



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون
الدراسات العليا / فرع القانون الخاص

التصرف في المال المغصوب "دراسة مقارنة"

اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من
متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص / القانون المدني

من قبل الطالب

عباس سهيل جيجان

بإشراف

الدكتور منصور حاتم محسن

استاذ القانون المدني

٢٠٢٢ م

١٤٤٣ هـ

Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Babylon/ College of Law



Legal Act Concerning Unlawful Obtained Money

((A Comparative Study))

**A thesis submitted to the council of College of Law,
University of Babylon in partial fulfillment of
the Requirements for the degree of
PhD in Special Law**

By

Abbas Suhail Chachan

Supervised by

Dr. Mansoor Hatem Muhsin

2022

الإهداء

إلى الأيدي المخلصة التي ساعدتني... اساتذتي الافاضل.

إلى من شرفني بحمل اسمه وذكره... والدي رحمه الله.

إلى من خضت دروب العلم بفيض تراتيل دعائها... والدتي حفظها الله.

إلى من تحملت معي الصعاب ورفيقتي في رحلة الكفاح... زوجتي.

إلى من اتشوق لرؤية مستقبلها المشرق وقلبي النابض... ابنتي رنيم.

إلى من امضيت معهم أجمل الأيام... إخوتي وأخواتي وأصدقائي.

وإلى كل من دعا لي بالتوفيق والسداد... أهدي جهدي المتواضع.

الباحث

شكر وتقدير

((من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق))

بعد ان وفقتني الله سبحانه وتعالى في إنجاز هذه الأطروحة لا يسعني الا أن اتقدم بوافر شكري وتقديري وامتناني إلى استاذي الفاضل الدكتور(منصور حاتم محسن) الذي تفضل بالإشراف على أطروحتي، فقد كان لتوجيهاته العلمية وجهوده البناءة وملاحظاته القيمة الاثر الكبير في

إنجاز هذه الأطروحة، ومن الواجب تقديم شكري وتقديري الى السيد عميد كلية القانون الاستاذ الدكتور(ميري كاظم عبيد) لدعمه غير المتناهي ورعايته الابوية الى طلبة الدراسات العليا، والشكر موصول الى كلية القانون- جامعة بابل بكوادرها التدريسية والادارية كافة لجهودهم الدائبة في تذليل العقبات والصعوبات أمام طلبة الدراسات العليا، ولا انسى من الشكر والامتنان رئيس فرع القانون الخاص واساتذته على ما بذلوه من جهد في ارشادي وتوجيهي حتى وصلت اطروحتي الى شكلها الحالي، وما دمت في معرض العرفان بالجميل لذوي العلم واهله اتقدم بالشكر الجزيل لكل الأيدي الكريمة التي قدمت لي المساعدة والعون واذكر منهم الدكتور(عباس حسين فياض/ كلية القانون- جامعة بابل) والقاضي الدكتور(سامي حسين ناصر/ المعهد القضائي) والدكتور(محمد احمد عيسى/ رئاسة جامعة بغداد) والدكتور(علي عبيد عويد/ كلية الحقوق- جامعة الموصل) والاستاذ(طاهر محمد مطاوع/ كلية الحقوق- جامعة القاهرة) لتوفيرهم لي الكثير من المصادر القانونية والمصادر الفقهية والمجلات القضائية، كما اتوجه بالشكر والتقدير لجميع الاخوة والاخوات والزملاء والزميلات لما قدموه لي من مساعدة خلال فترة الدراسة، واسجل فائق الشكر والاحترام الى كل من كان سندا وعونا لي في إنجاز مهمتي العلمية واخص بالذكر زوجتي العزيزة وابنتي الحبيبة، ولا يفوتني ان اتقدم ببالغ الشكر والاحترام الى السادة رئيس لجنة المناقشة واعضائها لتفضلهم بقراءة الأطروحة ورفدها بالملاحظات والآراء السديدة التي تساهم بلا ادنى شك في تقويم الأطروحة، وللجميع فائق الشكر والتقدير.

الباحث

الملخص

بدأت الملكية طورها الأول بحيازة واستنثار يمارسه الفرد على الشيء معتمداً في ذلك على القوة والغلبة، حيث كانت الصورة الأولى للملكية تتمثل في الاستيلاء ووضع اليد على الشيء المراد تملكه، ولكن تطور المجتمع بمستوياته جميعها أدى إلى تطور مفهوم حق الملكية منعاً للفوضى وجلباً للاستقرار وتجنباً للنزاعات بين أفراد المجتمع.

وقد نظرت الشريعة الإسلامية إلى الملكية نظرة خاصة تنبع من تفهم عميق وواقعي، فقد احترمتها ووضعت أحكاماً تكفل رعايتها وحمايتها، وإذا كان حق الملكية عرضة للاعتداء والتجاوز بوضع اليد فقد وضعت الشريعة قواعد عامة استنبط منها الفقهاء بمختلف مذاهبهم أحكاماً خاصة تلزم هذه اليد بالضمان وتحملها المسؤولية عن كل ما يطرأ على العين المضمونة من نقص أو هلاك أو تغيير أو ما إلى ذلك.

ولم يقتصر هذا الاحترام على الشريعة الإسلامية، بل إن القوانين الوضعية أقرت حق الملكية واحاطته بسياسات منيع من القواعد القانونية يحميه من أي اعتداء أو تجاوز، فهذه القوانين أكدت احترام حق الملكية وحمايته وعدم المساس به، وبقدر احترام المجتمع لهذا الحق وما تحيطه القوانين الوضعية من حماية يشعر الأفراد داخل المجتمع بالأمن والاستقرار، وعليه لا يجوز الاعتداء على حق الملكية ولا يجوز نزع جبراً إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل،

فالقانون يحمي المالك حماية شاملة ويمنع الاعتداء على ملكه، ويضع أمامه طرق قانونية يستطيع من خلالها أن يسترد ملكه من تحت يد حائزته غاصباً كان أم غير غاصب.

وفي ظل هذه الحماية التي أعطتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لحق الملكية نجد في بعض الأحيان شخص ما يتصرف في ملك غيره، مثال ذلك واضع اليد على ملك غيره، فقد يبيع هذا الملك أو يؤجره أو يتصرف أي تصرف آخر كما هو الحال بالنسبة للغاصب واليد التي تبعت يد الغاصب وحلت محلها من دون سند قانوني أو إذن من المالك، والأصل أن الغاصب ملزم في الشرع والقانون برد المال المغصوب إلى صاحبه، ولكن وجود المغصوب في يد الغاصب من شأنه أن يغريه بالتصرف فيه، إذ إن مدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تكون كافية لأن تدفعه للقيام ببعض التصرفات الفعلية والقولية التي من شأنها تمنع المالك من ممارسة سلطاته المعروفة من استعمال واستغلال وتصرف، وهذا يؤدي إلى زعزعة الثقة وعدم استقرار المعاملات المالية والإضرار بحقوق الآخرين، ونظراً لخطورة هذه الظاهرة، فقد قمنا بإعداد هذه الدراسة التي جاءت تحت عنوان "التصرف في المال المغصوب" دراسة مقارنة".

ويمكن تحديد مشكلة البحث من خلال النقاط الآتية:

1- قد ينشأ عن الغصب ضرر مباشر في المال المغصوب، إذ قد يقوم الغاصب بتغييره وتحويله إلى شيء آخر، وقد يحدث فيه نقص أو يلتصق بغيره، وقد يقوم الغاصب ببيعه أو يؤجره أو يرهنه إلى غير ذلك من التصرفات.

2- تناثر النصوص القانونية التي عالجت أحكام التصرف في المال المغصوب وتلتقي مع أحكام الغصب وتعد من تطبيقاته، وبالرغم من ذلك لم يرد النص عليها من المشرع العراقي والأردني واليميني ضمن الأحكام التي عالجت موضوع الغصب.

3- بيان مدى كفاية النصوص القانونية التي عالجت أحكام التصرف في المال المغصوب وتحديد ما سكتت عنه التشريعات المدنية محل المقارنة في تلك الأحكام وصولاً إلى الآثار المترتبة على التصرف في المال المغصوب والمتمثلة برد المغصوب وضمائه.

4- بيان كيفية تنظيم المشرع العراقي لموضوع التصرف في المال المغصوب في قانوننا المدني ومدى توافقه في تنظيم أحكام هذا التصرف مقارنة بغيره من القوانين المدنية محل المقارنة بعد بيان آراء الفقهاء المسلمين لمعرفة مدى تأثير تلك القوانين بهذه الآراء.

وقد توصلنا من خلال البحث إلى عدد من النتائج والمقترحات أهمها ما يلي:

1- إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي، لأن الفقهاء المسلمين يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال، أما فقهاء القانون فإنهم يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الشخص من أقوال فقط، وفي النتيجة يكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يعد تصرفاً شرعياً وليس كل تصرف شرعي يعد تصرفاً قانونياً، ويبدو إن التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي يقابله العمل

المادي في القانون المدني، وإن التصرف القولي في الفقه الإسلامي يقابله التصرف القانوني أو الأعمال القانونية.

2- تصرف الغاصب في المال المغصوب قسم من تصرفات الفضولي في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، ولكنه يُعد صوره من صور بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، إذ إن الفقهاء المسلمين تطرقوا إلى تصرفات الفضولي عند الحديث عن العقد الموقوف، ويبدو إن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي ومفهوم الفضالة في الفقه الغربي يلتقيان بمسألة واحدة، وهي إن التصرف الذي يقوم به الفضولي إنما يكون بدون إذن شرعي أو دون وكالة سابقة من المالك، وإنهما يختلفان في إن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق في جميع الأحوال، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة، في حين إن القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني قصرت حكم الفضالة على الشأن العاجل أو الفعل النافع لتحقيق مصلحة رب العمل، وبذلك فإن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به.

3- نصت الفقرة الأولى من المادة (194) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان "، وفي هذه الفقرة عالج المشرع حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين أخذ المغصوب ويرجع على الغاصب بالتعويض عن الأضرار الأخرى أو أن يتركه في يد الغاصب ويرجع عليه بالضمان، ومما يُلاحظ على هذا النص إنه عالج حالة تغير المغصوب ذاته المؤدي إلى النقص والضرر، ولم يعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي إلى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فأصبح كبيراً أو كان هزياً فأصبح سميناً.

4- أن الغاصب إذا باع المال المغصوب أو وهبه إلى شخص آخر وتلف عند المشتري أو عند الموهوب له، كان المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المتصرف له، فإن رجع على الغاصب فقد ملك الغاصب المال المغصوب ملكية تستند إلى يوم الغصب، وهنا يُعد تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، أما إذا رجع المغصوب منه على من تصرف له الغاصب، كان للمتصرف له الرجوع على الغاصب بضمان الاستحقاق استناداً للقواعد العامة، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (550-557) من القانون المدني العراقي، وإذا كان التصرف تبرعاً كالهبة طبقت أحكام المواد (614 و615) من القانون المدني العراقي.

5- الفضولي في القانون المدني العراقي من تصرف في ملك الغير بدون إذنه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (135) بقولها "من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك "، ويؤخذ على هذا النص إنه حصر الإذن من المالك فقط وهذا الحصر غير دقيق، لأنه من تصرف في ملك الغير بدون إذنه لا يُعد تصرفه موقوفاً إذا كان التصرف مأذوناً بحكم القانون أو بحكم القضاء كالولي والقيم، ويرى جانب من الفقه كان من الأولى إبدال عبارة ((بدون إذنه)) بعبارة ((بدون إذن شرعي))، وذلك ليشمل النص التصرف

في مال القاصر والمحجور عليه بدون إذن شرعي، ونحن نؤيده في ذلك، لذا نقترح أن يكون النص على الوجه الآتي: ((من تصرف في ملك غيره بدون إذن شرعي انعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة)).

6- نصت المادة (279) من القانون المدني الأردني على إنه (1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه 2- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه 3- فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب . 4- وعليه ايضاً ضمان منفعه وزوائده)، ومن أجل توحيد النصوص ولتشمل في حكمها العقار والمنقول على حد سواء نقترح على المشرع العراقي استبدال المادتين (192،197) من القانون المدني بمادة واحدة كما فعل المشرع الأردني في المادة (279) سالفه الذكر.

7- نصت المادة (193) من القانون المدني العراقي على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو من دون تعديه "، وهذه المادة لم توضح فيما إذا كان التضمين بالمتلي أو القيمي، ولكن كان الأولى بالمشرع العراقي إيراد الحكم بصراحة ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب كما فعل المشرع اليمني في صياغة واضحة بين فيها كيفية الضمان إذا كان المغصوب من المتليات أو القيميات وذلك في المادتين (1143،1144) من القانون المدني، لذا نقترح تعديل المادة (193) السابق ذكرها والأخذ بنص المادتين (1143،1144) من القانون المدني اليمني، إذ نصت المادة (1143) على إنه " يلزم الغاصب في تلف المتلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب "، ونصت المادة (1144) على إنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء ".

8- نصت المادة (200) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لإحكام القانون "، ويرى أحد الشراح إن هذا النص تضمن عبارة إن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من عبارة صح تصرفه، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة وإيراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للإبطال، وعليه نقترح تعديل المادة (200) من القانون المدني العراقي لتكون على الوجه الآتي: "إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وهلك المغصوب أو تلف في يد المتصرف إليه كان للمالك الحقيقي الخيار في تضمين من يشاء فإن ضمن الغاصب نفذ تصرفه وإن ضمن المتصرف إليه رجع هذا الأخير على الغاصب بضمان الاستحقاق ".

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	1
الفصل الأول: ماهية التصرف في المال المغصوب	7
المبحث الأول: التعريف بالتصرف في المال المغصوب	8
المطلب الأول: تعريف التصرف في المال المغصوب	8
الفرع الأول: تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي	8
الفرع الثاني: تعريف التصرف في المال المغصوب في القانون	15
المطلب الثاني: طبيعة التصرف في المال المغصوب	27
الفرع الأول: طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي	28
الفرع الثاني: طبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون	37
المبحث الثاني: محل التصرف في المال المغصوب	58
المطلب الأول: تعريف المال المغصوب	58
الفرع الأول: تعريف المال المغصوب في الفقه الإسلامي	58
الفرع الثاني: تعريف المال المغصوب في القانون	66
المطلب الثاني: أنواع المال المغصوب	79
الفرع الأول: أنواع المال المغصوب في الفقه الإسلامي	80
الفرع الثاني: أنواع المال المغصوب في القانون	99
الفصل الثاني: أنواع التصرف في المال المغصوب	117

118	المبحث الأول: التصرف الفعلي في المال المغصوب
118	المطلب الأول: التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي
118	الفرع الأول : تغير المغصوب
127	الفرع الثاني : امتزاج المغصوب
129	الفرع الثالث : اتصال أو التصاق المغصوب
134	المطلب الثاني: التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون
134	الفرع الأول: تغير العين المغصوبة
148	الفرع الثاني: البناء أو الغراس في الأرض المغصوبة
162	الفرع الثالث: الزراعة في الأرض المغصوبة
167	المبحث الثاني: التصرف القولي في المال المغصوب
168	المطلب الأول: التصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي
168	الفرع الأول: بيع المغصوب
176	الفرع الثاني: إجارة المغصوب
180	الفرع الثالث : رهن المغصوب
185	المطلب الثاني: التصرف القولي في المال المغصوب في القانون
185	الفرع الأول: بيع ملك الغير
197	الفرع الثاني: إيجار ملك الغير
205	الفرع الثالث : رهن ملك الغير
213	الفصل الثالث: آثار التصرف في المال المغصوب
214	المبحث الأول: رد المال المغصوب
214	المطلب الأول: رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي
214	الفرع الأول: مستلزمات الرد
231	الفرع الثاني: تتابع الأيدي على المال المغصوب

236	الفرع الثالث: تعذر رد المال المغصوب
239	المطلب الثاني: رد المال المغصوب في القانون
239	الفرع الأول : مستلزمات الرد
252	الفرع الثاني: تعاقب الأيدي على المال المغصوب
265	الفرع الثالث : تعذر رد المال المغصوب
271	المبحث الثاني: ضمان المال المغصوب
271	المطلب الأول: ضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي
271	الفرع الأول: ضمان المال المغصوب المثلي
281	الفرع الثاني: ضمان المال المغصوب القيمي
287	الفرع الثالث : كسب الملكية بالضمان
293	المطلب الثاني: ضمان المال المغصوب في القانون
293	الفرع الأول: ضمان المال المغصوب المثلي
303	الفرع الثاني: ضمان المال المغصوب القيمي
309	الفرع الثالث : كسب الملكية بالضمان
313	الخاتمة
324	قائمة المصادر
A-B	الخلاصة باللغة الانكليزية

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

بدأت الملكية طورها الأول بحيازة واستئثار يمارسه الفرد على الشيء معتمداً في ذلك على القوة والغلبة، حيث كانت الصورة الأولى للملكية تتمثل في الاستيلاء ووضع اليد على الشيء المراد تملكه، ولكن تطور المجتمع بمستوياته جميعها أدى إلى تطور مفهوم حق الملكية منعاً للفوضى وجلباً للاستقرار وتجنباً للنزاعات بين أفراد المجتمع.

وقد نظرت الشريعة الإسلامية إلى الملكية نظرة خاصة تتبع من تفهم عميق وواقعي، فقد أحترمتها ووضعت أحكاماً تكفل رعايتها وحمايتها، وإذا كان حق الملكية عرضة للاعتداء والتجاوز بوضع اليد فقد وضعت الشريعة قواعد عامة أستتبط منها الفقهاء بمختلف مذاهبهم أحكاماً خاصة تلزم هذه اليد بالضمان وتحملها المسؤولية عن كل ما يطرأ على العين المضمونة من نقص أو هلاك أو تغيير أو ما إلى ذلك.

ولم يقتصر هذا الاحترام على الشريعة الإسلامية، بل إن القوانين الوضعية أقرت حق الملكية وأحاطته بسياج منيع من القواعد القانونية يحميه من أي اعتداء أو تجاوز، فهذه القوانين أكدت على احترام حق الملكية وحمايته وعدم المساس به، وبقدر احترام المجتمع لهذا الحق وما تحيطه القوانين الوضعية من حماية يشعر الأفراد داخل المجتمع بالأمن والاستقرار، وعليه لا يجوز الاعتداء على حق الملكية ولا يجوز نزع جبراً إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، فالقانون يحمي المالك حماية شاملة ويمنع الاعتداء على ملكه، ويضع أمامه طرق قانونية يستطيع من خلالها أن يسترد ملكه من يد حائزه غاصباً كان أم غير غاصب.

وفي ظل هذه الحماية التي أعطتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لحق الملكية نجد في بعض الأحيان شخصاً ما يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، مثال ذلك وضع اليد على ملك غيره، فقد يبيع هذا الملك أو يؤجره أو يتصرف به أي تصرف آخر كما هو الحال بالنسبة للغاصب واليد التي تبعت يد الغاصب وحلت محلها من دون سند قانوني أو إذن من المالك، والأصل أن الغاصب ملزم في الشرع والقانون برد المال المغصوب إلى صاحبه، ولكن وجود

المال المغصوب في يد الغاصب من شأنه أن يغيره بالتصرف فيه، إذ إن مدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تكون كافية لأن تدفعه للقيام ببعض التصرفات التي من شأنها تمنع المالك من ممارسة سلطاته المعروفة من استعمال واستغلال وتصرف، وهذا يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات المالية والاضرار بحقوق الآخرين، ونظراً لخطورة هذه الظاهرة، فقد قمنا بإعداد هذه الدراسة التي جاءت تحت عنوان التصرف في المال المغصوب "دراسة مقارنة".

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من خلال النقاط الآتية:

١- ترجع أهمية موضوع التصرف في المال المغصوب إلى إنه كثير الوقوع في الحياة العملية، حيث إن الحادثة وتطور الحياة الاقتصادية أفرزت عديداً من الإشكالات حول موضوع التصرف في الأموال المغصوبة، فضلاً عما يترتب على هذا التصرف من آثار اجتماعية وإثراء للغاصبين على حساب الآخرين من دون وجه حق.

٢- تبدو أهمية البحث من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالغصب وإظهار أهميته بين صور الفعل الضار، إذ إن الواقع العملي وسوح القضاء خير شاهد على أهمية الغصب من خلال كثرة القضايا المتعلقة بالتعدي على أموال الناس، فجاءت هذه الدراسة في جانب من مواضع الغصب، وهو التصرف في المال المغصوب.

٣- تكمن أهمية البحث في التصرف في المال المغصوب من خلال تحديد المعالجة التشريعية لهذا الموضوع الذي يجد أساسه في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، فعلى الرغم من أن التشريعات المدنية محل المقارنة عالجت موضوع التصرف في المال المغصوب، ولكن معالجة لم تكن دقيقة.

٤- تكمن أهمية البحث في التصرف في المال المغصوب من خلال الإسهام في تقديم الحلول لمعالجة ظاهرة التجاوز على أموال الناس والتصرف فيها بغير حق بسبب ضعف الوازع الديني في نفوسهم وكثرة أطماعهم، حيث إن حالة الاضطراب التي نمر بها خلقت ظروف غير اعتيادية أتاحت لبعض ضعاف النفوس جواً مناسباً للاعتداء على حقوق الآخرين.

ثالثاً: أسباب اختيار البحث وأهدافه

١- الرغبة في البحث والاستقصاء في المواضيع القانونية والفقهية التي لها ارتباط وثيق في حياتنا اليومية، ومنها التصرف في المال المغصوب، وذلك لبيان الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع على المستوى النظري والعملي والمساهمة في وضع الحلول المناسبة لتفادي هذه الإشكالات أو الحد منها.

٢- يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع التصرف في المال المغصوب دراسة تأصيلية، وذلك بالاعتماد على آراء الفقهاء المسلمين وآراء فقهاء القانون والاجتهادات القضائية فضلاً عن الاعتماد على القوانين المدنية محل المقارنة.

٣- يهدف هذا البحث إلى الوصول لتصور عام عن فكرة التصرف في المال المغصوب والوقوف على فلسفة المشرع في كل من العراق ومصر وفرنسا والأردن واليمن في كيفية معالجة هذا النوع من التصرفات ومقارنة اتجاه المشرع في كل هذه البلدان ولاسيما العربية مع اتجاهات الفقه الإسلامي المختلفة.

٤- محاولة سد الفراغ في الدراسات القانونية والفقهية التي تكاد تخلو من التعرض لهذا الموضوع والتي لو تعرضت له فإنها تتناوله بشكل سطحي أو تتناول موضوعاً معيناً من موضوعاته التي لها علاقة من بعيد أو قريب بظاهرة الاستيلاء على أموال الناس والتصرف فيها، على الرغم من إنه من المواضيع القانونية المهمة في حياة الناس.

رابعاً: مشكلة البحث

١- قد ينشأ عن الغصب ضرر مباشر في المال المغصوب، إذ قد يقوم الغاصب بتغييره وتحويله إلى شيء آخر، وقد يحدث فيه نقص أو يلتصق بغيره، وكذلك قد يقوم الغاصب ببيعه أو يؤجره أو يرهنه إلى غير ذلك من التصرفات.

٢- تتأثر النصوص التي عالجت أحكام التصرف في المال المغصوب وتلتقي مع أحكام الغصب وتُعد تطبيقاً من تطبيقاته، وبالرغم من ذلك لم يرد النص عليها من المشرع العراقي والأردني واليميني ضمن الأحكام التي عالجت موضوع الغصب.

٣- بيان مدى كفاية النصوص التي عالجت أحكام التصرف في المال المغصوب وتحديد ما سكنت عنه التشريعات المدنية محل المقارنة في تلك الأحكام وصولاً إلى الآثار المترتبة على هذا النوع من التصرفات والمتمثلة برد المغصوب وضمائه.

٤- بيان كيفية تنظيم القانون المدني العراقي لموضوع التصرف في المال المغصوب ومدى توافقه في تنظيم أحكام هذا النوع من التصرفات مقارنة بغيره من القوانين المدنية محل المقارنة، ومن ثم بيان آراء الفقهاء المسلمين لمعرفة مدى تأثير تلك القوانين بهذه الآراء.

ومن خلال مشكلة البحث المتعلقة بموضوع التصرف في المال المغصوب نستطيع أن نطرح الكثير من التساؤلات، أهمها الآتي:

١- ما هو تعريف التصرف في المال المغصوب؟ وما هو موقف الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة من طبيعة هذا التصرف؟.

٢- ما حكم الإجازة اللاحقة من المالك لتصرف الغاصب في المال المغصوب؟ وهل يُعد هذا التصرف تصرفاً فضولياً موقوفاً على إجازة المالك أو يُعد تصرفاً باطلاً لا يترتب عليه أثر وإن أجاز المالك؟.

٣- ما هو تعريف المال المغصوب؟ وماهي أنواع الأموال التي تكون محلاً للتصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة؟.

٤- قد يقوم الغاصب نتيجة الطمع وحب المال إلى إجراء بعض التصرفات الفعلية أو القولية في المال المغصوب، فهل يحق للغاصب إجراء مثل هذه التصرفات؟ وماهي أنواع هذه التصرفات في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة؟.

٥- ما هي العلاقة بين أحكام الغصب وأحكام الالتصاق فيما يتعلق بالتصرف في المال المغصوب؟ وهل يُعد الالتصاق تطبيقاً من تطبيقات الغصب ولاسيما بالنسبة للمحدث سيء النية؟.

٦- ما هي طبيعة تصرف الشريك في العقار الشائع إذا أحدث منشآت على هذا العقار من دون رضا بقية الشركاء وما هو حكم تصرفه في هذا العقار؟.

٧- ما هو أثر التصرف في المال المغصوب على الحكم برده؟ وما هو حكم الزوائد والمصروفات التي أنفقها الغاصب على المال المغصوب؟.

٨- ما هو أثر التصرف في المال المغصوب على الحكم بضمانه؟ وكيف يتم تقدير الضمان؟ وهل يحق للغاصب تملك المال المغصوب؟.

خامساً: منهج البحث

للإجابة على جميع التساؤلات التي طرحناها في مشكلة البحث سنعتمد على المنهجية العلمية في البحث من خلال إتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، إذ اعتمدنا أسلوب المنهج التحليلي الذي يركز على عرض المشكلة ودراستها وذلك من خلال جمع المعلومات وتصنيفها وتحليل النصوص القانونية الخاصة بموضوع التصرف في المال المغصوب ومقارنتها بالاجتهادات القضائية في العراق ومصر والأردن وفرنسا، وكذلك اعتمدنا أسلوب المنهج المقارن الذي يركز على بيان موقف الفقه الاسلامي وموقف القانون وذلك من خلال المقارنة بين النصوص القانونية التي نظمت أحكام التصرف في المال المغصوب في القانون العراقي بالأحكام الخاصة في الفقه الاسلامي من جهة وبقيه القوانين المدنية من جهة أخرى كالقانون المصري والفرنسي والأردني واليميني وبيان آراء الفقهاء المسلمين وآراء فقهاء القانون وشروحاته في كل مورد من موارد البحث.

سادساً: خطة البحث

لغرض معالجة هذا الموضوع بصورة متكاملة ارتأينا تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول، نتناول في الفصل الأول ماهية التصرف في المال المغصوب، وذلك من خلال تقسيمه على مبحثين نكرس المبحث الأول للتعريف بالتصرف في المال المغصوب، ونتناوله في مطلبين نخصص المطلب الأول لتعريف التصرف في المال المغصوب، والمطلب الثاني لطبيعة التصرف في المال المغصوب، ونتناول في المبحث الثاني محل التصرف في المال المغصوب ونقسمه على مطلبين نبين في المطلب الأول تعريف المال المغصوب، وفي المطلب الثاني أنواع المال المغصوب، أما الفصل الثاني أنواع التصرف في المال المغصوب فنقسمه على مبحثين، نخصص المبحث الأول للتصرف الفعلي في المال المغصوب، ونتناوله في مطلبين، نبحت في المطلب الأول التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثاني التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون، ونتناول في المبحث الثاني التصرف القولي في المال المغصوب ونوزعه على مطلبين، نفرد المطلب الأول للتصرف القولي في الفقه الإسلامي، ونبين في المطلب الثاني التصرف القولي في القانون، أما الفصل الثالث آثار التصرف في المال المغصوب نقسمه على مبحثين، نبين في المبحث الأول رد المال المغصوب ونتناوله في مطلبين نبحت في المطلب الأول رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني رد المال المغصوب في القانون، أما المبحث الثاني ضمان المال المغصوب فنوزعه على مطلبين، نفرد المطلب الأول لضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونبحت في المطلب الثاني ضمان المال المغصوب في القانون، وننهي البحث بخاتمة تتضمن أهم ما سنتوصل إليه من نتائج ومقترحات.

الفصل الأول

ماهية التصرف في المال المغصوب

يُعد الغصب استيلاء غير مشروع على مال الغير على سبيل المجاهرة والمغالبة، ويمثل صورة من صور الفعل الضار، وعملية الغصب تتحقق بمجرد فعل يصدر عن شخص يمنع المالك قهراً من احدى خصائص ملكه، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، فالغصب تعدياً غير مشروع على حق الغير والمهم فيه الحاق الضرر بالمغصوب منه بطريقة غير مشروعة، وذلك من خلال قيام الغاصب بالانتفاع بالمال الذي يستولي عليه أو التصرف به بشتى أنواع التصرفات الفعلية والقولية، وللتعرف على ماهية التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نكرس المبحث الأول للتعريف بالتصرف في المال المغصوب وذلك بتقسيمه على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف التصرف في المال المغصوب وفي المطلب الثاني طبيعة التصرف في المال المغصوب، ونخصص المبحث الثاني لمحل التصرف في المال المغصوب، وذلك بتقسيمه على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف المال المغصوب وفي المطلب الثاني أنواع المال المغصوب.

المبحث الأول: التعريف بالتصرف في المال المغصوب

إن البحث في المفاهيم يقتضي بيان تعريفها وطبيعتها، ولتحديد معنى التصرف في المال المغصوب ينبغي علينا تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون وكذلك بيان طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون، ولتوضيح ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف التصرف في المال المغصوب وفي المطلب الثاني طبيعة التصرف في المال المغصوب.

المطلب الأول: تعريف التصرف في المال المغصوب

التعريف هو القول الدال على ماهية الشيء، وتعريف الشيء لا يدل إلا على المعرف وحده، ولأجل بيان معنى التصرف في المال المغصوب لابد من بيان معناه في نظر الفقهاء المسلمين والقانون، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين نكرس الفرع الأول لتعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونخصص الفرع الثاني لتعريف التصرف في المال المغصوب في القانون.

الفرع الأول: تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

إن الفقهاء المسلمين وضعوا للغصب تعريفات متعددة ولكنهم لم يضعوا تعريفاً للتصرف في المال المغصوب وإنما عرفوا التصرف بشكل عام^(١)، فالفقهاء المسلمون لم يختلفوا في عدّ

(١) وأما عند علماء اللغة فالتصرف مأخوذ من الصرف مصدر تصرف يتصرف تصرفاً، والصرف: بيع الذهب بالفضة، والتصرف في جميع البيعات: اتفاق الدراهم، والصرف: التقلب والحيلة ومنه التصرف في الأمور، والمال في اللغة مأخوذ من مادة مول، والمال في الأصل ما ملكته من جميع الأشياء وجمعه أموال ورجل مال أي ذو مال، والمال ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما ينفى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يُطلق على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم، والمغصوب في اللغة من الفعل غصب، والغصب: أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً، والغاصب اسم فاعل والشيء مغصوب، وغصب الشيء يغصبه غصباً، وغصبه على الشيء: قهره وغصبه منه، فالتصرف في المال من شأنه أن يغيره من حال إلى حال، فبعد أن كان مملوك لصاحبه تنتقل الملكية إلى غيره بالبيع أو الهبة أو غير ذلك. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج ٥، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٣٢٠. الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب كتاب العين، ج ٢، ط ١، مطبعة باقري، قم، ١٤١٤هـ، ص ٩٨٤ و ص ١٣٤٣. محمد بن مكرم بن علي جمال

التصرف الشرعي من أحد مصادر الحق أو الالتزام، ولكن الاختلاف بينهم يظهر عند محاولة تحديد مشتملات هذا المصطلح، إذ إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي كلمة شائعة وذات مدلول واسع، فعلى الرغم من ترددها في كتب قدامى فقهاء الشريعة لم يضعوا تعريفاً محدداً لها وربما يرجع ذلك لشهرتها وتكرار استعمالها.

ويرى فقهاء الإمامية في كلامهم عن شروط المتعاقدين " أن الصغير محجور عليه سواء كان مميزاً أم لا في جميع التصرفات إلا ما استثنى كعبادته وإسلامه وأحرامه وتدبيره ووصيته وإيصال الهدية"^(١).

ويرى فقهاء الحنفية في كلامهم عن الحجر " أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها، فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره وبيعه وشراؤه، ولا تصح منه الهبة والوصية"^(٢).

ويرى فقهاء المالكية في كلامهم عن المفلس " فلا يمنع من تصرفه المالي بمجرد إحاطة الدين وإنما يمنع من ذلك بالتفليس بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء عليه، وأولى بالمعنى الخاص فيمنع منهما من التصرف المالي بالتبرعات والبيع والشراء ولو بغير محاباة"^(٣).

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"^(٤)، ويرى فقهاء الحنابلة عند

الدين ابن منظور، لسان العرب، ج٧، دار التوفيق للتراث، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٣٥٥. أبي السعادة المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٤، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، ص١١٤. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٧م، ص٦٦٠. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط٧، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٥٣م، ص٤٧٥.

(١) الشيخ مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ج١، ط٢، مؤسسة الإمام المنتظر، قم، ١٤٣٣هـ، ص٣٦٠.

(٢) علاء الدين أبي بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٩، مطبعة الإمام، القاهرة، الناشر زكريا علي يوسف، بلا سنة طبع، ص٤٤٦٧.

(٣) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، دار الفكر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٢٦٢.

(٤) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج٣، المكتب الإسلامي، بيروت، بلا سنة طبع، ص٣٤٣.

كلامهم عن المفلس " متى حجز عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف في بيع أو هبة أو وقف أو نحو ذلك لم يصح"^(١).

وبهذا الصدد يذكر أحد الفقهاء^(٢) لم أعثر فيما وصل الى يدي من كتب الفقهاء القدامى على حقيقة التصرف في الاصطلاح الشرعي، وكل ما هنالك إنهم تعرضوا لإباحته أو منعه في أبواب كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي، الأمر الذي يمكن من خلاله الوصول إلى بيان حقيقة التصرف، والذي يبحث عن هذا المصطلح في أبواب الفقه المختلفة يجد إن معنى التصرف كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل سواء كان مميزاً أم غير مميز مكلفاً أم غير مكلفاً ويرتب عليه الشارع أثر من الآثار.

ولكننا وجدنا تعريفاً للتصرف لدى أحد فقهاء المسلمين إذ إنه عرف التصرف بأنه " كلام وهو فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال، وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينفع فيه، فهذا يكون حد التصرف للتصرف باللسان، وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده، ثم قد يتمتع فيه نفوذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع"^(٣)، وبذلك فإن هذا التعريف يشمل الأقوال والأفعال لقوله " فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال"، ويمكن شرح العبارتين الآخريتين الواردتين في هذا التعريف على النحو الآتي:

١- إذا صدر من أهله في محله تحقق فيه وجوده، أي إذا كان هذا التصرف صادر ممن له أهلية الأداء، بمعنى إن وجود الأهلية شرط لصحة التصرف^(٤).

(١) عبد الله بن أحمد محمد بن قدامه المقدسي، المغني، ج٦، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ص ٥٧١.

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

(٣) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م، ص ١٥٤.

(٤) فأول أثر لثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية باعتبارها اسباباً منشئة للحقوق، فمن كانت عبارته صالحة لأن تكون سبباً لثبوت الحقوق له وعليه فعنده أهلية أداء، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية يُعد فاقداً لأهلية الأداء. الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الكتاب الثاني (نظرية العقد)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٢٦٩.

٢- إذا امتنع نفاذ التصرف شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع، أي أن التصرف لا يكون نافذاً إلا إذا انتفت الموانع الشرعية، فتصرف ناقص الأهلية صحيح، ولكنّه موقوف لوجود المانع وهو نقص الأهلية^(١).

وإذا تتبعنا تعريف التصرف لدى الفقهاء المعاصرين في الفقه الإسلامي يتضح الآتي:

التعريف الأول: التصرف هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليها أثراً شرعياً في المستقبل^(٢)، و يُلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- إن كلمة تصرفات الواردة في التعريف كلمة مبهمة تحتاج إلى إيضاح وبيان.

٢- إن كلمة القولية الواردة في التعريف تعني إن التعريف قد حصر التصرفات بنوع واحد فقط، وهي التصرفات القولية، وتصرفات الإنسان تنقسم إلى تصرفات قولية وتصرفات فعلية.

التعريف الثاني: التصرف هو كل عمل ينشئ التزام وينتج أثراً شرعياً^(٣)، ويُلاحظ على هذا التعريف إنه عرف التصرف هو كل عمل ينشئ التزام، وإن بعض التصرفات فيها التزام بإنشاء حق كالبيع أو إسقاطه كإبراء المدين من الدين أو إنهائه كما في الطلاق، وهذا يعني إن التصرف أعم وأشمل من دائرة الالتزام.

التعريف الثالث: التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار^(٤)، ويُلاحظ على هذا التعريف إنه لم يشمل تصرفات بعض فاقد الأهلية كالمكره على الرغم إن كل ما يصدر عنه من الأقوال والأفعال يُعد تصرفاً، وإنه لم يُحدد من هو الشخص هل المكلف أم الصبي المميز أم غير المميز؟.

(١) محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ط ٤، دار الفكر، دمشق، بلا سنة طبع، ص ٢٩٥٩.

(٢) د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١١٨.

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

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

التعريف الرابع: التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما^(١)، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- إنه أخرج تصرفات الصبي غير المميز على الرغم من إن الصبي غير المميز قد تصدر منه بعض الأقوال والأفعال وتسمى تصرفاً، كما قد تصدر منه تصرفات فعلية يعتد بها الشرع كالإتلاف والاعتداء على مال غيره.

٢- لم يشتمل التعريف على تصرفات بعض فاقد الأهلية كالمكره على الرغم من أن كل ما يصدر عنه من الأقوال والأفعال يُعتبر تصرفاً.

التعريف الخامس: التصرف هو الالتزام الذي يصدر عن الشخص ويرتب عليه الشرع احكاماً سواء كان بسيطاً كالنذر أم مركباً من التزامين متبادلين يتوقف أولهما على ثانيهما كما في عقود المعاوضات^(٢)، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- إن كلمة الشخص تحتاج إلى بيان لأنه لم يُحدد المقصود بالشخص هل المكلف أم الصبي.

٢- إنه عرف التصرف هو الالتزام والتصرف أعم وأشمل من الالتزام، إذ إن بعض التصرفات فيها التزام بإنشاء حق كالبيع أو إسقاط حق كإبراء المدين من الدين أو إنهاء حق كما في الطلاق.

التعريف السادس: التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز باختياريه من الأقوال التي رتب عليها الشرع أثراً أو حكماً معيناً^(٣)، ومما يُلاحظ على هذا التعريف إنه قد حصر التصرفات بنوع واحد من التصرفات وهي التصرفات القولية على الرغم من إن التصرفات أما أن تكون تصرفات قولية أو تصرفات فعلية.

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

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

(٣) د. أنور محمود دبور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ١٠.

التعريف السابع: هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، ويترتب عليه حكم شرعي، فالتصرف الفعلي ما كان قوامه عملاً غير لساني كإحراز المباحات والغصب والإتلاف وغير ذلك، والتصرف القولي هو ما كان قوامه قولاً كالبيع والإجارة والهبة وغير ذلك، وينقسم إلى قسمين: قولي عقدي وقولي غير عقدي، فالتصرف القولي العقدي يتكون من قولين يرتبطان معاً كالبيع والإجارة أو يتم بقول واحد على المعنى الأعم للعقد، والتصرف القولي غير العقدي كالدعوى، وهي طلب حق أمام القضاء، وفي النتيجة يكون التصرف بهذا المعنى أعم من العقد بمعنييه العام والخاص، لأن العقد بالمعنى الخاص جزء من التصرف القولي العقدي والعقد بالمعنى العام جزء من التصرف القولي^(١).

والتصرف الشرعي في الاصطلاح الفقهي هو كل عمل ينتج أثراً شرعياً، والأثر الشرعي يقابله في لغة القانون إنشاء الالتزام ونقله وتعديله وانقضاؤه وبمعنى آخر ظهور حالة قانونية جديدة أو انقضاء حالة قانونية قائمة.

فالتصرفات الشرعية نوعان: قولية وفعلية، والتصرفات القولية تشمل الإنشاءات والإسقاطات، والإنشاءات تتم من جانب واحد وتسمى بالإيقاعات كالوقف والنذر والوصية، ويقابلها في القانون المدني العمل الصادر من جانب واحد، أو تتم من جانبين وتسمى بالعقود كالبيع والإجارة، والإسقاطات هي التي تؤدي إلى إنهاء حالة قانونية قائمة كالإبراء من الدين والعق.

أما التصرفات الفعلية فهي التي تكون سبباً من أسباب الضمان كغصب مال الغير أو إتلافه، فالغصب يُنشئ على عاتق الغاصب التزاماً برد ما غصبه عيناً أو بدفع قيمته إذا تعذر الرد عيناً، والإتلاف ينشئ التزاماً على عاتق المتلف بتعويض صاحب المال المتلف عن قيمة ماله^(٢)، وبالتالي فالتصرف الشرعي إما قولي أو فعلي، فالتصرف القولي: عقدي كالبيع والشركة وغير عقدي أما مجرد اخبار كالدعوى والإقرار أو انشاء حق أو انهاء كالوقف والطلاق والإبراء،

(١) د. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م، ص٢٠٢.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م، ص٢٥.

والتصرف الفعلي هو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب وقبض الدين وتسليم المبيع^(١).

وبالموازنة بين مدلول التصرف والعقد يتبين أنَّ التصرف أعم وأشمل من العقد، لأن التصرف يشمل الأفعال والأقوال، والعقد هو تصرف قولي بالألفاظ، والتصرف القولي أعم من العقد، إذ إن التصرف القولي يشمل التصرف القولي الصادر من جانبين والصادر من جانب واحد^(٢)، هذا بالنسبة لتعريف مصطلح التصرف بشكل عام.

وأما بالنسبة لتعريف مصطلح التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي، فالفقهاء المسلمون لم يضعوا تعريفاً للتصرف في المال المغصوب، لأن الفقهاء كما نعلم لم يهتموا بتعريف المصطلحات بل ركزوا جلَّ اهتمامهم على بيان الأحكام الفقهية العملية لتلك المصطلحات، ولكنهم مع ذلك وضعوا تعريفات للغصب، فعرفه فقهاء الحنفية بأنه "أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده"^(٣)، وعرفه فقهاء المالكية بأنه "أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراصة"^(٤)، وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه "الاستيلاء على حق غيره بغير حق من عقار ومنقول"^(٥)، وعرفه فقهاء الشافعية بأنه "الاستيلاء على حق الغير من مال أو اختصاص عدواناً"^(٦)، وعرفه فقهاء الإمامية بأنه "الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً"^(٧)، وعرفه

(١) د. محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ط ١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٤م، ص ٨٣ وص ٨٤.

(٢) د. عبد اللطيف محمد السيد مرسال، الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٢٧٠.

(٣) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ١١، ط ٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨م، ص ٤٩.

(٤) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج ٧، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع ص ٣٠٧.

(٥) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني لابن قدامه على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ج ٥، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، بلا سنة طبع، ص ٢٣٨.

(٦) عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج ٣، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع، ص ١٣٦.

(٧) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي المطهر، تذكرة الفقهاء، ج ٣، طبع حجر، بدون سنة طبع، ص ٣٧٢.

فقهاء الظاهرية بأنه " أخذ الشيء بغير حق ظلماً"^(١)، وعرفه فقهاء الزيدية بأنه " الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً"^(٢)، وعرفه فقهاء الإباضية بأنه " أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراسة"^(٣).

وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تعريفات الغصب^(٤) إلا إنها تتفق في أن يكون المغصوب مالاً متقوماً محترماً، وأن يكون الاستيلاء بغير إذن المالك وعلى سبيل المجاهرة والمغالبة، والغصب يفترق عن السرقة من حيث طريقة الأخذ، فالغاصب يأخذ المغصوب مجاهرة وعلانية والسارق يأخذ المسروق خفية وسراً، كما إن الغصب يقع بعلم المالك ولكن بغير رضاه واختياره وبغير مغالبة منه، والسرقة لها نصاب محدد والغصب ليس فيه نصاب، ولهذا التفريق أثر في الحكم المترتب على كل منهما من حيث العقوبة، فالسارق تقطع يده والغاصب لا تقطع يده، لعدم توافر شروط السرقة فيه ومنها شرط الخفية^(٥).

الفرع الثاني: تعريف التصرف في المال المغصوب في القانون

فرق فقهاء القانون بين نوعين من التصرفات التي تصدر عن الإنسان، وهما الوقائع القانونية والتصرفات القانونية^(٦).

(١) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج ٨، دار الافاق الجديدة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٣٥.
(٢) شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج ٣، ط ٢، مكتبة البيان، دمشق، ١٩٦٨م، ص ٤٠١.
(٣) محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج ١٣، ط ٣، مطبعة الإرشاد، جده، ١٩٧٢م، ص ٤٣٣.
(٤) ويرى أحد الفقهاء أن أفضل تعريف للغصب للعمل بمقتضاه هو تعريف فقهاء الشافعية وبوجه خاص في هذا العصر المتطور الذي نجد فيه إن حقوق الشعوب المستضعفة أكثرها مغصوبه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من الدول الكبرى المتقدمة في العالم التكنولوجي. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة، ط ١، ٢٠١٤م، ص ٢٥٧.

(٥) د. عباس أحمد محمد الباز، أحكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف فيه في الفقه الإسلامي، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، ١٩٩٨م، الأردن، ص ٥٤ و ص ٥٥.

(٦) تجدر الإشارة إلى إن جميع الالتزامات التي يترتب على مخالفتها جزاء تستند إلى القانون الذي يمنحها قوة الالتزام بطريق غير مباشر سواء كان منشؤها العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الكسب من دون سبب تستند إلى القانون الذي يمنحها قوة الالتزام، وأما المصدر المباشر للالتزام فهو التصرف القانوني أو الواقعة. انظر في ذلك:

النوع الأول: الوقائع القانونية هي كل حدث يترتب القانون عليه أثراً قانونياً، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٠٠) من القانون المدني الفرنسي على أن " الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يترتب عليها القانون أثراً قانونية"^(١)، وهذه الوقائع قد تكون من فعل الطبيعة أو من فعل الإنسان.

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

ثانياً: الواقعة من فعل الإنسان (الأعمال المادية): وهي التي تقع بإرادة الشخص أو بدون إرادته ويرتب عليها القانون أثراً معيناً أو هي الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان فتترتب عليها أثراً قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت عنه، وهي:

١- الفعل النافع (الكسب بلا سبب): هو ان يثري شخص على حساب شخص آخر من دون سند قانوني، ولهذا فإن القانون يترتب لمن افترق حقاً يستطيع بمقتضاه أن يرجع على من اثرى على حسابه.

٢- الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية): ويقوم في الغالب على ثلاثة أركان الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما، كمن يقوم بإتلاف مال غيره عن إهمال من دون أن يقصد الفعل أو نتيجته المتجسدة في التزامه بالتعويض للمضرور، وقد يكون تلفه عمداً وكان يقصد الفعل فهو من دون شك لم يقصد النتيجة.

٣- وقائع أخرى مثل الاستيلاء ووضع اليد وغير ذلك، كل هذه الأفعال يترتب القانون عليها أثراً قانونية مؤداها إنشاء الحقوق، وهنا قد يظهر قصد الشخص متجهاً إلى الفعل والنتيجة معاً، كما في وضع اليد بنية التملك مدة التقادم المكسب للملكية بالنسبة للشيء الذي وضع يده عليه^(٢)،

(١) انظر د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد (١١٠٠) إلى (١٢٣١-٧) ، من القانون المدني الفرنسي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨م، ص٢٨.

(٢) محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص١١٣.

والوقائع القانونية سواء كانت بفعل الإنسان أم بفعل الطبيعة يقابلها في الفقه الإسلامي التصرفات الفعلية.

النوع الثاني: التصرفات القانونية (الأعمال القانونية): التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم إنهائه، ويتمثل ذلك في العقود والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة^(١)، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٠٠) من قانون العقود الفرنسي الجديد على إنه " التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية، هذه التصرفات قد تكون اتفاقية أو من جانب واحد، وتخضع التصرفات القانونية من حيث صحتها وآثارها عند الاقتضاء للقواعد التي تحكم العقود"^(٢).

ويرى جانب من الفقه إن التصرف القانوني ينحصر في الإرادة الواحدة، وإن العقد صورة من صور التصرف القانوني لا تختلف عن صورة التصرف الفردي إلا في إن هذا الأخير يصدر بالإرادة المنفردة والعقد يصدر بإرادتين أو أكثر مع التسوية بينهما في الطبيعة واعتبار كل منهما كياناً واحداً، ووسيلته إلى القول بفردية التصرف هي التسليم بقدرة الإرادة المنفردة على أن تكون سبباً منشئاً للأثر القانوني إذا استوفت الشروط القانونية سواء كانت قائمة بصورة مستقلة أم مرتبطة مع غيرها من الإرادات، ويذكر بهذا الصدد إنه لا نعني بهذا إن الإرادة المنفردة تصبح وسيلة التعامل من دون العقد، ولا يؤدي ذلك إلى الانتقاص من أهمية العقد باعتباره وسيلة المعاملات في الكثرة الغالبة من الأحوال^(٣).

وقد وضعت بعض القوانين المدنية أحكام القواعد العامة للتصرف القانوني عند تنظيمها للعقد، لأن العقد هو التصرف القانوني الأكثر شيوعاً، ويتم الرجوع إليها في التصرفات القانونية التي تأخذ شكل الإرادة المنفردة بما يتوافق مع طبيعة العقد باستثناء ما يتعلق منها تعدد الإرادات، وهذا نهج أكثر القوانين اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي، وعلى ذات النهج سارت الكثير من

(١) د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م، ص ١٣٥.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٣) د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة لعربية، ١٩٩٩م، ص ١٨ و ص ١٩.

القوانين العربية كالقانون المصري والقانون العراقي^(١)، وبهذا الصدد تنص المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي على إنه "١- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك ٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام"، والإرادة هي قوام التصرف القانوني، وقد اشترط بعض فقهاء القانون في الإرادة شروطاً لا بد من توافرها حتى يُنظر إليها كأساس للتصرف القانوني، وهذه الشروط هي:

- ١- أن يتم التعبير عنها في العالم الخارجي تعبيراً صريحاً أو ضمناً.
- ٢- أن يصدر التعبير عن شخص ذي أهلية.
- ٣- أن يكون الباعث للإرادة مشروعاً.
- ٤- أن تكون الإرادة خالية من العيوب^(٢).

وينقسم التصرف القانوني إلى نوعين: تصرف من جانب واحد، وهو الإرادة المنفردة مثل الوصية، وتصرف من جانبين، وهو العقد مثل البيع، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها الذي جاء فيه "عمل الإرادة حيث تتجه إلى أحداث أثر قانوني معين، أما باقترانها بإرادة أخرى مكونة منها عقداً كالبيع والايجار، أو بمفردها في صورة الالتزام بالإرادة المنفردة كالوصية والوقف"^(٣).

ولإتمام التصرف القانوني لا بد من وجود شخصين على الأقل، لأن أغلب التصرفات هي اتفاقات أي توافق بين عدة إرادات، أما التصرفات التي تصدر من شخص واحد أو بالإرادة المنفردة، فلا تنشئ الالتزامات إلا في حالات معينة نص عليها المشرع، ولكن تعريف التصرف بأنه إرادة أو اتجاه إرادة يقتضي أن يتصور بعضهم إن التصرف هو إرادة واحدة دائماً، ولذلك انتبه بعض الفقهاء إلى هذا الأمر فعدل من تعريف التصرف القانوني، فجعله يشمل العقد الذي

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

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٤م، ص ١٣٠. د. محمد الصغير البعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ١٢٩.

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

تعددت الإرادات فيه، فلم يُعرف التصرف بأنه اتجاه إرادة أو اظهرها، بل عرفه بأنه العمل أو الفعل الذي يُقصد به إنتاج أثر قانوني، مع إن الإرادة في التصرف عنصر جوهري مميز لا يجوز إغفاله، لذلك يُعرف التصرف القانوني لدى بعضهم بأنه إظهار إرادة فردي أو ثنائي وهذا النوع من التصرفات يطلق عليه فقهاء القانون بالأعمال القانونية أو التصرفات الإرادية^(١).

وفي النتيجة إن الفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية يكمن في إن التصرف القانوني إرادة الأفراد التي ترتب الآثار القانونية، في حين إن الواقعة القانونية لا دخل لإرادة الأفراد في إحداث الآثار القانونية، وإنما القانون هو يفرض ذلك، ولا يغير في ذلك شيئاً إذا كانت في بعض الوقائع للإرادة دخل في إحداث الواقعة القانونية مثال ذلك الفضالة، حيث يريد الفضولي القيام بخدمة لمصلحة غيره، لذلك يطلق أحد الشراح على التصرفات القانونية المصادر الإرادية للالتزام وعلى الوقائع القانونية المصادر غير الإرادية للالتزام، فالواقعة القانونية كالتصرف القانوني قد تنشئ الحقوق الشخصية، وقد تكسب الحقوق العينية وقد تقضيها جميعاً، وقد ترتب آثاراً قانونية أخرى، فالمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي مقابلة ما بين الإرادة والعمل، فإذا تمخض عن الإرادة إحداث أثر قانوني فهو تصرف قانوني، وإذا وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة ورتب عليه القانون أثراً فهو واقعة قانونية^(٢).

وبعد بيان تعريف التصرف في الفقه الإسلامي وفي الفقه القانوني، يتضح لنا إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي، لأنها عند الفقهاء المسلمين تُطلق على كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال، أما في القانون الوضعي فتُطلق على كل ما يصدر عن الشخص من أقوال فقط، وفي النتيجة يكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يُعد تصرفاً شرعياً، وليس كل تصرف شرعي يُعد تصرفاً قانونياً^(٣)، لذا يعتقد الباحث إن التصرف هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، ويرتب

(١) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٤ و ص ١٥. د. محمد الصغير البعلي، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ (نظرية العقد)، منشور على الموقع الإلكتروني: [http:// law master. Blogspot.com](http://law.master.Blogspot.com).

(٣) د. سيف رجب قرامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٢٧.

عليه الشارع أثراً من الآثار، وبالتالي فإن هذا التعريف يشمل كل ما يصدر من الإنسان من قول أو فعل سواء كان مكلفاً أم غير مكلف مميّزاً أم غير مميّز بإرادته أم بغير إرادته.

هذا فيما يتعلق بتعريف مصطلح التصرف في القانون، أما بالنسبة لتعريف مصطلح التصرف في المال المغصوب في القانون فإننا لم نعثر على تعريف لبيان معنى التصرف في المال المغصوب، وكذلك لم نعثر على تعريف للغصب عند فقهاء القانون سوى إن بعضهم أورد تعريفاً للغصب أثناء تناولهم مسائل القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، فقد عرفه جانب من الفقه بقوله: " الغصب هو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين"^(١).

وقد حدد هذا التعريف شروط المال المغصوب، ومنها أن يكون متقوماً ومحترماً وأن يكون قابلاً للنقل والتحويل من مكان إلى آخر، ومما يُلاحظ على هذا التعريف إنه قصر الغصب على الأموال المنقولة لأنه اشترط في الأموال المغصوبة الحركة والانتقال من مكان إلى آخر، في حين إن الغصب يرد على المنقولات والعقارات على حد سواء، لذا عرفه أحد فقهاء القانون بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق^(٢).

وفي النتيجة يرد الغصب على الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة (العقارات)، وقد عرفه فقيه آخر بأنه: " إزالة يد المالك عن شيء من ملكه ووضع يد الغاصب عليه بغير حق شرعي"^(٣)، ويُلاحظ على هذا التعريف إنه قصر الغصب على الأشياء دون الأموال، وهذا غير صحيح، لأن الأشياء في مصطلح القانون تختلف عن الأموال، فالمال هو كل حق له قيمة مادية سواء كان هذا الحق حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقاً معنوياً، والشيء هو محل ذلك الحق سواء كان هذا الشيء شيئاً مادياً أم شيئاً معنوياً^(٤).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ١ (مقدمة- صيغة العقد)، ط ٢، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٥٤.

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

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

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

وبهذا الصدد يذهب أحد الشراح إلى تعريف الغصب بأنه: الاستيلاء على شيء مادي معين للغير حق عليه بدون سبب مشروع، وقد استند في وضعه لهذا التعريف إلى عدة مبررات، منها: إن الشيء المغصوب قد يكون مثقلاً بحق عيني آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق، وكذلك قد يكون مثقلاً بحق عيني تبقي كحق الرهن الرسمي (التأميني) أو الحيازي، وقد يتعلق بالشيء المغصوب حق شخصي كحق المستأجر على العين المؤجرة، وإن كل هؤلاء وبالرغم من إن الشيء المغصوب ليس مملوكاً لهم يستطيعون استرداده بمقتضى حق التتبع الذي يتمتع به صاحب الحق العيني أو طبقاً لأحكام الحيازة التي بمقتضاها يستطيع الحائز للعقار أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة سواء كان الحائز حائزاً أصلياً أو حائزاً عرضياً^(١).

أما بالنسبة لتعريف التصرف في المال المغصوب في التشريعات المدنية محل المقارنة، فإننا لم نعثر على تعريف لبيان معنى التصرف، وكذلك لم نعثر على تعريف للغصب في هذه التشريعات سوى إن المشرع اليمني عرف الغصب في المادة (١١١٩) من القانون المدني بأنه " الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً بدون سبب شرعي".

وبذلك فإن المشرع اليمني يتفق في تعريفه للغصب مع تعريف فقهاء الزيدية والإمامية الذي جمع بين المال والحق، ويقول أحد الفقهاء حسناً فعل المشرع اليمني بوضعه تعريفاً للغصب، لأن الأحكام تأتي من التعريف الجامع والمانع للشيء، ومما يُلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

١- إن المشرع اليمني يُعتبر كل استيلاء على أموال الغير بدون سبب مشروع غصباً ويخضع من الناحية المدنية لأحكام الغصب سواء كان ذلك قد تم بطريق الغصب أم السرقة أم بغير ذلك من الصور غير المشروعة، علماً بأن الغصب يختلف عن السرقة من حيث النطاق والمجاهرة^(٢).

(١) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي، الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، ط٣، المطبعة القضائية، صنعاء، ٢٠١٠م، ص٤٢ وص٤٣.

(٢) د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الأموال، ط١، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، ٢٠٠٨م، ص١٢٤.

٢- يكفي في التعريف كلمة عدواناً، لأنه ينطوي على التعدي فلو كان لديه السبب القانوني لما اعتبر متعدياً، وبهذا الصدد يرى أحد الفقهاء إن هذا التعريف فيه حشو، لأن قيد عدواناً يغني عن قيد بدون سبب شرعي^(١).

وقد أورد المشرع العراقي الغصب كأحد صور الخطأ في باب المسؤولية عن الأعمال الشخصية (المسؤولية التقصيرية)، ولكن الغصب تترتب عليه أحكام تختلف عن الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية في بعض الحالات، والسبب في ذلك يعود إلى وجود عدد من الفوارق بين نظامي المسؤولية التقصيرية وضمان اليد، ومنها انعدام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر للسبب الأجنبي، فيؤدي إلى عدم قيام المسؤولية التقصيرية، أما في ضمان اليد لا نحتاج إلى الرابطة السببية، فصاحب اليد يضمن حتى لو أثبت وجود السبب الأجنبي، لأن يده ضامنه في جميع الأحوال ولا يغير من حكمه انعدام الخطأ أو الرابطة السببية، إلا إن الغصب في ظل القانون المدني يمثل إحدى تطبيقات أو صور المسؤولية التقصيرية، وفي النتيجة يحتاج إلى وقوع خطأ من الغاصب حتى يُعد فعله غصباً^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه إن المشرع العراقي تجنب وضع تعريف للغصب، وإنما أورد في نصوص القانون المدني أحكاماً خاصة به وحسناً فعل في ذلك، لسببين أولهما: إن التعريفات من عمل الفقهاء والشراح، وليست من عمل المشرع، وثانيهما: إن هنالك اختلافاً كبيراً بين الفقهاء المسلمين في تعريف الغصب وتحديد نطاقه، لذلك فالمشرع ترك أمره للفقهاء والقضاء، لأنهما أكثر اتصالاً بواقع الحياة وحاجات المجتمع^(٣).

(١) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

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

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

والدليل على ذلك إن محكمة التمييز في العراق قد عرفت الغصب متأثرة في ذلك برأي جمهور الفقهاء المسلمين، إذ جاء في أحد قراراتها " والغصب كما عرفه الفقهاء إثبات أحد يده على مال الغير بدون إذنه أو في استعماله بدون إذن صاحبه"^(١).

وأما المشرع المصري فإنه لم يُعرف الغصب، لأنه لم يُنظم أحكام الغصب في مواد خاصة تحت عنوان الغصب، وإنما جاءت أحكام الغصب في نصوص متفرقة بين أحكام بيع ملك الغير وأحكام الحيازة وأحكام الالتصاق^(٢).

ومع ذلك فإن محكمة النقض المصرية تكفلت في بعض قراراتها وضع تعريف للغصب، فقد جاء في أحد قراراتها " يقصد بدايةً بالغصب تجرد وضع اليد من الاستناد إلى سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار"^(٣)، وجاء في قرار آخر " الغصب مقصوده تجرد وضع اليد من سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار المثار بشأنه النزاع"^(٤)، وهذا مما يُعد اهتماماً واضحاً بضرورة معالجة المشرع المصري لهذه الصورة من صور الفعل الضار وتنظيم أحكامها في مواد خاصة، وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر لها " يُعتبر الشخص غاصباً إذا وضع يده على عقار بدون سند قانوني أو كان واضعاً يده بسند قانوني ثم زال هذا السند واستمر واضعاً يده"^(٥)، وتقول محكمة النقض المصرية في قرار لها " الغصب ماهيته عملاً غير مشروع يلزم من ارتكبه بتعويض الأضرار الناشئة عنه"^(٦).

(١) رقم القرار ٢٧٩/س/ ١٩٦٩ في ١٩٧٠/٦/٢٩، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول، بلا سنة طبع، ص ١٣١.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٣) رقم القرار ٤٧٥ لسنة ٦١ قضائية في ١٩٩٧/٥/٢١. أشار إليه ناصر فتحي بدوي، دعوى الطرد للغصب في ضوء أحكام محكمة النقض، دار عمان للكتب، مصر، بلا سنة طبع، ص ١٠.

(٤) الطعن رقم ١٤٩٥٨ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ١/٢١/ ٢٠١٧. منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil.

(٥) رقم القرار ٥٣٢ لسنة ٤٢ قضائية في ١١/٢/ ٢٠٠٤. أشار إليه د. عمار محمد علي القضاة، آثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة عمان العربية، ٢٠١٢م، ص ١١.

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

وأما المشرع الأردني فإنه أيضاً لم يُعرف الغصب وإنما أورد في القانون المدني أحكاماً خاصة به، ولكن محكمة التمييز الأردنية تكفلت بوضع تعريف للغصب، وكما يبدو إن الغصب في نظرها يشمل العقارات والمنقولات، إذ جاء في أحد قراراتها: " الغصب هو إزالة يد المالك عن ماله المنقول على سبيل المجاهرة والمغالبة بدون رضا المالك، إذ يتم الغصب بتحقيق العناصر التالية وهي: أ- إزالة يد المالك ورفعها ب- أن يكون المال المغصوب منقولاً ج- أن يكون ذلك مجاهرة ومغالبة د- أن يحدث ذلك بفعل يصدر عن الغاصب"^(١)، وقضت في قرار آخر لها " إن الغصب هو فعل ضار ومستمر يبدأ من تاريخ وضع اليد على المغصوب ويستمر قائماً ومتجدداً الى أن ينتهي وإن فعل الغصب صورة من صور الفعل الضار وتنطبق عليه أحكام المادة ١/٢٧٢ من القانون المدني"^(٢).

وفي النتيجة فإن الحائز سيء النية يُعد غاصباً ما دام قد وضع يده على حق غيره بنية الاستحواذ عليه والتصرف فيه مع علمه إن هذا الحق ليس عائداً له، ويلتزم برد الشيء المغصوب إلى المغصوب منه إن كان قائماً، ويكون مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه سواء كان ذلك بخطئه أو بسبب أجنبي^(٣)، وهو مسؤول عن منفعة المغصوب وزوائده وعما طرأ عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك^(٤)، وإن هذه المسؤولية تركز على ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وإن ما يميزها من المسؤولية التقصيرية إن العلاقة السببية فيها من القوة، فلا تنقطع بالقوة القاهرة ولا بالحادث الفجائي خلافاً للمسؤولية التقصيرية^(٥).

(١) رقم القرار ٢٧٧٦/٢٠٠٤. أشار إليه د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٢) رقم القرار ١٠٩٤/٢٠٠١. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص ٢٩.

(٣) نبأ محمد عبد العبيدي، غصب العقار، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠٦م، ص ٢٧.

(٤) د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣م، ص ٢١٣.

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

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

أولاً: أوجه الشبه

أوجه التشابه بين الغصب والحيازة، هي:

١- من حيث الاعتداء: إن سوء النية في الحيازة يقابل الاعتداء على المال المغصوب، وبالتالي إن الحائز سيء النية يده يد ضمان كيد الغاصب، فالحائز سيء النية يستولي على ملك غيره، وهو يعلم أو يمكنه أن يعلم إنه ليس ملكاً له، والغاصب يستولي على ملك غيره وهو يعلم بأنه ليس له حق في هذا الاستيلاء، لأن انتقال الحيازة في هذا الفرض يقوم على سبب باطل، فمن ادعى ملكية شيء وأخذه غصباً من صاحبه وضد إرادته يُعد حائزاً سيء النية، ومن اشترى شيئاً، ولم يدفع ثمنه فاغتصب حيازته معتقداً إن له الحق في ذلك يُعد حائزاً سيء النية^(١).

٢- من حيث الرد والضمان: إن الغاصب مطالب برد المغصوب إلى المغصوب منه والحائز سيء النية مطالب برد الشيء إلى مالكة إن كان موجوداً وقائماً، وكلاهما مطالبين برد مثله أو قيمته إن تعذر عليهما الرد بسبب الهلاك أو الإتلاف، وكذلك الحال بالنسبة لمنافع الشيء وثماره^(٢)، فهي مضمونة على الغاصب والحائز سيء النية^(٣).

٣- من حيث المسؤولية: إن الغاصب والحائز سيء النية مسؤولان مسؤولية مطلقة عن هلاك الشي وتلفه سواء كان الهلاك أو التلف بسبب أحدهما أم كان بسبب أجنبي، فالحائز سيء النية

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

(٢) فالحائز ملزم برد الثمار الطبيعية والمدنية من وقت دخولها في حيازته وله الحق في استرداد ما أنفقه من مصروفات ضرورية لحفظ الشيء أو لتحصيل ثماره على أن يتحمل نفقات الرد، والفقهاء المسلمون أجمعوا على رد المغصوب إلى مالكة وتحميل الغاصب نفقات الرد كما عليه أن يرد مع المغصوب فوائده ومنافعه. د. عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي بحث موازن بين المذاهب الإسلامية السبعة مقارن بالقانون الوضعي، ط ٢، الناشر مكتب الإعلام الإسلامي، ١٩٩٢م، ص ٢٦٣.

(٣) د. حبيب إدريس عيسى، النظام القانوني للغصب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢م، ص ٤٤.

إذا وضع يده على ملك غيره بنية الاستحواذ عليه والتصرف فيه مع علمه إن هذا الملك لا يعود له فإنما هو غاصب أيضاً^(١).

٤- من حيث تعاقب الأيدي: انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص أو إلى الخلف العام إذا تحقق فيها سوء النية يترتب على الخلف المسؤولية نفسها التي تترتب على السلف إذا كان حائزاً بسوء نية، وكذلك من انتقل إليه المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وكان يعلم بالغصب فإنه يتحمل ذات المسؤولية التي يتحملها الغاصب من رد المال المغصوب وزوائده^(٢).

ثانياً: أوجه الاختلاف

أوجه الاختلاف بين الغصب والحيازة هي:

١- من حيث اليد: اليد في الغصب يد عادية غير جديرة بالحماية القانونية، واليد في الحيازة أيضاً يد عادية ولكنها جديرة بالحماية القانونية، ويرى أحد الشراح إن حكمة حماية الحيازة تعود لاعتبارين، الاعتبار الأول: إن في حماية الحيازة حماية للحق نفسه، إذ يكون الحائز هو صاحب الحق غالباً، والاعتبار الثاني: إن في حماية الحيازة حماية للأمن والنظام العام، لأن في الاعتداء على الحيازة تعكير لهما، لذا لا يسوغ لأي شخص أن يغتصب الحيازة من حائزها، ولا يجديه أن يبرر اعتدائه على الحيازة بقوله انه صاحب الحق، لأن هذا من قبيل قضاء الإنسان لنفسه، وهو غير جائز، فلا يبقى أمام من يدعي ملكية الحق المحوز سوى احترام حيازة ذي اليد الظاهرة المستوفية لشروط الحيازة والالتجاء إلى القضاء بدعوى المطالبة بحقه، فالحماية التي أقرها القانون تكون غالباً حماية لصاحب الحق نفسه^(٣).

٢- من حيث النطاق: الغصب لا يكسب الغاصب سوى ملكية المنقول بالضمان، وإذا كان المغصوب عقاراً يُشترط لتملكه أن يكون العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وأن تستمر حيازة الغاصب لذلك العقار المدة المطلوبة للتقادم حتى يستطيع تملك العقار بالحيازة

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

(٢) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد

١٩٦٢م، ص ٦٢ و١٦٣.

المقترنة بالتقادم، في حين إن الحيازة تصلح سبباً لكسب الملكية في العقار والمنقول شريطة أن تكون الحيازة بحسن نية^(١).

٣- من حيث النية: الحيازة أما أن تكون بحسن نية أو بسوء نية، فإذا كانت الحيازة بسوء نية ينبغي اقترانها بمدة التقادم الطويل، وأن يقع من الحائز دفع لدعوى الملكية بالإنكار^(٢)، أما الغاصب الضامن فهو سيء النية، لأن أساس الضمان مبني على ارتكاب الغاصب فعلاً من أفعال التعمد أو التعدي، فإذا قام بعمل من هذه الأعمال وتغير المال المغصوب عنده مادياً أو قانونياً فإنه يملك هذا المال بأثر رجعي بشرط أداء الضمان إلى المغصوب منه^(٣).

وبناءً على ما تقدم يعتقد الباحث إن الغصب ما هو إلا صورة من صور الفعل الضار يصدر من الغاصب ويقع على مال غيره سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حقاً مالياً، ويستوي أن يكون الغاصب قد تعدى على مال غيره وهو في حوزة مالكه أو أن يكون المال تحت يد الغاصب بموجب سند قانوني، ثم زال هذا السند، وبهذا الصدد يقول أحد الشراح إن المشرع العراقي والأردني نظما أحكام الغصب ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية وكأنه صورة منها أو تطبيق من تطبيقاتها في حين إن الغصب يختص بأحكام خاصة تميزه من المسؤولية التقصيرية^(٤).

المطلب الثاني: طبيعة التصرف في المال المغصوب

لأجل تحديد طبيعة التصرف في المال المغصوب لابد من بيان طبيعة التصرف في المال المغصوب في نظر فقهاء المسلمين وفي نظر فقهاء القانون، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، نكرس الفرع الأول لطبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونخصص الفرع الثاني لطبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون وعلى النحو الآتي:

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

(٢) انظر المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٨١) من القانون المدني الأردني والمادة (١١١٨) من القانون المدني اليمني.

(٣) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٤) د. حبيب إدريس د. أكرم محمد، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

الفرع الأول: طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء المسلمين على إن من باع ملك غيره بدون إذنه فإنه فضولي، ولكنهم اختلفوا في قبول تصرف الفضولي وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى اصحاب هذا الاتجاه أنَّ بيع الفضولي صحيح واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول^(١)، ومن استدلالهم بالكتاب قوله تعالى " أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"^(٢)، فالبيع في هذه الآية الكريمة عام يشمل كل بيع، ويدخل في هذا بيع الفضولي، فإنه بيع فيكون حلالاً، ومن استدلالهم من الكتاب أيضاً قوله تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى"^(٣)، ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والإحسان إلى المالك، وهذا تعاون على البر والتقوى.

أما في السنة فقد استدلوا بما روي عن عروة بن أبي الجعد البارقى أن النبي (ص وآله) أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشتري له به شاتين فباع أحدها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه^(٤)، وجه الدلالة أنَّ عروة باع مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه، وقد أقر الرسول (ص وآله) ما فعله عروء ودعا له بالبركة، فلو كان البيع غير صحيح ما أقره الرسول (ص وآله).

وكذلك استدلوا بما روي عن حكيم بن حزام أن النبي (ص وآله) بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشتري أضحية فأريح فيها ديناراً فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى الرسول

(١) أبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج٣، منشورات المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بلا سنة طبع، ص ١٢. شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ج٢، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، بلا سنة طبع، ص ١٦٠.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) سورة المائدة: الآية ٢.

(٤) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج٥، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧١ هـ، ص ٢٧٠.

(ص وآله)، فقال له ضحي بالشاة وتصدق بالدينار^(١)، وجه الدلالة أن الصحابي حكيم بن حزام باع مالاً مملوكاً لغيره بدون إذن منه وقد أقره الرسول (ص وآله) فدل على صحته.

وأما في المعقول فالعقل السليم يقضي إن من باشر العقد يكون أهلاً لمباشرته، والمبيع مال متقوم فيصح البيع قياساً على بيع المالك بجامع إن التصرف في كل صدر من أهله في المحل القابل له^(٢).

والاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه أن بيع الفضولي غير صحيح^(٣)، واستدلوا بالكتاب

والسنة والمعقول، أما من الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى " لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا"^(٤)، ووجه الدلالة الذي يستفاد من الآية الكريمة أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره، فلو صح تصرف الفضولي لكان في ذلك اسناد كسب الإنسان إلى غيره، وهذا يتنافى مع ما دلت عليه هذه الآية، وأما من السنة فقد استدلوا بما روي عن حكيم بن حزام أنه قال قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك^(٥)، وجه الدلالة أن الرسول (ص وآله) نهى حكيم بن حزام عن بيع ما ليس في ملكه، والمبيع في بيع

(١) أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٩، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، بلا سنة طبع، ص ٢٨٦.

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

(٣) أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج ٣، ط ١، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٦٦هـ، ص ٣٠٥. أبي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الشهير بالمحقق الحلي، المختصر النافع، مطبعة وزارة الاوقاف، مصر، ط ٢، ١٣٧٨هـ، ص ١٤٢. النووي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٨١. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج ٤، ط ٣، منشورات دار المنار، ١٣٦٧هـ، ص ٢٠٥. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج ٨، منشورات إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ١٣٥٠هـ، ص ٤٣٤.

(٤) سورة الأنعام: الآية ١٩٤.

(٥) محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ١، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ١٣٤٥هـ، ص ٢٠٦.

الفضولي ليس ملكاً لمن باشر البيع، فيكون منهياً عنه والنهي يدل على الفساد، فيكون بيع مال غيره بدون إذنه فاسداً^(١).

أما المعقول فإن المبيع غير مملوك لمن باشر العقد، فيكون غير مقدور على تسليمه شرعاً، فلا يصح كبيع السمك في الماء والطير في الهواء^(٢)، وفي النتيجة من باع ملك غيره فإنه فضولي وقبول تصرف الفضولي محل خلاف بين الفقهاء، فالحنفية والمالكية والشافعية في المذهب القديم وبعض الحنابلة وبعض الإمامية يقولون بجواز بيع الفضولي، والعقد ينعقد صحيحاً ويتوقف على رأي المالك، فإن أجازته مضى وإن رفضه انفسخ، أما الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في الرواية الأخرى والإمامية في قول آخر فلا يقولون بصحة بيع الفضولي، لأنه بيع الإنسان ما لا يملك وهو بيع منهى عنه شرعاً^(٣).

فالفضولي تارة ينشئ العقد للمالك، وتارة أخرى ينشئ العقد لنفسه لا للمالك، وهذا يكون غالباً من الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً^(٤)، كما لو تصرف الفضولي باسمه الشخصي من دون أن يعلن أنه فضولي بمعنى أنه يضيف التصرف إلى نفسه وكأنه هو المالك، وبالتالي فإن تصرف الغاصب يُعتبر قسماً من تصرفات الفضولي، لأنه يتصرف بملك غيره وخاصة حين يأتي التصرف لنفسه وكأنه هو المالك، فيرى أكثر فقهاء الإمامية أن الغاصب كالفضولي بقولهم: " إذا باع الفضولي مال غيره عن نفسه لاعتقاده أنه مالك أو لابتتائه على ذلك كما في الغاصب، فأجازته المالك صح البيع ويرجع الثمن إلى المالك"^(٥)، وبقولهم: " الصورة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب"^(٦).

(١) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٠٦.

(٢) النووي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٨٦.

(٣) د. محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد إبراهيم فاضل الدبو، فقه المعاملات والجنايات (المعاملات)، ج ١، ط ١، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، ١٩٨٩م، ص ٢٠.

(٤) السيد عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الدراسات الإسلامية العليا - جامعة بغداد، ١٩٦٩م، ص ١٩.

(٥) الشيخ مرتضى الأنصاري، المكاسب، مطبعة اطلاعات، تبريز، ١٣٧٢هـ، ص ١٢٨.

(٦) الشيخ محمد تقي الدين بن الشيخ محمد باقر الأصفهاني، رسالة في العقود، المطبعة الحجرية، ١٢٩٤هـ، كتاب البيع، بيع الفضولي (غير مرقم).

ويرى فقهاء المالكية إن بيع الغاصب كبيع الفضولي بقولهم: " أن الغاصب أو المشتري منه إذا باع الشيء المغصوب، فإن للمالك أن يجيز ذلك البيع، لأن غايته إنه بيع فضولي، وله أن يردّه، وظاهره سواء قبض المشتري المبيع أم لا، وظاهره علم المشتري أنه غاصب أم لا"^(١)، وبقولهم: " الغاصب إذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه فإن له نقض البيع الصادر منه قبل الإرث، لانتقال ما كان لمورثه إليه وقد كان لمورثه النقض، ومنه يؤخذ أنه لا خصوصية للغاصب بما ذكر، بل يجري ذلك في بيع كل فضولي"^(٢).

ويرى فقهاء الحنابلة أن تصرف الغاصب كتصرف الفضولي بقولهم: " وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي، على ما ذكرنا من الروايتين، أحدهما بطلانها والثانية صحتها ووقفها على إجازة المالك، وذكر أبو الخطاب في تصرفات الغاصب الحكيمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً، وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كبير وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك"^(٣).

ويرى فقهاء الحنفية أن بيع الغاصب من أوضح أفراد بيع الفضولي لنفسه بقولهم: " من باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ومن غصب عبداً وباعه واعتقه المشتري ثم أجاز المولى

(١) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي، ج ٦، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٤٦.

(٢) الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١١.

(٣) أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج ٥، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م، ص ٢٠٥. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٦، ط ٢، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع، ص ٣٠٩. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج ٢، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٥٣.

البيع فالتعق جائز^(١)، ويقولهم: " ولو كان المغصوب عبداً فاعتقه المشتري من الغاصب، ثم أجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحساناً"^(٢)، ويقولهم: " ولو غصب جارية فباعها فقطعت يدها ثم أجاز المغصوب منه البيع صحت الإجازة"^(٣)، فإذا أجزر الغاصب المغصوب، فعلى المستأجر دفع الأجر المسمى للغاصب، لأنه العاقد ولا شيء للمالك وكذا حكم الفضولي، لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، فوجببت الأجرة للغاصب أو الفضولي، لأن المنافع تقومت بعقده، أما لو كان المال المغصوب مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، فالأجر المسمى أيضاً للغاصب ولكنه يضمن للمتولي أو للوصي أو للمالك أجر المثل^(٤).

ويرى بعض فقهاء الشافعية أن الغاصب كالفضولي يقولهم: " لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد مرة بحيث يعسر أو يتعذر تتبع تلك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان حكاهما امام الحرمين والغزالي وغيرهما والثاني أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض والله تعالى أعلم"^(٥)، ويقولهم: " لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى ففيه قولان والثاني للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل منها"^(٦).

ويرى فقهاء الزيدية تصرف الغاصب كتصرف الفضولي يقولهم: " وإذا باعها الغاصب وتلف الثمن في يده ثم أجاز المالك نفذ البيع وبرئ المشتري"^(٧)، ويقولهم: " فإن تصرف الغاصب في العين المغصوبة سواء بأجر أو نحوه من العقود التي تلحقها الإجازة كبيع أو هبة أو نحوهما

(١) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسن برهان الدين، متن بداية المبتدئ في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٤٠.

(٢) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط ٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م، ص ١٤٥.

(٣) فخر الدين حسن بن منصور الإوز جندي الحنفي، فتاوي قاضي خان، ج ٢، بلا سنة طبع، ص ٧٨.

(٤) سليم رستم باز، شرح المجلة، ط ٣، دار العلم للجميع، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٢٧٤.

(٥) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، ج ٩، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٦١.

(٦) عبد الكريم بن محمد الرافي القزويني، فتح الغدير بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، ج ٨، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٢١.

(٧) أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار لمذاهب علماء الأمصار، ج ٤، ط ١، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٦٦هـ، ص ١٨٦.

فموقوف على إجازة المالك إذ أن الغاصب فضولي فإن أجاز لفظاً أو جرى منه ما هو بمعنى الإجازة كالمطالبة بالأجرة مع علمه بالتأجير صحت الإجازة واستحق المسمى^(١).

فعلى الرغم من أن أغلب الفقهاء المسلمين ذهب إلى توقف صحة تصرفات الغاصب على إجازة المالك الحقيقي، فإن رضي بها وأجازها نفذت وإن لم يجزها اعتبرت باطلة وكأنها لم تكن، ومع ذلك ذهب بعضهم إلى القول ببطلان تصرفات الغاصب بالبيع ونحوه، ولا تقف على الإجازة، إذ 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 الاصحاب بالبطلان"^(٢)، وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول ببطلان بيع الفضولي إذا انشأه لنفسه بقولهم: " ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكة لكان أولى، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في البدائع"^(٣)، وذهب بعض الشافعية إلى القول أن تصرفات الفضولي لا تنعقد بل تصدر باطلة، والعقد لم ينعقد أصلاً، فالإجازة لا تلحقه، لأن عبارات عقده ولدت ميتة والإجازة لا تحييها، وهذه وجهة نظر الشافعي في قوله ووجهة نظر الحنفية والمالكية والحنابلة في بعض الروايات^(٤).

ونحن نتفق مع أحد الباحثين في ترجيحه لرأي جمهور الفقهاء القائلين بصحة توقف تصرفات الغاصب على إجازة المالك، لأن حكمه حكم الفضولي، بل هو فضولي أيضاً^(٥)، ودليلنا في ذلك ذلك أن الفضولي كما عرفه أحد فقهاء الإمامية هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصباً^(٦).

(١) القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج ٣، ط ١، دار أحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٩٤٧م، ص ٣٥٦.

(٢) عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج ٦، ط ١، المطبعة العلمية، بلا سنة طبع، طبع، ص ١٥٠.

(٤) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص ٣٣٧ و ص ٣٣٨.

(٥) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٦) مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٩٠.

ويعود منشأ الخلاف بين الفقهاء في حكم تصرفات الغاصب إلى مدى جعل ولاية العاقد شرط انعقاد أو شرط نفاذ، ومن جملة الشروط المعتبرة في العقد أن يكون العاقد مالكاً للتصرف في محل العقد، وقد فرع 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 عدّ هذا الشرط، هل هو شرط لانعقاد والصحة وتخلّفه يعني بطلان العقد؟ أو إنه شرط للنفاذ فيقع العقد بدونه صحيحاً موقوفاً على إجازة من يملك التصرف؟.

للإجابة عن هذا السؤال عند فقهاء الشافعية هو شرط لانعقاد والصحة فلا ينعقد العقد بدونه فهو والعقد الباطل سواء، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، وعند فقهاء الحنفية هو شرط للنفاذ فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك أو الولاية، ولكنّه موقوف على إجازة المالك^(١)، فإذا كان شرط انعقاد عندها يكون تصرف الغاصب باطلاً، وإذا كانت شرط نفاذ فيكون تصرف الغاصب موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازته نفذ التصرف^(٢).

ونحن نؤيد رأي جمهور الفقهاء بجعل ولاية العاقد على المال شرط نفاذ، لأن رعاية مصالح الناس تقتضي صحة تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي خاصة إذا علمنا أن تصرفاته تتوقف على إجازة المالك، ونعتقد أنّ هذا الرأي هو الأقرب إلى تصرفاتنا المدنية والأكثر توافقاً مع النصوص الشرعية.

وقد ميّز الفقه الإسلامي في تصرفات الفضولي بين أن يقوم الفضولي بالتصرف في شؤون غيره بالإعلان صراحةً أو ضمناً بأنه يتصرف لحساب المالك، وهذه أظهر صورة للفضالة بل الصورة الشائعة، أو أن يتصرف الفضولي باسمه الشخصي من دون أن يعلن أنه فضولي يتصرف عن غيره بمعنى أن يضيف التصرف لنفسه وكأنه هو المالك، ويحدث أن يتصرف الشخص في ملك الغير ويضيف التصرف إلى نفسه دون أن يفصح عن شخص المالك، حيث

(١) د. د. ميري كاظم عبيد الخيكاني، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ١٩٩٩م، ص ٩٣.

(٢) د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص ٢٣.

يظهر أمام العاقد الآخر أنه المالك الحقيقي وأن محل العقد ملكه، وفي هذه الحالة أسبغ عليه جمهور الفقهاء وصف الغاصب ولكنهم في نهاية المطاف طبقوا عليه أحكام الفضولي^(١).

والسؤال المطروح هنا: إذا كان التصرف القولي محلاً للفضالة باتفاق الفقهاء فهل يكون التصرف الفعلي محلاً للفضالة؟ اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال بقولين:

القول الأول: قال أبو حنيفة والشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة أن تصرف الفضولي في شؤون غيره يقتصر على التصرفات القولية فقط سواء كانت من عقود المعاوضة أم عقود التبرع وسواء كانت من جانبين أم جانب واحد، وذلك لأن التصرف الموقوف ينفذ بالإجازة، والأفعال لا تتوقف حتى تلحقها الإجازة، وهو مراد الفقهاء عند كلامهم عن تصرفات الفضولي^(٢).

القول الثاني: قال بعض الحنفية وبعض الشافعية والمالكية والحنابلة والإمامية أن التصرف الفعلي كالتصرف القولي كلاهما يمكن أن يكون محلاً لتدخل الفضولي في الفقه الإسلامي^(٣)، وذلك أن عروة البارقي باع واشترى للرسول (ص وآله) دون وكالة وقد اشتمل تصرفه على غير

(١) 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 أن 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 أن المالك لو علم بالصفقة لبادر إلى تنفيذها، أما المتطفل هو الذي لا ينوي خدمة من له حق التصرف بل يسعى لخدمة نفسه أو اتباعاً لهواه، كمن يظن نفسه مالكاً للشيء فيقوم بإجراء معاملة عليه لمصلحة نفسه فيتبين أنه ليس كذلك أو كالغاصب يبيع مال غيره ظلماً وعدواناً، ويشترك المتفضل مع المتطفل في صحة العقد بعد الإجازة ولكنهما يختلفان في أن المتفضل يمتاز عن المتطفل بعدم الضمان وباستحقاق الأجرة في بعض الأحوال. السيد محمد تقي المدرسي، أحكام المعاملات، منشور على الموقع الإلكتروني:

www.almodarresi.com.

(٢) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٩١. النووي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٥٩. الدردير، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٩٩. ابن القيم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤١١.

(٣) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج ١، ط ١، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٣٣٧. شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج ٨، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م، ص ٢٣٠. محمد بن أحمد بن محمد عlish المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج ٣، مكتبة النجاح، ليبيا، بلا سنة طبع، ص ٧٣٨. عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣م، ص ٣٧٢. العلامة الفقيه ميرزا حبيب الله الرشتي، الالتقاطات (كتاب الغصب)، تصحيح حسن قاسمي، طهران، ١٢٣٤ _ ١٣٠٢ هـ، ص ٣٤٥.

العقد من القبض والإقباض وقد أجاز الرسول (ص وآله) فعله^(١)، وهذا دليل على مشروعية الفضالة بالأفعال، ونحن نتفق مع القول الثاني لقوة حجتهم بإجازة الرسول (ص وآله) لما صدر عن عروة البارقي من أقوال وأفعال، وفي النتيجة يمكن القول أن الفضولي في الفقه الإسلامي قد يصدر منه تصرف قولي وقد يصدر منه تصرف فعلي، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٤٥٣) التي تنص على إنه " أن الإجازة كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال أيضاً".

فالفضولي في اصطلاح الفقهاء المسلمين هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية عليه كمن يبيع مالاً من دون إذن شرعي من المالك وكمن يشتري شيئاً لغيره لم يوكله في شرائه، وليست له ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وكمن يهب أو يوصي بملك غيره ونحو ذلك، وكما قد يقوم الفضولي بتصرف قولي من دون أن تكون له ولاية التصرف فإنه قد يقوم بتصرف فعلي^(٢)، وبالتالي فإن تصرف الغاصب هو قسم من تصرفات الفضولي حين يأتي التصرف لنفسه، وكأنه هو المالك وعندئذ لا تخرج عن الفضالة، ومعنى الفضالة هنا متحقق من حيث كونها تصرف في حق الغير دون إذن أو ولاية أو وكالة^(٣).

وهذا هو الحد الذي يتوقف عليه وجود الفضالة، حيث لم يقل أحد إن يكون التصرف باسم المالك أو الفضولي سوى بعض الفقهاء، وبالنظر لسعة مفهوم الفضولي في الفقه الإسلامي حيث يشمل كل من يتصرف في حق الغير من دون إذن شرعي، كالغاصب مثلاً يتصرف في المغصوب بالبيع أو غيره، والوكيل يتصرف مخالفاً ما أمر به موكله متجاوزاً حدود الوكالة لا مانع من أن يُستعمل لفظ الفضالة للدلالة عن جميع الأعمال التي يقوم بها الفضولي، ومنها أن يتصرف الفضولي باسمه الشخصي بمعنى أنه يضيف التصرف لنفسه وكأنه هو المالك، وهذا التصرف غالباً ما يصدر من الغاصب.

(١) أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود الحافظ، ج٣، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ١٩٨٨م، ص٢٥٣.

(٢) د. عبد الرزاق حسن فرج، مصدر سابق، ص١١٦ وص١١٧.

(٣) وقد عرفت الفضالة المادة (١١٢) من مجلة الأحكام العدلية بقولها " الفضولي هو من يتصرف بحق الغير من دون إذن شرعي".

الفرع الثاني: طبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون

يُشترط في نقل ملكية المبيع في الحال إلى المشتري أن يكون البائع مالكا للمبيع، فإذا باع شخص لآخر شيئا لم يكن مالكا له فالحال لا يخلو من واحد من عدة ؟ امور: أما أن يكون المشتري هو الذي يملك المبيع حقيقة ولكنه لا يعلم، فيقع البيع في هذه الحالة باطلاً، لانعدام ركن السبب، وأما أن يكون المبيع مملوكاً لغير المتعاقدين، بل يعتقد البائع غلطاً أنه يعود إليه، وهنا يقع البيع باطلاً أيضاً لعدم توافر ركن الرضا، وأما أن يكون البائع على علم بأن المبيع ليس مملوكاً له والمشتري لا يعلم بهذه الواقعة، فهنا نكون أمام ما يسمى ببيع ملك الغير، ويحصل في كثير من الأحيان أن يبيع الإنسان مالا يملكه أبوه أو أخوه أو زوجته أو يبيع الشريك على الشيوع حصته وحصّة الباقيين من شركائه^(١)، فما حكم هذا النوع من البيع؟، وللإجابة عن بيع ملك الغير بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

اختار المشرع العراقي الطريق الذي سارت عليه بعض المذاهب الإسلامية، فذهب إلى إن عقد بيع ملك الغير عقد صحيح، ولكنه موقوف على إجازة المالك الأصلي، وفي النتيجة لا يستطيع المشتري أن يطالب بالبطلان، وإنما له الحق أن يطالب بفسخ العقد إذا لم يوف البائع بالتزامه بنقل الملكية إليه أو تسليم المبيع^(٢).

وقد نظمت المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي حكم بيع ملك الغير بنصها على إنه "١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إذن المالك ٢- فإذا أجاز المالك تُعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدٍ منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالمياً إنه فضولي فلا رجوع عليه بشيء منه ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه

(١) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٥٦م، ص ٢٧٣.

(٢) د. عباس الصراف، المصدر نفسه، ص ٢٧٣.

فهلك في يده بدون تعدٍ منه فاللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء فإن اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر".

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع العراقي عالج أحكام بيع ملك الغير ضمن أحكام العقد الموقوف، فاعتبره بيعاً موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي للمبيع، وهذا يعني إنه عقد صحيح لكنّه غير نافذ، فالعقد الموقوف هو ما اعتراه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغريب مع الغبن أو كان العاقد محجوراً غير فاقد للأهلية، وزاد المشرع العراقي على ذلك تصرف الشخص في ملك غيره على وفق المادة (١٣٥) التي سبق ذكرها فجعل عقده موقوفاً^(١).

وبالتالي فإن الفقرة الأولى من المادة (١٣٥) عدّت تصرف الفضولي موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، وبذلك لم يأخذ المشرع العراقي بالرأي الذي يعتبره باطلاً، والفقرة الثانية اعتبرت إجازة المالك لتصرف الفضولي توكيلاً، فيكون الفضولي وكياً عن المالك في التصرف ويجوز للمالك أن يطالبه بالبدل إذا كان قد قبضه، والفقرة الثالثة اعتبرت تصرف الفضولي باطلاً إذا لم يجزه المالك، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى البدل للفضولي فله الرجوع عليه، إلا إذا هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدٍ منه وكان العاقد الآخر عالماً أنه فضولي.

وتكلمت الفقرة الرابعة عن ضمان الفضولي للعين المعقود عليها، فإذا سلمها الفضولي إلى العاقد الآخر، وهلك في يده بدون تعدٍ منه، فاللمالك أن يضمن أياً شاء من الفضولي والعاقد الآخر، فإن اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر، ولكن هذه الفقرة لم تنص على حالة هلاك العين بيد العاقد الآخر وبتعدٍ منه، فهل يبقى خيار المالك في تضمين أيّ شاء من الفضولي والعاقد الآخر أم ينحصر حقه في مطالبة العاقد الآخر فقط؟، وهنا يرى أحد فقهاء القانون خيار المالك يجب أن يبقى، لأن الفضولي قد يكون املاً من العاقد الآخر، والمالك إذا ضمن الفضولي فإن لهذا الأخير أن يرجع على العاقد الآخر بما ضمنه لكونه متعدياً إذا كان هذا

(١) منير القاضي، ملتنقى البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة)،

مج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢م، ص ٢٢٢.

المتعاقد لم يدفع الثمن بعد، وإذا ضمن العاقد الآخر وكان هذا الأخير قد دفع الثمن للفضولي، فهذا يعني أن العاقد قد دفع الثمن مرتين وله الحق أن يرجع على الفضولي بما ضمنه^(١).

وبناءً على ما تقدم فإذا تصرف شخص في ملك غيره تصرفاً قانونياً بدون إذنه، كان نفاذ تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، ويسمى هذا المتصرف فضولياً، فإن كان التصرف عقداً كان موقوفاً على إجازة المالك، وتُعتبر الإجازة توكيلاً للفضولي من حين مباشرة العقد بأثر رجعي بحكم القانون، فما قبضه من البديل فعلى الفضولي تسليمه للمالك وللمالك المطالبة به^(٢).

وإذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل العقد، وعلى الفضولي رد ما قبضه من البديل إلى العاقد الآخر، وللعاقد الآخر حق الرجوع به على الفضولي بدعوى الكسب بلا سبب، وإذا كان البديل الذي قبضه الفضولي قد هلك في يده بلا تعدٍ منه ولا تقصير، فلا ضمان عليه إن كان العاقد الآخر يعلم حين الأداء إليه أنه فضولي، لأنه يُعد حينئذ أمانة في يده، أما إذا كان لا يعلم بذلك بل كان يعلم إنه هو المالك فعلى الفضولي الضمان، لأن العاقد الآخر إنما دفع إليه ما دفع بنية إنه عوض عن المعقود عليه، وأما إذا كان الفضولي قد سلم المال المعقود عليه إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك هذا العقد، كان الفضولي بحكم الغاصب وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب، وللمالك مطالبة العاقد الآخر برد ما سلمه إليه، فإذا كان المال قد هلك في يده بدون

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

(٢) وما لم يقبضه من البديل يطبق فيه مضمون المادتين (٩٤٢ و ٩٤٣) من القانون المدني العراقي، إذ تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني العراقي على إنه "حقوق العقد تعود إلى العاقد فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة، فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه" وتنص المادة (٩٤٣) على إنه "إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل، وإليهما أن يرجع إليه". منير القاضي، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

تعدّ منه، فالمالك تضمين الفضولي أو تضمين العاقد الآخر، ومطالبة أحدهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر به إذا استوفى المالك الضمان^(١).

وهنا يرى أحد الفقهاء ونحن نؤيده في ذلك أنّ هذا الحكم على إطلاقه يجافي العدالة بالنسبة للمشتري الذي يتسلم المبيع بحسن نية، فيجب تقييده بقصر حق رجوع المالك على حالة ما إذا كان المشتري سيء النية إيّ عالماً أن المبيع حين اشتراه كان مملوكاً لغير البائع، أما إذا اشتراه وهو لا يعلم بذلك بل كان يعتقد إنه يعود للبائع ففي هذه الحالة يقتصر حق المالك بالرجوع على الفضولي فحسب ولا يمكن تضمين المشتري^(٢)، ويرى فقيه آخر كان من الأوفق في نظرنا أن تكون مسؤولية الفضولي ومن تعاقد معه في ضمان قيمة المبيع مسؤولية تضامنية حتى يتمكن المالك من الرجوع على المتعاقد الآخر إذا وجد أن من اختاره كان معسراً^(٣).

ويرى جانب من الفقه إذا كان الهالك بدون تعدٍ ممن تعاقد مع الفضولي وكان المتعاقد يجهل أنه فضولي فلا يكون ضامناً، والضمان في هذه الحالة يكون على الفضولي، لأنه يكون قد غرر بمن تعاقد معه والتغريض من أسباب الضمان، أما إذا كان من تعاقد مع الفضولي يعلم أنه فضولي فإن يده لا تكون يد أمانه ويقع عليه الضمان ولا يتحمل الفضولي شيئاً^(٤).

وأما بالنسبة لتصرف الغاصب باعتباره قسماً من تصرفات الفضولي، فللمغصوب منه الخيار أن شاء رجع على من تصرف إليه الغاصب واسترد العين إذا كانت باقية، ومن ثم يرجع المتصرف له على الغاصب بضمان الاستحقاق إذا كان التصرف بيعاً أو هبةً، أو يرجع المغصوب منه على الغاصب بالضمان فيصح تصرف الغاصب، وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي بقولها " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ (مصادر الالتزام)، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ١١٦. منير القاضي، مصدر سابق، ص ٢٢٤ و ٢٢٥.

(٢) د. عباس الصراف، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

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

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

أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لإحكام القانون".

وبهذا الصدد يرى أحد الفقهاء أن هذا النص تضمن عبارة أن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة (نفذ تصرفه) بدلاً من (صح تصرفه)، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة، وإيراد 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 الإسلامي والعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي، فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح ينتج جميع آثاره ولكنه مهدد بالزوال بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة أو نقص أهلية أحد المتعاقدين، وإجازة من تقرر الإبطال لمصلحته يستقر فلا يبطل، أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح لا تترتب عليه آثاره إلا بعد الإجازة ممن له حق الإجازة^(١).

وللمالك الحقيقي إجازة العقد الموقوف ونقضه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بصدور العقد عن الفضولي، فإن لم ينقضه خلال هذه المدة يُعتبر سكوته إجازة له^(٢)، وعليه يحق للمالك نقض العقد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بانعقاده، فإذا لم يستعمل هذه الرخصة خلال هذه الفترة سقط حقه ونفذ العقد في مواجهته، وهذه الأحكام تطرق إليها المشرع العراقي في المادة (١٣٦) من القانون المدني^(٣).

وبالتالي إذا أجاز المالك العقد اعتبرت إجازته توكيلاً، لأن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، وحينئذ يُعتبر من تعاقد مع الفضولي مالاً للشيء لا من وقت الإجازة وإنما من الوقت

(١) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(٢) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقاول)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٣م، ص ١٧٨.

(٣) إذ نصت المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على إنه " ١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحةً أو دلالةً وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويُشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يُشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة ٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً ٣- ويبدأ سريان المدة ... إذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد".

الذي تم فيه العقد بينه وبين الفضولي، أما إذا نقض المالك العقد فيُعتبر العقد باطلاً من تاريخ إبرامه لا من تاريخ النقص، لأن حكم العقد الموقوف بعد نقضه هو حكم العقد نفسه الذي نشأ باطلاً، وبما إن العقد الباطل لم ينعقد أصلاً، فيجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ويجب على الفضولي رد البذل إلى من تعاقد معه، ويجب على المتعاقد الآخر أن يرد الشيء إلى ماله إذا لم يستطع التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(١)، فمثلاً إذا كان العقد الذي أبرمه الفضولي بيعاً، وأجاز المالك العقد أُعتبر المشتري مالاً للمبيع من يوم الاتفاق الذي تم بينه وبين الفضولي، وإذا نقض المالك البيع فإنه يُعتبر باطلاً من تاريخ إبرامه، ويترتب على ذلك إنه يحق للمشتري استرداد ما دفعه للفضولي مع المطالبة بالتعويض إذا كان حسن النية، ويجب على المشتري رد المبيع إلى ماله الحقيقي^(٢).

وقد نقل المشرع العراقي أحكام العقد الموقوف من الفقه الإسلامي بعد إدخال تعديلات مهمة جعلت هذه الأحكام أكثر مسايرةً للفقه الغربي^(٣)، وعليه فالقانون المدني العراقي يتفق مع الفقه الإسلامي في اعتبار تصرف الغاصب في ملك غيره بحكم تصرف الفضولي، وهنا قد تبنى المشرع العراقي رأي غالبية الفقه الإسلامي في اعتبار تصرف الفضولي موقوفاً على إجازة المالك، ولكنه ضيق من نطاق تصرف الفضولي كما يرى أحد الشراح، لأنه يخص الشخص الذي يتصرف في ملك غيره فجعل التصرف يشمل حق الملكية فقط، ومما يؤخذ على هذا الرأي إنه يتعارض مع موقف الفقه الإسلامي، لأن تصرف الفضولي يتعلق بالشخص الذي يتصرف في حق غيره سواء كان هذا الحق حقاً شخصياً أم حقاً عينياً^(٤)، وكذلك يتعارض مع موقف القانون المدني العراقي في المادة (٧٢٥) التي نصت على إنه "تتخذ إجازة الفضولي موقوفة

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

(٢) وإذا كان المشتري قد تسلم المبيع وهلك بيده، فإن الفضولي يتحمل تبعه الهلاك إذا كان المشتري حسن النية أو إذا كان الهلاك بتعد من الفضولي، أما إذا كان المشتري سيء النية فإنه 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.

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

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

على إجازة المالك فإن كان هذا صغيراً أو محجوراً وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجازة الفضولي موقوفة على إجازة الولي".

ثانياً: في القانون المدني المصري

لم يبين المشرع المصري طبيعة تصرفات الغاصب كقاعدة عامة، ولكنّه نظم بعض التصرفات التي يجريها الشخص على شيء مملوك للغير وذلك بنصوص خاصة كما فعل في بيع ملك الغير وهبته ورهنه، وترك بعضاً من التصرفات لتطبق بشأنها أحكام القواعد العامة كما هو الحال مثلاً في تأجير ملك الغير، وفي النتيجة أن بيع الغاصب للشيء المغصوب هو صورة من صور بيع ملك الغير^(١)، إذ أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية، فالأب قد يبيع ملك ولده لا باعتباره نائباً بل باعتباره أصيلاً عن نفسه، والزوج قد يبيع ملك زوجته، والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة أو في التركة، ولكنّها لا تقع في حصته، والشريك في الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة، وهو لا يملك إلا حصته فيها، وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك، وغالباً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة، فهذه كلها بيوعاً لملك الغير^(٢).

وقد أخذ القانون المدني المصري أحكام بيع ملك الغير من القانون المدني الفرنسي^(٣)، وقد نظم أحكام هذا النوع من البيوع في المواد (٤٦٦-٤٦٨) من القانون المدني، إذ تنص المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري على إنه " ١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل ٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد"، وتنص المادة (٤٦٧) منه على إنه " ١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري ٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت إليه ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، كما تنص (٤٦٨) على إنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٦.

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

النية"، ويتبين من هذه النصوص أن بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري، ولا يسري في مواجهة المالك إلا بإقراره^(١)، وعلى الرغم من هذا الوضوح اختلف فقهاء القانون في مصر حول الطبيعة القانونية لهذا البطلان وانقسموا إلى أربعة آراء:-

الرأي الأول: يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب أو المحل، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل الملكية إليه وهذا غير ممكن بالنسبة للبائع، وأن المحل (المبيع) مستحيل استحالة مطلقة بالنظر لعائدية المبيع لغير البائع^(٢).

ويرد جانب من الفقه على هذا الرأي انه يتعذر القول بأن بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، والسبب في ذلك أن أحكام بيع ملك الغير تختلف في أساسها وفي النتائج المترتبة عليها عن أحكام البطلان المطلق، فالبطلان المطلق أو عدم انعقاد العقد يرجع إلى عدم توافر ركن من أركان العقد كالتراضي أو المحل أو السبب أو عدم توافر الشروط اللازمة لهذه الأركان، وبيع ملك الغير تتوافر فيه جميع الأركان اللازمة لانعقاد العقد، فالبائع والمشتري متفقان على نقل ملكية شيء أو نقل أي حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي^(٣).

وإن كان الشك قد يثور بالنسبة إلى شرط إمكان تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، فالبائع طالما لم يملك المبيع لا يستطيع نقله إلى المشتري، فهذا لا يعني أن هذا النقل مستحيل استحالة مطلقة، فلا يزال هنالك شخص يستطيع نقل الملكية وهو المالك الحقيقي، وبذلك فإن الاستحالة نسبية، والاستحالة المطلقة هي التي تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، أما الاستحالة النسبية فلا تؤدي إلى عدم انعقاد العقد وإن أعطت الحق في طلب الفسخ على أساس عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، وكذلك البطلان المطلق معناه عدم انعقاد العقد، ولا ينتج أي أثر ولو لم يحكم بهذا البطلان، ويستطيع أن يتمسك بهذا البطلان كل ذي مصلحة من طرفي العقد، أما بيع ملك الغير ينتج جميع آثاره ما عدا نقل الملكية حتى يتقرر إبطاله، وتصح إجازته فينقلب صحيحاً، وكذلك ينقلب صحيحاً إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، ولا يستطيع التمسك بإبطاله

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(٢) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٣) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٨٤.

سوى المشتري^(١)، وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي أن العقد يُعتبر كأن لم يكن بعد الحكم بإبطال البيع، وبالتالي إن أساس استحقاق المشتري للتعويض هو المسؤولية التقصيرية^(٢).

الرأي الثاني: يذهب إلى أن بيع ملك الغير إنما هو باطل بطلاناً نسبياً أما لغلط في شخص البائع لتوهم المشتري أنه مالك للمبيع، وأما لغلط في المبيع لتوهم المشتري أنه مملوك للبائع، ومقتضى هذا الرأي أن بيع ملك الغير لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن البائع مالك للمبيع، أما إذا كان يعلم أن البائع غير مالك للمبيع، فليس هنالك غلط وقع فيه مما يعني أن ليس له الحق في طلب إبطال البيع^(٣).

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي إذا كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع، فليس له الحق إلا بالمطالبة باسترداد الثمن ولا يستحق التعويض وما أنفقه من مصاريف بمناسبة البيع لأنه يتحمل تبعه إقدامه على البيع مع علمه بعدم ملكية البائع للمبيع^(٤)، وهذا الرأي يتعارض مع نصوص القانون المدني المصري التي نظمت أحكام بيع ملك الغير، لأنها لم تشترط لبطلان بيع ملك الغير أن يكون المشتري حسن النية وإنما اشترطت حسن النية في المشتري فيما يتعلق باستحقاقه للتعويض^(٥)، وكذلك الآثار المترتبة على بيع ملك الغير تختلف عن الآثار المترتبة على البطلان النسبي، فحسب أحكام القواعد العامة في البطلان إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً ينتج جميع آثاره حتى يتقرر إبطاله فيزول باثر رجعي، فإذا أجازته من يتقرر الإبطال لمصلحته فإنه يتأكد ويستمر في إنتاج آثاره، دون أن يتوقف على إرادة أحد غير من

(١) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٨٤ و ص ٨٥.

(٢) انظر في ذلك:

Mazeaud (H.L.et J) le cons de droit civil T:11 1969.p.698.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٧ و ص ٢٣٨.

(٤) انظر في ذلك:

planiolet et bipert , traite pratique de droit civil francais , tx II , parbecque, LGDJ, 1953, no.19.

(٥) فقد نصت المادة (٤٦٨) من القانون المدني المصري على إنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية". د. عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع، ص ٤١٦ و ص ٤١٧.

تقرر البطلان لمصلحته، أما بيع ملك الغير فإنه لا ينتج جميع آثاره، فاهم أثر وهو نقل الملكية إلى المشتري لا يتم إلا بإقرار المالك الحقيقي ولو أجاز المشتري العقد^(١).

الرأي الثالث: يذهب هذا الرأي بالقول أن بيع ملك الغير هو بيع موقوف على إقرار المالك على النحو المعروف في الفقه الإسلامي، فإن أقره نفذ العقد في حقه وأنتج جميع آثاره سواء في حق المالك أو في حق المتعاقدين، وإن لم يقره المالك بقي العقد صحيحاً، ولكنّه موقوف الأثر على غرار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي^(٢).

وقد أخذ بهذا الرأي جانب من الفقه بالقول إن آراء الشراح قد تضاربت في تحديد طبيعة البطلان في بيع ملك الغير ولكن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس معنى ذلك إن العقد باطل بطلان مطلق أو نسبي، فالعقد في هذه الصورة يُعد عقداً موقوفاً، والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان^(٣)، ويرى أحد الشراح أن بيع ملك الغير على وفق هذا الرأي لا يُعد باطلاً بأي حال من الأحوال، فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده وصدر ممن يُعتبر أهلاً له ولكن أثره يظل معلقاً على إرادة من له الولاية على العين محل التعاقد، فإذا صدر الإقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره^(٤).

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي:

أولاً: لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ما أنتج أثره قبل أن يجيزه المالك الحقيقي كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي، فبيع ملك الغير ينتج أثره في الحال شأنه شأن العقد القابل للإبطال، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله، ثم أن المشتري يملك الإجازة، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي.

(١) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٢) د. عبد الرزاق حسن فرج، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٣) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٢م، ص ٧٩.

(٤) د. حسن رياض محمد، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠م، ص ٦٧.

ثانياً: نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون، فهذا لا يكون إلا عندما لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الوكيل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها، أما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح^(١).

الرأي الرابع: يرى أن بيع ملك الغير إنما هو قابل للفسخ وليس للبطلان، وفي النتيجة فإنه يقع صحيحاً، فإذا لم ينفذ البائع التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، فالمشتري له الحق بأن يطلب فسخ البيع، لأن تكييف نظام معين يجب إلا يؤخذ من تسميته بل يُنظر إلى القواعد التي تحكمه، ولأنه من غير الممكن إرجاع البطلان في بيع ملك الغير إلى القواعد العامة في البطلان، فهو ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا باطلاً بطلاناً نسبياً لاختلافهما من حيث الأحكام والآثار، وعليه فإن قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا أدنى شك إلى نطاق نظرية الفسخ^(٢).

ويؤخذ على هذا الرأي إنه يتعارض مع فحوى المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري التي أشارت إلى البطلان والبطلان شيء غير الفسخ^(٣)، فالفقرة الأولى من المادة (٤٦٦) نصت على إنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل"، وإزاء هذه الآراء المختلفة حول تأصيل البطلان في بيع ملك الغير يرى أغلب فقهاء القانون المدني في مصر أن البطلان في هذا البيع غير مستمد من القواعد العامة، وإنما هو مقرر بنص تشريعي خاص هو نص المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري^(٤)، فالعقد لا يكون قابلاً للإبطال على وفق القواعد العامة إلا لنقص الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(٥).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٤٠ وص ٢٤١.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(٣) د. عبد المنعم البدر، مصدر سابق، ص ٤١٥.

(٤) د. أنور سلطان د. جلال العدوي، الموجز في العقود المسماة (البيع)، الناشر دار المعارف، ١٩٦٣م، ص ١٧٨. د. محمد علي عمران، موجز البيع، ١٩٨٩م، ص ١٩٨.

(٥) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

فالبطلان هنا خاص بالبيع أنشأه نص خاص لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع، وبذلك فإن قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان، من ذلك إن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع، وإن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازته المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، وهو هنا المشتري، وبالتالي يُعتبر البطلان في بيع ملك الغير بطلاناً من نوع خاص أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري تطرق إلى أحكام الفضالة في المواد (١٨٨-١٩٧)^(٢)، إلى جانب تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير، ويتبين من هذه النصوص إن الفضالة تتحقق بقيام ثلاثة أركان، وهي: أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، وأن يقصد في قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل، وألا يكون ملتزماً بهذا الشأن العاجل ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه^(٣).

والفضالة بهذا المعنى تُعتبر من أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب، فالفضولي يعمل لتحقيق منفعة غيره دون أن يكون لهذه المنفعة سبب في علاقة قانونية سابقة، وتلك هي مقومات الإثراء بلا سبب^(٤)، وبذلك تختلف الفضالة في القانون المصري عن الفضالة في الفقه الإسلامي، فالفضولي في نظر المشرع المصري هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لمصلحة رب العمل، أما في الفقه

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

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

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج ١، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ١٠٣٥.

(٤) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٥٠١.

الإسلامي فالفضولي هو من يتدخل في شئون غيره من دون إذن أو نيابة وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة^(١).

وفي النتيجة إن بيع ملك الغير في القانون المصري يقابله بيع الفضولي في الفقه الإسلامي، لأن القانون المصري المتأثر في هذا الجانب بالفقه الغربي قصر حكم الفضالة على التدخل العاجل من الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل، في حين إن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان تدخل الفضولي ضرورياً أو غير ضروري، فكل تدخل في شئون الغير يرتب حكم الفضالة، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في القانون المصري.

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

كان القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم يجيزان بيع ملك الغير، فكان بموجبهما يُعتبر بيع ملك الغير صحيحاً، لأن أثر البيع كان قاصراً على التزام البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعاً هادئاً، وكذلك كان قاصراً على إنتاج التزامات شخصية بمقتضاها يكون البائع ملزماً في مواجهة المشتري بالعمل على نقل ملكية المبيع إليه فيما بعد، إذ إن البيع لم يكن ينقل ملكية المبيع في الحال إلى المشتري^(٢)، وأما في القانون المدني الفرنسي الجديد، فقد أصبح بيع ملك الغير يتنافى مع طبيعة البيع، لأن عقد البيع يُعد ناقلاً للملكية بذاته^(٣)، وبالتالي فإنه لا يمكن نقل ملكية المبيع الذي ليس ملكاً للبائع^(٤)، فالقانون الفرنسي

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج ٤ (نظرية السبب ونظرية البطلان)، ط ٢، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨م، ص ١٨٣.

(٢) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٣) وكذلك إذا تعهد شخص لآخر ببيع شيء مملوك لغيره فإن هذا التعهد لا يُعد بيعاً لملك الغير وإنما تعهد عن البائع في أنه سيبيع ما يملكه فيكون هذا تعهداً وليس بيعاً لملك الغير. انظر في ذلك:

Baudry et saig nat , Traite Theorie et pratique et pratique de droit civil Du: -
conteat de vente, 3eme ed.no.122.

(٤) فبيع ملك الغير لم يكن باطلاً في كلا القانونين الروماني والفرنسي القديم، والعلة في ذلك إن عقد البيع لم يكن ناقلاً للملكية بذاته، وإنما كان ينشئ على عاتق البائع التزاماً بمنح المشتري حيازة هادئة على الشيء المبيع،

وضع حكماً في المادة (١٥٩٩) من القانون المدني يخالف حكم القاعدة العامة، إذ قضى ببطلان بيع ملك الغير، ومن هذا النص أخذ القانون المدني المصري في المادة (٤٦٦) فنص على بطلان بيع ملك الغير^(١)، وتنص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي على إنه " بيع ملك الغير باطل وللمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع"، وبذلك فإن بيع ملك الغير باطل وأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع مملوكاً للغير، فالملكية في القانون المدني الفرنسي تنتقل بمجرد التعاقد، فيترتب على ذلك بطلان بيع ملك الغير^(٢)، ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى جعل العقد الوارد على بيع ملك الغير باطلاً بطلاً نسبياً تصححه إرادة المشتري^(٣)، فالمادة (١٥٩٩) نصت على البطلان النسبي لصالح المشتري الذي يعود له وحده حق التمسك به^(٤)، وإن هذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري الذي يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان من دون البائع أو المالك الحقيقي على إن حق المشتري ينقضي إذا أقر المالك العقد أو صار البائع مالكاً للمبيع^(٥)، وعلى المالك الحقيقي أن يثبت لدى ممارسته دعوى الاستحقاق إنه لم يوافق على البيع الذي يتذرع به المشتري ضده^(٦).

لهذا لم يكن للمشتري أن يدعي أنه 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.

(١) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(٢) إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات غير مملوك له ولكنه علق البيع على شرط تملكه للمبيع، فإن التزام البائع هنا ليس التزاماً بنقل الملكية في الحال وإنما التزام معلق على شرط واقف هو تملكه للمبيع، فالبيع في هذه الحالة لا يُعتبر بيعاً لملك الغير، فإذا تحقق الشرط وأصبح البائع مالكاً للمبيع انتقلت الملكية للمشتري وإن لم يتحقق الشرط بطل البيع. انظر في ذلك:

Baudry et saignat ,op.cit.no122.

(٣) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ج ١، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٧٠م، ص ٣٩٩ و ٤٠٠.

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

(٥) غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٩ و ٤٠٠.

(٦) نقض مدني فرنسي ١٤، كانون الأول /١٩٦٧: د ١٩٦٨، رقم ٢٨٣. القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٥٧٤.

ويزول البطلان الناتج من بيع ملك الغير حيث يكون المشتري قبل إقامة دعوى البطلان قد علم بزوال خطر نزع اليد أي اكتساب البائع ملكية الشيء المبيع^(١)، وإن المسألة لا تقف عند هذا الحد، ولأن تكييف نظام معين يجب إلا يؤخذ من تسميته بل ينظر إلى القواعد التي تحكمه، وفي بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا أدنى شك إلى نطاق نظرية الفسخ، وقد ذهب الفقيه الفرنسي (بوفنوار) الذي استعرض أحكام هذا البطلان فوجد إن دعوى المشتري ليست إلا دعوى فسخ لعدم التنفيذ، ولذلك صرح الفقيه الفرنسي (جودمييه) بأنه من اللازم تطبيق نظرية الفسخ بعد إلغاء نص المادة (١٥٩٩) من القانون الفرنسي حيث وجد أن الفقه والقضاء الفرنسيين يضعان مجموعة من الحلول لا يمكن أن تقيم نظرية متماسكة^(٢).

وترجع قابلية هذا البيع للفسخ إلى أن البائع لم يحم بتتفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري، وبالتالي يستطيع المشتري أن يطلب فسخ البيع، وهذا يتعارض مع نص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي التي نصت بصراحة على البطلان وهذا الأخير يختلف عن الفسخ، فلو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب لكان للقاضي سلطة تقديرية في استجابة المشتري إذا طلب الفسخ، ولا يستطيع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل ملكية المبيع للمشتري بعد رفع الدعوى .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي إن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً، أمّا لانعدام السبب، لأن التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه ملكية المبيع، وأما لاستحالة المحل استحالة مطلقة، لأن البائع غير مالك للمبيع ولا يستطيع أن ينقل الملكية للمشتري، وهذا الرأي يتعارض بشكل صريح مع الآثار التي ينتجها بيع ملك الغير ولو كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً، إضافة إلى ذلك أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، لأن السبب غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، ويذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى

(١) نقض مدني فرنسي ١٠١٢، ١ تموز / ١٩٦٢: د ١٩٦٣، رقم ٢٤٦. القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٥٧٤.

(٢) د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦م، ص ٢٩٦.

ضمان استحقاق يرفعها المشتري قبل أن ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي، فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك، بل يبادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع، فدعوى البطلان هذه ليست سوى دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري في رفعها، وهذا يقتضي أن تكون مدة التقادم ثلاثين سنة، وهي مدة التقادم في دعوى الضمان في القانون الفرنسي^(١).

ومن الجدير بالذكر أنَّ المشرع الفرنسي نظم أحكام الفضالة إلى جانب تنظيمه أحكام بيع ملك الغير في المواد (١٣٧٢-١٣٧٥) من القانون المدني قبل التعديل في (٢٠١٦) في الفصل الأول تحت عنوان شبه العقد بوصفها واقعة منشئة للالتزامات، وهذه التسمية انتقدت انتقاداً لاذعاً من جانب الفقه الفرنسي، وهذا التقسيم في مجال التصرفات القانونية إلى عقد وشبه عقد يجد مصدره التاريخي في القانون الروماني، وقد تبناه القانون المدني الفرنسي^(٢)، وبعد التعديل التشريعي الفرنسي رقم (١٣١) الصادر في (١٠ شباط ٢٠١٦) والنافذ في (١٠/١٠/٢٠١٦) الخاص بتعديل القانون المدني ولاسيما ما يتعلق بمصادر الالتزامات، عاد المشرع الفرنسي ونظم أحكام الفضالة في المادة (١٣٠١) من الفقرة الأولى إلى الفقرة الخامسة، وذلك في الفصل الأول من الباب الفرعي الثالث الذي جاء تحت عنوان المصادر الأخرى للالتزامات^(٣).

والفارق بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي يكمن في أن المشرع الفرنسي اكتفى بالعمل النافع الذي يقوم به الفضولي لرب العمل، ونفعية العمل بحسب الفقه الفرنسي تهدف إلى إيجاد التوازن بين التعويض عن نفقات الفضولي وحماية مصالح رب العمل، ولكن القانون الفرنسي اشترط في الفعل الذي يقوم به الفضولي أن يكون مناسباً، وهذه مسألة يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع، أما المشرع المصري فقد اشترط في الشأن الذي يتولاه الفضولي أن يكون عاجلاً وضرورياً، والفارق بين القانونين هو الفارق بين ما هو عاجل وبين ما هو نافع،

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٦-٢٣٨.

(٢) عمار غزال، الفضالة بحث منشور في الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة على الموقع الإلكتروني: arab-ency.com.sy.

(٣) د. محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠م، ص ١١ و ص ١٢.

وفي النتيجة إن نطاق الفضالة في القانون الفرنسي أوسع من نطاق الفضالة في القانون المصري^(١).

رابعاً: في القانون المدني الأردني

أخذ المشرع الأردني بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي في عدة حالات بضمنها التصرف في ملك الغير (تصرف الفضولي)، إذ نصت المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني على إنه " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكروه أو إذا نص القانون على ذلك"، وتطبيقاً لهذا النص فإن بيع ملك الغير يُعتبر بيعاً موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة، ولكن المشرع الأردني لم يكتفِ بنص المادة (١٧١) السابق ذكرها، وإنما عالج أحكام بيع ملك الغير في المادة (٥٥٠) والمادة (٥٥١)، فقد نصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني على إنه " ١- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ٢- ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري"، كما نصت المادة (٥٥١) على إنه " ١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري ٢- وينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

يتبين من هذه النصوص إن بيع ملك الغير في القانون المدني الأردني لا يُعتبر بيعاً موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة كما ورد في المادة (١٧١)، لأن المادة (٥٥٠) أعطت للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، في حين إن العقد الموقوف قبل إجازته من المالك أو من له الحق في إجازة العقد يكون غير ملزم لطرفيه، وإن المادة (٥٥١) أشارت إلى إن العقد ينقلب صحيحاً في حق المشتري في حالتين، وهما: إقرار المالك للبيع وأيلولة ملكية المبيع للبائع بعد

(١) عمار غزال، الفضالة بحث منشور في الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة على الموقع الإلكتروني: arab-ency.com.sy.

العقد، وهذا لا يتفق مع أحكام العقد الموقوف الذي يُعطي للمالك وحده حق إجازة العقد أو رفضه^(١).

ويرى أحد فقهاء القانون إنَّ أحكام بيع ملك الغير طبقاً للمادتين (٥٥١،٥٥٠) من القانون المدني الأردني هي ذات الأحكام التي أخذ بها القانون المدني المصري في المادتين (٤٦٦،٤٦٧)، ولكنَّ المشرع الأردني أبدل عبارة فسخ البيع بعبارة إبطال البيع، وكان باعتقاده إن هذا التحوير سيجعل هذه النصوص أكثر انسجاماً مع أحكام القانون المدني الأردني، ولكنَّ الحكم الواجب التطبيق هل هو ما ورد في المادة (١٧١) أو ما ورد في المادتين (٥٥١،٥٥٠) من القانون المدني الأردني؟ وللإجابة على هذا السؤال يقول إن الحكم الواجب التطبيق هو ما ورد في المادتين (٥٥١،٥٥٠)، لأن الخاص يتقدم على العام في التطبيق، ولكنَّ ما ورد في المادة (١٧١) هو الأصح، ويدعو المشرع الأردني إلى إلغاء المادتين (٥٥١،٥٥٠) والاكتفاء بما ورد في المادة (١٧١)، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها "إن 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 إجازته عملاً بأحكام المادة (١٧٥) من القانون المدني وليس للفضولي ولا للمشتري حق في ذلك"^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن القانون الأردني إلى جانب تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير نظم أحكام الفضالة متأثراً بالقانون المصري، فقد تطرق لأحكام الفضالة في المواد (٣٠١-٣٠٨)، فالمادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني نصت على إنه "من قام بفعل نافع للغير دون أمره، ولكنَّ أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فإنه يُعتبر نائباً عنه"، ونصت المادة (٣٠٢) على إنه "تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي"، ونصت المادة (٣٠٣) على إنه "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بداه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع".

(١) د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص ٥٨-٦٠.

(٢) د. علي العبيدي، المصدر نفسه، ص ٦٠ و٦١.

يفهم من هذه النصوص إن أحكام الفضالة في القانون المدني الأردني لا تختلف عن أحكام الفضالة التي نظمها القانون المدني المصري في المواد (١٨١-١٩٧)، سوى أن المشرع الأردني اكتفى بوصف العمل الذي يقوم به الفضولي أن يكون نافعاً، في حين أن المشرع المصري اشترط في هذا العمل أن يكون عاجلاً وضرورياً، ومما تجدر الإشارة إليه أن الفضولي الذي قصده المشرع الأردني في المادة (١٧١) من القانون المدني يختلف تماماً عن الفضولي الذي يتصرف استناداً إلى قواعد الفضالة كأحد تطبيقات الفعل النافع طبقاً للمواد (٣٠١-٣٠٨)، مما أدى ذلك إلى وقوع المشرع الأردني في إرباك عند صياغته لأحكام بيع ملك الغير.

خامساً: في القانون المدني اليمني

اعتبر المشرع اليمني عقد بيع ملك الغير (بيع الفضولي) هو عقد موقوف على إجازة المالك أو وليه أو وصيه، إذ نصت المادة (١٤٥) من القانون المدني اليمني على إنه "العقد الموقوف هو الذي اضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال، فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصيل، وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له"، ونصت المادة (٤٧٤) على إنه "بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكة ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه"، ونصت المادة (٥٢٩) على إنه "إذا انعقد البيع موقوفاً غير نافذاً كبيع الفضولي وبيع الصبي المميز غير المأذون فلا يفيد ملك المشتري للمبيع ولا ملك البائع للثمن إلا إذا أجاز البيع من له الحق في إجازته ووقعت الإجازة مستوفيه شروط صحتها".

يستفاد من هذه النصوص أن المشرع اليمني نظم أحكام تصرفات الفضولي بشكل عام وجعلها صحيحة وموقوفة على إجازة الأصيل متأثراً في ذلك برأي جمهور الفقهاء، وكذلك نظم أحكام بيع الفضولي بشكل خاص، وجعل هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة، فالمشرع اليمني لم يخرج عن مضمون المادة (١٤٥) سالف الذكر، ويتضح من هذه النصوص أن المشرع اليمني أخذ بفكرة العقد الموقوف، وهذا الاتجاه يتفق مع اتجاه الفقه الإسلامي والقانون

المدني العراقي، كما يتبين من هذه النصوص إنها عامة فيما يتعلق بتصرفات الفضولي وخاصة فيما يتعلق ببيع الفضولي (بيع ملك الغير).

والمرجع اليمني في المادة (١١٣٩) من القانون المدني نص على إنه " إجازة المالك لتصرف الغاصب يجعله بمثابة تصرف جديد"، يتضح من هذا النص أن المشرع اليمني يعتبر تصرف الغاصب قسم من تصرفات الفضولي ويشمل جميع التصرفات التي يجريها الغاصب في المال المغصوب سواء كانت بمقابل كالبيع والإيجار أم بدون مقابل كالهبة أو الوقف أو الوصية، وكما يتضح من هذا النص إن المشرع اليمني قد أخذ برأي جمهور الفقهاء المسلمين وجعل تصرفات الغاصب صحيحة، ولكنّها موقوفة على إجازة المالك، وعليه فإن التصرف الذي يصدر من الغاصب يُعد صحيحاً إذا أجاز المالك، لأن تصرف الغاصب يُعد بحكم تصرف الفضولي، فإذا أجاز المالك التصرف الذي أبرمه الغاصب فإن حقه ينتقل للعوض إذا كان التصرف من المعاملات، ويصبح المتعاقد مع الغاصب مالاً للحق الذي رتب له الغاصب، فيصبح مالاً للمبيع إذا كان التصرف بيعاً، ويصبح مالاً للمنفعة إذا كان التصرف إيجاراً، وهكذا بحسب نوع التصرف والشروط المتفق عليها بين الغاصب والمتعاقد معه، وأما إذا كان التصرف تبرعاً كالهبة فإن الموهوب له يصبح هو المالك للشيء الموهوب بمجرد تسلمه، ويكون التصرف الذي يصدر من الغاصب باطلاً إذا رفض المالك ذلك التصرف، ويكون من حقه استرداد الشيء المغصوب من يد حائزه أياً كان مشترياً أو مستأجراً أو مرتهاً^(١).

وبالرغم من تنظيم المشرع اليمني في المواد السابق ذكرها لجميع تصرفات الفضولي ومنها بيع الفضولي (بيع ملك الغير) وتصرفات الغاصب التي تُعد قسماً من أقسام تصرفات الفضولي متأثراً في ذلك بإحكام الفقه الإسلامي، فقد نظم أحكام الفضالة في المواد (٣٢٧-٣٣٨) بجعلها مصدراً من مصادر الفعل النافع متأثراً بالقانون المدني المصري، فقد نصت المادة (٣٢٧) من القانون المدني اليمني على إنه " الفضالة هي أن يقوم شخص عن قصد بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك"، ونصت المادة (٣٢٨) على إنه " الفضولي متبرع بما عمل أو أنفق إلا أن يجيزه من له العمل أو ينص القانون على حقه"، ونصت المادة (٣٢٩) على إنه "

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٥٤ و ٢٥٥.

يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بداه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر رب العمل متى استطاع ذلك" ...الخ.

يتبين من هذه النصوص إن الفضالة تتحقق بقيام ثلاثة أركان وهي: أن يقوم الفضولي بشأن لشخص آخر، وأن يقصد الفضولي القيام بهذا الشأن لحساب شخص آخر، وأن لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا الشأن، وبذلك فإن المشرع اليمني يتفق مع المشرع المصري في الكثير من أحكام الفضالة، ويختلف عنه في بعض الأحكام، فالمشرع اليمني في المادة (٣٢٧) من القانون المدني لم يشترط في الشأن الذي يقوم به الفضولي أن يكون عاجلاً وضرورياً كما فعل المشرع المصري في المادة (١٨٨) من القانون المدني، والمشرع اليمني في المادة (٣٢٨) اعتبر الفضولي متبرعاً بما عمل أو أنفق إلا أن يجيزه رب العمل أو ينص القانون على حقه، وفي المادة (٣٣٦) أعطى للفضولي حق استرداد ما أنفق إذا كان قد قام بشأن ضروري وعاجل يترتب عليه منع ضرر محقق بالنفس أو المال، لم يكن بإمكان صاحب الشأن القيام به بنفسه ولا بإمكان الفضولي استئذانه في القيام به.

نستخلص مما تقدم إنَّ تصرف الغاصب في المال المغصوب هو قسم من تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي، وكذلك في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، ويُعتبر صوره من صور بيع ملك الغير في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، وبالتالي فإن مفهوم الفضولي في القوانين المدنية يختلف عن مفهوم الفضولي في الفقه الإسلامي، لأن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الغربي التصرف في ملك الغير، وتصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي تختلف عن مفهوم الفضالة في بعض القوانين المدنية التي تُعدها تطبيقاً من تطبيقات الكسب دون سبب، فبعض هذه القوانين نظمت أحكام الفضالة صراحةً كمصدر مستقل من مصادر الالتزام كالقوانين المدنية الفرنسي والمصري واليمني والأردني.

وأما القانون المدني العراقي فلم يأخذ بالفضالة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام، وإنما نظمها بوصفها تطبيقاً من تطبيقات العقد الموقوف متأثراً بذلك بأحكام الفقه الإسلامي، إذ أن مصطلح الفضالة غير مستخدم في المؤلفات الفقهية القديمة، وبالرغم من ذلك فإن الفقهاء

المسلمين تطرقوا إلى تصرفات الفضولي عند الحديث عن العقد الموقوف، ويبدو أنّ مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي ومفهوم الفضالة في الفقه الغربي يلتقيان بمسألة واحدة، هي أن التصرف الذي يقوم به الفضولي إنما يكون من دون إذن شرعي أو من دون وكالة سابقة من المالك، وإنهما يختلفان في أن القوانين العربية المتأثرة بالفقه الغربي قصرت حكم الفضالة على الشأن العاجل أو الفعل النافع لتحقيق مصلحة رب العمل، في حين أن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق في جميع الأحوال، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة، وبذلك فإن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في الفقه الغربي.

المبحث الثاني: محل التصرف في المال المغصوب

للمال أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمع، بل يُعد أحد دعائم المجتمع السليم واستمراره، وقد تكفل الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالمحافظة عليه وحمايته من كل اعتداء يصدر من الآخرين تجاه ماله، وذلك من أجل استقرار المعاملات المالية في المجتمع، ولأجل التطرق إلى محل التصرف في المال المغصوب لابد من تعريف المال المغصوب وبيان أنواعه في الفقه الإسلامي والقانون، وعلى هذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول لتعريف المال المغصوب ونكرس المطلب الثاني لبيان أنواع المال المغصوب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف المال المغصوب

المال المغصوب هو المال الذي وقع عليه الغصب من دون وجه حق، والذي تم أخذه من صاحبه جهراً ومغالبةً، ولكي نحدد معنى المال المغصوب لابد من ذكر معاني المال بشكل عام في الفقه الإسلامي والقانون، وعليه سنوزع هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف المال في الفقه الإسلامي، ونبين في الفرع الثاني تعريف المال في القانون وكما يلي:

الفرع الأول: تعريف المال المغصوب في الفقه الإسلامي

لكي يتحقق الغصب ويكون الغاصب مسؤولاً عن تصرفه ينبغي أن يكون المغصوب مالاً سواء كان المغصوب من الأعيان أم المنافع أم الحقوق، وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للمال تبعاً لاختلافهم فيما يُعد مالاً وما لا يُعد مالاً، وذلك لأنه لم يرد من الشارع بيان خاص بتعريف المال

كحقيقة شرعية، وقد اختلفت عباراتهم في تعريف المال، ولكنها تتقارب في مرادها ولا تتباعد في مفهومها وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عرف فقهاء الحنفية المال بأربعة تعريفات، وهي كما يلي:

التعريف الأول: المال هو "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ويجري فيه البذل والمنع"^(١)، فالمال عندهم ما يتمول به قليلاً أو كثيراً منقولاً كان أو غير منقولاً^(٢)، وعليه يجب أن يكون الشيء منتفعاً به عرفاً وعادةً، وأن يكون للشيء قيمة مادية بين الناس، وأن يكون الشيء عيناً مادية موجودة^(٣)، ويُلاحظ من تعريف الحنفية للمال إنه لا يُعبر عن حقيقة المال شرعاً، لأن هنالك من الأموال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعتها كالخضراوات والفواكه، وأيضاً من الأموال ما لا يميل إليه طبع الإنسان ولا يقبله كبيع الأدوية والسموم، ومنها ما لا يمكن ادخاره أصلاً لكونه منفعة بحتة مثل سكنى الدار وركوب السيارة^(٤)، ويُلاحظ من تعريف الحنفية للمال أنهم اشترطوا في المال أن يكون له وجود مادي خارجي، أي يمكن حيازته وادخاره، وبذلك فإنهم قد أخرجوا المنافع من نطاق المال، لأنها لا يمكن حيازتها وادخارها، فلا يمكن عدّها أموالاً^(٥).

وقد رد بعض الفقهاء على ما ذهب إليه الاحناف بالقول إن ما ذهب إليه الحنفية من عدم اعتبار المنافع أموالاً في نفسها، إنما ناتج عن مبالغة في النزعة المادية، وليس لهم على ذلك دليل واضح وقوي من أدلة الشريعة ولا من نصوصها ولا من أصولها^(٦)، ويرى أحد الشراح أن

(١) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٤، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠م، ص ٥١.

(٢) والمالية تثبت بتمويل الناس كافة أو بعضهم، وعليه لا تُعتبر المنافع والحقوق المحضة مالاً عند الحنفية، أما جمهور الفقهاء اعتبروها مالاً متقوماً لأن المقصود من الأعيان منافعها. د. محمد العاني والسيد إبراهيم الدبو، مصدر سابق، ص ١٩.

(٣) د. محمد عثمان شبيب، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط ٢، دار النفائس، عمان، ٢٠١٠م، ص ٦٨.

(٤) د. تيسير حميد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤م، ص ٢٣.

(٥) سيف بسام سعيد التميمي، تغير العين المضمونة وأثره في الملكية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة كربلاء، ٢٠١٨م، ص ١٠.

(٦) مصطفى محمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، طبعة طربين، دمشق، ١٩٦٥م، ص ٢٠٨.

هذا القول مجحف بحق الاحناف وقاسياً بعباراته، والدليل على ذلك ما ذهب إليه المتأخرون من فقهاء الاحناف الذين عدلوا عن هذه النظرية في تعريف المال، فقد جاء في كتاب بدائع الصنائع في بيان شروط الموصى به منها أن يكون مالاً متقوماً سواء كان المال عيناً أم منفعة^(١)، وقد اعتبروا ما يعود على اليتيم والوقف من الأموال المعدة للاستغلال من المنافع أموالاً، وقد أوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمان أجر المثل بقيمة المال^(٢).

التعريف الثاني: المال هو " اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه، والتصرف فيه على وجه الاختيار"، وإن كان في العبد معنى الملكية لكنه ليس بمال حقيقة، وبقيد اسم لغير الآدمي الوارد في هذا التعريف يخرج العبيد والإماء مع إنها تُعد أموالاً لدى العرف، ولكن فقهاء الحنفية قالوا: أن العبيد والإماء فيهم معنى المالية ولكنهم ليسوا بمال حقيقة، وبقيد الإحراز تخرج به المنافع لأنها أعراض لا يمكن حيازتها، فالمنافع بهذا الاعتبار لا تُعد أموالاً^(٣)، وبقيد الاختيار يخرج من نطاق المال كل ما لا يحرز ولا يمكن التصرف فيه اختياراً، كالأشياء التي يضطر الإنسان إلى الانتفاع بها أحياناً كأكل لحم الميتة وشرب الخمر، فمجرد استعمال المضطر للأشياء لا يضيف عليها صفة المالية^(٤)، وبهذا الصدد يقول أحد الفقهاء إن هذا التعريف أفضل تعريف في نظري، لأنه كامل وصحيح، وإن كان فيه نقص لكونه لم يشمل الإنسان المسترق، فهو نقص فيه كمال، لأن الإنسان لا يُعد مالاً في أصله والمالية أمر عارض على العبيد، ويحسن رفعها وهذا أمر مقرر في الإسلام^(٥).

(١) إذ تصح الوصية عندهم بكل مال متقوم من الأعيان ومن المنافع، وتصح الوصية بما تثمر الشجرة وبما تحمله البقرة مادام وجوده محققاً، وكما تصح الوصية بالدين والمنافع كالسكن، ولا تصح بما ليس بمال كالميتة وليس متقوماً كالخمر للمسلمين. السيد سابق، فقه السنة (السلم والحرب والمعاملات)، مج ٣، طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة، دار الجيل، دار الفتح للإعلام العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٠٠.

(٢) د. تيسير الركابي، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣) زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٥، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٧٧.

(٤) د. نوزاد عباس أحمد، ضمان المال بوضع اليد دراسة فقهية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ١٩، السنة الخامسة، بلا سنة طبع، ص ٣٧٩.

(٥) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج ١، ص ٤٨.

التعريف الثالث: المال هو " عين يجري فيها التنافس والابتذال"^(١)، وهذا التعريف هو المشهور عند فقهاء الاحناف، وفي النتيجة إن المال عندهم يقتصر على الأعيان من دون المنافع، لأن المال يمكن احرازه وحيازته لوقت الحاجة، والمنافع لا تقبل ذلك، لكونها اعراض لا يمكن حيازتها ولا تبقى زمانين بل تحدث آنأ بعد آن، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت، فلا يمكن احرازها، وبالتالي لا تكون مالاً، لأنها قبل أن تحدث كانت معدومة والمعدوم ليس بمال وبعد إحداثها لا يمكن إحرازها ومالا يمكن إحرازه لا يسمى مالاً^(٢)، وقد تُعد المنافع أموالاً بالعقد كالإجارة استحساناً لورود النص بذلك وجريان العرف به، وإن لم تكن بذاتها أموالاً^(٣).

التعريف الرابع: المال هو " كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة"^(٤)، وبقيد الحيابة والإحرار يخرج من نطاق المال ما لا يمكن حيازته كالشرف والصحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها، وبقيد الانتفاع العادي يخرج من نطاق المال كل ما لا يمكن الانتفاع به كحفنه من تراب وقطرة من ماء وحنة من أرز، وبذلك فإن الخمر والخنزير أموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها، ولأن بعض الناس كالذميين قد تمولوها، وكذلك العبد مال لأنه يحرز وينتفع بخدمته^(٥)، ومتى ثبتت المالية لشيء لا تزول عنه إلا إذا تركه الناس جميعاً، فالثياب القديمة مثلاً لا تزول عنها صفة المالية إلا ترك تمولها جميع الناس^(٦)، يُلاحظ على هذا التعريف إن المالية عند الحنفية تقتصر على الأعيان التي لها وجود مادي خارجي، وبذلك فإنهم يخرجون المنافع والحقوق من نطاق المال^(٧).

(١) زين بن إبراهيم، مصدر سابق، ج٤، ص٢٥٢.

(٢) د. نوزاد عباس أحمد، مصدر سابق، ص٣٨٠.

(٣) أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري، الفروق، ج٢، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٢هـ، ص٢٣٨.

(٤) محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٩٦م، ص٥٠١.

(٥) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٠م، ص٢٨ و٢٩.

(٦) د. أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين (الملكية ونظرية العقد)، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٢م، ص٣٧٣.

(٧) بهار محمود فتاح، خيار ترك المال وأحكامه في القانون المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤م، ص٢٦.

الاتجاه الثاني: عرف جمهور الفقهاء المال بتعريفات مختلفة في الألفاظ، ولكنها متقاربة في المعنى وعلى النحو الآتي:

عرفه فقهاء الشافعية بأنه " ما يكون فيه في حد ذاته منفعة مقصودة يُعتد بها شرعاً بحيث تقابل بتمول عرفاً في حال الاختيار"^(١)، وعرفوه أيضاً بأنه " ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن وإن قلت وما لا يطرحه الناس كالفلس وما أشبه ذلك"^(٢)، وفي النتيجة لا يقع اسم المال عندهم إلا على ما له قيمة يُباع بها وتلزم متلفه الضمان وإن قلَّت^(٣)، ودليلهم في ذلك إن معيار مالية الشيء هو إمكان مقابله بقيمة مالية يُباع ويُشترى بها بين الناس، ولا يؤثر في ماليتته كون قيمته قليلة، وعلى هذا فكل الأعيان أموال يقع البيع عليها، وتضمن بإتلافها إن كانت متقومة، ولا قيمة للأعيان المحرمة شرعاً كالخمر والخنزير^(٤)، وبالرغم من ذلك يُعتبر غصباً عند فقهاء الشافعية الاستيلاء عدواناً على ما ليس بمال كالكلب وسماد الحيوانات وجلد الميتة وسائر الاختصاصات^(٥)، وكذلك المنافع تكون محلاً للغصب كما تكون الأعيان محلاً له لأنها من الحقوق فمنافع المغصوب مغصوبة^(٦).

وعرفه فقهاء المالكية بأنه " ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به"^(٧)، وعرفوه وعرفوه أيضاً بأنه " ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في

(١) د. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م، ص ٦٩.

(٢) أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج ١، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٧٤.

(٣) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، ج ١، المكتبة التجارية، القاهرة، ١٣٥٩هـ، ص ٣٢٧.

(٤) أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ج ١، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، طبع، ص ٦٧.

(٥) أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج ٣، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بلا سنة طبع، ص ١٣٦.

(٦) محمد شطا الدمياطي، اعانة الطالبين، ج ٣، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع، ص ١٣٦.

(٧) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري المشهور بالقاضي أبو بكر العربي، أحكام القرآن لابن العربي، ج ٢، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٦٠٧.

ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع الممتلكات^(١)، ودليلهم في ذلك أن الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحب الملك من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة وأخذ العوض عنها، فالملك يقع عليها، وللمالك الحق في أن يستبد بها ويتصرف فيها^(٢)، وبقيد "إذا أخذه من وجهه" الواردة في التعريف لا يُعد مالا إذا حصل التملك بطريق غير مشروع، فالمغصوب عند غاصبه لا يُعد مالا والمسروق عند سارقه ليس بمال لكنه مال بالنسبة للمغصوب منه والمسروق منه^(٣)، وتعريف المالكية للمال ينطلق من كون المال محلاً للملك، وبالتالي فالمال عندهم يشمل الأعيان والمنافع^(٤).

وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه " ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"^(٥)، وعرفوه أيضاً بأنه " ما يباح نفعه مطلقاً أو اقتناؤه بلا حاجة"^(٦)، وبقيد المنفعة المباحة الواردة في التعريف تخرج الأشياء التي لا يجوز الانتفاع بها شرعاً كالخمر والخنزير^(٧)، وبذلك فالمال هو كل شيء فيه منفعة مباحة يمكن استيفائها وأخذ العوض عنها وبذل المال للوصول إليها في غير حالة الاضطرار، وعليه عند الحنابلة تُعد الأعيان والمنافع أموالاً^(٨)، ودليلهم في كون المنافع أموالاً أن الشارع المقدس أجاز أن تكون المنافع مهراً، والمهر لا يكون إلا من الأموال^(٩)، وتتسع دائرة المالية

(١) الشاطبي أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، ج ٢، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٣٢.

(٢) محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج ١، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع، ص ١٨٧.

(٣) الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٧٧م، ص ٧٠.

(٤) د. نوزاد عباس أحمد، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

(٥) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، ج ٤، المطبعة الشرقية، الشرقية، مصر، بلا سنة طبع، ص ٢٧.

(٦) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى (دقائق أولى النهى لشرح المنتهى)، ج ٢، ط ١، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٣م، ص ٧.

(٧) ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، ج ١، ط ٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ، ص ٢٨٨.

(٨) د. نوزاد عباس أحمد، مصدر سابق، ص ٣٨١.

(٩) أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج ٢، دار الفكر، الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ص ١٠٩.

عندهم لتشمل ما قد ينتفع به وليس له مقابل بقيمة مالية كقشور الفواكه والخضر، فإنه يمكن أن ينتفع بها علفاً للحيوانات مع أنها لا تُباع ولا تُشتري في عرف الناس^(١).

وقد حدد فقهاء الإمامية معنى المال والمالية بما يفهم منه كون البيع متمولاً أو غير متمول، وهو ما عبر عنه العلامة الحلي بقوله: "لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، لأنه ليس مالاً"^(٢)، بمعنى أن ما كان فيه منفعة مقصودة، وهذه المنفعة يجب أن تكون محللة من الشارع، فما لا منفعة فيه ليس مالاً، لأن ما أسقط الشارع منفعته لا يُعد مالاً، كما هو حال الربا، وبعبارة أخرى المال عند فقهاء الإمامية ما ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة في الشرع، وبقيد المنفعة المقصودة للعقلاء الواردة في هذا التعريف تخرج الخنافس والديدان، لأنها ليست بمال عرفاً، وبقيد المحللة في الشرع يخرج من نطاق المال الخمر والخنزير، لأنها ليست بمال في الشرع^(٣).

ويُشترط أحد فقهاء الإمامية في الموصى به في الوصية التمليلية أن يكون مالاً أو حقاً قابلاً للنقل كحقي التحجير والاختصاص من غير فرق في المال بين كونه عيناً أو ديناً في ذمة الغير أو منفعة، ويشترط في العين أن تكون موجودة فعلاً أو مما سيوجد، فتصح الوصية بما تحمله الدابة أو تثمره الشجرة في المستقبل، ولا بد أن تكون العين الموصى بها ذات منفعة محللة يُعتد بها في الشرع، فلا تصح الوصية بالخمر والخنزير، ويُعتبر في المنفعة الموصى بها أن تكون محللة مقصودة، فلا تصح الوصية بمنفعة المغنية والآت للهو المحرم^(٤).

والمغصوب أما أن يكون عين مع المنفعة من مالك واحد كغصب الدار من مالكة أو عين مع المنفعة من مالكين كغصب الغير للعين المستأجرة، فهو غاصب للعين من المؤجر وللمنفعة من المستأجر، وقد يكون المغصوب عين بلا منفعة كما لو غصب المستأجر العين المؤجرة من

(١) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ٣، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ، ص ١٥٢.

(٢) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، ج ٧، منشورات المكتبة الرضوية طهران، ١٣٨٨هـ، ص ١٩.

(٣) مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ج ٢، ص ٩٤.

(٤) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج ٢، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠١٧م، ص ٣٦٥.

مالكها طوال مدة الإجارة، كما قد يكون منفعة مجردة كما لو غصب الغير العين المستأجرة وانتزعها من يد المستأجر واستولى على منفعتها خلال مدة الإجارة، وقد يكون المغصوب حقاً مالياً متعلقاً بالعين كما لو استولى الغاصب على أرض محجرة أو عين مرهونة بالنسبة إلى المرتهن^(١).

فالمال عند فقهاء الإمامية يشمل الأعيان والمنافع وبعض الحقوق، والاختلاف بين اصحاب الاتجاهين يكمن في أن جمهور الفقهاء جعلوا عنصر المالية في الشيء أن تكون فيه منفعة مقصودة مباحة في الشرع في حالة السعة والاختيار من دون الضرورة والحاجة، في حين أن فقهاء الحنفية لم يجعلوا عناصر المالية إباحة الانتفاع به في الشرع، وكذلك أن فقهاء الحنفية جعلوا كون الشيء عيناً مادية من عناصر المالية، أما جمهور الفقهاء لم يجعلوا من عناصر المالية كون الشيء عيناً مادية، فتدخل عندهم في نطاق المال الأعيان والمنافع والحقوق.

وإن أثر هذا الاختلاف في التعاريف في تحديد معنى المال يظهر في مالية المنافع، لأن فقهاء الحنفية كما سبق من تعريفهم يشترطون في المال إمكانية إحرازه وادخاره، وهذا الشرط لا يتحقق إلا في الأعيان، لذلك تراهم يخرجون المنافع من دائرة المال، مستدلين على ذلك بكون المنافع ليست أموالاً، وإن الصفة المالية للشيء لا تثبت إلا بالتمول، وهذا يعني حيازة الشيء وإحرازه، والمنافع لا تقبل الحيازة ولا الإحراز، وما كان هذا شأنه لا يُعد مالاً، وإنها إذا وجدت فنبت وانتهت لكونها قبل كسبها معدومة والمعدوم لا يُطلق عليه اسم المال، كذلك فإنه لا تماثل العين لسرعة فنائها، وأما الأعيان فتبقى والمنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاً، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، بدليل أن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو ذلك عن أحد أمرين: أما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع، أو أنها تكون مضمونة بغيرها من الأعيان كالدراهم والدنانير، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأمثال التي هي المنافع، لأنه لا قائل بذلك، فكانت مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة، والمماثلة شرط في ضمان العدوان^(٢).

(١) السيد علي السيستاني، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٢) شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج ٩، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م، ص ٣٦٠ و ص ٣٦١.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من غير الحنفية إلى أن المالية تتحقق في كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع منه مما أباحه الشارع واستدلوا على ذلك بالكثير من الأدلة نذكرها في حينها عند الكلام عن المنافع بجعلها نوعاً من أنواع المال المغصوب^(١)، وفي النتيجة الأولى بالاعتبار تعريف الجمهور للمال، لأنه شامل لكل أفراد المال، فيدخل فيه ما يقبل الحياة وما لا يقبلها كالمنافع والحقوق^(٢).

ويقول أحد الشراح الراجح عندي هو رأي جمهور الفقهاء إن المال يشمل الأعيان والمنافع وبعض الحقوق لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس وتعاملهم، وقول فقهاء الحنفية إن المنافع ليست أموالاً يؤدي إلى عدم تضمين الغاصب لسكنى الدار عن المدة التي سكن فيها، وهذا ياباه العرف ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل^(٣).

وقد وضع بعض الفقهاء المعاصرين تعريفاً للمال عسى أن يكون هذا التعريف جامعاً لكل أفراد، لأن تعاريف جمهور الفقهاء للمال مختلفة ولا يصلح واحد منها بمفرده أن يعبر عن حقيقة المال، وهذا التعريف هو أن المال ما كان له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار^(٤)، وبالتالي فكل شيء له قيمة مادية بين الناس ولا يمكن الانتفاع به انتفاعاً مشروعاً في حالة السعة والاختيار لا يُعد مالاً كالخمر والخنزير والآت اللهو وغير ذلك.

الفرع الثاني: تعريف المال المغصوب في القانون

لم يحظ مصطلح للتعريف به مثل ما حظى به مصطلح المال في القانون المدني، وفي فقه القانون المدني جاء تعريف المال منفصلاً عن الشيء، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية، أما الشيء فيكون محلاً للحق، لذلك فمصطلح المال يدل على الحق المالي الذي يقع على شيء ما،

(١) د. غسان كريم عبد المشهداني، مدى تأثير القانون المدني العراقي بمقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإمام الأعظم الجامعة، ٢٠١٩م، ص ١٨٥.

(٢) د. محمد عثمان، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٣) د. عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية - جامعة بغداد، ١٩٩٢م، ص ٣١.

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨م، ص ١٧٥.

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها متنوعة وكثيرة، منها الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية، ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الامتياز، ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسلم المبيع، ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي كحقوق المؤلف وهي ما تسمى بالملكية الأدبية والفنية، والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية والملكية التجارية^(١)، وفي هذا المعنى يقول أحد الشراح إن مدلول المال يصدق على كل حق ذي قيمة مالية سواء كان هذا الحق حقاً عينياً أم شخصياً أم حقاً معنوياً، إذ كل هذه الحقوق على الرغم من اختلاف طبيعتها ومحالها حقوق ذات قيمة مالية^(٢)، وليبيان معنى المال المغصوب في القانون لابد من الكلام عن تعريف المال في القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً : تعريف المال في القانون المدني العراقي

عرف القانون المدني العراقي المال في المادة (٦٥) بأنه " هو كل حق له قيمة مادية"، ويرى جانب من الفقه إن هذا التعريف قصر مفهوم المال على الحقوق فقط، وبذلك أخرج الأعيان من حيز الأموال، في حين إن مالية الأعيان إنما هي باعتبار ما فيها من حقوق لإصحابها تدخل في زمرة الحقوق، وإن الأعيان أموال في ذاتها وإن لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة، فالأعيان التي تكون من المباحات غير المحرزة كصيد البر والبحر والشجر والحطب والعشب فهي أعيان مالية أيضاً، ولكنها لم تدخل في ملك أحد بعد، وهي بهذا المعنى تخرج عن نص القانون المدني العراقي^(٣).

وهنا يقول أحد الشراح لا نتفق مع هذا الرأي، لأن المشرع العراقي نظر إلى المال والشيء من الناحية القانونية وليس من الناحية اللغوية، إذ إنه في المادة (٦٥) عرف المال بأنه الحق وفي المادة (٦١) عرف الشيء بوصفه محلاً للحق^(٤)، ونحن نتفق معه في ذلك، لأن القانون لا يهتم

(١) د. رضا متولي وهذان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١١م، ص ٢٢.

