الأرض:

أعطى كل من المشرع العراقي والجزائري لصاحب الأرض خيار طلب القلع مقيد بشرط عدم الإضرار بالأرض لتقليل من حالات الهدم، كما نصت على ذلك المادة (1119) من القانون المدني العراقي: "إذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع"، وبوجود ضرر فان صاحب الأرض يفقد الخيار الأول ويلجأ مجبراً إلى الخيار الثاني بنص القانون، ويمكن أن يلجأ إلى خيار تملك البناء من خلال إبداء رغبته في استبقاء البناء ومن ثم يملكه، طبقاً لقواعد الإلتصاق، وإبداء الرغبة قد يكون صريحاً أو ضمناً، ولا يلزم شكل معين، فقد يختار

<sup>1</sup> مأمون الكزبري، التشريع العقاري، المصدر السابق، ص: 67.

<sup>2</sup> مصطفى محمد، نظام الملكية، ط2، المكتبة المصرية الحديثة، القاهرة، 1998، ص: 340.

صاحب الأرض ضمناً استبقاء البناء إذ هو باع الأرض بما عليها من أبنية<sup>1</sup>، فإذا أبدى رغبته في استبقاء البناء فلا يحق له بعد ذلك الرجوع عن تلك الرغبة وذلك برفع دعوى طلب القلع والسبب في ذلك هو التضييق من نطاق الهدم، على العكس من طلب القلع ثم العدول عنه باستبقاء البناء فإنه يحق له العدول عن خيار القلع<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة (1119) يمكن أن يحتمل النص تفسير آخر وهو أن خيار تملك المحدثات يكون مقيداً بكون القلع للمحدثات مضرراً بالأرض حتى يتسنى لصاحب الأرض اللجوء إلى خيار تملك المحدثات، حيث يعتبر هذا الخيار مقيد إذ لا يمكن لصاحب الأرض استخدامه إلا إذا كان القلع مضرراً بالأرض أي كان نوع هذا الضرر أو مقداره، ولا يستطيع المحدث أن يتمسك في مواجهة مالك الأرض بعدم جواز التعسف في استعمال الحق نظراً لسوء نيته، ويمكن أن يعتبر ما ورد في المادة (1119) تطبيقاً لإحكام الغصب<sup>3</sup>.

ولكن بالعودة إلى ما قاله الفقه والقضاء يلاحظ أن هذا القيد ظاهري أكثر منه حقيقي أو عملي فالفقه اعتبر مجرد إبداء الرغبة بطلب الإبقاء على المحدثات قيد ملزم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999، ص: 98.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، البناء في أرض الغير "دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري، رسالة مقدمة إلى جامعة نانثير، 1982، ص: 277، أشار إليها: سوار، المصدر السابق، ص: 98؛ النشار، النية، المصدر السابق، ص: 63؛ الأهواني، أسباب كسب الملكية، المصدر السابق، ص: 65.

<sup>3</sup> علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2000، ص: 126.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، ط1، دار المكتبة الوطنية، عمان، 2008، ج/5، ص: 150.

وأما في التشريع الجزائري فتعد أحكام خيار طلب التملك مختلفة عن أحكامها في القانون العراقي، كما نصت على ذلك المادة (784) أنفت الذكر، فصاحب الأرض يكون بين طريقتين للوصول إلى خيار تملك البناء الطريق الأول يكون اختيارياً والطريق الثاني يكون إجبارياً بقوة القانون، أما الطريق الاختياري فهو أن يبدي صاحب الأرض رغبته في استبقاء البناء، وبالتالي تملكه للبناء بقيمتها مستحقة القلع، وله أن يبدي رغبة خلال مدة السنة يعلم مالك الأرض بالبناء وبالتالي تملكه للمحدثات يتم طبقاً لقواعد الاتصال وبصوره إلزامية؛ لأن إبداء الرغبة لا يجوز العدول عنها<sup>1</sup>.

أما الطريق الإجباري فهو يتجاوز ميعاد السنة من علمه بالبناء على أرضه، وهي المدة الإلزامية التي تعطى لإعمال خيار القلع، فإذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض القلع، فيعد هذا سكوت من قبل صاحب الأرض أي بمثابة رضاً ضمناً منه باستبقاء البناء، وبالتالي فإنه يفقد خيار طلب القلع<sup>2</sup>، ويعتبر رضاً ضمناً أيضاً إذا أقدم على بيع الأرض بما عليها من بناء<sup>3</sup>، إلا أن بعض الفقهاء ينظرون إلى مدة السنة على أنها مدة سقوط لخيار طلب القلع من أجل أن يباشر صاحب الأرض الخيار الثاني<sup>4</sup>، وفي هذه الحالة فإن التملك يتم بقوة القانون بإعتبار أن البناء على أرض الغير من أسباب كسب الملكية التي لا يحتاج إعمالها لإبداء الرغبة في التملك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، 1986، ص: 78.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج/9، ص: 282.

