

مفهوم التصرف في المال المغصوب

((دراسة مقارنة))

أ. د. منصور حاتم محسن

كلية القانون / جامعة بابل

م. عباس سهيل جيجان

كلية القانون / جامعة بابل

ملخص البحث

يمثل الغصب استيلاء غير مشروع على الاموال بدون رضا اصحابها على سبيل المجاهرة والمغالبة ، وهو طريقاً يهدد الملكية بجميع انواعها وبحول دون استثمارها على الوجه المطلوب ، ومدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تدفعه للقيام ببعض التصرفات التي من شأنها منع المالك من ممارسة سلطاته المعروفة من استعمال واستغلال وتصرف ، وهذا مما يؤدي الى زعزعة استقرار المعاملات المالية والاضرار بحقوق الاخرين .

وتكمن مشكلة البحث في مفهوم التصرف في المال المغصوب من خلال الاجابة على الاسئلة الاتية : ما هو تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقانون ؟ وماهي طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقانون ؟ وما هو حكم اجازة المالك لتصرفات الغاصب في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقانون ؟ .

وقد وجدنا من خلال البحث ان كلمة التصرف في الفقه الاسلامي أعم واشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي وان تصرف الغاصب في المغصوب قسم من تصرفات الفضولي في القانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني وصوره من صور بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني وصوره من صور التعدي بنوعيه التعدي المباشر او التعدي القسدي في القانون الانكليزي .

وقد اقترحنا في هذا البحث بعض المقترحات ومنها نقتح على القوانين المدنية المصري والفرنسي والاردني ان تتبنى فكرة العقد الموقوف التي اخذها المشرع العراقي من الفقه الاسلامي لكونها تحقق الحماية القانونية لكل من حدث التصرف في ملكه وبدون اذنه وتتماشى مع مبدأ الرضائية ودرء الضرر، وذلك لان بيع ملك الغير في هذه القوانين يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وحده دون البائع ولا يسري في حق المالك الحقيقي الا بإقراره ، اما في القانون المدني العراقي فالعقد يكون موقوفاً بالنسبة للمالك والبائع والمشتري على اجازة المالك او من له حق الاجازة .

المقدمة

أولاً : موضوع البحث

يُعد الغصب صورة من صور الفعل الضار ويمثل استيلاء غير مشروع على الاموال بدون رضا اصحابها على سبيل المجاهرة والمغالبة ، وهو طريقاً يهدد الملكية بجميع انواعها ويحول دون استثمارها على الوجه المطلوب ، فمدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تدفعه للقيام ببعض التصرفات التي من شأنها منع المالك من ممارسة سلطاته المعروفة من استعمال واستغلال وتصرف ، وهذا مما يؤدي الى زعزعة استقرار المعاملات المالية والاضرار بحقوق الاخرين ، والتصرف في المال المغصوب قد يصدر من الغاصب نفسه وقد يصدر من المغصوب منه الا انه غالباً ما يصدر من الغاصب ، وفي هذا البحث حاولنا تسليط الضوء على مفهوم التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية .

ثانياً : أهمية البحث

- ١- تكمن أهمية البحث في مفهوم التصرف في المال المغصوب من خلال تحديد المعالجة التشريعية لهذا الموضوع الذي يجد اساسه في الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة ، فعلى الرغم من ان التشريعات المدنية محل المقارنة عالجت موضوع الغصب الا انها لم تبين معنى التصرف في المال المغصوب بشكل دقيق .
- ٢- تكمن أهمية البحث في مفهوم التصرف في المال المغصوب من خلال الاسهام في تقديم الحلول لمعالجة ظاهرة الاستيلاء على الاموال والتصرف فيها التي اصبحت اليوم في تزايد مستمر، ولعل ابرز العوامل التي ادت الى تنامي هذه الظاهرة تزايد حاجة الناس الى المال لأسباب كثيرة منها تغير الوضع الاقتصادي .

ثالثاً : اسباب اختيار البحث واهدافه

- ١- تفشي ظاهرة التجاوز على اموال الناس والتصرف فيها بغير حق في وقتنا الحاضر بسبب ضعف الوازع الديني في نفوسهم وكثرة اطماعهم .
- ٢- حب الغوص في المواضيع القانونية والفقهية والتي لها ارتباط وثيق في حياتنا اليومية ، وذلك لبيان الاشكالات التي يثيرها هذا الموضوع ووضع الحلول المناسبة لتفادي هذه الاشكالات أو الحد منها .
- ٣- يهدف هذا البحث الى دراسة مفهوم التصرف في المال المغصوب دراسة تأصيلية وذلك بالاعتماد على اراء الفقهاء المسلمين وارااء شراح القانون والاجتهادات القضائية فضلاً عن الاعتماد على القوانين المدنية محل المقارنة .

رابعاً : مشكلة البحث

من خلال مشكلة البحث المتعلقة بمفهوم التصرف في المال المغصوب نستطيع ان نطرح التساؤلات الآتية :

- ١- ما هو تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة ؟ .
- ٢- ماهي طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة ؟ ، فالتشريعات المدنية المذكورة لم تحدد طبيعة التصرف في المال المغصوب بالرغم من إنها اثارته جدلاً فقهيًا وقانونيًا حيث ذهب البعض الى اعتباره تصرفاً من تصرفات الفضولي وذهب آخرون الى اعتباره تصرفاً في ملك الغير .
- ٣- ما هو حكم الاجازة اللاحقة من المالك لتصرفات الغاصب في المال المغصوب ؟ وهل تُعد هذه التصرفات كتصرفات الفضولي موقوفة على اجازة المالك ام تُعد بحكم التصرفات الباطلة لا يترتب عليها أثر وإن اجازها المالك ؟ .

خامسا : منهج البحث

للإجابة على مشكلة البحث اعتمدنا اسلوب المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والوقوف على الاجتهادات القضائية ، بالإضافة الى اعتماد المنهج المقارن بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي وذلك من خلال اجراء المقارنة بين بعض القوانين المدنية العربية والقانون المدني الفرنسي والقانون الانكليزي وبيان اراء الفقهاء المسلمين واء شراح القانون في كل مورد من موارد البحث .

سادسا : خطة البحث

لغرض معالجة هذا البحث بصورة متكاملة ارتأينا تقسيم الموضوع على مبحثين ، نتناول في المبحث الاول تعريف التصرف في المال المغصوب ، وذلك من خلال تقسيمه على مطلبين نخصص المطلب الاول لتعريف التصرف في المال المغصوب في الفقہ الاسلامي ونخصص المطلب الثاني لتعريف التصرف في المال المغصوب في القانون ، ونتناول في المبحث الثاني طبيعة التصرف في المال المغصوب ، وذلك بتقسيمه على مطلبين نكرس المطلب الاول لطبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقہ الاسلامي ونكرس المطلب الثاني لطبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون ، وانهيينا البحث بخاتمة تتضمن اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات .

المبحث الاول : تعريف التصرف في المال المغصوب

ان البحث في المفاهيم يقتضي بيان تعريفها ، لان التعريف هو القول الدال على ماهية الشيء ، فتعريف الشيء لا يدل الا على المعرف وحدة ، ولأجل بيان معنى التصرف في المال المغصوب لابد من بيان معناه في نظر الفقهاء المسلمين والقانون ، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين نكرس المطلب الاول لتعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي ونخصص المطلب الثاني لتعريف التصرف في المال المغصوب في القانون .

المطلب الاول : تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي

إن الفقهاء المسلمين وضعوا للغصب تعريفات متعددة تختلف باختلاف وجهة نظر كل اتجاه فقهي الا انهم لم يضعوا تعريفاً للتصرف في المال المغصوب وانما عرفوا التصرف بشكل عام^(١) ، فالفقهاء المسلمين لم يختلفوا في اعتبار التصرف الشرعي احد مصادر الحق او الالتزام ، الا ان الاختلاف بينهم يظهر عند محاولة تحديد مشتملات هذا المصطلح ، اذ ان كلمة التصرف في الفقه الاسلامي كلمة شائعة وذات مدلول واسع ، فعلى الرغم من ترددها في كتب قدامى فقهاء الشريعة إلا انهم لم يضعوا تعريفاً محدداً لها ربما يرجع ذلك لشهرتها وتكرار استعمالها ، فقد تناول الفقهاء هذه الكلمة في ابواب كثيرة من ابواب الفقه .

ويرى فقهاء الامامية في كلامهم عن شروط المتعاقدين " ان الصغير محجور عليه سواء كان مميزاً ام لا في جميع التصرفات الا ما استثنى كعبادته واسلامه واحرامه وتدبيره ووصيته وايصال الهدية..."^(٢) ، ويرى فقهاء الحنفية في كلامهم عن الحجر " اما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها ، فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته واقراره وبيعه وشراؤه ، ولا تصح منه الهبة والوصية "^(٣) ، ويرى فقهاء المالكية في كلامهم عن المفلس " فلا يمنع من تصرفه المالي بمجرد احاطة الدين وانما يمنع من ذلك بالتفليس بالمعنى الاعم وهو قيام الغرماء عليه ، واولى بالمعنى الاخص فيمنع منهما من التصرف المالي بالتبرعات والبيع والشراء ولو بغير محاباة "^(٤)

، ويرى فقهاء الشافعية عند حديثهم عن أهلية الصبي " كما لا تصح تصرفاته اللفظية لا يصح قبضه في تلك التصرفات ، فلا يفيد قبضه الملك في الموهوب... " (٥) ، ويرى فقهاء الحنابلة عند كلامهم عن المفلس " متى حجز عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف في بيع او هبة او وقف ... او نحو ذلك لم يصح " (٦) .

ويقول احد الفقهاء لم اعثر فيما وصل الى يدي من كتب الفقهاء القدامى على حقيقة التصرف في الاصطلاح الشرعي ، وكل ما هنالك انهم تعرضوا لإباحته او منعه في ابواب كثيرة من ابواب الفقه الاسلامي ، الامر الذي يمكن من خلاله الوصول الى بيان حقيقة التصرف ، والذي يبحث عن هذا المصطلح في أبواب الفقه المختلفة يجد ان معنى التصرف كل ما يصدر عن الانسان من قول او فعل سواء كان مميزاً ام غير مميز مكلفاً ام غير مكلفاً ويرتب عليه الشارع اثر من الاثار (٧) ، وقد عرف احد الفقهاء التصرف بانه " كلام وهو فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الافعال ، وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينفع فيه ، فهذا يكون حد التصرف للتصرف باللسان ، واذا صدر من اهله في محله تحقق به وجوده ، ثم قد يمتنع فيه نفوذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع " (٨) ، وبذلك فان هذا التعريف يشمل الاقوال والافعال لقوله " فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الافعال " ، ويمكن شرح العبارتين الآخريتين الواردتين في هذا التعريف على النحو التالي :

١- اذا صدر من اهله في محله تحقق فيه وجوده : اي اذا كان هذا التصرف صادر ممن له اهلية الاداء ، بمعنى ان وجود الاهلية شرط لصحة التصرف (٩) .

٢- قد يمتنع نفوذ التصرف شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع : اي ان التصرف لا يكون نافذاً الا اذا انتفت الموانع الشرعية ، فتصرف ناقص الاهلية صحيح ولكنه موقوف لوجود المانع وهو نقص الاهلية (١٠) .

وإذا تتبعنا تعريف التصرف لدى الفقهاء المعاصرين في الفقه الاسلامي يتضح انهم عرفوا التصرف بتعريفات متعددة منها :

التعريف الاول : التصرف هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليها اثراً شرعياً في المستقبل (١١) ، و يُلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

١- ان كلمة تصرفات الواردة في التعريف كلمة مبهمه تحتاج الى ايضاح وبيان ، لأننا بصدد تعريف التصرف فكيف يكون تعريفه هو كل ما يكون من تصرفات ولو استبدلنا هذه العبارة بكل ما يصدر لكان المعنى اكثر وضوحاً .

٢- ان كلمة الشخص الواردة في التعريف تحتاج الى بيان لأنه لم يحدد هل الشخص المكلف ام الصبي سواء كان مميزا او غير مميز .

٣- ان كلمة القولية الواردة في التعريف تعني ان التعريف قد حصر التصرفات بنوع واحد فقط وهي التصرفات القولية بينما تصرفات الانسان تنقسم الى تصرفات قولية وتصرفات فعلية .

التعريف الثاني : التصرف هو كل عمل ينشئ الالتزام وينتج اثراً شرعياً^(١٢) ، ويُلاحظ على هذا التعريف انه عرف التصرف بكل عمل ينشئ الالتزام وان بعض التصرفات فيها التزام بإنشاء حق كالبيع او اسقاطه كإبراء المدين من الدين او انهائه كما في الطلاق ، بمعنى ان التصرف اعم واشمل دائرة من الالتزام .

التعريف الثالث : التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول او فعل ويرتب عليه الشارع اثراً من الاثار^(١٣) ، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

١- ان هذا التعريف لم يشمل تصرفات بعض فاقدى الاهلية كالنائم والمكره على الرغم ان الفقهاء اعتبروا كل ما يصدر عنهم من الاقوال والافعال تصرفاً .

٢- ان هذا التعريف لم يحدد من هو الشخص هل الشخص المكلف ام الصبي سواء كان مميزاً او غير مميزاً .

التعريف الرابع : التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولاً او فعلاً ويرتب عليه الشارع نتيجة ما^(١٤) ، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي

١- انه اخرج تصرفات الصبي غير المميز على الرغم من ان الصبي غير المميز قد تصدر منه بعض الاقوال والافعال وتسمى تصرفاً عند الفقهاء اذا اذن له وليه بذلك ، كما قد تصدر منه تصرفات فعلية يعتد بها الشرع كالإتلاف والاعتداء على مال الغير لأنه يلزم بالضمان في ماله .

٢- لم يشتمل التعريف على تصرفات بعض فاقدى الاهلية كالنائم والمكره على الرغم ان الفقهاء اعتبروا كل ما يصدر عنهم من الاقوال والافعال تصرفاً .

التعريف الخامس : التصرف هو الالتزام الذي يصدر عن الشخص فيرتب الشرع عليه احكاماً سواء كان بسيطاً كالنذر او مركب من التزامين متبادلين يتوقف اولهما على ثانيهما كما في عقود المعاوضات^(١٥) ، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

١- ان كلمة الشخص تحتاج الى بيان لأنه لم يحدد المقصود بالشخص هل المكلف ام الصبي سواء كان مميزاً او غير مميز .

٢- عرف التصرف بانه الالتزام لان التصرف اعم واشمل من الالتزام ، اذ ان بعض التصرفات فيها التزام بإنشاء حق كالبيع او اسقاط حق كإبراء المدين من الدين او انهاءه كما في الطلاق .

التعريف السادس : التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز باختياره من الاقوال التي رتب عليها الشرع اثرأ او حكماً معيناً^(١٦) ، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

١- انه اخرج تصرفات الصبي غير المميز على الرغم من ان الصبي غير المميز قد تصدر منه بعض الاقوال والافعال وتسمى تصرفاً عند الفقهاء اذا اذن له وليه بذلك ، كما قد تصدر منه تصرفات فعلية يعتد بها الشرع كالإتلاف والاعتداء على مال الغير لأنه يلزم بالضمان في ماله .

٢- ان كلمة الاقوال تعني ان التعريف قد حصر التصرفات بنوع واحد فقط من التصرفات وهي التصرفات القولية بينما التصرفات اما ان تكون تصرفات قولية او تصرفات فعلية .

التعريف السابع : هو كل ما يصدر عن الانسان من قول او فعل ، ويترتب عليه حكم شرعي ، وهو نوعان قولي وفعلي ، فالتصرف الفعلي ما كان قوامه عملاً غير لساني كإحراز المباحات والغصب والاتلاف وغير ذلك ، والتصرف القولي هو ما كان قوامه قولاً كالبيع والاجارة والهبة وغير ذلك ، وينقسم الى قسمين قولي عقدي وقولي غير عقدي ، فالتصرف القولي العقدي يتكون من قولين يرتبطان معاً كالبيع والاجارة او يتم بقول واحد على المعنى الاعم للعقد ، والتصرف القولي غير العقدي كالدعوى وهي طلب حق امام القضاء .

وبالتالي فالتصرف بهذا المعنى اعم من العقد بمعنييه العام والخاص لان العقد بالمعنى الخاص جزء من التصرف القولي العقدي والعقد بالمعنى العام جزء من التصرف القولي^(١٧) .

والتصرف الشرعي في الاصطلاح الفقهي هو كل عمل ينتج اثرًا شرعيًا ، والاثر الشرعي يقابله في لغة القانون انشاء الالتزام ونقله وتعديله وانقضاءه وبمعنى اخر ظهور حالة قانونية جديدة او انقضاء حالة قانونية قائمة ، فالتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية .

فالتصرفات القولية تشمل الانشاءات والاسقاطات ، والانشاءات اما ان تتم من جانب واحد وتسمى بالإيقاعات كالوقف والنذر والوصية ، ويقابلها في القانون المدني العمل الصادر من جانب واحد ، واما ان تتم من جانبين وتسمى بالعقود كالبيع والاجارة ، والاسقاطات هي التي تؤدي الى انتهاء حالة قانونية قائمة كالإبراء من الدين والعتق ، اما التصرفات الفعلية فهي التي تكون سبباً من اسباب الضمان كغصب مال الغير او اتلافه ، فالغصب ينشئ على عاتق الغاصب التزاماً برد ما غصبه عيناً او بدفع قيمته اذا تعذر الرد عيناً ، والاتلاف ينشئ التزاماً على عاتق المتلف بتعويض صاحب المال المتلف عن قيمه مال^(١٨) ، فالتصرف الشرعي اما قولي او فعلي ، فالتصرف القولي : عقدي كالبيع والشركة وغير عقدي وهو اما مجرد اخبار كالدعوى والاقرار او انشاء حق او انهائه كالوقف والطلاق والابراء ، والتصرف الفعلي هو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب وقبض الدين وتسليم المبيع^(١٩) .

وبالموازنة بين مدلول التصرف والعقد يتبين ان التصرف اعم واشمل من العقد ، لان التصرف يشمل الافعال والاقوال ، والعقد هو تصرف قولي بالألفاظ ، وكذلك ان التصرف القولي اعم من العقد ، اذ ان التصرف وان كان قولياً يشمل التصرف القولي الصادر من جانبين والصادر من جانب واحد^(٢٠) .

هذا بالنسبة لتعريف كلمة التصرف بشكل عام في الفقه الاسلامي ، اما بالنسبة لتعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي ، فالفقهاء المسلمين لم يضعوا تعريفاً للتصرف في المال المغصوب ، لان الفقهاء كما نعلم لم يهتموا بتعريف المصطلحات بل ركزوا جلاً اهتمامهم على بيان الاحكام الفقهية العملية ، الا انهم مع ذلك وضعوا تعريفاً للغصب ولكنهم اختلفوا في هذا التعريف ، فعرفه فقهاء الحنفية بانه " اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك

على وجه يزيل يده " (٢١) ، وعرفه فقهاء المالكية بأنه " اخذ مال قهراً تعدياً بلا حراسة " (٢٢) ، وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه "الاستيلاء على حق غيره بغير حق من عقار ومنقول" (٢٣) ، وعرف فقهاء الشافعية بأنه "الاستيلاء على حق الغير من مال او اختصاص عدواناً" (٢٤) ، وعرفه فقهاء الامامية بأنه " الاستيلاء على ما للغير من مال او حق عدواناً" (٢٥) ، وعرفه فقهاء الظاهرية بأنه "اخذ الشيء بغير حق ظلماً" (٢٦) ، وعرفه فقهاء الزيدية بأنه " الاستيلاء على مال الغير او حقه عدواناً" (٢٧) ، وعرفه فقهاء الاباضية بأنه "اخذ مال قهراً تعدياً بلا حراسة" (٢٨) .

وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تعريف الغصب الا ان مجمل التعريفات تتفق في ان يكون المغصوب مالاً متقوماً محترماً ، وان يكون الاستيلاء بغير اذن المالك وعلى سبيل المجاهرة والمغالبة ، ويرى احد الفقهاء ان افضل تعريف للغصب للعمل بمقتضاه هو تعريف فقهاء الشافعية وبوجه خاص في هذا العصر المتطور الذي نجد فيه ان حقوق الشعوب المستضعفة اكثرها مغصوبه بصورة مباشرة او غير مباشرة من الدول الكبرى المتقدمة في العالم التكنولوجي (٢٩) ، والغصب يفترق عن السرقة من حيث طريقة الاخذ ، فالغاصب يأخذ المغصوب مجاهره وعلانية والسارق يأخذ المسروق خفية وسراً ، كما ان الغصب يقع بعلم المجني عليه ولكن بغير رضاه واختياره وبغير مغالبة منه ، ولهذه التفرقة اثر في الحكم المترتب على كل منهما من حيث العقوبة ، فالسارق تقطع يده والغاصب لا تقطع يده ، لعدم توافر شروط السرقة فيه ومنها شرط الخفية (٣٠) .

المطلب الثاني : تعريف التصرف في المال المغصوب في القانون

فرق فقهاء القانون بين نوعين من التصرفات التي تصدر عن الانسان وهما الوقائع القانونية والتصرفات القانونية .

النوع الاول : الوقائع القانونية : وهي كل حدث يرتب القانون عليه اثرًا معيناً ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٠٠) من القانون المدني الفرنسي على انه " الوقائع القانونية هي افعال او احداث يرتب عليها القانون اثاراً قانونية... " (٣١) ، وهذه الوقائع قد تكون من فعل الطبيعة او من فعل الانسان .

أولاً: الواقعة من فعل الطبيعية (الوقائع الطبيعية) : وهي التي تحدث بفعل الطبيعة دون ان يكون للإنسان دخل فيها ويترتب عليها اثاراً قانونية ، فتكون سبباً في اكتساب الحقوق او في انقضائها كالولادة والوفاة وغير ذلك .

ثانياً : الواقعة من فعل الانسان (الاعمال المادية) : وهي التي تقع بإرادة الشخص او بدون ارادته ويترتب عليها القانون اثاراً معيناً ، أو هي الاعمال المادية التي تصدر عن الانسان فتترتب عليها اثاراً قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت عنه وهي :

١- الفعل النافع (الكسب بلا سبب) : وهو ان يثري شخص على حساب شخص اخر دون سند قانوني ، ولهذا فان القانون يرتب لمن افتقر حقاً يستطيع بمقتضاه ان يرجع على من اثرى على حسابه .

٢- الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) : ويقوم على ثلاثة اركان الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما ، كمن يقوم بإتلاف مال الغير عن اهمال دون ان يقصد الفعل او نتيجته المتجسدة في التزامه بالتعويض للمضروب ، وقد يكون اتلفه عمداً وكان يقصد الفعل فهو دون شك لم يقصد النتيجة .

٣- وقائع اخرى مثل الاستيلاء ووضع اليد وغير ذلك ، كل هذه الافعال يترتب القانون عليها آثاراً قانونية مؤداها انشاء الحقوق ، وهنا قد يظهر قصد الشخص متجهاً الى الفعل والنتيجة معاً كما في وضع اليد بنية التملك مدة التقادم المكسب للملكية بالنسبة للشيء الذي وضع يده عليه^(٣٢) ، والوقائع القانونية سواء كانت بفعل الانسان او بفعل الطبيعة يقابلها في الفقه الاسلامي التصرفات الفعلية .

النوع الثاني : التصرفات القانونية (الاعمال القانونية) : التصرف القانوني هو اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني معين سواء كان هذا الاثر هو انشاء حق او نقله او تعديله او انهاءه ، ويتمثل ذلك في العقود والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة^(٣٣) ، وبهذا الصدد تنص الفقرة الاولى من المادة (١١٠٠) من قانون العقود الفرنسي الجديد على انه " التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الارادة تهدف الى احداث اثار قانونية ، هذه التصرفات قد تكون اتفاقية او من

جانب واحد ، تخضع التصرفات القانونية من حيث صحتها واثارها عند الاقتضاء للقواعد التي تحكم العقود . «(٣٤) .

ويرى جانب من الفقه ان التصرف القانوني ينحصر في الارادة الواحدة وذلك لان العقد صورة من صور التصرف القانوني لا تختلف عن صورة التصرف الفردي الا في ان هذا الاخير يصدر بالإرادة المنفردة والعقد يصدر بإرادتين او اكثر مع التسوية بينهما في الطبيعة واعتبار كل منهما كياناً واحداً ، ووسيلته الى القول بفرديّة التصرف هي التسليم بقدرة الارادة المنفردة على ان تكون سبباً منشئاً للأثر القانوني اذا استوفت الشروط القانونية سواء أكانت قائمة بصورة مستقلة او مرتبطة مع غيرها من الارادات ، ويقول لا نعني بهذا ان الارادة المنفردة تصبح وسيلة التعامل دون العقد ولا يؤدي ذلك الى الانتقاص من اهمية العقد باعتباره وسيلة المعاملات في الكثرة الغالبة من الاحوال(٣٥) .

لذلك فان بعض الفقهاء الذين اعتبروا الارادة المنفردة الصورة الوحيدة للتصرف القانوني حاولوا بناء نظرية فقهية تشابه تلك التي اقامها الفقه الالمانى للتصرف القانوني ، ومن ابرز هؤلاء في الفقه العربي الدكتور جميل الشرقاوي والذي يقول في نظريته ان التصرف القانوني ليس له الا صورة واحدة وهي الارادة المنفردة ، واما العقد على الرغم من اهميته وغلبيته من الناحية العملية فهو مجموعة من التصرفات القانونية يولد الالتزام بنتائجها من قبل اطرافها بالارتباط به(٣٦) ، وقد أيد في ذلك بعض الفقه العربي على الرغم من اتفاق اغلب فقهاء القانون على صورتي التصرف القانوني وهما التصرف القانوني الاحادي المعبر عنه بالإرادة المنفردة والتصرف القانوني المتعدد الاطراف والمعبر عنه بالعقد ، وان العقد هو الصورة الغالبة من الناحية العملية للتصرف القانوني(٣٧) .

والعقد هو التصرف القانوني الاكثر شيوعاً ، لذا فان بعض القوانين المدنية وضعت القواعد العامة للتصرف القانوني عند تنظيمها للعقد ، ويتم الرجوع اليها في التصرفات القانونية التي تأخذ شكل الارادة المنفردة بما يتوافق مع طبيعة العقد من حيث تعدد الارادات من عدمه ، وهذا نهج اكثر القوانين اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي ، وعلى ذات النهج سارت الكثير من القوانين العربية كالقانون المصري والقانون العراقي(٣٨) ، وبهذا الصدد تنص المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي على انه " ١- لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص

فيها القانون على ذلك . ٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام . "

والإرادة هي قوام التصرف القانوني ، وقد اشترط بعض فقهاء القانون في الإرادة شروطاً لابد من توافرها حتى تكون اساساً للتصرف القانوني وهذه الشروط هي :

١- ان يعبر عنها في العالم الخارجي تعبيراً صريحاً او ضمناً .

٢- ان يصدر التعبير عن شخص ذي اهلية .

٣- ان يكون الباعث للإرادة مشروعاً .

٤- ان تكون الإرادة خالية من العيوب^(٣٩) .

ويجري الفقه القانوني على تقسيم التصرف القانوني الى نوعين : تصرف من جانب واحد وهو الإرادة المنفردة مثل الوصية ، وتصرف من جانبين او اكثر وهو العقد مثل البيع ، وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في احد قراراتها جاء فيه "...عمل الإرادة حيث تتجه الى احداث اثر قانوني معين ، اما باقترانها بإرادة اخرى مكونه منها عقداً كالبيع والايجار ، او بمفردها في صورة الالتزام بالإرادة المنفردة كالوصية والوقف..."^(٤٠) .

ولإتمام التصرف القانوني لابد من وجود شخصين على الاقل ، لان اغلب التصرفات هي اتفاقات اي توافق بين عدة ارادات ، اما التصرفات التي تصدر من شخص واحد او بالإرادة المنفردة ، فلا تنشئ الالتزامات الا في حالات معينة نص عليها المشرع ، غير ان تعريف الفقه للتصرف على انه ارادة او اتجاه ارادة يقتضي ان يتصور البعض ان التصرف دائماً هو ارادة واحدة ، ولذلك انتبه بعض الفقهاء الى هذا الامر فعدل من تعريف التصرف القانوني ، فجعله يشمل العقد الذي تعددت الارادات فيه ، فلم يُعرف التصرف بانه اتجاه ارادة او اظهارها ، بل عرفه العمل او الفعل الذي يُقصد به انتاج اثر قانوني ، مع ان الإرادة في التصرف عنصر جوهرى مميز لا يجوز اغفاله ، لذلك يُعرف التصرف القانوني لدى البعض بانه إظهار ارادة فردي او ثنائي^(٤١) ، وهذا النوع من التصرفات يطلق عليها فقهاء القانون بالأعمال القانونية او التصرفات الارادية ، ويطلق عليه في الفقه الاسلامي بالتصرفات القولية^(٤٢) .

وبالتالي فان الفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية يكمن في ان التصرف القانوني ارادة الافراد هي ذاتها التي ترتب الاثار القانونية ، في حين ان الواقعة القانونية لا دخل لإرادة الافراد في احداث الاثار القانونية وانما القانون هو يفرض ذلك ، ولا يغير في ذلك شيء اذا كانت في بعض الوقائع للإرادة دخل في احداث الواقعة القانونية مثال ذلك الفضالة ، حيث يريد الفضولي القيام بخدمة لمصلحة الغير ، لذلك يطلق بعض الشراح على التصرفات القانونية المصادر الارادية للالتزام وعلى الوقائع القانونية المصادر غير الارادية للالتزام ، فالواقعة القانونية كالتصرف القانوني قد تنشئ الحقوق الشخصية وقد تكسب الحقوق العينية وقد تقضيها جميعاً وقد ترتب آثاراً قانونية اخرى ، فالمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي مقابلة ما بين الارادة والعمل ، فحيث تمخضت الارادة لإحداث اثر قانوني فهو تصرف قانوني ، وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الارادة فترتب عليه القانون اثرأ فهو واقعة قانونية^(٤٣) .

وفيصّل التفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني يتمثل في دور الارادة في كل منهما ، ففي التصرف القانوني يترتب الاثر القانوني المتمثل بنشوء الحق او تعديله او نقله او انهائه ، لان الارادة اتجهت الى ترتيب الاثر ، اما في حالة الواقعة القانونية فان الاثر يترتب من مجرد فعل او عمل مادي حتى ولو لم تكن هنالك ارادة تتجه الى احداث هذا الاثر^(٤٤) .

يتضح مما تقدم ان كلمة التصرف في الفقه الاسلامي اعم واشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي ، لأنها عند الفقهاء المسلمين تُطلق على كل ما يصدر عن الانسان من اقوال وافعال ، اما في القانون الوضعي تُطلق على كل ما يصدر عن الشخص من اقوال فقط ، وبالتالي يكون بينهما عموم وخصوص ، فكل تصرف قانوني يعتبر تصرفاً شرعياً وليس كل تصرف شرعي يعتبر تصرفاً قانونياً^(٤٥) .

بعد بيان تعريفات التصرف في الفقه الاسلامي وفي القانون يُستلزم بنا ان نضع تعريفاً مناسباً لكلمة التصرف عسى ان يكون تعريفاً جامعاً مانعاً ، لذا يعتقد الباحث التصرف هو كل ما يصدر عن الانسان من قول او فعل ويرتب عليه الشارع اثرأ من الاثار، وبالتالي فان هذا التعريف يشمل كل ما يصدر من الانسان سواء كان مكلفاً ام غير مكلف مميّزاً ام غير مميّز بإرادته او بغير ارادته وسواء كانت التصرفات التي تصدر عنه اقوالاً او افعالاً .

هذا فيما يتعلق بتعريف التصرف في القانون بشكل عام ، اما فيما يتعلق بتعريف التصرف في المال المغصوب في القانون ، فإننا لم نعثر على تعريف قانوني لدى فقهاء القانون لبيان معنى التصرف في المال المغصوب ، وكذلك لم نعثر على تعريف للغصب عند فقهاء القانون سوى ان بعضهم اورد تعريفاً للغصب اثناء تناولهم مسائل القانون المدني مقارنة بالفقه الاسلامي ، اذ عرفه احدهم بقوله : "الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا اذن من له الاذن على وجه يزيل يده بفعل في العين" (٤٦) ، وقد حدد هذا التعريف شروط المال المغصوب ومنها ان يكون متقوماً ومحترماً وان يكون قابلاً للنقل والتحويل ، اذ اشترط لتحققه من عدمه امكانية النقل والتحويل من مكان الى اخر ، ومما يُلاحظ على هذا التعريف انه قصر الغصب على الاموال المنقولة لأنه اشترط في الاموال المغصوبة الحركة والانتقال من مكان الى اخر ، في حين ان الغصب يرد على المنقولات والعقارات على حد سواء ، لذلك نرى احد فقهاء القانون يُعرف الغصب بانه الاستيلاء على مال الغير بغير حق (٤٧) .

وقد عرفه فقيه اخر بانه : "ازالة يد المالك عن شيء من ملكه ووضع يد الغاصب عليه بغير حق شرعي" (٤٨) ، ومما يُلاحظ على هذا التعريف انه قصر الغصب على الاشياء دون الاموال ، وهذا غير صحيح ، لان الاشياء في مصطلح القانون تختلف عن الاموال ، فالمال هو كل حق له قيمة مادية سواء كان هذا الحق حقاً عينياً او حقاً شخصياً او حقاً معنوياً ، والشئ فهو محل ذلك الحق سواء كان هذا الشئ شيئاً مادياً او شيئاً معنوياً (٤٩) .

وبهذا الصدد يذهب احد الشراح الى تعريف الغصب بانه : الاستيلاء على شيء مادي معين للغير حق عليه بدون سبب مشروع ، وقد استند في وضعه لهذا التعريف الى عدة مبررات : منها ان الشئ المغصوب قد يكون مثقلاً بحق عيني اخر غير حق الملكية كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق ، وكذلك قد يكون مثقلاً بحق عيني تبقي كحق الرهن الرسمي (التأميني) او الحيازي ، وقد يتعلق الحق الشخصي بالشئ المغصوب كحق المستأجر على العين المؤجرة ، وان كل هؤلاء وبالرغم ان الشئ المغصوب ليس مملوكاً لهم يستطيعون استرداده بمقتضى حق التمتع الذي يتمتع به صاحب الحق العيني او طبقاً لأحكام الحيازة التي بمقتضاها يستطيع الحائز للعقار ان يسترده بدعوى استرداد الحيازة سواء اكان الحائز حائزاً اصلياً او حائزاً عرضياً (٥٠) .

اما بالنسبة لتعريف التصرف في المال المغصوب في القوانين المدنية محل المقارنة ، فإننا لم نعثر على تعريف لهذا التصرف وكذلك لم نعثر على تعريف للغصب في هذه القوانين سوى ان المشرع اليمني عرف الغصب في المادة (١١١٩) من القانون المدني اليمني بأنه "الاستيلاء على مال الغير او حقه عدواناً بدون سبب شرعي" ، والمشرع اليمني في تعريفه للغصب يتفق مع تعريف فقهاء الزيدية والامامية الذي جمع بين المال والحق ، وحسناً فعل المشرع اليمني بوضعه تعريفاً للغصب ، لان الاحكام تأتي من التعريف الجامع والمانع للشيء ، ومما يُلاحظ على هذا التعريف انه قاصر عن بيان المقصود وذلك للأسباب الآتية :-

١- ان المشرع اليمني يعتبر كل استيلاء على اموال الغير بدون سبب مشروع غصباً ويخضع من الناحية المدني لأحكام الغصب سواء كان ذلك قد تم بطريق الغصب او السرقة او بغير ذلك من الصور غير المشروعة ، بينما الغصب يتشابه مع السرقة من حيث الحكم ويختلف عنها من حيث النطاق والمجاهرة^(٥١) .

٢- يكفي في التعريف عبارة عدواناً لأنه ينطوي على التعدي فلو كان لديه السبب القانوني لما اعتبر متعدياً ، وبهذا الصدد يرى احد الشراح ان هذا التعريف فيه حشو لان قيد عدواناً يغني عن قيد بدون سبب شرعي^(٥٢) .

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع العراقي قد اورد الغصب كأحد صور الخطأ في باب المسؤولية عن الاعمال الشخصية (المسؤولية التقصيرية) ، الا ان الغصب تترتب عليه احكام تختلف عن الاحكام العامة للمسؤولية التقصيرية في بعض الحالات ، والسبب في ذلك يعود الى وجود العديد من الفوارق بين نظامي المسؤولية التقصيرية وضمان اليد ، ومنها انعدام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر للسبب الاجنبي يؤدي الى عدم قيام المسؤولية التقصيرية ، اما في ضمان اليد لا نحتاج الى الرابطة السببية ، فصاحب اليد يضمن حتى لو اثبت وجود السبب الاجنبي ، لأنها يده ضامنه في جميع الاحوال ولا يغير من حكمه انعدام الخطأ او الرابطة السببية ، الا ان الغصب في ظل القانون المدني يمثل احدى تطبيقات او صور المسؤولية التقصيرية ، وبالتالي يحتاج الى وقوع خطأ من الغاصب حتى يُعد فعله غصباً^(٥٣) .

وان المشرع العراقي تجنب وضع تعريف الغضب وانما اورد في نصوص القانون المدني احكاماً خاصة به وحسناً فعل في ذلك لسببين اولهما : ان التعريفات من عمل الفقهاء والشراح وليست من عمل المشرع ، وثانيهما : ان هنالك اختلافاً كبيراً بين الفقهاء المسلمين في تعريف الغضب وتحديد نطاقه ، لذلك فالمشرع ترك امره للفقهاء والقضاء لانهما اكثر اتصالاً بواقع الحياة وحاجات المجتمع^(٥٤) ، والدليل على ذلك نرى ان محكمة التمييز العراقية قد تأثرت برأي جمهور الفقهاء المسلمين في تعريفهم للغضب ، فقد جاء في احد قراراتها " والغضب كما عرفه الفقهاء إثبات احد يده على مال الغير بدون اذنه او في استعماله بدون اذن صاحبه " (٥٥) .