(٢) د. حسن كبره، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥م، ص ٦١.

(٣) د. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٣، ط ٦، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٨م، ص ١٤٠.

(٤) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٠١.

بالأشياء إلا بجعلها محلاً للحقوق، وأن الحقوق التي يعني بها القانون هي الحقوق ذات القيمة المالية، فهذه الحقوق هي الأموال، والأشياء هي محال هذه الحقوق، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (٦١) من القانون المدني على إنه " كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، ونصت المادة (٦٥) على إنه " المال هو كل حق له قيمة مادية"، وقد فطن المشرع العراقي لهذا التمييز الأساسي بين الشيء والمال لتحاكي ما وقعت فيه بعض القوانين الأجنبية من خلط بين الشيء والمال، مما جعل تلك القوانين تُعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء وفي نصوص أخرى بأنه حق، ومع ذلك فإن المشرع العراقي عاد وخلط بين الأشياء والأموال في بعض نصوصه ومنها المواد (٧١) و(١٢٦) من القانون المدني العراقي^(١).

ويقول أحد الشراح ربما يكون السبب الذي دفع المشرع العراقي إلى تبني هذا التعريف للمال في المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي تعبيره عن الحق بمعنى شامل وعدّ الحقوق شاملة للمنافع والأعيان^(٢)، ويتفق الباحث مع هذا الرأي والدليل على ذلك أن المشرع العراقي في المادة (٦٨) ذكر أنواع الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة (٦٨) على إنه " الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة"، ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على إنه " والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز".

وبين في المادة (٦٩) معنى الحق الشخصي، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٩) على إنه " الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل"، ونصت الفقرة الثانية على إنه " ويُعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أيّاً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات، ويُعتبر كذلك الالتزام بتسليم شيء معين"، وبعد ذلك ذكر الحقوق المعنوية في الفقرة الأولى من المادة (٧٠)

(١) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص ١٠ و ص ١١.

(٢) بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص ٣٢.

التي نصت على إنه " الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان".

والمراد من هذه الحقوق التي نصت عليها المواد السابقة الذكر هي الحقوق المالية المنقسمة إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق معنوية، وليس المراد مطلق الحقوق، لأن الالتزامات لا تتعرض لغير الأموال، هذا ما صرحت به المادة (٦٦) من القانون المدني العراقي بنصها " الحقوق المالية تكون أما عينية أو شخصية".

وهذا التقسيم للحقوق هو الثابت والمعترف به في فقه القانون على الرغم من محاولات بعض الفقهاء لهدمه، لأن الحقوق المالية كلها أما عينية فقط وأما شخصية فقط، ومحاولة هدم التمييز أما بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي أو تقريب الحق الشخصي من الحق العيني، ومما يُلاحظ أن المادة (٦٦) من القانون المدني العراقي السابقة قسمت الحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، ولم تذكر الحقوق المعنوية ضمن هذا التقسيم ولكنَّ المشرع العراقي في المادة (٧٠) من القانون المدني تلافى هذا الأمر، فهناك نوع آخر من الحقوق، وهي الحقوق المعنوية التي ظهرت نتيجة التطورات الاجتماعية والاقتصادية، فكان لابد من فسخ المجال أمام هذه الحقوق لكي تدخل في معنى المال.

وفي النتيجة كل حق له قيمة مادية هو مال على وفق المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي، وتعريف المال في هذه المادة يشمل الحق الشخصي والحق العيني والحق المعنوي، وعلى وفق مضمون المواد (٦٧ و٦٩ و٧٠) من القانون المدني العراقي ينقسم المال إلى مال شخصي ومال عيني ومال معنوي، فالحق الذي هو مال يسمى باسم مورده، فأما أن يكون شخصياً أو عينياً أو معنوياً، وحق عدم المزاحمة التجارية مال، لأنه يقدر بمبلغ من النقود وهي قيمة مادية، وحق الملكية مال، لأنه يقدر بمبلغ من النقود وهي قيمة مادية، وحق المؤلف مال، لأنه يقدر بمبلغ من النقود وهي قيمة مادية، فكل حق له قيمة مادية هو مال، ومحل هذا الحق هو شيء، وهذا الشيء أما أن يكون شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (شيء معنوي)، أما الحق الذي ليس له قيمة مادية فليس بمال، فهذه الحقوق ليس لها قيم مادية، وفي النتيجة هي ليست

أموال، والأشياء التي تكون محال لهذه الحقوق لا مالية فيها كالمباحات غير المحرزة، ولكن عند إحرازها تكون محلاً لحق الملكية وهو ذو قيمة مادية، فتتكون فيها المالية من وقت الإحراز^(١).

فالمال في القانون المدني العراقي كل حق سواء كان ذلك الحق عينياً أم شخصياً أم كان من الحقوق الفكرية أو الأدبية أو الفنية أو الصناعية، فكل حق قابل لأن يقوم بالنقود يُعتبر مالاً، ويقول أحد الشراح أن التعبير بالحق عن أنواع المال كلها ثم تقسيمه إلى حقوق ومنافع وأعيان غير جيد، فلو عرف القانون المال بأنه كل ما له قيمة مادية لكان أولى بمقام التقنين الذي يتطلب الدقة في التعبير^(٢).

وبذلك فإن مدلول المال في القانون العراقي يشمل الأعيان والمنافع وبعض الحقوق، وعليه فإن تعريف المشرع العراقي للمال يقترب كثيراً من تعريف جمهور الفقهاء إذا أخذنا بالنظر مدلول الحق الذي جاء في التعريف يدل على معناه الشامل عيناً كان أو منفعةً أو حقاً .

ثانياً: تعريف المال في القانون المدني المصري

لم يعرف المشرع المصري مصطلح المال كما فعل المشرع العراقي في المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي، وإنما وضع أساس التفرقة بين الشيء والمال، وبين أن الشيء غير المال، وأنه لا يعدو أن يكون محلاً للحقوق المالية بشرط ألا يكون خارجاً عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، وقد نصت المادة (٨١) من القانون المدني المصري في هذا الصدد على أنه " ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

(١) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ج ١، ص ١٠. منير القاضي، مصدر سابق، ص ١١٦ و ١١٧.

(٢) والذي دعا المشرع العراقي إلى تعريف المال بأنه كل حق له قيمة مادية هو لتعديل مفهوم المال من أذهان الناس المتأثر بتعريف مجلة الأحكام العدلية المأخوذ من الفقه الحنفي، إذ عرفت المادة (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية المال بأنه " ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"، فالقيود التي أوردها هذا التعريف تخرج المنافع من نطاق المال د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص ٣٣.

يتضح من هذا النص بأن هنالك نوعين من الأشياء لا يصح أن تكون محلاً للحقوق، هي الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها، فهي أشياء يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم من دون انتفاع بعضهم الآخر، كالهواء والماء الجاري واشعة الشمس مثلاً، أما إذا امكن الاستئثار بجزء من هذه الأشياء، فإن هذا الجزء يصبح مملوكاً ملكية فردية ويمكن التعامل فيه، فالهواء مثلاً قد يُضغَط جزء منه في حيز معين، وفي هذه الحالة يصبح مملوكاً لشخص ويمكن التعامل فيه، وكذلك الحال بالنسبة لماء البحر قد يُحرز بعض منه لغرض معين فيصبح مملوكاً، أي ينشأ عليه حق لمن أحرزه ويمكن التعامل فيه^(١).

وأما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي الأشياء التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، فهذه أشياء يمكن التعامل فيها بحسب طبيعتها ومع ذلك فإن القانون يمنع التعامل فيها، وقد يكون ذلك في حالة تحريم القانون التعامل في الشيء لأن التعامل فيه يُعدّ اختلافاً بالنظام العام والآداب كالحشيش والافيون، ولا يُغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل بهذه الأشياء استثناءً لتحقيق غرض معين كبيع الحشيش والافيون لأغراض طبية، وقد تخرج الأشياء عن التعامل بحكم القانون بالنظر إلى تخصيصها للمنفعة العامة كما هو الشأن بالنسبة للأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة، وهي الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة كالطرق وشواطئ البحار والموانئ، فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم مادامت مخصصة للمنفعة العامة، إلا إذا زالت عن هذه الأشياء صفة الأشياء العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة أو انتهاء الغرض الذي من أجله خصصت للمنفعة العامة^(٢).

(١) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ج ١، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ١٩ و ص ٢٠.

(٢) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢م، ص ٤٦٧ و ص ٤٦٨.

وعلى وفق المعيار الطبيعي في التفرقة بين المنقول والعقار يكون العقار هو الشيء الثابت المستقر بحيزه لا يمكن نقله منه دون تلف، أما المنقول فهو الشيء القابل للحركة الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وقد اعتمد المشرع المصري هذا المعيار في المادة (١/٨٢) من القانون المدني التي نصت على إنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول"، فتقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات يستند إلى اختلاف الطبيعة المادية للأشياء ومدى ثباتها أو قابليتها للحركة، وبجانب العقار بطبيعته هنالك نوع آخر من العقارات هو العقار بالتخصيص، إذ خالف المشرع المصري بشأنه المعيار الطبيعي في التفرقة بين العقار والمنقول، لأن العقار بالتخصيص هو بحسب طبيعته منقول إلا أن مالكه الحق به عقار له لخدمة هذا العقار واستغلاله حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٢) على إنه " ومع ذلك يُعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار واستغلاله"^(١).

وبعد أن قسم المشرع المصري الأشياء إلى عقارات ومنقولات في المادة (٨٢) من القانون المدني السابق ذكرها عرض لما يترتب عليها من حقوق مالية، هي التي يصدق عليها اصطلاح الأموال، ولم يستثني من ذلك حق الملكية وهو أوسع الحقوق مدى وأقربها إلى الاختلاط بالشيء الذي يرد عليه، وقد قسم الأموال إلى عقار ومنقول أيضاً، فجعل كل حق عيني يقع على شيء ثابت عقاراً، وكذلك كل دعوى عينية تتعلق بعقار، واعتبر مالاً منقولاً كل ما ليس مالاً عقارياً، فجعل جميع الحقوق والدعوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي مالاً منقولاً، وبذلك تجنب ما وجه من نقد إلى القوانين الأجنبية التي عرفت الأموال المنقولة تعريفاً مباشراً أو حاولت تعددها، إذ نصت المادة (٨٣) من القانون المدني على إنه " ١- يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على العقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على العقار ٢- ويعتبر مالاً منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية "^(٢).

(١) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٧٠ وص ٤٨٢.

(٢) القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الباب التمهيدي أحكام عامة (من المادة ١ إلى المادة ٨٨)،

ج ١، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص ٤٧٠ وص ٤٧١.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني أنَّ المال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيَّ كان ذلك الحق سواء كان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، أما الشيء فهو محل ذلك الحق أيَّ كان ذلك الشيء سواء كان مادياً أم غير مادي، وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين السابق من خلط بين الشيء والمال، فادى ذلك إلى اطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال في حين بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة وإلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك^(١).

ومع ذلك فإنَّ المشرع المصري خلط بين المال والشيء، من ذلك ما جاء في المادة (٨٧) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه " تُعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة"، فهذه المادة تشير إلى العقارات والمنقولات بجعلها أموالاً بينما هي أشياء وليست أموال، فمصطلح المال يُقصد به الحق المالي، أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه هذا الحق، ويتضح اختلاف المال عن الشيء في الحالات التي يوجد فيها الحق دون أن يرد على شيء كما هو الحال في الحق الشخصي الذي يكون محله عمل يلتزم به المدين تجاه الدائن، وكذلك في الحالات التي يكون فيها الشيء الواحد محلاً لأكثر من حق مالي كما لو كان لشخص حق ملكية على قطعة أرض ولآخر حق انتفاع عليها ولثالث حق رهن على ذات الأرض^(٢).

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها كثيرة التنوع، فمنها الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسلم العين المبيعة وفي انتقال ملكيتها إليه وحق المستأجر في تسلم العين المؤجرة وفي تمكينه من الانتفاع بها ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي، وهي تشتمل على كل من الملكية الأدبية والفنية كحق المؤلف والملكية الصناعية كحق المخترع والرسوم والنماذج الصناعية والملكية التجارية كالعلامة التجارية والمحل التجاري، والشيء في نظر القانون هو ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء تنقسم إلى أشياء

(١) القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، مصدر سابق، ص ٤٥٧.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٥ وص ٤٦٦.

مادية وأشياء غير مادية، والأصل في الأشياء أن تكون مادية، أي أن يكون لها حيز مادي محسوس، وهي كثيرة ومتنوعة كالأرضي والمباني والمواشي والمحصولات والمأكولات والمشروبات، ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية، ويتقدم الفكر البشري مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية أي أشياء غير ذات حيز محسوس، هي نتاج العقل البشري من تأليف أدبي وفني ومن مخترعات ومبتكرات في مجال الصناعة والتجارة^(١)، والشئ غير المادي هو شيء لا يدرك بالحس وإنما يدرك بالفكر، وأكثر الأشياء غير المادية هي نتاج الذهن، لذلك تسمى بالأشياء الذهنية، وتسمى الحقوق التي ترد عليها بالحقوق الذهنية^(٢).

ويذهب جانب من الفقه المدني في مصر أن القول بأن الحق يكون مادياً وغير مادي، هذا القول غير صحيح ولا أساس له، لأن الحق يكون دائماً غير مادي، والمادي هو الشيء محل الحق، أما الحق فهو معنوي أي لا يُدرك إلا بالفكر، وليس له جسم محسوس كالشيء المادي، وكل من الحق العيني والحق الشخصي هما حق معنوي وإن كان يقع على شيء مادي، فحق الملكية معنوي يقع على شيء مادي، وكذلك الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز والحقوق الشخصية جميعها سواء كان محلها نقل حق عيني أو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل تُعد حقوق معنوية لا مادية وإن كانت تتعلق بأشياء مادية^(٣).

ويرجع إلى القانون الروماني القول بالحق المادي أي الخلط بين الحق ومحلّه، فقد كان فقهاء الرومان يميزون حق الملكية عن سائر الحقوق العينية والشخصية، إذ كان حق الملكية يعطي صاحبه أوسع السلطات على الشيء الذي يقع عليه، ثم خلطوا بين حق الملكية، وهو غير مادي

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج ٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م، ص ٢٦٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية)، ج ٨، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٠.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مج ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٧٥.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٣٦.

وبين الشيء وهو مادي دائماً، وترتب على ذلك الخلط بين الحق ومحلّه إن حق الملكية كسب طبيعة الشيء، فصار هو أيضاً مادياً مثله، ومن هنا استطاع الفقه الروماني تقسيم الحقوق إلى مادية، وهذا هو حق الملكية وإلى غير مادية، وهي الحقوق جميعها من عينية وشخصية ما عدا حق الملكية^(١).

ثالثاً: تعريف المال في القانون المدني الفرنسي

المشرع الفرنسي لم يُعرف المال كمصطلح أو ككلمة، ولكنّه نظم موضوع الأموال في الباب الأول من الكتاب الثاني وتحديدًا في المواد (٥١٦)، وما يليها في القانون المدني، مفرقاً بين الأموال غير المنقولة في الفصل الأول والأموال المنقولة في الفصل الثاني، وهو التقسيم الأساسي والرئيس للأموال^(٢)، وقد وسع من مفهوم المال وجعله شاملاً لكلا من الأشياء والحقوق على حد سواء، إذ إنه يستعمل لفظ المال للتعبير عن الأشياء وعن الحقوق المالية في الوقت نفسه، واستناداً إلى ذلك أطلق القانون المدني الفرنسي على الأشياء القابلة للتملك والتي لا مالك لها مصطلح الأموال الخالية^(٣)، إذ إنه اعتبر في المادة (٥٣٩) إن كل الأموال التي ليست لها مالك من دون التفريق بين المنقولة وغير المنقولة وكذلك المتأنتية عن تركات شاغرة أو مرفوضة تعود لمملك الدولة^(٤).

ويُلاحظ أن القانون المدني الفرنسي خلط بين الأشياء والأموال في بعض نصوصه ومنها المواد (٥١٦) و(٥٤٤)، إذ نصت المادة (٥١٦) من القانون المدني على إنه " تكون الأموال بأجمعها عقارات ومنقولات"، ونصت المادة (٥٤٤) على إنه " الملكية هي حق الانتفاع بالأشياء والتصرف بها بشكل مطلق تماماً شرط ألا يكون استعمالها محظور بالقوانين أو الانظمة"، فحق الملكية يتمثل فيما يخوله للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيء الذي يرد عليه، وفي النتيجة إن محل الحق هو ما يرد عليه الحق، وقد يكون شيئاً من الأشياء كما هو

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٧٥.

(٢) د. جورج ش دراوي، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٥م، ص ١٨.

(٣) قبدي ليلي، مفهوم المال وتقسيماته، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.bibliotdroit.com>

(٤) د. جورج ش دراوي، المصدر السابق، ص ٤٥ و ٤٦.

الحال في الحق العيني، وقد يكون أداء أو عملاً من الأعمال، كما هو الحال في الحق الشخصي، وتتعدد التقسيمات التي قال بها الفقه للحقوق بحسب الزاوية التي ينظر منها للحق والأساس الذي يستند إليه التقسيم، وتقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية هو التقسيم الذي يأخذ به أغلب الفقهاء للحقوق، ويقصد بالحقوق المالية الحقوق ذات الطابع المالي أي تلك التي لها قيمة مالية، لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال، أما الحقوق غير المالية فهي التي لا تقوم بالمال، لأنها ذات قيمة معنوية وتشمل الحقوق السياسية والحقوق العامة^(١).

ويضيف بعض مؤيدي هذا التقسيم طائفة من الحقوق إلى الطائفتين السابقتين، وهي الحقوق ذات الطبيعة المختلطة التي تشتمل على جانب مالي وآخر غير مالي أو معنوي، ويقصد بذلك ما يطلق عليه بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية ومنها حق المؤلف، فلديهم أن الحقوق أما أن تكون حقوق مالية أو غير مالية أو ذهنية^(٢).

ويرى بعض الفقهاء إن تقسيم الحقوق إلى مالية وغير مالية غير دقيق، وذلك لأن من الحقوق غير المالية ما يستتبع آثاراً مالية، مثلاً حق البنوة يستتبع الإرث وحق الطلاق يستتبع النفقة، كما أن الاعتداء على بعض الحقوق غير المالية يرتب حقاً مالياً بالتعويض^(٣).

ولذلك ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى تقسيم الحقوق على أساس المحل، وعلى هذا الأساس يقسم هذا الفقه الحقوق إلى حقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق الذهنية، فحقوق الشخصية تُعد من طائفة الحقوق غير المالية، والحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية من طائفة الحقوق المالية، وأما الحقوق الذهنية ترد إلى الطائفتين معاً في الوقت نفسه نظراً لما تتضمنه من جانب مالي وآخر غير مالي أو معنوي^(٤).

(١) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م، ص ٤٨٩.

(٢) د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥م، ص ٣٨.

(٣) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧م، ص ٥٦٤.

(٤) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤١.

ومحل هذه الحقوق أما أن يكون شيئاً مادياً أو معنوياً كما في الحقوق العينية والذهنية، وأما أن يكون عملاً أو اداءً ايجابياً أو سلبياً وذلك في الحقوق الشخصية، وقد يحدث الخلط بين الشيء والمال، فيطلق أحد المصطلحين للدلالة على الآخر، على الرغم من أن كلا منهما يختلف عن الآخر، فاصطلاح المال يقصد به الحق المالي بمعنى الحق الذي يمكن تقويمه بالنقود سواء كان هذا الحق حقاً شخصياً أم عينياً أم حقاً ذهنياً، أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه الحق المالي^(١).

رابعاً: تعريف المال في القانون المدني الأردني

المال في المادة (٥٣) من القانون المدني الأردني " هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل"، ويرى جانب من الفقه إن ورود كلمة عين في التعريف توحى بأن المشرع الأردني أستبعد المنافع من معنى المال، لأنه ذكر العين ولم يذكر المنفعة، ويقول أحد الشراح لا تتفق مع هذا الرأي لأن المنافع أموال يمكن حيازتها بحيازة أصلها ومن ثم استغلالها بعوض أو بغير عوض بحسب رغبة المالك أو الحائز.

وقد نصت المادة (٥٤) من القانون المدني الأردني على إنه " كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، يتبين من هذا النص أن المشرع الأردني كان دقيقاً في تعريفه للمال، إذ أنه وسع من مفهوم المال وجعله يشمل إضافة للحقوق الأعيان أيضاً، وهذا ما يتناسب مع النظرة القانونية الحديثة للمال ومفهومه، فالقانون يعتبر كل ما يتعارف الناس تداوله والتعامل فيه وتتعقد عليه العقود المختلفة داخلاً في معنى المال، وبالتالي يصح أن يكون محلاً للفعل الضار بجميع صورته ومنها الغصب^(٢).

أما الأشياء فقد عرفتھا المادة (٥٥) من القانون المدني الأردني بنصھا على إنه " الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي الأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً لحقوق مالية"، وبهذا

(١) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٥.

(٢) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٣٣ - ص ٣٥.

الصدد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أنَّ المشرع في هذه المواد وضع أساس التفرقة بين الأشياء والأموال، فبين أن الشيء قد يكون مالياً إذا أمكن حيازته والانتفاع به انتفاعاً عادياً، أما إذا لم يمكن حيازته أو أمكن حيازته من دون إمكان الانتفاع به انتفاعاً عادياً كحبة من قمح فليس بمال^(١).

خامساً: تعريف المال في القانون المدني اليمني

عرف المشرع اليمني المال في المادة (١١٢) من القانون المدني " هو كل شيء يتموّل به ويمكن الاحتفاظ به لوقت الحاجة إذا كان التعامل فيه مباحاً شرعاً وكان غير خارج عن التعامل بطبيعته"، وقد عرف الشيء في المادة (١١٣) التي نصت على إنه " الأشياء التي لا يباح التعامل فيها شرعاً هي التي حرم الشرع التعامل فيها والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وكل شيء غير ذلك يمكن أن يكون محلاً للحقوق المالية".

يتبين من هاتين المادتين أنَّ المشرع اليمني اعتبر الأشياء من الأموال إذا جاز التعامل فيها شرعاً وكانت غير خارجة عن التعامل بطبيعتها، ولكنَّ الأشياء في التعبير القانوني الدقيق غير الأموال، لأن المال هو كل حق ذي قيمة مالية أي يمكن تقويمه بالمال سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم ذهنياً، والشيء محل ذلك الحق سواء كان الشيء مادياً أو معنوياً، إذ إن مفهوم المال في الفقه القانوني لا يقتصر على الأشياء المملوكة، بل يشمل كل حق له قيمة مالية، فالحق إذا ورد على شيء مادي معين سواء كان عقاراً أم منقولاً يسمى بالحق العيني، وإن ورد على أداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين يسمى بالحق الشخصي، وأن ورد على شيء معنوي يسمى بالحق الذهني^(٢).

وقد نصت المادة (١٢١) من القانون المدني اليمني على إنه " الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً مادية أو معنوية يقرها الشرع وإذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقاً للقانون وكل

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط٣، مطبعة التوفيق، عمان، ١٩٩٢م، ص ٧١.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٤١ و ص ٤٢.

حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق"، ولا يختلف الأمر لدى شراح القانون الذين لديهم نظريات ومذاهب مختلفة حول تعريف الحق، فكل التعاريف التي قالوا بها لا تخرج عن كون الحق أما قدرة إرادية أو مصلحة يحميها القانون أو قدرة ومصلحة أو اختصاصاً^(١).

ويقول أحد الشراح أن هذه المعاني فيها من الوضوح ما لا يدع مجالاً للشك بأن الحق لا يرد عليه الغصب، وإنما يرد على الأشياء المادية التي هي محل للحق سواء كان الحق حقاً عينياً أم شخصياً أم معنوياً، وقد عرفت المادة (١١١٩) من القانون المدني اليمني الغصب بأنه "الاستيلاء على مال الغير أو حقه، عدواناً بدون سبب شرعي"، ويؤخذ على هذا التعريف أن المشرع اليمني جمع بين المال والحق مع أن الحق شيء معنوي ليس له وجود مادي محسوس يمكن الاستيلاء عليه، وإنما القيمة المالية للحق هي التي تكون محلاً للغصب^(٢)، فالحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية هي من باب أولى غير مادية، وعلى ذلك تكون كل الحقوق غير مادية سواء كانت ترد على شيء مادي أو شيء غير مادي^(٣).

ويعتقد الباحث أن الأولى بالمشرع اليمني في تعريفه للغصب أن يكتفي بذكر كلمة المال، لأن المال والحق لهما مدلول واحد في نطاق المعاملات المالية، فالمال هو كل حق ذي قيمة مالية، وأما الشيء فهو محل الحق سواء كان ذلك الشيء شيئاً مادياً أو شيئاً معنوياً، وهذا أشارت إليه المادة (١١٣) من القانون المدني اليمني السابق ذكرها وذلك في الشطر الأخير منها بنصها "وكل شيء غير ذلك يمكن أن يكون محلاً للحقوق المالية"، وذلك بعد تعريفها للأشياء التي لا يجوز التعامل فيها شرعاً والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها.

المطلب الثاني: أنواع المال المغصوب

المال المغصوب هو المال المأخوذ من صاحبه عن طريق القهر والغلبة من دون وجه حق، وهو يشمل كل ماله قيمه بين الناس، وسنتولى في هذا المطلب بحث أنواع المال المغصوب

(١) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤م، ص ١٢ و ص ١٣٨.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣٧ و ص ٤٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، مج ٨، ص ٢٧٥.

على صعيدي الفقه الإسلامي والقانون وذلك في فرعين، نتناول في أولهما أنواع المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونبين في ثانيهما أنواع المال المغصوب في القانون.

الفرع الأول: أنواع المال المغصوب في الفقه الإسلامي

نستشف من تعريف الفقهاء للمال أنهم اشترطوا فيه أن تكون له قيمة مالية بين الناس سواء كان عيناً أم منفعة أم حقاً، وهذه القيمة تثبت بوجوب الضمان على من أتلفه أو غصبه، كما اشترطوا فيه أن يبيح الشارع الانتفاع به في الظروف الاعتيادية، وفي النتيجة أن المال المغصوب في الفقه الإسلامي ينقسم إلى أعيان ومنافع وحقوق.

أولاً: الأعيان

العين في اللغة لها معانٍ عدة، منها عين الشمس والعين الجارية وعين الشيء وجمعها أعيان، فعين الدرهم ذاته^(١)، والمقصود من العين في هذا المقام هو الشيء المادي ذو الوجود الخارجي أي أن يكون له حيز مادي محسوس، وهي مرادف للشيء المادي مثل العقار والمنقول كالأراضي والمباني والمواشي والمحصولات ونحو ذلك^(٢).

أما في الاصطلاح فالفقهاء المسلمون لم يضعوا تعريفاً للعين، ولكنهم قد قصدوا بها الأشياء المادية الملموسة والمحسوسة^(٣)، وقد عرّف بعض المحدثين العين بأنها " الذات المعينة المشخصة في الخارج المرئية بالحس"^(٤).

وبذلك فإن العين ينبغي أن يكون لها وجود مادي حقيقي يمكن استيفاء الحق منه مباشرة، وأن الأعيان هي الموجودات الخارجية المطلقة (جواهر واعراض)، وقد استعمل الفقهاء الأعيان فيما

(١) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط١، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، ٢٠٠٥م، ص ١٦٧.

(٢) د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، ط١، مكتبة الجيل، الموصل، ٢٠٠١م، ص ٥٨.

(٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠م، ص ١١٦.

(٤) د. أسامة محمد العبد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد ١٥، بلا سنة طبع، ص ٣٢٨.

يقابل الديون والمنافع، ومنهم من استعملها بمعنى الذهب والفضة، ومنهم من قال الأعيان هي الذوات، وأما الألفاظ ذات الصلة بالأعيان فهي:

١- **الدين**: هو مال حكمي يثبت في ذمة المدين ويكون وفاؤه بدفع اية عين مثلية من جنس الدين الملتزم به، وهذا بخلاف العين فإن الحق يتعلق بذاتها ولا يتحقق الوفاء عند الالتزام بها إلا بأداء عينها.

٢- **العرض**: هو ما كان من غير الذهب والفضة اللذين هما ثمن كل عرض ويُقال اشترت قلماً بعشرة وعرضت له من حقه ثوباً، أي أعطيته إياه بدل ثمن القلم، فالعرض يُقابل العين^(١).

والأعيان في الفقه الإسلامي نوعان: أمانات ومضمونات، والأمانات تضمن في حالة التعدي أو التقصير كإهمال حفظ الوديعة، والمضمونات تضمن في حالة تلفها أو إتلافها في جميع الأحوال^(٢).

وقد قسم فقهاء الإمامية الأعيان المضمونة إلى قسمين، الأول: هي المضمونات بالأصالة، وهي التي يرجع سبب ضمانها إلى اليد أو الإلتلاف، والثاني: هي المضمونات بالتبعية وهي التي يرجع سبب ضمانها لوجود طارئ كما هو الحال حيث يكون سبب الضمان هو التعدي والتفريط كتعدي الأمين وتفريطه في الأمانات مثل العارية والوديعة والمأجور.

(١) د. سعد رستم أحمد طه، قسمة الأعيان وقسمة المنافع وأحكامها في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى المعهد الأعلى لأصول الدين - جامعة الزيتونة، ٢٠٠٦م، ص ٣٢ و ص ٣٣. محمد حسن قاسم، الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة في القوانين المدنية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٥م، ص ٥٨.

(٢) فالأعيان يكون ضمانها في عدة حالات منها: ١- أن تكون العين تحت يد لا يضمن صاحبها إلا بالتعدي أو التفريط كالوديعة والمرهون ومال المضاربة والعارية من غير الذهب والفضة، وتسمى هذه الأعيان بالأعيان غير المضمونة، وقد اجمع الفقهاء على عدم صحة ضمانها ما دامت أعيان قائمة، لأن سبب الضمان لم يتحقق. ٢- أن تكون العين في يد يضمن صاحبها على كل حال فرط أو لم يفرط تعدى أو لم يتعدى كالمغصوب والمقبوض بالسوم وبالعقد الفاسد وعارية الذهب والفضة، وتسمى هذه الأعيان بالأعيان المضمونة، لأن من هي في يده ضامن في جميع الأحوال. محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق عرض واستدلال (أحكام المعاملات)، ج ٤، ط ١، منشورات الرضا، بيروت، ٢٠١٢م، ص ٥١.

وقد قسم فقهاء الحنفية الأعيان المضمونة إلى نوعين عين مضمونة بنفسها، وهي العين التي يجب ردها بذاتها ما دامت موجودة، وعين مضمونة بغيرها، وهي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلك لا يلتزم المدين بتسليم مثلها ولا قيمتها، فالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين.

وعند فقهاء المالكية الأعيان المضمونة أما أن تكون بسبب العدوان كالمغصوب والمسروق ونحوهما، أو تكون بسبب القبض بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، وأما قبل القبض فإن المبيع يكون من ضمان البائع.

وأما تقسيم فقهاء الشافعية للمضمونات فإنه يشابه تقسيمها عند فقهاء المالكية، وقد ذكر فقهاء الشافعية أنواع المضمونات التي يفهم منه ذلك، وهي ستة عشر منها الغصب والإتلاف واللقطة إذا جاء مالکها ووجدها تالفة والقرض والعارية وغير ذلك، وعند فقهاء الحنابلة الأعيان المضمونة هي الأعيان التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف ويجب ردها سواء أكانت بيد الضامن بفعل مباح كالعارية أو بفعل محظور كالمغصوب^(١).

والمغصوب يُراد به المال المأخوذ من صاحبة عن طريق القهر والغلبة بدون وجه حق، وقد اشترط الفقهاء لتحقيق الغصب فيه شروطاً أهمها ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المغصوب مالاً وقد كانت نظرة الفقهاء لهذا الشرط كما رأينا منقسمة إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: مضيق في مفهوم المال، وهو رأي فقهاء الحنفية، والاتجاه الثاني: موسع في مفهوم المال وهو اتجاه جمهور الفقهاء.

الشرط الثاني: أن يكون المغصوب متقوماً، وهو المال المباح الانتفاع به شرعاً، وبمعنى آخر هو كل ما كان محرراً بالفعل وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها، وغير المتقوم هو ما لم يحرز بالفعل كالطير في الهواء والسماك في الماء والمعادن في باطن الأرض أو لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار كالخمر والخنزير والميتة بالنسبة للمسلم، فلا يباح للمسلم الانتفاع بها إلا عند الضرورة وبقدرها، فيباح له الانتفاع بقدر ما

(١) محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٥٩ - ص ٦١.

يدفع به الهلاك عن نفسه، فالمراد بالمال المنقوم ما يجوز تملكه وبيعه سواء كان منقولاً أم عقاراً، وفي النتيجة إذا وقع اعتداء عليه بدون وجه حق يكون غصباً^(١).

الشرط الثالث: أن يكون محترماً أي أن يكون معصوماً لا يحق لأحد التجاوز عليه أو التصرف به بأي شكل من الأشكال إلا بإذن مالكة سواء كان المال لمسلم أم ذمي أم مستأمن، وهذه الشروط الثلاثة معتبرة عند جمهور الفقهاء ولكن فقهاء الحنفية أضافوا شرطاً آخر وهو أن يكون قابلاً للنقل وإلا فإن الاستيلاء عليه يُعد عدواناً وليس غصباً^(٢).

والمنقول عند جمهور الفقهاء هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بهيئته وصورته الأولى قبل النقل والتحويل كالملابس والكتب والسيارات، والعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض أو أمكن نقله وتحويله مع تغيير صورته وهيئته كالبناء والشجر^(٣)، وفائدة هذا التقسيم تظهر في اتفاق الفقهاء على أن المنقولات يمكن غصبها ويجب على الغاصب ردها أن كانت باقية والضمان إذا تلفت^(٤)، ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين في ضمان الاضرار المتعلقة بأعيان الأموال المنقولة سواء رجعت هذه الاضرار إلى غصب هذه الأعيان أو إتلافها أو تعيبها ونقصانها أو كانت بتغيير صورتها أو الانتفاع بها^(٥)، ولكنهم اختلفوا في مسألة قابلية أعيان العقارات للغصب، ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن العقارات غير قابلة للغصب الموجب للضمان، ويستندون في ذلك إلى الكثير من الأدلة، منها: أن الغصب تصرف في المغصوب بإثبات يد

(١) د. حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٣٢ وص ٣٤.

(٢) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ٦٧ وص ٧٤.

(٣) والعقار عند الحنفية ماله أصل وقرار كالضيعة والدار، وبذلك فالعقار عند فقهاء الحنفية هو كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر أصلاً، وهو لا يصدق إلا على الأرض فقط مجردة أو مبنية، والمنقول عندهم هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر سواء كان قد احتفظ بصورته وهيئته الأولى كالمعادن والحيوانات والسيارات أو تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل كالبناء والشجر. عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف داماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، دار احياء التراث العربي، ١٩٨٦م، ص ٤٥٨.

(٤) د. سليمان محمد الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط ١، مطبعة السعادة، ١٩٨٥م، ص ١٠٧.

(٥) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ١٢٤.

الغاصب وإزالة يد المالك، ولا يكون ذلك إلا بالنقل والعقار لا يمكن نقله، وأقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عن العقار، وهذا تصرف في المالك لا في العقار، فلا يوجب الضمان، وقالوا بالقياس أن المسروق لا يكون مسروقاً إلا بالنقل من الحرز، وكذلك المغصوب لا يكون مغصوباً إلا بالنقل، والعقار لا يمكن نقله فلا يمكن غصبه^(١)، والمقرر عند الحنفية أن المغصوب إذا كان داراً أو عقاراً وغصبه الغاصب وانهدم شيئاً من البناء فلا ضمان عليه، ولكن محمد بن الحسن من الحنفية يرى أن غصب العقار متصور كأن يعتدي عليها فيهدمها^(٢).

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء أن العقارات قابلة للغصب، ويستندون في رأيهم هذا إلى الكثير من الأدلة منها قول الرسول (ص وآله) " من غصب شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله من سبع أرضين"، ووجه الدلالة في الحديث بوقوع الغصب في العقار، وقالوا بالمعقول أن الغصب يتحقق بإثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار، لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه، ولا يشترط عندهم لتحقيق الغصب نقل الشيء من محله، فمن يستولى على عقار بإثبات يده عليه، ويمنع مالكه من دخوله والانتفاع به يُعد غاصباً ويلزم بضمان الغصب^(٣)، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء القائل بغصب العقار، وذلك لقوة أدلتهم ولحماية أموال الناس، فالغصب هو اعتداء الغاصب على مال غيره بدون إذنه أو إذن الشرع ولا فرق في ذلك بين المنقول والعقار^(٤).

(١) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ١٠، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م، ص ١٥. أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج ١١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦م، ص ٧٣.

(٢) د. نادر محمد القضاة، أثر اختلاف الفقهاء في مالبة المنافع، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مج ٢٨، العدد ٣، غزة، ٢٠٢٠م، ص ١٠٧.

(٣) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج ٨، ط ١، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م، ص ٢٨٥. أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، دار الفكر، ١٩٩٤م، ص ٤١٥. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع على متن الأقناع، ج ٤، دار الفكر، ١٤٠٢هـ، ص ٧٧. جعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحيى بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ٣، ط ١، مطبعة الآداب، ١٣٨٩هـ، ص ٢٣٥. محمد بن علي محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج ٣، ط ٢، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٣٤٨. اطفيش، مصدر سابق، ص ٤٣٥.

(٤) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٨٤.

والأعيان التي لا تصلح محلاً للملك في الفقه الإسلامي كثيرة أهمها الآتي:

١ - الأعيان الخالية من المنفعة

وهي الأعيان التي لا تشتمل على منفعة مقصودة يُعتد بها شرعاً ولا يكون لها قيمة بين الناس، لأن الملك شرع من أجل الانتفاع وقيام الملك على أعيان لا منفعة فيها عبث لا يقبله شرع ولا عقل مثل الحشرات كالذباب والبعوض وهوام الأرض، فهذه الأعيان لا يصح أن تكون محلاً للملك، فإذا حازها شخص وغصبها شخص آخر لا يكون ضامناً وتُلحق بهذه الأعيان الأشياء التي تشتمل على منافع تافهة كحبة قمح وشم تفاحة^(١).

ويرى قسم من الاحناف أن الهوام إذا أمكن الانتفاع بها كما في الأدوية مثل العلق الطبي يجوز أن تكون محلاً للملك، وهذا الرأي ينسجم مع التقدم العلمي فكثير من الحشرات والجراثيم المؤذية تتحول إلى أموال مضمونة بالتعدي لما لها من قيمة بين الناس^(٢)، وبالتالي ليس كل الأشياء التي تتعرض للاعتداء تكون موجبة للضمان، فالأعيان التي لا منفعة فيها لا تكون لها قيمة مالية عند الناس.

ويرى أحد الشراح أن المالية ترتكز على أساسين هما العينية والعرف، والعينية تعني أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي، والعرف يعني أن يعتاد الناس تمويله وصيانتته حيث يجري فيه البذل والمنع، ولذلك لا يجري الملك فيها، لأن الملك قد شرع من أجل الانتفاع به، وفي النتيجة المالية عند الفقهاء تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم فحبة حنطة أو قطرة ماء أو حفنة تراب إذا لم تُثقل من مكانها لا يتحقق فيها الغصب^(٣).

(١) د. سعد رستم، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨م، ص ١٣٨.

(٣) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ٦٩. د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٣٢ و ٣٣.

٢- الأعيان والمنافع المحرمة

وهي الأعيان التي حرّمها الشارع لا يجوز أن تكون محلاً للملك ومن أمثلتها الخمر والخنزير والميتة^(١)، فهذه الأعيان لا يجوز الانتفاع بها شرعاً، وبالتالي لا يجوز أن تكون محلاً للملك، فالنهي عن الانتفاع نهى عن التملك، وذلك لأن الإذن بتملكها يتناقض مع تحريمها^(٢).

وعند جمهور الفقهاء أن هذه الأعيان لا تكون محلاً للملك بالنسبة للمسلم، فإذا امتلك المسلم خمرًا أو خنزيرًا فغصبها مسلم أو ذمي، فلا يجب عليه ردها، ويجب اراقة الخمر لما جاء عن أنس أن أبا طلحة سأل النبي (ص وآله) عن أيتام ورثوا خمرًا قال: اهرقها، قال أفلا نجعله خلا؟ قال لا، ووجه الدلالة في الحديث أن الخمر لا تملك بل يجب اراقتها في الحال، ولا يجوز لأحد الانتفاع بها، وعند الحنابلة والزيدية وبعض الشافعية أن خمر المسلم المحترمة ترد عليه وهي التي عصرت من غير قصد الخمرية، وذلك لأنه قد ينتفع بها لإطفاء نار وبل طين وسقي حيوان^(٣).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء لقوة الدليل الذي يستند إليه، ولأن الخمر والخنزير لا يُعدّان أموالاً، فإذا اراق المسلم أو الذمي خمرًا أو قتل خنزيرًا لمسلم فلا شيء عليه، لأنه لا يجري عليه الملك، وعليه لا يتحقق فيه الغصب^(٤).

ويرى جمهور الفقهاء إذا غصب مسلم أو ذمي خمرًا أو خنزيرًا من ذمي يجب عليه الضمان، ودليلهم في ذلك أن الخمر والخنزير مال في حق الذمي، وبالتالي يقع عليهما الغصب، فإذا هلكا

(١) والمسلم الذي يحوز ميتة فإنها لا تُعد مالاً، لأنه لا يستطيع أن ينتفع بلحمها أو شحمها، فإذا انتفع بصوفها أو شعرها أو وبرها أو جلدها، فإن ذلك يُعد مالاً لتحقق الانتفاع به. د. عبد اللطيف محمد، من نظريات الفقه الإسلامي (نظرية الحق - نظرية العقد)، ٢٠٠٦م، ص ٣٩.

(٢) د. سعد رستم، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٥، ط ٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بلا سنة طبع ص ٢٣٣. عبد الله بن محمد، مصدر سابق، ص ٤٦٧. الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٥٢٤. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٧٨. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٦. أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج ٥، ط ١، ١٩٤٧م، ص ١٧٤.

(٤) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٣٦.

وكان الغاصب مسلماً فعليه قيمة الخمر والخنزير، وأن كان ذمياً فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته^(١).

ويرى فقهاء الشافعية والحنابلة عدم ضمان غاصب الخمر والخنزير كائناً من كان لأنها ليست بمال متقوم، فلا يُعد أخذها عنوة غصباً، وسندهم في ذلك ما روي عن الرسول (ص وآله) أنه قال وهو بمكة عام الفتح: أن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل يا رسول الله: أريت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال (ص وآله): لا هو حرام ثم قال رسول الله (ص وآله) عند ذلك قاتل الله اليهود، أن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه، وجه الدلالة أن الحديث نص على حرمة بيع الخمر والميتة والخنزير وحرمة ثمنها، مما يدل على عدم ماليتها المتقومة، فإذا أتلّفها متلف أو غصبها غاصب فلا ضمان عليه^(٢).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء القائل بالضمان، لأن القول بعدم الضمان يفتح الباب للسفهاء وأرباب السوء للتعرض لأهل الذمة بغصب أموالهم وإتلافها، فالقول بالضمان درء للفساد وباعث للطمأنينة في قلب من يرتبط مع المسلمين بعهد الذمة والأمان^(٣).

٣- الأعيان التي تعلق بها حق العامة

وهي الأعيان التي لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي فهي مخصصة للمنافع العامة مثل الطرق والجسور والأنهار، وفي حالة إتلاف شيء منها يجب أن يكون التعويض بدفع القيمة فقط، لأنها غير قابلة للتملك من الأفراد، ولأن ذلك يتنافى مع الغرض منها، وكذلك الحال في الأعيان التي تعلق بها حق الله تعالى كالمساجد وأملاك بيت المال والوقف، فالإتلاف فيها يؤدي

(١) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٦، دار الفكر، ١٩٩٢م، ص ٢١٠. أحمد بن محمد الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج ٢، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٢م، ص ٢١٣. الحلي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٣٦. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٤. اطفيش، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٣٤.

(٢) الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٥٢٤. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٢٣.

(٣) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٤٣.

إلى القيمة من دون إمكانية خروجها عن ملك الله تعالى إلا إذا نزعنا عنها هذه الصفة وأصبحت محلاً للحقوق المالية^(١).

فالأموال بطبيعتها تقبل التملك ولكن قد يتعرض لها من العوارض ما يجعلها غير قابلة للتملك كأموال التي يتعلق بها حق الناس جميعاً، وهي المخصصة للمنافع العامة كالطرق والأنهار والجسور، فهذه الأموال بهذه الصفة لا تقبل التملك من الأفراد، ولكن إذا زالت صفتها أمكن تملكها ملكية فردية، وكذلك الأموال الموقوفة لا تقبل التملك، ولكن إذا ظهر سبب شرعي يسوغ بيعها كما لو قررت الجهة المختصة استبدال أموال الوقف بغيره جاز بيع الوقف وتملكه من الأفراد، ومثل الوقف في عدم جواز بيعه إلا بمسوغ شرعي أموال الدولة الأميرية فهي لا تصلح للتملك إلا إذا وجد سبب يبيح بيعها كما لو رأت الدولة بيعها لمصلحة مشروعة، وفيما عدا ذلك من الأموال يصح تملكه وتمليكه وعندئذ إذا وقع اعتداء عليها بدون وجه حق يكون غصباً^(٢).

ولا مانع من تدخل الدولة لحماية مصلحة الأمة في وقت معين، بأن تتخذ من الإجراءات ما تجده محققاً للصالح العام، فيحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيوداً على الملكية الزراعية فيحددها بمقدار مساحة معينة، ويحق له انتزاع الملكية من صاحبها إذا عطلها أو أهملها أو ينزع الملكية من أي شخص بما تقتضيه المصلحة العامة أو النفع العام كتوسيع الطرق والمقابر وإقامة المساجد وإنشاء الحصون والمؤسسات العامة، لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة مقابل تعويض عادل عن الجزء المنزوع^(٣).

ثانياً: المنافع

المنفعة في اللغة: كلمة تدل على خلاف الضرر، فهي مصدر بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المنافع، والنفع ما يستعان به للوصول إلى الخير^(٤)، والمنافع في الاصطلاح: هي ما كان

(١) د. سعد رستم، مصدر سابق، ص ٤٧. ناصر الشمايلة، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة بهجة المعرفة، بغداد - بيروت، ١٩٦٩م، ص ٢٢٥.

(٣) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٧٣ و ٧٤.

(٤) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج ٥، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٩م، ص ٤٦٣. أبو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج ٣، ط ٤، دار العلم للملايين، بيروت،

من قبيل الأعراض المستفادة والمتولدة من الأعيان كسكنى الدار وركوب الحيوان ونحو ذلك^(١)، وعند جمهور الفقهاء تُطلق على الفائدة التي تحصل باستعمال الأعيان كسكنى المنازل وركوب الدابة ولبس الثوب وغير ذلك^(٢).

وقد عرف بعض الفقهاء المسلمين المنفعة بأنها هيئات قائمة في المحال، وهي أعراض متجددة توجد وتنفى^(٣)، ويفرق فقهاء المالكية بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها، ويخرجون أخذ الأعيان والذوات تحت مصطلح الغصب، ويخرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي، فالتعدي عند فقهاء المالكية يشمل التعدي على المنافع بفواتها وتفويتها والإتلاف جزيئاً كان أو كلياً سواء كان مباشرة أو بالتسبب^(٤)، وقد اختلف الفقهاء في مالية المنافع، فذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع مالاً، وذهب جمهور الفقهاء إلى عدّ المنافع مالاً يتحقق فيها الغصب^(٥).

الرأي الأول: يرى فقهاء الاحناف أن المنافع ليست من الأموال^(٦)، ولا يتحقق فيها الغصب بغصب أصلها، واستدلوا بما يأتي:

١- أن المنافع ليست من الأموال^(١)، فصفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كلما تخرج من حيز عدم

١٩٨٧م، ص ١٢٩٢. السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ٢، بلا سنة طبع، ص ٢٦٨.

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٢) علي حيدر خواجه امين افندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ط ١، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م، ص ١١٥. أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج ٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م، ص ٤٩٣. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج ٣، ط ٢، وزارة الاوقاف الكويتية، ١٩٨٥م، ص ٢٣٠. أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلبي، المطلع على أبواب الفقهاء، ج ١، دار المكتب الإعلامي، بيروت، ١٩٨١م، ص ٤٠٢.

(٣) شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢م، ص ١١٠.

(٤) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٥) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٦٠. د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٦) عبد الله بن محمد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٧. الزيلعي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٤. السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٧٩.

إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول^(٢)، فلا يمكن حيازتها ولا ادخالها، وبالتالي لا تُعد مالاً فيستحيل غصبها.

٢- ان المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يتحقق فيها الغصب لعدم إزالة يد المالك عنها^(٣)، إذ إن المنافع العرضية ليست بذاتها محلاً للاستيلاء عليها، وليس لها وجود مادي محسوس يمكن وضع اليد عليه^(٤).

٣- عدم وجوب الزكاة في المنافع لأن الزكاة لا تجب إلا في الأموال، قال تعالى "خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا"^(٥)، وقال الرسول (ص وآله) "يقول ابن ادم: مالي مالي، وهل لك يا بن ادم من مالك إلا ما أكلت فأفنت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت"^(٦)، ووجه الدلالة إن عدم أخذ الزكاة من المنافع يدل على إنها ليست أموالاً^(٧).

(١) المال عند فقهاء الحنفية هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاله لوقت الحاجة، أما المنافع تُعتبر عندهم من قبيل الملك لا المال، وتفتقر المالية في هذا المذهب عن الملك، ويرى الاحناف المنافع ملكاً لا مالاً، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يُدخّر للانتفاع به وقت الحاجة، وأن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق فكل مال ملك وليس كل ملك مالاً. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٥٠ و ٥١. د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٢) لأنها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها وتحدث أنا فأنا باكتسابها، فإذا ما انتفعت بسكنى دار فإنما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك إياه وسكناه في يوم معين غير سكناه في يوم آخر، بل أن سكناه في ساعة معينة غير سكناه في ساعة أخرى، وإذا أردت القراءة في كتاب فلا توجد المنفعة إلا إذا فتحت الكتاب ونظرت فيه، وتكون قرائتك فيه عند ذلك غير قرائتك فيه بعد هذا الوقت، فمنافع الأعيان تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها، وإنها قبل الطلب والاكتساب معدومة لا وجود لها في عالم الأعيان، وأن وجدت فقد وجدت لتقنى حال وجودها، وأن كانت كذلك لا يمكن حيازتها وإحرازها فلا تكون مالاً. علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٣) عبد الله بن محمد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٧. الزيلعي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٤.

(٤) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٤٩ و ٥٠.

(٥) سورة التوبة: الآية ١٠٣.

(٦) الإمام أبي عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ج ٢، ط ١، مكتب التربية العربية لدول الخليج، ١٩٨٨م، ص ٢٧٤.

(٧) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٦٢.

٤- لو كانت المنافع أموالاً لما جاز للمريض أن يعير جميع أمواله، والعارية تمليك منفعة، والمريض في مرض موته لا تنفذ تبرعاته إلا في حدود الثلث^(١).

٥- أن المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها، وإنما ورد النص وجرى العرف بعقد الإجارة وما يشبهها من العقود التي ترد على المنافع على تقومها بهذا النوع من العقود استحساناً على خلاف القياس لأجل الضرورة التي اقتضت ذلك، لحاجة الناس إلى انتفاع بعضهم بما لبعضهم الآخر من أعيان ليس لهم مثلها ولا يستطيعون شراؤها ومعاملاتهم ومصالحهم تتوقف عليها، ولهذا كان تقومها في عقد الإجارة على خلاف القياس أمر اقتضته الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وما جاء على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص، ولا يعدوه ولا يتجاوزوه إلى غيره، لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود وليست مقومة بذاتها^(٢).

ومن الجدير بالذكر هنا أن المتأخرين من فقهاء الحنفية أطلقوا لفظ المال على الأعيان والمنافع وعلى كل ماله قيمة نقدية^(٣).

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى جعل المنافع من الأموال^(٤)، والمال ما يتحقق فيه الغصب، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- الغصب الموجب للضمان يحصل بإثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكة وقد وجد في المنافع، واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين، فيكون أخذها من دون وجه حق غصباً^(٥).

٢- اتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهراً في الزواج وهذا دليل على ماليتها، والمهر لا يكون إلا مالاً، بدليل قوله تعالى " وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ

(١) الكاساني، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١٢.

(٢) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج ١، ص ٥٣.

(٣) محمد امين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدرر المختار، ج ٢، ط ٢، مطبعة البابي، البابي، القاهرة، ١٩٦٦م، ص ٦٠.

(٤) الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤٤٧. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٨٧. الحلي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٤. اطفيش، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٤٢. القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٨٢.

(٥) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٦٣.

مُسَافِحِينَ^(١)، وما يروى عن سهل بن سعد الساعدي أن الرسول (ص وآله) جاءت امرأة فقالت يا رسول الله: إني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال الرسول (ص وآله) هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا أزري هذا، فقال الرسول (ص وآله): إن أعطيتها أزارك جلست لا أزار لك، فالتمس شيئاً فقال: ما أجد شيئاً؟ فقال: التمس ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد، فقال الرسول (ص وآله): هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا، فقال له الرسول (ص وآله): "قد زوجتكها بما معك من القرآن"^(٢)، ووجه الدلالة أن الحديث يدل على جواز جعل المنفعة صداقاً ولو كانت تعليم سورة من القرآن الكريم، وبالتالي فالمنافع تُعتبر من الأموال.

٣- أن العقد يرد على المنافع كالإجارة، وتصبح مضمونه به سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً، وضمانيها دليل على ماليتها، ولو لم تكن مالاً في ذاتها لما صارت مالاً بالعقد، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خصائصها، فالمنفعة مال بالعقد بل صحته متوقفة على المالية^(٣)، وأن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد، وهو المنافع من دون الأعيان، ولأن الأجر مقابل المنفعة ولهذا تضمن دون العين، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه، وقد أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها^(٤).

٤- أن العين تضمن لتضمنها على المنافع، لأن مالا منفعة فيه لا يضمن، فإذا كانت المنفعة هي أصل الضمان فهي أولى بالضمان^(٥)، إذ إن إتلاف منافع الأعيان إتلاف للأعيان نفسها، لأنه لا معنى لبقاء العين مع ذهاب منفعتها، والمنافع هي المقصودة من الأعيان ولا قيمة للأعيان بدون منافعها، وأن أثمان الأشياء والحاجيات بين الناس تقاس بمنافعها^(٦).

(١) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٢) أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج ٩، دار الريان للتراث، ١٩٨٧م، ص ٧٦ وص ٧٧.

(٣) القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٨٢. محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج ١، ص ٥٣.

(٤) د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٥) القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٨٢.

(٦) د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص ١٠٥.

٥- أن المنافع أموال وليس باللائم في المال أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنفعة تحاز بحيازة محلها ومصدرها، فمن يحوز سيارة مثلاً يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه، فإذا كان معنى الحيازة والإحراز أعم من أن يكون مباشرة أو بالواسطة كان التعريف شاملاً للمنافع، لأنها ممكنة الحيازة بإحراز أصلها^(١).

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم نحن نتفق مع بعض الشراح في ترجيحهم رأي جمهور الفقهاء القائل بمالية المنافع، وذلك لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس وتعاملهم، ولكونه أكثر انسجاماً مع روح الشريعة وحاجات العصر، فالناس لا يبتغون الأعيان إلا طلباً لمنافعها، ويقدمون في سبيلها النفيس من أموالهم، ومظهر ذلك المنشآت التي يطلب المال عن طريق الانتفاع بها كإنشاء الفنادق وبيوت السكنى ووسائل النقل المختلفة وغير ذلك، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالاً، فكيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً، ولا تقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، وبالتالي يجب فيها الضمان في حالة الغصب أو الإلتاف^(٢).

وفي سؤالاً وجهه أحد المواطنين إلى مركز الفتاوى مضمونه إن تقنية (الوايرلس) تقنية لاسلكية موجودة في كل كمبيوتر تلتقط (ال دي اس ال) غير المشفر، بمعنى إنها تلتقط الإشارات والدخول إلى الانترنت من دون علم اصحابها، فما حكم التقاط هذه الإشارات والدخول إلى الانترنت؟، وقد جاء الرد من مركز الفتاوى بالقول لا يجوز الانتفاع بخدمة الانترنت المملوكة للآخرين من دون إذن اصحابها، واستخدام هذه الخدمة من دون رضا صاحبها يُعد اعتداءً، ولو لم يكن ذلك الاستخدام يكلفه أكثر مما يدفع للشركة، بل ولو لم يلحقه أي ضرر فيه، لأنه أخذ لمال غيره من غير طيب نفس منه ويُعد ذلك غصباً، وأضاف مركز الفتاوى إن هذا الاستخدام قد يؤثر في قوة التقاطه ويضعف الإشارة عنده، وإنه قد يضره من حيث المواقع التي يدخلها غيره، لأنه المسؤول أمام جهة الاتصال عن المواقع التي يتم الدخول إليها من خلال شبكته^(٣).

(١) علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٢) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٦٠. محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج ١، ص ٥١. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٣) رقم الفتوى (١٢٤٨٥١) تاريخ الفتوى ٢٠٠٩/٧/١٩ منشور في مركز الفتوى على الموقع الإلكتروني:

www.islamweb.net.

وبناءً على ما تقدم أن المنافع عند جمهور الفقهاء تُعد أموالاً، أما عند فقهاء الاحناف فإنها ليست من الأموال، ويُبنى على هذا الاختلاف أن فقهاء الحنفية قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها، لأن منافع المأجور ليست مالاً فتورث، وجمهور الفقهاء قالوا أن عقد الإجارة لا يفسخ بموت المستأجر بل تبقى حتى انتهاء مدتها ويحل الورثة حتى تنتهي الإجارة^(١)، وكذلك يُبنى على هذا الاختلاف أن فقهاء الحنفية ذهبوا إلى عدم تضمين الغاصب أجر المثل عن منافع المغصوب لأنها ليست أموالاً^(٢)، ولكنه يضمن قيمة العين أو نقصانها إذا تلفت أو تعيبت أو نقصت في يده، وأما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى تضمين الغاصب أجر مثل المغصوب خلال مدة الغصب إلى حين الرد سواء كان الغاصب قد استوفى منافع المغصوب أو عطلها.

وفي النتيجة إن رأي القائلين بمالية منافع الأعيان المملوكة هو الرأي الراجح، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتائج خطيرة وغير عادلة من الجانب العملي، فلو أن شخصاً اغتصب داراً مملوكة لغيره وسكنها شهراً أو اغتصب سيارة وسافر بها من مكان إلى آخر ذهاباً وإياباً، فمثل هذا الشخص على رأي القائلين بعدم مالية المنافع لم يضمن شيئاً، وليس عليه سوى أن يعيد الدار أو السيارة إلى صاحبها، وكأنه لم يتسبب في حرمان المالك من الانتفاع بملكه، وهذا يتعارض مع أحكام الشريعة والأعراف السائدة.

وفي المنافع يفرق الفقهاء بين تقويتها باستيفاء الغاصب لها وبين فواتها أو اهدارها وتعطيلها، ومن التقويت سكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض، ومن الفوات إغلاق الدار وحبس الدابة، ولا خلاف بين الفقهاء في أن تقويت المنافع نوع من الاستيلاء عليها، ولكنهم اختلفوا في الفوات

(١) سيف التميمي، مصدر سابق، ص ١١٠ د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٢) وقد استثنى فقهاء الحنفية من هذا الحكم مال الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال، ولا شك أن هذا الاستثناء جاء نتيجة شعورهم بما في رأيهم من مجافاة لما يجب لليتيم وما في حكمه من اصلاح، ويُستلزم لضمان منفعة المال المعد للاستغلال في المذهب الحنفي إلا يجري الانتفاع به بتأويل ملك خلافاً لمنفعة مال الوقف ومال اليتيم فإنها مضمونة بكل حال، وقد جاء في المادة (٥٩٦) من مجلة الأحكام العدلية " لو استعمل واحد مالاً بدون إذن صاحبه كان غاصباً فلا يلزمه ضمان منفعه ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل بكل حال وإن كان معداً للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد". علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣١.

والاختلاف بينهم منشؤه التردد في تحقيق الاستيلاء على ما فات من المنافع، فقد ترجح لدى بعضهم أن تعطيل المنافع نوع من الاستيلاء عليها يوجب ضمانها ضمان غصب، في حين أوجب آخرون ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان غصب لتعذر الاستيلاء على المنافع المعطلة^(١).

ثالثاً: الحقوق

الحق في اللغة: ما كان ضد الباطل، وهو مفرد الحقوق التي تثبت للإنسان وتجب له، وللحق في اللغة معانٍ متعددة منها: أنه يفيد الوجود والثبوت، والأمر المقضي والعدل والصدق والمال والملك والموجود الثابت، وهو الأمر الثابت الذي لا يجوز إنكاره بحال من الأحوال^(٢).

والحق في الاصطلاح: من المفاهيم التي ثار بشأنها جدل كبير حول تحديد معناه سواء في الفقه الوضعي أو في الفقه الإسلامي، وقد استعمله الفقهاء المسلمون في عدة معانٍ:

١ - الحق بالمعنى العام

هو ما يثبت للإنسان من ميزات ومكنات سواء كان الثابت شيئاً مادياً أم غير مادي، ويُعرف بأنه كل مصلحة ثابتة للفرد أو للمجتمع أو لهما مقررة شرعاً^(٣)، كحق الحياة وحق صيانة الأموال وحق الحرية وحق الرأي وحق حرية التفكير وحق التعبير وهكذا، والإسلام كفل جميع حقوق

(١) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٢٠٤. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٥٥. د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج ٣، ط ٢، المطبعة الحسينية المصرية، ١٣٤٤هـ، ص ٢٢١. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، ج ١، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٦م، ص ١٩٧. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، بدون سنة طبع، ص ١٤٦ و ص ١٤٧.

(٣) د. محمد عثمان شبيب، مصدر سابق، ص ٧٤.

الإنسان وأوجب حمايتها وصيانتها^(١)، والحق بهذا المعنى أعم من المال، لأن الحق يشمل كل ما يتقوم بمال وما لا يتقوم بمال، أما المال يقتصر على ما يتقوم بمال^(٢).

٢- الحق بمعنى الأعيان والمنافع المملوكة

استعمل الفقهاء مصطلح الحق في مقابلة الأعيان والمنافع ولا يريدون به المعنى العام وإنما يردون به تلك المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه، فإذا أُستعمل فيما أباحه الشارع للناس من مصالح وترك التمسك بها أو عدمه لرغبتهم لم يُعد من المال كحق الخيار وحق الحضانة وحق التطليق وحق الرجوع في الهبة وما إلى ذلك، مما جعل مرجعه إلى اختيار الإنسان ومشئته، لأن المال إنما وجب في هذه الحالة لحمل صاحب الحق على إسقاطه لا لإداء قيمته، ولكنَّ فقهاء الحنفية لم يجوزوا إسقاط الحقوق المجردة نظير المال كحق الشفعة مثلاً لعدم استقرارها في محلها، ولم يكن ملكها شبيهاً بالمنفعة، فإذا أُسقطت نظير مال لم يجب المال، وإذا أُدي فعلاً كان لمن أداه أن يسترده، لأنه رشوة بالنظر إلى معطيه وإلى أخذه على السواء^(٣).

٣- الحق بالمعنى الخاص

الحق يُستعمل بالمعنى الخاص في ما يثبت للعقار كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور، وهذه الحقوق التي تُعرف بحقوق الارتفاق ليست إلا منافع مقررة لأصحابها على عقار مملوك للغير، إذ إن غاصب العين يُعد غاصباً لقيمة منفعتها، وهذا القول ينطبق على غاصب العين التي تعلق بها حق من الحقوق التي تُعتبر من الأموال عند جمهور الفقهاء كحق الارتفاق وحق المستأجر على العين التي استأجرها وغصبت من تحت يده، وبالتالي فإن القيمة المالية للحق

(١) د. رضا متولي وهدان، مصدر سابق، ص ١٦.

(٢) د. محمد عثمان شبيب، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٣) علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣٣.

الذي تعلق بالعين المغصوبة هي التي تُعتبر محلاً للغصب^(١)، وهذه الحقوق في الواقع لا تعدو أن تكون منفعة أو مصلحة يقررها الشارع لفرد أو لإفراد، وعلى ذلك لا يُعدها فقهاء الاحناف من الأموال لعدم إمكان حيازتها سواء كانت متعلقة بمال كحق المرور وحق المسيل الثابتين على أرض الغير أم كانت متعلقة بما ليس بمال كحق الزوج في الاستمتاع بزوجته وحق الام في حضانة صغيرها، أما غير الحنفية فيعدونها من الأموال إن أُريد بها منفعة هي مال كحق المستأجر في العين التي استأجرها^(٢)، وهذه الحقوق اختلف الفقهاء حول ماليتها كاختلافهم في مالية المنافع، ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت المالية لهذه الحقوق، والحق عندهم إذا اطلق على عين أو على منفعة فهو من المال، وإن أُستعمل فيما يوفي بالمال ويؤول إليه كان مالا كحق الدين قبل المدين، ويُعد الحق من الأموال كذلك أن أُريد به منفعة هي مال كحق المستأجر في العين المؤجرة، ولذلك يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة، واستدلوا على ذلك بالأدلة على مالية المنافع^(٣).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى عدم ثبوت المالية للحقوق، وإن كانوا قد أجازوا بيعها إذا كانت تابعة للعقار كحق المرور وحق الشرب وحق المسيل^(٤)، والحق عندهم ليس من المال سواء كان متعلقاً بالمال أم غير متعلق بالمال، لأنه أمر معنوي ليس بالإمكان حيازته، وقالوا أن الحق لا يباع ولا يوهب، لأن محل البيع والهبة لا يكون إلا مالا، ويعنون بهذا إنه لا يجوز بيع الحقوق استقلالاً غير تابعة للأموال، فإذا بيعت تبعاً للعقار الثابتة له جاز البيع، لأن البيع كما يكون في الأموال يكون في كل حق يتعلق بها إذا تم بيعه تبعاً لتلك الأموال، ولم يباع منفرداً، وإن بعض الحنفية قد ذهبوا إلى جواز بيع هذه الحقوق استقلالاً كحق الشرب لأنه مال^(٥).

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٢) ولا يعتبرونها من الأموال إن أُريد بها تلك الأمور المعنوية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع كحق الحضانة وحق الزوج في الاستمتاع بزوجته. علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣١ وص ٣٣.

(٣) عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، مكتبة الأقصى، عمان، ١٩٧٧م، ص ٨٩.

(٤) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م، ص ٥٠٤.

(٥) د. محمد عثمان، مصدر سابق، ص ٧٥.

ونحن نتفق مع أحد الشراح الذي يرجح القول الأول، وهو قول جمهور الفقهاء في أن الحقوق تُعد أموالاً، لأن في عدم اعتبارها أموالاً ضياعاً لكثير من حقوق الناس والحاق الضرر بهم واستدلوا على ذلك بالأدلة على مالية المنافع^(١).

ومن الجدير بالإشارة هنالك بعض الحقوق لا ترد على شيء مادي معين، وإنما ترد على شيء غير مادي، وهي الحقوق الذهنية كحق المؤلف وحق المخترع، وهذه الحقوق لا تعدو أن تكون منفعة ولكنّها منفعة فكر لا منفعة عين، ولا شك أن احترام الإنسان والتسليم بحرياته العامة يقتضي أن يعترف له على نتاجه الذهني من أفكار وأخيلة بالحقوق التي تسمح لصاحبها أن يكون مهيمناً عليها، فتنسب إليه ويحق له نشرها أو منعها من النشر أو تعديلها، كما تجعل له أن يتحكم ويستأثر بالفوائد المالية التي قد تنتج من هذا الاستغلال، وهذه الحقوق التي تنشأ للفرد على هذا الإنتاج الذهني هي التي تسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية^(٢).

ومن المعلوم أن الأشياء غير المادية تكون محلاً لحقوق كثيرة أهمها حق المؤلف، فهذه الحق له جانبان: جانب أدبي وجانب مالي، فالجانب الأدبي يُعد من الحقوق للصيقة بشخص المؤلف والتي تحمل بصمات فكرة وتعكس ملكات عقله وإلهامه، وهو حق معنوي يتمثل في القدرة أو السلطة التي خولها القانون للمؤلف لاستغلال مصنفه، وهذا الحق لا يتصور وجوده من دون وجود الحق المالي، أما الجانب المالي وهو القيمة المالية لحق المؤلف^(٣)، والجانبان كما يرى أحد الشراح يختلفان أحدهما عن الآخر اختلافاً جوهرياً في طبيعة كل منهما وفي الأحكام التي تسري عليهما، فالجانب المالي حق عيني أصلي وهو مال منقول، والجانب الأدبي ليس بحق عيني وليس بمال، بل هو حق من حقوق الشخصية مثله في ذلك مثل حق الأبوة^(٤)، فالأعمال الذهنية لها قيمة مالية مشروعة، من حق صاحبها وحده استغلالها عن طريق نشر المصنف

(١) د. محمد عثمان، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٢) د. عبد الله مبروك النجار، تعريف الحق ومعيّار تصنيف الحقوق دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١م، ص ٧٠.

(٣) د. رضا متولي، مصدر سابق، ص ١٣ وص ١٤. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون (حق الملكية)، ج ٨، دار النهضة العربية، ١٩٦٧م، ص ٣٢.

وبيع نسخه، وبالتالي إذا اعتدى شخص على الجانب المالي لهذا الحق، وقام باستغلال المصنف عن طريق نشره أو عرضه أو تقليد المخترع من دون إذن من صاحب الحق فهل يُعد غاصباً؟.

للإجابة على هذا السؤال نقول أن الحقوق والمنافع ليست بذاتها محلاً للغصب، وأن المعتدي عليها يُعد غاصباً للقيمة المالية للحق أو المنفعة، أما الجسم المادي الذي يتمثل فيه هذا الناتج كصفحات الكتاب الذي دون فيه المصنف أو الحجر الذي نحت فيه التمثال أو اللوحة التي رسمت عليها الصورة أو نحو ذلك، فلا تُعتبر محل ذلك الحق^(١).

وهذا يعني أن المعتدي على الجانب المالي لحق المؤلف يُعتبر غاصباً لقيمة الحق الذي استغله ولا تبرأ ذمته إلا بأدائها لصاحب الحق بالتراضي أو بالتقاضي، وفي حالة التقاضي يكون تقدير القيمة من سلطة القاضي التقديرية، وعليه أن يضع في اعتباره نوع الحق المعتدى عليه والايراد الناتج من جراء استغلاله والنفقات التي أنفقها المعتدي في سبيل استغلال المصنف، وعلى القاضي استظهار رغبة المؤلف أو المخترع في أخذ نصيبه عيناً أو نقداً أو إنه يرغب في إتلافها وعدم نشرها فيما إذا كانت هنالك نسخ أو نماذج من المصنف ما زالت موجودة^(٢).

وعليه لا يمكن القول أن نسخ المصنف التي قام المعتدي بطبعها أو تصويرها ونشرها أو النماذج التي قام بتقليدها هي التي تُعد مغصوبة، لأن حق المؤلف ليس وارداً عليها وإنما وارداً على الناتج الذهني أياً كان نوعه، وهو شيء معنوي أو غير مادي، أما إذا كان المؤلف هو الذي قام بنسخ مؤلفه عن طريق طبعه أو تصويره ثم أتى الغاصب واستولى عليها أو على النسخة الأصلية، فإننا نكون بصدد غصب على منقولات مادية يجب على الغاصب حينئذ ردها بعينها إذا كانت باقية أو يضمن قيمتها إذا تلفت أو هلكت أو ضاعت^(٣).

الفرع الثاني: أنواع المال المغصوب في القانون

تضاربت آراء الفقهاء في تحديد محل الغصب، فذهب بعضهم إلى إنه يجري في المنقول والعقار والمنافع، وذهب بعضهم الآخر إلى أن الغصب لا يجري في المنافع لكنه يجري في

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٥٧ و ٥٨.

(٣) د. يحيى الجرافي، المصدر نفسه، ص ٤٥.

العقار والمنقول، وذهب آخرون إلى إنه لا يجري إلا في المنقولات فلا يجري في العقارات ولا في المنافع، وقد أخذت القوانين المدنية بالرأي الأول، وبالتالي فإن الغصب يجري في العقار والمنقول والمنافع، ولبيان هذه الأنواع بالتفصيل سنقسم هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً: العقار

العقار في اللغة: كل ملك ثابت له أصل كالأرض والدار وجمعه عقارات^(١)، والعقار الأرض والضياح والنخيل والمنازل^(٢)، أما في الاصطلاح القانوني فالمادة (٦٢) من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى عرفت العقار: بأنه كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية، والمادة (٦٣) من القانون المدني العراقي عرفت العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

ومما يلاحظ أن المشرع العراقي في تعريفه للعقار قد تأثر برأي فقهاء المالكية الذين يقولون أن العقار شامل للبناء والغراس وغيرهما من الأرض المجردة عن ذلك لأن العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء وأشجار، ولم يتأثر برأي جمهور الفقهاء الذين يقولون أن العقار هو الأرض فقط وهي العقار بالطبيعة وما يتصل بها من بناء وأشجار فهو عقار بالتبعية^(٣).

وأما المادة (٨٢) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى عرفت العقار: بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف، وفي فقرتها الثانية عرفت العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، وأما المادة (١١٥) من القانون المدني اليمني عرفت العقار: هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت فيه ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو لاستغلاله، وأما المادة (٥٨) من القانون المدني الأردني فعرفت العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، والمادة (٥٩) من

(١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج ٢، مطبعة دار المعارف، ١٩٨٠م، ص ٦١٥.

(٢) محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج ٤، بيروت، ١٩٨٧م، ص ٥٩٧.

(٣) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ٢١ و ٢٢.

القانون المدني الأردني عرفت العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رسداً على خدمته واستغلاله ويكون ثابتاً في الأرض^(١).

وأما المشرع الفرنسي فإنه لم يُعرف العقار وإنما ذكر أنواع العقارات وذلك في المادة (٥١٧) من القانون المدني التي جاء فيها تكون الأموال عقارات أما بطبيعتها أو بتخصيصها وأما حسب موضوعها^(٢)، والعقار بطبيعته هو الشيء الثابت المستقر بحيزه حيث لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر دون تلف، ويرى جانب من الفقه أن الأرض خير مثال على العقار، لأنها ثابتة مستقرة بحيزها وإذا أمكن نقل أجزاء منها يكون ذلك بتفتيت سطحها وانتزاع بعض الأتربة أو الصخور، وكذلك البناء فهو عقار، لأنه ثابت مستقر بحيزه، ولا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا بهدمه أو بهدم أجزاء منه، والأشجار والغراس عقار أيضاً، ولا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض المغروسة فيها^(٣).

ويرى جانب آخر من الفقه أن المزروعات على اختلافها من أشجار وأغراس وأزهار وفاكهة وثمار وغيرها تُعد عقارات بطبيعتها، لأن شرط الالتصاق بالأرض متوفر فيها وهي تبقى كذلك حتى يُصار إلى نزعها من الأرض فتتحول إلى منقولات^(٤).

أما العقار بالتخصيص فهو منقول بطبيعته لحقت به الصفة العقارية ضماناً لاستمرار استغلال العقار بطبيعته الذي رصد هذا المنقول لخدمته كآلات والحيوانات التي يرصدها صاحبها لخدمة مزرعته أو وسائط النقل التي يخصصها صاحبها لنقل منتجات مصنعه، فالعقارات بالتخصيص

(١) المادة (٥٩) من القانون المدني الأردني اشترطت في المنقول لكي يُعد عقاراً بالتخصيص أن يكون ثابتاً في الأرض، وعادة ما تكون المنقولات غير ثابتة في الأرض ومع ذلك تُعد عقارات بالتخصيص، أما الشيء الذي يكون ثابتاً في الأرض عادةً فهو عقار بطبيعته وليس عقاراً بالتخصيص. هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني دراسة مقارنة، تقديم د. محمد سليمان الأحمد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م، ص ٢٨.

(٢) وبهذا الصدد قرر الاجتهاد الفرنسي إن بيع الأشجار القائمة لأنها معدة للقطع يُعتبر بيعاً لمنقولات، وبيع بناء كأففاض يُشكل بيعاً لمنقول وليس بيع عقار، وكذلك بيع المحصول الزراعي وإن كان لم يزل على الشجر يشكل بيعاً لمنقول وليس لعقار. د. جورج ش دراوي، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٤.

(٤) د. جورج ش دراوي، المصدر السابق، ص ١٥٤.

منقولات حقيقة عقارات حكماً، وفكرة العقار بالتخصيص ترجع إلى القانون الروماني استمدتها منه القانون الفرنسي وطورها، ومن هذا القانون انتقلت إلى القوانين العربية والغاية من العقار بالتخصيص هي إخضاع بعض المنقولات المرتبطة ارتباطاً بالعقار إلى النظام القانوني الذي يخضع له ذلك العقار، لأن فصل المنقول عن العقار وإخضاعه إلى انظمته مختلفة عن تلك المطبقة على العقار من شأنه التقليل من قيمة العقار أو قد يُشكل مانعاً من استثماره، مثال ذلك إذا حجزت الآت معمل وبيعت على حدة توقف المعمل واصيب بالضرر^(١).

والسؤال المطروح هنا: هل يمكن أن يكون العقار محلاً لوقوع فعل الغصب؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من استعراض حكم غصب العقار في القوانين المدنية محل المقارنة وبيان موقف القضاء من ذلك.

فالمادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي نصت على أن " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"^(٢)، والمادة (١١٢١) من القانون المدني اليمني نصت على إنه " لا يضمن الغاصب من غير المنقول (العقار) إلا ما تلف تحت يده، ولكن تلزمه أجرة العين المغصوبة مدة بقائها معه ويلزمه إعادة العين لصاحبها"، والمادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني نصت على إنه " ١- على اليد ما أخذت حتى تؤديه ٢- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه ٣- فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب ٤- وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده".

(١) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص ١٥.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي مأخوذة من المادة (٩٠٥) من مجلة الأحكام العدلية ولكن المشرع العراقي ألزم الغاصب برد العقار مع أجر مثله، وكذلك ألزم الغاصب بالضمان حتى لو تلف العقار أو نقصت قيمته من دون تعدٍ من الغاصب، بينما المجلة أوجبت رد المغصوب إلى صاحبه عيناً من دون أن يغيره وينقصه وحصرت الضمان في حالة إذا طرأ نقصان على قيمة العقار بفعل الغاصب وتعديه. د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٤١ وص ٤٢.

وبالنسبة للمشرع العراقي والمشرع اليمني كان الأمر واضحاً في حكم غصب العقار بالنص الوارد في المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٢١) من القانون المدني اليمني، وعليه يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع دفع الأجرة طيلة مدة بقاءه في العقار المغصوب.

وهذه النصوص ليس لها مقابل في القانون المدني الأردني، فالمشرع الأردني لم يحدد في المادة (٢٧٩) من القانون المدني نوع المال الذي يمكن وقوع الغصب عليه، لأن النص جاء مطلقاً ليشمل العقار والمنقول وكل حق مالي له قيمة مادية في التعامل، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني عند التعليق على المادة (٢٧٩) أن هذا النص يشمل المنقول والعقار، والعقار يقبل الغصب كما يقبله المنقول^(١).

وقد ظهر تأييد ذلك في بعض قرارات محكمة التمييز الأردنية، إذ ورد في أحد قراراتها " أن غصب العقار وثبت ذلك يستوجب الحكم بمنع المعارضة"^(٢)، وكذلك قضت في قرار آخر " أن استيلاء وزارة الأشغال العامة على المساحة التي ضمت إلى سعة الشارع العام دون مسوغ قانوني يُعتبر غصباً لجزء من أرض المدعين"^(٣).

ويرى جانب من الفقه أن المشرع العراقي في المادة (١٩٧) من القانون المدني السابق ذكرها أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز غصب العقار شأنه في هذا شأن المنقول خلافاً لما ذهب إليه فقهاء الحنفية، وكذلك أن المشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان التي يذهب إليها بعض فقهاء الشريعة، وعلى هذا الأساس يلزم غاصب العقار برده مع تعويض صاحبه عن أجر المثل مع عدم الإخلال بحق المالك في الرجوع على الغاصب بالتعويض عن الاضرار الأخرى حتى ولو كانت من دون تعدٍ أو تقصير، لأن مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان في جميع الأحوال^(٤).

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٤١ وص ٤٢.

(٢) رقم القرار ٨٨٨ / ٢٠٠٥. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص ٤١.

(٣) رقم القرار ٣٥٧ / ٢٠٠٠. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص ٤٢.

(٤) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٧١ وص ٢٧٤.

ويرى جانب آخر من الفقه أن المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي ألزمت الغاصب برد العقار المغصوب عيناً والزمته بأداء أجر مثله وذلك تعويضاً عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب وكذلك ألزمته بتعويض التلف أو الهلاك ولو حدث من دون تعدٍ منه وهذا هو ضمان الغصب ويختلف عن ضمان الإلتلاف في أن الإلتلاف لا يتحقق إلا بالتعدي، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها " أن غصب العقار العائد للغير بدون حق قانوني وحرمان مالكة الانتفاع به يستوجب التعويض ولو لم يستعمل الغاصب العقار لمنفعته"^(١).

ويرى أحد الشراح أن المشرع اليمني في المادة (١١٢١) من القانون المدني قد تأثر برأي جمهور الفقهاء المسلمين، فالعقار والمنقول كلاهما محل للغصب، وأيضاً جعل مسؤولية الغاصب عن تلف العقار تحت يده مسؤولية مطلقة سواء كان التلف بفعل الغاصب أم بفعل غيره أم بأفة سماوية وهي مسؤولية مقررة بنص خاص على خلاف ما تقضي به القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، فالغاصب لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن هلاك العقار المغصوب تحت يده حتى وأن أثبت إن ذلك قد حدث بقوة قاهرة أو بخطأ الغير^(٢).

أما المشرع المصري فإنه لم يتطرق إلى أحكام الغصب بنصوص خاصة، وإنما تناول بعض أحكامه في نصوص متفرقة منها بعض المواد الخاصة بالحيازة، إذ نصت المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري على إنه " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"^(٣)، يتضح من هذا النص أن المشرع المصري لم يحدد نوع الشيء الذي يكون محلاً للغصب وإنما جاء النص مطلقاً، وبالتالي فإنه يشمل العقار والمنقول على حد سواء.

والأشياء المادية فقط هي التي تُعد محلاً للحيازة سواء أكانت عقارات أم منقولات، أما الحقوق سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية فلا ترد عليها الحيازة، لأن معنى الحيازة في ركنها

(١) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٠٤ و ١٠٥.

(٣) وبهذا الصدد تنص المادة (٩٦٦) من القانون المدني المصري " ١- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً إن حيازته اعتداء على حق الغير ٢- ويزول حسن النية من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ويُعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره".

المادي هي أن يباشر الحائز الأعمال المادية على الشيء كما يباشره المالك أو صاحب الحق على الشيء لا على الحق ذاته كما لو كان الشيء داراً ودخل فيها واستحوذ، فالحيازة للشيء لا للحق، وقد تكون الحيازة بحق وذلك حين يكون للحائز حق على الشيء الذي يحوزه كحق الملكية أو أي حق عيني آخر، وقد تكون بغير حق وذلك حين يكون الحائز للشيء مغتصباً أو سارقاً^(١).

وتزول الحيازة بفقد العنصر المادي وحده ويتحقق ذلك إذا فقد الحائز السيطرة المادية على الحق الذي يستعمله ولو استبقى على العنصر المعنوي، وهو نية استعمال الحق، لأن هذه النية لا تجدي نفعاً إذا فقد السيطرة المادية على الحق، مثال ذلك أن يغتصب شخص من الحائز الشيء محل الحق كما لو كان أرضاً زراعية فيفقد الحائز السيطرة المادية عليها ويصبح المغتصب هو الحائز للأرض وتبدأ حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة مهما احتفظ الحائز السابق بالعنصر المعنوي وهو نية استعمال الأرض محل الحق^(٢)، فالمغتصب لمال غيره عقاراً كان أو منقولاً يُعتبر حائزاً سيء النية، لأنه وقت الغصب يعلم أنه يعتدي على حق غيره^(٣)، ويُعد كذلك حائزاً سيء النية من يشتري عيناً أو يستأجرها أو يرهنها من شخص وهو يعلم أنه لا يملكها، بل حتى إذا كان لا يعلم إذا ثبت أنه في مقدوره أن يعلم لو بذل جهداً بسيطاً في التحري بأن المتصرف ليس مالكاً لما تصرف فيه^(٤).

(١) بسام مجيد سليمان، التنظيم القانوني للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية، بحث منشور في مجلة الرافدين، مج ١٤، العدد ٥٠، كلية الحقوق - جامعة الموصل، بلا سنة طبع، ص ٤٣.

(٢) بسام مجيد سليمان، المصدر نفسه، ص ٤٣.

(٣) من المتفق عليه يجب أن يكون بدء الحيازة خالياً من الإكراه وإلا كانت الحيازة معيبة، فلو بدأت الحيازة بالإكراه سواء بالقوة أو بغيرها من وسائل الإكراه فلا يُعتد بها، فعلى الرغم من أن الحيازة قد تقوم في جانب منها على التعدي ولكن التعدي يجب أن يقابله إهمال من جانب المالك أو صاحب الحق، فالعمل الذي يقوم به الحائز يجب أن يقابل بإهمال أو غفلة أو تقاعس من جانب المالك، والإكراه ينفي الإهمال عن المالك أو عمن انتزعت عنه الحيازة بالقوة، ومتى بدأت السيطرة الفعلية على الشيء بناء على الإكراه فهي تُعتبر غصباً، ويستوي لتحقيق الإكراه أن يكون قد تم بواسطة الحائز نفسه أو بفعل نائبه أو أحد أتباعه، ويستوي كذلك أن يتحقق الإكراه بانتزاع حيازة العين بالقوة أو قيام المالك بتسليمها بسبب الرهبة التي تولدت في نفسه. د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، دار أبو المجد بالهرم، ١٩٩٣م، ص ٢٧٦.

(٤) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٠٨ - وص ١١٢.

وإذا انتقلت حيازة العقار المغصوب من الغاصب إلى غيره سواء كان الغير خلفاً عاماً كالوارث أو خلفاً خاصاً كالمشتري فإن خلف الغاصب الذي انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة، ويستطيع المدعي أن يسترد حيازة العقار منه حتى لو كان الخلف لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار، فدعوى استرداد الحيازة بالإضافة إلى إنها جزاء على الغصب في ذاته تُعتبر كذلك حماية للحيازة، وفي النتيجة يجوز للحائز عن طريقها أن يسترد حيازته لا من الغاصب فحسب بل من غيره أيضاً الذي نقلت إليه الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية هذا ما أشارت إليه المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري^(١).

ثانياً: المنقول

المنقول في اللغة: مشتق من النقل، وهو التحويل من موضع إلى موضع^(٢)، والمنقول في الاصطلاح القانوني يقابل العقار، واللافت للنظر أنَّ بعض القوانين المدنية عرفت المنقول بصورة مباشرة وبعضها الآخر عرفته بصورة غير مباشرة عن طريق تعريف العقار تعريفاً مباشراً تاركين تعريف المنقول إلى مجرد الاستبعاد.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد عرف المنقول في فقرة مستقلة وبصورة مباشرة وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٦٢) من القانون المدني بأنه كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة^(٣)، وكذلك المشرع الفرنسي فقد عرفه بصورة مباشرة في المادة (٥٢٨) من القانون المدني بأنه الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر سواء تم ذلك بقوته الذاتية كالحيوانات أم بقوة خارجية كالجوامد، وبالتالي فالأموال المنقولة في القانون الفرنسي هي التي تقبل الانتقال دون تلف من مكان إلى آخر، والتي ليست لها صفة العقار، وهي التي تتحرك أما بفعل قوتها الذاتية كالحيوانات أو بفعل

(١) د. قنري عبد الفتاح الشهاوي، منازعات الحيازة والملكية في التشريع المصري والعربي والأجنبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٣٧.

(٢) أحمد الفيومي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٨٥٦.

(٣) مع ملاحظة أن المشرع العراقي لم يعطي توضيحاً للمقصود من عبارة (وغير ذلك من الأشياء المنقولة) الواردة في الشطر الأخير من الفقرة الثانية من المادة (٦٢) من القانون المدني آنفة الذكر فهل يقصد بها المنقولات بحسب المأل. هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص ٢٧.

قوة الطبيعة أو قوة الإنسان وتسمى في هذه الحالة الجوامد، وتُضاف إليها العقارات التي تُعتبر منقولات بحسب المآل^(١).

وأما المشرع اليمني فقد عرف المنقول بصورة غير مباشرة من خلال تعريفه للعقار في المادة (١١٥) من القانون المدني التي نصت على إنه " المال الثابت غير المنقول (العقار) هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت فيه ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو لاستغلاله وكل ما عدا ذلك من المال فهو منقول".

وكذلك المشرع المصري عرّف المنقول بصورة غير مباشرة من خلال تعريف العقار في الفقرة الأولى من المادة (٨٢) من القانون المدني التي نصت على إنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"، وهذا النص موافق لنص المادة (٥٨) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

وبالتالي فالمنقول هو كل شيء لا ينطبق عليه وصف العقار، والضابط الفاصل في ذلك هو النقل من دون تلف أو تغيير الهيئة عند نقل الشيء، وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن المشرع اكتفى بتعريف العقار واعتبر كل ما عداه منقولاً، وكان في وسعه أن يعرف كلاً من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً، ولكنّه اكتفى بتعريف العقار وترك المنقول يُستنبط عن طريق الاستبعاد، وبذلك المنقول هو ما يمكن نقله وتحويله من مكانه مع بقاء هيئته وصورته كالحيوان والعروض والذهب والفضة والمكيلات والموزونات^(٢).

ومما يُلاحظ إن بعض القوانين المدنية عرفت العقار تعريفاً مباشراً تاركَةً تعريف المنقول إلى مجرد الاستبعاد، وكان الأجدر بهذه القوانين أن تضع تعريفاً للمنقول كما فعل المشرع العراقي والمشرع الفرنسي، لأن المنقولات في الوقت الحاضر أضحت تمثل قيمة اقتصادية مهمة، فقد أصبح للثروة المنقولة من أهمية تفوق الثروة العقارية، وخير مثال على ذلك أن الاسهم والسندات

(١) د. جورج ش دراوي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٢) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٤٦.

العائدة للشركات الصناعية الكبرى وشركات البترول أصبحت في بعض الدول الصناعية تحتل مركز الصدارة من بين عناصر الثروة^(١).

وعليه كما ذكرنا المنقول هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، فهو غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه، والأمثلة على المنقولات متعددة كالكتب والدفاتر والسيارات والطائرات والملابس والمجوهرات، والمنقول أما أن يكون منقول بطبيعته وهو الأصل^(٢)، وأما أن يكون منقول بحسب المآل وهو الاستثناء^(٣)، فكما أن العقار بالتخصيص استثناء يرد على الأصل العام في العقار، لأنه منقول يكتسب صفة العقار حكماً، وكذلك المنقول بحسب المآل استثناء يرد على الأصل العام في المنقول، إذ يصبح عقاراً بطبيعته منقولاً بالنظر إلى ما سيؤول إليه في المستقبل، فالمنقولات بحسب المآل عقارات بطبيعتها تُعتبر قانوناً أو بإرادة الطرفين من المنقولات ومثالها بيع البناء المعد للهدم أو المحصولات والثمار المعدة للجني أو الأشجار المعدة للقطع، ويترتب على جعل العقارات منقولات بحسب المآل إخضاعها للقواعد التي تحكم المنقولات لا للقواعد التي تحكم العقارات^(٤).

والسؤال المطروح هنا: هل يمكن أن يكون المنقول محلاً لوقوع فعل الغصب؟ للإجابة على هذا السؤال نقول إنَّ غصب المنقول قد ورد بشكل عام في المادة (٨٩٠) من مجلة الأحكام العدلية

(١) هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٢) المنقولات بطبيعتها هي الأشياء غير الثابتة، والقابلة للنقل من مكان إلى آخر من دون تلف سواء كانت تتحرك بقوتها الذاتية كالحيوانات أو تتحرك بقوة خارجية كالسيارات والسفن والطائرات، والعبرة في المنقولات بطبيعتها هي مجرد قابليتها للنقل من دون تلف، وليس بالضرورة أن يتم هذا النقل بالفعل كأثاث المنزل والكتب والبضائع مثلاً. د. جعفر الفضلي د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، ط ١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٧م، ص ٢٠٩. د. إبراهيم أبو الليل د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، طباعة مطابع مقهوي، الكويت، ١٩٨٦م، ص ٢٤٧.

(٣) المنقولات بحسب المآل هي عقارات اعتبرت حكماً وافترضاً من المنقولات بالنظر إلى ما ستؤول إليه بعد فترة من الزمن، ولذلك عاملها القانون معامل المنقولات ومثال ذلك المنزل المعد للهدم والأشجار المعدة للقطع والأحجار أو المعادن قبل قلعها أو المعدة للاستخراج من المحاجر والمناجم. د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٢٦٢.

(٤) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص ١٨. د. جورج ش دراوي، مصدر سابق، ص ٢٠٤ و ص ٢٠٥.

التي نصت على إنه " يُلزم رد المغصوب عيناً "، يتضح من هذه المادة أن الغاصب بأخذه للمال المغصوب فوت على المغصوب منه اليد، وهي مقصودة، لأن المالك يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع، وعليه يُلزم الغاصب برد المال المغصوب إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً، وذلك لتفاوت القيم باختلاف الأماكن، أما إذا اتحدت القيم فيرد المغصوب حيث شاء لعدم التفاوت في القيمة، وإذا صادف المغصوب منه الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه، كان المغصوب منه مخيراً بين أن يسترده هناك وبين أن يطلب رده إلى مكان الغصب ونفقة نقله ومؤونة رده على الغاصب^(١).

وقد ورد غصب المنقول كذلك بشكل غير مباشر في المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " يلزم الغاصب برد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى".

يفهم من هذه المادة أن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد العين المغصوبة إلى صاحبها مادامت موجودة كما هي، وهذا هو التنفيذ العيني، والأصل أن يكون الرد في مكان وقوع الغصب، وهو التنفيذ الكامل المثالي لالتزام الغاصب بالرد، أما إذا كان الغاصب قد نقل المال المغصوب إلى مكان آخر كما هو الحال في غصب المنقول^(٢)، وفي هذه الحالة إذا كان المغصوب يحتاج إلى مصاريف نقل ومؤونة حمل، فالمغصوب منه مخير بين أن يطالب الغاصب برد المغصوب إلى مكان الغصب، وعندئذ تكون على الغاصب مصاريف نقل المغصوب ومؤونة حمله وتبعية هلاكه أو تلفه أثناء عملية إرجاعه إلى مكان الغصب، وبين أن يطالب الغاصب باسترداد المغصوب إذا صادفه في مكان آخر غير مكان الغصب وكان المال المغصوب معه، وهذا كله

(١) سليم رستم باز، مصدر سابق، ص ٤٢٢.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف نينوى في قضية تم فيها غصب عشرة أطنان من السمنت وأربعة أطنان من الحديد وثلاثة الألف من الكاشي الفرفوري وسيارتين من السماد الحيواني بالزام الغاصب بتأدية مبلغ قدره ١,٧١٦,٦٦٦ مليون وسبعمائة وستة عشر ألف وستمائة وستة وستون دينار عراقي إلى المغصوب منه صاحب الأموال المنقولة. رقم القرار ٧٦/س/٢٠٠٥ في ٢٢ / ٦ / ٢٠٠٥. أشار إليه. د. حبيب إدريس د. أكرم محمود، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

دون الاخلال بحق المغصوب منه بمطالبة الغاصب بالتعويض عن الاضرار الأخرى التي سببها فعل الغصب^(١).

أما المشرع المصري فإنه لم يتطرق إلى أحكام الغصب بنصوص خاصة، وإنما تناول بعض أحكامه ضمن المواد الخاصة بالحيازة، إذ نصت المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري على إنه " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"، يتضح من هذا النص أن المشرع المصري لم يحدد نوع الشيء الذي يكون محلاً للغصب، وإنما جاء النص مطلقاً، وبالتالي فإنه يشمل العقار والمنقول على حد سواء، وعليه إذا اعتدى الغير على الحائز فاغتصب المنقول منه يمكنه أن يسترده استناداً إلى تملكه بالحيازة^(٢).

وبهذا الصدد تنص المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري على إنه " ١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته ٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها ٣- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"^(٣).

يتضح من هذا النص أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع، وهذا هو السبب الصحيح، فباع له غير المالك منقولاً فلم تنتقل الملكية إليه بالبيع، لأن البيع صادر من غير مالك، فإذا ظهر أن بائع المنقول غير مالك فإن ملكية المنقول تنتقل بحيازة المشتري للمنقول فوراً إذا كان وقت الحيازة حسن النية، أي يعتقد أن البائع هو المالك، وكانت حيازته مقترنة بالسبب الصحيح^(٤)، والسبب الصحيح في اكتساب ملكية المنقول بالحيازة المقترنة بحسن نية لا يُشترط وجوده بالفعل وإنما يُفترض وجوده، فالمشرع المصري

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤١ وص ٢٤٣. منير القاضي، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٢) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

(٣) ويقابل نص المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري نص المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي ونص المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني.

(٤) د. قدري الشهاوي، مصدر سابق، ص ٣٢٩ وص ٣٣٠.

افتراض وجود السبب الصحيح كما افترض حسن النية أيضاً بالنسبة لحائز المنقول، وعليه يتعين على مدعي ملكية المنقول الذي يريد استرداده أن يثبت انعدام السبب الصحيح وأن يقيم الدليل على سوء نية الحائز وقت حيازته للمنقول^(١).

ولا يشترط المشرع الفرنسي في المادة (٢٢٧٩) من القانون المدني أن تركز الحيازة على السبب الصحيح أو حسن النية واكتفى بالنص على أن الحيازة في المنقول سند الحائز، بينما الفقه والقضاء في فرنسا يشترط حسن النية على أساس أن المشرع الفرنسي في المادة (١١٤١) من القانون المدني جعل لمن له الحيازة الحقيقية الأفضلية على من ينازعه فيها بشرط أن يكون حسن النية، أما السبب الصحيح فلا يشترط توافره في الفقه والقضاء، وهذا راجع إلى أن المشرع الفرنسي لم ينص عليه في المادة (٢٢٧٩) من القانون المدني كما فعل في المادة (٢٢٦٥) من القانون المدني باشتراط توافر السبب الصحيح لاكتساب ملكية العقار في التقادم القصير^(٢).

وأما المشرع اليمني فقد تأثر برأي جمهور الفقهاء المسلمين فالعقار والمنقول كلاهما محلاً للغصب، إذ نصت المادة (١١٢٦) من القانون المدني على إنه " يلزم الغاصب رد العين المغصوبة إلى موضع الغصب ويصح ردها إلى موضع الطلب إن كانت موجودة فيه وقبل مالكة"، يتضح من هذا النص أن الغصب يجري في المنقول كما يجري في العقار، وبالتالي فإن الغاصب يلتزم برد العين المغصوبة إلى موضع الغصب أو موضع الطلب إذا كانت موجودة فيه، وهذا يعني أن المغصوب منه مخير بين مطالبة الغاصب برد العين المغصوبة إلى مكان الغصب أو المطالبة بردها إلى مكان آخر يحده المغصوب منه، وله الحق في مطالبة الغاصب باستردادها إذا صادفه في مكان آخر غير المكان الذي وقع فيه الغصب إذا كانت العين المغصوبة معه.

وبالعودة إلى المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني والتي نصت على إنه " ١ - على اليد ما أخذت حتى تؤديه ٢ - فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بالحالة التي كان عليها عند

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ١٣١ و ١٣٥.

(٢) فرج إبراهيم عبد الله سكر، الحيازة في المنقول كسبب من أسباب الملكية دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١١م، ص ١٧.

الغصب وفي مكان غصبه ٣- فإن أستهلكه أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلف بتعديده أو بدون تعديده فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب ٤- وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده".

يتضح من هذه المادة أن المنقول يصح أن يكون محلاً للغصب تماماً كالعقار وتطبق عليهما أحكام الغصب، فيجب على الغاصب رد المغصوب إن كان باقياً وضمانه إذا تلف أو ضاع منه وكذلك ضمان منافعه وزوائده، لأن كلمة غصب المال الواردة في هذه المادة تشمل العقار والمنقول وكل حق مالي له قيمة مالية، ويرى أحد الشراح إن حكم الغصب في القانون المدني الأردني ينطبق على العقار والمنقول على حد سواء، وإنه لا حاجة إلى إيراد نص كنص المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص على إنه " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"^(١).

ثالثاً: المنافع

النفع في اللغة: كلمة تدل على خلاف الضرر ونفعه ينفعه نفعاً ومنفعة، والمنافع جمع منفعة^(٢)، والمنفعة في الاصطلاح: ما كانت من قبيل الأعراض كسكنى العقار وركوب الدابة وما شاكل ذلك، والمنافع أموال متقومة مضمونة تجري مجرى سائر الأموال^(٣)، وبهذا الصدد تنص المادة (٥٩٦) من مجلة الأحكام العدلية على إنه " لو استعمل واحد مالاً بدون إذن صاحبه كان غاصباً فلا يلزمه ضمان منافعه ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل بكل حال وإن كان معداً للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد مثلاً لو سكن واحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة لكن إذا كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير لزمه أجر مثل المدة التي سكنها في كل حال أي سواء كان ثمة تأويل ملك أو عقد أو لم يكن وكذلك إذا كانت الدار دار

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٢) أبو نصر الجوهري، مصدر سابق، ص ١٢٩٢. أحمد بن فارس، مصدر سابق، ص ٤٦٣.

(٣) سليم رستم، مصدر سابق، ص ٢٧٢. د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص ١٠٨.

كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد يلزم أيضاً أجر المثل ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل".

وقد جاء في المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، وتقرر هذه المادة أن منافع المغصوب تُعتبر مغصوبة وهذا يؤدي طبعاً على الزام واضع اليد على العقار بدون حق، أي على الغاصب أن يرده إلى مالكة، وأن هذا هو الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب، وعلى غاصب العقار أن يعرض المغصوب منه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب، لأنها تُعد مغصوبة كأصلها والتعويض عن المنافع إنما يكون بأداء أجر مثله، ويُلاحظ أن الزوائد غير المنافع فإن الزوائد مادية كالثمر والصوف، والمنافع غير مادية كالسكنى بالنسبة للدار والركوب بالنسبة للسيارة.

وبهذا الصدد تنص المادة (١٩٦) من القانون المدني العراقي على إنه " زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلك ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، والحكم الذي جاءت به هذه المادة محل خلاف بين الفقهاء المسلمين، وقد قطع المشرع العراقي هذا الخلاف بنص المادة (١٩٦) السابق ذكرها اخذاً برأي جمهور الفقهاء وهو أن زوائد المغصوب مغصوبة مثله، ولم يأخذ برأي فقهاء الحنفية الذاهب إلى أن زوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب متصلة كانت أو منفصلة^(١).

والمراد من زوائد المغصوب نتاجه وثمراته الحاصلة في مدة الغصب كالتمر من النخيل واللبن والصوف من الغنم والعسل من النحل، فزوائد المغصوب التي حصلت في يد الغاصب بعد الغصب تُعتبر مغصوبة كأصلها لانطباق مفهوم الغصب عليها فيضمنها الغاصب^(٢)، ويرى أحد الشراح من مزايا المادة (١٩٦) من القانون المدني العراقي إنها خرجت من التأثير برأي الفقه الحنفي وعن النقل الحرفي من مجلة الأحكام العدلية كما في المواد السابقة، لأن ما ذهب إليه الاحناف بالقول بعدم كون الزوائد مغصوبة ضيق من دائرة مسؤولية المعتدين على أموال الناس

(١) د. حسن علي النون، مصدر سابق، ص ٢٨٦ وص ٢٧٠.

(٢) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٣٠٨ وص ٣٠٩.

كثيراً، وهذا مما يخدم الغاصب بتخليصه من المسؤولية المدنية بمجرد قيامه بدفع بدل المغصوب فقط، ولكن هذه المادة سكنت عن إلزام الغاصب برد الزوائد إذا كانت باقية، لأنه لا يوجد فرق بين الأعيان والزوائد في وجوب ردها في حالة بقائها تحت يد الغاصب ورد بدلها من المثل إذا كانت من المثليات وبالقيمة إذا كانت من القيميات في حاله تلفها حقيقةً أو حكماً^(١).

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (٩٧٩) من القانون المدني على أنه " يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير إنه يجوز أن يسترد ما انفق في انتاج هذه الثمار"^(٢)، فالحائز سيء النية كالغاصب يلتزم بان يرد للمالك الثمار التي قبضها، وأن يردها عيناً إذا كانت لا تزال موجودة في يده أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها، ويلتزم الحائز بان يرد إلى المالك قيمة الثمار التي قصر في قبضها ويقدر القاضي قيمة هذه الثمار^(٣)، ويكون الحائز مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها، والتي قصر في قبضها ولا يجوز إلزام الحائز برد الثمار لمجرد أن يضع يده على عقار مملوك للغير متى كان حسن النية وقت قبضها أي يعتقد إنه يجني ثمار ملكه وإنه لا يعتدي على حق غيره^(٤).

(١) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٢) والثمار هي ما ينتجه الشيء من غلة متجددة، وقد تكون ثماراً طبيعية كالزراع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه أو ثماراً صناعية كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والإنسان أو ثماراً مدنية كأجرة الأراضي والمساكن. د. السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٥١١.

(٣) د. قدري الشهاوي، مصدر سابق، ص ٣٧٣. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٤) فإذا كان العقار لا ينتج ثماراً فإن الحائز لا يلتزم برد ثمار لم يقبضها، ولكنه في هذه الحالة يلتزم بتعويض المالك عن الغصب الذي حال من دون انتفاع المالك بعقاره، وبهذا الشأن قضت محكمة النقض في قرار لها جاء فيه " يقتضي حتماً التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند بحث تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فإن لكل حكماً فالثمرة وهي الربح واجبة الرد إذا كان آخذها سيء النية والحق في المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقادم إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة (٣٧٥) من القانون المدني، ولا يغير من ذلك أن عين النزاع غير مثمرة فلا يؤثر ذلك في إلزام غاصبها بتعويض صاحب الحق عن حرمانه من الانتفاع بها، أما إذا كان آخذها حائزاً للعين واقتربت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة". نقض ١/٢١ / ١٩٩٣ / طعن (١٨١٣) س ٥٧ ق. المستشار أنور طلبه، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤ م، ص ٤١٣ - ص ٤١٩.

وحسبما أوضحتها المادتان (٩٨٣) و(٩٨٤) من القانون المدني المصري يكون الحائز الشيء النية مسؤولاً عن منفعة المغصوب وعما طرأ عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك وكما يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء وتلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي، فيرد للمالك قيمة الشيء وقت الهلاك أو يرد الشيء نفسه إذا تعيب مع التعويض عن النقص في قيمته إذا كان التلف جزئياً^(١).

وتنص المادة (١٣٥٢) من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على إنه " إذا قام من تسلم الشيء بحسن نية ببيعه فلا يلزم إلا برد ثمن البيع وإذا تسلمه بسوء نية وجبت عليه قيمته يوم الرد إذا كانت أعلى من الثمن"، وتنص في فقرتها الثالثة على إنه " يشمل الرد الثمار ومقابل الانتفاع بالشيء ويقدر القاضي مقابل الانتفاع يوم النطق بالحكم ويتم رد الثمار التي لا تكون موجودة عيناً وفق قيمتها المقدرة في تاريخ السداد تبعاً لحالة الشيء في يوم الوفاء بالالتزام مالم يشترط غير ذلك"^(٢).

وأما في القانون المدني اليمني فالمادة (١١٣٠) تنص على إنه " يلزم الغاصب رد فوائد العين المغصوبة الأصلية"، وقد عرفت المادة (١١٥٨) الفوائد الأصلية بقولها " الفوائد الأصلية هي ما تولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف واللبن والتمر وما إليها، والفوائد الفرعية هي ما نتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه"، وحسناً فعل المشرع اليمني حين احتذى حذو المشرع العراقي بالنص على حكم ضمان منافع المغصوب، كما نص على حكم ضمان زوائد المغصوب تسوية بالعين المغصوبة.

وأما في القانون الأردني فيقول أحد الشراح لم أجد في القانون المدني الأردني نصاً صريحاً يُعرف المنافع ولكنه جاء في المادة (٥٤) ما نصه " كل شيء يمكن حيازته مادياً ومعنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، وجاء في المادة (٢/٢٧٩) " فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه

(١) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٦١.

بالحالة التي كان عليها عند الغصب"، وجاء في المادة (٤/٢٧٩) "وعليه أيضاً ضمان منفعه وزوائده"، وهذه النصوص متوافقة ومنسجمة مع رأي جمهور الفقهاء على الرغم من أن القانون المدني الأردني قد استمد أغلب نصوصه من الفقه الحنفي.

الفصل الثاني

أنواع التصرف في المال المغصوب

إن وجود المغصوب في يد الغاصب من شأنه أن يغريه بالتصرف فيه مع احتياط الفقه والقانون بضرورة قيام الغاصب برد المغصوب للحيلولة بين الغاصب وبين جني ثمار غصبه، ولكن مدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تكون كافية لممارسة بعض التصرفات، والتصرف الذي يجريه الغاصب في المال المغصوب أما أن يكون تصرفاً فعلياً أو أن يكون تصرفاً قولياً، وعلى هذا سنعرض في هذا الفصل أنواع التصرف في المال المغصوب وذلك في مبحثين، نخصص المبحث الأول للتصرف الفعلي في المال المغصوب من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونتكلم في المطلب الثاني عن التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون، ونكرس المبحث الثاني للتصرف القولي في المال المغصوب من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول التصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونتحدث في المطلب الثاني عن التصرف القولي في المال المغصوب في القانون.

المبحث الأول: التصرف الفعلي في المال المغصوب

التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي يقابله العمل المادي في القانون المدني، إلا إنه هنالك من ينكر وجود هذه المقابلة على أن وقائع الميلاد والوفاة والجوار والقربة ماهي إلا أوصاف شرعية وليست تصرفات فعلية، والراجح هو مقابلة التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي للعمل المادي في القانون المدني، لأن الفقه الإسلامي يميز بين التصرفات القولية التي هي التصرفات القانونية والتصرفات الفعلية التي هي الوقائع المادية^(١)، وهنا يلزمنا أن نتعرف على رأي الفقهاء المسلمين وموقف القانون فيما لو تصرف الغاصب في المغصوب تصرفاً فعلياً، وتأسيساً على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص المطلب الأول للتصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني للتصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون.

المطلب الأول: التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

قد يكون المال المغصوب عرضه لمجموعة من التصرفات الفعلية كتغير المغصوب وامتزاجه بغيره أو اتصاله بشيء آخر، فما حكم هذه التصرفات في الفقه الإسلامي؟ وللإجابة عن هذا الموضوع بشيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: تغير المغصوب

التغير هو تبدل الشيء من حالة إلى حالة أخرى كما أو كيفاً أو كمياً وكيفاً معاً، وتغير المغصوب أما أن يكون بفعل الطبيعة أو بفعل الغاصب أو بفعل غيره^(٢)، فإذا تغيرت صفة المغصوب أو فقد ذاتيته بفعل الطبيعة كما لو كان المغصوب فاكهة فتغيرت بنفسها كأن يبست أو كان عصيراً فصار خلاً أو عنباً فصار زيبياً، وفي حكم ذلك قال فقهاء الحنفية والمالكية صاحبه بالخيار إن شاء أخذ المغصوب بعينه ولا شيء له وإن شاء تركه في يد الغاصب

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م، ص ٣١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٧م، ص ٦٩.

(٢) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

وضمنه مثل ما غصب^(١)، وقال فقهاء الشافعية إن غصب عَصيراً فصار خمرًا ضمن العَصِير بمثله، لأنه بانقلابه أسقط قيمته، فإن صار العَصِير خلًا يلزم الغاصب برده للمغصوب^(٢)، وقال فقهاء الحنابلة إن غصب عَصيراً فصار خمرًا، فعليه قيمة المغصوب، وإن انقلب خلًا عليه رد المغصوب مع ما نقص من قيمة العَصِير^(٣)، وقال فقهاء الإمامية إذا غصب عَصيراً فصار خمرًا ثم صار خلًا يسترده المالك لأن هذا عين ماله، وإن نقصت قيمة الخل كان الارش على الغاصب^(٤)، أما إذا تغير المغصوب بفعل من الغاصب حتى إذا غيره تغييراً جوهرياً أفقده ذاتيته وأزال عنه اسمه وأكثر منافعه كما لو غصب حنطة فطحنها دقيقاً أو قطناً فغزله أو حديدًا فصنعه سيفاً^(٥)، فما حكم هذه الحالة برأي الفقهاء المسلمين؟، للإجابة على هذا التساؤل ذهب فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الزيدية وبعض فقهاء الإمامية وبعض فقهاء المالكية^(٦) إلى القول بزوال ملك المغصوب منه عن المغصوب ويملكه الغاصب، ويضمن بدله المثل في المثلي والقيمة في القيمي^(٧)، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء بقولهم لا ينقطع حق المالك في ملكه وله أن يأخذه طالما كان باقياً كله أو بعضه، لأن صاحب الملك أولى بملكه من الغاصب، وإذا ترتب على ذلك التغير أو التحويل نقص في قيمة المغصوب كان على الغاصب ارش النقص ولا شيء للغاصب في الزيادة^(٨).

(١) أبي الليث السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٣، دار الفكر، دمشق، بلا سنة طبع، ص ١١٥.

(٢) أبي حامد الغزالي، الوجيز، ج ١، مطبعة الأدب والمؤيد، مصر، ١٣١٧هـ، ص ٢١١.

(٣) عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، المقنع، ج ٢، المطبعة السلفية، بلا سنة طبع، ص ٢٥٠.

(٤) محمد بن حسن بن علي الطوسي، المبسوط، ج ٣، طبعة حجرية، إيران، ١٢٧١هـ، ص ٧٢.

(٥) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٢٢٩ و ٢٣٠.

(٦) الكاساني، مصدر سابق، ج ٩، ص ٤٤٤١٦. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨١. الحلبي، مصدر

سابق، ج ٣، ص ٢٤٧. الخرشي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٣٤.

(٧) وقال فقهاء الحنفية لا يحل للغاصب الانتفاع بالمغصوب حتى يؤدي بدله استحقاقاً، لأنه في جواز الانتفاع

قبل دفع البدل فتحاً لباب الغصب، فيحرم الانتفاع قبل قبول المالك بأداء البدل أو إيرائه. الشيخ عبد الغني

الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨٠م، ص ١٩١.

(٨) الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٨٩. المقدسي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٩٧. الحلبي، مصدر سابق،

ج ٢، ص ١٥٣. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤٤.

وكذلك من غصب فضةً أو ذهباً وصكها دراهم ودنانير أو صنعها آنية لا يزول ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة فيأخذها^(١)، لأن العين باقية واسمها باقي^(٢)، ولا شيء للغاصب عند جمهور جمهور الفقهاء والخيار للمغصوب منه بين أخذ المغصوب مع ارش النقص وبين القيمة يوم الغصب في حالة تغير المغصوب وتحويله إلى شيء آخر^(٣).

وقد استدل أصحاب الرأي الأول على قولهم بانتقال ملكية المغصوب للغاصب بإحداث فعل يؤدي إلى تغييره وإخراجه عن هيئته بالسنة النبوية والمعقول، وفي السنة النبوية استدلوا بما روي أن الرسول (ص وآله) كان في ضيافة رجل من الأنصار، فقدم إليه شاة مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال الرسول (ص وآله) إنها ذبحت بغير حق، فقال الأنصاري كانت شاة أخي وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال الرسول (ص وآله) أطعموها الاسارى^(٤)، ووجه الدلالة بالحديث أن الرسول (ص وآله) جعل لهم تملكها بالعمل، لأنه أمرهم بإطعامها الاسارى، فأمره بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قد ملكها، ولو لم يملكها لمنعهم ولأمر بردها إلى مالكةا إن كان حاضراً أو بيعها وحفظ ثمنها له إن كان غائباً.

وأما المعقول فقالوا إن الغاصب أحدث صنعه متقومة، فاصبح حق المالك هالكاً حيث تبدل الاسم والصورة والمعنى، وحق الغاصب في الصنعة قائم، والملك لا يبقى في الهالك كما في

(١) وقال صاحباً أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد) يملكها الغاصب وعليه مثله، وذلك لأن الغاصب أحدث فيها صنعة معتبرة صار فيها حق المالك في حكم الهالك مما أدى إلى تغاير الأصل مع الحادث المصنوع في الاسم والمعنى، وبالتالي فقد جاء رأيهم مخالفاً لرأي أبي حنيفة. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، ج ٢، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٩م، ص ١٩٠.

(٢) ويرى أحد فقهاء الزيدية إذا فعل الغاصب في العين المغصوبة ما أزال اسمها ومعظم منافعها، فهذا لا يوجب يوجب أن تصير تلك العين بعد تغييرها ملكاً للغاصب بل المالك بالخيار إن شاء أخذها وأخذ ارش النقص وإن شاء تركها وأخذ قيمتها. محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٧٥.

(٣) أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار، ج ٣، ط ١، طبعة وزارة العدل، مصر، ١٣٤٠هـ، ص ٥٣٢. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٧م، ص ١٤٧.

(٤) أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج ٥، ط ١، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، بلا سنة طبع، ص ٢٣٥.

الهالك الحقيقي، ولأن الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوع اعتداء عليه أو اضرار به، وهذا يوجب زوال ملكه من المغصوب وانتقاله للغاصب^(١).

وقد استدل أصحاب الرأي الثاني على قولهم بعدم زوال ملكية المغصوب منه للمغصوب المتغير بفعل الغاصب أو بفعل غيره بالقرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول، وفي القرآن الكريم فاستدلوا بقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"^(٢)، وجه الدلالة بالآية الكريمة إن الله سبحانه وتعالى نهى عن أكل أموال الغير بالباطل، وما أحدثه الغاصب في المغصوب من تغير وتصرف فيه عمل باطل، والباطل لا أثر له فيبقى المغصوب مملوكاً لصاحبه.

وأما في السنة النبوية فاستدلوا بما روي أن الرسول (ص وآله) قال " لا يحل لأحد منكم من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه"^(٣)، وقوله (ص وآله) " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام"، وقوله (ص وآله) " ليس لعرق ظالم حق"، وغيرها من الأحاديث الشريفة التي تشهد على حرمة أموال الآخرين وعدم الانتفاع بها إلا بإذن أصحابها، وإن عمل الغاصب في تغير المغصوب لا ينتج حقاً له لأنه ظلم وعليه رده لصاحبه^(٤).

وأما في المعقول فقالوا إذا قام الغاصب بإحداث تغير في المغصوب، فإن المالك يأخذه ولا يتملكه الغاصب وعليه ارش النقص وذلك لأمر منها بقاء ذات المغصوب وعينه بعد فعل الغاصب والفائت بعض الصفات وهذا لا يبطل حق الاسترداد، وإن ملكية المغصوب ثابتة للمالك وما فعله الغاصب في المغصوب محذور لا يصلح سبباً لثبوت الملك، لأن الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعاً فبقي المغصوب على ملك المالك^(٥).

وقد يلجأ الغاصب إلى تغيير بعض أوصاف المغصوب أما بزيادة شيء عليه أو انقصه، والزيادة التي تحصل من الغاصب، أما زيادة عين أو زيادة وصف كمن غصب الدقيق فخلطه

(١) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٨٧.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤٩٠.

(٤) القرافي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٢.

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

بسمن أو غصب الثوب فصبغه، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ولهم ثلاثة آراء، فيرى فقهاء الحنفية والمالكية للمالك الخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره وإن شاء أخذه وأعطى قيمة الزيادة^(١)، وقال فقهاء الحنابلة وبعض فقهاء الشافعية إن أمكن فصل الزيادة أجبر الغاصب على ذلك وإن لم يمكن فصل الزيادة ولم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب وإن نقصت قيمة المغصوب لزم الغاصب ارش النقص وإن زادت قيمة المغصوب اشترك الغاصب والمغصوب منه^(٢)، ويرى فقهاء الإمامية وفقهاء الزيدية وبعض فقهاء الشافعية يجب على الغاصب فصل الزيادة التي أضافها على المغصوب مع ضمان ما يطرأ على المغصوب من نقص، وأما إذا لم يمكن فصل الزيادة فالغاصب يكون شريكاً مع المغصوب منه بقدر ماله^(٣).

وبهذا الصدد يرجح أحد الشراح الرأي الأخير وحجته في ذلك إنه أقرب إلى تحقيق العدالة في مراعاة حق الطرفين، وإنه يجب على الغاصب إذا أمكن فصل الزيادة رد المغصوب كما هو إلى المالك، ولا يلزم بضمان قيمة المغصوب إذا لم يمكن فصل الزيادة، وهي عين مال الغاصب، فكان الأوفق جعل الغاصب شريكاً مع المالك بقدر حقه مع الاحتفاظ للمالك بحقه في التعويض فيما لو حصل نقص للمغصوب بسبب الزيادة^(٤).

وهنا يمكن القول بترك الخيار للمالك بين دفع قيمة الزيادة واسترداد المغصوب أو ترك المغصوب للغاصب وتضمينه مثله إذا كان المال مثلياً وقيمته إذا كان المال قيمياً، وإن المغصوب قد يحصل فيه نقص أو عيب عند الغاصب^(٥)، باستعماله أو بغير استعماله مثل

(١) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٧. ابن الخطاب، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٨٧.

(٢) عبد الله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ط ٥، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨م، ص ٣٩٤. أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم مع مختصر المزني، ج ٨، ط ١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٠م، ص ٢١٧.

(٣) الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٤. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨٤. شمس الدين محمد بن العباس بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٦٧م، ص ١٨٢.

(٤) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ١٧٨.

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

تخريق الثوب وتهدم الدار وجرح الدابة^(١)، وهنا ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية وبعض الحنفية إلى أن النقص مضمون على الغاصب مطلقاً سواء حدث بأمر سماوي أو بفعل الغاصب أو بفعل غيره^(٢).

وذهب فقهاء المالكية إلى التفصيل الآتي:

١- يرى أحد فقهاء المالكية لا يكون ضامن للنقص مطلقاً سواء كان النقص بقوة قاهرة أم بفعل الغاصب^(٣).

٢- ويرى آخر يكون النقص مضمون إذا كان بفعل الغاصب أو فعل غيره، ولا يكون الغاصب ضامناً إذا كان النقص بأمر سماوي لا يد للغاصب فيه^(٤).

٣- ويرى بعض المالكية إذا كان النقص بفعل الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يأخذ المغصوب مع قيمة النقصان، وبعض فقهاء المالكية اختلفوا في وقت تقدير قيمة النقص منهم من قال يوم حدوث النقص ومنهم من قال يوم الغصب^(٥).

٤- ويرى بعض المالكية إذا كان النقص بفعل غير الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب أو يترك الغاصب ويتبع الغير^(٦).

(١) وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن نقص المغصوب بسبب فوات جزء من العين المغصوبة وزواله مثل خرق الثوب وغيره يلزم الغاصب بضمان النقص في جميع الأحوال، فإذا كان النقص يسيراً كالخرق اليسير في الثوب، فليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقص وذلك لبقاء العين بذاتها وإن كان النقص فاحشاً كالخرق الكبير في الثوب، فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه النقصان وإن شاء تركه للغاصب وأخذ قيمته، لأنه أصبح مستهلكاً. أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج ٦، دار الطباعة العامرة، بولاق، ١٢٥٤هـ، ص ١٩٠.

(٢) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٧٦. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٩٤. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٥. الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٣. الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٥٥.

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

(٤) الخطاب، مصدر سابق، ج ٧، ص ٣٢٨.

(٥) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(٦) الدردير، مصدر سابق، ج ٤، ص ٩٤.

٥- فرق أبو حنيفة بين النقص الجسيم وغير الجسيم، فيضمن القيمة في الحالة الأولى ويضمن النقص في الحالة الثانية^(١).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء بقوله أن الغاصب مسؤول عن كل نقص أو عيب يحدث في المغصوب بعد الغصب وقبل رده إلى صاحبه سواء كان النقص أو العيب حدث بقوة قاهرة أم بفعل الغاصب أم بفعل غيره، وذلك لأن النقص تلف جزئي للمغصوب والغاصب يكون ضامناً للتلف الجزئي كما يضمن التلف الكلي على أساس إن حكم الكل يسري على الجزء، وإن يد الغاصب يد ضمان فهو مسؤول عن كل ما يحدث في المغصوب بعد الغصب، ويضر بحق المغصوب منه بغض النظر عن مصدره، إذ إن الغاصب سيء النية وبالتالي يُسال عن كل نقص يصيب المغصوب بسبب عمله غير المشروع سواء كان النقص فاحشاً أو يسيراً^(٢).

وإن ضابط الفرق بين النقص اليسير والنقص الفاحش، إن النقص اليسير هو ما لا يفوت به شيء من المنافع، وإنما يدخل في نقصان المنافع، ويعبر عنه بالنقص المستقر أي الذي لا يؤدي إلى تلف الكل كالخرق اليسير في الثوب، وفي حكم هذه الحالة يرى الفقهاء إنه ليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقص وذلك لبقاء العين بذاتها، ولا يجبر الغاصب على أخذ المغصوب ودفع قيمته^(٣)، والنقص الفاحش هو ما يفوت به جزء من العين المغصوبة وجنس المنفعة مع بقاء بعض العين وبعض المنافع، ويعبر عنه بالنقص غير المستقر كالخرق الكبير في الثوب أو طعام ابتل بالماء أو حنطة ابتلت بالماء وادى إلى تلفها^(٤)، وفي حكم هذه الحالة اختلف الفقهاء ولهم أربعة آراء:

(١) الطحطاوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٩٠.

(٢) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٣) النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٣. القيلوبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٦. الرملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٣. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٦٩. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٩٢. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨٨. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٥. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٩.

(٤) سعد رستم، مصدر سابق، ص ٥١ و ٥٢.

الرأي الأول: يُعتبر المغصوب كالهالك، ويغرم الغاصب بدل المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وهو القول الأول للشافعية وقول ضعيف للإمامية.

الرأي الثاني: للمالك أن يأخذ المغصوب مع ارش النقص، وهو القول الثاني للشافعية ورأي الظاهرية والقول الراجح عند الإمامية.

الرأي الثالث: الخيار للمالك بين أخذ مثله من الغاصب أو أخذ المغصوب مع ارش النقص، وهو القول الثالث للشافعية ورأي الحنابلة.

الرأي الرابع: تخيير الغاصب بين أن يمسك المغصوب ويغرمه وبين أن يرده مع ارش النقص وهو القول الرابع للشافعية^(١).

وأما إذا تغيرت قيمة المغصوب بسبب نقصان السعر، وهو تحت يد الغاصب وأصبحت قيمته وقت رده إلى المالك أقل مما كانت عليه وقت الغصب، فيرى جمهور الفقهاء أن الغاصب لا يضمن نقصان السعر إذا رد المغصوب في مكان الغصب، ولا يحق للمغصوب منه ترك المغصوب للغاصب والمطالبة بقيمته، وسندهم في ذلك إن نقص السعر ليس بفوات وإن المغصوب باق على حاله وإن هبوط الأسعار في الأسواق يرجع إلى فتور رغبات الناس وليس إلى عين الشيء وصفته^(٢).

ويرى فقهاء الظاهرية وبعض فقهاء الشافعية والزيدية أن الغاصب يضمن نقصان السعر وحجتهم في ذلك أن الغاصب فوت منفعة للمالك متعلقة بالعين كان يمكن أن يستفيد منها، إذ كان بمقدوره أن يبيع المغصوب وقت الغلاء، وأن الغاصب ملزماً برد المغصوب إلى المالك بجميع صفاته إذا زاد ثمن المغصوب، لأنه حين زاد ثمنه كان مفروضاً عليه أن يرده إليه وهو يساوي تلك القيمة، فإذا نقصت قيمته فإنه لا يسقط رد ما لزمه رده^(٣).

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٦٧ و ١٦٨.

(٢) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٧. الرملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٢. المرداوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٥٥. الصنعاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٨. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٨١.

(٣) ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٩. النووي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٢١. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٥.

وأما فقهاء المالكية فإنهم يفرقون بين الغصب والتعدي، فالغصب هو الاستيلاء على العين بقصد تملكها، أما التعدي هو الاستيلاء على العين بقصد الانتفاع بها^(١)، وعندهم أن العين المغصوبة إذا نقصت قيمتها السوقية فلا ضمان على الغاصب في نقص القيمة، بل يأخذها مالكا ولا شيء له، وفي التعدي يُلزم المتعدي بقيمة العين يوم التعدي عليها إن تغير سوقها^(٢).

ونحن نتفق مع رأي جمهور الفقهاء في أنَّ الغاصب لا يضمن نقصان السعر في المغصوب إذا استرده صاحبه، وهو باق على حاله، وأما إذا حدث في المغصوب عيب أو نقص، فالغاصب ملزم بالضمان بمثله إذا كان مثلياً وقيمته إذا كان قيمياً.

والسؤال المطروح هنا ما الحكم إذا كان المغصوب نقوداً ثم ارتفعت أو انخفضت قوتها الشرائية بعد الغصب؟ في الإجابة عن هذا السؤال يرى جمهور الفقهاء أن المدين لا يلزم إلا برد ما أخذه كما وكيفاً سواء كان الأخذ بصورة مشروعة كما في القرض أم بصورة غير مشروعة كما في الغصب^(٣)، ويرى أحد الفقهاء أن الحل لمسألة تقلب قيمة النقود يتمثل بالصلح على الأوسط، بمعنى أن يتقاسم المقرض والمقترض أو الغاصب والمغصوب منه الضرر الناجم عن تغير سعر النقود^(٤)، ويرى آخر أن الحكم الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء فيه إجحاف بحق الدائن ومنافٍ للعدالة، فعلى سبيل المثال من غصب مائة دينار من شخص في وقت كان الدينار يساوي مثقالاً من الذهب فهل من العدل أن يحكم بأن المغصوب منه لا يستحق إلا القيمة نفسها في وقت يكون سعر المثقال من الذهب أكثر من ثمانين ألف دينارٍ فانخفاض العملة يحولها من المثلي إلى القيمي فلا يكون الرد بالمثل وإنما بالقيمة^(٥)، وكذلك الحكم إذا كان الأمر معكوساً، فالعبرة في حالة تغير القوة الشرائية يوم الغصب سواء كان التغير في ارتفاع القوة الشرائية أم انخفاضها، فالنقود من المثليات، وقد أجمع العلماء من الأصوليين والفقهاء على أن بدل المثل من المثل وإذا

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(٢) الدريدر، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٥٢. الخرشي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤١.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٣٢، ٢٠٠٢م، ص ٧ و ٨.

(٤) محمد امين الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢، مطبعة شركة الصحافة العثمانية، استانبول، ١٣٢٥هـ، ص ٦٧.

(٥) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

تعذر المثل يُصار إلى قيمته، وكذلك أجمعوا على أن مثل الشيء هو ما يساويه صورة ومعنى، والمعنى هو القيمة وتقدر بالمنفعة، وقد قسموا التزام المدين إلى الأداء والقضاء، والأداء هو تسليم الواجب نفسه إلى مستحقه، والقضاء هو تسليم أو رد مثل الواجب أو قيمته^(١).

الفرع الثاني: امتزاج المغصوب

المزج: هو الخلط بين شيئين فاكثر، وهما إما أن يكونا من نوع واحد أو يختلفان في النوع، وفي كلتا الحالتين إما أن يمكن فصل أحدهما عن الآخر أو لا يمكن^(٢)، فإذا كان من الممكن تمييز المغصوب وفصله عما اختلط به وكان المخلوط من جنسه أو من غير جنسه يلزم الغاصب برد المغصوب إلى صاحبه بعد فصله عن ماله كخلط الدراهم بالدنانير^(٣).

وإذا خلط الغاصب المغصوب بغيره وتعذر تمييزه، فالحال لا يخلو من احتمالين، فأما أن يكون المخلوط من جنس المغصوب كخلط الحنطة بالحنطة والزيت بالزيت، وأما أن يكون من غير جنسه كخلط الحنطة بالشعير والزيت بالسمن^(٤).

وهنا يرى فقهاء الإمامية إذا غصب دهناً كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان، وإن خلطه بآزداً أو أجود منه، فالغاصب يضمن المثل لتعذر تسليم العين في قول، وفي قول آخر يكون شريكاً في فضل الجودة ويضمن المثل في فضل الرداءة إلا أن يرضي المالك بأخذ العين،

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة والتشريعات المدنية العربية، بغداد، ٢٠٠٠م، ص ٢٧١.
(٢) ويرى جانب من الفقه أن الفقهاء المسلمين يستعملون مصطلح الجنس بدلاً من النوع ومصطلح النوع هو الصحيح منطقياً، وعلى سبيل المثال يعدون الشعير والحنطة جنسين بينما هما نوعان من جنس الحبوب. د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(٣) محمد بن مكي شمس الدين العاملي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ٣، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، بلا سنة نشر، ص ١١٠. علاء الدين ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٨، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م، ص ٤٨٩. ابن يحيى زكريا الأنصاري، منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب، ج ١، مطبعة مصطفى البابي، ١٩٤٨م، ص ٢٣٦. أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع، ج ٢، المطبعة المصرية بالأزهر، بلا سنة طبع، ص ٣٣٩. الخطاب، مصدر سابق، ج ٧، ص ٢٧١. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٨٢.

(٤) سيف سعيد، مصدر سابق، ص ١٤٩.

أما إذا خلطه بغير جنسه فيُعد استهلاكاً ويضمن مثله^(١)، ولا يختلف رأي فقهاء الزيدية عن رأي فقهاء الإمامية في جعل خلط المغصوب بغير جنسه استهلاكاً، ويجب ضمان المثل لتعذر رد المغصوب^(٢).

ويرى فقهاء الحنفية إن خلط المغصوب بجنسه، كخلط الحنطة بالحنطة واللبن باللبن، يؤدي إلى تملك الغاصب للمغصوب، ولا حق للمالك في المخلوط عند أبي حنيفة، وعند صاحبين محمد وأبي يوسف المالك مخير إن شاء ضمنه مثل حقه وترك المغصوب للغاصب وإن شاء شاركه في المخلوط واقتسماه على قدر حقهما، وأما إذا خلطه بغير جنسه كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، فالخالط ضامن ولا حق للمالك في المخلوط، لأنه استهلاك^(٣).

وللمذهب الشافعي قولان في مسألة أن الغاصب إذا مزج المغصوب بغيره وكان المخلوط من جنسه القول الأول: يجوز للغاصب أن يدفع مثله كما لوهلك، لأنه لا يستطيع رد عين المغصوب، والقول الثاني: يلزم الغاصب أن يدفع للمالك من المخلوط، لأنه يقدر على دفع بعض ماله فلا ينتقل للبدل، وإذا خلط المغصوب بأجود منه فإن بذل الغاصب للمغصوب منه من المزيج بقدر المغصوب يلزم المالك بقبوله، وإن بذله مثل المغصوب ففيه قولان: الأول يلزم المغصوب منه بقبوله، والثاني: يُباع المخلوط، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، وإذا خلط الغاصب المغصوب بأردأ منه ففيه قولان: الأول الخيار للمالك إن شاء طلب من المخلوط بقدر ماله، وإن شاء طلب البدل بمثله، لأن المخلوط دون حقه، والثاني يُباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وإن نقص فعلى الغاصب ضمانه^(٤).

وقال فقهاء الحنابلة أن الغاصب إذا خلط المغصوب بماله ومن جنسه وتعذر تمييزه كما لو خلط حنطة أو زيتاً بمثله لزمه مثله، وإذا خلطه بغير جنسه أو بأردأ أو خير منه ففيه ثلاثة

(١) الحلي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٤. الطوسي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٧٩.

(٢) أحمد العنسي، مصدر سابق، ص ٣٥٩.

(٣) جماعة من علماء الحنفية، الفتاوى الهندية، ج ٥، مطبعة دار الطباعة، بولاق، ١٢٧٦هـ، ص ١١٧.

(٤) الرملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨٣. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٧٨.

أقوال: في القول الأول يلزم الغاصب بمثل المغصوب، وفي القول الثاني أنهما شريكان بقدر حقهما، وفي القول الثالث يُباع المخلوط ويدفع إلى كل منهما بقدر حقه^(١).

بعد استعراض موقف الفقه الإسلامي من مسألة خلط المغصوب بغيره ولم يمكن الفصل بينهما، نحن نؤيد رأي فقهاء الإمامية، لأنه أيسر في حسم النزاع وأقرب إلى العدالة، وبالتالي أن الغاصب والمغصوب منه يكونا شريكين في قيمة المخلوط إذا خلط الغاصب المغصوب بمثله، ويُباع المخلوط ويُقسم الثمن بينهما كل بحسب حصته حتى لا يترك الغاصب مال غيره مقابل البذل، ويضمن الغاصب المثل إذا خلط المغصوب بغير جنسه وأقل منه في القيمة.

الفرع الثالث: اتصال أو التصاق المغصوب

الاتصاق: اتحاد أو اندماج شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لشخصين مختلفين على نحو يتعذر معه الفصل بينهما من دون تلف ومن دون أن يوجد بينهما اتفاق على هذا الاندماج^(٢)، وأن الغاصب حين يبقى المغصوب تحت يده قد يتصرف فيه نتيجة الطمع وحب المال بأنواع من التصرفات كالبناء أو الغراس أو الزراعة أو إحداث تحسينات على العين المغصوبة، وفي مسألة البناء أو الغراس في الأرض المغصوبة اختلف الفقهاء في حكمها، ولهم أربعة آراء:

الرأي الأول: ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى التفرقة بين حالة ما إذا كانت قيمة البناء أو الغراس أكثر من قيمة الأرض المغصوبة، ففي هذه الحالة ليس للمغصوب منه الحق في استرداد الأرض وإنما له الحق في قيمتها فقط للضرر الكبير الذي يلحق بمن أحدث البناء أو الغراس إذا تمت إزالته، أما إذا كانت قيمة الأرض أكبر من قيمة البناء أو الغراس يلزم الغاصب برد الأرض لمالكها وبإزالة ما أحدثه من منشآت استناداً إلى قاعدة "أن الضرر الأشد يزال بالأخف"^(٣).

(١) مرعي بن يوسف الكرمي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج ٢، دار السلام للطباعة والنشر، دمشق، ١٣٧٨هـ، ص ٢٤١.

(٢) د. طلبة وهبه خطاب، نظام الملكية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط ٢، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٨٨م، ص ٥٥١.

(٣) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٦٧.

وينتقد أحد الشراح هذا الرأي بالقول إنه يؤدي إلى تمكين الغاصبين أصحاب النفوذ والأموال من تملك أموال غيرهم بطريق القهر والغلبة بمجرد أن تكون قيمة ما أحدثوه من بناء أو غراس تزيد على قيمة الأرض المغصوبة^(١).

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى إلزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من بناء أو غراس على الأرض المغصوبة، ولا ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس، لأن المحدث بمنزلة الغاصب، وليس له الحق في الاعتداء على ملك غيره، وحجتهم في ذلك ما روي عن يحيى بن عروة عن أبيه قال: قال رسول الله (ص وآله) " من احيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق"، وقال عروة: ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار نخلاً، فاختمها إلى النبي (ص وآله) ف قضى للرجل بأرضه وقضى على الآخر أن ينزع نخله، قال: فلقد رأيت يضرب في أصولها بالفؤوس، قال أبو عبيد: هذا الحديث مفسر للعرق الظالم، وإنما صار ظالماً لأنه غرس في الأرض، وهو يعلم إنها ملك لغيره، فاصبح بهذا الفعل ظالماً غاصباً^(٢).

الرأي الثالث: ذهب فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنفية إلى أن المغصوب منه مخير بين إلزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من بناء أو غراس وبين ترك البناء أو الغراس بقيمته مقلوعاً^(٣)، ويرى بعض الحنفية إذا كان القلع مضرراً بالأرض للمالك تملك البناء أو الغراس بقيمته مستحقاً للقلع جبراً على الغاصب^(٤).

الرأي الرابع: ذهب بعض فقهاء الشافعية وبعض فقهاء الحنابلة إلى إن ترك البناء أو الغراس لصاحب الأرض متوقف على رضا الغاصب، لأنه عين ماله فلا يجبر على أخذ القيمة، فإذا أبى إلا بالقلع فله، لأنه ملكه سواء أضر القلع بالأرض أم لا، وإذا حدث نقص في الأرض من

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٢) ابن عابدين، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٩٢. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٧١. ابن جزي، مصدر سابق، ص ٢١٧. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٨١. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٣. الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٦.

(٣) الدردير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٥٤.

(٤) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٧.

جاء القلع فعلى الغاصب للمالك ارش النقص^(١)، ونحن نؤيد رأي أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في الزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من بناء أو غراس في الأرض المغصوبة لقوة حجتهم بصرف النظر عن قيمة هذه المحدثات وما يلحق بالغاصب من ضرر من جراء القلع، لأنه معتد وظالم تسبب بضرر نفسه بنفسه^(٢).

وأما في حكم مسألة الزرع في الأرض المغصوبة، يرى الفقهاء عدا أبي حنيفة وأبي يوسف بوقوع الغصب في الأرض، وذلك استناداً لقول الرسول (ص) " من ظلم قيد شبر من الأرض ظلماً طوقه الله إلى سبعين أرضين"^(٣)، فغاصب الأرض فأما أن لا يكون قد زرع فيها شيء أصلاً أو يكون قد زرع فيها والزرع ما زال قائماً أو زرع فيها وقد حصد الزرع، ولكل من هذه المسائل الثلاث حكم خاص فيها.

المسألة الأولى: غصب الأرض من دون الزراعة فيها

إذا غصب الغاصب الأرض ولم يزرع فيها وأدى ذلك إلى نقصان ثمنها بأن نبت فيها الحشيش وغيره مما يضر الأرض أو نقصت لبعد المياه عنها فصارت سبخة، ففي هذه المسألة يرى فقهاء الشافعية والحنابلة أن الغاصب يلزم بنزع الحشيش منها وردها إلى صاحبها، وعليه أجرة المثل من يوم الغصب إلى يوم التسليم وارش النقص، لأنه حصل في يده فيجب ضمانه^(٤)، ويرى فقهاء الإباضية لا يلزم الغاصب بنزع الحشيش منها وردها إلى صاحبه كما هي^(٥)، ونحن نؤيد أحد الشراح في ترجيحه الرأي الأول، لأنه أقرب إلى العدالة وأرفع للظلم والضرر، وإن لم يكن قد حدث في الأرض نقص فليس على الغاصب سوى تسليمها إلى صاحبها مع أجرة المثل من يوم الغصب إلى وقت الرد^(٦).

(١) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١٤، ص ٢٥٨. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٨٠.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٣) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٤) الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤٥٦. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٤. ابن قدامه، مصدر سابق،

ج ٥، ص ١٨٨. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٨٠.

(٥) اطفيش، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

(٦) د. حامد الفقي، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

المسألة الثانية: غصب الأرض والزراعة فيها

قد يصادف الحكم على الغاصب برد الأرض المغصوبة وجود الزرع قائماً عليها، ولم يحن وقت الحصاد، فهل يجبر الغاصب على قلع الزرع؟، إذا استطاع صاحب الأرض ردها من الغاصب وكان الغاصب قد زرع فيها زرعاً فالبذر أما أن يكون لصاحب الأرض أو للغاصب، فإن كان البذر مملوكاً لصاحب الأرض أخذ الزرع ولا شيء للغاصب نظير عمله وزراعته، وإن كان البذر مملوكاً للغاصب فهل يأخذ صاحب الأرض زرع الغاصب لتصرفه في ملك غيره بغير إذنه واعتدائه على المغصوب منه؟^(١)، في الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء، ولهم رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية والزيدية يجبر الغاصب على قلع الزرع وتسليم الأرض فارغة لصاحبها^(٢)، وسندهم في ذلك من السنة النبوية والإجماع والمعقول، أما في السنة النبوية ما روي عن الرسول (ص وآله) قوله " ليس لعرق ظالم حق"^(٣)، أما في الإجماع فقد أجمع العلماء على إن من اغتس نخلاً أو ثمرًا ونباتاً في أرض غيره يؤمر بالقلع^(٤)، وفي المعقول للمالك إجبار الغاصب على القلع، لأنه زرع في أرض غيره ظلماً، فيجب عليه رفع الظلم وإزالة الضرر، فيؤمر بتقريغها وردها إلى مالکها وعليه تسويتها وارش نقصها وأجرة المثل^(٥).

الرأي الثاني: يرى فقهاء الحنابلة والإمامية لا يجبر الغاصب على قلع الزرع، ويخير المالك بين إبقاء الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع إليه النفقة ويكون الزرع له^(٦)، وقد استدلوا على ذلك بالسنة النبوية والمعقول، أما في السنة النبوية بما روي أن الرسول (ص وآله) قال "من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) الزيلعي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٢٩. القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٣٣١. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٧١. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٤٤. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨١.

(٣) مالك بن أنس، الموطأ، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة طبع، ص ٧٤٣.

(٤) القرطبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٢٢.

(٥) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٣.

(٦) البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٨٠. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٧.

الزراع شيء وله نفقته^(١)، أما المعقول لا يجبر الغاصب على القلع على وجه يضر به، كما لو كانت الأرض مستعارة وزرع فيها المستعير فإنه لا يجبر على القلع حتى حصاد الزرع، ولأنه أمكن رد المغصوب لمالكه من غير إتلاف مال الغاصب فلم يجز إتلافه كما لو غصب سفينة وحمل فيها أموال وسار بها في عرض البحر، فالغاصب لا يجبر على ردها حتى ترسو صيانة للمال عن التلف^(٢).

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة غصب الأرض والزراعة فيها، نحن نتفق مع أصحاب الرأي الثاني في عدم إجبار الغاصب على القلع وترك الخيار للمالك في إبقاء الزرع في الأرض إلى الحصاد مع إلزام الغاصب بدفع الأجرة وارش النقص أو أن يكون الزرع له مقابل أن يدفع للغاصب ما أنفق على الزرع في الحرث والسقي وقيمة البذر وغير ذلك.

المسألة الثالثة: غصب الأرض والزراعة فيها وحصاد الزرع

إذا استطاع المغصوب منه رد الأرض من غاصبها أو قام الغاصب بردها إليه بعد حصاد الزرع، فلا خلاف بين الفقهاء في كون الزرع للغاصب، وعليه الأجرة من وقت الغصب إلى وقت التسليم، وإذا نقصت الأرض بالزراعة فعلى الغاصب ارش النقص، لأنه استوفى نفعها كما لو استوفاه بالإجارة، ولأن المنفعة مال يجب أن تضمن كالعين^(٣).

وأما في حكم مسألة قيام الغاصب بإحداث تحسينات على العين المغصوبة كزخرفة الدار وطلاء حيطانها بالدهان أو الجص، فيرى فقهاء الحنفية والزيدية يخير المغصوب منه بين أن يدفع للغاصب ما زاد في قيمة العين المغصوبة بسبب هذه التحسينات وبين أن يسمح للغاصب في قلع ما أحدثه في العين المغصوبة من تحسينات إذا كانت عيناً يمكن انفصالها، ولكن فقهاء الزيدية قالوا بتضمين الغاصب ارش ما قد يحدث في العين المغصوبة من نقص بسبب القلع^(٤).

(١) محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج ٢، دار الريان للتراث، بلا سنة طبع، ص ٨٢٤.

(٢) ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨٩. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٧.

(٣) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٢١٢. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٤) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٦٢. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٨٤.

ويرى فقهاء الحنابلة والشافعية إذا طلب المالك إزالتها يجبر الغاصب على الإزالة مع ضمان أرش نقصها إذا نقصت، وإن طلب الغاصب قلعها ومنعه المالك وكانت لها قيمة فللغاصب قلعها، وإن لم يكن لها قيمة ففيها وجهان الأول: يملك الغاصب قلعها لأنها عين ماله، والثاني: لا يملك الغاصب قلعها، لأنها سفه يضر ولا ينفع، ولكن فقهاء الشافعية يقولون أن الغاصب إذا أراد قلعها فله ذلك، لأنها عين ماله ولا فرق بين أن يكون لها قيمة أو لا^(١)، وفي النتيجة للمالك الحق في إلزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من تحسينات في العين المغصوبة مع تضمينه أرش النقص إذا نشأ بسبب الإزالة نقص في العين، وإذا أراد أن يدفع للغاصب قيمة التحسينات ورفض الغاصب وطلب إزالة ما أحدثه في العين من تحسينات فله ذلك لأنها عين ماله^(٢).

المطلب الثاني: التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون

أن الغاصب حين يبقى المغصوب تحت يده قد يتصرف فيه تصرفاً فعلياً، فإذا كان المغصوب من المنقولات فقد يقوم بإحداث بعض التغيرات فيه، وإذا كان من العقارات (الأراضي) فقد يغرس فيه غرساً أو يبني فيه بناءً أو يزرع فيه زرعاً، فما حكم هذه التصرفات في القوانين المدنية؟ للكلام عن هذا الموضوع بشيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تغير العين المغصوبة

إن العين المغصوبة عرضة للتغير، وهذا التغير قد ينصب على ذات العين أو على وصفها، وتغير ذات العين تترتب عليه آثار قانونية تختلف عن تلك الآثار المترتبة على تغير وصف العين، وتغير ذات العين المغصوبة قد يقع بفعل الغاصب كما لو غير العين على نحو تبدل معه اسمها وتحولت إلى عين أخرى، وقد تتغير العين عند الغاصب بنفسها كما لو كانت العين المغصوبة عنباً فصارت زيبياً أو رطباً فصارت تمرّاً^(٣).

(١) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٨١. النووي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٣٦.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٣) سيف بسام، مصدر سابق، ص ٤٣.

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

يتبين من استقراء الفقرات الثلاث لهذه المادة أن تغير المغصوب يكون على ثلاث صور، الصورة الأولى: أن يتغير المغصوب بنفسه والصورة الثانية: أن يتغير المغصوب بفعل الغاصب بحيث يتبدل اسمه من دون زيادة شيء عليه والصورة الثالثة: أن يتغير المغصوب بفعل الغاصب بزيادة شيء من ماله، فإذا تغير المغصوب من نفسه كان المغصوب منه مخير بين أخذ المغصوب مع التعويض عن الاضرار الاخرى التي سببها الغاصب وبين تركه للغاصب مع تضمينه بدل المغصوب كما لو غصب عنياً فصار زيبياً^(١).

وإذا تغيرت أوصاف المغصوب بفعل الغاصب حيث تبدل اسمه كما لو غصب نحاساً فجعله أواني كان ضامناً للمغصوب ويكون المغصوب له، وبعبارة اخرى أن الغاصب يملك المغصوب بعد تبدل اسمه وعليه ضمان البديل بالمثل إذا كان المغصوب من المثليات وبالقيمة إذا كان من القيميات^(٢)، وأما إذا تغير المغصوب بزيادة شيء من مال الغاصب كما لو غصب ثوباً فصبغه كان المغصوب منه مخيراً بين أن يدفع للغاصب قيمة الزيادة ويرد المغصوب أو أن يترك المال إلى الغاصب ويضمنه البديل، وليس للمغصوب منه أن يسترد المغصوب بلا دفع عوض الزيادة،

(١) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(٢) وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في أحد قراراتها " إذا تغيرت قطعة الأرض تغيراً فعلياً بسبب إجراء معاملات تصرفية وافرقات متتالية وتسجيل هذا الإفراز بأسماء أشخاص عديدين وتشيد أبنية عليها كل ذلك يجعل من إبطال التسجيل فيه استحالة مادية فيُصار للمتضرر إلى حق التعويض". رقم القرار (١١٤/موسعة مدنية في ٢٨/٨/٢٠٠٨). أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

لأنه كسب بلا سبب^(١)، ويرى أحد الشراح أن الفقرة الأولى من المادة (١٩٤) التي اقتبسها المشرع العراقي من المادة (٨٩٧) من مجلة الأحكام العدلية تعالج حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة أو بفعل الزمن، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين أخذ العين والرجوع على الغاصب بالأضرار الأخرى أو أن يترك العين في يد الغاصب ويرجع عليه بالتعويض^(٢)، وهنا يرى جانب من الفقه أن الفقرة الأولى من المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي هي المادة (٨٩٧) نفسها من المجلة باستثناء قيد (مع التعويض عن الأضرار الأخرى)، ومن عيوب هذه الفقرة إنها عالجت حالة تغير المغصوب ذاته المؤدي إلى النقص والضرر ولم تعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي إلى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فاصبح كبيراً أو كان هزيراً فاصبح سميناً^(٣).

وأما الفقرة الثانية من المادة (١٩٤) فقد عرضت لحالة تغير العين المغصوبة تغيراً يفقدها ذاتيتها الأولى، وتتبدل إلى شيء آخر له اسم خاص، ويترتب على ذلك إذا قام الغاصب بتغيير العين المغصوبة تغييراً كلياً تفقد معه ذاتيتها ويتبدل اسمها فإنه يملك العين الجديدة ولا يكون للمغصوب منه إلا الرجوع عليه بالتعويض كما لو غصب حنطة وطحنها أو جعل الحديد سيفاً والنحاس آنيةً والقطن غزلاً، فإن ملكية المالك تزول بتغير العين التي كان يملكها ويتملكها الغاصب ويضمن للمغصوب منه مثلاً أو قيمتها حسب الأحوال^(٤).

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الفقرة الثانية من (١٩٤) من القانون المدني العراقي مقتبسه حرفياً من المادة (٨٩٩) من مجلة الأحكام العدلية، والتي مفادها إن كل تغير من الغاصب يبدل اسم المغصوب كجعل الحنطة دقيقاً يصبح المغصوب ملكاً للغاصب وعليه ضمان بدله للمغصوب منه^(٥).

(١) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

(٣) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

(٤) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٥) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٢٩٤.

ويرى أحد الشراح أن موقف المشرع العراقي في هذه الفقرة المتمثل في إسقاط حق المغصوب منه في استرداد المال المغصوب محل نظر، لأنه لم يبق أمامه طريق سوى الرجوع على الغاصب بالضمان، فالمشرع بحكمه هذا كأنما يريد إضفاء الصفة الشرعية على تصرفات الغاصب^(١).

ويمكن الرد على هذا الرأي بالقول أن تبدل ذاتية العين بحكم هلاك العين كلياً، وبالتالي فإن الغاصب يلزم بالضمان ويبقى المال المغصوب له، وأما نص الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) فقد اقتبسه المشرع العراقي من نص المادة (٨٩٨) من مجلة الأحكام العدلية، وإذا أمعنا النظر في هذين النصين نجد فرقاً واضحاً، فالحكم الذي قرره المشرع العراقي أن المالك إذا أراد استرداد العين فعليه أن يعطي للغاصب قيمة الزيادة التي حصلت في العين المغصوبة، أما مجلة الأحكام العدلية وإن كانت قد قررت الحكم نفسه في صدر المادة (٨٩٨)، عادت وضربت مثلاً غير صحيح، وهو المغصوب لو كان ثوباً فصبغه الغاصب وأراد المغصوب منه استرداده كان عليه أن يعطي للغاصب قيمة الصبغ وقد تختلف قيمة الصبغ عن قيمة الزيادة التي حصلت في الثوب، ولهذا قد اكتفى المشرع العراقي بذكر النص من دون ضرب المثال وحسناً فعل في ذلك^(٢)، ويرى أحد الفقهاء أن الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) هي المادة (٨٩٨) نفسها من المجلة باستثناء عبارة مع التعويضات الأخرى، ومن عيوب هذه الفقرة أن الزيادة قد تكون من الكماليات فالمغصوب منه ليس مسؤولاً عن دفع قيمتها أو نقصانها، لأن الغاصب متعدي وسيء النية ويده يد ضمان فليس له الحق في التصرف في المغصوب أو إضافة شيء إليه^(٣)، وكما إن هذه الزيادة إذا أدت إلى نقص قيمة المغصوب، فعلى الغاصب أن يدفع ارش النقص إلى المغصوب منه^(٤).

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

(٢) د. حسن علي الننون، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٣) وبهذا الشأن تنص الفقرة الثالثة من المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها للقلع".

(٤) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

وقد تطرق المشرع العراقي إلى حالة النقص في قيمة العين المغصوبة في المادة (١٩٥) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه إلا أن يقبله كما هو دون إخلال بحقه في التعويض عن الاضرار الاخرى ولكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان"، ويلاحظ إن هذا النص مقتبس من نص المادة (٩٠٠) من مجلة الأحكام العدلية باستثناء عبارة التعويض عن الاضرار الاخرى التي لم تذكرها المجلة^(١)، فالشرط الأول من نص المادة (١٩٥) السابق ذكرها يشير إلى أن تغير قيمة العين المغصوبة بالنقص لا يُعتد به ولا يحق للمغصوب منه مطالبة الغاصب بالضمان كتراجع الأسعار^(٢)، ومن ثم يحق له مطالبة الغاصب باسترداد المغصوب من دون الإخلال بحقه في المطالبة في التعويض عن الاضرار الاخرى، أما إذا حصل النقصان في قيمته المغصوب بسبب استعمال الغاصب أو بفعله، فإن الغاصب يلتزم بالضمان شريطة استعماله للعين المغصوبة أو قيامه بفعل يؤدي إلى نقصانها ومن ثم نقصان قيمتها^(٣).

وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها جاء فيه " أن قطع الأرض موضوع الدعوى ثبتت عاديتهما للوقف وأن وزارة المالية قد تصرفت فيها في المدة المنصوص عليها في الحكم المميز، أما ادعاء المميز بوجوب إقامة الدعوى عن نقصان الأرض وليس عن أجر المثل غير وارد، إذ إن المال يعود للوقف وإذا غصبه غاصب أو تصرف فيه متصرف من دون إذنه، فمن يتولى أمور الوقف يكون له المطالبة باجر المثل"^(٤).