<sup>3</sup> النشار، النية، المصدر السابق، ص: 62.

<sup>4</sup> عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص: 185؛ عبد

المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص: 317.

<sup>5</sup> الأهواني، أسباب كسب الملكية، المصدر السابق، ص: 65.

إن تملك البناء بشكل عام لا يتم بدون تعويض لصالح الباني رغم سوء نيته، والسبب في ذلك لأن الفائدة قد تكون عادة لصاحب الأرض في أغلب الأحيان نتيجة هذا البناء، من زيادة لقيمة الأرض أو غيرها من الفوائد الأخرى.

والتعويض في التشريع العراقي جاء محصوراً في قيمة المحدثات مستحقة القلع فقط كما نصت المادة (1119): "قله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع" ومن النص يلاحظ أن تملك البناء مقيد بشرط توفير القيمة المستحقة للقلع، وبالتالي لا يملك صاحب الأرض يتمل البناء بدون مقابل يعطى للباني، ويتم تحديد قيمة القلع من خلال خبير بذلك في حالة تعذر الإتفاق، وقيمة استحقاق القلع تتلخص في أدوات الهدم وأجرة عمال الهدم بالإضافة إلى نقل أنقاض الهدم، ولم يعالج المشرع العراقي حالة ما إذا كانت قيمة القلع أكبر من قيمة المحدثات، وحذا لو عالج المشرع ذلك بزيادة الخيارات التي تمنح لمالك الأرض.

أما في التشريع الجزائري فالتعويض يكون بالتخيير بين أمرين:

أولاً: أن يدفع قيمة البناء مستحق القلع، أي أن يدفع قيمة الأنقاض منقوص منها مصروفات الهدم<sup>1</sup> اعتبرت قيمة قلع المحدثات في قيمة المهتمات والأدوات وأجرة العمال، والفقهاء برر هذا الخيار بقوله: إن من حق صاحب الأرض أن يطلب القلع، ولكنه استبقاه رغم أنه مستحق القلع على هذا النحو<sup>2</sup>.

ثانياً: أن يدفع قيمة ما زاد من ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، وهذا التخيير الثاني لصاحب الأرض ويكون على الشكل الثاني، حيث يقدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من البناء، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المحدثات

<sup>1</sup> السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج/9، ص: 280؛ طلبه، شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص: 274.

<sup>2</sup> السنهوري، المصدر نفسه، ص: 280؛ النشار، النية، المصدر السابق، ص: 64.

والفرق ما بين الثمنين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة البناء<sup>1</sup>، ويرر الفقه هذا الخيار بقوله: إن قيمة ما زاد في ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الأنقاض بعد القلع، وبالتالي يلجأ صاحب الأرض إلى الخيار الثاني وهو ما زاد من ثمن الأرض بسبب هذا البناء<sup>2</sup>.

ولكن يبقى الأمر في النهاية متروك لصاحب الأرض في اختيار أي التعويضين يشاء اتخاذه، فإذا أقدم على إتخاذ أحد التعويضين يفقد الآخر، وفي الغالب العملي فإن صاحب الأرض يلجأ إلى دفع قيمة الأنقاض لأنها تكون أقل من قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذا البناء<sup>3</sup> وبالتالي فإنه من المؤكد بأنه سيختار أقل القيمتين.

واختلف الفقه في تكيف حق المحدث بتعويضه عن قيمه المحدثات التي أحدثها، فمنهم من يرى أن أساس التزام صاحب الأرض بتعويض الباني هو قاعدة الإثراء دون سبب، وأساس الالتزام هو إثراء مالك الأرض بقيمة المحدثات على أرضه، واقتار المحدث بفقدها<sup>4</sup>، إلا أن هذا الرأي قوبل بالإنقناد والرفض على أساس أن قاعدة الإثراء دون سبب تقضي باغتناء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص

<sup>1</sup> بوري وشوفو، فقره 365، ص: 252، نقلاً عن: السنهوري، المصدر نفسه، ج/9، هامش: 2، ص: 280.