واما المشرع المصري فانه لم يُعرف الغضب لأنه لم يُنظم احكام الغضب في مواد خاصة تحت عنوان الغضب ، وانما جاءت احكام الغضب في نصوص متفرقة بين احكام بيع ملك الغير واحكام الحيازة واحكام الالتصاق^(٥٦) ، ومع ذلك فان محكمة النقض المصرية تكفلت في بعض قراراتها بوضع تعريف واضح وصريح للغضب ، ولكنها كما يبدو قصرت الغضب على العقارات دون المنقولات ، وهذا مما يُعد اهتماماً واضحاً بضرورة معالجة المشرع المصري لهذه الصورة من صور الفعل الضار وتنظيم احكامها في مواد خاصة ، فقد جاء في احد قرارات محكمة النقض المصرية " يقصد بدايةً بالغضب تجرد وضع اليد من الاستناد الى سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار " (٥٧) ، وجاء في قرار اخر " مقصود الغضب هو انعدام الحيازة وهو لا يكون كذلك الا اذا تجرد وضع اليد من الاستناد الى سند قانوني له شأنه في تبرير الحيازة على العقار " (٥٨) ، وقضت في قرار اخر لها " يُعتبر الشخص غاصباً اذا وضع يده على عقار بدون سند قانوني او كان واضعاً يده بسند قانوني ثم زال هذا السند واستمر واضعاً يده... " (٥٩) ، وتقول محكمة النقض المصرية في قرار لها " الغضب . ماهيته . عملاً غير مشروع يلزم من ارتكبه بتعويض الأضرار الناشئة عنه " (٦٠) .

والمشرع الاردني ايضاً لم يُعرف الغضب وانما اورد في القانون المدني احكام خاصة به ، الا ان محكمة التمييز الاردنية تكفلت بوضع تعريف للغضب ، وكما يبدو ان الغضب في نظرها يشمل العقارات والمنقولات ، اذ جاء في احد قراراتها : " ... الغضب هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه ، اي بدون رضا المالك ، اذ يتم الغضب بتحقيق العناصر التالية وهي : أ- ازالة يد المالك ورفعها . ب- ان يكون المال المغصوب متقوماً . ج-

ان يكون ذلك مجاهرة ومغالبة . د- ان يحدث ذلك بفعل يصدر عن الغاصب . " (٦١) ، وقضت في قرار اخر لها " ... ان الغصب هو فعل ضار ومستمر يبدأ من تاريخ وضع اليد على المغصوب ويستمر قائماً ومتجدداً الى ان ينتهي ... وان فعل الغصب صورة من صور الفعل الضار وتنطبق عليه احكام المادة ١/٢٧٢ من القانون المدني... " (٦٢) .

وبالتالي فان الحائر سيء النية يُعتبر غاصباً ما دام قد وضع يده على حق الغير بنية الاستحواذ عليه والتصرف فيه مع علمه ان هذا الحق ليس عائداً له ، ويلتزم برد الشي المغصوب الى المغصوب منه ان كان قائماً ، ويكون مسؤولاً عن هلاكه او تلفه سواء كان ذلك بخطئه او بسبب اجنبي (٦٣) ، وهو مسؤول عن منفعة المغصوب وزوائده وعماء طراء عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده كما لو جنى ثماره فانه يلتزم بردها للمالك (٦٤) ، وان هذه المسؤولية تتركز على ثلاثة اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وان ما يميزها من المسؤولية التقصيرية ان العلاقة السببية فيها من القوة ، فلا تنقطع بالقوة القاهرة ولا بالحدث الفجائي خلافاً للمسؤولية التقصيرية (٦٥) .

والسؤال المطروح هنا هل هنالك تقارب بين الغصب والحياسة ؟ الإجابة على هذا السؤال تكمن في تحديد مواطن الشبه والاختلاف بين الغصب والحياسة من خلال النقاط الآتية :

أولاً : اوجه الشبه

اوجه التشابه بين الغصب والحياسة عديدة اهمها ما يلي :

١- من حيث الاعتداء : ان سوء النية في الحياسة يقابل الاعتداء على المال المغصوب ، وبالتالي فان الحائر سيء النية يده يد ضمان كيد الغاصب ، فالحائر سيء النية يستولى على ملك الغير وهو يعلم او يمكنه ان يعلم انه ليس ملكاً له ، والغاصب يستولي على ملك الغير وهو يعلم بانه ليس له حق في هذا الاستيلاء ، وطبقاً للمادة (٢/١١٤٨) من القانون المدني العراقي فانه " يُعتبر سيء النية من اغتصب الحياسة من غيره بالإكراه وان اعتقد بانه على حق في الاحتياز " ، ذلك لان انتقال الحياسة في هذا الفرض يقوم على سبب باطل ، فمن ادعى ملكية شيء واخذه غصباً من صاحبه وضد ارادته يُعد حائر سيء النية ومن اشترى شيئاً ولم يدفع ثمنه فاغتصب حيازته معتقداً بان له الحق في ذلك يعد حائراً سيء النية (٦٦) .

٢- من حيث الرد والضمان : ان الغاصب مطالب برد المغصوب الى المغصوب منه والحائز سي النية مطالب برد الشيء الى مالكة ان كان موجوداً وقائماً ، وكلاهما مطالبين برد مثله او قيمته ان تعذر عليهما الرد بسبب الهلاك او الاتلاف^(٦٧) ، وكذلك الحال بالنسبة لمنافع الشيء وثماره ، فهي مضمونة على الغاصب والحائز سيء النية^(٦٨) .

٣- من حيث المسؤولية : ان الغاصب والحائز سيء النية مسؤولين مسؤولية مطلقة عن هلاك الشيء وتلفه سواء أكان الهلاك او التلف بسبب احدهما ام كان بسبب اجنبي ، فالحائز سيء النية اذا وضع يده على ملك الغير بنية الاستحواذ عليه والتصرف فيه مع علمه بان هذا الملك لا يعود له فإنما هو غاصب ايضاً^(٦٩) .

٤- من حيث تعاقب الايدي : انتقال الحيازة الى الخلف الخاص او الى الخلف العام اذا تحقق فيها سوء النية يترتب على الخلف المسؤولية نفسها التي تترتب على السلف اذا كان حائزاً بسوء نية ، وكذلك من انتقل اليه المال المغصوب معاوضةً او تبرعاً وكان يعلم بالغصب فانه يتحمل ذات المسؤولية التي يتحملها الغاصب من رد المغصوب وزوائده^(٧٠) .

ثانياً : اوجه الاختلاف

اوجه الاختلاف بين الغصب والحيازة عديدة اهمها ما يلي :

١- من حيث اليد : اليد في الغصب يد عادية غير جديرة بالحماية القانونية ، واليد في الحيازة ايضاً يد عادية الا انها جديرة بالحماية القانونية ، ويرى احد الشراح ان حكمة حماية الحيازة تعود لاعتبارين : الاعتبار الاول ان في حماية الحيازة حماية للحق نفسه ، اذ غالباً ما يكون الحائز هو صاحب الحق ، والاعتبار الثاني ان في حماية الحيازة حماية للأمن والنظام العام ، لان في الاعتداء على الحيازة تعكير لهما ، ولذا لا يسوغ لأي شخص ان يغتصب الحيازة من حائزها ، ولا يجديه ان يبرر اعتدائه على الحيازة بقوله انه صاحب الحق ، لان هذا من قبيل قضاء الانسان لنفسه وهو غير جائز ، فلا يبقى امام من يدعي ملكية الحق المحوز سوى احترام حيازة ذي اليد الظاهرة المستوفية لشروط الحيازة والالتجاء الى القضاء بدعوى المطالبة بحقه ، فالحماية التي اقرها القانون غالباً ما تكون حماية لصاحب الحق نفسه^(٧١) .

٢- من حيث النطاق : الغصب لا يكسب الغاصب سوى ملكية المنقول بالضمان ، وإذا كان المغصوب عقاراً يُشترط لملكه ان يكون العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وان تستمر حيازة الغاصب لذلك العقار المدة المطلوبة للتقادم حتى يستطيع تملك العقار بالحيازة المقترنة بالتقادم ، في حين ان الحيازة تصلح سبباً لكسب الملكية في العقار والمنقول^(٧٢) .

٣- من حيث النية : الحيازة اما ان تكون بحسن نية او بسوء نية ، فاذا كانت الحيازة بسوء نية فلا بد من اقترانها بمدة التقادم الطويل وان يقع من الحائز دفع لدعوى الملكية بالإلتهكار^(٧٣) ، اما الغاصب الضامن فهو سيء النية لان اساس الضمان مبني على ارتكاب الغاصب فعلاً من افعال التعمد او التعدي ، فاذا قام بعمل من هذه الاعمال وتغير المال المغصوب عنده مادياً او قانونياً فانه يملك هذا المال باثر رجعي بشرط اداء الضمان الى المغصوب منه^(٧٤) .

وبناءً على ما تقدم يرى الباحث ان الغصب ما هو الا صورة من صور الفعل الضار الصادر من الغاصب والواقع على مال الغير سواء كان منقولاً او عقاراً او حقاً مالياً ، ويستوي ان يكون الغاصب قد تعدى على مال الغير وهو في حوزة مالكه او ان يكون المال تحت يد الغاصب بموجب سند قانوني ثم زال هذا السند^(٧٥) .

المبحث الثاني : طبيعة التصرف في المال المغصوب

ان الغرض من معرفة الطبيعة لتصرف معين لرد هذا التصرف لطائفة معينة من التصرفات ولإعطاء الحكم المناسب لهذا التصرف ، ومن ثم رده الى اساسه الفقهي والقانوني الصحيح ، ولأجل تحديد طبيعة التصرف في المال المغصوب لابد من بيان طبيعة التصرف في المال المغصوب في نظر الفقهاء المسلمين وفي نظر فقهاء القانون ، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين نكرس المطلب الاول لطبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي ونخصص المطلب الثاني لطبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول : طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي

اتفق الفقهاء المسلمين على ان من باع ملك غيره بدون اذنه فانه فضولي ، ولكنهم اختلفوا في قبول تصرف الفضولي وانقسموا في ذلك الى اتجاهين :

الاتجاه الاول : يرى اصحاب هذا الاتجاه ان بيع الفضولي صحيح واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول^(٧٦) ، ومن استدلالهم بالكتاب قوله تعالى " احل الله البيع "^(٧٧) ، فالبيع في هذه الآية الكريمة عام يشمل كل بيع ويدخل في هذا بيع الفضولي فانه بيع فيكون حلالاً ، ومن استدلالهم من الكتاب ايضاً قوله تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى "^(٧٨) ، ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والاحسان الى المالك وهذا تعاون على البر والتقوى ، اما في السنة فقد استدلوا بما روي عن عروة بن ابي الجعد البارقى ان النبي (ص) اعطاه دينارا ليشتري به له شاة فاشترى شاتين فباع احدها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعة وكان لو اشترى التراب لربح فيه^(٧٩) ، وجه الدلالة ان عروة باع مال مملوك لغيره بغير اذنه ، وقد اقر الرسول (ص) ما فعله عروه ودعا له بالبركة ، فلو كان البيع غير صحيح ما اقره الرسول (ص) ، وكذلك استدلوا بما روي عن حكيم بن حزام ان النبي (ص) بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها ف جاء بالأضحية والدينار الى الرسول (ص) ، فقال له ضحي بالشاة وتصدق بالدينار^(٨٠) ، وجه الدلالة ان الصحابي حكيم بن حزام باع مال مملوك للغير بدون اذن منه وقد اقره الرسول (ص) فدل على صحته ، واما في المعقول فالعقل السليم يقضي ان من باشر العقد يكون اهلاً لمباشرته ، والمبيع مال متقوم فيصح البيع قياساً على بيع المالك بجامع ان التصرف في كل صدر من اهله في المحل القابل له^(٨١) .

والاتجاه الثاني : يرى اصحاب هذا الاتجاه ان بيع الفضولي غير صحيح^(٨٢) ، واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول ، اما من الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى " ... ولا تكسب كل نفس الا عليها ... "^(٨٣) ، ووجه الدلالة يستفاد من الآية الكريمة ان كسب الانسان يكون عليه لا على غيره ، فلو صح تصرف الفضولي لكان في ذلك اسناد كسب الانسان الى غيره ، وهذا يتنافى مع ما دلت عليه هذه الآية ، واما من السنة فقد استدلوا بما روي عن حكيم بن حزام انه قال قلت يا رسول

الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه ثم ابتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك^(٨٤) ، وجه الدلالة ان الرسول (ص) نهى حكيم بن حزام عن بيع ما ليس في ملكه ، والمبيع في بيع الفضولي ليس ملكاً لمن باشر البيع ، فيكون منهياً عنه والنهي يدل على الفساد ، فيكون بيع مال الغير بدون اذنه فاسداً^(٨٥) ، اما المعقول فان المبيع غير مملوك لمن باشر العقد ، فيكون غير مقدور على تسلميه ، فلا يصح كبيع السمك في الماء والطير في الهواء^(٨٦) .

وبالتالي فمن باع ملك غيره فانه فضولي وقبول تصرف الفضولي محل خلاف بين الفقهاء فالحنفية والمالكية والشافعية في المذهب القديم وبعض الحنابلة وبعض الامامية يقولون بجواز بيع الفضولي والعقد ينعقد صحيحاً ويتوقف على رأي المالك فان اجازه مضى وان رفضه انفسخ ، اما الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في الرواية الاخرى والامامية في قول اخر فلا يقولون بصحة بيع الفضولي لأنه بيع الانسان ما لا يملك وهو بيع منهى عنه شرعاً^(٨٧) ، فالفضولي تارة ينشئ العقد للمالك وهذا من ابرز مصاديق الفضولية ، وتارة اخرى ينشئ العقد لنفسه لا للمالك ، وهذا غالباً ما يكون من الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً^(٨٨) ، كما لو تصرف الفضولي باسمه الشخصي دون ان يعلن انه فضولي بمعنى انه يضيف التصرف الى نفسه وكأنه هو المالك ، وبالتالي فان تصرف الغاصب يُعتبر قسم من تصرفات الفضولي لأنه يتصرف بملك غيره وخاصةً عندما يأتي التصرف لنفسه وكأنه هو المالك .

ويرى اكثر فقهاء الامامية ان الغاصب كالفضولي بقولهم : " اذا باع الفضولي مال غيره عن نفسه لاعتقاده انه مالك او لابتئانه على ذلك كما في الغاصب ، فأجازه المالك صح البيع ويرجع الثمن الى المالك "^(٨٩) ، ويقولهم : " الصورة الثالثة : ان يبيع الفضولي لنفسه ، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب ... "^(٩٠) .

ويرى أكثر المالكية ان بيع الغاصب كبيع الفضولي بقولهم : " ان الغاصب او المشتري منه اذا باع الشي المغصوب ، فان للمالك ان يجيز ذلك البيع ، لان غايته انه يبيع فضولي ، وله ان يرده ، وظاهره سواء قبض المشتري المبيع ام لا ، وظاهره علم المشتري انه غاصب ام لا ... "^(٩١) ، ويقولهم : " الغاصب اذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه فان له نقض البيع الصادر منه قبل الارث ، لانتقال ما كان لمورثه اليه وقد كان لمورثه النقض ... ومنه يؤخذ انه لا خصوصية للغاصب بما ذكر ، بل يجري ذلك في بيع كل فضولي "^(٩٢) .

ويرى أكثر الحنابلة ان تصرف الغاصب كتصرف الفضولي بقولهم : " وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي ، على ما ذكرنا من الروايتين ، احدهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على اجازة المالك ، وذكر ابو الخطاب في تصرفات الغاصب الحكمية رواية انها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج او العقود كالبيع والاجارة والنكاح ، وهذا ينبغي ان يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك ، فأما ما اختار المالك ابطاله واخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً ، واما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ، ففي القضاء ببطلانها ضرر كبير وربما عاد الضرر على المالك ، فان الحكم بصحتها يقضي كون الربح للمالك وال عوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك " (٩٣) .

ويرى اكثر الحنفية ان بيع الغاصب من اوضح افراد بيع الفضولي لنفسه بقولهم : " من باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ومن غصب عبداً وباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعقود جائز " (٩٤) ، ويقولهم : " ولو كان المغصوب عبداً فاعتقه المشتري من الغاصب ، ثم اجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحساناً " (٩٥) ، ويقولهم : " ولو غصب جارية فباعها فقطعت يدها ثم اجاز المغصوب منه البيع صحت الاجازة " (٩٦) ، فاذا اجر الغاصب المغصوب ، فعلى المستأجر دفع الاجر المسمى للغاصب لأنه العاقد ولا شيء للمالك وكذا حكم الفضولي وذلك لان المنافع لا تنقوم الا بالعقد ، فوجب الاجرة للغاصب او الفضولي لان المنافع تقوم بعقده ، اما لو كان المال المغصوب مال وقف او مال يتيم او معداً للاستغلال ، فالأجر المسمى ايضاً للغاصب غير انه يضمن للمتولي او للوصي او للمالك اجر المثل (٩٧) .

ويرى فقهاء الشافعية ان الغاصب كالفضولي بقولهم : " لو غصب اموالاً وباعها وتصرف في اثمانها مرة بعد مرة بحيث يعسر او يتعذر تتبع تلك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان حكاهما امام الحرمين والغزالي وغيرهما... والثاني ان يجيزها ويأخذ الحاصل من اثمانها لعسر تتبعها بالنقض والله تعالى اعلم " (٩٨) ، ويقولهم : " لو غصب اموالاً وباعها وتصرف في اثمانها مرة بعد اخرى ففيه قولان... والثاني للمالك ان يجيزها ويأخذ الحاصل منها " (٩٩) .

ويرى فقهاء الزيدية تصرف الغاصب كتصرف الفضولي بقولهم : " واذا باعها الغاصب وتلف الثمن في يده ثم اجاز المالك نفذ البيع وبرئ المشتري ... " (١٠٠) ، ويقولهم : " فان تصرف

الغاصب في العين المغصوبة سواء بأجر أو نحوه من العقود التي تلحقها الإجازة كبيع أو هبة أو نحوه فموقوف على إجازة المالك إذ الغاصب فضولي فإن أجاز لفظاً أو جرى منه ما هو بمعنى الإجازة كالمطالبة بالإجرة مع علمه بالتأجير صحت الإجازة واستحق المسمى" (١٠١) .

ورغم أن جمهور الفقهاء المسلمين اتفقوا على توقف صحة تصرفات الغاصب على إجازة المالك الحقيقي ، فإن رضي بها وأجازها نفذت وإن لم يجزها اعتبرت باطلة وكأنها لم تكن ، إلا أن بعضهم يذهبون إلى القول ببطلان تصرفات الغاصب بالبيع ونحوه ولا تقف على الإجازة ، فقد ذهب بعض فقهاء الإمامية إلى القول ببطلان بيع الفضولي لنفسه بقولهم : " الصورة الثالثة : أن يبيع الفضولي لنفسه ، وهذا غالباً ما يكون في بيع الغاصب ... ، وفيه قولان : صرح جماعة من الأصحاب بالبطلان" (١٠٢) ، وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول ببطلان بيع الفضولي إذا أنشأه لنفسه بقولهم : " ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكة لكان أولى ، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في البدائع" (١٠٣) ، وذهب بعض الشافعية إلى القول أن تصرفات الفضولي لا تنعقد بل تصدر باطلة ، والعقد لم ينعقد أصلاً ، فالإجازة لا تلحقه ، لأن عبارات عقده ولدت مينة والإجازة لا تحييها ، هذه وجهة نظر الشافعي في قوله ووجهة نظر الحنفية والمالكية والحنابلة في بعض الروايات (١٠٤) .

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه لراي جمهور الفقهاء القائلون بصحة توقف تصرفات الغاصب على إجازة المالك لأن حكمه حكم الفضولي بل هو فضولي أيضاً (١٠٥) ، ودليلنا في ذلك أن الفضولي كما عرفه أحد فقهاء الإمامية هو الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً (١٠٦) .