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٢) بهذا الصدد يرى جانب من الفقه على المشرع القانوني أن يتدخل لحل مشكلة تغير قيمة النقد بنصوص خاصة تعيد الحق لإصحابه، وتعيد التوازن للمراكز القانوني التي أصابها الاختلال نتيجة تغير قيمة النقد. د. أدورد عيد، أثر انخفاض قيمة النقد في الالتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثاني والثلاثين، ٢٠٠٢م، ص ٢٢.

وانظر في هذا المعنى:

Jean cherallier, Louis Bach , Droit civil, introduction al entude du droit , tomel , 10 editions , sirey , paris , 1989 .p.437.

(٣) سيف بسام، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٤) رقم القرار ٣٠٤١ و ٣٠٤٢ / حقوقية الموصل / ١٩٥٧. أشار إليه. د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري من حالة تغير العين المغصوبة فسبق القول أن المشرع المصري لم ينظم أحكام الغصب في مواد خاصة وإنما جاءت هذه الأحكام في نصوص متفرقة بين أحكام بيع ملك الغير وأحكام الالتصاق وأحكام الحيازة، وحكم تغير العين المغصوبة عن طريق الالتصاق نصت عليه المادة (٩٣١) من القانون المدني المصري بقولها " إذا التصق منقولان لمالكيين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في الأمر بقواعد العدالة ومرعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما"^(١).

فالالتصاق في هذه الحالة التصاق منقول بمنقول، وهو قليل الوقوع في الحياة العملية، ويستوي أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة، كما يستوي أن يكون أحد المالكين أو كلاهما حسن النية أو سيء النية، والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول، فإذا توافرت هذه الشروط ترتب على ذلك أحكام معينة مردها جميعاً إلى تقدير لقاضي، فالمشرع المصري لم يعط لهذه المسألة أهمية كبيرة بل اكتفى بنص المادة (٩٣١)، وترك فيه الأمر للقاضي بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها، وأول هذه التوجيهات أن يحكم القاضي مسترشداً بقواعد العدالة، فإذا اختلط منقولان أحدهما بالآخر وكانا مختلفي القيمة، فقواعد العدالة تقضي أن يملك صاحب الشيء الأكبر قيمة الشيء الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشيء لصاحبه، فإذا امتزج السمن بالعسل، فالظاهر أن صاحب السمن وهو مالك الشيء الأكبر قيمة يملك العسل على أن يدفع قيمته لصاحبه"^(٢).

ومن هذه التوجيهات أن يراعي الضرر الذي حدث لكل من الطرفين نتيجة الاندماج، فالاندماج يؤدي إلى خسارة كل مالك لمنقولة المتميز، والضرر الذي يصيب أحدهما من جراء ذلك ليس في العادة أن يكون متساوياً، فهو قد يكون جسيماً لأحدهما ويسيراً للآخر، فالعدالة تقضي تملك الشيء الجديد لمالك المنقول الذي تعرض لضرر شديد، فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر يفقد

(١) المواد المقابلة للمادة (٩٣١) من القانون المدني المصري المادة (٥٦٦) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١١٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١٣١٨) من القانون المدني اليمني والمادة (١١٤٥) من القانون المدني الأردني.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣١٦ و ٣١٨.

ملكية منقولة يستتقي ملكية هذا المنقول ويتملك المنقول الآخر، فإذا خلط شخص قمحاً مملوكاً له بقمح مملوك لشخص آخر، فأَي المالكين يكون أحوج إلى تملك القمح المخلوط يملك قمح الآخر على أن يدفع له تعويضاً عنه^(١)، ومن هذه التوجيهات أيضاً أن يراعي القاضي حالة كل من الطرفين من حيث المقدرة المالية، فأَي من الطرفين أقوى قدرة على تعويض الآخر هو الذي يملك المنقولين بعد التصاقهما على أن يدفع التعويض المستحق له، فتمليك أحد الملاك للمنقول الجديد يستتبع الزامه بتعويض الطرف الآخر، ولهذا يجب مراعاة أن يكون من تؤول إليه ملكية المنقول الجديد قادراً على تعويض الطرف الآخر، فالملكية تؤول للطرف القادر على التعويض متى كان الطرف الآخر غير قادراً على ذلك، ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعي القاضي حسن نية كل من الطرفين، فيمكن تملك المنقول الجديد للطرف حسن النية إذا كان ذلك يتمخض عن مصلحة له، والطرف سيء النية يجب أن يرد إليه قصده وذلك بحرمانه من التملك، فلو كان أحد الملاك حسن النية وكان قادراً على دفع التعويض فهو من يملك المنقولين بعد التصاقهما مع الزامه بتعويض الطرف الآخر، وقد يجعل القاضي المنقولين ملكاً للمالك سيء النية الذي تعمد خلط أحدهما بالآخر إذا كان من شأن هذا الخلط نقصان قيمتهما، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقولة بقيمته كاملة، وقد يرى القاضي أن العدالة تقضي بتمليك صاحب الشيء غير الأصلي الشيء الأصلي نظراً لسوء نية صاحب الشيء الأصلي^(٢).

وقد لا يرى القاضي مرجحاً لجعل الملكية لأحد المالكين، فيجوز أن يجعل المنقول الجديد مملوكاً على الشيوع بينهما كل بنسبة قيمة المنقول الذي كان يملكه، ففي القمح المخلوط قد يرى القاضي أن يجعله شركة بين المالكين، وقد يرى أن يُباع ويوزع ثمنه بينهما بحسب قيمة الشيء الذي يملكه، وكما أوضحنا أن هذه التوجيهات على سبيل الاسترشاد ولا يتقيد بها القاضي، ولكن هذه التوجيهات عامة حيث يكون من المفيد أن تقدم بعض الحلول في صور التصاق المنقولات المختلفة^(٣).

(١) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ١٢٥ و ١٢٦.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣١٨.

(٣) د. حسام الأهواني، المصدر السابق، ص ١٢٦ و ١٢٧.

وقد عالج المشرع الفرنسي أحكام الالتصاق، ومنها أحكام التصاق المنقول بالمنقول وهما وقت الالتصاق مملوكان لمالكين مختلفين، وقد أطل المشرع الفرنسي في تفريع أحكام هذه الحالة فخصص لها ثلاث عشرة مادة (٥٦٥-٥٧٧) من القانون المدني الفرنسي مقتفياً بذلك أثر القانون المدني الروماني الذي كان يعبر لهذا النوع من الالتصاق أهمية كبيرة، أما الآن فليس له أهمية تذكر بسبب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية التي يواجه بها عادة كل طلب استرداد للمنقول، فالملكية تكون لواضع اليد عادةً من دون حاجة للرجوع إلى أحكام الالتصاق، فحائز المنقولات التي التصقت يمكنه في الغالب اللجوء إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان قد حصل على منقول غيره بحسن نية ليتمسك بالملكية بدلاً من اللجوء إلى الالتصاق، وإذا لم تتوافر شروط التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإن من الأهمية معرفة مصير ملكية المنقول الجديد نشأ من اتحاد أكثر من منقول وذلك من خلال الرجوع إلى أحكام الالتصاق^(١)، ويتحقق الالتصاق عادةً في القانون المدني الفرنسي في ثلاث حالات:

١- **الالتصاق بالضم:** هو ما يحصل في حالة اتحاد منقولين مملوكين لشخصين مختلفين إذا كان يمكن تمييز أحدهما عن الآخر كوضع صورة في إطار، فباتحادهما ينشأ شيء جديد، وفي هذه الحالة يملك الشيء الجديد صاحب الشيء الأصلي، ويكون ملزماً بدفع قيمة الشيء الذي اتحد بملكه، وهذا ما أشارت إليه المادة (٥٦٦) من القانون المدني الفرنسي^(٢).

٢- **الالتصاق بالخلط أو المزج:** ويتحقق ذلك بخلط شيئين حيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر كاتحاد سائلين أو اتحاد غلال ومواد غذائية مملوكة لأشخاص مختلفين ومزجها، وفي هذه الحالة الأصل أن يكون الشيء الجديد ملكاً لصاحبي الشيئين اللذين امتزجا ويُباع بالمزاد للمصلحة المشتركة، ولكن إذا كان أحد الشيئين أكبر ثمناً أو مقداراً من الآخر، فلمالك المواد الأعلى قيمة أن يطلب الشيء الناتج من المزج ويدفع للآخر قيمة مواده، وهذين الحكمين أشارت إليهما المواد (٥٧٤، ٥٧٥) من القانون المدني الفرنسي.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣١٧.

(٢) ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه على القاضي أن يملك الشيء ككل لمالك الجزء الأصلي، ويُعد جزءاً أصلياً الجزء الذي لم يضاف إليه الجزء الآخر إلا لاستعماله أو لزينته أو لتكميله، والشيء الذي يكون أعلى قيمة أو يكون أكبر حجماً إذا كانت قيمتهما متساوية. د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ١٢٧.

٣- **الالتصاق بالتحويل:** يحصل بإيجاد شيء من نوع جديد بمواد مملوكة للغير من غير علمه كتحويل الخشب إلى كراسي أو تحويل قطعة من المرمر إلى تمثال، والالتصاق يتحقق من اتحاد قيمتين قيمة الشيء مع قيمة العمل^(١)، ويكون لمالك المواد طلب ملكية هذا الشيء ويكون له الخيار في طلب رد مواده جنساً ومقداراً ووزناً ومقاساً وجودة أو قيمتها، وهذا ما أشارت إليه المادة (٥٧٦) من القانون المدني الفرنسي^(٢).

وأما بالنسبة لموقف المشرع المصري من حكم تغير العين المغصوبة عن طريق الحيازة فقد نصت عليه المادة (٩٦٠) من القانون المدني بقولها " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"، فالمدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذي ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة أو بالغصب، ويشترط بالعمل الذي صدر من المدعى عليه أن يكون عمل عدواني، ولا يلزم أن يكون العمل العدواني منطوياً على القوة والعنف، بل يكفي أن يستولي المعتدي على العقار غصباً وقهراً أو خلسة من دون علم الحائز حيث يكون عقبة أمام الحائز لا يستطيع تخطيها إلا إذا لجأ إلى العنف، ولا يلزم أن يكون المدعى عليه سيء النية، بل قد يكون حسن النية يعتقد أن العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له، فإذا انتقلت الحيازة من المغتصب إلى غيره سواء كان الغير خلفاً عاماً كالوارث أو خلفاً خاصاً كالمشتري، فإن خلف المغتصب يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة، فدعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية، فيجوز للحائز بواسطتها أن يسترد الحيازة لا من المغتصب فحسب بل من غيره الذي انتقلت إليه حيازة المغتصب ولو كان حسن النية، وهذا بخلاف القانون الفرنسي فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مغتصب الحيازة نفسه ولا ترفع على غيره الذي انتقلت إليه الحيازة المغتصبة إلا إذا كان شريكاً للمغتصب أو كان سيء النية يعلم أن الحيازة التي

(١) يرى جانب من الفقه الفرنسي إن ملكية المنقول الجديد تكون لمالك الشيء بعد دفع أجره العمل، ولكن إذا كانت أجره العمل جسيمة تزيد كثيراً عن قيمة المواد التي استعملت اعتبر العمل الجزء الأصلي، فيكون للعامل الشيء المصنوع على أن يدفع ثمن المواد للمالك مع جواز الزام العامل بتعويض صاحب المواد عن الأضرار الناشئة عن حرمانه من الشيء. د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٢) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٥٦ و ١٥٧.

انتقلت إليه حيازة مغتصبة، فهذه الدعوى في فرنسا من دعاوي المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع، هو انتزاع الحيازة^(١)، ونحن نتفق مع موقف القانون الفرنسي في اعتباره دعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية ترفع على الغاصب ولا ترفع على من انتقلت إليه حيازة المال المغصوب إلا إذا كان سيء النية، وبالتالي فإذا رفع الحائز دعوى استرداد الحيازة قضي له برد حيازة الشيء المغتصب وبإعادة الشيء إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييراً، فإن كان قد أقام فيه بناءً جديداً قضي بهدمه وإن كان قد أقام بهدم بناء كان موجوداً قضي بإعادته، ويستطيع القاضي أن يحكم على المدعى عليه بغرامه تهديدية لحمله على تنفيذ ما قضي عليه به، وكذلك يحكم على المدعى عليه بالتعويض عما سببه من ضرر للمدعي بسبب التعدي على الحيازة وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية^(٢).

وفيما يتعلق بالمدة التي ترفع خلالها دعوى استرداد الحيازة تنص الفقرة الأولى من المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري على إنه " لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها لردّها إليه فإذا فقد الحيازة خفية بدا سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك"، ويتضح من هذا النص أن دعوى استرداد الحيازة ترفع خلال سنة واحدة تسري من وقت انتزاع الحيازة إذا كان الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية، أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة من دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه فإن السنة التي ترفع خلالها دعوى استرداد الحيازة تسري من وقت أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه، ومدة السنة هذه مدة سقوط لا مدة تقادم، فإذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة خلال هذه المدة لا يجوز رفعها بعد ذلك، والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها، ويترتب على ذلك إنها تسري على غير كاملي الأهلية وعلى الغائبين ولا يشملها التوقف ولا الانقطاع، وهذا هو الرأي المعمول به في فرنسا وإن كانت محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أن مدة السنة التي يجب أن ترفع خلالها هذه الدعوى هي مدة تقادم لا مدة سقوط يترتب عليها الوقف والانقطاع^(٣).

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

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج ٩، ص ٩٠٦ و ص ٩٠٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج ٩، ص ٩٠٤ و ص ٩٠٥.

وقد عالج المشرع اليمني حالة تغير العين المضمونة في المادة (١١٢٩) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا غيّر الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع ارش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله"، ويستفاد من هذا النص أن المشرع اليمني في حالة تغيير العين المغصوبة أعطى للمالك حق الاختيار بين أخذ العين مع ارش النقص أو تركها وأخذ قيمتها سليمة وبأعلى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التسليم^(١).

وبهذا الصدد يرى أحد الشراح إن تقرير أعلى القيم فيه عدل وانصاف للمغصوب منه، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الزمان والمكان، فإذا نقصت قيمة العين المغصوبة يوم التسليم عن القيمة يوم الغصب كان الواجب قيمتها يوم الغصب، وإذا زادت القيمة في الفترة الواقعة بين يوم الغصب ويوم التسليم الزم الغاصب بالقيمة الأعلى^(٢)، وهنا ذهب أحد الشراح إلى عدم إعطاء المغصوب منه حق اختيار البديل بالمثل أو القيمة إذا كان النقص يسيراً، لأن النقص اليسير يمكن جبره بتعويض المغصوب منه من دون ضرر عليه ولا إحفاف على الغاصب، لأن القول بترك المغصوب للغاصب مع النقص اليسير وتحمله البديل المثل أو القيمة قد يكون فيه إحفاف للغاصب إلا إذا قبل الغاصب بأخذ الشيء المغصوب مع النقص اليسير مقابل إعطاء المغصوب منه البديل بالمثل أو القيمة^(٣).

وأما المادة (١١٣٦) من القانون المدني اليمني تطرقت إلى حالة تغير المغصوب بالخلط بنصها على إنه " إذا خلط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه فعليه أن يرجع من جنسه إن كان مثلياً أو قيمته بأوفر القيم إن كان قيمياً وإن فعل به ما يستحيل به شيء آخر أو غير معظم منافعه فإن المالك في الخيار بين استرجاعه مع ارش النقص أو أخذ قيمته موفرة وتصير العين المغصوبة للغاصب"، ويستدل من هذا النص إنه إذا خلط الغاصب المال

(١) وحسناً فعل المشرع اليمني في تخيير المغصوب منه إذا غير الغاصب العين المغصوبة، لأن المال المغصوب ملك للمغصوب منه فيعطى له الخيار بين رد المغصوب مع التعويض أو الضمان، فالانتفاع بالمغصوب من عدمه مسألة غاية، والغاية قبل التغير تختلف عن الغاية بعد التغير، وهي مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

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

(٣) د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص ٢٢٧.

المغصوب بماله حيث لا يمكن فصله وتمييزه يلتزم الغاصب بضمان المثل إذا كان المغصوب مثلياً أو بضمان القيمة وبأعلى القيمة إذا كان المغصوب قيمياً، ويصبح المغصوب ملكاً للغاصب، وإن أمكن فصل المغصوب المخلوط وتمييزه عن مال الغاصب، فإنه يلتزم برده إلى المغصوب منه، لأن رد المغصوب من أهم التزامات الغاصب^(١).

وأما المادة (١١٣٤) من القانون المدني اليمني فنصت على إنه " إذا تجدد الغصب في وقت نقصت فيه قيمة العين المغصوبة ثم تلفت في يد الغاصب الأخير لزم الغاصب الأول ضمان نقصان القيمة، وإذا تجدد الغصب في وقت زادت فيه قيمة العين المغصوبة لزم الغاصب الأخير زيادة القيمة في وقت الغصب"، يتبين من هذا النص أن المشرع اليمني في حالة تجدد الغصب في وقت نقصت فيه قيمة المغصوب في يد الغاصب الثاني يلزم الغاصب الأول بضمان نقص السعر، وإذا تجدد الغصب في وقت زادت فيه قيمة المغصوب يلزم الغاصب الأخير بدفع الزيادة في قيمة المغصوب في وقت الغصب، وفي كلتا الحالتين لم يعطِ المشرع اليمني للمغصوب منه الخيار بين استرداد المغصوب أو الضمان.

أما المشرع الأردني فقد عالج حالة تغير العين المغصوبة في المادة (٢٨٦) من القانون المدني التي نصت على إنه " ١- إذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البديل ٢- وإذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البديل ٣- وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين أن يضمن الغاصب بدله ٤- وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان"، فالفقرة الأولى من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الأردني نصت على إنه " إذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البديل"، وهذا النص يشمل حالة تغير المغصوب من دون فعل الغاصب دون أن يتبدل اسمه وحالة تغير المغصوب من دون فعل الغاصب حيث

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٧٠ و ص ٢٥٦.

يتبدل اسمه من تلقاء نفسه، ففي هاتين الحالتين يكون المغصوب منه مخير بين أن يسترد المغصوب ويبين أن يتركه للغاصب ويرجع عليه بالضمان^(١).

أما الفقرة الثانية من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الأردني فنصت على إنه " وإذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البذل"، وهنا يرى أحد الشراح أن الفقرة الأولى من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الأردني أشارت إلى إن التغير قد وقع بفعل العين نفسها من دون قيام الغاصب بهذا التغير، في حين أن الفقرة الثانية من المادة نفسها أشارت إلى حالة تغير العين المغصوبة وتبدل أسمها من دون أن تبين حدوث هذا التغير بفعل العين نفسها أو بفعل الغاصب، ولا يمكن القول إن التغير قد وقع بفعل العين نفسها، لأن الفقرة الأولى قد بينت حكم هذه الحالة، وعليه فإن الفقرة الثانية من المادة (٢٨٦) السابق ذكرها تشير إلى حالة تغير ذات العين المغصوبة وتبدل اسمها قد حصل بفعل الغاصب^(٢)، وبالتالي إذا غير الغاصب المغصوب حيث يتبدل اسمه فإن الغاصب يملك المغصوب ويرجع عليه المغصوب منه بالضمان^(٣).

وأما الفقرة الثالثة من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الأردني فنصت على إنه " وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً ويبين أن يضمن الغاصب بدله"، فهذا جعل المشرع الأردني الخيار في صالح المالك باسترداد عين ماله بعد دفع قيمة الزيادة الحاصلة في المغصوب أو إلزام الغاصب بضمان المثل أو القيمة بحسب الأحوال، وقد ترك الخيار للمالك من باب إنه صاحب حق ابتداءً، ولم يترك أي خيار للغاصب، وهذا يُشكل جزءاً بصورة غير مباشرة للغاصب، لأنه معتد على مال غيره^(٤)، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح أن المشرع الأردني سار على نهج المشرع العراقي، ولا ننفق معهما في حكم مسألة زيادة المغصوب بتخيير المغصوب منه بين دفع قيمة الزيادة للغاصب واسترداد المغصوب ويبين ترك المغصوب للغاصب والرجوع عليه بالضمان، لأنه لا بد

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٢٩ وص ٢٣٣.

(٢) سيف بسام، مصدر سابق، ص ٩٤.

(٣) الهادي السعيد عرفه حسب النبي، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في الفقه الإسلامي، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٨٤م، ص ٥٥٣.

(٤) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

من التفريق بين الزيادة التي يمكن إزالتها عن المغصوب وبين التي لا يمكن إزالتها، ولكل حالة حكم خاص^(١).

وأما الفقرة الرابعة من المادة (٢٨٦) من القانون المدني الأردني فنصت على إنه " وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان"، فإذا كان المغصوب حيواناً فهزل أو سيارة فنقصت قيمتها بسبب استعمالها من الغاصب، فليس للمغصوب منه سوى استرداد المغصوب مع تضمين الغاصب قيمة النقصان الذي يشمل نقصان المغصوب وفوات الانتفاع به من يوم الغصب إلى حين الاسترداد^(٢).

وعلى نهج المشرع العراقي ألزم المشرع الأردني الغاصب بأداء الضمان إذا استعمل المغصوب وأدى هذا الاستعمال إلى تغييره عن ما كان عليه قبل الغصب وأدى إلى نقصان قيمة المغصوب^(٣)، والسؤال المطروح هنا إذا كان تغير العين المغصوبة متصوراً في المنقول كما رأينا فهل يتصور تغير العين المغصوبة في العقار؟ للإجابة على هذا السؤال نقول اختلف شراح القانون في حكم هذه المسألة، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يذهب إلى إنه في حالة الغصب لا يحصل تغير في العقار، فمن يغصب أرضاً ويضيف عليها بناءً أو غراساً أو يزرع فيها زرعاً تبقى الأرض بمسمى الأرض وكل ما حصل هو إضافة بناء أو غراس أو زراعة مما يُعد زيادة متصلة في الأرض^(٤)، وسنده في ذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (٥٦٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد كصبغ الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع"، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها الذي جاء فيه " إذا بنى الموهوب له على الأرض الموهوبة داراً فليس للواهب الرجوع في الهبة لأن الدار

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٢) د. حبيب إدريس، المصدر نفسه، ص ٢٤٢.

(٣) سيف بسام، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٤) محمد عبد الوهاب محمد، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٦م، ص ٤٧.

زيادة متصلة بالأرض زادت من قيمتها فامتتع الرجوع بالهبة حسب الفقرة أ من المادة ٦٢٢ مدني^(١).

الرأي الثاني: يذهب إلى إن البناء في الأرض يُعتبر تغييراً في العقار، ويؤدي إلى زوال اسم الأرض وتغير ذاتيتها^(٢)، ونحن نؤيد ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، لأن الأرض لم تبقى على هيأتها السابقة، وإنما تغيرت من أرض خالية إلى أرض مبنية، فقد تبدل اسم العين المغصوبة من عرصة إلى دار، وسنده في ذلك ما نصت عليه المادة (٢٧٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي بقولها " يصحح جنس العقار عند إجراء التغييرات المادية فيه بإحداث الابنية والمنشآت أو الغراس أو إضافة محدثات أو مغروسات جديدة أو أي تغيير في المحدثات أو المغروسات يؤدي إلى تغيير جنس العقار من حيث استغلاله أو استعماله أو عند زوال المحدثات أو المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك"، وهذا النص يبين صراحة أن إحداث الابنية والمنشآت في الأرض من شأنه تغيير جنس العقار وتغير اسمه وتغير الاسم يدل على تغيير العين، وكذلك إن نص المادة (١٩٤) من قانوننا المدني أوضح إن التغيير يحصل في المغصوب ولم يقيد في المنقول أو العقار، والنص المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقيد نصاً أو دلالة، وأما تسمية البناء على الأرض زيادة فهو رأي لا غبار عليه، فالبناء على الأرض المغصوبة زيادة وإضافة بعض المواد على الحنطة المغصوبة لتحويلها إلى خبز زيادة وإضافة بعض المواد على القماش المغصوب لتحويله إلى قميص زيادة^(٣).

الفرع الثاني: البناء أو الغراس في الأرض المغصوبة

لم تتفق كلمة فقهاء القانون في تحديد معنى البناء، فقد عرفه جانب من الفقه المصري بأنه مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً أو حديداً أو حجراً أو كل هذا معاً أو شيء غير هذا شيدها الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار سواء كان البناء معداً لسكنى الإنسان أو لإيواء الحيوان أو لإبداع الأشياء، بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك كالحائط المقام بين حدين

(١) رقم القرار ٤٠٨/م/٢/١٩٨١ في ١٩٨٢/٤/٢١. أشار إليه د. علي شاکر عبد القادر البدری، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦م، ص ٩٧.

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

(٣) د. علي شاکر البدری، المصدر السابق، ص ٩٨.

والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض والقناطر والخزانات والسدود والجسور والأنفاق والمصاف والمجاري وأنابيب المياه والغاز^(١).

وقد اختلف الفقهاء الفرنسيين في تفسير كلمة البناء^(٢)، فيرى أحدهم يُعتبر بناءً كل إنشاء سواء كانت طبيعته القانونية عقاراً أو منقولاً أو كانت طبيعته المادية تشييداً أو حفراً أو ردماً أو زراعةً، ويرى آخر تنصرف كلمة البناء إلى العقارات بطبيعتها ولا تنصرف للعقارات بالتخصيص، فهذه الأخيرة في الواقع منقولات بطبيعتها أضفى عليها المشرع صفة العقار لأغراض خاصة، كالمصاعد وأسلاك الكهرباء المعلقة في الهواء وأنابيب المياه والغاز^(٣)، وبالتالي البناء هو كل شيء متماسك من صنع الإنسان تتم إقامته في الأرض المغصوبة ويتصل بها اتصال قرار بصرف النظر عن المادة التي يتكون منها سواء كانت من الطوب أو الطين أو الاسمنت أو الخشب، وعن مدة بقائه على الأرض فقد تكون إقامته على وجه الدوام أو لفترة محدودة وسواء كان الغرض من إقامة البناء للسكنى أو إنشاء مصنع أو مخزن أو حاضرة^(٤).

وأما عقد المغارسة فقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة (٨٢٤) بأنه " عقد على إعطاء أحد أرضه إلى آخر ليغرس فيها أشجار معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الأشجار والأرض أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة"^(٥).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مج ٢، ج ١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م، ص ١٢١٣.

(٢) كالفقيه (ديموج) والفقيهان (مازو وتونك).

(٣) أكرم محمود حسين، المسؤولية عن تدهم البناء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٩٠م، ص ٥٧.

(٤) حسيب صالح إسماعيل، البناء غير القانوني على الأراضي الزراعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة - جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٨م، ص ٩.

(٥) وذكر المشرع الأردني عقد المغارسة في المادة (٧٤٧) من القانون المدني التي نصت على إنه " يجوز عقد المساواة في صورة مغارسة بأن يتفق صاحب أرض مع آخر على تسليمه الأرض ليقوم بغرسها وتربية الغراس والعناية به وإنشاء ما يستلزمه من ذلك من الوسائل خلال مدة معينة على أن تكون بعدها الأرض والشجر المغروس وما يتبعها من منشآت شركة بينهما طبقاً للاتفاق"، وذكره المشرع اليمني في المادة (٧٦١) من القانون المدني التي نصت على أن " المغارسة الصحيحة أن يستأجر مالك الأرض من يغرس قدر معلوماً من أرضه بغرس معين من عند الأجبر من الأشجار التي لها أصل ثابت ويقوم الأجبر بتربية الغرس حتى يكتمل صلاحه

يتبين من هذا التعريف أن القانون المدني قد جعل للمغارس حقاً في الأرض والشجر أو اقتصر هذا الحق على الشجر فقط، وأما قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧١ فإنه لم يورد تعريفاً محدداً لعقد المغارسة وإنما أورد في المادة الأولى منه تعريفاً للمغارس بأنه الشخص الذي يتفق مع صاحب الأرض على إعمار مساحة معلومة وغرسها بالأشجار مدة معلومة وبشروط معينة، وقد أعطى في الفقرة (أ) من المادة الرابعة من القانون المذكور للمغارس حصة لا تقل عن النصف في الأرض والشجر لمساحة مغارسته بعد انتهاء مدة عقد المغارسة أو مرور عشرة سنوات على ابتداء غرسه ويبطل كل اتفاق على حصة تقل عن ذلك، والمشرع العراقي وإن كان قد نص على عقد المغارسة باعتباره نوعاً من أنواع عقد الإيجار، إلا إن الاختلاف واضح بين عقد الإيجار وعقد المغارسة، فعقد الإيجار لا يرتب للمستأجر حقاً عينياً على المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار، أما عقد المغارسة فإنه يرتب للمغارس حقاً عينياً على الأرض محل المغارسة بعد انتهاء المدة فيصبح شريكاً في الأرض والشجر أو الشجر فقط، ويلتزم المستأجر في عقد الإيجار بأن يرد المأجور في الحالة التي تسلمه عليها إلا إذا كان المأجور قد أصابه هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه، وهذا لا يتفق مع أحكام عقد المغارسة فالمغارس لا يلتزم برد الأرض إلى صاحبها بعد انتهاء مدة العقد بالحالة التي تسلمها عليها فقد تسلمها أرضاً لا غراس فيها ويعيدها بستاناً مثمراً وأنه أصبح شريكاً في الأرض والشجر^(١).

ويرى أحد الشراح أن عقد المغارسة وإن كان يشبه إلى حد ما عقد الإيجار في بداية نشوئه وإبرامه ولكنه بعد انتهاء المدة سوف يتبدل إلى شراكة دائمة وشائعة بحسب الحصص المحددة، والمدة ليست مقياساً لمنفعة عوضها الأجرة كما في عقد الإيجار وإنما في واقعها هي أجل لتنفيذ التزام، وهذا ما يستفاد من تعريف المغارسة في المادة (٨٢٤) السابق ذكرها^(٢).

وتبدو ثمرته في مدة معلومة باجره معلومة ولو جزءاً معلوماً من الأرض أو الغرس، وهذا النوع من المغارسة ملزم للطرفين بما تراضيا عليه حال العقد وليس لأحدهما الفسخ ولا تعود الأرض كاملة إلى مالكها إلا بذهاب كامل الغرس أو باتفاق الطرفين".

(١) القاضي لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٧م، ص ٢٠.

(٢) القاضي لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة في الشريعة والقانون، بحث تقدم به إلى مجلس القضاء الأعلى ضمن متطلبات الترقية إلى الصنف الثالث، بلا سنة طبع، ص ٢٩.

ويرى أيضاً أن عقد المغارسة وإن كان يشبه عقد بيع معلق على شرط واقف محله بيع جانب من الأرض لقاء غرس عموم الأرض لكنه يختلف عن عقد البيع، لأن عقد البيع يتضمن تملك المبيع حال العقد سواء تبادل أطرافه المبيع والثمن فور انعقاده أو تراخى لأجل مسمى، وهذا لا يستقيم مع عقد المغارسة، لأنها لا تتضمن النزول عن ملكية الرقبة، وإنما دفع الأرض من صاحبها إلى المغارس ليغرسها ونتيجتها الاشتراك بالنماء والأرض، لذلك يقول أن عقد المغارسة هو عقد ذو طبيعة خاصة يتمتع بكيان مستقل تتضح معالمه شيئاً فشيئاً أوجدته ظروف تعامل الناس به من أجل إعمار الأرض^(١)، ومن الجدير بالذكر أن الأحكام التي أوردها قانون الإصلاح الزراعي والحقوق والالتزامات التي رتبها لكل من صاحب الأرض والمغارس قد جعلت من عقد المغارسة عقداً من العقود المسماة المتميزة من حيث الطبيعة والخصائص، وفي النتيجة أن محاولة إرجاعه إلى أي عقد من العقود يفتقر إلى السلامة القانونية ولا يسلم من النقد^(٢).

فإذا أقام الغاصب بناءً أو غراساً على غير أرضه من دون رضا صاحبها ومن غير سبب مشروع، فللمغصوب منه أن يطلب قلع هذه المنشآت على نفقة من أحدثها، وإذا كان القلع مضرراً بالأرض للمغصوب منه أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، وهذا ما أشارت إليه المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي بقولها "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع"، يستدل من هذا النص أن المشرع العراقي عامل الغاصب بشدة، لأنه سيء النية، فأعطى للمغصوب منه الخيار بين أن يطلب قلع المنشآت وبين أن يطلب استبقاء البناء إذا كان القلع مضرراً بالأرض ويملك البناء أو الغراس بالالتصاق مقابل أن يدفع للغاصب قيمة المحدثات مستحقة القلع^(٣)، وهذه المادة بينت صورة من صور التصرفات المادية التي يقوم بها الغاصب في أرض غيره وهي البناء أو الغراس، وهذا البناء أو الغراس مقيد بعلم الباني أو الغارس بأن الأرض مملوكة لغيره، فإذا ثبت ذلك التصرف كان حقاً لمالك الأرض المغصوبة أن يطلب قلع

(١) لفته هامل، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٢) لفته هامل، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٣) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣١٧ و ٣١٨.

المحدثات على نفقة من أحدثها، لأنه غاصب، ولكن إذا كان القلع مضرًا بالأرض فللمالك الحق في أن يمتلك تلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، والغاية من إعطاء المالك هذين الحقين هي ردع الغاصب عما قام به من عمل غير مشروع^(١).

فالحق الأول الذي قرره المشرع العراقي للمالك هو طلب إزالة المحدثات التي يقيمها الشخص على أرض غيره وعلى نفقة من أحدثها، وهو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وليس لغيره الحق في استعمال طلب الإزالة فهو قاصر على مالك الأرض من دون صاحب المحدثات، فلا يجوز للمشتري بعقد غير مسجل طلب الإزالة، لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل^(٢).

وقد سار القضاء العراقي على الزام المحدث بإزالة المحدثات التي يقيمها على أرض غيره، وهو يعلم إنها ليست مملوكة له أو يعلم ليس له الحق بإقامة المحدثات، وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " بعد إن ثبت أن المغروسات عائدة للمدعى عليه وإن زرعها كان فضولاً وتجاوزاً أن تحكم له بمنع المعارضة في المغروسات مقلوعة أي إن له ملكها والتصرف بها بعد القلع"^(٣).

والسؤال المطروح هنا هل يحق لصاحب الأرض مطالبة الغاصب بالتعويض إذا ما تحققت الإزالة بعد طلبها؟، للإجابة على هذا السؤال نقول أن المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي جاءت خالية من حق المطالبة بالتعويض، ولكن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تجيز للمضرور المطالبة بالتعويض، فإذا أصابت مالك الأرض أية أضرار فله حق المطالبة بالتعويض، وهنا تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على إنه " كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض"، مع ملاحظة أن حق المطالبة بالتعويض في القانون العراقي يتقادم بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، ولا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع

(١) نبأ العبيدي، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٢) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ط ١، مطبعة لجنة البيان العربي، بغداد، ١٩٦٤م، ص ٢١٠.

(٣) د. جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١م، ص ١٠٩.

الضرر^(١)، وبهذا الشأن تنص المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي على إنه " لا تسمع الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع"، أما الحق الثاني الذي قرره المشرع العراقي للمالك فهو الحق في تملك تلك المحدثات على وفق أحكام الالتصاق، وقد تطرقت المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي على حق مالك الأرض بتملك المحدثات، وأنّ ظاهر النص يحتمل التفسير بأنّ هذا الحق مقيد بأن يكون قلع المحدثات مضرّاً بالأرض، ولكنّ مع ذلك يرى جانب من الفقه إن هذا القيد ظاهري مادام صاحب الأرض هو الذي يقدر فيما إذا كان قلع المحدثات مضرّاً بالأرض من عدمه، فهو حق يعود لصاحب الأرض وحده وليس للمحكمة أن تتدخل فيه من تلقاء نفسها^(٢)، وعلى المشرع العراقي كما يرى أحد الشراح إعادة النظر في حكم المادة (١١١٩) من القانون المدني وأن يعطي لصاحب الأرض الحق في طلب تملك المحدثات من دون أن يقيد بأي قيد، لأن هذه المادة تواجه حكم حالة الباني أو الغارس سيء النية وليس من المعقول حماية من يعتدي على ملك غيره بسوء نية، ولكنّ إذا كان قلع المحدثات مضرّاً بالأرض ضرراً فاحشاً فلصاحب الأرض تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع جبراً على الباني أو الغارس سيء النية^(٣)، ويختلف الحكم فيما إذا كانت الأرض تابعة للوقف، فلما كان القانون خالياً من المعالجة لهذه الحالة فإن حكمها سيخضع لمبادئ الشريعة الإسلامية، هذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني العراقي، وبالتالي إذا بنى الواقف على أرض الوقف يكون البناء وفقاً إذا بناه من مال الوقف أو من ماله الخاص وصرح بأن البناء يكون للوقف، ولكنّ إذا بنى من ماله ولم يصرح بشيء فيكون البناء ملكاً له^(٤).

(١) د. جمال الحاج ياسين، مصدر سابق، ص ١٣ و ١٤.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣م، ص ١٤١.

(٣) شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩م، ص ٩٠٢.

(٤) د. ضحى محمد سعيد النعمان، البناء على ملك الغير دون إذن المالك دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر - الامارات، ٢٠١٤م، ص ١٧٩.

وإذا كان المحدث هو المتولي وصرح مثلاً أنه يبني لنفسه ومن ماله الخاص، فهنا يكون متعدياً بعمله فيؤمر بقلع المحدثات إذا كان القلع لا يضر بالأرض، وإذا كان القلع يضر بالأرض عليه الانتظار حتى تهدم البناء أو تبيس الأشجار وهنا ليس للمتولي أن يطالب بمنفعة المحدثات ويكون مستحقاً للعزل^(١)، أما إذا كان المحدث اجنبياً فله أن يأخذ المواد التي أقام بها المحدثات إذا لم يكن في القلع ضرر على الأرض، وإذا كان القلع لا يمكن إلا مع ضرر جسيم يصيب الأرض صارت المحدثات مالاً للوقف، ويدفع لصاحبها قيمتها بأقل القيم الثلاث مستحقة القلع أو مستحقة البناء أو مقلوعة بالفعل^(٢).

وقد قضت محكمة تمييز العراق بقلع المغروسات المقامة على أرض الوقف مع علم الغارس بأن الأرض موقوفة إلا إذا كان القلع مضرراً بالأرض، فلدائرة الاوقاف أن تطلب تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع^(٣)، وبهذا الصدد نصت المادة (١٢) من قانون إدارة الأوقاف العراقي على إنه " يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على أرض موقوفة بغرسها أو البناء عليها أو يزرعها بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على السنة أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بكليتهما وبالتعويض بما لا يقل عن ضعف أجر المثل من تاريخ التجاوز حتى تاريخ القلع وبقلع المحدثات وبيعها على نفقة المتجاوز وعلى المحكمة أن تحسم الدعوى بصورة مستعجلة"، يستفاد من هذه النص أن المشرع العراقي ألزم الغاصب بقلع المحدثات المغروسة أو المزروعة أو المشيدة تجاوزاً على أرض موقوفة وبيعها على نفقة الغاصب وبتعويض الوقف ضعف أجر المثل من يوم التجاوز إلى يوم القلع^(٤).

وقد عالج المشرع المصري الأحكام المتقدمة في المادة (٩٢٤) من القانون المدني التي نصت على إنه " ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون

(١) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثامن، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٥١٦.

(٢) حامد مصطفى، مصدر سابق، ص ٢١٢.

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ١٠٧/ح/٩٧٠ في ١٩٧٠/١/٢٢. أشار إليه د. جمال الحاج ياسين، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٤) محمد رافع يونس، المغارسة في أرض الوقف دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج ١٥، العدد ٥٢، السنة ١٧، ص ١١٣.

رضا صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض أن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ٢- يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

ومما يُلاحظ على هذه المادة أنها قيدت حق مالك الأرض في طلب الإزالة بأن يتم طلب الإزالة خلال سنة يبدأ من تاريخ علمه بما أقيم على أرضه من بناء أو غراس، وهذه المدة تُعتبر مهلة يمنحها المشرع لمالك الأرض ليتدبر الأمر ويتخذ قراره خلالها، وهي مدة سقوط لا مدة تقادم لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، فإذا انقضت مدة السنة فإن المالك يفقد خياره في طلب الإزالة ولا يكون أمامه سوى أن يطلب تملك المنشآت طبقاً لأحكام الالتصاق مقابل أن يدفع التعويض المقرر في حالة استبقاء المنشآت، وأن تقييد حق المالك بطلب الإزالة بهذا القيد الزمني ينصب في مصلحة صاحب البناء أو الغراس وذلك لكي لا يبقى مصير المنشآت معلقاً لمدة طويلة^(١).

والسؤال المطروح هنا ما هو الحكم في حالة سكوت مالك الأرض وعدم استعماله لخيار طلب الإزالة أو استبقاء البناء؟ للإجابة على هذا السؤال عالج المشرع المصري هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة (٩٢٤) من القانون المدني والتي تنص على إنه "يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة"، فالباني أو الغارس في القانون المصري يستطيع نزع المنشآت في أي وقت من دون أن ينتظر انقضاء مدة السنة، فيجبر بذلك صاحب البناء على قبول قلع المنشآت أو على استعمال خياره في تملك المنشآت طبقاً لأحكام الالتصاق شريطة أن لا يكون القلع يلحق ضرراً بالأرض، كما أن للباني أو الغارس طلب قلع المنشآت بعد انقضاء السنة إذا كان القلع لا يضر بالأرض، وعندئذ يكون صاحب الأرض مخيراً بين قبول القلع أو

(١) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص ٤٤.

استبقاء المنشآت، ولكنَّ الباني أو الغارس إذا لم يطلب قلع المنشآت بعد انقضاء السنة فإن صاحب الأرض يكون مجبراً على استبقاء المنشآت وتملكها^(١).

وحسناً فعل المشرع المصري في ذلك، لأنه جمع بين أمرين أولهما تقيدده حق مالك الأرض في الاختيار بين طلب الإزالة أو الاستبقاء بمدة سنة وهي مدة معقولة، والأمر الثاني أجاز للباني أو الغارس أن يطلب نزع المنشآت ليجبر صاحب الأرض على استعمال خياره في استبقاء البناء أو الغراس في حين أن المشرع العراقي لم يشر إلى هذين الأمرين^(٢).

ومما يُلاحظ على نص المادة (٥٢٤) من القانون المدني المصري إنها انفردت بالزام الباني أو الغارس سيء النية بالقلع مع التعويض، وإذا إزال الباني الأعمال التي انشأها قبل أن يظهر صاحب الأرض رغبته في ابقائها، فإنه لا يكون لصاحب الأرض سوى الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك^(٣)، في حين أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى موضوع التعويض، لأن التعويض الذي يستحقه صاحب الأرض عما لحقه من ضرر بسبب المحدثات يكون طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تجيز للمضروب المطالبة بالتعويض كما ذكرنا سابقاً^(٤).

وأما المشرع الفرنسي فقد أشار في المادة (٥٥٥) من القانون المدني على إنه يحق لمالك الأرض أما أن يحتفظ بملكية الأبنية والمغروسات والمنشآت الأخرى أو يجبر الباني أو الغارس على إزالتها، فإذا طلب صاحب الأرض إزالة الأبنية والمغروسات، فتزال على نفقة الباني أو الغارس مع الزامه بدفع تعويض عن الضرر الذي يلحق بالأرض بسبب الإزالة، أما إذا اختار صاحب الأرض الاحتفاظ بملكية الأبنية والمغروسات والمنشآت الأخرى يكون مخير بين أن يدفع تعويضاً يساوي ما زاد على قيمة الأرض بسبب المنشآت أو أن يدفع له قيمة المواد وأجرة

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، ج ٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م، ص ٢٨٢.

(٢) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٣) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٤) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦١م، ص ٢٧٢.

العمال، وإلى أبعد من ذلك ذهبت المادة (٥٥٥) من القانون الفرنسي فالزمت مالك الأرض أن يدفع للبانى سىء النية عند استبقاء البناء قيمة الأدوات وأجرة الأيدي العاملة وتقدر هذه القيمة بحسب المصاريف التى أنفقت وقت البناء^(١).

ولاعتبار البانى حسن النية لا يكتفى فى القانون الفرنسى أن يعتقد البانى أنه مالك للأرض التى بنى عليها، بل يجب أن يكون اعتقاده الخاطئ مبنىً على سبب صحيح، وعلى ذلك فإن حسن نية البانى يجب أن يشتمل على المعنى الوارد فى النظرية العامة للحيازة^(٢).

وقد أعطى المشرع الأردنى للمالك الخيار بين طلب إزالة المحدثات أو استبقائها ولم يقيد فى استعمال حقه بإزالة المحدثات على نفقة من أقامها بمدة معينة كما فعل المشرع المصرى، فنصت المادة (١١٤٠) من القانون المدنى الأردنى على إنه " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، وتقضى هذه المادة أنه لصاحب الأرض التى أحدث عليها بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ان يطلب قلع هذه المحدثات على نفقة من أحدثها إذا كان إحداثها قد تم من دون رضاه مالم يكن القلع مضرًا بالأرض، فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فلصاحب الأرض أن يملك هذه المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، واستعمال أحد الخيارين من دون الآخر مسألة متروكة لتقدير مالك الأرض، ولا تستطيع المحكمة ولا المحدث إجباره على أي من الخيارين.

ومما يلاحظ أن المشرع الأردنى قد أقام حكم المادة (١١٤٠) من القانون المدنى على حسن نية البانى أو الغارس أو سوء نيته، وجعل له أثراً واضحاً فى نتيجة المحدثات التى أقامها، إذ أنه ذكر فى نص هذه المادة عبارة " على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها"، والعلم بان الأرض مملوكة لغيره وانها غير مملوكة للمحدث هى قرينة كافية لثبوت سوء نية المحدث فيما أقام به من بناء أو غراس، وهى تحصيل حاصل لعدم حصول المحدث على رضا صاحب

Lap.voirin ed Goubeaux . manuel de dorit civil ,p.236.

(١) انظر فى ذلك:

Lap.voirin ed Goubeaux ,op . cit ,p.236 .

(٢) انظر فى ذلك:

الأرض^(١)، والعبرة في وقت إقامة المحدثات لمعرفة المحدث سيء النية أو حسن النية، ولا يهم إذا تغيرت النية بعد ذلك، فلو أن حائز الأرض بحسن نية وسبب صحيح أقام عليها محدثات وتبين له بعد إنه أحدث عليها بناء وأن سنده صادر من غير مالك فإنه مع ذلك يُعد حسن النية، لأنه كان كذلك وقت إقامة المحدثات^(٢).

ويرى أحد الشراح إن أحدث البناء أو الغراس على أرض غيره وبدون رضاه لا تعدو أن تكون صورته من صور الغصب الذي يتحقق به الاستيلاء على تلك الأرض وإزالة يد صاحبها عنها وإحلال يد المحدث غير المشروعة عليها، وفي ذلك حرمان للمالك من الانتفاع بها واستغلالها واستعمالها بسبب تلك المحدثات^(٣).

وترك المشرع اليمني الخيار لصاحب الأرض بين طلب إزالة المنشآت أو إبقائها في مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع، ولم يقيدده في استعمال حقه بإزالة المحدثات على نفقة من أقامها بمدة معينة شأنه في ذلك شأن المشرع العراقي والمشرع الأردني، ولكن المشرع اليمني لم يقيد طلب إبقاء البناء أو الغراس بان يكون القلع مضراً بالأرض، وخير صاحب الأرض إذا أراد تملك المحدثات أن يدفع لصاحبها أما تعويضاً بقيمتها مستحق القلع أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المحدثات كما فعل المشرع المصري^(٤).

وقد نصت المادة (١١٥٣) من القانون المدني اليمني على إنه " إذا أحدث شخص شيئاً في أرض غيره بمواد مملوكة له كان لصاحب الأرض الخيار بين طلب إزالتها أو إبقائها في مقابل أن يدفع لصاحبها أما تعويضاً بقيمتها مستحقة القلع أو ما زاد في قيمة الأرض لسببها"، ومما يلاحظ أن المشرع اليمني في باب المغارسة والمزارعة والمساقاة أوجب على المتعدي قلع البناء أو الغراس وتعويض صاحب الأرض ارش النقص لما يلحق الأرض من ضرر بسبب القلع مالم يتفق الطرفان على إبقاء البناء أو الغراس، وذلك في المادة (٧٦٣) من القانون المدني اليمني التي نصت على إنه " ما وضع بتعدٍ من غرس أو بناء أو نحوهما وجب على واضعه إزالته

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٤٦ و ٤٨.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م، ص ٣١٥.

(٣) د. عمار القضاة، المصدر السابق، ص ٤٨ و ٤٩.

(٤) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٢٠ و ٣٢٧.

وتسليم ارش الأرض لما لحق بها من ضرر بسبب القلع والإزالة، ما لم يرغب الطرفان في بقاء الغرس أو البناء ونحوهما فعلى مالك الأرض قيمة الغرس أو الأنقاض قائمة ليس لها حق البقاء وعلى الواضع تعدياً أجره الأرض بما يقدره عدلان وارش جناية ما أحدثه".

والسؤال المطروح في هذا المقام هل يُعد البناء الذي يحدثه الشريك في العقار الشائع من دون إذن بقية الشركاء غصباً؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من بيان موقف التشريعات المقارنة وموقف القضاء من حكم هذه الحالة، فالمشرع العراقي أورد نصاً خاصاً في أحكام الالتصاق ينظم حكم حالة بناء الشريك في الأرض الشائعة، إذ نصت المادة (١١٢٣) من القانون المدني العراقي على إنه "إذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة، فتقسم فإن أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم".

ويتضح من هذا النص أن الشريك إذا بنى لنفسه في العقار الشائع من دون إذن الآخرين ولم يطلب الشركاء القسمة بل طلبوا قلع البناء فيؤمر الباني بقلع البناء ولا يستطيع القاضي قسمة العقار الشائع بينهم، أما إذا طلب بعض الشركاء القسمة وطلب الآخرون قلع البناء وكان العقار الشائع قابل للقسمة فيقسم بين الشركاء، وحينئذ إذا وقع البناء في حصة بانيه أصبح الباني مالكا للأرض وما عليها من بناء، وإذا وقع البناء في حصة شريك آخر كان لهذا الشريك أن يكلف الباني بالقلع مع التعويض إن كان له مقتضى، كما له الحق في أن يملك البناء بقيمته مستحقاً للقلع إن كان القلع مضرراً بالأرض^(١).

وعدم قابلية العقار للقسمة لا يحول من دون إزالة شيوخ العقار بالبيع بطلب يقدم من أحد الشركاء كالشريك الباني نفسه، فإذا تمت إزالة الشيوخ وتملك الشركاء قيمة البناء فعندئذ يكونون قد رضوا ببقاء البناء وعليهم أن يردوا للشريك الباني قيمة البناء مستحقاً للقلع^(٢).

(١) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ٩٢٩.

(٢) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص ١٥٥.

وبهذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها جاء فيه " إذا أحدث الشريك بناء على الملك المشترك ولم يستحصل إذنًا بالبناء من الشركاء فيكون بحكم الأجنبي المتجاوز ويحق للشركاء طلب قلع البناء أو تملكه مستحقاً للقلع إذا كان قلعه مضرراً بالأرض طبقاً للمادة (١١١٩) مدني فإن أزيل شيوع العقار بيعاً وتملك الشركاء قيمة البناء قائماً فيكونون بذلك قد رضوا ببقاء الأبنية وعليهم في هذه الحالة أن يردوا للشريك قيمة البناء الذي أحدثه باعتباره مستحقاً للقلع"^(١).

أما المشرع الأردني فقد وجدناه متفقاً مع المشرع العراقي، إذ تنص المادة (١١٤٤) من القانون المدني الأردني على إنه " إذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة تقسم فإن أصاب ذلك البناء حصة بانية ملكه وأن أصاب حصة الآخر يكلف الباني بالهدم"، ويتضح من هذا النص أن المشرع الأردني أنزل الشريك الباني منزلة الباني سيء النية إذا لم يقع البناء في حصته بعد قسمة العقار الشائع، فأجاز للشريك الذي وقع البناء في حصته نتيجة القسمة أن يكلف الشريك الباني بالهدم، كما له أن يملك البناء بقيمته مستحقاً للقلع إذا كان القلع مضرراً بالأرض"^(٢).

وأما المشرع المصري فلم يورد في أحكام الالتصاق نصاً ينظم حالة بناء الشريك في الأرض الشائعة، وبالتالي تسري على هذه الحالة أحكام الشيوع، فبناء الشريك على جزء من الأرض الشائعة يُعد عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة في المال الشائع، فإذا وافقت أغلبية الشركاء على البناء قبل إقامته أو أقرته بعد إقامته فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض الشائعة ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم"^(٣).

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " أن الشريك الذي يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير، فإذا طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة في هذا البناء وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته، إذ إن مطالبته

(١) رقم القرار ١٨٣/ مدنية ثانية عقار ١٩٧٣/ في ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣. منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، بلا سنة طبع، ص ٣١.

(٢) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص ٦٩٠.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٧٥٤.

هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبراً في حكم الوكيل^(١)، وأما إذا كان البناء أو الإنشاء حصل من دون موافقة الأغلبية التي تتطلبها المادة (٨٢٩) من القانون المدني فتطبيقاً لقواعد الشيوع يجوز لباقي الشركاء أن يلزموا الشريك الباني على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء إذا كان هذا البناء قد ألحق قلعه ضرراً بالأرض^(٢).

وإذا تمت القسمة ولم تحصل موافقة الأغلبية على عمل الشريك ووقع الجزء المشغول بالبناء في نصيب شريك آخر، فإنه يستطيع أن يلزم الشريك الباني بإزالة البناء مع التعويض إن كان له مقتضى، كما إن له الحق في تملك البناء في مقابل تعويض الشريك الباني بأقل القيمتين أي قيمة ما أنفقه على البناء أو ما زاد في قيمة الأرض على وفق القواعد العامة في الإثراء بلا سبب، وتطبيق أحكام الشيوع في هذه الحالة مشروطاً بأن يكون الشريك الباني قد بنى على جزء من العقار الشائع يعادل حصته، أما إذا بنى فيما يجاوز حصته اعتبر بانياً سيء النية في ملك غيره وكان من حق الشركاء استبقاء الجزء من البناء الذي بنى على ما يجاوز حصة الشريك الباني على أن يدفعوا قيمته مستحقة القلع طبقاً لأحكام الالتصاق^(٣).

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بقولها " إذا كان من المقرر إن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فإنه لا يُعد بانياً في ملك غيره وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يترتب على ما يظهر من نتيجة القسمة إلا إن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه فإذا جاوزه اعتبر بانياً في ملك غيره لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه"^(٤).

وكذلك المشرع الفرنسي لم يورد في أحكام الالتصاق نصاً خاصاً للحالة التي يقيم فيها الشريك بناء على الملك المشترك، وبالتالي يجب تطبيق القواعد الخاصة بالشركة أو الشيوع، فإذا كان

(١) قرار محكمة النقض المصرية في ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨. أشار إليه د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٧٥٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج ٩، ص ٧٥٣.

(٣) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٤) الطعن رقم ١٢٤١ في ١٩٨١/٣/٢٤. أشار إليه د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٩٦.

البناء قد حصل دون رضا بقية الشركاء، فيجوز لهم أن يلزموا الشريك الباني بإزالة الأعمال التي أحدثها إذا كانت مخالفة لما خصص له العقار المشترك أو من شأنها إحداث ضرر فيه، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز للشريك في الملك من غير رضا شريكه أن يقيم أبنية على الملك المشترك وإن من أقام أبنية من غير هذا الرضا يجوز إلزامه بهدم الأعمال إذا لم يفضل ترك البناء للملك المشترك من غير أن يطالب بنصف مصاريف البناء^(١).

وأما المشرع اليمني فلم يتطرق في أحكام الالتصاق لمسألة إقامة الشريك لبناء في المال الشائع من دون إذن الشريك الآخر كما فعل المشرع العراقي والمشرع الأردني، وبالتالي تسري على هذه الحالة أحكام الملكية الشائعة، وبهذا الصدد تنص المادة (١١٨٢) من القانون المدني اليمني على إنه " لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف يشاء لشريكه مطلقاً ولغير شريكه بدون إذن الشريك الآخر إذا كان التصرف لا يضر نصيبه، وبإذنه إذا كان التصرف يضر نصيبه وإذا تصرف الشريك في حصته بدون إذن شريكه مع تحقق الضرر كان لشريكه أن يبطل التصرف، ولا يخل ما تقدم بحق الشريك في أخذ حصة شريكه المتصرف فيها بالشفعة طبقاً لشروطها المنصوص عليها في بابها"، وكذلك تنص المادة (١١٨٥) من القانون المدني اليمني على أن " أعمال الإدارة هي ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله ويؤخذ فيها برأي أغلبية الشركاء إذا كانت من الأعمال المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس الانصباء لا على أساس عدد الشركاء، وفي الأعمال غير المعتادة كإجراء تعديلات أو تغييرات أساسية في المال المشترك أو في الغرض الذي أعد له تلزم موافقة الشركاء جميعاً ".

الفرع الثالث: الزراعة في الأرض المغصوبة

عرفت المادة (٨٠٥) من القانون المدني العراقي المزارعة بأنها عقد على الزرع بين صاحب الأرض والمزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد^(٢)، وذكرتها

(١) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) وعرفت المادة (٧٢٣) من القانون المدني الأردني بأنها عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها، وعرفت المادة (٧٦٥) من القانون المدني اليمني بقولها إذا أجر رب الأرض أرضاً معلومة لشخص آخر ليزرعها زرعاً معلوماً

محكمة التمييز الاتحادية العراقية في أحد قراراتها بالقول أن اتفاق صاحب الأرض الزراعية والفلاح على أن تكون للفلاح مساحة معينة من قطعة الأرض يقوم بزراعتها واستغلالها فإنه في حال تجاوزها يُعتبر غاصباً للمساحة المتجاوز عليها فليزِم برد الأرض مع أجر المثل^(١)، وقد قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه بأن الزرع لمن زرع وإن كان غاصباً ولصاحب الأرض مراجعة الطرائق القانونية لاسترداد أرضه والمطالبة بأجر المثل عن مدة التجاوز^(٢)، وقضت أيضاً في قرار آخر بأنه يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعاً ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته فإذا انتفع بالعين كلها في سكن أو مزارعة أو إيجار أو بأي وجه من الوجوه بلا إذن شركائه وجب عليه أجرة المثل^(٣)، وبناءً على ذلك أن الغاصب نتيجة الطمع وحب المال قد يقوم بإجراء بعض التصرفات ومنها زراعة الأرض المغصوبة، فإذا استرد المالك الأرض المغصوبة وكان الغاصب قد جنى المحصول، فعلى الغاصب أن يدفع لمالك الأرض الأجرة عن المدة التي ظلت فيها تحت يده، وإذا نقصت الأرض بالزراعة فعليه ارش النقص^(٤).

وبهذا الصدد نصت المادة (٩٠٧) من مجلة الأحكام العدلية على إنه " لو غصب واحد عرصه آخر وزرعها ثم استردها صاحبها يضمه نقصان الأرض الذي ترتب بزراعتها"، فإذا نبت الزرع فلصاحبها أن يأخذ الأرض ويأمر الغاصب بقلع الزرع، فإذا لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع فالزرع للغاصب، وإن لم ينبت الزرع يخير صاحب الأرض إن شاء تركها حتى ينبت الزرع فيأمر الغاصب بقلعه وإن شاء أعطى الزارع ما زاد فتقوم الأرض بمبذوره ببذر حق القلع وتقوم غير مبذوره فيعطي فضل ما بينهما^(٥)، وإذا حصل من تلك الزراعة نقص في الأرض ضمن الزارع مقدار النقص، وإن لم يحصل من ذلك نقص لا يضمن شيئاً إلا إذا كانت الأرض معدة

مدة معلومة كان العقد مزارعة صحيحة ملزماً للمتعاقدين ولا يفسخ إلا برضائهما أو لإخلال الأجير بشروط الإقامة المتفق عليها حال العقد أو امتناعه عن تسليم الأجرة.

(١) تاريخ القرار ٢٨/٨/٢٠٠٨. أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٢) رقم القرار ٤١٣/٤/مدنية رابعة ١٩٧٣ في ٥/٥/١٩٧٣. أشار إليه د. حبيب إدريس، المصدر نفسه، ص ٣٠٧.

(٣) رقم القرار ١٢٢٣/الهيئة الاستئنافية العقار ٢٠١ في ١٧/٣/٢٠١٢. أشار إليه د. حبيب إدريس، المصدر نفسه، ص ٣٣٢.

(٤) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٥) سليم باز، مصدر سابق، ص ٤٣٦.

للاستغلال فيضمن الأجرة، وكذلك لو زرع شخص أرضاً يملكها بالاشتراك مع آخر بلا إذنه فلشريكه بعد استرداد حصته من الأرض أن يضمنه ما يصيب الأرض من النقصان الذي حدث بزراعته^(١).

وأما المشرع العراقي فقد عالج حكم مسألة زراعة الأرض المغصوبة ضمن المواد التي تطرقت إلى موضوع الالتصاق، إذ نصت المادة (١١٢٤) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذنه كان لمالك الأرض الخيار في أن يملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتى الحصاد بأجر المثل"، يتبين من هذا النص أن المشرع العراقي أعطى للمالك حق التخيير بين تملك الزرع الذي زرعه الغاصب في أرضه ولكن بعد دفع نفقته للغاصب وبين أن يترك الزرع للغاصب ويأخذ أجرة الأرض منه^(٢).

وبهذا الصدد تنص المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي على إنه " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وأن تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، يتبين من هذا النص أن المشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة الآجر والضمان لا يجتمعان، وبالتالي الزم غاصب العقار برده إلى مالكة، وهذا الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب، وكذلك الزم غاصب العقار أن يعرض صاحبه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب، والتعويض عن المنافع إنما يكون بدفع أجرة مثله، وبالإضافة إلى ذلك الزم الغاصب بالتعويض في حالة تلف العقار المغصوب أو إذا طرأ على قيمته نقص في فترة الغصب حتى لو كان التلف أو النقص قد حدث بدون تعدٍ أو تقصير منه، لأن مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان^(٣).

وأما المشرع المصري فقد عالج حكم مسألة زراعة الأرض المغصوبة ضمن المواد التي تطرقت لموضوع الحيازة، إذ نصت المادة (٩٧٨) من القانون المدني على إنه " ١- يكتسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية ٢- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم

(١) منير القاضي، شرح المجلة، ج٢، مطبعتا الخيرية والعاني، بغداد، ١٩٤٧م، ص ٢٩٧.

(٢) سيف بسام، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٣) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٧١.

فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً^(١)، والثمار هي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة، وقد تكون طبيعية كالزراع الذي تخرجه الأرض بدون تدخل الإنسان وقد تكون نتيجة تدخل الإنسان كالمحصول والفاكهة وقد تكون مدنية كالأجرة والفوائد، أما المنتجات فهي التي تخرج من الشيء بتدخل من الإنسان وتتنقص من أصل الشيء فلا تتجدد كالأحجار التي تخرج من المحاجر والمعادن التي تخرج من المناجم، وبالتالي تتميز الثمار عن المنتجات أن الثمار غلة دورية متجددة، ولا تتنقص من أصل الشيء، وهي من حق المالك ما لم يوجد نص يجعل ملكيتها لغيره كنص المادة (٩٧٨) السابق ذكرها التي جعلت ملكية الثمار للحائز ما دام حسن النية^(٢)، وبهذا الصدد تنص المادة (٩٧٩) من القانون المدني المصري على إنه " يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار"^(٣)، فالحائز سيء النية يكون مسؤولاً قبل المالك من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، وإذا كان العقار لا ينتج ثماراً فإن الحائز لا يلتزم برد ثمار لم يقبضها ولكنه يلتزم بتعويض المالك عن الغصب الذي حال دون المالك وانتفاعه بعقاره^(٤).

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها أن تطبيق المادتين (٩٧٨ و ٩٧٩) من القانون المدني يقتضي حتماً التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فإن لكل حكماً فالثمرة وهي الربيع واجبة الرد إذا كان آخذها سيء النية والحق في المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقادم الطويل عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (٣٧٥) من القانون المدني ولا يغير من ذلك أن عين النزاع غير مثمرة ولا يؤثر ذلك في الزام غاصبها بتعويض صاحب الحق عن حرمانه من الانتفاع بها أما إذا كان آخذها حائزاً للعين واقتربت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة^(٥).

(١) نقابها المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٩١) من القانون المدني الأردني.

(٢) أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٤١٢ و ٤١٣.

(٣) نقابها المادة (١١٦٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٩٢) من القانون المدني الأردني.

(٤) أنور طلبية، المصدر نفسه، ص ٤١٢ و ٤١٣.

(٥) نقض ١٩٩٣/١/٢١ طعن ١٨١٣ س ٥٧ ق. أشار إليه أنور طلبية، المصدر نفسه، ص ٤١٩.

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن الحائز يلتزم برد ثمار العقار بالحالة التي كانت عليها وقت الحيازة، ولا يلتزم برد الثمار التي ترجع إلى ما قام به الحائز من مجهود خاص، فهذه الثمار ترجع إلى مجهود الحائز أكثر مما ترجع إلى الشيء المحوز، فقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية إذا أبطل حكم مرسى المزاد فإن مشتري الأرض الزراعية لا يلتزم إلا برد الثمار التي كانت تنتجها الأرض في لحظة بدء الحيازة أي التي ترجع إلى الطبيعة في حد ذاتها من دون تلك التي ترجع إلى الجهد المنتج للحائز^(١).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا القضاء لا يتفق مع صحيح القانون ولا يحقق العدالة ونحن نؤيده في ذلك، لأن المادة (٥٤٩) من القانون المدني الفرنسي ألزمت الحائز برد جميع الثمار من دون استثناء، ولم تتضمن التفرقة بين الثمار التي ترجع إلى مجهود الحائز أو التي ترجع إلى الشيء المحوز نفسه، وإذا كان الحائز سيء النية فإنه يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها، وأما في المادة (٥٤٨) من القانون المدني الفرنسي يلتزم المالك بأن يرد للحائز النفقات التي أنفقت في سبيل إنتاج الثمار وتشمل أجر العمل وقيمة البذور والزراعة وغيرها من المصروفات اللازمة للزراعة مثل مصاريف التسميد والري، والزام المالك برد النفقات مقابل استرداده للثمار يؤدي إلى تحقيق العدالة بين الطرفين فلا يثري أحدهما بلا سبب على حساب الآخر^(٢).

وأما المشرع الأردني فقد نصت المادة (١١٣٨) من القانون المدني على إنه " إذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذنه كان لمالك الأرض الخيار بين أن يملك البذر بمثله وبين أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتى الحصاد بأجر مثله"، ونصت المادة (٢٧٩) من القانون المدني على إنه " ١- على اليد ما أخذت حتى تؤديه ٢- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه ٣- فإن استهلكه أو أتلّفه بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب ٤- وعليه أيضاً ضمان منافع وزوائده"، يستفاد من هذين النصين أن موقف المشرع الأردني في حكم زراعة الأرض المغصوبة يماثل

(١) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(٢) د. حسام الأهواني، المصدر نفسه، ص ٣٦٤.

موقف المشرع العراقي، وعليه إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة يُلزم الغاصب بردها إلى المغصوب منه ويبقى الزرع للغاصب بأجر مثله^(١).

أما المادة (١١٢١) من القانون المدني اليمني فقد نصت على إنه " لا يضمن الغاصب من غير المنقول (العقار) إلا ما تلف تحت يده، ولكنّ تلزمه أجرة العين المغصوبة مدة بقائها معه ويلزمه إعادة العين لصاحبها"، ونصت المادة (١١٣٨) من القانون المدني اليمني على إنه " يجوز للمالك ولو بدون إذن القاضي أن يقلع زرع وغرس الغاصب ويرجع عليه بأجره القلع وارث ما تلف من العين بأوفر القيم وله إبقاء الزرع والغرس لنفسه بقيمته قائماً غير مستحق البقاء أو بإبقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة، وليس للمالك أن يفسد ما قلع إذا كان لا يفسد بالقلع وإلا ضمن ما بين قيمته مقلوعاً يغرس وبين قيمته مقلوعاً لا يغرس"، يستدل من هذا النص أن المشرع اليمني أعطى الخيار للمغصوب منه بين قلع الزرع أو استبقائه له مقابل قيمته مستحق القلع أو إبقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة، فإذا اختار المالك القلع فله الحق في القيام بذلك ولو بدون إذن القاضي^(٢)، وحسناً فعل المشرع اليمني في إعطاء الخيار للمغصوب منه بين تملك الزرع بقيمته وبين تركه للغاصب مع استيفاء أجرة الأرض، لأنه أدري بمصلحته من غيره، ويضاف على ذلك أن الرغبات تختلف من شخص إلى آخر وباختلاف الزمان والمكان^(٣).

المبحث الثاني: التصرف القولي في المال المغصوب

التصرف القولي في الفقه الإسلامي يقابله في القانون المدني التصرف القانوني أو الأعمال القانونية، لأن الفقه الإسلامي يميز بين التصرفات القولية التي هي التصرفات القانونية والتصرفات الفعلية التي هي الوقائع المادية، وهنا يلزمنا أن نتعرف على رأي الفقهاء المسلمين وموقف القانون فيما لو تصرف الغاصب بالمغصوب تصرفاً قولياً، وتأسيساً على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول للتصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني للتصرف القولي في المال المغصوب في القانون.

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٣) د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص ٣١٠ و ٣١١.

المطلب الأول: التصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

أن الغاصب قد يبيع المغصوب أو يؤجره أو يرهنه... الخ، فما حكم هذه التصرفات في الفقه الإسلامي؟ وللإسلام عن ذلك شيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: بيع المغصوب

بيع المغصوب قد يقع من الغاصب أو من المغصوب منه، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: بيع الغاصب (بيع الفضولي لنفسه)

وردت على السنة الفقهاء عدة تعريفات للفضولي، فقد عرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه من يتصرف في حق غيره من دون إذن شرعي^(١)، وعرفه بعضهم الآخر بأنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه^(٢)، وعرفه أحد فقهاء الحنابلة في عقد البيع بأنه من يشتري أو يبيع بدلاً من شخص معين لم يأذن له^(٣)، وعرفه أحد فقهاء الإمامية بأنه الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً^(٤)، وعرفه آخر من الإمامية بأنه من يتولى العقد بدون إذن لا من المالك ولا من الشارع كالولي^(٥).

ونحن نتفق مع تعريف فقهاء الإمامية للفضولي بأنه الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً، لأنه تعريف عام وشامل لاتساعه لجميع مصاديق الفضولي، وعلى هذا فالفضولي هو الذي يتصرف في حق غيره من دون أن تكون له ولاية شرعية^(٦)، وهو من يتدخل في شؤون

(١) محمد علاء الدين الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ج ٢، بلا سنة طبع، ص ٢٣٧.

(٢) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٤، المطبعة المصرية ببولاق، ١٢٨٦هـ، ص ٢٠٩.

(٣) المقدسي، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٤) الشيخ مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ط ٢، مطبعة اطلاعات، تبريز، ١٣٧٥هـ، ص ١٢٤.

(٥) الشيخ كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ١، بدون سنة طبع، ص ١٢٥٥.

(٦) محمد نجيب عوضين، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ١٠٥.

غيره من دون توكيل أو نيابة^(١)، وعليه فبيع الفضولي هو كل بيع ينصب على شيء مملوك لغير بائعه ومن دون إذن من مالكة^(٢).

ولتصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي صورتان، الصورة الأولى: أن يتعاقد الفضولي لحساب المالك، والصورة الثانية: أن يتعاقد الفضولي لحساب نفسه، وحين يتصرف الفضولي بالبيع لملك غيره يختلف الحال عند مباشرته لهذا العقد، فقد يوقعه للمالك وهو من أظهر مصاديق الفضولية، وقد يوقعه لنفسه لا للمالك، وهذا يكون غالباً من الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً^(٣)، وقد اختلف الفقهاء في حكم مسألة بيع الفضولي لنفسه وانتهت أقوالهم إلى خمسة آراء:

الرأي الأول: يرى أكثر فقهاء الحنفية أن بيع الفضولي لحساب نفسه يكون موقوف على إجازة المالك الحقيقي إن أجازه نفذ وإن رده بطل العقد، فمن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وله حق الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما^(٤).

ويرى بعض فقهاء الحنفية أن بيع الفضولي لحساب نفسه يُعد باطلاً لا ترد عليه الإجازة، فبيع الفضولي موقوف إلا في ثلاث فباطل، وفيما إذا باع لنفسه، لأنه لو باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً^(٥).

الرأي الثاني: يرى أكثر المالكية أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازه نفذ وإن رده بطل العقد، لأن الغاصب إذا باع الشيء المغصوب للمالك أن يجيز ذلك

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ط١، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٥٤م، ص١٢٩.

(٢) د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج١، دار الكلام الطيب، دمشق-بيروت، ٢٠١٠م، ص٣٧٠.

(٣) السيد عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص١٩. د. ميري كاظم عبيد، مصدر سابق، ص٩٦.

(٤) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، بلا سنة طبع، ص١٤٠.

(٥) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م، ص١٧٨. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة طبع، ص١٦٣.

البيع، لأن غايته أنه بيع فضولي وله أن يردده سواء قبض المشتري المبيع أم لا وسواء علم المشتري أنه غاصب أم لا^(١).

ويرى بعض فقهاء المالكية أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل لا ترد عليه الإجازة، وذهب أحدهم إلى جعل بيع الغاصب باطلاً سواء علم المشتري أن البائع غاصب أم لا، وفرق آخر بين علم المشتري وجهله فجعل البيع باطلاً في الأولى وموقوفاً على إجازة المالك في الثانية^(٢).

الرأي الثالث: ذهب فقهاء الشافعية في المذهب الجديد إلى أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل العقد، فلو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مره بعد أخرى للمالك أن يجيزها^(٣).

ويرى فقهاء الشافعية في المذهب القديم أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل، إذ قال الشافعي من غصب عبداً وباعه لم يجز بيعه، لأنه أعتق من لا يملك وإن أجاز ذلك السيد، لأن البيع وقع فاسداً^(٤).

الرأي الرابع: يرى فقهاء الحنابلة في الرواية الأولى أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل العقد، لأنه قد يترتب على إبطاله ضرر بعد أن تكون التصرفات قد توالى على الشيء المغصوب، فالحكم بصحتها يقضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له^(٥).

ويرى فقهاء الحنابلة في الرواية الثانية أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل، فقال أحدهم وتصرفات الغاصب الحكيمة كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في

(١) الخرشي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٦.

(٢) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ج ٣، عالم الكتب، بلا سنة طبع، ص ٢٤٢.

(٣) الرافعي، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٢١.

(٤) صلاح الدين بن عبد الله العلائي الدمشقي، الكلام في بيع الفضولي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثالث، ١٩٩٠م، ص ٥٣.

(٥) ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠٥.

إحدى الروايتين، وقال آخر أما العقود من البيع والإجارة والنكاح ونحوها فالعقد باطل على الصحيح من المذهب^(١).

الرأي الخامس: ذهب فقهاء الزيدية وبعض فقهاء الإمامية والاباضية إلى أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإن رده بطل البيع، لأن الغاصب إذا باع المغصوب وأخذ الثمن وأجاز المالك البيع نفذ البيع وبرئ المشتري^(٢).

ويرى بعض الإمامية والاباضية أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل لا ترد عليه الإجازة، وقالوا هذا يكون في بيع الغاصب غالباً، وفيه قولان صرح جماعة من الأصحاب بالبطلان^(٣).

نستخلص مما سبق أن بيع الفضولي لنفسه ذلك البيع الصادر من أجنبي لحساب نفسه، وقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

القول الأول: أن بيع الفضولي لنفسه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجازته نفذ، وترتبت آثاره وإن رده بطل العقد واعتبر كأن لم يكن، لأن في إجازته لعقد الفضولي يعني رضاه بما فعل ولا فرق أن يتقدم الرضا على التصرف أو العكس.

القول الثاني: أن بيع الفضولي لنفسه باطل لا ترد عليه الإجازة، فبطلان بيع الفضولي لا يترتب عليه أي أثر من آثار البيوع، بل لابد من إبرام عقد جديد بين المالك والمشتري من الفضولي.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في حكم بيع الفضولي إلى اختلاف كلمتهم في شرط الملك للمبيع هل هو من شروط النفاذ أم من شروط الانعقاد أو من شروط الصحة؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول اشترط الفقهاء المسلمين لإتمام التعاقد ووقوعه صحيحاً نافذاً أن يكون للعاقد سلطة على المعقود عليه، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بوسيلة من الوسائل الآتية:

(١) المرادوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ٢٠٣ و ٢٠٧.

(٢) محمد ياسر حسني محمد الشناوي، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة تاريخية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٩٨.

(٣) عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص ١٠٣.

١- **المالك:** هو أن يكون المبيع وهو الشيء المعقود عليه مملوكاً للبائع وقت البيع، فلا يصح بيع ما ليس مملوكاً له واستثنى الفقهاء من ذلك بيع السلم فأجازوه للضرورة ولحاجة الناس إليه.

٢- **الولاية:** وهو أن يكون العاقد ولياً أو وصياً على صاحب الشيء المعقود عليه، ومعنى ذلك أن يكون مأذوناً له بالتصرف من الشرع .

٣- **الوكالة:** وهو أن يكون العاقد وكيلاً في التصرف الذي قام به نيابةً عن غيره بناءً على وكالة بين الوكيل والموكل، ولكن على الوكيل أن يتصرف في حدود وكالته ولا يتجاوزها، وبإحدى هذه الوسائل يكون للمتعاقد صفة شرعية، فإذا لم تتوافر فيه صفة من هذه الصفات تبيح له التصرف في المعقود عليه سمي المتصرف فضولياً^(١).

ويرى جمهور الفقهاء إن لعقد البيع أركاناً وشروطاً ينبغي توافرها حتى ينعقد العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، ومن ضمنها شرط تملك البائع للمبيع^(٢)، فمن رأى أن ملك للمبيع من شروط النفاذ ذهب إلى أن بيع الفضولي لا يفسد بفقده بل ينعقد موقوفاً على إجازة المالك أو إلى حين حصوله، ومن رأى أنه شرط من شروط الانعقاد أو الصحة ذهب إلى أن بيع الفضولي يفسد بفقده وبالتالي يقع باطلاً^(٣).

وفي القول بصحة بيع الفضولي منفعة لكل من المالك والمشتري والفضولي إن لم يترتب عليه ضرر ما، فمالك المبيع الذي باعه الفضولي قد كفى مؤونة طلب المشتري وعرض السلعة إن كان راغباً في بيعه، والمشتري توافر وصوله إلى طلبه وحاجته من دون انتظار حضور المالك، والفضولي توافر صون كلامه من الإلغاء وإنما تأخر الأثر إلى وقت رضا المالك^(٤)، وقد اعتمد

(١) زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤م، ص ١٥.

(٢) محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الحنفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١م، ص ٣٨.

(٣) السرخسي، مصدر سابق، ج ١٣، ص ١٥٤. القرافي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٠٢١. النووي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٥٩.

(٤) علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣١٨ و ص ٣١٩.

القائلون بوقف بيع الفضولي على أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول والقياس والمصلحة وكما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم استدل القائلين بوقف بيع الفضولي بقوله تعالى "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"^(١)، وقوله تعالى "فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ"^(٢)، ووجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة وغير ذلك من التصرفات الأخرى من غير تفريق بين أن يقوم المالك بالتعاقد بنفسه أو أن يقوم غيره بالوكالة عنه سواء كانت هذه الوكالة موجودة عند التعاقد أم إنها وجدت بعد التعاقد عن طريق الإجازة اللاحقة، ولم تفرق بين رضا المالك عند التعاقد أو بعده^(٣).

ثانياً: السنة النبوية استدلوا بما روي عن عروة بن أبي الجعد البارقى أن الرسول (ص وآله) أعطاه دينار ليشترى به شاة فاشترى له به شاتين فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له الرسول (ص وآله) بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لريح فيه^(٤)، واستدلوا أيضاً بما روي عن حكيم بن حزام أن الرسول (ص وآله) بعثه يشتري له إضحية بدينار فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى إضحية بدينار وجاء بدينار إلى الرسول (ص وآله) فتصدق به ودعا له أن يبارك في تجارته^(٥).

ثالثاً: القياس قاسوا بيع الفضولي على الوصية للوارث أو الوصية من مدين بدين مستغرق للتركة، فالوصية تكون موقوفة على الإجازة^(٦)، وقاسوا على البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام وهو بيع موقوف على الإجازة، فكذا بيع الفضولي يكون موقوفاً على إجازة المالك^(٧)، والجواب على هذا الاستدلال بالقياس على الوصية بانه قياس مع الفارق، فالوصية تحتل الغرر وتنصح

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة الجمعة: الآية ١٠.

(٣) الكاساني، مصدر سابق، ج ٥، ص ٤٨ و ٤٩.

(٤) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٢٣.

(٥) النووي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٦٢.

(٦) كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٧، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع، ص ٥٣.

(٧) النووي، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٦٢.

بالمعدوم بخلاف البيع، وأما الاستلال بقياسه على البيع بشرط الخيار إنه لا يصح، لأن بيع الفضولي مجزوم به منعقد في الحال والبيع بشرط الخيار ينتظر فسخه وإذا مضت المدة ولم يفسخ يلزم البيع^(١).

رابعاً: المعقول بيع الفضولي صادر من أهله، لأن البيع كلام والأهلية المطلوبة متوفرة بالتمييز، وصدوره في محله، لأن محل العقد متقوم ومشروع، وكون المحل غير مملوك للبائع لا يؤثر على وجوده، لأنه لو بائعه المالك أو وكل الغير في بيعه يجوز، فتوافرت فيه جميع أركان العقد الصحيح ولكن على اعتبار صدور العقد من غير المالك فإن نفاذه يتوقف لعدم توافر رضا المالك، فإذا توافر الرضا بالإجازة زال المانع من النفاذ^(٢).

خامساً: المصلحة الأصل في العقود الإباحة وإنها شرعت من أجل تحقيق مصالح الناس، فلا يحرم منها إلا ما حرم الله تعالى، وبيع الفضولي إن لم يكن فيه مصلحة فليس فيه من ضرر، فالقول بانعقاد بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك يحقق مصلحة الأطراف جميعهم سواء المتعاقدين أو المالك، فالمالك إذا وجد البيع فيه مصلحة له أجازته، ومصلحته في حال الإجازة تكون ثابتة من خلال حصوله على الثمن والاستفادة من وفرة السلعة ورواجها، ومصلحة المشتري متحققة منه فوصله إلى حاجته في حالة إجازة المالك لعقد الفضولي، وفي وقف البيع الذي أبرمه مع المشتري صون لكلامه من الإلغاء ويحصل على الثواب إذا قصد بتصرفه معاونة المالك على تصرف شؤونه^(٣).

أما القائلين ببطلان بيع الفضولي فقد اعتمدوا على أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والمعقول وكما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم استدلوا بالكثير من الآيات الكريمة ومنها قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"^(٤)، ووجه الدلالة في هذه الآية

(١) الماوردي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٢٩.

(٢) السرخسي، مصدر سابق، ج ١٣، ص ١٥٤.

(٣) ابن الهمام، مصدر سابق، ج ٧، ص ٥٣.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

الكريمة أن الله سبحانه وتعالى اشترط لحل انتقال ملكية الأموال بين الناس أن تكون مبنية على التراضي، وبيع الغاصب للمال المغصوب (بيع الفضولي لنفسه) يناقض ذلك، فالمبيع ليس مملوكاً له وبالتالي يكون البيع باطلاً، فالآية الكريمة تفيد حرمة أخذ مال الآخرين باستثناء التجارة، وقيد التجارة أن تكون عن تراضٍ، وبيع الغاصب تجارة بغير تراضٍ، لأن البيع يكون من دون رضا المالك فيكون باطلاً حتى لو لحقته الاجازة^(١).

ثانياً: السنة النبوية استدلووا بالكثير من الأحاديث الواردة عن الرسول (ص وآله) منها ما روي عن حكيم بن حزام قال " قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك "^(٢)، ووجه الدلالة في الحديث أن الرسول (ص وآله) نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده، والنهي يقتضي البطلان والفضولي يبيع ما ليس عنده فكان بيعه باطلاً^(٣).

ثالثاً: القياس ذهبوا أن بيع الفضولي من العقود التي يدخل فيها الغرر، وهو منهي عنه قياساً على بيع الآبق وبيع السمك في الماء والطير في الهواء، لأن الفضولي غير قادر على تسليم المبيع مما يستلزم بطلان العقد، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق والسمك في الماء والطير في الهواء^(٤).

رابعاً: المعقول أن أفعال الإنسان يجب أن تصان من العبث، والفضولي لا يستطيع تنفيذ البيع، وهذا يجعل عمله عرضه للبطلان إذا لم تحصل الإجازة من المالك، فيضيع وقته من دون جدوى ويريق ماء وجهه، فيجب صون الناس عن مثل هذه التصرفات، وأن الولاية في المال لا تكون إلا للمالك أو لمن له نيابة أو وكالة من المالك، فالولاية كالأهلية، فكما لا ينعقد العقد من فاقده الأهلية لا ينعقد من فاقده الولاية ولو كان كامل الأهلية، لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كلام

(١) عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص ٨٣. د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

(٢) محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، سنن الترمذي، ج ٣، ط ٢، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٥م، ص ٥٢٦.

(٣) محمد الشناوي، مصدر سابق، ص ٣١٦.

(٤) أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، شرح السنة، ج ٨، ط ٢، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٨٣م، ص ١٤١.

العاقدين لكي تترتب آثاره شرعاً، والفضولي ليس مالكاً ولا مأذوناً بالتصرف من المالك، فلا يكون لتصرفه وجود ولا يترتب عليه أثر من الآثار في نظر الشارع^(١).

المسألة الثانية: بيع المغصوب منه

المغصوب منه أما أن يقوم ببيع المغصوب للغاصب أو أن يقوم ببيعه لغير الغاصب، فإذا باعه للغاصب يكون البيع صحيحاً، لأن المغصوب في يد الغاصب فيشبه بيع العارية للمستعير حتى لو كان غير موجود أثناء العقد^(٢)، وأما بيع المغصوب لغير الغاصب فاتفق الفقهاء على إنه يصح إذا كان البائع أي المغصوب منه قادراً على انتزاعه من الغاصب وتسليمه للمشتري^(٣)، وإذا كان غير قادر على تسليمه وكان المشتري قادراً على أخذه من يد الغاصب يصح البيع عند بعض فقهاء الشافعية وفقهاء الحنابلة لإمكان قبض المغصوب ولعدم الغرر، ولا يصح عند البعض الآخر من الشافعية، لأن التسليم واجب على البائع، وهو عاجز عنه، فإذا عجز البائع عن استنقاذه بعد البيع، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء^(٤).

الفرع الثاني: إجارة المغصوب

إجارة المغصوب قد تقع من الغاصب أو من المغصوب منه وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إجارة الغاصب

إذا أجر الغاصب المغصوب فإن عقد الإجارة يقع باطلاً فلا تصح إجارته، وذلك لعدم ملكيته أو ولايته على العين المؤجرة، فتصرف الغاصب في المغصوب بالإجارة يخالف أحكام الشريعة،

(١) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٦٦ وص ٦٧. محمد الشناوي، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٢) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(٣) ابن عابدين، مصدر سابق، ج ٥، ص ٥٨. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٧. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٤، ص ٩٢. الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٤. اطفيش، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٣٤. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٥٥.

(٤) ابن قاسم الغزي، حاشية البيجوري، ج ١، دار الفكر للنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ص ٣٥٤. محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٢، دار الفكر، ١٩٩٥م، ص ١٨.

فإذا تم العقد مع هذا الإشكال، فللمغصوب منه تضمين الغاصب أو المستأجر أجره المثل، فإذا ضمن المستأجر لم يرجع على الغاصب إلا بما يزيد أجر المثل على الأجر المسمى^(١).

وقال الشافعية أن الأجرة للغاصب إذا قبضها، لأن المغصوب في ضمانه لحديث الخراج بالضمان، وقال المالكية والاباضية إذا أجر المستأجر الأرض وحرثها وهو لا يعلم بالغصب، للمغصوب منه أخذها ودفع أجره الحرث^(٢)، ويرى فقهاء الاحناف للمغصوب منه أن يجيز إجازة الغاصب، فإذا أجازه وكانت مدة الإجازة قد انقضت تكون الأجرة للغاصب، لأن المعقود عليه أي المنفعة قد انعدم والإجازة لا تلحق المعدوم، وإذا كانت الإجازة بعد مضي بعض المدة فالأجرة كلها للمالك عند أبي يوسف، لأنه إذا بقيت بعض المدة لم يبطل العقد، وقال محمد أجره ما مضى للغاصب وأجره ما بقي للمالك، لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه مستقل عن غيره، وتكون على الغاصب أجره المثل للمدة السابقة على الإجازة^(٣).

ولكن ما الحكم لو أجر الغاصب العين المغصوبة وهلك في يد المستأجر؟ في الإجابة على هذا التساؤل يرى جمهور الفقهاء إذا هلك المغصوب في يد المستأجر للمغصوب منه تضمين المستأجر أو تضمين الغاصب بدلها بالمثل أو القيمة، فإذا اختار تضمين المستأجر وكان الأخير غير عالم بالغصب فإنه يرجع على الغاصب، وإن كان عالماً بالغصب لا يرجع على الغاصب فهنا حكمه حكم الغاصب والتلف حصل في يده فيستقر الضمان عليه، وإن اختار المغصوب منه تضمين الغاصب بالإجرة والقيمة فإن الغاصب يرجع على المستأجر بالإجرة، ويرى بعض الحنابلة على الغاصب أجره المغصوب من وقت الغصب إلى وقت التلف، ويقبل قوله في وقت التلف بيمينه لتسقط عنه الأجرة من ذلك الوقت^(٤).

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

(٢) الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٤. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٦٢. الشوكاني، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٤٨.

(٣) الكاساني، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٥٦٣.

(٤) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠٣. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٦٢. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٤. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١١١ و ١١٢.

المسألة الثانية: إجارة المغصوب منه

يرى بعض فقهاء الحنابلة إذا قام المغصوب منه بإجارة المغصوب فالعقد لا يصح لعدم قدرته على تسليم المعقود عليه، ويصح العقد إذا كان المستأجر بعد إبرام العقد قادراً على انتزاع المغصوب من الغاصب لإمكان قبضه والوصول إليه، أما إذا قام المغصوب منه بتأجير المغصوب للغاصب فالعقد صحيح، لأن العين المغصوبة تحت يده^(١)، ولكن ما الحكم في حالة غصب العين المؤجرة قبل مضي مدة العقد وبعده؟ اختلف الفقهاء في حكم مسألة غصب العين المؤجرة، ولهم رأيان:

الرأي الأول: ذهب بعض الحنفية إلى القول ليس للمستأجر الحق في الفسخ إذا حدث الغصب بعد إبرام العقد ويلزم بالإبقاء على العقد^(٢).

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول إن غصب العين المؤجرة يؤدي إلى الإخلال بالعقد ويعطي للمستأجر حق الخيار بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه^(٣).

ونحن نؤيد رأي جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه في إعطاء المستأجر الخيار بين الفسخ والإبقاء على العقد وذلك لقوة الحجج التي استندوا عليها.

والسؤال المطروح هنا: هل يجوز للشريك إجارة المال الشائع من دون إذن بقية الشركاء ؟

(١) منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع، ج ٢، دار التراث، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٣٠٤.

(٢) عبد الله بن سليمان، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٧١.

(٣) فإذا حدث الغصب بعد العقد مباشرة واختار المستأجر الفسخ فلا يلزم بدفع الأجرة لعدم حصوله على المنفعة، وللمستأجر الأجرة إن كان قد نقدها بشرط عدم حدوث تقريط منه، وإذا حدث الغصب بعد مضي بعض مدة العقد يلزم المستأجر بدفع أجرة ما سبق وعلى الغاصب بعد ذلك، وأما إذا حدث الغصب ولم يختار المستأجر الفسخ واختار الإبقاء على العقد فيكون مع الغاصب كالمالك إذا زرع العين أو سكن فيها تكون الأجرة له، ويسقط خيار المستأجر في الفسخ أو الإبقاء إذا بادر المؤجر (المالك) وانتزع العين من الغاصب وردها للمستأجر قبل مضي مدة لمتلها أجرة. شمس الدين أحمد بن قودر، مصدر سابق، ج ٩، ص ٧٢. عبد الله بن سليمان، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٧١. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٦٤. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣١. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٨١. البهوتي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٠٨. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٤٢.

لم تتفق كلمة الفقهاء في حكم هذه المسألة، ولهم خمسة آراء:

الرأي الأول: فرق فقهاء الاحناف بين أن يكون تأجير العقار الشائع لحساب الشريك أو أن يكون التأجير له ولباقي الشركاء، ففي حالة قيام الشريك بتأجير العقار الشائع لحساب نفسه يأخذ الشريك حكم الغاصب، ولكنّه لا يلزم برد الأجرة، ولا يحق لبقية الشركاء الرجوع عليه بالأجرة، وقد استثنى فقهاء الحنفية من هذا الحكم مال الوقف ومال اليتيم والاعيان المعدة للاستغلال^(١).

أما في حالة قيام الشريك بتأجير المال الشائع لنفسه ولبقية الشركاء وأجاز بقية الشركاء تصرف الشريك في بداية عقد الإجارة وقبل تسليم المال الشائع كان لهم أجرة باقي الحصص، وإن حصلت الإجارة بعد التسليم يرى بعض فقهاء الحنفية للشركاء الحق في المطالبة بالإجارة عن المدة الماضية والمدة المتبقية، ويرى آخرون لهم الأجرة عن المدة المتبقية وتكون بنصيب كل واحد منهم^(٢).

الرأي الثاني: قال فقهاء الإمامية يجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه وهبته، ولكن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك، فالإجارة صحيحة ولا دليل على اختصاص الإجارة بما إذا كان متعلقها ملكاً بجملته للمؤجر، وتكون الإجارة باطلة إذا كان المستأجر أو المؤجر يعلم إن الشريك لا يأذن بمثل هذه الإجارة، ولا يسمح بتسليم العين لاستيفاء المنفعة، ويكون حال المؤجر حال الغاصب غذا عصى وسلم العين المؤجرة للمستأجر مع عدم إذن الشريك، فالمؤجر لا يملك حصته عيناً فكيف يملك المستأجر منفعتها، فهو يملك المال على نحو الشروع ولا سلطة له فعلية على العين إلا مع إذن شريكه^(٣).

الرأي الثالث: ذهب فقهاء المالكية إلى عدم جواز قيام الشريك بتأجير المال الشائع كله بدون إذن بقية الشركاء، وإن وقعت هذه الإجارة كانت صحيحة في حصة الشريك وغير نافذة في حصص باقي الشركاء، مما يعطي الحق للمستأجر طلب فسخ العقد المبرم بينه وبين الشريك، ولبقية

(١) الكاساني، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٥٦١. ابن نجيم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٤٣.

(٢) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٤، ط ٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٢م، ص ١٣٨.

(٣) السيد محمد الحسيني، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، ط ١، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٤٣١ و ٤٤٤.

الشركاء الحق في الرجوع على الشريك بالأجرة أو الحق في إجازة التصرف الصادر من الشريك وتنفيذ العقد^(١).

الرأي الرابع: ذهب فقهاء الشافعية إلى أن تصرف الشريك في كل المال الشائع صحيح في حصته فقط وموقوف في باقي الحصص الشائعة على إجازة بقية الشركاء، فلا يجوز للشريك التصرف في حصصهم بدون إذنهم^(٢).

الرأي الخامس: ذهب فقهاء الحنابلة إلى عدم جواز قيام الشريك بتأجير المال الشائع بدون إذن باقي الشركاء في حالة عدم تسليم العين المؤجرة للمستأجر، أما إذا تم التسليم فيكون تصرفه صحيحاً بشرط عدم إلحاق الضرر ببقية الشركاء من خلال عدم استيفائهم للأجرة^(٣).

الفرع الثالث: رهن المغصوب

رهن المغصوب قد يقع من الغاصب أو من المغصوب منه، ففيه مسألتان:

المسألة الأولى: رهن المغصوب من الغاصب (رهن ملك الغير)

ملك الغير هو ما ليس مملوكاً للمتصرف فيه وإن كان مملوكاً لغيره، والفرق بين ملك الشخص وملك غيره هو إباحة التصرف، فملك الشخص يثبت له كافة التصرفات من دون أن يتوقف على إذن، أما ملك الغير فهو ما لا يباح التصرف فيه إلا بإذن صاحبه، وقد انقسم الفقهاء إلى رأيين في حكم رهن ملك الغير بغير إذنه أو بدون ولاية شرعية، رأي يجيز رهن ملك الغير ولكنه يوقفه على إجازة المالك، ورأي آخر لا يجيزه ويقرر عدم صحته وكما يأتي:

الرأي الأول: يرى جواز رهن ملك الغير بشرط أن يأذن له صاحبه، وبهذا قال جمهور الفقهاء من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية، إذ إن حكم رهن ملك الغير بغير إذنه أو بدون ولاية شرعية ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز المالك نفذ وإلا فيكون باطل،

(١) عبد الله بن سليمان، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٨٦.

(٢) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٩٥.

(٣) الدردير، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٣٦.

ويسمى هذا الرهن برهن الفضولي قياساً على عقد البيع^(١)، ويقول أحد فقهاء الإمامية يُعتبر في العين المرهونة جواز تصرف الراهن فيها، ولو بالرهن فقط، فإذا رهن ملك الغير فصحته موقوفة على إجازة المالك، وإذا ضمه إلى ملكه ورهنهما لزم الرهن في ملكة وتوقف في الضميمة على إجازة مالكها، واستدل اصحاب هذا الرأي بقوله تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ "^(٢)، واستدلوا بما روي عن الرسول (ص وآله) إنه قال " أنت ومالك لأبيك "^(٣)، وجه الدلالة بالحديث إن الولد وماله مملوك للأب، وما دامت الملكية ثبتت في الولد والمال جاز للأب أن يتصرف في مال ولده كيف يشاء كالرهن مثلاً^(٤).

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على جواز رهن ملك الغير نجد فقهاء الشافعية قد منعوا رهن مال المحجور عليه إلا لضرورة وغبطة ظاهرة، ونجد فقهاء الحنابلة لم يجيزوا ارتهان مال اليتيم إلا بشرطين هما: ١- رهنه عند ثقة. ٢- وأن يكون فيه حظ لليتيم.

الرأي الثاني: هو رأي فقهاء الظاهرية ومن وافقهم من فقهاء الشافعية والحنابلة^(٥)، وعندهم إن حكم رهن ملك الغير باطل لانتفاء الملكية والولاية، ويقول فقهاء الظاهرية بعدم جواز رهن ملك الغير مطلقاً سواء كان الغير محجوراً عليه أو غير محجوراً، حيث أبطلوا رهن ملك الغير وأن كان بأذنه أو بولاية شرعية، واستدل اصحاب هذا الرأي بقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ "^(٦)، وقوله تعالى " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى "^(٧)، واستدلوا بالقياس بقولهم إن الراهن غير قادر على تسليم

(١) الكاساني، مصدر سابق، ج ٦، ص ٢٠٤. القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٩١. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢٦. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج ٢، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠١٧م، ص ٢٨٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ٢.

(٣) محمد القزويني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٧٧٩.

(٤) د. محمد إسماعيل أبو الريش، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن، ط ٢، مطبعة الأمان، مصر، ١٩٩٤م، ص ١٧٨.

(٥) ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٠٢. الماوردي، مصدر سابق، ج ٧، ص ٣٨٣. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٤٧.

(٦) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٧) سورة الانعام: الآية ١٦٤.

ما يرهنه، لأنه ليس مالكا له، واستدلوا بالمعقول بقولهم إن العقد لا يصدر إلا من له الولاية أو الإذن، وأن حكم العقد لا ينفصل عن سببه وإلا كان حكم العقد باطلاً أو غير منعقد، لذا فهو باطل لاستحالة انعقاد السبب وهو عدم ملكيته للمرهون^(١).

ونحن نتفق مع بعض الشراح في ترجيحهم الرأي الأول الذي يرى إن حكم رهن ملك الغير بغير إذنه أو بدون ولاية شرعية ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك، لأنه يتماشى مع الحكمة التي شرع من أجلها الرهن، وهي حاجة الراهن الملحة إلى الدين فكما يقوم برهن حاجته يمكن أن يقوم برهن حاجة غيره^(٢)، وإضافة إلى ذلك إنه يتماشى مع القواعد الفقهية فمن المقرر صيانة كلام العقلاء من العبث استناداً إلى قاعدة " تصحيح الكلام أولى من إهماله"^(٣).

والسؤال المطروح هنا: مالحكم لو استحق المرهون في يد المرتهن أي ظهر مملوكاً للغير؟ في الإجابة على هذا السؤال نقول إذا استحق المرهون في يد المرتهن أي ظهر مملوكاً للغير يبطل إن لم يجيزه المالك عند فقهاء الحنفية والمالكية^(٤)، ويبطل الرهن من أصله وإن أجازاه المالك عند فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية، لأنه رهن ملك غير ورهن ملك الغير باطل وما بني على باطل فهو باطل^(٥)، فإذا كان المرهون المستحق قائماً وجب رده إلى المالك ويرجع المرتهن على الراهن بجميع حقوقه، وله حق الفسخ إن كان الرهن مشروطاً فيه، أما إذا كان المرهون المستحق هالكا فإن المالك المستحق بالخيار إن شاء ضَمَنَ الراهن قيمته وإن شاء ضَمَنَ المرتهن، لأن كل واحد منهما متعدي في حقه، فالراهن باستيلائه عليه بغير حق وتسليمه إلى المرتهن والمرتهن بقبضه وتسلمه، فإن ضَمَنَ المالك المستحق الراهن صار المرتهن مستوفياً لدينه بقدر قيمة الرهن عند فقهاء المالكية والحنفية، وذلك لهلاك المرهون في يده حيث إن الراهن

(١) د. عبد الرزاق فرج، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٢) د. محمد أبو الريش، مصدر سابق، ص ١٨٢.

(٣) وداد وهيب لهما، الأطر القانونية لرهن ملك الغير دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد ٥٢، ٢٠٢٠م، ص ١٠٦.

(٤) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٥٨٠. الخطاب، مصدر سابق، ج ٦، ص ٥٦٦.

(٥) الشرييني، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٣٥. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٨٣. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٠٢.

قد ملكه بأداء ضمانه ملكاً مستنداً الى وقت استيلائه عليه بغير حق قبل عقد الرهن فيصبح رهنًا ما يملك.

وعند فقهاء الشافعية والحنابلة لا يسقط شيء من يد المرتهن بهلاك المرهون في يده بلا تعدٍ أو تفريط منه، فيرجع بكامل حقه على الراهن، أما إذا ضمن المالك المستحق المرتهن ابتداء رجوع المرتهن على الراهن بما ضمنه من المثل أو القيمة، لأنه تسلم الرهن مغروراً من جهة الراهن والمغرور يرجع بما ضمن ويرجع المرتهن ايضاً بدينه على الراهن، لأن استيفاءه لدينه قد انتقص بظهور إنه قد تسلم عيناً مملوكة للغير، وعند فقهاء الحنفية والمالكية يبطل الرهن ويرجع حقه كما كان، وأما عند فقهاء الشافعية والحنابلة يبطل الرهن، لأن الراهن قد رهن ملك غيره والمرهون يكون أمانه في يد المرتهن لا يضمنه إلا بالتعدي والتفريط^(١).

المسألة الثانية: رهن المغصوب من المغصوب منه

اتفق جمهور الفقهاء على جواز ارتهان المغصوب من ماله لدى الغاصب، ويصبح المغصوب حينئذ رهنًا في يد الغاصب بعقد الرهن، فيصبح مرهوناً بعد إن كان مغصوباً بيده^(٢)، ولكنهم اختلفوا في مسألة زوال ضمان الغصب بمجرد عقد الرهن ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة ومالك وأحمد والمزني إذا صار المغصوب رهنًا لدى الغاصب زال ضمان الغصب بمجرد عقد الرهن^(٣)، وقد استدلت اصحاب هذا الرأي بالآتي:

١- قياس رهن المغصوب للغاصب على بيعه وهبته له، فكما إن بيع المغصوب منه وهبته له تسقط عنه ضمان الغصب اتفاقاً فكذلك رهنه منه بجامع الإذن بالإمساك في كل منهما، لأن الحكم إذا انيط بعله فإنه يزول بزوالها.

(١) توفيق إبراهيم موسى أبو عقيل، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات - جامعة الخليل، ٢٠٠٨ م، ص ١٣٢ و ١٣٣.

(٢) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٤٣. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢٨. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٧، ص ٤٥٣. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٠٢. الزيلعي، مصدر سابق، ج ٦، ص ٧٠. الحطاب، مصدر سابق، ج ٥، ص ٥.

(٣) ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٧، ص ٤٥٣. الشيرازي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٣٤.

٢- لو قال شخص لآخر رهنتك هذا الشيء على أن يكون مضموناً عليك لم يصر مضموناً لمنافاة الضمان لعقد الرهن، فإذا تنافيا ابتداء لم يجتمعا وكان أحدهما رافعاً للآخر، وقد ثبت الرهن بالاتفاق فلينتف الضمان بالالتزام.

٣- أن الرهن كالوديعة كلاهما مقبوض بعقد أمانه، فإذا صار مقبوضاً وديعة انتقل عن كونه مقبوضاً غصباً، فكذاك يجب إذا قبض رهناً أن ينتقل عن كونه مقبوضاً غصباً فلا يكون مضموناً.

الرأي الثاني: يرى مالك والشافعي وقول في مذهب أحمد إن ضمان الغصب لا يسقط عن المرتهن بمجرد عقد الرهن، بل لابد أن يبرئه المالك أو يعيده إليه ثم يسترده بحكم الرهن أو يسلمه إلى عدل يتفقان عليه^(١)، وقد استدل اصحاب هذا الرأي بالآتي:

١- أن المغصوب مضمونه على غاصبه، وعقد الرهن لا يتنافى مع الضمان، بدليل إنه لو تعدى عليه بعد العقد ضمنه ضمان الغصب في الانتهاء، لأنه لم يمنع ضمان الغصب في الابتداء.

٢- أن عقد الرهن لا ينفي ضمان الجنائية، فوجب ألا ينفي ضمان الغصب، لأن كلا منهما ضمان تعلق بعين.

٣- أن ضمان الغصب لو سقط بارتهان الغاصب لسقط بارتهان غيره، لكنه لم يسقط بارتهان غيره فلا يسقط بارتهانه^(٢).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الأول الذي يرى زوال ضمان الغصب بعقد الرهن، لأنه لا مانع من ورود عقد الرهن على الغصب وأخذ أحكامه^(٣).

(١) الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢٩. الحطاب، مصدر سابق، ج ٥، ص ٥. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٧، ص ٣٩٨.

(٢) ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٧، ص ٤٥٣. الشيرازي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٣٤.

(٣) أبو الفرج بن عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ط ١، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بمصر، ١٩٧١م، ص ٦٧.

المطلب الثاني: التصرف القولي في المال المغصوب في القانون

أن الغاصب قد يبيع المغصوب أو يؤجره أو يرهنه...الخ، فما حكم هذه التصرفات في القانون؟ وللإجابة عن ذلك بشيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: بيع ملك الغير

يُعد عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعاً في المعاملات المالية، ولولا هذا العقد لما تمكن الإنسان من الحصول على حاجاته وكسدت أعماله، والبائع والمشتري هما أطراف هذا العقد ولا تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري إلا إذا كان مالكا للمبيع، وبالرغم من ذلك قد يصدر البيع من غير المالك، وهنا نكون أمام ما يسمى ببيع الفضولي في الفقه الإسلامي وبيع ملك الغير في القانون الوضعي^(١)، وللإجابة عن بيع ملك الغير في القانون بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

عالج المشرع العراقي بيع ملك الغير في المواد (١٣٥) و (١٣٦) من القانون المدني، وجاءت نصوصه متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي^(٢)، إذ تطرقت المادة (١٣٥) لعقد الفضولي والمادة (١٣٦) للإجازة وأحكامها، وتنص الفقرة الأولى من المادة (١٣٥) من هذا القانون على إنه " من تصرف في ملك غيره انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك"، فهذا النص جاء بقاعدة عامة تحكم بيع ملك الغير كما تحكم غيره من التصرفات، وبالتالي فإن بيع ملك الغير ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك في القانون العراقي، وهذا النوع مستجمع أركان العقد الصحيح وشروطه، وليس فيه خلل لا ذاتاً ولا وصفاً، فكل طرفيه عبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً وتلاقت

(١) زينة أحمد خريسات، مصدر سابق، ص ١.

(٢) يرى جمهور الفقهاء أن بيع ملك الغير (بيع الفضولي) ينعقد صحيحاً لتوفر أركانه وشروط انعقاده ولكنّه لا ينتج أثراً بين المتعاقدين أو غيرهم ويتوقف نفاذه على إجازة المالك، فإن أجاز المالك نفذ وأنتج آثاره منذ لحظه انعقاده بأثر رجعي، وإن لم يجزه يبطل العقد وينعدم منذ لحظة انعقاده. صبا سعدي علي، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠١م، ص ٣٤.

هذه الإرادتان وإن محل العقد متقوم وسببه مشروع^(١)، أما صدوره من غير مالك لا يمنع من انعقاده صحيحاً غير إن آثاره تتوقف على إجازة المالك^(٢)، والمشرع العراقي جعل انعدام الولاية على محل التصرف سبباً في وقف نفاذ العقد^(٣)، ولم يخرج عن قواعد العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ولكنه في الوقت نفسه حاول تطوير هذه الفكرة ومعالجة سلبياتها من أجل استقرار المعاملات، فلم يجعل مصير العقد متوقفاً على الإجازة لفترة مفتوحة وإنما حدد مدة ثلاثة أشهر للمالك لإجازة العقد أو إبطاله من تاريخ علمه بالتصرف^(٤)، كما اشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت إبرام العقد^(٥)، وهذا يعني إن خيار الإجازة أو النقص ينتقل إلى ورثة المالك^(٦).

وعليه إذا أجاز المالك العقد تُعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب البائع بالبدل إن كان قد قبضه من الطرف الآخر، وإذا لم يجزه المالك يبطل العقد، ويرجع المشتري على البائع بالبدل إذا كان قد دفعه إليه، فإذا هلك البدل في يد البائع بدون تعدٍ منه وكان المشتري يعلم إنه يبيع ملك غيره فلا رجوع له عليه، وإذا سلم البائع المبيع للمشتري وهلك في يده بدون تعدٍ منه أو تقريط فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإن اختار أحدهما ورجع عليه سقط حقه عن الآخر^(٧)، وهنا يرى أحد الشراح إذا كان الفضولي قد سلم المال الذي عقد عليه فضولاً إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك

(١) وبهذا الصدد تنص المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي على إنه " ١ - العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه سالمة من الخلل ٢ - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال".

(٢) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٣) وبهذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور التصرف".

(٤) وبهذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على إنه " ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة اشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً".

(٥) وبهذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على إنه " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة".

(٦) صبا سعدي علي، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٧) هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، منشورات مكتبة هاشم، بلا سنة طبع، ص ٣٠٢ و ص ٣٠٣.

العقد كان الفضولي بحكم الغاصب وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب^(١)، وللمالك مطالبة العاقد الآخر برد ما سلمه إليه فإن هلك في يده كان للمالك تضمين الفضولي أو تضمين العاقد الآخر، ومطالبة أي منهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر به^(٢).

وبهذا الصدد تنص المادة (٢٠٠) من قانوننا المدني على إنه " إذا تصرف الغاصب في المغصوب وتلف كان المغصوب منه بالخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه ونفذ وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون"، ويرى أحد الشراح إن هذا النص تضمن عبارة إن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من صح تصرفه، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة، بينما إيراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للإبطال^(٣)، فبيع ملك الغير في القانون المدني العراقي عقد صحيح موقوف موقوف وليس عقداً باطلاً حتى يستعمل المشرع العراقي تعبير (صح تصرفه)^(٤).

ويترتب على النص المتقدم إنه لو تصرف الغاصب في المغصوب معاوضةً كبيعه أو تبرعاً كهبته وكان المغصوب قائماً في يد المتصرف إليه كان المغصوب منه مخير بين إجازة التصرف

(١) وبهذا الصدد ليس للشريك أن يتصرف مستقلاً في المال الشائع بدون إذن شركائه سواء كان هذا التصرف مادياً أم قانونياً، فإذا تصرف الشريك في الشيء كله أو في مقدار شائع يزيد على حصته كان تصرفه صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد على حصته، فإذا كان هذا التصرف بيعاً وقع البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع موقوفاً على إجازة شركائه الآخرين، فإذا أجازوا التصرف اعتبرت الإجازة توكيلاً، لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، ويطلبوا الشريك البائع باعتباره فضولياً بالبدل إذا كان قد قبضه وإذا لم يجيزوا هذا التصرف فإنه يُعتبر باطلاً، وإذا هلك المبيع قبل الإجازة في يد المشتري، فإن الشريك البائع بوصفه غاصباً يضمن هذا الهلاك لشركائه الآخرين، هذا ما أشارت إليه المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي. محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٢) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٢٢٤ و ص ٢٢٥.

(٣) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(٤) وبهذا الصدد تنص المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي على إنه " ١- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية ٢- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع ٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

أو استرداد عين المغصوب من واضع اليد وبين تضمين الغاصب، لأن خروج المغصوب من يده بحكم هلاكه في يده ولا يستطيع رده إلى مالكه، وإذا تلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد المشتري أو الموهوب له كان المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن من تصرف له الغاصب، فإذا رجع المغصوب منه على الغاصب حينئذ يصبح الغاصب مالكاً للمغصوب ملكية تستند إلى يوم الغصب، وهنا يصبح تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، لأن بضمانه المغصوب يكون قد ملكه منذ غصبه بحكم الأثر الرجعي، فيكون تصرفه تصرفاً فيما يملك فيصبح بيعه صحيحاً وهبته صحيحه^(١)، أما إذا رجع المالك على من تصرف له الغاصب للمتصرف إليه أن يرجع على الغاصب بضمان الاستحقاق على وفق القواعد العامة التي قررها قانوننا المدني، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (٥٥٠-٥٥٧) من القانون المدني وإذا كان التصرف هبةً طبقت أحكام المواد (٦١٤) و(٦١٥) من القانون المدني.

ثانياً: في القانون المدني المصري

لم ينظم المشرع المصري أحكام بيع ملك الغير ضمن القواعد العامة في القانون المدني، وإنما عالج أحكام بيع ملك الغير بموجب المادتين (٤٦٦، ٤٦٧) من القانون المدني، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٦٦) من القانون المدني على إنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع"، وبصدد هذا النص يرى أحد الشراح إن المقصود ببيع ملك الغير هو أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه^(٢)، ويتضح من هذا التعريف إنه يركز على عنصرين رئيسيين هما ١- الشيء المعين بالذات ٢- عدم ملكية البائع للمبيع^(٣)، علماً إن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا جعل البيع باطلاً وفقاً للقواعد العامة، وهذا الفرض لا يتحقق من الناحية العملية إلا إذا كان المشتري يعتقد وقت التعاقد إن المبيع مملوكاً للبائع وليس مملوكاً له^(٤).

(١) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٣١١ وص ٣١٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٧١.

(٣) حسن رياض، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٤) د. مصطفى الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، الدار الجامعية، ١٩٨٦م، ص ٩٠.

ويؤخذ على المشرع المصري إغفاله لحالة النيابة الشرعية، فيفهم من النص إن البائع لا يملك المبيع، ولكنه قد يكون نائباً قانونياً، ومما لاشك فيه أننا نكون في حالة نيابة عن المالك ولا نكون بصدد بيع ملك الغير، ولكي نكون بصدد بيع ملك الغير يشترط أن لا يكون هنالك اتفاق أو نص قانوني يعلق نقل الملكية على القيام بعمل ما أو يضيفه إلى أجل معين^(١)، يرى أحد الشراح أنه يمكن تعريف بيع ملك الغير بأنه عقد يبيع بمقتضاه الشخص مالاً معيناً بالذات مملوكاً لغيره وبدون نيابة عن المالك، وينقل ملكية المبيع في الحال إلى ذمة المشتري^(٢)، وهذا التعريف يحتوي على الشروط التي يجب توافرها حتى نكون بصدد بيع ملك وهي: أن يكون العقد عقد بيع وأن يكون المبيع معيناً بالذات وأن يكون المبيع مملوكاً للغير وأن يكون البيع ناقلاً للملكية في الحال^(٣)، وهنا يقول أحد الشراح لا أرى من الضروري اشتراط أن يكون البيع ناقلاً للملكية في الحال لكي نكون أمام بيع ملك الغير، لأن الظاهر من تعريف المشرع المصري لعقد البيع إنه لا يرتب حكماً بانتقال الملكية في الحال فاشتراطوا مثل هذا الشرط ولكنهم ناقضوا أنفسهم في مسألة البيع العقاري وجعلوا حكمه نقل الملكية وإن تراخى هذا الانتقال إلى ما بعد التسجيل^(٤).

وتظهر أهمية تعيين حكم القانون في شأن هذا النوع من البيع، لكونه كثير الوقوع في الحياة العملية، فكثيراً ما يحدث إن الزوج يبيع مال زوجته أو الأب يبيع مال أبيه أو الأب يبيع مال أبنه لا بصفته ولياً بل بصفته الشخصية، أو الوارث يبيع عيناً غير موجودة في التركة أو موجودة في التركة، ولكنها لم تقع في حصته والشريك في الشئوع يبيع كل العين الشائعة، وهو لا يملك إلا حصته فيها وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك، وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة، فهذه كلها تُعد ببيعاً لملك الغير^(٥).

(١) زينة أحمد خريسات، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) د. عبد الرحمن جمعة الحلاشه، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، ط ١، دار وائل، عمان، ١٩٩٨م، ص ٧٧.

(٣) حسن رياض، مصدر سابق، ص ٢٥ وص ٢٦.

(٤) أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات - جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٦م، ص ٢٣.

(٥) د. رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع فقهاً وقضاءً، ط ٨، دار الألفى القانونية بالمينا، ٢٠١٠م، ص ٢٤ وص ٢٨.

ويتضح من نص الفقرة الأولى من المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري السابق ذكرها يُشترط في بيع ملك الغير توافر ثلاثة شروط وهي: أن يكون العقد بيعاً وأن يكون الشيء معيناً بالذات وأن يكون المبيع مملوكاً للغير.

١ - أن يكون العقد بيعاً

عقد البيع من العقود الرضائية ولكي ينعقد صحيحاً لا بد من توافر أركانه، وهي الرضا والمحل والسبب، وبالتالي حتى تكون بصدد عقد بيع ينبغي تطابق الإيجاب والقبول بمعنى أن يتفق أطرافه على ماهية العقد وعلى المبيع والثلث، وإن حكم عقد البيع بمجرد تطابق القبول مع الإيجاب هو نقل الملكية مباشرة من دون حاجة إلى إجراء آخر، وهذا ما أشارت إليه المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري، وبذلك إن أي عقد أو اتفاق من شأنه أن لا ينقل الملكية يخرجنا من نطاق عقد البيع إلى نطاق عقد آخر، فلا يتصور وجود حالة بيع ملك الغير لانتفاء معنى البيع أصلاً^(١).

والبيع لكي يُعد بيعاً لملك الغير يجب أن يكون الغرض من العقد التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، أما إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع أو تعهد أحد طرفي العقد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء محل العقد، ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية للطرف الآخر أو يتعهد أحد الطرفين بالحصول على موافقة المالك الحقيقي للشيء على بيعه للطرف الآخر، فإن هذا العقد لا يُعد بيعاً ولا تنصرف إليه أحكام بيع ملك الغير^(٢).

٢ - أن يكون الشيء معيناً بالذات

في بيع ملك الغير ينبغي أن يكون المبيع معيناً بالذات، لأن ملكية المبيع لا يمكن أن تنتقل من البائع إلى المشتري فور العقد، وبقوة القانون إلا إذا كان المبيع معيناً بالذات، وإن شرط كون المبيع معيناً بالذات ينبغي توافره سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً^(٣).

(١) أيمن محمد حسين، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٢) د. رمضان جمال، مصدر سابق، ص ٢٥ و ٢٦.

(٣) حسن رياض، مصدر سابق، ص ٣٠.

والأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعيناً ذاتياً حيث لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، كالعقارات بوجه عام والمخطوطات الأصلية، وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره كحصان معين بالذات أو سيارة معينة بعلامة مصنعها ورقم صنعها، ويمكن القول أن هذه السيارة مملوكة لشخص معين، وإن بيعها من غير مالكها يُعد بيعاً لملك الغير، أما المثليات فهي الأشياء التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعضها الآخر في الوفاء كالذهب والفضة والقمح^(١)، وفي النتيجة لكي نكون أمام بيع ملك الغير فلا بد من وجود عقد بيع ومحل شيء معين بالذات، أما إذا كان المبيع من المثليات فلا يُعتبر البيع بيعاً لملك الغير، لأن المال المثلي قبل إفرازه وتسليمه يثبت في الذمة، فيكون الحق ثابت في ذمة البائع للمشتري حتى لو قصد المشتري سلعة غيره عند التعاقد^(٢).

٣- أن يكون المبيع مملوكاً للغير

لكي يكون البيع بيعاً لملك الغير يجب أن لا يكون المبيع مملوكاً للبائع، لأنه إذا كان المبيع مملوكاً للبائع كان العقد صحيحاً ولا نكون أمام بيع ملك الغير، ويُعد هذا الشرط أهم ما يميز بيع ملك الغير، وهذا يعني أن لا يكون للبائع سلطة التصرف في المبيع، لأن سلطة التصرف تثبت بالملك أو الولاية، بمعنى أن يكون البائع غير مالك ولا وكيل ولا ولي ولا وصي، فقد يكون البائع غاصباً للمال الذي تصرف فيه أو فضولياً، ولا يكفي أن يكون المبيع غير مملوك للبائع بل يجب أن يكون غير مملوك للمشتري، فإذا كان المبيع مملوكاً للمشتري وأقدم على شرائه جهلاً منه بملكه له فإن العقد لا ينعقد أصلاً، لاستحالة تحقيق الغرض من العقد استحالة مطلقة وهو نقل الملكية من البائع للمشتري، وبالتالي فإن ملكية البائع للمبيع تضعنا أمام بيع صحيح وملكية المشتري للمبيع تضعنا أمام بيع باطل، وعدم ملكية البائع والمشتري للمبيع تضعنا أمام بيع ملك الغير^(٣)، فإذا توافرت هذه الشروط كان البيع بيعاً لملك الغير يستوي في ذلك علم البائع بعدم

(١) د. إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨م، ص ٢٤.

(٢) أيمن محمد حسين، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٣) حسن رياض، مصدر سابق، ص ٣١.

ملكيته للشيء المبيع أو عدم علمه، ولا يهم بعد ذلك أن يكون البيع مساومة أو بالمزاد، ويستوي أن يكون البيع وارداً على منقول أو على عقار، كما يستوي أن يكون مسجلاً أو غير مسجل، وكذلك يستوي أن يكون البائع عالماً بملكته للمبيع أو يعتقد أنه مالك للمبيع^(١).

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

عالج المشرع الفرنسي مسألة حكم بيع ملك الغير في المادة (١٥٩٩) من القانون المدني التي نصت على إنه " بيع ملك الغير باطل وللمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع"، هذه المادة ذكرت البطلان وذكرت حق المشتري في التعويض من دون أن تبين نوع البطلان وما يمكن أن يترتب عليه من آثار، فاجتهدت المحاكم في سد هذا النقص وأوجدت حلولاً للكثير من المسائل التي تتعلق ببيع ملك الغير^(٢)، فقررت أن هذا البيع يكون باطلاً في حق المالك إلا إذا أقره، وللمشتري وحده من دون غيره الحق في الإبطال^(٣).

وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بيع ملك الغير، فهناك رأي يذهب إلى أن هذا البيع قابل للفسخ، وليس باطلاً فللمشتري أن يطلب فسخ البيع، لأن البائع لم يقم بالتزامه في نقل الملكية إلى المشتري، وهذا الرأي يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي، إذ تم النص فيها على البطلان، والبطلان شيء غير الفسخ، يُضاف إلى هذا أنه لو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، ولما استطاع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى^(٤).

(١) د. رمضان جمال، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٢) ويقصد بالغير في العقود الأطراف غير المتعاقدة وهم الأشخاص الذين لم يكونوا طرفاً بالعقد ولكن في هذا النوع من البيوع يقصد بالغير المالك الحقيقي، فهو أجنبي عن هذا العقد، لأنه لم يكن خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً ولا من الدائنين، فلا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصاً به ومملوكاً له. د. إسماعيل عبد الله شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٤٧.

(٣) حسن رياض، مصدر سابق، ص ٢٣ و ٢٤.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٧.

وذهب رأي آخر إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً أما لانعدام السبب، إذ إن التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وأما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملكية إلى المشتري، وهذا الرأي يتعارض معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير، ولو كان هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً، بالإضافة إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، وبالتالي فإن السبب غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، فإذا لم يقدّم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، فالجزاء يكون الفسخ لا البطلان المطلق^(١).

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن بيع ملك الغير لا يترتب عليه البطلان المطلق، وإنما يكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً أو قابلاً للبطلان لمن تقرر البطلان لمصلحته وهو المشتري، أما لغلط في شخص البائع فقد توهم المشتري إنه مالك للمبيع أو لغلط في المبيع، فقد توهم المشتري إنه مملوك للبائع، ويعيب هذا الرأي إنه يقتضي إلا يكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع في غلط في شخص البائع أو في المبيع، وهذا يتعارض مع عموم النص في المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي^(٢).

وبهذا الصدد يرى أحد الشراح إن هذا الرأي لا يمكن أن يتمشى مع نص المادة (١٥٩٩) السابق ذكرها التي تقرر بطلان بيع ملك الغير وحق المشتري في التعويض ولا تسمح بذات الوقت بإجازة العقد لا من جانب المشتري ولا من جانب المالك ولم تقرر سقوط حق المشتري في طلب الإبطال بمجرد إقرار المالك للعقد أو لكسب البائع أو المشتري ملكية المبيع^(٣).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي الحديث إن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق يرفعها المشتري قبل أن ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي، فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يترتب حتى يتعرض له المستحق، فيرفع على البائع دعوى

(١) حسن رياض، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٨.

(٣) د. عبد الرزاق حسن فرج، مصدر سابق، ص ١١٩.

ضمان التعرض والاستحقاق، أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري أن يرفع دعوى بطلان البيع ضد البائع، ولا ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي، فدعوى البطلان هي دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري في رفعها، وهذا يقتضي أن تكون مدة التقادم ثلاثين سنة، وهي مدة التقادم في القانون الفرنسي في دعوى الضمان^(١).

رابعاً: في القانون المدني الأردني

عالج المشرع الأردني حكم بيع ملك الغير من خلال معالجته لتصرفات الفضولي في القواعد العامة وذلك بموجب المادتين (١٧١، ١٧٥) من القانون المدني، وكذلك عالج حكم بيع ملك الغير في القواعد الخاصة في عقد البيع وذلك بموجب المادتين (٥٥٠، ٥٥١) من القانون المدني، إذ نصت المادة (١٧١) من القانون المدني على إنه " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائر بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك"، ونصت المادة (١٧٥) من القانون المدني على إنه " ١- إذا اجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ٢- وإذا رفضت الإجازة بطل العقد"، يتبين من هذه النصوص إن المشرع الأردني عالج حكم بيع مال الغير ضمن تصرفات الفضولي، واعتبر هذا العقد موقوفاً على إجازة المالك، فإذا أجازته نفذ العقد مستنداً إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ولكن المشرع الأردني لم يكن موقفاً حين اعتبر الجزاء المترتب على عدم إجازة العقد هو بطلان العقد وذلك في الفقرة الثانية من المادة (١٧٥) من القانون المدني، لأن البطلان يعني إن العقد من البداية اختل ركن من أركانه فترتب على ذلك بطلانه، وهذا يتعارض مع معنى العقد الموقوف الذي يكون منذ البداية صحيحاً ولكنه لا ينتج آثاره إلا بالإجازة، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح أن الأجر بالمشرع الأردني

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٩.

استخدام مصطلح (كأن لم يكن) للدلالة على تصرف الفضولي في مال غيره في حالة عدم إجازة التصرف من المالك الحقيقي أو من يملك حق الإجازة^(١).

والى جانب تنظيم المشرع الأردني أحكام بيع ملك الغير في القواعد العامة فقد نظم أحكام هذا البيع بموجب قواعد خاصة وذلك بموجب المادتين (٥٥٠، ٥٥١)، فقد نصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني على إنه " ١- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ٢- ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجاز المشتري"، ونصت المادة (٥٥١) من القانون المدني على إنه " ١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وأنقلب صحيحاً في حق المشتري ٢- وينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، يتبين من هذه النصوص إن المشرع الأردني قد تطابق مع المشرع المصري في تنظيم بيع ملك الغير في القواعد الخاصة، إذ إنه لم يعتبر بيع مال الغير بيعاً موقوفاً على الإجازة بل اعتبره بيعاً قابلاً للفسخ، فالمشرع الأردني بموجب نص المادة (٥٥٠) منح للمشتري الحق بطلب فسخ العقد، أما المشرع المصري بموجب المادة (٤٦٦) فمنحه الحق بطلب إبطال البيع، وعليه فسواء كان المشتري حسن النية أم سيء النية يكون عقد بيع ملك الغير بحقه صحيحاً ونافاذاً منذ إبرامه، ولكنه قابل للفسخ بموجب القانون المدني الأردني وقابل للإبطال بموجب القانون المدني المصري^(٢)، لذا يرى جانب من الفقه الأردني أن عقد بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري يُعد بيعاً صحيحاً ونافاذاً وغير لازم^(٣)، ولكنه يشترط حتى يجوز طلب فسخ العقد من المشتري بموجب المادتين (٥٥٠، ٥٥١) من القانون المدني الأردني توافر الشرطين الآتيين: ١- أن لا يكون المالك أقر عقد البيع قبل طلب فسخه أو إبطاله من المشتري ٢- أن لا تكون ملكية المبيع انتقلت إلى البائع قبل طلب فسخ أو إبطال عقد البيع من المشتري^(٤).

(١) د. علاء وصفي المستريحي، التكييف القانوني لعقد بيع ملك الغير دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، المجلد السابع، العدد ٢٧، ٢٠١٩م، ص ٥٧٨ وص ٥٧٩.

(٢) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٦٠ وص ٦١.

(٣) د. محمد الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٦م، ص ٥٦٣.

(٤) جباوي رضا، التصرف في ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٧م، ص ١٤.

ويرى أحد الشراح هنالك تناقض بين ما جاء النص عليه في القواعد العامة وتحديداً في نص المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني التي اعتبرت بيع ملك الغير عقد بيع موقوف على إجازة المالك وبين ما جاء النص عليه في المادتين (٥٥١،٥٥٠) من القانون المدني الأردني اللتين جعلت عقد بيع ملك الغير عقداً قابلاً للفسخ، وبالتالي لم يكن المشرع الأردني موقفاً حين شرع نص المادتين (٥٥١،٥٥٠) من القانون المدني، لكونه عارض ما جاء النص عليه في القواعد العامة بشأن مراتب العقد لأنه أخذ بالعقد الموقوف، ولم يأخذ بالعقد الباطل بطلاناً نسبياً^(١).

خامساً: في القانون المدني اليمني

عالج المشرع اليمني حكم بيع ملك الغير من خلال معالجته لبيع الفضولي في المادة (٤٦٧) التي نصت على إنه " بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكة ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه"، يتبين من هذا النص إن المشرع اليمني قد أخذ بفكرة العقد الموقوف، وفي النتيجة يتفق مع اتجاه الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني^(٢)، ولكن المشرع الأردني عالج عقد بيع ملك الغير في نصوص أخرى، وهي ما أورده في عقد البيع من أحكام تخص بيع ملك الغير، وبالتالي فإن المشرع الأردني اعتبر هذا العقد موقوفاً على إجازة المالك في المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني، وأعتبره بيعاً قابلاً للفسخ في المادة (٥٥٠) من القانون المدني الأردني^(٣)، وقد أخذ المشرع اليمني بفكرة العقد الموقوف متأثر برأي جمهور الفقهاء القائل بوقف تصرفات الغاصب على إجازة المغصوب منه، وذلك في المادة (١١٣٢) من القانون المدني التي تنص على إنه " إجازة المالك لتصرف الغاصب يجعله بمثابة تصرف جديد"، ويلاحظ في هذا النص إن عبارة تصرف جديد

(١) د. علاء المستريحي، مصدر سابق، ص ٥٨٦.

(٢) د. ميري كاظم عبيد، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٣) والمشرع الأردني قد وقع في تناقض حين عالج حكم بيع ملك الغير فتارة يجعل التصرف موقوفاً على إجازة المالك بموجب المادة (١٧١) من القانون المدني وتارة يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال بموجب المادتين (٥٥١،٥٥٠) من القانون المدني، ولرفع هذا التناقض كان من الأجدر بالمشرع الأردني الاكتفاء بنص المادة (١٧١) وإلغاء نص المادتين (٥٥١،٥٥٠)، لأن هذه النصوص غير منسجمة مع منطق توقف العقد. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٨١ وص ٨٢.

يعتريها اللبس والغموض، ويتضح أن المراد به أن التصرف عندما كان موقوفاً لا أثر له، فأصبح نافذاً مرتباً لآثاره بعد إجازته من المالك، ولو إن المشرع اليمني استبدل عبارة " تصرف جديد" بعبارة " تصرف نافذ" لكان النص المذكور واضحاً في المعنى وخالياً من اللبس^(١).

الفرع الثاني: إيجار ملك الغير

قد لا يكون الشخص مالكاً للعين المؤجرة، ولا يكون له الحق في إيجارها ولا الحق في إدارتها، ثم يقوم بتأجيرها فما حكم هذا الإيجار في العلاقة بين طرفيه وبالنسبة إلى المالك الحقيقي؟^(٢)، هنا نكون أمام ما يسمى إجارة الفضولي في القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الإسلامي أو إيجار ملك الغير في القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الغربي، ولل كلام عن إيجار ملك الغير بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

عالج المشرع العراقي إيجار ملك الغير في المادة (٧٢٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " تتعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجارة المالك فإن كان صغيراً أو محجوراً وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجارة الولي"، وهذه المادة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي أخذ بها المشرع العراقي فيما يتعلق بتصرفات الفضولي في المواد (١٣٥) و (١٣٦) سوى إن المادة (٧٢٥) ذكرت قيد إن الإجارة تتعقد إذا كانت الأجرة بدون غبن فاحش، وحسناً فعل المشرع العراقي في جعل إجارة الفضولي موقوفة على إجارة المالك، وعليه يكون الإيجار الذي يبرمه الفضولي موقوفاً على إجارة المالك الحقيقي، فللمالك أن يجيزه أو ينقضه خلال مدة ثلاثة أشهر تبدأ من تأريخ علمه بصور العقد عن الفضولي، فإذا انقضت المدة من دون أن يصدر من المالك ما يدل على الإجازة أو النقص، اعتبر ذلك إجازة للعقد الذي أبرمه الفضولي^(٣)، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٢) د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤م، ص ١٢٣.

(٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢١٧.

أحد قراراتها " إذا كان إيجار الشريك واقعاً على عموم المال المشترك فللشريك غير المؤجر أن يستعمل حقه في خيار النقص أو الإجازة خلال ثلاثة أشهر من تأريخ علمه بالعقد، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر العقد نافذاً استناداً للمادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي^(١)، وقضت في قرار آخر لها " وأن عدم استعمال خيار النقص من صاحب الملك على تصرف الفضولي في ملكه واستعمال الخيار خارج المدة القانونية البالغة ثلاثة أشهر الواردة في المادة ١٣٦ سالفه الذكر يجعل تصرف الفضولي نافذاً بحقه^(٢)، وإذا كان المالك صغيراً أو محجوراً عندئذ تتعقد إجازة الفضولي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي بشرط أن لا يكون في الأجرة غبن فاحش، لأن الولي أو الوصي لا يملك إيجار أموال الصغير أو المحجور بغبن فاحش^(٣)، ومن الجدير بالذكر إن المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) المعدل تنص على إنه " لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك"، ومن هذه التصرفات ما نصت عليه الفقرة الخامسة من نفس المادة والتي جاء فيها " إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الإيجار في أي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد"، والفقرة الخامسة من المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي قيدت الحكم الوارد في المادة (٧٢٥) من القانون المدني العراقي، وعليه فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم بدون موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة إيجار العقارات العائدة للقاصر لأكثر من سنة والأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات بشرط أن لا تمتد مدة الإيجار في أي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد^(٤).

(١) رقم القرار ١٢٤/٣م/٧١ في ١٠/٦/١٩٧١. أشار إليه د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والإيجار، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥م، ص ٣٣٤.

(٢) رقم القرار ١/ الهيئة العامة/ المدنية / ٢٠٠٨ في ١٩/٢/٢٠٠٨. أشار إليه د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر نفسه، ص ٣٣٤.

(٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٤) د. عصمت عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٣١ و ٣٣٢.

ثانياً: في القانون المدني المصري

جاء المشرع المصري بنصوص خاصة فيما يتعلق ببيع ملك الغير ولكنه لم يأت بنصوص فيما يتعلق بإيجار ملك الغير^(١)، فبيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وإن البطلان فيه غير مستمد من القواعد العامة وإنما مقرر بنص خاص، أما بالنسبة لإيجار ملك الغير فالنص التشريعي الذي يبين حكم تأجير ملك الغير غير موجود ومع ذلك الإيجار ينعقد صحيحاً فيما بين طرفيه استناداً إلى القواعد العامة^(٢)، وعليه فإن إيجار ملك الغير ينعقد صحيحاً فيما بين المتعاقدين وتترتب عليه كل آثاره فيما بينهما، ولكنه لا يسري في حق المالك الحقيقي، لأن المالك ليس طرفاً فيه، وعلى هذا من يتولى تأجير شيء معين مملوك لشخص آخر من دون أن يكون له حق التأجير فإنه يؤجر ملك الغير، وبالتالي يكون فضولياً في تصرفه فينعقد موقوفاً على إجازة المالك أو من يقوم مقامه، وهذا بخلاف بيع ملك الغير الذي وردت بشأنه نصوص خاصة، وهو قابل للإبطال في مصلحة المشتري^(٣).

فإذا كان المؤجر غير مالك وأجر العين المؤجرة فالإيجار يكون صحيحاً فيما بينه وبين المستأجر، وما دام المالك الحقيقي لم يعترض على المستأجر، فليس للمستأجر أن يطلب إبطال الإيجار ولا فسخه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها جاء فيه "وإنه طالما أن المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر في انتفاعه بالعين فليس لهذا الأخير طلب إبطال الإيجار أو فسخه"^(٤)، فالإيجار صحيح غير قابل للإبطال، والفسخ لا يكون إلا إذا تعرض المالك، وإذا تعرض المالك الحقيقي للمستأجر جاز للمستأجر أن يرجع بالضمان على المؤجر وأن يطلب فسخ الإيجار^(٥)، وللمالك الحقيقي أن يقر الإيجار الصادر من غيره فيصبح نافذاً في حقه ويحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته، ويتوقف تحديد الوقت الذي ينتج فيه الإقرار أثره

(١) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٥١.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

(٣) أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري، ٢٠١٥م، ص ٢٥٠.

(٤) الطعن رقم ١٦٠٣ س ٥١ ق جلسة ٢٠٠٥/١/٦. أشار إليه د. عبد اللطيف محمد، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٦، ص ٦٤ و ٦٦.

على قصد المقر، فقد يقصد أن يترتب أثره من وقت الإقرار فقط، وقد يقصد أن يرجع أثره إلى وقت انعقاد الإيجار فيُعد كأنه أقام المؤجر وكيلاً عنه فيحاسبه على ما قبض من أجره^(١).

وإيجار ملك الغير إذا انعقد صحيحاً فيما بين طرفيه وترتبت عليه جميع آثاره، وعلى الأخص التزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإذا تمكن المؤجر من الوفاء بالتزامه سواء لأنه تمكن من اكتساب ملكية العين المؤجرة أم لأنه تمكن من اقناع المالك بعدم التعرض للمستأجر خلال مدة الإيجار ظل الإيجار نافذاً بين طرفيه وأمتنع على المستأجر الاتصال من التزاماته، فعلى المستأجر تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ولا يحق له المطالبة بالفسخ بحجة إن المؤجر غير مالك، وإذا لم يستطع المؤجر تنفيذ التزامه بأن كان الشيء في يد المالك ولم يتمكن من تسليمه للمستأجر أو كان قد سلمه إليه بالفعل واسترده المالك منه كان للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار^(٢)، ويجوز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار ولو كان المؤجر نفذ التزاماته في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: إذا كانت ملكية المؤجر للعين المؤجرة صفة جوهرية بالنسبة للمستأجر، كما لو خصص المكان لغرض يقتضي الانتفاع به لمدة طويلة مع إقامة منشآت تكلفه الكثير، ففي هذه الحالة لا يستقيم بقاء المستأجر في العين المؤجرة تحت وطأة التهديد بطرده من المالك.

الحالة الثانية: إذا تبين للمستأجر أن المؤجر مغامر يتعامل بأموال الغير بطرق غير مشروعة، ففي هذه الحالة لا يجبر المستأجر على الاشتراك مع المؤجر في هذا الغش^(٣).

وإذا فسخ الإيجار لتحقيق إحدى هاتين الحالتين أو لأن المؤجر لا يستطيع الوفاء بالتزاماته، كما لو تعرض المالك للمستأجر واسترد منه العين المؤجرة، كان للمستأجر إذا كان حسن النية أن يطالب المؤجر بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الفسخ بغض النظر عما إذا كان المؤجر

(١) السيد عبد نابل، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٧٥ وص ٧٦.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري عقد الإيجار الأحكام العامة، ج ١، دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص ٩٣.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، ط ٢، المطبعة العالمية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٢م، ص ١٢٢.

حسن النية أو سيئها، لأن المؤجر في كلتا الحالتين يُعد مقصراً في الوفاء بالتزاماته^(١)، والسؤال الذي يمكن طرحه هل يحق للمستأجر أن يطالب المؤجر بالتعويض إذا كان سيء النية، أي يعلم بأنه يستأجر ملك الغير؟ اختلف شراح القانون في الإجابة على هذا السؤال ولهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى إن المستأجر إذا كان سيء النية ليس له الحق أن يطالب بالتعويض إذا كان المؤجر سيء النية مثله، لأنه أقدم على الإيجار من غير ذي صفة مع علمه بذلك مما أدى إلى وقوع الضرر به^(٢).

الرأي الثاني: يرى إن المستأجر يحق له المطالبة بالتعويض سواء كان حسن النية أو سيئها، لأن علم المستأجر لا يؤثر على ركن الضرر ولا ينفي خطأ المؤجر، وهذا يتفق مع قواعد المسؤولية^(٣).

الرأي الثالث: ذهب إلى التفرقة فيما يتعلق باستحقاق المستأجر للتعويض بين حالة سوء النية وحالة حسن النية بالنسبة للمؤجر، فيحق للمستأجر المطالبة بالتعويض عن الفسخ في الحالة الأولى من دون الحالة الثانية^(٤).

وإذا كان الإيجار صحيحاً فيما بين المؤجر والمستأجر، فإنه غير نافذ في حق المالك الحقيقي إذا لم يكن طرفاً فيه فهو أجنبي عن العقد، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " الإيجار الصادر من غير المالك أو من له حق التعامل في منفعته صحيح بين طرفيه غير قابل للإبطال إلا إنه لا ينفذ في حق ماله أو من له الحق في الانتفاع به مالم يجز الإجارة صاحب الحق في التأجير"^(٥).

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٣) د. مصطفى منصور مصطفى، عقد الإيجار، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع، ص ١١٨.

(٤) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، ط ٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ١٠٧.

(٥) الطعن رقم ١٦٠٣ س ٥١ ق جلسة ٢٠٠٥/١/٦. أشار إليه د. عبد اللطيف محمد، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

وبناءً على ذلك يستطيع المالك الحقيقي أن يسترد العين المؤجرة من يد المستأجر إذا كان قد تسلمها، ولو كان هذا الأخير حسن النية، وكما يستطيع أن يؤجرها إلى شخص آخر ويفضله على المستأجر من غير المالك، ولا يستطيع المستأجر من غير المالك أن يطلب المفاضلة بينه وبين المستأجر من المالك، لأن المفاضلة لا تكون طبقاً للمادة (٥٧٣) من القانون المدني المصري إلا حين يتعدد المستأجرون من المالك^(١).

وللمالك الحقيقي أن يرجع على المؤجر بالتعويض أما لأن المؤجر قد اثنى على حسابه أو لأنه قد حرم من الانتفاع بملكه بسبب عمل المؤجر غير المشروع، ويكون ذلك في حالة ترك المؤجر العين المؤجرة في يد المستأجر ولم يستردها منه^(٢)، وللمالك الرجوع بقيمة ثمار العين ومنافعها أما على المؤجر لأنه قد اثنى على حسابه أو لأنه قد تسبب في الأضرار به من جراء اعتدائه على ملكه وتأجيره للغير مالم يكن المؤجر حائزاً للشيء بحسن نية، وأما على المستأجر، لأنه يُعتبر غاصباً للعين في حالة عدم إقرار المالك إلا إذا اثبت إنه حسن النية ويحق له تملك الثمار بقبضها^(٣)، وإذا كانت القاعدة هي إن إيجار ملك الغير لا يسري في مواجهة المالك الحقيقي ولكن هذا الحكم لا يطبق في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: الإجارة الواقعة من الوارث الظاهر، وهو الشخص الذي يظهر إنه الوارث القانوني بشرط أن يكون المستأجر حسن النية، ففي هذه الحالة إن الإيجار يسري في مواجهة المالك الحقيقي، على جعل المستأجر معذوراً إذا وقع في الغلط الذي وقع فيه غيره من الناس^(٤)، ويجب للقول بسريان إيجار الوارث الظاهر على المالك الحقيقي أن يكون له وجود قانوني قبل كشف سر المؤجر، وهذا يتطلب أن يكون الإيجار ثابت التاريخ قبل ظهور المالك الحقيقي^(٥).

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٧٤ و ٢٧٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٦، ص ٦٦.

(٣) د. يحيى الجرافي، المصدر السابق، ص ٢٧٤ و ٢٧٥.

(٤) يرى أحد الشراح أن إيجار الوارث الحائز سواء كان وارثاً ظاهراً أو لم يكن وسواء كان حسن النية أو سيء النية لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره. د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٥) د. يحيى الجرافي، المصدر السابق، ص ٢٧٦.

الحالة الثانية: انتقال ملكية العقار إلى شخص آخر بمقتضى تصرف قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأي سبب آخر، ثم يؤجر هذا الشخص العين إلى شخص ثاني حسن النية، ففي هذه يبقى الإيجار صحيحاً ويسري في مواجهة المالك الحقيقي إذا تقرر زوال التصرف، بشرط أن يكون للإيجار تاريخ ثابت سابق على تأريخ رفع دعوى إبطال التصرف أو فسخه^(١).

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

ذهب الفقه والقضاء الفرنسيان إلى إن الإيجار الصادر من غير المالك يكون صحيحاً في العلاقة بين طرفيه، ومع ذلك ينبغي أن يراعى الفارق بين البيع والإيجار في هذا الخصوص، فلا مانع من أن يلتزم شخص بأن يخول إلى آخر الانتفاع بالشيء، فإذا لم يتمكن من ذلك تحول التزامه إلى التزام بالتعويض، أما بالنسبة إلى المالك الحقيقي فإن الإيجار لا يسري في حقه، ومع ذلك فإن الاتجاه إلى حماية الأوضاع الظاهرة في فرنسا يخفف إلى درجة كبيرة من الحل السابق، لأنه إذا كان الإيجار الذي يصدر من الحائز ولو كان حسن النية لا يسري في مواجهة المالك إلا أن يرد على هذا استثناء في حالة كون الإيجار قد تم من الوارث الظاهر أو بصفة عامة من المالك الظاهر^(٢).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن إيجار ملك الغير يقع باطلاً قياساً على بطلان بيع ملك الغير وحجة هذا الرأي أن العلة في تقرير بطلان بيع ملك الغير ترجع إلى البائع الذي لا يستطيع الوفاء بالتزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري، وهذه العلة متوافرة في إيجار ملك الغير حيث إن المؤجر لا يستطيع الوفاء بالتزامه بجعل المستأجر ينتفع بالشيء، إذ إن المؤجر لا يملك هذه المنفعة فلا يستطيع أن يمنح المستأجر ما لا يملك^(٣)، وقد عارض بعض الشراح هذا الرأي بالقول بعدم إمكان قياس إيجار ملك الغير على بيع ملك الغير مستنديين إلى الحجج الآتية:

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٢) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ١٢٤ و ١٢٥.

(٣) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٥١.

الحجة الأولى: أن حكم بيع الغير حكم استثنائي تقرر بنص خاص، فإذا أتى القانون وقرر بطلان بيع ملك الغير فهو يأتي بحكم خاص يخالف القواعد العامة والاستثناء لا يقاس عليه^(١).

الحجة الثانية: أن البيع عقد ناقل للملكية وفي حالة بيع ملك الغير انتقال الملكية غير مستطاع، أما في الإيجار فالمؤجر لا ينقل إلى المستأجر الانتفاع بالشيء وإنما يلتزم بأن يمكنه من الانتفاع ولا يوجد ما يمنع إنشاء الالتزام بين شخصين يتعلق بشيء مملوك للغير^(٢).

الحجة الثالثة: أن إيجار ملك الغير ينصرف إلى التزام شخصي بعمل يقوم به المؤجر وهو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، في حين أن بيع ملك الغير ينصرف إلى نقل الملكية لذلك كان باطلاً، لأن غير المالك لا يملك التصرف بنقل الملكية^(٣).

رابعاً: في القانون المدني الأردني

عالج المشرع الأردني إيجار ملك الغير في المادة (٦٦٠) من القانون المدني التي نصت على إنه " ١ - يلزم لنفاذ العقد أن يكون المؤجر أو من ينوب منابه مالكاً حق التصرف فيما يؤجره ٢ - ينعقد إيجار الفضولي على إجازة صاحب حق التصرف بشرائها المعتبرة"، وعلى وفق هذا النص يُشترط في عقد الإيجار أن يكون المؤجر مالكاً لحق المنفعة في الشيء المؤجر أو أن يكون نائباً عن مالكها، فإذا لم يكن كذلك فإن تصرفه هذا يكون صادراً ممن لا يملك إصداره مما يجعله فضولياً ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة صاحب الشأن^(٤).

ويقول أحد الشراح يتضح من هذا النص أمران أحدهما: ضرورة أن يكون المؤجر مالكاً لحق التصرف فيما يؤجره وليس شرطاً أن يكون مالكاً للعين المؤجرة، لأن محل التزام المؤجر ليس نقل ملكية العين المؤجرة، وإنما تمكين المستأجر من الانتفاع بالماجور والأمر الثاني: أن الإيجار الصادر من شخص لا يملك العين المؤجرة أو لا يملك حق التصرف في تأجيرها يكون موقوفاً

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٢) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٥١.

(٣) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

(٤) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في القانون المدني (نظرية العقد)، ج ١، دار وائل للنشر والتوزيع عمان،

لأنه صدر من فضولي وهذا يتفق مع القواعد العامة في تصرف الفضولي^(١)، وحسناً فعل المشرع الأردني في تأكيده في المادة (٦٦٠) من القانون المدني على جعل إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك، وهذه المادة ليست إلا تطبيقاً لما تقضي به القواعد العامة فيما يتعلق بتصرفات الفضولي التي تضمنتها المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني.

خامساً: في القانون المدني اليمني

عالج المشرع اليمني إيجار ملك الغير في المادة (١٤٣) من القانون المدني التي نصت على إنه "العقد الموقوف هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصيل وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له"، ووفقاً لهذا النص أن إيجار ملك الغير هو عقد موقوف على إجازة المالك أو وليه أو وصيه، وعليه يكون إيجار ملك الغير عقداً صحيحاً ولكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، استناداً إلى ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني اليمني.

الفرع الثالث: رهن ملك الغير

رهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك الشيء المرهون وليست له ولاية أو سلطة التصرف فيه، ويستوي في ذلك أن يرهنه باعتباره ملكاً للغير أو باعتباره ملكاً له^(٢)، ورهن ملك الغير يشتمل صوراً متعددة منها: أن يرهن شخص ملك غيره على اعتبار إنه المالك الحقيقي للعقار المرهون، ومنها أن يرهن ملك غيره بوصفه نائباً عنه من دون أن تثبت له النيابة أصلاً أو أن يتجاوز برهن العقار حدود نيابته، ومنها أن يصرح الراهن إنه لا يملك العقار وإنما يرهنه فقط إذا اكتسب ملكيته في المستقبل، ومنها أن تكون ملكية الراهن معلقة على شرط واقف

(١) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (التأمينات العينية والشخصية)، ج ١٠،

ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م، ص ٦٥.

لم يتحقق بعد فقبل تحقق الشرط لا يكون الراهن مالاً للعقار المرهون^(١)، وللإكلام عن رهن ملك الغير بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

لم يتطرق المشرع العراقي لأحكام رهن ملك الغير بصورة مباشرة اكتفاءً بما تقرره القواعد العامة التي تشترط لنفاذ الرهن أن يكون العاقد مالاً للمعقود عليه أو نائباً عن مالكة نيابة شرعية بوكالة أو ولاية أو وصاية^(٢)، فإذا انتفت الملكية والولاية معاً كان العاقد فضولياً وكان تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، فالرهن الصادر من غير المالك يُعتبر صحيحاً ولكنه موقوف على إجازة المالك، فإن أجازه إجازة صحيحة اعتبرت الإجازة توكيلاً واستندت إلى الوقت الذي تم فيه العقد وإن لم يجزه بطل العقد، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي.

ويُشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة، وإذا كان المرهون عقاراً يُشترط لصحة الإجازة أن تكون مثبتة في ورقة رسمية مصدقة لدى الكاتب العدل، ويجب أن يستعمل المالك خياره في الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد، فإذا لم يصدر منه في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي^(٣)، ويرى أحد الشراح أن رهن ملك الغير في القانون المدني العراقي يُعتبر باطلاً وليس موقوفاً، لأنه لا يسجل في دائرة التسجيل العقاري، وهذا هو أيضاً شأن الأموال المستقبلية، فيكون رهن ملك الغير باطلاً لا تلحقه الإجازة، لأنها وردت على عقد باطل وليس موقوف^(٤)، ويرد آخر على هذا الرأي بالقول أن هذا الرأي صحيح بكونه عقد باطل لأنه

(١) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٨٥.

(٢) وبهذا الصدد تنص المادة (١٢٨٧) من القانون المدني العراقي "يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلاً عينياً يقدم رهنأ تأمينياً لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالاً للعقار المرهون أو متصرفاً فيه"، وتنص المادة (١٣٢٥) من القانون المدني العراقي "يشترط فيمن يرهن مالاً لدين عليه أو على غيره أن يكون مالاً للمرهون أو متصرفاً فيه".

(٣) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٨٦.

(٤) د. طارق كاظم عجیل، محاضرات القیت على طلبة الماجستير في قسم القانون الخاص، كلية القانون - جامعة ذي قار، ٢٠١٥م.

ورد على مال مملوك للغير ولم يسجل في دائرة التسجيل العقاري إلا إن هذا الحكم ينحصر في الرهن الوارد على العقارات، لكونها لا تُعتبر صحيحة إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري، أما إذا ورد على منقول وكان مملوك للغير فالرهن يكون موقوفاً على إجازة الغير فإن أقره اعتبر نافذاً وإن لم يقره يُعتبر باطلاً بأثر رجعي^(١).

ومن الجدير بالذكر أن المادة (١٢٨٩) من القانون المدني العراقي نصت على إنه " ١- يجوز للأب أن يرهن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير وأن يرتهن مال ولده لنفسه، ويجوز له أن يرهن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير وإذا رهنه بدين نفسه فهلك لا يكون ضامناً ٢- ولا يجوز لغير الأب من الأولياء رهن ماله عند المحجور ولا ارتهان مال المحجور لنفسه وله بإذن المحكمة رهنه عند أجنبي بدين على المحجور"^(٢).

إلا أن المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) المعدل نصت على إنه " لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك"، ومن هذه التصرفات ما نصت عليه الفقرة الأولى والفقرة الثانية من نفس المادة، إذ ذكرت الفقرة الأولى "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات لحق من الحقوق المذكورة"، وذكرت الفقرة الثانية " التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية".

ومما يُلاحظ أنَّ الفقرة الأولى والثانية من المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي قيدت الحكم الوارد في المادة (١١٨٩) من القانون المدني العراقي، وعليه فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم إنشاء حق الرهن على أموال القاصر إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد

(١) وداد وهيب لعمود، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) ولا فرق في ذلك بين الرهن التأميني و الرهن الحيازي، إذ نصت المادة (١٣٢٧) من القانون المدني العراقي على إنه " ١- في رهن الأب رهناً حيازياً ماله عند ولده الصغير أو في ارتهان مال ولده لنفسه، وفي رهن مال ولده بدين على نفسه أو بدين على الصغير وفي رهن غير الأب من الأولياء رهناً حيازياً ماله عند المحجور وفي ارتهان مال المحجور لنفسه تتبع أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة ١٢٨٩ مع مراعاة الفقرة التالية: ٢- إذا رهن الأب مال ولده الصغير بدين نفسه فهلك فلا يكون ضامناً إلا بقدر ما سقط من دينه".

التحقق من مصلحة القاصر، ويرى أحد الباحثين أن إنشاء حق الرهن يُعتبر من التصرفات الضارة بأموال القاصر لما في ذلك من تهديد لفقدان هذه الأموال أو خسارتها في حالة عدم الإيفاء بقيمة الرهن أو قد يتلاعب الولي بأموال القاصر فيقوم برهنها لمصلحته الشخصية، وقد يقدم في سبيل ذلك أوراقاً معينة قد تؤدي إلى إيهام المحكمة بضرورة إنشاء حق الرهن لمصلحة القاصر^(١).