<sup>2</sup> السنهوري، المصدر نفسه، ج/9، ص: 281.

<sup>3</sup> زكي محمود جمال الدين، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص: 360.

<sup>4</sup> مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، المكتبة المصرية الحديثة، 1974، ص: 340؛ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، ط2، مطبعة دار الحياة، دمشق، 1977، ص: 292.

آخر دون سبب مشروع<sup>1</sup> حيث إن المثري (صاحب الأرض) يلتزم بدفع أقل القيمتين، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المحدثات، ولكن يلاحظ أن قيمة التعويض التي حددها المشرع تختلف عن ما تحدده قاعدة الإثراء دون سبب التي تحدد أقل القيمتين قيمة الافتقار وقيمة الإثراء، حيث إن المشرع لم يمثل قيمة الإفتقار من المواد والأدوات التي استخدمت في إقامة هذه المحدثات بالإضافة إلى أجره العمل الذي حقق إقامتها إنما حدد قيمة قلعها فقط<sup>2</sup>، أما الرأي الآخر فقال إن أساس التزام صاحب الأرض بالتعويض لصالح المحدث ليس على أساس قاعدة الإثراء دون سبب، إنما بقوة القانون الذي وضع قاعدة مخالفة لقاعدة الإثراء بلا سبب<sup>3</sup>، ونحن نميل لهذا الرأي كون المشرع حدد قيمة التعويض بقيمة البناء مستحقة القلع إي إلى أدنى حد بالتعويض وهذا يخالف القاعدة العامة في الإثراء دون سبب نظراً لسوء نية من أقام البناء<sup>4</sup>.

أما تقدير وقت التعويض فيكون عند وقت الاستحقاق، أي وقت استرداد المالك لأرضه، لا وقت إقامة البناء<sup>5</sup>.

أما وقت تملك صاحب الأرض للبناء فقد اختلف الفقه في ذلك فمنهم من يرى أن صاحب الأرض يكتسب هذا البناء من يوم طلب استبقائها، ويستند في ذلك على

<sup>1</sup> الحكيم عبد المجيد البكري، عبد الباقي البشير، محمد طه، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط 3، العاتك للنشر، القاهرة، 1980، ج/1، ص: 283.

<sup>2</sup> مصطفى محمد، نظام الملكية، المصدر السابق، ص: 341.

<sup>3</sup> السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ج/9، ص: 281؛ أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج/3، ص: 275.

<sup>4</sup> محمد شكري، الموجز، المصدر السابق، ص: 70.

<sup>5</sup> محمد كامل مرسي، الأموال، ط2، مطبعة الاعتماد، مصر، 1943، ص: 388؛ خيال، الحقوق العينية، المصدر السابق، هامش 1، ص: 165.

إن الزيادة في ثمن الأرض بسبب المحدثات تمثل قيمة الإثراء فإنها تقدر وقت استرداد العقار<sup>1</sup>، فاستند هذا الرأي إلى القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب والذي يقضي في تقدير قيمة الإثراء بوقت حصوله.

أما الرأي الآخر فيرى تملك البناء من يوم اندماجها بالأرض، فيجعل العبرة في تقدير الزيادة في قيمة الأرض بوقت اندماج المحدثات فيها، لا بما عاد على مالك الأرض من منفعة بسبب البناء<sup>2</sup>.

ونميل إلى الرأي الثاني، لأن قاعدة الإثراء بدون سبب لا يمكن تطبيقها على أحكام البناء على أرض الغير؛ لأن المشرع وضع معيار محدد للتعويض لا يتوافق مع قاعدة الإثراء بلا سبب.

#### الفرع الثالث: الآثار التي تترتب على صاحب البناء.

لم يحدد المشرع العراقي لحقوق لصالح الباني سيء النية، على العكس من المشرع الجزائري الذي أعطى للباني الحق بقلع المحدثات التي أقامها، بشرط إلا يترتب على ذلك ضرر بالأرض وأن يوافق مالك الأرض على هذا القلع<sup>3</sup>، كما في نص المادة (784)<sup>4</sup> من قانون المدني الجزائري، ولكن هذا النص غامض ولا يخلو ظاهره من تناقض، فإذا كان المراد منه كما هو ظاهر أن مقيم البناء يملك طلب

<sup>1</sup> بلانولرربيير وببكار المطول، ج/3، فقره 268، أشار إليه: الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص: 322؛ محمد كامل، الأموال، المصدر السابق، ص: 388.