ويعود منشأ الخلاف بين الفقهاء في حكم تصرفات الغاصب إلى مدى اعتبار ولاية العاقد شرط انعقاد أم شرط نفاذ ، ومن جملة الشروط المعتبرة في العقد أن يكون العاقد مالكاً للتصرف في محل العقد ، وقد فرغ الفقهاء على هذا الشرط العقد الصادر ممن لا يملك محل العقد وهو الفضولي مع توافر بقية الشروط اللازمة في العقد ، فاختلّفوا في صحته موقوفاً على إجازة صاحب الشأن أو بطلانه وإن لحقته الإجازة ، وسبب اختلاف الفقهاء يعود إلى اختلافهم في اعتبار هذا الشرط هل هو شرط لانعقاد والصحة وتخلّفه يعني بطلان العقد أو أنه شرط للنفاذ فيقع العقد بدونه صحيحاً موقوفاً على إجازة من يملك التصرف ، فعند الشافعية هو شرط لانعقاد

والصحة فلا ينعقد العقد بدوننه فهو والعقد الباطل سواء لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية ، وعند الحنفية هو شرط للنفاذ فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك او الولاية ولكنه موقوف على اجازة المالك^(١٠٧) ، فاذا كان شرط انعقاد عندها يكون تصرف الغاصب باطلاً ، واذا كانت شرط نفاذ فيكون تصرف الغاصب موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي ، فان اجازة نفذ التصرف^(١٠٨) .

ونحن نؤيد رأي الفقهاء الذين يقولون ان ولاية العاقد على المال شرط نفاذ ، لان رعاية مصالح الناس تقتضي صحة تصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي خاصة اذا علمنا ان تصرفاته تتوقف على اجازة المالك ، ونعتقد ان هذا الرأي هو الاقرب الى تصرفاتنا المدنية والأكثر توافقاً مع النصوص الشرعية ، فالفقه الاسلامي ميّز في تصرفات الفضولي بين ان يقوم الفضولي او المتصرف بالتصرف في شؤون الغير بالإعلان صراحة او ضمناً بانه يتصرف لحساب المالك وهذه اظهر صورة للفضالة بل الصورة الشائعة او ان يتصرف الفضولي باسمه الشخصي دون ان يعلن انه فضولي يتصرف عن الغير بمعنى ان يضيف التصرف لنفسه وكأنه هو المالك ، ويحدث ان يتصرف الشخص في ملك الغير ويضيف التصرف الى نفسه دون ان يفصح عن شخص المالك ، بحيث يظهر امام العاقد الاخر انه المالك الحقيقي وان محل العقد ملكه ، وفي هذه الحالة اسبغ عليه جمهور الفقهاء وصف الغاصب الا انهم في نهاية المطاف طبقوا عليه احكام الفضولي^(١٠٩) .

والسؤال المطروح هنا : اذا كان التصرف القولي محلاً للفضالة باتفاق الفقهاء هل يكون التصرف الفعلي محلاً للفضالة ؟ للإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء ولهم قولين :

القول الاول : قال ابو حنيفة والشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة ان تصرف الفضولي في شؤون غيره يقتصر على التصرفات القولية فقط سواء اكانت من عقود المعاوضة او عقود التبرع وسواء اكانت من جانبين او جانب واحد ، وذلك لان التصرف الموقوف ينفذ بالإجازة ، والافعال لا تتوقف حتى تلحقها الاجازة ، وهو مراد الفقهاء عند كلامهم عن تصرفات الفضولي^(١١٠) .

القول الثاني : قال بعض الحنفية وبعض الشافعية والمالكية والحنابلة ان التصرف الفعلي كالتصرف القولي كلاهما يمكن ان يكون محلاً لتدخل الفضولي في الفقه الاسلامي^(١١١) ، وذلك ان عروة البارقي باع واشترى للرسول (ص) دون وكالة وقد اشتمل تصرفه على غير العقد من

القبض والإقباض وقد اجاز الرسول (ص) فعله^(١١٢) ، وهذا دليل على مشروعية الفضالة بالأفعال .

ونحن نتفق مع القول الثاني لقوة حجتهم بإجازة الرسول (ص) لما صدر عن عروة البارقي من اقوال وافعال ، وبالتالي يمكن القول ان الفضولي في الفقه الاسلامي قد يصدر منه تصرف قولي وقد يصدر منه تصرف فعلي ، وهذا ما اكدته مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٤٥٣) التي تنص على انه "ان الاجازة كما تلحق الاقوال تلحق الافعال ايضاً" .

فالفضولي في اصطلاح الفقهاء المسلمين هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية عليه كمن يبيع مالاً بدون اذن شرعي من المالك وكمن يشتري شيئاً لغيره لم يوكله في شرائه وليست له ولاية الشراء وكمن يؤجر ملك غيره وكمن يهب او يوصي بملك الغير ونحو ذلك ، وكما قد يقوم الفضولي بتصرف قولي دون ان تكون له ولاية التصرف فانه قد يقوم بتصرف فعلي^(١١٣) .

ونخلص مما تقدم ان تصرف الغاصب هو قسم من تصرفات الفضولي عندما يأتي التصرف لنفسه وكانه هو المالك وعندئذ لا تخرج عن الفضالة ، ومعنى الفضالة هنا متحقق من حيث كونها تصرف في حق الغير دون اذن أو ولاية أو وكالة ، وهذا هو الحد الذي يتوقف عليه وجود الفضالة ، حيث لم يقل احد ان يكون التصرف باسم المالك او الفضولي سوى بعض الفقهاء ، ونظراً لسعة مفهوم الفضولي في الفقه الاسلامي حيث يشمل كل من يتصرف في حق الغير دون اذن شرعي ، كالغاصب مثلاً يتصرف في المغصوب بالبيع او غيره ، والوكيل يتصرف مخالفاً ما امر به موكله متجاوزاً حدود الوكالة ، فلا مانع من ان يستعمل لفظ الفضالة للدلالة عن جميع الاعمال التي يقوم بها الفضولي ومنها ان يتصرف الفضولي باسمه الشخصي بمعنى انه يضيف التصرف لنفسه وكانه هو المالك ، وهذا التصرف غالباً ما يصدر من الغاصب .

المطلب الثاني : طبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون

يُشترط لكي تنتقل ملكية المبيع في الحال الى المشتري ان يكون البائع مالكا للمبيع ، فاذا باع شخص لآخر شيئاً لم يكن مالكا له ، فالحال لا يخلو من عدة امور : اما ان يكون المشتري هو الذي يملك المبيع حقيقةً لكنه لا يعلم ، فيقع البيع في هذه الحالة باطلاً لانعدام ركن السبب ، واما ان يكون المبيع مملوكاً لغير المتعاقد ، بل يعتقد البائع غلطاً انه يعود اليه ، وهنا يقع البيع باطلاً ايضاً لعدم توافر ركن الرضا ، واما ان يكون البائع على علم بان المبيع ليس مملوكاً له والمشتري لا يعلم بهذه الواقعة ، فهنا نكون امام ما يسمى ببيع ملك الغير ، ويحصل في كثير من الاحيان ان يبيع الانسان مالاً يملكه ابوه او اخوه او زوجته او يبيع الشريك على الشيوخ حصته وحصه الباقيين من شركائه^(١١٤) ، فما حكم هذا النوع من البيع ؟ .

كان القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم يجيزان بيع ملك الغير ، فكان بموجبهما يُعتبر بيع ملك الغير صحيحاً ، لان اثر البيع كان قاصراً على التزام البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعاً هادئاً ، وكذلك كان قاصراً على انتاج التزامات شخصية بمقتضاها يكون البائع ملزماً في مواجهة المشتري بالعمل على نقل ملكية المبيع اليه فيما بعد ، اذ لم يكن البيع ينقل ملكية المبيع في الحال الى المشتري^(١١٥) .

اما القانونين المدني الفرنسي والمدني المصري فقد نصا على بطلان بيع ملك الغير بطلاناً نسبياً جرياً على مبدأ اخر مقتضاه ان الملكية تنتقل بمجرد التعاقد^(١١٦) ، واما المشرع العراقي فقد اختار الطريق الذي سارت عليه بعض المذاهب الاسلامية ، فذهب الى ان عقد بيع ملك الغير عقد صحيح ولكنه موقوف على اجازة المالك الاصلي ، وبالتالي فان المشتري لا يستطيع ان يطالب بالبطلان ، وانما له الحق ان يطالب بفسخ العقد اذا لم يوف البائع بالتزامه بنقل الملكية اليه او تسليم المبيع^(١١٧) .

وقد نظمت المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي حكم بيع ملك الغير بنصها على انه " ١- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اذن المالك . ٢- فاذا اجاز المالك تُعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبطلان ان كان قد قبضه من العاقد الاخر . ٣-

وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد قد ادى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به فان هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالماً انه فضولي فلا رجوع عليه بشي منه . ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فالملك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فان اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر . "

يستفاد من نص هذه المادة ان المشرع العراقي عالج احكام بيع ملك الغير ضمن احكام العقد الموقوف ، فاعتبره بيعاً موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي للمبيع ، وهذا يعني انه عقد صحيح لكنه غير نافذ ، فالعقد الموقوف بمقتضى قواعد الفن هو ما اعتراه عيب من عيوب الارادة كالإكراه والغلط والتغريب مع الغبن او كان العاقد محجوراً غير فاقداً للأهلية ، وزاد القانون المدني العراقي على ذلك تصرف الشخص في ملك غيره وفقاً للمادة (١٣٥) سالفه الذكر فجعل عقده موقوفاً^(١١٨) .

وفي شرح هذه المادة يرى احد شراح القانون المدني العراقي ان الفقرة الاولى منها اعتبرت تصرف الفضولي موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي ، وبذلك لم يأخذ المشرع العراقي بالرأي الذي يعتبره باطلاً ، والفقرة الثانية اعتبرت اجازة المالك لتصرف الفضولي توكيلاً ، فيكون الفضولي وكياً عن المالك في التصرف ويجوز للمالك ان يطالبه بالبديل اذا كان قد قبضه ، والفقرة الثالثة اعتبرت تصرف الفضولي باطلاً اذا لم يجزه المالك ، واذا كان العاقد الاخر قد ادى البديل للفضولي فله الرجوع عليه الا اذا هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر عالماً انه فضولي ، وتكلمت الفقرة الرابعة عن ضمان العين المعقود عليها من قبل الفضولي ، فاذا سلمها الفضولي الى العاقد الاخر وهلك في يده بدون تعد منه ، فالملك ان يضمن أياً شاء من الفضولي والعاقد الاخر ، فان اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر، ولكن هذه الفقرة لم تنص على حالة هلاك العين بيد العاقد الاخر وبتعد منه ، فهل يبقى خيار المالك في تضمين أي شاء من الفضولي والعاقد الاخر ام ينحصر حقه في مطالبة العاقد الاخر فقط ؟ ويقول ان خيار المالك يجب ان يبقى ، لان الفضولي قد يكون املاً من العاقد الاخر ، والمالك اذا ضمن الفضولي فان لهذا الاخير ان يرجع على العاقد الاخر بما ضمنه لكونه متعدياً^(١١٩) .

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه اذا تصرف شخص في ملك غيره تصرفاً قانونياً بدون اذنه ، كان نفاذ تصرفه موقوفاً على اجازة المالك ، ويسمى هذا المتصرف فضولياً ، فان كان التصرف عقداً كان موقوفاً على اجازة المالك ، وتُعد الاجازة توكيلاً للفضولي من حين مباشرة العقد باثر رجعي بحكم القانون ، فما قبضه من البديل فعلى الفضولي تسليمه للمالك وللمالك المطالبة به منه^(١٢٠) .

وإذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل العقد وعلى الفضولي رد ما قبضه من البديل الى العاقد الاخر ، وللعاقد الاخر حق الرجوع به على الفضولي بدعوى الكسب بلا سبب ، واذا كان البديل الذي قبضه الفضولي قد هلك في يده بلا تعدٍ منه ولا تقصير ، فلا ضمان عليه ان كان العاقد الاخر يعلم حين الاداء اليه انه فضولي لأنه يُعد حينئذ امانة في يده ، اما اذا كان لا يعلم بذلك بل كان يعلم انه هو المالك فعلى الفضولي الضمان ، لان العاقد الاخر انما دفع اليه ما دفع بنية انه عوض عن المعقود عليه ، واذا كان الفضولي قد سلم المال المعقود عليه الى العاقد الاخر ولم يجز المالك هذا العقد ، كان الفضولي بحكم الغاصب وكان العاقد الاخر بحكم غاصب الغاصب ، وللمالك المطالبة العاقد الاخر برد ما سلمه اليه ، فاذا كان المال قد هلك في يده بدون تعدٍ منه ، فالمالك تضمين الفضولي او تضمين العاقد الاخر ، ومطالبة احدهما بالضمان تبطل مطالبة الاخر به اذا استوفى المالك الضمان^(١٢١) .

وهنا يرى احد الشراح لما كان هذا الحكم على اطلاقه مما يجافي العدالة بالنسبة للمشتري الذي يتسلم المبيع بحسن نية ، فيجب تقييده بقصر حق رجوع المالك على حالة ما اذا كان المشتري سي النية اي عالماً بان المبيع عندما اشتراه كان مملوكاً لغير البائع ، اما اذا اشتراه وهو لا يعلم بذلك بل كان يعتقد انه يعود للبائع ، ففي هذه الحالة يقتصر حق المالك بالرجوع على الفضولي فحسب ولا يمكن تضمين المشتري^(١٢٢) ، ويرى اخر كان من الاوفق في نظرنا ان تكون مسؤولية الفضولي ومن تعاقد معه في ضمان قيمة المبيع مسؤولية تضامنية حتى يتمكن المالك من الرجوع على المتعاقد الاخر اذا وجد ان من اختاره كان معسراً^(١٢٣) .

ويرى جانب من الفقه اذا كان الهلاك بدون تعدٍ ممن تعاقد مع الفضولي وكان المتعاقد يجهل انه فضولي فلا يكون ضامناً ، والضمان في هذه الحالة يكون على الفضولي لأنه يكون قد غرر

بمن تعاقد معه والتغريب من اسباب الضمان ، اما اذا كان من تعاقد مع الفضولي يعلم انه فضولي ، فان يده لا تكون يد امانه ويقع عليه الضمان ولا يتحمل الفضولي شيئاً^(١٢٤) .

هذا بالنسبة لتصرف الفضولي بشكل عام ، واما بالنسبة لتصرف الغاصب على اعتباره قسم من تصرفات الفضولي ، فللمغصوب منه الخيار ان شاء رجع على من تصرف اليه الغاصب واسترد العين اذا كانت باقية ، ومن ثم يرجع المتصرف له على الغاصب بضمان الاستحقاق اذا كان التصرف بيعاً او هبةً ، او يرجع للمغصوب منه على الغاصب بالضمان فيصح تصرف الغاصب ، هذا ما اشارت اليه المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي بقولها " اذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة او تبرعاً وتلف المغصوب كلاً او بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لإحكام القانون " .

ويرى احد الشراح ان هذا النص تضمن عبارة ان المغصوب منه اذا ضمن الغاصب صح تصرفه ، وكان الاصوب ايراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من صح تصرفه ، وذلك لان العقد غير النافذ صحيح وموقوف على اجازة من له حق الاجازة ، بينما ايراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للإبطال ، وهذا لم يأخذ به المشرع العراقي ، وقد نشأ هذا الخطأ من عدم التمييز بين العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي ، فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح ينتج جميع اثاره الا انه مهدد بالزوال بسبب وجود عيب من عيوب الارادة او نقص اهلية احد المتعاقدين ، وباجازة من تقرر الابطال لمصلحته يستقر فلا يبطل ، اما العقد الموقوف فهو عقد صحيح لا تترتب عليه اثاره الا بعد الاجازة ممن له حق الاجازة^(١٢٥) .

وللمالك الحقيقي اجازة العقد الموقوف ونقضه خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علمه بصدور العقد عن الفضولي ، فان لم ينقضه خلال هذه المدة اعتبر سكوته اجازة له^(١٢٦) ، وللمالك الاصلي حق نقض العقد خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علمه بانعقاده ، فاذا لم يستعمل هذه الرخصة في خلال هذه الفترة سقط حقه ونفذ العقد في مواجهته^(١٢٧) ، هذه الاحكام تطرق اليها المشرع العراقي في المادة (١٣٦) من القانون المدني^(١٢٨) ، وبالتالي اذا اجاز المالك العقد اعتبرت اجازته توكيلاً ، لان الاجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة ، وعندئذ يعتبر من تعاقد مع الفضولي مالكاً للشيء لا من وقت الاجازة وانما من الوقت الذي تم فيه العقد بينه وبين الفضولي ، اما اذا نقض

المالك العقد فيعتبر العقد باطلاً من تاريخ إبرامه لا من تاريخ النقص ، لان حكم العقد الموقوف بعد نقضه هو نفس حكم العقد الذي نشأ باطلاً ، وبما ان العقد الباطل لم ينعقد اصلاً ، فيجب اعادة الطرفين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، فيجب على الفضولي رد البذل الى من تعاقد معه ، ويجب على المتعاقد الاخر ان يرد الشي الى مالكة اذا لم يستطع التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(١٢٩) .

فاذا كان العقد الذي ابرمه الفضولي بيعاً ، واجاز المالك العقد اعتبر المشتري مالكا للمبيع من يوم الاتفاق الذي تم بينه وبين الفضولي ، واذا نقض المالك البيع فانه يُعتبر باطلاً من تاريخ ابرامه ، ولذلك يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، ويترتب على ذلك يحق للمشتري استرداد ما دفعه للفضولي مع المطالبة بالتعويض اذا كان حسن النية ، ويجب على المشتري رد المبيع الى مالكة الحقيقي^(١٣٠) .

وقد نقل المشرع العراقي احكام العقد الموقوف من الفقه الاسلامي بعد ادخال تعديلات هامة جعلت هذه الاحكام اكثر مسايرةً للفقه الغربي^(١٣١) ، وعليه فان القانون العراقي يتفق مع الفقه الاسلامي في اعتبار تصرف الغاصب في ملك الغير بحكم تصرف الفضولي ، ولقد تبنى المشرع العراقي في اعتباره تصرف الفضولي موقوفاً على اجازة المالك راي جمهور فقهاء المسلمين ، الا انه ضيق من نطاق تصرف الفضولي لأنه يخص الشخص الذي يتصرف في ملك الغير فجعل التصرف يشمل حق الملكية فقط ، بينما في الفقه الاسلامي تصرف الفضولي معناه يتعلق بالشخص الذي يتصرف في حق الغير سواء اكان حقاً شخصياً ام حقاً عينياً^(١٣٢) .

اما القانون المدني المصري فلم يبين طبيعة تصرفات الغاصب كقاعدة عامة ، ولكنه نظم بعض التصرفات التي يجريها الشخص على شيء مملوك للغير وذلك بنصوص خاصة كما فعل في بيع ملك الغير وهبته ورهنه ، وترك البعض الاخر من التصرفات لتطبيق بشأنها القواعد العامة كما هو الحال مثلاً في تأجير ملك الغير ، وبالتالي فان بيع الغاصب للشيء المغصوب هو صورة من صور بيع ملك الغير^(١٣٣) ، فبيع ملك الغير كثيراً ما يقع في الحياة العملية ، فالأب قد يبيع ملك ولده لا باعتباره نائباً بل باعتباره اصيلاً عن نفسه ، والزوج قد يبيع ملك زوجته ، والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة او في التركة ولكنها لا تقع في حصته ، والشريك في الشيوخ قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها ، وواضع اليد على ملك غيره قد

يبيع هذا الملك ، وكثيراً ما يبيع الناس اموال الغائبين او اموال الدولة الخاصة ، فهذه كلها بيوعاً لملك الغير^(١٣٤) ، وقد اخذ القانون المدني المصري احكام بيع ملك الغير عن القانون المدني الفرنسي^(١٣٥) ، وقد نظم المشرع المصري احكام بيع ملك الغير في المواد (٤٦٦ - ٤٦٨) في القانون المدني^(١٣٦) .