ثانياً: في القانون المدني المصري

عالج المشرع المصري أحكام رهن ملك الغير في الفقرة الأولى من المادة (١٠٣٣) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن"، وفي تفسير هذا النص اختلف الفقه في مصر حول حكم رهن ملك الغير، فمنهم من اعتبره باطلاً بطلاناً نسبياً إسوة بما يقرره القانون في بيع ملك الغير، لأنه حيث تتحد العلة فإن اتساق التشريع يقتضي وحدة الحكم، ولأن ملكية العقار شرط لصحة العقد، ومنهم من اعتبر حكم رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن ملكية العقار شرط لانعقاد العقد، ولكن إعمالاً لنظرية تحول العقد فيمكن تحويل عقد رهن ملك الغير الباطل بسبب استحالة المحل إلى عقد غير مسمى منشئاً للالتزامات شخصية بإنشاء الرهن إذا تبين إن نية المتعاقدين اتجهت إلى هذا العقد^(٢).

ويرى أحد الفقهاء أن نص المادة (١٠٣٣) صريح في إن رهن ملك الغير رهناً رسمياً حكمه حكم بيع ملك الغير كلاهما قابل للإبطال لا باطل ويصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي، فإذا رهن شخص عقار غيره رهناً رسمياً، فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال سواء كان الراهن لا يعلم بعدم ملكيته للعقار أم كان يعلم، وسواء كان الدائن المرتهن يعلم أو لا يعلم، ففي جميع الأحوال يكون رهن ملك الغير رهناً رسمياً قابلاً للإبطال لا باطل، وهو قابل للإبطال لمصلحة الدائن

(١) نظيمة قيس محمد الكيلاني، رهن ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٦م، ص ١١.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ط ٣، ٢٠٠٠م، ص ١٩٠.

المرتتهن لا لمصلحة الراهن، ومن ثم يجوز للمرتتهن أن يطلب إبطال الرهن، وكذلك يجوز له أن يجيز عقد الرهن الرسمي، ولكن ليس معنى ذلك أن يسري في حق مالك العقار الحقيقي، فهذا الأخير يبقى أجنبياً عن العقد^(١).

ولا فرق في ذلك بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي، إذ نصت المادة (١٠٩٨) من القانون المدني المصري على إنه " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة (١٠٣٣) وأحكام المواد (١٠٤٠) إلى (١٠٤٢) المتعلقة بالرهن الرسمي"، وبفهم من هذا النص أن رهن ملك الغير رهن حيازة لا يكون باطلاً بل قابلاً للإبطال ويصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي ومن الوقت الذي يصبح فيه الراهن مالكا للمرهون، فرهن ملك الغير هو رهن لمال لا يملكه الراهن لاعتقاده أن المالك الحقيقي سيقر الرهن أو أن المال المرهون سيصبح مملوكاً له، وقد أراد المشرع بجعل رهن ملك الغير قابلاً للإبطال أن يوحد الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ماله لوحدة العلة واتساق التشريع، فحكم رهن عقار الغير رهنأ رسمياً وحكم رهن ماله رهن حيازة وحكم بيع مال الغير واحد وهو القابلية للإبطال^(٢).

وأن رهن ملك الغير لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، ولأن الرهن الرسمي يستلزم أن يكون إقرار المالك بورقة رسمية، والرسمية تستهدف حماية الراهن الذي تتعرض ملكيته لمخاطر الرهن، وتتيح الفرصة أمام المالك الحقيقي للتبصر بخطورة ما يقدم عليه، ويترتب على إقرار المالك للرهن سقوط حق الدائن المرتتهن في طلب البطلان، ويسري الرهن في حق المالك وبحق للدائن أن يستوفي حقه من قيمة هذا العقار بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المرتتهنين التاليين له في المرتبة^(٣)، وإذا آلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن فإن الرهن يرتب كافة آثاره في العلاقة بين المتعاقدين وينشأ على وجه الخصوص حق الرهن، وفي النتيجة لا يجوز للدائن المرتتهن أن يطلب إبطال الرهن، لأن الغرض من الرهن قد تحقق بملكية الراهن للعقار، وأن الرهن لا يترتب بأثر رجعي أي لا يعود إلى تاريخ العقد وإنما يترتب من تاريخ أيلولة ملكية

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٤٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج ١٠، ص ٥٩٠.

(٣) د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص ١٩١.

العقار المرهون إلى الراهن، وذلك لحماية من ثبتت لهم حقوق من المالك الأصلي في الفترة ما بين رهن ملك الغير وأيلولة ملكية العقار إلى الراهن^(١).

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

لم يتطرق المشرع الفرنسي لأحكام رهن ملك الغير، لذا ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى جعل رهن ملك الغير صوره من صور رهن المال المستقبلي على أساس إن من يرهن ملك غيره لا يملك ما يرهنه في الحاضر، وإنه يأمل أن يملكه في المستقبل، وقد أجرى الفقه والقضاء في فرنسا حكم المال المستقبلي على رهن ملك الغير وهو البطلان المطلق، وهنا يرى أحد الشراح أن القول في اعتبار رهن ملك الغير تطبيقاً للمال المستقبلي غير دقيق، وذلك لأنه في حالة رهن ملك الغير أن المال محل الرهن موجود مادياً ومعين بالذات حال التعاقد، كل ما في الأمر إنه مملوك للغير، حيث إن سبب البطلان هو عدم ولاية المتصرف على المعقود عليه، أما المال المستقبلي فيقصد به أن المعقود عليه غير موجود مادياً حال التعاقد، وسبب البطلان هو عدم وجود المعقود عليه حال التعاقد، مع ما قد يكون لذلك من إضفاء للغرر على المعاملة، فضلاً عما في التمييز في الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملكه من عدم انسجام تشريعي^(٢).

ويذهب القضاء والفقه في فرنسا إلى أن بطلان رهن ملك الغير رهناً رسمياً هو بطلان مطلق لا بطلان نسبي^(٣)، ويبقى البطلان مطلقاً حتى لو كسب الراهن غير المالك ملكية العقار المرهون فيما بعد، وفي هذه الحالة لا يستطيع الراهن أن يرهن العقار إلا بعد أن يملكه ومن وقت أن يملكه، ولما كان الرهن الرسمي الصادر من غير المالك باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز أن

(١) د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٢) د. سمير عبد السيد تناعو، التأمينات العينية، ٢٠٠٠م، ص ٦٦. د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٢٨٣.

(٣) ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الرهن من أعمال التصرف التي لا تصح إلا من المالك، فإذا أجرى التصرف غير المالك كان التصرف موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ وإلا لم ينفذ حتى يملك الراهن المرهون. انظر في ذلك:

يتمسك به مالك العقار المرهون، كما يجوز أن يتمسك به كل شخص له مصلحة في ذلك^(١)، ويميز الفقه والقضاء في فرنسا بين رهن ملك الغير رهنًا رسمياً، وهو باطل وبين بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال، فلا يجوز أن يتمسك بقابلية البيع للإبطال إلا المشتري، وتزول هذه القابلية إذا أقر المالك البيع أو أصبح البائع مالكا للمبيع^(٢).

رابعاً: في القانون المدني الأردني

عالج المشرع الأردني حكم رهن ملك الغير رهنًا تأمينيًا في الكتاب الرابع التأمينات العينية الباب الأول الرهن التأميني وذلك في المواد (١٣٢٥) و (١٣٢٦) و (١٣٢٧) من القانون المدني^(٣)، إذ نصت المادة (١٣٢٥) على إنه " لا يجوز رهن ملك الغير إلا إذا أجازها المالك الحقيقي بسند موثق"، ونصت المادة (١٣٢٦) على إنه " ١- يجوز للأب أن يرهن ماله عند ولده الصغير وفي حالة عدم وجود الأب للأب أبي الأب رهن ماله عند ذلك الصغير ٢- وإذا كان للأب دين عند ابنه الصغير فله أن يرهن لنفسه مال ولده ٣- وللأب أو الجد أن يرهن مال الصغير بدين على الصغير نفسه ٤- وله أيضاً أن يرهن مال أحد أولاده الصغار لابنه الآخر الصغير بدين له عليه على أن يؤخذ إذن المحكمة في الحالات المبينة في الفقرات ٢ و ٣ و ٤ ٥- ليس للأب ولا للجد أن يرهن مال ولده الصغير بدين لأجنبي على الأب"، ونصت المادة (١٣٢٧) على إنه " ١- يجوز للوصي بإذن المحكمة أن يرهن مال الصغير أو المحجور عند أجنبي بدين له على إيهما ٢- ولا يجوز له أن يرهن ماله عند الصغير أو المحجور ولا ارتهان مال إيهما لنفسه".

(١) عقد الرهن الرسمي لا يبرم إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري فهو عقد شكلي، أما الرهن الحيازي فهو عقد عيني لا يتم إلا بالقبض سواء كان محله عقاراً أم منقولاً، علماً بأنه إذا ورد على عقار يشترط لتمامه إضافة إلى القبض تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعليه فإنه عقد عيني وشكلي. انظر في ذلك:

Louis Josserand , droit civil positif francais ,part II , denxieme edition , 1933 , p.921.

Marcel , planuil , ET- Georges , droit civil francais , part II , edition , tom Ex II , paris , 1953, p. 323.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٤٣.

(٣) كما عالج المشرع الأردني حكم رهن ملك الغير رهنًا حيازياً في الكتاب الرابع التأمينات العينية في الباب الثاني الرهن الحيازي في المادة (١٣٨٠) من القانون المدني التي نصت على إنه " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين (١٣٢٦ و ١٣٢٧) المتعلقةتين بالرهن التأميني".

خامساً: في القانون المدني اليمني

عالج المشرع اليمني رهن ملك الغير في المواد (٩٨٧) و (٩٨٨) من القانون المدني، إذ نصت المادة (٩٨٧) من القانون المدني اليمني على إنه " يجوز للأب أن يرهن ماله في دين لولده الصغير أو للغير بدين على الصغير كما يجوز له لمصلحة الصغير وبموافقة القاضي أن يرهن مال الصغير لنفسه وحكم الجد حكم الأب مع عدمه"، ونصت المادة (٩٨٨) من القانون المدني اليمني على إنه " لا يجوز للوصي رهن ماله عند من له الولاية عليه ولا ارتهان مال من له الولاية عليه لنفسه ويجوز له رهن مال من له الولاية عليه عند الغير في دين على من له الولاية عليه لا في دين على نفسه".

الفصل الثالث

آثار التصرف في المال المغصوب

الأصل أن الغاصب ملزم برد المال المغصوب إلى المغصوب منه إذا كان قائماً، وهذا هو التنفيذ العيني كما يقول فقهاء القانون، ولا خلاف في الحكم بينهم وبين فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم، وإذا تعذر رد المغصوب بأي شكل من الأشكال يُصار إلى الضمان، وهذه نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع، وحينئذ يضمن الغاصب البديل وهو المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً، ويشمل الضمان كل يد على المغصوب تبعت يد الغاصب وحلت محلها دون إذن من المالك، لأن الضمان يستقر على كل يد رتبها الغاصب على العين المغصوبة بالبيع والإيجار أو الوديعة والعارية، ومع ذلك يبقى الالتزام بالرد هو الالتزام الأول، إذ يلتزم الغاصب برد المغصوب في حالة ظهوره، وتأسيساً على ما تقدم سنتكلم في هذا الفصل عن آثار التصرف في المال المغصوب وذلك من خلال مبحثين، نتكلم في المبحث الأول عن رد المال المغصوب في مطلبين نخصص المطلب الأول لرد المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني لرد المال المغصوب في القانون، ونتكلم في المبحث الثاني عن ضمان المال المغصوب في مطلبين أيضاً نخصص المطلب الأول لضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني لضمان المال المغصوب في القانون.

المبحث الأول: رد المال المغصوب

حين يقوم الغاصب بالاستيلاء على ملك غيره فإنه يلتزم برد المال المغصوب إلى المغصوب منه إن استطاع رده وكذلك يلتزم برده عند التصرف فيه، وهنا تُثار جملة من التساؤلات، ومنها ماهي مستلزمات الرد؟ وما حكم الرد في حالة تعاقب الأيدي؟ وما الحكم في حالة تعذر الرد؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني رد المال المغصوب في القانون وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي

لتحقق براءة ذمة الغاصب من الضمان يجب عليه رد المال المغصوب عيناً إلى المغصوب منه إن قدر على رده، ولكن ماهي مستلزمات الرد؟ وما هو حكم الرد في حال تتابع الأيدي؟ وما الحكم في حالة تعذر الرد؟ وللإجابة عن هذه الاسئلة سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مستلزمات الرد

من مستلزمات رد المال المغصوب أن يتحقق تسليمه إلى المالك، وأن الغاصب لا ينقضي التزامه برد المال المغصوب وحده من دون رد زوائده وإنما يبقى ملتزماً بردها مع أصلها إذا كانت باقية ورد بدلها إذا كانت هالكة، وهنا سنتكلم عن أربع فقرات، أولاً: الرد إلى المالك، ثانياً: الرد في مكان الغصب، ثالثاً: الرد فوراً، رابعاً: رد الزوائد.

أولاً: الرد إلى المالك

يلزم الغاصب أن يرد المال المغصوب إلى مالكة سواء كان المال المغصوب مثلياً أو قيمياً منقولاً كان أو عقاراً حيث يتحقق معنى الرد من تمكينه تمكيناً تاماً، وكذلك يبرأ الغاصب من الضمان ولو رده للمودع والمستأجر والمرتهن إذا تحقق الغصب منهم، وفي الرد للمستعير وجهان

أوجههما يبرأ من الضمان، لأنه مأذون من جهة المالك^(١)، والسؤال المطروح هنا هل تبرأ ذمة الغاصب من الضمان إذا رد المغصوب إلى مالكه وكان المالك صبياً؟ اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة وانقسموا إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: اشترط فقهاء الحنفية لصحة الرد إلى الصبي أن يكون مميزاً سواء كان مأذوناً أم غير مأذوناً، وإلا فالرد يكون إلى وليه أو من له حق التصرف في ماله^(٢).

الرأي الثاني: يرى فقهاء الزيدية يُشترط لصحة الرد إلى الصبي أن يكون مأذوناً في مثل تلك العين، فلا يبرأ الغاصب من الرد إليه إذا كان غير مأذوناً^(٣).

الرأي الثالث: يرى فقهاء الإمامية المال المغصوب من الصبي أو المجنون يرد إلى وليهما ومع التلف يرد إليه العوض^(٤).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه لرأي فقهاء الإمامية في رد المال المغصوب إلى ولي الصبي أو المجنون، لأنه ليس بإمكانهما الاحتفاظ بالمال المغصوب من الهلاك أو الضياع أو التلف، فلا يصح الرد إلى المغصوب منه إذا كان عديم الأهلية، وهو لا يستطيع أن يحافظ عليه كالمجنون والصبي غير المميز بل يجب الرد إلى وليه أو وصيه، لأن أساس الالتزام بالرد إزالة خطر الضرر واستبعاده بالنسبة للمغصوب منه^(٥).

وهل يُعتبر علم المالك بالشيء المغصوب بأنه ماله شرط في تحقق الرد أم لا؟ للإجابة على هذا السؤال نقول للفقهاء رأيان:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية والمالكية لا يُعتبر العلم شرطاً في تحقق الرد المبرء من الضمان بل يكفي أن يثبت المالك يده على المغصوب^(٦)، ويستندون في رأيهم هذا إلى الأدلة الآتية:

(١) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ١٠٤. د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١١٦.

(٢) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٤٨١.

(٣) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٧٩.

(٤) أبو القاسم الموسوي الخوئي، المسائل المنتخبة، ط ٢، دار الأندلس، بيروت، ١٣٩١هـ، ص ٢٧٤.

(٥) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٧١ و ص ٢٧٢.

(٦) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٥٠. القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٩٩.

١- أن المغصوب منه حين يسترد المال المغصوب بإثبات يده عليه يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم المغصوب منه أو لم يعلم إن ما استرده هو ملكه.

٢- أن اثبات اليد على العين أمر حسي مادي لا يختلف بالعلم أو الجهل، فضلاً عن ذلك أن العلم لم يكن شرطاً لتحقيق الغصب ابتداءً فلا يكون شرطاً لانتهائه.

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء من الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والزيدية^(٣) والإمامية^(٤) يُعتبر العلم شرطاً في تحقق الرد، ويستندون في رأيهم هذا إلى الأدلة الآتية:

١- إذا رد الغاصب المال المغصوب إلى المغصوب منه وكان هذا الأخير لا يعلم إنه مالك فيكون الرد على سبيل الأمانة.

٢- عرفاً لم يتحقق الرد، وإنما يزول الغصب الموجب للضمان بكل ما يدل على رضا المالك ببقاء العين المغصوبة في يد الغاصب، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في اشتراطهم أن يكون المغصوب منه على علم بأن ما استرده من الغاصب هو ملكه، لأن العلم أحد عناصر الرضا والرضا ركن أساسي لصحة المعاملات المالية ونفاذها وضماناً استقرارها، وبه يستطيع المغصوب منه أن يجري سلطات المالك الثلاث على المال من استعمال واستغلال وتصرف، أما في حالة عدم علم المالك بأن مارده إليه الغاصب هو ملكه، فقد يعتقد إنه أمانة في يده، ومن ثم يتقيد بالتزامات يد الأمانة من المحافظة على المال المودع وعدم التصرف به ورده إلى صاحبه عند الطلب أو في الموعد المحدد^(٥).

(١) الرملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٦٢.

(٢) المرداوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٨٦.

(٣) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٩.

(٤) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف أو مسائل الخلاف، ج ٦، طبعة حجرية، مطبعة محمد علي العلمي، ١٣٧٠هـ، ص ١٨٦.

(٥) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

ثانياً: الرد في مكان الغصب

يلزم الغاصب الذي يستولي على ملك غيره من دون رضاه ومن غير وجه حق أن يرد المال المغصوب إلى المغصوب منه فهل يجب عليه أن يرده إلى المكان نفسه الذي غصبه منه أو يجوز له أن يسلمه للمغصوب منه ولو في غير مكانه؟، وحول مكان رد المال المغصوب اختلف الفقهاء ولهم ستة آراء:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية يجب على الغاصب رد المال المغصوب لو كان قائماً في مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن وأجرة الرد على الغاصب^(١).

الرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية للمالك أن يكلف الغاصب رد المغصوب إلى مكانه إن علم مكانه لقول الرسول (ص وآله) " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(٢).

الرأي الثالث: يرى فقهاء الحنابلة على الغاصب رد المغصوب إلى محله الذي غصبه منه وإن بعد إن قدر على رده^(٣)، لما روي عن الرسول (ص وآله) " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً أو لاعباً، فإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليردها عليه"^(٤).

الرأي الرابع: يرى فقهاء الإمامية إذا نقل الغاصب المال المغصوب إلى غير المكان الذي غصبه منه وجب عليه رده إليه إن كان مالكة يطالب به بغير إشكال، لأن الرد مقدمة الواجب وإن أمكن إيصاله إلى مالكة تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه وبين أن يأمره برده إلى مكانه الأول^(٥).

(١) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٢.

(٢) البجيرمي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١١٠.

(٣) البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٧٨.

(٤) محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج ٥، دار الجيل، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٦٢.

(٥) الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٧.

الرأي الخامس: يرى فقهاء الزيدية يجب رد المغصوب إلى موضع الغصب إذا كان المالك فيه وإن بعد مجلس الغصب إذا كان لحمله مؤونة، وأما إذا كان ليس لحمله مؤونة ولا غرض يفوت فله أن يسلمه في ذلك المكان ولو كره المالك، ويجب قبضه لتبرأ ذمة الغاصب^(١).

الرأي السادس: يرى فقهاء المالكية ليس للمغصوب منه أن يلزم الغاصب رد المغصوب إلى مكان الغصب، لأن نقل المغصوب إلى غير بلده يُعتبر تقويتاً، وكل ما للمغصوب منه هو المثل في بلد الغصب، مالم يتفق الغاصب والمغصوب منه على خلاف ذلك، أما القيمي يلزم الغاصب برده في مكان وجوده إذا لم يحتج تكاليف حمل، وإذا احتاج إلى ذلك فالخيار للمغصوب منه بين أخذه بلا أجرة حمل أو تركه وأخذ قيمته^(٢)، وهذا القول فيه مراعاة للغاصب، وهو لا يستحق ذلك لأنه متعدي وظالم.

ولاشك أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالاتباع لأن من لوازم الرد أن يكون الرد في المكان الذي غصبه ولكنهم اشترطوا أن يكون لحمله مؤونة، لأن المغصوب منه هو المتضرر والمعتدى عليه، ومن العدل أن يعود ماله إليه وإلى المكان الذي كان يوجد فيه، والقول بخلاف ذلك فيه اضرار للمغصوب منه^(٣).

ومن أجل إرجاع المغصوب إلى صاحبه يكلف الغاصب برد المغصوب إلى محل غصبه، ولا خلاف بين الفقهاء على أن مؤونة الحمل والنقل تكون واجبة على الغاصب، ولكنهم اختلفوا في زيادة أجرة الرد على قيمة المغصوب ولهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى فقهاء الاحناف إن أجرة الرد لو زادت على قيمة المغصوب يلزم الغاصب بدفع قيمته لصاحبه، فيتحمل أخف الضررين نظراً لحالتهما ورفعاً للضرر عنهما^(٤).

(١) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٧٩.

(٢) أبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والأكيل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل للحطاب، ج ٥، ط ٢، ١٩٧٩م، ص ٢٧٩. عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وبهامشه حاشية العلامة الشيخ محمد البناني، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٤٦.

(٣) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٤) داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦١.

الرأي الثاني: فرق فقهاء المالكية بين المغصوب المثلي والمغصوب القيمي، وقالوا في المغصوب المثلي إذا انتقل به الغاصب إلى بلد آخر فعلى المغصوب منه الصبر حتى يرجع إلى بلد الغصب، لأن لزوم الرد يكون في بلد الغصب، أما في المغصوب القيمي إذا انتقل به الغاصب إلى بلد آخر ووجده المغصوب منه ومعه المغصوب أخذه إذا لم يحتج إلى حمل، فإن احتاج إلى جمل وأجرة كبيرة في الرد كالدواب كان بالخيار بين أخذه أو أخذ قيمته يوم الغصب، وإن لم يجده معه فله تضمينه^(١).

الرأي الثالث: يرى فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والاباضية على الغاصب رد المغصوب إلى صاحبه ما دام باقياً ولو كلفه الرد اضعاف قيمته، لأنه تعدى بالغصب فلم يُنظر إلى مصلحته فكان أولى بالغرامة^(٢)، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في وجوب الرد على الغاصب مهما كلفه الرد من نفقات، لأنه هو الذي أوقع الضرر بنفسه حيث اختار الغصب عدواناً وظلماً ومخالفة للشرع، لما يروى أن إعرابي جاء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين إن بني عمك عدوا على إبلي احتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها، فقال له عثمان إذا نعطيك إبلاً مثل إبلك وفصلاً مثل فصلانك، فقال إذا تنقطع إلبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي، فغمزة بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فقال بيني وبينك عبد الله بن مسعود فقال عثمان نعم فقال عبد الله بن مسعود أرى أن يأتي هذا والديه فيعطى ثمة إبلاً مثل إبله وفصلاً مثل فصلانه فرضى عثمان بذلك وأعطاه إياه^(٣).

وهذا دليل على رد مثل المال المغصوب أو المستهلك، ويجب أن يكون في موضع الغصب والاستهلاك، لأن المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال، وذلك برد العين إليه وأداء الضمان في ذلك الموضع، ومن هذا يتضح أن تكلفة النقل ومؤونة رد المغصوب إلى مكان

(١) صالح عبد السميع الأبي الأزهر، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل، ج ٢، ط ٢، مطبعة الحلبي، ١٩٤٧م، ص ١٤٤٩.

(٢) ابن قاسم الغزي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٧٤. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٧٨. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٥. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٤٩. اطفيش، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٣٩.

(٣) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١١٨.

الغصب على الغاصب، ولو هلك في الطريق قبل الرد لم يبرأ الغاصب ويطالبه المغصوب منه بالضمان^(١).

ثالثاً: الرد على الفور

من مستلزمات الرد أن يقوم الغاصب بنفسه أو وليه أو وكيله برد المغصوب إلى مالكة فوراً، لأنه مأمور بالرد والأمر يقتضي الفورية استناداً لقول الرسول (ص وآله) " لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها"، ومقتضى الرد قد يلحق الضرر بالغاصب كما لو غصب ساحة فبنى عليها فإنه مطالب برد المغصوب وهو يستلزم نقض البناء، وفي هذا ضرر على الغاصب^(٢).

وبهذا الصدد قال فقهاء الحنفية لو زرع الغاصب الأرض المغصوبة وأقترب زرعها من الإدراك فلا يلزم المغصوب منه الانتظار إلى وقت الإدراك، ويجبر الغاصب بقلع زرعها في الحال ورد الأرض المغصوبة إلى المغصوب منه^(٣)، وقال فقهاء المالكية إذا اغتصب رجل من رجل خشبة وجعلها في بنيانه يأخذها مالكة وإن هدم البنيان^(٤)، وقال فقهاء الشافعية إذا غصب فصيلاً فأدخله في داره فكبر الفصيل ولم يخرج من الباب نقضت لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساحة^(٥)، وقال فقهاء الحنابلة إذا غصب إنسان فصيلاً أو مهراً وأدخله داره فكبر وتعدر خروجه من الباب وجب نقضه لضرورة وجوب الرد، ولا شيء على المالك، لأن المعتدي أولى بتحمل الضرر^(٦)، وقال فقهاء الإمامية يجب رد المغصوب إلى مالكة ما دام باقياً ولو تعسر كالخشبة التي يدخلها الغاصب في البناء^(٧)، وقال فقهاء الزيدية إذا كان المغصوب في جدار للغاصب لزمه هدمه، وكذلك إذا كان في زجاجة له أو ابتلعت بهيمه له أو لغيره وجب أن يكسر ويدبح

(١) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٥٢. الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤١٨.

(٢) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ١٠٧ و ١٠٨.

(٣) علي حيدر، مصدر سابق، ص ١١٧٧.

(٤) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ١٤، ط ١، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣ هـ، ص ٧٠.

(٥) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٨٠.

(٦) البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٨٣.

(٧) الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٢.

للرد^(١)، ويستثنى من وجوب الرد على الفور في حالة الخوف من هلاك نفس محترمة فإن رد المغصوب يؤخر في هذه الحالة، وبهذا الصدد قال فقهاء الحنفية إذا غصب لوحاً فأدخله سفينة أو إبرسيماً وخاط به بطن نفسه أو عبده ينقطع حق المالك^(٢).

وقال فقهاء الشافعية لو غصب خيطاً وخاط به جرح آدمي أو حيوان محترم غير مأكول وكان في نزعه هلاك لم ينزع لجواز الغصب بمثل هذا القدر ابتداءً^(٣)، وقال فقهاء الحنابلة إذا غصب لوحاً فرفع به سفينة لم يقلع حتى ترسي وإن غصب خيطاً فخاط به حيوان وخيف من قلعه فعليه قيمته إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب وإن مات الحيوان لزمه رده^(٤).

وقال فقهاء الإمامية يستخرج اللوح المغصوب من السفينة وإن أدى إلى تلفها إلا إذا استلزم إخراج هلاك نفس أو مال لغير الغاصب، لأن الرد إلى المالك واجب على الفور وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب^(٥).

ويظهر من ذلك اتفاق كلمة الفقهاء على إنه يجب على الغاصب أن يرد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها، وسندهم في ذلك ما جاء في القرآن والسنة والإجماع والمعقول، أما في القرآن الكريم كما في قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"، وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة إن أخذ مال الغير حرام إلا عن طريق تجارة مبنية على التراضي، والغصب استيلاء على مال الغير عدواناً فيكون حراماً وسبباً لوجوب إرجاع الحقوق إلى أصحابها^(٦).

أما في السنة النبوية فقد ورد في الحديث النبوية عن سمرة عن النبي (ص وآله) قال " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"، وعن السائب بن يزيد أن رسول الله (ص وآله) قال " لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم متاع صاحبه فليردها إليه"، وجه الدلالة بالحديثين

(١) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٨٢.

(٢) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج ١، بلا سنة طبع، ص ١٢١.

(٣) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٧٩.

(٤) ابن النجار، مصدر سابق، ج ١، ص ٥٠١.

(٥) الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٢.

(٦) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١١٣.

إنه يحرم أخذ مال الغير من دون وجه حق حتى ولو كان بقصد المزاح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيبظ عليه، لأنه أزال يد المالك عن ملكه من غير حق فلزمه إعادتها^(١)، وجاء في الحديث عن النبي (ص وآله) قال " من امر أرضاً ليست لأحد فهو أحق"، وقد ورد في سبب هذا الحديث إنه " قال عروة: فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث إن رجلين اختصما إلى النبي (ص وآله) غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخلة منها"^(٢).

أما الإجماع فقد اتفق الفقهاء على إنه يجب على الغاصب أن يرد المغصوب إذا كان قائماً بذاته ولم يتغير، وقال أحد فقهاء المالكية لا خلاف في إنه يجب على الغاصب إذا كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرد بعينه^(٣)، وقال أحد فقهاء الحنابلة أجمع الفقهاء على وجوب رده إن كان بحاله لم يتغير، ولم يشتغل من غيره، لأنه أزال يد المالك عن ملكه من غير حق فلزمه إعادته، لأنه هو المعتدي فلم ينظر إلى مصلحته فكان أولى بالغرامة وظاهره ولو بعدت المسافة، لأنه جنى بتعديه فكان ضرر ذلك عليه^(٤)، ويرى أحد فقهاء الزيدية إنه يحرم الغصب عند كافة المسلمين ويجب رد المغصوب إذا كان باقياً^(٥).

وأما المعقول فالعقل السليم يقتضي رد المغصوب إلى مالكه، فبرده يتم إعادة الحق إلى نصابه وبه يقطع على الغاصب أن يتمتع بثمار غصبه، وبه تتحقق العدالة التي هي مقصد الشارع المقدس، بالإضافة إلى ذلك أن أخذ مال الغير من غير رضاه يسبب الكراهية والعداوة بين الأفراد، لأنه أخذ على وجه الظلم وأخذ حقوق الناس والاستيلاء عليها تعدياً وظلماً معصية،

(١) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٣٩.

(٢) أحمد بن علي حجر العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، ج ٥، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٣٧ وص ٢٣٨.

(٣) القرطبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٣٧.

(٤) محمد بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرائع المقنع، ج ٥، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ، ١٥٤ هـ.

(٥) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ج ١، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٧ م، ص ٣٣٥.

ويجب أن يكون في هذا كله زجر للغاصب وردع لغيره وذلك بأن يرد المغصوب مع زيادته إن كان قائماً^(١).

رابعاً: رد الزوائد

في هذه الفقرة سنتكلم عن مسألتين وهما غصب الزوائد ورد الزوائد وكما يلي:

المسألة الأولى: غصب الزوائد

اختلف الفقهاء في مسألة غصب الزوائد ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية والمالكية وبعض الزيدية أن زوائد المغصوب غير مغصوبة، لأنها أمانة في يد الغاصب سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمر أو متصلة كالسمن والجمال، وإنها لم تكن في يد المالك وقت الغصب، فلم توجد إزالة يده عنها، والغصب إزالة يد المالك بإثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد فلم يتحقق تقويت اليد فلا يصير غصباً إلا بالتعدي أو المنع عند طلبه، لأن المنع تعدي وصار هذا كالثوب إذا طيرته الريح إلى داره أو الشاة إذا دخلت دار غيره فذلك لا يؤدي إلى الحكم بغصبه^(٢).

الرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية والحنابلة والزيدية أن زوائد المغصوب مغصوبة، لأنها مغصوبة انتهاءً كما هو مغصوب ابتداءً، وإذا تلفت تقوم حاملاً وسمينه وغير ذلك ولولا ثبوت اليد والضمان لم تقوم بذلك، ولأنها حدثت عن أصل مضمون بيد عادية فيضمنها كأصولها، وما دام الأصل مغصوب فتكون الزوائد مغصوبة أيضاً وعليه الرد في كل وقت^(٣).

(١) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) الزيلعي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٢٢. القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٨٣. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥١.

(٣) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهاج الطلاب، المكتب الإسلامي، ج ٣، ديار بكر، تركيا، بلا سنة طبع، ص ١١٠. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٥١. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٨.

ونحن نتفق مع رأي جمهور الفقهاء الذي ذهب إلى أن زوائد المغصوب مغصوبة كأصلها، وتكون مضمونه لنشوتها عن عين مغصوبة، وتسري أوصاف الأصل إلى ما يتولد منه، وأن الزيادة الحاصلة في المغصوب هي نماء ملك المالك، ولما كان الغاصب لا يزال يضع يده على الأصل وهي يد ضمان فيده على الفرع هي يد ضمان أيضاً، وأما قول بقية الفقهاء أن الأصل مغصوب والزوائد أمانة لا تكون مغصوبة إلا بالمنع والتعدي، فهذا يستقيم إذا كان لمالكها اختيار في وضعها عنده ولا يصح ذلك في الغصب وإنها تكون مغصوبة كأصلها^(١).

وبهذا الصدد يرى أحد الشراح أن عملية الغصب تتحقق بمجرد فعل يصدر عن شخص يمنع المالك قهراً من إحدى خصائص ملكه، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، والمهم في الغصب إلحاق الضرر بالمغصوب منه بطريقة غير مشروعة، إذ ليس من الضروري أن ينتفع الغاصب بالمال الذي يستولي عليه أو يضعه تحت تصرفه، ولا تتوقف عملية الغصب على النقل والتحويل، ولا ينظر إلى النقل والتحويل أو حلول اليد المبطلة محل اليد المحقة وإنما ينظر إلى الاعتداء الممثل بفعل غير مشروع أدى إلى توافر عناصر المسؤولية إلا وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية^(٢).

المسألة الثانية: رد الزوائد

أن الغاصب لا تبرأ ذمته ولا ينقضي التزامه برد المغصوب وحده من دون رد زوائده التي حصلت بعد الغصب وقبل الرد، وإنما يبقى ملتزماً بردها مع أصلها إذا كانت باقية ورد بدلها إذا كانت هالكة، والزوائد أما متصلة كالسمن والكبر أو منفصلة كالولد والثمار، ويقصد بزوائد المغصوب بأنها نماء ملحق بالمغصوب لم يكن موجوداً عند الغصب، وبحثنا هنا منصفاً على الزوائد المتولدة من المال المغصوب ذاته، أما الزوائد الحادثة بفعل الغاصب تطرقنا إليها في موضوع تصرفات الغاصب الفعلية في المال المغصوب^(٣).

(١) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص ٥١.

(٢) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٣) د. مصطفى الزلمي، المصدر نفسه، ص ٢٧٣.

وبهذا الصدد قال فقهاء الحنفية إن الزيادة الحادثة في المغصوب وهو في يد الغاصب سواء كانت متصلة أم منفصلة هي أمانة في يد الغاصب، لا تضمن إلا بالتعدي عليها بالإتلاف أو البيع أو بالامتناع عن أدائها بعد طلبها من مالكةا، لأن الزيادة في المغصوب ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك، لأنها لم تكن في يد الغاصب وقت الغصب، ولو تلفت عنده بأفة سماوية قبل طلب المالك فلا تكون مضمونة^(١).

وذهب فقهاء الشافعية والحنابلة الى تحقق الغصب في الزوائد بنوعيتها وضمانها بضمان أصلها لثبوت يد الغاصب عليها بدون حق وتبعيتها لأصلها، فالأصل والزيادة عندهم مضمونان على السواء طالما استمر اثبات اليد على المغصوب^(٢).

والأرجح في ذلك إن زوائد المغصوب مغصوبة مثله، وهو ما نراه الأقرب إلى العدل والإنصاف، لأنها متعلقة بأصلها، ولأنها بحكم المال المغصوب وهي خارجة عن يد مالكةا تماماً كأصلها، وعليه فإن يد الغاصب ليست يد أمانة على الزوائد كما قال فقهاء الحنفية بل هي يد ضمان وغصب تماماً كضمان عين المغصوب، وإن حكمها كحكم أصلها، ويتوجب على الغاصب ردها بنوعيتها المنفصلة والمتصلة، لأنها نماء في المغصوب^(٣)، ولا خلاف بين الفقهاء في إن المالك يسترد الشيء المغصوب بزيادته المتصلة، لأنها نماء مالٍ مملوكٍ له ولا شيء عليه للغاصب في مقابل ما أنفقه من مال في سبيل نماء الشيء المغصوب وزيادته، أما رد الزوائد المنفصلة فقد اختلف الفقهاء في حكم ردها إلى المغصوب منه وعلى رأيين:

الرأي الأول: يمثلته جمهور الفقهاء، ويرى للمغصوب منه الحق في أخذ الزوائد المنفصلة مع الأصل سواء كانت متولدة من الأصل كالولد أم في حكم المتولدة كالأرث أم غير متولدة منه

(١) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨م، ص ١٢٣.

(٢) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٨٧.

(٣) وبهذا الصدد تنص المادة (٩٠٣) من مجلة الأحكام العدلية على إنه "زوائد المغصوب لصاحبه وإذا استهلكها الغاصب يضمنها"، يتضح من هذا النص إن المجلة أخذت برأي الحنفية، وعليه فإن زوائد المغصوب مضمونة بالاستهلاك أو الامتناع عن ردها. د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٦٣ و ٢٣٥.

أصلاً كالكسب من الصيد، لأن المتولد منه نماء ملكه فكان ملكه، وما هو في حكم المتولد كبذل جزء مملوك، وغير المتولد ككسب ملكه فكان ملكه^(١).

الرأي الثاني: يمثل به بعض المالكية^(٢)، ويرى إذا كانت الزوائد المنفصلة متولدة من المغصوب وعلى هيئته وخلقه كالولد فإن المغصوب منه يستردها مع الأصل، وإذا كانت الزوائد متولدة على غير هيئة الأصل كالثمر واللبن ففيها قولان، الأول: تكون للغاصب والثاني: يلزم الغاصب بردها مع الشيء المغصوب إن كان قائماً، وواضح إن القول الثاني يتفق مع رأي جمهور الفقهاء، لأن الزوائد نماء مملوك للمغصوب منه^(٣).

وأما مسألة أرباح المال المغصوب الناشئة عن قيام الغاصب بالإتجار في الشيء المغصوب، فقد يكون المغصوب أموالاً نقدية يقوم الغاصب بالإتجار بها أو عروضاً يبيعها ويتجر بثمنها أو يستغلها من خلال تأجيرها إلى الغير، فما هو مصيرها وهل تأخذ حكم الزوائد في وجوب ردها للمالك؟ في الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء في حكم مسألة أرباح المال المغصوب، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء إن أرباح المغصوب وغلاته تشكل نماء للمال المغصوب وتُعد حقاً لمالك المغصوب، ويجب على الغاصب ردها إليه كما يجب رد عين المغصوب، لأن الأرباح والغلة تتبع أصلها^(٤).

(١) الكاساني، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٦٠. ابن رشد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٤٠. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٤٠. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٩٥. العنسي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٤. الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٧٦٦. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٥.

(٢) والراجح عند فقهاء المالكية إذا كانت الزيادة ولو بغير فعل الغاصب وهي زيادة متصلة بالكبر والسمن فهي ليست مضمونة على الغاصب، وأما الزيادة المنفصلة كاللبن والثمر فهي مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلك وترد مع الأصل لصاحبها. سعد رستم، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٣) ابن رشد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٤٠.

(٤) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٧٠. المقدسي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٤٤٠. الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٧٦٦. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٥. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٦.

فالربح لرب المال، لأن المال المتجر به ملكه ولا شيء للغاصب في مقابل عمله لتعديه بالأخذ والتصرف في ملك غيره بغير إذنه لقول الرسول (ص وآله) " ليس لعرق ظالم حق"، وإن حصل خسران فهو على الغاصب، لأنه نقص حدث في المغصوب فيضمنه^(١).

الرأي الثاني: يرى بعض الاحناف والشافعية إن الربح للغاصب من دون المغصوب منه، لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب، وريح المال ناتج عن التقلب والعمل دون المال، فاقضى أن يكون ملكاً لمن له العمل من دون من له المال وعليه بدل المغصوب^(٢)، وإن الغاصب لا يلزم برد الأرباح المتحصلة من المال المغصوب وغلاته إلى المغصوب منه، وذلك لأنها تُعد نماءً مملوكاً للغاصب يملكها ملكاً تاماً كما يملك المغصوب عملاً بقاعدة تملك المضمونات بالضمان^(٣).

الرأي الثالث: يمثل رأي فقهاء المالكية، ولهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: يذهب إلى إن الربح للغاصب والغلة كالأجرة فهي للمغصوب منه سواء كان المغصوب عقاراً أم حيواناً^(٤).

القول الثاني: يذهب إلى إن الربح للغاصب إذا كان موسراً، أما إذا كان معسراً فإنه لا يستحق الربح لعدم صلاحية ذمته للضمان.

القول الثالث: يذهب إلى التفرقة بين متاجرة المغصوب منه بالمال وعدم متاجرته، فإذا كان المغصوب منه يتاجر بالمال الذي وقع عليه الغصب، فيجب رد الأرباح له، لأن الغاصب منعه من الربح وإذا كان المغصوب منه فقيراً يستحق أكثر من الربح، أما إذا كان المغصوب منه لا يتاجر بالمال فإنه لا يستحق الأرباح بل تكون للغاصب^(٥).

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٢) د. حامد الفقي، المصدر نفسه، ص ٢٠٠.

(٣) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٥٣.

(٤) الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤٨.

(٥) القرافي، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٥٢.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في وجوب رد الأرباح والغلة إلى المالك الناتجة عما يحققه الغاصب من المال المغصوب أثناء وجوده تحت يده، لأنها متعلقة بأصل المال المغصوب، وهذا الأقرب إلى العدل والانصاف^(١).

وبهذا الشأن يقول أحد الشراح نحن نميل إلى رأي جمهور الفقهاء لأن هنالك ما يقويه من الكتاب والسنة، كما في قوله تعالى " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ"^(٢)، والغاصب حين يأكل الربح والغلة من شيء مملوك لغيره فهو بلا شك يأكل أموال الناس بالباطل، وكما في قول الرسول (ص وآله) " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه"^(٣)، والمغصوب منه لم يأذن باستغلال ماله ولم تطب نفسه في أكل الغاصب لتلك الأرباح والغلات^(٤).

والسؤال المطروح هنا ما أثر حسن نية الحائز على الحكم برد الأرباح والغلات؟ في الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء، فيرى جمهور الفقهاء إن كل يد ترتبت على يد الغاصب يكون حكمها حكم الغاصب، وعلى حائز الشيء المغصوب كالمشتري أو الموهوب له رد الأرباح والغلات إلى المغصوب منه سواء كان حسن النية أو سيئها^(٥).

ويرى فقهاء الزيدية إن مشتري العين المغصوبة الجاهل للغصب يملك الغلة وعليه دفع أجر المثل للمالك، ويرجع بها على الغاصب البائع^(٦)، ويرى فقهاء المالكية إن المشتري من الغاصب حسن النية فلا يرد الغلة التي استفادها من المغصوب ولا يعطي فيها كراء، وإن المالك ليس له

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٣) أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ط ١، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٠٠.

(٤) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٥) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج ٢، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٨م، ص ٢٧٩. أبي الفرج عبد الله بن رجب الحنبلي، القواعد، ط ٢، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨م، ص ٢٢٤.

(٦) أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المردار، ج ٣، ط ١، طبعة وزارة العدل، مصر، ١٣٤٠هـ، ص ٥٤١.

حق الرجوع بالغلة على الغاصب، لأن الغاصب لم يستعمله، ويضمن منافع المغصوب إذا أستعمله أو اكراه^(١).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي الجمهور، لأنه الأولى بالإلتباع، ولأن اليد الظالمة الغاصبة لا يثبت بها حق للغاصب ولا لغيره من دون فرق بين العالم والجاهل، فما يحصل من الغلة في يد المشتري الجاهل يكون للمالك، والمشتري يرجع بما تغرمه على الغاصب^(٢).

وإن الغاصب قد ينفق على المغصوب مبلغ من المال لأجل تنمية المغصوب أو الحفاظ عليه، ويترتب على ذلك زيادة في قيمة المغصوب عند رده عن قيمته يوم غصبه، فهل للغاصب المطالبة بما أنفقه على المغصوب أو لا يحق له ذلك؟

الظاهر من كلمات الفقهاء في هذا المقام إنه لا يحق للغاصب المطالبة بما أنفقه على المغصوب، وخالفهم في ذلك بعض فقهاء المالكية، أما في مذهب الإمامية فإنه يظهر من صحيفة أبي ولاد التي جاء فيها أنه سأل الإمام الصادق (ع) قائلاً: اكتريت بغلاً إلى القصر الفلاني ذاهباً وراجعاً بكذا وكذا درهم وخرجت في طلب غريم لي فتوجهت إلى النيل فلما اتيت به أخبرته إنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به ورجعت إلى الكوفة إلى إن قال فأخبرت أبا عبد الله فقال عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ومن النيل إلى بغداد ومثل كرى البغل إلى الكوفة وتوفيه إياه، فقال جعلت فداك: علفته بدرهم فلي عليه علفه؟ قال (ع) لا لأنك غاصب^(٣)، وذكر أحد فقهاء الحنفية لو غصب أرضاً فيها زرع أو شجرة فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلاً أطلع فأبره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب بما أنفق، وذكر أحد فقهاء المالكية ما أنفق الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقي الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحو ذلك مما لا بد منه يكون في نظير الغلة التي استغلها وإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع للغاصب بالزائد لظلمه^(٤).

(١) ابن جزي، مصدر سابق، ج ١، ص ٢١٩.

(٢) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٨.

(٣) الطوسي، مصدر سابق، ج ٧، ص ٢١٥.

(٤) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٦٢. الدردير، مصدر سابق، ج ٤، ص ٩٣.

وذكر فقهاء الشافعية إن ما يحدثه الغاصب في المغصوب شيئين الثاني أثر لا عين موجودة مثل الماشية يغصبها صغاراً فيداويها وتعم نفقته عليها حتى يأتي صاحبها ولو أنفق عليها أضعاف أثمانها فليس له شيء^(١)، وذكر أحد فقهاء الزيدية إن الغاصب لا يرجع على المالك بما غرم في العين المغصوبة سواء كان للبقاء أو للنماء كما لو كانت دابة فعلفها أو شجراً صغاراً فغرسها وسقاها حتى كبرت، فلا يرجع الغاصب بما غرم في هذه الصور وإن زادت به قيمة العين المغصوبة^(٢)، وقد استدل الفقهاء بما ذهبوا إليه إلى الأدلة الآتية:

١- أن الغاصب متعدي وليس لعرق ظالم حق.

٢- أن النفقة التي أنفقها الغاصب ليست عيناً قائمة وإنما هي مجرد أثر.

٣- النفقة التي أنفقها الغاصب هي نظير الغلة التي استغلها الغاصب من المغصوب.

٤- ليس للغاصب عين مال متقوم قائم في المغصوب^(٣).

يظهر مما تقدم اتفاق كلمة جمهور الفقهاء من الإمامية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية بأن على قيام الغاصب برد المغصوب ولا شيء له مقابل ما أنفق على المال المغصوب، وعليه نفقات الرد مهما بلغت، لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته، ولأنه فضولي فيُعد متبرعاً وإن فعله لا يستند إلى ولاية ولا إذن ممن له حق الإذن^(٤).

ويرى بعض فقهاء المالكية إن ما ينفقه الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤونة العبد وكسوته وسقي الأرض وعلاجها وخدمة شجر يكون في مقابل الغلة التي تكون لربه كأجرة العبد والدابة والأرض يقاصصه بها وإن تساوى فواضح وإن نقصت الغلة فليس للغاصب الطلب بالزائد

(١) الشافعي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٢٦.

(٢) العنسي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٥.

(٣) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص ١١٦.

(٤) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٨٥. الدردير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٥٠. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٩٥. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٥٤. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٥. الحلبي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٧٦٥.

لظلمه وإن زادت على النفقة كان لربه أخذ ما زاد فإن لم يكن له غلة فلا شيء له على ربه فالنفقة محصورة في الغلة وليست الغلة محصورة في النفقة^(١)، وعليه فإن فقهاء المالكية يجمعون بين مصلحتي الغاصب والمغصوب منه، وحاصلها إن الغاصب يرجع بالأقل مما أنفق فإن كانت النفقة أقل من الغلة غرم زائد الغلة للمغصوب منه وإن كانت النفقة أكثر فلا رجوع له بزائد النفقة وإن تساويا فلا يغرم أحدهما للآخر شيئاً^(٢).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء، لأن الغاصب يُعتبر متعدياً، ولأن الفائدة المترتبة على النفقات الضرورية التي أنفقها الغاصب للمحافظة على المال المغصوب تعود عليه هو، والشيء لو ظل موجوداً لتمكن الغاصب من رده وتنتهي مسؤوليته عند هذا الحد^(٣)، وإذا هلك تكون مسؤوليته أكبر من النفقات الضرورية التي مثل لها الفقهاء بعلف الحيوان وسقي الأرض وخدمة الشجر، ويُعد الغاصب متبرعاً بما بذله من عمل وبما أنفقه من مال كنسج الغزل وطحن الطعام وتحويل السبائك الذهبية إلى حلي، لأن الواجب على الغاصب رد الشيء إلى المغصوب منه فوراً ومن دون تأخير وبالحالة التي كان عليها عند الغصب، فمجرد تأخره عن الرد يُعتبر خطأً من جانبه عليه أن يتحمل تبعاته وتبعات تصرفاته الفعلية وإن أدت إلى زيادة قيمة الشيء المغصوب^(٤).

الفرع الثاني: تتابع الأيدي على المال المغصوب

للمغصوب منه الحق في استرداد المال المغصوب ليس من تحت يد الغاصب فحسب بل ومن تحت يد الحائز سواء كان حائزاً أصلياً أي يحوز الشيء بصفته مالكاً كالمشتري من الغاصب وغاصب الغاصب، أم كان حائزاً عرضياً يحوز الشيء بصفته غير مالك كالمستأجر من الغاصب والمرتهن^(٥).

(١) الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤٩.

(٢) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٣) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٥١٦.

(٤) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٥) د. يحيى الجرافي، المصدر نفسه، ص ١٢٨.

والأصل أن كل يد ترتبت على يد الغاصب وحلت محلها هي يد ضمان^(١)، أما إذا كانت اليد مأذونة شرعاً في أخذ الأموال المغصوبة وردها إلى أصحابها لاستردادها إلى ولاية شرعية كيد القاضي وأمينه أو لاستردادها إلى إذن المالك كيد وكيله الذي وكله المالك في قبض المغصوب من الغاصب، فهذه الأيدي لا تُعتبر أيدي غصب لانقضاء العدوان في أخذ مال الغير بوجود الإذن الشرعي^(٢).

ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار يد غاصب الغاصب يد ضمان، لأنه يتحقق فيها ضابط الغصب وهو إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب، فهي يد مجردة عن إذن المالك أو الشارع ولا ولاية لها على المغصوب، ويترتب على ذلك إن غاصب الغاصب شأنه شأن الغاصب مسؤول عن هلاك المغصوب سواء كان الهلاك بسببه أم بسبب أجنبي، فإذا هلك المغصوب تحت يد غاصب الغاصب كان المغصوب منه بالخيار بين تضمين الغاصب الأول أو تضمين الغاصب الثاني^(٣).

أما تضمين الغاصب الأول فلأن فعل الغصب قد حدث منه وهو تقويت يد المالك، وتضمين الغاصب الثاني لأنه فوت يد الغاصب الأول، وتُعد يده كيد المالك لوجوب الحفظ عليه وتمكنه من رده للمالك، وقد وجد في كل واحد منهما الغاصب الأول والغاصب الثاني سبب لوجوب الضمان فكان المالك مخيراً في أن يضمّن أيّاً منهما لأن المضمون واحد^(٤).

فإذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الأول، رجع الغاصب الأول بالضمان على الغاصب الثاني لأنه ملك المغصوب من وقت الغصب بالتضمين فيضمن مثله إذا كان مثلياً وقيّمته إذا كان قيمياً من يوم الغصب الثاني لا من يوم الغصب الأول مهما كانت القيمة سواء كانت أكثر أم أقل من يوم الغصب الأول، وإذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الثاني فليس للغاصب الثاني الرجوع على الغاصب الأول، لأنه ضامن بفعله وهو تقويت يد المالك، وإذا

(١) صالح الفوزان، باب في أحكام الغصب، منشور في الموقع الإلكتروني. / <http://islamqa.info/ar/ref>

(٢) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٢٢٤. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٩٤.

(٣) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٤٣. الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٧٩. المرداوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٧٩. محمد عليش، مصدر سابق، ج ٧، ص ٧٧.

(٤) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٤٦. ابن عابدين، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٩٧.

تلف المغصوب عنده بأمر سماوي أو بتعدٍ منه يضمن قيمة ما غصبه يوم غصبه مهما بلغت هذه القيمة، وإذا قلت عما كانت عليه يوم الغصب الأول، كان من حق المالك أن يرجع على الغاصب الأول بالفرق بين القيمتين حتى لا يضيع ماله بالتعدي إلا إذا كان سبب نقص القيمة هو انخفاض سعر السوق^(١).

إذ أبرأ المالك الغاصب الثاني برئ الغاصب الأول من الضمان، لأنه كالكفيل لوصل المالك إلى حقه، فإذا تقرر الضمان على الغاصب الثاني أصبح هو المطالب به بصفة نهائية، وكان أدأؤه اسقاطاً لهذا الضمان، فيسقط تبعاً لذلك عن الغاصب الأول، بخلاف ما إذا أبرأ المالك الغاصب الأول فلا يبرأ الغاصب الثاني^(٢).

وأتفق الفقهاء على أن للمالك الحق في استرداد ماله من تحت يد الحائز كالمشتري أو الموهوب له أو غاصب الغاصب أو المستأجر أو المرتهن^(٣)، لما روي عن الرسول (ص وآله) إنه قال " من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه"^(٤)، ويقول أحد فقهاء الزيدية في شرحه لهذا الحديث من وجد عين ماله يعني المغصوب أو المسروق عند رجل أو امرأة فهو أحق به إذا ثبت إنه ملكه بالبينة أو صدقه من بيده العين^(٥)، لما جاء عن الرسول (ص وآله) إنه قال " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(٦).

وبالتالي يحق للمغصوب منه أن يطالب كلاً من الغاصب وصاحب اليد بالضمان، لأن الغاصب قد تعدى على حق غيره والاستيلاء على ماله، وصاحب اليد قد تعدى بوضع يده على مال مملوك لغيره من دون إذن منه أو ولاية عليه، ويؤدي توسيع المطالبة على هذا النحو إلى

(١) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج ١، بلا سنة طبع، ص ٢٩٢ وص ٢٩٣.

(٢) الرملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٥٦.

(٣) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٤٨. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٦٧. البهوتي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥٥. ابن جزري، مصدر سابق، ج ١، ص ٢١٦. الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٤٧. الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٧٨.

(٤) سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج ٣، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ٢٢٨.

(٥) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٤٧.

(٦) سليمان الأزدي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٩.

تيسير وصول المالك إلى حقه، وينبغي أن لا ينتهي حقه في المطالبة إلا بوصول حقه في المال بأخذه أو أخذ بدله بالمثل أو القيمة، ولكن فقهاء الحنفية اختلفوا في ذلك، فيرى أبو حنيفة ومحمد إن مطالبة المالك للغاصب أو صاحب اليد تستلزم إبراء الآخر حتى لو ظهر من اختاره المالك للضمان معدوماً أو مفلساً، وعلى المغصوب منه تجنباً لمثل هذه الصعوبة قبل اختياره لأي منهما أن يعرف مركزه المالي، ويرى أبو يوسف للمالك الحق في مطالبة أيهما إلى أن يقبض المضمون بالفعل ممن عينه^(١).

وفي حالة وجود العين المغصوبة تحت يد حائز لها ترتبت يده على يد الغاصب هل يحق للمغصوب منه أن يرفع دعوى استرداد العين على الغاصب ويطلب إلزامه باستردادها ممن انتقلت حيازتها إليه؟ وهل يحق للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بضمان المثل أو القيمة؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال، ولهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: إن المغصوب منه مخير بين أن يتتبع العين فيدعي بها على الحائز لها، أو يتركها ويرجع على الغاصب بضمان المثل أو القيمة أو الثمن إذا أجاز تصرف الغاصب، لأن الغاصب مسؤول بمجرد الغصب^(٢)، وليس للمالك أن يرجع بالعين على الغاصب لخروجها من تحت يده، ولأن الأعيان لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست بحوزته، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٣٥) من مجلة الأحكام العدلية بقولها "الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط فإذا غصب أحد فرس رجل وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فلا يدعيه إلا على ذي اليد أما إذا أراد تضمين قيمته فيدعيها على الغاصب".

الرأي الثاني: يحق للمغصوب منه أن يتتبع العين فيدعي على الحائز لها ما دامت موجودة وليس له تضمين الغاصب المثل أو القيمة إلا استثناءً، لأن الموجب الأصلي في الغصب هو رد العين، فلا يصار إليه مع وجود العين^(٣).

(١) ابن عابدين، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٣٩.

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٣، ط ٦، دار الفكر، ١٩٦٨م، ص ١٧٧.

(٣) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٢١.

ويرى أحد الفقهاء إن المغصوب منه لا يدعي على الحائز للعين بالتضمن مع وجود العين في يده، ويجوز له تضمينه بعد خروجها من يده، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره، فالغاصب الأول مسؤول بمجرد الغصب، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المال المغصوب من يده بغصب أو بيع أو غيرهما وإنما تتحول المسؤولية من مسؤولية بالعين إلى مسؤولية بالضمان، لأن دعوى العين لا تقام إلا على ذي اليد، فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة، وبين تضمين أي غاصب خرجت العين من يده، لأنه لو انحصر حق المغصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة لصاح حقه، فقد ينقلها هذا إلى بلد آخر أو يعطيها إلى شخص آخر^(١).

الرأي الثالث: إن المغصوب منه يستطيع أن يرفع الدعوى على الغاصب ولو كانت العين قد خرجت من تحت يده، فالواجب على الغاصب أن يستعيد العين ويردها إلى المغصوب منه إذا كان ذلك ممكناً، وإلى هذا ذهب فقهاء الزيدية ولكن بشرطين، الشرط الأول: أن يكون المغصوب من غير النقدين وهما الدراهم والدنانير فإن كان نقداً لم يلزم استرداده بل يرد مثله، والشرط الثاني: أن يمكن للغاصب استرداده بما لا يجحف بماله، أي أن يقوم الغاصب بمراضاة من تلقى الشيء ليستعيده منه ولو كلفه ذلك أن يدفع شيئاً من ماله، فإن استفاد المالك ممن صارت إليه وكان لا يمكن للغاصب أن يستعيده إلا بما دفع المالك رجع المالك بما دفع على الغاصب^(٢).

ويرى أحد الفقهاء إن الاستفداء واجب على الغاصب وإن أجحف به كل الإجحاف، لأنه وقع في معصية الغصب باختياره عدواناً ومخالفة للشرع، ووجب عليه التخلص من هذه المظلمة بردها ما دامت موجودة ووجد إليها سبيلاً، وبالتالي يجب الأخذ بيد الظالم حتى يرد مظلمته للمطلوب ولا تأخذ به رافة^(٣)، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الثالث، والذي ذهب إلى إن المغصوب منه يستطيع أن يرفع دعوى الاسترداد على الغاصب ولو كانت العين قد خرجت من تحت يده، لأن من شأن ذلك ردع الغاصبين ومنعهم من التصرف بأموال غيرهم من دون وجه حق، فقد يتعذر على المغصوب منه في بعض الحالات الرجوع بالعين على الحائز

(١) مصطفى الزرقاء، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٧٨.

(٢) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٧١.

(٣) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٤٩.

لسبب أو لآخر، كما لو لم تكن معه بينة تثبت ملكيته للشيء وحينئذ ليس أمامه إلا الرجوع على الغاصب، وإن تقدير مدى إمكانية الغاصب القيام بالاستفداء من عدمه مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي، فإن رأى إن الغاصب يستطيع أن يستفدي العين ألزمه بذلك، وإن وجد إن ذلك متعذر خير المالك بين الضمان على الغاصب أو الرجوع بالعين على الحائز^(١).

ويرى أحد الشراح إن واجب الاستفداء لا يقتصر على الغاصب فحسب بل يشمل الحائز سيء النية إذا قام بالتصرف بالشيء ونقله إلى غيره بهدف التخلص من توجيه دعوى الاسترداد إليه، والحائز سيء النية هو الذي يقوم بنقل حيازة الشيء إلى غيره ببيع أو نحوه حين يعلم إن المغصوب منه عازم على توجيه دعوى الاسترداد إليه، ولا أهمية لحسن نية الحائز عند تلقيه الشيء المدعى به فسواء كان الحائز جاهلاً لا يعلم بأن من تلقى منه الشيء غاصب أو عالماً بأنه غاصب مادام إنه في الوقت الذي نما إلى علمه إن العين ستستحق من تحت يده فبادر إلى بيعها أو التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات، لأنه بذلك قد ساهم في تقويت حق المالك في استرداد المغصوب^(٢).

الفرع الثالث: تعذر رد المال المغصوب

إن المغصوب يجب رده إلى المغصوب منه إذا كان قائماً، ولكن قد يتعذر أحياناً رد المغصوب بأي شكل من الأشكال، وحينئذ يضمن الغاصب البديل، فإن كان مثلياً فمثلي وإن كان قيمياً فقيمي، والظاهر من كلمات الفقهاء في هذا المقام بأنه حين يتعذر رد المغصوب وتحقق ذلك يُصار إلى الضمان^(٣).

وقد قال فقهاء الحنفية لو ابتلع إنسان لؤلؤة فمات لا يشق بطنه، لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة المال وقيمتها في تركته، فلو بقي حياً يضمن قيمتها ولا ينتظر إلى أن تخرج منه^(٤)، وقال فقهاء الشافعية إن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كانت بهيمه فضلت كان للمغصوب

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٢) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٣) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص ١٢ و ١١٤.

(٤) علي حيدر، مصدر سابق، ص ١١٨٢.

منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البذل كما لو تلف، وإذا قبض البذل ملكه، لأنه بدل ماله فملكه كبذل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالتضمن، كالتالف فإن عاد المغصوب وجب رده للمالك^(١).

وقال فقهاء الحنابلة إذا غصب فرساً أو شيئاً تعذر رده مع بقاءه ضمن قيمته، فإن استطاع رده أخذ القيمة^(٢)، وقال فقهاء الإمامية إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب المغصوب، ولو رجع كان لكل منهما الرجوع^(٣)، وقال فقهاء الزيدية العين المغصوبة إذا كانت من المنقولات وخرجت من يد الغاصب وتعذر على الغاصب ردها لمالكها في الحال ضمن قيمتها لمالكها^(٤).

وعلى الغاصب رد العين المغصوبة بالمثل أو القيمة إلى مالكها، وذلك لتفاوت القيم باختلاف الأماكن، وأما إذا ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة يرى فقهاء الحنفية في ذلك حكمين الأول: أن يحبس الحاكم حتى يعلم لو كانت باقية لأظهرها، والثاني: أن تقوم بينة واضحة على هلاك العين المغصوبة وتقدير ذلك يرجع إلى رأي الحاكم، ويرى فقهاء الشافعية إذا علم الحاكم هلاك العين المغصوبة سقط عن الغاصب ردها، ويلزم برد بدلها إلى المالك وهو القيمة^(٥)، والسؤال المطروح هنا: هل يملك الغاصب المال المغصوب بالضمان؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية^(٦) والمالكية^(٧) إن التضمن تمليك، فكما يصبح البذل ملكاً للمغصوب منه يصبح المغصوب ملكاً للغاصب مقابل البذل الذي دفعه للمغصوب منه، هذا ما

(١) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٨٠.

(٢) المرداوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٩٩.

(٣) الحلبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٣.

(٤) العنسي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٥٢.

(٥) سعد رستم، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٦) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ٢١٦.

(٧) القرافي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٣٠١.

لم يثبت إن ما دفع للمغصوب منه أقل من القيمة الحقيقية للمغصوب استناداً إلى القاعدة المعروفة في الفقه الحنفي تملك المضمونات بالضمان.

ويتفق المالكية مع الاحناف في انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يؤد الواجب عليه بالفعل إلى المالك، ويرى فقهاء المالكية إن الغاصب يملك المغصوب إذا اشتراه من صاحبه قبل رده سواء كان المغصوب حاضراً أم غائباً، وذهب أحد فقهاء المالكية إلى إنه لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائباً^(١).

الرأي الثاني: يرى بعض فقهاء الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والإمامية^(٤) إن الضمان ليس تملك للمغصوب منه المطالبة بالقيمة في حالة تعذر رد المغصوب إذا تلف المغصوب أو فقد أو سرق للحيلولة بينه وبين ماله فوجب للمغصوب منه البذل فإذا قبضه ملكه لأنه بدل ماله، ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملك بالتضمن، فإذا رجع المغصوب للغاصب وجب رده للمغصوب منه واسترد القيمة.

وذهب فقهاء الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) والإمامية^(٧) إلى إن المغصوب لا يملك بالضمان إلا بأداء بأداء قيمته أو الإبراء منه أو بتعذر رد العين أو للضرورة، ويملك الغاصب المغصوب إذا تعذر رده بحالته كما لو صار الرطب تمرًا والعنب عصيراً لتبدل العين فوجبت قيمتها وانتقلت إلى الغاصب، ولكن لا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه، ويملك الغاصب المغصوب كما لو غصب خيطاً فخيّط به جرح حيوان، ويخاف من قلعه الاضرار بهذا الحيوان، فإنه يملك الخيط ويؤدي قيمته ولا يلزمه القلع، ولكن إذا كان الحيوان مما يؤكل فإن حالة الضرورة ترتفع، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان ورد الخيط المغصوب.

(١) الخرشي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٤.

(٢) سليمان البجيرمي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١١٦.

(٣) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٦٠.

(٤) الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٩.

(٥) الرملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٣.

(٦) المرداوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٣٦.

(٧) الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٩.

وبهذا فإن جمهور الفقهاء يختلفون مع فقهاء الاحناف والمالكية في إن المضمون لا يملك بالضمان إلا في تلك الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة، خلافاً لفقهاء الاحناف والمالكية الذين أسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان خشية اجتماع البذل والمبدل في يد المغصوب منه، وإن الضمان عند جمهور الفقهاء في مقابل فوات اليد المحقة، ولا ينتقل الملك بوجوبه، لأن الفوات لا يصلح أن يكون سبباً شرعياً لنقل الملكية، أما عند فقهاء الحنفية فإن سبب الضمان هو تعذر رد العين المغصوبة^(١).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الأول الذي ذهب إلى إن الغاصب يملك المغصوب بالضمان، وهذا الاتجاه هو الأقرب للصواب، لأن الرأي الثاني الذاهب إلى إن المغصوب منه يكون مالكاً للبذل فيه تعارض بأن فيه الجمع بين البذل والمبدل منه بالنسبة للمغصوب منه، فكيف يبقى مالكاً للمغصوب ومالكاً للبذل في وقت واحد^(٢).

المطلب الثاني: رد المال المغصوب في القانون

يجب على الغاصب رد المغصوب عيناً إن استطاع رده، وفي هذا المطلب سنتكلم عن رد المغصوب في القانون من خلال الكلام عن مستلزمات الرد وحكم الرد في حال تتابع الأيدي على المال المغصوب وما هو الحكم في حالة تعذر الرد، لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: مستلزمات الرد

نصت المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي على إنه " يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى"، يتبين من هذا النص إن الغاصب يلتزم برد المغصوب عينه إلى صاحبه أو من ينوب

(١) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٢٣٤ و ص ٢٣٥.

(٢) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٧١.

عنه إذا كان باقياً، وإن الرد يكون في مكان الغصب ويكون في غيره برضا المغصوب منه، وإن نفقة نقل المغصوب ومؤونة رده تكون على الغاصب، وإذا ترتب على الغصب ضرر يجب على الغاصب تعويضه إضافة إلى التزامه بالرد، ومما يُلاحظ على هذا النص إنه لم يتطرق لشرط كون المستلم للمغصوب أهلاً للتمييز وأهلاً للمحافظة على المغصوب، وإنه لم يشترط لصحة رد المال المغصوب وبراءة ذمة الغاصب من الضمان علم المغصوب منه عند الرد بأن المغصوب الذي استرده هو ماله وملكه^(١).

ويرى أحد الشراح إذا كان المشرع العراقي لم ينص على أن يكون المستلم للمغصوب أهلاً للتمييز في المواد التي عالجت أحكام الغصب، ولكن ومن خلال الرجوع إلى أحكام القواعد العامة يمكن أن نلتبس ذلك، إذ نصت المادة (٣٨٣) من القانون المدني العراقي على إنه " ١ - يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم ٢ - فإن دفع المدين إلى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين"^(٢).

وفيه من مضمون المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي السابق ذكرها إن الحكم الأصلي للغصب هو إلزام الغاصب برد العين المغصوبة إلى صاحبها مادامت موجودة كما هي، وهذا هو التنفيذ العيني كما يقول علماء القانون^(٣)، ولا يفترض في وجوب الرد أن يكون المغصوب باقياً على حالته التي كان عليها قبل الغصب بل يجب الرد سواء كانت العين المغصوب باقية على حالتها يوم غصبها أم كانت زائدة أو ناقصة، وسواء كان الباقي بعد النقص قليلاً أم كثيراً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك^(٤).

وقد ألزم القضاء العراقي الغاصب برد المغصوب إن كان باقياً بوصفه الأصل في التزامه من دون النظر إلى قيمة المغصوب، إذ قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها جاء فيه " إذا

(١) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(٢) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٨١.

(٣) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤١.

(٤) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

كان المغصوب موجوداً فيحكم برد المغصوب ولا يجوز المطالبة بقيمته^(١)، ويتحقق تنفيذ الغاصب لالتزامه برد العين المغصوبة وهو التزام بنتيجة بمجرد إثبات يد المالك عليها، ولا عبء بعد ذلك بعلم الغاصب أو بعلم المالك ولا بنيتها ولا بأهلية أي منهما أو عدم اهليته، لأن تنفيذ هذا الالتزام عبارة عن واقعة قانونية لا يُشترط لتحقيقها شيء مما تقدم^(٢).

ويُعتبر المغصوب منه مسترداً للمغصوب بإثبات يده عليه سواء أكان يعلم إنه ملكه أو لا يعلم، لأن إثبات اليد أمر حسي لا يختلف أثره بالعلم أو الجهل، ولأن العلم ليس بشرط في الغصب فليس بشرط في الرد، وإذا استرد المغصوب منه المغصوب فإن الغاصب لا يبرأ من ضمان الأضرار الأخرى التي سببها فعل الغصب مثل فوات منافع المغصوب وترتيب الضمان للمغصوب منه بسبب خروج المغصوب من يده، ففي هذه الحالات يُلزم الغاصب بالتعويض عن الضرر ولو كان قد رد المغصوب إلى صاحبه^(٣).

فإذا أثبت المغصوب منه يده على المغصوب بوجه عام فقد أعاده إلى يده وزالت يد الغاصب، فإذا كان المغصوب ثوباً فلبسه أو كان دابةً فركبها أو كان طعاماً فأكله، كان مسترداً للمغصوب سواء علم إنه ماله أو لم يعلم^(٤)، ويجب أن يكون الرد فوراً سواء كان المغصوب من العقارات أو المنقولات، ولا ينقضي التزام الغاصب ولا تبرأ ذمته إلا برد المال المغصوب عينه، ولا يجزي الغاصب دفع قيمته عوضاً عن المال المغصوب ما دام باقياً^(٥).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية الاتحادية في أحد قراراتها جاء فيه " إذا كان المغصوب عيناً موجودة فللمغصوب منه الحق في أن يطالب باسترداد هذه العين لا المطالبة

(١) رقم القرار ٦١٨/ص/١٩٥٩ في ١٩/٥/١٩٥٩. منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٩م، ص ٥٦٥.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٢.

(٣) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٣٠٤ و ص ٣٠٥.

(٤) منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العالية التابع لجامعة الدول العربية، دار مصر للطباعة، ١٩٥٤م، ص ١٣.

(٥) د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤م، ص ٢٠٤.

بقيمتها"^(١)، وقضت في قرار آخر لها جاء فيه "إذا وضعت إحدى دوائر الدولة أو إحدى مؤسساتها اليد على عقار يعود للغير تُعد غاصبة وعليها رفع الغصب وتسليم العقار المغصوب لمالكه أو الذي له الحق فيه حتى وإن كان وضع اليد للنفع العام"^(٢)، وكذلك قضت في قرار آخر " تكون يد المميز (المستأجر) على الفندق يد غاصبة من تأريخ فسخ العقد ولغاية تسليم المأجور إلى المدعي (المؤجر) وملزم بدفع أجر مثله للفترة المطالب بها استناداً لأحكام المادة (١٩٧) من القانون المدني"^(٣).

ويرى أحد الشراح إن المادة (١٩٢) السابق ذكرها نظمت حكم المال المغصوب إذا ظفر به صاحبه في مكان آخر غير مكان غصبه، فإنه يكون لصاحبه أن يسترده في هذا المكان أو يطلب رده إلى مكان الغصب، وفي هذه الحالة تكون مصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب، فإذا كان المغصوب منقولاً وقام الغاصب بنقله إلى مكان آخر يبعد عن مكان الغصب يلزم الغاصب برده إلى المكان نفسه الذي أخذه منه إذا كان لحمله مؤونة، أما إذا كان المغصوب مما لا يحتاج إلى تكاليف نقل كالنقود والأوراق التجارية، فالواجب على المغصوب منه أن يتسلمه من الغاصب في محل وجوده، والحكمة من إلزام الغاصب برد المغصوب إلى المكان الذي غصبه فيه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن^(٤).

والأصل أن يكون الرد في مكان وقوع حادثة الغصب، وهذا هو التنفيذ الكامل والمثالي لالتزام الغاصب بالرد، ولكن الغاصب في بعض الأحيان قد يقوم بنقل العين المغصوبة إلى مكان آخر، وهذا الغرض لا يتحقق إلا في غصب المنقول كما هو واضح، وفي هذه الحالة إذا كان المغصوب من الأشياء التي تحتاج إلى مصاريف نقل ومؤونة حمل، فإن المغصوب منه مخير

(١) رقم القرار ٦٩/حقوقية/ ١٩٥٤ في ١٠/٢/١٩٥٤. أشار إليه عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧م، ص ٢٧٠.

(٢) رقم القرار ٧٤/الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٠٧ في ٢٣/١/٢٠٠٨. منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، ٢٠٠٨م، ص ١٣.

(٣) رقم القرار ٢٤٨١/استئنافية عقار/ ٢٠٠٨ في ٥/١١/٢٠٠٨. منشور في النشرة القضائية، العدد الخامس، ٢٠٠٩م، ص ٢٢.

(٤) المحامي فوزي كاظم المياحي، القانون المدني فقهاً وقضاءً (المسؤولية التقصيرية الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال الإلتلاف والغصب)، ج ٥، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠٢١م، ص ١٦٥ و ١٦٦.

بين أن يطالب الغاصب برد العين في مكان الغصب، وحينئذ تكون مصاريف نقل العين ومؤونة حملها وتبعة هلاكها أو تلفها على الغاصب، كما إن للمغصوب منه وهذه هي الصورة الغالبة في الحياة العملية أن يطلب رد العين إليه في البلد الذي نقلت إليه، لأن طلب استرداد العين المغصوبة في بلد الغصب من حقوق المغصوب منه، والواقع إن هذا الحق ليس من النظام العام فيستطيع المغصوب منه أن يتنازل عنه صراحةً أو ضمناً، وهذا كله من دون الإخلال بما يستحقه المغصوب منه من تعويض من جراء الأضرار التي لحقت له من فعل الغصب^(١).

وأما بالنسبة لموقف المشرع المصري فإنه لم ينظم أحكام الغصب في نصوص خاصة، ولكن على وفق ما تقضي به القاعدة العامة التي تضمنتها المادة (٢٠٣) من القانون المدني المصري يلتزم الغاصب برد المغصوب إلى مالكة متى ما كان ذلك ممكناً، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) على إنه "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين (٢١٩ و ٢٢٠) على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى ما كان ذلك ممكناً"^(٢).

وهنا يرى أحد الشراح إن شرط الإعذار لا ينطبق على الغاصب^(٣)، لأن المادة (٢١٩) تنص على إنه "يكون إعدار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر"، أما المادة (٢٢٠) تنص على إنه "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية: أ- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين ب- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع ج- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين إنه مسروق أو شيء تسلمه بدون حق وهو علم بذلك"، ومن الجدير بالذكر إن المالك في القانون المصري يستطيع أن يسترد الشيء المغصوب بأحد طريقتين، هما:

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

(٢) ويقابل هذا النص الفقرة الأولى من المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة

(٣٥٥) من القانون المدني الأردني والمادة (٣٣٧) من القانون المدني اليمني.

(٣) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٩٨.

الطريق الأول: رفع دعوى الاستحقاق

يستطيع المالك أن يرفع دعوى الاستحقاق لاسترداد الشيء المغصوب سواء كان الشيء عقاراً أم منقولاً وسواء كان في حيازة الغاصب أم في حيازة شخص آخر يحوزه حيازة أصلية لحسابه كالمشتري من الغاصب أو يحوزه حيازة عرضية كالمستأجر أو المرتهن^(١)، وإذا كان الأصل أن دعوى الاستحقاق لا ترفع إلا على الحائز فليس هنالك ما يمنع من رفعها على الغاصب ولو كان الشيء المغصوب قد خرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر، وينبغي على القاضي إلزام الغاصب باسترداد الشيء المغصوب على نفقته، وإذا لم يستطع الغاصب استرداد المغصوب ألزمه القاضي بدفع التعويض للمالك، ومع ذلك يظل من حق المالك استرداد الشيء من تحت يد الحائز، وإذا تم الاسترداد يلزم المالك بأن يرد للغاصب ما كان قد تسلمه منه بعد خصم ما يكون قد طرأ على الشيء المغصوب من نقص في قيمته مع قيمة المنافع التي حرم منها خلال مدة الغصب^(٢)، وإذا كان المالك يستطيع أن يسترد الشيء المغصوب من الحائز عن طريق رفع دعوى الاستحقاق، ومع ذلك قد يمتنع على المالك استرداد الشيء الذي غصب منه ويكون ذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا استطاع الحائز سيء النية (الغاصب) أن يثبت تملكه للشيء سواء كان عقاراً أم منقولاً بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير، وفي اكتساب الملكية بالتقادم الطويل تنص المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري على إنه " من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة"، وفي اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير تنص المادة (٩٦٩) من القانون المدني المصري على إنه " ١- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات ٢- ولا يشترط توفر حسن

(١) د. عبد المنعم البدر، حق الملكية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٠م، ص ٢٩٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٥٩٥.

النية إلا وقت تلقي الحق ٣- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون^(١).

الحالة الثانية: إذا كان الشيء المغصوب من المنقولات المادية وتصرف به الغاصب أو الشخص الذي كان هذا الشيء في حيازته بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة إلى شخص آخر حسن النية يعتقد بأن المتصرف هو المالك، فإن المتصرف إليه يصبح هو المالك للمنقول، ويستطيع بناءً على ذلك أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك الحقيقي^(٢)، لأن من آثار الحيازة اكتساب ملكية المنقول في الحال إذا كان الحائز حسن النية واقتربت حيازته بسبب صحيح^(٣)، هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري بقولها " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"^(٤)، يتبين من هذا النص إن حيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة، وقد وردت هذه القاعدة في المادة (٢٢٧٦) من القانون المدني الفرنسي، وقد إعتاد الفقه القانوني في مصر أن يورد هذه القاعدة التي انتقلت إليه من القانون الفرنسي إلى القانون المصري بعبارة الحيازة في المنقول سند الملكية^(٥)، ولا ريب إن المالك الحقيقي إذا امتنع عليه استرداد المنقول من تحت يد الشخص الذي استطاع أن يملكه طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه يستطيع أن يرجع بالتعويض بدعوى المسؤولية التقصيرية على المتصرف إذا كان المتصرف هو الغاصب، وكذلك يستطيع أن يرجع بالتعويض بالدعوى الشخصية على المتعاقد إذا كانت هنالك علاقة عقدية بين المالك ومن قام بالتصرف كعقد عارية أو وديعة أو إجارة مثلاً^(٦).

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٠١.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط ٢، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٤م، ص ٦٨٩.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ١١٣٩.

(٤) ويقابل هذا النص الفقرة الأولى من المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني والمادة (١١١١) من القانون المدني اليمني.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ١١٠٩.

(٦) د. عبد المنعم الصدة، المصدر السابق، ص ٦٩٠.

الطريق الثاني: رفع دعوى الاسترداد

يستطيع المالك أن يرفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان الشيء المغصوب عقاراً، لأن دعوى الاستحقاق تتطلب من المالك أن يثبت ملكيته للشيء الذي يطلب استرداده إليه، وهو إثبات عسير وشاق بالمقارنة مع دعوى استرداد الحيازة التي لا يتطلب القانون فيها سوى أن يثبت الحائز حيازته للعقار بالشروط الواجب توافرها في الحيازة، ويفضل المالك لأرض معينة غالباً اللجوء إلى دعوى استرداد الحيازة لكي يسترد حيازته للأرض ممن اغتصبها^(١).

وبهذا الشأن يرى جانب من الفقه في مصر إن الحق في استرداد العقار عن طريق دعوى استرداد الحيازة هو لكل حائز سواء كان مالكا للعقار الذي اغتصب حيازته أم حائزاً عرضياً يحوز العقار لحساب غيره كالمستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو المرتهن رهناً حيازياً، ودعوى استرداد الحيازة هي الدعوى الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي أن يرفعها باسمه لكي يستوفي ماله من حقوق في ذمة غيره بسبب هذه الحيازة^(٢).

والمدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة ليس الغاصب فحسب، بل وخلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالمشتري ولو كان أي من هؤلاء حسن النية لا يعلم إن سلفه أو المتصرف قد اغتصب حيازة العقار، وبالتالي لمالك العقار المغصوب أو حائزه الحق في استرداده من تحت يد الغاصب أو تحت يد من ترتبت يده على يد الغاصب، وهذا ما أشارت إليه المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري بنصها " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"، مع ملاحظة إن الفقرة الأولى من المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري نصت على إنه " لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدا سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك"^(٣).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٥٩٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٩٠٤ و ٩١٣.

(٣) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢١٣.

والقاعدة هي إن فقد السيطرة الفعلية على العقار يؤدي إلى زوال الحيازة، وغصب الغير للحيازة سواء كان بالإكراه أم بدون علم الحائز يؤدي إلى زوال الحيازة مالم يكن ذلك الغصب من قبيل المانع الوقتي، وعلى هذا فإن حيازة الغير التي ترتبت بناءً على سلب الحيازة من صاحبها تُعد مانعاً وقتياً يحول دون زوال حيازة الحائز الأصلي بشرط أن يستردها صاحبها خلال سنة، ويكفي أن ترفع الدعوى خلال سنة ولا يُلزم أن يتم الاسترداد فعلاً خلال تلك المدة، والعبرة من استعمال الحق في الاسترداد خلال تلك المدة والتي تحتسب من وقت فقد الحيازة إذا حدث علناً أو من وقت انكشاف فقدها إذا حدث خفية، إنه إذا تم استرداد الحيازة اعتبرت زائلة أصلاً، والحائز يظل قانوناً مستقبياً للحيازة، ولم يفقدها إطلاقاً حتى خلال مدة الغصب، أما إذا لم يستردها فإن الحيازة تزول من وقت سلب الغير للحيازة^(١).

وإذا لم تكن هنالك حيازة جديدة للعقار تمنع الحائز من مباشرة السيطرة الفعلية، وإنما كف الحائز وسكت عن مباشرة الأعمال المادية للحيازة، فقد استقر القضاء الفرنسي على إن الحائز يظل محتفظاً بحيازة العقار شريطة استبقاء الحيازة بمحض نيته، ويجب لاستبقاء الحيازة بمحض نية الحائز توافر الشروط الآتية: أولاً: أن تكون الحيازة قد بدأت متوافرة الأركان. ثانياً: يجب أن لا يؤدي الكف عن مباشرة الأعمال المادية إلى قطع الحيازة، ويتحقق ذلك إذا كانت طبيعة العقار وما جرى عليه العمل لا يستلزم استمرار القيام بالأعمال المادية كما هو الحال بالنسبة للأرض الفضاء غير المزروعة. ثالثاً: يجب أن لا يكون الكف عن مباشرة الأعمال المادية راجعاً إلى حيازة الغير للعقار^(٢).

ويبرر الفقه الفرنسي استبقاء الحيازة بمحض النية بالنسبة للعقارات من دون المنقولات لاعتبارات عملية منها، لأنه من السهل بيان فقد الحائز للركن المادي بالنسبة للمنقول، أما بالنسبة للعقار من الصعب ملاحظة فقد الحائز للسيطرة الفعلية إذا لم يكن هنالك شخص آخر يقوم مقامه بمباشرة هذه الأعمال لحسابه هو، وفي حالة عدم وجود شخص آخر لا يسهل التحقق من إن الحائز يستمر في القيام بالأعمال المادية بصورة متقطعة أم لا، ولهذا فإنه باستصحاب

(١) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

(٢) د. حسام الأهواني، المصدر نفسه، ص ٣٠١.

الحال تُعتبر حيازته قائمة لم تفقد طالما إن العنصر المعنوي متوافر، ويتجه الفقه والقضاء المصري إلى الأخذ بمبدأ استبقاء الحيازة بمحض النية، حيث يكفي لبقاء الحيازة واستمرارها إمكان مباشرة الأعمال المادية^(١).

وأما بالنسبة للمشرع الأردني فقد سار على نهج المشرع العراقي وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني التي نصت على إنه " فمن غصب مال غيره وجب رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه"، يتبين من هذا النص إن رد المغصوب هو الحكم الأصلي ويترتب على ذلك أمران، الأمر الأول: لا يجوز للغاصب الاحتفاظ بالمغصوب ولو مع إبداء استعداده لدفع قيمته إذا لم يوافق المالك، والأمر الثاني: لا يجوز للمغصوب منه المطالبة بقيمة المغصوب مع بقاء عينه ويجبر على أخذه، وإن رد المغصوب يتم برده في مكان الغصب، لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن وباختلافها تتفاوت القيم، والرد إلى المالك يتحقق بإثبات يده عليه بمعنى تمكنه من ماله كما هو الحال قبل الغصب فتعود إليه سلطات المالك فعلياً^(٢)، ويُلاحظ على نص المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني إنها لم تشترط لصحة الرد أن يكون المغصوب منه بالغاً سن التمييز، حيث إن المشرع الأردني شأنه شأن المشرع العراقي لم ينص على أن يكون المستلم للمال المغصوب أهلاً للتمييز حين عالج أحكام الغصب^(٣)، ولكنّه تلافى هذا الموضوع بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة، وذلك من خلال ما تضمنته المادة (٣٢١) من القانون المدني الأردني التي نصت على إنه " إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء لوليه وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه فلوليه مطالبة المدين بالدين".

وأما المشرع اليمني فقد أعطى للمالك خيارين، وهما رد المغصوب عيناً أو رده نقداً إذا لم يتمكن الغاصب من التنفيذ عيناً، وذلك في المادة (١١٢٠) من القانون المدني اليمني التي نصت على إنه " يلزم الغاصب رد عين المغصوب إلى مالكة ولو نقداً ما لم يتلف أو يستهلك فيلزمه رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً"، ويُعد هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة

(١) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(٢) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢٠٠ و ٢٠١.

(٣) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٨١.

المنصوص عليها في المادة (٣٣٣) من القانون المدني اليمني التي نصت على إنه " من ثبت عليه الحق لزمه ادائه عيناً أو بتعويض عادل بالقيمة إذا لم يمكن التنفيذ عيناً ويجبر من عليه الحق على التنفيذ إذا لم يتم به اختيار"، ويُستفاد من نص المادة (١١٢٠) السابق ذكرها إن الغاصب يجب عليه رد المغصوب متى ما كان موجوداً بعينه إلى مالكه فوراً من دون تأخير سواء طالبه المالك برد المغصوب أو لم يطالبه، ونصت المادة (١١٢٦) من القانون المدني اليمني على إنه " يلزم الغاصب رد العين المغصوبة إلى موضع الغصب ويصح ردها إلى موضع الطلب إن كانت موجودة فيه وقبل مالكة"، فالأصل أن يقوم الغاصب برد المال المغصوب إلى مكان الغصب مالم يوافق المغصوب منه على استرداده في مكان آخر^(١).

أما المادة (١١٤٩) من القانون المدني اليمني فقد نصت على إنه " لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها إذا كانت باقية ويُعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لأحكام البيع"، وبالتالي لا يحق للغاصب أن يحتفظ بالمغصوب لنفسه حتى وإن عرض العوض على المالك إلا بموافقة المالك وعندئذ تأخذ المسألة حكم البيع^(٢).

وإذا كان المشرع العراقي لم يشترط صراحة أن يكون المستلم للمال المغصوب أهلاً للتمييز ضمن المواد التي تطرقت إلى أحكام الغصب، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، في حين نص المشرع اليمني على ذلك صراحة على إنه لا يجوز رد المغصوب إلى المجنون والصبي غير المأذون، وذلك في المادة (١١٢٤) من القانون المدني التي نصت على إنه " يصح رد المغصوب إلى مالكه أو إلى من يده يد المالك من ولي أو غيره أو إلى من غصبه منه، ما لم يكن غاصباً أو في حكم الغاصب كالمجنون والصغير والصبي غير المأذون والراعي في غير أوقات رعايته"، وفي النتيجة فالرد كما يكون للمالك فإنه يجوز أن يكون إلى من كان الشيء قد غصب من تحت يده، ولم يكن غاصباً بل مؤتمناً عليه كمن كان حائز للشيء حيازة مشروعة كالمستأجر والمستعير.

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٢٤ و ١٩٠.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

وكذلك لم يشترط المشرع العراقي لصحة رد المغصوب وبراءة ذمة الغاصب من الضمان علم المغصوب منه عند الرد أن يكون المغصوب الذي استرده هو ماله، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، في حين اشترط المشرع اليمني ذلك صراحة في المادة (١١٢٥) من القانون المدني التي نصت على إنه " يبرأ الغاصب من العين المغصوبة وقيمتها إذا سلمها لمالكها عالمًا ويكفي في غير المنقول (العقار) أن يخلي بين العين وبين مالكها مع إعلام المالك بذلك وإن لم يقبضها إلا إن يكون عدم القبض راجعاً إلى خوف أو غرامة"^(١)، وفي تفسير هذه المادة يرى أحد الشراح إن اشتراط علم المغصوب منه بأن ما رد إليه هو ماله قد جاء نتيجة افتراض الفقهاء إن الغاصب سيبادر إلى الرد من تلقاء نفسه بدون مطالبة من المالك ليخلص ذمته من المال الحرام، وهذا الفرض نادر، لأن الغاصب يكابر غالباً ويجحد ما تحت يده من أموال استولى عليها بغير حق^(٢).

ويُثار التساؤل في هذا المقام: هل يلتزم الغاصب برد الزوائد أم يشمل الرد المال المغصوب وحده؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول لا بد من تعريف الزوائد، ثم بيان موقف القوانين المدنية محل المقارنة من إمكانية ردها وكما يلي:

وبالنسبة لزوائد المغصوب: فهي ما يتولد عن المغصوب وهو تحت يد الغاصب، وهي نوعان زوائد منفصلة وزوائد متصلة كما ذكرنا سابقاً، والزيادة هي كل ما يطرأ على المغصوب بعد الغصب من نماء أو ثمر أو ريع أو نتاج أو أرباح وما شابه ذلك، ولا تبرأ ذمة الغاصب ولا ينقضي التزامه برد المغصوب من دون رد زوائده التي حصلت بعد الغصب وقبل الرد، ويلتزم الغاصب بردها على أصلها إذا كانت باقية ورد بدلها إذا هلك، والزوائد أما أن تكون متصلة كالسمن أو منفصلة في الحال كالولد أو في المآل كالثمار على الأشجار، والمنفصلة المتولدة عن المغصوب أما أن تكون على نوعه وخلقه كولد الحيوان أو أن لا تكون على نوعه وخلقه كثمر الأشجار ولبن الحيوان وصوفه^(٣).

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٨١ و ص ١٨٢.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٣) د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص ١٨٤.

أما بالنسبة لموقف القوانين المدنية محل المقارنة، فقد عالج المشرع العراقي موضوع رد الزوائد في المادة (١٩٦) من القانون المدني التي نصت على إنه " زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلك ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، يستفاد من هذا النص إن المشرع العراقي اعتبر زوائد المغصوب مغصوبة مثله وحسناً فعل في ذلك للأسباب الآتية:

١- الزيادة في المغصوب هي نماء ملك المالك، ولم يصدر منه أي تصرف ناقل لمليكتها عنه، ولأن الغاصب لا يزال يضع يده على الأصل وهي يد ضمان فيده على الفرع يد ضمان ايضاً.

٢- يُعد تضمين الغاصب للزيادة ردعاً للغاصب من التماذي في الغصب والاستمرار فيه، لأنه سيكون مسؤولاً تجاه المالك عن أي شيء يطرأ على هذه الزيادة، وإنه حرم المالك من استغلالها لمصلحته مما يترتب عليه أضرار بملك المغصوب منه وهو إثراء غير مشروع، وبهذا الشأن قضت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها " إذا ثبت وقوع غصب الثمر كان باستطاعة المحكمة تقدير مقدار الثمر المغصوب بوساطة الخبراء"^(١)، وكما قضت محكمة استئناف نينوى في قرار لها جاء فيه إلزام المدعى عليه بإعادة الزوارق وتأدية مبلغ قدره مليون دينار عراقي تعويضاً عما فاتته من أرباح، لأن المدعى عليه المدير المفوض لشركة مدينة الشلالات السياحية فضلاً عن وظيفته قد قام بغصب الزوارق التي تعود إلى المدعي ومنعه من استلامها^(٢).

وأما المشرع المصري فقد ألزم الحائز سيء النية (الغاصب) برد الثمار، هذا ما أشارت إليه المادة (٩٧٩) من القانون المدني التي نصت على إنه " يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير إنه يجوز أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار"، ومفاد هذا النص إن الحائز سيء النية يكون مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، وبالتالي لا يجوز إلزام الحائز برد الثمار لمجرد أن يضع يده على مال مملوك لغيره إذا كانت هنالك قرينة

(١) رقم القرار ١٤١٠/ص/١٩٥٦ في ١٨/٩/١٩٥٦. منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الخامس، السنة الرابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦م، ص ٧٢١.

(٢) رقم القرار ١٩٧/س/٢٠٠٥ في ٢٦/١٢/٢٠٠٥. أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٨٥.

تدل على إنه حسن النية، ولما كانت تلك القرينة بسيطة فيجوز إثبات ما يخالفها بإقامة الدليل على سوء نية الحائز وعندئذ يلتزم الحائز برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها^(١).

وأما المشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم يبين صراحةً مسألة رد زوائد المغصوب اكتفاءً بما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي، وبهذا الصدد أشارت الفقرة الأولى من المادة (١/١٣٥٢) من القانون المدني إلى إنه " يُسأل من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه"، كما أشارت المادة (٣/١٣٥٢) من القانون المدني إلى إنه " يشمل الرد الثمار ومقابل الانتفاع بالشيء ويقدر القاضي مقابل الانتفاع بالحكم، ويتم رد الثمار التي لا تكون موجودة عيناً على وفق قيمتها المقدرة في تأريخ السداد تبعاً لحالة الشيء في يوم الوفاء بالالتزام هذا ما لم يشترط غير ذلك"^(٢).

وقد أعتبر المشرع الأردني زوائد المغصوب مضمونة على الغاصب، وذلك في الفقرة الرابعة من المادة (٢٧٩) من القانون المدني التي نصت على إنه " وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده، وكذلك المشرع اليمني ألزم الغاصب برد الزوائد، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٣٠) من القانون المدني بقولها " يلزم الغاصب رد فوائد العين المغصوبة الأصلية كما يضمن العين بأوفر القيم"، وقد أوضح المشرع اليمني المقصود بالفوائد الأصلية في المادة (١١٥٨) التي نصت على إنه " الفوائد الأصلية هي ما تولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف واللبن والتمر وما إليهما، والفوائد الفرعية هي ما نتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه".

الفرع الثاني: تعاقب الأيدي على المال المغصوب

نصت المادة (١٩٨) من القانون المدني العراقي على إنه " ١ - غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدار من الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول ٢ - كذلك إذا أُلّف المال المغصوب الذي هو في يد

(١) أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٤١٨.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٦٠ و ٦١.

الغاصب فإن المغصوب منه يكون بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب".

وبصدد الفقرة الأولى من المادة (١٩٨) يرى أحد الشراح إن كل يد على العين المغصوبة مصدرها يد الغاصب وتكون قد حلت محلها، ولم تستند إلى سند قانوني أو إذن من المالك تُعد يد ضمان، ويترتب على ذلك أن يد وكيل المالك في قبض العين المغصوبة من الغاصب، ويد كفيل الغاصب في رد العين المغصوبة إلى صاحبها إذا كان قد تسلمها من الغاصب، ويد الحاكم أو القاضي إذا كان قد استرد العين المغصوبة من غاصبها تُعد كلها يد أمانة، وعلى العكس من ذلك تُعد يد الوديع الذي أودع الغاصب لديه العين المغصوبة، ويد الدائن الذي ارتهن العين المغصوبة من الغاصب، ويد المستعير الذي استعارها منه، ويد المستأجر الذي استأجرها منه، ويد من حازها عن طريق الهبة من الغاصب تُعد كلها يد ضمان، فمن باب أولى أن تُعتبر يد من غصب العين من غاصبها الأول يد ضمان، وبالتالي إن أيدي الضمان المترتبة على يد الغاصب هي يد غاصب الغاصب ويد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد وديعه ويد وكيله ويد شريكه ويد المرتهن منه وكل يد لا تستند إلى إذن من المالك^(١).

ومما يُلاحظ على نص الفقرة الأولى من المادة (١٩٨) قد جاء فيها للمالك تضمين الغاصب الأول أو الغاصب الثاني وإن له أن يضمن مقدار منه الأول والمقدار الآخر الثاني، ويبدو إن المشرع العراقي في هذا الموضوع قد تأثر برأي بعض فقهاء الحنفية الذين ذهبوا إلى جواز اختيار المالك تجزئة المضمون على الغاصب والحائز بحسب ما يراه هو أوفق وأيسر في الوصول إلى حقه، لأنه إذا جاز له إلقاء الضمان كله على أحدهما جاز حمله على أداء بعضه، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الإمامية، في حين حصر عدد من فقهاء الحنفية حق المالك في مطالبة الغاصب أو الحائز للمال بجميع المضمون ولم يجيزوا توزيع المضمون عليهما، وليس للمالك تبعاً لذلك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضاً من الثاني، ولكنه يخير في تضمين أحدهما^(٢).

(١) د. حسن علي النون، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

(٢) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

ويسري حكم الفقرة الثانية من المادة (١٩٨) في حالة ما إذا أُنُفِل شخص العين المغصوبة وهي في يد الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على المتلف، لأن الغاصب بالضمان يصبح مالكا للعين المغصوبة من يوم الغصب، وإن شاء ضمن المتلف وليس للمتلف أن يرجع بشيء على الغاصب^(١)، وبهذا الصدد تنص المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون".

ويترتب على هذا النص إنه إذا باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها إلى شخص آخر أو قدمها بدل صلح ولكنها تلفت عند المشتري أو عند الموهوب له أو عند المتصالح معه، كان للمغصوب منه الخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن من تصرف له الغاصب، فإذا رجع على الغاصب بالضمان فقد ملك الغاصب العين المغصوبة ملكية تستند إلى يوم الغصب ولهذا يصبح تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، وإذا رجع على من تصرف له الغاصب كان لهذا الأخير أن يرجع على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد العامة التي قررها القانون، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (٥٥٠-٥٥٧) من القانون المدني العراقي، وإذا كان التصرف هبة طبقت أحكام المواد (٦١٤-٦١٥) من القانون المدني العراقي^(٢).

ويرى أحد الشراح إن الحق في المطالبة وتضمين من انتقل إليه المغصوب يتفق مع حق التتبع في القانون المدني المصري ويتفرع هذا الحق من قسم الحقوق العينية التي للمالك على أمواله^(٣)، وحق التتبع في الحق العيني الأصلي هو وسيلة قانونية لحماية صاحب الحق إذا خرج الشيء الذي له حق عيني أصلي عليه رغماً عن إرادته أو من دون علمه، وله أن يتتبع ذلك الشيء لاسترداده عيناً إذا أمكن أو ما يقابله عند التعذر متقدماً على الآخرين من دون الإخلال بما يترتب من حقوق للحائز حسن النية إذا كان الشيء الذي يرد عليه الحق منقولاً، فالمالك الذي

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٨٩ و ٢٩٠.

(٣) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

يخرج الشيء المملوك من يده يمكنه أن يتتبعه ويحتج بحقه ضد أي حائز له^(١)، فالحق العيني باعتباره تسليطاً مباشراً على الشيء يعني إن سلطة صاحب الحق على حقه تظل ملازمة لهذا الحق، فإذا فقد الشخص هذه السلطة على الشيء من دون رضاه فإنه يستطيع أن يستردها بما يخوله هذا الحق من سلطة تتبع الشيء تحت أي يد تكون^(٢).

وحق التتبع قد يباشره الشخص عن طريق رفع دعوى لكن الدعوى ليست هي الوسيلة الوحيدة لمباشرته، فقد يحصل التتبع من خلال إعدار الحائز للمنقول بضرورة رد المنقول إلى صاحبه أو لمن له حق عليه، وقد يكون التتبع حاصلاً من خلال مطالبة دائرة التنفيذ بمباشرة الإجراءات التنفيذية على المنقول محل التتبع، والتتبع بهذه الوسائل يختلف عن كل من دعوي الاستحقاق والاسترداد، ولما كان حق الملكية حقاً دائماً وباقيماً ما بقي الشيء، فمقتضى ذلك لا ينقضي حق الملكية مهما طالت مدة عدم استعماله، ولأن حق الملكية هو الذي ينفرد من دون الحقوق الأخرى المتفرعة عنه بعدم السقوط بالتقادم، لأن هذه الحقوق هي حقوق مؤقتة أو قابلة للتوقيت، ومقتضى عدم سقوط حق الملكية بالتقادم إن دعوى الاستحقاق التي تحميه لا تسقط بالتقادم، فللمالك رفعها ولو بعد مضي خمس عشرة سنة، فمضي المدة لا يسقط حق الملكية ولا وسيلة حمايته^(٣).

وهذا لا يعني أن تظل دعوى الاستحقاق منتجة في كل الأحوال، فقد تصبح دعوى الاستحقاق عاجزة عن توفير الحماية للمالك إذا حاز غيره الشيء الذي امتنع مالكه عن مباشرة سلطاته عليه حيازة تؤهله لاكتسابه فوراً بالحيازة أو بالتقادم على حسب الأحوال، فقد يفقد المالك ملكيته لا لأنه لم يستعمل ملكه وإنما لأن غيره قد اكتسب هذا الملك بحيازته له^(٤).

وبالتالي فإن دعوى الاستحقاق وجدت لحماية الملكية على غرار دعوى الحيازة (الاسترداد)، وموضوع دعوى الاستحقاق هو استرداد العين المملوكة من الغاصب أو من توجد العين في يده

(١) هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص ٤١. محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٧.

(٢) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٨.

(٣) شاكِر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩م، ص ٢٠١.

(٤) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥م،

سواء كان حائزاً أصلياً يحوز الشيء بقصد التملك أم حائزاً عرضياً يحوز الشيء لحساب غيره، ودعوى الاستحقاق تشمل استرداد المنقول والعقار على حد سواء بعكس دعوى الاسترداد فهي خاصة بالعقار دون المنقول^(١).

وتتميز دعوى الاستحقاق عن التتبع بأنها لا تسقط بعدم الاستعمال، لأن هذه الدعوى جاءت لحماية حق دائم، هو حق الملكية ولكنها تتفق مع حق التتبع بأنها تشمل أثرها في المنقول إذا كان الحائز مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح وحسن النية، وتتميز دعوى الاستحقاق عن التتبع في إن وازع اليد في دعوى الاستحقاق يلزم برد الشيء ذاته ولا يُصار إلى قيمته إذا كان موجوداً، أما إذا هلك الشيء بيد الحائز فيختلف الحال بحسب ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية^(٢).

أما دعوى الاسترداد فإنها من دعاوى حماية الحائز للعقار وإنها ترمي إلى حماية الحيازة ذاتها بصرف النظر عن أسبابها ومشروعيتها وقيمها المدعي بصفة كونه حائزاً لا مالكاً وثبوت دعوى الاسترداد لا يعني إن الحائز هو المالك^(٣)، وهنا تنص المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري على إنه " ١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدانها ردها إليه فإذا فقد الحيازة خفية بدا سريان الحيازة من وقت أن ينكشف ذلك ٢- ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره"^(٤)، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح نحن لا نتفق مع جانب من الفقه بأن الحماية المقتصرة لحيازة المنقول تكمن في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فحسب، وإنما لحائز المنقول أن يتمتع بدعوى استرداد الحيازة للمنقول الذي خرج دون رضاه ويسترده من الغاصب^(٥).

(١) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٤١٧.

(٢) هالدبر أسعد أحمد، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣م، ص ٢٠٥.

(٤) وتقابلها الفقرة الأولى من المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي ولا مقابل لها في القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني.

(٥) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢١٥.

ويمكن استنباط دعوى استرداد الحيازة في المنقول من نصوص المواد (٩٦٣)(٩٦٥)(٩٦٦) من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة (٩٦٣) على إنه " إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة إن حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر إنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة"، ونصت المادة (٩٦٥) على إنه " ١- يُعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل إنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم ٢- فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله ٣- وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس"، ونصت المادة (٩٦٦) على إنه " ١- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً إن حيازته اعتداء على حق الغير ٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ويُعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره"^(١).

وقد أقام المشرع المصري في المادة (٩٦٣) قرينة على أن من يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها لنفسه لا لغيره فهي قرينة على وجود الركن المعنوي للحيازة، فمن يباشر السيطرة المادية يفترض توافر الركن المعنوي لديه، فلا يلتزم بإثبات قصده من السيطرة المادية، لأن المشرع أراد بذلك تيسير الإثبات، فالعنصر المعنوي مسألة نفسية يصعب إثباتها ولكن تلك القرينة تتطابق مع الوضع الغالب، وفي مجال الحقوق العينية فإن الوضع الظاهر يمثل الأصل وإن من يدعي العكس هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، ولهذا فإن تلك القرينة تتفق مع القواعد العامة في الإثبات، ويجب إلا تكون السيطرة المادية معيبة بعيوب الإكراه أو الخفاء، لأن هذه العيوب تعمل على تكذيب الوضع الظاهر ثم تحول دون ترتيب أثر قانوني عليه^(٢).

وأقام المشرع المصري قرينة أخرى لمصلحة من يريد إثبات عكس القرينة السابقة، فإذا استطاع المالك أو بعبارة أدق من يُنازع في قيام الحيازة أن يثبت إن الحيازة كانت له وإن السيطرة المادية

(١) وتقابلها المواد (١١٤٧) و(١١٤٨) من القانون المدني العراقي، ولكن المشرع العراقي لم يذكر في الفقرة الأولى من المادة (١١٤٨) كما ذكر المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة (٩٦٥) إن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية، ولم يذكر في الفقرة الثانية من المادة (١١٤٨) كما ذكر المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (٩٦٦) إن الحائز يصبح سيء النية من وقت إعلانه صحيفة الدعوى بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٨٦٤.

(٢) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

قد انتقلت منه إلى من يدعي الحيازة افتراض أن سيطرة الأخير كانت لحساب المالك، فسبق الحيازة يقيم قرينة لمصلحة من انتقلت منه الحيازة مؤداها إن الحيازة تتم لحسابه، فيكفي أن يثبت من ينازع من كانت السيطرة المادية له إنه هو الذي سلم الشيء للحائز حتى يفترض من هذا إن الحائز حائز عرضي يحوز الشيء لحساب الحائز السابق، فلا يلزم أن يثبت وجود عقد ينفي نية الحيازة بل يكفي أن يثبت إن الشيء كان تحت يده ثم سلمه إلى الحائز الحالي حتى يُعتبر الأخير حائزاً عرضياً، ولكن تلك القرينة قرينة بسيطة فيجوز لمن يدعي السيطرة المادية أن يثبت إنه قد اشترى الشيء من حائزه السابق^(١).

وأما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من مسألة تتابع الأيدي فقد نصت المادة (١٣٥٢) من القانون المدني الفرنسي على إنه " يتم رد الشيء ما لم يكن مبلغاً من النقود عيناً أو إذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"، وكما قد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٥٢) من القانون المدني الفرنسي على إنه " إذا قام من تسلم الشيء بحسن نية ببيعه فلا يلزم إلا برد ثمن البيع وإذا تسلمه بسوء نية وجبت عليه قيمته يوم الرد إذا كانت أعلى من الثمن"^(٢).

وأما بالنسبة لموقف المشرع الأردني من مسألة تتابع الأيدي فقد نصت المادة (٢٨٢) من القانون المدني الأردني على إنه " ١- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب ٢- فإذا رد الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده وإذا رده إلى المغصوب منه يبرأ هو والأول ٣- وإذا تلف المغصوب أو أُلِف في يد غاصب الغاصب فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني وله أن يضمن مقداراً منه الأول ولهذا أن يرجع على الثاني وإذا تضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول".

وفي تفسير هذا النص يرى أحد الشراح إن الغاصب ومن في حكمه سواء، إذ يتوجب على أي منهم رد المال المغصوب إن كان قائماً ومثله أو قيمته إذا هلك أو استهلك، وكذلك ضمان منافع المال المغصوب وزوائده، ويرى إن المشرع الأردني في غير المادة (٢٨٢) السابق ذكرها قد تناول حالات أخرى يكون حكم الشخص فيها حكم الغاصب، وذلك كما ورد في نص المادة

(١) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٢٨٩ و ٢٩٠.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢٨١) من القانون المدني الأردني الذي جاء فيه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب وفقاً لأحكام القانون".

وكذلك يرى إن في هذا النص إشارة واضحة إلى المشتري من الغاصب أو الموهوب له من الغاصب ومساواتهما لحكم الغاصب عند تضمينه إذا تلف المغصوب كله في يده، وهو الحكم ذاته التي نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني بقولها " فإن استهلكه أو اتلفه أو ضاع منه أو اتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وبالتالي بالإمكان الجمع بين هذه النصوص المشار إليها وتوحيدها في مادة تحكم في مجملها تصرفات غاصب الغاصب ومن في حكمه طالما أن المشرع الأردني قد نص في المادة (٢٨٢) على حكم غاصب الغاصب صراحة^(١).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها جاء فيه " غاصب الغاصب من حيث ترتب الضمان هو في حكم الغاصب نفسه فكما أن الغاصب مسؤول تجاه المغصوب منه بالقيمة إذا اتلف أو تلف المال المغصوب في يده فغاصب الغاصب مسؤول أيضاً تجاه المغصوب منه على هذا الوجه وعبارة غاصب الغاصب تعني كل شخص انتقل إليه المال المغصوب من الغاصب الأول بفعل يزيل يد المالك المحضة حقيقةً أو حكماً بدون إذنه أو إذن القانون وهي لذلك تشمل المستودع والمرتهن والمستأجر والمشتري من الغاصب"^(٢)، وقضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه " يلزم المشتري برد المغصوب وبالضمان استناداً إلى أحكام المادتين (٢٧٩) و (٢٨١) من القانون المدني إذ للمغصوب منه الرجوع على الغاصب الذي تصرف بالمغصوب بالبيع أو الرجوع على المشتري"^(٣).

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٧٣ و ٧٤.

(٢) رقم القرار ١٩٥٣/٢٠. منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، عمان، ١٩٥٣م، ص ٤١٠.

(٣) رقم القرار ١٧٦/١٩٩٤. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

وبالتالي فكل يد تبعت يد الغاصب على العين المغصوبة وحلت محلها من دون سند قانوني أو إذن من المالك تُعتبر يد غاصبة أو يد ضمان، لأنها تشكل استمراراً في الاستيلاء على المال المغصوب واستمراراً للحيلولة بين المالك وبين ماله، لذلك فإن ترتبها على يد الغاصب يوجب الضمان بقبضها، لأن الضمان يستقر على كل من انتقل إليه المغصوب عن طريق العقد وسواء أكان العقد من عقود الضمان كالبيع والإيجار أو من عقود الأمانات كالوديعة والعارية، وإن المواد المذكورة قد بينت حكم التلف الذي لحق بالمغصوب في يد الغاصب أو في يد من تصرف له الغاصب معاوضةً أو تبرعاً، وجعلت الخيار للمغصوب منه في تضمين من يشاء لدفع الضرر الذي لحقه من جراء الغصب، ويبقى الالتزام بالرد هو الالتزام الأول، ولا يوجد بين النصوص ما يمنع المغصوب منه أن يسترد عين المغصوب على الرغم من تلفه، فيكون المشرع الأردني قد قرر تلف المغصوب حمايةً للمغصوب منه وضماناً لحقه في استيفاء التعويض الكامل لما أصابه من ضرر^(١).

وأما بالنسبة لموقف المشرع اليمني من مسألة تتابع الأيدي فإنه أعطى للمغصوب منه حقين أحدهما الرجوع بالضمان على الغاصب الذي خرجت العين من تحت يده، إذ نصت المادة (١١٢٨) من القانون المدني اليمني على إنه "إذا تعذر رد المغصوب في الحال لزم الغاصب ضمانه إلى أن يقبض صاحبه"، يتضح من هذا النص أن العين المغصوبة موجودة ولكن تعذر ردها في الحال أما لخروجها من تحت يد الغاصب أو تعذر ردها لسبب آخر، وهنا يلزم الغاصب بأداء الضمان للمغصوب منه بالمثل أو القيمة، وإذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبة ذاتها فله أن يستفيد مما أداه.

والحق الثاني للمغصوب منه الرجوع بالعين على الحائز لها، إذ نصت المادة (١١٣٩) من القانون المدني اليمني على إنه "الغاصب من الغاصب حكمه حكم الغاصب، وللمالك الرجوع بالعين المغصوبة على من استقرت عنده وبالمثل أو القيمة على أي ممن غصبوها وأجرتها على كل من غصبها بقدر مدة غصبه"، ويراد بالغاصب من الغاصب كل من ترتبت يده على يد الغاصب سواء بسبب مشروع كالمشتري أو المرتهن منه أو بسبب غير مشروع كالغاصب من

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٧٦ وص ٢٠٥.

الغاصب أو السارق منه، فكل واحد من هؤلاء بالنسبة للمالك هو غاصب، لأنه يضع يده على مال غيره بغير حق^(١).

وبالنظر إلى ما تقدم يُعتبر غاصب الغاصب غاصباً، وبالتالي فهو ملزم برد المغصوب إن كان قائماً إلى مالكة أو إلى من غصبه منه، وإذا تلف المال المغصوب في يد غاصب الغاصب أو اتلفه فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثاني، وله أن يضمن أحدهما مقدراً منه والآخر المقدار الثاني، فإذا اختار المغصوب منه تضمين أحد الغاصبين الأول أو الثاني ليس له الحق في تضمين الآخر، لأن التضمين تمليك ولا يصح تمليك المال في وقت واحد لأكثر من شخص حيث يكون كل واحد منفرداً عن الآخر في تملك هذا المال، وإذا اختار تضمين الأول يرجع هذا بالضمان على الثاني، لأنه مالكاً للمال المغصوب من وقت غصبه، وعلى هذا الأساس يُعد الغاصب الثاني غاصباً لملك الغاصب الأول، وإذا اختار تضمين الثاني لا يرجع على أحد وكذلك الحكم لو استهلكه الغاصب الثاني^(٢).

والسؤال الذي يقدر في ذهن هنا هو ما حكم النفقات التي ينفقها الغاصب على الشيء المغصوب؟ للإجابة عن هذا السؤال نقول أن الحكم يختلف بحسب نوع النفقات التي أنفقها الغاصب على الشيء المغصوب، وهي على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصروفات الضرورية

ويقصد بها المصروفات التي ينفقها الغاصب لحفظ الشيء من الهلاك أو التلف أو اللازمة للمحافظة على قيمة الشيء كمصروفات تقوية أساسات المنزل وترميم السقف والحائط المهدهد بالسقوط^(٣)، ويجب على المغصوب منه أن يرد إلى الغاصب جميع المصروفات الضرورية التي أنفقها الغاصب على العين المغصوبة، وبهذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٦٧) من

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٢) د. بشار ملكاوي د. فيصل العمري، مصادر الالتزام، ط ١، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦م، ص ٦١. د. إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط ١، دار البيارق، بيروت، ١٩٩٧م، ص ١٤٣.

(٣) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

القانون المدني العراقي على إنه " على المالك الذي رد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك"، وكذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (٩٨٠) من القانون المدني المصري على إنه "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من النفقات الضرورية"، وكما تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٩٣) من القانون المدني الأردني على إنه " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك".

يتبين من هذه النصوص إن للغاصب الحق في استرداد المصروفات الضرورية من المغصوب منه، لأنها نفقات لازمة لحفظ الشيء، ولولا قيام الغاصب بإنفاق هذه المصروفات لهلك أو تلف الشيء المغصوب، ومعنى ذلك إنه لو كان الشيء بيد المغصوب منه لقام بإنفاق هذه المصروفات، وتقدير المصروفات التي أنفقها الغاصب ضرورية من عدمها مسألة موضوعية يكون تقديرها من قبل قاضي الموضوع^(١)، وإن أساس التزام المغصوب منه برد هذه المصروفات إلى الغاصب هو الكسب من دون سبب^(٢)، فيرجع الغاصب على المغصوب منه بأقل القيمتين، وتقدير أقل القيمتين يكون بتقدير المغصوب وقت الغصب وتقديره وقت إقامة الدعوى، والأقل قيمة هو الذي يلتزم به المغصوب منه^(٣).

وأما المشرع اليمني فقد جعل نفقات المغصوب وتتميته على الغاصب ولا رجوع له على المغصوب منه، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٥٠) من القانون المدني اليمني بقولها " نفقة العين المغصوبة لحفظها وتتميتها على الغاصب ولا رجوع له"، ومما يلاحظ أن هذا النص جاء مؤكداً لما تضمنته القاعدة العامة في المادة (٣٧٠) من القانون المدني اليمني والتي نصت على إنه " إذا كانت حقوق الطرفين متقابلة بحيث يكون التزام أحدهما مترتباً على التزام الآخر ومرتباً به يكون لكل منهما الحق في أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الآخر لم يعرض الوفاء بما عليه أو لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء به كما يكون ذلك بوجه خاص للحائز للشيء أو لمحزره إذا

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٢) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٦٣.

(٣) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٩١.

هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يتمتع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

النوع الثاني: المصروفات النافعة

الأصل في المصروفات النافعة إنها تتفق في أعمال تدخل على العين الموجودة والقائمة فعلاً، أما إقامة منشآت جديدة على الأرض المغصوبة فلا تُعتبر أعمال نافعة بقدر ما تُعتبر منشآت جديدة تخضع لأحكام الالتصاق، ولكن أهمية التفرقة تتضاءل نظراً لتطبيق أحكام الالتصاق ذاتها على استرداد المصروفات النافعة، واسترداد الحائز لهذه المصروفات يخضع للأحكام الخاصة بالالتصاق والتي تفرق في حالة تحديد التعويض المستحق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية، ويقصد بها المصروفات التي أنفقها الغاصب لا لحفظ الشيء من هلاك أو تلف، وإنما أنفاقها لتحسين الشيء وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به كإصلاح الأرض الزراعية أو تركيب المصعد أو إدخال الكهرباء أو المياه إلى الدار فهذه المصروفات تزيد من قيمة العين وتحسن من الانتفاع بها ولكن من دون أن تكون ضرورية أي لم يكن المالك يلتزم بالقيام بها لو بقيت العين تحت يده^(١).

وبهذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي على إنه " المصروفات النافعة تسري في شأنها أحكام المواد (١١١٩ و ١١٢٠)"، ويقابل هذا النص ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٨٠) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه " أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادتين (٩٢٤ و ٩٢٥)"، وكما يقابل ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١١٩٣) من القانون المدني الأردني التي نصت على إنه " أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادتين (١١٤١، ١١٤٣) من هذا القانون"، وأما المشرع اليمني فقد جعل النفقات الضرورية أو النافعة على الغاصب، وهذا ما أشارت إليه المادة (١١٥٠) من القانون المدني اليمني بنصها على إنه " نفقة العين المغصوبة لحفظها وتتميتها على الغاصب ولا رجوع له"، كما أشارت إلى ذلك المادة (٣٧٠) من القانون المدني اليمني في الشطر الأخير منها والذي جاء فيه " للحائز للشيء أو لمحزره إذا هو أنفق عليه مصروفات

(١) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

النوع الثالث: المصروفات الكمالية

هي المصروفات التي لا تزيد من منفعة الشيء وإن كانت تؤدي إلى تجميله كالتي تُنفق في الزخرفة والنقوش، فهذه الأعمال تستهدف الذوق الشخصي للغاصب فلا يجوز للغاصب أن يطالب المالك برد هذه المصروفات، ويحق للمالك أن يطالب إبقاء هذه المنشآت مقابل أن يدفع للغاصب قيمتها مستحقة للقلع، وإذا لم يطلب المالك ذلك كان للغاصب أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء المغصوب إلى ما كان عليه قبل الغصب دون ضرر^(١).

وبهذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع"، ويقابل هذا النص ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة (٩٨٠) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه " فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة"، ويقابل هذا النص ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة (١١٩٣) من القانون المدني الأردني بنصها على إنه " ولا يلتزم المالك برد النفقات الكمالية ويجوز للحائز أن ينتزع ما أقامه بهذه النفقات على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى وللمالك أن يستبقها لقاء قيمتها مستحقة للإزالة".

وأما المشرع اليمني فقد عالج كما ذكرنا حكم النفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها الغاصب على الشيء المغصوب التي لا رجوع له فيها على المغصوب منه، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٥٠) من القانون المدني بقولها " نفقة العين المغصوبة لحفظها وتميئتها على الغاصب ولا رجوع له"، فإذا كان المشرع اليمني قد جعل النفقات الضرورية والنافعة على الغاصب من دون

(١) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٦٤.

أن يكون له الحق في الرجوع على المغصوب منه، فمن باب أولى تكون النفقات الكمالية على الغاصب.

وهنا يرى أحد الشراح حسناً فعل المشرع اليمني في ذلك، لأن الغاصب قد اعتدى بفعله على ملك غيره من دون إذنه وحرمة من الانتفاع به، فالمصاريف التي أنفقها الغاصب هي مقابل المنفعة والغلة التي حصل عليها من المال المغصوب، فلا يجوز مكافأة الغاصب برد ما صرفه وإن كان ذلك يشكل إثراء بلا سبب، وهذا نتيجة للرد على فعله أو تعويضاً للمغصوب منه عن المنفعة التي حرم منها طيلة مدة الغصب، لذا يتحمل الغاصب المصاريف التي أنفقها على المغصوب، فالغاصب حين قام بالإنفاق على المغصوب فإنه لا يستند في تصرفه إلى ولاية أو وكالة من المالك، وبالتالي فإنه يُعتبر متبرعاً ولا رجوع له على المغصوب منه^(١).

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي أن تقدير المصروفات بكونها ضرورية أو نافعة أو كمالية يكون بالرجوع إلى لحظة القيام بالأعمال، فالمصروفات تظل نافعة لو كانت كذلك لحظة القيام بالأعمال حتى لو أصبحت بعد ذلك لا تقدم أي منفعة للشيء، فالعبرة بان تزيد من منفعة الشيء أو قيمته وقت القيام بها، والتزام المالك برد المصروفات لا يقتصر على تلك المصروفات التي أنفقها الحائز الذي استرد الشيء منه بل يشمل المصروفات التي دفعها الحائز إلى سلفه الذي تلقى منه الحيازة، فالالتزام برد المصروفات لا يرتبط بشخص من أنفقها وإنما المهم إنها قد أنفقت على الشيء من قبل الحائز^(٢).

الفرع الثالث: تعذر رد المال المغصوب

يجب رد المغصوب إلى المغصوب منه إن كان قائماً وموجوداً، ولكن قد يتعذر ذلك لأي سبب كان كما لو هلك أو تلف أو ضاع المغصوب، وحينها يلزم الغاصب برد البديل بالمثل إذا كان مثلياً وقيمه إذا كان قيمياً، وقد عالج المشرع العراقي حالة تعذر رد المغصوب في المادة (١٩٣) من القانون المدني التي نصت على إنه "يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو من دون تعديه"، وفي المادة (١٩٢) من القانون

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٢) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٠٥.

المدني التي تناولت رد المغصوب التي نصت في الشطر الاخير منها على إنه " دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى"^(١).

وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق إلى إنه في حالة تعذر رد المغصوب بالتصرف أو الاستهلاك فإن الغاصب يضمن قيمته، إذ جاء في أحد قراراتها " إن الحكم المميز غير صحيح ذلك لأن التصرف بالأشياء موضوع الدعوى بإخفائها أو بيعها أو اتلافها يُعد غصباً ثم تعذر عرضها على الشهود لهذا السبب لأداء الشهادة حول عائديتها لا يترتب عليه ضياع حق من ادعى بغصبها وعند عجزه عن ذلك يمنح حق تحليف خصمه اليمين وإذ إن المحكمة مضت في رؤية الدعوى بخلاف ما تقدم مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها"^(٢).

وأما بالنسبة للمشرع المصري كما ذكرنا فإنه لم ينظم أحكام الغصب في نصوص خاصة، ولكنّه عالج حالة تعذر رد المغصوب ضمن أحكام الحيازة وذلك في المادة (٩٨٤) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه " إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت إن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه"، وبالتالي يكون الحائز سيء النية مسؤولاً قبل المالك عن استعمال العين فيلزم برد ثمارها طوال فترة الاستعمال وكذلك بتعويض المالك عن نقص قيمة العين بسبب هذا الاستعمال، فإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت التزم الحائز برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ولو كان ذلك راجع إلى سبب اجنبي إلا إذا اثبت الحائز إن العين كانت تهلك أو تتلف أو تضيع حتى لو كانت بيد المالك شأنه في ذلك شأن المدين بتسليم شيء بعد اعداره، ولكن هذا الحكم لا يسري بالنسبة للسارق فيتحمل تبعة الهلاك أو التلف أو الضياع حتى لو أثبت هذا الأخير إن الشيء كان يهلك أو يتلف أو يضيع حتى لو كان بيد المالك"^(٣).

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٢) رقم القرار ٢٦٥/هيئة عامة أولى/١٩٧٤ في ١٥/٢/١٩٧٥. منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥م، ص ٧٨.

(٣) أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٤٤٨.

وأما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من مسألة حالة تعذر رد المغصوب فقد أشارت المادة (١٣٥٢) من القانون المدني إلى حالة التلف والهلاك الكلي بقولها " يتم رد الشيء مالم يكن مبلغاً من النقود عيناً وإذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"، كما قد أشارت الفقرة الأولى من المادة (١٣٥٢) من القانون المدني إلى حالة التلف والهلاك الجزئي بقولها " يُسأل من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك الى خطئه"، وأما المشرع الأردني فقد عالج حالة تعذر رد المغصوب في المادة (٢٧٩) من القانون المدني وفي الفقرة الثالثة منها التي نصت على إنه " فإن استهلكه أو أتلّفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وكذلك عالج المشرع الأردني حالة تعذر رد المغصوب في المادة (٢٨٠) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا أتلّف أحد المال المغصوب في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ولهذا أن يرجع على المتلف وإن شاء ضمن المتلف وليس للمتلف الرجوع على الغاصب"، وقد أفرد المشرع الأردني للتلف الجزئي المادة (٢٧٦) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا كان الإلتلاف جزئياً ضمن المتلف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال المتلف وأخذ تمام القيمة مع مراعاة أحكام التضمين العامة"، ويتضح من هذه النصوص إن أحكام إلتلاف المال المغصوب تطبق على الحالة التي يقوم فيها الغاصب بإتلاف المغصوب وينظر إلى طبيعة التلف فيما إذا كان جزئياً أو فاحشاً، فإذا كان جزئياً ضمن الغاصب نقص القيمة ويلتزم برد عين المال، أما إذا كان التلف فاحشاً يكون الخيار للمالك إن شاء أخذ قيمة ما نقص واسترد المال وإن شاء ترك المال للغاصب وأخذ تمام القيمة مع إمكانية تطبيق المادة (٢٨٠) من القانون المدني الأردني في حالة إلتلاف أحد من الغير للمال المغصوب في يد الغاصب وتطبق ذات الأحكام أما على المتلف وهو من الغير أو على الغاصب، لأن يده يد ضمان على المال المغصوب، وإن حكم المادة (٢٧٦) من القانون المدني الأردني لا يتعارض مع حكم المادة (٩٠٠) من مجلة الأحكام العدلية سوى إن المادة (٩٠٠) من المجلة وضعت معياراً، وهو إذا لم يبلغ النقص ربع قيمة المغصوب فإنه نقص يسير وإذا بلغ ربع قيمة المال أو زاد على ذلك فإنه نقص فاحش^(١).

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢١٠.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه " إذا كان الإلتلاف الجزئي قد أنقص قيمة السيارة نقصاً فاحشاً بالمعنى المنصوص عليه في المادة (٩٠٠) من المجلة التي لا يتعارض حكمها مع أحكام القانون المدني الذي تنص المادة (٢٧٦) منه إذا كان الإلتلاف جزئياً وأنقص قيمة المال نقصاً فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال المتلف وأخذ تمام القيمة، فإن الحكم للمدعي بقيمة السيارة حسب طلبه بلائحة الدعوى يكون متفقاً ونص المادة (٢٧٦) المشار إليها^(١).

وأما المشرع اليمني فقد نص صراحة على حالة تعذر رد المغصوب، إذ جاء في المادة (١١٢٨) من القانون المدني اليمني " إذا تعذر رد المغصوب في الحال لزم الغاصب ضمانه إلى أن يقبض صاحبه"، وجاء في المادة (١١٢٠) من القانون المدني اليمني " يلزم الغاصب رد عين المغصوب إلى مالكة ولو نقداً مالم يتلف أو يستهلك فيلزمه رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً"، وإذا كان المشرع اليمني قد أخذ بموقف المشرع العراقي بتضمين الغاصب للمغصوب منه في حالة هلاك المال المغصوب أو استهلاكه في نص المادة (١١٢٠) من القانون المدني، فإنه في الوقت نفسه نص في المادة (١١٢٨) من القانون المدني على إنه في حالة تعذر رد المغصوب لأي سبب كان يلتزم الغاصب بتضمين المغصوب منه وإذا ظهر المغصوب وأصبح بيد الغاصب يلزم برده للمغصوب منه واسترداد البديل منه.

ويرى أحد الشراح إن التزام الغاصب برد المغصوب في حالة ظهوره محل نظر، لأنه في هذه الحالة يوجد طرف متضرر وطرف مستفيد، والطرف المتضرر هو الغاصب، لأنه يلتزم بدفع الضمان وهذه نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع ويلتزم بالوقت نفسه برد المغصوب في حالة ظهوره، أما الطرف المستفيد فهو المغصوب منه لكونه استلم الضمان، وهذا نتيجة لحرمانه من ملكه ولكن قيامه باسترداد المغصوب في حالة ظهوره يُعد أمر غير مشروع، لأنه يُعتبر في حكم غاصب الغاصب ويكون الغاصب بحكم المغصوب منه، وهذا الأمر لا يوصلنا إلى نتيجة مرضية للطرفين الغاصب والمغصوب منه^(٢).

(١) رقم القرار (١٩٨٣/٥٩١). أشار إليه د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٢) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢١٧.

وإذا كان الأصل في التزام واضع اليد على أموال غيره هو الرد فيستثنى من ذلك حالة انتقال المنقول إلى شخص آخر حسن النية وانتقل إليه بسبب صحيح وكان ذلك السبب كافياً لنقل الملكية لو إنه صدر من المالك، وبهذا الشأن تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي على إنه " من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح لا تسمع عليه دعوى الملك من أحد"، وتنص المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني على إنه " لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية"، وتنص المادة (١١١١) من القانون المدني اليمني على إنه " من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالاً له مالم يقدّم الدليل على غير ذلك"، يتضح من هذه النصوص أن الحيازة بحسن نية وسبب صحيح إذا كان محلها منقولاً تُعتبر مانعاً من رد المغصوب، والالتزام بالرد يكون على العين ذاتها لا على عوضها أو بدلها، فإذا أراد المالك استرداد ماله المنقول من يد الغاصب وكان هذا الأخير قد تصرف فيه، فإن الحائز يملك المال إذا كان حسن النية واستند في حيازته للمال إلى سبب صحيح^(١).

وإذا كانت القاعدة العامة في القوانين المدنية محل المقارنة تمنع على المالك استرداد المنقول أو السند لحامله وإنما له حق المطالبة بالضمان، فإن هذه القوانين قد استثنيت من ذلك حالة الغصب، حيث إنها أعطت للمغصوب منه الحق في استرداد المغصوب المنقول أو السند لحامله من يد الغاصب خلال مدة ثلاث سنوات من وقت الغصب، وبهذا الصدد تنص المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي على إنه " استثناءً من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة"، ونصت المادة (١١٩٠) من القانون المدني الأردني على إنه " استثناءً من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقته أو غصبه وتسري على الرد أحكام المنقول المغصوب".

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٢١١.

أما المادة (٩٧٧) من القانون المدني المصري فقد نصت في الفقرة الأولى على إنه " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقد أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة"، ويتبين من هذا النص أن المشرع المصري استثنى هذه المنقولات وأعطى للمالك الحق في استردادها من يد الحائز لها بحسن نية وسبب صحيح وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

ويقول أحد الشراح بالعودة إلى المفهوم القانوني الدقيق للسرقة سنجدتها تندرج تحت مفهوم الغصب، فالسرقة عبارة عن اختلاس يقع على مال منقول مملوك للغير والاختلاس بمفهومه في الفقه الجنائي ليس إلا صورة من صور الغصب، فسواء وصف الاستيلاء على المنقول المملوك للغير بغير حق بأنه سرقة أو وصف بأنه غصب، فطالما خرج المنقول بهذا الوصف أو ذاك من تحت يد المالك على الرغم من إرادته فإن المالك يستطيع أن يسترده من تحت يد الحائز خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع^(١).

وإذا كان المنقول قد خرج من ماله برضاه كما لو أودعه إلى شخص أو رهنه أو أجره وخان هذا الشخص الأمانة وتصرف في المنقول إلى غيره وكان هذا الغير حسن النية لا يعلم بأن المتصرف خان الأمانة وأنه غير مالك، فهنا لا يستطيع المالك أن يسترد المنقول الذي يملكه من تحت يد المتصرف إليه الحائز حسن النية، وإنما يكون له الحق بالرجوع على من خانته بدعوى المسؤولية التقصيرية^(٢)، ويسري هذا الحكم على الحائز سيء النية إذا لم يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سيء النية بسبب تملكه للمنقول بالتقادم، فإنه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم^(٣).

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٢٠٨ و ص ٢٠٩.

(٢) د. عبد المنعم البدر، مصدر سابق، ص ٥٥٦ و ص ٥٥٨.

(٣) د. عبد المنعم الصدة، مصدر سابق، ص ٦٨٨ و ص ٦٩٧.

المبحث الثاني: ضمان المال المغصوب

للكلام عن ضمان المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون لابد من النظر إلى المال المغصوب هل هو من ذوات الأمثال أو من ذوات القيمة؟، فإن كان من ذوات الأمثال فالواجب ضمان مثله ولا شك إن مثل الشيء أقرب إليه من غيره، وإن كان من ذوات القيمة فعلى الغاصب أن يرده إلى المغصوب منه وإذا تعذر عليه ذلك فالواجب ضمان قيمته، وتأسيساً على ما تقدم سنوزع هذا المبحث على مطلبين، نكرس المطلب الأول لضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونخصص المطلب الثاني لضمان المال المغصوب في القانون.

المطلب الأول: ضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي

الضمان في الفقه الإسلامي هو رد مثل الهالك إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً، وللحديث عن ضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول ضمان المال المغصوب المثلي وفي الفرع الثاني ضمان المال المغصوب القيمي وفي الفرع الثالث كسب الملكية بالضمان وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: ضمان المال المغصوب المثلي

للكلام عن ضمان المال المثلي في الفقه الإسلامي لابد من تعريف المال المثلي وبيان اختلاف الفقهاء في ضمان المغصوب المثلي ومن ثم التطرق إلى حالة انقطاع المال المثلي، وعليه سنقسم هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً: تعريف المال المثلي

المال في اللغة: ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك والمال ما ملكته من جميع الأشياء^(١)، والمثل في اللغة: الشبيه والنظير وجمعه أمثال، وهو ماله وصف

(١) محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج٧، دار التوفيق للتراث، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٣٥٥.

ينضبط به، وتماثل الشيان تشابها فيقال: مثلي أي له مثل شكلاً وصورة من أصل الخلقة كالحبوب والمكيلات والحيوان^(١).

والمثلي في الاصطلاح: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف المثلي فقصره بعضهم على المكيل والموزون، وأدخل بعضهم فيه غير المكيل والموزون، وعرفه فقهاء الحنفية بأنه كل ما يوجد مثله في الأسواق بلا تفاوت يُعتد به^(٢)، وبالتالي فإنه يشمل المكيل والموزون والعدي المتقارب وتأثراً بالمذهب الحنفي فقد نصت المادة (١٤٥) من مجلة الأحكام العدلية على إنه " المثلي هو ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يُعتد به كالمكيل والموزون والعدييات المتقاربة".

أما فقهاء المالكية فقد عرفوا المثلي بأنه المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده ولم تدخله صنعه^(٣)، والمثليات عندهم تشمل المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة، وعرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه ما يحصره كيل أو وزن ويجوز السلم فيه^(٤)، وهذا الوجه المعتمد في المذهب الشافعي، ويلاحظ إنهم اخرجوا المعدود والمزروع كما اخرجوا المكيل والموزون غير المنضبط عن دائرة المثليات، وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه كل مكيل أو موزون تماثلت أجزائه لا صناعة فيه مباحة ويصح السلم فيه^(٥)، فزادوا على تعريف فقهاء الشافعية قيد لا صناعة فيه مباحة كصياغة الذهب حلياً فإنه قيمى مع إن أصل الذهب مثلي^(٦)، وعرفه فقهاء الإمامية بأنه ما يتساوى قيمة أجزائه^(٧)، وعرفه فقهاء الزيدية بأنه ما تقاربت أجزائه منفعة وقيمة وصورة

(١) أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج ٢، دار الفكر، بدون سنة طبع، ص ٥٢٠ و ص ٥٦٣.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٤، ط ١، دار أحياء التراث العربي، بلا سنة طبع، ص ١٧١.

(٣) محمد عlish المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج ٣، دار صادر، بلا سنة طبع، ص ٥١٤.

(٤) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج مطبوع مع حواشي الشيرواني وابن قاسم العبادي، ج ٧، ط ١، دار الكتب العلمية، بلا سنة طبع، ص ٣١٦.

(٥) تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع، ج ٣، ط ١، مؤسسة الرسالة، بلا سنة طبع، ص ١٩٥.

(٦) د. اسماعيل كاظم العيساوي، ضوابط المثلي والقيمي في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج ٢٣، العدد ٧٣، ٢٠٠٨م، ص ٤٦٥ - ص ٤٦٨.

(٧) الحلي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٩.

كالحبوب والمكيلات والموزونات^(١)، وعرفه فقهاء الاباضية بأنه ماله مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تختلف أحادها^(٢).

وبالتالي فإن المثل في نظر فقهاء المسلمين هو ما تماثلت أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام البعض دون فرق يُعتد به ويكون في الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن والعدييات المتقاربة^(٣)، ويتضح من تعريفات الفقهاء للمثلي إنها تكاد تجتمع على أن المثلي هو ما يحصره كيل أو وزن أو عدد متقارب أو هو ما تقاربت أجزاؤه منفعة وقيمة وصورة، ويتبين من هذه التعريفات أن أساس جعل المال مثلياً من عدمه أمران وهما:

١- عدم التفاوت بين أجزائه إذا كان مكيلاً أو موزوناً وأحاده إذا كان معدوداً.

٢- أن المثلي موجود في الأسواق، وإذا اختلف واحد من الأمرين يجعل المال قيمياً^(٤).

ثانياً: اختلاف الفقهاء في ضمان المغصوب المثلي

وهنا يمكن طرح السؤال الآتي: ما الحكم إذا غصب الغاصب مالا مثلياً وهلك لأي سبب من الاسباب؟ في الإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء في ضمان المغصوب المثلي على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته^(٥)، وقد استدلوا على رأيهم هذا بالأدلة الآتية:

(١) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٥.

(٢) أطفيش، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٤٢.

(٣) سليمان الخلف الحميد، النظام الضريبي في الإسلام في ضوء كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٥م، ص ١٦.

(٤) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٥) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٥٠. القرافي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٠٥. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٧٥. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٣٥. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٠.

١- الكتاب: كما في قوله تعالى "مَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"^(١)، وبصدد هذه الآية الكريمة يرى أحد فقهاء الحنفية إن تسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازاً، لأنه يقصد من ضمان المثل الجبران وفي المثل مراعاة النوع والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط، وفي ايجاد المثل أتم وأعدل إلا إذا تعذر المثل بالانقطاع من أيدي الناس فيُصار إلى القيمة^(٢)، وكذلك استدلوا بقوله تعالى "وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"^(٣)، وجه الدلالة في الآيات الكريمة وجوب المماثلة عند الاعتداء وأن لا يتم العدول عنها إلى القيمة إلا إذا تعذر المثل^(٤).

٢- السنة: لما روي أن النبي (ص وآله) كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعه فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام وقال: كلوا وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسور^(٥)، وعن عائشة قالت "ما رأيت صانعة طعاماً مثل صافية صنعت لرسول الله (ص وآله) طعاماً فبعثت به فأخذني أفل" فكسرت الإناء فقلت يا رسول الله: ما كفارة ما صنعت؟ قال: إناء مثل إناء وطعام مثل طعام^(٦).

وهنا يرى أحد الفقهاء بأن الرسول (ص وآله) رد مثل الإناء ليس من باب الضمان وإنما من باب المعونة والإصلاح، لأن جميع ما في بيوت الرسول (ص وآله) من طعام ونحوه الظاهر أنه ملك له وللمرء أن يحكم فيما يملكه بما يراه^(٧)، ووجه الدلالة بالأحاديث الشريفة تفيد الحكم بالمثل على المتلف عند تعذر رد العين، كما قضى الرسول (ص وآله) وفعله وقوله تشريع ملزم

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) الكاساني، مصدر سابق، ج٧، ص ١٥٠.

(٣) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٤) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٥) أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، سنن النسائي، ج٧، دار الحديث، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٧٠.

(٦) أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن، ج٢، ط٢، منشورات المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨١م، ص ٢٠١.

(٧) شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج٣، ط١، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٤٨هـ، ص ٤٠٤.

للإثمة، فإذا تلف المال المغصوب عند الغاصب لأي سبب من الأسباب فيطبق عليه نفس الحكم^(١).

٣- الإجماع: أجمع الفقهاء على أن المال المغصوب إذا هلك يقضى فيه بالمثل، لما روي عن عثمان وابن مسعود إنهما قضيا على من استهلك فصلاناً بفصلان مثلهما، ولما روي عن شريح القاضي أنه قضى في قصار شق ثوباً إن الثوب له وعليه مثله، فقال: رجل أو ثمنه، فقال شريح إنه كان أحب إليه من ثمنه^(٢).

٤- المعقول: أن القضاء بالمثل أعدل من القضاء بالقيمة، لما فيه مراعاة الجنس والمالية والمشاهدة، لأنه أدفع للضرر عن المغصوب منه، أما القضاء في القيمة ففيه مراعاة للمالية من دون الجنس، والمثل معلوم والقيمة مظنونة والمعلوم أولى في الحكم من المظنون، كما إن حق المغصوب منه في عين ماله لا في غيره فإن هلك فيقضى له بالمثل^(٣).

الرأي الثاني: يرى أحد فقهاء الحنفية المثلي يضمن بالقيمة^(٤)، وقد استدلوا في رأيهم هذا إلى الأدلة الآتية:

١- القرآن الكريم: كما في قوله تعالى " مَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ"^(٥)، وفي قوله تعالى " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"^(٦)، وبهذا الصدد يقول أحد فقهاء الحنابلة إن كان مثل الحيوان والآنية والثياب من كل وجه متعذر فقد دار الأمر بين شيئين الضمان بالدراهم المخالفة للمثل في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع وإن ساوت المضمون في المالية، والضمان بالمثل بحسب الإمكان المساوي للمتلف في الجنس والصفة والمالية والمقصود والانتفاع، ولا شك إن هذا أقرب إلى النصوص والقياس والعدل، وإذا كانت المماثلة من كل وجه

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٢) ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٤٠.

(٣) د. حامد الفقي، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(٤) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٥٠.

(٥) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٦) سورة النحل: الآية ١٢٦.

متعذرة حتى في المكيل والموزون، فما كان أقرب إلى المماثلة فهو أولى بالصواب والجنس إلى الجنس أقرب مماثلة من الجنس إلى القيمة، فهذا هو القياس وموجب النصوص^(١).

٢- السنة: لما روي أن الرسول (ص وآله) قال: " من اعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق"^(٢)، وفي رواية أخرى أن الرسول (ص وآله) قال: " من اعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه"^(٣).

وجه الدلالة في الحديث أن الرسول (ص وآله) قضى على من اعتق نصيبه في عبد مشترك بينه وبين آخر بتقويم باقيه عليه، ويدفعه لصاحبه ولم يأمره بالمثل، ولا خيار للشريك في هذا ولا للعبد ولا للمعتق بل ينفذ الحكم مراعاة لحق الله تعالى في الحرية، وإن كان غير مؤسر على العبد العمل والاكتمال حتى يدفع نصيب الشريك الآخر للتخلص من العتق^(٤)، ويناقش هذا الدليل بأنه في غير محل النزاع، لأن المعتق لم يستهلك حصة شريكه ولم يغصبها، ولم يتعدى عليها، بل اعتق حصته التي أباح الله تعالى له عتقها بخلاف الغصب فيكون تعدياً غير مشروع على حق الغير^(٥).

٣- المعقول: إن حق المغصوب منه في العين والمالية، وإذا تعذر إيصال العين إليه فيجب على الغاصب إيصال المالية إليه، ومالية الشيء عبارة عن قيمته، كما أن القضاء بالقيمة فيه معنى المماثلة وهو أقرب من المثل صورة ومعنى^(٦).

(١) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٢، دار الجبل، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٤٥.

(٢) أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، ج ١٠، دار الريان للتراث، ١٩٧٨م، ص ١٣٥.

(٣) أبي الفضل بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، دار الريان للتراث، ١٩٧٨م، ص ١٨٥.

(٤) الكاساني، مصدر سابق، ج ٩، ص ٤٤٢١. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٨.

(٥) ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٤٠.

(٦) السرخسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٥٠.

الرأي الثالث: يعطي أحد الفقهاء الخيار للمالك بين أخذ المثل أو القيمة من دون فرق بين كون الشيء الهالك مثلياً أو قيمياً^(١)، وقد احتج على وجهة نظره بالآتي: إن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته هو مجرد رأي، فقد ثبت عن الشارع يضمن المثلي بقيمته لما يروى إن الرسول (ص وآله) قال " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر"^(٢)، وثبت عن الرسول (ص وآله) تضمين القيمي بمثله كما يروى من حديث أنس قال أهديت بعض أزواج النبي (ص وآله) طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي (ص وآله) "طعام بطعام وإناء بإناء"^(٣)، لذلك ويرى صاحب هذا الرأي إن الواجب رد العين المغصوبة مثلية كانت أو قيمية، فإن تلفت كان المالك مخيراً بين أخذ مثله أو قيمته على وجه يرضى به من غير فرق بين المثلي والقيمي ولكن إرجاع المثل من أعلى أنواع الجنس وقيمة القيمي أقرب إلى دفع التشاجر وأقطع للنزاع^(٤).

ويرى أحد الشراح إن أهم مسألة يمكن استخلاصها من اختلاف الفقهاء فيما لو غصب الغاصب مالاً مثلياً وهلك لأي سبب من الأسباب، هي إن الجميع يهدفون إلى جبر الضرر بصورة أقرب ما تكون إلى العدل والإنصاف حيث لا يُهضم المضرور ولا يظلم المعتدي، فالفقهاء القائلون إن الواجب هو المثل بصورة مطلقة قد رأوا إن الحكم بمثل المثلي جنساً وصفةً ومالية هو أكمل من الحكم بالقيمة، وإن الحكم بالقيمة في الأشياء التي لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها أعدل وأضبط، وإن هذا الهدف المتفق عليه لا يتحقق بوضع قاعدة عامة ملزمة للقاضي حيث لا يجوز الخروج عليها^(٥).

(١) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٦٠.

(٢) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج ٣، دار القلم، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٥٠.

(٣) أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج ٣، دار الجبل، بيروت، ١٩٨٨م، ص ٢٩٦.

(٤) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٦١.

(٥) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

والأعيان المثلية قد تكون مقصودة في وقت دون وقت آخر، فمثلاً بعض عروض التجارة قد تكون حاجة صاحبها التاجر في موسم معين أكثر من حاجته إليها في موسم آخر، فلو قلنا إن المثلي يضمن بمثله أو كما يقول ابن حزم الظاهري الواجب المثل في كل شيء تالف، لكان في ذلك ضرر على التاجر الذي غصبت أمواله في الموسم وتلف أو تستهلك من الغاصب، قد لا يتم الحكم عليه بضمان المثل إلا بعد فوات الموسم وحينئذ تكون الأسعار قد انخفضت، وبذلك يكون إلزام الغاصب بالمثل غير عادل لعدم تحقق جبر الضرر بعكس ما لو تم الحكم على الغاصب بالقيمة الموفرة أي بأعلى قيمة للشيء من يوم الغصب إلى يوم التسليم^(١)، ولهذا نجد بعض فقهاء المالكية القائلين بأن الواجب ضمان المثلي بمثله والقيمي بقيمته قد خرجوا عن هذه القاعدة زعماً منهم إن التقيد بها لا يحقق العدل، وهو جبر الضرر ويرى أحد فقهاء المالكية إذا غصب المثلي يوم الغلاء فرخص بعد ذلك لمالكه أخذ قيمته يوم الغصب^(٢).

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في موضوع غصب المال المثلي نحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء الذي يرى بالحكم على الغاصب المثل بالمثل في حالة هلاك المغصوب لأي سبب من الأسباب وذلك لقوة الأدلة التي يستندون إليها، يضاف إلى ذلك إن القضاء بالمثل يكون في موضع الغصب لتحميل الغاصب أضرار الانتقال بالمغصوب وتحمل المؤونة وهو أحق بتحملها لعدوانه، أما في حالة الحكم على الغاصب بالقيمة فليس فيه تحميل الغاصب لهذه التكاليف^(٣).

ثالثاً: حالة انقطاع المال المثلي

إذا تلف المغصوب وكان من ذوات الأمثال يجب على الغاصب رد مثله، ولكن قد يحدث أن لا يوجد المثل، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بانقطاع المثل، وعرفه أحد فقهاء الحنفية بأنه لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت^(٤)، وعرفه أحد فقهاء الشافعية بأنه لا يوجد

(١) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

(٢) الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤٥.

(٣) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٣٩.

(٤) ابن الهمام، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٢٠.

المغصوب في بلد الغصب^(١)، وعرفه أحد فقهاء الحنابلة بأنه وإن أعوز المثل في البلد أو حوله لعدم أو بُعد أو غلاء^(٢).

والسؤال المطروح هنا إذا انقطع المثل هل تجب قيمته على الفور أو على المغصوب منه الانتظار؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذه السؤال، فيرى جمهور الفقهاء على الغاصب قيمة مثل المغصوب على الفور^(٣)، ويرى بعض فقهاء الحنفية والظاهرية للمغصوب منه إمهال الغاصب حتى يوجد المثل، كما له أخذ قيمة المغصوب^(٤)، ويرى فقهاء المالكية على المغصوب منه الصبر حتى يوجد بدله من المثل كفاكهة غصبها في وقت ظهورها ثم انعدمت، ويقضى عليه به لوجود الفاكهة في العام المقبل، وله أخذ ثمن المثلي من الغاصب في غير بلد الغصب إن عجل دفع الثمن^(٥).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في وجوب أخذ قيمة المثل عند انقطاعه رفعا للضرر الواقع على المغصوب منه، لأن القيمة أحد البدلين، وهي تجب بالاتفاق إذا تعذر رد المثل، وأما رأي فقهاء المالكية في وجوب الصبر حتى يوجد المثل يرتب أضرار على المغصوب منه^(٦).

وقد اختلف الفقهاء أيضاً في مسألة بيان الوقت الذي تقدر فيه قيمة انقطاع المال المثلي من السوق ولهم في ذلك ثلاثة آراء:

(١) النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠.

(٢) البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٧.

(٣) محمد بن محمود البابرني، شرح العناية على الهداية، ج ٩، ط ٢، دار الفكر، ١٩٧٧م، ص ٣١٨. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٧. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٥. الحلي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٩.

(٤) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٢. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٤٠.

(٥) محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تأريخ الفقه الإسلامي، ج ٢، مطبعة إدارة المعارف، ١٣٤٠هـ، ص ٧٧.

(٦) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٤٤.

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة وفقهاء الزيدية ورأي عند الشافعية أنَّ قيمة المال المثلي المنقطع يوم الخصومة والمطالبة^(١)، وقد استدلوا على ذلك بأن الواجب كان رد المغصوب ولتعذر الرد يلزم الغاصب بالمثل، والمثل نوعان المثل كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار الأصل في ضمان العدوان والمثل القاصر وهو المثل معنى، وهو القيمة، وضمان القاصر لا يكون مشروعاً مع احتمال وجود الأصل، وتُعتبر قيمته يوم الخصومة والمطالبة.

الرأي الثاني: يرى فقهاء المالكية والإمامية والاباضية وأبي يوسف من الحنفية أنَّ قيمة المال المثلي المنقطع يوم الغصب، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الحكم بالضمان يتحقق من وقت وجود سببه والسبب هو الغصب فتكون القيمة يوم الغصب، لكي لا يتغير بتغير السعر ارتفاعاً ونزولاً^(٢).

الرأي الثالث: يرى فقهاء الحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية ورأي عند الشافعية أنَّ قيمة المال المثلي يوم الانقطاع^(٣)، ودليلهم إن الواجب على الغاصب المثل ويُصار إلى القيمة للتعذر الذي حصل بسبب الانقطاع، فتُعتبر قيمة المثلي يوم الانقطاع كما لو استهلكه الغاصب في ذلك الوقت^(٤)، وسبب اختلاف الفقهاء في مسألة بيان الوقت الذي تقدر فيه قيمة انقطاع المال المثلي المثلي من الأسواق ما هو إلا نتيجة لعدم وجود دليل شرعي ملزم، ولأن الغرض من الضمان هو جبر الضرر، فالأحوط في صالح المالك بوصفه معتدى عليه وتحميلاً للغاصب بوصفه المعتدي

(١) الكاساني، مصدر سابق، ج ٩، ص ٤٤٢٢. داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٧. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠.

(٢) أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج ٤، ط ٢، دار البشائر الإسلامية، ١٩٩٦م، ص ١٧٧. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج ٣، بلا سنة طبع، ص ٢٤٠. الحلي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣٩. اطفيش، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٤٢.

(٣) وفي المذهب الشافعي عدة أقوال الأصح منها ما ذكره أحد الفقهاء إنه يجب الأكثر قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف، وفي المذهب الحنبلي عدة أقوال أيضاً منها إن الواجب قيمة المثل يوم اعوازه. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣٠٩ و ٣١٠.

(٤) الكاساني، مصدر سابق، ج ٩، ص ٤٤٢٢. داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٧. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٧. ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠٨. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٠.

إن يترك الخيار للمالك بين أمرين أما المطالبة بالأكثر قيمة من يوم الغصب إلى يوم الوفاء أو الانتظار إلى حين وجود المثل^(١).

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الثاني في جعل قيمة المثلي المنقطع يوم الغصب، وذلك لأن الحكم يبنى على أصل السبب وحده، ولأنه قد لا يبقى شيء من نوعه يوم الخصومة، إضافة إلى إن القيمة تتأثر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدم هذا متعذر أو متعسر، فإذا لم يكن موجوداً في السوق فهو متعذر، وإن كان موجوداً في البيوت فهو متعسر^(٢).

الفرع الثاني: ضمان المال المغصوب القيمي

للكلام عن ضمان المال القيمي في الفقه الإسلامي لابد من تعريف الشيء القيمي ثم التطرق لضمان المال القيمي ووقت تقدير المال القيمي التالف وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف المال القيمي

القيمة في اللغة: الثمن الذي يقاوم به المتاع أي يقوم مقامه وجمعها قيم، وقام المتاع بكذا أي تعدلت قيمته به^(٣)، وقوم السلعة واستقامها أي قدرها ثمنها^(٤)، وفي قوله تعالى "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا"^(٥)، يقول أحد الشراح المعنى جعلها الله قيمة الأشياء فيها يقوم أمركم^(٦)، وقيمة الشيء قدر ماليته بالدراهم والدنانير بتقويم المقومين^(٧).

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٢) د. حامد الفقي، المصدر نفسه، ص ١٤٧.

(٣) أحمد المقرئ، مصدر سابق، ج ٢، ص ٥٢٠.

(٤) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج ٢، ط ١، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التأريخ العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٥١٦.

(٥) سورة النساء: الآية ٥.