<sup>2</sup> حسام الدين، أسباب كسب الملكية، المصدر السابق، ص: 71؛ محمد شكري، الموجز، المصدر السابق، ص: 71.

<sup>3</sup> أنور طلبة، شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص: 275.

<sup>4</sup> القانون المدني الجزائري المادة (784) الفقرة الثانية: "يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

نزعتها في حال عدم استبقاء صاحب الأرض لها، فهذا تناقض يجب أن يتنزه عنه المشرع إذ ما دام صاحب الأرض بالخيار بين طلب إزالة البناء أو الإبقاء عليها، فما معنى القول إذا لم يختار الإبقاء عليها؛ أي إذا طلب إزالتها بأن لمقيمها هو الآخر طلب نزعتها بينما هو في الواقع مجبر على النزاع والإزالة أمام طلب صاحب الأرض<sup>1</sup>.

هناك التزامات تفرض على المحدث سيء النية في خيار طلب القلع، ومن أهم هذه الإلتزامات الإلتزام بهدم المحدثات ونقل أنقاضها<sup>2</sup>.

كذلك في التشريع الجزائري، التزم الباني بإثبات علم صاحب الأرض بإقامة البناء المؤدي إلى بدء سريان مدة السنة<sup>3</sup>.

أما عن التعويض فيلتزم المحدث بالتعويض في حالة وجود ضرر يصيب الأرض نتيجة هذه البناء، كالضرر الناجم عن حرمان صاحب الأرض من الانتفاع بأرضه؛ لأنه في حالة وجود ضرر فيفقد صاحب الأرض خيار طلب القلع كما بينا ذلك سابقاً، وهنا نكون أمام تعويضين متبادلين؛ التعويض الأول يقع على الباني بسبب وجود ضرر، وتعويض بمقابل يكون على عاتق صاحب الأرض نتيجة تملك البناء بقيمتها مستحقة القلع.

ومن الإلتزامات الأخرى التي تقع على الباني أن لا يحتفظ الباني بالثمار التي حصل عليها أثناء مدة وضع اليد بل يكون مسؤولاً تجاه صاحب الأرض عن هذه الثمار التي قصر في جنيها ومجبراً على إعادتها إليه، وأن يعيد إلى صاحب الأرض

<sup>1</sup> حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص: 412.

<sup>2</sup> منصور، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص: 188.

<sup>3</sup> محمد شكري، الموجز في تنظيم حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب س ن، ص: 68 .

قيمة الثمار التي تناولها<sup>1</sup>، بالإضافة إلى وقوع تبعة التلف والضرر اللاحق بالعقار حتى لو لم يكن حصل منه إنما بجاذب فجائي أو قوة قاهرة<sup>2</sup>.

### الخاتمة:

وأخيراً وبعد إتمام عرض سوء النية في البناء على أرض الغير، توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

#### 1. النتائج:

- إن كلا المشرعين العراقي والجزائري إعتد لثبوت نية الباني كميّار موضوعي علمه أن الأرض ليست له بالإضافة إلى عدم رضا صاحب الأرض بهذا البناء، وفعالياً هذا لا يكفي كميّار لتحديد سوء نية البناء على أرض الغير.
- منح كل من المشرع العراقي والجزائري لصاحب الأرض حقين أساسيين في المادة (1119) ق.م.ع والمادة (784) ق.م.ج الحق الأول طلب القلع والثاني طلب إستملاك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، وبنفس الوقت حدد عليهم إلتزامات من أهمها إثبات سوء نية الباني، وتعويضه بقيمة البناء المتهاك مستحق القلع، بالمقابل لم يحدد كلا المشرعين للباني أي حقوق غير تعويضه بقيمة البناء مقلوع، وأوقعوا عليه إلتزامات أهمها قلع وإزالة ما بناه بنفسه إذا كانت لا تضر بالأرض.
- انفرد المشرع الجزائري بإعطاء مدة للباني الذي وصفه (بصاحب العمل) لقلع ما بناه على أرض الغير تبدأ هذه المدة بعلم صاحب الأرض وتنتهي بمرور سنة على هذا العلم، أما المشرع العراقي فقد أغفل هذه المدة وهذا ولد عدم استقرار للمراكز القانونية بين القلع والتملك.

<sup>1</sup> ادورد عيد، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص: 377.

<sup>2</sup> مأمون الكزبري، التشريع العقاري، المصدر السابق، ص: 68.