يتبين من هذه النصوص ان بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري ولا يسري في مواجهة المالك الا بإقراره^(١٣٧) ، ورغم هذا الوضوح فقد اختلف فقهاء القانون في مصر حول الطبيعة القانونية لهذا البطلان وانقسموا الى أربعة آراء :-

الراي الاول : يذهب الى ان بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب او المحل ، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل الملكية اليه وهذا غير ممكن بالنسبة للبائع ، وان المحل (المبيع) مستحيل استحالة مطلقة نظراً لعائديه المبيع لغير البائع^(١٣٨) .

ويرد جانب من الفقه على هذا الراي انه يتعذر القول بان بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، والسبب في ذلك ان احكام بيع ملك الغير تختلف في اساسها وفي النتائج المترتبة عليها عن احكام البطلان المطلق ، فالبطلان المطلق او عدم انعقاد العقد يرجع الى عدم توافر ركن من اركان العقد كالتراضي او المحل او السبب او عدم توافر الشروط اللازمة لهذه الاركان ، وبيع ملك الغير تتوافر فيه جميع الاركان اللازمة لانعقاد العقد ، فالبائع والمشتري متفقان على نقل ملكية شيء او نقل اي حق مالي اخر في مقابل ثمن نقدي ، وان كان الشك قد يثور بالنسبة الى شرط امكان تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، فالبائع طالما لم يملك المبيع لا يستطيع نقله الى المشتري ، فهذا لا يعني ان هذا النقل مستحيل استحالة مطلقة ، فلا يزال هنالك شخص يستطيع نقل الملكية وهو المالك الحقيقي ، وبذلك فان الاستحالة نسبية ، فالاستحالة المطلقة هي التي تؤدي الى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، اما الاستحالة النسبية فلا تؤدي الى عدم انعقاد العقد وان اعطت الحق في طلب الفسخ على اساس عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه ، وكذلك البطلان المطلق معناه عدم انعقاد العقد ، ولا ينتج اي اثر ولو لم يحكم بهذا البطلان ، ويستطيع ان يتمسك بهذا البطلان كل ذي مصلحة من طرفي العقد ، اما بيع ملك الغير ينتج جميع اثاره ما عدا نقل الملكية حتى ينقرر ابطاله ، وتصح اجازته فينقلب صحيحاً ، وكذلك ينقلب صحيحاً اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد ، ولا يستطيع التمسك بإبطاله سوى المشتري^(١٣٩) .

الراي الثاني : يذهب الى ان بيع ملك الغير انما هو باطل بطلاناً نسبياً اما لغلط في شخص البائع لتوهم المشتري انه مالك للمبيع ، واما لغلط في المبيع لتوهم المشتري انه مملوك للبائع ، ومقتضى هذا الراي ان بيع ملك الغير لا يكون قابلاً للإبطال الا اذا كان المشتري حسن النية يعتقد ان البائع مالك للمبيع ، اما اذا كان يعلم ان البائع غير مالك للمبيع ، فليس هناك غلط وقع فيه مما يعني ان ليس له الحق في طلب ابطال البيع^(١٤٠) .

وهذا الراي يتعارض مع نصوص القانون المدني المصري التي نظمت احكام بيع ملك الغير ، لأنها لم تشترط لبطلان بيع ملك الغير ان يكون المشتري حسن النية وانما اشترطت حسن النية في المشتري فيما يتعلق باستحقاقه للتعويض^(١٤١) ، وكذلك الاثار المترتبة على بيع ملك الغير تختلف عن الاثار المترتبة على البطلان النسبي ، فحسب القواعد العامة في البطلان فان العقد الباطل بطلاناً نسبياً ينتج جميع اثاره حتى يتقرر ابطاله فيزول باثر رجعي ، فاذا اجازه من يتقرر الابطال لمصلحته فانه يتأكد ويستمر في انتاج اثاره دون ان يتوقف على ارادة احد غير من تقرر البطلان لمصلحته ، اما بيع ملك الغير فانه لا ينتج جميع اثاره ، فاهم اثر وهو نقل الملكية الى المشتري لا يتم الا بإقرار المالك الحقيقي ولو اجاز المشتري العقد^(١٤٢) .

الراي الثالث : يذهب هذا الراي بالقول ان بيع ملك الغير هو بيع موقوف على إقرار المالك على النحو المعروف في الفقه الاسلامي ، فان أقره نفذ العقد في حقه وانتج جميع اثاره سواء في حق المالك او في حق المتعاقدين ، وان لم يقره المالك بقي العقد صحيحاً ، ولكنه موقوف الاثر على غرار بيع الفضولي في الفقه الاسلامي الذي ينعقد موقوفاً عند بعض الفقهاء^(١٤٣) .

وقد اخذ بهذا الراي جانب من الفقه بالقول ان اراء الشراح قد تضاربت في تحديد طبيعة البطلان الذي يلحق بيع ملك الغير الا ان بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك ، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الاثر فيما بين المتعاقدين ، وليس معنى ذلك ان العقد باطل بطلاناً مطلقاً او نسبياً ، فالعقد في هذه الصورة يعتبر عقداً موقوفاً ، والعقد الموقوف يتوقف اثره على الاقرار الصادر من المالك ، فاذا اقره المالك انتج اثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك ، واذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الاثر كما كان^(١٤٤) ، ويرى احد الشراح ان بيع ملك الغير وفقاً لهذا الراي لا يُعتبر باطلاً باي حال من الاحوال ، فهو قد استوفى جميع

شروط انعقاده وصدر ممن يعتبر اهلاً له الا ان اثره يظل معلقاً على ارادة من له الولاية على العين محل التعاقد ، فاذا صدر الاقرار انتج العقد جميع اثاره من وقت صدوره^(١٤٥) .

ويؤخذ على هذا الراي :

اولاً : لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما انتج اثره قبل ان يجيزه المالك الحقيقي كما تقضي بذلك احكام الفقه الاسلامي ، فبيع ملك الغير ينتج اثره في الحال شأنه شأن العقد القابل للإبطال ، ولا يبطل الا اذا طلب المشتري ابطاله ، ثم ان المشتري يملك الاجازة ، والعقد الموقوف في الفقه الاسلامي لا يجيزه الا المالك الحقيقي .

ثانياً : نظرية العقد الموقوف اذا امكن الاخذ بها في القانون المصري عن الفقه الاسلامي باعتباره مصدرًا من مصادر هذا القانون ، فهذا لا يكون الا حيث لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، ولذلك قد يصح الاخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقد موقوفاً على اجازة الوكيل ، اذ لا نص يمنع من الاخذ بها ، اما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال ، فيجب في هذه الحالة اعمال النص الصريح^(١٤٦) .

الراي الرابع : يرى ان بيع ملك الغير قابل للفسخ وليس للبطلان ، وبالتالي فانه يقع صحيحاً ، فاذا لم ينفذ البائع التزامه بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، فالمشتري له الحق بان يطلب فسخ البيع ، ذلك لان تكليف نظام معين يجب الا يؤخذ من تسميته بل يُنظر الى القواعد التي تحكمه ، ولما كان من غير الممكن ارجاع البطلان في بيع ملك الغير الى القواعد العامة في البطلان ، فهو ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا باطلاً بطلاناً نسبياً لاختلافهما من حيث الاحكام والاثار ، وعليه فان قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا ادنى شك الى نطاق نظرية الفسخ^(١٤٧) .

ويؤخذ على هذا الراي انه يتعارض مع فحوى المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري التي اشارت الى البطلان والبطلان شيء غير الفسخ^(١٤٨) ، فالفقرة الاولى من المادة (٤٦٦) نصت على انه " اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري ان يطلب ابطال العقد ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد او لم يسجل " .

وازاء هذه الآراء المختلفة حول تأصيل البطلان في بيع ملك الغير يرى اغلب فقهاء القانون المدني في مصر ان البطلان في هذا البيع غير مستمد من القواعد العامة ، وانما هو مقرر

بنص تشريعي خاص هو نص المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري^(١٤٩) ، فالعقد لا يكون قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد العامة إلا لنقص الأهلية أو لعيوب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال^(١٥٠) .

فالإبطال هنا خاص بالبيع انشاه نص خاص لعلّة معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع ، وبذلك فان قواعد هذا الإبطال تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في الإبطال ، من ذلك ان بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحاً اذا اصبح البائع مالكاً للمبيع ، وان العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا اذا اجازه المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته وهو هنا المشتري ، وبالتالي فان الإبطال في بيع ملك الغير يعتبر بطلان من نوع خاص انشاه نص تشريعي صريح واستند في انشائه الى علة معقولة^(١٥١) .

وقد نص المشرع المصري على احكام الفضالة في المواد (١٨٨ - ١٩٧)^(١٥٢) ، الى جانب تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير، ويتبين من هذه النصوص ان الفضالة تتحقق بقيام ثلاثة اركان وهي : ان يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص اخر ، وان يقصد في قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، والا يكون ملتزماً بهذا الشأن العاجل ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه^(١٥٣) ، والفضالة بهذا المعنى تُعد من أهم تطبيقات الاثراء بلا سبب ، فالفضولي يعمل لتحقيق منفعة الغير دون ان يكون لهذه المنفعة سبب في علاقة قانونية سابقة ، وتلك هي مقومات الاثراء بلا سبب^(١٥٤) ، وبذلك فان الفضالة في القانون المصري تختلف عن الفضالة في الفقه الاسلامي ، فالفضولي في نظر المشرع المصري هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لمصلحة رب العمل ، اما في الفقه الاسلامي الفضولي هو من يتدخل في شؤون الغير دون اذن او نيابة وليس من اللازم ان يقوم بحاجة ضرورية عاجلة^(١٥٥) .

وبالتالي فان بيع ملك الغير في القانون المصري يقابله بيع الفضولي في الفقه الاسلامي ، لان القانون المصري المتأثر في هذا الجانب بالفقه الغربي قصر حكم الفضالة على التدخل العاجل من قبل الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل ، في حين ان الفضالة في الفقه الاسلامي تتحقق سواء اكان تدخل الفضولي ضرورياً ام غير ضروري ، فكل تدخل في شؤون الغير يترتب حكم الفضالة ، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الاسلامي اوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في القانون المصري .

اما في القانون المدني الفرنسي ، فقد اصبح بيع ملك الغير يتنافى مع طبيعة البيع ، لان عقد البيع يعتبر ناقلاً للملكية بذاته ، وبالتالي فانه لا يمكن نقل ملكية المبيع الذي ليس ملكاً للبائع^(١٥٦) ، فالقانون الفرنسي وضع حكماً في المادة ١٩٥٥ من القانون المدني يخالف حكم القاعدة العامة في هذه المسألة ، اذ قضى ببطلان بيع ملك الغير ، ومن هذا النص اخذ القانون المدني المصري في المادة (٤٦٦) فنص على بطلان بيع ملك الغير^(١٥٧) ، وتتص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي بان " بيع ملك الغير باطل وللمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل ان المبيع ليس مملوكاً للبائع " .

وبذلك فان بيع ملك الغير باطل وان للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل ان المبيع مملوكاً للغير ، فالملكية في القانون المدني الفرنسي تنتقل بمجرد التعاقد ، فيترتب على ذلك بطلان بيع ملك الغير ، الا ان القضاء الفرنسي يذهب الى اعتبار العقد الوارد على بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً تصححه ارادة المشتري^(١٥٨) ، اذ تنص المادة ١٥٩٩ على البطلان النسبي لصالح المشتري الذي يعود له وحده حق التمسك به^(١٥٩) ، وان هذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري الذي يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان دون البائع او المالك الحقيقي على ان حق المشتري ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكاً للمبيع^(١٦٠) .

وعلى المالك الحقيقي ان يثبت لدى ممارسته دعوى الاستحقاق انه لم يوافق على البيع الذي يتذرع به المشتري ضده^(١٦١) ، ويزول البطلان الناتج من بيع ملك الغير عندما يكون المشتري قبل اقامة دعوى البطلان قد علم بزوال خطر نزع اليد اي اكتساب البائع ملكية الشي المبيع^(١٦٢) ، وان المسألة لا تقف عند هذا الحد ، وذلك لان تكييف نظام معين يجب الا يؤخذ من تسميته بل ينظر الى القواعد التي تحكمه ، وفي بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا ادنى شك الى نطاق نظرية الفسخ ، وقد ذهب الفقيه الفرنسي بوفنوار الذي استعرض احكام هذا البطلان فوجد ان دعوى المشتري ليست الا دعوى فسخ لعدم التنفيذ ، ولذلك صرح الفقيه الفرنسي جودمييه بانه من اللازم تطبيق نظرية الفسخ بعد الغاء نص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي عندما وجد ان الفقه والقضاء الفرنسيين يضعان مجموعة من الحلول لا يمكن ان تقيم نظرية متماسكة^(١٦٣) .

وترجع قابلية هذا البيع للفسخ الى ان البائع لم يقم بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري ، وبالتالي فالمشتري يستطيع ان يطلب فسخ البيع ، وهذا يتعارض مع نص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على البطلان وهذا الاخير يختلف عن الفسخ ، فلو كان بيع ملك الغير جزاءه الفسخ فحسب لكان للقاضي سلطة تقديرية في اجابة المشتري اذا طلب الفسخ ، ولا يستطيع ان يقضي به لو تمكن البائع من نقل ملكية المبيع للمشتري بعد رفع الدعوى .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً ، اما لانعدام السبب ، لان التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع ان ينقل اليه ملكية المبيع ، واما لاستحالة المحل استحالة مطلقة ، لان البائع غير مالك للمبيع ولا يستطيع ان ينقل الملكية للمشتري ، وهذا الراي يتعارض بشكل صريح مع الاثار التي ينتجها بيع ملك الغير ولو كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما انتج اثراً ، اضافة الى ذلك ان البائع يستطيع ان يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة .

ويذهب الفقه الفرنسي الحديث الى ان دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست الا دعوى ضمان استحقاق يرفعها المشتري قبل ان ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي ، فقد اجاز المشرع للمشتري الا ينتظر حتى يتعرض له المالك ، بل يبادر الى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان هذه ليست سوى دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري في رفعها ، وهذا يقتضي ان تكون مدة التقادم ثلاثين سنة وهي مدة التقادم في دعوى الضمان في القانون الفرنسي^(١٦٤) ، وجدير بالذكر ان المشرع الفرنسي نظم احكام الفضالة الى جانب احكام بيع ملك الغير في المواد (١٣٧٢-١٣٧٥) من القانون المدني قبل التعديل في ٢٠١٦ في الفصل الاول تحت عنوان شبه العقد بوصفها واقعة منشئة للالتزامات ، وهذه التسمية انتقدت انتقاداً لاذعاً ومبرراً من جانب الفقه الفرنسي ، وهذا التقسيم في مجال التصرفات القانونية الى عقد وشبه عقد يجد مصدره التاريخي في القانون الروماني وقد تبناه القانون المدني الفرنسي .

وبعد التعديل التشريعي الفرنسي رقم ١٣١ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ والنافذ في ٢٠١٦/١٠/١ الخاص بتعديل القانون المدني وتحديداً فيما يتعلق بمصادر الالتزامات ، عاد المشرع الفرنسي ونظم احكام الفضالة في المادة (١٣٠١) من الفقرة الاولى الى الفقرة الخامسة

وذلك في الفصل الاول من الباب الفرعي الثالث الذي جاء تحت عنوان المصادر الاخرى للالتزامات .

والفارق بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي يكمن في ان المشرع الفرنسي اكتفى بالعمل الذي يقوم به الفضولي ان يكون نافعا لرب العمل ، وفعية العمل بحسب الفقه الفرنسي تهدف الى ايجاد التوازن بين التعويض عن نفقات الفضولي وحماية مصالح رب العمل ، غير ان القانون الفرنسي اشترط في الفعل الذي يقوم به الفضولي ان يكون مناسباً ، وهذه مسألة يعود تقديرها الى قاضي الموضوع ، اما المشرع المصري فقد اشترط في الشأن الذي يتولاه الفضولي ان يكون عاجلاً وضرورياً ، والفارق بين القانونين هو الفارق بين ما هو عاجل وبين ما هو نافع ، وبالتالي فان نطاق الفضالة في القانون الفرنسي اوسع من نطاق الفضالة في القانون المصري^(١٦٥) .

واما في القانون الانكليزي يحتل التعدي على الاموال بالغصب او الاتلاف مكاناً هاماً في قانون الاخطاء المدنية ويشمل التعدي على العقارات والمنقولات الصور الاتية :

الصورة الاولى : التعدي المباشر على العقارات وعلى حق الحيازة في المنقولات ، ويدخل تحت عنوان هذا النوع من التعدي مجرد الدخول في ارض الغير او حيازتها والتصرف فيها ، ومنه في المنقولات ان يخرج شخص ما دواب غيره من مكانها او يطلق سراحها بغير حق^(١٦٦) .

الصورة الثانية : التصرف العمدي في الاموال المنقولة للغير على نحو يؤدي الى الاضرار بهذا الغير ، ويطلق على هذا النوع من التعدي اصطلاح التصرف القصدي ، مثال ذلك ان يقوم الناقل بتسليم المنقول الى المرسل اليه بعد امر المرسل بوقف هذا التسليم ، ومنه ان يقوم شخص بتغيير خصائص مال غيره كاتخاذ العصير من العنب وصياغة الذهب حلياً ، ويدخل فيه كذلك تصرف الشريك في المال المشترك كله تصرفاً ضاراً بحقوق سائر الشركاء كان يبيعه او يستهلكه ، ويدخل فيه ايضاً التصرف الضار في منقول الغير على نحو يخالف اذنه ، والفرق بين الصورتين الاولى والثانية ، ان التصرف في الاول موجه الى الحق في الحيازة وان التصرف في الثاني موجه الى المال نفسه وان استلزم التعدي على الحيازة كذلك .

الصورة الثالثة : حبس المال اي منع صاحبه ان يتصرف فيه ، وقد الغاه قانون ١٩٧٧ وادرج التعدييات بحبس المال ضمن التعدي بالاستيلاء .

الصورة الرابعة : الاهمال الضار بالغير ، وهنا تعتبر المسؤولية الناجمة عن الاهمال هي احد انواع المسؤولية الشخصية في القانون الانكليزي ، وبذلك ان الغصب في الفقه الاسلامي يقابله في القانون الانكليزي كل من التعدي المباشر والتعدي القصدي ، والفرق بينهما في التعبير الفقهي ان الاول يتضمن نفي اليد المحقة ، والثاني يتضمن كلاً من النفي لليد المحقة والاثبات لليد المعتدية^(١٦٧) .