(٦) أبو إسحاق إبراهيم بن السري الزجاج، معاني القرآن وإعرابه، ج ٢، ط ١، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٨م، ص ١٤.

(٧) د. إسماعيل العيساوي، مصدر سابق، ص ٤٦٤.

والقيمي في اصطلاح الفقهاء: هو ما لا يوجد له مثيل في الأسواق أو يوجد في الأسواق ولكن مع التفاوت في القيمة وأفراده لا يقوم بعضها مقام بعض^(١)، فجاء عن فقهاء الاحناف القيمي كالعدي المتفاوت مثل الثياب والحيوان، والمثلي المخلوط بخلاف جنسه مثل البر المخلوط بالشعير، والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالأواني المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية وتجعله نادراً بالنسبة إلى أصله مثل القدر والإبريق^(٢).

وأضاف فقهاء الحنابلة وأحد فقهاء المالكية إن كان الموزون المثلي دخلته صنعه مباحة كمعمول ذهب وفضة من أساور وخلائيل وكمعمول نحاس وورصاص ومغزول صوف وكتان وقطن أو كان تبرأ تخالف قيمته وزنه بزيادة أو نقص ضمن قيمته والمصنوع من أحد النقدين قوم بالآخر^(٣)، ومن أمثلة القيمي كل الأشياء القائمة على التغير في النوع أو في القيمة أو فيهما معاً كالحيوانات المتفاوتة الأحاد من الخيل والإبل والبقر والغنم ونحوها، وكذلك الدور والمصنوعات اليدوية من حلي وأدوات وأثاث منزلي التي تتفاوت في أوصافها ومقوماتها ويتميز كل فرد منها بصفات لا توجد في غيره حتى أصبح له قيمة خاصة به^(٤)، وفي النتيجة إن المال القيمي في نظر الفقهاء هو:

- ١- ما تتفاوت آحاده وأفراده كالثياب والدواب والأشجار والنخيل.
- ٢- المثلي المخلوط بخلاف جنسه كالبر المخلوط بالشعير فيكون ضمانه بالقيمة.
- ٣- الأواني المصنوعة التي أخرجتها الصنعة المباحة كمعمول ذهب وفضة ومعمول نحاس وورصاص.
- ٤- إذا كان تبرأ تخالف قيمته وزنه بزيادة أو نقص فيضمن قيمته.
- ٥- المصنوع إذا كان من أحد النقدين كالذهب والفضة فيقوم أحدهما بالآخر منعاً للربا.

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٢) داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٧.

(٣) البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٨.

(٤) د. إسماعيل العيساوي، مصدر سابق، ص ٤٦٨.

٦- إذا كان المصنوع فيه صنعه محرمة كأواني الذهب فيضمن بوزنه فقط لأن الصنعة المحرمة لا اعتبار لها^(١)، وهنالك حالات ينقلب فيها المثلي إلى قيمي وهي الآتي:

١- الأشياء المركبة من أنواع مختلفة التي تصدرها مصانع متخصصة، حيث إن كل جزء يماثل الآخر كالأدوية وأنواع الحلويات فهي مثلية وإلا تُعتبر قيميّة، والأمر يرجع في جميع الأحوال إلى أهل الخبرة^(٢).

٢- إذا تعيب المثلي أو استعمل فأصبح بحالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله، فإنه ينقلب قيمياً كالأدوات والآلات والسيارات بعد استعمالها، وذلك لتغير أوصافها وقيمتها.

٣- إذا انعدم المثلي من الأسواق حتى صار مفقوداً أو غير متداول بين الناس، فإنه في هذه الحالة يكون في حكم القيمي.

٤- إذا أحاط المثلي وأشرف على التلف فإنه يصبح في هذه الحالة قيمياً كالأموال التي أحاط بها الحريق أو المشحونة في سفينة جنحت إلى الغرق، فهذه الأموال في حالتها الخطرة لم تبقى مماثلة لأمثالها السليمة من الأخطار وإنما أصبحت لها قيمة خاصة.

٥- قد يرجع التفاوت بين المثليات إلى أمور اعتبارية كالمقتنيات الشخصية التي تعود للعظماء أو حكام أو شخصيات مرموقة ترتفع قيمتها ارتفاعاً ملحوظاً، فهذه الأشياء لا يمكن النظر إلى مثليتها في الأسواق بل لما ارتبط بها من حدث أو شخصية مرموقة استخدمتها يكسبه ذلك قيمة عظيمة تفوق قيم أمثاله في السوق^(٣).

ثانياً: اختلاف الفقهاء في ضمان المغصوب القيمي

وهنا يمكن طرح السؤال الآتي: مال الحكم إذا غصب الغاصب مالاً قيمياً وتعذر رده لتلفه أو تغيرت صفاته؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ولهم رأيان:

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٢) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٨٧. ابن عابدين، مصدر سابق، ج ٥، ص ١١٧.

(٣) علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٣٩. علي حيدر، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٠٩. د. إسماعيل العيسوي، مصدر سابق، ص ٤٧٣.

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء يلزم الغاصب بضمان قيمة المغصوب القيمي إذا تلف أو اتلفه الغاصب أو غيره، وعليه أجرته إذا كانت له منفعة من وقت الغصب إلى وقت التلف^(١)، وقد استدلووا على رأيهم هذا بالأدلة الآتية:

١ - **السنة النبوية:** لما روي أن الرسول (ص وآله) قال: "من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق"^(٢)، ولما يروى أن الرسول (ص وآله) قال: "من أعتق شقصاً له في عبد فخلصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه"^(٣).

ووجه الدلالة بالحديثين أن الرسول (ص وآله) أمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق، وهذا نص صريح على جعل القيمة فيما لا مثل له، حيث أوجب قيمته على المعتق إذا كان موسراً وعلى العبد إن كان معسراً، ويرى أحد فقهاء الحنابلة إن التضمين الذي تضمنه الحديثان ليس من باب تضمين المتلفات، بل هو من باب تملك الإنسان مال غيره بقيمته، وإن نصيب الشريك يملكه المعتق، وإن المعتق نصيبه من عبد بينه وبين آخر لم يستهلك شيئاً ولا غصب شيئاً ولا تعدى أصلاً بل أعتق حصته التي أباح الله له عتقها^(٤)، ويدفع هذا بأن الإلتاف يطلق أيضاً على إخراج الشيء من ملك صاحبه والمعتق لم يتعد ولكنّه بعثه حصته تسبب في إخراج العبد من يد شريكه، لذا ألزمه الرسول (ص وآله) القيمة ولم يلزمه المثل^(٥).

٢ - **المعقول:** قال فقهاء الحنفية تراعى المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الإمكان، لتعذر الحصول على الجنس، ويرى أحد فقهاء المالكية إن ما تختلف أجزاؤه تتعذر فيه المماثلة، وقد يكون زائداً يظلم به الغاصب أو ناقصاً يُظلم به المغصوب منه، والقيمة فيها عدل للطرفين،

(١) داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٧. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤٥. الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤١٧. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٨. الحلي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٠. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٤.

(٢) ابن مسلم القشيري، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١٣٥.

(٣) ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨٥.

(٤) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٠.

(٥) د. سليمان محمد الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط ١، مطبعة السعادة، ١٩٨٥م، ص ٥٧٨.

ويرى أحد فقهاء الحنابلة الواجب هو المثل صورة ومعنى ولأن القيمي لا مثل له في الصورة والمعنى فيجب المثل معنى وهو القيمة^(١).

الرأي الثاني: يرى بعض الفقهاء إذا تلف القيمي يلزم الغاصب بضمان المثل من جنسه^(٢)، وقد استدلو على رأيهم هذا بالأدلة الآتية:

١- **الكتاب:** كما في قوله تعالى "فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ"^(٣)، ووجه الدلالة بهذه الآية الكريمة إنها عامة في جميع الأشياء التالفة سواء كانت مثلية أو قيمية، والضمان يكون بالمثل فلا يعدل إلى القيمة إلا في حالة عدم المثل^(٤)، وبهذا الصدد يرد أحد الشراح أن المثل ينقسم إلى قسمين: المثل في الجنس صورة ومعنى، وذلك في ضمان المثليات، والمثل معنى وهو القيمة وذلك في ضمان القيميات^(٥).

٢- **السنة النبوية:** لما روي إن عائشة قالت "ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفيه صنعت لرسول الله (ص وآله) طعاماً، وهو في بيتي فأخذني أفكل وارتعدت من شدة الغيرة، وكسرت الإناء ثم ندمت فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ قال: إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام"^(٦). ووجه الدلالة بالحديث حكم الرسول (ص وآله) في الإناء وهو قيمي والطعام بمثله^(٧)، ويرى أحد الفقهاء في الحديث دليل على إن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بالقيمة إلا في حالة عدم وجود المثل^(٨)، بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة مالو غصب الغاصب مالاً قيمياً وتعذر رده لتلفه أو تغيرت صفاته، نحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء، وذلك لقوة الأدلة التي

(١) داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٧. الماوردي، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤١٨. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٨.

(٢) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٢٦.

(٤) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٣٤.

(٥) د. سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ٥٨٣.

(٦) البخاري، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٤٨.

(٧) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٨) الشوكاني، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٢٣.

يستندون إليها وضعف الأدلة التي يستند إليها أصحاب الرأي الثاني المخالف لرأي الجمهور لاحتمال صحتها، والدليل إذا تطرق له الاحتمال سقط به الاستدلال^(١).

ثالثاً: وقت تقدير المال القيمي التالف

اختلف الفقهاء في وقت تقدير المال القيمي التالف على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء إن المال القيمي إذا تلف عند الغاصب، يلزم بأداء قيمته يوم الغصب، ودليلهم في ذلك إن الغاصب يضمن قيمة المغصوب القيمي التالف يوم الغصب، لأنه وقت وجود الضمان، والحكم بالضمان يضاف إلى وجود السبب، ولا يتغير بعده بسبب تغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير ولم يتغير محل الضمان^(٢).

الرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية وبعض الحنابلة ورأي عند الزيدية ورأي عند الإمامية تضمين الغاصب في المال القيمي التالف أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، ودليلهم بأن الغاصب إذا تلف المغصوب القيمي عنده فيضمن أعلى قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف، لأنه في حالة زيادة القيمة والغاصب مطالب بالرد في كل وقت، فإذا لم يرد ضمن البدل بأوفر قيمة وصل إليها ويكون الضمان من نقد البلد^(٣).

ويميل أحد الشراح إلى هذا الرأي لقوة حجته، ففيه مراعاة لجانب المضرور، لأن المال القيمي لو لم يغصب لاستطاع مالكة أن يبيعه عند ارتفاع قيمته بالسعر المرتفع، ولذا على القاضي عند تقديره للقيمة أن يستعين برأي أهل الخبرة المختصين الذين لهم دراية بالقيمة السوقية للمال محل النزاع^(٤).

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٢) المرغيناني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٢. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤٧. اطفيش، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤٤٢. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٠. العنسي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٦٧.

(٣) المرداوي، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٩٥. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٦. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٥. الحلبي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٠.

(٤) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣١١.

الرأي الثالث: يرى فقهاء الحنابلة إن الغاصب يضمن قيمة المال القيمي التالف يوم التلف، وقد استدلوا على رأيهم بضمان المغصوب القيمي يوم التلف، لأنه الوقت الذي تعذر فيه رد العين المغصوبة وانتقل فيه الضمان إلى القيمة^(١).

وبعد عرض آراء الفقهاء والأدلة التي استدلوا بها في وقت تقدير المال القيمي التالف نحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء وهو ضمان المغصوب القيمي التالف يوم الغصب، لأنه يوم التعدي والدخول في الضمان فتقدر قيمته في هذا اليوم^(٢).

الفرع الثالث: كسب الملكية بالضمان

لا خلاف بين الفقهاء في إسناد ملكية المال المغصوب لمالكه أثناء حيازة الغاصب له شريطة استجماع الشروط الآتية:

- ١- إمكان رد المغصوب لمالكه من دون ضرر يلحق بالغاصب أو غيره.
 - ٢- عدم اختلاط المغصوب بغيره.
 - ٣- سلامة المغصوب من التعيب الفاحش الذي يجعله على غير ما كان عليه في وصفه أو في أصله أو المنفعة المقصودة منه^(٣).
- ويبدو إنهم اختلفوا في ملكية الغاصب للمال المغصوب بالضمان إذا اختل فيه أحد هذه الشروط وانقسموا في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إمكان تملك الغاصب للمغصوب سواء كان قد غيره أم غيبه عن مالكه وسواء أعطى قيمته للمغصوب منه أم لا، وإذا ظهر المال المغصوب بيده

(١) البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٨. المرداوي، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٩٤.

(٢) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٣) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

سالمًا أو ناقصًا أو متغيرًا كان لمالكه أخذه بزيادته وارش نقصه^(١)، ويستدل جمهور الفقهاء على رأيهم هذا بالآتي:

١- أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع، فلا يصح تملكه بالضمان.

٢- أن تملك المغصوب منه للبذل وعدم تملك الغاصب للمال المغصوب ليس معناه جمع البذل والمبذل، لأن المغصوب منه ملك القيمة للحيلولة لا على سبيل العوض، فإذا رد المغصوب إليه رد القيمة إلى الغاصب.

٣- روي أن الرسول (ص وآله) قال "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"، وقوله (ص وآله) "المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه"، ولا تطيب نفس المغصوب منه بتغيير ماله أو تغيبه، فوجب أن لا يحل ولا يملكه الغاصب^(٢).

الرأي الثاني: يرى فقهاء المالكية إذا حصل مفوت للشيء باستهلاكه أو إتلافه انتقل إلى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته^(٣)، ويرى أحد الشراح هذا يعني إن فقهاء المالكية يقرون انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بالمثل أو القيمة ولو لم يرد الواجب عليه إلى المالك، وفي النتيجة بحسب مذهب المالكية إذا غصب إنسان خيطاً وخاط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه رد المثل أو القيمة وانتقل إليه ملك المغصوب^(٤).

(١) فيرى فقهاء الشافعية إن الغاصب لا يملك المال المغصوب، فإن ظهر بعد تغيبه وجب رده لمالكه فإن رده الغاصب وجب على المغصوب منه رد البذل، لأنه ملكه بالحيلولة بينه وبين ماله، أما إذا زالت الحيلولة فقد وجب رده، ويرى فقهاء الحنابلة لو غصب الغاصب غزلاً فنسجه أو حديدًا فضربه سيفاً أو ما إلى ذلك، يلزم برده بزيادته وارش نقصه ولا شيء له، ويرى فقهاء الظاهرية والإمامية من غصب منه شيئاً كان عليه رده وإن يرد مثل ما نقص من صفاته ولا يجوز له أن يعطي المغصوب للغاصب. الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٦٨. ابن النجار، مصدر سابق، ج ١، ص ٥١٢. ابن حزم، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٦٥.

(٢) يوسف محسن محمد علي، الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة بغداد، ١٩٧٨م، ص ١١١.

(٣) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج ٢، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ٢٣٩.

(٤) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

الرأي الثالث: يرى أبو حنيفة إذا غصب شخص من آخر شيئاً وغيره تغييراً بسيطاً كما لو كان فضةً أو ذهباً فضريه دراهم أو دنانير أو آنية، فإن المغصوب باقٍ لمالكه وله الحق في استرداده متى شاء، لأن العين باقية من كل وجه والصفة فيها غير متقومة، ويرى أبو يوسف ومحمد إن الغاصب يملك العين وعليه مثلها، لأنه أحدث فيها صنعة معتبرة، فأصبح حق المالك هالكاً من وجه، أما إذا كان المغصوب شيئاً آخر فغيره حتى زال اسمه أو معظم صفاته كما لو كان حنطة فطحنها دقيقاً أو شاة فذبحها، فإن كل من أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف متفقون على أن الغاصب يملك المال المغصوب بالضمان^(١)، وقد استدلوا على تملك الغاصب للمغصوب بالآتي:

١- أن الضمان بدل العين وإنما يقضي به جبراناً لها والجبران يستدعي الفوات أي فوات العين المغصوبة من يد المالك، لأن الجبر إنما يكون للغائب وليس للقائم، وعليه فإن القضاء بقيمة العين المغصوب انعدام ملك المالك في عين ماله.

٢- أن الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب أو قيمته بمجرد وقوع الغصب، فلو لم نقل بزوال ملك المغصوب لم يكن الاعتداد قد وقع بالمثل، فلزم من ذلك زوال ملك المغصوب منه عن المغصوب وانتقال الملكية للغاصب.

٣- إذا كان المغصوب منه يملك الضمان، لأنه بدل ماله المغصوب ولم تزول ملكيته عن المغصوب، وهذا يعني اجتماع البذل والمبدل منه في يده وهو غير جائز، لذا لزم انتقال ملكية المغصوب إلى الغاصب^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء كما اختلفوا في مسألة تملك الغاصب للمغصوب بالضمان فإنهم اختلفوا أيضاً في المسائل الآتية:

١- صفة الملك الثابت للغاصب في المال المغصوب قبل أداء الضمان، إذ ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى التفريق بين تصرفات الغاصب ببيع المغصوب أو هبته أو التصديق به وبين أن ينتفع الغاصب بالمغصوب بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره، وقالوا لا يحل له ذلك حتى يرضى

(١) المرغنياني، مصدر سابق، ج ٤، ص ١١ و ص ١٣ و ص ١٤.

(٢) يوسف محسن، مصدر سابق، ص ١٠٩.

صاحبه، لأن الانتفاع بالحلال الطيب لا يكون إلا بالملك المطلق، وهذا الملك فيه شبهه، لأنه حصل بسبب محذور أو بالأحرى وقع محظوراً ابتداءً^(١)، وإن إباحة الانتفاع قبل الرضا يؤدي إلى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز، وقال أبو يوسف يحل له الانتفاع قبل رضا صاحبه، لأن المغصوب مضمون فهو مملوك للغاصب من وقت الغصب فلا معنى للامتناع عن الانتفاع وتوقيف الحلية على رضا المالك الأول توقيف على رضا غير المالك الفعلي^(٢).

٢- شروط ثبوت الملك في المال المغصوب، وهو عند أبو حنيفة اختيار الضمان من المغصوب منه وقبل ذلك لا يكون المغصوب ملكاً للغاصب بل في حكم ملكه فقط، وعند أبو يوسف ومحمد إن اختيار المغصوب منه ليس شرطاً وإن ملكية الغاصب تثبت قبل الاختيار بمجرد وقوع الغصب، وفي هذا الوقت يملك المغصوب منه الضمان ويملك الغاصب المال المغصوب^(٣).

وقد وزن جانب من الفقه بين الآراء المتقدمة أي بين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وفقهاء المالكية والحنفية^(٤)، وذلك في الأمور الآتية:

١- الغاصب لا يملك المغصوب بالضمان عند جمهور الفقهاء إلا في بعض الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة، خلافاً لفقهاء الحنفية الذين اسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان منعاً لاجتماع البذل والمبدل في ملك المغصوب منه، وفقهاء المالكية أقرب من فقهاء الحنفية في ذلك.

٢- اسناد ملكية الغاصب للمال المغصوب إلى وقت الغصب عند فقهاء الاحناف وإلى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور، ويترتب على هذا الاختلاف اختلافهم في حل الاكساب والمنافع من المغصوب.

(١) الكاساني، مصدر سابق، ج٧، ص١٥٣.

(٢) السرخسي، مصدر سابق، ج١١، ص٦٨.

(٣) الزيلعي، مصدر سابق، ج٥، ص٢٢٩.

(٤) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص٣٠٦.

٣- الضمان عند جمهور الفقهاء في مقابل فوات اليد المحقة، ولا ينتقل الملك بوجوبه، لأن الفوات لا يصلح سبباً شرعياً لهذا النقل، أما عند فقهاء الحنفية فإن سبب الضمان هو تعذر رد العين المغصوبة^(١).

والسؤال المطروح هنا: هل توجد حالات بتحقيق واحدة منها يسقط الضمان عن الغاصب؟ للإجابة على هذا السؤال نقول يسقط الضمان عن الغاصب في الحالات الآتية:

أولاً: أداء الضمان إلى المغصوب منه

إذا قام الغاصب بأداء الضمان إلى المغصوب منه أو من يقوم مقامه عندئذ يبرأ من الضمان ويصبح المغصوب ملكاً له، لأن الأصل في طريق الخروج عن الواجب هو أدائه ويكون ذلك بحكم القاضي أو بالتراضي^(٢).

ثانياً: الإبراء

وهو إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر كإسقاط الدائن دينه من ذمة مدينه وكإبراء الغاصب من العين المغصوبة^(٣)، والإبراء نوعان: أما صريح وأما دلالة (ضمني)، فالإبراء الصريح: كأن يقول المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الضمان أو أسقطه عنك أو وهبته لك وما شابه ذلك، فببراً الغاصب من الضمان، لأن المغصوب منه أسقط حقه، وهو من أهل الإسقاط والتبرع والمحل قابل للسقوط فيسقط، والإبراء دلالة: كما لو كان الغاصب أكثر من واحد فيختار المالك تضمين أحد الغاصبين فببراً الآخر دلالة، لأن اختياره تضمين أحدهما إبراء للآخر دلالة، ولو أبرأ المالك الغاصب عن ضمان العين وهي قائمة في يد الغاصب صح الإبراء وسقط عنه الضمان^(٤).

(١) د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٨٤.

(٢) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٣) د. محمد الزحيلي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٢٦.

(٤) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٥١. علي حيدر، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٦. النووي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٦٧. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٦.

ثالثاً: هبة المغصوب

إذا قام الغاصب بهبة المغصوب لمالكه يبرأ من الضمان، لأنه قد سلمه إليه تسليماً صحيحاً، وزالت يد الغاصب عن عين مال المالك^(١)، ومما يُلاحظ هنا أن الهبة شيء وتسليم المغصوب لمالكه شيء آخر، وأن الغاصب ليس مالكاً للمغصوب حتى يقوم بهبته للمغصوب منه.

رابعاً: رهن المغصوب وإيداعه وإجارته

إذا غصب الغاصب من رجل شيئاً، ثم رهنه عنده أو أودعه أو أجره له، وتلف عنده، فإن علم المغصوب منه أنه ملكه برئ الغاصب من الضمان، لأنه أعاده إلى يده وسلطانه، وإن لم يعلم المغصوب منه بذلك ففيه وجهان، الأول: سقوط الضمان عن الغاصب لعودة المغصوب إلى مالكه، والثاني: لا يبرأ من الضمان، لأنه قبض المغصوب على إنه أمانة عنده^(٢)، ويرى أحد الشراح أن المغصوب منه إذا كان يعلم أن المال الذي استأجره أو تم إيداعه أو رهنه عنده هو ماله المغصوب يسقط الضمان عن الغاصب وإذا كان لا يعلم بذلك فلا يسقط الضمان عنه^(٣).

خامساً: عدم تقوم المغصوب

يسقط الضمان عن الغاصب إذا كان المغصوب غير متقوم، فإذا غصب الذمي خمرًا لذمي وأتلفه، وحكم القاضي للمدعي بمثله، ثم أسلم فلا شيء على المتلف، لأن الخمر صار مال غير متقوم في حق المدعي وبإسلامه صار مبرئاً للمتلف عما كان في ذمته من الخمر، وكذلك الحال لو أسلم معاً أي المطالب والمتلف^(٤).

(١) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) ابن قدامه، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢١٩. البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٣. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٧٩.

(٣) د. حامد الفقي، المصدر السابق، ص ١٦١.

(٤) داماد أفندي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٧.

المطلب الثاني: ضمان المال المغصوب في القانون

أن المعنى الذي يتعلق ببحثنا فيما يتعلق بضمان المال المغصوب في القانون هو رد مثل الهالك إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً، لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول ضمان المال المغصوب المثلي، وفي الفرع الثاني ضمان المال المغصوب القيمي، وفي الفرع الثالث كسب الملكية بالضمان، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: ضمان المال المغصوب المثلي

للكلام عن ضمان المال المثلي في القانون المدني لابد من تعريف الشيء المثلي وبيان حكم ضمان المال المثلي في حالة هلاكه أو تلفه، ومن ثم التطرق إلى حالة انقطاع المال المثلي وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف الشيء المثلي

نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٤) من القانون المدني العراقي على إنه " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن"، وتنص المادة (٨٥) من القانون المدني المصري على إنه " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن"، وتنص المادة (١٢٤٦) من القانون المدني الفرنسي على إنه " إذا تناول الدين عيناً غير محددة إلا بنوعها فلا يلزم المدين لكي يبرأ ذمته من الدين بإعطائها الأفضل ولكن لا يمكن تقديمها من النوع الأسوأ"، ونصت الفقرة الأولى من المادة (٥٦) من القانون المدني الأردني على إنه " الأشياء المثلية هي ما تماثلت أحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يُعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن"، وقد نصت المادة (١١٧) من القانون المدني اليمني على إنه " ينقسم المال إلى أشياء مثلية وأشياء قيميّة، فالأشياء المثلية تتماثل أحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الذرع أو الكيل أو الوزن وما عدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمي (غير مثلي)".

والأشياء المثلية هي الأشياء التي يوجد لها نظير من جنسها مساوٍ أو مقارب لها في القيمة^(١)، وهي الأشياء التي يوجد لها نظائر متماثلة في الأسواق ولا تتفاوت أحادها أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يُعتد به وكل ما يصح أن يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وبالنظر لتماثل أحادها أو تشابهها تقدر عادة في التعامل بالكيل كالحنطة والرز أو بالعد كالنقود والبيض أو بالوزن كالذهب والفضة أو بالمقياس كالقمماش وبعض أنواع الخيوط والحبال، وتفترض المثلية انتماء الأشياء إلى نوع واحد ولهذا تسمى الأشياء المثلية بالأشياء المعينة بالنوع، فلا بد من تماثل أفراد هذا النوع فإذا تساوت المقادير من النوع نفسه فإنها لا تتفاوت في القيمة تفاوتاً يُعتد به، وينبغي إلى جانب ذلك حتى يُعتبر الشيء مثلياً أن يوجد فعلاً ما يماثله في الأسواق، فإذا لم يوجد مثله في الأسواق بسبب انعدامه أو ندرته فإنه يصبح قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئاً مثلياً^(٢)، ويتبين من ذلك أن الشيء المثلي يتميز بالآتي:

- ١- أن الشيء المثلي لا يكون شيئاً مثلياً في ذاته بل بالمقياس إلى شيء آخر مثله.
- ٢- أن الشيء المثلي يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس ولا تتفاوت أحاده تفاوتاً يُعتد به بل تتماثل فيقوم بعضها مقام بعضها الآخر^(٣).

ثانياً: حكم ضمان المال المثلي

نظم المشرع العراقي حكم ضمان المال المغصوب في المادة (١٩٣) من القانون المدني التي نصت على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلّفه كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه"، وهذه المادة تطرقت لمسألة حكم المغصوب إذا استهلكه الغاصب أو إذا هلك بيد الغاصب كله أو بعضه، والحكم هنا أمران وجوب الضمان على الغاصب وتملك الغاصب للمضمون، ويكون الضمان بحسب كون المال المغصوب مثلياً أو

(١) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ج ١، ص ٩١.

وانظر في ذلك:

Guillaud (L) Traitred la vente en droit belge , 1960 p.912.no188.

(٢) غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢١. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٤٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٧٣.

قيماً، فالمغصوب إن كان مثلياً فعلى الغاصب مثله في مكان الغصب، ولكن إذا صادف المغصوب منه الغاصب في مكان آخر فهو مخير بين أخذ المثل هنالك أو تكليف الغاصب بتسليمه إياه في مكان الغصب، وإذا انقطع المثل لزم الغاصب أداء قيمة المغصوب يوم الغصب، وأما إذا كان المغصوب قيمياً وجب على الغاصب أداء قيمته يوم الغصب، ويُعتبر الغاصب مالاً للمغصوب من حين الغصب وبأثر رجعي، ويتفرع على هذا أن الغاصب لو كان قد باع المغصوب ثم ضمنه يُعتبر ذلك التصرف صحيحاً نافذاً^(١).

وإن يد الحائز على الشيء الملوك للغير نوعان: يد أمانة ويد ضمان، وتكون اليد يد أمانة حين يحوز إنسان مالاً لغيره لا بقصد تملكه أو اكتساب حق عيني آخر عليه، وإنما باعتباره نائباً عن المالك أو بإذن منه، وأما يد الضمان فهي اليد التي تكون على مال شخص آخر بقصد تملكه أو اكتساب حق عيني آخر عليه، وبهذا الصدد تنص المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي على إنه " ١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك ٢- وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه"^(٢)، يتضح ومن دون أدنى شك أن يد الغاصب على العين المغصوبة يد ضمان، بل إنها أبرز صور الضمان كلها، ولهذا فإن الحكم الجوهري عند هلاك العين المغصوبة أو تلفها أو ضياعها هو إلزام الغاصب بقيمتها إن كانت قيميّة أو مثلاً إن كانت مثليّة، ولا حاجة في تطبيق هذا الحكم إلى أن يصدر عن الغاصب خطأ أو تقصير يؤدي إلى هذا التلف أو الهلاك فإن

(١) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٣٠٥ و ٣٠٦.

(٢) إذ نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٤٢٧) السابق ذكرها على الحالة التي تنقلب فيها يد الأمانة إلى يد الضمان، وجاءت هذه الفقرة لتمثل تطبيقاً قانونياً يشكل أساساً في تحول اليد إلى يد ضمان أو غصب واكتفت بحبس الشيء أو منعه عن صاحبه من دون حق، ولو بغير قصد التملك ليكون ذلك سبباً لتحقيق شروط تحول اليد، وجاء في المادة (٨٥٤) من القانون المدني العراقي تطبيقاً آخر لتحول اليد، وهو تحول المستعير من يد أمانة إلى يد ضمان إذا وضع العارية في موضع لا يملك فيه الإعارة، لأن تصرفه يكون اعتداء على الشيء المعار، وكذلك الحال ما جاء في المادة (٨٥٥) من القانون المدني العراقي إذا أجرة المستعير العارية أو رهنها بدون إذن المعير، وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٠١) من القانون المدني العراقي بقولها " الحال الذي هو مساوٍ للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدٍ يكون ضامناً ".

الخطأ الذي يتمثل في واقعة الغصب وحدها يكفي لإلزامه بالضمان، والتعويض يكون بمثل العين المغصوبة إن كانت مثلية وليس بقيمتها، وهذا الحكم أعدل وأكثر جبراً لما لحق المالك من ضرر، فقد يردده هذا الضرب من ضروب التعويض إلى الحالة نفسها التي كانت عليها قبل حدوث واقعة الغصب، فتحققت بذلك الغاية الأساسية التي يرمي إليها المشرع من وراء التعويض بشكل كامل وتام^(١).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في أحد قراراتها جاء فيه " إن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام القانون ذلك لأن المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها في الدعوى وصولاً إلى الحكم العادل والصحيح إذ إن المحكمة استندت في الحكم برد دعوى المدعية بسبب تعرض الأثاث المطالب بها إلى التلف والسرقة على أثر تفجير مرقد الإمام ولي الدين في الخالص وتهجير المدعى عليه من قبل الزمر الإرهابية من مسكنه في قضاء الخالص من دون أن تلاحظ إن المدعية ادعت إن المدعى عليه قد هجرها قبل أكثر من ثلاث سنوات، وإنها تركت أثاثها المطالب بها في دار الزوجية التي يشغلها مع زوجته الأخرى، وحيث إن التقاليد السائدة في المجتمع إن كل من الزوجين ينتفع ويستعمل الأثاث العائدة له في الدار الزوجية وإن كل من الزوجين ينتفع ويستعمل الأثاث العائدة إلى الزوج الآخر وبموافقته خلال الحياة الزوجية ويُعتبر ذلك بمثابة إباحة من أحد الزوجين للزوج الآخر، إلا إن الإباحة تنتهي بمجرد حصول الفرقة بين الزوجين لأي سبب أو بقيام الزوج مالك الأثاث بمطالبة الزوج الآخر بإعادة الأثاث له ومن المعلوم إن يد الزوج على أثاث زوجته خلال فترة الإباحة هي يد أمانة إذ إنه يُعتبر أميناً عليها وإن يده تصبح غاصبة عند انتهاء تلك الإباحة، وحيث إن الأمانة غير مضمومة على الأمين بالهلاك سواء أكان السبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعدي أو تقصير منه عملاً بالمادة ٢/٩٥٠ من القانون المدني في حين إن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه طبقاً لأحكام المادة ١٩٣ من القانون المدني، لذلك فإن المتعين على المحكمة التحقق عما إذا كانت المدعية قد طالبت بالأثاث موضوع الدعوى قبل حادث التفجير والتهجير المدعى بهما، وإن المدعى عليه قد امتنع عن إعادتها أم لا، فإذا تبين إن المدعى عليه قد امتنع عن إعادة تلك الأثاث قبل ذلك

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

فإن يده غاصبة، ويضمن قيمة الأثاث المطالب بها وإن تلفت بدون تعدٍ منه وبخلاف ذلك تكون يد المدعى عليه على الأثاث المذكورة يد أمانة ولا يضمن تلفها إلا إذا كان ذلك بتعديه أو تقصيره^(١).

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يبين حكم ضمان المال المغصوب في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاء بما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، وبهذا الصدد نصت المادة (١٧١) من القانون المدني المصري على إنه " ١- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تاميناً ٢- ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض^(٢)".

يستفاد من هذا النص إن التعويض قد يكون عيناً أو نقداً، ومن التعويض العيني الحكم بتسليم كتاب مماثل على من غصب كتاباً وأتلفه، أما التعويض النقدي فهو مبلغ يقدره القاضي للمضرور، ولكن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يُصار إلى التعويض نقداً إلا إذا استحال التعويض عيناً ما لم يتفق الدائن والمدين على خلاف ذلك، وبناءً على ذلك يكون التعويض عينياً حال هلاك الشيء المغصوب أو تلفه متى كان الشيء مثلياً^(٣)، وذلك لأن الأشياء المثلية لا تنقطع عن الأسواق عادة وبمقدور الغاصب أن يأتي بشيء من النوع نفسه الذي غصبه وهلك أو تلف بفعله أو بغير فعله، أما إذا كان الشيء قيمياً يلتزم الغاصب بدفع

(١) رقم القرار ٢٩٣٣/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/١٥. أشار إليه المحامي فوزي المياحي، مصدر سابق، ص ١٧٢ وص ١٧٣.

(٢) وتقابلها المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٦٩) من القانون المدني الأردني ولا مقابل لها في القانون المدني اليمني.

(٣) وبهذا الصدد يرى الفقيه الفرنسي ديموج في مثل هذه الحالة التعويض عيناً للمالك يشتمل على معنى إعادة الحياة. ينظر في ذلك: Demogue (R.) Traite des obligations , en general , t4, paris , p.1933-1939.

التعويض وهو مبلغ من النقود يقدره القاضي عادةً طبقاً للمادة (٢٢١) من القانون المدني المصري^(١).

وأما المشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم يبين صراحةً مسألة حكم ضمان المال المغصوب في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاءً بما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي، وبهذا الصدد أشارت المادة (١٢٤٦) من القانون المدني إلى أنه "إذا تناول الدين عيناً غير محددة إلا بنوعها فلا يلزم المدين لكي يبرأ ذمته من الدين بإعطائها الأفضل ولكن لا يمكن تقديمها من النوع الأسوأ"، كما أشارت المادة (١٣٥٢) من القانون المدني إلى أنه "يتم رد الشيء مالم يكن مبلغاً من النقود عيناً وإذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"^(٢)، كما أشارت الفقرة الأولى من المادة (١٣٥٢) من القانون المدني إلى أنه "يُسال من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه".

وقد عالج المشرع الأردني حكم ضمان المال المغصوب في الفقرة الثالثة من المادة (٢٧٩) من القانون المدني التي نصت على إنه "فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وهي حالة استهلاك المال المغصوب أو إتلافه أو تلفه أو ضياعه، وهنا يحكم على الغاصب بضمان المغصوب بمثله إذا كان مثلياً وبقيمته إذا كان قيمياً، ويترتب على ذلك إن الغاصب يصبح مالكاً للمال محل الضمان ملكية تامة من تأريخ وقوع الفعل الضار المتمثل بالغصب، وليس من وقت الحكم بالضمان أو أدائه، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٠٨٥) من القانون المدني الأردني بنصها على إنه "المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً الى وقت سببه بشرط ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداءً".

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٤، ص ٧٦٢. د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص ٢٠. د. عبد الناصر العطار، مصدر سابق، ص ٢٨٥.

(٢) ويُعرف التعويض التقدي في الفقه الفرنسي بأنه مبلغ من النقود يقضي به على المسؤول سواء أكان بصدد مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية. ينظر في ذلك:

Dragur – l' execution en nature des contrats , these , paris , 1939 , p. 34 , 41 , 69 ,

وأما المادة (٢٨٧) من القانون المدني الأردني فقد نصت على إنه " حكم كل ما هو مساو للغصب في إزالة التصرف كحكم الغصب"، وهذه المادة وضعت معياراً لتحقيق الغصب وثبوته للوقائع التي لم يتم النص عليها كصورة من صور الغصب، ومن ذلك ما جاء في المادة (٢٨٤) من القانون المدني والتي نصت على إنه " من كانت في يده أمانه وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جردها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل أو القيمة"، وهذه الصورة تدخل في حالات الغصب على شكل تحول اليد من يد الأمانة إلى يد الضمان، وهذا إذن من المشرع الأردني على اعتبار مضمون هذه المادة فعلاً من أعمال الغصب، وبالتالي فإن المقصر في حفظ الأمانة أو المتعدي عليها أو الذي يمنعها عن صاحبها دون حق أو من يجردها فإنه يأخذ حكم الغاصب، وبالتالي يجب عليه ما يجب على الغاصب من ضمان، فيكون الالتزام الأول هو رد المغصوب عيناً، ولكن المشرع لم ينص في هذه المادة على الالتزام بالرد، ونص في الشرط الأخير من هذه المادة على إنه " كان ضامناً لها بالمثل أو القيمة"، وبهذا الصدد يقول أحد الشراح هذا مما نجده نقصاً، لا بل تعارضاً إذا جمعنا بين النصين وهما المادة (٢٧٩) والمادة (٢٨٤) مما يتوجب تداركه، ولاسيما أن نص المادة (٢٨٤) قد أورده المشرع الأردني تحت عنوان الغصب والتعدي وهذا يؤكد رغبة المشرع في اعتبار تطبيقات تحول اليد من صور الغصب^(١).

وعلى وفق ما تقدم قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها جاء فيه " استقر اجتهاد هذه المحكمة على إن يد المستأجر تنقلب إلى يد غاصبة بعد صدور حكم قطعي بإخلاء المأجور، لذا فإن المميز المدعى عليه والذي استمر في إشغال المأجور بعد صدور الحكم القطعي يُعتبر غاصباً من تأريخ الحكم القطعي إلى حين إخلائه له وملزماً بضمان منافعه أي أجر المثل عن تلك الفترة عملاً بأحكام المادة (٤/٢٧٩) من القانون المدني"^(٢)، وقضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه " إذا امتنع المشتري عن رد المبيع بعقد باطل تنقلب يده من يد ضمان إلى يد غصب وبصبح ملزماً بأجر مثل المبيع من تأريخ المطالبة القضائية، وهذا يعني

(١) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢٥٠ وص ٢٦٩.

(٢) رقم القرار ٢٠٠٠/٩٥٢. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص ٢٦٩.

إن يد المشتري المميز لم تتقلب من يد ضمان إلى يد غصب إلا بدءاً من تأريخ المطالبة القضائية وإنه لم يصبح ملزماً بأجر مثل المبيع إلا اعتباراً من هذا التأريخ^(١).

وأما المشرع اليمني فقد نظم حكم ضمان المال المغصوب المثلي صراحةً في المادة (١١٤٣) من القانون المدني التي نصت على إنه "يلزم الغاصب في تلف المثلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب"، وبصدد هذا النص يرى أحد الشراح في حالة الحكم على الغاصب بالمثل وانخفاض قيمة المثلي وقت رده عن قيمته وقت غصبه، يجب على القاضي أن يحكم على الغاصب بفارق السعر، لأن الغاصب قد تسبب بغصبه للشيء وتلفه في ضياع مكسب محقق على المالك، وكان بمقدور المالك أن يبيع ماله المغصوب بالسعر المرتفع لو لم يحدث الغصب، وهذا ما تقضي به القاعد العامة التي نصت عليها المادة (٣٥١) من القانون المدني اليمني بقولها "إذا لم يكن متفقاً على مقدار التعويض في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر في الوفاء به، ويُعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول وإذا كان الحق ناشئاً عن عقد فلا يحكم على الملتزم الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت العقد"^(٢).

ثالثاً: انقطاع المال المثلي

اختلف الفقه القانوني في مسألة انقطاع المغصوب المثلي، ويرى جانب من الفقه إلزام الغاصب بضمان المثل إن كان مثلياً، فإذا انقطع المثل التزم بأداء قيمة المغصوب يوم الغصب، فالأصل في ضمان المغصوب بمثله إن كان من المثليات، لأن الواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً عن الضرر، ولكن إذا تعذر وجود المثل تجب القيمة، والتعذر أما إن يكون حقيقياً حسيماً كانقطاع وجود المثل في الأسواق وإن كان موجوداً في البيوت أو حكماً كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل أو شرعي كالخمر بالنسبة للمسلم.

(١) رقم القرار ٦٦٦/هيئة عامة/١٩٨٧ في ١٩٨٨/٢/٢. أشار إليه د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣١٢.

ويرى جانب آخر المثل إذا كان موجوداً يلزم الغاصب برده وإذا انقطع المثلي من أيدي الناس والأسواق يلزم الغاصب بضمان قيمته يوم الانقطاع، لأن يوم الانقطاع هو الوقت الذي شغلت به ذمة الغاصب، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح يجب الأخذ بنظر الاعتبار تغيير الأسعار عند تعذر المثل، ويكون بأقصى القيمة من وقت الغصب إلى وقت تعذر المثل، لأن هذين الوقتين هما سبب وجوب الضمان على الغاصب^(١).

والأصل إن القاضي يقوم بتحديد الضمان بمقدار الضرر وقت وقوعه، لأن الغصب هو الذي أنشأ الحق في الضمان، وقد يتغير الضرر من حيث جسامته في المدة التي تمتد بين حدوثه وبين النطق بالحكم، لذا يجب الاعتداد بتغير قيمة الضرر، وتقدير الضمان بحسب جسامته الضرر يوم الحكم به لا يوم وقوع الفعل الضار، وإذا كان الضرر لم يتغير في حد ذاته وإنما أصاب التغير سعر النقد الذي يقدر به أو تغيرت أسعار السوق بوجه عام تكون العبرة بسعر النقد أو سعر السوق يوم النطق بالحكم، وإذا كان المضرور قد أصلح الضرر بنفسه ورجع على محدث الضرر بالضمان حكم له القاضي بما يدفعه فعلاً لإصلاح الضرر بغض النظر عن تغير سعر النقد وقت صدور الحكم^(٢)، والسؤال المطروح هنا: متى يتم تقدير قيمة المغصوب المثلي في حالة انقطاع المثل؟ وهل يلتزم الغاصب بدفع قيمة المغصوب يوم الغصب أو يوم رفع الدعوى أو يوم المطالبة أو يوم الانقطاع؟.

وللإجابة على هذا السؤال نقول إن المشرع العراقي لم ينظم هذه المسائل في النصوص الخاصة بأحكام الغصب اكتفاءً بما تقضي به القواعد العامة ومنها ما جاء في المادتين (٢٠٧) و (٢٠٨) من القانون المدني^(٣).

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٥٨ و ص ٣٥٩.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٤٩.

(٣) وتنص المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي على أنه "١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر"، وتنص المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير".

وأما المشرع المصري فإنه لم ينظم هذه المسائل في مواد خاصة مكتفياً بما تقضي به القواعد العامة ومنها ما جاء في المادة (١٧٠) من القانون المدني^(١)، مع ملاحظة إنه لم ينظم أحكام الغصب بمواد خاصة كما ذكرنا تأثراً منه بالقانون المدني الفرنسي.

وأما المشرع الأردني فقد تطرق في النصوص الخاصة بأحكام الغصب لمسألة احتساب قيمة المغصوب في يوم الغصب وفي مكان الغصب، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (٢٧٩) من القانون المدني التي نصت على إنه " فإن استهلكه أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وأما المشرع اليمني فقد جعل من حق المغصوب منه أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب إذا تلف المغصوب المثلي وتعذر رد مثل المغصوب ولكنه لم يذكر المكان المناسب لتقدير قيمة المغصوب المثلي كما فعل المشرع الأردني، إذ نصت المادة (١١٤٣) من القانون المدني اليمني على إنه " يلزم الغاصب في تلف المثلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب".

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه إذا أتلّف المغصوب شخصاً آخر غير الغاصب، فالمغصوب منه يكون مخيّراً إن شاء ضمن الغاصب مثله يوم الغصب إن كان المغصوب من المثليات، وللغاصب أن يرجع على المتلف بوصفه مالكاً للمغصوب وإن شاء ضمن المتلف مثله يوم إتلافه وليس للمتلف أن يرجع على الغاصب^(٢)، وعلى خلاف ذلك يرى أحد الشراح إن الغاصب ملزم بضمان قيمة المغصوب المثلي إذا انقطع بقيمته يوم الانقطاع، لأن المثل إذا انقطع يُصار إلى القيمة ووقت الانقطاع هو الوقت الذي شغلت فيه ذمة الغاصب^(٣).

(١) وتنص المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري على إنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢٢، ٢٢١) مراعيّاً في ذلك الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

(٢) د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤م، ص ٢٠٥.

(٣) د. سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي، ط ١، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٣م، ص ٥٢٢.

ويرى آخر إذا تلف المغصوب المثلي يلزم الغاصب بضمان مثله إن وجد وإن تعذر المثل فقيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت النطق بالحكم، لأن تحديد قيمة المغصوب المثلي عند تعذر رد مثله أمر يقوم به القاضي بالاستعانة بأهل الخبرة، وهذا لا يتحقق إلا إذا طلب المغصوب منه من القاضي قيمة المثل في وقت النطق بالحكم، وأما وقت الغصب يُعتبر سبباً لاستحقاق المغصوب منه للضمان، لذلك فإنه يقترح تعديل المادة (١٩٣) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة الفقرة الآتية " ١- على الغاصب أن يضمن في هلاك المغصوب المثلي أو تلفه أو ضياعه مثله أن وجد وفي مكان الغصب، وأن تعذر فقيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت النطق بالحكم"^(١).

الفرع الثاني: ضمان المال المغصوب القيمي

للإكلام عن ضمان المال القيمي في القانون المدني لابد من تعريف الشيء القيمي وبيان حكم ضمان المال القيمي في حالة هلاكه أو تلفه، ومن ثم التطرق إلى وقت تقدير المال القيمي التالف، وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف الشيء القيمي

نصت المادة (٦٤) من القانون المدني العراقي على إنه " ١- الأشياء المثلّية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي"^(٢)، وتتص المادة (٨٥) من القانون المدني المصري على إنه " الأشياء المثلّية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن"^(٣)، ونصت المادة (٥/١٣٤٢) من

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(٢) وبخصوص المشرع العراقي فإنه لم يُعرف القيمي بصورة مباشرة كما عرف المثلي وإنما اعتبر ما عدا المثلي قيمياً وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٦٤) من القانون المدني سألقة الذكر. بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص ١٦٦.

(٣) وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري " ان المعمول عليه في وصف الشيء بانه مثلي أو قيمي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العاقدین أو عدم جواز

القانون المدني الفرنسي على إنه " تبرأ ذمة المدين بالتزام بتسليم شيء معين بالذات بتسليمه بالحالة التي عليها إذا ما أثبت في حالة التلف إن ذلك لا يعود إلى فعله أو فعل اشخاص يُسأل عنهم"^(١)، ونصت المادة (٥٦) من القانون المدني الأردني على إنه " ١- الأشياء المثلية هي ما تماثلت أحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يُعتمد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن ٢- والقيمية ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يُعتمد به أو يندر وجود أفرادها في التداول"^(٢).

وقد نصت المادة (١١٧) من القانون المدني اليمني على إنه " ينقسم المال إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية فالأشياء المثلية تتماثل أحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الذرع أو الكيل أو الوزن وما عدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمية (غير مثلي)".

والأشياء القيمية أو المعينة بالذات هي الأشياء التي تتفاوت أفرادها ولا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتختلف طريقة تعيينها باختلاف طبيعتها كالمنازل والأراضي والأحجار الكريمة والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت أحادها، فبيع منزل معين بالذات أو مأكنة معينة بالذات أو قطعة أثرية معينة بالذات، إنما هو بيع يرد على أشياء قيمية لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء وعلى البائع أن يسلم للمشتري المنزل المعين نفسه ولا تبرأ ذمته إذا سلم منزل آخر ولو كان أزيد في القيمة أو المأكنة نفسها أو القطعة الأثرية نفسها ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم مأكنة أخرى ولو كانت أقوى أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفس، والأشياء القيمية إنما تكتسب هذه الصفة من

ذلك". القانون المدني مجموعة الاعمال التحضيرية(الباب التمهيدي) أحكام عامة(من المادة ١ الى المادة ٨٨)، ج١، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص٤٧٤.

(١) يقصد بذلك تسليم الشيء المعين بالذات بالحالة التي عليها وقت التسليم، وهذا ما اوضحه التقرير المرفق بمرسوم العام ٢٠١٦، والحكم بهذا المعنى يتفق مع ما كان يتضمنه صراحة نص المادة (١٢٤٥) من القانون المدني الفرنسي (القديمة) التي نصت على انه " تبرأ ذمة المدين بشيء معين بالذات بتسليمه الشيء بالحالة التي كان عليها عند التسليم". د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٤٣.

(٢) وبخصوص المشرع الأردني فقد عرف القيمي كما فعل بالنسبة للمثلي وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٦٥) من القانون المدني سالف الذكر. بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص١٦٦.

طبيعتها، وتشمل الأشياء التي لا تتفاوت آحادها إذا انقطعت من السوق والأشياء التي ليست لها مثل في السوق وإن وجد فإنه ينفات عنها نفاتاً يُعتد به في القيم^(١).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مسألة عدّ الشيء مثلياً أو قيمياً أمر نسبي من جهة وإن لإرادة المتعاقدين دور في تعيين الصفة للأشياء من جهة أخرى، وإنه أمر نسبي، وذلك لأن الشيء قد يكون مثلياً بالنسبة لبعض الأشياء وقيمياً بالنسبة لأشياء أخرى^(٢)، وإن لإرادة المتعاقدين دور في تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء، لأن الإرادة قد تضيف على شيء مثلي الصفة القيمية وعلى شيء قيمي الصفة المثلية^(٣)، ويرى جانب آخر من الفقه أن هذه الصفة بمنأى عن إرادة الأفراد، لأن الأفراد لا يستطيعون إعطاء الأشياء صفة المثلية إذا كانت هذه الأشياء غير مثلية من الناحية الاجتماعية^(٤)، ونحن نؤيده في هذا الرأي لأن الإرادة لا يمكن أن تغير من صفة الشيء لأن العرف والتعامل بين الناس هو الذي يحدد كون الشيء مثلياً أو قيمياً، وأن المال المثلي والمال القيمي يختلفان بحسب الزمان والمكان.

ثانياً: حكم ضمان المال القيمي

نظم المشرع العراقي حكم ضمان المال المغصوب في المادة (١٩٣) من القانون المدني التي نصت على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلّفه كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه"، تطرقت هذه المادة لمسألة حكم ضمان المال المغصوب، ولكنها لم توضح فيما إذا كان الضمان يتعلق بالمال المثلي أو بالمال القيمي، ولكن ليس هنالك مانع أن يكون الحكم برد المثل في المثليات إذا طلب المتضرر ذلك، لاسيّما أن الأصل في

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٧٣. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص٣٦٤. وانظر في ذلك:

De pag (H) Traite ele mentair de droit civil belge . T.L.v 195 /p.36 no 31.

(٢) وبهذا الصدد فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز إن اعتبار الشيء قيمياً أو مثلياً أمر نسبي، فسيارة الفورد شيء مثلي بالنسبة إلى كل سيارة فورد جديدة مثلاً تتحد معها في الموديل، وهي قيمية بالنسبة إلى كل سيارة من ماركة أخرى، وبالنسبة إلى كل سيارة فورد تختلف معها في الموديل. رقم القرار ٤١٣/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٥/٥. أشار إليه. د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص٩٥.

(٣) غني حسون طه، مصدر سابق، ص٢١ وص٢٢.

(٤) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (الحق)، ج٢، الكويت، ١٩٧٠م، ص٢١٩.

الضمان (التعويض) هو التعويض النقدي، هذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي بنصها على إنه " ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض"، يتضح من هذا النص أن الحكم الأصلي هو الضمان في القيمة والحكم الاستثنائي هو الضمان بالمثل إذا طلب المتضرر ذلك، ولكنَّ القضاء العراقي ذهب مع ما أجمع عليه الفقهاء المسلمون والذي هو رد المثل إذا كان المغصوب مثلياً ورد القيمة إذا كان المغصوب قيمياً، ولكنَّ يكون ذلك أفضل لو كان هذا الحكم موجوداً ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب كما فعل المشرع الأردني وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (٢٧٩) من القانون المدني التي نصت على إنه " فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"^(١).

وقد أخذ المشرع اليمني فيما يتعلق بضمان المغصوب القيمي في حالة التلف برأي جمهور الفقهاء وذلك في المادة (١١٤٤) من القانون المدني التي نصت على إنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء"، وفي كيفية تقدير القيمة تنص المادة (١١٤٥) من القانون المدني على إنه " كل ما لا يتقوم وحدة يقوم مع أصله، ثم يقوم أصله بدونه، فما بين القيمتين هو قيمته"، ويجب الرجوع في ذلك إلى خبراء عدول لتقدير القيمة في الحالتين^(٢).

وأما بالنسبة للمشرع المصري كما ذكرنا في موضوع ضمان المغصوب المثلي فإنه لم يبين حكم ضمان المغصوب القيمي في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاءً بما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، وعليه إذا كان الشيء المغصوب قيمياً وهلك أو تلف فإن الغاصب ملزم بالتعويض، وهو مبلغ من النقود يقدره القاضي عادةً، وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٢١) من القانون المدني التي تنص على إنه " ١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويُعتبر الضرر نتيجة

(١) بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص ١٦٩ و ١٧٠.

(٢) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص ٣١١ و ٣١٢.

طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وأما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم يبين صراحةً مسألة حكم ضمان المغصوب القيمي في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاءً بما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي، وبهذا الصدد تنص المادة (٥/١٣٤٢) من القانون المدني على إنه " تبرأ ذمة المدين بالتزام بتسليم شيء معين بالذات بتسليمه بالحالة التي عليها إذا ما أثبت في حالة التلف إن ذلك لا يعود إلى فعله أو فعل اشخاص يُسال عنهم"، وكذلك نصت المادة (١٣٥٢) من القانون المدني على إنه " يتم رد الشيء مالم يكن مبلغاً من النقود عيناً وإذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣٥٢) من القانون المدني على إنه " يُسال من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه".

ثالثاً: وقت تقدير المال القيمي التالف

تطرق المشرع العراقي لمسألة حكم ضمان المال المغصوب في حالة التلف ولكنّه لم يتطرق لمسألة وقت تقدير قيمة المغصوب إذا كان من القيميات، حيث نصت المادة (١٩٣) من القانون المدني على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلفه كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه"، ولكنّ محكمة تمييز العراق اتجهت في أحد قراراتها مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو أن يكون وقت تقدير قيمة المال المغصوب القيمي يوم الغصب^(١)، مع ملاحظة أن شراح القانون اختلفوا في تحديد قيمة المال القيمي بحسب الزمان

(١) حيث قضت محكمه التمييز العراقية في إحدى دعاوى الاثاث الزوجية المغصوبة على محكمة الموضوع أن تكلف المدعية بتعين كل حاجة من الحاجيات المدعى بها وقيمتها وقت الغصب ثم يحلفها اليمين على كل واحدة مع بيان قيمتها. رقم القرار ٤٩/ حقوقية ثانية/ ١٩٦٩ في ١٢/٢٨/ ١٩٦٩. أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

بكونه وقت الغصب أو وقت الخصومة^(١)، وأما المشرع المصري فإنه لم ينظم هذه المسألة في مادة خاصة مكتفياً بما تقضي به أحكام القواعد العامة ومنها ما جاء في المادة (١٧٠) من القانون المدني^(٢)، مع ملاحظة إنه لم ينظم أحكام الغصب بمواد خاصة متأثراً بالقانون المدني الفرنسي، في حين أن المشرع الأردني تطرق في النصوص التي نظمت أحكام الغصب لمسألة احتساب قيمة المال المغصوب القيمي في يوم الغصب وفي مكان الغصب، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٧٩) من القانون المدني على إنه " فإن استهلكه أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وكذلك المشرع اليمني تطرق في النصوص الخاصة بأحكام الغصب لمسألة احتساب قيمة المغصوب إذا كان من القيميات في حالة التلف من يوم الغصب إلى يوم الوفاء، وذلك في المادة (١١٤٤) من القانون المدني التي نصت على إنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء".

وهنا يرى جانب من الفقه القانوني بالنسبة لمقدار تضمين الغاصب للعين المغصوبة عند تغير سعرها أو قيمتها الحكم عليه بتعويض يساوي القيمة القصوى التي بلغت هذه العين من يوم الغصب إلى حين صدور الحكم النهائي بالتعويض في حالة تلف العين المغصوبة أو هلاكها متى ما كانت من الأشياء القيمة، وأما إذا كانت من الأشياء المثلية فيلزم الغاصب برد مثلها مع تعويض المغصوب منه عن الأضرار الأخرى إن كان لها مقتضى، وذلك لأن الأشياء المثلية لا يتعذر ردها أبداً، وقد قيل قديماً إن الجنس لا يهلك^(٣)، ومما يُلاحظ أن وقت تقدير قيمة المال المغصوب سواء كان من المثليات أو القيميات في حالة التلف هو يوم لزوم الضمان أو

(١) لذا جاءت قرارات محكمة التمييز في العراق تارة تقدر قيمة المال القيمي بعد إتلافه يوم المطالبة وتارة تقدر قيمته يوم الغصب، وأكد الاستاذ منير القاضي أن المغصوب القيمي يجب على الغاصب أداء قيمته يوم الغصب أي أول يوم الضمان. د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

(٢) إذ نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري على إنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢٢، ٢٢١) مراعيّاً في ذلك الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

(٣) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

الغصب، وقد نصت المادة (٩٦٠) من القانون المدني العراقي على إنه " الوديعة إذا لزم ضمانها فإذا كانت من المثليات تضمن بمثلها وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان"، وأما المادة (٢٠١) من القانون المدني العراقي فقد نصت على إنه " الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديعة إذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدٍ يكون ضامناً"، وهذه المادة وضعت معياراً لتحقيق الغصب وثبوته للوقائع التي لم ينص عليها المشرع العراقي على اعتبارها من صور الغصب.

وبناءً على ما تقدم فنحن نتفق مع أحد الشراح في اقتراحه تعديل المادة (١٩٣) من القانون المدني العراقي على أن تكون على النحو الآتي: " ١- يضمن الغاصب في حالة هلاك المغصوب المثلي أو تلفه أو ضياعه مثله إن وجد وفي مكان الغصب، وأن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت النطق بالحكم ٢- يضمن الغاصب في حالة هلاك المغصوب القيمي أو تلفه أو ضياعه قيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الحكم وفي مكان الغصب"^(١).

الفرع الثالث: كسب الملكية بالضمان

أن المشرع العراقي على الرغم من عدم نصه على قاعدة كسب الملكية بالضمان بصورة صريحة ومباشرة، نص في بعض مواد القانون المدني التي نظمت أحكام الغصب بصورة غير مباشرة على وجوب تملك الضامن للمال المضمون بالضمان، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة (١٩٤) من القانون المدني بقولها " إذا غيّر الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل أسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له"، وكما نص المشرع العراقي على إعطاء الحرية للمالك في ترك المغصوب للغاصب أو استرداده، وذلك في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة (١٩٤) من القانون المدني، إذ نصت الفقرة الأولى على إنه " إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الاضرار الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان"، ونصت الفقرة الثالثة على إنه " وإذا غيّر الغاصب

(١) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص ٣٦١ وص ٣٧٢.

بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان".

وأما المشرع المصري فإنه لم يقر كسب الملكية بالضمان بل إنه لم يعرف هذه المبادئ التي اختلف فيها فقهاء الشريعة، والسبب في ذلك أن القانون المدني المصري استقى أحكامه من الفقه الفرنسي الذي لا يعرف هذه القاعدة، لأنها قاعدة فقهية إسلامية بحته، بل إنه لم ينص على تطبيقات العمل غير المشروع (الإتلاف والغصب)، ومن الجدير بالذكر هنا إن هذه التطبيقات تم النص عليها في القوانين المدنية التي تأثرت بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني^(١).

وأما المشرع الأردني فقد نص صراحةً على قاعدة كسب الملكية بالضمان في المادة (١٠٨٥) من القانون المدني التي نصت على إنه " المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً"، وهذا النص يدل بصورة صريحة على تبني رأي فقهاء الحنفية ولقاعدهم المعروفة " الضامن يملك المال المضمون بالضمان وقت قبضه"^(٢).

وأما المشرع اليمني فإنه لم يأخذ بفكرة كسب الملكية بالضمان، فقد نصت المادة (١١٤٩) من القانون المدني على إنه " لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها إن كانت باقية ويُعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لأحكام البيع"، وهذه المادة لم تجز الضمان لو كانت العين المغصوبة باقية على حالها، ويجوز للمالك استردادها، وأما إذا لم تكن باقية على حالها بل شابها التغيير، فالملك تركها للغاصب وأخذ العوض عنها، فيكون في هذه الحالة قد تم الإيجاب والقبول بين المالك والغاصب وانعقد بارتباطهما عقد البيع^(٣).

(١) د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٢) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م، ص ١٢٣.

(٣) د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ٨٨.

وينتقد جانب من الفقه موقف القانون المدني الأردني في أخذه بقاعدة كسب الملكية بالضمان على أساس أن هذا القانون قد تبنى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز الفرنسية المنشأ، وذلك لما تحققه هذه القاعدة من أثر فعال على غرار قاعدة الضمان في حماية الغير، فالقانون الأردني وإن كان ليس بحاجة إلى اعتبار التضمين سبباً للتملك اعتداداً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ولكن فكرة التضمين تظل فكرة رائعة في الصناعة الفقهية، لتدل كيف تعمد هذه الصناعة بطريقتها الخاصة إلى أن تجعل الغير الذي تصرف له الغاصب في مأمن من أن تسترد العين من يده وفي هذا حماية كبيرة للغير^(١).

وبهذا الصدد يقول جانب من الفقه لا نتفق مع صاحب هذا الرأي في إن قاعدة الحيازة تغني عن الأخذ بقاعدة الضمان، لأن المشرع الأردني شأنه شأن المشرع العراقي لم يعتبر الحيازة في ذاتها سبباً لكسب الملكية، إذ نصت المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني على إنه " ١ - لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية ٢ - وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك"، وهذا النص مأخوذ من نص المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على إنه " ١ - من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد ٢ - والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، وبالتالي فإن هذا النص يجعل الحيازة في المنقول قرينة على الملكية، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس كما أن القانون الأردني كالقانون العراقي يجعل دور الحيازة يقتصر على منع سماع دعوى الملك من الغير على الحائز^(٢).

وأما المشرع المصري فإنه يعتبر الحيازة في حد ذاتها سبباً مكسباً للملكية، إذ تنص المادة (٩٧٦) من القانون المدني على إنه " ١ - من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية ٢ - فإذا كان حسن النية والسبب صحيح قد توفر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، ج ٢، مكتبة دار الثقافة،

عمان، ١٩٩٤م، ص ٣١.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ٨٨ و ٨٩.

الملكية خالصة منها ٣- الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحس النية ما لم يتم الدليل على عكس ذلك".

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني المصري يُعتبر مصدراً أساسياً للقانونيين العراقي والأردني، إذ إن كلا من هذين القانونين قد أخذتا من القانون المصري أحكاماً كثيرة، فلماذا لم يأخذتا النص الخاص بالحيازة، وهذا يُعتبر دليلاً واضحاً على إنهما لا يوافقان القانون المصري في منهجه بكسب الملكية بالحيازة، بل إنهما منعا الغير من الادعاء بملكية المال الذي تحت حيازته في حين أن القانون المصري قد أقر صراحةً ملكية الحائز للمنقول إذا حازه بحسن نية وسبب صحيح^(١).

(١) أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع التصرف في المال المغصوب، نوجز أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات وهي كالآتي:

أولاً: النتائج

- ١- تجنبت أغلب القوانين المدنية محل المقارنة وضع تعريف محدد للغصب وحسناً فعلت في ذلك، لأن عمل المشرع يختص بوضع الأحكام القانونية والقواعد العامة، وفضلاً عن ذلك إن مهمة وضع التعريفات من عمل الفقه والقضاء، لأنهم أكثر اتصالاً بواقع الحياة وحاجات المجتمع في كثير من الحالات.
- ٢- وردت أحكام الغصب في القوانين المدنية التي تأثرت بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، مع ملاحظة إنه لا توجد مواد قانونية في القانون المدني المصري تنظم أحكام الغصب نتيجة لتأثره بالقانون المدني الفرنسي الذي لم يتطرق ضمن نصوصه إلى أحكام الغصب بصورة مستقلة، ولكن هذه القوانين كما يبدو تناولت أحكام الغصب بالاعتماد على النصوص التي نظمت أحكام بيع ملك الغير وأحكام الحيازة وأحكام الالتصاق، فضلاً عما تقضي به أحكام القواعد العامة، إذ إن القضاء المصري مثلاً استعمل مصطلح الغصب في الكثير من قراراته التي تتعلق بالعمل غير المشروع.
- ٣- إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي، لأن الفقهاء المسلمين يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال، أما فقهاء القانون فإنهم يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الشخص من أقوال فقط، وفي النتيجة يكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يُعد تصرفاً شرعياً وليس كل تصرف شرعي يُعد تصرفاً قانونياً، ويبدو إن التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي يقابله العمل المادي في القانون المدني، وإن التصرف القولي في الفقه الإسلامي يقابله التصرف القانوني أو الأعمال القانونية.

٤ - تصرف الغاصب في المال المغصوب قسم من تصرفات الفضولي في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، ولكنه يُعد صوره من صور بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، إذ إن الفقهاء المسلمين تطرقوا إلى تصرفات الفضولي عند الحديث عن العقد الموقوف، ويبدو إن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي ومفهوم الفضالة في الفقه الغربي يلتقيان بمسألة واحدة، وهي إن التصرف الذي يقوم به الفضولي إنما يكون بدون إذن شرعي أو دون وكالة سابقة من المالك، وإنهما يختلفان في إن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق في جميع الأحوال، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة، في حين إن القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني قصرت حكم الفضالة على الشأن العاجل أو الفعل النافع لتحقيق مصلحة رب العمل، وبذلك فإن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به.

٥ - اختلفت القوانين المدنية محل المقارنة في حكم تصرف الغاصب في المال المغصوب، إذ يُعد باطلاً بطلاناً نسبياً أو قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، وذلك لوجود نص صريح وخاص ببيع ملك الغير، في حين يُعد تصرفاً موقوفاً على إجازة المالك في القوانين المدنية العراقي والأردني واليمني، فإن أجازته نفذ التصرف، ويُعد الغاصب وكيلًا عن المالك، لأن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، وإن رفضه بطل التصرف، لأن الغاصب بحكم الفضولي يتصرف في ملك غيره من دون إذنه ومن دون رضاه، وبذلك فإن موقف هذه القوانين يتوافق مع الرأي الغالب للفقهاء المسلمين في اعتبار تصرفات الغاصب في ملك غيره موقوفة على إجازة المالك، فإن أجازها نفذت، وإن رفضها بطلت بأثر رجعي.

٦ - عرفت المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي العقار: بأنه كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية، وعرفت المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه ماله في عقار مملوك

له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، ومما يُلاحظ إن المشرع العراقي في تعريفه للعقار قد تأثر برأي فقهاء المالكية الذين يقولون إن العقار شامل للبناء والغراس وغيرهما من الأرض المجردة عن ذلك لأن العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء وأشجار، ولم يتأثر برأي جمهور الفقهاء الذين يقولون إن العقار هو الأرض فقط وهي العقار بالطبيعة وما يتصل بها من بناء وأشجار فهو عقار بالتبعية.

٧- نصت المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا أحدث شخص بناءاً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع"، ومما يُلاحظ على هذا النص إن المشرع العراقي لم يضع مدة معقولة للمغصوب منه لكي يستعمل خياره بإزالة المحدثات عن أرضه على نفقة الغاصب، فهذه المدة تحقق مصلحة المغصوب منه والغاصب على أن يتم تحديدها من قبل القاضي بالاستعانة بأهل الخبرة، وتختلف باختلاف ما أحدثه الغاصب في أرض الغير من أبنية أو غراس أو أي منشآت أخرى.

٨- نصت الفقرة الأولى من المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان"، وفي هذه الفقرة عالج المشرع حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين أخذ المغصوب ويرجع على الغاصب بالتعويض عن الأضرار الأخرى أو أن يتركه في يد الغاصب ويرجع عليه بالضمان، ومما يُلاحظ على هذا النص إنه عالج حالة تغير المغصوب ذاته المؤدي إلى النقص والضرر، ولم يعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي إلى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فأصبح كبيراً أو كان هزياً فأصبح سميناً.

٩- نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى

وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان"، ومما يُلاحظ على هذه الفقرة إنها عالجت حالة واحدة، وهي حالة تغير المغصوب وزيادة قيمته بفعل الغاصب، ولم تعالج حالة النقص في قيمة المغصوب، كما إنها ألزمت المغصوب منه إذا أراد أن يسترد المغصوب مع الزيادة الحاصلة فيه عليه أن يؤدي للغاصب قيمة الزيادة كاملة، وهذا يتعارض مع موقف المشرع العراقي الذي تضمنته المادة (١١١٩) التي نصت على إنه "إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع".

١٠- اختلف الفقهاء المسلمين في مسألة قيام الغاصب بتغيير بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه، فيرى فقهاء الحنفية والمالكية للمالك الخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره وإن شاء أخذه وأعطى للغاصب قيمة الزيادة، ويرى فقهاء الحنابلة والشافعية في رأي إذا أمكن فصل الزيادة أجبر الغاصب على ذلك وإن لم يمكن فصل الزيادة ولم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب، ويرى فقهاء الإمامية والزيدية والشافعية في رأي آخر يلزم الغاصب بفصل الزيادة مع ضمان ما يطرأ على المغصوب من نقص، وإذا لم يتمكن الغاصب من فصل الزيادة فيكون شريكاً مع المغصوب منه بقدر ماله، وهنا يمكن ترك الخيار للمالك بين دفع قيمة الزيادة واسترداد المغصوب أو ترك المغصوب للغاصب وتضمينه مثله إذا كان المال مثلياً وقيمته إذا كان المال قيمياً وهذا الرأي يتفق مع مضمون الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي سالف الذكر.

١١- اختلف الفقهاء المسلمين في مسألة غصب العين المؤجرة بعد إبرام العقد، فيرى بعض الحنفية ليس للمستأجر الحق في طلب الفسخ إذا حدث الغصب بعد إبرام عقد الإجارة ويلزم بالإبقاء على العقد، ويرى جمهور الفقهاء للمستأجر حق الخيار بين الفسخ أو الإبقاء على العقد، ويسقط خيار المستأجر في الفسخ أو الإبقاء إذا بادر المالك وانتزع العين من الغاصب وردها للمستأجر قبل انتهاء مدة الإجارة، ونعتقد إن المشرع العراقي

قد تأثر بهذا الرأي وذلك في المادة (٧٥٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " ١- إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة ٢- فإذا قصر في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب فلا تسقط عنه الأجرة وله أن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض".

١٢- نصت المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي على أن " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإن تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان "، ومما يلاحظ على هذا النص إن المشرع لم يأخذ بقاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان، فقد ألزم غاصب العقار برده إلى مالكه، وهذا الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب، وكذلك ألزم غاصب العقار أن يعرض صاحبه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب، والتعويض عن المنافع إنما يكون بدفع أجرة مثله، وبالإضافة إلى ذلك ألزم الغاصب بالتعويض في حالة تلف العقار المغصوب أو إذا طرأ على قيمته نقص في فترة الغصب حتى لو كان التلف أو النقص قد حدث بدون تعدٍ أو تقصير منه، لأن مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان.

١٣- أن الغاصب إذا باع المال المغصوب أو وهبه إلى شخص آخر وتلف عند المشتري أو عند الموهوب له، كان المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المتصرف له، فإن رجع على الغاصب فقد ملك الغاصب المال المغصوب ملكية تستند إلى يوم الغصب، وهنا يُعد تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، أما إذا رجع المغصوب منه على من تصرف له الغاصب، كان للمتصرف له الرجوع على الغاصب بضمان الاستحقاق استناداً للقواعد العامة، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (٥٥٠- ٥٥٧) من القانون المدني العراقي، وإذا كان التصرف تبرعاً كالهبة طبقت أحكام المواد (٦١٤ و٦١٥) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: المقترحات

١- الفضولي في القانون المدني العراقي من تصرف في ملك الغير بدون إذنه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٣٥) بقولها "من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك"، ويؤخذ على هذا النص إنه حصر الإذن من المالك فقط وهذا الحصر غير دقيق، لأنه من تصرف في ملك الغير بدون إذنه لا يُعد تصرفه موقوفاً إذا كان التصرف مأذوناً بحكم القانون أو بحكم القضاء كالولي والقيم، ويرى جانب من الفقه كان من الأولى إبدال عبارة ((بدون إذنه)) بعبارة ((بدون إذن شرعي))، وذلك ليشمل النص التصرف في مال القاصر والمحجور عليه بدون إذن شرعي، ونحن نؤيده في ذلك، لذا نقترح أن يكون النص على الوجه الآتي: ((من تصرف في ملك غيره بدون إذن شرعي انعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة)).

٢- يُلاحظ على توقف العقد في القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني إنه لا يوجد هنالك وقت محدد ينبغي على المالك أن يستعمل خلاله حقه في خيار إجازة العقد أو نقضه، لذا تتوقف آثار العقد إلى حين إجازته أو رفضه، ومن شأن ذلك إطالة المدة التي يبقى خلالها العقد معطلاً، وهذا يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال وتعطيل الانتفاع بها، وعليه لابد من تنظيم هذه الحالة كما فعل المشرع العراقي في المادة (١٣٦) من القانون المدني، لذا نقترح على المشرعين الأردني واليمني الأخذ بمضمون الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) التي نصت على إنه " يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإن لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً"، ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد كما أشارت إلى ذلك الفقرة الثالثة من المادة (١٣٦) السابق ذكرها.

٣- بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وحده من دون البائع، ولا يسري في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره، أما في القانون العراقي فالعقد يكون موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة بالنسبة للمالك والبائع والمشتري، لذا نقترح على القوانين المدنية العربية

المتأثرة بالفقه الغربي أن تتبنى فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، لأن نظرية العقد الموقوف تحقق الحماية القانونية لكل من حدث التصرف في ملكه وبدون إذنه وتتماشى مع مبدأ الرضائية ودرء الضرر.

٤- نصت المادة (١٣٦) في فقرتها الأولى من القانون المدني العراقي على إنه " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد..."، وبذلك فإن المالك إذا تصرف في ملكه بعد انعقاد العقد وقبل إجازته لتصرف الفضولي، يكون من شأن الأثر الرجعي للإجازة الأضرار بالغير حسن النية الذي اكتسب حقه من المالك، ومن أجل استقرار المعاملات لابد من إضافة العبارة الآتية ((على أن لا يضر بحقوق الغير حسن النية))، لذا نقترح أن يكون النص على الوجه الآتي: ((إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد على أن لا يضر بحقوق الغير حسن النية ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد...)).

٥- نصت المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني على إنه (١- على اليد ما أخذت حتى تؤديه ٢- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه ٣- فإن استهلكه أو أثلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب . ٤- وعليه ايضاً ضمان منافعه وزوائده)، ومن أجل توحيد النصوص ولتشمل في حكمها العقار والمنقول على حد سواء نقترح على المشرع العراقي استبدال المادتين (١٩٢، ١٩٧) من القانون المدني بمادة واحدة كما فعل المشرع الأردني في المادة (٢٧٩) سالفه الذكر.

٦- نصت المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، ويُلاحظ على هذه المادة إن المشرع العراقي قد عالج حكم البناء أو الغراس في أرض الغير بسوء نية في إطار

الأحكام الخاصة بالالتصاق بفعل الإنسان، وليست ضمن الأحكام الخاصة بالغصب، وكان من الأجدر على المشرع أن يعالج أحكام هذه الحالة ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب، لذلك نقترح على المشرع العراقي نقل مضمون المادة (١١١٩) من المواد التي نظمت أحكام الالتصاق إلى المواد التي نظمت أحكام الغصب.

٧- جمع المشرع المصري في المادة (٩٢٤) من القانون المدني بين أمرين أولهما تقيده حق مالك الأرض في الاختيار بين طلب الإزالة أو الاستبقاء بمدة سنة وهي مدة معقولة، والأمر الثاني أجاز للغاصب الباني أو الغارس أن يطلب قلع المنشآت ليجبر صاحب الأرض على استعمال خياره في استبقاء البناء أو الغراس، في حين إن المشرع العراقي لم يشر إلى هذين الأمرين، لذا نوصي المشرع العراقي بالأخذ بمضمون المادة (٩٢٤) من القانون المدني المصري، لكي لا يبقى الأمر معلقاً، لأنه جعل الوقت مفتوحاً أمام المالك في استعمال خياره بين طلب قلع المنشآت أو إبقائها وتملكها، ولم يقيد بمدة معينة، لذا نقترح تعديل المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي بأن تكون على الشكل الآتي: " إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره من دون رضا صاحبها ومن غير سبب مشروع، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرّاً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع أو دفع ما زاد في ثمن الأرض وذلك خلال مدة معقولة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة هذه المحدثات".

٨- نصت المادة (١١٢٩) من القانون المدني اليمني على إنه " إذا غيّر الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع ارش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغيير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله "، وقد أعطى المشرع اليمني للمالك في حالة تغيير العين المغصوبة حق الاختيار بين أخذ العين مع ارش النقص أو تركها وأخذ قيمتها سليمة وبأعلى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التسليم، ويرى أحد الشراح إن تقرير أعلى القيم فيه عدل وإنصاف للمغصوب منه، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الزمان والمكان، فإذا نقصت قيمة العين المغصوبة نقصاً فاحشاً يوم التسليم عن القيمة يوم

الغصب كان الواجب قيمتها يوم الغصب، وإذا زادت القيمة في الفترة الواقعة بين يوم الغصب ويوم التسليم ألزم الغاصب بالقيمة الأعلى، لذا نقترح على المشرع العراقي الأخذ بمضمون المادة (١١٢٩) من القانون المدني اليمني.

٩- نصت المادة (١٩٣) من القانون المدني العراقي على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو من دون تعديه "، وهذه المادة لم توضح فيما إذا كان التضمين بالمتلي أو القيمي، ولكن كان الأولى بالمشرع العراقي إيراد الحكم بصراحة ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب كما فعل المشرع اليمني في صياغة واضحة بين فيها كيفية الضمان إذا كان المغصوب من المثليات أو القيميات وذلك في المادتين (١١٤٤، ١١٤٣) من القانون المدني، لذا نقترح تعديل المادة (١٩٣) السابق ذكرها والأخذ بنص المادتين (١١٤٤، ١١٤٣) من القانون المدني اليمني، إذ نصت المادة (١١٤٣) على إنه " يلزم الغاصب في تلف المتلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب "، ونصت المادة (١١٤٤) على إنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء".

١٠- نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان "، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين إعطاء قيمة الزيادة كاملة للغاصب وأخذ المغصوب عينا مع التعويض عن الأضرار الأخرى أو أن يتركه في يد الغاصب ويرجع عليه بالضمان، وهذا يتعارض مع موقف المشرع العراقي الذي تضمنته المادة (١١١٩) التي نصت على إنه " إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، لذا نقترح على المشرع العراقي أن يضيف عبارة مستحقة القلع لعبارة

قيمة الزيادة فتصبح العبارة قيمة الزيادة مستحقة القلع ليكون نص الفقرة الثالثة من المادة (١٩٤) على الوجه الآتي: " وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة مستحقة القلع واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان".

١١- مما يُلاحظ على نص المادة (١٩٨) من القانون المدني العراقي بأنه لا يوجد انسجام بين الفقرة الثانية والفقرة الأولى منها، والترتيب المنطقي يتطلب تقديم الفقرة الثانية على الفقرة الأولى، لذا ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بهذا الترتيب، لأن إتلاف المغصوب كما يحدث عند وجوده في يد الغاصب، قد يحدث بعد انتقاله إلى يد غاصب الغاصب، وعليه نقترح تعديل المادة (١٩٨) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي: ١- إذا أتلّف أحد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فإن المغصوب منه يكون بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب، وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب ٢- وإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدار منه الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول".

١٢- نصت المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لإحكام القانون "، ويرى أحد الشراح إن هذا النص تضمن عبارة إن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من عبارة صح تصرفه، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة وإيراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للإبطال، وعليه نقترح تعديل المادة (٢٠٠) من القانون

المدني العراقي لتكون على الوجه الآتي: "إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وهلك المغصوب أو تلف في يد المتصرف إليه كان للمالك الحقيقي الخيار في تضمين من يشاء فإن ضمن الغاصب نفذ تصرفه وإن ضمن المتصرف إليه رجع هذا الأخير على الغاصب بضمان الاستحقاق".

المصادر

* القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير والحديث

- ١- أبو إسحاق إبراهيم بن السري الزجاج، معاني القرآن وإعرابه، ج ٢، ط ١، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٨م.
- ٢- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود الحافظ، ج ٣، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ١٩٨٨م.
- ٣- أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، ج ١٠، دار الريان للتراث، ١٩٧٨م.
- ٤- أبي الفضل بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، دار الريان للتراث، ١٩٧٨م.
- ٥- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج ٥، ط ١، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، بلا سنة طبع.
- ٦- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ط ١، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٧- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج ٣، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨م.
- ٨- أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن، ج ٢، ط ٢، منشورات المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨١م.
- ٩- أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، سنن النسائي، ج ٧، دار الحديث، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٠- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج ٣، دار القلم، بيروت، بلا سنة طبع.

- ١١- أبي عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ج ٢، ط ١، مكتب التربية العربية لدول الخليج، ١٩٨٨م.
- ١٢- أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج ٩، دار الريان للتراث، ١٩٨٧م.
- ١٣- أحمد بن علي حجر العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، ج ٥، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٤- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج ٣، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بلا سنة طبع.
- ١٥- محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ١، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ١٣٤٥هـ.
- ١٦- محمد بن عبد الله بن محمد المعافري المشهور بالقاضي أبو بكر العربي، أحكام القرآن لأبن العربي، ج ٢، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٧- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، سنن الترمذي، ج ٣، ط ٢، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٥م.
- ١٨- محمد بن يزيد القزويني، سنن بن ماجة، ج ٢، دار الريان للتراث، بلا سنة طبع.

ثانياً: المعاجم اللغوية

- ١- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج ٣، ط ٤، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م.
- ٢- أبي السعادة المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م.
- ٣- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج ٥، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٩م.
- ٤- أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج ٢، دار الفكر، بدون سنة طبع.

- ٥- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، ج١، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٦م.
- ٦- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط١، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، ٢٠٠٥م.
- ٧- بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٧م.
- ٨- الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب كتاب العين، ج٢، ط١، مطبعة باقري، قم، ١٤١٤هـ.
- ٩- السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٢، بلا سنة طبع.
- ١٠- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج٢، ط١، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١١- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج٣، ط٢، المطبعة الحسينية المصرية، ١٣٤٤هـ.
- ١٢- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج٢، مطبعة دار المعارف، ١٩٨٠م.
- ١٣- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، بدون سنة طبع.
- ١٤- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط٧، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٥٣م.
- ١٥- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج٤، بيروت، ١٩٨٧م.
- ١٦- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج٥، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ١٧- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج٧، دار التوفيق للتراث، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ١٨- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج٧، دار التوفيق للتراث، القاهرة، ٢٠٠٩م.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

أ / كتب الفقه الإمامي

- ١- أبو القاسم الموسوي الخوئي، المسائل المنتخبة، ط٢، دار الأندلس، بيروت، ١٣٩١هـ.
- ٢- أبي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الشهير بالمحقق الحلي، المختصر النافع، ط٢، مطبعة وزارة الأوقاف، مصر، ١٣٧٨هـ.
- ٣- أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف أو مسائل الخلاف، ج٦، طبعة حجرية، مطبعة محمد علي العلمي، ١٣٧٠هـ.
- ٤- جعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحيى بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٣، ط١، مطبعة الآداب، ١٣٨٩هـ.
- ٥- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي المطهر، تذكرة الفقهاء، ج٣، طبع حجر، بدون سنة طبع.
- ٦- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، ج٧، منشورات المكتبة الرضوية طهران، ١٣٨٨هـ.
- ٧- علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج٢، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠١٧م.
- ٨- كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج١، بدون سنة طبع.
- ٩- محمد الحسيني، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، ط١، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨م.
- ١٠- محمد بن حسن بن علي الطوسي، المبسوط، ج٣، طبعة حجرية، إيران، ١٢٧١هـ.
- ١١- محمد بن مكي شمس الدين العاملي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج٣، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، بلا سنة طبع.
- ١٢- محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق عرض واستدلال (أحكام المعاملات)، ج٤، ط١، منشورات الرضا، بيروت، ٢٠١٢م.
- ١٣- مرتضى الأنصاري، المكاسب، مطبعة اطلاعات، تيريز، ١٣٧٢هـ.

- ١٤- مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ط٢، مطبعة اطلاعات تبريز، ١٣٧٥هـ.
- ١٥- مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ج١، ط٢، مؤسسة الإمام المنتظر، قم، ١٤٣٣هـ.
- ١٦- ميرزا حبيب الله الرشتي، الالتقاطات (كتاب الغصب)، تصحيح حسن قاسمي، طهران، ١٢٣٤-١٣٠٢هـ.ق.

ب / كتب الفقه الحنفي

- ١- إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، ج٢، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٩م.
- ٢- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ط١، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- ٣- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج١، بلا سنة طبع.
- ٤- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج١، ط١، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٩م.
- ٥- أبي الليث السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، دار الفكر، دمشق، بلا سنة طبع.
- ٦- أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج١١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦م.
- ٧- أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري، الفروق، ج٢، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٢هـ.
- ٨- جماعة من علماء الحنفية، الفتاوى الهندية، ج٥، مطبعة دار الطباعة، بولاق، ١٢٧٦هـ.
- ٩- زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ط١، المطبعة العلمية، بلا سنة طبع.
- ١٠- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م.
- ١١- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة طبع.

- ١٢- زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٣- شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.
- ١٤- الشيخ عبد الغني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨٠م.
- ١٥- أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج٦، دار الطباعة العامرة، بولاق، ١٢٥٤هـ.
- ١٦- عبد الرحمن محمد بن سليمان المعروف داماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج٢، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- ١٧- علاء الدين ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٨، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م.
- ١٨- علاء الدين أبو بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م.
- ١٩- علاء الدين أبي بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٩، مطبعة الإمام، القاهرة، الناشر زكريا علي يوسف، بلا سنة طبع.
- ٢٠- علاء الدين أبي بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١٠، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
- ٢١- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م.
- ٢٢- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٢٣- فخر الدين حسن بن منصور الإوز جندي الحنفي، فتاوي قاضي خان، ج٢، بلا سنة طبع.

- ٢٤- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بلا سنة طبع.
- ٢٥- كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع.
- ٢٦- محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٩٦م.
- ٢٧- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠م.
- ٢٨- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، ط٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٢م.
- ٢٩- محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٦، دار الفكر، ١٩٩٢م.
- ٣٠- محمد أمين الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج٢، مطبعة شركة الصحافة العثمانية، استانبول، ١٣٢٥هـ.
- ٣١- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المطبعة المصرية ببولاق، ١٢٨٦هـ.
- ٣٢- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ط٢، مطبعة البابي، القاهرة، ١٩٦٦م.
- ٣٣- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١١، ط٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨م.
- ٣٤- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.
- ٣٥- محمد بن محمود البابر، شرح العناية على الهداية، ج٩، ط٢، دار الفكر، ١٩٧٧م.
- ٣٦- محمد علاء الدين الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ج٢، بلا سنة طبع.

ج / كتب الفقه المالكي

- ١- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٢- أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م.
- ٣- أبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج٣، منشورات المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بلا سنة طبع.
- ٤- أبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل للحطاب، ج٥، ط٢، ١٩٧٩م.
- ٥- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
- ٦- أحمد بن محمد الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٢، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٢م.
- ٧- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج٣، بلا سنة طبع.
- ٨- محمد بن أحمد بن محمد عlish المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج٣، مكتبة النجاح، ليبيا، بلا سنة طبع.
- ٩- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج٨، ط١، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.
- ١٠- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ج٣، عالم الكتب، بلا سنة طبع.
- ١١- صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج٢، ط٢، مطبعة الحلبي، ١٩٤٧م.
- ١٢- عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وبهامشه حاشية العلامة الشيخ محمد البناني، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.

١٣- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج١٤، ط١، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣هـ.

١٤- مالك بن أنس، الموطأ، ج٢، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة طبع.

١٥- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج١، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع.

١٦- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، دار الفكر، القاهرة، بلا سنة طبع.

١٧- محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، دار الفكر، بلا سنة طبع.

١٨- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي، ج٦، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع.

١٩- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج٥، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.

٢٠- محمد عليش المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج٣، دار صادر، بلا سنة طبع.

٢١- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج١، دار الكلام الطيب، دمشق-بيروت، ٢٠١٠م.

د / كتب الفقه الشافعي

١- ابن قاسم الغزي، حاشية البيجوري، ج١، دار الفكر للنشر والتوزيع، بلا سنة طبع.

٢- ابن يحيى زكريا الأنصاري، منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب، ج١، مطبعة مصطفى البابي، ١٩٤٨م.

٣- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج٣، المكتب الإسلامي، بيروت، بلا سنة طبع.

- ٤- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، ج ٩، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٥- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج ٣، ط ٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٨٥م.
- ٦- أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، شرح السنة، ج ٨، ط ٢، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٨٣م.
- ٧- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج ٣، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بلا سنة طبع.
- ٨- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج ١، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٩- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، دار الفكر، ١٩٩٤م.
- ١٠- أبي حامد الغزالي، الوجيز، ج ١، مطبعة الأدب والمؤيد، مصر، ١٣١٧هـ.
- ١١- أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٩، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، بلا سنة طبع.
- ١٢- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ج ١، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٣- أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم مع مختصر المزني، ج ٨، ط ١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٠م.
- ١٤- سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهاج الطلاب، المكتب الإسلامي، ج ٣، ديار بكر، تركيا، بلا سنة طبع.
- ١٥- شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج ٢، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٨م.
- ١٦- شمس الدين محمد بن العباس بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٦٧م.

- ١٧- شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ج٢، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، بلا سنة طبع.
- ١٨- شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٨، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م.
- ١٩- شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج مطبوع مع حواشي الشيرواني وابن قاسم العبادي، ج٧، ط١، دار الكتب العلمية، بلا سنة طبع.
- ٢٠- عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، المكتبة التجارية، القاهرة، ١٣٥٩هـ.
- ٢١- عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح الغدير بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، ج٨، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٢٢- عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين، ج٣، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع.
- ٢٣- محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، دار الفكر، ١٩٩٥م.
- ٢٤- محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين، ج٣، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع.

هـ / كتب الفقه الحنبلي

- ١- ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، ج١، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ.
- ٢- أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي، المطلع على أبواب الفقهاء، ج١، دار المكتب الإعلامي، بيروت، ١٩٨١م.
- ٣- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني لابن قدامه على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ج٥، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، بلا سنة طبع.
- ٤- أبي الفرج عبد الله بن رجب الحنبلي، القواعد، ط٢، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨م.

- ٥- أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع، ج ٢، المطبعة المصرية بالأزهر، بلا سنة طبع.
- ٦- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج ٤، ط ٣، منشورات دار المنار، ١٣٦٧هـ.
- ٧- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج ٥، ط ٣، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م.
- ٨- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع، ج ٣، ط ١، مؤسسة الرسالة، بلا سنة طبع.
- ٩- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٢، دار الجبل، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٠- عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣م.
- ١١- عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، المقنع، ج ٢، المطبعة السلفية، بلا سنة طبع.
- ١٢- عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، المغني، ج ٦، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع.
- ١٣- عبد الله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ط ٥، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨م.
- ١٤- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٦، ط ٢، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- ١٥- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٧م.
- ١٦- محمد بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرائع المقنع، ج ٥، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.
- ١٧- مرعي بن يوسف الكرمي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج ٢، دار السلام للطباعة والنشر، دمشق، ١٣٧٨هـ.

- ١٨- منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع، ج٢، دار التراث، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٩- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى (دقائق أولى النهى لشرح المنتهى)، ج٢، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٣م.
- ٢٠- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج٣، ج٤، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- ٢١- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج٢، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٢٢- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، ج٤، المطبعة الشرقية، مصر، بلا سنة طبع.

و / كتب الفقه الزيدي

- ١- أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار، ج٣، ط١، طبعة وزارة العدل، مصر، ١٣٤٠هـ.
- ٢- أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج٣، ط١، دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٩٤٧م.
- ٣- أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج٥، ط١، ١٩٤٧م.
- ٤- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج٣، ج٤، ط١، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٦٦هـ.
- ٥- شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج٣، ط٢، مكتبة البيان، دمشق، ١٩٦٨م.
- ٦- شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج٣، ط١، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٤٨هـ.
- ٧- محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج٥، دار الجيل، بيروت، بلا سنة طبع.

- ٨- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٩- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ج١، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٧م.
- ١٠- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج٥، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧١هـ.
- ١١- محمد بن علي محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج٣، ط٢، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ١٩٩٤م.

ز / كتب الفقه الظاهري

- ١- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج٨، منشورات إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ١٣٥٠هـ.
- ٢- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج٨، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بلا سنة طبع.

ح / كتب الفقه الإباضي

- ١- محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج١٣، ط٣، مطبعة الإرشاد، جده، ١٩٧٢م.

رابعاً: كتب الفقه الحديث

- ١- إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط١، دار البيارق، بيروت، ١٩٩٧م.
- ٢- أبو الفرج بن عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ط١، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بمصر، ١٩٧١م.
- ٣- أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج٤، ط٢، دار البشائر الإسلامية، ١٩٩٦م.

- ٤- أحمد فراج حسين، المدخل للفقہ الإسلامي (الملكية ونظرية العقد)، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٢م.
- ٥- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٦- أنور محمود دبور، النظريات العامة في الفقہ الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ٧- حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقہ الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ٨- سابق، فقہ السنة (السلم والحرب والمعاملات)، مج ٣، طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة، دار الجيل، دار الفتح للإعلام العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٩- سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الأموال، ط ١، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، ٢٠٠٨م.
- ١٠- سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقہ الإسلامي، ط ١، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٣م.
- ١١- شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، تخریج الفروع على الأصول، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢م.
- ١٢- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ١، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع.
- ١٣- عباس أحمد محمد الباز، أحكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف فيه في الفقہ الإسلامي، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٨م.
- ١٤- عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقہ الإسلامي بحث موازن بين المذاهب الإسلامية السبعة مقارن بالقانون الوضعي، ط ٢، الناشر مكتب الإعلام الإسلامي، ١٩٩٢م.
- ١٥- عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، مكتبة الأقصى، عمان، ١٩٧٧م.

- ١٦- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة بهجة المعرفة، بغداد- بيروت، ١٩٦٩م.
- ١٧- عبد اللطيف محمد، من نظريات الفقه الإسلامي (نظرية الحق -نظرية العقد)، ٢٠٠٦م.
- ١٨- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ١٩- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ٢٠- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الكتاب الثاني (نظرية العقد)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ٢١- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٧٧م.
- ٢٢- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣م.
- ٢٣- محمد إسماعيل أبو الريش، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن، ط٢، مطبعة الأمان، مصر، ١٩٩٤م.
- ٢٤- محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تأريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف، ١٣٤٠هـ.
- ٢٥- محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد إبراهيم فاضل الدبو، فقه المعاملات والجنايات، المعاملات، ج١، ط١، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، ١٩٨٩م.
- ٢٦- محمد زكي عبد البر، التصرفات والوقائع الشرعية، ط١، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٢م.
- ٢٧- محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩م.
- ٢٨- محمد عثمان شبيب، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط٢، دار النفائس، عمان، ٢٠١٠م.

- ٢٩- محمد مصطفى شلبي، تأريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٣٠- محمد نجيب عوضين، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٣١- محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ط ١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٤م.
- ٣٢- مصطفى إبراهيم الزلمي عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨م.
- ٣٣- مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، طبعة طربين، دمشق، ١٩٦٥م.
- ٣٤- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٣، ط ٦، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٨م.
- ٣٥- هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، منشورات مكتبة هاشم، بلا سنة طبع.
- ٣٦- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م.
- ٣٧- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨م.

خامساً: الكتب القانونية

- ١- د. إبراهيم أبو الليل د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، طباعة مطابع مقهوي، الكويت، ١٩٨٦م.
- ٢- د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤م.
- ٣- د. إسماعيل عبد الله شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

- ٤- د. إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨م.
- ٥- د. السيد عيد نايل، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ٦- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ٧- د. أنور سلطان د. جلال العدوي، الموجز في العقود المسماة (البيع)، الناشر دار المعارف، ١٩٦٣م.
- ٨- أنور طلبة، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٩- د. بشار ملكاوي د. فيصل العمري، مصادر الالتزام، ط١، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦م.
- ١٠- د. بهار محمود فتاح، خيار ترك المال وأحكامه في القانون المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤م.
- ١١- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م.
- ١٢- د. توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م.
- ١٣- د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤م.
- ١٤- د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٨٥م.
- ١٥- د. تيسير احميد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤م.
- ١٦- د. جعفر الفضلي د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٧م.
- ١٧- د. جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١م.
- ١٨- د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦م.

- ١٩- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
- ٢٠- د. جورج ش دراوي، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٥م.
- ٢١- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق (الحقوق العينية الأصلية)، ج ١، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، ١٩٦٤م.
- ٢٢- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ط ١، مطبعة لجنة البيان العربي، بغداد، ١٩٦٤م.
- ٢٣- د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ط ٣، ٢٠٠٠م.
- ٢٤- د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، دار أبو المجد بالهرم، ١٩٩٣م.
- ٢٥- د. حسن رياض محمد، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠م.
- ٢٦- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، (الخطأ)، أشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو، ج ٢، ط ١، الناشر دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦م.
- ٢٧- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧م.
- ٢٨- د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥م.
- ٢٩- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ج ١، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٧٠م.
- ٣٠- د. رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١١م.

- ٣١- د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- ٣٢- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م.
- ٣٣- د. رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع فقهاً وقضاءً، ط٨، دار الألفي القانونية بالمينا، ٢٠١٠م.
- ٣٤- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار)، ج١، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤م.
- ٣٥- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣م.
- ٣٦- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، ط١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣م.
- ٣٧- د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقاولة)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٣م.
- ٣٨- د. سليم رستم باز، شرح المجلة، ط٣، دار العلم للجميع، بيروت، ١٩٩٨م.
- ٣٩- د. سليمان محمد الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط١، مطبعة السعادة، ١٩٨٥م.
- ٤٠- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، ط٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠م.
- ٤١- د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، ٢٠٠٠م.
- ٤٢- د. سيف رجب قرامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- ٤٣- شاكِر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩م.
- ٤٤- شاكِر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩م.

- ٤٥- د. شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٢م.
- ٤٦- د. شه نك محمد جميل كريم، أثر القصد المدني في تضمين اليد، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م.
- ٤٧- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦١م.
- ٤٨- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٢م.
- ٤٩- د. ضحى محمد سعيد النعمان، البناء على ملك الغير دون إذن المالك دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر- الإمارات، ٢٠١٤م.
- ٥٠- د. طارق كاظم عجيل، محاضرات القيت على طلبة الماجستير في قسم القانون الخاص، كلية القانون- جامعة ذي قار، ٢٠١٥م.
- ٥١- د. طلبة وهبه خطاب، نظام الملكية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط ٢، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٨٨م.
- ٥٢- د. عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، ١٩٨٤م.
- ٥٣- د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٥٦م.
- ٥٤- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (الحق)، ج ٢، الكويت، ١٩٧٠م.
- ٥٥- د. عبد الرحمن جمعة الحلاشه، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، ط ١، دار وائل، عمان، ١٩٩٨م.
- ٥٦- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٤م.
- ٥٧- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون (حق الملكية)، ج ٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.

- ٥٨- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية)، ج ٨، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٥٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مج ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٦٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج ٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.
- ٦١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج ١، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٦٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ج ٤، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٦٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (التأمينات العينية والشخصية)، ج ١٠، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- ٦٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٤، ط ١، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٥٤م.
- ٦٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ١ (مقدمة-صيغة العقد)، ط ٢، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨م.
- ٦٦- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج ٤ (نظرية السبب ونظرية البطلان)، ط ٢، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨م.
- ٦٧- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، ج ٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م.
- ٦٨- د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م.

- ٦٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مج ٢، ج ١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- ٧٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٧م.
- ٧١- د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري عقد الإيجار الأحكام العامة، ج ١، دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.
- ٧٢- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م.
- ٧٣- د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م.
- ٧٤- د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤م.
- ٧٥- د. عبد الله مبروك النجار، تعريف الحق ومعياري تصنيف الحقوق دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١م.
- ٧٦- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج ١، ط ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م.
- ٧٧- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام)، ج ١، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧م.
- ٧٨- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، (مصادر الالتزام)، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ٧٩- د. عبد المنعم البدرابي، الوجيز في عقد البيع، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع.
- ٨٠- د. عبد المنعم البدرابي، حق الملكية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٠م.

- ٨١- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م.
- ٨٢- د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط٢، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٤م.
- ٨٣- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- ٨٤- د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، ط٢، المطبعة العالمية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٢م.
- ٨٥- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٠م.
- ٨٦- د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥م.
- ٨٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والإيجار، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥م.
- ٨٨- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠م.
- ٨٩- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٩٠- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثامن، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٩١- علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج١، ط١، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م.
- ٩٢- د. علي شاکر عبد القادر البدری، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦م.

- ٩٣- د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.
- ٩٤- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني فقهاً وقضاً (المسؤولية التقصيرية الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال الإلتاف والغصب)، ج٥، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠٢١م.
- ٩٥- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، منازعات الحياة والملكية في التشريع المصري والعربي والأجنبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ٩٦- لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٧م.
- ٩٧- د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، ط١، مكتبة الجيل، الموصل، ٢٠٠١م.
- ٩٨- د. محمد الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٦م.
- ٩٩- د. محمد الصغير البعلبي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٦م.
- ١٠٠- د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢م.
- ١٠١- د. محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠م.
- ١٠٢- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد ١١٠٠ إلى ١٢٣١، من القانون المدني الفرنسي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨م.
- ١٠٣- د. محمد سليمان الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط١، مطبعة السعادة، ١٩٨٥م.

- ١٠٤- د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ١٠٥- د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ١٠٦- د. محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الحنفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١م.
- ١٠٧- محمد طه البشير د. حسون غني طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية)، ج ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢م.
- ١٠٨- محمد طه البشير د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١ (الحقوق العينية الأصلية)، ١٩٨٢م.
- ١٠٩- د. محمد علي عمران، موجز البيع، ١٩٨٩م.
- ١١٠- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، (الالتزامات)، ج ٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥م.
- ١١١- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ج ١، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ١١٢- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ١١٣- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ١١٤- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- ١١٥- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، ج ٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤م.
- ١١٦- د. محمد ياسر حسني محمد الشناوي، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية دراسة تأريخيه مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.

- ١١٧- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة والتشريعات المدنية العربية، بغداد، ٢٠٠٠م.
- ١١٨- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة، ط١، ٢٠١٤م.
- ١١٩- د. مصطفى الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، الدار الجامعية، ١٩٨٦م.
- ١٢٠- د. مصطفى منصور مصطفى، عقد الإيجار، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع.
- ١٢١- منير القاضي، شرح المجلة، ج٢، مطبعتا الخيرية والعاني، بغداد، ١٩٤٧م.
- ١٢٢- منير القاضي، ملتنقى البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة)، مج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢م.
- ١٢٣- منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العالية التابع لجامعة الدول العربية، دار مصر للطباعة، ١٩٥٤م.
- ١٢٤- د. ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨م.
- ١٢٥- د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥م.
- ١٢٦- د. نعمان محمد خليل جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق، مطابع سجل العرب، ١٩٧٧م.
- ١٢٧- هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني دراسة مقارنة، تقديم د. محمد سليمان الأحمد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م.
- ١٢٨- د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ١٢٩- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في القانون المدني (نظرية العقد)، ج١، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٢م.

١٣٠- د. يحيى محمد عبد الله الجرافي، الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، ط٣، المطبعة القضائية، صنعاء، ٢٠١٠م.

سادساً: الرسائل والأطاريح الجامعية والبحوث العلمية

- ١- د. أدورد عيد، أثر انخفاض قيمة النقد في الالتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثاني والثلاثين، ٢٠٠٢م.
- ٢- د. أسامة محمد العبد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد ١٥، بلا سنة طبع.
- ٣- د. أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مولود معمري، ٢٠١٥م.
- ٤- د. إسماعيل كاظم العيساوي، ضوابط المثلي والقيمي في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج ٢٣، العدد ٧٣، ٢٠٠٨م.
- ٥- أكرم محمود حسين، المسؤولية عن تهدم البناء، رسالة ماجستير مقدمة كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٩٠م.
- ٦- أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات- جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٦م.
- ٧- بسام مجيد سليمان، التنظيم القانوني للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية، بحث منشور في مجلة الرافدين، مج ١٤، العدد ٥٠، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بلا سنة طبع.
- ٨- توفيق إبراهيم موسى أبو عقيل، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات- جامعة الخليل، ٢٠٠٨م.

- ٩- جباوي رضا، التصرف في ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٧ م.
- ١٠- د. حبيب إدريس عيسى د. أكرم محمد حسين، ضمان المغصوب دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق- جامعة الموصل، مج ١٧، العدد ٦١، ٢٠١٤ م.
- ١١- د. حبيب إدريس عيسى، النظام القانوني للغصب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الموصل، ٢٠١٢ م.
- ١٢- حسيب صالح إسماعيل، البناء غير القانوني على الأراضي الزراعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة- جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٨ م.
- ١٣- زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤ م.
- ١٤- د. سعد رستم أحمد طه، قسمة الأعيان وقسمة المنافع وأحكامها في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى المعهد الأعلى لأصول الدين- جامعة الزيتونة، ٢٠٠٦ م.
- ١٥- د. سليمان الخلف الحميد، النظام الضريبي في الإسلام في ضوء كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام، أطروحة دكتوراه، مقدمة لكلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٥ م.
- ١٦- سيف بسام سعيد التميمي، تغيّر العين المضمونة وأثره في الملكية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة كربلاء، ٢٠١٨ م.
- ١٧- صبا سعدي علي، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١ م.
- ١٨- صلاح الدين بن عبد الله العلائي الدمشقي، الكلام في بيع الفضولي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثالث، ١٩٩٠ م.
- ١٩- د. عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية في جامعة بغداد، ١٩٩٢ م.

- ٢٠- د. عبد اللطيف محمد السيد مرسل، الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٢١- عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الدراسات الإسلامية العليا- جامعة بغداد، ١٩٦٩م.
- ٢٢- د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٣٢، ٢٠٠٢م.
- ٢٣- علاء وصفي المستريحي، التكيف القانوني لعقد بيع مال الغير دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، المجلد السابع، العدد ٢٧، ٢٠١٩م.
- ٢٤- د. عمار محمد علي القضاة، آثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة عمان العربية، ٢٠١٢م.
- ٢٥- د. غسان كريم عبد المشهداني، مدى تأثير القانون المدني العراقي بمقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإمام الأعظم الجامعة، ٢٠١٩م.
- ٢٦- فرج إبراهيم عبد الله سكر، الحيابة في المنقول كسبب من أسباب الملكية دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١١م.
- ٢٧- لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة في الشريعة والقانون، بحث تقدم به إلى مجلس القضاء الأعلى ضمن متطلبات الترقية إلى الصنف الثالث، بلا سنة طبع.
- ٢٨- محمد حسن قاسم، الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة في القوانين المدنية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥م.
- ٢٩- محمد رافع يونس، المغارسة في أرض الوقف دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج ١٥، العدد ٥٢، السنة ١٧، بلا سنة طبع.
- ٣٠- محمد زكريا البرديسي، التصرف الإسقاطي، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة ١٢، العدد الثاني، ١٩٦٨م.
- ٣١- محمد عبد الوهاب محمد، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠٦م.

- ٣٢- محمود محمد الطنطاوي، حقيقة التصرف وأقسامه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة عشرة، جامعة عين شمس، ١٩٧٣م.
- ٣٣- د. ميري كاظم عبيد الخيكاني، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٩٩٩م.
- ٣٤- نادر محمد القضاة، أثر اختلاف الفقهاء في مالية المنافع، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مج ٢٨، العدد ٣، غزة، ٢٠٢٠م.
- ٣٥- نبأ محمد عبد العبيدي، غصب العقار، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٦م.
- ٣٦- نظيمة قيس محمد الكيلاني، رهن ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٦م.
- ٣٧- نوزاد عباس أحمد، ضمان المال بوضع اليد دراسة فقهية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ١٩، السنة الخامسة، بلا سنة طبع.
- ٣٨- د. الهادي السعيد عرفه حسب النبي، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في الفقه الإسلامي، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٨٤م.
- ٣٩- وداد وهيب لهماود، الأطر القانونية لرهن ملك الغير دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد ٥٢، ٢٠٢٠م.
- ٤٠- يوسف محسن محمد علي، الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة بغداد، ١٩٧٨م.

سابعاً: متون القوانين والاعمال التحضيرية

- ١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٤- قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦.
- ٥- قانون الإصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧١.
- ٦- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- ٧- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.
- ٨- القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢.
- ٩- مجموعة الأعمال التحضيرية، الباب التمهيدي أحكام عامة من المادة ١ الى المادة ٨٨، ج ١، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.
- ١٠- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط ٣، مطبعة التوفيق، عمان، ١٩٩٢م.

ثامناً: مصادر القرارات القضائية

- ١- عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧م.
- ٢- القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز ١٠٨، جامعة القديس يوسف في بيروت، ٢٠٠٩م.
- ٣- مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الخامس، السنة الرابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦م.
- ٤- مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٩م.
- ٥- مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧م.
- ٦- مجلة نقابة المحامين الأردنية، عمان، ١٩٥٣م.
- ٧- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥م.
- ٨- ناصر فتحي بدوي، دعوى الطرد للغصب في ضوء أحكام محكمة النقض، دار عمان للكتب، مصر، بلا سنة طبع.

٩- النشرة القضائية، العدد الأول، بلا سنة طبع.

١٠- النشرة القضائية، العدد الأول، ٢٠٠٨م.

١١- النشرة القضائية، العدد الخامس، ٢٠٠٩م.

تاسعاً: المواقع الإلكترونية

- 1- [http:// law master. Blogspot.com](http://lawmaster.blogspot.com).
- 2- https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil.
- 3- www.almodarresi.com.
- 4- arab-ency.com.sy.
- 5- www.bibliotdroit.com .
- 6- www.islamweb.net.
- 7- <https://www.bibliotdroit.com>
- 8- <http://islamqa.info/ar/ref>.

عاشراً: المصادر الأجنبية

- 1-Baudry et saignat , Traite Theorique et pratique de droit civil Du: contat de vente . 3eme ed.
- 2-De pag (H) Traite ele mentair de droit civil belge . T.L.v 195.
- 3-Demogue (R) Traite des obigafions , en generl , t4 , paris , 1923 -1933.
- 4-Dragur – l' execution en nature des contrats , these , paris , 1939 .
- 5-Ghestin , traite de droit civil , le contrat , formation 1988.
- 6-Guillaud (L) Traitred la vente en droit belge , 1960.
- 7-Jean cherallier,Louis Bach , Droit civil,introduction al entude du droit, tomel , 10 editions , sirey , paris , 1989 .

8-La P. VOIRIN ed Goubeaux . Manuel DE droit civil.

9-Louis Josserand , droit civil positif francais ,part II , denxieme edition , 1933.

10-Marcel , planuil , ET- Georges , droit civil francais , part II , edition , tom Ex II , paris , 1953.

11-Mazeaud (H.L.et J) le cons de droit civil T:11 1969.

12- planiol et bipert , trate pratique de droit civil francais , tx II , parbecque, LGDJ, 1953.

13-Tabbah Bicara ,Broprite privee et register foncier , tom2. 1950.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

بدأت الملكية طورها الأول بحيازة واستئثار يمارسه الفرد على الشيء معتمداً في ذلك على القوة والغلبة، حيث كانت الصورة الأولى للملكية تتمثل في الاستيلاء ووضع اليد على الشيء المراد تملكه، ولكن تطور المجتمع بمستوياته جميعها أدى إلى تطور مفهوم حق الملكية منعاً للفوضى وجلباً للاستقرار وتجنباً للنزاعات بين أفراد المجتمع.

وقد نظرت الشريعة الإسلامية إلى الملكية نظرة خاصة تنبع من تفهم عميق وواقعي، فقد احترمتها ووضعت أحكاماً تكفل رعايتها وحمايتها، وإذا كان حق الملكية عرضة للاعتداء والتجاوز بوضع اليد فقد وضعت الشريعة قواعد عامة أشتبظ منها الفقهاء بمختلف مذاهبهم أحكاماً خاصة تلزم هذه اليد بالضمان وتحملها المسؤولية عن كل ما يطرأ على العين المضمونة من نقص أو هلاك أو تغيير أو ما إلى ذلك.

ولم يقتصر هذا الاحترام على الشريعة الإسلامية، بل إن القوانين الوضعية أقرت حق الملكية وأحاطته بسياسات منيع من القواعد القانونية يحميه من أي اعتداء أو تجاوز، فهذه القوانين أكدت على احترام حق الملكية وحمايته وعدم المساس به، وبقدر احترام المجتمع لهذا الحق وما تحيطه القوانين الوضعية من حماية يشعر الأفراد داخل المجتمع بالأمن والاستقرار، وعليه لا يجوز الاعتداء على حق الملكية ولا يجوز نزعه جبراً إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، فالقانون يحمي المالك حماية شاملة ويمنع الاعتداء على ملكه، ويضع أمامه طرق قانونية يستطيع من خلالها أن يسترد ملكه من يد حائزه غاصباً كان أم غير غاصب.

وفي ظل هذه الحماية التي أعطتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لحق الملكية نجد في بعض الأحيان شخصاً ما يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، مثال ذلك واضع اليد على ملك غيره، فقد يبيع هذا الملك أو يؤجره أو يتصرف به أي تصرف آخر كما هو الحال بالنسبة للغاصب واليد التي تبعت يد الغاصب وحلت محلها من دون سند قانوني أو إذن من المالك، والأصل أن الغاصب ملزم في الشرع والقانون برد المال المغصوب إلى صاحبه، ولكن وجود المال المغصوب في يد الغاصب من شأنه أن يغريه بالتصرف فيه، إذ إن مدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تكون كافية لأن تدفعه للقيام ببعض التصرفات التي من شأنها تمنع المالك من ممارسة سلطاته المعروفة من استعمال واستغلال وتصرف، وهذا يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات المالية والاضرار بحقوق الآخرين، ونظراً لخطورة هذه الظاهرة، فقد قمنا بإعداد هذه الدراسة التي جاءت تحت عنوان التصرف في المال المغصوب "دراسة مقارنة".

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من خلال النقاط الآتية:

1- ترجع أهمية موضوع التصرف في المال المغصوب إلى إنه كثير الوقوع في الحياة العملية، حيث إن الحداثة وتطور الحياة الاقتصادية أفرزت عديداً من الإشكالات حول موضوع التصرف

في الأموال المغصوبة، فضلاً عما يترتب على هذا التصرف من آثار اجتماعية وإثراء للغاصبين على حساب الآخرين من دون وجه حق.

2- تبدو أهمية البحث من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالغصب وإظهار أهميته بين صور الفعل الضار، إذ إنّ الواقع العملي وسوح القضاء خير شاهد على أهمية الغصب من خلال كثرة القضايا المتعلقة بالتعدي على أموال الناس، فجاءت هذه الدراسة في جانب من مواضيع الغصب، وهو التصرف في المال المغصوب.

3- تكمن أهمية البحث في التصرف في المال المغصوب من خلال تحديد المعالجة التشريعية لهذا الموضوع الذي يجد أساسه في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، فعلى الرغم من أنّ التشريعات المدنية محل المقارنة عالجت موضوع التصرف في المال المغصوب، ولكنّ معالجتها لم تكن دقيقة.

4- تكمن أهمية البحث في التصرف في المال المغصوب من خلال الإسهام في تقديم الحلول لمعالجة ظاهرة التجاوز على أموال الناس والتصرف فيها بغير حق بسبب ضعف الوازع الديني في نفوسهم وكثرة أطماعهم، حيث إن حالة الاضطراب التي نمر بها خلقت ظروف غير اعتيادية أتاحت لبعض ضعاف النفوس جواً مناسباً للاعتداء على حقوق الآخرين.

ثالثاً: أسباب اختيار البحث وأهدافه

1- الرغبة في البحث والاستقصاء في المواضيع القانونية والفقهية التي لها ارتباط وثيق في حياتنا اليومية، ومنها التصرف في المال المغصوب، وذلك لبيان الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع على المستوى النظري والعملي والمساهمة في وضع الحلول المناسبة لتفادي هذه الإشكالات أو الحد منها.

2- يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع التصرف في المال المغصوب دراسة تأصيلية، وذلك بالاعتماد على آراء الفقهاء المسلمين وآراء فقهاء القانون والاجتهادات القضائية فضلاً عن الاعتماد على القوانين المدنية محل المقارنة.

3- يهدف هذا البحث إلى الوصول لتصور عام عن فكرة التصرف في المال المغصوب والوقوف على فلسفة المشرع في كل من العراق ومصر وفرنسا والأردن واليمن في كيفية معالجة هذا النوع من التصرفات ومقارنة اتجاه المشرع في كل هذه البلدان ولاسيما العربية مع اتجاهات الفقه الإسلامي المختلفة.

4- محاولة سد الفراغ في الدراسات القانونية والفقهية التي تكاد تخلو من التعرض لهذا الموضوع والتي لو تعرضت له فإنها تتناوله بشكل سطحي أو تتناول موضوعاً معيّناً من موضوعاته التي لها علاقة من بعيد أو قريب بظاهرة الاستيلاء على أموال الناس والتصرف فيها، على الرغم من إنه من المواضيع القانونية المهمة في حياة الناس.

رابعاً: مشكلة البحث

1- قد ينشأ عن الغصب ضرر مباشر في المال المغصوب، إذ قد يقوم الغاصب بتغييره وتحويله إلى شيء آخر، وقد يحدث فيه نقص أو يلتصق بغيره، وكذلك قد يقوم الغاصب ببيعه أو يؤجره أو يرهنه إلى غير ذلك من التصرفات.

2- تتأثر النصوص التي عالجت أحكام التصرف في المال المغصوب وتلتقي مع أحكام الغصب وتُعد تطبيقاً من تطبيقاته، وبالرغم من ذلك لم يرد النص عليها من المشرع العراقي والأردني واليميني ضمن الأحكام التي عالجت موضوع الغصب.

3- بيان مدى كفاية النصوص التي عالجت أحكام التصرف في المال المغصوب وتحديد ما سكنت عنه التشريعات المدنية محل المقارنة في تلك الأحكام وصولاً إلى الآثار المترتبة على هذا النوع من التصرفات والتمثلة برد المغصوب وضمانه.

4- بيان كيفية تنظيم القانون المدني العراقي لموضوع التصرف في المال المغصوب ومدى توافقه في تنظيم أحكام هذا النوع من التصرفات مقارنة بغيره من القوانين المدنية محل المقارنة، ومن ثم بيان آراء الفقهاء المسلمين لمعرفة مدى تأثير تلك القوانين بهذه الآراء.

ومن خلال مشكلة البحث المتعلقة بموضوع التصرف في المال المغصوب نستطيع أن نطرح الكثير من التساؤلات، أهمها الآتي:

1- ما هو تعريف التصرف في المال المغصوب؟ وما هو موقف الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة من طبيعة هذا التصرف؟.

2- ما حكم الإجازة اللاحقة من المالك لتصرف الغاصب في المال المغصوب؟ وهل يُعد هذا التصرف تصرفاً فضولياً موقوفاً على إجازة المالك أو يُعد تصرفاً باطلاً لا يترتب عليه أثر وإن أجازهُ المالك؟.

3- ما هو تعريف المال المغصوب؟ وماهي أنواع الأموال التي تكون محلاً للتصرف في المال المغصوب في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة؟.

4- قد يقوم الغاصب نتيجة الطمع وحب المال إلى إجراء بعض التصرفات الفعلية أو القولية في المال المغصوب، فهل يحق للغاصب إجراء مثل هذه التصرفات؟ وماهي أنواع هذه التصرفات في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة؟.

5- ما هي العلاقة بين أحكام الغصب وأحكام الالتصاق فيما يتعلق بالتصرف في المال المغصوب؟ وهل يُعد الالتصاق تطبيقاً من تطبيقات الغصب ولاسيما بالنسبة للمحدث شيء النية؟.

6- ما هي طبيعة تصرف الشريك في العقار الشائع إذا أحدث منشآت على هذا العقار من دون رضا بقية الشركاء وما هو حكم تصرفه في هذا العقار؟.

7- ما هو أثر التصرف في المال المغصوب على الحكم برده؟ وما هو حكم الزوائد والمصروفات التي أنفقها الغاصب على المال المغصوب؟.

8- ما هو أثر التصرف في المال المغصوب على الحكم بضمانه؟ وكيف يتم تقدير الضمان؟ وهل يحق للغاصب تملك المال المغصوب؟.

خامساً: منهج البحث

للإجابة على جميع التساؤلات التي طرحناها في مشكلة البحث سنعتمد على المنهجية العلمية في البحث من خلال إتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، إذ اعتمدنا أسلوب المنهج التحليلي الذي يركز على عرض المشكلة ودراستها وذلك من خلال جمع المعلومات وتصنيفها وتحليل النصوص القانونية الخاصة بموضوع التصرف في المال المغصوب ومقارنتها بالاجتهادات القضائية في العراق ومصر والأردن وفرنسا، وكذلك اعتمدنا أسلوب المنهج المقارن الذي يركز على بيان موقف الفقه الاسلامي وموقف القانون وذلك من خلال المقارنة بين النصوص القانونية التي نظمت أحكام التصرف في المال المغصوب في القانون العراقي بالأحكام الخاصة في الفقه الاسلامي من جهة وبقية القوانين المدنية من جهة أخرى كالقانون المصري والفرنسي والأردني واليمنّي وبيان آراء الفقهاء المسلمين وآراء فقهاء القانون وشروحاته في كل مورد من موارد البحث.

سادساً: خطة البحث

لغرض معالجة هذا الموضوع بصورة متكاملة ارتأينا تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول، نتناول في الفصل الأول ماهية التصرف في المال المغصوب، وذلك من خلال تقسيمه على مبحثين نكرس المبحث الأول للتعريف بالتصرف في المال المغصوب، وندناوله في مطلبين نخصص المطلب الأول لتعريف التصرف في المال المغصوب، والمطلب الثاني لطبيعة التصرف في المال المغصوب، وندناول في المبحث الثاني محل التصرف في المال المغصوب ونقسمه على مطلبين نبين في المطلب الأول تعريف المال المغصوب، وفي المطلب الثاني أنواع المال المغصوب، أما الفصل الثاني أنواع التصرف في المال المغصوب فنقسمه على مبحثين، نخصص المبحث الأول للتصرف الفعلي في المال المغصوب، وندناوله في مطلبين، نبحت في المطلب الأول التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثاني التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون، وندناول في المبحث الثاني التصرف القولي في المال المغصوب ونوزعه على مطلبين، نفرد المطلب الأول للتصرف القولي في الفقه الإسلامي، ونبين في المطلب الثاني التصرف القولي في القانون، أما الفصل الثالث آثار التصرف في المال المغصوب فنقسمه على مبحثين، نبين في المبحث الأول رد المال المغصوب وندناوله في مطلبين نبحت في المطلب الأول رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني رد المال المغصوب في القانون، أما المبحث الثاني ضمان المال المغصوب فنوزعه على مطلبين، نفرد المطلب الأول لضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونبحت في المطلب الثاني ضمان

المال المغصوب في القانون، وننهي البحث بخاتمة تتضمن أهم ما سنتوصل إليه من نتائج ومقترحات.

الفصل الأول

ماهية التصرف في المال المغصوب

يُعد الغصب استيلاء غير مشروع على مال الغير على سبيل المجاهرة والمغالبة، ويمثل صورة من صور الفعل الضار، وعملية الغصب تتحقق بمجرد فعل يصدر عن شخص يمنع المالك قهراً من احدى خصائص ملكه، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، فالغصب تعدياً غير مشروع على حق الغير والمهم فيه الحاق الضرر بالمغصوب منه بطريقة غير مشروعة، وذلك من خلال قيام الغاصب بالانتفاع بالمال الذي يستولي عليه أو التصرف به بشتى أنواع التصرفات الفعلية والقولية، وللتعرف على ماهية التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نكرس المبحث الأول للتعريف بالتصرف في المال المغصوب وذلك بتقسيمه على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف التصرف في المال المغصوب وفي المطلب الثاني طبيعة التصرف في المال المغصوب، ونخصص المبحث الثاني لمحل التصرف في المال المغصوب، وذلك بتقسيمه على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف المال المغصوب وفي المطلب الثاني أنواع المال المغصوب.

المبحث الأول: التعريف بالتصرف في المال المغصوب

إن البحث في المفاهيم يقتضي بيان تعريفها وطبيعتها، ولتحديد معنى التصرف في المال المغصوب ينبغي علينا تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون وكذلك بيان طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون، ولتوضيح ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف التصرف في المال المغصوب وفي المطلب الثاني طبيعة التصرف في المال المغصوب.

المطلب الأول: تعريف التصرف في المال المغصوب

التعريف هو القول الدال على ماهية الشيء، وتعريف الشيء لا يدل إلا على المعرف وحده، ولأجل بيان معنى التصرف في المال المغصوب لابد من بيان معناه في نظر الفقهاء المسلمين والقانون، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين نكرس الفرع الأول لتعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونخصص الفرع الثاني لتعريف التصرف في المال المغصوب في القانون.

الفرع الأول: تعريف التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

إن الفقهاء المسلمين وضعوا للغصب تعريفات متعددة ولكنهم لم يضعوا تعريفاً للتصرف في المال المغصوب وإنما عرفوا التصرف بشكل عام⁽¹⁾، فالفقهاء المسلمون لم يختلفوا في عدّ التصرف الشرعي من أحد مصادر الحق أو الالتزام، ولكن الاختلاف بينهم يظهر عند محاولة تحديد مشتملات هذا المصطلح، إذ إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي كلمة شائعة وذات مدلول واسع، فعلى الرغم من تردها في كتب قدامى فقهاء الشريعة لم يضعوا تعريفاً محدداً لها وربما يرجع ذلك لشهرتها وتكرار استعمالها.

(1) وأما عند علماء اللغة فالتصرف مأخوذ من الصرف مصدر تصرف يتصرف تصرفاً، والصرف: بيع الذهب بالفضة، والتصرف في جميع البيعات: انفاق الدراهم، والصرف: التقلب والحيلة ومنه التصرف في الأمور، والمال في اللغة مأخوذ من مادة مول، والمال في الأصل ما ملكته من جميع الأشياء وجمعه أموال ورجل مال أي ذو مال، والمال ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يُطلق على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم، والمغصوب في اللغة من الفعل غصب، والغصب: أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً، والغاصب اسم فاعل والشيء مغصوب، وغصب الشيء يغصبه غصباً، وغصبه على الشيء: قهره وغصبه منه، فالتصرف في المال من شأنه أن يغيره من حال إلى حال، فبعد أن كان مملوك لصاحبه تنتقل الملكية إلى غيره بالبيع أو الهبة أو غير ذلك. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج5، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003م، ص320. الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب كتاب العين، ج2، ط1، مطبعة باقري، قم، 1414هـ، ص984 و ص1343. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج7، دار التوفيق للتراث، القاهرة، 2009م، ص355. أبي السعادة المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج4، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م، ص114. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، 1977م، ص660. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط7، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1953م، ص475.

ويرى فقهاء الإمامية في كلامهم عن شروط المتعاقدين " أن الصغير محجور عليه سواء كان مميزاً أم لا في جميع التصرفات إلا ما استثنى كعبادته وإسلامه وإحرامه وتديبره ووصيته وإيصال الهدية"⁽¹⁾.

ويرى فقهاء الحنفية في كلامهم عن الحجر " أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها، فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره وبيعه وشرائه، ولا تصح منه الهبة والوصية"⁽²⁾.

ويرى فقهاء المالكية في كلامهم عن المفلس " فلا يمنع من تصرفه المالي بمجرد إحاطة الدين وإنما يمنع من ذلك بالتفليس بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء عليه، وأولى بالمعنى الخاص فيمنع منهما من التصرف المالي بالتبرعات والبيع والشراء ولو بغير محاباة"⁽³⁾.

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"⁽⁴⁾، ويرى فقهاء الحنابلة عند كلامهم عن المفلس " متى حجز عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف في بيع أو هبة أو وقف أو نحو ذلك لم يصح"⁽⁵⁾.

وبهذا الصدد يذكر أحد الفقهاء⁽⁶⁾ لم أعثر فيما وصل إلى يدي من كتب الفقهاء القدامى على حقيقة التصرف في الاصطلاح الشرعي، وكل ما هنالك إنهم تعرضوا لإباحته أو منعه في أبواب كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي، الأمر الذي يمكن من خلاله الوصول إلى بيان حقيقة التصرف، والذي يبحث عن هذا المصطلح في أبواب الفقه المختلفة يجد إن معنى التصرف كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل سواء كان مميزاً أم غير مميز مكلفاً أم غير مكلفاً ويرتب عليه الشارع أثر من الآثار.

ولكننا وجدنا تعريفاً للتصرف لدى أحد فقهاء المسلمين إذ إنه عرف التصرف بأنه " كلام وهو فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال، وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينفع فيه، فهذا يكون حد التصرف للتصرف باللسان، وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده، ثم قد يتمتع فيه نفوذه شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع"⁽⁷⁾، وبذلك فإن هذا التعريف يشمل الأقوال والأفعال لقوله " فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال"، ويمكن شرح العبارتين الآخريتين الواردتين في هذا التعريف على النحو الآتي:

- (1) الشيخ مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ج 1، ط 2، مؤسسة الإمام المنتظر، قم، 1433هـ، ص 360.
- (2) علاء الدين أبي بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 9، مطبعة الإمام، القاهرة، الناشر زكريا علي يوسف، بلا سنة طبع، ص 4467.
- (3) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار الفكر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص 262.
- (4) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج 3، المكتب الإسلامي، بيروت، بلا سنة طبع، ص 343.
- (5) عبد الله بن أحمد محمد بن قدامه المقدسي، المغني، ج 6، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ص 571.
- (6) محمد زكريا البرديسي، التصرف الاسقاطي، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 12، العدد الثاني، 1968م، ص 285.
- (7) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 13، دار المعرفة، بيروت، 1993م، ص 154.

1- إذا صدر من أهله في محله تحقق فيه وجوده، أي إذا كان هذا التصرف صادر ممن له أهلية الأداء، بمعنى إن وجود الأهلية شرط لصحة التصرف⁽¹⁾.

2- إذا امتنع نفاذ التصرف شرعاً لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع، أي أن التصرف لا يكون نافذاً إلا إذا انتفت الموانع الشرعية، فتصرف ناقص الأهلية صحيح، ولكنه موقوف لوجود المانع وهو نقص الأهلية⁽²⁾.

وإذا تتبعنا تعريف التصرف لدى الفقهاء المعاصرين في الفقه الإسلامي يتضح الآتي:

التعريف الأول: التصرف هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليها أثراً شرعياً في المستقبل⁽³⁾، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

1- إن كلمة تصرفات الواردة في التعريف كلمة مبهمة تحتاج إلى إيضاح وبيان.

2- إن كلمة القولية الواردة في التعريف تعني إن التعريف قد حصر التصرفات بنوع واحد فقط، وهي التصرفات القولية، وتصرفات الإنسان تنقسم إلى تصرفات قولية وتصرفات فعلية.

التعريف الثاني: التصرف هو كل عمل ينشئ التزام وينتج أثراً شرعياً⁽⁴⁾، ويُلاحظ على هذا التعريف إنه عرف التصرف هو كل عمل ينشئ التزام، وإن بعض التصرفات فيها التزام بإنشاء حق كالبيع أو إسقاطه كإبراء المدين من الدين أو إنهائه كما في الطلاق، وهذا يعني إن التصرف أعم وأشمل من دائرة الالتزام.

التعريف الثالث: التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار⁽⁵⁾، ويُلاحظ على هذا التعريف إنه لم يشمل تصرفات بعض فاقد الأهلية كالمكره على الرغم إن كل ما يصدر عنه من الأقوال والأفعال يُعد تصرفاً، وإنه لم يُحدد من هو الشخص هل المكلف أم الصبي المميز أم غير المميز؟.

التعريف الرابع: التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما⁽⁶⁾، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

(1) فأول أثر لثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية باعتبارها اسباباً منشئة للحقوق، فمن كانت عباراته صالحة لأن تكون سبباً لثبوت الحقوق له وعليه فعنده أهلية أداء، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية يُعد فاقداً لأهلية الأداء. الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الكتاب الثاني (نظرية العقد)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014م، ص269.

(2) محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط4، دار الفكر، دمشق، بلا سنة طبع، ص2959.

(3) د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، بلا سنة طبع، ص118.

(4) د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للعقود والعقود في الشريعة الإسلامية، ج1، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع، ص33.

(5) د. محمد زكي عبد البر، التصرفات والوقائع الشرعية، ط1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1982م، ص25.

(6) د. محمد مصطفى شلبي، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص364.

1- إنه أخرج تصرفات الصبي غير المميز على الرغم من إن الصبي غير المميز قد تصدر منه بعض الأقوال والأفعال وتسمى تصرفاً، كما قد تصدر منه تصرفات فعلية يعتد بها الشرع كالإتلاف والاعتداء على مال غيره.

2- لم يشتمل التعريف على تصرفات بعض فاقد الأهلية كالمكره على الرغم من أن كل ما يصدر عنه من الأقوال والأفعال يُعتبر تصرفاً.

التعريف الخامس: التصرف هو الالتزام الذي يصدر عن الشخص ويرتب عليه الشرع احكاماً سواء كان بسيطاً كالنذر أم مركباً من التزامين متبادلين يتوقف أولهما على ثانيهما كما في عقود المعاوضات⁽¹⁾، ويُلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

1- إن كلمة الشخص تحتاج إلى بيان لأنه لم يُحدد المقصود بالشخص هل المكلف أم الصبي.

2- إنه عرف التصرف هو الالتزام والتصرف أعم وأشمل من الالتزام، إذ إن بعض التصرفات فيها التزام بإنشاء حق كالبيع أو إسقاط حق كإبراء المدين من الدين أو إنهاء حق كما في الطلاق.

التعريف السادس: التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص المميز باختياره من الأقوال التي رتب عليها الشرع أثراً أو حكماً معيناً⁽²⁾، ومما يُلاحظ على هذا التعريف إنه قد حصر التصرفات بنوع واحد من التصرفات وهي التصرفات القولية على الرغم من إن التصرفات أما أن تكون تصرفات قولية أو تصرفات فعلية.

التعريف السابع: هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، ويترتب عليه حكم شرعي، فالتصرف الفعلي ما كان قوامه عملاً غير لسانی كإحراز المباحات والغصب والإتلاف وغير ذلك، والتصرف القولي هو ما كان قوامه قولاً كالبيع والإجارة والهبة وغير ذلك، وينقسم إلى قسمين: قولي عقدي وقولي غير عقدي، فالتصرف القولي العقدي يتكون من قولين يرتبطان معاً كالبيع والإجارة أو يتم بقول واحد على المعنى الأعم للعقد، والتصرف القولي غير العقدي كالدعوى، وهي طلب حق أمام القضاء، وفي النتيجة يكون التصرف بهذا المعنى أعم من العقد بمعنييه العام والخاص، لأن العقد بالمعنى الخاص جزء من التصرف القولي العقدي والعقد بالمعنى العام جزء من التصرف القولي⁽³⁾.

والتصرف الشرعي في الاصطلاح الفقهي هو كل عمل ينتج أثراً شرعياً، والأثر الشرعي يقابله في لغة القانون إنشاء الالتزام ونقله وتعديله وانقضاؤه وبمعنى آخر ظهور حالة قانونية جديدة أو انقضاء حالة قانونية قائمة.

فالتصرفات الشرعية نوعان: قولية وفعلية، والتصرفات القولية تشمل الإنشاءات والإسقاطات، والإنشاءات تتم من جانب واحد وتسمى بالإيقاعات كالوقف والنذر والوصية، ويقابلها في القانون

(1) محمود محمد الطنطاوي، حقيقة التصرف وأقسامه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة عشرة، جامعة عين شمس، 1973م، ص24.

(2) د. أنور محمود دبور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2009م، ص10.

(3) د. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م، ص202.

المدني العمل الصادر من جانب واحد، أو تتم من جانبين وتسمى بالعقود كالبيع والإجارة، والإسقاطات هي التي تؤدي إلى إنهاء حالة قانونية قائمة كالإبراء من الدين والعق.

أما التصرفات الفعلية فهي التي تكون سبباً من أسباب الضمان كغصب مال الغير أو إتلافه، فالغصب يُنشئ على عاتق الغاصب التزاماً برده ما غصبه عيناً أو بدفع قيمته إذا تعذر الرد عيناً، والإتلاف ينشئ التزاماً على عاتق المتلف بتعويض صاحب المال المتلف عن قيمة ماله⁽¹⁾، وبالتالي فالتصرف الشرعي إما قولي أو فعلي، فالتصرف القولي: عقدي كالبيع والشركة وغير عقدي أما مجرد اخبار كالدعوى والإقرار أو انشاء حق أو انهائه كالوقف والطلاق والإبراء، والتصرف الفعلي هو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب وقبض الدين وتسليم المبيع⁽²⁾.

وبالموازنة بين مدلول التصرف والعقد يتبين أنَّ التصرف أعم وأشمل من العقد، لأن التصرف يشمل الأفعال والأقوال، والعقد هو تصرف قولي بالألفاظ، والتصرف القولي أعم من العقد، إذ إن التصرف القولي يشمل التصرف القولي الصادر من جانبين والصادر من جانب واحد⁽³⁾، هذا بالنسبة لتعريف مصطلح التصرف بشكل عام.

وأما بالنسبة لتعريف مصطلح التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي، فالفهاء المسلمون لم يضعوا تعريفاً للتصرف في المال المغصوب، لأن الفقهاء كما نعلم لم يهتموا بتعريف المصطلحات بل ركزوا جلَّ اهتمامهم على بيان الأحكام الفقهية العملية لتلك المصطلحات، ولكنهم مع ذلك وضعوا تعريفات للغصب، فعرفه فقهاء الحنفية بأنه "أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده"⁽⁴⁾، وعرفه فقهاء المالكية بأنه "أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراصة"⁽⁵⁾، وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه "الاستيلاء على حق غيره بغير حق من عقار ومنقول"⁽⁶⁾، وعرفه فقهاء الشافعية بأنه "الاستيلاء على حق الغير من مال أو اختصاص عدواناً"⁽⁷⁾، وعرفه فقهاء الإمامية بأنه "الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً"⁽⁸⁾، وعرفه فقهاء الظاهرية بأنه "أخذ الشيء بغير حق ظلاً"⁽⁹⁾، وعرفه فقهاء الزيدية بأنه "أخذ

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج 1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963م، ص25.

(2) د. محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ط1، دار الفكر، دمشق، 1984م، ص83 وص84.

(3) د. عبد اللطيف محمد السيد مرسال، الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2010م، ص270.

(4) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 11، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1978م، ص49.

(5) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع ص307.

(6) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، ج 5، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، بلا سنة طبع، ص238.

(7) عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج 3، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع، ص136.

(8) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي المطهر، تذكرة الفقهاء، ج 3، طبع حجر، بدون سنة طبع، ص372.

(9) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج 8، دار الافاق الجديدة، بيروت، بلا سنة طبع، ص135.

الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً⁽¹⁾، وعرفه فقهاء الأباضية بأنه " أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراية"⁽²⁾.

وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تعريفات الغصب⁽³⁾ إلا إنها تتفق في أن يكون المغصوب مالاً متقوماً محترماً، وأن يكون الاستيلاء بغير إذن المالك وعلى سبيل المجاهرة والمغالبة، والغصب يفترق عن السرقة من حيث طريقة الأخذ، فالغاصب يأخذ المغصوب مجاهرة وعلانية والسارق يأخذ المسروق خفية وسراً، كما إن الغصب يقع بعلم المالك ولكن بغير رضاه واختياره وبغير مغالبة منه، والسرقة لها نصاب محدد والغصب ليس فيه نصاب، ولهذا التفريق أثر في الحكم المترتب على كل منهما من حيث العقوبة، فالسارق تقطع يده والغاصب لا تقطع يده، لعدم توافر شروط السرقة فيه ومنها شرط الخفية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعريف التصرف في المال المغصوب في القانون

فرق فقهاء القانون بين نوعين من التصرفات التي تصدر عن الإنسان، وهما الوقائع القانونية والتصرفات القانونية⁽⁵⁾.

النوع الأول: الوقائع القانونية هي كل حدث يرتب القانون عليه أثراً قانونياً، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (1100) من القانون المدني الفرنسي على أن " الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون آثاراً قانونية"⁽⁶⁾، وهذه الوقائع قد تكون من فعل الطبيعة أو من فعل الإنسان.

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

(1) شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السباغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج3، ط2، مكتبة البيان، دمشق، 1968م، ص401.

(2) محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج13، ط3، مطبعة الإرشاد، جده، 1972م، ص433.

(3) ويرى أحد الفقهاء أن أفضل تعريف للغصب للعمل بمقتضاه هو تعريف فقهاء الشافعية وبوجه خاص في هذا العصر المتطور الذي نجد فيه إن حقوق الشعوب المستضعفة أكثرها مغصوبه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من الدول الكبرى المتقدمة في العالم التكنولوجي. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة، ط1، 2014م، ص257.

(4) د. عباس أحمد محمد الباز، أحكام المال الحرام وضوابط الانتقاع والتصرف فيه في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1998م، الأردن، ص54 وص55.

(5) تجدر الإشارة إلى إن جميع الالتزامات التي يترتب على مخالفتها جزاء تستند إلى القانون الذي يمنحها قوة الإلزام بطريق غير مباشر سواء كان منشؤها العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الكسب من دون سبب تستند إلى القانون الذي يمنحها قوة الإلزام، وأما المصدر المباشر للالتزام فهو التصرف القانوني أو الواقعة. انظر في ذلك:

Ghestin , traite de droit civil , le contrat , formation 1988 , p.203-204.

(6) انظر د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد (1100) إلى (1231-7) ، من القانون المدني الفرنسي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018م، ص28.

ثانياً: الواقعة من فعل الإنسان (الأعمال المادية): وهي التي تقع بإرادة الشخص أو بدون إرادته ويرتب عليها القانون أثراً معيناً أو هي الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان فتترتب عليها آثاراً قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت عنه، وهي:

1- الفعل النافع (الكسب بلا سبب): هو ان يثري شخص على حساب شخص آخر من دون سند قانوني، ولهذا فإن القانون يرتب لمن افتقر حقاً يستطيع بمقتضاه أن يرجع على من اثرى على حسابه.

2- الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية): ويقوم في الغالب على ثلاثة أركان الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما، كمن يقوم بإتلاف مال غيره عن إهمال من دون أن يقصد الفعل أو نتيجته المتجسدة في التزامه بالتعويض للمضرور، وقد يكون تلفه عمداً وكان يقصد الفعل فهو من دون شك لم يقصد النتيجة.

3- وقائع أخرى مثل الاستيلاء ووضع اليد وغير ذلك، كل هذه الأفعال يرتب القانون عليها آثاراً قانونية مؤداها إنشاء الحقوق، وهنا قد يظهر قصد الشخص متجهاً إلى الفعل والنتيجة معاً، كما في وضع اليد بنية التملك مدة التقادم المكسب للملكية بالنسبة للشيء الذي وضع يده عليه⁽¹⁾، والوقائع القانونية سواء كانت بفعل الإنسان أم بفعل الطبيعة يقابلها في الفقه الإسلامي التصرفات الفعلية.

النوع الثاني: التصرفات القانونية (الأعمال القانونية): التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم إنهائه، ويتمثل ذلك في العقود والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة⁽²⁾، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1100) من قانون العقود الفرنسي الجديد على إنه " التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية، هذه التصرفات قد تكون اتفاقية أو من جانب واحد، وتخضع التصرفات القانونية من حيث صحتها وآثارها عند الاقتضاء للقواعد التي تحكم العقود"⁽³⁾.

ويرى جانب من الفقه إن التصرف القانوني ينحصر في الإرادة الواحدة، وإن العقد صورة من صور التصرف القانوني لا تختلف عن صورة التصرف الفردي إلا في إن هذا الأخير يصدر بالإرادة المنفردة والعقد يصدر بإرادتين أو أكثر مع التسوية بينهما في الطبيعة واعتبار كل منهما كياناً واحداً، ووسيلته إلى القول بفردية التصرف هي التسليم بقدرة الإرادة المنفردة على أن تكون سبباً منشئاً للأثر القانوني إذا استوفت الشروط القانونية سواء كانت قائمة بصورة مستقلة أم مرتبطة مع غيرها من الإرادات، ويذكر بهذا الصدد إنه لا نعني بهذا إن الإرادة المنفردة تصبح

(1) محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص113.

(2) د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006م، ص135.

(3) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص27.

وسيلة التعامل من دون العقد، ولا يؤدي ذلك إلى الانتقاص من أهمية العقد باعتباره وسيلة المعاملات في الكثرة الغالبة من الأحوال⁽¹⁾.

وقد وضعت بعض القوانين المدنية أحكام القواعد العامة للتصرف القانوني عند تنظيمها للعقد، لأن العقد هو التصرف القانوني الأكثر شيوعاً، ويتم الرجوع إليها في التصرفات القانونية التي تأخذ شكل الإرادة المنفردة بما يتوافق مع طبيعة العقد باستثناء ما يتعلق منها تعدد الإرادات، وهذا نهج أكثر القوانين اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي، وعلى ذات النهج سارت الكثير من القوانين العربية كالقانون المصري والقانون العراقي⁽²⁾، وبهذا الصدد تنص المادة (184) من القانون المدني العراقي على إنه "1- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك 2- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام"، والإرادة هي قوام التصرف القانوني، وقد اشترط بعض فقهاء القانون في الإرادة شروطاً لا بد من توافرها حتى يُنظر إليها كأساس للتصرف القانوني، وهذه الشروط هي:

- 1- أن يتم التعبير عنها في العالم الخارجي تعبيراً صريحاً أو ضمناً.
- 2- أن يصدر التعبير عن شخص ذي أهلية.
- 3- أن يكون الباعث للإرادة مشروعاً.
- 4- أن تكون الإرادة خالية من العيوب⁽³⁾.

وينقسم التصرف القانوني إلى نوعين: تصرف من جانب واحد، وهو الإرادة المنفردة مثل الوصية، وتصرف من جانبين، وهو العقد مثل البيع، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها الذي جاء فيه "عمل الإرادة حيث تتجه إلى أحداث أثر قانوني معين، أما باقترانها بإرادة أخرى مكونة منها عقداً كالبيع والإيجار، أو بمفردها في صورة الالتزام بالإرادة المنفردة كالوصية والوقف"⁽⁴⁾.

ولإتمام التصرف القانوني لا بد من وجود شخصين على الأقل، لأن أغلب التصرفات هي اتفاقات أي توافق بين عدة إرادات، أما التصرفات التي تصدر من شخص واحد أو بالإرادة المنفردة، فلا تنشئ الالتزامات إلا في حالات معينة نص عليها المشرع، ولكن تعريف التصرف بأنه إرادة أو اتجاه إرادة يقتضي أن يتصور بعضهم إن التصرف هو إرادة واحدة دائماً، ولذلك انتبه بعض الفقهاء إلى هذا الأمر فعدل من تعريف التصرف القانوني، فجعله يشمل العقد الذي تعددت الإرادات فيه، فلم يُعرف التصرف بأنه اتجاه إرادة أو اظهارها، بل عرفه بأنه العمل أو الفعل الذي يُقصد به إنتاج أثر قانوني، مع إن الإرادة في التصرف عنصر جوهري مميز لا

(1) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1999م، ص 18 وص 19.

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص 45.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنيهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، 1954م، ص 130. د. محمد الصغير البعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006م، ص 129.

(4) رقم الطعن 1737 سنة 58، جلسة 2006/2/16، منشور في مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية، 2007م، ص 342.

يجوز إغفاله، لذلك يُعرف التصرف القانوني لدى بعضهم بأنه إظهار إرادة فردي أو ثنائي وهذا النوع من التصرفات يطلق عليه فقهاء القانون بالأعمال القانونية أو التصرفات الإرادية⁽¹⁾.

وفي النتيجة إن الفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية يكمن في إن التصرف القانوني إرادة الأفراد التي ترتب الآثار القانونية، في حين إن الواقعة القانونية لا دخل لإرادة الأفراد في إحداث الآثار القانونية، وإنما القانون هو يفرض ذلك، ولا يغير في ذلك شيئاً إذا كانت في بعض الوقائع للإرادة دخل في إحداث الواقعة القانونية مثال ذلك الفضالة، حيث يريد الفضولي القيام بخدمة لمصلحة غيره، لذلك يطلق أحد الشراح على التصرفات القانونية المصادر الإرادية للالتزام وعلى الوقائع القانونية المصادر غير الإرادية للالتزام، فالواقعة القانونية كالتصرف القانوني قد تنشئ الحقوق الشخصية، وقد تكسب الحقوق العينية وقد تقضيها جميعاً، وقد ترتب آثاراً قانونية أخرى، فالمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي مقابلة ما بين الإرادة والعمل، فإذا تمخض عن الإرادة إحداث أثر قانوني فهو تصرف قانوني، وإذا وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة ورتب عليه القانون أثراً فهو واقعة قانونية⁽²⁾.

وبعد بيان تعريف التصرف في الفقه الإسلامي وفي الفقه القانوني، يتضح لنا إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي، لأنها عند الفقهاء المسلمين تُطلق على كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال، أما في القانون الوضعي فتُطلق على كل ما يصدر عن الشخص من أقوال فقط، وفي النتيجة يكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يُعد تصرفاً شرعياً، وليس كل تصرف شرعي يُعد تصرفاً قانونياً⁽³⁾، لذا يعتقد الباحث إن التصرف هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار، وبالتالي فإن هذا التعريف يشمل كل ما يصدر من الإنسان من قول أو فعل سواء كان مكلفاً أم غير مكلف مميّزاً أم غير مميّز بإرادته أم بغير إرادته.

هذا فيما يتعلق بتعريف مصطلح التصرف في القانون، أما بالنسبة لتعريف مصطلح التصرف في المال المغصوب في القانون فإننا لم نعثر على تعريف لبيان معنى التصرف في المال المغصوب، وكذلك لم نعثر على تعريف للغصب عند فقهاء القانون سوى إن بعضهم أورد تعريفاً للغصب أثناء تناولهم مسائل القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، فقد عرفه جانب من الفقه بقوله: " الغصب هو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين"⁽⁴⁾.

وقد حدد هذا التعريف شروط المال المغصوب، ومنها أن يكون متقوماً ومحترماً وأن يكون قابلاً للنقل والتحويل من مكان إلى آخر، ومما يُلاحظ على هذا التعريف إنه قصر الغصب على الأموال المنقولة لأنه اشترط في الأموال المغصوبة الحركة والانتقال من مكان إلى آخر، في حين

(1) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 14 و 15. د. محمد الصغير البعلي، مصدر سابق، ص 129.
(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 (نظرية العقد)، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://law.master.Blogspot.com>.

(3) د. سيف رجب قرامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص 27.

(4) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 1 (مقدمة- صيغة العقد)، ط 2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998م، ص 54.

إن الغصب يرد على المنقولات والعقارات على حد سواء، لذا عرفه أحد فقهاء القانون بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق⁽¹⁾.

وفي النتيجة يرد الغصب على الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة (العقارات)، وقد عرفه فقيه آخر بأنه: " إزالة يد المالك عن شيء من ملكه ووضع يد الغاصب عليه بغير حق شرعي"⁽²⁾، ويُلاحظ على هذا التعريف إنه قصر الغصب على الأشياء دون الأموال، وهذا غير صحيح، لأن الأشياء في مصطلح القانون تختلف عن الأموال، فالمال هو كل حق له قيمة مادية سواء كان هذا الحق حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقاً معنوياً، والشيء هو محل ذلك الحق سواء كان هذا الشيء شيئاً مادياً أم شيئاً معنوياً⁽³⁾.

وبهذا الصدد يذهب أحد الشراح إلى تعريف الغصب بأنه: الاستيلاء على شيء مادي معين للغير حق عليه بدون سبب مشروع، وقد استند في وضعه لهذا التعريف إلى عدة مبررات، منها: إن الشيء المغصوب قد يكون مثقلاً بحق عيني آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق، وكذلك قد يكون مثقلاً بحق عيني تبعية كحق الرهن الرسمي (التأميني) أو الحيازي، وقد يتعلق بالشيء المغصوب حق شخصي كحق المستأجر على العين المؤجرة، وإن كل هؤلاء وبالرغم من إن الشيء المغصوب ليس مملوكاً لهم يستطيعون استرداده بمقتضى حق التتبع الذي يتمتع به صاحب الحق العيني أو طبقاً لأحكام الحيازة التي بمقتضاها يستطيع الحائز للعقار أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة سواء كان الحائز حائزاً أصلياً أو حائزاً عرضياً⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لتعريف التصرف في المال المغصوب في التشريعات المدنية محل المقارنة، فإننا لم نعثر على تعريف لبيان معنى التصرف، وكذلك لم نعثر على تعريف للغصب في هذه التشريعات سوى إن المشرع اليمني عرف الغصب في المادة (1119) من القانون المدني بأنه " الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً بدون سبب شرعي".

وبذلك فإن المشرع اليمني يتفق في تعريفه للغصب مع تعريف فقهاء الزيدية والإمامية الذي جمع بين المال والحق، ويقول أحد الفقهاء حسناً فعل المشرع اليمني بوضعه تعريفاً للغصب، لأن الأحكام تأتي من التعريف الجامع والمانع للشيء، ومما يُلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

1- إن المشرع اليمني يُعتبر كل استيلاء على أموال الغير بدون سبب مشروع غصباً ويخضع من الناحية المدنية لأحكام الغصب سواء كان ذلك قد تم بطريق الغصب أم السرقة أم بغير ذلك من الصور غير المشروعة، علماً بأن الغصب يختلف عن السرقة من حيث النطاق والمجاهرة⁽⁵⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، ج2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1955م، ص173.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990م، ص320.

(3) محمد طه البشير د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج1 (الحقوق العينية الأصلية)، 1982م، ص10.

(4) د. يحيى محمد عبد الله الجرافي، الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، ط3، المطبعة القضائية، صنعاء، 2010م، ص42 و ص43.

(5) د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الأموال، ط1، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، 2008م، ص124.

2- يكفي في التعريف كلمة عدواناً، لأنه ينطوي على التعدي فلو كان لديه السبب القانوني لما اعتبر متعدياً، وبهذا الصدد يرى أحد الفقهاء إن هذا التعريف فيه حشو، لأن قيد عدواناً يغني عن قيد بدون سبب شرعي⁽¹⁾.

وقد أورد المشرع العراقي الغصب كأحد صور الخطأ في باب المسؤولية عن الأعمال الشخصية (المسؤولية التقصيرية)، ولكن الغصب تترتب عليه أحكام تختلف عن الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية في بعض الحالات، والسبب في ذلك يعود إلى وجود عدد من الفوارق بين نظامي المسؤولية التقصيرية وضمان اليد، ومنها انعدام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر للسبب الأجنبي، فيؤدي إلى عدم قيام المسؤولية التقصيرية، أما في ضمان اليد لا نحتاج إلى الرابطة السببية، فصاحب اليد يضمن حتى لو أثبت وجود السبب الأجنبي، لأن يده ضامنه في جميع الأحوال ولا يغير من حكمه انعدام الخطأ أو الرابطة السببية، إلا إن الغصب في ظل القانون المدني يمثل إحدى تطبيقات أو صور المسؤولية التقصيرية، وفي النتيجة يحتاج إلى وقوع خطأ من الغاصب حتى يُعد فعله غصباً⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه إن المشرع العراقي تجنب وضع تعريف للغصب، وإنما أورد في نصوص القانون المدني أحكاماً خاصة به وحسناً فعل في ذلك، لسببين أولهما: إن التعريفات من عمل الفقهاء والشرح، وليست من عمل المشرع، وثانيهما: إن هنالك اختلافاً كبيراً بين الفقهاء المسلمين في تعريف الغصب وتحديد نطاقه، لذلك فالمشرع ترك أمره للفقهاء والقضاء، لأنهما أكثر اتصالاً بواقع الحياة وحاجات المجتمع⁽³⁾.