## 2. التوصيات:

- نوصي كل من المشرع العراقي والجزائري أن يوسعوا من مفهوم سوء النية لدى الباني وأن لا يكتفوا بعنصري علم الباني أن الأرض لا تعود له وعدم رضا صاحب الأرض بالبناء إذ يجب أن يضيف إلى جانب ذلك قيام الباني بعلم منه، وإرادة منفردة دافعة لديه، وبدون وجه حق عنده، أو جهل ناشئ عن خطأ جسيم أو غلط في القانون ودون وجود سبب معقول (زعم بسبب شرعي)، وبغير إسناد إلى سبب ناقل للملكية إحداث بناء أو غراس أو منشآت أخرى على أرض الغير.
- نوصي المشرعين محل الدراسة أن ينص صراحة على حق الباني سيء النية بقلع البناء على أرض الغير ولا يبقى رهين إرادة صاحب الأرض بالإضافة إلى النص صراحة بالتعويض صراحة لصالح صاحب الأرض كما سار بذلك المشرع الجزائري.
- على كلا المشرعين محل الدراسة مراجعة خيار طلب القلع بيد صاحب الأرض بوصفه لا يتلائم مع روح العصر ويجب أن يسير مع التوجه التشريعي نحو تقليل الهدم ويقترح الباحث أن يكون خيار القلع بيد المحكمة فهي تحدد الأصلح والأنسب للطرفين.
- حبذا لو سار المشرع العراقي بنفس المنحنى الذي فيه المشرع الجزائري في تحديد مدة زمنية لخيار القلع والتملك تفادياً للتعسف في استعمال الحق الذي قد يقع من قبل صاحب الأرض.

## قائمة المراجع:

أولاً: الكتب.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، ط 1، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، الكويت، 1991.

- جمال خليل النشار، النية وأثرها في البناء على ملك الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، منشآت المعارف، الإسكندرية، 1995.
- الحكيم عبد المجيد، البكري عبد الباقي، البشير محمد طه، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط3، العاتك للنشر، القاهرة، 1980، ج/1.
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط1، الدار الجامعية، القاهرة، 1994.
- سعيد عبد الكريم مبارك، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1970.
- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، القانون المدني الحقوق العينية، ط2، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 1990.
- عبد الحلیم القوني، حسن النية وأثرها في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1954، ج/2.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ج/9.
- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ط3، العاتك للنشر، القاهرة، ج/1.
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2000.

- مأمون الكزبري، التشريع العقاري والضمانات، ط2، مكتبة الجامعة دمشق، سوريا، 1948.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية الجديدة، ط3، مصر، 2007.
- محمد سليمان الشوبكي، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، دار الثقافة عمان، 2001.
- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، 1986.
- محمد كامل مرسي، الأموال، ط2، مطبعة الاعتماد، مصر، 1943.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، ط2، مطبعة دار الحياة، دمشق، 1977.
- محمود الخيال، الحقوق العينية الأصلية، ط2، القاهرة، 1992.
- محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، ط1، دار المكتبة الوطنية، عمان، 2008، ج/5.
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978.
- مصطفى محمد، نظام الملكية، ط2، المكتبة المصرية الحديثة، 1998، القاهرة.
- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1965.
- أنور طلبه، شرح القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج/3.

### ثانياً. البحوث والرسائل:

- آسيا جرجور، المباني المقامة على أرض الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004.
- علي هادي العبيدي، قراءة جديدة لإحكام الاتصال بالعقار بفعل الإنسان في القانونين الأردني والإماراتي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، (ملحق)، 2009.
- محمد حرش بن رقية، التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2013.
- محمد سعيد الرحو، نحو رؤية جديدة لتحديد مستحق التعويض عن المحدثات في العقار المؤجر "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، البحرين، المجلد السابع، العدد الأول، 2010.
- نائل المساعدة، الضرر في الفعل الضار في القانون، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006.

### ثالثاً. التشريعات والقوانين:

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل - جريدة الوقائع العراقية ، العدد: 3015، تاريخ 9-8-1951، رقم الصحيفة: 243، تاريخ 10-8-1951 .
- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم وفي الأمر 75-85 في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

### رابعاً. المواقع الإلكترونية:

- الشبكة العنكبوتية، موقع (موضوع اقرأ عربي) : <http://mawdoo.com>
- الشبكة العنكبوتية، موقع (المعاني لكل رسم معنى): <http://www.almaany.com>