اما في القانون المدني اليمني فان عقد بيع ملك الغير (بيع الفضولي) هو عقد موقوف على اجازة المالك او وليه او وصيه ، اذ نصت المادة (١٤٣) من القانون المدني اليمني بان " العقد الموقوف هو الذي اضيف الى اجل او علق على شرط او اذن يوقف اثره في الحال فلا يترتب الا عند حلول الاجل او تحقق الشرط او حصول الاذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على اجازة الاصيل وعقد الصبي المميز يتوقف على اذن الولي او الوصي في غير ما اذن له " ، ونصت المادة (٤٦٧) على انه " بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكة ولا ولي او وصي عليه موقوف على اجازة مالك المال او وليه او وصيه " ، ونصت المادة (٥٢٢) على انه " اذا انعقد البيع موقوفاً غير نافذاً كبيع الفضولي وبيع الصبي المميز غير المأذون فلا يفيد ملك المشتري للمبيع ولا ملك البائع للثمن الا اذا اجاز البيع من له الحق في اجازته ووقعت الاجازة مستوفيه شروط صحتها " .

يستفاد من هذه النصوص ان المشرع اليمني نظم احكام تصرفات الفضولي بشكل عام وجعلها صحيحة وموقوفة على اجازة الاصيل متأثراً في ذلك برأي جمهور الفقهاء ، وكذلك نظم احكام بيع الفضولي بشكل خاص وجعل هذا البيع موقوفاً على اجازة المالك او من له حق الاجازة ، وبذلك فالمشرع اليمني لم يخرج عن مضمون المادة (١٤٣) سالفه الذكر، ويتضح من هذه النصوص ان المشرع اليمني اخذ بفكرة العقد الموقوف ، وهذا الاتجاه يتفق مع اتجاه الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، كما يتبين من هذه النصوص انها عامة فيما يتعلق بتصرفات الفضولي وخاصة فيما يتعلق ببيع الفضولي (بيع ملك الغير) .

وتنص المادة (١١٣٢) من القانون المدني اليمني على ان " اجازة المالك لتصرف الغاصب يجعله بمثابة تصرف جديد " ، يتضح من هذا النص ان المشرع اليمني يُعتبر تصرف الغاصب قسم من تصرفات الفضولي ويشمل جميع التصرفات التي يجريها الغاصب في المال المغصوب سواء كانت بمقابل كالبيع والايجار او بدون مقابل كالهبة او الوصية^(١٦٨) ، وكما يتبين من هذا النص ان المشرع اليمني قد اخذ برأي جمهور الفقهاء المسلمين وجعل تصرفات الغاصب صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة المالك ، وعليه فان التصرف الذي يصدر من الغاصب يُعتبر صحيحاً اذا اجازه المالك ، لان تصرف الغاصب يُعتبر بحكم تصرف الفضولي ، فاذا اجاز المالك التصرف الذي ابرمه الغاصب فان حقه ينتقل للعوض اذا كان التصرف من المعاوزات ، ويصبح المتعاقد مع الغاصب مالكاً للحق الذي رتبته له الغاصب ، فيصبح مالكاً للمبيع اذا كان التصرف بيعاً ، ويصبح مالكاً للمنفعة اذا كان التصرف ايجاراً ، وهكذا حسب نوع التصرف والشروط المتفق عليها بين الغاصب والمتعاقد معه ، واما اذا كان التصرف تبرعاً كالهبة فان الموهوب له يصبح هو المالك للشيء الموهوب بمجرد تسلمه ، ويكون التصرف الذي يصدر من الغاصب باطلاً اذا رفض المالك ذلك التصرف ، ويكون من حقه استرداد الشيء المغصوب من يد حائزه اياً كان مشترياً او مستأجراً او مرتهنأ^(١٦٩) .

وبالرغم من تنظيم المشرع اليمني في المواد سالفه الذكر لجميع تصرفات الفضولي ومنها بيع الفضولي (بيع ملك الغير) وتصرفات الغاصب ، فقد نظم احكام الفضالة في المواد (٣٢٧- ٣٣٨) باعتبارها مصدراً من مصادر الفعل النافع متأثراً بالقانون المدني المصري ، فقد نصت المادة (٣٢٧) من القانون المدني اليمني على انه " الفضالة هي ان يقوم شخص عن قصد بشأن لحساب شخص آخر دون ان يكون ملزماً بذلك " ، ونصت المادة (٣٢٨) على انه " الفضولي متبرع بما عمل او انفق الا ان يجيزه من له العمل او ينص القانون على حقه " ، ونصت المادة (٣٢٩) على انه " يجب على الفضولي ان يمضي في العمل الذي بداه الى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه ان يخطر رب العمل متى استطاع ذلك " ... الخ .

يتبين من هذه النصوص ان الفضالة تتحقق بقيام ثلاثة اركان وهي : ان يقوم الفضولي بشأن لشخص اخر ، وان يقصد الفضولي القيام بهذا الشأن لحساب شخص اخر ، وان لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا الشأن ، وبذلك فان المشرع اليمني يتفق مع المشرع المصري في

الكثير من احكام الفضالة ويختلف عنه في بعض الاحكام ، فالمشرع اليمني في المادة (٣٢٣) من القانون المدني لم يشترط في الشأن الذي يقوم به الفضولي ان يكون عاجلاً وضرورياً كما فعل المشرع المصري في المادة (١٨٨) من القانون المدني ، والمشرع اليمني في المادة (٣٢٤) اعتبر الفضولي متبرعاً بما عمل او انفق الا ان يجيزه رب العمل او ينص القانون على حقه ، وفي المادة (٣٢٩) للفضولي حق استرداد ما انفق اذا كان قد قام بشان ضروري وعاجل يترتب عليه منع ضرر محقق بالنفس او المال لم يكن في امكان صاحب الشأن القيام به بنفسه ولا في امكان الفضولي استئذانه في القيام به ، وهذا مالم ينص عليه المشرع المصري .

اما القانون المدني الاردني فقد اخذ بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الاسلامي في عدة حالات بضمنها التصرف في ملك الغير (تصرف الفضولي) ، اذ نصت المادة (١٧١) من القانون المدني الاردني على انه " يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من فضولي في مال غيره او من مالك في مال له تعلق به حق الغير او من ناقص الاهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر او من مكروه او اذا نص القانون على ذلك " ، وتطبيقاً لهذا النص فان بيع ملك الغير يعتبر بيعاً موقوفاً على اجازة المالك او من له حق الاجازة ، الا

ان المشرع الاردني لم يكتفي بنص المادة (١٧١) سالفه الذكر، وانما عالج احكام بيع ملك الغير في المادة (٥٥٠) والمادة (٥٥١) ، فقد نصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني على انه " ١- اذا باع شخص ملك غيره بغير اذنه جاز للمشتري ان يطلب فسخ البيع . ٢- ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو اجازه المشتري " ، كما نصت المادة (٥٥١) على انه " ١- اذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري . ٢- وينقلب صحيحاً في حق المشتري اذا الت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد " .

يتبين من هذه النصوص ان بيع ملك الغير لا يُعتبر بيع موقوفاً على اجازة المالك او من له حق الاجازة كما ورد في المادة (١٧١) ، لان المادة (٥٥٠) اعطت للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، في حين ان العقد الموقوف قبل اجازته من قبل المالك او من له الحق في اجازة العقد يكون غير ملزم لطرفيه ، وان المادة (٥٥١) اشارت الى ان العقد ينقلب صحيحاً في حق المشتري في حالتين : وهما اقرار المالك للبيع وايلولة ملكية المبيع للبائع بعد العقد ، وهذا لا يتفق مع احكام العقد الموقوف الذي يُعطي للمالك وحده حق اجازة العقد او رفضه (١٧٠) .

ويرى جانب من الفقه الاردني ان احكام بيع ملك الغير في القانون المدني الاردني طبقاً للمادتين (٥٥٠ ، ٥٥١) هي ذات الاحكام التي اخذ بها القانون المدني المصري في المادتين (٤٦٦ ، ٤٦٧) ، الا ان المشرع الاردني ابدل عبارة فسخ البيع بعبارة ابطال البيع ، وكان باعتقاده ان هذا التحوير سيجعل هذه النصوص اكثر انسجاماً مع احكام القانون المدني الاردني .

ومما يتبادر الى الذهن ان الحكم الواجب التطبيق هل ما ورد في المادة (١٧١) أو ما ورد في المادتين (٥٥٠ ، ٥٥١) من القانون المدني الاردني ؟ وللاجابة على هذا السؤال يقول احد الشراح ان الحكم الواجب التطبيق هو ما ورد في المادتين (٥٥٠ ، ٥٥١) ، لان الخاص يتقدم على العام في التطبيق ، الا ان ما ورد في المادة (١٧١) هو الاصح ، ويدعو المشرع الاردني الى الغاء المادتين (٥٥٠ ، ٥٥١) والاكتفاء بما ورد في المادة (١٧١) سالفه الذكر^(١٧١) .

وقد قضت محكمة التمييز الاردنية في احد قراراتها "ان بيع الوكيل المعزول هو بمثابة بيع الفضولي ، وبيع الفضولي لا يقع باطلاً بل موقوفاً عملاً بأحكام المادة (١٧١) من القانون المدني ، والمالك هو وحده صاحب الحق في ترتيب البطلان على هذا العقد بعدم اجازته عملاً بأحكام المادة (١٧٥) من القانون المدني وليس للفضولي ولا للمشتري حق في ذلك"^(١٧٢) .

وان القانون الاردني الى جانب تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير نظم احكام الفضالة متأثراً بالقانون المصري ، فقد تطرق لأحكام الفضالة في المواد (٣٠١ - ٣٠٨) ، فالمادة (٣٠١) من القانون المدني الاردني نصت على انه " من قام بفعل نافع للغير دون امره ولكن اذنت به المحكمة او اوجبه ضرورة او قضي به عرف فانه يعتبر نائباً عنه ... " ، ونصت المادة (٣٠٢) على انه " تسري قواعد الوكالة اذا اقر رب العمل ما قام به الفضولي " ، ونصت المادة (٣٠٣) على انه " يجب على الفضولي ان يمضي في العمل الذي بداه الى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه ان يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع " .

يفهم من هذه النصوص ان احكام الفضالة في القانون المدني الاردني لا تختلف عن احكام الفضالة التي نظمها القانون المدني المصري في المواد (١٨١ - ١٩٧) ، سوى ان المشرع الاردني اكنفى بالعمل الذي يقوم به الفضولي ان يكون نافعاً ، في حين ان المشرع المصري اشترط في هذا العمل ان يكون عاجلاً وضرورياً ، ومما تجدر الاشارة اليه ان الفضولي الذي

قصدہ المشرع الاردني في المادة (١٧١) من القانون المدني يختلف تماماً عن الفضولي الذي يتصرف استناداً الى قواعد الفضالة كأحد تطبيقات الفعل النافع طبقاً للمواد (٣٠١ - ٣٠٨) ، مما ادى ذلك الى وقوع المشرع الاردني في ارباك عند صياغته لأحكام بيع ملك الغير .

الخاتمة

في ختام بحثنا الموسوم مفهوم التصرف في المال المغصوب، فقد توصلنا الى النتائج والمقترحات الآتية :

أولاً : النتائج

- ١- ان كلمة التصرف في الفقه الاسلامي أعم واشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي ، لأن الفقهاء المسلمين يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الانسان من اقوال وافعال ، اما شراح القانون فإنهم يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الشخص من اقوال فقط ، وبالتالي يكون بينهما عموم وخصوص ، فكل تصرف قانوني يُعتبر تصرفاً شرعياً وليس كل تصرف شرعي يُعتبر تصرفاً قانونياً .
- ٢- تجنبت اغلب القوانين المدنية محل المقارنة وضع تعريفاً محدداً للغصب ما عدا القانون المدني اليمني كما ذكرنا ، الا انها اوردت ضمن نصوصها احكاماً خاصة بالغصب وحسناً فعلت في ذلك ، لان وضع التعريفات من عمل الفقه والقضاء وليس من عمل المشرع ، لانهم أكثر اتصالاً بواقع الحياة وحاجات المجتمع في كثير من الحالات .
- ٣- تصرف الغاصب في المال المغصوب قسم من تصرفات الفضولي ومعنى الفضالة هنا متحقق من حيث كونها تصرف في حق الغير دون اذن أو ولاية أو وكالة ، وهذا هو الحد الذي يتوقف عليه وجود الفضالة ، ونظراً لسعة مفهوم الفضولي في الفقه الاسلامي حيث يشمل كل من يتصرف في حق الغير دون اذن شرعي ، كالغاصب مثلاً يتصرف في المغصوب بالبيع او غيره ، والوكيل يتصرف مخالفاً ما امر به موكله متجاوزاً حدود الوكالة ، فلا مانع من ان يستعمل لفظ الفضالة للدلالة على جميع الاعمال التي يقوم بها الفضولي ومنها ان يتصرف الفضولي باسمه الشخصي عندما يأتي التصرف لنفسه وكانه هو المالك ، وهذا التصرف غالباً ما يصدر من الغاصب .

٤- تصرف الغاصب في المال المغصوب قسم من تصرفات الفضولي في القوانين المتأثرة بالفقه الاسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني ، الا انه يُعتبر صوره من صور بيع ملك الغير في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي كالقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني ، اما في القانون الانكليزي فان تصرف الغاصب في المال المغصوب يُعتبر صوره من صور التعدي بنوعيه التعدي المباشر او التعدي القسدي ، وبالتالي فان مفهوم الفضولي في القوانين المدنية يختلف عن مفهوم الفضولي في الفقه الاسلامي ، لان تصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي يقابلها في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي التصرف في ملك الغير .

٥- تصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي تختلف عن مفهوم الفضالة في بعض القوانين المدنية التي تعتبرها تطبيقاً من تطبيقات الكسب دون سبب ، فبعض هذه القوانين نظمت احكام الفضالة صراحة كمصدر مستقل من مصادر الالتزام كالقانون الفرنسي والقانون المصري واليمني والاردني ، اما القانون المدني العراقي فلم يأخذ بالفضالة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام وانما نظمها بوصفها تطبيقاً من تطبيقات العقد الموقوف متأثراً بذلك بأحكام الفقه الاسلامي .

٦- الفقهاء المسلمين تطرقوا الى تصرفات الفضولي عند الحديث عن العقد الموقوف ، ومما يبدو ان مفهوم الفضالة في الفقه الاسلامي ومفهوم الفضالة في الفقه الغربي يلتقيان بمسالة واحدة وهي ان التصرف الذي يقوم به الفضولي انما يكون بدون اذن شرعي او دون وكالة سابقة من المالك ، وانهما يختلفان في ان القوانين العربية المتأثرة بالفقه الغربي قصرت حكم الفضالة على الشأن العاجل او الفعل النافع لتحقيق مصلحة رب العمل ، في حين ان الفضالة في الفقه الاسلامي تتحقق في جميع الاحوال ، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة ، وبذلك فان مفهوم الفضالة في الفقه الاسلامي اوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به .

ثانياً : المقترحات

١- يقصد بالفضولي في القانون العراقي من تصرف في ملك الغير بدون اذنه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي بقولها "من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك " ، ويرى احد الشراح ان هذا النص حصر الاذن بالمالك فقط ، وهذا الحصر غير دقيق ، لأنه من تصرف في ملك الغير بدون اذنه لا يُعتبر تصرفه موقوفاً اذا كان التصرف مأذوناً بحكم القانون او بحكم القضاء كالولي والقيم ، وكان من الاولى ابدال عبارة ((بدون اذنه)) بعبارة ((بدون اذن شرعي)) ، وذلك ليشمل النص التصرف في مال القاصر والمحجور عليه بدون اذن شرعي ونحن نؤيده في ذلك ، لذا نقترح ان يكون النص على الوجه الاتي : ((من تصرف في ملك غيره بدون اذن شرعي انعقد تصرفه موقوفاً على الاجازة)) .

٢- بيع ملك الغير في القانون الفرنسي والقانون المصري يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وحده دون البائع ولا يسري في حق المالك الحقيقي الا بإقراره ، اما في القانون العراقي المتأثر بالفقه الاسلامي فالعقد يكون موقوفاً بالنسبة للمالك والبائع والمشتري على اجازة المالك او من له حق الاجازة ، لذا نقترح على القوانين المدنية العربية المتأثرة بالفقه الغربي ان تتبنى فكرة العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، وذلك لان نظرية العقد الموقوف تحقق الحماية القانونية لكل من حدث التصرف في ملكه وبدون اذنه وتتماشى مع مبدأ الرضائية ودرء الضرر .

٣- نصت المادة (١٣٦) في فقرتها الاولى من القانون المدني العراقي على انه " اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ... " ، وبذلك فان المالك إذا تصرف في ملكه بعد انعقاد العقد وقبل اجازته لتصرف الفضولي ، يكون من شان الاثر الرجعي للاجازة الاضرار بالغير حسن النية الذي اكتسب حقه من المالك ، ومن اجل استقرار المعاملات نقترح على المشرع العراقي اضافة العبارة الاتية ((

على ان لا يضر بحقوق الغير حسن النية)) ، لذا نقترح ان يكون النص على الوجه الاتي : ((اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد على ان لا يضر بحقوق الغير حسن النية ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ...)) .

الهوامش

(١) اما عند علماء اللغة فالتصرف مأخوذ من الصرف مصدر تصرف يتصرف تصرفاً ، والصرف : بيع الذهب بالفضة ، والتصرف في جميع البيعات : انفاق الدراهم ، والصرف : النقلب والحيلة ومنه التصرف في الامور ، والمال في اللغة مأخوذ من مادة مول ، والمال في الاصل ما ملكته من جميع الاشياء وجمعه اموال ورجل مال أي ذو مال ، والمال ما يملك من الذهب والفضة ثم اطلق على كل ما يفنى ويملك من الاعيان ، واكثر ما يطلق على الابل لأنها كانت اكثر اموالهم ، والمغصوب في اللغة من الفعل غصب ، والغصب : اخذ مال الغير ظلماً وعدواناً ، والغاصب اسم فاعل والشئ مغصوب ، وغصب الشئ يغصبه غصباً ، وغصبه على الشئ : قهره وغصبه منه ، فالتصرف في المال المغصوب من شأنه يغيره من حال الى حال ، فبعد ان كان مملوكاً لصاحبه تنتقل الملكية الى غيره بالبيع او الهبة او غير ذلك . محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٥ ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م ، ص ٣٢٠ . الخليل بن احمد الفراهيدي ، ترتيب كتاب العين ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة باقري ، قم ، ١٤١٤ هـ ، ص ٩٨٤ و ص ١٣٤٣ . محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٧ ، دار التوفيق للتراث ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م ، ص ٣٥٥ . ابي السعادة المبارك بن محمد الجزري ، النهاية في غريب الحديث والاثر ، ج ٤ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ١٩٧٩ م ، ص ١١٤ . بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٧٧ م ، ص ٦٦٠ . محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط ٧ ، المطبعة الاميرية ، القاهرة ، ١٩٥٣ م ، ص ٤٧٥ .

(٢) الشيخ مرتضى الانصاري ، كتاب المكاسب ، ج ١ ، ط ٢ ، مؤسسة الامام المنتظر ، قم ، ١٤٣٣ هـ ، ص ٣٦٠ .

(٣) علاء الدين ابي بكر بن احمد بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٩ ، مطبعة الامام ، القاهرة ، الناشر زكريا علي يوسف ، بلا سنة طبع ، ص ٤٤٦٧ .

(٤) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، دار الفكر ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٢٦٢ .

(٥) ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج ٣ ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٤٣ .

(٦) عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٦ ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا سنة طبع ، ص ٥٧١ .

(٧) محمد زكريا البرديسي ، التصرف الاسقاطي ، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٢ ، العدد الثاني ، ١٩٦٨م ، ص ٢٨٥ .

(٨) محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣م ، ص ١٥٤ .