والدليل على ذلك إن محكمة التمييز في العراق قد عرفت الغصب متأثرة في ذلك برأي جمهور الفقهاء المسلمين، إذ جاء في أحد قراراتها " والغصب كما عرفه الفقهاء إثبات أحد يده على مال الغير بدون إذنه أو في استعماله بدون إذن صاحبه"⁽⁴⁾.

وأما المشرع المصري فإنه لم يُعرف الغصب، لأنه لم يُنظم أحكام الغصب في مواد خاصة تحت عنوان الغصب، وإنما جاءت أحكام الغصب في نصوص متفرقة بين أحكام بيع ملك الغير وأحكام الحيازة وأحكام الالتصاق⁽⁵⁾.

ومع ذلك فإن محكمة النقض المصرية تكفلت في بعض قراراتها وضع تعريف للغصب، فقد جاء في أحد قراراتها " يقصد بدايةً بالغصب تجرد وضع اليد من الاستناد إلى سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار"⁽⁶⁾، وجاء في قرار آخر " الغصب مقصوده تجرد وضع اليد من سند

(1) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 247.

(2) شه نك محمد جميل كريم، أثر القصد المدني في تضمين اليد، دار الكتب القانونية، مصر، 2011م، ص 181.

(3) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، أشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو، ج 2، ط 1، الناشر دار وائل للنشر، عمان، 2006م، ص 236.

(4) رقم القرار 279/س/1969 في 1970/6/29، منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، بلا سنة طبع، ص 131.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 40.

(6) رقم القرار 475 لسنة 61 قضائية في 1997/5/21. أشار إليه ناصر فتحي بدوي، دعوى الطرد للغصب في ضوء أحكام محكمة النقض، دار عمان للكتب، مصر، بلا سنة طبع، ص 10.

قانوني يبرر يد الحائز على العقار المثار بشأنه النزاع"⁽¹⁾، وهذا مما يُعد اهتماماً واضحاً بضرورة معالجة المشرع المصري لهذه الصورة من صور الفعل الضار وتنظيم أحكامها في مواد خاصة، وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر لها " يُعتبر الشخص غاصباً إذا وضع يده على عقار بدون سند قانوني أو كان واضعاً يده بسند قانوني ثم زال هذا السند واستمر واضعاً يده"⁽²⁾، وتقول محكمة النقض المصرية في قرار لها " الغصب ماهيته عملاً غير مشروع يلزم من ارتكبه بتعويض الأضرار الناشئة عنه"⁽³⁾.

وأما المشرع الأردني فإنه أيضاً لم يُعرف الغصب وإنما أورد في القانون المدني أحكاماً خاصة به، ولكن محكمة التمييز الأردنية تكفلت بوضع تعريف للغصب، وكما يبدو إن الغصب في نظرها يشمل العقارات والمنقولات، إذ جاء في أحد قراراتها: " الغصب هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بدون رضا المالك، إذ يتم الغصب بتحقيق العناصر التالية وهي: أ- إزالة يد المالك ورفعها ب- أن يكون المال المغصوب متقوماً ج- أن يكون ذلك مجاهرة ومغالبة د- أن يحدث ذلك بفعل يصدر عن الغاصب"⁽⁴⁾، وقضت في قرار آخر لها " إن الغصب هو فعل ضار ومستمر يبدأ من تاريخ وضع اليد على المغصوب ويستمر قائماً ومتجدداً الى أن ينتهي وإن فعل الغصب صورة من صور الفعل الضار وتتنطبق عليه أحكام المادة 1/272 من القانون المدني"⁽⁵⁾.

وفي النتيجة فإن الحائز سيء النية يُعد غاصباً ما دام قد وضع يده على حق غيره بنية الاستحواذ عليه والتصرف فيه مع علمه إن هذا الحق ليس عائداً له، ويلتزم برد الشيء المغصوب إلى المغصوب منه إن كان قائماً، ويكون مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه سواء كان ذلك بخطئه أو بسبب أجنبي⁽⁶⁾، وهو مسؤول عن منفعة المغصوب وزوائده وعما طرأ عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك⁽⁷⁾، وإن هذه المسؤولية تركز على ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وإن ما يميزها من المسؤولية التقصيرية إن العلاقة السببية فيها من القوة، فلا تنقطع بالقوة القاهرة ولا بالحدث الفجائي خلافاً للمسؤولية التقصيرية⁽⁸⁾.

(1) الطعن رقم ١٤٩٥٨ لسنة ٨٣ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٧/1/21. منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil.

(2) رقم القرار 532 لسنة 42 قضائية في 2004/11/2. أشار إليه د. عمار محمد علي القضاة، آثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة عمان العربية، 2012م، ص11.

(3) الطعن رقم ١٩٥95 لسنة ٨٨ قضائية الصادر بجلسة 2019/4/7. منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil.

(4) رقم القرار 2004/2776. أشار إليه د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 28.

(5) رقم القرار 2001/1094. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص29.

(6) نبأ محمد عبد العبيدي، غصب العقار، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، 2006م، ص27.

(7) د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993م، ص213.

(8) د. حبيب إدريس عيسى د. أكرم محمد حسين، ضمان المغصوب دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق - جامعة الموصل، مج17، العدد 61، 2014م، ص231.

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

أولاً: أوجه الشبه

أوجه التشابه بين الغصب والحيازة، هي:

1- من حيث الاعتداء: إن سوء النية في الحيازة يقابل الاعتداء على المال المغصوب، وبالتالي إن الحائز سيء النية يده يد ضمان كيد الغاصب، فالحائز سيء النية يستولي على ملك غيره، وهو يعلم أو يمكنه أن يعلم إنه ليس ملكاً له، والغاصب يستولي على ملك غيره وهو يعلم بأنه ليس له حق في هذا الاستيلاء، لأن انتقال الحيازة في هذا الفرض يقوم على سبب باطل، فمن ادعى ملكية شيء وأخذه غصباً من صاحبه وضد إرادته يُعد حائزاً سيء النية، ومن اشترى شيئاً، ولم يدفع ثمنه فاغتصب حيازته معتقداً إن له الحق في ذلك يُعد حائزاً سيء النية⁽¹⁾.

2- من حيث الرد والضمان: إن الغاصب مطالب برد المغصوب إلى المغصوب منه والحائز سيء النية مطالب برد الشيء إلى مالكة إن كان موجوداً وقائماً، وكلاهما مطالبين برد مثله أو قيمته إن تعذر عليهما الرد بسبب الهلاك أو الإتلاف، وكذلك الحال بالنسبة لمنافع الشيء وثماره⁽²⁾، فهي مضمونة على الغاصب والحائز سيء النية⁽³⁾.

3- من حيث المسؤولية: إن الغاصب والحائز سيء النية مسؤولان مسؤولية مطلقة عن هلاك الشيء وتلفه سواء كان الهلاك أو التلف بسبب أحدهما أم كان بسبب أجنبي، فالحائز سيء النية إذا وضع يده على ملك غيره بنية الاستحواذ عليه والتصرف فيه مع علمه إن هذا الملك لا يعود له فإنما هو غاصب أيضاً⁽⁴⁾.

4- من حيث تعاقب الأيدي: انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص أو إلى الخلف العام إذا تحقق فيها سوء النية يترتب على الخلف المسؤولية نفسها التي تترتب على السلف إذا كان حائزاً بسوء نية، وكذلك من انتقل إليه المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وكان يعلم بالغصب فإنه يتحمل ذات المسؤولية التي يتحملها الغاصب من رد المال المغصوب وزوائده⁽⁵⁾.

ثانياً: أوجه الاختلاف

(1) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، 1964م، ص224.

(2) فالحائز ملزم برد الثمار الطبيعية والمدنية من وقت دخولها في حيازته وله الحق في استرداد ما أنفقه من مصروفات ضرورية لحفظ الشيء أو لتحصيل ثماره على أن يتحمل نفقات الرد، والفقهاء المسلمون أجمعوا على رد المغصوب إلى مالكة وتحميل الغاصب نفقات الرد كما عليه أن يرد مع المغصوب فوائده ومنافعه. د. عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي بحث موازن بين المذاهب الإسلامية السبعة مقارن بالقانون الوضعي، ط2، الناشر مكتب الإعلام الإسلامي، 1992م، ص263.

(3) د. حبيب إدريس عيسى، النظام القانوني للغصب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012م، ص44.

(4) د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، مطابع سجل العرب، 1977م، ص21.

(5) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص266.

أوجه الاختلاف بين الغصب والحيازة هي:

1- من حيث اليد: اليد في الغصب يد عادية غير جديرة بالحماية القانونية، واليد في الحيازة أيضاً يد عادية ولكنها جديرة بالحماية القانونية، ويرى أحد الشراح إن حكمة حماية الحيازة تعود لاعتبارين، الاعتبار الأول: إن في حماية الحيازة حماية للحق نفسه، إذ يكون الحائز هو صاحب الحق غالباً، والاعتبار الثاني: إن في حماية الحيازة حماية للأمن والنظام العام، لأن في الاعتداء على الحيازة تعكير لهما، لذا لا يسوغ لأي شخص أن يغتصب الحيازة من حائزها، ولا يجديهِ أن يبرر اعتدائه على الحيازة بقوله أنه صاحب الحق، لأن هذا من قبيل قضاء الإنسان لنفسه، وهو غير جائز، فلا يبقى أمام من يدعي ملكية الحق المحوز سوى احترام حيازة ذي اليد الظاهرة المستوفية لشروط الحيازة والالتجاء إلى القضاء بدعوى المطالبة بحقه، فالحماية التي أقرها القانون تكون غالباً حماية لصاحب الحق نفسه⁽¹⁾.

2- من حيث النطاق: الغصب لا يكسب الغاصب سوى ملكية المنقول بالضمان، وإذا كان المغصوب عقاراً يُشترط لملكه أن يكون العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وأن تستمر حيازة الغاصب لذلك العقار المدة المطلوبة للتقدم حتى يستطيع تملك العقار بالحيازة المقترنة بالتقدم، في حين إن الحيازة تصلح سبباً لكسب الملكية في العقار والمنقول شريطة أن تكون الحيازة بحسن نية⁽²⁾.

3- من حيث النية: الحيازة أما أن تكون بحسن نية أو بسوء نية، فإذا كانت الحيازة بسوء نية ينبغي اقترانها بمدة التقدم الطويل، وأن يقع من الحائز دفع لدعوى الملكية بالإنكار⁽³⁾، أما الغاصب الضامن فهو سيء النية، لأن أساس الضمان مبني على ارتكاب الغاصب فعلاً من أفعال التعمد أو التعدي، فإذا قام بعمل من هذه الأعمال وتغير المال المغصوب عنده مادياً أو قانونياً فإنه يملك هذا المال بأثر رجعي بشرط أداء الضمان إلى المغصوب منه⁽⁴⁾.

وبناءً على ما تقدم يعتقد الباحث إن الغصب ما هو إلا صورة من صور الفعل الضار يصدر من الغاصب ويقع على مال غيره سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حقاً مالياً، ويستوي أن يكون الغاصب قد تعدى على مال غيره وهو في حوزة مالكه أو أن يكون المال تحت يد الغاصب بموجب سند قانوني، ثم زال هذا السند، وبهذا الصدد يقول أحد الشراح إن المشرع العراقي والأردني نظماً أحكام الغصب ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية وكأنه صورة منها أو تطبيق من تطبيقاتها في حين إن الغصب يختص بأحكام خاصة تميزه من المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: طبيعة التصرف في المال المغصوب

(1) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد 1962م، ص162 وص163.

(2) د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقدم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، 1989م، ص7.

(3) انظر المادة (1158) من القانون المدني العراقي والمادة (1181) من القانون المدني الأردني والمادة (1118) من القانون المدني اليمني.

(4) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص46.

(5) د. حبيب إدريس د. أكرم محمد، مصدر سابق، ص230.

لأجل تحديد طبيعة التصرف في المال المغصوب لابد من بيان طبيعة التصرف في المال المغصوب في نظر فقهاء المسلمين وفي نظر فقهاء القانون، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، نكرس الفرع الأول لطبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونخصص الفرع الثاني لطبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعة التصرف في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء المسلمين على إن من باع ملك غيره بدون إذنه فإنه فضولي، ولكنهم اختلفوا في قبول تصرف الفضولي وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى اصحاب هذا الاتجاه أنَّ بيع الفضولي صحيح واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول⁽¹⁾، ومن استدلالهم بالكتاب قوله تعالى " أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"⁽²⁾، فالبيع في هذه الآية الكريمة عام يشمل كل بيع، ويدخل في هذا بيع الفضولي، فإنه بيع فيكون حلالاً، ومن استدلالهم من الكتاب أيضاً قوله تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى"⁽³⁾، ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والإحسان إلى المالك، وهذا تعاون على البر والتقوى.

أما في السنة فقد استدلوا بما روي عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي (ص وآله) أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشترى له به شاتين فباع أحدها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه⁽⁴⁾، وجه الدلالة أنَّ عروة باع مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه، وقد أقر الرسول (ص وآله) ما فعله عرويه ودعا له بالبركة، فلو كان البيع غير صحيح ما أقره الرسول (ص وآله).

وكذلك استدلوا بما روي عن حكيم بن حزام أن النبي (ص وآله) بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشترى أضحية فاربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى الرسول (ص وآله)، فقال له ضحي بالشاة وتصدق بالدينار⁽⁵⁾، وجه الدلالة أنَّ الصحابي حكيم بن حزام باع مالاً مملوكاً لغيره بدون إذن منه وقد أقره الرسول (ص وآله) فدل على صحته.

(1) أبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، منشورات المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بلا سنة طبع، ص12. شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ج2، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، بلا سنة طبع، ص160.

(2) سورة البقرة: الآية 275.

(3) سورة المائدة: الآية 2.

(4) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج5، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1371هـ، ص270.

(5) أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، بلا سنة طبع، ص286.

وأما في المعقول فالعقل السليم يقضي إن من باشر العقد يكون أهلاً لمباشرته، والمبيع مال متقوم فيصح البيع قياساً على بيع المالك بجامع إن التصرف في كل صدر من أهله في المحل القابل له⁽¹⁾.

والاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه أن بيع الفضولي غير صحيح⁽²⁾، واستدلوا بالكتاب

والسنة والمعقول، أما من الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى " لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا"⁽³⁾، ووجه الدلالة الذي يستفاد من الآية الكريمة أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره، فلو صح تصرف الفضولي لكان في ذلك اسناد كسب الإنسان إلى غيره، وهذا يتنافى مع ما دلت عليه هذه الآية، وأما من السنة فقد استدلوا بما روي عن حكيم بن حزام أنه قال قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك⁽⁴⁾، وجه الدلالة أن الرسول (ص وآله) 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 غيره بدون إذنه فاسداً⁽⁵⁾.

أما المعقول فإن المبيع غير مملوك لمن باشر العقد، فيكون غير مقدور على تسليمه شرعاً، فلا يصح كبيع السمك في الماء والطير في الهواء⁽⁶⁾، وفي النتيجة من باع ملك غيره فإنه فضولي وقبول تصرف الفضولي محل خلاف بين الفقهاء، فالحنفية والمالكية والشافعية في المذهب القديم وبعض الحنابلة وبعض الإمامية يقولون بجواز بيع الفضولي، والعقد ينعقد صحيحاً ويتوقف على رأي المالك، فإن أجازه مضى وإن رفضه انفسخ، أما الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في الرواية الأخرى والإمامية في قول آخر فلا يقولون بصحة بيع الفضولي، لأنه بيع الإنسان ما لا يملك وهو بيع منهى عنه شرعاً⁽⁷⁾.

فالفضولي تارة ينشئ العقد للمالك، وتارة أخرى ينشئ العقد لنفسه لا للمالك، وهذا يكون غالباً من الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً⁽⁸⁾، كما لو تصرف الفضولي باسمه الشخصي من دون

(1) زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط1، المطبعة العلمية، بلا سنة طبع، ص160.

(2) أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج3، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1366هـ، ص305. أبي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الشهير بالمحقق الحلي، المختصر النافع، مطبعة وزارة الاوقاف، مصر، ط2، 1378هـ، ص142. النووي، مصدر سابق، ج9، ص281. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج4، ط3، منشورات دار المنار، 1367هـ، ص205. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، منشورات إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1350هـ، ص434.

(3) سورة الأنعام: الآية 194.

(4) محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج1، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، 1345هـ، ص206.

(5) ابن قدامه، مصدر سابق، ج4، ص206.

(6) النووي، مصدر سابق، ج9، ص286.

(7) د. محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد إبراهيم فاضل الدبوي، فقه المعاملات والجنايات (المعاملات)، ج1، ط1، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، 1989م، ص20.

(8) السيد عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الدراسات الإسلامية العليا- جامعة بغداد، 1969م، ص19.

أن يعلن أنه فضولي بمعنى أنه يضيف التصرف إلى نفسه وكأنه هو المالك، وبالتالي فإن تصرف الغاصب يُعتبر قسماً من تصرفات الفضولي، لأنه يتصرف بملك غيره وخاصةً حين يأتي التصرف لنفسه وكأنه هو المالك، فيرى أكثر فقهاء الإمامية أن الغاصب كالفضولي بقولهم: " إذا باع الفضولي مال غيره عن نفسه لاعتقاده أنه مالك أو لابتئائه على ذلك كما في الغاصب، فأجازة المالك صح البيع ويرجع الثمن إلى المالك"⁽¹⁾، وبقولهم: " الصورة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب"⁽²⁾.

ويرى فقهاء المالكية إن بيع الغاصب كبيع الفضولي بقولهم: " أن الغاصب أو المشتري منه إذا باع الشيء المغصوب، فإن للمالك أن يجيز ذلك البيع، لأن غايته إنه بيع فضولي، وله أن يردّه، وظاهره سواء قبض المشتري المبيع أم لا، وظاهره علم المشتري أنه غاصب أم لا"⁽³⁾، وبقولهم: " الغاصب إذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه فإن له نقض البيع الصادر منه قبل الإرث، لانتقال ما كان لمورثه إليه وقد كان لمورثه النقض، ومنه يؤخذ أنه لا خصوصية للغاصب بما ذكر، بل يجري ذلك في بيع كل فضولي"⁽⁴⁾.

ويرى فقهاء الحنابلة أن تصرف الغاصب كتصرف الفضولي بقولهم: " وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي، على ما ذكرنا من الروايتين، أحدهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك، وذكر أبو الخطاب في تصرفات الغاصب الحكمية رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً، وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كبير وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك"⁽⁵⁾.

ويرى فقهاء الحنفية أن بيع الغاصب من أوضح أفراد بيع الفضولي لنفسه بقولهم: " من باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ومن غصب عبداً وباعه واعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعقود جائز"⁽⁶⁾، وبقولهم: " ولو كان المغصوب عبداً فاعتقه المشتري من الغاصب، ثم أجاز

(1) الشيخ مرتضى الأنصاري، المكاسب، مطبعة اطلاعات، تبريز، 1372هـ، ص128.

(2) الشيخ محمد تقي الدين بن الشيخ محمد باقر الأصفهاني، رسالة في العقود، المطبعة الحجرية، 1294هـ، كتاب البيع، بيع الفضولي (غير مرقم).

(3) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي، ج6، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع، ص146.

(4) الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص11.

(5) أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج5، مكتبة القاهرة، 1968م، ص205. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج6، ط2، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع، ص309. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص353.

(6) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسن برهان الدين، متن بداية المبتدئ في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، بلا سنة طبع، ص140.

المالك البيع نفذ اعتاقه استحساناً⁽¹⁾، وبقولهم: " ولو غصب جارية فباعها فقصعت يدها ثم أجاز المغصوب منه البيع صحت الإجازة"⁽²⁾، فإذا أجزر الغاصب المغصوب، فعلى المستأجر دفع الأجر المسمى للغاصب، لأنه العاقد ولا شيء للمالك وكذا حكم الفضولي، لأن المنافع لا تنقوم إلا بالعقد، فوجب الأجرة للغاصب أو الفضولي، لأن المنافع تقومت بعقده، أما لو كان المال المغصوب مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، فالأجر المسمى أيضاً للغاصب ولكنه يضمن للمتولي أو للوصي أو للمالك أجر المثل⁽³⁾.

ويرى بعض فقهاء الشافعية أن الغاصب كالفضولي بقولهم: " لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد مرة بحيث يعسر أو يتعذر تتبع تلك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان حكاها امام الحرمين والغزالي وغيرهما والثاني أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض والله تعالى أعلم"⁽⁴⁾، وبقولهم: " لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى ففيه قولان والثاني للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل منها"⁽⁵⁾.

ويرى فقهاء الزيدية تصرف الغاصب كتصرف الفضولي بقولهم: " وإذا باعها الغاصب وتلف الثمن في يده ثم أجاز المالك نفذ البيع وبرئ المشتري"⁽⁶⁾، وبقولهم: " فإن تصرف الغاصب في العين المغصوبة سواء بأجر أو نحوه من العقود التي تلحقها الإجازة كبيع أو هبة أو نحوه فموقوف على إجازة المالك إذ أن الغاصب فضولي فإن أجاز لفظاً أو جرى منه ما هو بمعنى الإجازة كالمطالبة بالأجرة مع علمه بالتأجير صحت الإجازة واستحق المسمى"⁽⁷⁾.

فعلى الرغم من أن أغلب الفقهاء المسلمين ذهب إلى توقف صحة تصرفات الغاصب على إجازة المالك الحقيقي، فإن رضي بها وأجازها نفذت وإن لم يجزها اعتبرت باطلة وكأنها لم تكن، ومع ذلك ذهب بعضهم إلى القول ببطلان تصرفات الغاصب بالبيع ونحوه، ولا تقف على الإجازة، إذ 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 الاصحاب بالبطلان"⁽⁸⁾، 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

(1) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، 1986م، ص145.

(2) فخر الدين حسن بن منصور الإوز جندي الحنفي، فتاوي قاضي خان، ج2، بلا سنة طبع، ص78.

(3) سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، دار العلم للجميع، بيروت، 1998م، ص274.

(4) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، ج9، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص261.

(5) عبد الكريم بن محمد الرافي القزويني، فتح الغدير بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، ج8، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص121.

(6) أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار لمذاهب علماء الأمصار، ج4، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1366هـ، ص186.

(7) القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج3، ط1، دار أحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1947م، ص356.

(8) عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص47.

لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في البدائع⁽¹⁾، وذهب بعض الشافعية إلى القول أن تصرفات الفضولي لا تنعقد بل تصدر باطلة، والعقد لم ينعقد أصلاً، فالإجازة لا تلحقه، لأن عبارات عقده ولدت ميتة والإجازة لا تحييه، وهذه وجهة نظر الشافعي في قوله ووجهة نظر الحنفية والمالكية والحنابلة في بعض الروايات⁽²⁾.

ونحن نتفق مع أحد الباحثين في ترجيحه لرأي جمهور الفقهاء القائلين بصحة توقف تصرفات الغاصب على إجازة المالك، لأن حكمه حكم الفضولي، بل هو فضولي أيضاً⁽³⁾، ودليلنا في ذلك أن الفضولي كما عرفه أحد فقهاء الإمامية هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصباً⁽⁴⁾.

ويعود منشأ الخلاف بين الفقهاء في حكم تصرفات الغاصب إلى مدى جعل ولاية العاقد شرط انعقاد أو شرط نفاذ، ومن جملة الشروط المعتبرة في العقد أن يكون العاقد مالكاً للتصرف في محل العقد، وقد فرع 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 عدّ هذا الشرط، هل هو شرط للانعقاد والصحة وتخلّفه يعني بطلان العقد؟ أو إنه شرط للنفاذ فيقع العقد بدونه صحيحاً موقوفاً على إجازة من يملك التصرف؟.

للإجابة عن هذا السؤال عند فقهاء الشافعية هو شرط للانعقاد والصحة فلا ينعقد العقد بدونه فهو والعقد الباطل سواء، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، وعند فقهاء الحنفية هو شرط للنفاذ فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك أو الولاية، ولكنّه موقوف على إجازة المالك⁽⁵⁾، فإذا كان شرط انعقاد عندها يكون تصرف الغاصب باطلاً، وإذا كانت شرط نفاذ فيكون تصرف الغاصب موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازته نفذ التصرف⁽⁶⁾.

ونحن نؤيد رأي جمهور الفقهاء بجعل ولاية العاقد على المال شرط نفاذ، لأن رعاية مصالح الناس تقتضي صحة تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي خاصة إذا علمنا أن تصرفاته تتوقف على إجازة المالك، ونعتقد أنّ هذا الرأي هو الأقرب إلى تصرفاتنا المدنية والأكثر توافقاً مع النصوص الشرعية.

وقد ميّز الفقه الإسلامي في تصرفات الفضولي بين أن يقوم الفضولي بالتصرف في شؤون غيره بالإعلان صراحةً أو ضمناً بأنه يتصرف لحساب المالك، وهذه أظهر صورة للفضالة بل الصورة الشائعة، أو أن يتصرف الفضولي باسمه الشخصي من دون أن يعلن أنه فضولي يتصرف عن غيره بمعنى أن يضيف التصرف لنفسه وكأنه هو المالك، ويحدث أن يتصرف

(1) زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج6، ط1، المطبعة العلمية، بلا سنة طبع، ص150.

(2) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص337 وص338.

(3) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص213.

(4) مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ج1، ص390.

(5) د. ميري كاظم عبيد الخيكاني، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهرين، 1999م، ص93.

(6) د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م، ص23.

الشخص في ملك الغير ويضيف التصرف إلى نفسه دون أن يفصح عن شخص المالك، حيث يظهر أمام العاقد الآخر أنه المالك الحقيقي وأن محل العقد ملكه، وفي هذه الحالة أسبغ عليه جمهور الفقهاء وصف الغاصب ولكنهم في نهاية المطاف طبقوا عليه أحكام الفصولي⁽¹⁾.

والسؤال المطروح هنا: إذا كان التصرف القولي محلاً للفضالة باتفاق الفقهاء فهل يكون التصرف الفعلي محلاً للفضالة؟ اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال بقولين:

القول الأول: قال أبو حنيفة والشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة أن تصرف الفصولي في شؤون غيره يقتصر على التصرفات القولية فقط سواء كانت من عقود المعاوضة أم عقود التبرع وسواء كانت من جانبين أم جانب واحد، وذلك لأن التصرف الموقوف ينفذ بالإجازة، والأفعال لا تتوقف حتى تلحقها الإجازة، وهو مراد الفقهاء عند كلامهم عن تصرفات الفصولي⁽²⁾.

القول الثاني: قال بعض الحنفية وبعض الشافعية والمالكية والحنابلة والإمامية أن التصرف الفعلي كالتصرف القولي كلاهما يمكن أن يكون محلاً لتدخل الفصولي في الفقه الإسلامي⁽³⁾، وذلك أن عروة البارقي باع واشترى للرسول (ص وآله) دون وكالة وقد اشتمل تصرفه على غير العقد من القبض والإقباض وقد أجاز الرسول (ص وآله) فعله⁽⁴⁾، وهذا دليل على مشروعية الفضالة بالأفعال، ونحن نتفق مع القول الثاني لقوة حجتهم بإجازة الرسول (ص وآله) لما صدر عن عروة البارقي من أقوال وأفعال، وفي النتيجة يمكن القول أن الفصولي في الفقه الإسلامي قد يصدر منه تصرف قولي وقد يصدر منه تصرف فعلي، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1453) التي تنص على إنه " أن الإجازة كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال أيضاً".

فالفصولي في اصطلاح الفقهاء المسلمين هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية عليه كمن يبيع مالاً من دون إذن شرعي من المالك وكمن يشتري شيئاً لغيره لم يملكه في شرائه، وليست له ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وكمن يهب أو يوصي بملك غيره ونحو ذلك،

(1) وقد ميز بعض الفقهاء المسلمين بين نوعين من المتصرفين المتفضل والمتطفل، فالفصولي نوعان المتفضل والمتطفل، والمتفضل هو من يريد خدمة من له حق التصرف على أن 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 أن المالك لو علم بالصفقة لبادر إلى تنفيذها، أما المتطفل هو الذي لا ينوي خدمة من له حق التصرف بل يسعى لخدمة نفسه أو اتباعاً لهواه، كمن يظن نفسه مالكاً للشيء فيقوم بإجراء معاملة عليه لمصلحة نفسه فيتبين أنه ليس كذلك أو كالغاصب يبيع مال غيره ظمناً وعدواناً، ويشترك المتفضل مع المتطفل في صحة العقد بعد الإجازة ولكنهما يختلفان في أن المتفضل يمتاز عن المتطفل بعدم الضمان وباستحقاق الأجرة في بعض الأحوال. السيد محمد تقي المدرسي، أحكام المعاملات، منشور على الموقع الإلكتروني:

www.almodarresi.com.

(2) المرغيناني، مصدر سابق، ج6، ص191. النووي، مصدر سابق، ج9، ص259. الدردير، مصدر سابق، ج2، ص199. ابن القيم، مصدر سابق، ج2، ص411.

(3) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ط1، دار السلام، القاهرة، 1999م، ص337. شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م، ص230. محمد بن أحمد بن محمد عlish المالك، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج3، مكتبة النجاح، ليبيا، بلا سنة طبع، ص738. عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج6، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983م، ص372. العلامة الفقيه ميرزا حبيب الله الرشتي، الالتقاطات (كتاب الغصب)، تصحيح حسن قاسمي، طهران، 1234-1302هـ، ق، ص345.

(4) أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود الحافظ، ج3، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، 1988م، ص253.

وكما قد يقوم الفضولي بتصرف قولي من دون أن تكون له ولاية التصرف فإنه قد يقوم بتصرف فعلي⁽¹⁾، وبالتالي فإن تصرف الغاصب هو قسم من تصرفات الفضولي حين يأتي التصرف لنفسه، وكأنه هو المالك وعندئذ لا تخرج عن الفضالة، ومعنى الفضالة هنا متحقق من حيث كونها تصرف في حق الغير دون إذن أو ولاية أو وكالة⁽²⁾.

وهذا هو الحد الذي يتوقف عليه وجود الفضالة، حيث لم يقل أحد إن يكون التصرف باسم المالك أو الفضولي سوى بعض الفقهاء، وبالنظر لسعة مفهوم الفضولي في الفقه الإسلامي حيث يشمل كل من يتصرف في حق الغير من دون إذن شرعي، كالغاصب مثلاً يتصرف في المغصوب بالبيع أو غيره، والوكيل يتصرف مخالفاً ما أمر به موكله متجاوزاً حدود الوكالة لا مانع من أن يُستعمل لفظ الفضالة للدلالة عن جميع الأعمال التي يقوم بها الفضولي، ومنها أن يتصرف الفضولي باسمه الشخصي بمعنى أنه يضيف التصرف لنفسه وكأنه هو المالك، وهذا التصرف غالباً ما يصدر من الغاصب.

الفرع الثاني: طبيعة التصرف في المال المغصوب في القانون

يُشترط في نقل ملكية المبيع في الحال إلى المشتري أن يكون البائع مالكاً للمبيع، فإذا باع شخص لآخر شيئاً لم يكن مالكاً له فالحال لا يخلو من واحد من عدة ؟ امور: أما أن يكون المشتري هو الذي يملك المبيع حقيقةً ولكنّه لا يعلم، فيقع البيع في هذه الحالة باطلاً، لانعدام ركن السبب، وأما أن يكون المبيع مملوكاً لغير المتعاقدين، بل يعتقد البائع غلطاً أنه يعود إليه، وهنا يقع البيع باطلاً أيضاً لعدم توافر ركن الرضا، وأما أن يكون البائع على علم بأن المبيع ليس مملوكاً له والمشتري لا يعلم بهذه الواقعة، فهنا نكون أمام ما يسمى ببيع ملك الغير، ويحصل في كثير من الأحيان أن يبيع الإنسان مالاً يملكه أبوه أو أخوه أو زوجته أو يبيع الشريك على الشيوع حصته وحصّة الباقيين من شركائه⁽³⁾، فما حكم هذا النوع من البيع؟، وللإجابة عن بيع ملك الغير بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

اختار المشرع العراقي الطريق الذي سارت عليه بعض المذاهب الإسلامية، فذهب إلى إن عقد بيع ملك الغير عقد صحيح، ولكنّه موقوف على إجازة المالك الأصلي، وفي النتيجة لا يستطيع المشتري أن يطالب بالبطلان، وإنما له الحق أن يطالب بفسخ العقد إذا لم يوف البائع بالتزامه بنقل الملكية إليه أو تسليم المبيع⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق حسن فرج، مصدر سابق، ص116 وص117.

(2) وقد عرفت الفضالة المادة (112) من مجلة الأحكام العدلية بقولها " الفضولي هو من يتصرف بحق الغير من دون إذن شرعي".

(3) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1956م، ص273.

(4) د. عباس الصراف، المصدر نفسه، ص273.

وقد نظمت المادة (135) من القانون المدني العراقي حكم بيع ملك الغير بنصها على إنه "1- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إذن المالك 2- فإذا أجاز المالك تُعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر 3- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدي منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالمياً إنه فضولي فلا رجوع عليه بشيء منه 4- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعدي منه فالمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء فإن اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر".

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع العراقي عالج أحكام بيع ملك الغير ضمن أحكام العقد الموقوف، فاعتبره بيعاً موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي للمبيع، وهذا يعني إنه عقد صحيح لكنّه غير نافذ، فالعقد الموقوف هو ما اعتراه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغيير مع الغبن أو كان العاقد محجوراً غير فاقداً للأهلية، وزاد المشرع العراقي على ذلك تصرف الشخص في ملك غيره على وفق المادة (135) التي سبق ذكرها فجعل عقده موقوفاً⁽¹⁾.

وبالتالي فإن الفقرة الأولى من المادة (135) عدّت تصرف الفضولي موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، وبذلك لم يأخذ المشرع العراقي بالرأي الذي يعتبره باطلاً، والفقرة الثانية اعتبرت إجازة المالك لتصرف الفضولي توكيلاً، فيكون الفضولي وكلياً عن المالك في التصرف ويجوز للمالك أن يطالبه بالبدل إذا كان قد قبضه، والفقرة الثالثة اعتبرت تصرف الفضولي باطلاً إذا لم يجزه المالك، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى البدل للفضولي فله الرجوع عليه، إلا إذا هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدي منه وكان العاقد الآخر عالمياً أنه فضولي.

وتكلمت الفقرة الرابعة عن ضمان الفضولي للعين المعقود عليها، فإذا سلمها الفضولي إلى العاقد الآخر، وهلك في يده بدون تعدي منه، فالمالك أن يضمن أيّاً شاء من الفضولي والعاقد الآخر، فإن اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر، ولكن هذه الفقرة لم تنص على حالة هلاك العين بيد العاقد الآخر وبتعدي منه، فهل يبقى خيار المالك في تضمين أيّ شاء من الفضولي والعاقد الآخر أم ينحصر حقه في مطالبة العاقد الآخر فقط؟، وهنا يرى أحد فقهاء القانون خيار المالك يجب أن يبقى، لأن الفضولي قد يكون املاً من العاقد الآخر، والمالك إذا ضمن الفضولي فإن لهذا الأخير أن يرجع على العاقد الآخر بما ضمنه لكونه متعدي إذا كان هذا المتعاقد لم يدفع الثمن بعد، وإذا ضمن العاقد الآخر وكان هذا الأخير قد دفع الثمن للفضولي، فهذا يعني أن العاقد قد دفع الثمن مرتين وله الحق أن يرجع على الفضولي بما ضمنه⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم فإذا تصرف شخص في ملك غيره تصرفاً قانونياً بدون إذنه، كان نفاذ تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، ويسمى هذا المتصرف فضولياً، فإن كان التصرف عقداً كان

(1) منير القاضي، ملتنى البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة)، مج1، مطبعة العاني، بغداد، 1952م، ص222.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، 1977م، ص310 وص311.

موقوفاً على إجازة المالك، وتُعتبر الإجازة توكيلاً للفضولي من حين مباشرة العقد بأثر رجعي بحكم القانون، فما قبضه من البذل فعلى الفضولي تسليمه للمالك وللمالك المطالبة به⁽¹⁾.

وإذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل العقد، وعلى الفضولي رد ما قبضه من البذل إلى العاقد الآخر، وللعاقد الآخر حق الرجوع به على الفضولي بدعوى الكسب بلا سبب، وإذا كان البذل الذي قبضه الفضولي قد هلك في يده بلا تعدٍ منه ولا تقصير، فلا ضمان عليه إن كان العاقد الآخر يعلم حين الأداء إليه أنه فضولي، لأنه يُعد حينئذ أمانة في يده، أما إذا كان لا يعلم بذلك بل كان يعلم إنه هو المالك فعلى الفضولي الضمان، لأن العاقد الآخر إنما دفع إليه ما دفع بنية إنه عوض عن المعقود عليه، وأما إذا كان الفضولي قد سلم المال المعقود عليه إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك هذا العقد، كان الفضولي بحكم الغاصب وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب، وللمالك مطالبة العاقد الآخر برد ما سلمه إليه، فإذا كان المال قد هلك في يده بدون تعدٍ منه، فالمالك تضمين الفضولي أو تضمين العاقد الآخر، ومطالبة أحدهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر به إذا استوفى المالك الضمان⁽²⁾.

وهنا يرى أحد الفقهاء ونحن نؤيده في ذلك أن هذا الحكم على إطلاقه يجافي العدالة بالنسبة للمشتري الذي يتسلم المبيع بحسن نية، فيجب تقييده بقصر حق رجوع المالك على حالة ما إذا كان المشتري سيء النية أي عالماً أن المبيع حين اشتراؤه كان مملوكاً لغير البائع، أما إذا اشتراه وهو لا يعلم بذلك بل كان يعتقد إنه يعود للبائع ففي هذه الحالة يقتصر حق المالك بالرجوع على الفضولي فحسب ولا يمكن تضمين المشتري⁽³⁾، ويرى فقيه آخر كان من الأوفق في نظرنا أن تكون مسؤولية الفضولي ومن تعاقد معه في ضمان قيمة المبيع مسؤولية تضامنية حتى يتمكن المالك من الرجوع على المتعاقد الآخر إذا وجد أن من اختاره كان معسراً⁽⁴⁾.

ويرى جانب من الفقه إذا كان الهالك بدون تعدٍ ممن تعاقد مع الفضولي وكان المتعاقد يجهل أنه فضولي فلا يكون ضامناً، والضمان في هذه الحالة يكون على الفضولي، لأنه يكون قد غرر بمن تعاقد معه والتغريير من أسباب الضمان، أما إذا كان من تعاقد مع الفضولي يعلم أنه فضولي فإن يده لا تكون يد أمانه ويقع عليه الضمان ولا يتحمل الفضولي شيئاً⁽⁵⁾.

(1) وما لم يقبضه من البذل يطبق فيه مضمون المادتين (942 و 943) من القانون المدني العراقي، إذ تنص المادة (942) من القانون المدني العراقي على إنه "حقوق العقد تعود إلى العاقد فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة، فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه" وتنص المادة (943) على إنه "إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل، ولإيهما أن يرجع إليه". منير القاضي، مصدر سابق، ص 224.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1 (مصادر الالتزام)، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص 116. منير القاضي، مصدر سابق، ص 224 و 225.

(3) د. عباس الصراف، مصدر سابق، ص 276.

(4) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار)، ج 1، ط 3، مطبعة العاني، بغداد، 1974م، ص 195.

(5) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 311.

وأما بالنسبة لتصرف الغاصب باعتباره قسماً من تصرفات الفضولي، فللمغصوب منه الخيار أن شاء رجع على من تصرف إليه الغاصب واسترد العين إذا كانت باقية، ومن ثم يرجع المتصرف له على الغاصب بضمان الاستحقاق إذا كان التصرف بيعاً أو هبة، أو يرجع المغصوب منه على الغاصب بالضمان فيصح تصرف الغاصب، وهذا ما أشارت إليه المادة (200) من القانون المدني العراقي بقولها " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لإحكام القانون".

وبهذا الصدد يرى أحد الفقهاء أن هذا النص تضمن عبارة أن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة (نفذ تصرفه) بدلاً من (صح تصرفه)، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة، وإيراد 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 الإسلامي والعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي، فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح ينتج جميع آثاره ولكنه مهدد بالزوال بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة أو نقص أهلية أحد المتعاقدين، وبإجازة من تقرر الإبطال لمصلحته يستقر فلا يبطل، أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح لا تترتب عليه آثاره إلا بعد الإجازة ممن له حق الإجازة⁽¹⁾.

وللمالك الحقيقي إجازة العقد الموقوف ونقضه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بصدور العقد عن الفضولي، فإن لم ينقضه خلال هذه المدة يُعتبر سكوته إجازة له⁽²⁾، وعليه يحق للمالك نقض العقد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بانعقاده، فإذا لم يستعمل هذه الرخصة خلال هذه الفترة سقط حقه ونفذ العقد في مواجهته، وهذه الأحكام تطرق إليها المشرع العراقي في المادة (136) من القانون المدني⁽³⁾.

وبالتالي إذا أجاز المالك العقد اعتبرت إجازته توكيلاً، لأن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، وحينئذ يُعتبر من تعاقد مع الفضولي مالاً للشئ لا من وقت الإجازة وإنما من الوقت الذي تم فيه العقد بينه وبين الفضولي، أما إذا نقض المالك العقد فيعتبر العقد باطلاً من تاريخ إبرامه لا من تاريخ النقض، لأن حكم العقد الموقوف بعد نقضه هو حكم العقد نفسه الذي نشأ باطلاً، وبما إن العقد الباطل لم ينعقد أصلاً، فيجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ويجب على الفضولي رد البذل إلى من تعاقد معه، ويجب على المتعاقد الآخر أن يرد الشيء إلى مالكه إذا لم يستطع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁴⁾، فمثلاً إذا كان

(1) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 304.

(2) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقاول)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1993م، ص 178.

(3) إذ نصت المادة (136) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- إجازة العقد الموقوف تكون صراحةً أو دلالةً وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويُشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يُشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة 2- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً 3- ويبدأ سريان المدة ... إذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد".

(4) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص 194.

العقد الذي أبرمه الفضولي بيعاً، وأجاز المالك العقد أعتبر المشتري مالاً للمبيع من يوم الاتفاق الذي تم بينه وبين الفضولي، وإذا نقض المالك البيع فإنه يُعتبر باطلاً من تاريخ إبرامه، ويترتب على ذلك إنه يحق للمشتري استرداد ما دفعه للفضولي مع المطالبة بالتعويض إذا كان حسن النية، ويجب على المشتري رد المبيع إلى مالكة الحقيقي⁽¹⁾.

وقد نقل المشرع العراقي أحكام العقد الموقوف من الفقه الإسلامي بعد إدخال تعديلات مهمة جعلت هذه الأحكام أكثر مسايرةً للفقه الغربي⁽²⁾، وعليه فالقانون المدني العراقي يتفق مع الفقه الإسلامي في اعتبار تصرف الغاصب في ملك غيره بحكم تصرف الفضولي، وهنا قد تبنى المشرع العراقي رأي غالبية الفقه الإسلامي في اعتبار تصرف الفضولي موقوفاً على إجازة المالك، ولكنّه ضيق من نطاق تصرف الفضولي كما يرى أحد الشراح، لأنه يخص الشخص الذي يتصرف في ملك غيره فجعل التصرف يشمل حق الملكية فقط، ومما يؤخذ على هذا الرأي إنه يتعارض مع موقف الفقه الإسلامي، لأن تصرف الفضولي يتعلق بالشخص الذي يتصرف في حق غيره سواء كان هذا الحق حقاً شخصياً أم حقاً عينياً⁽³⁾، وكذلك يتعارض مع موقف القانون المدني العراقي في المادة (725) التي نصت على إنه "تتعد إجازة الفضولي موقوفة على إجازة المالك فإن كان هذا صغيراً أو محجوراً وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجازة الفضولي موقوفة على إجازة الولي".

ثانياً: في القانون المدني المصري

لم يبين المشرع المصري طبيعة تصرفات الغاصب كقاعدة عامة، ولكنّه نظم بعض التصرفات التي يجريها الشخص على شيء مملوك للغير وذلك بنصوص خاصة كما فعل في بيع ملك الغير وهبته ورهنه، وترك بعضاً من التصرفات لتطبق بشأنها أحكام القواعد العامة كما هو الحال مثلاً في تأجير ملك الغير، وفي النتيجة أن بيع الغاصب للشيء المغصوب هو صورة من صور بيع ملك الغير⁽⁴⁾، إذ أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية، فالأب قد يبيع ملك ولده لا باعتباره نائباً بل باعتباره أصيلاً عن نفسه، والزوج قد يبيع ملك زوجته، والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة أو في التركة، ولكنّها لا تقع في حصته، والشريك في الشبوع قد يبيع كل العين الشائعة، وهو لا يملك إلا حصته فيها، وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك، وغالباً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة، فهذه كلها بيوعاً لملك الغير⁽⁵⁾.

وقد أخذ القانون المدني المصري أحكام بيع ملك الغير من القانون المدني الفرنسي⁽⁶⁾، وقد نظم أحكام هذا النوع من البيوع في المواد (466-468) من القانون المدني، إذ تنص المادة (466)

(1) وإذا كان المشتري قد تسلم المبيع وهلك بيده، فإن الفضولي يتحمل تبعه الهلاك إذا كان المشتري حسن النية أو إذا كان الهلاك بتعد من الفضولي، أما إذا كان المشتري سيء النية فإنه يتحمل تبعه الهلاك مالم يكن الهلاك حاصلًا بتعد من الفضولي. د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص 178.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ج 4، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 م، ص 231 و 232.

(3) د. ميري كاظم عبيد، مصدر سابق، ص 119.

(4) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 258.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 4، ص 236.

(6) د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1985 م، ص 115.

من القانون المدني المصري على أنه " 1- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل 2- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد"، وتنص المادة (467) منه على أنه " 1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري 2- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت إليه ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، كما تنص (468) على أنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية"، ويتبين من هذه النصوص أن بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري، ولا يسري في مواجهة المالك إلا بإقراره⁽¹⁾، وعلى الرغم من هذا الوضوح اختلف فقهاء القانون في مصر حول الطبيعة القانونية لهذا البطلان وانقسموا إلى أربعة آراء:-

الرأي الأول: يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب أو المحل، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل الملكية إليه وهذا غير ممكن بالنسبة للبائع، وأن المحل (المبيع) مستحيل استحالة مطلقة بالنظر لعائدية المبيع لغير البائع⁽²⁾.

ويرد جانب من الفقه على هذا الرأي انه يتعذر القول بأن بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، والسبب في ذلك أن أحكام بيع ملك الغير تختلف في أساسها وفي النتائج المترتبة عليها عن أحكام البطلان المطلق، فالبطلان المطلق أو عدم انعقاد العقد يرجع إلى عدم توافر ركن من أركان العقد كالتراضي أو المحل أو السبب أو عدم توافر الشروط اللازمة لهذه الأركان، وبيع ملك الغير تتوافر فيه جميع الأركان اللازمة لانعقاد العقد، فالبائع والمشتري متفقان على نقل ملكية شيء أو نقل أي حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي⁽³⁾.

وإن كان الشك قد يثور بالنسبة إلى شرط إمكان تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، فالبائع طالما لم يملك المبيع لا يستطيع نقله إلى المشتري، فهذا لا يعني أن هذا النقل مستحيل استحالة مطلقة، فلا يزال هنالك شخص يستطيع نقل الملكية وهو المالك الحقيقي، وبذلك فإن الاستحالة نسبية، والاستحالة المطلقة هي التي تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، أما الاستحالة النسبية فلا تؤدي إلى عدم انعقاد العقد وإن أعطت الحق في طلب الفسخ على أساس عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، وكذلك البطلان المطلق معناه عدم انعقاد العقد، ولا ينتج أي أثر ولو لم يحكم بهذا البطلان، ويستطيع أن يتمسك بهذا البطلان كل ذي مصلحة من طرفي العقد، أما بيع ملك الغير ينتج جميع آثاره ما عدا نقل الملكية حتى يتقرر إبطاله، وتصح إجازته فينقلب صحيحاً، وكذلك ينقلب صحيحاً إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، ولا يستطيع التمسك بإبطاله سوى المشتري⁽⁴⁾، وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي أن العقد يُعتبر كأن لم يكن بعد الحكم بإبطال البيع، وبالتالي إن أساس استحقاق المشتري للتعويض هو المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾.

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 258.

(2) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص 176.

(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م، ص 84 وص 85.

(4) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 84 وص 85.

(5) انظر في ذلك:

الرأي الثاني: يذهب إلى أن بيع ملك الغير إنما هو باطل بطلاناً نسبياً أما لغلط في شخص البائع لتوهم المشتري أنه مالك للمبيع، وأما لغلط في المبيع لتوهم المشتري أنه مملوك للبائع، ومقتضى هذا الرأي أن بيع ملك الغير لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن البائع مالك للمبيع، أما إذا كان يعلم أن البائع غير مالك للمبيع، فليس هنالك غلط وقع فيه مما يعني أن ليس له الحق في طلب إبطال البيع⁽¹⁾.

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي إذا كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع، فليس له الحق إلا بالمطالبة باسترداد الثمن ولا يستحق التعويض وما أنفقه من مصاريف بمناسبة البيع لأنه يتحمل تبعه إقدامه على البيع مع علمه بعدم ملكية البائع للمبيع⁽²⁾، وهذا الرأي يتعارض مع نصوص القانون المدني المصري التي نظمت أحكام بيع ملك الغير، لأنها لم تشترط لبطلان بيع ملك الغير أن يكون المشتري حسن النية وإنما اشترطت حسن النية في المشتري فيما يتعلق باستحقاقه للتعويض⁽³⁾، وكذلك الآثار المترتبة على بيع ملك الغير تختلف عن الآثار المترتبة على البطلان النسبي، فحسب أحكام القواعد العامة في البطلان إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً ينتج جميع آثاره حتى يتقرر إبطاله فيزول باثر رجعي، فإذا أجازته من يتقرر الإبطال لمصلحته فإنه يتأكد ويستمر في إنتاج آثاره، دون أن يتوقف على إرادة أحد غير من تقرر البطلان لمصلحته، أما بيع ملك الغير فإنه لا ينتج جميع آثاره، فاهم أثر وهو نقل الملكية إلى المشتري لا يتم إلا بإقرار المالك الحقيقي ولو أجاز المشتري العقد⁽⁴⁾.

الرأي الثالث: يذهب هذا الرأي بالقول أن بيع ملك الغير هو بيع موقوف على إقرار المالك على النحو المعروف في الفقه الإسلامي، فإن أقره نفذ العقد في حقه وأنتج جميع آثاره سواء في حق المالك أو في حق المتعاقدين، وإن لم يقره المالك بقي العقد صحيحاً، ولكنه موقوف الأثر على غرار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي⁽⁵⁾.

وقد أخذ بهذا الرأي جانب من الفقه بالقول إن آراء الشراح قد تضاربت في تحديد طبيعة البطلان في بيع ملك الغير ولكن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس معنى ذلك إن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، فالعقد في هذه الصورة يُعد عقداً موقوفاً، والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان⁽⁶⁾، ويرى أحد الشراح أن بيع ملك الغير على وفق

Mazeaud (H.L.et J) le cons de droit civil T:11 1969.p.698.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج4، ص237 وص238.

(2) انظر في ذلك:

planioi et bipert , trate pratique de droit civil francais , tx II , parbecque, LGDJ, 1953, no.19.

(3) فقد نصت المادة (468) من القانون المدني المصري على إنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية". د. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع، ص416 وص417.

(4) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص86.

(5) د. عبد الرزاق حسن فرج، مصدر سابق، ص119.

(6) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952م، ص79.

هذا الرأي لا يُعد باطلاً بأي حال من الأحوال، فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده وصدر ممن يُعتبر أهلاً له ولكن أثره يظل معلقاً على إرادة من له الولاية على العين محل التعاقد، فإذا صدر الإقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي:

أولاً: لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ما أنتج أثره قبل أن يجيزه المالك الحقيقي كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي، فبيع ملك الغير ينتج أثره في الحال شأنه شأن العقد القابل للإبطال، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله، ثم أن المشتري يملك الإجازة، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي.

ثانياً: نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون، فهذا لا يكون إلا عندما لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الوكيل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها، أما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح⁽²⁾.

الرأي الرابع: يرى أن بيع ملك الغير إنما هو قابل للفسخ وليس للبطلان، وفي النتيجة فإنه يقع صحيحاً، فإذا لم ينفذ البائع التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، فالمشتري له الحق بأن يطلب فسخ البيع، لأن تكييف نظام معين يجب إلا يؤخذ من تسميته بل يُنظر إلى القواعد التي تحكمه، ولأنه من غير الممكن إرجاع البطلان في بيع ملك الغير إلى القواعد العامة في البطلان، فهو ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا باطلاً بطلاناً نسبياً لاختلافهما من حيث الأحكام والآثار، وعليه فإن قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا أدنى شك إلى نطاق نظرية الفسخ⁽³⁾.

ويؤخذ على هذا الرأي إنه يتعارض مع فحوى المادة (466) من القانون المدني المصري التي أشارت إلى البطلان والبطلان شيء غير الفسخ⁽⁴⁾، فالفقرة الأولى من المادة (466) نصت على أنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل"، وإزاء هذه الآراء المختلفة حول تأصيل البطلان في بيع ملك الغير يرى أغلب فقهاء القانون المدني في مصر أن البطلان في هذا البيع غير مستمد من القواعد العامة، وإنما هو مقرر بنص تشريعي خاص هو نص المادة (466) من القانون المدني المصري⁽⁵⁾، فالعقد لا يكون قابلاً للإبطال على وفق القواعد العامة إلا لنقص الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال⁽⁶⁾.

(1) د. حسن رياض محمد، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020م، ص 67.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 4، ص 240 وص 241.

(3) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 281.

(4) د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص 415.

(5) د. أنور سلطان د. جلال العدوي، الموجز في العقود المسماة (البيع)، الناشر دار المعارف، 1963م، ص 178. د. محمد علي عمران، موجز البيع، 1989م، ص 198.

(6) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 265.

فالبطلان هنا خاص بالبيع أنشأه نص خاص لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع، وبذلك فإن قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان، من ذلك إن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع، وإن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازته المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، وهو هنا المشتري، وبالتالي يُعتبر البطلان في بيع ملك الغير بطلاناً من نوع خاص أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري تطرق إلى أحكام الفضالة في المواد (188-197)⁽²⁾، إلى جانب تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير، ويتبين من هذه النصوص إن الفضالة تتحقق بقيام ثلاثة أركان، وهي: أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، وأن يقصد في قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل، وألا يكون ملتزماً بهذا الشأن العاجل ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه⁽³⁾.

والفضالة بهذا المعنى تُعتبر من أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب، فالفضولي يعمل لتحقيق منفعة غيره دون أن يكون لهذه المنفعة سبب في علاقة قانونية سابقة، وتلك هي مقومات الإثراء بلا سبب⁽⁴⁾، وبذلك تختلف الفضالة في القانون المصري عن الفضالة في الفقه الإسلامي، فالفضولي في نظر المشرع المصري هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لمصلحة رب العمل، أما في الفقه الإسلامي فالفضولي هو من يتدخل في شئون غيره من دون إذن أو نيابة وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة⁽⁵⁾.

وفي النتيجة إن بيع ملك الغير في القانون المصري يقابله بيع الفضولي في الفقه الإسلامي، لأن القانون المصري المتأثر في هذا الجانب بالفقه الغربي قصر حكم الفضالة على التدخل العاجل من الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل، في حين إن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان تدخل الفضولي ضرورياً أو غير ضروري، فكل تدخل في شئون الغير يرتب حكم الفضالة، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في القانون المصري.

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج4، ص283.
- (2) فالمادة (188) من القانون المدني المصري نصت على إنه " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك"، والمادة (189) نصت على إنه " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشانين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر"، والمادة (190) نصت على إنه " تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي"، ونصت المادة (191) على إنه " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك " ... الخ.
- (3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج1، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، 1035.
- (4) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص501.
- (5) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج4 (نظرية السبب ونظرية البطلان)، ط2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998م، ص183.

كان القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم يجيزان بيع ملك الغير، فكان بموجبهما يُعتبر بيع ملك الغير صحيحاً، لأن أثر البيع كان قاصراً على التزام البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعاً هادئاً، وكذلك كان قاصراً على إنتاج التزامات شخصية بمقتضاها يكون البائع ملزماً في مواجهة المشتري بالعمل على نقل ملكية المبيع إليه فيما بعد، إذ إن البيع لم يكن ينقل ملكية المبيع في الحال إلى المشتري⁽¹⁾، وأما في القانون المدني الفرنسي الجديد، فقد أصبح بيع ملك الغير يتنافى مع طبيعة البيع، لأن عقد البيع يُعد ناقلاً للملكية بذاته⁽²⁾، وبالتالي فإنه لا يمكن نقل ملكية المبيع الذي ليس ملكاً للبائع⁽³⁾، فالقانون الفرنسي وضع حكماً في المادة (1599) من القانون المدني يخالف حكم القاعدة العامة، إذ قضى ببطان بيع ملك الغير، ومن هذا النص أخذ القانون المدني المصري في المادة (466) فنص على بطلان بيع ملك الغير⁽⁴⁾، وتنص المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي على إنه " بيع ملك الغير باطل وللمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع"، وبذلك فإن بيع ملك الغير باطل وأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع مملوكاً للغير، فالملكية في القانون المدني الفرنسي تنتقل بمجرد التعاقد، فيتربط على ذلك بطلان بيع ملك الغير⁽⁵⁾، ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى جعل العقد الوارد على بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً تصححه إرادة المشتري⁽⁶⁾، فالمادة (1599) نصت على البطلان النسبي لصالح المشتري الذي يعود له وحده حق التمسك به⁽⁷⁾، وإن هذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري الذي يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان من دون البائع أو المالك الحقيقي على إن حق المشتري ينقضي إذا أقر المالك العقد أو صار البائع مالكا للمبيع⁽⁸⁾، وعلى المالك الحقيقي أن يثبت لدى ممارسته دعوى الاستحقاق إنه لم يوافق على البيع الذي يتذرع به المشتري ضده⁽⁹⁾.

(1) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتاوي، مصدر سابق، ص 177.
(2) وكذلك إذا تعهد شخص لآخر ببيع شيء مملوك لغيره فإن هذا التعهد لا يُعد بيعاً لملك الغير وإنما تعهد عن البائع في أنه سيبيع ما يملكه فيكون هذا تعهداً وليس بيعاً لملك الغير. انظر في ذلك:

Baudry et saignat , Traite Theorique et pratique de droit civil Du: conteat - de vente, 3eme ed.no.122.

(3) فبيع ملك الغير لم يكن باطلاً في كلا القانونين الروماني والفرنسي القديم، والعلة في ذلك إن عقد البيع لم يكن ناقلاً للملكية بذاته، وإنما كان ينشئ على عاتق البائع التزاماً بمنح المشتري حيازة هادئة على الشيء المبيع، لهذا لم يكن للمشتري أن يدعي أنه قد اشترى شيئاً مملوكاً لغير البائع طالما لم يحصل له تعرض من الغير. د. توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، بيروت، 1988م، ص 52.

(4) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 279.
(5) إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات غير مملوك له ولكنه علق البيع على شرط تملكه للمبيع، فإن التزام البائع هنا ليس التزاماً بنقل الملكية في الحال وإنما التزام معلق على شرط واقف هو تملكه للمبيع، فالبيع في هذه الحالة لا يُعتبر بيعاً لملك الغير، فإذا تحقق الشرط وأصبح البائع مالكا للمبيع انتقلت الملكية للمشتري وإن لم يتحقق الشرط بطل البيع. انظر في ذلك:

Baudry et saignat ,op.cit.no122.

(6) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ج 1، مطبعة دار المعارف، بغداد، 1970م، ص 399 و 400.

(7) نقض مدني فرنسي 16، 3 نيسان/1973: نش مدنية، رقم (303). القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 108، جامعة القديس يوسف في بيروت، 2009م، ص 1574.

(8) غني حسون طه، مصدر سابق، ص 399 و 400.

(9) نقض مدني فرنسي 4، 1 كانون الأول /1967: د 1968، رقم 283. القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص 1574.

ويزول البطلان الناتج من بيع ملك الغير حيث يكون المشتري قبل إقامة دعوى البطلان قد علم بزوال خطر نزع اليد أي اكتساب البائع ملكية الشيء المبيع⁽¹⁾، وإن المسألة لا تقف عند هذا الحد، ولأن تكييف نظام معين يجب إلا يؤخذ من تسميته بل ينظر إلى القواعد التي تحكمه، وفي بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا أدنى شك إلى نطاق نظرية الفسخ، وقد ذهب الفقيه الفرنسي (بوفنوار) الذي استعرض أحكام هذا البطلان فوجد إن دعوى المشتري ليست إلا دعوى فسخ لعدم التنفيذ، ولذلك صرح الفقيه الفرنسي (جودميه) بأنه من اللازم تطبيق نظرية الفسخ بعد إلغاء نص المادة (1599) من القانون الفرنسي حيث وجد أن الفقه والقضاء الفرنسيين يضعان مجموعة من الحلول لا يمكن أن تقيم نظرية متماسكة⁽²⁾.

وترجع قابلية هذا البيع للفسخ إلى أن البائع لم يحم بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري، وبالتالي يستطيع المشتري أن يطلب فسخ البيع، وهذا يتعارض مع نص المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي التي نصت بصراحة على البطلان وهذا الأخير يختلف عن الفسخ، فلو كان بيع ملك الغير جزاءه الفسخ فحسب لكان للقاضي سلطة تقديرية في استجابة المشتري إذا طلب الفسخ، ولا يستطيع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل ملكية المبيع للمشتري بعد رفع الدعوى .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي إن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً، أمّا لانعدام السبب، لأن التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه ملكية المبيع، وأما لاستحالة المحل استحالة مطلقة، لأن البائع غير مالك للمبيع ولا يستطيع أن ينقل الملكية للمشتري، وهذا الرأي يتعارض بشكل صريح مع الآثار التي ينتجها بيع ملك الغير ولو كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً، إضافة إلى ذلك أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، لأن السبب غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، ويذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان استحقاق يرفعها المشتري قبل أن ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي، فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك، بل يبادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع، فدعوى البطلان هذه ليست سوى دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري في رفعها، وهذا يقتضي أن تكون مدة التقادم ثلاثين سنة، وهي مدة التقادم في دعوى الضمان في القانون الفرنسي⁽³⁾.

ومن الجدير بالذكر أنّ المشرع الفرنسي نظم أحكام الفضالة إلى جانب تنظيمه أحكام بيع ملك الغير في المواد (1372-1375) من القانون المدني قبل التعديل في (2016) في الفصل الأول تحت عنوان شبه العقد بوصفها واقعة منشئة للالتزامات، وهذه التسمية انتقدت انتقاداً لاذعاً من جانب الفقه الفرنسي، وهذا التقسيم في مجال التصرفات القانونية إلى عقد وشبه عقد يجد مصدره

(1) نقض مدني فرنسي 12، 1 تموز / 1962: د 1963، رقم 246. القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص 1574.

(2) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م، ص 296.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 4، ص 236-238.

التاريخي في القانون الروماني، وقد تبناه القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، وبعد التعديل التشريعي الفرنسي رقم (131) الصادر في (10 شباط 2016) والنافذ في (1/10/2016) الخاص بتعديل القانون المدني ولاسيما ما يتعلق بمصادر الالتزامات، عاد المشرع الفرنسي ونظم أحكام الفضالة في المادة (1301) من الفقرة الأولى إلى الفقرة الخامسة، وذلك في الفصل الأول من الباب الفرعي الثالث الذي جاء تحت عنوان المصادر الأخرى للالتزامات⁽²⁾.

والفارق بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي يكمن في أن المشرع الفرنسي اكتفى بالعمل النافع الذي يقوم به الفضولي لرب العمل، ونفعية العمل بحسب الفقه الفرنسي تهدف إلى إيجاد التوازن بين التعويض عن نفقات الفضولي وحماية مصالح رب العمل، ولكن القانون الفرنسي اشترط في الفعل الذي يقوم به الفضولي أن يكون مناسباً، وهذه مسألة يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع، أما المشرع المصري فقد اشترط في الشأن الذي يتولاه الفضولي أن يكون عاجلاً وضرورياً، والفارق بين القانونين هو الفارق بين ما هو عاجل وبين ما هو نافع، وفي النتيجة إن نطاق الفضالة في القانون الفرنسي أوسع من نطاق الفضالة في القانون المصري⁽³⁾.

رابعاً: في القانون المدني الأردني

أخذ المشرع الأردني بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي في عدة حالات بضمنها التصرف في ملك الغير (تصرف الفضولي)، إذ نصت المادة (171) من القانون المدني الأردني على إنه " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكروه أو إذا نص القانون على ذلك"، وتطبيقاً لهذا النص فإن بيع ملك الغير يُعتبر بيعاً موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة، ولكن المشرع الأردني لم يكتفِ بنص المادة (171) السابق ذكرها، وإنما عالج أحكام بيع ملك الغير في المادة (550) والمادة (551)، فقد نصت المادة (550) من القانون المدني على إنه " 1- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع 2- ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازها المشتري"، كما نصت المادة (551) على إنه " 1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري 2- وينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

يتبين من هذه النصوص إن بيع ملك الغير في القانون المدني الأردني لا يُعتبر بيعاً موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة كما ورد في المادة (171)، لأن المادة (550) أعطت للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، في حين إن العقد الموقوف قبل إجازته من المالك أو من له الحق في إجازة العقد يكون غير ملزم لطرفيه، وإن المادة (551) أشارت إلى إن العقد ينقلب

(1) عمار غزال، الفضالة بحث منشور في الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة على الموقع الإلكتروني: arab-ency.com.sy.

(2) د. محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020م، ص11 و ص12.

(3) عمار غزال، الفضالة بحث منشور في الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة على الموقع الإلكتروني: arab-ency.com.sy.

صحيحاً في حق المشتري في حالتين، وهما: إقرار المالك للبيع وأيلولة ملكية المبيع للبائع بعد العقد، وهذا لا يتفق مع أحكام العقد الموقوف الذي يُعطي للمالك وحده حق إجازة العقد أو رفضه⁽¹⁾.

ويرى أحد فقهاء القانون إنَّ أحكام بيع ملك الغير طبقاً للمادتين (550،551) من القانون المدني الأردني هي ذات الأحكام التي أخذ بها القانون المدني المصري في المادتين (466،467)، ولكنَّ المشرع الأردني أبدل عبارة فسخ البيع بعبارة إبطال البيع، وكان باعتقاده إن هذا التحوير سيجعل هذه النصوص أكثر انسجاماً مع أحكام القانون المدني الأردني، ولكنَّ الحكم الواجب التطبيق هل هو ما ورد في المادة (171) أو ما ورد في المادتين (550،551) من القانون المدني الأردني؟ وللإجابة على هذا السؤال يقول إن الحكم الواجب التطبيق هو ما ورد في المادتين (550،551)، لأن الخاص يتقدم على العام في التطبيق، ولكنَّ ما ورد في المادة (171) هو الأصح، ويدعو المشرع الأردني إلى إلغاء المادتين (550،551) والاكتفاء بما ورد في المادة (171)، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها "إن بيع الوكيل المعزول هو بمثابة بيع الفضولي، وبيع الفضولي لا يقع باطلاً بل موقوفاً عملاً بأحكام المادة (171) من القانون المدني، والمالك هو وحده صاحب الحق في ترتيب البطلان على هذا العقد بعدم إجازته عملاً بأحكام المادة (175) من القانون المدني وليس للفضولي ولا للمشتري حق في ذلك"⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن القانون الأردني إلى جانب تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير نظم أحكام الفضالة متأثراً بالقانون المصري، فقد تطرق لأحكام الفضالة في المواد (301-308)، فالمادة (301) من القانون المدني الأردني نصت على إنه "من قام بفعل نافع للغير دون أمره، ولكنَّ أذنت به المحكمة أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف فإنه يُعتبر نائباً عنه"، ونصت المادة (302) على إنه "تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي"، ونصت المادة (303) على إنه "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بداه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع".

يفهم من هذه النصوص إن أحكام الفضالة في القانون المدني الأردني لا تختلف عن أحكام الفضالة التي نظمها القانون المدني المصري في المواد (181-197)، سوى أن المشرع الأردني اكتفى بوصف العمل الذي يقوم به الفضولي أن يكون نافعاً، في حين أن المشرع المصري اشترط في هذا العمل أن يكون عاجلاً وضرورياً، ومما تجدر الإشارة إليه أن الفضولي الذي قصده المشرع الأردني في المادة (171) من القانون المدني يختلف تماماً عن الفضولي الذي يتصرف استناداً إلى قواعد الفضالة كأحد تطبيقات الفعل النافع طبقاً للمواد (301-308)، مما أدى ذلك إلى وقوع المشرع الأردني في إرباك عند صياغته لأحكام بيع ملك الغير.

خامساً: في القانون المدني اليمني

(1) د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص58-ص60.

(2) د. علي العبيدي، المصدر نفسه، ص60 و61.

اعتبر المشرع اليمني عقد بيع ملك الغير (بيع الفضولي) هو عقد موقوف على إجازة المالك أو وليه أو وصيه، إذ نصت المادة (145) من القانون المدني اليمني على إنه "العقد الموقوف هو الذي اضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال، فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصل، وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له"، ونصت المادة (474) على إنه "بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكه ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه"، ونصت المادة (529) على إنه "إذا انعقد البيع موقوفاً غير نافذاً كببيع الفضولي وبيع الصبي المميز غير المأذون فلا يفيد ملك المشتري للمبيع ولا ملك البائع للثمن إلا إذا أجاز البيع من له الحق في إجازته ووقعت الإجازة مستوفيه شروط صحتها".

يستفاد من هذه النصوص أن المشرع اليمني نظم أحكام تصرفات الفضولي بشكل عام وجعلها صحيحة وموقوفة على إجازة الأصل متأثراً في ذلك برأي جمهور الفقهاء، وكذلك نظم أحكام بيع الفضولي بشكل خاص، وجعل هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة، فالمشرع اليمني لم يخرج عن مضمون المادة (145) سالف الذكر، ويتضح من هذه النصوص أن المشرع اليمني أخذ بفكرة العقد الموقوف، وهذا الاتجاه يتفق مع اتجاه الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، كما يتبين من هذه النصوص إنها عامة فيما يتعلق بتصرفات الفضولي وخاصة فيما يتعلق ببيع الفضولي (بيع ملك الغير).

والمشرع اليمني في المادة (1139) من القانون المدني نص على إنه "إجازة المالك لتصرف الغاصب يجعله بمثابة تصرف جديد"، يتضح من هذا النص أن المشرع اليمني يعتبر تصرف الغاصب قسم من تصرفات الفضولي ويشمل جميع التصرفات التي يجريها الغاصب في المال المغصوب سواء كانت بمقابل كالبيع والإيجار أم بدون مقابل كالهبة أو الوقف أو الوصية، وكما يتضح من هذا النص إن المشرع اليمني قد أخذ برأي جمهور الفقهاء المسلمين وجعل تصرفات الغاصب صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة المالك، وعليه فإن التصرف الذي يصدر من الغاصب يُعد صحيحاً إذا أجاز المالك، لأن تصرف الغاصب يُعد بحكم تصرف الفضولي، فإذا أجاز المالك التصرف الذي أبرمه الغاصب فإن حقه ينتقل للعوض إذا كان التصرف من المعاوضات، ويصبح المتعاقد مع الغاصب مالاً للحق الذي رتب له الغاصب، فيصبح مالاً للمبيع إذا كان التصرف بيعاً، ويصبح مالاً للمنفعة إذا كان التصرف إيجاراً، وهكذا بحسب نوع التصرف والشروط المتفق عليها بين الغاصب والمتعاقد معه، وأما إذا كان التصرف تبرعاً كالهبة فإن الموهوب له يصبح هو المالك للشيء الموهوب بمجرد تسلمه، ويكون التصرف الذي يصدر من الغاصب باطلاً إذا رفض المالك ذلك التصرف، ويكون من حقه استرداد الشيء المغصوب من يد حائزه أي كان مشترياً أو مستأجراً أو مرتهاً⁽¹⁾.

وبالرغم من تنظيم المشرع اليمني في المواد السابق ذكرها لجميع تصرفات الفضولي ومنها بيع الفضولي (بيع ملك الغير) وتصرفات الغاصب التي تُعد قسماً من أقسام تصرفات الفضولي متأثراً في ذلك بأحكام الفقه الإسلامي، فقد نظم أحكام الفضالة في المواد (327-338) بجعلها مصدراً

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 254 و 255.

من مصادر الفعل النافع متأثراً بالقانون المدني المصري، فقد نصت المادة (327) من القانون المدني اليمني على إنه " الفضالة هي أن يقوم شخص عن قصد بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك"، ونصت المادة (328) على إنه " الفضولي متبرع بما عمل أو أنفق إلا أن يجيزه من له العمل أو ينص القانون على حقه"، ونصت المادة (329) على إنه " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بداه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر رب العمل متى استطاع ذلك" ...الخ.

يتبين من هذه النصوص إن الفضالة تتحقق بقيام ثلاثة أركان وهي: أن يقوم الفضولي بشأن لشخص آخر، وأن يقصد الفضولي القيام بهذا الشأن لحساب شخص آخر، وأن لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا الشأن، وبذلك فإن المشرع اليمني يتفق مع المشرع المصري في الكثير من أحكام الفضالة، ويختلف عنه في بعض الأحكام، فالمشرع اليمني في المادة (327) من القانون المدني لم يشترط في الشأن الذي يقوم به الفضولي أن يكون عاجلاً وضرورياً كما فعل المشرع المصري في المادة (188) من القانون المدني، والمشرع اليمني في المادة (328) اعتبر الفضولي متبرعاً بما عمل أو أنفق إلا أن يجيزه رب العمل أو ينص القانون على حقه، وفي المادة (336) أعطى للفضولي حق استرداد ما أنفق إذا كان قد قام بشأن ضروري وعاجل يترتب عليه منع ضرر محقق بالنفس أو المال، لم يكن بإمكان صاحب الشأن القيام به بنفسه ولا بإمكان الفضولي استئذانه في القيام به.

نستخلص مما تقدم إن تصرف الغاصب في المال المغصوب هو قسم من تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي، وكذلك في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، ويُعتبر صوره من صور بيع ملك الغير في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، وبالتالي فإن مفهوم الفضولي في القوانين المدنية يختلف عن مفهوم الفضولي في الفقه الإسلامي، لأن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الغربي التصرف في ملك الغير، وتصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي تختلف عن مفهوم الفضالة في بعض القوانين المدنية التي تُعدها تطبيقاتاً من تطبيقات الكسب دون سبب، فبعض هذه القوانين نظمت أحكام الفضالة صراحةً كمصدر مستقل من مصادر الالتزام كالقوانين المدنية الفرنسية والمصري واليمني والأردني.

وأما القانون المدني العراقي فلم يأخذ بالفضالة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام، وإنما نظمها بوصفها تطبيقاتاً من تطبيقات العقد الموقوف متأثراً بذلك بأحكام الفقه الإسلامي، إذ أن مصطلح الفضالة غير مستخدم في المؤلفات الفقهية القديمة، وبالرغم من ذلك فإن الفقهاء المسلمين تطرقوا إلى تصرفات الفضولي عند الحديث عن العقد الموقوف، ويبدو أن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي ومفهوم الفضالة في الفقه الغربي يلتقيان بمسألة واحدة، هي أن التصرف الذي يقوم به الفضولي إنما يكون من دون إذن شرعي أو من دون وكالة سابقة من المالك، وإنهما يختلفان في أن القوانين العربية المتأثرة بالفقه الغربي قصرت حكم الفضالة على الشأن العاجل أو الفعل النافع لتحقيق مصلحة رب العمل، في حين أن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق في جميع الأحوال، فكل تدخل في شؤون الغير يترتب حكم الفضالة، وبذلك فإن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في الفقه الغربي.

المبحث الثاني: محل التصرف في المال المغصوب

للمال أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمع، بل يُعد أحد دعائم المجتمع السليم واستمراره، وقد تكفل الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالمحافظة عليه وحمايته من كل اعتداء يصدر من الآخرين تجاه مالكه، وذلك من أجل استقرار المعاملات المالية في المجتمع، ولأجل التطرق إلى محل التصرف في المال المغصوب لابد من تعريف المال المغصوب وبيان أنواعه في الفقه الإسلامي والقانون، وعلى هذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول لتعريف المال المغصوب ونكرس المطلب الثاني لبيان أنواع المال المغصوب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف المال المغصوب

المال المغصوب هو المال الذي وقع عليه الغصب من دون وجه حق، والذي تم أخذه من صاحبه جهراً ومغالبةً، ولكي نحدد معنى المال المغصوب لابد من ذكر معاني المال بشكل عام في الفقه الإسلامي والقانون، وعليه سنوزع هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف المال في الفقه الإسلامي، ونبين في الفرع الثاني تعريف المال في القانون وكما يلي:

الفرع الأول: تعريف المال المغصوب في الفقه الإسلامي

لكي يتحقق الغصب ويكون الغاصب مسؤولاً عن تصرفه ينبغي أن يكون المغصوب مالاً سواء كان المغصوب من الأعيان أم المنافع أم الحقوق، وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للمال تبعاً لاختلافهم فيما يُعد مالاً وما لا يُعد مالاً، وذلك لأنه لم يرد من الشارع بيان خاص بتعريف المال كحقيقة شرعية، وقد اختلفت عباراتهم في تعريف المال، ولكنها تتقارب في مرادها ولا تتباعد في مفهومها وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عرف فقهاء الحنفية المال بأربعة تعريفات، وهي كما يلي:

التعريف الأول: المال هو "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ويجري فيه البذل والمنع"⁽¹⁾، فالمال عندهم ما يتمول به قليلاً أو كثيراً منقولاً كان أو غير منقولاً⁽²⁾، وعليه يجب أن يكون الشيء منتفعاً به عرفاً وعادةً، وأن يكون للشيء قيمة مادية بين الناس، وأن يكون الشيء عيناً مادية موجودة⁽³⁾، ويُلاحظ من تعريف الحنفية للمال إنه لا يُعبر عن حقيقة المال شرعاً، لأن هنالك من الأموال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كالخضراوات والفواكه، وأيضاً من الأموال ما لا يميل إليه طبع الإنسان ولا يقبله كبعض الأدوية والسموم، ومنها ما لا يُمكن ادخاره أصلاً لكونه منفعة بحتة مثل سكنى الدار وركوب السيارة⁽⁴⁾، ويُلاحظ من تعريف الحنفية للمال أنهم

(1) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، دار الفكر، بيروت، 2000م، ص51.

(2) والمالية تثبت بتمويل الناس كافة أو بعضهم، وعليه لا تُعتبر المنافع والحقوق المحضة مالاً عند الحنفية، أما جمهور الفقهاء اعتبروها مالاً متقوماً لأن المقصود من الأعيان منافعها. د. محمد العاني والسيد إبراهيم الدبو، مصدر سابق، ص19.

(3) د. محمد عثمان شبيب، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط2، دار النفائس، عمان، 2010م، ص68.

(4) د. تيسير حميد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014م، ص23.

اشتراطوا في المال أن يكون له وجود مادي خارجي، أي يمكن حيازته وادخاره، وبذلك فإنهم قد أخرجوا المنافع من نطاق المال، لأنها لا يمكن حيازتها وادخارها، فلا يمكن عدّها أموالاً⁽¹⁾.

وقد رد بعض الفقهاء على ما ذهب إليه الاحناف بالقول إن ما ذهب إليه الحنفية من عدم اعتبار المنافع أموالاً في نفسها، إنما ناتج عن مبالغة في النزعة المادية، وليس لهم على ذلك دليل واضح وقوي من أدلة الشريعة ولا من نصوصها ولا من أصولها⁽²⁾، ويرى أحد الشراح أن هذا القول مجحف بحق الاحناف وقاسياً بعباراته، والدليل على ذلك ما ذهب إليه المتأخرون من فقهاء الاحناف الذين عدلوا عن هذه النظرية في تعريف المال، فقد جاء في كتاب بدائع الصنائع في بيان شروط الموصى به منها أن يكون مالاً متقوماً سواء كان المال عيناً أم منفعة⁽³⁾، وقد اعتبروا ما يعود على اليتيم والوقف من الأموال المعدة للاستغلال من المنافع أموالاً، وقد أوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمان أجر المثل وقيمة المال⁽⁴⁾.

التعريف الثاني: المال هو " اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه، والتصرف فيه على وجه الاختيار"، وإن كان في العبد معنى الملكية لكنّه ليس بمال حقيقة، وبقيد اسم لغير الآدمي الوارد في هذا التعريف يخرج العبيد والإماء مع إنها تُعد أموالاً لدى العرف، ولكن فقهاء الحنفية قالوا: أن العبيد والإماء فيهم معنى المالية ولكنهم ليسوا بمال حقيقة، وبقيد الإحراز تخرج به المنافع لأنها أعراض لا يمكن حيازتها، فالمنافع بهذا الاعتبار لا تُعد أموالاً⁽⁵⁾، وبقيد الاختيار يخرج من نطاق المال كل ما لا يحرز ولا يمكن التصرف فيه اختياراً، كالأشياء التي يضطر الإنسان إلى الانتفاع بها أحياناً كأكل لحم الميتة وشرب الخمر، فمجرد استعمال المضطر للأشياء لا يضيف عليها صفة المالية⁽⁶⁾، وبهذا الصدد يقول أحد الفقهاء إن هذا التعريف أفضل تعريف في نظري، لأنه كامل وصحيح، وإن كان فيه نقص لكونه لم يشمل الإنسان المسترق، فهو نقص فيه كمال، لأن الإنسان لا يُعد مالاً في أصله والمالية أمر عارض على العبيد، ويحسن رفعها وهذا أمر مقرر في الإسلام⁽⁷⁾.

التعريف الثالث: المال هو " عين يجري فيها التنافس والابتدال"⁽⁸⁾، وهذا التعريف هو المشهور عند فقهاء الاحناف، وفي النتيجة إن المال عندهم يقتصر على الأعيان من دون المنافع، لأن المال يمكن إحرازه وحيازته لوقت الحاجة، والمنافع لا تقبل ذلك، لكونها أعراض لا يمكن حيازتها ولا

(1) سيف بسام سعيد التميمي، تغيّر العين المضمونة وأثره في الملكية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة كربلاء، 2018م، ص10.

(2) مصطفى محمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، طبعة طربين، دمشق، 1965م، ص208.

(3) إذ تصح الوصية عندهم بكل مال متقوم من الأعيان ومن المنافع، وتصح الوصية بما تثمر الشجرة وبما تحمله البقرة مادام وجوده محققاً، وكما تصح الوصية بالدين والمنافع كالسكن، ولا تصح بما ليس بمال كالميتة وليس متقوماً كالخمر للمسلمين. السيد سابق، فقه السنة (السلم والحرب والمعاملات)، مج3، طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة، دار الجيل، دار الفتح للإعلام العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص300.

(4) د. تيسير الركابي، مصدر سابق، ص26.

(5) زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص277.

(6) د. نوزاد عباس أحمد، ضمان المال بوضع اليد دراسة فقهية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد1، العدد 19، السنة الخامسة، بلا سنة طبع، ص379.

(7) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج1، ص48.

(8) زين بن إبراهيم، مصدر سابق، ج4، ص252.

تبقى زمانين بل تحدث أنا بعد أن، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت، فلا يمكن إحرازها، وبالتالي لا تكون مالاً، لأنها قبل أن تحدث كانت معدومة والمعدوم ليس بمال وبعد إحداثها لا يمكن إحرازها ومالا يمكن إحرازه لا يسمى مالاً⁽¹⁾، وقد تُعد المنافع أموالاً بالعقد كالإجارة استحساناً لورود النص بذلك وجريان العرف به، وإن لم تكن بذاتها أموالاً⁽²⁾.

التعريف الرابع: المال هو " كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة"⁽³⁾، وبقيد الحيازة والإحراز يخرج من نطاق المال ما لا يمكن حيازته كالشرف والصحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها، وبقيد الانتفاع العادي يخرج من نطاق المال كل مالا يمكن الانتفاع به كحفنه من تراب وقطرة من ماء وحبّة من أرز، وبذلك فإن الخمر والخنزير أموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها، ولأن بعض الناس كالذميين قد تمولوها، وكذلك العبد مال لأنه يحرز وينتفع بخدمته⁽⁴⁾، ومتى ثبتت المالية لشيء لا تزول عنه إلا إذا تركه الناس جميعاً، فالثياب القديمة مثلاً لا تزول عنها صفة المالية إلا ترك تمولها جميع الناس⁽⁵⁾، يُلاحظ على هذا التعريف إن المالية عند الحنفية تقتصر على الأعيان التي لها وجود مادي خارجي، وبذلك فإنهم يخرجون المنافع والحقوق من نطاق المال⁽⁶⁾.

الاتجاه الثاني: عرف جمهور الفقهاء المال بتعريفات مختلفة في الألفاظ، ولكنّها متقاربة في المعنى وعلى النحو الآتي:

عرفه فقهاء الشافعية بأنه " ما يكون فيه في حد ذاته منفعة مقصودة يُعتد بها شرعاً بحيث تقابل بتمول عرفاً في حال الاختيار"⁽⁷⁾، وعرفوه أيضاً بأنه " ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت ومالا يطرحه الناس كالفلس وما أشبه ذلك"⁽⁸⁾، وفي النتيجة لا يقع اسم المال عندهم إلا على ما له قيمة يُباع بها وتلزم متلفه الضمان وإن قلّت⁽⁹⁾، ودليلهم في ذلك إن معيار مالية الشيء هو إمكان مقابلته بقيمة مالية يُباع ويُشتري بها بين الناس، ولا يؤثر في ماليته كون قيمته قليلة، وعلى هذا فكل الأعيان أموال يقع البيع عليها، وتضمن بإتلافها إن كانت متقومة، ولا قيمة للأعيان

(1) د. نوزاد عباس أحمد، مصدر سابق، ص 380.

(2) أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري، الفروق، ج 2، ط 1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1402هـ، ص 238.

(3) محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 4، ط 2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1996م، ص 501.

(4) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010م، ص 28 و 29.

(5) د. أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين (الملكية ونظرية العقد)، منشورات الحلبي، بيروت، 2002م، ص 373.

(6) بهار محمود فتاح، خيار ترك المال وأحكامه في القانون المدني، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014م، ص 26.

(7) د. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م، ص 69.

(8) أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج 1، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص 374.

(9) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1، المكتبة التجارية، القاهرة، 1359هـ، ص 327.

المحرمة شرعاً كالخمر والخنزير⁽¹⁾، وبالرغم من ذلك يُعتبر غصباً عند فقهاء الشافعية الاستيلاء عدواناً على ما ليس بمال كالكلب وسماد الحيوانات وجلد الميتة وسائر الاختصاصات⁽²⁾، وكذلك المنافع تكون محلاً للغصب كما تكون الأعيان محلاً له لأنها من الحقوق فمنافع المغصوب مغصوبة⁽³⁾.

وعرفه فقهاء المالكية بأنه " ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به"⁽⁴⁾، وعرفوه أيضاً بأنه " ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع الممتلكات"⁽⁵⁾، ودليلهم في ذلك أن الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحب الملك من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة وأخذ العوض عنها، فالملك يقع عليها، وللمالك الحق في أن يستبد بها ويتصرف فيها⁽⁶⁾، وبقيد " إذا أخذه من وجهه" الواردة في التعريف لا يُعد مالاً إذا حصل التملك بطريق غير مشروع، فالمغصوب عند غاصبه لا يُعد مالاً والمسروق عند سارقه ليس بمال لكنّه مال بالنسبة للمغصوب منه والمسروق منه⁽⁷⁾، وتعريف المالكية للمال ينطلق من كون المال محلاً للملك، وبالتالي فالمال عندهم يشمل الأعيان والمنافع⁽⁸⁾.

وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه " ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"⁽⁹⁾، وعرفوه أيضاً بأنه " ما يباح نفعه مطلقاً أو اقتناؤه بلا حاجة"⁽¹⁰⁾، وبقيد المنفعة المباحة الواردة في التعريف تخرج الأشياء التي لا يجوز الانتفاع بها شرعاً كالخمر والخنزير⁽¹¹⁾، وبذلك فالمال هو كل شيء فيه منفعة مباحة يمكن استيفائها وأخذ العوض عنها وبذل المال للوصول إليها في غير حالة الاضطرار، وعليه عند الحنابلة تُعد الأعيان والمنافع أموالاً⁽¹²⁾، ودليلهم في كون المنافع أموالاً أن الشارع المقدس أجاز أن تكون المنافع مهراً، والمهر لا يكون إلا من الأموال⁽¹³⁾، وتتسع دائرة المالية

(1) أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ج 1، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص 67.

(2) أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج 3، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بلا سنة طبع، ص 136.

(3) محمد شطا الدمياطي، اعانة الطالبين، ج 3، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع، ص 136.

(4) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري المشهور بالقاضي أبو بكر العربي، أحكام القرآن لابن العربي، ج 2، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، بلا سنة طبع، ص 607.

(5) الشاطبي أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 2، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2003م، ص 32.

(6) محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج 1، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع، ص 187.

(7) الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1977م، ص 70.

(8) د. نوزاد عباس احمد، مصدر سابق، ص 380.

(9) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، ج 4، المطبعة الشرقية، مصر، بلا سنة طبع، ص 27.

(10) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى (دقائق أولى النهى لشرح المنتهى)، ج 2، ط 1، عالم الكتب، بيروت، 1993م، ص 7.

(11) ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، ج 1، ط 2، مكتبة المعارف، الرياض، 1405هـ، ص 288.

(12) د. نوزاد عباس أحمد، مصدر سابق، ص 381.

(13) أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ص 109.

عندهم لتشمل ما قد ينتفع به وليس له مقابل بقيمة مالية كقشور الفواكه والخضر، فإنه يمكن أن ينتفع بها علناً للحيوانات مع أنها لا تُباع ولا تُشترى في عرف الناس⁽¹⁾.

وقد حدد فقهاء الإمامية معنى المال والمالية بما يفهم منه كون البيع متمولاً أو غير متمول، وهو ما عبر عنه العلامة الحلي بقوله: "لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، لأنه ليس مالاً"⁽²⁾، بمعنى أن ما كان فيه منفعة مقصودة، وهذه المنفعة يجب أن تكون محللة من الشارع، فما لا منفعة فيه ليس مالاً، لأن ما أسقط الشارع منفعته لا يُعد مالاً، كما هو حال الربا، وبعبارة أخرى المال عند فقهاء الإمامية ما ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة في الشرع، وبقيد المنفعة المقصودة للعقلاء الواردة في هذا التعريف تخرج الخنافس والديدان، لأنها ليست بمال عرفاً، وبقيد المحللة في الشرع يخرج من نطاق المال الخمر والخنزير، لأنها ليست بمال في الشرع⁽³⁾.

ويُشترط أحد فقهاء الإمامية في الموصى به في الوصية التمليكية أن يكون مالاً أو حقاً قابلاً للنقل كحقي التحجير والاختصاص من غير فرق في المال بين كونه عيناً أو ديناً في ذمة الغير أو منفعة، ويشترط في العين أن تكون موجودة فعلاً أو مما سيوجد، فتصح الوصية بما تحمله الدابة أو تثمره الشجرة في المستقبل، ولا بد أن تكون العين الموصى بها ذات منفعة محللة يُعتد بها في الشرع، فلا تصح الوصية بالخمر والخنزير، ويُعتبر في المنفعة الموصى بها أن تكون محللة مقصودة، فلا تصح الوصية بمنفعة المغنية والآت للهو المحرم⁽⁴⁾.

والمغصوب أما أن يكون عين مع المنفعة من مالك واحد كغصب الدار من مالكة أو عين مع المنفعة من مالكين كغصب الغير للعين المستأجرة، فهو غاصب للعين من المؤجر وللمنفعة من المستأجر، وقد يكون المغصوب عين بلا منفعة كما لو غصب المستأجر العين المؤجرة من مالكة طوال مدة الإجارة، كما قد يكون منفعة مجردة كما لو غصب الغير العين المستأجرة وانتزعها من يد المستأجر واستولى على منفعتها خلال مدة الإجارة، وقد يكون المغصوب حقاً مالياً متعلقاً بالعين كما لو استولى الغاصب على أرض محجرة أو عين مرهونة بالنسبة إلى المرتهن⁽⁵⁾.

فالمال عند فقهاء الإمامية يشمل الأعيان والمنافع وبعض الحقوق، والاختلاف بين أصحاب الاتجاهين يكمن في أن جمهور الفقهاء جعلوا عنصر المالية في الشيء أن تكون فيه منفعة مقصودة مباحة في الشرع في حالة السعة والاختيار من دون الضرورة والحاجة، في حين أن فقهاء الحنفية لم يجعلوا عناصر المالية إباحة الانتفاع به في الشرع، وكذلك أن فقهاء الحنفية جعلوا كون الشيء عيناً مادية من عناصر المالية، أما جمهور الفقهاء لم يجعلوا من عناصر المالية كون الشيء عيناً مادية، فتدخل عندهم في نطاق المال الأعيان والمنافع والحقوق.

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، ج3، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، ص152.

(2) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، ج7، منشورات المكتبة الرضوية طهران، 1388هـ، ص19.

(3) مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ج2، ص94.

(4) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج2، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2017م، ص365.

(5) السيد علي السيستاني، مصدر سابق، ص226.

وإن أثر هذا الاختلاف في التعاريف في تحديد معنى المال يظهر في مالية المنافع، لأن فقهاء الحنفية كما سبق من تعريفهم يشترطون في المال إمكانية إحرازه وإدخاره، وهذا الشرط لا يتحقق إلا في الأعيان، لذلك تراهم يخرجون المنافع من دائرة المال، مستدلين على ذلك بكون المنافع ليست أموالاً، وإن الصفة المالية للشيء لا تثبت إلا بالتمول، وهذا يعني حيازة الشيء وإحرازه، والمنافع لا تقبل الحيازة ولا الإحراز، وما كان هذا شأنه لا يُعد مالاً، وإنها إذا وجدت فنيبت وانتهت لكونها قبل كسبها معدومة والمعدوم لا يُطلق عليه اسم المال، كذلك فإنه لا تماثل العين لسرعة فنائها، وأما الأعيان فتبقى والمنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتاً، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، بدليل أن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو ذلك عن أحد أمرين: أما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع، أو أنها تكون مضمونة بغيرها من الأعيان كالدراهم والدنانير، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأمثال التي هي المنافع، لأنه لا قائل بذلك، فكانت مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة، والمماثلة شرط في ضمان العدوان⁽¹⁾.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من غير الحنفية إلى أن المالية تتحقق في كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع منه مما أباحه الشارع واستدلوا على ذلك بالكثير من الأدلة ذكرها في حينها عند الكلام عن المنافع بجعلها نوعاً من أنواع المال المغصوب⁽²⁾، وفي النتيجة الأولى بالاعتبار تعريف الجمهور للمال، لأنه شامل لكل أفراد المال، فيدخل فيه ما يقبل الحيازة وما لا يقبلها كالمنافع والحقوق⁽³⁾.

ويقول أحد الشراح الراجح عندي هو رأي جمهور الفقهاء إن المال يشمل الأعيان والمنافع وبعض الحقوق لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس وتعاملهم، وقول فقهاء الحنفية إن المنافع ليست أموالاً يؤدي إلى عدم تضمين الغاصب لسكنى الدار عن المدة التي سكن فيها، وهذا يأباه العرف ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل⁽⁴⁾.

وقد وضع بعض الفقهاء المعاصرين تعريفاً للمال عسى أن يكون هذا التعريف جامعاً لكل أفرادها، لأن تعاريف جمهور الفقهاء للمال مختلفة ولا يصلح واحد منها بمفرده أن يعبر عن حقيقة المال، وهذا التعريف هو أن المال ما كان له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار⁽⁵⁾، وبالتالي فكل شيء له قيمة مادية بين الناس ولا يمكن الانتفاع به انتفاعاً مشروعاً في حالة السعة والاختيار لا يُعد مالاً كالخمر والخنزير والآت اللهو وغير ذلك.

الفرع الثاني: تعريف المال المغصوب في القانون

(1) شمس الدين أحمد بن قوادر المعروف بقاضي زاده أفندي، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ص360 وص361.

(2) د. غسان كريم عبد المشهداني، مدى تأثير القانون المدني العراقي بمقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإمام الأعظم الجامعة، 2019م، ص185.

(3) د. محمد عثمان، مصدر سابق، ص70.

(4) د. عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية- جامعة بغداد، 1992م، ص31.

(5) د. مصطفى إبراهيم الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008م، ص175.

لم يحظ مصطلح للتعريف به مثل ما حظى به مصطلح المال في القانون المدني، وفي فقه القانون المدني جاء تعريف المال منفصلاً عن الشيء، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية، أما الشيء فيكون محلاً للحق، لذلك فمصطلح المال يدل على الحق المالي الذي يقع على شيء ما، والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها متنوعة وكثيرة، منها الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية، ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الامتياز، ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسلم المبيع، ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي كحقوق المؤلف وهي ما تسمى بالملكية الأدبية والفنية، والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية والملكية التجارية⁽¹⁾، وفي هذا المعنى يقول أحد الشراح إن مدلول المال يصدق على كل حق ذي قيمة مالية سواء كان هذا الحق حقاً عينياً أم شخصياً أم حقاً معنوياً، إذ كل هذه الحقوق على الرغم من اختلاف طبيعتها ومحالها حقوق ذات قيمة مالية⁽²⁾، وليبيان معنى المال المغصوب في القانون لابد من الكلام عن تعريف المال في القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً : تعريف المال في القانون المدني العراقي

عرف القانون المدني العراقي المال في المادة (65) بأنه " هو كل حق له قيمة مادية"، ويرى جانب من الفقه إن هذا التعريف قصر مفهوم المال على الحقوق فقط، وبذلك أخرج الأعيان من حيز الأموال، في حين إن مالية الأعيان إنما هي باعتبار ما فيها من حقوق لأصحابها تدخل في زمرة الحقوق، وإن الأعيان أموال في ذاتها وإن لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة، فالأعيان التي تكون من المباحات غير المحرزة كصيد البر والبحر والشجر والحطب والعشب فهي أعيان مالية أيضاً، ولكنّها لم تدخل في ملك أحد بعد، وهي بهذا المعنى تخرج عن نص القانون المدني العراقي⁽³⁾.

وهنا يقول أحد الشراح لا نتفق مع هذا الرأي، لأن المشرع العراقي نظر إلى المال والشيء من الناحية القانونية وليس من الناحية اللغوية، إذ إنه في المادة (65) عرف المال بأنه الحق وفي المادة (61) عرف الشيء بوصفه محلاً للحق⁽⁴⁾، ونحن نتفق معه في ذلك، لأن القانون لا يهتم بالأشياء إلا بجعلها محلاً للحقوق، وأن الحقوق التي يعني بها القانون هي الحقوق ذات القيمة المالية، فهذه الحقوق هي الأموال، والأشياء هي محال هذه الحقوق، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (61) من القانون المدني على إنه " كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، ونصت المادة (65) على إنه " المال هو كل حق له قيمة مادية"، وقد فطن المشرع العراقي لهذا التمييز الأساسي بين الشيء والمال لتحاشي ما وقعت فيه بعض القوانين الأجنبية من خلط بين الشيء والمال، مما جعل تلك القوانين تُعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء وفي نصوص أخرى بأنه حق، ومع ذلك فإن المشرع العراقي عاد

(1) د. رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2011م، ص22.

(2) د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965م، ص61.

(3) د. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، ط6، دار الفكر، بيروت، 1968م، ص140.

(4) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص101.

وخلط بين الأشياء والأموال في بعض نصوصه ومنها المواد (71) و(126) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾.

ويقول أحد الشراح ربما يكون السبب الذي دفع المشرع العراقي إلى تبني هذا التعريف للمال في المادة (65) من القانون المدني العراقي تعبيره عن الحق بمعنى شامل وعدّ الحقوق شاملة للمنافع والأعيان⁽²⁾، ويتفق الباحث مع هذا الرأي والدليل على ذلك أن المشرع العراقي في المادة (68) ذكر أنواع الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة (68) على إنه " الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة"، ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على إنه " والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز".

وبين في المادة (69) معنى الحق الشخصي، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (69) على إنه " الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل"، ونصت الفقرة الثانية على إنه " ويُعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات، ويُعتبر كذلك الالتزام بتسليم شيء معين"، وبعد ذلك ذكر الحقوق المعنوية في الفقرة الأولى من المادة (70) التي نصت على إنه " الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان".

والمراد من هذه الحقوق التي نصت عليها المواد السابقة الذكر هي الحقوق المالية المنقسمة إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق معنوية، وليس المراد مطلق الحقوق، لأن الالتزامات لا تتعرض لغير الأموال، هذا ما صرحت به المادة (66) من القانون المدني العراقي بنصها " الحقوق المالية تكون أما عينية أو شخصية".

وهذا التقسيم للحقوق هو الثابت والمعترف به في فقه القانون على الرغم من محاولات بعض الفقهاء لهدمه، لأن الحقوق المالية كلها أما عينية فقط وأما شخصية فقط، ومحاولة هدم التمييز أما بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي أو تقريب الحق الشخصي من الحق العيني، ومما يلاحظ أن المادة (66) من القانون المدني العراقي السابقة قسمت الحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، ولم تذكر الحقوق المعنوية ضمن هذا التقسيم ولكن المشرع العراقي في المادة (70) من القانون المدني تلافى هذا الأمر، فهناك نوع آخر من الحقوق، وهي الحقوق المعنوية التي ظهرت نتيجة التطورات الاجتماعية والاقتصادية، فكان لابد من فسح المجال أمام هذه الحقوق لكي تدخل في معنى المال.

وفي النتيجة كل حق له قيمة مادية هو مال على وفق المادة (65) من القانون المدني العراقي، وتعريف المال في هذه المادة يشمل الحق الشخصي والحق العيني والحق المعنوي، وعلى وفق

(1) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص10 وص11.

(2) بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص32.

مضمون المواد (67 و69 و70) من القانون المدني العراقي ينقسم المال إلى مال شخصي ومال عيني ومال معنوي، فالحق الذي هو مال يسمى باسم مورده، فأما أن يكون شخصياً أو عينياً أو معنوياً، وحق عدم المزاحمة التجارية مال، لأنه يقدر بمبلغ من النقود وهي قيمة مادية، وحق الملكية مال، لأنه يقدر بمبلغ من النقود وهي قيمة مادية، وحق المؤلف مال، لأنه يقدر بمبلغ من النقود وهي قيمة مادية، فكل حق له قيمة مادية هو مال، ومحل هذا الحق هو شيء، وهذا الشيء أما أن يكون شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (شيء معنوي)، أما الحق الذي ليس له قيمة مادية فليس بمال، فهذه الحقوق ليس لها قيم مادية، وفي النتيجة هي ليست أموال، والأشياء التي تكون محال لهذه الحقوق لا مالية فيها كالمباحات غير المحرزة، ولكن عند إحرازها تكون محلاً لحق الملكية وهو ذو قيمة مادية، فتتكون فيها المالية من وقت الإحراز⁽¹⁾.

فالمال في القانون المدني العراقي كل حق سواء كان ذلك الحق عينياً أم شخصياً أم كان من الحقوق الفكرية أو الأدبية أو الفنية أو الصناعية، فكل حق قابل لأن يقوم بالنقود يُعتبر مالاً، ويقول أحد الشراح أن التعبير بالحق عن أنواع المال كلها ثم تقسيمه إلى حقوق ومنافع وأعيان غير جيد، فلو عرف القانون المال بأنه كل ما له قيمة مادية لكان أولى بمقام التقنين الذي يتطلب الدقة في التعبير⁽²⁾.

وبذلك فإن مدلول المال في القانون العراقي يشمل الأعيان والمنافع وبعض الحقوق، وعليه فإن تعريف المشرع العراقي للمال يقترب كثيراً من تعريف جمهور الفقهاء إذا أخذنا بالنظر مدلول الحق الذي جاء في التعريف يدل على معناه الشامل عيناً كان أو منفعة أو حقاً.

ثانياً: تعريف المال في القانون المدني المصري

لم يعرف المشرع المصري مصطلح المال كما فعل المشرع العراقي في المادة (65) من القانون المدني العراقي، وإنما وضع أساس التفرقة بين الشيء والمال، وبين أن الشيء غير المال، وأنه لا يعدو أن يكون محلاً للحقوق المالية بشرط ألا يكون خارجاً عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، وقد نصت المادة (81) من القانون المدني المصري في هذا الصدد على أنه " 1- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية 2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

يتضح من هذا النص بأن هنالك نوعين من الأشياء لا يصح أن تكون محلاً للحقوق، هي الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها، فهي أشياء يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم من دون انتفاع بعضهم الآخر، كالهواء والماء

(1) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ج1، ص10. منير القاضي، مصدر سابق، ص116 و117.

(2) والذي دعا المشرع العراقي إلى تعريف المال بأنه كل حق له قيمة مادية هو لتعديل مفهوم المال من أذهان الناس المتأثر بتعريف مجلة الأحكام العدلية المأخوذ من الفقه الحنفي، إذ عرفت المادة (126) من مجلة الأحكام العدلية المال بأنه " ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"، فالقيود التي أوردها هذا التعريف تخرج المنافع من نطاق المال د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص33.

الجاري واشعة الشمس مثلاً، أما إذا امكن الاستئثار بجزء من هذه الأشياء، فإن هذا الجزء يصبح مملوكاً ملكية فردية ويمكن التعامل فيه، فالهواء مثلاً قد يُضغَط جزء منه في حيز معين، وفي هذه الحالة يصبح مملوكاً لشخص ويمكن التعامل فيه، وكذلك الحال بالنسبة لماء البحر قد يُحرز بعض منه لغرض معين فيصبح مملوكاً، أي ينشأ عليه حق لمن أحرزه ويمكن التعامل فيه⁽¹⁾.

وأما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي الأشياء التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، فهذه أشياء يمكن التعامل فيها بحسب طبيعتها ومع ذلك فإن القانون يمنع التعامل فيها، وقد يكون ذلك في حالة تحريم القانون التعامل في الشيء لأن التعامل فيه يُعدّ اختلافاً بالنظام العام والآداب كالحشيش والافيون، ولا يُغَيَّر من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل بهذه الأشياء استثناءً لتحقيق غرض معين كبيع الحشيش والافيون لأغراض طبية، وقد تخرج الأشياء عن التعامل بحكم القانون بالنظر إلى تخصيصها للمنفعة العامة كما هو الشأن بالنسبة للأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة، وهي الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة كالطرق وشواطئ البحار والموانئ، فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم مادامت مخصصة للمنفعة العامة، إلا إذا زالت عن هذه الأشياء صفة الأشياء العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة أو انتهاء الغرض الذي من أجله خصصت للمنفعة العامة⁽²⁾.

وعلى وفق المعيار الطبيعي في التفرقة بين المنقول والعقار يكون العقار هو الشيء الثابت المستقر بحيزه لا يمكن نقله منه دون تلف، أما المنقول فهو الشيء القابل للحركة الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وقد اعتمد المشرع المصري هذا المعيار في المادة (1/82) من القانون المدني التي نصت على إنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول"، فتقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات يستند إلى اختلاف الطبيعة المادية للأشياء ومدى ثباتها أو قابليتها للحركة، وبجانب العقار بطبيعته هنالك نوع آخر من العقارات هو العقار بالتخصيص، إذ خالف المشرع المصري بشأنه المعيار الطبيعي في التفرقة بين العقار والمنقول، لأن العقار بالتخصيص هو بحسب طبيعته منقول إلا أن مالكه الحق بعقار له لخدمة هذا العقار واستغلاله حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (82) على إنه " ومع ذلك يُعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار واستغلاله"⁽³⁾.

وبعد أن قسم المشرع المصري الأشياء إلى عقارات ومنقولات في المادة (82) من القانون المدني السابق ذكرها عرض لما يترتب عليها من حقوق مالية، هي التي يصدق عليها اصطلاح الأموال، ولم يستثن من ذلك حق الملكية وهو أوسع الحقوق مدى وأقربها إلى الاختلاط بالشيء الذي يرد عليه، وقد قسم الأموال إلى عقار ومنقول أيضاً، فجعل كل حق عيني يقع على شيء ثابت عقاراً، وكذلك كل دعوى عينية تتعلق بعقار، واعتبر مالاً منقولاً كل ما ليس مالاً عقارياً،

(1) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م، ص19 وص20.

(2) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012م، ص467 وص468.

(3) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج2، ص470 وص482.

فجعل جميع الحقوق والدعوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي مالاً منقولاً، وبذلك تجنب ما وجه من نقد إلى القوانين الأجنبية التي عرفت الأموال المنقولة تعريفاً مباشراً أو حاولت تعدداها، إذ نصت المادة (83) من القانون المدني على إنه " 1- يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على العقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على العقار 2- ويعتبر مالاً منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية "(1).

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني أنَّ المال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيّاً كان ذلك الحق سواء كان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، أما الشيء فهو محل ذلك الحق أيّاً كان ذلك الشيء سواء كان مادياً أم غير مادي، وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين السابق من خلط بين الشيء والمال، فادى ذلك إلى اطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال في حين بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة وإلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك(2).

ومع ذلك فإن المشرع المصري خلط بين المال والشيء، من ذلك ما جاء في المادة (87) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه " تُعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة"، فهذه المادة تشير إلى العقارات والمنقولات بجعلها أموالاً بينما هي أشياء وليست أموالاً، فمصطلح المال يُقصد به الحق المالي، أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه هذا الحق، ويتضح اختلاف المال عن الشيء في الحالات التي يوجد فيها الحق دون أن يرد على شيء كما هو الحال في الحق الشخصي الذي يكون محله عمل يلتزم به المدين تجاه الدائن، وكذلك في الحالات التي يكون فيها الشيء الواحد محلاً لأكثر من حق مالي كما لو كان لشخص حق ملكية على قطعة أرض ولآخر حق انتفاع عليها ولثالث حق رهن على ذات الأرض(3).

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها كثيرة التنوع، فمنها الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسلم العين المبيعة وفي انتقال ملكيتها إليه وحق المستأجر في تسلم العين المؤجرة وفي تمكينه من الانتفاع بها ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي، وهي تشتمل على كل من الملكية الأدبية والفنية كحق المؤلف والملكية الصناعية كحق المخترع والرسوم والنماذج الصناعية والملكية التجارية كالعلامة التجارية والمحل التجاري، والشيء في نظر القانون هو ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء تنقسم إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية، والأصل في الأشياء أن تكون مادية، أي أن يكون لها حيز مادي محسوس، وهي كثيرة ومتنوعة كالأرضي والمباني والمواشي والمحصولات والمأكولات والمشروبات، ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية، وبتقدم الفكر البشري مع اختراع

(1) القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الباب التمهيدي أحكام عامة (من المادة 1 إلى المادة 88)، ج1، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص470 وص471.

(2) القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، مصدر سابق، ص457.

(3) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج2، ص465 وص466.

الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية أي أشياء غير ذات حيز محسوس، هي نتاج العقل البشري من تأليف أدبي وفني ومن مخترعات ومبتكرات في مجال الصناعة والتجارة⁽¹⁾، والشئ غير المادي هو شئ لا يدرك بالحس وإنما يدرك بالفكر، وأكثر الأشياء غير المادية هي نتاج الذهن، لذلك تسمى بالأشياء الذهنية، وتسمى الحقوق التي ترد عليها بالحقوق الذهنية⁽²⁾.

ويذهب جانب من الفقه المدني في مصر أن القول بان الحق يكون مادياً وغير مادي، هذا القول غير صحيح ولا أساس له، لأن الحق يكون دائماً غير مادي، والمادي هو الشئ محل الحق، أما الحق فهو معنوي أي لا يُدرك إلا بالفكر، وليس له جسم محسوس كالشئ المادي، وكل من الحق العيني والحق الشخصي هما حق معنوي وإن كان يقع على شئ مادي، فحق الملكية معنوي يقع على شئ مادي، وكذلك الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز والحقوق الشخصية جميعها سواء كان محلها نقل حق عيني أو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل تُعد حقوق معنوية لا مادية وإن كانت تتعلق بأشياء مادية⁽³⁾.

ويرجع إلى القانون الروماني القول بالحق المادي أي الخلط بين الحق ومحلّه، فقد كان فقهاء الرومان يميزون حق الملكية عن سائر الحقوق العينية والشخصية، إذ كان حق الملكية يعطي صاحبه أوسع السلطات على الشئ الذي يقع عليه، ثم خلطوا بين حق الملكية، وهو غير مادي وبين الشئ وهو مادي دائماً، وترتب على ذلك الخلط بين الحق ومحلّه إن حق الملكية كسب طبيعة الشئ، فصار هو أيضاً مادياً مثله، ومن هنا استطاع الفقه الروماني تقسيم الحقوق إلى مادية، وهذا هو حق الملكية وإلى غير مادية، وهي الحقوق جميعها من عينية وشخصية ما عدا حق الملكية⁽⁴⁾.

ثالثاً: تعريف المال في القانون المدني الفرنسي

المشرع الفرنسي لم يُعرف المال كمصطلح أو ككلمة، ولكنّه نظم موضوع الأموال في الباب الأول من الكتاب الثاني وتحديداً في المواد (516)، وما يليها في القانون المدني، مفرقاً بين الأموال غير المنقولة في الفصل الأول والأموال المنقولة في الفصل الثاني، وهو التقسيم الأساسي والرئيس للأموال⁽⁵⁾، وقد وسع من مفهوم المال وجعله شاملاً لكلا من الأشياء والحقوق على حد سواء، إذ إنه يستعمل لفظ المال للتعبير عن الأشياء وعن الحقوق المالية في الوقت نفسه، واستناداً إلى ذلك أطلق القانون المدني الفرنسي على الأشياء القابلة للتملك والتي لا مالك لها مصطلح

(1) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م، ص267. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية)، ج8، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص10.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص275.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج8، ص236.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج8، ص275.

(5) د. جورج ش دراوي، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005م، ص18.

الأموال الخالية⁽¹⁾، إذ إنه اعتبر في المادة (539) إن كل الأموال التي ليست لها مالك من دون التفريق بين المنقولة وغير المنقولة وكذلك المتأتية عن تركات شاغرة أو مرفوضة تعود لملك الدولة⁽²⁾.

ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي خلط بين الأشياء والأموال في بعض نصوصه ومنها المواد (516) و(544)، إذ نصت المادة (516) من القانون المدني على إنه " تكون الأموال بأجمعها عقارات ومنقولات"، ونصت المادة (544) على إنه " الملكية هي حق الانتفاع بالأشياء والتصرف بها بشكل مطلق تماماً شرط ألا يكون استعمالها محظور بالقوانين أو الأنظمة"، فحق الملكية يتمثل فيما يخوله للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيء الذي يرد عليه، وفي النتيجة إن محل الحق هو ما يرد عليه الحق، وقد يكون شيئاً من الأشياء كما هو الحال في الحق العيني، وقد يكون أداء أو عملاً من الأعمال، كما هو الحال في الحق الشخصي، وتتعدد التقسيمات التي قال بها الفقه للحقوق بحسب الزاوية التي ينظر منها للحق والأساس الذي يستند إليه التقسيم، وتقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية هو التقسيم الذي يأخذ به أغلب الفقهاء للحقوق، ويقصد بالحقوق المالية الحقوق ذات الطابع المالي أي تلك التي لها قيمة مالية، لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال، أما الحقوق غير المالية فهي التي لا تقوم بالمال، لأنها ذات قيمة معنوية وتشمل الحقوق السياسية والحقوق العامة⁽³⁾.

ويضيف بعض مؤيدي هذا التقسيم طائفة من الحقوق إلى الطائفتين السابقتين، وهي الحقوق ذات الطبيعة المختلطة التي تشتمل على جانب مالي وآخر غير مالي أو معنوي، ويقصد بذلك ما يطلق عليه بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية ومنها حق المؤلف، فليدهم أن الحقوق أما أن تكون حقوق مالية أو غير مالية أو ذهنية⁽⁴⁾.

ويرى بعض الفقهاء إن تقسيم الحقوق إلى مالية وغير مالية غير دقيق، وذلك لأن من الحقوق غير المالية ما يستتبع آثاراً مالية، مثلاً حق البنوة يستتبع الإرث وحق الطلاق يستتبع النفقة، كما أن الاعتداء على بعض الحقوق غير المالية يرتب حقاً مالياً بالتعويض⁽⁵⁾.

ولذلك ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى تقسيم الحقوق على أساس المحل، وعلى هذا الأساس يقسم هذا الفقه الحقوق إلى حقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق الذهنية، فحقوق الشخصية تُعد من طائفة الحقوق غير المالية، والحقوق العينية والحقوق

(1) قبدي ليلي، مفهوم المال وتقسيماته، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.bibliotdrait.com>

(2) د. جورج ش دراوي، المصدر السابق، ص 45 وص 46.

(3) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1988م، ص 489.

(4) د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، بيروت، 1995م، ص 38.

(5) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1967م، ص 564.

الشخصية أو حقوق الدائنية من طائفة الحقوق المالية، وأما الحقوق الذهنية ترد إلى الطائفتين معاً في الوقت نفسه نظراً لما تتضمنه من جانب مالي وآخر غير مالي أو معنوي⁽¹⁾.

ومحل هذه الحقوق أما أن يكون شيئاً مادياً أو معنوياً كما في الحقوق العينية والذهنية، وأما أن يكون عملاً أو اداءً إيجابياً أو سلبياً وذلك في الحقوق الشخصية، وقد يحدث الخلط بين الشيء والمال، فيطلق أحد المصطلحين للدلالة على الآخر، على الرغم من أن كلاهما يختلف عن الآخر، فاصطلاح المال يقصد به الحق المالي بمعنى الحق الذي يمكن تقويمه بالنقود سواء كان هذا الحق حقاً شخصياً أم عينياً أم حقاً ذهنياً، أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه الحق المالي⁽²⁾.

رابعاً: تعريف المال في القانون المدني الأردني

المال في المادة (53) من القانون المدني الأردني " هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل"، ويرى جانب من الفقه إن ورود كلمة عين في التعريف توحى بأن المشرع الأردني استبعد المنافع من معنى المال، لأنه ذكر العين ولم يذكر المنفعة، ويقول أحد الشراح لا تتفق مع هذا الرأي لأن المنافع أموال يمكن حيازتها بحيازة أصلها ومن ثم استغلالها بعوض أو بغير عوض بحسب رغبة المالك أو الحائز.

وقد نصت المادة (54) من القانون المدني الأردني على إنه " كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، يتبين من هذا النص أن المشرع الأردني كان دقيقاً في تعريفه للمال، إذ أنه وسع من مفهوم المال وجعله يشمل إضافة للحقوق الأعيان أيضاً، وهذا ما يتناسب مع النظرة القانونية الحديثة للمال ومفهومه، فالقانون يعتبر كل ما يتعارف الناس تداوله والتعامل فيه وتتعقد عليه العقود المختلفة داخلاً في معنى المال، وبالتالي يصح أن يكون محلاً للفعل الضار بجميع صورته ومنها الغصب⁽³⁾.

أما الأشياء فقد عرفت في المادة (55) من القانون المدني الأردني بنصها على إنه " الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي الأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً لحقوق مالية"، وبهذا الصدد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن المشرع في هذه المواد وضع أساس التفرقة بين الأشياء والأموال، فبين أن الشيء قد يكون مالاً إذا أمكن حيازته والانتفاع به انتفاعاً عادياً، أما إذا لم يمكن حيازته أو أمكن حيازته من دون إمكان الانتفاع به انتفاعاً عادياً كحبة من قمح فليس بمال⁽⁴⁾.

خامساً: تعريف المال في القانون المدني اليمني

(1) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج2، ص41.

(2) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ج2، ص465.

(3) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص33 - ص35.

(4) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط3، مطبعة التوفيق، عمان، 1992م، ص71.

عرف المشرع اليمني المال في المادة (112) من القانون المدني " هو كل شيء يتموّل به ويمكن الاحتفاظ به لوقت الحاجة إذا كان التعامل فيه مباحاً شرعاً وكان غير خارج عن التعامل بطبيعته"، وقد عرف الشيء في المادة (113) التي نصت على إنه " الأشياء التي لا يباح التعامل فيها شرعاً هي التي حرم الشرع التعامل فيها والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وكل شيء غير ذلك يمكن أن يكون محلاً للحقوق المالية".

يتبين من هاتين المادتين أنّ المشرع اليمني اعتبر الأشياء من الأموال إذا جاز التعامل فيها شرعاً وكانت غير خارجة عن التعامل بطبيعتها، ولكنّ الأشياء في التعبير القانوني الدقيق غير الأموال، لأن المال هو كل حق ذي قيمة مالية أي يمكن تقويمه بالمال سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم ذهنياً، والشيء محل ذلك الحق سواء كان الشيء مادياً أو معنوياً، إذ إن مفهوم المال في الفقه القانوني لا يقتصر على الأشياء المملوكة، بل يشمل كل حق له قيمة مالية، فالحق إذا ورد على شيء مادي معين سواء كان عقاراً أم منقولاً يسمى بالحق العيني، وإن ورد على أداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين يسمى بالحق الشخصي، وأن ورد على شيء معنوي يسمى بالحق الذهني⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (121) من القانون المدني اليمني على إنه " الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً مادية أو معنوية يقرها الشرع وإذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقاً للقانون وكل حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق"، ولا يختلف الأمر لدى شراح القانون الذين لديهم نظريات ومذاهب مختلفة حول تعريف الحق، فكل التعاريف التي قالوا بها لا تخرج عن كون الحق أما قدرة إرادية أو مصلحة يحميها القانون أو قدرة ومصلحة أو اختصاصاً⁽²⁾.

ويقول أحد الشراح أن هذه المعاني فيها من الوضوح ما لا يدع مجالاً للشك بأن الحق لا يرد عليه الغصب، وإنما يرد على الأشياء المادية التي هي محل للحق سواء كان الحق حقاً عينياً أم شخصياً أم معنوياً، وقد عرفت المادة (1119) من القانون المدني اليمني الغصب بأنه " الاستيلاء على مال الغير أو حقه، عدواناً بدون سبب شرعي"، ويؤخذ على هذا التعريف أن المشرع اليمني جمع بين المال والحق مع أن الحق شيء معنوي ليس له وجود مادي محسوس يمكن الاستيلاء عليه، وإنما القيمة المالية للحق هي التي تكون محلاً للغصب⁽³⁾، فالحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية هي من باب أولى غير مادية، وعلى ذلك تكون كل الحقوق غير مادية سواء كانت ترد على شيء مادي أو شيء غير مادي⁽⁴⁾.

ويعتقد الباحث أن الأولى بالمشرع اليمني في تعريفه للغصب أن يكتفي بذكر كلمة المال، لأن المال والحق لهما مدلول واحد في نطاق المعاملات المالية، فالمال هو كل حق ذي قيمة مالية،

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 41 و 42.

(2) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م، ص 12 و 138.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 37 و 47.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، مج 8، ص 275.

وأما الشيء فهو محل الحق سواء كان ذلك الشيء شيئاً مادياً أو شيئاً معنوياً، وهذا أشارت إليه المادة (113) من القانون المدني اليمني السابق ذكرها وذلك في الشطر الأخير منها بنصها " وكل شيء غير ذلك يمكن أن يكون محلاً للحقوق المالية"، وذلك بعد تعريفها للأشياء التي لا يجوز التعامل فيها شرعاً والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها.

المطلب الثاني: أنواع المال المغصوب

المال المغصوب هو المال المأخوذ من صاحبه عن طريق القهر والغلبة من دون وجه حق، وهو يشمل كل ماله قيمة بين الناس، وسنتولى في هذا المطلب بحث أنواع المال المغصوب على صعيدي الفقه الإسلامي والقانون وذلك في فرعين، نتناول في أولهما أنواع المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونبين في ثانيهما أنواع المال المغصوب في القانون.

الفرع الأول: أنواع المال المغصوب في الفقه الإسلامي

نستشف من تعريف الفقهاء للمال أنهم اشترطوا فيه أن تكون له قيمة مالية بين الناس سواء كان عيناً أم منفعة أم حقاً، وهذه القيمة تثبت بوجود الضمان على من أتلّفه أو غصبه، كما اشترطوا فيه أن يبيح الشارع الانتفاع به في الظروف الاعتيادية، وفي النتيجة أن المال المغصوب في الفقه الإسلامي ينقسم إلى أعيان ومنافع وحقوق.

أولاً: الأعيان

العين في اللغة لها معانٍ عدة، منها عين الشمس والعين الجارية وعين الشيء وجمعها أعيان، فعين الدرهم ذاته⁽¹⁾، والمقصود من العين في هذا المقام هو الشيء المادي ذو الوجود الخارجي أي أن يكون له حيز مادي محسوس، وهي مرادف للشيء المادي مثل العقار والمنقول كالأراضي والمباني والمواشي والمحصولات ونحو ذلك⁽²⁾.

أما في الاصطلاح فالفقهاء المسلمون لم يضعوا تعريفاً للعين، ولكنهم قد قصدوا بها الأشياء المادية الملموسة والمحسوسة⁽³⁾، وقد عرّف بعض المحدثين العين بأنها " الذات المعينة المشخصة في الخارج المرئية بالحس"⁽⁴⁾.

وبذلك فإن العين ينبغي أن يكون لها وجود مادي حقيقي يمكن استيفاء الحق منه مباشرة، وأن الأعيان هي الموجودات الخارجية المطلقة (جواهر واعراض)، وقد استعمل الفقهاء الأعيان فيما يقابل الديون والمنافع، ومنهم من استعملها بمعنى الذهب والفضة، ومنهم من قال الأعيان هي الذوات، وأما الألفاظ ذات الصلة بالأعيان فهي:

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، 2005م، ص167.

(2) د. ليلى عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، ط1، مكتبة الجيل، الموصل، 2001م، ص58.

(3) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010م، ص116.

(4) د. أسامة محمد العبد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد 15، بلا سنة طبع، ص328.

1- **الدين:** هو مال حكمي يثبت في ذمة المدين ويكون وفاءه بدفع اية عين مثلية من جنس الدين الملتمزم به، وهذا بخلاف العين فإن الحق يتعلق بذاتها ولا يتحقق الوفاء عند الالتزام بها إلا بأداء عينها.

2- **العرض:** هو ما كان من غير الذهب والفضة للذين هما ثمن كل عرض ويُقال اشترت قلماً بعشرة وعرضت له من حقه ثوباً، أي أعطيته اياه بدل ثمن القلم، فالعرض يُقابل العين⁽¹⁾.

والأعيان في الفقه الإسلامي نوعان: أمانات ومضمونات، والأمانات تضمن في حالة التعدي أو التقصير كإهمال حفظ الوديعة، والمضمونات تضمن في حالة تلفها أو إتلافها في جميع الأحوال⁽²⁾.

وقد قسم فقهاء الإمامية الأعيان المضمونة إلى قسمين، الأول: هي المضمونات بالأصالة، وهي التي يرجع سبب ضمانها إلى اليد أو الإتلاف، والثاني: هي المضمونات بالتبعية وهي التي يرجع سبب ضمانها لوجود طارئ كما هو الحال حيث يكون سبب الضمان هو التعدي والتفريط كتعدي الأمين وتفريطه في الأمانات مثل العارية والوديعة والمأجور.

وقد قسم فقهاء الحنفية الأعيان المضمونة إلى نوعين عين مضمونة بنفسها، وهي العين التي يجب ردها بذاتها ما دامت موجودة، وعين مضمونة بغيرها، وهي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلك لا يلتزم المدين بتسليم مثلاً ولا قيمتها، فالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين.

وعند فقهاء المالكية الأعيان المضمونة أما أن تكون بسبب العدوان كالمغصوب والمسروق ونحوهما، أو تكون بسبب القبض بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، وأما قبل القبض فإن المبيع يكون من ضمان البائع.

وأما تقسيم فقهاء الشافعية للمضمونات فإنه يشابه تقسيمها عند فقهاء المالكية، وقد ذكر فقهاء الشافعية أنواع المضمونات التي يفهم منه ذلك، وهي ستة عشر منها الغصب والإتلاف واللقطة إذا جاء مالكا ووجدها تالفة والقرض والعارية وغير ذلك، وعند فقهاء الحنابلة الأعيان

(1) د. سعد رستم أحمد طه، قسمة الأعيان وقسمة المنافع وأحكامها في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى المعهد الأعلى لأصول الدين- جامعة الزيتونة، 2006م، ص32 و33. محمد حسن قاسم، الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة في القوانين المدنية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بابل، 2015م، ص58.

(2) فالأعيان يكون ضمانها في عدة حالات منها: 1- أن تكون العين تحت يد لا يضمن صاحبها إلا بالتعدي أو التفريط كالوديعة والمرهون ومال المضاربة والعارية من غير الذهب والفضة، وتسمى هذه الأعيان بالأعيان غير المضمونة، وقد اجمع الفقهاء على عدم صحة ضمانها ما دامت أعيان قائمة، لأن سبب الضمان لم يتحقق. 2- أن تكون العين في يد يضمن صاحبها على كل حال فرط أو لم يفرط تعدى أو لم يتعدى كالمغصوب والمقبوض بالسوم وبالعقد الفاسد وعارية الذهب والفضة، وتسمى هذه الأعيان بالأعيان المضمونة، لأن من هي في يده ضامن في جميع الأحوال. محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق عرض واستدلال (أحكام المعاملات)، ج4، ط1، منشورات الرضا، بيروت، 2012م، ص51.

المضمونة هي الأعيان التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف ويجب ردها سواء أكانت بيد الضامن بفعل مباح كالعارية أو بفعل محظور كالمغصوب⁽¹⁾.

والمغصوب يُراد به المال المأخوذ من صاحبة عن طريق القهر والغلبة بدون وجه حق، وقد اشترط الفقهاء لتحقيق الغصب فيه شروطاً أهمها ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المغصوب مالاً وقد كانت نظرة الفقهاء لهذا الشرط كما رأينا منقسمة إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: مضيق في مفهوم المال، وهو رأي فقهاء الحنفية، والاتجاه الثاني: موسع في مفهوم المال وهو اتجاه جمهور الفقهاء.

الشرط الثاني: أن يكون المغصوب متقوماً، وهو المال المباح الانتفاع به شرعاً، وبمعنى آخر هو كل ما كان محرراً بالفعل وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها، وغير المتقوم هو ما لم يحرز بالفعل كالطير في الهواء والسماك في الماء والمعادن في باطن الأرض أو لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطراب كالخمر والخنزير والميتة بالنسبة للمسلم، فلا يباح للمسلم الانتفاع بها إلا عند الضرورة وبقدرها، فيباح له الانتفاع بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه، فالمراد بالمال المتقوم ما يجوز تملكه وبيعه سواء كان منقولاً أم عقاراً، وفي النتيجة إذا وقع اعتداء عليه بدون وجه حق يكون غصباً⁽²⁾.

الشرط الثالث: أن يكون محترماً أي أن يكون معصوماً لا يحق لأحد التجاوز عليه أو التصرف به بأي شكل من الأشكال إلا بإذن مالكه سواء كان المال لمسلم أم ذمي أم مستأمن، وهذه الشروط الثلاثة معتبرة عند جمهور الفقهاء ولكن فقهاء الحنفية أضافوا شرطاً آخر وهو أن يكون قابلاً للنقل وإلا فإن الاستيلاء عليه يُعد عدواناً وليس غصباً⁽³⁾.

والمنقول عند جمهور الفقهاء هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بهيئته وصورته الأولى قبل النقل والتحويل كالملايس والكتب والسيارات، والعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض أو أمكن نقله وتحويله مع تغيير صورته وهيئته كالبناء والشجر⁽⁴⁾، وفائدة هذا التقسيم تظهر في اتفاق الفقهاء على أن المنقولات يمكن غصبها ويجب على الغاصب ردها أن كانت باقية والضمان إذا تلفت⁽⁵⁾، ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين في ضمان الاضرار المتعلقة بأعيان الأموال المنقولة سواء رجعت هذه الاضرار إلى غصب هذه الأعيان أو إتلافها أو

(1) محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص 59-61.

(2) د. حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م، ص 32 و 34.

(3) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص 67 و 74.

(4) والعقار عند الحنفية ماله أصل وقرار كالضيعة والدار، وبذلك فالعقار عند فقهاء الحنفية هو كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر أصلاً، وهو لا يصدق إلا على الأرض فقط مجردة أو مبنية، والمنقول عندهم هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر سواء كان قد احتفظ بصورته وهيئته الأولى كالمعادن والحيوانات والسيارات أو تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل كالبناء والشجر. عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف داماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج 2، دار احياء التراث العربي، 1986م، ص 458.

(5) د. سليمان محمد الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط 1، مطبعة السعادة، 1985م، ص 107.

تعيبها ونقصانها أو كانت بتغيير صورتها أو الانتفاع بها⁽¹⁾، ولكنهم اختلفوا في مسألة قابلية أعيان العقارات للغصب، ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن العقارات غير قابلة للغصب الموجب للضمان، ويستندون في ذلك إلى الكثير من الأدلة، منها: أن الغصب تصرف في المغصوب بإثبات يد الغاصب وإزالة يد المالك، ولا يكون ذلك إلا بالنقل والعقار لا يمكن نقله، وأقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عن العقار، وهذا تصرف في المالك لا في العقار، فلا يوجب الضمان، وقالوا بالقياس أن المسروق لا يكون مسروقاً إلا بالنقل من الحرز، وكذلك المغصوب لا يكون مغصوباً إلا بالنقل، والعقار لا يمكن نقله فلا يمكن غصبه⁽²⁾، والمقرر عند الحنفية أن المغصوب إذا كان داراً أو عقاراً وغصبه الغاصب وانهدم شيئاً من البناء فلا ضمان عليه، ولكن محمد بن الحسن من الحنفية يرى أن غصب العقار متصور كأن يعتدي عليها فيهدمها⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء أن العقارات قابلة للغصب، ويستندون في رأيهم هذا إلى الكثير من الأدلة منها قول الرسول (ص وآله) " من غصب شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله من سبع أرضين"، ووجه الدلالة في الحديث بوقوع الغصب في العقار، وقالوا بالمعقول أن الغصب يتحقق بإثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار، لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه، ولا يشترط عندهم لتحقيق الغصب نقل الشيء من محله، فمن يستولى على عقار بإثبات يده عليه، ويمنع مالكه من دخوله والانتفاع به يُعد غاصباً ويلزم بضمان الغصب⁽⁴⁾، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء القائل بغصب العقار، وذلك لقوة أدلتهم ولحمية أموال الناس، فالغصب هو اعتداء الغاصب على مال غيره بدون إذنه أو إذن الشرع ولا فرق في ذلك بين المنقول والعقار⁽⁵⁾.

والأعيان التي لا تصلح محلاً للتملك في الفقه الإسلامي كثيرة أهمها الآتي:

1- الأعيان الخالية من المنفعة

وهي الأعيان التي لا تشتمل على منفعة مقصودة يُعتمد بها شرعاً ولا يكون لها قيمة بين الناس، لأن الملك شرع من أجل الانتفاع وقيام الملك على أعيان لا منفعة فيها عبث لا يقبله شرع ولا عقل مثل الحشرات كالذباب والبعوض وهوام الأرض، فهذه الأعيان لا يصح أن تكون محلاً

(1) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص124.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج10، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، ص15. أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج11، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1986م، ص73.

(3) د. نادر محمد القضاة، أثر اختلاف الفقهاء في مالية المنافع، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مج28، العدد3، غزة، 2020م، ص107.

(4) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج8، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1994م، ص285. أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، دار الفكر، 1402هـ، ص77. جعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحيى بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج3، ط1، مطبعة الآداب، 1389هـ، ص235. محمد بن علي محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، ط2، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1994م، ص348. اطفيش، مصدر سابق، ص435.

(5) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص84.

للملك، فإذا حازها شخص وغصبها شخص آخر لا يكون ضامناً وتُلحق بهذه الأعيان الأشياء التي تشتمل على منافع تافهة كحبة قمح وشم تفاحة⁽¹⁾.

ويرى قسم من الاحناف أن الهوام إذا أمكن الانتفاع بها كما في الأدوية مثل العلق الطبي يجوز أن تكون محلاً للملك، وهذا الرأي ينسجم مع التقدم العلمي فكثير من الحشرات والجراثيم المؤذية تتحول إلى أموال مضمونة بالتعدي لما لها من قيمة بين الناس⁽²⁾، وبالتالي ليس كل الأشياء التي تتعرض للاعتداء تكون موجبة للضمان، فالأعيان التي لا منفعة فيها لا تكون لها قيمة مالية عند الناس.

ويرى أحد الشراح أن المالية تركز على أساسين هما العينية والعرف، والعينية تعني أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي، والعرف يعني أن يعتاد الناس تمويله وصيانته حيث يجري فيه البذل والمنع، ولذلك لا يجري الملك فيها، لأن الملك قد شرع من أجل الانتفاع به، وفي النتيجة المالية عند الفقهاء تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم فحبة حنطة أو قطرة ماء أو حفنة تراب إذا لم تُنقل من مكانها لا يتحقق فيها الغصب⁽³⁾.

2- الأعيان والمنافع المحرمة

وهي الأعيان التي حرّمها الشارع لا يجوز أن تكون محلاً للملك ومن أمثلتها الخمر والخنزير والميتة⁽⁴⁾، فهذه الأعيان لا يجوز الانتفاع بها شرعاً، وبالتالي لا يجوز أن تكون محلاً للملك، فالنهي عن الانتفاع نهى عن التملك، وذلك لأن الإذن بتملكها يتناقض مع تحريمها⁽⁵⁾.

وعند جمهور الفقهاء أن هذه الأعيان لا تكون محلاً للملك بالنسبة للمسلم، فإذا امتلك المسلم خمرًا أو خنزيرًا فغصبها مسلم أو ذمي، فلا يجب عليه ردها، ويجب اراقة الخمر لما جاء عن أنس أن أبا طلحة سال النبي (ص وآله) عن أيتام ورثوا خمرًا قال: اهرقها، قال أفلا نجعله خلا؟ قال لا، ووجه الدلالة في الحديث أن الخمر لا تملك بل يجب اراقتها في الحال، ولا يجوز لأحد الانتفاع بها، وعند الحنابلة والزيدية وبعض الشافعية أن خمر المسلم المحترمة ترد عليه وهي

(1) د. سعد رستم، مصدر سابق، ص47.

(2) ناصر جميل محمد الشمالية، كسب ملكية المضمونات بالضمان، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998م، ص138.

(3) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص69. د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص32 وص33.

(4) والمسلم الذي يحوز ميتة فإنها لا تُعد مالاً، لأنه لا يستطيع أن ينتفع بلحمها أو شحمها، فإذا انتفع بصوفها أو شعرها أو وبرها أو جلدها، فإن ذلك يُعد مالاً لتحقق الانتفاع به. د. عبد اللطيف محمد، من نظريات الفقه الإسلامي (نظرية الحق – نظرية العقد)، 2006م، ص39.

(5) د. سعد رستم، مصدر سابق، ص47.

التي عصرت من غير قصد الخمرية، وذلك لأنه قد ينتفع بها لإطفاء نار وبل طين وسقي حيوان⁽¹⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء لقوة الدليل الذي يستند إليه، ولأن الخمر والخنزير لا يُعدّان أموالاً، فإذا أراق المسلم أو الذمي خمرًا أو قتل خنزيرًا لمسلم فلا شيء عليه، لأنه لا يجري عليه الملك، وعليه لا يتحقق فيه الغصب⁽²⁾.

ويرى جمهور الفقهاء إذا غصب مسلم أو ذمي خمرًا أو خنزيرًا من ذمي يجب عليه الضمان، ودليلهم في ذلك أن الخمر والخنزير مال في حق الذمي، وبالتالي يقع عليهما الغصب، فإذا هلكا وكان الغاصب مسلماً فعليه قيمة الخمر والخنزير، وأن كان ذمياً فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته⁽³⁾.

ويرى فقهاء الشافعية والحنابلة عدم ضمان غاصب الخمر والخنزير كائناً من كان لأنها ليست بمال متقوم، فلا يُعد أخذها عنوة غصباً، وسندهم في ذلك ما روي عن الرسول (ص وآله) أنه قال وهو بمكة عام الفتح: أن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقل يا رسول الله: أريت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال (ص وآله): لا هو حرام ثم قال رسول الله (ص وآله) عند ذلك قاتل الله اليهود، أن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه، وجه الدلالة أن الحديث نص على حرمة بيع الخمر والميتة والخنزير وحرمة ثمنها، مما يدل على عدم ماليتها المتقومة، فإذا أتلفها متلف أو غصبها غاصب فلا ضمان عليه⁽⁴⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء القائل بالضمان، لأن القول بعدم الضمان يفتح الباب للسفهاء وأرباب السوء للتعرض لأهل الذمة بغصب أموالهم وإتلافها، فالقول بالضمان درء للفساد وباعث للطمأنينة في قلب من يرتبط مع المسلمين بعهد الذمة والأمان⁽⁵⁾.

3- الأعيان التي تعلق بها حق العامة

وهي الأعيان التي لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي فهي مخصصة للمنافع العامة مثل الطرق والجسور والأنهار، وفي حالة إتلاف شيء منها يجب أن يكون التعويض بدفع القيمة فقط، لأنها غير قابلة للتملك من الأفراد، ولأن ذلك يتنافى مع الغرض منها، وكذلك الحال في الأعيان التي تعلق بها حق الله تعالى كالمساجد وأماكن بيت المال والوقف، فالإتلاف فيها يؤدي إلى القيمة

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، ط2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بلا سنة طبع ص233. عبد الله بن محمد، مصدر سابق، ص467. الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص524. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص78. الحلي، مصدر سابق، ج3، ص236. أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج5، ط1، 1947م، ص174.

(2) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص36.

(3) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج6، دار الفكر، 1992م، ص210. أحمد بن محمد الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، الطبعة الأخيرة، 1952م، ص213. الحلي، مصدر سابق، ج2، ص236. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص174. أطفيش، مصدر سابق، ج13، ص434.

(4) الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص524. ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص223.

(5) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص43.

من دون إمكانية خروجها عن ملك الله تعالى إلا إذا نزعنا عنها هذه الصفة وأصبحت محلاً للحقوق المالية⁽¹⁾.

فالأموال بطبيعتها تقبل التملك ولكن قد يتعرض لها من العوارض ما يجعلها غير قابلة للتملك كالأموال التي يتعلق بها حق الناس جميعاً، وهي المخصصة للمنافع العامة كالطرق والأنهار والجسور، فهذه الأموال بهذه الصفة لا تقبل التملك من الأفراد، ولكن إذا زالت صفتها أمكن تملكها ملكية فردية، وكذلك الأموال الموقوفة لا تقبل التملك، ولكن إذا ظهر سبب شرعي يسوغ بيعها كما لو قررت الجهة المختصة استبدال أموال الوقف بغيره جاز بيع الوقف وتملكه من الأفراد، ومثل الوقف في عدم جواز بيعه إلا بمسوغ شرعي أموال الدولة الأميرية فهي لا تصلح للتملك إلا إذا وجد سبب يبيح بيعها كما لو رأت الدولة بيعها لمصلحة مشروعة، وفيما عدا ذلك من الأموال يصح تملكه وتمليكه وعندئذ إذا وقع اعتداء عليها بدون وجه حق يكون غصباً⁽²⁾.

ولا مانع من تدخل الدولة لحماية مصلحة الأمة في وقت معين، بأن تتخذ من الإجراءات ما تجده محققاً للصالح العام، فيحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيوداً على الملكية الزراعية فيحدد لها بمقدار مساحة معينة، ويحق له انتزاع الملكية من صاحبها إذا عطلها أو أهملها أو ينزع الملكية من أي شخص بما تقتضيه المصلحة العامة أو النفع العام كتوسيع الطرق والمقابر وإقامة المساجد وإنشاء الحصون والمؤسسات العامة، لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة مقابل تعويض عادل عن الجزء المنزوع⁽³⁾.

ثانياً: المنافع

المنفعة في اللغة: كلمة تدل على خلاف الضرر، فهي مصدر بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المنافع، والنفع ما يستعان به للوصول إلى الخير⁽⁴⁾، والمنافع في الاصطلاح: هي ما كان من قبيل الأعراض المستفادة والمتولدة من الأعيان كسكنى الدار وركوب الحيوان ونحو ذلك⁽⁵⁾، وعند جمهور الفقهاء تُطلق على الفائدة التي تحصل باستعمال الأعيان كسكنى المنازل وركوب الدابة ولبس الثوب وغير ذلك⁽⁶⁾.

(1) د. سعد رستم، مصدر سابق، ص 47. ناصر الشمايلة، مصدر سابق، ص 138.

(2) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة بهجة المعرفة، بغداد- بيروت، 1969م، ص 225.

(3) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص 73 و 74.

(4) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج 5، دار الفكر، دمشق، 1979م، ص 463. أبو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج 3، ط 4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، ص 1292. السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 2، بلا سنة طبع، ص 268.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 49.

(6) علي حيدر خواجه امين افندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج 1، ط 1، دار الجيل، بيروت، 1991م، ص 115. أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 7، دار الفكر، بيروت، 1989م، ص 493. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج 3، ط 2، وزارة الاوقاف الكويتية، 1985م، ص 230. أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلبي، المطلع على أبواب الفقهاء، ج 1، دار المكتب الإعلامي، بيروت، 1981م، ص 402.

وقد عرف بعض الفقهاء المسلمين المنفعة بأنها هيئات قائمة في المحال، وهي أعراض متجددة توجد وتفتنى⁽¹⁾، ويفرق فقهاء المالكية بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها، ويدرجون أخذ الأعيان والذوات تحت مصطلح الغصب، ويدرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي، فالتعدي عند فقهاء المالكية يشمل التعدي على المنافع بفواتها وتقويتها والإتلاف جزيئاً كان أو كلياً سواء كان مباشرة أو بالتسبب⁽²⁾، وقد اختلف الفقهاء في مالية المنافع، فذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع مالاً، وذهب جمهور الفقهاء إلى عدّ المنافع مالاً يتحقق فيها الغصب⁽³⁾.

الرأي الأول: يرى فقهاء الاحناف أن المنافع ليست من الأموال⁽⁴⁾، ولا يتحقق فيها الغصب بغصب أصلها، واستدلوا بما يأتي:

1- أن المنافع ليست من الأموال⁽⁵⁾، فصفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول⁽⁶⁾، فلا يمكن حيازتها ولا ادخالها، وبالتالي لا تُعد مالاً فيستحيل غصبها.

2- أن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يتحقق فيها الغصب لعدم إزالة يد المالك عنها⁽⁷⁾، إذ إن المنافع العرضية ليست بذاتها محلاً للاستيلاء عليها، وليس لها وجود مادي محسوس يمكن وضع اليد عليه⁽⁸⁾.

3- عدم وجوب الزكاة في المنافع لأن الزكاة لا تجب إلا في الأموال، قال تعالى "خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا"⁽⁹⁾، وقال الرسول (ص وآله) "يقول ابن آدم: مالي مالي، وهل لك

(1) شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، مطبعة جامعة دمشق، 1962م، ص110.

(2) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص197.

(3) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص60. د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص219.

(4) عبد الله بن محمد، مصدر سابق، ج2، ص467. الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص234. السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص79.

(5) المال عند فقهاء الحنفية هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، أما المنافع تُعتبر عندهم من قبيل الملك لا المال، وتفترق المالية في هذا المذهب عن الملك، ويرى الاحناف المنافع ملكاً لا مالاً، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يُدخّر للانتفاع به وقت الحاجة، وأن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق فكل مال ملك وليس كل ملك مالاً. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص50 وص51. د. محمد السراج، مصدر سابق، ص120.

(6) لأنها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها وتحدث أنا فأنا باكتسابها، فإذا ما انتفعت بسكنى دار فإنما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك إياه وسكناه في يوم معين غير سكناه في يوم آخر، بل أن سكناه في ساعة معينة غير سكناه في ساعة أخرى، وإذا أردت القراءة في كتاب فلا توجد المنفعة إلا إذا فتحت الكتاب ونظرت فيه، وتكون قرائتك فيه عند ذلك غير قرائتك فيه بعد هذا الوقت، فمنافع الأعيان تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها، وإنها قبل الطلب والاكتساب معدومة لا وجود لها في عالم الأعيان، وأن وجدت فقد وجدت لتقنى حال وجودها، وأن كانت كذلك لا يمكن حيازتها وإحرازها فلا تكون مالاً. علي الخفيف، مصدر سابق، ص30.

(7) عبد الله بن محمد، مصدر سابق، ج2، ص467. الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص234.

(8) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص49 وص50.

(9) سورة التوبة: الآية 103.

يأبن ادم من مالك إلا ما أكلت فأفانيت، أو ليست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت"⁽¹⁾، ووجه الدلالة إن عدم أخذ الزكاة من المنافع يدل على إنها ليست أموالاً⁽²⁾.

4- لو كانت المنافع أموالاً لما جاز للمريض أن يعير جميع أمواله، والعارية تملك منفعة، والمريض في مرض موته لا تنفذ تبرعاته إلا في حدود الثلث⁽³⁾.

5- أن المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها، وإنما ورد النص وجرى العرف بعقد الإجارة وما يشبهها من العقود التي ترد على المنافع على تقومها بهذا النوع من العقود استحساناً على خلاف القياس لأجل الضرورة التي اقتضت ذلك، لحاجة الناس إلى انتفاع بعضهم بما لبعضهم الآخر من أعيان ليس لهم مثلها ولا يستطيعون شراؤها ومعاملاتهم ومصالحهم تتوقف عليها، ولهذا كان تقومها في عقد الإجارة على خلاف القياس أمر اقتضته الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وما جاء على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص، ولا يعمده ولا يتجاوز به إلى غيره، لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود وليست مقومه بذاتها⁽⁴⁾.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المتأخرين من فقهاء الحنفية أطلقوا لفظ المال على الأعيان والمنافع وعلى كل ماله قيمة نقدية⁽⁵⁾.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى جعل المنافع من الأموال⁽⁶⁾، والمال ما يتحقق فيه الغصب، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- الغصب الموجب للضمان يحصل بإثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكة وقد وجد في المنافع، واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين، فيكون أخذها من دون وجه حق غصباً⁽⁷⁾.

2- اتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهراً في الزواج وهذا دليل على ماليتها، والمهر لا يكون إلا مالاً، بدليل قوله تعالى " وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"⁽⁸⁾، وما يروى عن سهل بن سعد الساعدي أن الرسول (ص وآله) جاءته امرأة فقالت يا رسول الله: إني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال الرسول (ص وآله) هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا أزري هذا، فقال الرسول (ص وآله): إن أعطيتها أزارك جلست لا أزار لك، فالتمس شيئاً فقال: ما أجد شيئاً؟ فقال: التمس ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد، فقال الرسول (ص وآله): هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا، فقال له الرسول (ص وآله): " قد

(1) الإمام أبي عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ج2، ط1، مكتب التربية العربية لدول الخليج، 1988م، ص274.

(2) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص62.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج10، ص12.

(4) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج1، ص53.

(5) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2، ط2، مطبعة البابي، القاهرة، 1966م، ص60.

(6) الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص447. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص87. الحلي، مصدر سابق، ج3، ص244. اطفيش، مصدر سابق، ج13، ص442. القرافي، مصدر سابق، ج8، ص282.

(7) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص63.

(8) سورة النساء: الآية 24.

زوجتكها بما معك من القرآن"⁽¹⁾، ووجه الدلالة أن الحديث يدل على جواز جعل المنفعة صداقاً ولو كانت تعليم سورة من القرآن الكريم، وبالتالي فالمنافع تُعتبر من الأموال.

3- أن العقد يرد على المنافع كالإجارة، وتصبح مضمونه به سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً، وضمانها دليل على ماليتها، ولو لم تكن مالاً في ذاتها لما صارت مالاً بالعقد، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خصائصها، فالمنفعة مال بالعقد بل صحته متوقفة على المالية⁽²⁾، وأن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد، وهو المنافع من دون الأعيان، ولأن الأجر مقابل المنفعة ولهذا تضمن دون العين، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه، وقد أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها⁽³⁾.

4- أن العين تضمن لتضمنها على المنافع، لأن مالا منفعة فيه لا يضمن، فإذا كانت المنفعة هي أصل الضمان فهي أولى بالضمان⁽⁴⁾، إذ إن إتلاف منافع الأعيان إتلاف للأعيان نفسها، لأنه لا معنى لبقاء العين مع ذهاب منفعتها، والمنافع هي المقصودة من الأعيان ولا قيمة للأعيان بدون منافعها، وأن أثمان الأشياء والحاجيات بين الناس تقاس بمنافعها⁽⁵⁾.

5- أن المنافع أموال وليس باللائم في المال أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنفعة تحاز بحيازة محلها ومصدرها، فمن يحوز سيارة مثلاً يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه، فإذا كان معنى الحيازة والإحراز أعم من أن يكون مباشرة أو بالواسطة كان التعريف شاملاً للمنافع، لأنها ممكنة الحيازة بإحراز أصلها⁽⁶⁾.

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم نحن نتفق مع بعض الشراح في ترجيحهم رأي جمهور الفقهاء القائل بمالية المنافع، وذلك لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس وتعاملهم، ولكونه أكثر انسجاماً مع روح الشريعة وحاجات العصر، فالناس لا يبتغون الأعيان إلا طلباً لمنافعها، ويقدمون في سبيلها النفيس من أموالهم، ومظهر ذلك المنشآت التي يطلب المال عن طريق الانتفاع بها كإنشاء الفنادق وبيوت السكنى ووسائل النقل المختلفة وغير ذلك، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالاً، فكيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً، ولا تقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، وبالتالي يجب فيها الضمان في حالة الغصب أو الإتلاف⁽⁷⁾.

وفي سؤالاً وجهه أحد المواطنين إلى مركز الفتاوى مضمونه إن تقنية (الوايرلس) تقنية لاسلكية موجودة في كل كمبيوتر تلتقط (ال دي اس ال) غير المشفر، بمعنى إنها تلتقط الإشارات والدخول إلى الانترنت من دون علم أصحابها، فما حكم التقاط هذه الإشارات والدخول إلى الانترنت؟، وقد جاء الرد من مركز الفتاوى بالقول لا يجوز الانتفاع بخدمة الانترنت المملوكة

(1) أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، دار الريان للتراث، 1987م، ص76 وص77.

(2) القرافي، مصدر سابق، ج8، ص282. محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج1، ص53.

(3) د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص105.

(4) القرافي، مصدر سابق، ج8، ص282.

(5) د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص105.

(6) علي الخفيف، مصدر سابق، ص30.

(7) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص60. محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ج1، ص51. د. يحيى الجرافي،

مصدر سابق، ص54.

للآخرين من دون إذن اصحابها، واستخدام هذه الخدمة من دون رضا صاحبها يُعد اعتداءً، ولو لم يكن ذلك الاستخدام يكلفه أكثر مما يدفع للشركة، بل ولو لم يلحقه أي ضرر فيه، لأنه أخذ لمال غيره من غير طيب نفس منه ويُعد ذلك غصباً، وأضاف مركز الفتاوى إن هذا الاستخدام قد يؤثر في قوة التقاطه ويضعف الإشارة عنده، وإنه قد يضره من حيث المواقع التي يدخلها غيره، لأنه المسؤول أمام جهة الاتصال عن المواقع التي يتم الدخول إليها من خلال شبكته⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم أن المنافع عند جمهور الفقهاء تُعد أموالاً، أما عند فقهاء الاحناف فإنها ليست من الأموال، ويُبنى على هذا الاختلاف أن فقهاء الحنفية قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها، لأن منافع المأجور ليست مالاً فتورث، وجمهور الفقهاء قالوا أن عقد الإجارة لا ينفسخ بموت المستأجر بل تبقى حتى انتهاء مدتها ويحل الورثة حتى تنتهي الإجارة⁽²⁾، وكذلك يُبنى على هذا الاختلاف أن فقهاء الحنفية ذهبوا إلى عدم تضمين الغاصب أجر المثل عن منافع المغصوب لأنها ليست أموالاً⁽³⁾، ولكنّه يضمن قيمة العين أو نقصانها إذا تلفت أو تعيبت أو نقصت في يده، وأما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى تضمين الغاصب أجر مثل المغصوب خلال مدة الغصب إلى حين الرد سواء كان الغاصب قد استوفى منافع المغصوب أو عطّلها.

وفي النتيجة إن رأي القائلين بمالية منافع الأعيان المملوكة هو الرأي الراجح، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتائج خطيرة وغير عادلة من الجانب العملي، فلو أن شخصاً اغتصب داراً مملوكة لغيره وسكنها شهراً أو اغتصب سيارة وسافر بها من مكان إلى آخر ذهاباً وإياباً، فمثل هذا الشخص على رأي القائلين بعدم مالية المنافع لم يضمن شيئاً، وليس عليه سوى أن يعيد الدار أو السيارة إلى صاحبها، وكأنه لم يتسبب في حرمان المالك من الانتفاع بملكه، وهذا يتعارض مع أحكام الشريعة والأعراف السائدة.

وفي المنافع يفرق الفقهاء بين تفويتها باستيفاء الغاصب لها وبين فواتها أو اهدارها وتعطيلها، ومن التفويت سكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض، ومن الفوات إغلاق الدار وحبس الدابة، ولا خلاف بين الفقهاء في أن تفويت المنافع نوع من الاستيلاء عليها، ولكنهم اختلفوا في الفوات والاختلاف بينهم منشؤه التردد في تحقيق الاستيلاء على ما فات من المنافع، فقد ترجح لدى بعضهم أن تعطيل المنافع نوع من الاستيلاء عليها يوجب ضمانها ضمان غصب، في حين أوجب آخرون ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان غصب لتعذر الاستيلاء على المنافع المعطلة⁽⁴⁾.