(٩) فأول اثر لثبوت اهلية الاداء صحة التصرفات القولية باعتبارها اسباباً منشئة للحقوق ، فمن كانت عبارته صالحة لان تكون سبباً لثبوت الحقوق له وعليه فعنده اهلية اداء ، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية يُعد فاقداً لأهلية الاداء . الامام محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الكتاب الثاني (نظرية العقد) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠١٤م ، ص ٢٦٩ .

(١٠) محمد وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج ٤ ، ط ٤ ، دار الفكر ، دمشق ، بلا سنة طبع ، ص ٢٩٥٩ .

(١١) د. احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الدار الجامعية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١١٨ .

(١٢) د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ، دار العلم للملايين ، بلا سنة طبع ، ص ٣٣ .

(١٣) د. محمد زكي عبد البر ، التصرفات والوقائع الشرعية ، ط ١ ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ، ١٩٨٢م ، ص ٢٥ .

(١٤) د. محمد مصطفى شلبي ، تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٣٦٤ .

(١٥) محمود محمد الطنطاوي ، حقيقة التصرف واقسامه ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، السنة الخامسة عشرة ، جامعة عين شمس ، ١٩٧٣م ، ص ٢٤ .

(١٦) د. انور محمود دبور ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩م ، ص ١٠ .

(١٧) د. محمد عثمان شبير ، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ط ٢ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠م ، ص ٢٠٢ .

- (١٨) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي) ، ج ١ ، ط ٢ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ م ، ص ٢٥ .
- (١٩) د. محمد وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج ٤ ، ط ١ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٤ م ، ص ٨٣ و ص ٨٤ .
- (٢٠) د. عبد اللطيف محمد السيد مرسل ، الفضالة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠١٠ م ، ص ٢٧٠ .
- (٢١) محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، ط ٣ ، دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٨ م ، ص ٤٩ .
- (٢٢) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع ص ٣٠٧ .
- (٢٣) ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، المغني لابن قدامه على مختصر ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى ، ج ٥ ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، بلا سنة طبع ، ص ٢٣٨ .
- (٢٤) عثمان بن محمد شطا الدمياطي ، اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ، ج ٣ ، مطبعة مصطفى محمد ، بلا سنة طبع ، ص ١٣٦ .
- (٢٥) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي المطهر ، تذكرة الفقهاء ، ج ٣ ، طبع حجر ، بدون سنة طبع ، ص ٣٧٢ .
- (٢٦) علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٣٥ .
- (٢٧) شرف الدين الحسين بن احمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني ، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير ، ج ٣ ، ط ٢ ، مكتبة البيان ، دمشق ، ١٩٦٨ م ، ص ٤٠١ .
- (٢٨) محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج ١٣ ، ط ٣ ، مطبعة الارشاد ، جده ، ١٩٧٢ م ، ص ٤٣٣ .
- (٢٩) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠١٤ م ، ص ٢٥٧ .

(٣٠) د. عباس احمد محمد الباز ، احكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف فيه في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، ١٩٩٨ م ، ص ٥٤ و ص ٥٥ .

(٣١)

Article 1100-2

Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit . Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations .
انظر د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد ١١٠٠ الى ١٢٣١-٧ ، من القانون المدني الفرنسي ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨ م ، ص ٢٨ .

(٣٢) محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ م ، ص ١١٣ . د. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق) ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ م ، ص ١٣٥ .

(٣٣) د. عبد القادر الفار ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ .

(٣٤)

Article 1100-1

Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux . Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats .

انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٣٥) د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ م ، ص ١٨ و ص ١٩ .

(٣٦) يختلف الفقه الالمانى عن الفقه الفرنسى فى كون الارادة المنفردة منشئة للالتزام ، فالفقه الالمانى يجعلها سبباً للالتزام والفقه الفرنسى يقصر السببية الارادية على العقد ، ويرى الفقه الالمانى ان الارادة المنفردة مناط الالتزام فى العقد الذى يتكون بتوافق ارادتين وان احدى هذه الارادتين هى التى تنفرد بإنشاء الالتزام . للاستزادة انظر الامام محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

(٣٧) حسين حسن الحموي ، التصرف فى ملك الغير دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٦م ، ص ٢٠ .

(٣٨) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م ، ص ٤٥ .

(٣٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، القاهرة ، ١٩٥٤م ، ص ١٣٠ . د. محمد الصغير البعلى ، المدخل للعلوم القانونية ، دار العلوم ، الجزائر ، ٢٠٠٦م ، ص ١٢٩ .

(٤٠) الطعن رقم ١٧٣٧ سنة ٥٨ ، جلسة ٢/١٦/٢٠٠٦ ، منشور فى مجلة المحاماة ، العددان الخامس والسادس ، تصدر عن نقابة المحامين فى جمهورية مصر العربية ، ٢٠٠٧م ، ص ٣٤٢ .

(٤١) د. جميل الشرقاوى ، مصدر سابق ، ص ١٤ و ص ١٥ .

(٤٢) د. محمد الصغير البعلى ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ .

(٤٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج١ (نظرية العقد) ، منشور على الموقع الالكترونى : [http:// law master. Blogspot.com](http://law.master.Blogspot.com) .

(٤٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، ج ١ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢م ، ص ١٣٠ .

(٤٥) د. سيف رجب قرامل ، النيابة عن الغير فى التصرفات المالية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨م ، ص ٢٧ .

(٤٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى ، ج١ (مقدمة - صيغة العقد) ، ط ٢ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص ٥٤ .

(٤٧) د. محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الالتزامات ، ج ٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥م ، ص ١٧٣ .

(٤٨) د. عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٠م ، ص ٣٢٠ .

(٤٩) د. محمد طه البشير د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج ١ (الحقوق العينية الاصلية) ، ١٩٨٢م ، ص ١٠ .

(٥٠) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، الغصب واثاره في الشريعة الاسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري ، ط ٣ ، المطبعة القضائية ، صنعاء ، ٢٠١٠ م ، ص ٤٢ و ص ٤٣ .

(٥١) للاستزادة ينظر د. سامي جميل الكبيسي ، جرائم الاعتداء على الاموال ، ط ١ ، مركز البحوث والدراسات الاسلامية ، بغداد ، بغداد ، ٢٠٠٨م ، ص ١٢٤ .

(٥٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص ٢٤٧ .

(٥٣) شه نك محمد جميل كريم ، اثر القصد المدني في تضمين اليد ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١م ، ص ١٨١ .

(٥٤) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، اشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو ، ج ٢ ، ط ١ ، الناشر دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦م ، ص ٢٣٦ .

(٥٥) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٧٩ / س / ١٩٦٩ في ١٩٧٠/٦/٢٩ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الاول ، ص ١٣١ . اشارت اليه نبا محمد عبد العبيدي ، غصب العقار ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهدين ، ٢٠٠٦م ، ص ١٧ .

(٥٦) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

(٥٧) قرار محكمة النقض المصرية رقم القرار ٤٧٥ لسنة ٦١ قضائية في ٢١ / ٥ / ١٩٩٧ . اشار اليه ناصر فتحي بدوي ، دعوى الطرد للغصب في ضوء احكام محكمة النقض ، دار عمان للكتب ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ١٠ .

(٥٨) قرار محكمة النقض المصرية رقم القرار ٤٧٥ لسنة ٦١ قضائية في ٢١ / ٥ / ١٩٩٧ . اشار اليه ناصر فتحي بدوي ، المصدر نفسه ، ص ١٠ .

(٥٩) قرار محكمة النقض المصرية رقم القرار ٥٣٢ لسنة ٤٢ قضائية في ١١/٢ / ٢٠٠٤ . اشار اليه د. عمار محمد علي القضاة ، اثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة عمان العربية ، ٢٠١٢م ، ص ١١ .

(٦٠) الطعن رقم ١٩٥٩٥ لسنة ٨٨ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٩/٤/٧ . منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٧ .

(٦١) رقم القرار ٢٧٧٦/٢٠٠٤ ، منشورات مركز العدالة ، نقلاً عن د. عمار محمد علي القضاة ، المصدر نفسه ، ص ٢٨ .

(٦٢) رقم القرار ١٠٩٤ / ٢٠٠١ ، منشورات مركز العدالة ، نقلاً عن د. عمار محمد علي القضاة ، المصدر نفسه ، ص ٢٩ .

(٦٣) نبا محمد عبد العبيدي ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٦٤) د. محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دراسة فقهية مقارنة بإحكام المسؤولية التصيرية في القانون ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٣ م ، ص ٢١٣ .

(٦٥) د. حبيب ادريس عيسى د. اكرم محمد حسين ، ضمان المغصوب دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية الحقوق - جامعة الموصل ، مج ١٧ ، العدد ٦١ ، ٢٠١٤ م ، ص ٢٣١ .

(٦٦) د. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق (الحقوق العينية الاصلية) ، ج ١ ، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة ، ١٩٦٤ م ، ص ٢٢٤ .

(٦٧) فالحائر ملزم برد الثمار الطبيعية والمدنية من وقت دخولها في حيازته وله الحق في استرداد ما انفقه من مصرفات ضرورية لحفظ الشيء او لتحصيل ثماره وعلى ان يتحمل نفقات الرد ، وان الفقهاء المسلمين اجمعوا على رد المغصوب الى مالكة وتحميل الغاصب نفقات الرد كما عليه ان يرد مع المغصوب فوائده ومنافعه . د. عبد الجبار شراره ، احكام الغصب في الفقه الاسلامي بحث موازن بين المذاهب الاسلامية السبعة مقارنة بالقانون الوضعي ، ط ٢ ، الناشر مكتب الاعلام الاسلامي ، ١٩٩٢ م ، ص ٢٦٣ .

(٦٨) د. حبيب ادريس عيسى ، النظام القانوني للغصب ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢ م ، ص ٤٤ .

(٦٩) د. نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، مطابع سجل العرب ، ١٩٧٧ م ، ص ٢١ .

(٧٠) د. عبد الجبار حمد شرارة ، مصدر سابق ، ص ٢٦٦ .

(٧١) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦٢ م ، ص ١٦٢ و ١٦٣ . د. عبد الجبار شراره ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ .

(٧٢) د. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٩ م ، ص ٧ .

(٧٣) ينظر المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٨١) من القانون المدني الاردني والمادة (١١١٨) من القانون المدني اليمني .

(٧٤) د. حبيب ادريس عيسى ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٧٥) وبهذا الصدد يقول احد الشراح ان المشرع العراقي والاردني نظما احكام الغضب ضمن احكام المسؤولية التقصيرية وكانه صورة منها او تطبيق من تطبيقاتها في حين ان الغضب يختص بأحكام تميزه من المسؤولية التقصيرية . د. حبيب ادريس عيسى . د. اكرم محمد حسين ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ .

(٧٦) ابي البركات سيدي احمد الدردير ، الشرح الكبير ، ج ٣ ، منشورات المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ١٢ . شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج ، ج ٢ ، مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ١٦٠ .

(٧٧) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ .

(٧٨) سورة المائدة ، الآية ٢ .

(٧٩) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ، ج ٥ ، ط ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٧١ هـ ، ص ٢٧٠ .

(٨٠) ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج ٩ ، مطبعة التضامن الاخوي ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ٢٨٦ .

(٨١) زين الدين الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج ٦ ، ط ١ ، المطبعة العلمية ، بلا سنة طبع ، ص ١٦٠ .

(٨٢) احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٦٦ هـ ، ص ٣٠٥ . ابي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الشهير بالمحقق الحلبي ، المختصر النافع ، مطبعة وزارة الاوقاف ، مصر ، ط ٢ ، ١٣٧٨ هـ ، ص ١٤٢ . ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المصدر السابق ، ج ٩ ، ص ٢٨١ . ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٤ ، ط ٣ ، منشورات دار المنار ، ١٣٦٧ هـ ، ص ٢٠٥ . ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، منشورات ادارة الطباعة المنيرية ، مصر ، ١٣٥٠ هـ ، ص ٤٣٤ .

(٨٣) سورة الانعام ، الآية ١٦٤ .

- (٨٤) محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ج ١ ، مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، ١٣٤٥ هـ ، ص ٢٠٦ .
- (٨٥) ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٠٦ .
- (٨٦) ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٢٨٦ .
- (٨٧) د. محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد ابراهيم فاضل الدبو ، فقه المعاملات والجنايات ، المعاملات ، ج ١ ، ط ١ ، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع ، ١٩٨٩ م ، ص ٢٠ .
- (٨٨) عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الدراسات الاسلامية العليا - جامعة بغداد ، ١٩٦٩ م ، ص ١٩ .
- (٨٩) نقلاً عن زينب محمود محمد حسين البعاج ، بيع الفضولي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون - جامعة الكوفة ، المجلد الثاني ، العدد الثامن ، ٢٠١٠ م ، ص ١٠٥ .
- (٩٠) الشيخ محمد تقي الدين بن الشيخ محمد باقر الأصفهاني ، رسالة في العقود ، المطبعة الحجرية ، ١٢٩٤ هـ ، كتاب البيع ، بيع الفضولي (غير مرقم) ، نقلاً عن عبد الهادي الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .
- (٩١) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي ، ج ٦ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ١٤٦ .
- (٩٢) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١١ .
- (٩٣) ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٥ ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨ م ، ص ٢٠٥ . علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانتصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٦ ، ط ٢ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة طبع ، ص ٣٠٩ . موسى بن احمد بن موسى بن سالم بن عيسى المقدسي ، الاقتناع في فقه الامام احمد بن حنبل ، ج ٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٥٣ .
- (٩٤) علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ابو الحسن برهان الدين ، متن بداية المبتدئ في فقه الامام ابي حنيفة ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ١٤٠ .
- (٩٥) علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ م ، ص ١٤٥ .

- (٩٦) فخر الدين حسن بن منصور الاوز جندي الحنفي ، فتاوي قاضي خان ، ج ٢ ، بلا سنة طبع ، ص ٧٨ .
- (٩٧) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط ٣ ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ١٩٩٨ م ، ص ٢٧٤ .
- (٩٨) ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي ، ج ٩ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٦١ .
- (٩٩) عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني ، فتح الغدير بشرح الوجيز (الشرح الكبير) ، ج ٨ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٢١ .
- (١٠٠) احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار لمذاهب علماء الامصار ، ج ٤ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٦٦ هـ ، ص ١٨٦ .
- (١٠١) القاضي العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، ج ٣ ، ط ١ ، دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ١٩٤٧ م ، ص ٣٥٦ .
- (١٠٢) نقلاً عن عبد الهادي الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٤٧ .
- (١٠٣) زين الدين الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج ٦ ، ط ١ ، المطبعة العلمية ، بلا سنة طبع ، ص ١٥٠ .
- (١٠٤) الامام محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧ و ص ٣٣٨ .
- (١٠٥) د. عبد الجبار حمد شرارة ، مصدر سابق ، ص ٢١٣ .
- (١٠٦) الشيخ مرتضى الانصاري ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٩٠ .
- (١٠٧) نقلاً عن د. ميري كاظم عبيد الخيكاني ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .
- (١٠٨) د. عبد الرزاق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .
- (١٠٩) وقد ميز بعض الفقهاء المسلمين بين نوعين من المتصرفين المتفضل والمتطفل ، فالفضولي نوعان المتفضل والمتطفل ، والمتفضل هو من يريد خدمة من له حق التصرف على ان يستأذنه فيما بعد ، مثال ذلك الوكيل الذي يتصرف خارج حدود الوكالة لأجل خدمة موكله كما لو وكل المالك شخصاً لإيجار داره ولكن الوكيل قام ببيع الدار وفي تقديره ان المالك لو علم بالصفقة لبادر الى تنفيذها ، اما المتطفل هو الذي لا ينوي خدمة من له حق التصرف بل يسعى لخدمة نفسه او اتباعاً لهواه ، كمن يظن نفسه مالكاً للشيء فيقوم بإجراء معاملة عليه لمصلحة نفسه فيتبين انه ليس كذلك او كالمغصب يبيع مال غيره ظلماً وعدواناً ، ويشترك المتفضل

مع المتطفل في صحة العقد بعد الاجازة ولكنهما يختلفان في ان المتفضل يمتاز عن المتطفل بعدم الضمان وباستحقاق الاجرة في بعض الاحوال . السيد محمد تقي المدرسي ، احكام المعاملات ، منشور على الموقع الالكتروني : www.almodarresi.com .

(١١٠) المرغيناني ، مصدر سابق ، ج٦ ، ص١٩١ . النووي ، مصدر سابق ، ج٩ ، ص٢٥٩ . الدردير ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص١٩٩ .

(١١١) ابو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات ، ج١ ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ص٣٣٧ . شهاب الدين بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٨ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ص٢٣٠ . محمد بن احمد بن محمد عlish المالكي ، شرح منح الجليل على مختصر خليل ، ج٣ ، مكتبة النجاح ، ليبيا ، بلا سنة طبع ، ص٧٣٨ . عبد الرحمن بن ابي عمر بن قدامه المقدسي ، الشرح الكبير على متن المقنع ، ج٦ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ص٣٧٢ .

(١١٢) ابو داود سليمان بن الأشعث الازدي ، سنن ابي داود الحافظ ، ج٣ ، المكتبة العصرية ، صيدا ، لبنان ، ١٩٨٨م ، ص٢٥٣ .

(١١٣) د. عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ١٩٦٨م ، ص١١٦ و ص١١٧ .

(١١٤) د. عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٥٦م ، ص٢٧٣ .

(١١٥) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع والايجار والمقاولة) ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣م ، ص١٧٧ .

(١١٦) فقد نصت المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري على ان ((١- اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري ان يطلب ابطال العقد ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد او لم يسجل . ٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو اجاز المشتري العقد .)) ، وتتص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي بان ((بيع ملك الغير باطل وللمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل ان المبيع ليس مملوكاً للبائع)) .

(١١٧) د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص٢٧٣ .

(١١٨) منير القاضي ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة) ، مج١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٨م ، ص٢٢٢ .

(١١٩) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٧ م ، ص ٣١٠ و ص ٣١١ .

(١٢٠) وما لم يقبضه من البديل يطبق فيه مضمون المادتين (٩٤٢ و ٩٤٣) من القانون المدني العراقي ، اذ تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني العراقي على انه ((حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه)) وتنص المادة (٩٤٣) على انه ((اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه ، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل ، فله ان يرجع على أي من الموكل او الوكيل ، ولإيهما ان يرجع اليه)) . منير القاضي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

(١٢١) أ. د عبد المجيد الحكيم أ . عبد الباقي البكري أ . م محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ (مصادر الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ١١٦ . منير القاضي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ و ص ٢٢٥ .

(١٢٢) د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦ .

(١٢٣) د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والايجار) ، ج ١ ، ط ٣ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ م ، ص ١٩٥ .

(١٢٤) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٣١١ .

(١٢٥) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

(١٢٦) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

(١٢٧) وان حق المالك يسقط في حالة ما اذا تملك المشتري المبيع بالتقادم المكسب الطويل او القصير طبقاً للمادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه ((١- من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً له او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرار حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذئ عذر شرعي . ٢- واذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري واقتربت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق . ٣- والسبب الصحيح هو سند او حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية أ- الاستيلاء على الارضي الموات . ب- انتقال

الملك بالإرث والوصية . ج- الهبة . د- البيع او الفراغ .)) . د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧ .

(١٢٨) اذ نصت المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على انه ((١- اجازة العقد الموقوف تكون صراحةً او دلالةً وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ويُشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يُشترط قيام العاقدين او المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة . ٢- ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر، فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً . ٣- ويبدأ سريان المدة ... اذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد)) .

(١٢٩) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .

(١٣٠) واذا كان المشتري قد تسلم المبيع وهلك بيده ، فان الفضولي يتحمل تبعه الهلاك اذا كان المشتري حسن النية او اذا كان الهلاك بتعد من الفضولي ، اما اذا كان المشتري سي النية فانه يتحمل تبعه الهلاك مالم يكن الهلاك حاصلًا بتعد من الفضولي . د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

(١٣١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ، ج ٤ ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، ص ٢٣١ و ص ٢٣٢ .

(١٣٢) د. ميري كاظم عبيد الخيكاني ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

(١٣٣) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ .

(١٣٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٣٦ .

(١٣٥) د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٥ م ، ص ١١٥ .

(١٣٦) اذ تنص المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري على ان ((١- اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري ان يطلب ابطال العقد ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد او لم يسجل . ٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو اجاز المشتري العقد .)) ، وتنص المادة (٤٦٧) منه على ان ((١- اذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري . ٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري اذا آلت اليه ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .)) ، كما تنص (٤٦٨) على ان ((اذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع ، فله ان يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية)) .

- (١٣٧) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ .
- (١٣٨) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .
- (١٣٩) د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١م ، ص ٨٤ و ص ٨٥ .
- (١٤٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٣٧ و ص ٢٣٨ .
- (١٤١) فقد نصت المادة (٤٦٨) من القانون المدني المصري على انه ((اذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع ، فله ان يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية)) . د. عبد المنعم البدرابي ، الوجيز في عقد البيع ، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ، بلا سنة طبع ، ص ٤١٦ و ص ٤١٧ .
- (١٤٢) د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .
- (١٤٣) د. عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .
- (١٤٤) د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، ج ١ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٢م ، ص ٧٩ .
- (١٤٥) د. حسن رياض محمد ، بيع ملك الغير دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠م ، ص ٦٧ .
- (١٤٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٤٠ و ص ٢٤١ .
- (١٤٧) د. جميل الشراوي ، مصدر سابق ، ١٩٩٩م ، ص ٢٨١ .
- (١٤٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٣٦ و ص ٢٣٧ . د. عبد المنعم البدرابي ، الوجيز في عقد البيع ، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ، بدون سنة طبع ، ص ٤١٥ .
- (١٤٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٤١ . د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٦ . د. عبد المنعم البدرابي ، مصدر سابق ، ص ٤١٧ . د. انور سلطان د. جلال العدوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع) ، الناشر دار المعارف ، ١٩٦٣م ، ص ١٧٨ . د. محمد علي عمران ، موجز البيع ، ١٩٨٩م ، ص ١٩٨ .
- (١٥٠) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٥ .

(١٥١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٨٣ .

(١٥٢) فالمادة (١٨٨) من القانون المدني المصري نصت على انه ((الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك)) ، والمادة (١٨٩) نصت على انه ((تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر)) ، والمادة (١٩٠) نصت على انه ((تسري قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي)) ، ونصت المادة (١٩١) على انه ((يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك)) ... الخ .

(١٥٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) ، ج ١ ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ١٠٣٥ .

(١٥٤) د. رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١م ، ص ٥٠١ .

(١٥٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي ، ج ٤ (نظرية السبب ونظرية البطان) ، ط ٢ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص ١٨٣ .

(١٥٦) ففي كلا القانونين الروماني والفرنسي القديم لم يكن بيع ملك الغير باطلاً ، والعلة في ذلك ان عقد البيع لم يكن ناقلاً للملكية بذاته ، وانما كان ينشئ على عاتق البائع التزاماً بمنح المشتري حيازة هادئة على الشيء المبيع ، لهذا لم يكن للمشتري ان يدعي انه قد اشترى شيئاً مملوكاً لغير البائع طالما لم يحصل له تعرض من الغير . د. توفيق حسن فرج ، الوجيز في عقد البيع ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨م ، ص ٥٢ .

(١٥٧) د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ١٩٩٩م ، ص ٢٧٩ .

(١٥٨) د. حسون غني طه ، البيع ، ١٩٧٠م ، ص ٣٩٩ و ٤٠٠ . نقلاً عن زينب محمود محمد حسين البعاج ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

(١٥٩) نقض مدني فرنسي ٣ ، ١٦ نيسان / ١٩٧٣ : نش مدنية ، رقم ٣٠٣ . القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز ١٠٨ ، جامعة القديس يوسف في بيروت ، ٢٠٠٩م ، ص ١٥٧٤ .

(١٦٠) د. حسون غني طه ، البيع ، ١٩٧٠م ، ص ٣٩٩ و ٤٠٠ . نقلاً عن زينب محمود محمد حسين البعاج ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

(١٦١) نقض مدني فرنسي ١ ، ٤ كانون الاول / ١٩٦٧ : د ١٩٦٨ . ٢٨٣ ، المصدر السابق ، ص ١٥٧٤ .

- (١٦٢) نقض مدني فرنسي ، ١ ، ١٢ تموز / ١٩٦٢ : د ١٩٦٣ ، رقم ٢٤٦ ، مصدر سابق ، ص ١٥٧٤ .
- (١٦٣) د. جميل الشراوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦م ، ص ٢٩٦ .
- (١٦٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٣٦ و ص ٢٣٧ و ص ٢٣٨ .
- (١٦٥) انظر في هذا المعنى عمار غزال ، الفضالة بحث منشور في الموسوعة العربية ، الموسوعة القانونية المتخصصة على الموقع الالكتروني : arab-ency.com.sy .
- (١٦٦) د. محمد احمد سراج ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .
- (١٦٧) د. محمد احمد سراج ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ و ص ٢١٨ .
- (١٦٨) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ .
- (١٦٩) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي ، المصدر سابق ، ص ٢٥٥ .
- (١٧٠) د. علي هادي العبيدي ، العقود المسماة البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥م ، ص ٥٨ و ص ٥٩ و ص ٦٠ .
- (١٧١) د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ٦٠ و ص ٦١ .
- (١٧٢) قرار محكمة التمييز الاردنية ، تمييز حقوق ١٣٠ / ٨٥ ، سنة ١٩٨٦ ، ص ١٤٧ ، اشار اليه د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

المصادر

* القرآن الكريم

أولاً : معاجم اللغة

- ١- بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٧٧ م .
- ٢- الخليل بن احمد الفراهيدي ، ترتيب كتاب العين ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة باقري ، قم ، ١٤١٤ هـ .
- ٣- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط٧ ، المطبعة الاميرية ، القاهرة ، ١٩٥٣ م .
- ٤- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، ج٥ ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م .
- ٥- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، ج٧ ، دار التوفيق للتراث ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م .

ثانياً : كتب الفقه الاسلامي

- ١- ابو داود سليمان بن الأشعث الازدي ، سنن ابي داود الحافظ ، ج٣ ، المكتبة العصرية ، صيدا ، لبنان ، ١٩٨٨ م .
- ٢- ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٣- ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي ، ج٩ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٤- ابو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات ، ج١ ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ١٩٩٩ م .
- ٥- ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، المغني لابن قدامه على مختصر ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى ، ج٥ ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، بلا سنة طبع .
- ٦- ابي البركات سيدي احمد الدردير ، الشرح الكبير ، ج٣ ، منشورات المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، بلا سنة طبع .

- ٧- ابي السعادة المبارك بن محمد الجزري ، النهاية في غريب الحديث والاثر ، ج ٤ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ١٩٧٩ م .
- ٨- ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، مطبعة التضامن الاخوي ، مصر ، بلا سنة طبع .
- ٩- ابي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الشهير بالمحقق الحلي ، المختصر النافع ، مطبعة وزارة الاوقاف ، مصر ، ط ٢ ، ١٣٧٨ هـ .
- ١٠- ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٤ ، ط ٣ ، منشورات دار المنار ، ١٣٦٧ هـ .
- ١١- ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي ، المغني ، ج ٥ ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨ م .
- ١٢- ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، منشورات ادارة الطباعة المنيرية ، مصر ، ١٣٥٠ هـ .
- ١٣- احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ، التاج المذهب لأحكام المذهب ، ج ٣ ، ط ١ ، دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ١٩٤٧ م .
- ١٤- احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٦٦ هـ .
- ١٥- احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار لمذاهب علماء الامصار ، ج ٤ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٦٦ هـ .
- ١٦- احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ١٧- انور محمود دبور ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م .
- ١٨- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي المطهر ، تذكرة الفقهاء ، ج ٣ ، طبع حجر ، بدون سنة طبع .
- ١٩- زين الدين الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج ٦ ، ط ١ ، المطبعة العلمية ، بلا سنة طبع .
- ٢٠- زين الدين الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج ٦ ، ط ١ ، المطبعة العلمية ، بلا سنة طبع .
- ٢١- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط ٣ ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ١٩٩٨ م .
- ٢٢- شرف الدين الحسين بن احمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني ، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير ، ج ٣ ، ط ٢ ، مكتبة البيان ، دمشق ، ١٩٦٨ م .
- ٢٣- شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج ، ج ٢ ، مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، بلا سنة طبع .

- ٢٤- شهاب الدين بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٨ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ م .
- ٢٥- صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج١ ، دار العلم للملايين ، بلا سنة طبع .
- ٢٦- عباس احمد محمد الباز ، احكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف فيه في الفقه الاسلامي ، ط١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨ م ، الاردن .
- ٢٧- عبد الجبار حمد شرارة ، احكام الغصب في الفقه الاسلامي بحث موازن بين المذاهب الاسلامية السبعة مقارن بالقانون الوضعي ، ط٢ ، الناشر مكتب الاعلام الاسلامي ، ١٩٩٢ م .
- ٢٨- عبد الرحمن بن ابي عمر بن قدامه المقدسي ، الشرح الكبير على متن المقنع ، ج٦ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٣ م .
- ٢٩- عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني ، فتح الغدير بشرح الوجيز (الشرح الكبير) ، ج٨ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٣٠- عبد الله بن احمد محمد بن قدامه المقدسي ، المغني ، ج٦ ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا سنة طبع .
- ٣١- عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الدراسات الاسلامية العليا - جامعة بغداد ، ١٩٦٩ م .
- ٣٢- عثمان بن محمد شطا الدمياطي ، اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ، ج٣ ، مطبعة مصطفى محمد ، بلا سنة طبع .
- ٣٣- علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ، ط٢ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة طبع .
- ٣٤- علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٧ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ م .
- ٣٥- علاء الدين ابي بكر بن احمد بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٩ ، مطبعة الامام ، القاهرة ، الناشر زكريا علي يوسف ، بلا سنة طبع .
- ٣٦- علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ، متن بداية المبتدئ في فقه الامام ابي حنيفة ، ج٦ ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٣٧- علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج٨ ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٣٨- فخر الدين حسن بن منصور الاوز جندي الحنفي ، فتاوي قاضي خان ، ج٢ ، بلا سنة طبع .
- ٣٩- محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الكتاب الثاني (نظرية العقد) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠١٤ م .

- ٤٠- محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، ط ٣ ، دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٨ م .
- ٤١- محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ م .
- ٤٢- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، دار الفكر ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٤٣- محمد بن احمد بن محمد عlish المالكي ، شرح منح الجليل على مختصر خليل ، ج ٣ ، مكتبة النجاح ، ليبيا ، بلا سنة طبع .
- ٤٤- محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ج ١ ، مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، ١٣٤٥ هـ .
- ٤٥- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي ، ج ٦ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٤٦- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ، ج ٥ ، ط ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٧١ هـ .
- ٤٧- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- ٤٨- محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج ١٣ ، ط ٣ ، مطبعة الارشاد ، جده ، ١٩٧٢ م .
- ٤٩- محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد ابراهيم فاضل الدبو ، فقه المعاملات والجنایات ، المعاملات ، ج ١ ، ط ١ ، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع ، ١٩٨٩ م .
- ٥٠- محمد زكي عبد البر ، التصرفات والوقائع الشرعية ، ط ١ ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ، ١٩٨٢ م .
- ٥١- محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٩ م .
- ٥٢- محمد عثمان شبير ، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ط ٢ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠ م .
- ٥٣- محمد مصطفى شلبي ، تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ٥٤- محمد وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج ٤ ، ط ١ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٤ م .
- ٥٥- محمد وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج ٤ ، ط ٤ ، دار الفكر ، دمشق ، بلا سنة طبع .
- ٥٦- مرتضى الانصاري ، كتاب المكاسب ، ج ١ ، ط ٢ ، مؤسسة الامام المنتظر ، قم ، ١٤٣٣ هـ .

٥٧- موسى بن احمد بن موسى بن سالم بن عيسى المقدسي ، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل ، ج ٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة طبع .

ثالثاً : الكتب القانونية

- ١- انور سلطان د. جلال العدوي ، الموجز في العقود المسماة ، الناشر دار المعارف ، ١٩٦٣ م .
- ٢- توفيق حسن فرج ، الوجيز في عقد البيع ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨ م .
- ٣- توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٥ م .
- ٤- جميل الشراوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ م .
- ٥- جميل الشراوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة لعربية ، ١٩٩٩ م .
- ٦- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق (الحقوق العينية الاصلية) ، ج ١ ، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة ، ١٩٦٤ م .
- ٧- حسن رياض محمد ، بيع ملك الغير دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠ م .
- ٨- حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، اشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو ، ج ٢ ، ط ١ ، الناشر دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ م .
- ٩- رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ م .
- ١٠- سامي جميل الكبيسي ، جرائم الاعتداء على الاموال ، ط ١ ، مركز البحوث والدراسات الاسلامية ، بغداد ، بغداد ، ٢٠٠٨ م .
- ١١- سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والايجار) ، ج ١ ، ط ٣ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ م .
- ١٢- سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع والايجار والمقاوله) ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ م .
- ١٣- سيف رجب قرامل ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ م .
- ١٤- شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، ج ١ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٢ م .
- ١٥- شه نك محمد جميل كريم ، اثر القصد المدني في تضمين اليد ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ م .
- ١٦- صلاح الدين الناهي ، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ م .

- ١٧- عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٥٦ م .
- ١٨- عبد الرزاق احمد السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، القاهرة ، ١٩٥٤ م .
- ١٩- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) ، ج ١ ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م .
- ٢٠- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ، ج ٤ ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م .
- ٢١- عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج ١ (مقدمة - صيغة العقد) ، ط ٢ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨ م .
- ٢٢- عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي ، ج ٤ (نظرية السبب ونظرية البطلان) ، ط ٢ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨ م .
- ٢٣- عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، ج ١ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ م .
- ٢٤- عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ م .
- ٢٥- عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق) ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ م .
- ٢٦- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي) ، ج ١ ، ط ٢ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ م .
- ٢٧- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٧ م .
- ٢٨- عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ (مصادر الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- ٢٩- عبد المنعم البدرابي ، الوجيز في عقد البيع ، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ، بلا سنة طبع .
- ٣٠- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م .
- ٣١- عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٠ م .
- ٣٢- علي هادي العبيدي ، العقود المسماة البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ م .

- ٣٣- محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دراسة فقهية مقارنة بإحكام المسؤولية التصديرية في القانون ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٣ م .
- ٣٤- محمد الصغير البعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار العلوم ، الجزائر ، ٢٠٠٦ م .
- ٣٥- محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد ١١٠٠ الى ١٢٣١-٧ ، من القانون المدني الفرنسي ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨ م .
- ٣٦- محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ م .
- ٣٧- محمد طه البشير د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج ١ (الحقوق العينية الاصلية) ، ١٩٨٢ م .
- ٣٨- محمد علي عمران ، موجز البيع ، ١٩٨٩ م .
- ٣٩- محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الالتزامات ، ج ٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥ م .
- ٤٠- محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ م .
- ٤١- مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠١٤ م .
- ٤٢- منير القاضي ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة) ، مج ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٨ م .
- ٤٣- نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، مطابع سجل العرب ، ١٩٧٧ م .
- ٤٤- يحيى محمد عبد الله الجرافي ، الغضب واثاره في الشريعة الاسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المصري ، ط ٣ ، المطبعة القضائية ، صنعاء ، ٢٠١٠ م .

رابعاً : البحوث العلمية والرسائل والأطاريح

- ١- حبيب ادريس عيسى د. اكرم محمد حسين ، ضمان المغضوب دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية الحقوق - جامعة الموصل ، مج ١٧ ، العدد ٦١ ، ٢٠١٤ م .
- ٢- حبيب ادريس عيسى ، النظام القانوني للغضب ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢ م .
- ٣- حسين حسن الحموي ، التصرف في ملك الغير دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٦ م .
- ٤- زينب محمود محمد حسين البعاج ، بيع الفضولي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون - جامعة الكوفة ، المجلد الثاني ، العدد الثامن ، ٢٠١٠ م ، ص ١٠٥ .
- ٥- عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ١٩٦٨ م .

- ٦- عبد اللطيف محمد السيد مرسل ، الفضالة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠١٠م .
- ٧- عمار محمد علي القضاة ، اثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة عمان العربية ، ٢٠١٢م .
- ٨- محمد زكريا البرديسي ، التصرف الاسقاطي ، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٢ ، العدد الثاني ، ١٩٦٨م .
- ٩- محمود محمد الطنطاوي ، حقيقة التصرف واقسامه ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، السنة الخامسة عشرة ، جامعة عين شمس ، ١٩٧٣م .
- ١٠- ميري كاظم عبيد الخيكاني ، العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ١٩٩٩م .
- ١١- نبا محمد عبد العبيدي ، غصب العقار ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهدين ، ٢٠٠٦م .

خامساً : مصادر القرارات القضائية

- ١- مجلة المحاماة ، العددان الخامس والسادس ، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية ، ٢٠٠٧م .
- ٢- ناصر فتحي بدوي ، دعوى الطرد للغصب في ضوء احكام محكمة النقض ، دار عمان للكتب ، مصر ، بلا سنة طبع .
- ٣- القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز ١٠٨ ، جامعة القديس يوسف في بيروت ، ٢٠٠٩م .

سادساً : متون القوانين

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

سابعا : المواقع الالكترونية

- 1- [http:// law master. Blogspot.com](http://lawmaster.blogspot.com) .
- 2- https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil .
- 3 -arab-ency.com.sy

Abstract

The usurpation represents an illegal appropriation of money without the consent of its owners as a way to openly and overpower, and the duration of the usurped money remaining in the hands of the usurper may push him to perform some actions that may prevent the owner from exercising his known powers, and the problem of research lies in the concept of disposing of the usurped money. By answering the following questions: What is the definition of disposing of usurped money? What is the nature of the disposal of the money seized? What is the ruling on the subsequent permission from the owner for the usurper's disposal of the usurped money? .

Through the research, we found that the word "disposition" in Islamic jurisprudence is more general and comprehensive than the word "disposition" in positive law, and that the behavior of the usurper is part of the behavior of the curious in the Iraqi civil law and the Yemeni civil law, and its form is one of the forms of selling someone else's property in the French civil law, the Egyptian civil law and the Jordanian civil law, and a copy of it Pictures of infringement, both types of direct infringement or intentional infringement in English law .

And we suggested to the Egyptian, French and Jordanian civil laws that they adopt the idea of the suspended contract that the Iraqi legislator took from Islamic jurisprudence because it achieves legal protection for everyone who disposes of his property without his permission and is in line with the principle of consensuality and the prevention of harm, because the sale of the property of others in these laws is voidable in the interest of The buyer is alone without the seller and does not apply to the real owner except with his approval. As for the Iraqi civil law, the contract is suspended for the owner, seller and buyer on the authorization of the owner or whoever has the right to authorize .