(1) رقم الفتوى (124851) تاريخ الفتوى 2009/7/19 منشور في مركز الفتوى على الموقع الإلكتروني:

www.islamweb.net.

(2) سيف التميمي، مصدر سابق، ص 11. د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص 220.

(3) وقد استثنى فقهاء الحنفية من هذا الحكم مال الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال، ولا شك أن هذا الاستثناء جاء نتيجة شعورهم بما في رأيهم من مجافاة لما يجب لليتيم وما في حكمه من اصلاح، وبُشِطَ لضمّان منفعة المال المعد للاستغلال في المذهب الحنفي إلا يجري الانتفاع به بتأويل ملك خلافاً لمنفعة مال الوقف ومال اليتيم فإنها مضمونة بكل حال، وقد جاء في المادة (596) من مجلة الأحكام العدلية " لو استعمل واحد مالاً بدون إذن صاحبه كان غاصباً فلا يلزمه ضمان منفعه ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل بكل حال وإن كان معداً للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد". علي الخفيف، مصدر سابق، ص 31.

(4) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص 204. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 55. د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص 106.

ثالثاً: الحقوق

الحق في اللغة: ما كان ضد الباطل، وهو مفرد الحقوق التي تثبت للإنسان وتجب له، وللحق في اللغة معانٍ متعددة منها: أنه يفيد الوجود والثبوت، والأمر المقضي والعدل والصدق والمال والملك والموجود الثابت، وهو الأمر الثابت الذي لا يجوز إنكاره بحال من الأحوال⁽¹⁾.

والحق في الاصطلاح: من المفاهيم التي ثار بشأنها جدل كبير حول تحديد معناه سواء في الفقه الوضعي أو في الفقه الإسلامي، وقد استعمله الفقهاء المسلمون في عدة معانٍ:

1- الحق بالمعنى العام

هو ما يثبت للإنسان من ميزات ومكنات سواء كان الثابت شيئاً مادياً أم غير مادي، ويُعرف بأنه كل مصلحة ثابتة للفرد أو للمجتمع أو لهما مقررة شرعاً⁽²⁾، كحق الحياة وحق صيانة الأموال وحق الحرية وحق الرأي وحق حرية التفكير وحق التعبير وهكذا، والإسلام كفل جميع حقوق الإنسان وأوجب حمايتها وصيانتها⁽³⁾، والحق بهذا المعنى أعم من المال، لأن الحق يشمل كل ما يتقوم بمال وما لا يتقوم بمال، أما المال يقتصر على ما يتقوم بمال⁽⁴⁾.

2- الحق بمعنى الأعيان والمنافع المملوكة

استعمل الفقهاء مصطلح الحق في مقابلة الأعيان والمنافع ولا يريدون به المعنى العام وإنما يردون به تلك المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه، فإذا أُستعمل فيما أباحه الشارع للناس من مصالح وترك التمسك بها أو عدمه لرغبتهم لم يُعد من المال كحق الخيار وحق الحضانة وحق التطلاق وحق الرجوع في الهبة وما إلى ذلك، مما جعل مرجعه إلى اختيار الإنسان ومشينته، لأن المال إنما وجب في هذه الحالة لحمل صاحب الحق على إسقاطه لا لإداء قيمته، ولكن فقهاء الحنفية لم يجوزوا إسقاط الحقوق المجردة نظير المال كحق الشفعة مثلاً لعدم استقرارها في محلها، ولم يكن ملكها شبيهاً بالمنفعة، فإذا أُسقطت نظير مال لم يجب المال، وإذا أُدي فعلاً كان لمن أداه أن يسترده، لأنه رشوة بالنظر إلى معطيه وإلى أخذه على السواء⁽⁵⁾.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج3، ط2، المطبعة الحسينية المصرية، 1344هـ، ص221. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1926م، ص197. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، بدون سنة طبع، ص146 وص147.

(2) د. محمد عثمان شبيب، مصدر سابق، ص74.

(3) د. رضا متولي وهدان، مصدر سابق، ص16.

(4) د. محمد عثمان شبيب، مصدر سابق، ص74.

(5) علي الخفيف، مصدر سابق، ص33.

3- الحق بالمعنى الخاص

الحق يُستعمل بالمعنى الخاص في ما يثبت للعقار كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور، وهذه الحقوق التي تُعرف بحقوق الارتفاق ليست إلا منافع مقررة لأصحابها على عقار مملوك للغير، إذ إن غاصب العين يُعد غاصباً لقيمة منفعتها، وهذا القول ينطبق على غاصب العين التي تعلق بها حق من الحقوق التي تُعتبر من الأموال عند جمهور الفقهاء كحق الارتفاق وحق المستأجر على العين التي استأجرها وغصبت من تحت يده، وبالتالي فإن القيمة المالية للحق الذي تعلق بالعين المغصوبة هي التي تُعتبر محلاً للغصب⁽¹⁾، وهذه الحقوق في الواقع لا تعدو أن تكون منفعة أو مصلحة يقررها الشارع لفرد أو لإفراد، وعلى ذلك لا يُعدها فقهاء الاحناف من الأموال لعدم إمكان حيازتها سواء كانت متعلقة بمال كحق المرور وحق المسيل الثابتين على أرض الغير أم كانت متعلقة بما ليس بمال كحق الزوج في الاستمتاع بزوجته وحق الام في حضانة صغيرها، أما غير الحنفية فيعدونها من الأموال إن أُريد بها منفعة هي مال كحق المستأجر في العين التي استأجرها⁽²⁾، وهذه الحقوق اختلف الفقهاء حول ماليتها كاختلافهم في مالية المنافع، ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت المالية لهذه الحقوق، والحق عندهم إذا اطلق على عين أو على منفعة فهو من المال، وإن أُستعمل فيما يوفي بالمال ويؤول إليه كان مالاً كحق الدين قبل المدين، ويُعد الحق من الأموال كذلك أن أُريد به منفعة هي مال كحق المستأجر في العين المؤجرة، ولذلك يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة، واستدلوا على ذلك بالأدلة على مالية المنافع⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى عدم ثبوت المالية للحقوق، وإن كانوا قد أجازوا بيعها إذا كانت تابعة للعقار كحق المرور وحق الشرب وحق المسيل⁽⁴⁾، والحق عندهم ليس من المال سواء كان متعلقاً بالمال أم غير متعلق بالمال، لأنه أمر معنوي ليس بالإمكان حيازته، وقالوا أن الحق لا يباع ولا يوهب، لأن محل البيع والهبة لا يكون إلا مالاً، ويعنون بهذا إنه لا يجوز بيع الحقوق استقلالاً غير تابعة للأموال، فإذا بيعت تبعاً للعقار الثابتة له جاز البيع، لأن البيع كما يكون في الأموال يكون في كل حق يتعلق بها إذا تم بيعه تبعاً لتلك الأموال، ولم يباع منفرداً، وإن بعض الحنفية قد ذهبوا إلى جواز بيع هذه الحقوق استقلالاً كحق الشرب لأنه مال⁽⁵⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح الذي يرجح القول الأول، وهو قول جمهور الفقهاء في أن الحقوق تُعد أموالاً، لأن في عدم اعتبارها أموالاً ضياعاً لكثير من حقوق الناس والحاق الضرر بهم واستدلوا على ذلك بالأدلة على مالية المنافع⁽⁶⁾.

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 55.

(2) ولا يعتبرونها من الأموال إن أُريد بها تلك الأمور المعنوية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع كحق الحضانة وحق الزوج في الاستمتاع بزوجته. علي الخفيف، مصدر سابق، ص 31 و ص 33.

(3) عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 1، مكتبة الأقصى، عمان، 1977م، ص 89.

(4) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م، ص 504.

(5) د. محمد عثمان، مصدر سابق، ص 75.

(6) د. محمد عثمان، مصدر سابق، ص 75.

ومن الجدير بالإشارة هنالك بعض الحقوق لا ترد على شيء مادي معين، وإنما ترد على شيء غير مادي، وهي الحقوق الذهنية كحق المؤلف وحق المخترع، وهذه الحقوق لا تعدو أن تكون منفعة ولكنها منفعة فكر لا منفعة عين، ولا شك أن احترام الإنسان والتسليم بحرياته العامة يقتضي أن يعترف له على نتاجه الذهني من أفكار وأخيلة بالحقوق التي تسمح لصاحبها أن يكون مهيمناً عليها، فتنسب إليه ويحق له نشرها أو منعها من النشر أو تعديلها، كما تجعل له أن يتحكم ويستأثر بالفوائد المالية التي قد تنتج من هذا الاستغلال، وهذه الحقوق التي تنشأ للفرد على هذا الإنتاج الذهني هي التي تسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية⁽¹⁾.

ومن المعلوم أن الأشياء غير المادية تكون محلاً لحقوق كثيرة أهمها حق المؤلف، فهذه الحق له جانبان: جانب أدبي وجانب مالي، فالجانب الأدبي يُعد من الحقوق اللصيقة بشخص المؤلف والتي تحمل بصمات فكرة وتعكس ملكات عقله وإلهامه، وهو حق معنوي يتمثل في القدرة أو السلطة التي خولها القانون للمؤلف لاستغلال مصنفه، وهذا الحق لا يتصور وجوده من دون وجود الحق المالي، أما الجانب المالي وهو القيمة المالية لحق المؤلف⁽²⁾، والجانبان كما يرى أحد الشراح يختلفان أحدهما عن الآخر اختلافاً جوهرياً في طبيعة كل منهما وفي الأحكام التي تسري عليهما، فالجانب المالي حق عيني أصلي وهو مال منقول، والجانب الأدبي ليس بحق عيني وليس بمال، بل هو حق من حقوق الشخصية مثله في ذلك مثل حق الأبوة⁽³⁾، فالأعمال الذهنية لها قيمة مالية مشروعة، من حق صاحبها وحده استغلالها عن طريق نشر المصنف وبيع نسخه، وبالتالي إذا اعتدى شخص على الجانب المالي لهذه الحق، وقام باستغلال المصنف عن طريق نشره أو عرضه أو تقليد المخترع من دون إذن من صاحب الحق فهل يُعد غاصباً؟.

للإجابة على هذا السؤال نقول أن الحقوق والمنافع ليست بذاتها محلاً للغصب، وأن المعتدي عليها يُعد غاصباً للقيمة المالية للحق أو المنفعة، أما الجسم المادي الذي يتمثل فيه هذا النتاج كصفحات الكتاب الذي دُون فيه المصنف أو الحجر الذي نحت فيه التمثال أو اللوحة التي رسمت عليها الصورة أو نحو ذلك، فلا تُعتبر محل ذلك الحق⁽⁴⁾.

وهذا يعني أن المعتدي على الجانب المالي لحق المؤلف يُعتبر غاصباً لقيمة الحق الذي استغله ولا تبرأ ذمته إلا بأدائها لصاحب الحق بالتراضي أو بالتقاضي، وفي حالة التقاضي يكون تقدير القيمة من سلطة القاضي التقديرية، وعليه أن يضع في اعتباره نوع الحق المعتدى عليه والإيراد الناتج من جراء استغلاله والنفقات التي أنفقها المعتدي في سبيل استغلال المصنف، وعلى القاضي استظهار رغبة المؤلف أو المخترع في أخذ نصيبه عيناً أو نقداً أو إنه يرغب في إتلافها وعدم نشرها فيما إذا كانت هنالك نسخ أو نماذج من المصنف ما زالت موجودة⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الله مبروك النجار، تعريف الحق ومعيّار تصنيف الحقوق دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021م، ص70.

(2) د. رضا متولي، مصدر سابق، ص13 و14. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص22.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون (حق الملكية)، ج8، دار النهضة العربية، 1967م، ص32.

(4) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص22.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص57 و58.

وعليه لا يمكن القول أن نسخ المصنف التي قام المعتدي بطبعها أو تصويرها ونشرها أو النماذج التي قام بتقليدها هي التي تُعد مغصوبة، لأن حق المؤلف ليس وارداً عليها وإنما وارداً على النتاج الذهني أياً كان نوعه، وهو شيء معنوي أو غير مادي، أما إذا كان المؤلف هو الذي قام بنسخ مؤلفه عن طريق طبعه أو تصويره ثم أتى الغاصب واستولى عليها أو على النسخة الأصلية، فإننا نكون بصدد غصب على منقولات مادية يجب على الغاصب حينئذ ردها بعينها إذا كانت باقية أو يضمن قيمتها إذا تلفت أو هلكت أو ضاعت⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع المال المغصوب في القانون

تضاربت آراء الفقهاء في تحديد محل الغصب، فذهب بعضهم إلى إنه يجري في المنقول والعقار والمنافع، وذهب بعضهم الآخر إلى أن الغصب لا يجري في المنافع لكنه يجري في العقار والمنقول، وذهب آخرون إلى إنه لا يجري إلا في المنقولات فلا يجري في العقارات ولا في المنافع، وقد أخذت القوانين المدنية بالرأي الأول، وبالتالي فإن الغصب يجري في العقار والمنقول والمنافع، ولبيان هذه الأنواع بالتفصيل سنقسم هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً: العقار

العقار في اللغة: كل ملك ثابت له أصل كالأرض والدار وجمعه عقارات⁽²⁾، والعقار الأرض والصياغ والنخيل والمنازل⁽³⁾، أما في الاصطلاح القانوني فالمادة (62) من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى عرفت العقار: بأنه كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية، والمادة (63) من القانون المدني العراقي عرفت العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

ومما يلاحظ أن المشرع العراقي في تعريفه للعقار قد تأثر برأي فقهاء المالكية الذين يقولون أن العقار شامل للبناء والغراس وغيرهما من الأرض المجردة عن ذلك لأن العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء وأشجار، ولم يتأثر برأي جمهور الفقهاء الذين يقولون أن العقار هو الأرض فقط وهي العقار بالطبيعة وما يتصل بها من بناء وأشجار فهو عقار بالتبعية⁽⁴⁾.

وأما المادة (82) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى عرفت العقار: بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف، وفي فقرتها الثانية عرفت العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، وأما المادة (115) من القانون المدني اليمني عرفت العقار: هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت فيه ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو لاستغلاله، وأما المادة (58) من القانون المدني الأردني فعرفت العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، والمادة (59) من القانون

(1) د. يحيى الجرافي، المصدر نفسه، ص45.

(2) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2، مطبعة دار المعارف، 1980م، ص615.

(3) محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج4، بيروت، 1987م، ص597.

(4) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص21 و22.

المدني الأردني عرفت العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه مالكة في عقار له رسداً على خدمته واستغلاله ويكون ثابتاً في الأرض⁽¹⁾.

وأما المشرع الفرنسي فإنه لم يُعرف العقار وإنما ذكر أنواع العقارات وذلك في المادة (517) من القانون المدني التي جاء فيها تكون الأموال عقارات أما بطبيعتها أو بتخصيصها وأما حسب موضوعها⁽²⁾، والعقار بطبيعته هو الشيء الثابت المستقر بحيزه حيث لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر دون تلف، ويرى جانب من الفقه أن الأرض خير مثال على العقار، لأنها ثابتة مستقرة بحيزها وإذا أمكن نقل أجزاء منها يكون ذلك بتفتيت سطحها وانتزاع بعض الأتربة أو الصخور، وكذلك البناء فهو عقار، لأنه ثابت مستقر بحيزه، ولا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا بهدمه أو بهدم أجزاء منه، والأشجار والغراس عقار أيضاً، ولا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض المغروسة فيها⁽³⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه أن المزروعات على اختلافها من أشجار وأغراس وأزهار وفاكهة وثمار وغيرها تُعد عقارات بطبيعتها، لأن شرط الالتصاق بالأرض متوفر فيها وهي تبقى كذلك حتى يُصار إلى نزعها من الأرض فتتحول إلى منقولات⁽⁴⁾.

أما العقار بالتخصيص فهو منقول بطبيعته لحقت به الصفة العقارية ضماناً لاستمرار استغلال العقار بطبيعته الذي رصد هذا المنقول لخدمته كالألات والحيوانات التي يرصدها صاحبها لخدمة مزرعته أو وسائط النقل التي يخصصها صاحبها لنقل منتجات مصنعه، فالعقارات بالتخصيص منقولات حقيقة عقارات حكماً، وفكرة العقار بالتخصيص ترجع إلى القانون الروماني استمدتها منه القانون الفرنسي وطورها، ومن هذا القانون انتقلت إلى القوانين العربية والغاية من العقار بالتخصيص هي إخضاع بعض المنقولات المرتبطة ارتباطاً بالعقار إلى النظام القانوني الذي يخضع له ذلك العقار، لأن فصل المنقول عن العقار وإخضاعه إلى انظمه مختلفة عن تلك المطبقة على العقار من شأنه التقليل من قيمة العقار أو قد يُشكل مانعاً من استثماره، مثال ذلك إذا حجزت الآت معمل وبيعت على حدة توقف المعمل واصيب بالضرر⁽⁵⁾.

والسؤال المطروح هنا: هل يمكن أن يكون العقار محلاً لوقوع فعل الغصب؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من استعراض حكم غصب العقار في القوانين المدنية محل المقارنة وبيان موقف القضاء من ذلك.

(1) المادة (59) من القانون المدني الأردني اشترطت في المنقول لكي يُعد عقاراً بالتخصيص أن يكون ثابتاً في الأرض، وعادة ما تكون المنقولات غير ثابتة في الأرض ومع ذلك تُعد عقارات بالتخصيص، أما الشيء الذي يكون ثابتاً في الأرض عادةً فهو عقار بطبيعته وليس عقاراً بالتخصيص. هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني دراسة مقارنة، تقديم د. محمد سليمان الأحمد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م، ص28.

(2) وبهذا الصدد قرر الاجتهاد الفرنسي إن بيع الأشجار القائمة لأنها معدة للقطع يُعتبر بيعاً لمنقولات، وبيع بناء كأنقاض يُشكل بيعاً لمنقول وليس بيعاً لعقار، وكذلك بيع المحصول الزراعي وإن كان لم يزل على الشجر يشكل بيعاً لمنقول وليس لعقار. د. جورج ش دراوي، مصدر سابق، ص157.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج8، ص14.

(4) د. جورج ش دراوي، المصدر السابق، ص154.

(5) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص15.

فالمادة (197) من القانون المدني العراقي نصت على أن " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"⁽¹⁾، والمادة (1121) من القانون المدني اليمني نصت على إنه " لا يضمن الغاصب من غير المنقول (العقار) إلا ما تلف تحت يده، ولكن تلزمه أجرة العين المغصوبة مدة بقائها معه ويلزمه إعادة العين لصاحبها"، والمادة (279) من القانون المدني الأردني نصت على إنه " 1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه 2- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه 3- فإن استهلكه أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلف بتعديده أو بدون تعديده فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب 4- وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده".

وبالنسبة للمشرع العراقي والمشرع اليمني كان الأمر واضحاً في حكم غصب العقار بالنص الوارد في المادة (197) من القانون المدني العراقي والمادة (1121) من القانون المدني اليمني، وعليه يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع دفع الأجرة طيلة مدة بقائه في العقار المغصوب.

وهذه النصوص ليس لها مقابل في القانون المدني الأردني، فالمشرع الأردني لم يحدد في المادة (279) من القانون المدني نوع المال الذي يمكن وقوع الغصب عليه، لأن النص جاء مطلقاً ليشمل العقار والمنقول وكل حق مالي له قيمة مادية في التعامل، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني عند التعليق على المادة (279) أن هذا النص يشمل المنقول والعقار، والعقار يقبل الغصب كما يقبله المنقول⁽²⁾.

وقد ظهر تأييد ذلك في بعض قرارات محكمة التمييز الأردنية، إذ ورد في أحد قراراتها " أن غصب العقار وثبت ذلك يستوجب الحكم بمنع المعارضة"⁽³⁾، وكذلك قضت في قرار آخر " أن استيلاء وزارة الأشغال العامة على المساحة التي ضمت إلى سعة الشارع العام دون مسوغ قانوني يُعتبر غصباً لجزء من أرض المدعين"⁽⁴⁾.

ويرى جانب من الفقه أن المشرع العراقي في المادة (197) من القانون المدني السابق ذكرها أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز غصب العقار شأنه في هذا شأن المنقول خلافاً لما ذهب إليه فقهاء الحنفية، وكذلك أن المشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان التي يذهب إليها بعض فقهاء الشريعة، وعلى هذا الأساس يلزم غاصب العقار برده مع تعويض صاحبه عن أجر المثل مع عدم الإخلال بحق المالك في الرجوع على الغاصب بالتعويض عن

(1) ومن الجدير بالذكر أن المادة (197) من القانون المدني العراقي مأخوذة من المادة (905) من مجلة الأحكام العدلية ولكن المشرع العراقي ألزم الغاصب برد العقار مع أجر مثله، وكذلك ألزم الغاصب بالضمان حتى لو تلف العقار أو نقصت قيمته من دون تعدٍ من الغاصب، بينما المجلة أوجبت رد المغصوب إلى صاحبه عيناً من دون أن يغيره وينقصه وحصرت الضمان في حالة إذا طرأ نقصان على قيمة العقار بفعل الغاصب وتعديده. د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 41 وص 42.

(2) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 41 وص 42.

(3) رقم القرار 888/ 2005. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص 41.

(4) رقم القرار 357/ 2000. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص 42.

الاضرار الأخرى حتى ولو كانت من دون تعدٍ أو تقصير، لأن مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان في جميع الأحوال⁽¹⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه أن المادة (197) من القانون المدني العراقي ألزمت الغاصب برد العقار المغصوب عيناً والزمته بأداء أجر مثله وذلك تعويضاً عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب وكذلك ألزمته بتعويض التلف أو الهلاك ولو حدث من دون تعدٍ منه وهذا هو ضمان الغصب ويختلف عن ضمان الإلتلاف في أن الإلتلاف لا يتحقق إلا بالتعدي، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها " أن غصب العقار العائد للغير بدون حق قانوني وحرمان مالكة الانتفاع به يستوجب التعويض ولو لم يستعمل الغاصب العقار لمنفعته"⁽²⁾.

ويرى أحد الشراح أن المشرع اليمني في المادة (1121) من القانون المدني قد تأثر برأي جمهور الفقهاء المسلمين، فالعقار والمنقول كلاهما محل للغصب، وأيضاً جعل مسؤولية الغاصب عن تلف العقار تحت يده مسؤولية مطلقة سواء كان التلف بفعل الغاصب أم بفعل غيره أم بأفة سماوية وهي مسؤولية مقررة بنص خاص على خلاف ما تقضي به القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، فالغاصب لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن هلاك العقار المغصوب تحت يده حتى وأن أثبت إن ذلك قد حدث بقوة قاهرة أو بخطأ الغير⁽³⁾.

أما المشرع المصري فإنه لم يتطرق إلى أحكام الغصب بنصوص خاصة، وإنما تناول بعض أحكامه في نصوص متفرقة منها بعض المواد الخاصة بالحيازة، إذ نصت المادة (960) من القانون المدني المصري على إنه " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"⁽⁴⁾، يتضح من هذا النص أن المشرع المصري لم يحدد نوع الشيء الذي يكون محلاً للغصب وإنما جاء النص مطلقاً، وبالتالي فإنه يشمل العقار والمنقول على حد سواء.

والأشياء المادية فقط هي التي تُعد محلاً للحيازة سواء أكانت عقارات أم منقولات، أما الحقوق سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية فلا ترد عليها الحيازة، لأن معنى الحيازة في ركنها المادي هي أن يباشر الحائز الأعمال المادية على الشيء كما يباشره المالك أو صاحب الحق على الشيء لا على الحق ذاته كما لو كان الشيء داراً ودخل فيها واستحوذ، فالحيازة للشيء لا للحق، وقد تكون الحيازة بحق وذلك حين يكون للحائز حق على الشيء الذي يحوزه كحق الملكية أو أي حق عيني آخر، وقد تكون بغير حق وذلك حين يكون الحائز للشيء مغتصباً أو سارقاً⁽⁵⁾.

(1) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 271 و 274.

(2) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص 48.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 104 و 105.

(4) وبهذا الصدد تنص المادة (966) من القانون المدني المصري " 1- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً إن حيازته اعتداء على حق الغير 2- ويزول حسن النية من وقت اعلان الحائز بغيوب حيازته في صحيفة الدعوى ويُعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره".

(5) بسام مجيد سليمان، التنظيم القانوني للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية، بحث منشور في مجلة الرافدين، مج 14، العدد 50، كلية الحقوق- جامعة الموصل، بلا سنة طبع، ص 43.

وتزول الحيازة بفقد العنصر المادي وحده ويتحقق ذلك إذا فقد الحائز السيطرة المادية على الحق الذي يستعمله ولو استبقى على العنصر المعنوي، وهو نية استعمال الحق، لأن هذه النية لا تجدي نفعاً إذا فقد السيطرة المادية على الحق، مثال ذلك أن يغتصب شخص من الحائز الشيء محل الحق كما لو كان أرضاً زراعية فيفقد الحائز السيطرة المادية عليها ويصبح المغتصب هو الحائز للأرض وتبدأ حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة مهما احتفظ الحائز السابق بالعنصر المعنوي وهو نية استعمال الأرض محل الحق⁽¹⁾، فالمغتصب لمال غيره عقاراً كان أو منقولاً يُعتبر حائزاً سيء النية، لأنه وقت الغصب يعلم أنه يعتدي على حق غيره⁽²⁾، ويُعد كذلك حائزاً سيء النية من يشتري عيناً أو يستأجرها أو يرهنها من شخص وهو يعلم أنه لا يملكها، بل حتى إذا كان لا يعلم إذا ثبت أنه في مقدوره أن يعلم لو بذل جهداً بسيطاً في التحري بأن المتصرف ليس مالكا لما تصرف فيه⁽³⁾.

وإذا انتقلت حيازة العقار المغصوب من الغاصب إلى غيره سواء كان الغير خلفاً عاماً كالوارث أو خلفاً خاصاً كالمشتري فإن خلف الغاصب الذي انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة، ويستطيع المدعي أن يسترد حيازة العقار منه حتى لو كان الخلف لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار، فدعوى استرداد الحيازة بالإضافة إلى إنها جزاء على الغصب في ذاته تُعتبر كذلك حماية للحيازة، وفي النتيجة يجوز للحائز عن طريقها أن يسترد حيازته لا من الغاصب فحسب بل من غيره أيضاً الذي نقلت إليه الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية هذا ما أشارت إليه المادة (960) من القانون المدني المصري⁽⁴⁾.

ثانياً: المنقول

المنقول في اللغة: مشتق من النقل، وهو التحويل من موضع إلى موضع⁽⁵⁾، والمنقول في الاصطلاح القانوني يقابل العقار، واللافت للنظر أن بعض القوانين المدنية عرفت المنقول بصورة مباشرة وبعضها الآخر عرفته بصورة غير مباشرة عن طريق تعريف العقار تعريفاً مباشراً تاركين تعريف المنقول إلى مجرد الاستبعاد.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد عرف المنقول في فقرة مستقلة وبصورة مباشرة وذلك في الفقرة الثانية من المادة (62) من القانون المدني بأنه كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف

(1) بسام مجيد سليمان، المصدر نفسه، ص43.

(2) من المتفق عليه يجب أن يكون بدء الحيازة خالياً من الإكراه وإلا كانت الحيازة معيبة، فلو بدأت الحيازة بالإكراه سواء بالقوة أو بغيرها من وسائل الإكراه فلا يُعتد بها، فعلى الرغم من أن الحيازة قد تقوم في جانب منها على التعدي ولكن التعدي يجب أن يقابله إهمال من جانب المالك أو صاحب الحق، فالعمل الذي يقوم به الحائز يجب أن يقابل بإهمال أو غفلة أو تقاعس من جانب المالك، والإكراه ينفي الإهمال عن المالك أو عمن انتزعت عنه الحيازة بالقوة، ومتى بدأت السيطرة الفعلية على الشيء بناءً على الإكراه فهي تُعتبر غصباً، ويستوي لتحقيق الإكراه أن يكون قد تم بواسطة الحائز نفسه أو بفعل نائيه أو أحد أتباعه، ويستوي كذلك أن يتحقق الإكراه بانتزاع حيازة العين بالقوة أو قيام المالك بتسليمها بسبب الرهبة التي تولدت في نفسه. د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، دار أبو المجد بالهرم، 1993م، ص276.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص108- وص112.

(4) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، منازل الحيازة والملكية في التشريع المصري والعربي والأجنبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص137.

(5) أحمد الفيومي، مصدر سابق، ج2، ص856.

فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة⁽¹⁾، وكذلك المشرع الفرنسي فقد عرفه بصورة مباشرة في المادة (528) من القانون المدني بأنه الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر سواء تم ذلك بقوته الذاتية كالحوانات أم بقوة خارجية كالجوامد، وبالتالي فالأموال المنقولة في القانون الفرنسي هي التي تقبل الانتقال دون تلف من مكان إلى آخر، والتي ليست لها صفة العقار، وهي التي تتحرك أما بفعل قوتها الذاتية كالحوانات أو بفعل قوة الطبيعة أو قوة الإنسان وتسمى في هذه الحالة الجوامد، وتُضاف إليها العقارات التي تُعتبر منقولات بحسب المال⁽²⁾.

وأما المشرع اليمني فقد عرف المنقول بصورة غير مباشرة من خلال تعريفه للعقار في المادة (115) من القانون المدني التي نصت على إنه " المال الثابت غير المنقول (العقار) هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت فيه ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو لاستغلاله وكل ما عدا ذلك من المال فهو منقول".

وكذلك المشرع المصري عرّف المنقول بصورة غير مباشرة من خلال تعريف العقار في الفقرة الأولى من المادة (82) من القانون المدني التي نصت على إنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"، وهذا النص موافق لنص المادة (58) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

وبالتالي فالمنقول هو كل شيء لا ينطبق عليه وصف العقار، والضابط الفاصل في ذلك هو النقل من دون تلف أو تغيير الهيئة عند نقل الشيء، وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن المشرع اكتفى بتعريف العقار واعتبر كل ما عداه منقولاً، وكان في وسعه أن يعرف كلاً من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً، ولكنّه اكتفى بتعريف العقار وترك المنقول يُستنبط عن طريق الاستبعاد، وبذلك المنقول هو ما يمكن نقله وتحويله من مكانه مع بقاء هيئته وصورته كالحيوان والعروض والذهب والفضة والمكيلات والموزونات⁽³⁾.

ومما يُلاحظ إن بعض القوانين المدنية عرفت العقار تعريفاً مباشراً تاركَةً تعريف المنقول إلى مجرد الاستبعاد، وكان الأجدر بهذه القوانين أن تضع تعريفاً للمنقول كما فعل المشرع العراقي والمشرع الفرنسي، لأن المنقولات في الوقت الحاضر أضحت تمثل قيمة اقتصادية مهمة، فقد أصبح للثروة المنقولة من أهمية تفوق الثروة العقارية، وخير مثال على ذلك أن الاسهم والسندات العائدة للشركات الصناعية الكبرى وشركات البترول أصبحت في بعض الدول الصناعية تحتل مركز الصدارة من بين عناصر الثروة⁽⁴⁾.

(1) مع ملاحظة أن المشرع العراقي لم يعطي توضيحاً للمقصود من عبارة (وغير ذلك من الأشياء المنقولة) الواردة في الشطر الأخير من الفقرة الثانية من المادة (62) من القانون المدني آنفة الذكر فهل يقصد بها المنقولات بحسب المال. هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص 27.

(2) د. جورج ش دراوي، مصدر سابق، ص 204.

(3) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 46.

(4) هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص 27.

وعليه كما ذكرنا المنقول هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، فهو غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه، والأمثلة على المنقولات متعددة كالكتب والدفاتر والسيارات والطائرات والملابس والمجوهرات، والمنقول أما أن يكون منقول بطبيعته وهو الأصل⁽¹⁾، وأما أن يكون منقول بحسب المآل وهو الاستثناء⁽²⁾، فكما أن العقار بالتخصيص استثناء يرد على الأصل العام في العقار، لأنه منقول يكتسب صفة العقار حكماً، وكذلك المنقول بحسب المآل استثناء يرد على الأصل العام في المنقول، إذ يصبح عقاراً بطبيعته منقولاً بالنظر إلى ما سيؤول إليه في المستقبل، فالمنقولات بحسب المآل عقارات بطبيعتها تُعتبر قانوناً أو بإرادة الطرفين من المنقولات ومثالها بيع البناء المعد للهدم أو المحصولات والثمار المعدة للجني أو الأشجار المعدة للقلع، ويترتب على جعل العقارات منقولات بحسب المآل إخضاعها للقواعد التي تحكم المنقولات لا للقواعد التي تحكم العقارات⁽³⁾.

والسؤال المطروح هنا: هل يمكن أن يكون المنقول محلاً لوقوع فعل الغصب؟ للإجابة على هذا السؤال نقول إنَّ غصب المنقول قد ورد بشكل عام في المادة (890) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على إنه "يُلزم رد المغصوب عيناً"، يتضح من هذه المادة أن الغاصب بأخذه للمال المغصوب فوت على المغصوب منه اليد، وهي مقصودة، لأن المالك يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع، وعليه يُلزم الغاصب برد المال المغصوب إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً، وذلك لتفاوت القيم باختلاف الأماكن، أما إذا اتحدت القيم فيرد المغصوب حيث شاء لعدم التفاوت في القيمة، وإذا صادف المغصوب منه الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه، كان المغصوب منه مخيراً بين أن يسترده هناك وبين أن يطلب رده إلى مكان الغصب ونفقة نقله ومؤونة رده على الغاصب⁽⁴⁾.

وقد ورد غصب المنقول كذلك بشكل غير مباشر في المادة (192) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه "يُلزم الغاصب برد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى".

(1) المنقولات بطبيعتها هي الأشياء غير الثابتة، والقابلة للنقل من مكان إلى آخر من دون تلف سواء كانت تتحرك بقوتها الذاتية كالحيوانات أو تتحرك بقوة خارجية كالسيارات والسفن والطائرات، والعبرة في المنقولات بطبيعتها هي مجرد قابليتها للنقل من دون تلف، وليس بالضرورة أن يتم هذا النقل بالفعل كأثاث المنزل والكتب والبضائع مثلاً. د. جعفر الفضلي د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1987م، ص209. د. إبراهيم أبو الليل د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، طباعة مطابع مهوي، الكويت، 1986م، ص247.

(2) المنقولات بحسب المآل هي عقارات اعتبرت حكماً وافترضاً من المنقولات بالنظر إلى ما ستؤول إليه بعد فترة من الزمن، ولذلك عاملها القانون معاملته المنقولات ومثال ذلك المنزل المعد للهدم والأشجار المعدة للقلع والأحجار أو المعادن قبل قلعها أو المعدة للاستخراج من المحاجر والمناجم. د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م، ص262.

(3) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص18. د. جورج شراوي، مصدر سابق، ص204 وص205.

(4) سليم رستم باز، مصدر سابق، ص422.

يفهم من هذه المادة أن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد العين المغصوبة إلى صاحبها مادامت موجودة كما هي، وهذا هو التنفيذ العيني، والأصل أن يكون الرد في مكان وقوع الغصب، وهو التنفيذ الكامل المثالي للالتزام الغاصب بالرد، أما إذا كان الغاصب قد نقل المال المغصوب إلى مكان آخر كما هو الحال في غصب المنقول⁽¹⁾، وفي هذه الحالة إذا كان المغصوب يحتاج إلى مصاريف نقل ومؤونة حمل، فالمغصوب منه مخير بين أن يطالب الغاصب برد المغصوب إلى مكان الغصب، وعندئذ تكون على الغاصب مصاريف نقل المغصوب ومؤونة حمله وتبعية هلاكه أو تلفه أثناء عملية إرجاعه إلى مكان الغصب، وبين أن يطالب الغاصب باسترداد المغصوب إذا صادفه في مكان آخر غير مكان الغصب وكان المال المغصوب معه، وهذا كله دون الإخلال بحق المغصوب منه بمطالبة الغاصب بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي سببها فعل الغصب⁽²⁾.

أما المشرع المصري فإنه لم يتطرق إلى أحكام الغصب بنصوص خاصة، وإنما تناول بعض أحكامه ضمن المواد الخاصة بالحيازة، إذ نصت المادة (960) من القانون المدني المصري على إنه " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"، يتضح من هذا النص أن المشرع المصري لم يحدد نوع الشيء الذي يكون محلاً للغصب، وإنما جاء النص مطلقاً، وبالتالي فإنه يشمل العقار والمنقول على حد سواء، وعليه إذا اعتدى الغير على الحائز فاغتصب المنقول منه يمكنه أن يسترده استناداً إلى تملكه بالحيازة⁽³⁾.

وبهذا الصدد تنص المادة (976) من القانون المدني المصري على إنه " 1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته 2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها 3- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"⁽⁴⁾.

يتضح من هذا النص أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع، وهذا هو السبب الصحيح، فباع له غير المالك منقولاً فلم تنتقل الملكية إليه بالبيع، لأن البيع صادر من غير مالك، فإذا ظهر أن بائع المنقول غير مالك فإن ملكية المنقول تنتقل بحيازة المشتري للمنقول فوراً إذا كان وقت الحيازة حسن النية، أي يعتقد أن البائع هو المالك، وكانت حيازته مقترنه بالسبب الصحيح⁽⁵⁾، والسبب الصحيح في اكتساب ملكية المنقول بالحيازة

(1) وقد قضت محكمة استئناف نينوى في قضية تم فيها غصب عشرة أطنان من السمنت وأربعة أطنان من الحديد وثلاثة آلاف من الكاشي الفرفوري وسيارتين من السمد الحيواني بالزام الغاصب بتأدية مبلغ قدره 1,716,666 مليون وسبعمائة وستة عشر ألف وستمائة وستة وستون دينار عراقي إلى المغصوب منه صاحب الأموال المنقولة. رقم القرار 76/س/2005 في 22/6/2005. أشار إليه. د. حبيب إدريس د. أكرم محمود، مصدر سابق، ص 239.

(2) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 241 و ص 243. منير القاضي، مصدر سابق، ص 205.

(3) محمد طه البشير د. حسون غني طه، مصدر سابق، ص 256.

(4) ويقابل نص المادة (976) من القانون المدني المصري نص المادة (1163) من القانون المدني العراقي ونص المادة (1189) من القانون المدني الأردني.

(5) د. قدرى الشهاوي، مصدر سابق، ص 329 و ص 330.

المقتترنة بحسن نية لا يُشترط وجوده بالفعل وإنما يُفترض وجوده، فالمشرع المصري افترض وجود السبب الصحيح كما افترض حسن النية أيضاً بالنسبة لحائز المنقول، وعليه يتعين على مدعي ملكية المنقول الذي يريد استرداده أن يثبت انعدام السبب الصحيح وأن يقيم الدليل على سوء نية الحائز وقت حيازته للمنقول⁽¹⁾.

ولا يشترط المشرع الفرنسي في المادة (2279) من القانون المدني أن ترتكز الحيازة على السبب الصحيح أو حسن النية واكتفى بالنص على أن الحيازة في المنقول سند الحائز، بينما الفقه والقضاء في فرنسا يشترط حسن النية على أساس أن المشرع الفرنسي في المادة (1141) من القانون المدني جعل لمن له الحيازة الحقيقية الأفضلية على من ينازعه فيها بشرط أن يكون حسن النية، أما السبب الصحيح فلا يشترط توافره في الفقه والقضاء، وهذا راجع إلى أن المشرع الفرنسي لم ينص عليه في المادة (2279) من القانون المدني كما فعل في المادة (2265) من القانون المدني باشتراط توافر السبب الصحيح لاكتساب ملكية العقار في التقادم القصير⁽²⁾.

وأما المشرع اليمني فقد تأثر برأي جمهور الفقهاء المسلمين فالعقار والمنقول كلاهما محلاً للغصب، إذ نصت المادة (1126) من القانون المدني على إنه " يلزم الغاصب رد العين المغصوبة إلى موضع الغصب ويصح ردها إلى موضع الطلب إن كانت موجودة فيه وقبل مالكة"، يتضح من هذا النص أن الغصب يجري في المنقول كما يجري في العقار، وبالتالي فإن الغاصب يلتزم برد العين المغصوبة إلى موضع الغصب أو موضع الطلب إذا كانت موجودة فيه، وهذا يعني أن المغصوب منه مخير بين مطالبة الغاصب برد العين المغصوبة إلى مكان الغصب أو المطالبة بردها إلى مكان آخر يحدده المغصوب منه، وله الحق في مطالبة الغاصب باستردادها إذا صادفه في مكان آخر غير المكان الذي وقع فيه الغصب إذا كانت العين المغصوبة معه.

وبالعودة إلى المادة (279) من القانون المدني الأردني والتي نصت على إنه " 1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه 2- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بالحالة التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه 3- فإن أستهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب 4- وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده".

يتضح من هذه المادة أن المنقول يصح أن يكون محلاً للغصب تماماً كالعقار وتطبق عليهما أحكام الغصب، فيجب على الغاصب رد المغصوب إن كان باقياً وضمانه إذا تلف أو ضاع منه وكذلك ضمان منافعه وزوائده، لأن كلمة غصب المال الواردة في هذه المادة تشمل العقار والمنقول وكل حق مالي له قيمة مالية، ويرى أحد الشراح إن حكم الغصب في القانون المدني الأردني ينطبق على العقار والمنقول على حد سواء، وإنه لا حاجة إلى إيراد نص كنص المادة (197) من القانون المدني العراقي والتي تنص على إنه " المغصوب إن كان عقاراً يلزم

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص131 و135.

(2) فرج إبراهيم عبد الله سكر، الحيازة في المنقول كسبب من أسباب الملكية دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الأزهر، غزة، 2011م، ص17.

الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان⁽¹⁾.

ثالثاً: المنافع

النفع في اللغة: كلمة تدل على خلاف الضرر ونفعه ينفعه نفعاً ومنفعة، والمنافع جمع منفعة⁽²⁾، والمنفعة في الاصطلاح: ما كانت من قبيل الأعراض كسكنى العقار وركوب الدابة وما شاكل ذلك، والمنافع أموال متقومة مضمونة تجري مجرى سائر الأموال⁽³⁾، وبهذا الصدد تنص المادة (596) من مجلة الأحكام العدلية على إنه " لو استعمل واحد مالاً بدون إذن صاحبه كان غاصباً فلا يلزمه ضمان منافعه ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل وإن كان معداً للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد مثلاً لو سكن واحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة لكن إذا كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير لزمه أجر مثل المدة التي سكنها في كل حال أي سواء كان ثمة تأويل ملك أو عقد أو لم يكن وكذلك إذا كانت الدار دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد يلزم أيضاً أجر المثل ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل".

وقد جاء في المادة (197) من القانون المدني العراقي " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، وتقرر هذه المادة أن منافع المغصوب تعتبر مغصوبة وهذا يؤدي طبعاً على الزام واضع اليد على العقار بدون حق، أي على الغاصب أن يرده إلى مالكة، وأن هذا هو الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب، وعلى غاصب العقار أن يعرض المغصوب منه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب، لأنها تُعد مغصوبة كأصلها والتعويض عن المنافع إنما يكون بأداء أجر مثله، ويُلاحظ أن الزوائد غير المنافع فإن الزوائد مادية كالثمر والصوف، والمنافع غير مادية كالسكنى بالنسبة للدار والركوب بالنسبة للسيارة.

وبهذا الصدد تنص المادة (196) من القانون المدني العراقي على إنه " زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلك ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، والحكم الذي جاءت به هذه المادة محل خلاف بين الفقهاء المسلمين، وقد قطع المشرع العراقي هذا الخلاف بنص المادة (196) السابق ذكرها اخذاً برأي جمهور الفقهاء وهو أن زوائد المغصوب مغصوبة مثله، ولم يأخذ برأي فقهاء الحنفية الذاهب إلى أن زوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب متصلة كانت أو منفصلة⁽⁴⁾.

والمراد من زوائد المغصوب نتاجه وثمراته الحاصلة في مدة الغصب كالتمر من النخيل واللبن والصوف من الغنم والعسل من النحل، فزوائد المغصوب التي حصلت في يد الغاصب بعد

(1) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 49.

(2) أبو نصر الجوهري، مصدر سابق، ص 1292. أحمد بن فارس، مصدر سابق، ص 463.

(3) سليم رستم، مصدر سابق، ص 272. د. نادر القضاة، مصدر سابق، ص 108.

(4) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 286 و 270.

الغصب تُعتبر مغصوبة كأصلها لانطباق مفهوم الغصب عليها فيضمنها الغاصب⁽¹⁾، ويرى أحد الشراح من مزايا المادة (196) من القانون المدني العراقي إنها خرجت من التأثير برأي الفقه الحنفي وعن النقل الحرفي من مجلة الأحكام العدلية كما في المواد السابقة، لأن ما ذهب إليه الاحناف بالقول بعدم كون الزوائد مغصوبة ضيق من دائرة مسؤولية المعتدين على أموال الناس كثيراً، وهذا مما يخدم الغاصب بتخليصه من المسؤولية المدنية بمجرد قيامه بدفع بدل المغصوب فقط، ولكن هذه المادة سكنت عن إلزام الغاصب برد الزوائد إذا كانت باقية، لأنه لا يوجد فرق بين الأعيان والزوائد في وجوب ردها في حالة بقائها تحت يد الغاصب ورد بدلها من المثل إذا كانت من المثليات وبالقيمة إذا كانت من القيميات في حاله تلفها حقيقةً أو حكماً⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (979) من القانون المدني على إنه " يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير إنه يجوز أن يسترد ما انفقه في إنتاج هذه الثمار"⁽³⁾، فالحائز سيء النية كالغاصب يلتزم بان يرد للمالك الثمار التي قبضها، وأن يردها عيناً إذا كانت لا تزال موجودة في يده أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها، ويلتزم الحائز بان يرد إلى المالك قيمة الثمار التي قصر في قبضها ويقدر القاضي قيمة هذه الثمار⁽⁴⁾، ويكون الحائز مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها، والتي قصر في قبضها ولا يجوز إلزام الحائز برد الثمار لمجرد أن يضع يده على عقار مملوك للغير متى كان حسن النية وقت قبضها أي يعتقد إنه يجني ثمار ملكه وإنه لا يعتدي على حق غيره⁽⁵⁾.

وحسبما أوضحته المادتان (983) و(984) من القانون المدني المصري يكون الحائز السيء النية مسؤولاً عن منفعة المغصوب وعما طرأ عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك وكما يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء وتلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي، فيرد للمالك قيمة الشيء وقت الهلاك أو يرد الشيء نفسه إذا تعيب مع التعويض عن النقص في قيمته إذا كان التلف جزئياً⁽⁶⁾.

(1) منير القاضي، مصدر سابق، ص 308 وص 309.

(2) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 296.

(3) والثمار هي ما ينتج الشيء من غلة متجددة، وقد تكون ثماراً طبيعية كالزراع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه أو ثماراً صناعية كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والإنسان أو ثماراً مدنية كأجرة الأراضي والمساكن. د. السنهوري، مصدر سابق، ج 8، ص 511.

(4) د. قدرى الشهاوي، مصدر سابق، ص 373. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 226.

(5) فإذا كان العقار لا ينتج ثماراً فإن الحائز لا يلتزم برد ثمار لم يقبضها، ولكنه في هذه الحالة يلتزم بتعويض المالك عن الغصب الذي حال من دون انتفاع المالك بعقاره، وبهذا الشأن قضت محكمة النقض في قرار لها جاء فيه " يقتضي حتماً التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند بحث تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فإن لكل حكماً فالثمرة وهي الريع واجبة الرد إذا كان أخذها سيء النية والحق في المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقادم إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة (375) من القانون المدني، ولا يغير من ذلك أن عين النزاع غير مثمرة فلا يؤثر ذلك في إلزام غاصبها بتعويض صاحب الحق عن حرمانه من الانتفاع بها، أما إذا كان أخذها حائزاً للعين واقتربت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة". نقض 1/21/1993 / طعن (1813) س 57 ق. المستشار أنور طلبه، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004م، ص 413-419.

(6) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص 213.

وتنص المادة (1352) من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على إنه " إذا قام من تسلم الشيء بحسن نية ببيعه فلا يلزم إلا برد ثمن البيع وإذا تسلمه بسوء نية وجبت عليه قيمته يوم الرد إذا كانت أعلى من الثمن"، وتنص في فقرتها الثالثة على إنه " يشمل الرد الثمار ومقابل الانتفاع بالشيء ويقدر القاضي مقابل الانتفاع يوم النطق بالحكم ويتم رد الثمار التي لا تكون موجودة عيناً وفق قيمتها المقدرة في تاريخ السداد تبعاً لحالة الشيء في يوم الوفاء بالالتزام مالم يشترط غير ذلك"⁽¹⁾.

وأما في القانون المدني اليمني فالمادة (1130) تنص على إنه " يلزم الغاصب رد فوائد العين المغصوبة الأصلية"، وقد عرفت المادة (1158) الفوائد الأصلية بقولها " الفوائد الأصلية هي ما تولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف واللبن والتمر وما إليها، والفوائد الفرعية هي ما نتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه"، وحسناً فعل المشرع اليمني حين احتذى حذو المشرع العراقي بالنص على حكم ضمان منافع المغصوب، كما نص على حكم ضمان زوائد المغصوب تسوية بالعين المغصوبة.

وأما في القانون الأردني فيقول أحد الشراح لم أجد في القانون المدني الأردني نصاً صريحاً يُعرف المنافع ولكنه جاء في المادة (54) ما نصه " كل شيء يمكن حيازته مادياً ومعنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، وجاء في المادة (2/279) " فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه

بالحالة التي كان عليها عند الغصب"، وجاء في المادة (4/279) " وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده"، وهذه النصوص متوافقة ومنسجمة مع رأي جمهور الفقهاء على الرغم من أن القانون المدني الأردني قد استمد أغلب نصوصه من الفقه الحنفي.

(1) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص 61.

الفصل الثاني

أنواع التصرف في المال المغصوب

إن وجود المغصوب في يد الغاصب من شأنه أن يغريه بالتصرف فيه مع احتياط الفقه والقانون بضرورة قيام الغاصب برد المغصوب للحيلولة بين الغاصب وبين جني ثمار غصبه، ولكن مدة بقاء المال المغصوب في يد الغاصب قد تكون كافية لممارسة بعض التصرفات، والتصرف الذي يجريه الغاصب في المال المغصوب إما أن يكون تصرفاً فعلياً أو أن يكون تصرفاً قولياً، وعلى هذا سنعرض في هذا الفصل أنواع التصرف في المال المغصوب وذلك في مبحثين، نخصص المبحث الأول للتصرف الفعلي في المال المغصوب من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونتكلم في المطلب الثاني عن التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون، ونكرس المبحث الثاني للتصرف القولي في المال المغصوب من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول التصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونتحدث في المطلب الثاني عن التصرف القولي في المال المغصوب في القانون.

المبحث الأول: التصرف الفعلي في المال المغصوب

التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي يقابله العمل المادي في القانون المدني، إلا إنه هنالك من ينكر وجود هذه المقابلة على أن وقائع الميلاد والوفاة والجوار والقرابة ماهي إلا أوصاف شرعية وليست تصرفات فعلية، والراجح هو مقابلة التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي للعمل المادي في القانون المدني، لأن الفقه الإسلامي يميز بين التصرفات القولية التي هي التصرفات القانونية والتصرفات الفعلية التي هي الوقائع المادية⁽¹⁾، وهنا يلزمنا أن نتعرف على رأي الفقهاء المسلمين وموقف القانون فيما لو تصرف الغاصب في المغصوب تصرفاً فعلياً، وتأسيساً على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص المطلب الأول للتصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني للتصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون.

المطلب الأول: التصرف الفعلي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

قد يكون المال المغصوب عرضه لمجموعة من التصرفات الفعلية كتغير المغصوب وامتزاجه بغيره أو اتصاله بشيء آخر، فما حكم هذه التصرفات في الفقه الإسلامي؟ وللإجابة عن هذا الموضوع شيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: تغير المغصوب

التغير هو تبدل الشيء من حالة إلى حالة أخرى كما أو كيفاً أو كمّاً وكيفاً معاً، وتغير المغصوب أما أن يكون بفعل الطبيعة أو بفعل الغاصب أو بفعل غيره⁽²⁾، فإذا تغيرت صفة المغصوب أو فقد ذاتيته بفعل الطبيعة كما لو كان المغصوب فاكهة فتغيرت بنفسها كأن يبست أو كان عصيراً فصار خلاً أو عنباً فصار زبيباً، وفي حكم ذلك قال فقهاء الحنفية والمالكية صاحب الخيار إن شاء أخذ المغصوب بعينه ولا شيء له وإن شاء تركه في يد الغاصب وضمنه مثل ما غصب⁽³⁾، وقال فقهاء الشافعية إن غصب عصيراً فصار خماً ضمن العصير بمثله، لأنه بانقلابه أسقط قيمته، فإن صار العصير خلاً يلزم الغاصب برده للمغصوب⁽⁴⁾، وقال فقهاء الحنابلة إن غصب عصيراً فصار خماً، فعليه قيمة المغصوب، وإن انقلب خلاً عليه رد المغصوب مع ما نقص من قيمة العصير⁽⁵⁾، وقال فقهاء الإمامية إذا غصب عصيراً فصار خماً ثم صار خلاً يسترده المالك لأن هذا عين ماله، وإن نقصت قيمة الخل كان الارش على الغاصب⁽⁶⁾، أما إذا تغير المغصوب بفعل من الغاصب حتى إذا غيره تغيراً جوهرياً أفقده ذاتيته وأزال عنه اسمه وأكثر منافعه كما لو غصب حنطة فطحنها دقيقاً أو قطناً فغزله أو حديداً فصنعه سيفاً⁽⁷⁾، فما حكم هذه الحالة برأي الفقهاء المسلمين؟، للإجابة على هذا التساؤل ذهب فقهاء الحنفية وبعض فقهاء

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، 1984م، ص31. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار المعارف، القاهرة، 1967م، ص69.

(2) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص279.

(3) أبي الليث السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، دار الفكر، دمشق، بلا سنة طبع، ص115.

(4) أبي حامد الغزالي، الوجيز، ج1، مطبعة الأدب والمؤيد، مصر، 1317هـ، ص211.

(5) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ج2، المطبعة السلفية، بلا سنة طبع، ص250.

(6) محمد بن حسن بن علي الطوسي، المبسوط، ج3، طبعة حجرية، إيران، 1271هـ، ص72.

(7) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص229 و230.

الزيدية وبعض فقهاء الإمامية وبعض فقهاء المالكية⁽¹⁾ إلى القول بزوال ملك المغصوب منه عن المغصوب ويملكه الغاصب، ويضمن بدله المثل في المثلي والقيمة في القيمي⁽²⁾، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء بقولهم لا ينقطع حق المالك في ملكه وله أن يأخذه طالما كان باقياً كله أو بعضه، لأن صاحب الملك أولى بملكه من الغاصب، وإذا ترتب على ذلك التغير أو التحويل نقص في قيمة المغصوب كان على الغاصب ارش النقص ولا شيء للغاصب في الزيادة⁽³⁾.

وكذلك من غصب فضة أو ذهباً وصكها دراهم ودنانير أو صنعها آنية لا يزول ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة فيأخذها⁽⁴⁾، لأن العين باقية واسمها باقي⁽⁵⁾، ولا شيء للغاصب عند جمهور الفقهاء والخيار للمغصوب منه بين أخذ المغصوب مع ارش النقص وبين القيمة يوم الغصب في حالة تغير المغصوب وتحويله إلى شيء آخر⁽⁶⁾.

وقد استدل أصحاب الرأي الأول على قولهم بانتقال ملكية المغصوب للغاصب بإحداث فعل يؤدي إلى تغييره وإخراجه عن هيئته بالسنة النبوية والمعقول، وفي السنة النبوية استدلوا بما روي أن الرسول (ص وآله) كان في ضيافة رجل من الأنصار، فقدم إليه شاة مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال الرسول (ص وآله) إنها ذبحت بغير حق، فقال الأنصاري كانت شاة أخي وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال الرسول (ص وآله) أطعموها الاسارى⁽⁷⁾، ووجه الدلالة بالحديث أن الرسول (ص وآله) جعل لهم تملكها بالعمل، لأنه أمرهم بإطعامها الاسارى، فأمره بالتصدق بها ببيان منه أن الغاصب قد ملكها، ولو لم يملكها لمنعهم ولأمر بردها إلى مالكةا إن كان حاضراً أو بيعها وحفظ ثمنها له إن كان غائباً.

وأما المعقول فقالوا إن الغاصب أحدث صنعه متقومة، فاصبح حق المالك هالكاً حيث تبدل الاسم والصورة والمعنى، وحق الغاصب في الصنعة قائم، والملك لا يبقى في الهالك كما في

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج9، ص4416. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص181. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص247. الخرشي، مصدر سابق، ج6، ص134.

(2) وقال فقهاء الحنفية لا يحل للغاصب الانتفاع بالمغصوب حتى يؤدي بدله استحقاقاً، لأنه في جواز الانتفاع قيل دفع البذل فتحاً لباب الغصب، فيحرم الانتفاع قيل قبول المالك بأداء البذل أو إبرائه. الشيخ عبد الغني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، 1980م، ص191.

(3) الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص289. المقدسي، مصدر سابق، ج5، ص197. الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص153. الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص444.

(4) وقال صاحباً أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد) يملكها الغاصب وعليه مثلها، وذلك لأن الغاصب أحدث فيها صنعة معتبرة صار فيها حق المالك في حكم الهالك مما أدى إلى تغاير الأصل مع الحادث المصنوع في الاسم والمعنى، وبالتالي فقد جاء رأيهم مخالفاً لرأي أبي حنيفة. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، ج2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1989م، ص190.

(5) ويرى أحد فقهاء الزيدية إذا فعل الغاصب في العين المغصوبة ما أزال اسمها ومعظم منافعها، فهذا لا يوجب أن تصير تلك العين بعد تغييرها ملكاً للغاصب بل المالك بالخيار إن شاء أخذها وأخذ ارش النقص وإن شاء تركها وأخذ قيمتها. محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص375.

(6) أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار، ج3، ط1، طبعة وزارة العدل، مصر، 1340هـ، ص532. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1957م، ص147.

(7) أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ط1، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، بلا سنة طبع، ص235.

الهالك الحقيقي، ولأن الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوع اعتداء عليه أو اضرار به، وهذا يوجب زوال ملكه من المغصوب وانتقاله للغاصب⁽¹⁾.

وقد استدل أصحاب الرأي الثاني على قولهم بعدم زوال ملكية المغصوب منه للمغصوب المتغير بفعل الغاصب أو بفعل غيره بالقرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول، وفي القرآن الكريم فاستدلوا بقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"⁽²⁾، وجه الدلالة بالآية الكريمة إن الله سبحانه وتعالى نهى عن أكل أموال الغير بالباطل، وما أحدثه الغاصب في المغصوب من تغير وتصرف فيه عمل باطل، والباطل لا أثر له فيبقى المغصوب مملوكاً لصاحبه.

وأما في السنة النبوية فاستدلوا بما روي أن الرسول (ص وآله) قال " لا يحل لأحد منكم من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه"⁽³⁾، وقوله (ص وآله) " إن دمائكم وأموالكم عليكم حرام"، وقوله (ص وآله) " ليس لعرق ظالم حق"، وغيرها من الأحاديث الشريفة التي تشهد على حرمة أموال الآخرين وعدم الانتفاع بها إلا بإذن أصحابها، وإن عمل الغاصب في تغير المغصوب لا ينتج حقاً له لأنه ظلم وعليه رده لصاحبه⁽⁴⁾.

وأما في المعقول فقالوا إذا قام الغاصب بإحداث تغير في المغصوب، فإن المالك يأخذه ولا يتملكه الغاصب وعليه ارش النقص وذلك لأمر منها بقاء ذات المغصوب وعينه بعد فعل الغاصب والفائت بعض الصفات وهذا لا يبطل حق الاسترداد، وإن ملكية المغصوب ثابتة للمالك وما فعله الغاصب في المغصوب محظور لا يصلح سبباً لثبوت الملك، لأن الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعاً فبقي المغصوب على ملك المالك⁽⁵⁾.

وقد يلجأ الغاصب إلى تغيير بعض أوصاف المغصوب أما بزيادة شيء عليه أو انقاصه، والزيادة التي تحصل من الغاصب، أما زيادة عين أو زيادة وصف كمن غصب الدقيق فخلطه بسمن أو غصب الثوب فصبغه، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ولهم ثلاثة آراء، فيرى فقهاء الحنفية والمالكية للمالك الخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره وإن شاء أخذه وأعطى قيمة الزيادة⁽⁶⁾، وقال فقهاء الحنابلة وبعض فقهاء الشافعية إن أمكن فصل الزيادة أجبر الغاصب على ذلك وإن لم يمكن فصل الزيادة ولم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب وإن نقصت قيمة المغصوب لزم الغاصب ارش النقص وإن زادت قيمة المغصوب اشترك الغاصب والمغصوب منه⁽⁷⁾، ويرى فقهاء الإمامية وفقهاء الزيدية وبعض فقهاء الشافعية يجب على

(1) السرخسي، مصدر سابق، ج 11، ص 87.

(2) سورة النساء: الآية 29.

(3) الماوردي، مصدر سابق، ج 8، ص 490.

(4) القرافي، مصدر سابق، ج 9، ص 22.

(5) الكاساني، مصدر سابق، ج 7، ص 148. المقدسي، مصدر سابق، ج 5، ص 197.

(6) المرغيناني، مصدر سابق، ج 4، ص 17. ابن الخطاب، مصدر سابق، ج 5، ص 287.

(7) عبد الله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 2، ط 5، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، 1988م، ص 394. أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم مع مختصر المزني، ج 8، ط 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1980م، ص 217.

الغاصب فصل الزيادة التي أضافها على المغصوب مع ضمان ما يطرأ على المغصوب من نقص، وأما إذا لم يمكن فصل الزيادة فالغاصب يكون شريكاً مع المغصوب منه بقدر ماله⁽¹⁾.

وبهذا الصدد يرجح أحد الشراح الرأي الأخير وحجته في ذلك إنه أقرب إلى تحقيق العدالة في مراعاة حق الطرفين، وإنه يجب على الغاصب إذا أمكن فصل الزيادة رد المغصوب كما هو إلى المالك، ولا يلزم بضمان قيمة المغصوب إذا لم يمكن فصل الزيادة، وهي عين مال الغاصب، فكان الأوفق جعل الغاصب شريكاً مع المالك بقدر حقه مع الاحتفاظ للمالك بحقه في التعويض فيما لو حصل نقص للمغصوب بسبب الزيادة⁽²⁾.

وهنا يمكن القول بترك الخيار للمالك بين دفع قيمة الزيادة واسترداد المغصوب أو ترك المغصوب للغاصب وتضمينه مثله إذا كان المال مثلياً وقيمته إذا كان المال قيمياً، وإن المغصوب قد يحصل فيه نقص أو عيب عند الغاصب⁽³⁾، باستعماله أو بغير استعماله مثل تخريق الثوب وتهدم الدار وجرح الدابة⁽⁴⁾، وهنا ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية وبعض الحنفية إلى أن النقص مضمون على الغاصب مطلقاً سواء حدث بأمر سماوي أو بفعل الغاصب أو بفعل غيره⁽⁵⁾.

وذهب فقهاء المالكية إلى التفصيل الآتي:

1- يرى أحد فقهاء المالكية لا يكون ضامن للنقص مطلقاً سواء كان النقص بقوة قاهرة أم بفعل الغاصب⁽⁶⁾.

2- ويرى آخر يكون النقص مضمون إذا كان بفعل الغاصب أو فعل غيره، ولا يكون الغاصب ضامناً إذا كان النقص بأمر سماوي لا يد للغاصب فيه⁽⁷⁾.

3- ويرى بعض المالكية إذا كان النقص بفعل الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يأخذ المغصوب مع قيمة النقصان، وبعض فقهاء المالكية اختلفوا في وقت تقدير قيمة النقص منهم من قال يوم حدوث النقص ومنهم من قال يوم الغصب⁽¹⁾.

(1) الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص154. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص184. شمس الدين محمد بن العباس بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، مطبعة الحلبي، مصر، 1967م، ص182.

(2) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص178.

(3) ونقص الشيء: فوات جزء من الشيء أو وصف من أوصافه، والعيب: هو ما يقلل من قيمة الشيء أو من منافعه، والارش: هو الفرق بين قيمة الشيء سالماً وقيمته معيباً. د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص288.

(4) وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن نقص المغصوب بسبب فوات جزء من العين المغصوبة وزواله مثل خرق الثوب وغيره يلزم الغاصب بضمان النقص في جميع الأحوال، فإذا كان النقص يسيراً كالخرق اليسير في الثوب، فليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقص وذلك لبقاء العين بذاتها وإن كان النقص فاحشاً كالخرق الكبير في الثوب، فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه النقصان وإن شاء تركه للغاصب وأخذ قيمته، لأنه أصبح مستهلكاً. أحمد بن محمد بن اسماعيل الطحطاوي، حاشية الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج6، دار الطباعة العامرة، بولاق، 1254هـ، ص190.

(5) الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص376. ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص294. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص135. الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص153. الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص155.

(6) محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص266.

(7) الحطاب، مصدر سابق، ج7، ص328.

4- ويرى بعض المالكية إذا كان النقص بفعل غير الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب أو يترك الغاصب ويتبع الغير⁽²⁾.

5- فرق أبو حنيفة بين النقص الجسيم وغير الجسيم، فيضمن القيمة في الحالة الأولى ويضمن النقص في الحالة الثانية⁽³⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء بقوله أن الغاصب مسؤول عن كل نقص أو عيب يحدث في المغصوب بعد الغصب وقبل رده إلى صاحبه سواء كان النقص أو العيب حدث بقوة قاهرة أم بفعل الغاصب أم بفعل غيره، وذلك لأن النقص تلف جزئي للمغصوب والغاصب يكون ضامناً للتلف الجزئي كما يضمن التلف الكلي على أساس إن حكم الكل يسري على الجزء، وإن يد الغاصب يد ضمان فهو مسؤول عن كل ما يحدث في المغصوب بعد الغصب، ويضر بحق المغصوب منه بغض النظر عن مصدره، إذ إن الغاصب سيء النية وبالتالي يُسال عن كل نقص يصيب المغصوب بسبب عمله غير المشروع سواء كان النقص فاحشاً أو يسيراً⁽⁴⁾.

وإن ضابط الفرق بين النقص اليسير والنقص الفاحش، إن النقص اليسير هو ما لا يفوت به شيء من المنافع، وإنما يدخل في نقصان المنافع، ويعبر عنه بالنقص المستقر أي الذي لا يؤدي إلى تلف الكل كالخرق اليسير في الثوب، وفي حكم هذه الحالة يرى الفقهاء إنه ليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقص وذلك لبقاء العين بذاتها، ولا يجبر الغاصب على أخذ المغصوب ودفع قيمته⁽⁵⁾، والنقص الفاحش هو ما يفوت به جزء من العين المغصوبة وجنس المنفعة مع بقاء بعض العين وبعض المنافع، ويعبر عنه بالنقص غير المستقر كالخرق الكبير في الثوب أو طعام ابتل بالماء أو حنطة ابتلت بالماء وادى إلى تلفها⁽⁶⁾، وفي حكم هذه الحالة اختلف الفقهاء ولهم أربعة آراء:

الرأي الأول: يُعتبر المغصوب كالهالك، ويغرم الغاصب بدل المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وهو القول الأول للشافعية وقول ضعيف للإمامية.

الرأي الثاني: للمالك أن يأخذ المغصوب مع ارش النقص، وهو القول الثاني للشافعية ورأي الظاهرية والقول الراجح عند الإمامية.

الرأي الثالث: الخيار للمالك بين أخذ مثله من الغاصب أو أخذ المغصوب مع ارش النقص، وهو القول الثالث للشافعية ورأي الحنابلة.

(1) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص289.

(2) الدردير، مصدر سابق، ج4، ص94.

(3) الطحطاوي، مصدر سابق، ج6، ص190.

(4) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص290.

(5) النووي، مصدر سابق، ج5، ص33. القيلوبي، مصدر سابق، ج3، ص36. الرملي، مصدر سابق، ج5، ص173. الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص369. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص92. ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص188. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص135. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص239.

(6) سعد رستم، مصدر سابق، ص51 وص52.

الرأي الرابع: تخيير الغاصب بين أن يمسك المغصوب ويغرمه وبين أن يرده مع ارش النقص وهو القول الرابع للشافعية⁽¹⁾.

وأما إذا تغيرت قيمة المغصوب بسبب نقصان السعر، وهو تحت يد الغاصب وأصبحت قيمته وقت رده إلى المالك أقل مما كانت عليه وقت الغصب، فيرى جمهور الفقهاء أن الغاصب لا يضمن نقصان السعر إذا رد المغصوب في مكان الغصب، ولا يحق للمغصوب منه ترك المغصوب للغاصب والمطالبة بقيمته، وسندهم في ذلك إن نقص السعر ليس بفوات وإن المغصوب باق على حاله وإن هبوط الأسعار في الأسواق يرجع إلى فتور رغبات الناس وليس إلى عين الشيء وصفته⁽²⁾.

ويرى فقهاء الظاهرية وبعض فقهاء الشافعية والزيدية أن الغاصب يضمن نقصان السعر وحجتهم في ذلك أن الغاصب فوت منفعة للمالك متعلقة بالعين كان يمكن أن يستفيد منها، إذ كان بمقدوره أن يبيع المغصوب وقت الغلاء، وأن الغاصب ملزماً برد المغصوب إلى المالك بجميع صفاته إذا زاد ثمن المغصوب، لأنه حين زاد ثمنه كان مفروضاً عليه أن يرده إليه وهو يساوي تلك القيمة، فإذا نقصت قيمته فإنه لا يسقط رد ما لزمه رده⁽³⁾.

وأما فقهاء المالكية فإنهم يفرقون بين الغصب والتعدي، فالغصب هو الاستيلاء على العين بقصد تملكها، أما التعدي هو الاستيلاء على العين بقصد الانتفاع بها⁽⁴⁾، وعندهم أن العين المغصوبة إذا نقصت قيمتها السوقية فلا ضمان على الغاصب في نقص القيمة، بل يأخذها مالکها ولا شيء له، وفي التعدي يلزم المتعدي بقيمة العين يوم التعدي عليها إن تغير سوقها⁽⁵⁾.

ونحن نتفق مع رأي جمهور الفقهاء في أن الغاصب لا يضمن نقصان السعر في المغصوب إذا استرده صاحبه، وهو باق على حاله، وأما إذا حدث في المغصوب عيب أو نقص، فالغاصب ملزم بالضمان بمثله إذا كان مثلياً وقيمه إذا كان قيمياً.

والسؤال المطروح هنا ما الحكم إذا كان المغصوب نقوداً ثم ارتفعت أو انخفضت قوتها الشرائية بعد الغصب؟ في الإجابة عن هذا السؤال يرى جمهور الفقهاء أن المدين لا يلزم إلا برد ما أخذه كماً وكيفاً سواء كان الأخذ بصورة مشروعة كما في القرض أم بصورة غير مشروعة كما في الغصب⁽⁶⁾، ويرى أحد الفقهاء أن الحل لمسألة تقلب قيمة النقود يتمثل بالصلح على الأوسط، بمعنى أن يتقاسم المقرض والمقترض أو الغاصب والمغصوب منه الضرر الناجم عن تغير سعر

(1) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص 167 و 168.

(2) المرغيناني، مصدر سابق، ج 4، ص 17. الرملي، مصدر سابق، ج 5، ص 172. المرداوي، مصدر سابق، ج 6، ص 155. الصنعاني، مصدر سابق، ج 3، ص 358. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج 4، ص 181.

(3) ابن حزم، مصدر سابق، ج 8، ص 139. النووي، مصدر سابق، ج 4، ص 121. الشوكاني، مصدر سابق، ج 3، ص 355.

(4) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 164.

(5) الدردير، مصدر سابق، ج 3، ص 452. الخرشى، مصدر سابق، ج 6، ص 141.

(6) د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد 32، 2002م، ص 7 و 8.

النقود⁽¹⁾، ويرى آخر أن الحكم الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء فيه إجحاف بحق الدائن ومنافٍ للعدالة، فعلى سبيل المثال من غصب مائة دينار من شخص في وقت كان الدينار يساوي مثقالاً من الذهب فهل من العدل أن يحكم بأن المغصوب منه لا يستحق إلا القيمة نفسها في وقت يكون سعر المثقال من الذهب أكثر من ثمانين ألف دينارٍ فانخفاض العملة يحولها من المثلي إلى القيمي فلا يكون الرد بالمثل وإنما بالقيمة⁽²⁾، وكذلك الحكم إذا كان الأمر معكوساً، فالعبرة في حالة تغير القوة الشرائية يوم الغصب سواء كان التغير في ارتفاع القوة الشرائية أم انخفاضها، فالنقود من المثليات، وقد أجمع العلماء من الأصوليين والفقهاء على أن بدل المثل من المثل وإذا تعذر المثل يُصار إلى قيمته، وكذلك أجمعوا على أن مثل الشيء هو ما يساويه صورة ومعنى، والمعنى هو القيمة وتقدر بالمنفعة، وقد قسموا التزام المدين إلى الأداء والقضاء، والأداء هو تسليم الواجب نفسه إلى مستحقه، والقضاء هو تسليم أو رد مثل الواجب أو قيمته⁽³⁾.

الفرع الثاني: امتزاج المغصوب

المزج: هو الخلط بين شيئين فاكتر، وهما إما أن يكونا من نوع واحد أو يختلفان في النوع، وفي كلتا الحالتين إما أن يمكن فصل أحدهما عن الآخر أو لا يمكن⁽⁴⁾، فإذا كان من الممكن تمييز المغصوب وفصله عما اختلط به وكان المخلوط من جنسه أو من غير جنسه يلزم الغاصب برد المغصوب إلى صاحبه بعد فصله عن ماله كخلط الدراهم بالدنانير⁽⁵⁾.

وإذا خلط الغاصب المغصوب بغيره وتعذر تمييزه، فالحال لا يخلو من احتمالين، فأما أن يكون المخلوط من جنس المغصوب كخلط الحنطة بالحنطة والزيت بالزيت، وأما أن يكون من غير جنسه كخلط الحنطة بالشعير والزيت بالسمن⁽⁶⁾.

وهنا يرى فقهاء الإمامية إذا غصب دهناً كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان، وإن خلطه بأرداً أو أجود منه، فالغاصب يضمن المثل لتعذر تسليم العين في قول، وفي قول آخر يكون شريكاً في فضل الجودة ويضمن المثل في فضل الرداءة إلا أن يرضي المالك بأخذ العين، أما إذا خلطه بغير جنسه فُيعد استهلاكاً ويضمن مثله⁽⁷⁾، ولا يختلف رأي فقهاء الزيدية عن رأي فقهاء

(1) محمد امين الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، مطبعة شركة الصحافة العثمانية، استانبول، 1325هـ، ص67.

(2) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص290.

(3) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة والتشريعات المدنية العربية، بغداد، 2000م، ص271.

(4) ويرى جانب من الفقه أن الفقهاء المسلمين يستعملون مصطلح الجنس بدلاً من النوع ومصطلح النوع هو الصحيح منطقياً، وعلى سبيل المثال يعدون الشعير والحنطة جنسين بينما هما نوعان من جنس الحبوب. د.

مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص281.

(5) محمد بن مكي شمس الدين العاملي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، بلا سنة نشر، ص110. علاء الدين ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995م، ص489. ابن يحيى زكريا الأنصاري، منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب، ج1، مطبعة مصطفى البابي، 1948م، ص236. أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع، ج2، المطبعة المصرية بالأزهر، بلا سنة طبع، ص339. الخطاب، مصدر سابق، ج7، ص271. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج4، ص182.

(6) سيف سعيد، مصدر سابق، ص149.

(7) الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص154. الطوسي، مصدر سابق، ج3، ص79.

الإمامية في جعل خلط المغصوب بغير جنسه استهلاكاً، ويجب ضمان المثل لتعذر رد المغصوب⁽¹⁾.

ويرى فقهاء الحنفية إن خلط المغصوب بجنسه، كخلط الحنطة بالحنطة واللبن باللبن، يؤدي إلى تملك الغاصب للمغصوب، ولا حق للمالك في المخلوط عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه محمد وأبي يوسف المالك مخير إن شاء ضمنه مثل حقه وترك المغصوب للغاصب وإن شاء شاركه في المخلوط واقتسماه على قدر حقهما، وأما إذا خلطه بغير جنسه كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، فالخالط ضامن ولا حق للمالك في المخلوط، لأنه استهلاك⁽²⁾.

وللمذهب الشافعي قولان في مسألة أن الغاصب إذا مزج المغصوب بغيره وكان المخلوط من جنسه القول الأول: يجوز للغاصب أن يدفع مثله كما لو هلك، لأنه لا يستطيع رد عين المغصوب، والقول الثاني: يلزم الغاصب أن يدفع للمالك من المخلوط، لأنه يقدر على دفع بعض ماله فلا ينتقل للبدل، وإذا خلط المغصوب بأجود منه فإن بذل الغاصب للمغصوب منه من المزيج بقدر المغصوب يلزم المالك بقبوله، وإن بذله مثل المغصوب ففيه قولان: الأول يلزم المغصوب منه بقبوله، والثاني: يُباع المخلوط، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، وإذا خلط الغاصب المغصوب بأردأ منه ففيه قولان: الأول الخيار للمالك إن شاء طلب من المخلوط بقدر ماله، وإن شاء طلب البدل بمثله، لأن المخلوط دون حقه، والثاني يُباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وإن نقص فعلى الغاصب ضمانه⁽³⁾.

وقال فقهاء الحنابلة أن الغاصب إذا خلط المغصوب بماله ومن جنسه وتعذر تمييزه كما لو خلط حنطة أو زيتاً بمثله لزمه مثله، وإذا خلطه بغير جنسه أو بأردأ أو خير منه ففيه ثلاثة أقوال: في القول الأول يلزم الغاصب بمثل المغصوب، وفي القول الثاني أنهما شريكان بقدر حقهما، وفي القول الثالث يُباع المخلوط ويدفع إلى كل منهما بقدر حقه⁽⁴⁾.

بعد استعراض موقف الفقه الإسلامي من مسألة خلط المغصوب بغيره ولم يمكن الفصل بينهما، نحن نؤيد رأي فقهاء الإمامية، لأنه أيسر في حسم النزاع وأقرب إلى العدالة، وبالتالي أن الغاصب والمغصوب منه يكونا شريكين في قيمة المخلوط إذا خلط الغاصب المغصوب بمثله، ويُباع المخلوط ويُقسم الثمن بينهما كل بحسب حصته حتى لا يترك الغاصب مال غيره مقابل البدل، ويضمن الغاصب المثل إذا خلط المغصوب بغير جنسه وأقل منه في القيمة.

الفرع الثالث: اتصال أو التصاق المغصوب

الاتصاق: اتحاد أو اندماج شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لشخصين مختلفين على نحو يتعذر معه الفصل بينهما من دون تلف ومن دون أن يوجد بينهما اتفاق على هذا

(1) أحمد العنسي، مصدر سابق، ص359.

(2) جماعة من علماء الحنفية، الفتاوى الهندية، ج5، مطبعة دار الطباعة، بولاق، 1276هـ، ص117.

(3) الرملي، مصدر سابق، ج5، ص183. الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص378.

(4) مرعي بن يوسف الكرمي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، دار السلام للطباعة والنشر، دمشق، 1378هـ، ص241.

الاندماج⁽¹⁾، وأن الغاصب حين يبقى المغصوب تحت يده قد يتصرف فيه نتيجة الطمع وحب المال بأنواع من التصرفات كالبناء أو الغراس أو الزراعة أو إحداث تحسينات على العين المغصوبة، وفي مسألة البناء أو الغراس في الأرض المغصوبة اختلف الفقهاء في حكمها، ولهم أربعة آراء:

الرأي الأول: ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى التفرقة بين حالة ما إذا كانت قيمة البناء أو الغراس أكثر من قيمة الأرض المغصوبة، ففي هذه الحالة ليس للمغصوب منه الحق في استرداد الأرض وإنما له الحق في قيمتها فقط للضرر الكبير الذي يلحق بمن أحدث البناء أو الغراس إذا تمت إزالته، أما إذا كانت قيمة الأرض أكبر من قيمة البناء أو الغراس يلزم الغاصب برد الأرض لمالكها وبإزالة ما أحدثه من منشآت استناداً إلى قاعدة " أن الضرر الأشد يزال بالأخف"⁽²⁾.

وينتقد أحد الشراح هذا الرأي بالقول إنه يؤدي إلى تمكين الغاصبين اصحاب النفوذ والأموال من تملك أموال غيرهم بطريق القهر والغلبة بمجرد أن تكون قيمة ما أحدثوه من بناء أو غراس تزيد على قيمة الأرض المغصوبة⁽³⁾.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى إلزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من بناء أو غراس على الأرض المغصوبة، ولا ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس، لأن المحدث بمنزلة الغاصب، وليس له الحق في الاعتداء على ملك غيره، وحجتهم في ذلك ما روي عن يحيى بن عروة عن أبيه قال: قال رسول الله (ص وآله) " من احيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق"، وقال عروة: ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار نخلاً، فاختصما إلى النبي (ص وآله) ففضى للرجل بأرضه وقضى على الآخر أن ينزع نخله، قال: فلقد رأيت يضرب في أصولها بالفؤوس، قال أبو عبيد: هذا الحديث مفسر للعرق الظالم، وإنما صار ظالماً لأنه غرس في الأرض، وهو يعلم إنها ملك لغيره، فاصبح بهذا الفعل ظالماً غاصباً⁽⁴⁾.

الرأي الثالث: ذهب فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنفية إلى أن المغصوب منه مخير بين إلزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من بناء أو غراس وبين ترك البناء أو الغراس بقيمته مقلوعاً⁽⁵⁾، ويرى بعض الحنفية إذا كان القلع مضراً بالأرض للمالك تملك البناء أو الغراس بقيمته مستحقاً للقلع جبراً على الغاصب⁽⁶⁾.

الرأي الرابع: ذهب بعض فقهاء الشافعية وبعض فقهاء الحنابلة إلى إن ترك البناء أو الغراس لصاحب الأرض متوقف على رضا الغاصب، لأنه عين ماله فلا يجبر على أخذ القيمة، فإذا أبى إلا بالقلع فله، لأنه ملكه سواء أضر القلع بالأرض أم لا، وإذا حدث نقص في الأرض من جراء

(1) د. طلبة وهبه خطاب، نظام الملكية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط2، مكتبة سيد عبد الله وهبه، 1988م، ص551.

(2) السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص67.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص172.

(4) ابن عابدين، مصدر سابق، ج6، ص192. الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص371. ابن جزي، مصدر سابق، ص217. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص81. الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص353. الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص156.

(5) الدردير، مصدر سابق، ج3، ص454.

(6) المرغيناني، مصدر سابق، ج4، ص17.

القلع فعلى الغاصب للمالك ارش النقص⁽¹⁾، ونحن نؤيد رأي أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في الزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من بناء أو غراس في الأرض المغصوبة لقوة حجتهم بصرف النظر عن قيمة هذه المحدثات وما يلحق بالغاصب من ضرر من جراء القلع، لأنه معتد وظالم تسبب بضرر نفسه بنفسه⁽²⁾.

وأما في حكم مسألة الزرع في الأرض المغصوبة، يرى الفقهاء عدا أبي حنيفة وأبي يوسف بوقوع الغصب في الأرض، وذلك استناداً لقول الرسول (ص) " من ظلم قيد شبر من الأرض ظلماً طوقه الله إلى سبعين ارضين"⁽³⁾، فغاصب الأرض فأما أن لا يكون قد زرع فيها شيء أصلاً أو يكون قد زرع فيها والزرع ما زال قائماً أو زرع فيها وقد حصد الزرع، ولكل من هذه المسائل الثلاث حكم خاص فيها.

المسألة الأولى: غصب الأرض من دون الزراعة فيها

إذا غصب الغاصب الأرض ولم يزرع فيها وأدى ذلك إلى نقصان ثمنها بأن نبت فيها الحشيش وغيره مما يضر الأرض أو نقصت لبعد المياه عنها فصارت سبخة، ففي هذه المسألة يرى فقهاء الشافعية والحنابلة أن الغاصب يلزم بنزع الحشيش منها وردها إلى صاحبها، وعليه أجره المثل من يوم الغصب إلى يوم التسليم وارش النقص، لأنه حصل في يده فيجب ضمانه⁽⁴⁾، ويرى فقهاء الإباضية لا يلزم الغاصب بنزع الحشيش منها ويردها إلى صاحبه كما هي⁽⁵⁾، ونحن نؤيد أحد الشراح في ترجيحه الرأي الأول، لأنه أقرب إلى العدالة وأرفع للظلم والضرر، وإن لم يكن قد حدث في الأرض نقص فليس على الغاصب سوى تسليمها إلى صاحبها مع أجره المثل من يوم الغصب إلى وقت الرد⁽⁶⁾.

المسألة الثانية: غصب الأرض والزراعة فيها

قد يصادف الحكم على الغاصب برد الأرض المغصوبة وجود الزرع قائماً عليها، ولم يحن وقت الحصاد، فهل يجبر الغاصب على قلع الزرع؟، إذا استطاع صاحب الأرض ردها من الغاصب وكان الغاصب قد زرع فيها زرعاً فالبذر أما أن يكون لصاحب الأرض أو للغاصب، فإن كان البذر مملوكاً لصاحب الأرض أخذ الزرع ولا شيء للغاصب نظير عمله وزراعته، وإن كان البذر مملوكاً للغاصب فهل يأخذ صاحب الأرض زرع الغاصب لتصرفه في ملك غيره بغير إذنه واعتدائه على المغصوب منه؟⁽⁷⁾، في الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء، ولهم رأيين:

(1) الشيرازي، مصدر سابق، ج 14، ص 258. ابن قدامه، مصدر سابق، ج 5، ص 380.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 172.

(3) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص 204.

(4) الماوردي، مصدر سابق، ج 8، ص 456. النووي، مصدر سابق، ج 5، ص 14. ابن قدامه، مصدر سابق،

ج 5، ص 188. البهوتي، مصدر سابق، ج 4، ص 80.

(5) اطفيش، مصدر سابق، ص 444.

(6) د. حامد الفقي، المصدر السابق، ص 205.

(7) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 179.

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية والزيدية يجبر الغاصب على قلع الزرع وتسليم الأرض فارغة لصاحبها⁽¹⁾، وسندهم في ذلك من السنة النبوية والإجماع والمعقول، أما في السنة النبوية ما روي عن الرسول (ص وآله) قوله " ليس لعرق ظالم حق"⁽²⁾، أما في الإجماع فقد أجمع العلماء على إن من اغتسب نخلاً أو ثمرًا ونباتاً في أرض غيره يؤمر بالقلع⁽³⁾، وفي المعقول للمالك إجبار الغاصب على القلع، لأنه زرع في أرض غيره ظلماً، فيجب عليه رفع الظلم وإزالة الضرر، فيؤمر بتفريغها وردها إلى مالكها وعليه تسويتها وارش نقصها وأجرة المثل⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: يرى فقهاء الحنابلة والإمامية لا يجبر الغاصب على قلع الزرع، ويخير المالك بين إبقاء الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع إليه النفقة ويكون الزرع له⁽⁵⁾، وقد استدلوا على ذلك بالسنة النبوية والمعقول، أما في السنة النبوية بما روي أن الرسول (ص وآله) قال "من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته"⁽⁶⁾، أما المعقول لا يجبر الغاصب على القلع على وجه يضر به، كما لو كانت الأرض مستعارة وزرع فيها المستعير فإنه لا يجبر على القلع حتى حصاد الزرع، ولأنه أمكن رد المغصوب لمالكه من غير إتلاف مال الغاصب فلم يجز إتلافه كما لو غصب سفينة وحمل فيها أموال وسار بها في عرض البحر، فالغاصب لا يجبر على ردها حتى ترسو صيانة للمال عن التلف⁽⁷⁾.

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة غصب الأرض والزراعة فيها، نحن نتفق مع أصحاب الرأي الثاني في عدم إجبار الغاصب على القلع وترك الخيار للمالك في إبقاء الزرع في الأرض إلى الحصاد مع الزام الغاصب بدفع الأجرة وارش النقص أو أن يكون الزرع له مقابل أن يدفع للغاصب ما أنفقه على الزرع في الحرث والسقي وقيمة البذر وغير ذلك.

المسألة الثالثة: غصب الأرض والزراعة فيها وحصاد الزرع

إذا استطاع المغصوب منه رد الأرض من غاصبها أو قام الغاصب بردها إليه بعد حصاد الزرع، فلا خلاف بين الفقهاء في كون الزرع للغاصب، وعليه الأجرة من وقت الغصب إلى وقت التسليم، وإذا نقصت الأرض بالزراعة فعلى الغاصب ارش النقص، لأنه استوفى نفعها كما لو استوفاه بالإجارة، ولأن المنفعة مال يجب أن تضمن كالعين⁽⁸⁾.

(1) الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص229. القرافي، مصدر سابق، ج8، ص331. الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص371. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص144. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص181.

(2) مالك بن أنس، الموطأ، ج2، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة طبع، ص743.

(3) القرطبي، مصدر سابق، ج2، ص322.

(4) الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص353.

(5) البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص80. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص247.

(6) محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج2، دار الريان للتراث، بلا سنة طبع، ص824.

(7) ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص189. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص247.

(8) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص212. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص178.

وأما في حكم مسألة قيام الغاصب بإحداث تحسينات على العين المغصوبة كزخرفة الدار وطلاء حيطانها بالدهان أو الجص، فيرى فقهاء الحنفية والزيدية يخير المغصوب منه بين أن يدفع للغاصب ما زاد في قيمة العين المغصوبة بسبب هذه التحسينات وبين أن يسمح للغاصب في قلع ما أحدثه في العين المغصوبة من تحسينات إذا كانت عيناً يمكن انفصالها، ولكن فقهاء الزيدية قالوا بتضمن الغاصب ارش ما قد يحدث في العين المغصوبة من نقص بسبب القلع⁽¹⁾.

ويرى فقهاء الحنابلة والشافعية إذا طلب المالك إزالتها يجبر الغاصب على الإزالة مع ضمان ارش نقصها إذا نقصت، وإن طلب الغاصب قلعها ومنعه المالك وكانت لها قيمة فللغاصب قلعها، وإن لم يكن لها قيمة ففيها وجهان الأول: يملك الغاصب قلعها لأنها عين ماله، والثاني: لا يملك الغاصب قلعها، لأنها سفه يضر ولا ينفع، ولكن فقهاء الشافعية يقولون أن الغاصب إذا أراد قلعها فله ذلك، لأنها عين ماله ولا فرق بين أن يكون لها قيمة أو لا⁽²⁾، وفي النتيجة للمالك الحق في الزام الغاصب بإزالة ما أحدثه من تحسينات في العين المغصوبة مع تضمينه ارش النقص إذا نشأ بسبب الإزالة نقص في العين، وإذا أراد أن يدفع للغاصب قيمة التحسينات ورفض الغاصب وطلب إزالة ما أحدثه في العين من تحسينات فله ذلك لأنها عين ماله⁽³⁾.

المطلب الثاني: التصرف الفعلي في المال المغصوب في القانون

أن الغاصب حين يبقى المغصوب تحت يده قد يتصرف فيه تصرفاً فعلياً، فإذا كان المغصوب من المنقولات فقد يقوم بإحداث بعض التغيرات فيه، وإذا كان من العقارات (الأراضي) فقد يغرس فيه غرساً أو يبني فيه بناءً أو يزرع فيه زرعاً، فما حكم هذه التصرفات في القوانين المدنية؟ للكلام عن هذا الموضوع بشيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تغير العين المغصوبة

إن العين المغصوبة عرضة للتغير، وهذا التغير قد ينصب على ذات العين أو على وصفها، وتغير ذات العين تترتب عليه آثار قانونية تختلف عن تلك الآثار المترتبة على تغير وصف العين، وتغير ذات العين المغصوبة قد يقع بفعل الغاصب كما لو غير العين على نحو تبدل معه اسمها وتحولت إلى عين أخرى، وقد تتغير العين عند الغاصب بنفسها كما لو كانت العين المغصوبة عنباً فصارت زبيباً أو رطباً فصارت تمرأ⁽⁴⁾.

وقد عالج المشرع العراقي تغير العين المغصوبة في المادة (194) من القانون المدني التي نصت على إنه " 1- إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان 2- أما إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص162. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج4، ص184.

(2) ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص381. النووي، مصدر سابق، ج4، ص136.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص178.

(4) سيف بسام، مصدر سابق، ص43.

3- وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان".

يتبين من استقراء الفقرات الثلاث لهذه المادة أن تغير المغصوب يكون على ثلاث صور، الصورة الأولى: أن يتغير المغصوب بنفسه والصورة الثانية: أن يتغير المغصوب بفعل الغاصب بحيث يتبدل اسمه من دون زيادة شيء عليه والصورة الثالثة: أن يتغير المغصوب بفعل الغاصب بزيادة شيء من ماله، فإذا تغير المغصوب من نفسه كان المغصوب منه مخير بين أخذ المغصوب مع التعويض عن الأضرار الأخرى التي سببها الغاصب وبين تركه للغاصب مع تضمينه بدل المغصوب كما لو غصب عنباً فصار زبيباً⁽¹⁾.

وإذا تغيرت أوصاف المغصوب بفعل الغاصب حيث تبدل اسمه كما لو غصب نحاساً فجعله أواني كان ضامناً للمغصوب ويكون المغصوب له، وبعبارة أخرى أن الغاصب يملك المغصوب بعد تبدل اسمه وعليه ضمان البدل بالمثل إذا كان المغصوب من المثليات وبالقيمة إذا كان من القيميات⁽²⁾، وأما إذا تغير المغصوب بزيادة شيء من مال الغاصب كما لو غصب ثوباً فصبغه كان المغصوب منه مخيراً بين أن يدفع للغاصب قيمة الزيادة ويرد المغصوب أو أن يترك المال إلى الغاصب ويضمنه البدل، وليس للمغصوب منه أن يسترد المغصوب بلا دفع عوض الزيادة، لأنه كسب بلا سبب⁽³⁾، ويرى أحد الشراح أن الفقرة الأولى من المادة (194) التي اقتبسها المشرع العراقي من المادة (897) من مجلة الأحكام العدلية تعالج حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة أو بفعل الزمن، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين أخذ العين والرجوع على الغاصب بالأضرار الأخرى أو أن يترك العين في يد الغاصب ويرجع عليه بالتعويض⁽⁴⁾، وهنا يرى جانب من الفقه أن الفقرة الأولى من المادة (194) من القانون المدني العراقي هي المادة (897) نفسها من المجلة باستثناء قيد (مع التعويض عن الأضرار الأخرى)، ومن عيوب هذه الفقرة إنها عالجت حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي إلى النقص والضرر ولم تعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي إلى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فاصبح كبيراً أو كان هزيباً فاصبح سميناً⁽⁵⁾.

وأما الفقرة الثانية من المادة (194) فقد عرضت لحالة تغير العين المغصوبة تغيراً يفقدها ذاتيتها الأولى، وتتبدل إلى شيء آخر له اسم خاص، ويترتب على ذلك إذا قام الغاصب بتغيير العين المغصوبة تغيراً كلياً تفقد معه ذاتيتها ويتبدل اسمها فإنه يملك العين الجديدة ولا يكون للمغصوب منه إلا الرجوع عليه بالتعويض كما لو غصب حنطة وطحنها أو جعل الحديد سيفاً

(1) منير القاضي، مصدر سابق، ص306.

(2) وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في أحد قراراتها " إذا تغيرت قطعة الأرض تغيراً فعلياً بسبب إجراء معاملات تصرفية وإفرازات متتالية وتسجيل هذا الإفراز بأسماء أشخاص عديدين وتشيد أدبيته عليها كل ذلك يجعل من إبطال التسجيل فيه استحالة مادية فيُصار للمتضرر إلى حق التعويض". رقم القرار (114/موسعة مدنية في 2008/8/28). أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص226.

(3) منير القاضي، مصدر سابق، ص307.

(4) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص255.

(5) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص294.

والنحاس آنيةً والقطن غزلاً، فإن ملكية المالك تزول بتغير العين التي كان يملكها ويتملكها الغاصب ويضمن للمغصوب منه مثلها أو قيمتها حسب الأحوال⁽¹⁾.

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الفقرة الثانية من (194) من القانون المدني العراقي مقتبسه حرفياً من المادة (899) من مجلة الأحكام العدلية، والتي مفادها إن كل تغير من الغاصب يبدل اسم المغصوب كجعل الحنطة دقيقاً يصبح المغصوب ملكاً للغاصب وعليه ضمان بدله للمغصوب منه⁽²⁾.

ويرى أحد الشراح أن موقف المشرع العراقي في هذه الفقرة المتمثل في إسقاط حق المغصوب منه في استرداد المال المغصوب محل نظر، لأنه لم يبق أمامه طريق سوى الرجوع على الغاصب بالضمان، فالمشرع بحكمه هذا كأنما يريد إضفاء الصفة الشرعية على تصرفات الغاصب⁽³⁾.

ويمكن الرد على هذا الرأي بالقول أن تبدل ذاتية العين بحكم هلاك العين كلياً، وبالتالي فإن الغاصب يلزم بالضمان ويبقى المال المغصوب له، وأما نص الفقرة الثالثة من المادة (194) فقد اقتبسه المشرع العراقي من نص المادة (898) من مجلة الأحكام العدلية، وإذا أمعنا النظر في هذين النصين نجد فرقاً واضحاً، فالحكم الذي قرره المشرع العراقي أن المالك إذا أراد استرداد العين فعليه أن يعطي للغاصب قيمة الزيادة التي حصلت في العين المغصوبة، أما مجلة الأحكام العدلية وإن كانت قد قررت الحكم نفسه في صدر المادة (898)، عادت وضربت مثلاً غير صحيح، وهو المغصوب لو كان ثوباً فصبغه الغاصب وأراد المغصوب منه استرداده كان عليه أن يعطي للغاصب قيمة الصبغ وقد تختلف قيمة الصبغ عن قيمة الزيادة التي حصلت في الثوب، ولهذا قد اكتفى المشرع العراقي بذكر النص من دون ضرب المثال وحسناً فعل في ذلك⁽⁴⁾، ويرى أحد الفقهاء أن الفقرة الثالثة من المادة (194) هي المادة (898) نفسها من المجلة باستثناء عبارة مع التعويضات الاخرى، ومن عيوب هذه الفقرة أن الزيادة قد تكون من الكماليات فالمغصوب منه ليس مسؤولاً عن دفع قيمتها أو نقصانها، لأن الغاصب متعدي وسيء النية ويده يد ضمان فليس له الحق في التصرف في المغصوب أو إضافة شيء إليه⁽⁵⁾، وكما إن هذه الزيادة إذا أدت إلى نقص قيمة المغصوب، فعلى الغاصب أن يدفع ارش النقص إلى المغصوب منه⁽⁶⁾.

وقد تطرق المشرع العراقي إلى حالة النقص في قيمة العين المغصوبة في المادة (195) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه إلا أن يقبله كما هو دون إخلال بحقه في التعويض عن الاضرار الاخرى ولكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان"، ويلاحظ إن هذا النص

(1) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص256.

(2) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص294.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص227.

(4) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص260.

(5) وبهذا الشأن تنص الفقرة الثالثة من المادة (1167) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها للقلع".

(6) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص295.

مقتبس من نص المادة (900) من مجلة الأحكام العدلية باستثناء عبارة التعويض عن الأضرار الأخرى التي لم تذكرها المجلة⁽¹⁾، فالشطر الأول من نص المادة (195) السابق ذكرها يشير إلى أن تغير قيمة العين المغصوبة بالنقص لا يُعتد به ولا يحق للمغصوب منه مطالبة الغاصب بالضمان كتراجع الأسعار⁽²⁾، ومن ثم يحق له مطالبة الغاصب باسترداد المغصوب من دون الإخلال بحقه في المطالبة في التعويض عن الأضرار الأخرى، أما إذا حصل النقصان في قيمته المغصوب بسبب استعمال الغاصب أو بفعله، فإن الغاصب يلتزم بالضمان شريطه استعماله للعين المغصوبة أو قيامه بفعل يؤدي إلى نقصانها ومن ثم نقصان قيمتها⁽³⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها جاء فيه " أن قطع الأرض موضوع الدعوى ثبتت عاديته للوقف وأن وزارة المالية قد تصرفت فيها في المدة المنصوص عليها في الحكم المميز، أما ادعاء المميز بوجوب إقامة الدعوى عن نقصان الأرض وليس عن أجر المثل غير وارد، إذ إن المال يعود للوقف وإذا غصبه غاصب أو تصرف فيه متصرف من دون إذنه، فمن يتولى أمور الوقف يكون له المطالبة باجر المثل"⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري من حالة تغير العين المغصوبة فسبق القول أن المشرع المصري لم ينظم أحكام الغصب في مواد خاصة وإنما جاءت هذه الأحكام في نصوص متفرقة بين أحكام بيع ملك الغير وأحكام الالتصاق وأحكام الحيازة، وحكم تغير العين المغصوبة عن طريق الالتصاق نصت عليه المادة (931) من القانون المدني المصري بقولها " إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في الأمر بقواعد العدالة ومرعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما"⁽⁵⁾.

فالالتصاق في هذه الحالة التصاق منقول بمنقول، وهو قليل الوقوع في الحياة العملية، ويستوي أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة، كما يستوي أن يكون أحد المالكين أو كلاهما حسن النية أو سيء النية، والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول، فإذا توافرت هذه الشروط ترتب على ذلك أحكام معينة مردها جميعاً إلى تقدير لقاضي، فالمشرع المصري لم يعط لهذه المسألة أهمية كبيرة بل اكتفى بنص المادة (931)، وترك فيه الأمر للقاضي بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها، وأول هذه التوجيهات أن يحكم القاضي مسترشداً بقواعد العدالة، فإذا اختلط

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 246.

(2) بهذا الصدد يرى جانب من الفقه على المشرع القانوني أن يتدخل لحل مشكلة تغير قيمة النقد بنصوص خاصة تعيد الحق لأصحابه، وتعيد التوازن للمراكز القانوني التي أصابها الاختلال نتيجة تغير قيمة النقد. د. أدورد عيد، أثر انخفاض قيمة النقد في الالتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثاني والثلاثين، 2002م، ص 22. وانظر في هذا المعنى:

Jean cherallier, Louis Bach , Droit civil, introduction al entude du droit , tomel , 10 editions , sirey , paris , 1989 .p.437.

(3) سيف بسام، مصدر سابق، ص 77.

(4) رقم القرار 3041 و 3042/ حقوقية الموصل/ 1957. أشار إليه. د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص 242.

(5) المواد المقابلة للمادة (931) من القانون المدني المصري المادة (566) من القانون المدني الفرنسي والمادة (1125) من القانون المدني العراقي والمادة (1318) من القانون المدني اليمني والمادة (1145) من القانون المدني الأردني.

منقولان أحدهما بالآخر وكانا مختلفي القيمة، فقواعد العدالة تقضي أن يملك صاحب الشيء الأكبر قيمة الشيء الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشيء لصاحبه، فإذا امتزج السمن بالعسل، فالظاهر أن صاحب السمن وهو مالك الشيء الأكبر قيمة يملك العسل على أن يدفع قيمته لصاحبه⁽¹⁾.

ومن هذه التوجيهات أن يراعي الضرر الذي حدث لكل من الطرفين نتيجة الاندماج، فالاندماج يؤدي إلى خسارة كل مالك لمنقولة المتميز، والضرر الذي يصيب أحدهما من جراء ذلك ليس في العادة أن يكون متساوياً، فهو قد يكون جسيماً لأحدهما ويسيراً للآخر، فالعدالة تقضي تملك الشيء الجديد لمالك المنقول الذي تعرض لضرر شديد، فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقولة يستبقي ملكية هذا المنقول ويملك المنقول الآخر، فإذا خلط شخص قمحاً مملوكاً له بقمح مملوك لشخص آخر، فأى المالكين يكون أحوج إلى تملك القمح المخلوط يملك قمح الآخر على أن يدفع له تعويضاً عنه⁽²⁾، ومن هذه التوجيهات أيضاً أن يراعي القاضي حالة كل من الطرفين من حيث المقدرة المالية، فأى من الطرفين أقوى قدرة على تعويض الآخر هو الذي يملك المنقولين بعد التصاقهما على أن يدفع التعويض المستحق له، فتملك أحد الملاك للمنقول الجديد يستتبع الزامه بتعويض الطرف الآخر، ولهذا يجب مراعاة أن يكون من تؤول إليه ملكية المنقول الجديد قادراً على تعويض الطرف الآخر، فالملكية تؤول للطرف القادر على التعويض متى كان الطرف الآخر غير قادراً على ذلك، ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعي القاضي حسن نية كل من الطرفين، فيمكن تملك المنقول الجديد للطرف حسن النية إذا كان ذلك يتمخض عن مصلحة له، والطرف سيء النية يجب أن يرد إليه قصده وذلك بحرمانه من التملك، فلو كان أحد الملاك حسن النية وكان قادراً على دفع التعويض فهو من يملك المنقولين بعد التصاقهما مع الزامه بتعويض الطرف الآخر، وقد يجعل القاضي المنقولين ملكاً للمالك سيء النية الذي تعمد خلط أحدهما بالآخر إذا كان من شأن هذا الخلط نقصان قيمتهما، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقولة بقيمته كاملة، وقد يرى القاضي أن العدالة تقضي بتمليك صاحب الشيء غير الأصلي الشيء الأصلي نظراً لسوء نية صاحب الشيء الأصلي⁽³⁾.

وقد لا يرى القاضي مرجحاً لجعل الملكية لأحد المالكين، فيجوز أن يجعل المنقول الجديد مملوكاً على الشيوع بينهما كل بنسبة قيمة المنقول الذي كان يملكه، ففي القمح المخلوط قد يرى القاضي أن يجعله شركة بين المالكين، وقد يرى أن يباع ويوزع ثمنه بينهما بحسب قيمة الشيء الذي يملكه، وكما أوضحنا أن هذه التوجيهات على سبيل الاسترشاد ولا يتقيد بها القاضي، ولكن هذه التوجيهات عامة حيث يكون من المفيد أن تقدم بعض الحلول في صور التصاق المنقولات المختلفة⁽⁴⁾.

وقد عالج المشرع الفرنسي أحكام الالتصاق، ومنها أحكام التصاق المنقول بالمنقول وهما وقت الالتصاق مملوكان لمالكين مختلفين، وقد أطل المشرع الفرنسي في تفريع أحكام هذه الحالة

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص316 و ص318.

(2) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص125 و ص126.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص318.

(4) د. حسام الأهواني، المصدر السابق، ص126 و ص127.

فخصص لها ثلاث عشرة مادة (565-577) من القانون المدني الفرنسي مقتنياً بذلك أثر القانون المدني الروماني الذي كان يعير لهذا النوع من الالتصاق أهمية كبيرة، أما الآن فليس له أهمية تذكر بسبب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية التي يواجه بها عادة كل طلب استرداد للمنقول، فالملكية تكون لواضع اليد عادةً من دون حاجة للرجوع إلى أحكام الالتصاق، فحائز المنقولات التي التصقت يمكنه في الغالب اللجوء إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان قد حصل على منقول غيره بحسن نية ليتمسك بالملكية بدلاً من اللجوء إلى الالتصاق، وإذا لم تتوافر شروط التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإن من الأهمية معرفة مصير ملكية المنقول الجديد الذي نشأ من اتحاد أكثر من منقول وذلك من خلال الرجوع إلى أحكام الالتصاق⁽¹⁾، ويتحقق الالتصاق عادةً في القانون المدني الفرنسي في ثلاث حالات:

1- الالتصاق بالضم: هو ما يحصل في حالة اتحاد منقولين مملوكين لشخصين مختلفين إذا كان يمكن تمييز أحدهما عن الآخر كوضع صورة في إطار، فباتحادهما ينشأ شيء جديد، وفي هذه الحالة يملك الشيء الجديد صاحب الشيء الأصلي، ويكون ملزماً بدفع قيمة الشيء الذي اتحد بملكه، وهذا ما أشارت إليه المادة (566) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

2- الالتصاق بالخلط أو المزج: ويتحقق ذلك بخلط شيئين حيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر كاتحاد سائلين أو اتحاد غلال ومواد غذائية مملوكة لأشخاص مختلفين ومزجها، وفي هذه الحالة الأصل أن يكون الشيء الجديد ملكاً لصاحبي الشيئين اللذين امتزجا ويُباع بالمزاد للمصلحة المشتركة، ولكن إذا كان أحد الشيئين أكبر ثمناً أو مقداراً من الآخر، فلمالك المواد الأعلى قيمة أن يطلب الشيء الناتج من المزج ويدفع للآخر قيمة مواده، وهذين الحكمين أشارت إليهما المواد (574، 575) من القانون المدني الفرنسي.

3- الالتصاق بالتحويل: يحصل بإيجاد شيء من نوع جديد بمواد مملوكة للغير من غير علمه كتحويل الخشب إلى كراسي أو تحويل قطعة من المرمر إلى تمثال، والالتصاق يتحقق من اتحاد قيمتين قيمة الشيء مع قيمة العمل⁽³⁾، ويكون لمالك المواد طلب ملكية هذا الشيء ويكون له الخيار في طلب رد مواده جنساً ومقداراً ووزناً ومقاساً وجودة أو قيمتها، وهذا ما أشارت إليه المادة (576) من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾.

وأما بالنسبة لموقف المشرع المصري من حكم تغير العين المغصوبة عن طريق الحيازة فقد نصت عليه المادة (960) من القانون المدني بقولها " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص317.

(2) ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه على القاضي أن يملك الشيء ككل لمالك الجزء الأصلي، ويُعد جزءاً أصلياً الجزء الذي لم يضاف إليه الجزء الآخر إلا لاستعماله أو لزيئته أو لتكميله، والشيء الذي يكون أعلى قيمة أو يكون أكبر حجماً إذا كانت قيمتهما متساوية. د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص127.

(3) يرى جانب من الفقه الفرنسي إن ملكية المنقول الجديد تكون لمالك الشيء بعد دفع أجره العمل، ولكن إذا كانت أجره العمل جسيمة تزيد كثيراً عن قيمة المواد التي استعملت اعتبر العمل الجزء الأصلي، فيكون للعامل الشيء المصنوع على أن يدفع ثمن المواد للمالك مع جواز الزام العامل بتعويض صاحب المواد عن الأضرار الناشئة عن حرمانه من الشيء. د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص128.

(4) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص156 و157.

استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"، فالمدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذي ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة أو بالغصب، ويشترط بالعمل الذي صدر من المدعى عليه أن يكون عمل عدواني، ولا يلزم أن يكون العمل العدواني منطوياً على القوة والعنف، بل يكفي أن يستولي المعتدي على العقار غصباً وقهراً أو خلسة من دون علم الحائز حيث يكون عقبة أمام الحائز لا يستطيع تخطيها إلا إذا لجأ إلى العنف، ولا يلزم أن يكون المدعى عليه سيء النية، بل قد يكون حسن النية يعتقد أن العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له، فإذا انتقلت الحيازة من المغتصب إلى غيره سواء كان الغير خلفاً عاماً كالوارث أو خلفاً خاصاً كالمشتري، فإن خلف المغتصب يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة، فدعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية، فيجوز للحائز بواسطتها أن يسترد الحيازة لا من المغتصب فحسب بل من غيره الذي انتقلت إليه حيازة المغتصب ولو كان حسن النية، وهذا بخلاف القانون الفرنسي فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مغتصب الحيازة نفسه ولا ترفع على غيره الذي انتقلت إليه الحيازة المغتصبة إلا إذا كان شريكاً للمغتصب أو كان سيء النية يعلم أن الحيازة التي انتقلت إليه حيازة مغتصبة، فهذه الدعوى في فرنسا من دعاوي المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع، هو انتزاع الحيازة⁽¹⁾، ونحن نتفق مع موقف القانون الفرنسي في اعتباره دعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية ترفع على الغاصب ولا ترفع على من انتقلت إليه حيازة المال المغصوب إلا إذا كان سيء النية، وبالتالي فإذا رفع الحائز دعوى استرداد الحيازة قضي له برد حيازة الشيء المغتصب وبإعادة الشيء إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييراً، فإن كان قد أقام فيه بناءً جديداً قضي بهدمه وإن كان قد أقام بهدم بناء كان موجوداً قضي بإعادته، ويستطيع القاضي أن يحكم على المدعى عليه بغرامه تهديدية لحمله على تنفيذ ما قضي عليه به، وكذلك يحكم على المدعى عليه بالتعويض عما سببه من ضرر للمدعي بسبب التعدي على الحيازة وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالمدة التي ترفع خلالها دعوى استرداد الحيازة تنص الفقرة الأولى من المادة (958) من القانون المدني المصري على إنه " لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها لردّها إليه فإذا فقد الحيازة خفية بدا سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك"، ويتضح من هذا النص أن دعوى استرداد الحيازة ترفع خلال سنة واحدة تسري من وقت انتزاع الحيازة إذا كان الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية، أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة من دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه فإن السنة التي ترفع خلالها دعوى استرداد الحيازة تسري من وقت أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه، ومدة السنة هذه مدة سقوط لا مدة تقادم، فإذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة خلال هذه المدة لا يجوز رفعها بعد ذلك، والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها، ويترتب على ذلك إنها تسري على غير كاملي الأهلية وعلى الغائبين ولا يشملها التوقف ولا الانقطاع، وهذا هو الرأي المعمول به في فرنسا وإن كانت محكمة النقض

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص901 و ص904.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج9، ص906 و ص907.

الفرنسية ذهبت إلى أن مدة السنة التي يجب أن ترفع خلالها هذه الدعوى هي مدة تقادم لا مدة سقوط يترتب عليها الوقف والانقطاع⁽¹⁾.

وقد عالج المشرع اليمني حالة تغير العين المضمونة في المادة (1129) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا غيّر الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع ارش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغيير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله"، ويستفاد من هذا النص أن المشرع اليمني في حالة تغيير العين المغصوبة أعطى للمالك حق الاختيار بين أخذ العين مع ارش النقص أو تركها وأخذ قيمتها سليمة وبأعلى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التسليم⁽²⁾.

وبهذا الصدد يرى أحد الشراح إن تقرير أعلى القيم فيه عدل وانصاف للمغصوب منه، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الزمان والمكان، فإذا نقصت قيمة العين المغصوبة يوم التسليم عن القيمة يوم الغصب كان الواجب قيمتها يوم الغصب، وإذا زادت القيمة في الفترة الواقعة بين يوم الغصب ويوم التسليم الزم الغاصب بالقيمة الأعلى⁽³⁾، وهنا ذهب أحد الشراح إلى عدم إعطاء المغصوب منه حق اختيار البديل بالمثل أو القيمة إذا كان النقص يسيراً، لأن النقص اليسير يمكن جبره بتعويض المغصوب منه من دون ضرر عليه ولا إحفاف على الغاصب، لأن القول بترك المغصوب للغاصب مع النقص اليسير وتحمله البديل المثل أو القيمة قد يكون فيه إحفاف للغاصب إلا إذا قبل الغاصب بأخذ الشيء المغصوب مع النقص اليسير مقابل إعطاء المغصوب منه البديل بالمثل أو القيمة⁽⁴⁾.

وأما المادة (1136) من القانون المدني اليمني تطرقت إلى حالة تغير المغصوب بالخط بنصها على إنه " إذا خط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه فعليه أن يرجع من جنسه إن كان مثلياً أو قيمته بأوفر القيم إن كان قيمياً وإن فعل به ما يستحيل به شيء آخر أو غير معظم منافعه فإن المالك في الخيار بين استرجاعه مع ارش النقص أو أخذ قيمته موفورة وتصير العين المغصوبة للغاصب"، ويستدل من هذا النص إنه إذا خط الغاصب المال المغصوب بماله حيث لا يمكن فصله وتمييزه يلتزم الغاصب بضمان المثل إذا كان المغصوب مثلياً أو بضمان القيمة وبأعلى القيمة إذا كان المغصوب قيمياً، ويصبح المغصوب ملكاً للغاصب، وإن أمكن فصل المغصوب المخلوط وتمييزه عن مال الغاصب، فإنه يلتزم برده إلى المغصوب منه، لأن رد المغصوب من أهم التزامات الغاصب⁽⁵⁾.

وأما المادة (1134) من القانون المدني اليمني فنصت على إنه " إذا تجدد الغصب في وقت نقصت فيه قيمة العين المغصوبة ثم تلفت في يد الغاصب الأخير لزم الغاصب الأول ضمان

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج9، ص904 وص905.

(2) وحسناً فعل المشرع اليمني في تخيير المغصوب منه إذا غير الغاصب العين المغصوبة، لأن المال المغصوب ملك للمغصوب منه فيعطى له الخيار بين رد المغصوب مع التعويض أو الضمان، فالانتفاع بالمغصوب من عدمه مسألة غاية، والغاية قبل التغير تختلف عن الغاية بعد التغير، وهي مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص227.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص160 وص161.

(4) د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص227.

(5) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص170 وص256.

نقصان القيمة، وإذا تجدد الغصب في وقت زادت فيه قيمة العين المغصوبة لزم الغاصب الأخير زيادة القيمة في وقت الغصب"، يتبين من هذا النص أن المشرع اليمني في حالة تجدد الغصب في وقت نقصت فيه قيمة المغصوب في يد الغاصب الثاني يلزم الغاصب الأول بضمان نقص السعر، وإذا تجدد الغصب في وقت زادت فيه قيمة المغصوب يلزم الغاصب الأخير بدفع الزيادة في قيمة المغصوب في وقت الغصب، وفي كلتا الحالتين لم يعط المشرع اليمني للمغصوب منه الخيار بين استرداد المغصوب أو الضمان.

أما المشرع الأردني فقد عالج حالة تغير العين المغصوبة في المادة (286) من القانون المدني التي نصت على إنه " 1- إذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البديل 2- وإذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البديل 3- وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين أن يضمن الغاصب بدله 4- وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان"، فالفقرة الأولى من المادة (286) من القانون المدني الأردني نصت على إنه " إذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البديل"، وهذا النص يشمل حالة تغير المغصوب من دون فعل الغاصب دون أن يتبدل اسمه وحالة تغير المغصوب من دون فعل الغاصب حيث يتبدل اسمه من تلقاء نفسه، ففي هاتين الحالتين يكون المغصوب منه مخير بين أن يسترد المغصوب وبين أن يتركه للغاصب ويرجع عليه بالضمان⁽¹⁾.

أما الفقرة الثانية من المادة (286) من القانون المدني الأردني فنصت على إنه " وإذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البديل"، وهنا يرى أحد الشراح أن الفقرة الأولى من المادة (286) من القانون المدني الأردني أشارت إلى إن التغير قد وقع بفعل العين نفسها من دون قيام الغاصب بهذا التغير، في حين أن الفقرة الثانية من المادة نفسها أشارت إلى حالة تغير العين المغصوبة وتبدل أسمها من دون أن تبين حدوث هذا التغير بفعل العين نفسها أو بفعل الغاصب، ولا يمكن القول إن التغير قد وقع بفعل العين نفسها، لأن الفقرة الأولى قد بينت حكم هذه الحالة، وعليه فإن الفقرة الثانية من المادة (286) السابق ذكرها تشير إلى حالة تغير ذات العين المغصوبة وتبدل أسمها قد حصل بفعل الغاصب⁽²⁾، وبالتالي إذا غير الغاصب المغصوب حيث يتبدل اسمه فإن الغاصب يملك المغصوب ويرجع عليه المغصوب منه بالضمان⁽³⁾.

وأما الفقرة الثالثة من المادة (286) من القانون المدني الأردني فنصت على إنه " وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين أن يضمن الغاصب بدله"، فهنا جعل المشرع الأردني الخيار في صالح المالك باسترداد عين ماله بعد دفع قيمة الزيادة الحاصلة في المغصوب أو الزام الغاصب بضمان المثل أو القيمة بحسب الأحوال، وقد ترك الخيار للمالك من باب إنه صاحب حق ابتداءً، ولم يترك

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 229 و 233.

(2) سيف بسام، مصدر سابق، ص 94.

(3) الهادي السعيد عرفه حسب النبي، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في الفقه الإسلامي، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1984م، ص 553.

أي خيار للغاصب، وهذا يُشكل جزءاً بصورة غير مباشرة للغاصب، لأنه معتد على مال غيره⁽¹⁾، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح أن المشرع الأردني سار على نهج المشرع العراقي، ولا نتفق معهما في حكم مسألة زيادة المغصوب بتخيير المغصوب منه بين دفع قيمة الزيادة للغاصب واسترداد المغصوب وبين ترك المغصوب للغاصب والرجوع عليه بالضمان، لأنه لا بد من التفريق بين الزيادة التي يمكن إزالتها عن المغصوب وبين التي لا يمكن إزالتها، ولكل حالة حكم خاص⁽²⁾.

وأما الفقرة الرابعة من المادة (286) من القانون المدني الأردني فنصت على إنه " وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان"، فإذا كان المغصوب حيواناً فهزل أو سيارة فنقصت قيمتها بسبب استعمالها من الغاصب، فليس للمغصوب منه سوى استرداد المغصوب مع تضمين الغاصب قيمة النقصان الذي يشمل نقصان المغصوب وفوات الانتفاع به من يوم الغصب إلى حين الاسترداد⁽³⁾.

وعلى نهج المشرع العراقي الزم المشرع الأردني الغاصب بأداء الضمان إذا استعمل المغصوب وأدى هذا الاستعمال إلى تغييره عن ما كان عليه قبل الغصب وأدى إلى نقصان قيمة المغصوب⁽⁴⁾، والسؤال المطروح هنا إذا كان تغير العين المغصوبة متصوراً في المنقول كما رأينا فهل يتصور تغير العين المغصوبة في العقار؟ للإجابة على هذا السؤال نقول اختلف شراح القانون في حكم هذه المسألة، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يذهب إلى إنه في حالة الغصب لا يحصل تغير في العقار، فمن يغصب أرضاً ويضيف عليها بناءً أو غراساً أو يزرع فيها زرعاً تبقى الأرض بمسمى الأرض وكل ما حصل هو إضافة بناء أو غراس أو زراعة مما يُعد زيادة متصلة في الأرض⁽⁵⁾، وسنده في ذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (563) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد كصبغ الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع"، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها الذي جاء فيه " إذا بنى الموهوب له على الأرض الموهوبة داراً فليس للواهب الرجوع في الهبة لأن الدار زيادة متصلة بالأرض زادت من قيمتها فامتنع الرجوع بالهبة حسب الفقرة أ من المادة 622 مدني"⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: يذهب إلى إن البناء في الأرض يُعتبر تغيراً في العقار، ويؤدي إلى زوال اسم الأرض وتغير ذاتيتها⁽⁷⁾، ونحن نؤيد ما ذهب إليه اصحاب هذا الرأي، لأن الأرض لم تبقى على

(1) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 237.

(2) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 233.

(3) د. حبيب إدريس، المصدر نفسه، ص 242.

(4) سيف بسام، مصدر سابق، ص 77.

(5) محمد عبد الوهاب محمد، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، 2006م، ص 47.

(6) رقم القرار 408/2م/1981 في 1982/4/21. أشار إليه د. علي شاكر عبد القادر البديري، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016م، ص 97.

(7) عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، 1984م، ص 186.

هياتها السابقة، وإنها تغيرت من أرض خالية إلى أرض مبنية، فقد تبدل اسم العين المغصوبة من عرصة إلى دار، وسنده في ذلك ما نصت عليه المادة (279) من قانون التسجيل العقاري العراقي بقولها " يصحح جنس العقار عند إجراء التغييرات المادية فيه بإحداث الأبنية والمنشآت أو الغراس أو إضافة محدثات أو مغروسات جديدة أو أي تغيير في المحدثات أو المغروسات يؤدي إلى تغيير جنس العقار من حيث استغلاله أو استعماله أو عند زوال المحدثات أو المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك"، وهذا النص يبين صراحة أن إحداث الأبنية والمنشآت في الأرض من شأنه تغيير جنس العقار وتغيير اسمه وتغيير الاسم يدل على تغيير العين، وكذلك إن نص المادة (194) من قانوننا المدني أوضح إن التغيير يحصل في المغصوب ولم يقيد في المنقول أو العقار، والنص المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقيد نصاً أو دلالة، وأما تسمية البناء على الأرض زيادة فهو رأي لا غبار عليه، فالبناء على الأرض المغصوبة زيادة وإضافة بعض المواد على الحنطة المغصوبة لتحويلها إلى خبز زيادة وإضافة بعض المواد على القماش المغصوب لتحويله إلى قميص زيادة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: البناء أو الغراس في الأرض المغصوبة

لم تتفق كلمة فقهاء القانون في تحديد معنى البناء، فقد عرفه جانب من الفقه المصري بأنه مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً أو حديداً أو حجراً أو كل هذا معاً أو شيء غير هذا شيدها الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار سواء كان البناء معداً لسكنى الإنسان أو لإيواء الحيوان أو لإيداع الأشياء، بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك كالحائط المقام بين حدين والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض والقناطر والخزانات والسدود والجسور والانفاق والمصاف والمجاري وانايب المياه والغاز⁽²⁾.

وقد اختلف الفقهاء الفرنسيين في تفسير كلمة البناء⁽³⁾، فيرى أحدهم يُعتبر بناءً كل إنشاء سواء كانت طبيعته القانونية عقاراً أو منقولاً أو كانت طبيعته المادية تشييداً أو حفراً أو ردماً أو زراعةً، ويرى آخر تنصرف كلمة البناء إلى العقارات بطبيعتها ولا تنصرف للعقارات بالتخصيص، فهذه الأخيرة في الواقع منقولات بطبيعتها أضفى عليها المشرع صفة العقار لأغراض خاصة، كالمصاعد وأسلاك الكهرباء المعلقة في الهواء وانايب المياه والغاز⁽⁴⁾، وبالتالي البناء هو كل شيء متماسك من صنع الإنسان تتم إقامته في الأرض المغصوبة ويتصل بها اتصال قرار بصرف النظر عن المادة التي يتكون منها سواء كانت من الطوب أو الطين أو الاسمنت أو الخشب، وعن مدة بقائه على الأرض فقد تكون إقامته على وجه الدوام أو لفترة محدودة وسواء كان الغرض من إقامة البناء للسكنى أو إنشاء مصنع أو مخزن أو حضيرة⁽⁵⁾.

(1) د. علي شاكر البدري، المصدر السابق، ص 98.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مج 2، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م، ص 1213.

(3) كالفييه (ديموج) والفييهان (مازو وتونك).

(4) أكرم محمود حسين، المسؤولية عن تدهم البناء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، 1990م، ص 57.

(5) حسيب صالح إسماعيل، البناء غير القانوني على الأراضي الزراعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة - جامعة صلاح الدين، 2008م، ص 9.

وأما عقد المغارسة فقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة (824) بأنه " عقد على إعطاء أحد أرضه إلى آخر ليغرس فيها أشجار معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الأشجار والأرض أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة"⁽¹⁾.

يتبين من هذا التعريف أن القانون المدني قد جعل للمغارس حقاً في الأرض والشجر أو اقتصار هذا الحق على الشجر فقط، وأما قانون الإصلاح الزراعي رقم (117) لسنة 1971 فإنه لم يورد تعريفاً محدداً لعقد المغارسة وإنما أورد في المادة الأولى منه تعريفاً للمغارس بأنه الشخص الذي يتفق مع صاحب الأرض على إعمار مساحة معلومة وغرسها بالأشجار مدة معلومة وبشروط معينة، وقد أعطى في الفقرة (أ) من المادة الرابعة من القانون المذكور للمغارس حصة لا تقل عن النصف في الأرض والشجر لمساحة مغارسته بعد انتهاء مدة عقد المغارسة أو مرور عشرة سنوات على ابتداء غرسه ويبطل كل اتفاق على حصة تقل عن ذلك، والمشروع العراقي وإن كان قد نص على عقد المغارسة باعتباره نوعاً من أنواع عقد الإيجار، إلا إن الاختلاف واضح بين عقد الإيجار وعقد المغارسة، فعقد الإيجار لا يرتب للمستأجر حقاً عينياً على المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار، أما عقد المغارسة فإنه يرتب للمغارس حقاً عينياً على الأرض محل المغارسة بعد انتهاء المدة فيصبح شريكاً في الأرض والشجر أو الشجر فقط، ويلتزم المستأجر في عقد الإيجار بأن يرد المأجور في الحالة التي تسلمه عليها إلا إذا كان المأجور قد أصابه هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه، وهذا لا يتفق مع أحكام عقد المغارسة فالمغارس لا يلتزم برد الأرض إلى صاحبها بعد انتهاء مدة العقد بالحالة التي تسلمها عليها فقد تسلمها أرضاً لا غراس فيها ويعيدها بستاناً مثمراً وأنه أصبح شريكاً في الأرض والشجر⁽²⁾.

ويرى أحد الشراح أن عقد المغارسة وإن كان يشبه إلى حد ما عقد الإيجار في بداية نشوئه وإبرامه ولكنه بعد انتهاء المدة سوف يتبدل إلى شراكة دائمة وشائعة بحسب الحصاص المحددة، والمدة ليست مقياساً لمنفعة عوضها الأجرة كما في عقد الإيجار وإنما في واقعها هي أجل لتنفيذ التزام، وهذا ما يستفاد من تعريف المغارسة في المادة (824) السابق ذكرها⁽³⁾.

ويرى أيضاً أن عقد المغارسة وإن كان يشبه عقد بيع معلق على شرط واقف محله بيع جانب من الأرض لقاء غرس عموم الأرض لكنه يختلف عن عقد البيع، لأن عقد البيع يتضمن تملك المبيع حال العقد سواء تبادل أطرافه المبيع والثمن فور انعقاده أو تراخى لأجل مسمى، وهذا لا

(1) وذكر المشرع الأردني عقد المغارسة في المادة (747) من القانون المدني التي نصت على إنه " يجوز عقد المساواة في صورة مغارسة بأن يتفق صاحب أرض مع آخر على تسليمه الأرض ليقوم بغرسها وتربية الغراس والعناية به وإنشاء ما يستلزمه من ذلك من الوسائل خلال مدة معينة على أن تكون بعدها الأرض والشجر المغروس وما يتبعها من منشآت شركة بينهما طبقاً للاتفاق"، وذكره المشرع اليمني في المادة (761) من القانون المدني التي نصت على أن " المغارسة الصحيحة أن يستأجر مالك الأرض من يغرس قدر معلوماً من أرضه بغرس معين من عند الأجير من الأشجار التي لها أصل ثابت ويقوم الأجير بتربية الغرس حتى يكتمل صلاحه وتبدو ثمرته في مدة معلومة باجره معلومة ولو جزءاً معلوماً من الأرض أو الغرس. وهذا النوع من المغارسة ملزم للطرفين بما تراضيا عليه حال العقد وليس لأحدهما الفسخ ولا تعود الأرض كاملة إلى مالكيها إلا بذهاب كامل الغرس أو باتفاق الطرفين".

(2) القاضي لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي، مطبعة الكتاب، بغداد، 2017م، ص20.

(3) القاضي لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة في الشريعة والقانون، بحث تقدم به الى مجلس القضاء الاعلى ضمن متطلبات الترقيّة الى الصنف الثالث، بلا سنة طبع، ص29.

يستقيم مع عقد المغارسة، لأنها لا تتضمن النزول عن ملكية الرقبة، وإنما دفع الأرض من صاحبها إلى المغارس ليغرسها ونتيجتها الاشتراك بالنماء والأرض، لذلك يقول أن عقد المغارسة هو عقد ذو طبيعة خاصة يتمتع بكيان مستقل تتضح معالمه شيئاً فشيئاً أوجدته ظروف تعامل الناس به من أجل إعمار الأرض⁽¹⁾، ومن الجدير بالذكر أن الأحكام التي أوردها قانون الإصلاح الزراعي والحقوق والالتزامات التي رتبها لكل من صاحب الأرض والمغارس قد جعلت من عقد المغارسة عقداً من العقود المسماة المتميزة من حيث الطبيعة والخصائص، وفي النتيجة أن محاولة إرجاعه إلى أي عقد من العقود يفتقر إلى السلامة القانونية ولا يسلم من النقد⁽²⁾.

فإذا أقام الغاصب بناءً أو غراساً على غير أرضه من دون رضا صاحبها ومن غير سبب مشروع، فللمغصوب منه أن يطلب قلع هذه المنشآت على نفقة من أحدثها، وإذا كان القلع مضرراً بالأرض للمغصوب منه أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، وهذا ما أشارت إليه المادة (1119) من القانون المدني العراقي بقولها " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع"، يستدل من هذا النص أن المشرع العراقي عامل الغاصب بشدة، لأنه سيء النية، فأعطى للمغصوب منه الخيار بين أن يطلب قلع المنشآت وبين أن يطلب استبقاء البناء إذا كان القلع مضرراً بالأرض ويملك البناء أو الغراس بالالتصاق مقابل أن يدفع للغاصب قيمة المحدثات مستحقة القلع⁽³⁾، وهذه المادة بينت صورة من صور التصرفات المادية التي يقوم بها الغاصب في أرض غيره وهي البناء أو الغراس، وهذا البناء أو الغراس مقيد بعلم الباني أو الغارس بأن الأرض مملوكة لغيره، فإذا ثبت ذلك التصرف كان حقاً لمالك الأرض المغصوبة أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، لأنه غاصب، ولكن إذا كان القلع مضرراً بالأرض فللمالك الحق في أن يمتلك تلك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، والغاية من إعطاء المالك هذين الحقين هي ردع الغاصب عما قام به من عمل غير مشروع⁽⁴⁾.

فالحق الأول الذي قرره المشرع العراقي للمالك هو طلب إزالة المحدثات التي يقيمها الشخص على أرض غيره وعلى نفقة من أحدثها، وهو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وليس لغيره الحق في استعمال طلب الإزالة فهو قاصر على مالك الأرض من دون صاحب المحدثات، فلا يجوز للمشتري بعقد غير مسجل طلب الإزالة، لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل⁽⁵⁾.

وقد سار القضاء العراقي على الزام المحدث بإزالة المحدثات التي يقيمها على أرض غيره، وهو يعلم إنها ليست مملوكة له أو يعلم ليس له الحق بإقامة المحدثات، وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " بعد إن ثبت أن المغروسات عائدة للمدعى عليه وإن زرعها

(1) لفته هامل، مصدر سابق، ص30.

(2) لفته هامل، مصدر سابق، ص20.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص317 وص318.

(4) نبأ العبيدي، مصدر سابق، ص86.

(5) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ط1، مطبعة لجنة البيان العربي، بغداد، 1964م، ص210.

كان فضولاً وتجاوزاً أن تحكم له بمنع المعارضة في المغروسات مقلوعة أي إن له ملكها والتصرف بها بعد القلع⁽¹⁾.

والسؤال المطروح هنا هل يحق لصاحب الأرض مطالبة الغاصب بالتعويض إذا ما تحققت الإزالة بعد طلبها؟، للإجابة على هذا السؤال نقول أن المادة (1119) من القانون المدني العراقي جاءت خالية من حق المطالبة بالتعويض، ولكن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تجيز للمضرور المطالبة بالتعويض، فإذا أصابت مالك الأرض أية اضرار فله حق المطالبة بالتعويض، وهنا تنص المادة (204) من القانون المدني العراقي على إنه " كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض"، مع ملاحظة أن حق المطالبة بالتعويض في القانون العراقي يتقدم بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، ولا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع الضرر⁽²⁾، وبهذا الشأن تنص المادة (232) من القانون المدني العراقي على إنه " لا تسمع الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع أيّاً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع"، أما الحق الثاني الذي قرره المشرع العراقي للمالك فهو الحق في تملك تلك المحدثات على وفق أحكام الالتصاق، وقد تطرقت المادة (1119) من القانون المدني العراقي على حق مالك الأرض بتملك المحدثات، وأنّ ظاهر النص يحتمل التفسير بأنّ هذا الحق مقيد بأن يكون قلع المحدثات مضرراً بالأرض، ولكنّ مع ذلك يرى جانب من الفقه إن هذا القيد ظاهري مادام صاحب الأرض هو الذي يقدر فيما إذا كان قلع المحدثات مضرراً بالأرض من عدمه، فهو حق يعود لصاحب الأرض وحده وليس للمحكمة أن تتدخل فيه من تلقاء نفسها⁽³⁾، وعلى المشرع العراقي كما يرى أحد الشراح إعادة النظر في حكم المادة (1119) من القانون المدني وأن يعطي لصاحب الأرض الحق في طلب تملك المحدثات من دون أن يقيد بأي قيد، لأن هذه المادة تواجه حكم حالة الباني أو الغارس سيء النية وليس من المعقول حماية من يعتدي على ملك غيره بسوء نية، ولكنّ إذا كان قلع المحدثات مضرراً بالأرض ضرراً فاحشاً فلصاحب الأرض تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع جبراً على الباني أو الغارس سيء النية⁽⁴⁾، ويختلف الحكم فيما إذا كانت الأرض تابعة للوقف، فلما كان القانون خالياً من المعالجة لهذه الحالة فإن حكمها سيخضع لمبادئ الشريعة الإسلامية، هذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني العراقي، وبالتالي إذا بنى الواقف على أرض الوقف يكون البناء وفقاً إذا بناه من

(1) د. جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011م، ص109.

(2) د. جمال الحاج ياسين، مصدر سابق، ص113 و114.

(3) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973م، ص141.

(4) شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، ج2، مطبعة المعارف، بغداد، 1959م، ص902.

مال الوقف أو من ماله الخاص وصرح بأن البناء يكون للوقف، ولكن إذا بنى من ماله ولم يصرح بشيء فيكون البناء ملكاً له⁽¹⁾.

وإذا كان المحدث هو المتولي وصرح مثلاً أنه يبني لنفسه ومن ماله الخاص، فهذا يكون متعدياً بعمله فيؤمر بقلع المحدثات إذا كان القلع لا يضر بالأرض، وإذا كان القلع يضر بالأرض عليه الانتظار حتى تهدم البناء أو تيسر الأشجار وهنا ليس للمتولي أن يطالب بمنفعة المحدثات ويكون مستحقاً للعزل⁽²⁾، أما إذا كان المحدث اجنبياً فله أن يأخذ المواد التي أقام بها المحدثات إذا لم يكن في القلع ضرر على الأرض، وإذا كان القلع لا يمكن إلا مع ضرر جسيم يصيب الأرض صارت المحدثات مالاً للوقف، ويدفع لصاحبها قيمتها بأقل القيم الثلاث مستحقة القلع أو مستحقة البناء أو مقلووعة بالفعل⁽³⁾.

وقد قضت محكمة تمييز العراق بقلع المغروسات المقامة على أرض الوقف مع علم الغارس بأن الأرض موقوفة إلا إذا كان القلع مضراً بالأرض، فلدائرة الاوقاف أن تطلب تملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع⁽⁴⁾، وبهذا الصدد نصت المادة (12) من قانون إدارة الأوقاف العراقي على إنه " يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على أرض موقوفة بغرسها أو البناء عليها أو يزرعها بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على السنة أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بكليتهما وبالتعويض بما لا يقل عن ضعف أجر المثل من تاريخ التجاوز حتى تاريخ القلع وبقلع المحدثات وبيعها على نفقة المتجاوز وعلى المحكمة أن تحسم الدعوى بصورة مستعجلة"، يستفاد من هذه النص أن المشرع العراقي الزم الغاصب بقلع المحدثات المغروسة أو المزروعة أو المشيدة تجاوزاً على أرض موقوفة وبيعها على نفقة الغاصب وبتعويض الوقف ضعف أجر المثل من يوم التجاوز إلى يوم القلع⁽⁵⁾.

وقد عالج المشرع المصري الأحكام المتقدمة في المادة (924) من القانون المدني التي نصت على إنه " 1- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض أن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت 2- يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزاعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

(1) د. ضحى محمد سعيد النعمان، البناء على ملك الغير دون إذن المالك دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر- الامارات، 2014م، ص179.

(2) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثامن، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت، بلا سنة طبع، ص516.

(3) حامد مصطفى، مصدر سابق، ص212.

(4) قرار محكمة التمييز المرقم 970/ح/107 في 1970/1/22. أشار إليه د. جمال الحاج ياسين، مصدر سابق، ص118.

(5) محمد رافع يونس، المغارسة في أرض الوقف دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، مج15، العدد 52، السنة 17، ص113.

ومما يُلاحظ على هذه المادة أنها قيدت حق مالك الأرض في طلب الإزالة بأن يتم طلب الإزالة خلال سنة يبدأ من تاريخ علمه بما أقيم على أرضه من بناء أو غراس، وهذه المدة تُعتبر مهلة يمنحها المشرع لمالك الأرض ليتدبر الأمر ويتخذ قراره خلالها، وهي مدة سقوط لا مدة تقادم لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، فإذا انقضت مدة السنة فإن المالك يفقد خياره في طلب الإزالة ولا يكون أمامه سوى أن يطلب تملك المنشآت طبقاً لأحكام الالتصاق مقابل أن يدفع التعويض المقرر في حالة استبقاء المنشآت، وأن تقييد حق المالك بطلب الإزالة بهذا القيد الزمني ينصب في مصلحة صاحب البناء أو الغراس وذلك لكي لا يبقى مصير المنشآت معلقاً لمدة طويلة⁽¹⁾.

والسؤال المطروح هنا ما هو الحكم في حالة سكوت مالك الأرض وعدم استعماله لخيار طلب الإزالة أو استبقاء البناء؟ للإجابة على هذا السؤال عالج المشرع المصري هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة (924) من القانون المدني والتي تنص على إنه "يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة"، فالباني أو الغراس في القانون المصري يستطيع نزع المنشآت في أي وقت من دون أن ينتظر انقضاء مدة السنة، فيجبر بذلك صاحب البناء على قبول قلع المنشآت أو على استعمال خياره في تملك المنشآت طبقاً لأحكام الالتصاق شريطة أن لا يكون القلع يلحق ضرراً بالأرض، كما أن للباني أو الغراس طلب قلع المنشآت بعد انقضاء السنة إذا كان القلع لا يضر بالأرض، وعندئذ يكون صاحب الأرض مخيراً بين قبول القلع أو استبقاء المنشآت، ولكنَّ الباني أو الغراس إذا لم يطلب قلع المنشآت بعد انقضاء السنة فإن صاحب الأرض يكون مجبراً على استبقاء المنشآت وتملكها⁽²⁾.

وحسناً فعل المشرع المصري في ذلك، لأنه جمع بين أمرين أولهما تقيده حق مالك الأرض في الاختيار بين طلب الإزالة أو الاستبقاء بمدة سنة وهي مدة معقولة، والأمر الثاني أجاز للباني أو الغراس أن يطلب نزع المنشآت ليجبر صاحب الأرض على استعمال خياره في استبقاء البناء أو الغراس في حين أن المشرع العراقي لم يشر إلى هذين الأمرين⁽³⁾.

ومما يُلاحظ على نص المادة (524) من القانون المدني المصري إنها انفردت بالزام الباني أو الغراس سيء النية بالقلع مع التعويض، وإذا زال الباني الأعمال التي أنشأها قبل أن يظهر صاحب الأرض رغبته في ابقائها، فإنه لا يكون لصاحب الأرض سوى الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك⁽⁴⁾، في حين أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى موضوع التعويض، لأن التعويض الذي يستحقه صاحب الأرض عما لحقه من ضرر بسبب المحدثات يكون طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تجيز للمضروب المطالبة بالتعويض كما ذكرنا سابقاً⁽⁵⁾.

(1) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص44.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، ج9، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م، ص282.

(3) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص50.

(4) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص104.

(5) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1961م، ص272.

وأما المشرع الفرنسي فقد أشار في المادة (555) من القانون المدني على إنه يحق لمالك الأرض أما أن يحتفظ بملكية الأبنية والمغروسات والمنشآت الأخرى أو يجبر الباني أو الغارس على إزالتها، فإذا طلب صاحب الأرض إزالة الأبنية والمغروسات، فنزال على نفقة الباني أو الغارس مع الزامه بدفع تعويض عن الضرر الذي يلحق بالأرض بسبب الإزالة، أما إذا اختار صاحب الأرض الاحتفاظ بملكية الأبنية والمغروسات والمنشآت الأخرى يكون مخير بين أن يدفع تعويضاً يساوي ما زاد على قيمة الأرض بسبب المنشآت أو أن يدفع له قيمة المواد وأجرة العمال، وإلى أبعد من ذلك ذهبت المادة (555) من القانون الفرنسي فالزمت مالك الأرض أن يدفع للباني سيء النية عند استبقاء البناء قيمة الأدوات وأجرة الأيدي العاملة وتقدر هذه القيمة بحسب المصاريف التي أنفقت وقت البناء⁽¹⁾.

ولا اعتبار الباني حسن النية لا يكتفي في القانون الفرنسي أن يعتقد الباني أنه مالك للأرض التي بنى عليها، بل يجب أن يكون اعتقاده الخاطئ مبنياً على سبب صحيح، وعلى ذلك فإن حسن نية الباني يجب أن يشتمل على المعنى الوارد في النظرية العامة للحيازة⁽²⁾.

وقد أعطى المشرع الأردني للمالك الخيار بين طلب إزالة المحدثات أو استبقائها ولم يقيد في استعمال حقه بإزالة المحدثات على نفقة من أقامها بمدة معينة كما فعل المشرع المصري، فنصت المادة (1140) من القانون المدني الأردني على إنه " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، وتقضي هذه المادة أنه لصاحب الأرض التي أحدث عليها بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ان يطلب قلع هذه المحدثات على نفقة من أحدثها إذا كان إحداثها قد تم من دون رضاه مالم يكن القلع مضرراً بالأرض، فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فلصاحب الأرض أن يملك هذه المحدثات بقيمتها مستحقة القلع، واستعمال أحد الخيارين من دون الآخر مسألة متروكة لتقدير مالك الأرض، ولا تستطيع المحكمة ولا المحدث إجباره على أي من الخيارين.

ومما يلاحظ أن المشرع الأردني قد أقام حكم المادة (1140) من القانون المدني على حسن نية الباني أو الغارس أو سوء نيته، وجعل له أثراً واضحاً في نتيجة المحدثات التي أقامها، إذ أنه ذكر في نص هذه المادة عبارة " على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها"، والعلم بان الأرض مملوكة لغيره وانها غير مملوكة للمحدث هي قرينة كافية لثبوت سوء نية المحدث فيما أقام به من بناء أو غراس، وهي تحصيل حاصل لعدم حصول المحدث على رضا صاحب الأرض⁽³⁾، والعبرة في وقت إقامة المحدثات لمعرفة المحدث سيء النية أو حسن النية، ولا يهم إذا تغيرت النية بعد ذلك، فلو أن حائز الأرض بحسن نية وسبب صحيح أقام عليها محدثات وتبين له بعد إنه أحدث عليها بناء وأن سنده صادر من غير مالك فإنه مع ذلك يُعد حسن النية، لأنه كان كذلك وقت إقامة المحدثات⁽⁴⁾.

(1) انظر في ذلك: Lap.voirin ed Goubeaux . manuel de dorit civil ,p.236.

(2) انظر في ذلك: Lap.voirin ed Goubeaux ,op . cit ,p.236 .

(3) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص146 وص148.

(4) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982م، ص315.

ويرى أحد الشراح إن أحدث البناء أو الغراس على أرض غيره وبدون رضاه لا تعدو أن تكون صورته من صور الغصب الذي يتحقق به الاستيلاء على تلك الأرض وإزالة يد صاحبها عنها وإحلال يد المحدث غير المشروعة عليها، وفي ذلك حرمان للمالك من الانتفاع بها واستغلالها واستعمالها بسبب تلك المحدثات⁽¹⁾.

وترك المشرع اليمني الخيار لصاحب الأرض بين طلب إزالة المنشآت أو إبقائها في مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع، ولم يقيد في استعمال حقه بإزالة المحدثات على نفقة من أقامها بمدة معينة شأنه في ذلك شأن المشرع العراقي والمشرع الأردني، ولكن المشرع اليمني لم يقيد طلب إبقاء البناء أو الغراس بأن يكون القلع مضرراً بالأرض، وخير صاحب الأرض إذا أراد تملك المحدثات أن يدفع لصاحبها أما تعويضاً بقيمتها مستحق القلع أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المحدثات كما فعل المشرع المصري⁽²⁾.

وقد نصت المادة (1153) من القانون المدني اليمني على إنه " إذا أحدث شخص شيئاً في أرض غيره بمواد مملوكة له كان لصاحب الأرض الخيار بين طلب إزالتها أو إبقائها في مقابل أن يدفع لصاحبها أما تعويضاً بقيمتها مستحقة القلع أو ما زاد في قيمة الأرض لسببها"، ومما يلاحظ أن المشرع اليمني في باب المغارسة والمزارعة والمساقاة أوجب على المتعدي قلع البناء أو الغراس وتعويض صاحب الأرض ارش النقص لما يلحق الأرض من ضرر بسبب القلع مالم يتفق الطرفان على إبقاء البناء أو الغراس، وذلك في المادة (763) من القانون المدني اليمني التي نصت على إنه " ما وضع بتعدٍ من غرس أو بناء أو نحوهما وجب على واضعه إزالته وتسليم ارش الأرض لما لحق بها من ضرر بسبب القلع والإزالة، ما لم يرغب الطرفان في بقاء الغرس أو البناء ونحوهما فعلى مالك الأرض قيمة الغرس أو الأنقاض قائمة ليس لها حق البقاء وعلى الواضع تعدياً أجره الأرض بما يقدره عدلان وارش جناية ما أحدثه".

والسؤال المطروح في هذا المقام هل يُعد البناء الذي يحدثه الشريك في العقار الشائع من دون إذن بقية الشركاء غصباً؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من بيان موقف التشريعات المقارنة وموقف القضاء من حكم هذه الحالة، فالمشرع العراقي أورد نصاً خاصاً في أحكام الالتصاق ينظم حكم حالة بناء الشريك في الأرض الشائعة، إذ نصت المادة (1123) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة، فتقسم فإن أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم".

ويتضح من هذا النص أن الشريك إذا بنى لنفسه في العقار الشائع من دون إذن الآخرين ولم يطلب الشركاء القسمة بل طلبوا قلع البناء فيؤمر الباني بقلع البناء ولا يستطيع القاضي قسمة العقار الشائع بينهم، أما إذا طلب بعض الشركاء القسمة وطلب الآخرون قلع البناء وكان العقار الشائع قابل للقسمة فيقسم بين الشركاء، وحينئذ إذا وقع البناء في حصة بانيه أصبح الباني مالكا للأرض وما عليها من بناء، وإذا وقع البناء في حصة شريك آخر كان لهذا الشريك أن يكلف

(1) د. عمار القضاة، المصدر السابق، ص 148 و 149.

(2) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 320 و 327.

الباني بالقلع مع التعويض إن كان له مقتضى، كما له الحق في أن يملك البناء بقيمته مستحقاً للقلع إن كان القلع مضرراً بالأرض⁽¹⁾.

وعدم قابلية العقار للقسمة لا يحول من دون إزالة شيوخ العقار بالبيع بطلب يقدم من أحد الشركاء كالشريك الباني نفسه، فإذا تمت إزالة الشيوخ وتملك الشركاء قيمة البناء فعندئذ يكونون قد رضوا ببقاء البناء وعليهم أن يردوا للشريك الباني قيمة البناء مستحقاً للقلع⁽²⁾.

وبهذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها جاء فيه " إذا أحدث الشريك بناء على الملك المشترك ولم يستحصل إذناً بالبناء من الشركاء فيكون بحكم الأجنبي المتجاوز ويحق للشركاء طلب قلع البناء أو تملكه مستحقاً للقلع إذا كان قلعه مضرراً بالأرض طبقاً للمادة (1119) مدني فإن أزيل شيوخ العقار بيعاً وتملك الشركاء قيمة البناء قائماً فيكونون بذلك قد رضوا ببقاء الأبنية وعليهم في هذه الحالة أن يردوا للشريك قيمة البناء الذي أحدثه باعتباره مستحقاً للقلع"⁽³⁾.

أما المشرع الأردني فقد وجدناه متفقاً مع المشرع العراقي، إذ تنص المادة (1144) من القانون المدني الأردني على إنه " إذا بنى أحد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة تقسم فإن أصاب ذلك البناء حصة بانية ملكه وأن أصاب حصة الآخر يكلف الباني بالهدم"، ويتضح من هذا النص أن المشرع الأردني أنزل الشريك الباني منزلة الباني سيء النية إذا لم يقع البناء في حصته بعد قسمة العقار الشائع، فأجاز للشريك الذي وقع البناء في حصته نتيجة القسمة أن يكلف الشريك الباني بالهدم، كما له أن يملك البناء بقيمته مستحقاً للقلع إذا كان القلع مضرراً بالأرض⁽⁴⁾.

وأما المشرع المصري فلم يورد في أحكام الالتصاق نصاً ينظم حالة بناء الشريك في الأرض الشائعة، وبالتالي تسري على هذه الحالة أحكام الشيوخ، فبناء الشريك على جزء من الأرض الشائعة يُعد عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة في المال الشائع، فإذا وافقت أغلبية الشركاء على البناء قبل إقامته أو أقرته بعد إقامته فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض الشائعة ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم⁽⁵⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " أن الشريك الذي يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير، فإذا طالب الشريك الآخر بملكته لحصة في هذا البناء وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته، إذ إن مطالبتة هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبراً في حكم الوكيل"⁽⁶⁾.

(1) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص 929.

(2) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص 155.

(3) رقم القرار 183/ مدنية ثانية عقار 1973/ في 26/ 6/ 1973. منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، بلا سنة طبع، ص 31.

(4) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص 690.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 9، ص 754.

(6) قرار محكمة النقض المصرية في 30 ديسمبر 1948. أشار إليه د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 9، ص 755.

وأما إذا كان البناء أو الإنشاء حصل من دون موافقة الأغلبية التي تتطلبها المادة (829) من القانون المدني فتطبيقاً لقواعد الشيوع يجوز لباقي الشركاء أن يلزموا الشريك الباني على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء إذا كان هذا البناء قد ألحق قلعه ضرراً بالأرض⁽¹⁾.

وإذا تمت القسمة ولم تحصل موافقة الأغلبية على عمل الشريك ووقع الجزء المشغول بالبناء في نصيب شريك آخر، فإنه يستطيع أن يلزم الشريك الباني بإزالة البناء مع التعويض إن كان له مقتضى، كما إن له الحق في تملك البناء في مقابل تعويض الشريك الباني بأقل القيمتين أي قيمة ما أنفقه على البناء أو ما زاد في قيمة الأرض على وفق القواعد العامة في الإثراء بلا سبب، وتطبيق أحكام الشيوع في هذه الحالة مشروطاً بأن يكون الشريك الباني قد بنى على جزء من العقار الشائع يعادل حصته، أما إذا بنى فيما يجاوز حصته اعتبر بانياً سيء النية في ملك غيره وكان من حق الشركاء استبقاء الجزء من البناء الذي بنى على ما يجاوز حصة الشريك الباني على أن يدفعوا قيمته مستحقة القلع طبقاً لأحكام الالتصاق⁽²⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بقولها " إذا كان من المقرر إن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فإنه لا يُعد بانياً في ملك غيره وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يترتب على ما يظهر من نتيجة القسمة إلا إن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه فإذا جاوزه اعتبر بانياً في ملك غيره لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه"⁽³⁾.

وكذلك المشرع الفرنسي لم يورد في أحكام الالتصاق نصاً خاصاً للحالة التي يقيم فيها الشريك بناء على الملك المشترك، وبالتالي يجب تطبيق القواعد الخاصة بالشركة أو الشيوع، فإذا كان البناء قد حصل دون رضا بقية الشركاء، فيجوز لهم أن يلزموا الشريك الباني بإزالة الأعمال التي أحدثها إذا كانت مخالفة لما خصص له العقار المشترك أو من شأنها إحداث ضرر فيه، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز للشريك في الملك من غير رضا شريكه أن يقيم أبنية على الملك المشترك وإن من أقام أبنية من غير هذا الرضا يجوز إلزامه بهدم الأعمال إذا لم يفضل ترك البناء للملك المشترك من غير أن يطالب بنصف مصاريف البناء⁽⁴⁾.

وأما المشرع اليمني فلم يتطرق في أحكام الالتصاق لمسألة إقامة الشريك لبناء في المال الشائع من دون إذن الشريك الآخر كما فعل المشرع العراقي والمشرع الأردني، وبالتالي تسري على هذه الحالة أحكام الملكية الشائعة، وبهذا الصدد تنص المادة (1182) من القانون المدني اليمني على إنه " لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف يشاء لشريكه مطلقاً ولغير شريكه بدون إذن الشريك الآخر إذا كان التصرف لا يضر نصيبه، وبإذنه إذا كان التصرف يضر نصيبه وإذا تصرف الشريك في حصته بدون إذن شريكه مع تحقق الضرر كان لشريكه أن يبطل التصرف، ولا يخل ما تقدم بحق الشريك في أخذ حصة شريكه المتصرف فيها

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج9، ص753.

(2) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص160.

(3) الطعن رقم 1241 في 1981/3/24. أشار إليه د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص96.

(4) د. ضحى النعمان، مصدر سابق، ص161.

بالشفعة طبقاً لشروطها المنصوص عليها في بابها"، وكذلك تنص المادة (1185) من القانون المدني اليمني على أن " أعمال الإدارة هي ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله ويؤخذ فيها برأي أغلبية الشركاء إذا كانت من الأعمال المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس الانصباء لا على أساس عدد الشركاء، وفي الأعمال غير المعتادة كإجراء تعديلات أو تغييرات أساسية في المال المشترك أو في الغرض الذي أعد له تلزم موافقة الشركاء جميعاً ".

الفرع الثالث: الزراعة في الأرض المغصوبة

عرفت المادة (805) من القانون المدني العراقي المزارعة بأنها عقد على الزرع بين صاحب الأرض والمزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد⁽¹⁾، وذكرتها محكمة التمييز الاتحادية العراقية في أحد قراراتها بالقول أن اتفاق صاحب الأرض الزراعية والفلاح على أن تكون للفلاح مساحة معينة من قطعة الأرض يقوم بزراعتها واستغلالها فإنه في حال تجاوزها يُعتبر غاصباً للمساحة المتجاوز عليها فليزِم برد الأرض مع أجر المثل⁽²⁾، وقد قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه بأن الزرع لمن زرع وإن كان غاصباً ولصاحب الأرض مراجعة الطرائق القانونية لاسترداد أرضه والمطالبة بأجر المثل عن مدة التجاوز⁽³⁾، وقضت أيضاً في قرار آخر بأنه يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعاً ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته فإذا انتفع بالعين كلها في سكن أو مزارعة أو إيجار أو بأي وجه من الوجوه بلا إذن شركائه وجب عليه أجره المثل⁽⁴⁾، وبناءً على ذلك أن الغاصب نتيجة الطمع وحب المال قد يقوم بإجراء بعض التصرفات ومنها زراعة الأرض المغصوبة، فإذا استرد المالك الأرض المغصوبة وكان الغاصب قد جنى المحصول، فعلى الغاصب أن يدفع لمالك الأرض الأجرة عن المدة التي ظلت فيها تحت يده، وإذا نقصت الأرض بالزراعة فعليه ارش النقص⁽⁵⁾.

وبهذا الصدد نصت المادة (907) من مجلة الأحكام العدلية على إنه " لو غصب واحد عرصة آخر وزرعها ثم استردها صاحبها يضمه نقصان الأرض الذي ترتب بزراعته"، فإذا نبت الزرع فلصاحبها أن يأخذ الأرض ويأمر الغاصب بقلع الزرع، فإذا لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع فالزرع للغاصب، وإن لم ينبت الزرع يخير صاحب الأرض إن شاء تركها حتى ينبت الزرع فيأمر الغاصب بقلعه وإن شاء أعطى الزارع ما زاد فتقوم الأرض بمبذوره ببذر حق القلع وتقوم غير مبذوره فيعطي فضل ما بينهما⁽⁶⁾، وإذا حصل من تلك الزراعة نقص في الأرض ضمن الزارع مقدار النقص، وإن لم يحصل من ذلك نقص لا يضمن شيئاً إلا إذا كانت الأرض

(1) وعرفتها المادة (723) من القانون المدني الأردني بأنها عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها، وعرفتها المادة (765) من القانون المدني اليمني بقولها إذا أجر رب الأرض أرضاً معلومة لشخص آخر ليزرعها زرعاً معلوماً مدة معلومة كان العقد مزارعة صحيحة ملزماً للمتعاقدين ولا يفسخ إلا برضاها أو لإخلال الأجير بشروط الإقامة المتفق عليها حال العقد أو امتناعه عن تسليم الأجرة.

(2) تاريخ القرار 2008/8/28. أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص309.

(3) رقم القرار 413/4 مدنية رابعة 1973 في 1973/5/5. أشار إليه د. حبيب إدريس، المصدر نفسه، ص307.

(4) رقم القرار 1223/الهيئة الاستئنافية العقار 201 في 2012/3/17. أشار إليه د. حبيب إدريس، المصدر نفسه، ص332.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص178.

(6) سليم باز، مصدر سابق، ص436.

معدة للاستغلال فيضمن الأجرة، وكذلك لو زرع شخص أرضاً يملكها بالاشتراك مع آخر بلا إذنه فلشريكه بعد استرداد حصته من الأرض أن يضمه ما يصيب الأرض من النقصان الذي حدث بزراعته⁽¹⁾.

وأما المشرع العراقي فقد عالج حكم مسألة زراعة الأرض المغصوبة ضمن المواد التي تطرقت إلى موضوع الالتصاق، إذ نصت المادة (1124) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذنه كان لمالك الأرض الخيار في أن يملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتى الحصاد بأجر المثل"، يتبين من هذا النص أن المشرع العراقي أعطى للمالك حق التخيير بين تملك الزرع الذي زرعه الغاصب في أرضه ولكن بعد دفع نفقته للغاصب وبين أن يترك الزرع للغاصب ويأخذ أجرة الأرض منه⁽²⁾.

وبهذا الصدد تنص المادة (197) من القانون المدني العراقي على إنه " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وأن تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، يتبين من هذا النص أن المشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان، وبالتالي ألزم غاصب العقار برده إلى مالكة، وهذا الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب، وكذلك ألزم غاصب العقار أن يعرض صاحبه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب، والتعويض عن المنافع إنما يكون بدفع أجرة مثله، وبالإضافة إلى ذلك ألزم الغاصب بالتعويض في حالة تلف العقار المغصوب أو إذا طرأ على قيمته نقص في فترة الغصب حتى لو كان التلف أو النقص قد حدث بدون تعدٍ أو تقصير منه، لأن مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان⁽³⁾.

وأما المشرع المصري فقد عالج حكم مسألة زراعة الأرض المغصوبة ضمن المواد التي تطرقت لموضوع الحيازة، إذ نصت المادة (978) من القانون المدني على إنه " 1- يكتسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية 2- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً"⁽⁴⁾، والثمار هي كل ما ينتج الشيء من غلة متجددة، وقد تكون طبيعية كالزرع الذي تخرجه الأرض بدون تدخل الإنسان وقد تكون نتيجة تدخل الإنسان كالمحصول والفاكهة وقد تكون مدنية كالأجرة والفوائد، أما المنتجات فهي التي تخرج من الشيء بتدخل من الإنسان وتنتقص من أصل الشيء فلا تتجدد كالأحجار التي تخرج من المحاجر والمعادن التي تخرج من المناجم، وبالتالي تتميز الثمار عن المنتجات أن الثمار غلة دورية متجددة، ولا تنتقص من أصل الشيء، وهي من حق المالك ما لم يوجد نص يجعل ملكيتها لغيره كنص المادة (978) السابق ذكرها التي جعلت ملكية الثمار للحائز ما دام حسن النية⁽⁵⁾، وبهذا الصدد تنص المادة (979) من القانون المدني المصري على إنه " يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي

(1) منير القاضي، شرح المجلة، ج2، مطبعتا الخيرية والعاني، بغداد، 1947م، ص297.

(2) سيف بسام، مصدر سابق، ص90.

(3) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص271.

(4) تقابلها المادة (1165) من القانون المدني العراقي والمادة (1191) من القانون المدني الأردني.

(5) أنور طلبية، مصدر سابق، ص412 و413.

قصر في قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار⁽¹⁾، فالحائز سيء النية يكون مسؤولاً قبل المالك من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، وإذا كان العقار لا ينتج ثماراً فإن الحائز لا يلتزم برد ثمار لم يقبضها ولكنه يلتزم بتعويض المالك عن الغصب الذي حال دون المالك وانتفاعه بعقاره⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها أن تطبيق المادتين (978 و 979) من القانون المدني يقتضي حتماً التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فإن لكل حكماً فالثمرة وهي الربع واجبة الرد إذا كان آخذها سيء النية والحق في المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقدم الطويل عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (375) من القانون المدني ولا يغير من ذلك أن عين النزاع غير مثمرة ولا يؤثر ذلك في الزام غاصبها بتعويض صاحب الحق عن حرمانه من الانتفاع بها أما إذا كان آخذها حائزاً للعين واقتربت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة⁽³⁾.

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن الحائز يلتزم برد ثمار العقار بالحالة التي كانت عليها وقت الحيازة، ولا يلتزم برد الثمار التي ترجع إلى ما قام به الحائز من مجهود خاص، فهذه الثمار ترجع إلى مجهود الحائز أكثر مما ترجع إلى الشيء المحوز، فقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية إذا أبطل حكم مرسى المزاد فإن مشتري الأرض الزراعية لا يلتزم إلا برد الثمار التي كانت تنتجها الأرض في لحظة بدء الحيازة أي التي ترجع إلى الطبيعة في حد ذاتها من دون تلك التي ترجع إلى الجهد المنتج للحائز⁽⁴⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا القضاء لا يتفق مع صحيح القانون ولا يحقق العدالة ونحن نؤيده في ذلك، لأن المادة (549) من القانون المدني الفرنسي ألزمت الحائز برد جميع الثمار من دون استثناء، ولم تتضمن التفرقة بين الثمار التي ترجع إلى مجهود الحائز أو التي ترجع إلى الشيء المحوز نفسه، وإذا كان الحائز سيء النية فإنه يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها، وأما في المادة (548) من القانون المدني الفرنسي يلتزم المالك بأن يرد للحائز النفقات التي أنفقت في سبيل إنتاج الثمار وتشمل أجر العمل وقيمة البذور والزراعة وغيرها من المصروفات اللازمة للزراعة مثل مصاريف التسميد والري، والزام المالك برد النفقات مقابل استرداده للثمار يؤدي إلى تحقيق العدالة بين الطرفين فلا يثري أحدهما بلا سبب على حساب الآخر⁽⁵⁾.

وأما المشرع الأردني فقد نصت المادة (1138) من القانون المدني على إنه " إذا بذر أجنبي في أرض الغير بدون إذنه كان لمالك الأرض الخيار بين أن يملك البذر بمثله وبين أن يترك الأرض بيد الأجنبي حتى الحصاد بأجر مثله"، ونصت المادة (279) من القانون المدني على إنه " 1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه 2- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان

(1) تقابلها المادة (1166) من القانون المدني العراقي والمادة (1192) من القانون المدني الأردني.

(2) أنور طلبية، المصدر نفسه، ص 412 و 413.

(3) نقض 1993/1/21 طعن 1813 س 57 ق. أشار إليه أنور طلبية، المصدر نفسه، ص 419.

(4) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص 363.

(5) د. حسام الأهواني، المصدر نفسه، ص 364.

عليها عند الغصب وفي مكان غصبه 3- فإن استهلكه أو أتلفه بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب 4- وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده"، يستفاد من هذين النصين أن موقف المشرع الأردني في حكم زراعة الأرض المغصوبة يماثل موقف المشرع العراقي، وعليه إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة يُلزم الغاصب بردها إلى المغصوب منه ويبقى الزرع للغاصب بأجر مثله⁽¹⁾.

أما المادة (1121) من القانون المدني اليمني فقد نصت على إنه " لا يضمن الغاصب من غير المنقول (العقار) إلا ما تلف تحت يده، ولكنْ تلزمه أجرة العين المغصوبة مدة بقائه معه ويلزمه إعادة العين لصاحبها"، ونصت المادة (1138) من القانون المدني اليمني على إنه " يجوز للمالك ولو بدون إذن القاضي أن يقلع زرع وغرس الغاصب ويرجع عليه بأجره القلع وارش ما تلف من العين بأوفر القيم وله إبقاء الزرع والغرس لنفسه بقيمته قائماً غير مستحق البقاء أو بإبقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة، وليس للمالك أن يفسد ما قلع إذا كان لا يفسد بالقلع وإلا ضمن ما بين قيمته مقلوعاً يغرس وبين قيمته مقلوعاً لا يغرس"، يستدل من هذا النص أن المشرع اليمني أعطى الخيار للمغصوب منه بين قلع الزرع أو استبقائه له مقابل قيمته مستحق القلع أو إبقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة، فإذا اختار المالك القلع فله الحق في القيام بذلك ولو بدون إذن القاضي⁽²⁾، وحسناً فعل المشرع اليمني في إعطاء الخيار للمغصوب منه بين تملك الزرع بقيمته وبين تركه للغاصب مع استيفاء أجرة الأرض، لأنه أدري بمصلحته من غيره، ويضاف على ذلك أن الرغبات تختلف من شخص إلى آخر وباختلاف الزمان والمكان⁽³⁾.

المبحث الثاني: التصرف القولي في المال المغصوب

التصرف القولي في الفقه الإسلامي يقابله في القانون المدني التصرف القانوني أو الأعمال القانونية، لأن الفقه الإسلامي يميز بين التصرفات القولية التي هي التصرفات القانونية والتصرفات الفعلية التي هي الوقائع المادية، وهنا يلزمنا أن نتعرف على رأي الفقهاء المسلمين وموقف القانون فيما لو تصرف الغاصب بالمغصوب تصرفاً قولياً، وتأسيساً على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول للتصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني للتصرف القولي في المال المغصوب في القانون.

المطلب الأول: التصرف القولي في المال المغصوب في الفقه الإسلامي

أن الغاصب قد يبيع المغصوب أو يؤجره أو يرهنه... الخ، فما حكم هذه التصرفات في الفقه الإسلامي؟ وللإسلام عن ذلك بشيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: بيع المغصوب

بيع المغصوب قد يقع من الغاصب أو من المغصوب منه، وفيه مسألتان:

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص310.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص183.

(3) د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص310 وص311.

المسألة الأولى: بيع الغاصب (بيع الفضولي لنفسه)

وردت على ألسنة الفقهاء عدة تعريفات للفضولي، فقد عرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه من يتصرف في حق غيره من دون إذن شرعي⁽¹⁾، وعرفه بعضهم الآخر بأنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه⁽²⁾، وعرفه أحد فقهاء الحنابلة في عقد البيع بأنه من يشتري أو يبيع بدلاً من شخص معين لم يأذن له⁽³⁾، وعرفه أحد فقهاء الإمامية بأنه الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً⁽⁴⁾، وعرفه آخر من الإمامية بأنه من يتولى العقد بدون إذن لا من المالك ولا من الشارع كالولي⁽⁵⁾.

ونحن نتفق مع تعريف فقهاء الإمامية للفضولي بأنه الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً، لأنه تعريف عام وشامل لاتساعه لجميع مصاديق الفضولي، وعلى هذا فالفضولي هو الذي يتصرف في حق غيره من دون أن تكون له ولاية شرعية⁽⁶⁾، وهو من يتدخل في شؤون غيره من دون توكيل أو نيابة⁽⁷⁾، وعليه فبيع الفضولي هو كل بيع ينصب على شيء مملوك لغير بائعه ومن دون إذن من مالكه⁽⁸⁾.

ولتصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي صورتان، الصورة الأولى: أن يتعاقد الفضولي لحساب المالك، والصورة الثانية: أن يتعاقد الفضولي لحساب نفسه، وحين يتصرف الفضولي بالبيع لملك غيره يختلف الحال عند مباشرته لهذا العقد، فقد يوقعه للمالك وهو من أظهر مصاديق الفضولية، وقد يوقعه لنفسه لا للمالك، وهذا يكون غالباً من الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً⁽⁹⁾، وقد اختلف الفقهاء في حكم مسألة بيع الفضولي لنفسه وانتهت أقوالهم إلى خمسة آراء:

الرأي الأول: يرى أكثر فقهاء الحنفية أن بيع الفضولي لحساب نفسه يكون موقوف على إجازة المالك الحقيقي إن أجازه نفذ وإن رده بطل العقد، فمن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وله حق الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما⁽¹⁰⁾.

(1) محمد علاء الدين الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ج2، بلا سنة طبع، ص237.

(2) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، المطبعة المصرية ببلا، 1286هـ، ص209.

(3) المقدسي، مصدر سابق، ص62.

(4) الشيخ مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ط2، مطبعة اطلاعات، تبريز، 1375هـ، ص124.

(5) الشيخ كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج1، بدون سنة طبع، ص1255.

(6) محمد نجيب عوضين، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، 2003م، ص105.

(7) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1954م، ص129.

(8) د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، دار الكلام الطيب، دمشق-بيروت، 2010م، ص370.

(9) السيد عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص19. د. ميري كاظم عبيد، مصدر سابق، ص96.

(10) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، بلا سنة طبع، ص140.

ويرى بعض فقهاء الحنفية أن بيع الفضولي لحساب نفسه يُعد باطلاً لا ترد عليه الإجازة، فبيع الفضولي موقوف إلا في ثلاث فباطل، وفيما إذا باع لنفسه، لأنه لو باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى أكثر المالكية أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإن رده بطل العقد، لأن الغاصب إذا باع الشيء المغصوب للمالك أن يجيز ذلك البيع، لأن غايته أنه بيع فضولي وله أن يرده سواء قبض المشتري المبيع أم لا وسواء علم المشتري أنه غاصب أم لا⁽²⁾.

ويرى بعض فقهاء المالكية أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل لا ترد عليه الإجازة، وذهب أحدهم إلى جعل بيع الغاصب باطلاً سواء علم المشتري أن البائع غاصب أم لا، وفرق آخر بين علم المشتري وجهله فجعل البيع باطلاً في الأولى وموقوفاً على إجازة المالك في الثانية⁽³⁾.

الرأي الثالث: ذهب فقهاء الشافعية في المذهب الجديد إلى أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل العقد، فلو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مره بعد أخرى للمالك أن يجيزها⁽⁴⁾.

ويرى فقهاء الشافعية في المذهب القديم أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل، إذ قال الشافعي من غصب عبداً وباعه لم يجز بيعه، لأنه أعتق من لا يملك وإن أجاز ذلك السيد، لأن البيع وقع فاسداً⁽⁵⁾.

الرأي الرابع: يرى فقهاء الحنابلة في الرواية الأولى أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل العقد، لأنه قد يترتب على إبطاله ضرر بعد أن تكون التصرفات قد توالى على الشيء المغصوب، فالحكم بصحتها يقضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له⁽⁶⁾.

ويرى فقهاء الحنابلة في الرواية الثانية أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل، فقال أحدهم وتصرفات الغاصب الحكيمة كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في إحدى الروايتين، وقال آخر أما العقود من البيع والإجارة والنكاح ونحوها فالعقد باطل على الصحيح من المذهب⁽⁷⁾.

(1) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م، ص178. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة طبع، ص163.

(2) الخرشي، مصدر سابق، ج6، ص146.

(3) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ج3، عالم الكتب، بلا سنة طبع، ص242.

(4) الرافعي، مصدر سابق، ج8، ص121.

(5) صلاح الدين بن عبد الله العلائي الدمشقي، الكلام في بيع الفضولي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثالث، 1990م، ص53.

(6) ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص205.

(7) المرادوي، مصدر سابق، ج6، ص203 و207.

الرأي الخامس: ذهب فقهاء الزيدية وبعض فقهاء الإمامية والاباضية إلى أن بيع الفضولي لحساب نفسه موقوف على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإن رده بطل البيع، لأن الغاصب إذا باع المغصوب وأخذ الثمن وأجاز المالك البيع نفذ البيع وبرئ المشتري⁽¹⁾.

ويرى بعض الإمامية والاباضية أن بيع الفضولي لحساب نفسه باطل لا ترد عليه الإجازة، وقالوا هذا يكون في بيع الغاصب غالباً، وفيه قولان صرح جماعة من الأصحاب بالبطالان⁽²⁾.

نستخلص مما سبق أن بيع الفضولي لنفسه ذلك البيع الصادر من أجنبي لحساب نفسه، وقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

القول الأول: أن بيع الفضولي لنفسه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجازته نفذ، وترتبت آثاره وإن رده بطل العقد واعتبر كأن لم يكن، لأن في إجازته لعقد الفضولي يعني رضاه بما فعل ولا فرق أن يتقدم الرضا على التصرف أو العكس.

القول الثاني: أن بيع الفضولي لنفسه باطل لا ترد عليه الإجازة، فبطلان بيع الفضولي لا يترتب عليه أي أثر من آثار البيوع، بل لا بد من إبرام عقد جديد بين المالك والمشتري من الفضولي.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في حكم بيع الفضولي إلى اختلاف كلمتهم في شرط الملك للمبيع هل هو من شروط النفاذ أم من شروط الانعقاد أو من شروط الصحة؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول اشترط الفقهاء المسلمين لإتمام التعاقد ووقوعه صحيحاً نافذاً أن يكون للعاقد سلطة على المعقود عليه، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بوسيلة من الوسائل الآتية:

1- الملك: هو أن يكون المبيع وهو الشيء المعقود عليه مملوكاً للبائع وقت البيع، فلا يصح بيع ما ليس مملوكاً له واستثنى الفقهاء من ذلك بيع السلم فأجازوه للضرورة ولحاجة الناس إليه.

2- الولاية: وهو أن يكون العاقد ولياً أو وصياً على صاحب الشيء المعقود عليه، ومعنى ذلك أن يكون مأذوناً له بالتصرف من الشرع .

3- الوكالة: وهو أن يكون العاقد وكيلاً في التصرف الذي قام به نيابةً عن غيره بناءً على وكالة بين الوكيل والموكل، ولكن على الوكيل أن يتصرف في حدود وكالته ولا يتجاوزها، وبإحدى هذه الوسائل يكون للمتعاقد صفة شرعية، فإذا لم تتوافر فيه صفة من هذه الصفات تبيح له التصرف في المعقود عليه سمي المتصرف فضولياً⁽³⁾.

ويرى جمهور الفقهاء إن لعقد البيع أركاناً وشروطاً ينبغي توافرها حتى ينعقد العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، ومن ضمنها شرط تملك البائع للمبيع⁽⁴⁾، فمن رأى أن ملك للمبيع من شروط النفاذ

(1) محمد ياسر حسني محمد الشناوي، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية دراسة تاريخية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص298.

(2) عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص103.

(3) زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، 2014م، ص15.

(4) محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الحنفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001م، ص38.

ذهب إلى أن بيع الفضولي لا يفسد بفقده بل ينعقد موقوفاً على إجازة المالك أو إلى حين حصوله، ومن رأى أنه شرط من شروط الانعقاد أو الصحة ذهب إلى أن بيع الفضولي يفسد بفقده وبالتالي يقع باطلاً⁽¹⁾.

وفي القول بصحة بيع الفضولي منفعة لكل من المالك والمشتري والفضولي إن لم يترتب عليه ضرر ما، فالملك المبيع الذي باعه الفضولي قد كفى مؤونة طلب المشتري وعرض السلعة إن كان راغباً في بيعه، والمشتري توافر وصوله إلى طلبه وحاجته من دون انتظار حضور المالك، والفضولي توافر صون كلامه من الإلغاء وإنما تأخر الأثر إلى وقت رضا المالك⁽²⁾، وقد اعتمد القائلون بوقف بيع الفضولي على أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول والقياس والمصلحة وكما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم استدلل القائلين بوقف بيع الفضولي بقوله تعالى "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"⁽³⁾، وقوله تعالى "فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ"⁽⁴⁾، ووجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة وغير ذلك من التصرفات الأخرى من غير تفريق بين أن يقوم المالك بالتعاقد بنفسه أو أن يقوم غيره بالوكالة عنه سواء كانت هذه الوكالة موجودة عند التعاقد أم إنها وجدت بعد التعاقد عن طريق الإجازة اللاحقة، ولم تفرق بين رضا المالك عند التعاقد أو بعده⁽⁵⁾.

ثانياً: السنة النبوية استدلوا بما روي عن عروة بن أبي الجعد البارقى أن الرسول (ص وآله) أعطاه دينار ليشتري به شاة فاشترى له به شاتين فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له الرسول (ص وآله) بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه⁽⁶⁾، واستدلوا أيضاً بما روي عن حكيم بن حزام أن الرسول (ص وآله) بعثه يشتري له إضحية بدينار فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى إضحية بدينار وجاء بدينار إلى الرسول (ص وآله) فتصدق به ودعا له أن يبارك في تجارته⁽⁷⁾.

ثالثاً: القياس قاسوا بيع الفضولي على الوصية للوارث أو الوصية من مدين بدين مستغرق للتركة، فالوصية تكون موقوفة على الإجازة⁽⁸⁾، وقاسوا على البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام وهو بيع موقوف على الإجازة، فكذا بيع الفضولي يكون موقوفاً على إجازة المالك⁽⁹⁾، والجواب على هذا الاستدلال بالقياس على الوصية بأنه قياس مع الفارق، فالوصية تحتل الغرر وتصح بالمعذور بخلاف البيع، وأما الاستدلال بقياسه على البيع بشرط الخيار إنه لا يصح، لأن بيع

(1) السرخسي، مصدر سابق، ج13، ص154. القرافي، مصدر سابق، ج3، ص1021. النووي، مصدر سابق، ج9، ص259.

(2) علي الخفيف، مصدر سابق، ص318 وص319.

(3) سورة البقرة: الآية 275.

(4) سورة الجمعة: الآية 10.

(5) الكاساني، مصدر سابق، ج5، ص148 وص149.

(6) الشوكاني، مصدر سابق، ج5، ص323.

(7) النووي، مصدر سابق، ج9، ص262.

(8) كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع، ص53.

(9) النووي، مصدر سابق، ج9، ص262.

الفضولي مجزوم به منعقد في الحال والبيع بشرط الخيار ينتظر فسخه وإذا مضت المدة ولم يفسخ يلزم البيع⁽¹⁾.

رابعاً: المعقول بيع الفضولي صادر من أهله، لأن البيع كلام والأهلية المطلوبة متوفرة بالتميز، وصدوره في محله، لأن محل العقد متقوم ومشروع، وكون المحل غير مملوك للبائع لا يؤثر على وجوده، لأنه لو بائعه المالك أو وكل الغير في بيعه يجوز، فتوافرت فيه جميع أركان العقد الصحيح ولكن على اعتبار صدور العقد من غير المالك فإن نفاذه يتوقف لعدم توافر رضا المالك، فإذا توافر الرضا بالإجازة زال المانع من النفاذ⁽²⁾.

خامساً: المصلحة الأصل في العقود الإباحة وإنها شرعت من أجل تحقيق مصالح الناس، فلا يحرم منها إلا ما حرم الله تعالى، وبيع الفضولي إن لم يكن فيه مصلحة فليس فيه من ضرر، فالقول بانعقاد بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك يحقق مصلحة الأطراف جميعهم سواء المتعاقدين أو المالك، فالمالك إذا وجد البيع فيه مصلحة له أجازته، ومصلحته في حال الإجازة تكون ثابتة من خلال حصوله على الثمن والاستفادة من وفرة السلعة ورواجها، ومصلحة المشتري متحققة منه فوصله إلى حاجته في حالة إجازة المالك لعقد الفضولي، وفي وقف البيع الذي أبرمه مع المشتري صون لكلامه من الإلغاء ويحصل على الثواب إذا قصد بتصرفه معاونة المالك على تصرف شؤونه⁽³⁾.

أما القائلين ببطالان بيع الفضولي فقد اعتمدوا على أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والمعقول وكما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم استدلوا بالكثير من الآيات الكريمة ومنها قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"⁽⁴⁾، ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى اشترط لحل انتقال ملكية الأموال بين الناس أن تكون مبنية على التراضي، وبيع الغاصب للمال المغصوب (بيع الفضولي لنفسه) يناقض ذلك، فالبيع ليس مملوكاً له وبالتالي يكون البيع باطلاً، فالآية الكريمة تفيد حرمة أخذ مال الآخرين باستثناء التجارة، وقيد التجارة أن تكون عن تراضٍ، وبيع الغاصب تجارة بغير تراضٍ، لأن البيع يكون من دون رضا المالك فيكون باطلاً حتى لو لحقته الإجازة⁽⁵⁾.

ثانياً: السنة النبوية استدلوا بالكثير من الأحاديث الواردة عن الرسول (ص وآله) منها ما روي عن حكيم بن حزام قال " قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك"⁽⁶⁾، ووجه الدلالة في الحديث أن الرسول

(1) الماوردي، مصدر سابق، ج5، ص229.

(2) السرخسي، مصدر سابق، ج13، ص154.

(3) ابن الهمام، مصدر سابق، ج7، ص53.

(4) سورة النساء: الآية 29.

(5) عبد الهادي الحكيم، مصدر سابق، ص83. د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص295.

(6) محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، سنن الترمذي، ج3، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1975م، ص526.

(ص وآله) نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده، والنهي يقتضي البطلان والفضولي يبيع ما ليس عنده فكان بيعه باطلاً⁽¹⁾.

ثالثاً: القياس ذهبوا أن بيع الفضولي من العقود التي يدخل فيها الغرر، وهو منهي عنه قياساً على بيع الأبق وبيع السمك في الماء والطير في الهواء، لأن الفضولي غير قادر على تسليم المبيع مما يستلزم بطلان العقد، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق والسمك في الماء والطير في الهواء⁽²⁾.

رابعاً: المعقول أن أفعال الإنسان يجب أن تصان من العبث، والفضولي لا يستطيع تنفيذ البيع، وهذا يجعل عمله عرضه للبطلان إذا لم تحصل الإجازة من المالك، فيضيع وقته من دون جدوى ويريق ماء وجهه، فيجب صون الناس عن مثل هذه التصرفات، وأن الولاية في المال لا تكون إلا للمالك أو لمن له نيابة أو وكالة من المالك، فالولاية كالأهلية، فكما لا ينعقد العقد من فاقد الأهلية لا ينعقد من فاقد الولاية ولو كان كامل الأهلية، لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كلام العاقلين لكي تترتب آثاره شرعاً، والفضولي ليس مالكاً ولا مأذوناً بالتصرف من المالك، فلا يكون لتصرفه وجود ولا يترتب عليه أثر من الآثار في نظر الشارع⁽³⁾.

المسألة الثانية: بيع المغصوب منه

المغصوب منه أما أن يقوم ببيع المغصوب للغاصب أو أن يقوم ببيعه لغير الغاصب، فإذا باعه للغاصب يكون البيع صحيحاً، لأن المغصوب في يد الغاصب فيشبه بيع العارية للمستعير حتى لو كان غير موجود أثناء العقد⁽⁴⁾، وأما بيع المغصوب لغير الغاصب فاتفق الفقهاء على إنه يصح إذا كان البائع أي المغصوب منه قادراً على انتزاعه من الغاصب وتسليمه للمشتري⁽⁵⁾، وإذا كان غير قادر على تسليمه وكان المشتري قادراً على أخذه من يد الغاصب يصح البيع عند بعض فقهاء الشافعية وفقهاء الحنابلة لإمكان قبض المغصوب ولعدم الغرر، ولا يصح عند البعض الآخر من الشافعية، لأن التسليم واجب على البائع، وهو عاجز عنه، فإذا عجز البائع عن استنقاذه بعد البيع، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: إجارة المغصوب

إجارة المغصوب قد تقع من الغاصب أو من المغصوب منه وفيه مسألتان:

- (1) محمد الشناوي، مصدر سابق، ص316.
- (2) أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، شرح السنة، ج8، ط2، المكتب الإسلامي، دمشق، 1983م، ص141.
- (3) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص66 وص67. محمد الشناوي، مصدر سابق، ص320.
- (4) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص293.
- (5) ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص58. الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص7. ابن قدامه، مصدر سابق، ج4، ص92. الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص14. أطفيش، مصدر سابق، ج8، ص234. الشوكاني، مصدر سابق، ج5، ص155.
- (6) ابن قاسم الغزي، حاشية البيجوري، ج1، دار الفكر للنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ص354. محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر، 1995م، ص18.

المسألة الأولى: إجارة الغاصب

إذا أجر الغاصب المغصوب فإن عقد الإجارة يقع باطلاً فلا تصح إجارته، وذلك لعدم ملكيته أو ولايته على العين المؤجرة، فتصرف الغاصب في المغصوب بالإجارة يخالف أحكام الشريعة، فإذا تم العقد مع هذا الإشكال، فللمغصوب منه تضمين الغاصب أو المستأجر أجره المثل، فإذا ضمن المستأجر لم يرجع على الغاصب إلا بما يزيد أجر المثل على الأجر المسمى⁽¹⁾.

وقال الشافعية أن الأجرة للغاصب إذا قبضها، لأن المغصوب في ضمانه لحديث الخراج بالضمان، وقال المالكية والاباضية إذا أجر المستأجر الأرض وحرثها وهو لا يعلم بالغصب، للمغصوب منه أخذها ودفع أجره الحرث⁽²⁾، ويرى فقهاء الأحناف للمغصوب منه أن يجيز إجارة الغاصب، فإذا أجازته وكانت مدة الإجارة قد انقضت تكون الأجرة للغاصب، لأن المعقود عليه أي المنفعة قد انعدم والإجازة لا تلحق المعدوم، وإذا كانت الإجازة بعد مضي بعض المدة فالأجرة كلها للمالك عند أبي يوسف، لأنه إذا بقيت بعض المدة لم يبطل العقد، وقال محمد أجره ما مضى للغاصب وأجره ما بقي للمالك، لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه مستقل عن غيره، وتكون على الغاصب أجره المثل للمدة السابقة على الإجازة⁽³⁾.

ولكن ما الحكم لو أجر الغاصب العين المغصوبة وهلك في يد المستأجر؟ في الإجابة على هذا التساؤل يرى جمهور الفقهاء إذا هلك المغصوب في يد المستأجر للمغصوب منه تضمين المستأجر أو تضمين الغاصب بدلها بالمثل أو القيمة، فإذا اختار تضمين المستأجر وكان الأخير غير عالم بالغصب فإنه يرجع على الغاصب، وإن كان عالماً بالغصب لا يرجع على الغاصب فهنا حكمه حكم الغاصب والتلف حصل في يده فيستقر الضمان عليه، وإن اختار المغصوب منه تضمين الغاصب بالإجرة والقيمة فإن الغاصب يرجع على المستأجر بالإجرة، ويرى بعض الحنابلة على الغاصب أجره المغصوب من وقت الغصب إلى وقت التلف، ويقبل قوله في وقت التلف بيمينه لتسقط عنه الأجرة من ذلك الوقت⁽⁴⁾.

المسألة الثانية: إجارة المغصوب منه

يرى بعض فقهاء الحنابلة إذا قام المغصوب منه بإجارة المغصوب فالعقد لا يصح لعدم قدرته على تسليم المعقود عليه، ويصح العقد إذا كان المستأجر بعد إبرام العقد قادراً على انتزاع المغصوب من الغاصب لإمكان قبضه والوصول إليه، أما إذا قام المغصوب منه بتأجير المغصوب للغاصب فالعقد صحيح، لأن العين المغصوبة تحت يده⁽⁵⁾، ولكن ما الحكم في حالة

(1) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص303.

(2) الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص454. الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص462. الشوكاني، مصدر سابق، ج13، ص448.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج5، ص2563.

(4) ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص203. الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص462. الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص454. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص111 و112.

(5) منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع، ج2، دار التراث، القاهرة، بلا سنة طبع، ص304.

غصب العين المؤجرة قبل مضي مدة العقد وبعده؟ اختلف الفقهاء في حكم مسألة غصب العين المؤجرة، ولهم رأيان:

الرأي الأول: ذهب بعض الحنفية إلى القول ليس للمستأجر الحق في الفسخ إذا حدث الغصب بعد إبرام العقد ويلزم بالإبقاء على العقد⁽¹⁾.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول إن غصب العين المؤجرة يؤدي إلى الإخلال بالعقد ويعطي للمستأجر حق الخيار بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه⁽²⁾.

ونحن نؤيد رأي جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه في إعطاء المستأجر الخيار بين الفسخ والإبقاء على العقد وذلك لقوة الحجج التي استندوا عليها.

والسؤال المطروح هنا: هل يجوز للشريك إجارة المال الشائع من دون إذن بقية الشركاء ؟

لم تتفق كلمة الفقهاء في حكم هذه المسألة، ولهم خمسة آراء:

الرأي الأول: فرق فقهاء الاحناف بين أن يكون تأجير العقار الشائع لحساب الشريك أو أن يكون التأجير له ولباقي الشركاء، ففي حالة قيام الشريك بتأجير العقار الشائع لحساب نفسه يأخذ الشريك حكم الغاصب، ولكنه لا يلزم برد الأجرة، ولا يحق لبقية الشركاء الرجوع عليه بالأجرة، وقد استثنى فقهاء الحنفية من هذا الحكم مال الوقف ومال اليتيم والاعيان المعدة للاستغلال⁽³⁾.

أما في حالة قيام الشريك بتأجير المال الشائع لنفسه ولبقية الشركاء وأجاز بقية الشركاء تصرف الشريك في بداية عقد الإجارة وقبل تسليم المال الشائع كان لهم أجرة باقي الحصص، وإن حصلت الإجازة بعد التسليم يرى بعض فقهاء الحنفية للشركاء الحق في المطالبة بالإجارة عن المدة الماضية والمدة المتبقية، ويرى آخرون لهم الأجرة عن المدة المتبقية وتكون بنصيب كل واحد منهم⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: قال فقهاء الإمامية يجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه وهبته، ولكن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك، فالإجارة صحيحة ولا دليل على اختصاص الإجارة بما إذا كان متعلقها ملكاً بجملته للمؤجر، وتكون الإجارة باطلة إذا كان المستأجر أو المؤجر يعلم إن الشريك لا يأذن بمثل هذه الإجارة، ولا يسمح بتسليم العين لاستيفاء المنفعة، ويكون حال المؤجر حال الغاصب

(1) عبد الله بن سليمان، مصدر سابق، ج2، ص371.

(2) فإذا حدث الغصب بعد العقد مباشرة واختار المستأجر الفسخ فلا يلزم بدفع الأجرة لعدم حصوله على المنفعة، وللمستأجر الأجرة إن كان قد نقدها بشرط عدم حدوث تفريط منه، وإذا حدث الغصب بعد مضي بعض مدة العقد يلزم المستأجر بدفع أجرة ما سبق وعلى الغاصب بعد ذلك، وأما إذا حدث الغصب ولم يختار المستأجر الفسخ واختار الإبقاء على العقد فيكون مع الغاصب كالمالك إذا زرع العين أو سكن فيها تكون الأجرة له، ويسقط خيار المستأجر في الفسخ أو الإبقاء إذا بادر المؤجر (المالك) وانتزع العين من الغاصب وردها للمستأجر قبل مضي مدة لمثلها أجرة. شمس الدين أحمد بن قودر، مصدر سابق، ج9، ص72. عبد الله بن سليمان، مصدر سابق، ج2، ص271. ابن قدامه، مصدر سابق، ج5، ص264. الدسوقي، مصدر سابق، ج4، ص31. الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص481. البهوتي، مصدر سابق، ج2، ص308. النووي، مصدر سابق، ج5، ص342.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج5، ص2561. ابن نجيم، مصدر سابق، ج2، ص243.

(4) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، ط4، دار الفكر، بيروت، 1962م، ص138.

غذا عصى وسلم العين المؤجرة للمستأجر مع عدم إذن الشريك، فالمؤجر لا يملك حصته عيناً فكيف يملك المستأجر منفعتها، فهو يملك المال على نحو الشيوع ولا سلطة له فعلية على العين إلا مع إذن شريكه⁽¹⁾.

الرأي الثالث: ذهب فقهاء المالكية إلى عدم جواز قيام الشريك بتأجير المال الشائع كله بدون إذن بقية الشركاء، وإن وقعت هذه الإجارة كانت صحيحة في حصة الشريك وغير نافذة في حصص باقي الشركاء، مما يعطي الحق للمستأجر طلب فسخ العقد المبرم بينه وبين الشريك، ولبقية الشركاء الحق في الرجوع على الشريك بالأجرة أو الحق في إجازة التصرف الصادر من الشريك وتنفيذ العقد⁽²⁾.

الرأي الرابع: ذهب فقهاء الشافعية إلى أن تصرف الشريك في كل المال الشائع صحيح في حصته فقط وموقوف في باقي الحصص الشائعة على إجازة بقية الشركاء، فلا يجوز للشريك التصرف في حصصهم بدون إذنهم⁽³⁾.

الرأي الخامس: ذهب فقهاء الحنابلة إلى عدم جواز قيام الشريك بتأجير المال الشائع بدون إذن باقي الشركاء في حالة عدم تسليم العين المؤجرة للمستأجر، أما إذا تم التسليم فيكون تصرفه صحيحاً بشرط عدم إلحاق الضرر بقية الشركاء من خلال عدم استيفائهم للأجرة⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رهن المغصوب

رهن المغصوب قد يقع من الغاصب أو من المغصوب منه، ففيه مسألتان:

المسألة الأولى: رهن المغصوب من الغاصب (رهن ملك الغير)

ملك الغير هو ما ليس مملوكاً للمتصرف فيه وإن كان مملوكاً لغيره، والفرق بين ملك الشخص وملك غيره هو إباحة التصرف، فملك الشخص يثبت له كافة التصرفات من دون أن يتوقف على إذن، أما ملك الغير فهو ما لا يباح التصرف فيه إلا بإذن صاحبه، وقد انقسم الفقهاء إلى رأيين في حكم رهن ملك الغير بغير إذنه أو بدون ولاية شرعية، رأي يجيز رهن ملك الغير ولكنه يوقفه على إجازة المالك، ورأي آخر لا يجيزه ويقرر عدم صحته وكما يأتي:

الرأي الأول: يرى جواز رهن ملك الغير بشرط أن يأذن له صاحبه، وبهذا قال جمهور الفقهاء من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية، إذ إن حكم رهن ملك الغير بغير إذنه أو بدون ولاية شرعية ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز المالك نفذ وإلا فيكون باطل،

(1) السيد محمد الحسيني، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، ط1، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1998م، ص143 وص144.

(2) عبد الله بن سليمان، مصدر سابق، ج2، ص386.

(3) الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص395.

(4) الدردير، مصدر سابق، ج6، ص136.

ويسمى هذا الرهن برهن الفضولي قياساً على عقد البيع⁽¹⁾، ويقول أحد فقهاء الإمامية يُعتبر في العين المرهونة جواز تصرف الراهن فيها، ولو بالرهن فقط، فإذا رهن ملك الغير فصحته موقوفة على إجازة المالك، وإذا ضمه إلى ملكه ورهنهما لزم الرهن في ملكة وتوقف في الضميمة على إجازة مالكيها، واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ "⁽²⁾، واستدلوا بما روي عن الرسول (ص وآله) إنه قال " أنت ومالك لأبيك "⁽³⁾، وجه الدلالة بالحديث إن الولد وماله مملوك للأب، وما دامت الملكية ثبتت في الولد والمال جاز للأب أن يتصرف في مال ولده كيف يشاء كالرهن مثلاً⁽⁴⁾.

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على جواز رهن ملك الغير نجد فقهاء الشافعية قد منعوا رهن مال المحجور عليه إلا لضرورة وغبطة ظاهرة، ونجد فقهاء الحنابلة لم يجيزوا ارتهان مال اليتيم إلا بشرطين هما: 1- رهنه عند ثقة. 2- وأن يكون فيه حظ لليتيم.

الرأي الثاني: هو رأي فقهاء الظاهرية ومن وافقهم من فقهاء الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، وعندهم إن حكم رهن ملك الغير باطلٌ لانتفاء الملكية والولاية، ويقول فقهاء الظاهرية بعدم جواز رهن ملك الغير مطلقاً سواء كان الغير محجوراً عليه أو غير محجوراً، حيث أبطلوا رهن ملك الغير وأن كان بأذنه أو بولاية شرعية، واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ "⁽⁶⁾، وقوله تعالى " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ "⁽⁷⁾، واستدلوا بالقياس بقولهم إن الراهن غير قادر على تسليم ما يرهنه، لأنه ليس مالكا له، واستدلوا بالمعقول بقولهم إن العقد لا يصدر إلا من له الولاية أو الإذن، وأن حكم العقد لا ينفصل عن سببه وإلا كان حكم العقد باطلاً أو غير منعقد، لذا فهو باطل لاستحالة انعقاد السبب وهو عدم ملكيته للمرهون⁽⁸⁾.

ونحن نتفق مع بعض الشراح في ترجيحهم الرأي الأول الذي يرى إن حكم رهن ملك الغير بغير إذنه أو بدون ولاية شرعية ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك، لأنه يتماشى مع الحكمة التي شرع من أجلها الرهن، وهي حاجة الراهن الملحة إلى الدين فكما يقوم برهن حاجته

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج6، ص204. القرافي، مصدر سابق، ج8، ص91. الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص126. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج2، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2017م، ص288.

(2) سورة المائدة: الآية 2.

(3) محمد القزويني، مصدر سابق، ج2، ص779.

(4) د. محمد إسماعيل أبو الريش، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن، ط2، مطبعة الأمان، مصر، 1994م، ص178.

(5) ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص102. الماوردي، مصدر سابق، ج7، ص383. ابن قدامة، مصدر سابق، ج4، ص247.

(6) سورة النساء: الآية 29.

(7) سورة الانعام: الآية 164.

(8) د. عبد الرزاق فرج، مصدر سابق، ص67.

يمكن أن يقوم برهن حاجة غيره⁽¹⁾، وإضافة إلى ذلك إنه يتماشى مع القواعد الفقهية فمن المقرر صيانة كلام العقلاء من العبث استناداً إلى قاعدة " تصحيح الكلام أولى من إهماله"⁽²⁾.

والسؤال المطروح هنا: مالحكم لو استحق المرهون في يد المرتهن أي ظهر مملوكاً للغير؟ في الإجابة على هذا السؤال نقول إذا استحق المرهون في يد المرتهن أي ظهر مملوكاً للغير يبطل إن لم يجيزه المالك عند فقهاء الحنفية والمالكية⁽³⁾، ويبطل الرهن من أصله وإن أجازته المالك عند فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية، لأنه رهن ملك غير ورهن ملك الغير باطل وما بني على باطل فهو باطل⁽⁴⁾، فإذا كان المرهون المستحق قائماً وجب رده إلى المالك ويرجع المرتهن على الراهن بجميع حقوقه، وله حق الفسخ إن كان الرهن مشروطاً فيه، أما إذا كان المرهون المستحق هالكاً فإن المالك المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن، لأن كل واحد منهما متعدي في حقه، فالراهن باستيلائه عليه بغير حق وتسليمه إلى المرتهن والمرتهن بقبضه وتسلمه، فإن ضمن المالك المستحق الراهن صار المرتهن مستوفياً لدينه بقدر قيمة الرهن عند فقهاء المالكية والحنفية، وذلك لهلاك المرهون في يده حيث إن الراهن قد ملكه بأداء ضمانه ملكاً مستنداً إلى وقت استيلائه عليه بغير حق قبل عقد الرهن فيصبح راهناً ما يملك.

وعند فقهاء الشافعية والحنابلة لا يسقط شيء من يد المرتهن بهلاك المرهون في يده بلا تعدي أو تفريط منه، فيرجع بكامل حقه على الراهن، أما إذا ضمن المالك المستحق المرتهن ابتداء رجع المرتهن على الراهن بما ضمنه من المثل أو القيمة، لأنه تسلم الرهن مغروراً من جهة الراهن والمغرور يرجع بما ضمن ويرجع المرتهن أيضاً بدينه على الراهن، لأن استيفاءه لدينه قد انتقص بظهور إنه قد تسلم عيناً مملوكة للغير، وعند فقهاء الحنفية والمالكية يبطل الرهن ويرجع حقه كما كان، وأما عند فقهاء الشافعية والحنابلة يبطل الرهن، لأن الراهن قد رهن ملك غيره والمرهون يكون أمانه في يد المرتهن لا يضمنه إلا بالتعدي والتفريط⁽⁵⁾.

المسألة الثانية: رهن المغصوب من المغصوب منه

اتفق جمهور الفقهاء على جواز ارتهان المغصوب من ماله لدى الغاصب، ويصبح المغصوب حينئذ رهناً في يد الغاصب بعقد الرهن، فيصبح مرهوناً بعد إن كان مغصوباً بيده⁽⁶⁾، ولكنهم اختلفوا في مسألة زوال ضمان الغصب بمجرد عقد الرهن ولهم في ذلك رأيان:

(1) د. محمد أبو الريش، مصدر سابق، ص182.

(2) وداد وهيب لهمود، الأطر القانونية لرهن ملك الغير دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد 52، 2020م، ص106.

(3) المرغيناني، مصدر سابق، ج4، ص1580. الحطاب، مصدر سابق، ج6، ص566.

(4) الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص135. ابن قدامه، مصدر سابق، ج4، ص283. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص102.

(5) توفيق إبراهيم موسى أبو عقيل، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات- جامعة الخليل، 2008م، ص132 وص133.

(6) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص143. الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص128. ابن قدامه، مصدر سابق، ج7، ص453. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص102. الزيلعي، مصدر سابق، ج6، ص70. الحطاب، مصدر سابق، ج5، ص5.

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة ومالك وأحمد والمزني إذا صار المغصوب رهناً لدى الغاصب زال ضمان الغصب بمجرد عقد الرهن⁽¹⁾، وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بالآتي:

1- قياس رهن المغصوب للغاصب على بيعه وهبته له، فكما إن بيع المغصوب منه وهبته له تسقط عنه ضمان الغصب اتفاقاً فكذلك رهنه منه بجامع الإذن بالإمساك في كل منهما، لأن الحكم إذا انيط بعله فإنه يزول بزوالها.

2- لو قال شخص لآخر رهنك هذا الشيء على أن يكون مضموناً عليك لم يصح مضموناً لمنافاة الضمان لعقد الرهن، فإذا تنافيا ابتداء لم يجتمعا وكان أحدهما رافعاً للآخر، وقد ثبت الرهن بالاتفاق فلينتف الضمان بالالتزام.

3- أن الرهن كالوديعة كلاهما مقبوض بعقد أمانه، فإذا صار مقبوضاً وديعة انتقل عن كونه مقبوضاً غصباً، فكذلك يجب إذا قبض رهناً أن ينتقل عن كونه مقبوضاً غصباً فلا يكون مضموناً.

الرأي الثاني: يرى مالك والشافعي وقول في مذهب أحمد إن ضمان الغصب لا يسقط عن المرتهن بمجرد عقد الرهن، بل لا بد أن يبرئه المالك أو يعيده إليه ثم يسترده بحكم الرهن أو

يسلمه إلى عدل يتفقان عليه⁽²⁾، وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بالآتي:

1- أن المغصوب مضمونه على غاصبه، وعقد الرهن لا يتنافى مع الضمان، بدليل إنه لو تعدى عليه بعد العقد ضمنه ضمان الغصب في الانتهاء، لأنه لم يمنع ضمان الغصب في الابتداء.

2- أن عقد الرهن لا ينفي ضمان الجناية، فوجب ألا ينفي ضمان الغصب، لأن كلا منهما ضمان تعلق بعين.

3- أن ضمان الغصب لو سقط بارتهان الغاصب لسقط بارتهان غيره، لكنه لم يسقط بارتهان غيره فلا يسقط بارتهانه⁽³⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الأول الذي يرى زوال ضمان الغصب بعقد الرهن، لأنه لا مانع من ورود عقد الرهن على الغصب وأخذ أحكامه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: التصرف القولي في المال المغصوب في القانون

أن الغاصب قد يبيع المغصوب أو يؤجره أو يرهنه... الخ، فما حكم هذه التصرفات في القانون؟ وللإجابة عن ذلك بشيء من التفصيل سنوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

(1) ابن قدامة، مصدر سابق، ج7، ص453. الشيرازي، مصدر سابق، ج3، ص434.

(2) الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص129. الحطاب، مصدر سابق، ج5، ص5. ابن قدامة، مصدر سابق، ج7، ص398.

(3) ابن قدامة، مصدر سابق، ج7، ص453. الشيرازي، مصدر سابق، ج3، ص434.

(4) أبو الفرج بن عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بمصر، 1971م، ص67.

الفرع الأول: بيع ملك الغير

يُعد عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعاً في المعاملات المالية، ولولا هذا العقد لما تمكن الإنسان من الحصول على حاجاته وكسدت أعماله، والبائع والمشتري هما أطراف هذا العقد ولا تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري إلا إذا كان مالكا للمبيع، وبالرغم من ذلك قد يصدر البيع من غير المالك، وهنا نكون أمام ما يسمى ببيع الفضولي في الفقه الإسلامي وبيع ملك الغير في القانون الوضعي⁽¹⁾، وللإكلام عن بيع ملك الغير في القانون بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

عالج المشرع العراقي بيع ملك الغير في المواد (135) و (136) من القانون المدني، وجاءت نصوصه متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي⁽²⁾، إذ تطرقت المادة (135) لعقد الفضولي والمادة (136) للإجازة وأحكامها، وتنص الفقرة الأولى من المادة (135) من هذا القانون على إنه " من تصرف في ملك غيره انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك"، فهذا النص جاء بقاعدة عامة تحكم بيع ملك الغير كما تحكم غيره من التصرفات، وبالتالي فإن بيع ملك الغير ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك في القانون العراقي، وهذا النوع مستجمع أركان العقد الصحيح وشروطه، وليس فيه خلل لا ذاتاً ولا وصفاً، فكل طرفيه عبر عن أرادته تعبيراً صحيحاً وتلاقت هذه الإرادتان وإن محل العقد متقوم وسببه مشروع⁽³⁾، أما صدوره من غير مالك لا يمنع من انعقاده صحيحاً غير إن آثاره تتوقف على إجازة المالك⁽⁴⁾، والمشرع العراقي جعل انعدام الولاية على محل التصرف سبباً في وقف نفاذ العقد⁽⁵⁾، ولم يخرج عن قواعد العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ولكنه في الوقت نفسه حاول تطوير هذه الفكرة ومعالجة سلبياتها من أجل استقرار المعاملات، فلم يجعل مصير العقد متوقفاً على الإجازة لفترة مفتوحة وإنما حدد مدة ثلاثة أشهر

(1) زينة أحمد خريسات، مصدر سابق، ص 1.

(2) يرى جمهور الفقهاء أن بيع ملك الغير (بيع الفضولي) ينعقد صحيحاً لتوفر أركانه وشروط انعقاده ولكنه لا ينتج أثراً بين المتعاقدين أو غيرهم ويتوقف نفاذه على إجازة المالك، فإن أجازة المالك نفذ وأنتج آثاره منذ لحظة انعقاده بأثر رجعي، وإن لم يجزه يبطل العقد وينعدم منذ لحظة انعقاده. صبا سعدي علي، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بغداد، 2001م، ص 34.

(3) وبهذا الصدد تنص المادة (133) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه سالمة من الخلل 2- وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً افاد الحكم في الحال".

(4) منير القاضي، مصدر سابق، ص 224.

(5) وبهذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة (136) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور التصرف".

للمالك لإجازة العقد أو إبطاله من تاريخ علمه بالتصرف⁽¹⁾، كما اشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت إبرام العقد⁽²⁾، وهذا يعني إن خيار الإجازة أو النقص ينتقل إلى ورثة المالك⁽³⁾.

وعليه إذا أجاز المالك العقد تُعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب البائع بالبذل إن كان قد قبضه من الطرف الآخر، وإذا لم يجزه المالك يبطل العقد، ويرجع المشتري على البائع بالبذل إذا كان قد دفعه إليه، فإذا هلك البذل في يد البائع بدون تعدٍ منه وكان المشتري يعلم إنه يبيع ملك غيره فلا رجوع له عليه، وإذا سلم البائع المبيع للمشتري وهلك في يده بدون تعدٍ منه أو تفريط فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإن اختار أحدهما ورجع عليه سقط حقه عن الآخر⁽⁴⁾، وهنا يرى أحد الشراح إذا كان الفضولي قد سلم المال الذي عقد عليه فضولاً إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك العقد كان الفضولي بحكم الغاصب وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب⁽⁵⁾، وللمالك مطالبة العاقد الآخر برد ما سلمه إليه فإن هلك في يده كان للمالك تضمين الفضولي أو تضمين العاقد الآخر، ومطالبة أي منهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر به⁽⁶⁾.

وبهذا الصدد تنص المادة (200) من قانوننا المدني على إنه " إذا تصرف الغاصب في المغصوب وتلف كان المغصوب منه بالخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه ونفذ وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون"، ويرى أحد الشراح إن هذا النص تضمن عبارة إن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من صح تصرفه، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة، بينما إيراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للإبطال⁽⁷⁾، فبيع ملك الغير في القانون المدني العراقي عقد صحيح موقوف وليس عقداً باطلاً حتى يستعمل المشرع العراقي تعبير (صح تصرفه)⁽⁸⁾.

(1) وبهذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة (136) من القانون المدني العراقي على إنه " ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً".

(2) وبهذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة (136) من القانون المدني العراقي على إنه " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة".

(3) صبا سعدي علي، مصدر سابق، ص 68.

(4) هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، منشورات مكتبة هاشم، بلا سنة طبع، ص 302 وص 303.

(5) وبهذا الصدد ليس للشريك أن يتصرف مستقلاً في المال الشائع بدون إذن شركائه سواء كان هذا التصرف مادياً أم قانونياً، فإذا تصرف الشريك في الشيء كله أو في مقدار شائع يزيد على حصته كان تصرفه صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد على حصته، فإذا كان هذا التصرف بيعاً وقع البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع موقوفاً على إجازة شركائه الآخرين، فإذا أجازوا التصرف اعتبرت الإجازة توكيلاً، لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، ويطالبوا الشريك البائع باعتباره فضولياً بالبذل إذا كان قد قبضه وإذا لم يجيزوا هذا التصرف فإنه يُعتبر باطلاً، وإذا هلك المبيع قبل الإجازة في يد المشتري، فإن الشريك البائع بوصفه غاصباً يضمن هذا الهلاك لشركائه الآخرين، هذا ما أشارت إليه المادة (135) من القانون المدني العراقي. محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 115.

(6) منير القاضي، مصدر سابق، ص 224 وص 225.

(7) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 304.

(8) وبهذا الصدد تنص المادة (137) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية 2- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون

ويترتب على النص المتقدم إنه لو تصرف الغاصب في المغصوب معاوضةً كبيعه أو تبرعاً كهبته وكان المغصوب قائماً في يد المتصرف إليه كان المغصوب منه مخير بين إجازة التصرف أو استرداد عين المغصوب من واضع اليد وبين تضمين الغاصب، لأن خروج المغصوب من يده بحكم هلاكه في يده ولا يستطيع رده إلى مالكه، وإذا تلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد المشتري أو الموهوب له كان المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن من تصرف له الغاصب، فإذا رجع المغصوب منه على الغاصب حينئذ يصبح الغاصب مالاً للمغصوب ملكية تستند إلى يوم الغصب، وهنا يصبح تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، لأن بضمائه المغصوب يكون قد ملكه منذ غصبه بحكم الأثر الرجعي، فيكون تصرفه تصرفاً فيما يملك فيصبح بيعه صحيحاً وهبته صحيحه⁽¹⁾، أما إذا رجع المالك على من تصرف له الغاصب للمتصرف إليه أن يرجع على الغاصب بضممان الاستحقاق على وفق القواعد العامة التي قررها قانوننا المدني، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (550-557) من القانون المدني وإذا كان التصرف هبةً طبقت أحكام المواد (614) و(615) من القانون المدني.

ثانياً: في القانون المدني المصري

لم ينظم المشرع المصري أحكام بيع ملك الغير ضمن القواعد العامة في القانون المدني، وإنما عالج أحكام بيع ملك الغير بموجب المادتين (466، 467) من القانون المدني، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (466) من القانون المدني على إنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع"، وبصدد هذا النص يرى أحد الشراح إن المقصود ببيع ملك الغير هو أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه⁽²⁾، ويتضح من هذا التعريف إنه يركز على عنصرين رئيسيين هما 1- الشيء المعين بالذات 2- عدم ملكية البائع للمبيع⁽³⁾، علماً إن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا جعل البيع باطلاً وفقاً للقواعد العامة، وهذا الفرض لا يتحقق من الناحية العملية إلا إذا كان المشتري يعتقد وقت التعاقد إن المبيع مملوكاً للبائع وليس مملوكاً له⁽⁴⁾.

ويؤخذ على المشرع المصري إغفاله لحالة النيابة الشرعية، فيفهم من النص إن البائع لا يملك المبيع، ولكنه قد يكون نائباً قانونياً، ومما لا شك فيه أننا نكون في حالة نيابة عن المالك ولا نكون بصدد بيع ملك الغير، ولكي نكون بصدد بيع ملك الغير يشترط أن لا يكون هنالك اتفاق أو نص قانوني يعلق نقل الملكية على القيام بعمل ما أو يضيفه إلى أجل معين⁽⁵⁾، يرى أحد الشراح أنه يمكن تعريف بيع ملك الغير بأنه عقد يبيع بمقتضاه الشخص مالاً معيناً بالذات مملوكاً لغيره وبدون نيابة عن المالك، وينقل ملكية المبيع في الحال إلى ذمة المشتري⁽⁶⁾، وهذا التعريف يحتوي

الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع 3- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

(1) منير القاضي، مصدر سابق، ص 311 وص 312.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 4، ص 271.

(3) حسن رياض، مصدر سابق، ص 25.

(4) د. مصطفى الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، الدار الجامعية، 1986م، ص 90.

(5) زينة أحمد خريسات، مصدر سابق، ص 18.

(6) د. عبد الرحمن جمعة الحلاشه، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل، عمان، 1998م، ص 77.

على الشروط التي يجب توافرها حتى نكون بصدد بيع ملك وهي: أن يكون العقد عقد بيع وأن يكون المبيع معيناً بالذات وأن يكون المبيع مملوكاً للغير وأن يكون البيع ناقلاً للملكية في الحال⁽¹⁾، وهنا يقول أحد الشراح لا أرى من الضروري اشتراط أن يكون البيع ناقلاً للملكية في الحال لكي نكون أمام بيع ملك الغير، لأن الظاهر من تعريف المشرع المصري لعقد البيع إنه لا يرتب حكماً بانتقال الملكية في الحال فاشتراطوا مثل هذا الشرط ولكنهم ناقضوا انفسهم في مسألة البيع العقاري وجعلوا حكمه نقل الملكية وإن تراخى هذا الانتقال إلى ما بعد التسجيل⁽²⁾.

وتظهر أهمية تعيين حكم القانون في شأن هذا النوع من البيع، لكونه كثير الوقوع في الحياة العملية، فكثيراً ما يحدث إن الزوج يبيع مال زوجته أو الأبن يبيع مال أبيه أو الأب يبيع مال أبنه لا بصفته ولياً بل بصفته الشخصية، أو الوارث يبيع عيناً غير موجودة في التركة أو موجودة في التركة، ولكنها لم تقع في حصته والشريك في الشيوع يبيع كل العين الشائعة، وهو لا يملك إلا حصته فيها وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك، وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة، فهذه كلها تُعد ببيعاً لملك الغير⁽³⁾.

ويتضح من نص الفقرة الأولى من المادة (466) من القانون المدني المصري السابق ذكرها يُشترط في بيع ملك الغير توافر ثلاثة شروط وهي: أن يكون العقد بيعاً وأن يكون الشيء معيناً بالذات وأن يكون المبيع مملوكاً للغير.

1- أن يكون العقد بيعاً

عقد البيع من العقود الرضائية ولكي ينعقد صحيحاً لابد من توافر أركانه، وهي الرضا والمحل والسبب، وبالتالي حتى نكون بصدد عقد بيع ينبغي تطابق الإيجاب والقبول بمعنى أن يتفق أطرافه على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن، وإن حكم عقد البيع بمجرد تطابق القبول مع الإيجاب هو نقل الملكية مباشرة من دون حاجة إلى إجراء آخر، وهذا ما أشارت إليه المادة (418) من القانون المدني المصري، وبذلك إن أي عقد أو اتفاق من شأنه أن لا ينقل الملكية يخرجنا من نطاق عقد البيع إلى نطاق عقد آخر، فلا يتصور وجود حالة بيع ملك الغير لانتفاء معنى البيع أصلاً⁽⁴⁾.

والبيع لكي يُعد بيعاً لملك الغير يجب أن يكون الغرض من العقد التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، أما إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع أو تعهد أحد طرفي العقد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء محل العقد، ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية للطرف

(1) حسن رياض، مصدر سابق، ص25 وص26.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات - جامعة النجاح، فلسطين، 2006م، ص23.

(3) د. رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع فقهاً وقضاءً، ط8، دار الألفى القانونية بالمينا، 2010م، ص24 وص28.

(4) أيمن محمد حسين، مصدر سابق، ص23.

الآخر أو يتعهد أحد الطرفين بالحصول على موافقة المالك الحقيقي للشيء على بيعه للطرف الآخر، فإن هذا العقد لا يُعد بيعاً ولا تنصرف إليه أحكام بيع ملك الغير⁽¹⁾.

2- أن يكون الشيء معيناً بالذات

في بيع ملك الغير ينبغي أن يكون المبيع معيناً بالذات، لأن ملكية المبيع لا يمكن أن تنتقل من البائع إلى المشتري فور العقد، وبقوة القانون إلا إذا كان المبيع معيناً بالذات، وإن شرط كون المبيع معيناً بالذات ينبغي توافره سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً⁽²⁾.

والأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعيناً ذاتياً حيث لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، كالعقارات بوجه عام والمخطوطات الأصلية، وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره كحصان معين بالذات أو سيارة معينة بعلامة مصنعها ورقم صنعها، ويمكن القول أن هذه السيارة مملوكة لشخص معين، وإن بيعها من غير مالِكها يُعد بيعاً لملك الغير، أما المثليات فهي الأشياء التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعضها الآخر في الوفاء كالذهب والفضة والقمح⁽³⁾، وفي النتيجة لكي نكون أمام بيع ملك الغير فلا بد من وجود عقد بيع ومحل شيء معين بالذات، أما إذا كان المبيع من المثليات فلا يُعتبر البيع بيعاً لملك الغير، لأن المال المثلي قبل إفرازه وتسليمه يثبت في الذمة، فيكون الحق ثابت في ذمة البائع للمشتري حتى لو قصد المشتري سلعة غيره عند التعاقد⁽⁴⁾.

3- أن يكون المبيع مملوكاً للغير

لكي يكون البيع بيعاً لملك الغير يجب أن لا يكون المبيع مملوكاً للبائع، لأنه إذا كان المبيع مملوكاً للبائع كان العقد صحيحاً ولا نكون أمام بيع ملك الغير، ويُعد هذا الشرط أهم ما يميز بيع ملك الغير، وهذا يعني أن لا يكون للبائع سلطة التصرف في المبيع، لأن سلطة التصرف تثبت بالملك أو الولاية، بمعنى أن يكون البائع غير مالك ولا وكيل ولا ولي ولا وصي، فقد يكون البائع غاصباً للمال الذي تصرف فيه أو فضولياً، ولا يكفي أن يكون المبيع غير مملوك للبائع بل يجب أن يكون غير مملوك للمشتري، فإذا كان المبيع مملوكاً للمشتري وأقدم على شرائه جهلاً منه بملكيته له فإن العقد لا ينعقد أصلاً، لاستحالة تحقيق الغرض من العقد استحالة مطلقة وهو نقل الملكية من البائع للمشتري، وبالتالي فإن ملكية البائع للمبيع تضعنا أمام بيع صحيح وملكية المشتري للمبيع تضعنا أمام بيع باطل، وعدم ملكية البائع والمشتري للمبيع تضعنا أمام بيع ملك الغير⁽⁵⁾، فإذا توافرت هذه الشروط كان البيع بيعاً لملك الغير يستوي في ذلك علم البائع بعدم ملكيته للشيء المبيع أو عدم علمه، ولا يهم بعد ذلك أن يكون البيع مساومة أو بالمزاد، ويستوي

(1) د. رمضان جمال، مصدر سابق، ص25 و ص26.

(2) حسن رياض، مصدر سابق، ص30.

(3) د. إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1958م، ص24.

(4) أيمن محمد حسين، مصدر سابق، ص24.

(5) حسن رياض، مصدر سابق، ص31.

أن يكون البيع وارداً على منقول أو على عقار، كما يستوي أن يكون مسجلاً أو غير مسجل، وكذلك يستوي أن يكون البائع عالماً بملكته للمبيع أو يعتقد أنه مالك للمبيع⁽¹⁾.

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

عالج المشرع الفرنسي مسألة حكم بيع ملك الغير في المادة (1599) من القانون المدني التي نصت على إنه " بيع ملك الغير باطل وللمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع"، هذه المادة ذكرت البطلان وذكرت حق المشتري في التعويض من دون أن تبين نوع البطلان وما يمكن أن يترتب عليه من آثار، فاجتهدت المحاكم في سد هذا النقص وأوجدت حلولاً للكثير من المسائل التي تتعلق ببيع ملك الغير⁽²⁾، فقررت أن هذا البيع يكون باطلاً في حق المالك إلا إذا أقره، وللمشتري وحده من دون غيره الحق في الإبطال⁽³⁾.

وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بيع ملك الغير، فهناك رأي يذهب إلى أن هذا البيع قابل للفسخ، وليس باطلاً فللمشتري أن يطلب فسخ البيع، لأن البائع لم يحم بالتزامه في نقل الملكية إلى المشتري، وهذا الرأي يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي، إذ تم النص فيها على البطلان، والبطلان شيء غير الفسخ، يُضاف إلى هذا أنه لو كان بيع ملك الغير جزاءه الفسخ فحسب لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، ولما استطاع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى⁽⁴⁾.

وذهب رأي آخر إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً أما لانعدام السبب، إذ إن التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وأما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبيع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملكية إلى المشتري، وهذا الرأي يتعارض معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير، ولو كان هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً، بالإضافة إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، وبالتالي فإن السبب غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، فإذا لم يحم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، فالجزاء يكون الفسخ لا البطلان المطلق⁽⁵⁾.

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن بيع ملك الغير لا يترتب عليه البطلان المطلق، وإنما يكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً أو قابلاً للبطلان لمن تقرر البطلان لمصلحته وهو المشتري، أما لغلط في شخص البائع فقد توهم المشتري إنه مالك للمبيع أو لغلط في المبيع، فقد توهم المشتري إنه مملوك للبائع، ويعيب هذا الرأي إنه يقتضي إلا يكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري

(1) د. رمضان جمال، مصدر سابق، ص 27.

(2) ويقصد بالغير في العقود الأطراف غير المتعاقدة وهم الأشخاص الذين لم يكونوا طرفاً بالعقد ولكن في هذا النوع من البيوع يقصد بالغير المالك الحقيقي، فهو أجنبي عن هذا العقد، لأنه لم يكن خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً ولا من الدائنين، فلا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصاً به ومملوكاً له. د. إسماعيل عبد الله شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م، ص 47.

(3) حسن رياض، مصدر سابق، ص 23 و 24.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 4، ص 237.

(5) حسن رياض، مصدر سابق، ص 60.

حسن النية فيكون قد وقع في غلط في شخص البائع أو في المبيع، وهذا يتعارض مع عموم النص في المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

وبهذا الصدد يرى أحد الشراح إن هذا الرأي لا يمكن أن يتماشى مع نص المادة (1599) السابق ذكرها التي تقرر بطلان بيع ملك الغير وحق المشتري في التعويض ولا تسمح بذات الوقت بإجازة العقد لا من جانب المشتري ولا من جانب المالك ولم تقرر سقوط حق المشتري في طلب الإبطال بمجرد إقرار المالك للعقد أو لكسب البائع أو المشتري ملكية المبيع⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي الحديث إن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق يرفعها المشتري قبل أن ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي، فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يترتب حتى يتعرض له المستحق، فيرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق، أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري أن يرفع دعوى بطلان البيع ضد البائع، ولا ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي، فدعوى البطلان هي دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري في رفعها، وهذا يقتضي أن تكون مدة التقادم ثلاثين سنة، وهي مدة التقادم في القانون الفرنسي في دعوى الضمان⁽³⁾.

رابعاً: في القانون المدني الأردني

عالج المشرع الأردني حكم بيع ملك الغير من خلال معالجته لتصرفات الفضولي في القواعد العامة وذلك بموجب المادتين (171، 175) من القانون المدني، وكذلك عالج حكم بيع ملك الغير في القواعد الخاصة في عقد البيع وذلك بموجب المادتين (550، 551) من القانون المدني، إذ نصت المادة (171) من القانون المدني على إنه " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائر بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك"، ونصت المادة (175) من القانون المدني على إنه " 1- إذا اجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة 2- وإذا رفضت الإجازة بطل العقد"، يتبين من هذه النصوص إن المشرع الأردني عالج حكم بيع مال الغير ضمن تصرفات الفضولي، واعتبر هذا العقد موقوفاً على إجازة المالك، فإذا أجازته نفذ العقد مستنداً إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ولكن المشرع الأردني لم يكن موفقاً حين اعتبر الجزاء المترتب على عدم إجازة العقد هو بطلان العقد وذلك في الفقرة الثانية من المادة (175) من القانون المدني، لأن البطلان يعني إن العقد من البداية اختل ركن من أركانه فترتب على ذلك بطلانه، وهذا يتعارض مع معنى العقد الموقوف الذي يكون منذ البداية صحيحاً ولكنّه لا ينتج آثاره إلا بالإجازة، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح أن الأجدر بالمشرع الأردني استخدام

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج4، ص238.

(2) د. عبد الرزاق حسن فرج، مصدر سابق، ص119.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج4، ص239.

مصطلح (كأن لم يكن) للدلالة على تصرف الفضولي في مال غيره في حالة عدم إجازة التصرف من المالك الحقيقي أو من يملك حق الإجازة⁽¹⁾.

والى جانب تنظيم المشرع الأردني أحكام بيع ملك الغير في القواعد العامة فقد نظم أحكام هذا البيع بموجب قواعد خاصة وذلك بموجب المادتين (550،551)، فقد نصت المادة (550) من القانون المدني على إنه " 1- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع 2- ولا يسري البيع في حق مالك العين المباعة ولو أجازه المشتري"، ونصت المادة (551) من القانون المدني على إنه " 1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وأنقلب صحيحاً في حق المشتري 2- وينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، يتبين من هذه النصوص إن المشرع الأردني قد تطابق مع المشرع المصري في تنظيم بيع ملك الغير في القواعد الخاصة، إذ إنه لم يعتبر بيع مال الغير بيعاً موقوفاً على الإجازة بل اعتبره بيعاً قابلاً للفسخ، فالمشرع الأردني بموجب نص المادة (550) منح للمشتري الحق بطلب فسخ العقد، أما المشرع المصري بموجب المادة (466) فمنحه الحق بطلب إبطال البيع، وعليه فسواء كان المشتري حسن النية أم سيء النية يكون عقد بيع ملك الغير بحقه صحيحاً وناظراً منذ إبرامه، ولكنه قابل للفسخ بموجب القانون المدني الأردني وقابل للإبطال بموجب القانون المدني المصري⁽²⁾، لذا يرى جانب من الفقه الأردني أن عقد بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري يُعد بيعاً صحيحاً وناظراً وغير لازم⁽³⁾، ولكنه يشترط حتى يجوز طلب فسخ العقد من المشتري بموجب المادتين (550،551) من القانون المدني الأردني توافر الشرطين الآتيين: 1- أن لا يكون المالك أقر عقد البيع قبل طلب فسخه أو إبطاله من المشتري 2- أن لا تكون ملكية المبيع انتقلت إلى البائع قبل طلب فسخ أو إبطال عقد البيع من المشتري⁽⁴⁾.

ويرى أحد الشراح هنالك تناقض بين ما جاء النص عليه في القواعد العامة وتحديد في نص المادة (171) من القانون المدني الأردني التي اعتبرت بيع ملك الغير عقد بيع موقوف على إجازة المالك وبين ما جاء النص عليه في المادتين (550،551) من القانون المدني الأردني اللتين جعلت عقد بيع ملك الغير عقداً قابلاً للفسخ، وبالتالي لم يكن المشرع الأردني موقفاً حين شرع نص المادتين (550،551) من القانون المدني، لكونه عارض ما جاء النص عليه في القواعد العامة بشأن مراتب العقد لأنه أخذ بالعقد الموقوف، ولم يأخذ بالعقد الباطل بطلاناً نسبياً⁽⁵⁾.

خامساً: في القانون المدني اليمني

(1) د. علاء وصفي المستريحي، التكييف القانوني لعقد بيع ملك الغير دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، المجلد السابع، العدد 27، 2019م، ص 578 وص 579.

(2) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص 60 وص 61.

(3) د. محمد الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006م، ص 563.

(4) جباوي رضا، التصرف في ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2017م، ص 14.

(5) د. علاء المستريحي، مصدر سابق، ص 586.

عالج المشرع اليمني حكم بيع ملك الغير من خلال معالجته لبيع الفضولي في المادة (467) التي نصت على إنه " بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكة ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه"، يتبين من هذا النص إن المشرع اليمني قد أخذ بفكرة العقد الموقوف، وفي النتيجة يتفق مع اتجاه الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني⁽¹⁾، ولكن المشرع الأردني عالج عقد بيع ملك الغير في نصوص أخرى، وهي ما أورده في عقد البيع من أحكام تخص بيع ملك الغير، وبالتالي فإن المشرع الأردني اعتبر هذا العقد موقوفاً على إجازة المالك في المادة (171) من القانون المدني الأردني، وأعتبره بيعاً قابلاً للفسخ في المادة (550) من القانون المدني الأردني⁽²⁾، وقد أخذ المشرع اليمني بفكرة العقد الموقوف متأثر برأي جمهور الفقهاء القائل بوقف تصرفات الغاصب على إجازة المغصوب منه، وذلك في المادة (1132) من القانون المدني التي تنص على إنه " إجازة المالك لتصرف الغاصب يجعله بمثابة تصرف جديد"، ويلاحظ في هذا النص إن عبارة تصرف جديد يعتريها اللبس والغموض، ويتضح أن المراد به أن التصرف عندما كان موقوفاً لا أثر له، فأصبح نافذاً مرتباً لآثاره بعد إجازته من المالك، ولو إن المشرع اليمني استبدل عبارة " تصرف جديد" بعبارة " تصرف نافذ" لكان النص المذكور واضحاً في المعنى وخالياً من اللبس⁽³⁾.

الفرع الثاني: إيجار ملك الغير

قد لا يكون الشخص مالكاً للعين المؤجرة، ولا يكون له الحق في إيجارها ولا الحق في إدارتها، ثم يقوم بتأجيرها فما حكم هذا الإيجار في العلاقة بين طرفيه وبالنسبة إلى المالك الحقيقي؟⁽⁴⁾ هنا نكون أمام ما يسمى إجارة الفضولي في القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الإسلامي أو إيجار ملك الغير في القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الغربي، ولل كلام عن إيجار ملك الغير بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

عالج المشرع العراقي إيجار ملك الغير في المادة (725) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " تتعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك فإن كان صغيراً أو محجوراً وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي"، وهذه المادة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي أخذ بها المشرع العراقي فيما يتعلق بتصرفات الفضولي في المواد (135) و (136) سوى إن المادة (725) ذكرت قيد إن الإجارة تتعقد إذا كانت الأجرة بدون غبن فاحش، وحسناً فعل المشرع العراقي في جعل إجارة الفضولي موقوفة

(1) د. ميري كاظم عبيد، مصدر سابق، ص126.

(2) والمشرع الأردني قد وقع في تناقض حين عالج حكم بيع ملك الغير فتارة يجعل التصرف موقوفاً على إجازة المالك بموجب المادة (171) من القانون المدني وتارة يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال بموجب المادتين (550،551) من القانون المدني، ولرفع هذا التناقض كان من الأجدر بالمشرع الأردني الاكتفاء بنص المادة (171) وإلغاء نص المادتين (550،551)، لأن هذه النصوص غير منسجمة مع منطوق توقف العقد. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص81 وص82.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص80.

(4) د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984م، ص123.

على إجازة المالك، وعليه يكون الإيجار الذي يبرمه الفضولي موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، فللمالك أن يجيزه أو ينقضه خلال مدة ثلاثة أشهر تبدأ من تأريخ علمه بصدور العقد عن الفضولي، فإذا انقضت المدة من دون أن يصدر من المالك ما يدل على الإجازة أو النقض، اعتبر ذلك إجازة للعقد الذي أبرمه الفضولي⁽¹⁾، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها " إذا كان إيجار الشريك واقعاً على عموم المال المشترك فللشريك غير المؤجر أن يستعمل حقه في خيار النقض أو الإجازة خلال ثلاثة أشهر من تأريخ علمه بالعقد، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً استناداً للمادة 136 من القانون المدني العراقي"⁽²⁾، وقضت في قرار آخر لها " وأن عدم استعمال خيار النقض من صاحب الملك على تصرف الفضولي في ملكه واستعمال الخيار خارج المدة القانونية البالغة ثلاثة أشهر الواردة في المادة 136 سالفه الذكر يجعل تصرف الفضولي نافذاً بحقه"⁽³⁾، وإذا كان المالك صغيراً أو محجوراً عندئذ تتعقد إجازة الفضولي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي بشرط أن لا يكون في الأجرة غبن فاحش، لأن الولي أو الوصي لا يملك إيجار أموال الصغير أو المحجور بغبن فاحش⁽⁴⁾، ومن الجدير بالذكر إن المادة (43) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة (1980) المعدل تنص على إنه " لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك"، ومن هذه التصرفات ما نصت عليه الفقرة الخامسة من نفس المادة والتي جاء فيها " إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الإيجار في أي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد"، والفقرة الخامسة من المادة (43) من قانون رعاية القاصرين العراقي قيدت الحكم الوارد في المادة (725) من القانون المدني العراقي، وعليه فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم بدون موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة إيجار العقارات العائدة للقاصر لأكثر من سنة والأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات بشرط أن لا تمتد مدة الإيجار في أي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد⁽⁵⁾.

ثانياً: في القانون المدني المصري

جاء المشرع المصري بنصوص خاصة فيما يتعلق ببيع ملك الغير ولكنّه لم يأت بنصوص فيما يتعلق بإيجار ملك الغير⁽⁶⁾، فبيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وإن البطلان فيه غير مستمد من القواعد العامة وإنما مقرر بنص خاص، أما بالنسبة لإيجار ملك الغير فالنص التشريعي الذي يبين حكم تأجير ملك الغير غير موجود ومع ذلك الإيجار ينعقد صحيحاً فيما بين

(1) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص 217.

(2) رقم القرار 71/3م/124 في 1971/10/6. أشار إليه د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والإيجار، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015م، ص 334.

(3) رقم القرار 1/ الهيئة العامة/ المدنية/ 2008 في 2008/2/19. أشار إليه د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر نفسه، ص 334.

(4) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص 217.

(5) د. عصمت عبد المجيد، المصدر السابق، ص 331 و 332.

(6) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 51.

طرفيه استناداً إلى القواعد العامة⁽¹⁾، وعليه فإن إيجار ملك الغير ينقصد صحيحاً فيما بين المتعاقدين وتترتب عليه كل آثاره فيما بينهما، ولكنه لا يسري في حق المالك الحقيقي، لأن المالك ليس طرفاً فيه، وعلى هذا من يتولى تأجير شيء معين مملوك لشخص آخر من دون أن يكون له حق التأجير فإنه يؤجر ملك الغير، وبالتالي يكون فضولياً في تصرفه فينقصد موقوفاً على إجازة المالك أو من يقوم مقامه، وهذا بخلاف بيع ملك الغير الذي وردت بشأنه نصوص خاصة، وهو قابل للإبطال في مصلحة المشتري⁽²⁾.

فإذا كان المؤجر غير مالك وأجر العين المؤجرة فالإيجار يكون صحيحاً فيما بينه وبين المستأجر، وما دام المالك الحقيقي لم يعترض على المستأجر، فليس للمستأجر أن يطلب إبطال الإيجار ولا فسخه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها جاء فيه "وإنه طالما أن المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر في انتفاعه بالعين فليس لهذا الأخير طلب إبطال الإيجار أو فسخه"⁽³⁾، فالإيجار صحيح غير قابل للإبطال، والفسخ لا يكون إلا إذا تعرض المالك، وإذا تعرض المالك الحقيقي للمستأجر جاز للمستأجر أن يرجع بالضمان على المؤجر وأن يطلب فسخ الإيجار⁽⁴⁾، وللمالك الحقيقي أن يقر الإيجار الصادر من غيره فيصبح نافذاً في حقه ويحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته، ويتوقف تحديد الوقت الذي ينتج فيه الإقرار أثره على قصد المقر، فقد يقصد أن يترتب أثره من وقت الإقرار فقط، وقد يقصد أن يرجع أثره إلى وقت انعقاد الإيجار فيُعد كأنه أقام المؤجر وكيلاً عنه فيحاسبه على ما قبض من أجره⁽⁵⁾.

وإيجار ملك الغير إذا انعقد صحيحاً فيما بين طرفيه وترتبت عليه جميع آثاره، وعلى الأخص التزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإذا تمكن المؤجر من الوفاء بالتزامه سواء لأنه تمكن من اكتساب ملكية العين المؤجرة أم لأنه تمكن من اقتناع المالك بعدم التعرض للمستأجر خلال مدة الإيجار ظل الإيجار نافذاً بين طرفيه وأمتنع على المستأجر الاتصال من التزاماته، فعلى المستأجر تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ولا يحق له المطالبة بالفسخ بحجة إن المؤجر غير مالك، وإذا لم يستطع المؤجر تنفيذ التزامه بأن كان الشيء في يد المالك ولم يتمكن من تسليمه للمستأجر أو كان قد سلمه إليه بالفعل واسترده المالك منه كان للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار⁽⁶⁾، ويجوز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار ولو كان المؤجر نفذ التزاماته في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: إذا كانت ملكية المؤجر للعين المؤجرة صفة جوهرية بالنسبة للمستأجر، كما لو خصص المكان لغرض يقتضي الانتفاع به لمدة طويلة مع إقامة منشآت تكلفه الكثير، ففي هذه الحالة لا يستقيم بقاء المستأجر في العين المؤجرة تحت وطأة التهديد بطرده من المالك.

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 272.

(2) أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري، 2015م، ص 250.

(3) الطعن رقم 1603 س 51 ق جلسة 2005/1/6. أشار إليه د. عبد اللطيف محمد، مصدر سابق، ص 265.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 6، ص 64 و 66.

(5) السيد عيد نايل، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 75 و 76.

(6) د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري عقد الإيجار الأحكام العامة، ج 1، دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص 93.

الحالة الثانية: إذا تبين للمستأجر أن المؤجر مغامر يتعامل بأموال الغير بطرق غير مشروعة، ففي هذه الحالة لا يجبر المستأجر على الاشتراك مع المؤجر في هذا الغش⁽¹⁾.

وإذا فسخ الإيجار لتحقيق إحدى هاتين الحالتين أو لأن المؤجر لا يستطيع الوفاء بالتزاماته، كما لو تعرض المالك للمستأجر واسترد منه العين المؤجرة، كان للمستأجر إذا كان حسن النية أن يطالب المؤجر بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الفسخ بغض النظر عما إذا كان المؤجر حسن النية أو سيئها، لأن المؤجر في كلتا الحالتين يُعد مقصراً في الوفاء بالتزاماته⁽²⁾، والسؤال الذي يمكن طرحه هل يحق للمستأجر أن يطالب المؤجر بالتعويض إذا كان سيء النية، أي يعلم بأنه يستأجر ملك الغير؟ اختلف شراح القانون في الإجابة على هذا السؤال ولهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى إن المستأجر إذا كان سيء النية ليس له الحق أن يطالب بالتعويض إذا كان المؤجر سيء النية مثله، لأنه أقدم على الإيجار من غير ذي صفه مع علمه بذلك مما أدى إلى وقوع الضرر به⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى إن المستأجر يحق له المطالبة بالتعويض سواء كان حسن النية أو سيئها، لأن علم المستأجر لا يؤثر على ركن الضرر ولا ينفي خطأ المؤجر، وهذا يتفق مع قواعد المسؤولية⁽⁴⁾.

الرأي الثالث: ذهب إلى التفرقة فيما يتعلق باستحقاق المستأجر للتعويض بين حالة سوء النية وحالة حسن النية بالنسبة للمؤجر، فيحق للمستأجر المطالبة بالتعويض عن الفسخ في الحالة الأولى من دون الحالة الثانية⁽⁵⁾.

وإذا كان الإيجار صحيحاً فيما بين المؤجر والمستأجر، فإنه غير نافذ في حق المالك الحقيقي إذا لم يكن طرفاً فيه فهو أجنبي عن العقد، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " الإيجار الصادر من غير المالك أو من له حق التعامل في منفعته صحيح بين طرفيه غير قابل للإبطال إلا إنه لا ينفذ في حق مالكة أو من له الحق في الانتفاع به مالم يجرز الإجارة صاحب الحق في التأجير"⁽⁶⁾.

وبناءً على ذلك يستطيع المالك الحقيقي أن يسترد العين المؤجرة من يد المستأجر إذا كان قد تسلمها، ولو كان هذا الأخير حسن النية، وكما يستطيع أن يؤجرها إلى شخص آخر ويفضله على المستأجر من غير المالك، ولا يستطيع المستأجر من غير المالك أن يطلب المفاضلة بينه وبين

(1) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، ط2، المطبعة العالمية الحديثة، القاهرة، 1982م، ص122.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص273.

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص93.

(4) د. مصطفى منصور مصطفى، عقد الإيجار، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع، ص118.

(5) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، ط4، عالم الكتب، القاهرة، 1980م، ص107.

(6) الطعن رقم 1603 س51 ق جلسة 2005/1/6. أشار إليه د. عبد اللطيف محمد، مصدر سابق، ص265.

المستأجر من المالك، لأن المفاضلة لا تكون طبقاً للمادة (573) من القانون المدني المصري إلا حين يتعدد المستأجرون من المالك⁽¹⁾.

وللمالك الحقيقي أن يرجع على المؤجر بالتعويض أما لأن المؤجر قد اثرى على حسابه أو لأنه قد حرم من الانتفاع بملكه بسبب عمل المؤجر غير المشروع، ويكون ذلك في حالة ترك المؤجر العين المؤجرة في يد المستأجر ولم يستردها منه⁽²⁾، وللمالك الرجوع بقيمة ثمار العين ومنافعها أما على المؤجر لأنه قد اثرى على حسابه أو لأنه قد تسبب في الاضرار به من جراء اعتدائه على ملكه وتأجيريه للغير مالم يكن المؤجر حائزاً للشيء بحسن نية، وأما على المستأجر، لأنه يُعتبر غاصباً للعين في حالة عدم اقرار المالك إلا إذا اثبت إنه حسن النية ويحق له تملك الثمار بقبضها⁽³⁾، وإذا كانت القاعدة هي إن إيجار ملك الغير لا يسري في مواجهة المالك الحقيقي ولكن هذا الحكم لا يطبق في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: الإجارة الواقعة من الوارث الظاهر، وهو الشخص الذي يظهر إنه الوارث القانوني بشرط أن يكون المستأجر حسن النية، ففي هذه الحالة إن الإيجار يسري في مواجهة المالك الحقيقي، على جعل المستأجر معذوراً إذا وقع في الغلط الذي وقع فيه غيره من الناس⁽⁴⁾، ويجب للقول بسريان إيجار الوارث الظاهر على المالك الحقيقي أن يكون له وجود قانوني قبل كشف سر المؤجر، وهذا يتطلب أن يكون الإيجار ثابت التاريخ قبل ظهور المالك الحقيقي⁽⁵⁾.

الحالة الثانية: انتقال ملكية العقار إلى شخص آخر بمقتضى تصرف قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأي سبب آخر، ثم يؤجر هذا الشخص العين إلى شخص ثاني حسن النية، ففي هذه يبقى الإيجار صحيحاً ويسري في مواجهة المالك الحقيقي إذا تقرر زوال التصرف، بشرط أن يكون للإيجار تاريخ ثابت سابق على تاريخ رفع دعوى إبطال التصرف أو فسخه⁽⁶⁾.

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

ذهب الفقه والقضاء الفرنسيان إلى إن الإيجار الصادر من غير المالك يكون صحيحاً في العلاقة بين طرفيه، ومع ذلك ينبغي أن يراعى الفارق بين البيع والإيجار في هذا الخصوص، فلا مانع من أن يلتزم شخص بأن يخول إلى آخر الانتفاع بالشيء، فإذا لم يتمكن من ذلك تحول التزامه إلى التزام بالتعويض، أما بالنسبة إلى المالك الحقيقي فإن الإيجار لا يسري في حقه، ومع ذلك فإن الاتجاه إلى حماية الأوضاع الظاهرة في فرنسا يخفف إلى درجة كبيرة من الحل السابق، لأنه إذا كان الإيجار الذي يصدر من الحائز ولو كان حسن النية لا يسري في مواجهة المالك إلا أن يرد

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 274 و 275.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 6، ص 66.

(3) د. يحيى الجرافي، المصدر السابق، ص 274 و 275.

(4) يرى أحد الشراح أن إيجار الوارث الحائز سواء كان وارثاً ظاهراً أو لم يكن وسواء كان حسن النية أو سيء النية لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره. د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 123.

(5) د. يحيى الجرافي، المصدر السابق، ص 276.

(6) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 95.

على هذا استثناء في حالة كون الإيجار قد تم من الوارث الظاهر أو بصفة عامة من المالك الظاهر⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن إيجار ملك الغير يقع باطلاً قياساً على بطلان بيع ملك الغير وحجة هذا الرأي أن العلة في تقرير بطلان بيع ملك الغير ترجع إلى البائع الذي لا يستطيع الوفاء بالتزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري، وهذه العلة متوافرة في إيجار ملك الغير حيث إن المؤجر لا يستطيع الوفاء بالتزامه بجعل المستأجر ينتفع بالشيء، إذ إن المؤجر لا يملك هذه المنفعة فلا يستطيع أن يمنح المستأجر ما لا يملك⁽²⁾، وقد عارض بعض الشراح هذا الرأي بالقول بعدم إمكان قياس إيجار ملك الغير على بيع ملك الغير مستنديين إلى الحجج الآتية:

الحجة الأولى: أن حكم بيع الغير حكم استثنائي تقرر بنص خاص، فإذا أتى القانون وقرر بطلان بيع ملك الغير فهو يأتي بحكم خاص يخالف القواعد العامة والاستثناء لا يقاس عليه⁽³⁾.

الحجة الثانية: أن البيع عقد ناقل للملكية وفي حالة بيع ملك الغير انتقال الملكية غير مستطاع، أما في الإيجار فالمؤجر لا ينقل إلى المستأجر الانتفاع بالشيء وإنما يلتزم بأن يمكنه من الانتفاع ولا يوجد ما يمنع إنشاء الالتزام بين شخصين يتعلق بشيء مملوك للغير⁽⁴⁾.

الحجة الثالثة: أن إيجار ملك الغير ينصرف إلى التزام شخصي بعمل يقوم به المؤجر وهو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، في حين أن بيع ملك الغير ينصرف إلى نقل الملكية لذلك كان باطلاً، لأن غير المالك لا يملك التصرف بنقل الملكية⁽⁵⁾.

رابعاً: في القانون المدني الأردني

عالج المشرع الأردني إيجار ملك الغير في المادة (660) من القانون المدني التي نصت على إنه " 1- يلزم لنفاذ العقد أن يكون المؤجر أو من ينوب منابه مالكاً حق التصرف فيما يؤجره 2- ينعقد إيجار الفضولي على إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتمدة"، وعلى وفق هذا النص يُشترط في عقد الإيجار أن يكون المؤجر مالكاً لحق المنفعة في الشيء المؤجر أو أن يكون نائباً عن مالكها، فإذا لم يكن كذلك فإن تصرفه هذا يكون صادراً ممن لا يملك إصداره مما يجعله فضولياً ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة صاحب الشأن⁽⁶⁾.

ويقول أحد الشراح يتضح من هذا النص أمران أحدهما: ضرورة أن يكون المؤجر مالكاً لحق التصرف فيما يؤجره وليس شرطاً أن يكون مالكاً للعين المؤجرة، لأن محل التزام المؤجر ليس نقل ملكية العين المؤجرة، وإنما تمكين المستأجر من الانتفاع بالماجور والأمر الثاني: أن الإيجار الصادر من شخص لا يملك العين المؤجرة أو لا يملك حق التصرف في تأجيرها يكون موقوفاً

(1) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 124 و 125.

(2) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص 51.

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 92.

(4) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص 51.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 272.

(6) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في القانون المدني (نظرية العقد)، ج 1، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، 2002م، ص 237.

لأنه صدر من فضولي وهذا يتفق مع القواعد العامة في تصرف الفضولي⁽¹⁾، وحسناً فعل المشرع الأردني في تأكيده في المادة (660) من القانون المدني على جعل إجازة الفضولي موقوفة على إجازة المالك، وهذه المادة ليست إلا تطبيقاً لما تقضي به القواعد العامة فيما يتعلق بتصرفات الفضولي التي تضمنتها المادة (171) من القانون المدني الأردني.

خامساً: في القانون المدني اليمني

عالج المشرع اليمني إيجار ملك الغير في المادة (143) من القانون المدني التي نصت على إنه "العقد الموقوف هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصيل وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له"، ووفقاً لهذا النص أن إيجار ملك الغير هو عقد موقوف على إجازة المالك أو وليه أو وصيه، وعليه يكون إيجار ملك الغير عقداً صحيحاً ولكنّه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، استناداً إلى ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني اليمني.

الفرع الثالث: رهن ملك الغير

رهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك الشيء المرهون وليست له ولاية أو سلطة التصرف فيه، ويستوي في ذلك أن يرهنه باعتباره ملكاً للغير أو باعتباره ملكاً له⁽²⁾، ورهن ملك الغير يشتمل صوراً متعددة منها: أن يرهن شخص ملك غيره على اعتبار إنه المالك الحقيقي للعقار المرهون، ومنها أن يرهن ملك غيره بوصفه نائباً عنه من دون أن تثبت له النيابة أصلاً أو أن يتجاوز برهن العقار حدود نيابته، ومنها أن يصرح الراهن إنه لا يملك العقار وإنما يرهنه فقط إذا اكتسب ملكيته في المستقبل، ومنها أن تكون ملكية الراهن معلقة على شرط واقف لم يتحقق بعد فقبل تحقق الشرط لا يكون الراهن مالكا للعقار المرهون⁽³⁾، ولل كلام عن رهن ملك الغير بشيء من التفصيل سنتطرق إلى موقف القوانين المدنية محل المقارنة وعلى النحو الآتي:

أولاً: في القانون المدني العراقي

لم يتطرق المشرع العراقي لأحكام رهن ملك الغير بصورة مباشرة اكتفاءً بما تقرره القواعد العامة التي تشترط لنفاذ الرهن أن يكون العاقد مالكا للمعقود عليه أو نائباً عن ماله نيابة شرعية بوكالة أو ولاية أو وصاية⁽⁴⁾، فإذا انتفت الملكية والولاية معاً كان العاقد فضولياً وكان تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، فالرهن الصادر من غير المالك يُعتبر صحيحاً ولكنّه موقوف على

(1) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص 223.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (التأمينات العينية والشخصية)، ج 10، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م، ص 65.

(3) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج 2، ص 385.

(4) وبهذا الصدد تنص المادة (1287) من القانون المدني العراقي "يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلاً عينياً يقدم رهنأ تأمينياً لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون أو متصرفاً فيه"، وتنص المادة (1325) من القانون المدني العراقي "يشترط فيمن يرهن مالا لدين عليه أو على غيره أن يكون مالكا للمرهن أو متصرفاً فيه".

إجازة المالك، فإن أجازته إجازة صحيحة اعتبرت الإجازة توكيلاً واستندت إلى الوقت الذي تم فيه العقد وإن لم يجزه بطل العقد، وهذا ما أشارت إليه المادة (135) من القانون المدني العراقي.

ويُشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة، وإذا كان المرهون عقاراً يُشترط لصحة الإجازة أن تكون مثبتة في ورقة رسمية مصدقة لدى الكاتب العدل، ويجب أن يستعمل المالك خياره في الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد، فإذا لم يصدر منه في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً، وهذا ما أشارت إليه المادة (136) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾، ويرى أحد الشراح أن رهن ملك الغير في القانون المدني العراقي يُعتبر باطلاً وليس موقوفاً، لأنه لا يسجل في دائرة التسجيل العقاري، وهذا هو أيضاً شأن الأموال المستقبلية، فيكون رهن ملك الغير باطلاً لا تلحقه الإجازة، لأنها وردت على عقد باطل وليس موقوف⁽²⁾، ويرد آخر على هذا الرأي بالقول أن هذا الرأي صحيح بكونه عقد باطل لأنه ورد على مال مملوك للغير ولم يسجل في دائرة التسجيل العقاري إلا إن هذا الحكم ينحصر في الرهن الوارد على العقارات، لكونها لا تُعتبر صحيحة إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري، أما إذا ورد على منقول وكان مملوك للغير فالرهن يكون موقوفاً على إجازة الغير فإن أقره اعتبر نافذاً وإن لم يقره يُعتبر باطلاً بأثر رجعي⁽³⁾.

ومن الجدير بالذكر أن المادة (1289) من القانون المدني العراقي نصت على إنه " 1- يجوز للأب أن يرهّن رهنًا تأمينياً ماله عند ولده الصغير وأن يرتهن مال ولده لنفسه، ويجوز له أن يرهّن مال ولده بدين على نفسه ودين على الصغير وإذا رهنه بدين نفسه فهلك لا يكون ضامناً 2- ولا يجوز لغير الأب من الأولياء رهن ماله عند المحجور ولا ارتهان مال المحجور لنفسه وله بإذن المحكمة رهنه عند أجنبي بدين على المحجور"⁽⁴⁾.

إلا أن المادة (43) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة (1980) المعدل نصت على إنه " لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك"، ومن هذه التصرفات ما نصت عليه الفقرة الأولى والفقرة الثانية من نفس المادة، إذ ذكرت الفقرة الأولى "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات لحق من الحقوق المذكورة"، وذكرت الفقرة الثانية " التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية".

(1) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج 2، ص 386.

(2) د. طارق كاظم عجيل، محاضرات القيت على طلبة الماجستير في قسم القانون الخاص، كلية القانون- جامعة ذي قار، 2015م.

(3) وداد وهيب لهمود، مصدر سابق، ص 106.

(4) ولا فرق في ذلك بين الرهن التأميني و الرهن الحيازي، إذ نصت المادة (1327) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- في رهن الأب رهنًا حيازياً ماله عند ولده الصغير أو في ارتهان مال ولده لنفسه، وفي رهن مال ولده بدين على نفسه أو بدين على الصغير وفي رهن غير الأب من الأولياء رهنًا حيازياً ماله عند المحجور وفي ارتهان مال المحجور لنفسه تتبع أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة 1289 مع مراعاة الفقرة التالية: 2- إذا رهن الأب مال ولده الصغير بدين نفسه فهلك فلا يكون ضامناً إلا بقدر ما سقط من دينه".

ومما يُلاحظ أنَّ الفقرة الأولى والثانية من المادة (43) من قانون رعاية القاصرين العراقي قيدت الحكم الوارد في المادة (1189) من القانون المدني العراقي، وعليه فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم إنشاء حق الرهن على أموال القاصر إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر، ويرى أحد الباحثين أن إنشاء حق الرهن يُعتبر من التصرفات الضارة بأموال القاصر لما في ذلك من تهديد لفقدان هذه الأموال أو خسارتها في حالة عدم الإيفاء بقيمة الرهن أو قد يتلاعب الولي بأموال القاصر فيقوم برهنها لمصلحته الشخصية، وقد يقدم في سبيل ذلك أوراقاً معينة قد تؤدي إلى إيهام المحكمة بضرورة إنشاء حق الرهن لمصلحة القاصر⁽¹⁾.

ثانياً: في القانون المدني المصري

عالج المشرع المصري أحكام رهن ملك الغير في الفقرة الأولى من المادة (1033) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن"، وفي تفسير هذا النص اختلف الفقه في مصر حول حكم رهن ملك الغير، فمنهم من اعتبره باطلاً بطلاناً نسبياً إسوة بما يقرره القانون في بيع ملك الغير، لأنه حيث تتحد العلة فإن اتساق التشريع يقتضي وحدة الحكم، ولأن ملكية العقار شرط لصحة العقد، ومنهم من اعتبر حكم رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن ملكية العقار شرط لانعقاد العقد، ولكن إعمالاً لنظرية تحول العقد فيمكن تحويل عقد رهن ملك الغير الباطل بسبب استحالة المحل إلى عقد غير مسمى منشئاً لالتزامات شخصية بإنشاء الرهن إذا تبين إن نية المتعاقدين اتجهت إلى هذا العقد⁽²⁾.

ويرى أحد الفقهاء أن نص المادة (1033) صريح في إن رهن ملك الغير رهناً رسمياً حكمه حكم بيع ملك الغير كلاهما قابل للإبطال لا باطل ويصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي، فإذا رهن شخص عقار غيره رهناً رسمياً، فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال سواء كان الراهن لا يعلم بعدم ملكيته للعقار أم كان يعلم، وسواء كان الدائن المرتهن يعلم أو لا يعلم، ففي جميع الأحوال يكون رهن ملك الغير رهناً رسمياً قابلاً للإبطال لا باطل، وهو قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن لا لمصلحة الراهن، ومن ثم يجوز للمرتهن أن يطلب إبطال الرهن، وكذلك يجوز له أن يجيز عقد الرهن الرسمي، ولكن ليس معنى ذلك أن يسري في حق مالك العقار الحقيقي، فهذا الأخير يبقى أجنبياً عن العقد⁽³⁾.

ولا فرق في ذلك بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي، إذ نصت المادة (1098) من القانون المدني المصري على إنه " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة (1033) وأحكام المواد (1040) إلى (1042) المتعلقة بالرهن الرسمي"، ويفهم من هذا النص أن رهن ملك الغير رهن حيازة لا يكون باطلاً بل قابلاً للإبطال ويصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي ومن الوقت الذي

(1) نظيمة قيس محمد الكيلاني، رهن ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة النهرين، 2006م، ص11.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ط3، 2000م، ص190.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج10، ص245.

يصبح فيه الراهن مالاً للمرهون، فرهن ملك الغير هو رهن لمال لا يملكه الراهن لا اعتقاده أن المالك الحقيقي سيقر الرهن أو أن المال المرهون سيصبح مملوكاً له، وقد أراد المشرع بجعل رهن ملك الغير قابلاً للإبطال أن يوحد الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ماله لوحدة العلة واتساق التشريع، فحكم رهن عقار الغير رهنناً رسمياً وحكم رهن ماله رهن حيازة وحكم بيع مال الغير واحد وهو القابلية للإبطال⁽¹⁾.

وأن رهن ملك الغير لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، ولأن الرهن الرسمي يستلزم أن يكون إقرار المالك بورقة رسمية، والرسمية تستهدف حماية الراهن الذي تتعرض ملكيته لمخاطر الرهن، وتتيح الفرصة أمام المالك الحقيقي للتبصر بخطورة ما يقدم عليه، ويترتب على إقرار المالك للرهن سقوط حق الدائن المرتهن في طلب البطلان، ويسري الرهن في حق المالك ويحق للدائن أن يستوفي حقه من قيمة هذا العقار بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة⁽²⁾، وإذا آلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن فإن الرهن يترتب كافة آثاره في العلاقة بين المتعاقدين وينشأ على وجه الخصوص حق الرهن، وفي النتيجة لا يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن، لأن الغرض من الرهن قد تحقق بملكية الراهن للعقار، وأن الرهن لا يترتب بأثر رجعي أي لا يعود إلى تاريخ العقد وإنما يترتب من تاريخ أيلولة ملكية العقار المرهون إلى الراهن، وذلك لحماية من ثبتت لهم حقوق من المالك الأصلي في الفترة ما بين رهن ملك الغير وأيلولة ملكية العقار إلى الراهن⁽³⁾.

ثالثاً: في القانون المدني الفرنسي

لم يتطرق المشرع الفرنسي لأحكام رهن ملك الغير، لذا ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى جعل رهن ملك الغير صوره من صور رهن المال المستقبل على أساس إن من يرهن ملك غيره لا يملك ما يرهنه في الحاضر، وإنه يأمل أن يملكه في المستقبل، وقد أجرى الفقه والقضاء في فرنسا حكم المال المستقبل على رهن ملك الغير وهو البطلان المطلق، وهنا يرى أحد الشراح أن القول في اعتبار رهن ملك الغير تطبيقاً للمال المستقبل غير دقيق، وذلك لأنه في حالة رهن ملك الغير أن المال محل الرهن موجود مادياً ومعين بالذات حال التعاقد، كل ما في الأمر إنه مملوك للغير، حيث إن سبب البطلان هو عدم ولاية المتصرف على المعقود عليه، أما المال المستقبل فيقصد به أن المعقود عليه غير موجود مادياً حال التعاقد، وسبب البطلان هو عدم وجود المعقود عليه حال التعاقد، مع ما قد يكون لذلك من إضفاء للغرر على المعاملة، فضلاً عما في التمييز في الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملكه من عدم انسجام تشريعي⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ج10، ص590.

(2) د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص191.

(3) د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص192.

(4) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، 2000م، ص66. د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م، ص283.

ويذهب القضاء والفقه في فرنسا إلى أن بطلان رهن ملك الغير رهناً رسمياً هو بطلان مطلق لا بطلان نسبي⁽¹⁾، ويبقى البطلان مطلقاً حتى لو كسب الراهن غير المالك ملكية العقار المرهون فيما بعد، وفي هذه الحالة لا يستطيع الراهن أن يرهن العقار إلا بعد أن يملكه ومن وقت أن يملكه، ولما كان الرهن الرسمي الصادر من غير المالك باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز أن يتمسك به مالك العقار المرهون، كما يجوز أن يتمسك به كل شخص له مصلحة في ذلك⁽²⁾، ويميز الفقه والقضاء في فرنسا بين رهن ملك الغير رهناً رسمياً، وهو باطل وبين بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال، فلا يجوز أن يتمسك بقبولية البيع للإبطال إلا المشتري، وتزول هذه القبولية إذا أقر المالك البيع أو أصبح البائع مالكاً للمبيع⁽³⁾.

رابعاً: في القانون المدني الأردني

عالج المشرع الأردني حكم رهن ملك الغير رهناً تأمينياً في الكتاب الرابع التأمينات العينية الباب الأول الرهن التأميني وذلك في المواد (1325) و(1326) و (1327) من القانون المدني⁽⁴⁾، إذ نصت المادة (1325) على إنه " لا يجوز رهن ملك الغير إلا إذا أجاز له المالك الحقيقي بسند موثق"، ونصت المادة (1326) على إنه " 1- يجوز للأب أن يرهن ماله عند ولده الصغير وفي حالة عدم وجود الأب للجد أبي الأب رهن ماله عند ذلك الصغير 2- وإذا كان للأب دين عند ابنه الصغير فله أن يرهن لنفسه مال ولده 3- وللأب أو الجد أن يرهن مال الصغير بدين على الصغير نفسه 4- وله أيضاً أن يرهن مال أحد أولاده الصغار لابنه الآخر الصغير بدين له عليه على أن يؤخذ إذن المحكمة في الحالات المبينة في الفقرات 2 و3 و4 5- ليس للأب ولا للجد أن يرهن مال ولده الصغير بدين لأجنبي على الأب"، ونصت المادة (1327) على إنه " 1- يجوز للوصي بإذن المحكمة أن يرهن مال الصغير أو المحجور عند أجنبي بدين له على إيهما . 2- ولا يجوز له أن يرهن ماله عند الصغير أو المحجور ولا ارتهان مال أيهما لنفسه".

خامساً: في القانون المدني اليمني

عالج المشرع اليمني رهن ملك الغير في المواد (987) و(988) من القانون المدني، إذ نصت المادة (987) من القانون المدني اليمني على إنه " يجوز للأب أن يرهن ماله في دين لولده

(1) ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الرهن من اعمال التصرف التي لا تصح إلا من المالك، فإذا أجرى التصرف غير المالك كان التصرف موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ وإلا لم ينفذ حتى يملك الراهن المرهون. انظر في ذلك:

Tabbah Bicara , Broprite privee et register foncier , tom2. 1950 , p.54.

(2) عقد الرهن الرسمي لا يبرم إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري فهو عقد شكلي، أما الرهن الحيازي فهو عقد عيني لا يتم إلا بالقبض سواء كان محله عقاراً أم منقولاً، علماً بأنه إذا ورد على عقار يشترط لتمامه إضافة إلى القبض تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعليه فإنه عقد عيني وشكلي. انظر في ذلك:

Louis Josserand , droit civil positif francais , part II , denxieme edition , 1933 , p.921.
Marcel , planuil , ET- Georges , droit civil francais , part II , edition , tom Ex II , paris , 1953, p. 323.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج10، ص243.

(4) كما عالج المشرع الأردني حكم رهن ملك الغير رهناً حيازياً في الكتاب الرابع التأمينات العينية في الباب الثاني الرهن الحيازي في المادة (1380) من القانون المدني التي نصت على إنه " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين (1326 و1327) المتعلقةتين بالرهن التأميني".

الصغير أو للغير بدين على الصغير كما يجوز له لمصلحة الصغير وبموافقة القاضي أن يرهن مال الصغير لنفسه وحكم الجد حكم الأب مع عدمه"، ونصت المادة (988) من القانون المدني اليمني على إنه " لا يجوز للوصي رهن ماله عند من له الولاية عليه ولا ارتهان مال من له الولاية عليه لنفسه ويجوز له رهن مال من له الولاية عليه عند الغير في دين على من له الولاية عليه لا في دين على نفسه".

الفصل الثالث

آثار التصرف في المال المغصوب

الأصل أن الغاصب ملزم برد المال المغصوب إلى المغصوب منه إذا كان قائماً، وهذا هو التنفيذ العيني كما يقول فقهاء القانون، ولا خلاف في الحكم بينهم وبين فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم، وإذا تعذر رد المغصوب بأي شكل من الأشكال يُصار إلى الضمان، وهذه نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع، وحينئذ يضمن الغاصب البديل وهو المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً، ويشمل الضمان كل يد على المغصوب تبعت يد الغاصب وحلت محلها دون إذن من المالك، لأن الضمان يستقر على كل يد رتبها الغاصب على العين المغصوبة بالبيع والإيجار أو الوديعة والعارية، ومع ذلك يبقى الالتزام بالرد هو الالتزام الأول، إذ يلتزم الغاصب برد المغصوب في حالة ظهوره، وتأسيساً على ما تقدم سنتكلم في هذا الفصل عن آثار التصرف في المال المغصوب وذلك من خلال مبحثين، نتكلم في المبحث الأول عن رد المال المغصوب في

مطلبين نخصص المطلب الأول لرد المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني لرد المال المغصوب في القانون، ونتكلم في المبحث الثاني عن ضمان المال المغصوب في مطلبين أيضاً نخصص المطلب الأول لضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي ونكرس المطلب الثاني لضمان المال المغصوب في القانون.

المبحث الأول: رد المال المغصوب

حين يقوم الغاصب بالاستيلاء على ملك غيره فإنه يلتزم برد المال المغصوب إلى المغصوب منه إن استطاع رده وكذلك يلتزم برده عند التصرف فيه، وهنا تُثار جملة من التساؤلات، ومنها ماهي مستلزمات الرد؟ وما حكم الرد في حالة تعاقب الأيدي؟ وما الحكم في حالة تعذر الرد؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني رد المال المغصوب في القانون وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: رد المال المغصوب في الفقه الإسلامي

لتحقق براءة ذمة الغاصب من الضمان يجب عليه رد المال المغصوب عيناً إلى المغصوب منه إن قدر على رده، ولكن ماهي مستلزمات الرد؟ وما هو حكم الرد في حال تتابع الأيدي؟ وما الحكم في حالة تعذر الرد؟ وللإجابة عن هذه الاسئلة سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مستلزمات الرد

من مستلزمات رد المال المغصوب أن يتحقق تسليمه إلى المالك، وأن الغاصب لا ينقضي التزامه برد المال المغصوب وحده من دون رد زوائده وإنما يبقى ملتزماً بردها مع أصلها إذا كانت باقية ورد بدلها إذا كانت هالكة، وهنا سنتكلم عن أربع فقرات، أولاً: الرد إلى المالك، ثانياً: الرد في مكان الغصب، ثالثاً: الرد فوراً، رابعاً: رد الزوائد.

أولاً: الرد إلى المالك

يلزم الغاصب أن يرد المال المغصوب إلى مالكة سواء كان المال المغصوب مثلياً أو قيمياً منقولاً كان أو عقاراً حيث يتحقق معنى الرد من تمكينه تمكيناً تاماً، وكذلك يبرأ الغاصب من الضمان ولو رده للمودع والمستأجر والمرتهن إذا تحقق الغصب منهم، وفي الرد للمستعير وجهان أوجههما يبرأ من الضمان، لأنه مأذون من جهة المالك⁽¹⁾، والسؤال المطروح هنا هل تبرأ ذمة الغاصب من الضمان إذا رد المغصوب إلى مالكة وكان المالك صبيّاً؟ اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة وانقسموا إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: اشترط فقهاء الحنفية لصحة الرد إلى الصبي أن يكون مميزاً سواء كان مأذوناً أم غير مأذوناً، وإلا فالرد يكون إلى وليه أو من له حق التصرف في ماله⁽²⁾.

الرأي الثاني: يرى فقهاء الزيدية يُشترط لصحة الرد إلى الصبي أن يكون مأذوناً في مثل تلك العين، فلا يبرأ الغاصب من الرد إليه إذا كان غير مأذوناً⁽³⁾.

الرأي الثالث: يرى فقهاء الإمامية المال المغصوب من الصبي أو المجنون يرد إلى وليهما ومع التلف يرد إليه العوض⁽⁴⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه لرأي فقهاء الإمامية في رد المال المغصوب إلى ولي الصبي أو المجنون، لأنه ليس بإمكانهما الاحتفاظ بالمال المغصوب من الهلاك أو الضياع أو التلف، فلا يصح الرد إلى المغصوب منه إذا كان عديم الأهلية، وهو لا يستطيع أن يحافظ عليه كالمجنون والصبي غير المميز بل يجب الرد إلى وليه أو وصيه، لأن أساس الالتزام بالرد إزالة خطر الضرر واستبعاده بالنسبة للمغصوب منه⁽⁵⁾.

وهل يُعتبر علم المالك بالشيء المغصوب بأنه ماله شرط في تحقق الرد أم لا؟ للإجابة على هذا السؤال نقول للفقهاء رأيان:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية والمالكية لا يُعتبر العلم شرطاً في تحقق الرد المبرء من الضمان بل يكفي أن يثبت المالك يده على المغصوب⁽⁶⁾، ويستندون في رأيهم هذا إلى الأدلة الآتية:

1- أن المغصوب منه حين يسترد المال المغصوب بإثبات يده عليه يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم المغصوب منه أو لم يعلم إن ما استرده هو ملكه.

2- أن اثبات اليد على العين أمر حسي مادي لا يختلف بالعلم أو الجهل، فضلاً عن ذلك أن العلم لم يكن شرطاً لتحقيق الغصب ابتداءً فلا يكون شرطاً لانتهائه.

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء من الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ والزيدية⁽³⁾ والإمامية⁽⁴⁾ يُعتبر العلم شرطاً في تحقق الرد، ويستندون في رأيهم هذا إلى الأدلة الآتية:

(1) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص104. د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص116.

(2) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص481.

(3) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج4، ص179.

(4) أبو القاسم الموسوي الخوئي، المسائل المنتخبة، ط2، دار الأندلس، بيروت، 1391هـ، ص274.

(5) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص271 وص272.

(6) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص150. القرافي، مصدر سابق، ج8، ص299.

1- إذا رد الغاصب المال المغصوب إلى المغصوب منه وكان هذا الأخير لا يعلم إنه مالك فيكون الرد على سبيل الأمانة.

2- عرفاً لم يتحقق الرد، وإنما يزول الغصب الموجب للضمان بكل ما يدل على رضا المالك ببقاء العين المغصوبة في يد الغاصب، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في اشتراطهم أن يكون المغصوب منه على علم بأن ما استرده من الغاصب هو ملكه، لأن العلم أحد عناصر الرضا والرضا ركن أساسي لصحة المعاملات المالية ونفاذها وضماناً استقرارها، وبه يستطيع المغصوب منه أن يجري سلطات المالك الثلاث على المال من استعمال واستغلال وتصرف، أما في حالة عدم علم المالك بأن ماردته إليه الغاصب هو ملكه، فقد يعتقد إنه أمانة في يده، ومن ثم يتقيد بالتزامات يد الأمانة من المحافظة على المال المودع وعدم التصرف به ورده إلى صاحبه عند الطلب أو في الموعد المحدد⁽⁵⁾.

ثانياً: الرد في مكان الغصب

يلزم الغاصب الذي يستولي على ملك غيره من دون رضاه ومن غير وجه حق أن يرد المال المغصوب إلى المغصوب منه فهل يجب عليه أن يرده إلى المكان نفسه الذي غصبه منه أو يجوز له أن يسلمه للمغصوب منه ولو في غير مكانه؟، وحول مكان رد المال المغصوب اختلف الفقهاء ولهم ستة آراء:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية يجب على الغاصب رد المال المغصوب لو كان قائماً في مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن وأجرة الرد على الغاصب⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية للمالك أن يكلف الغاصب رد المغصوب إلى مكانه إن علم مكانه لقول الرسول (ص وآله) " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"⁽⁷⁾.

الرأي الثالث: يرى فقهاء الحنابلة على الغاصب رد المغصوب إلى محله الذي غصبه منه وإن بعد إن قدر على رده⁽⁸⁾، لما روي عن الرسول (ص وآله) " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً أو لاعباً، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه"⁽¹⁾.

(1) الرملي، مصدر سابق، ج5، ص162.

(2) المرادوي، مصدر سابق، ج6، ص186.

(3) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص179.

(4) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف أو مسائل الخلاف، ج6، طبعة حجرية، مطبعة محمد علي العلمي، 1370هـ، ص186.

(5) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص273.

(6) المرغيناني، مصدر سابق، ج4، ص12.

(7) البجيرمي، مصدر سابق، ج3، ص110.

(8) البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص78.

الرأي الرابع: يرى فقهاء الإمامية إذا نقل الغاصب المال المغصوب إلى غير المكان الذي غصبه منه وجب عليه رده إليه إن كان مالكة يطالب به بغير إشكال، لأن الرد مقدمة الواجب وإن أمكن إيصاله إلى مالكة تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه وبين أن يأمره برده إلى مكانه الأول⁽²⁾.

الرأي الخامس: يرى فقهاء الزيدية يجب رد المغصوب إلى موضع الغصب إذا كان المالك فيه وإن بعد مجلس الغصب إذا كان لحمله مؤونة، وأما إذا كان ليس لحمله مؤونة ولا غرض يفوت فله أن يسلمه في ذلك المكان ولو كره المالك، ويجب قبضه لتبرأ ذمة الغاصب⁽³⁾.

الرأي السادس: يرى فقهاء المالكية ليس للمغصوب منه أن يلزم الغاصب رد المغصوب إلى مكان الغصب، لأن نقل المغصوب إلى غير بلده يُعتبر تفويتاً، وكل ما للمغصوب منه هو المثل في بلد الغصب، مالم يتفق الغاصب والمغصوب منه على خلاف ذلك، أما القيمي يلزم الغاصب برده في مكان وجوده إذا لم يحتج تكاليف حمل، وإذا احتاج إلى ذلك فالخيار للمغصوب منه بين أخذه بلا أجره حمل أو تركه وأخذ قيمته⁽⁴⁾، وهذا القول فيه مراعاة للغاصب، وهو لا يستحق ذلك لأنه متعدي وظالم.

ولاشك أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالاتباع لأن من لوازم الرد أن يكون الرد في المكان الذي غصبه ولكنهم اشترطوا أن يكون لحمله مؤونة، لأن المغصوب منه هو المتضرر والمعتدى عليه، ومن العدل أن يعود ماله إليه وإلى المكان الذي كان يوجد فيه، والقول بخلاف ذلك فيه اضرار للمغصوب منه⁽⁵⁾.

ومن أجل إرجاع المغصوب إلى صاحبه يكلف الغاصب برد المغصوب إلى محل غصبه، ولا خلاف بين الفقهاء على أن مؤونة الحمل والنقل تكون واجبة على الغاصب، ولكنهم اختلفوا في زيادة أجره الرد على قيمة المغصوب ولهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى فقهاء الاحناف إن أجره الرد لو زادت على قيمة المغصوب يلزم الغاصب بدفع قيمته لصاحبه، فيتحمل أخف الضررين نظراً لحاليهما ورفعاً للضرر عنهما⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: فرق فقهاء المالكية بين المغصوب المثلي والمغصوب القيمي، وقالوا في المغصوب المثلي إذا انتقل به الغاصب إلى بلد آخر فعلى المغصوب منه الصبر حتى يرجع إلى بلد الغصب، لأن لزوم الرد يكون في بلد الغصب، أما في المغصوب القيمي إذا انتقل به الغاصب إلى بلد آخر ووجده المغصوب منه ومعه المغصوب أخذه إذا لم يحتج إلى حمل، فإن احتاج إلى

(1) محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج5، دار الجيل، بيروت، بلا سنة طبع، ص62.

(2) الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص17.

(3) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج4، ص179.

(4) أبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والأكيل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل للحطاب، ج5، ط2، 1979م، ص279. عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وبهامشه حاشية العلامة الشيخ محمد البناني، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، ص146.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص152.

(6) داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص461.

جمل وأجرة كبيرة في الرد كالدواب كان بالخيار بين أخذه أو أخذ قيمته يوم الغصب، وإن لم يجده معه فله تضمينه⁽¹⁾.

الرأي الثالث: يرى فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والاباضية على الغاصب رد المغصوب إلى صاحبه ما دام باقياً ولو كلفه الرد اضعاف قيمته، لأنه تعدى بالغصب فلم يُنظر إلى مصلحته فكان أولى بالغرامة⁽²⁾، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في وجوب الرد على الغاصب مهما كلفه الرد من نفقات، لأنه هو الذي أوقع الضرر بنفسه حيث اختار الغصب عدواناً وظلماً ومخالفة للشرع، لما يروى أن إعرابي جاء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين إن بني عمك عدوا على إبلي احتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها، فقال له عثمان إذا نعطيك إبلاً مثل إبلك وفصلاً مثل فصلانك، فقال إذا تنقطع إلبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي، فغمزة بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فقال ببني وبينك عبد الله بن مسعود فقال عثمان نعم فقال عبد الله بن مسعود أرى أن يأتي هذا والديه فيعطى ثمة إبلاً مثل إبله وفصلاً مثل فصلانه فرضى عثمان بذلك وأعطاه إياه⁽³⁾.

وهذا دليل على رد مثل المال المغصوب أو المستهلك، ويجب أن يكون في موضع الغصب والاستهلاك، لأن المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال، وذلك برد العين إليه وأداء الضمان في ذلك الموضع، ومن هذا يتضح أن تكلفة النقل ومؤونة رد المغصوب إلى مكان الغصب على الغاصب، ولو هلك في الطريق قبل الرد لم يبرأ الغاصب ويطالبه المغصوب منه بالضمان⁽⁴⁾.

ثالثاً: الرد على الفور

من مستلزمات الرد أن يقوم الغاصب بنفسه أو وليه أو وكيله برد المغصوب إلى مالكة فوراً، لأنه مأمور بالرد والأمر يقتضي الفورية استناداً لقول الرسول (ص وآله) " لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها"، ومقتضى الرد قد يلحق الضرر بالغاصب كما لو غصب ساجة فبنى عليها فإنه مطالب برد المغصوب وهو يستلزم نقض البناء، وفي هذا ضرر على الغاصب⁽⁵⁾.

وبهذا الصدد قال فقهاء الحنفية لو زرع الغاصب الأرض المغصوبة وأقترب زرعها من الإدراك فلا يلزم المغصوب منه الانتظار إلى وقت الإدراك، ويجبر الغاصب بقلع زرعها في الحال ورد الأرض المغصوبة إلى المغصوب منه⁽⁶⁾، وقال فقهاء المالكية إذا اغتصب رجل من

(1) صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل، ج2، ط2، مطبعة الحلبي، 1947م، ص1449.

(2) ابن قاسم الغزي، مصدر سابق، ج2، ص12. الشرييني، مصدر سابق، ج2، ص374. البيهوتي، مصدر سابق، ج4، ص78. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص135. الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص349. اطفيش، مصدر سابق، ج13، ص439.

(3) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص118.

(4) السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص52. الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص418.

(5) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص107 وص108.

(6) علي حيدر، مصدر سابق، ص1177.

رجل خشبة وجعلها في بنيانه يأخذها مالکها وإن هدم البنيان⁽¹⁾، وقال فقهاء الشافعية إذا غصب فصيلاً فأدخله في داره فكبر الفصيل ولم يخرج من الباب نقضت لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساجة⁽²⁾، وقال فقهاء الحنابلة إذا غصب إنسان فصيلاً أو مهراً وأدخله داره فكبر وتعذر خروجه من الباب وجب نقضه لضرورة وجوب الرد، ولا شيء على المالك، لأن المعتدي أولى بتحمل الضرر⁽³⁾، وقال فقهاء الإمامية يجب رد المغصوب إلى مالکة ما دام باقياً ولو تعسر كالخشبة التي يدخلها الغاصب في البناء⁽⁴⁾، وقال فقهاء الزيدية إذا كان المغصوب في جدار للغاصب لزمه هدمه، وكذلك إذا كان في زجاجة له أو ابتلعه بهيمه له أو لغيره وجب أن يكسر ويذبح للرد⁽⁵⁾، ويستثنى من وجوب الرد على الفور في حالة الخوف من هلاك نفس محترمة فإن رد المغصوب يؤخر في هذه الحالة، وبهذا الصدد قال فقهاء الحنفية إذا غصب لوحاً فأدخله سفينة أو إبرسيماناً وخاط به بطن نفسه أو عبده يقطع حق المالك⁽⁶⁾.

وقال فقهاء الشافعية لو غصب خيطاً وخاط به جرح آدمي أو حيوان محترم غير مأكول وكان في نزعه هلاك لم ينزع لجواز الغصب بمثل هذا القدر ابتداءً⁽⁷⁾، وقال فقهاء الحنابلة إذا غصب لوحاً فرفع به سفينة لم يقلع حتى ترسي وإن غصب خيطاً فخاط به حيوان وخيف من قلعه فعليه قيمته إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب وإن مات الحيوان لزمه رده⁽⁸⁾.

وقال فقهاء الإمامية يستخرج اللوح المغصوب من السفينة وإن أدى إلى تلفها إلا إذا استلزم إخراج هلاك نفس أو مال لغير الغاصب، لأن الرد إلى المالك واجب على الفور وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽⁹⁾.

ويظهر من ذلك اتفاق كلمة الفقهاء على إنه يجب على الغاصب أن يرد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها، وسندهم في ذلك ما جاء في القرآن والسنة والإجماع والمعقول، أما في القرآن الكريم كما في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"، وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة إن أخذ مال الغير حرام إلا عن طريق تجارة مبنية على التراضي، والغصب استيلاء على مال الغير عدواناً فيكون حراماً وسبباً لوجوب إرجاع الحقوق إلى اصحابها⁽¹⁰⁾.

أما في السنة النبوية فقد ورد في الحديث النبوية عن سمرة عن النبي (ص وآله) قال " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"، وعن السائب بن يزيد أن رسول الله (ص وآله) قال " لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم متاع صاحبه فليردها إليه"، وجه الدلالة بالحديثين

(1) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج 14، ط 1، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص 70.

(2) الشيرازي، مصدر سابق، ج 1، ص 380.

(3) البهوتي، مصدر سابق، ج 4، ص 83.

(4) الحلبي، مصدر سابق، ج 2، ص 152.

(5) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج 4، ص 182.

(6) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، بلا سنة طبع، ص 121.

(7) الشيرازي، مصدر سابق، ج 1، ص 379.

(8) ابن النجار، مصدر سابق، ج 1، ص 501.

(9) الحلبي، مصدر سابق، ج 2، ص 152.

(10) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 113.

إنه يحرم أخذ مال الغير من دون وجه حق حتى ولو كان بقصد المزاح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيبض عليه، لأنه أزال يد المالك عن ملكه من غير حق فلزمه إعادتها⁽¹⁾، وجاء في الحديث عن النبي (ص وآله) قال " من امر أرضاً ليست لأحد فهو أحق"، وقد ورد في سبب هذا الحديث إنه " قال عروة: فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث إن رجلين اختصما إلى النبي (ص وآله) غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخلة منها"⁽²⁾.

أما الإجماع فقد اتفق الفقهاء على إنه يجب على الغاصب أن يرد المغصوب إذا كان قائماً بذاته ولم يتغير، وقال أحد فقهاء المالكية لا خلاف في إنه يجب على الغاصب إذا كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرد بعينه⁽³⁾، وقال أحد فقهاء الحنابلة أجمع الفقهاء على وجوب رده إن كان بحاله لم يتغير، ولم يشتغل من غيره، لأنه أزال يد المالك عن ملكه من غير حق فلزمه إعادته، لأنه هو المعتدي فلم ينظر إلى مصلحته فكان أولى بالغرامة وظاهره ولو بعدت المسافة، لأنه جنى بتعديه فكان ضرر ذلك عليه⁽⁴⁾، ويرى أحد فقهاء الزيدية إنه يحرم الغصب عند كافة المسلمين ويجب رد المغصوب إذا كان باقياً⁽⁵⁾.

وأما المعقول فالعقل السليم يقتضي رد المغصوب إلى مالكه، فبرده يتم إعادة الحق إلى نصابه وبه يقطع على الغاصب أن يتمتع بثمار غصبه، وبه تتحقق العدالة التي هي مقصد الشارع المقدس، بالإضافة إلى ذلك أن أخذ مال الغير من غير رضاه يسبب الكراهية والعداوة بين الأفراد، لأنه أخذ على وجه الظلم وأخذ حقوق الناس والاستيلاء عليها تعدياً وظلماً معصية، ويجب أن يكون في هذا كله زجر للغاصب وردع لغيره وذلك بأن يرد المغصوب مع زيادته إن كان قائماً⁽⁶⁾.

رابعاً: رد الزوائد

في هذه الفقرة سنتكلم عن مسألتين وهما غصب الزوائد ورد الزوائد وكما يلي:

المسألة الأولى: غصب الزوائد

اختلف الفقهاء في مسألة غصب الزوائد ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية والمالكية وبعض الزيدية أن زوائد المغصوب غير مغصوبة، لأنها أمانة في يد الغاصب سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمر أو متصلة كالسمن والجمال،

(1) ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص139.

(2) أحمد بن علي حجر العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، ج5، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص237 وص238.

(3) القرطبي، مصدر سابق، ج2، ص237.

(4) محمد بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرائع المقنع، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ، ص154.

(5) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ج1، دار الجيل، بيروت، 1987م، ص335.

(6) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص103.

وإنها لم تكن في يد المالك وقت الغصب، فلم توجد إزالة يده عنها، والغصب إزالة يد المالك بإثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصباً إلا بالتعدي أو المنع عند طلبه، لأن المنع تعدي وصار هذا كالثوب إذا طيرته الريح إلى داره أو الشاة إذا دخلت دار غيره فذلك لا يؤدي إلى الحكم بغصبه⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية والحنابلة والزيدية أن زوائد المغصوب مغصوبة، لأنها مغصوبة انتهاءً كما هو مغصوب ابتداءً، وإذا تلفت تقوم حاملاً وسمينه وغير ذلك ولولا ثبوت اليد والضمان لم تقوم بذلك، ولأنها حدثت عن أصل مضمون بيد عادية فيضمنها كأصولها، وما دام الأصل مغصوب فتكون الزوائد مغصوبة أيضاً وعليه الرد في كل وقت⁽²⁾.

ونحن نتفق مع رأي جمهور الفقهاء الذي ذهب إلى أن زوائد المغصوب مغصوبة كأصلها، وتكون مضمونه لنشئها عن عين مغصوبة، وتسري أوصاف الأصل إلى ما يتولد منه، وأن الزيادة الحاصلة في المغصوب هي نماء ملك المالك، ولما كان الغاصب لا يزال يضع يده على الأصل وهي يد ضمان فيده على الفرع هي يد ضمان أيضاً، وأما قول بقية الفقهاء أن الأصل مغصوب والزوائد أمانة لا تكون مغصوبة إلا بالمنع والتعدي، فهذا يستقيم إذا كان لمالكها اختيار في وضعها عنده ولا يصح ذلك في الغصب وإنها تكون مغصوبة كأصلها⁽³⁾.

وبهذا الصدد يرى أحد الشراح أن عملية الغصب تتحقق بمجرد فعل يصدر عن شخص يمنع المالك قهراً من إحدى خصائص ملكه، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، والمهم في الغصب إلحاق الضرر بالمغصوب منه بطريقة غير مشروعة، إذ ليس من الضروري أن ينتفع الغاصب بالمال الذي يستولي عليه أو يضعه تحت تصرفه، ولا تتوقف عملية الغصب على النقل والتحويل، ولا ينظر إلى النقل والتحويل أو حلول اليد المبطللة محل اليد المحقة وإنما ينظر إلى الاعتداء الممثل بفعل غير مشروع أدى إلى توافر عناصر المسؤولية إلا وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية⁽⁴⁾.

المسألة الثانية: رد الزوائد

أن الغاصب لا تبرأ ذمته ولا ينقضي التزامه برد المغصوب وحده من دون رد زوائده التي حصلت بعد الغصب وقبل الرد، وإنما يبقى ملتزماً بردها مع أصلها إذا كانت باقية ورد بدلها إذا كانت هالكة، والزوائد أما متصلة كالسمن والكبر أو منفصلة كالولد والثمار، ويقصد بزوائد المغصوب بأنها نماء ملحق بالمغصوب لم يكن موجوداً عند الغصب، وبحثنا هنا منصفاً على

(1) الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص222. القرافي، مصدر سابق، ج8، ص283. الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص351.

(2) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهاج الطلاب، المكتب الإسلامي، ج3، ديار بكر، تركيا، بلا سنة طبع، ص110. ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص151. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص178.

(3) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص51.

(4) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص287.

الزوائد المتولدة من المال المغصوب ذاته، أما الزوائد الحادثة بفعل الغاصب تطرقنا إليها في موضوع تصرفات الغاصب الفعلية في المال المغصوب⁽¹⁾.

وبهذا الصدد قال فقهاء الحنفية إن الزيادة الحادثة في المغصوب وهو في يد الغاصب سواء كانت متصلة أم منفصلة هي أمانة في يد الغاصب، لا تضمن إلا بالتعدي عليها بالإتلاف أو البيع أو بالامتناع عن أدائها بعد طلبها من مالكة، لأن الزيادة في المغصوب ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك، لأنها لم تكن في يد الغاصب وقت الغصب، ولو تلفت عنده بأقاة سماوية قبل طلب المالك فلا تكون مضمونة⁽²⁾.

وذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى تحقق الغصب في الزوائد بنوعيتها وضمانها بضمان أصلها لثبوت يد الغاصب عليها بدون حق وتبعيتها لأصلها، فالأصل والزيادة عندهم مضمونان على السواء طالما استمر اثبات اليد على المغصوب⁽³⁾.

والأرجح في ذلك إن زوائد المغصوب مغصوبة مثله، وهو ما نراه الأقرب إلى العدل والإنصاف، لأنها متعلقة بأصلها، ولأنها بحكم المال المغصوب وهي خارجة عن يد مالكة تماماً كأصلها، وعليه فإن يد الغاصب ليست يد أمانة على الزوائد كما قال فقهاء الحنفية بل هي يد ضمان وغصب تماماً كضمان عين المغصوب، وإن حكمها كحكم أصلها، ويتوجب على الغاصب ردها بنوعيتها المنفصلة والمتصلة، لأنها نماء في المغصوب⁽⁴⁾، ولا خلاف بين الفقهاء في إن المالك يسترد الشيء المغصوب بزيادته المتصلة، لأنها نماء مالٍ مملوكٍ له ولا شيء عليه للغاصب في مقابل ما أنفق من مال في سبيل نماء الشيء المغصوب وزيادته، أما رد الزوائد المنفصلة فقد اختلف الفقهاء في حكم ردها إلى المغصوب منه وعلى رأيين:

الرأي الأول: يمثلته جمهور الفقهاء، ويرى للمغصوب منه الحق في أخذ الزوائد المنفصلة مع الأصل سواء كانت متولدة من الأصل كالولد أم في حكم المتولدة كالأرث أم غير متولدة منه أصلاً كالكسب من الصيد، لأن المتولد منه نماء ملكه فكان ملكه، وما هو في حكم المتولد كبذل جزء مملوك، وغير المتولد ككسب ملكه فكان ملكه⁽⁵⁾.

الرأي الثاني: يمثلته بعض المالكية⁽⁶⁾، ويرى إذا كانت الزوائد المنفصلة متولدة من المغصوب وعلى هيئته وخلقته كالولد فإن المغصوب منه يستردها مع الأصل، وإذا كانت الزوائد متولدة

(1) د. مصطفى الزلمي، المصدر نفسه، ص 273.

(2) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998م، ص 123.

(3) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، ص 87.

(4) وبهذا الصدد تنص المادة (903) من مجلة الأحكام العدلية على إنه "زوائد المغصوب لصاحبه وإذا استهلكها الغاصب يضمنها"، يتضح من هذا النص إن المجلة أخذت برأي الحنفية، وعليه فإن زوائد المغصوب مضمونه بالاستهلاك أو الامتناع عن ردها. د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 63 وص 235.

(5) الكاساني، مصدر سابق، ج 6، ص 160. ابن رشد، مصدر سابق، ج 2، ص 240. الشيرازي، مصدر سابق، ج 1، ص 240. ابن قدامة، مصدر سابق، ج 5، ص 395. العنسي، مصدر سابق، ج 3، ص 354. الحلبي، مصدر سابق، ج 2، ص 766. ابن حزم، مصدر سابق، ج 8، ص 135.

(6) والراجع عند فقهاء المالكية إذا كانت الزيادة ولو بغير فعل الغاصب وهي زيادة متصلة كالكبر والسمن فهي ليست مضمونة على الغاصب، وأما الزيادة المنفصلة كاللبن والتمر فهي مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلك وترد مع الأصل لصاحبها. سعد رستم، مصدر سابق، ص 85.

على غير هيئة الأصل كالثمر واللين ففيها قولان، الأول: تكون للغاصب والثاني: يلزم الغاصب بردها مع الشيء المغصوب إن كان قائماً، وواضح إن القول الثاني يتفق مع رأي جمهور الفقهاء، لأن الزوائد نماء مملوك للمغصوب منه⁽¹⁾.

وأما مسألة أرباح المال المغصوب الناشئة عن قيام الغاصب بالإتجار في الشيء المغصوب، فقد يكون المغصوب أموالاً نقدية يقوم الغاصب بالإتجار بها أو عروضاً يبيعها ويتجر بثمنها أو يستغلها من خلال تأجيرها إلى الغير، فما هو مصيرها وهل تأخذ حكم الزوائد في وجوب ردها للمالك؟ في الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء في حكم مسألة أرباح المال المغصوب، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء إن أرباح المغصوب وغلته تشكل نماء للمال المغصوب وتعد حقاً لمالك المغصوب، ويجب على الغاصب ردها إليه كما يجب رد عين المغصوب، لأن الأرباح والغلة تتبع أصلها⁽²⁾.

فالربح لرب المال، لأن المال المتجر به ملكه ولا شيء للغاصب في مقابل عمله لتعديده بالأخذ والتصرف في ملك غيره بغير إذنه لقول الرسول (ص وآله) " ليس لعرق ظالم حق"، وإن حصل خسران فهو على الغاصب، لأنه نقص حدث في المغصوب فيضمنه⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى بعض الأحناف والشافعية إن الربح للغاصب من دون المغصوب منه، لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب، وربح المال ناتج عن التقلب والعمل دون المال، فاقترض أن يكون ملكاً لمن له العمل من دون من له المال وعليه بدل المغصوب⁽⁴⁾، وإن الغاصب لا يلزم برد الأرباح المتحصلة من المال المغصوب وغلته إلى المغصوب منه، وذلك لأنها تُعد نماءً مملوكاً للغاصب يملكها ملكاً تاماً كما يملك المغصوب عملاً بقاعدة تملك المضمونات بالضمان⁽⁵⁾.

الرأي الثالث: يمثل رأي فقهاء المالكية، ولهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: يذهب إلى إن الربح للغاصب والغلة كالأجرة فهي للمغصوب منه سواء كان المغصوب عقاراً أم حيواناً⁽⁶⁾.

القول الثاني: يذهب إلى إن الربح للغاصب إذا كان موسراً، أما إذا كان معسراً فإنه لا يستحق الربح لعدم صلاحية ذمته للضمان.

القول الثالث: يذهب إلى التفرقة بين متاجرة المغصوب منه بالمال وعدم متاجرته، فإذا كان المغصوب منه يتاجر بالمال الذي وقع عليه الغصب، فيجب رد الأرباح له، لأن الغاصب منعه

(1) ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص240.

(2) الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص370. المقدسي، مصدر سابق، ج5، ص440. الحلي، مصدر سابق، ج2، ص766. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص135. الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص356.

(3) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص200.

(4) د. حامد الفقي، المصدر نفسه، ص200.

(5) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص153.

(6) الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص448.

من الربح وإذا كان المغصوب منه فقيراً يستحق أكثر من الربح، أما إذا كان المغصوب منه لا يتاجر بالمال فإنه لا يستحق الأرباح بل تكون للغاصب⁽¹⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في وجوب رد الأرباح والغلة إلى المالك الناتجة عما يحققه الغاصب من المال المغصوب أثناء وجوده تحت يده، لأنها متعلقة بأصل المال المغصوب، وهذا الأقرب إلى العدل والانصاف⁽²⁾.

وبهذا الشأن يقول أحد الشراح نحن نميل إلى رأي جمهور الفقهاء لأن هنالك ما يقويه من الكتاب والسنة، كما في قوله تعالى " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ " ⁽³⁾، والغاصب حين يأكل الربح والغلة من شيء مملوك لغيره فهو بلا شك يأكل أموال الناس بالباطل، وكما في قول الرسول (ص وآله) " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " ⁽⁴⁾، والمغصوب منه لم يأذن باستغلال ماله ولم تطب نفسه في أكل الغاصب لتلك الأرباح والغلات⁽⁵⁾.

والسؤال المطروح هنا ما أثر حسن نية الحائز على الحكم برد الأرباح والغلات؟ في الإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء، فيرى جمهور الفقهاء إن كل يد ترتبت على يد الغاصب يكون حكمها حكم الغاصب، وعلى حائز الشيء المغصوب كالمشتري أو الموهوب له رد الأرباح والغلات إلى المغصوب منه سواء كان حسن النية أو سيئها⁽⁶⁾.

ويرى فقهاء الزيدية إن مشتري العين المغصوبة الجاهل للغصب يملك الغلة وعليه دفع أجر المثل للمالك، ويرجع بها على الغاصب البائع⁽⁷⁾، ويرى فقهاء المالكية إن المشتري من الغاصب حسن النية فلا يرد الغلة التي استفادها من المغصوب ولا يعطي فيها كراء، وإن المالك ليس له حق الرجوع بالغلة على الغاصب، لأن الغاصب لم يستعمله، ويضمن منافع المغصوب إذا أستعمله أو اكراه⁽⁸⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي الجمهور، لأنه الأولى بالإتياع، ولأن اليد الظالمة الغاصبة لا تثبت بها حق للغاصب ولا لغيره من دون فرق بين العالم والجاهل، فما يحصل من الغلة في يد المشتري الجاهل يكون للمالك، والمشتري يرجع بما تغرمه على الغاصب⁽⁹⁾.

(1) القرافي، مصدر سابق، ج7، ص152.

(2) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص238.

(3) سورة البقرة: الآية 188.

(4) أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ط1، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، ص100.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص142.

(6) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج2، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1958م، ص279. أبي الفرج عبد الله بن رجب الحنبلي، القواعد، ط2، دار الجيل، بيروت، 1988م، ص224.

(7) أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار، ج3، ط1، طبعة وزارة العدل، مصر، 1340هـ، ص541.

(8) ابن جزي، مصدر سابق، ج1، ص219.

(9) الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص358.

وإن الغاصب قد ينفق على المغصوب مبلغ من المال لأجل تنمية المغصوب أو الحفاظ عليه، ويترتب على ذلك زيادة في قيمة المغصوب عند رده عن قيمته يوم غصبه، فهل للغاصب المطالبة بما أنفقه على المغصوب أو لا يحق له ذلك؟

الظاهر من كلمات الفقهاء في هذا المقام إنه لا يحق للغاصب المطالبة بما أنفقه على المغصوب، وخالفهم في ذلك بعض فقهاء المالكية، أما في مذهب الإمامية فإنه يظهر من صحيفة أبي ولاد التي جاء فيها أنه سأل الإمام الصادق (ع) قائلاً: اكتريت بغلاً إلى القصر الفلاني ذاهباً وراجعاً بكذا وكذا درهم وخرجت في طلب غريم لي فتوجهت إلى النيل فلما اتيتته أخبرت إنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به ورجعت إلى الكوفة إلى إن قال فأخبرت أبا عبد الله فقال عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ومن النيل إلى بغداد ومثل كرى البغل إلى الكوفة وتوفيه إياه، فقال جعلت فداك: علفته بدرهم فلي عليه علفه؟ قال (ع) لا لأنك غاصب⁽¹⁾، وذكر أحد فقهاء الحنفية لو غصب أرضاً فيها زرع أو شجرة فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلاً اطلع فأبره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب بما أنفق، وذكر أحد فقهاء المالكية ما أنفق الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقي الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحو ذلك مما لا بد منه يكون في نظير الغلة التي استغلها وإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع للغاصب بالزائد لظلمه⁽²⁾.

وذكر فقهاء الشافعية إن ما يحدثه الغاصب في المغصوب شيئين الثاني أثر لا عين موجودة مثل الماشية يغصبها صغاراً فيداويها وتعم نفقته عليها حتى يأتي صاحبها ولو أنفق عليها أضعاف أثمانها فليس له شيء⁽³⁾، وذكر أحد فقهاء الزيدية إن الغاصب لا يرجع على المالك بما غرم في العين المغصوبة سواء كان للبقاء أو للنماء كما لو كانت دابة فعلفها أو شجراً صغاراً فغرسها وسقاها حتى كبرت، فلا يرجع الغاصب بما غرم في هذه الصور وإن زادت به قيمة العين المغصوبة⁽⁴⁾، وقد استدلل الفقهاء بما ذهبوا إليه إلى الأدلة الآتية:

- 1- أن الغاصب متعدي وليس لعرق ظالم حق.
- 2- أن النفقة التي أنفقها الغاصب ليست عيناً قائمة وإنما هي مجرد أثر.
- 3- النفقة التي أنفقها الغاصب هي نظير الغلة التي استغلها الغاصب من المغصوب.
- 4- ليس للغاصب عين مال متقوم قائم في المغصوب⁽⁵⁾.

يظهر مما تقدم اتفاق كلمة جمهور الفقهاء من الإمامية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية بأن على قيام الغاصب برد المغصوب ولا شيء له مقابل ما أنفق على المال المغصوب، وعليه نفقات الرد مهما بلغت، لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو

(1) الطوسي، مصدر سابق، ج7، ص215.

(2) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص162. الدردير، مصدر سابق، ج4، ص93.

(3) الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص226.

(4) العنسي، مصدر سابق، ج3، ص355.

(5) د. عبد الجبار شرارة، مصدر سابق، ص116.

من ضروراته، ولأنه فضولي فيُعد متبرعاً وإن فعله لا يستند إلى ولاية ولا إذن ممن له حق الإذن⁽¹⁾.

ويرى بعض فقهاء المالكية إن ما ينفقه الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤونة العبد وكسوته وسقي الأرض وعلاجها وخدمة شجر يكون في مقابل الغلة التي تكون لربه كأجرة العبد والدابة والأرض يقاصصه بها وإن تساوى فواضح وإن نقصت الغلة فليس للغاصب الطلب بالزائد لظلمه وإن زادت على النفقة كان لربه أخذ ما زاد فإن لم يكن له غلة فلا شيء له على ربه فالنفقة محصورة في الغلة وليست الغلة محصورة في النفقة⁽²⁾، وعليه فإن فقهاء المالكية يجمعون بين مصلحتي الغاصب والمغصوب منه، وحاصلها إن الغاصب يرجع بالأقل مما أنفق فإن كانت النفقة أقل من الغلة غرم زائد الغلة للمغصوب منه وإن كانت النفقة أكثر فلا رجوع له بزائد النفقة وإن تساوى فلا يغرم أحدهما للآخر شيئاً⁽³⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء، لأن الغاصب يُعتبر متعدياً، ولأن الفائدة المترتبة على النفقات الضرورية التي أنفقها الغاصب للمحافظة على المال المغصوب تعود عليه هو، والشيء لو ظل موجوداً لتمكن الغاصب من رده وتنتهي مسؤوليته عند هذا الحد⁽⁴⁾، وإذا هلك تكون مسؤوليته أكبر من النفقات الضرورية التي مثل لها الفقهاء بعلف الحيوان وسقي الأرض وخدمة الشجر، ويُعد الغاصب متبرعاً بما بذله من عمل وبما أنفق من مال كنسج الغزل وطحن الطعام وتحويل السبائك الذهبية إلى حلي، لأن الواجب على الغاصب رد الشيء إلى المغصوب منه فوراً ومن دون تأخير وبالحالة التي كان عليها عند الغصب، فمجرد تأخره عن الرد يُعتبر خطأً من جانبه عليه أن يتحمل تبعاته وتبعات تصرفاته الفعلية وإن أدت إلى زيادة قيمة الشيء المغصوب⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: تتابع الأيدي على المال المغصوب

للمغصوب منه الحق في استرداد المال المغصوب ليس من تحت يد الغاصب فحسب بل ومن تحت يد الحائز سواء كان حائزاً أصلياً أي يحوز الشيء بصفته مالاً كالمشتري من الغاصب وغاصب الغاصب، أم كان حائزاً عرضياً يحوز الشيء بصفته غير مالك كالمستأجر من الغاصب والمرتهن⁽⁶⁾.

والأصل أن كل يد ترتبت على يد الغاصب وحلت محلها هي يد ضمان⁽⁷⁾، أما إذا كانت اليد مأذونة شرعاً في أخذ الأموال المغصوبة وردها إلى أصحابها لاستنادها إلى ولاية شرعية كيد

(1) السرخسي، مصدر سابق، ج 11، ص 85. الدردير، مصدر سابق، ج 3، ص 450. الشربيني، مصدر سابق، ج 2، ص 295. ابن قدامه، مصدر سابق، ج 5، ص 154. الشوكاني، مصدر سابق، ج 3، ص 355. الحلي، مصدر سابق، ج 4، ص 765.

(2) الدسوقي، مصدر سابق، ج 3، ص 449.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 189.

(4) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص 516.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 153.

(6) د. يحيى الجرافي، المصدر نفسه، ص 128.

(7) صالح الفوزان، باب في أحكام الغصب، منشور في الموقع الإلكتروني. <http://islamqa.info/ar/ref>

القاضي وأمينه أو لاستنادها إلى إذن المالك كيد وكيله الذي وكله المالك في قبض المغصوب من الغاصب، فهذه الأيدي لا تُعتبر أيدي غصب لانتفاء العدوان في أخذ مال الغير بوجود الإذن الشرعي⁽¹⁾.

ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار يد غاصب الغاصب يد ضمان، لأنه يتحقق فيها ضابط الغصب وهو إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب، فهي يد مجردة عن إذن المالك أو الشارع ولا ولاية لها على المغصوب، ويترتب على ذلك إن غاصب الغاصب شأنه شأن الغاصب مسؤول عن هلاك المغصوب سواء كان الهلاك بسببه أم بسبب أجنبي، فإذا هلك المغصوب تحت يد غاصب الغاصب كان المغصوب منه بالخيار بين تضمين الغاصب الأول أو تضمين الغاصب الثاني⁽²⁾.

أما تضمين الغاصب الأول فلأن فعل الغصب قد حدث منه وهو تفويت يد المالك، وتضمين الغاصب الثاني لأنه فوت يد الغاصب الأول، وتُعد يده كيد المالك لوجوب الحفاظ عليه وتمكنه من رده للمالك، وقد وجد في كل واحد منهما الغاصب الأول والغاصب الثاني سبب لوجوب الضمان فكان المالك مخيراً في أن يضمن أيّاً منهما لأن المضمون واحد⁽³⁾.

فإذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الأول، رجع الغاصب الأول بالضمان على الغاصب الثاني لأنه ملك المغصوب من وقت الغصب بالتضمين فيضمن مثله إذا كان مثلياً وقيّمته إذا كان قيمياً من يوم الغصب الثاني لا من يوم الغصب الأول مهما كانت القيمة سواء كانت أكثر أم أقل من يوم الغصب الأول، وإذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الثاني فليس للغاصب الثاني الرجوع على الغاصب الأول، لأنه ضامن بفعله وهو تفويت يد المالك، وإذا تلف المغصوب عنده بأمر سماوي أو بتعدٍ منه يضمن قيمة ما غصبه يوم غصبه مهما بلغت هذه القيمة، وإذا قلت عما كانت عليه يوم الغصب الأول، كان من حق المالك أن يرجع على الغاصب الأول بالفرق بين القيمتين حتى لا يضيع ماله بالتعدي إلا إذا كان سبب نقص القيمة هو انخفاض سعر السوق⁽⁴⁾.

إذا أبرأ المالك الغاصب الثاني برئ الغاصب الأول من الضمان، لأنه كالكفيل لوصل المالك إلى حقه، فإذا تقرر الضمان على الغاصب الثاني أصبح هو المطالب به بصفة نهائية، وكان أدائه اسقاطاً لهذا الضمان، فيسقط تبعاً لذلك عن الغاصب الأول، بخلاف ما إذا أبرأ المالك الغاصب الأول فلا يبرأ الغاصب الثاني⁽⁵⁾.

(1) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص224. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص194.

(2) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص143. الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص279. المرادوي، مصدر سابق، ج6، ص179. محمد عlish، مصدر سابق، ج7، ص77.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص146. ابن عابدين، مصدر سابق، ج6، ص197.

(4) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، بلا سنة طبع، ص292 وص293.

(5) الرملي، مصدر سابق، ج5، ص156.

وأتفق الفقهاء على أن للمالك الحق في استرداد ماله من تحت يد الحائز كالمشتري أو الموهوب له أو غاصب الغاصب أو المستأجر أو المرتهن⁽¹⁾، لما روي عن الرسول (ص وآله) إنه قال " من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه"⁽²⁾، ويقول أحد فقهاء الزيدية في شرحه لهذا الحديث من وجد عين ماله يعني المغصوب أو المسروق عند رجل أو امرأة فهو أحق به إذا ثبت إنه ملكه بالبينة أو صدقه من بيده العين⁽³⁾، لما جاء عن الرسول (ص وآله) إنه قال " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"⁽⁴⁾.

وبالتالي يحق للمغصوب منه أن يطالب كلاً من الغاصب وصاحب اليد بالضمان، لأن الغاصب قد تعدى على حق غيره والاستيلاء على ماله، وصاحب اليد قد تعدى بوضع يده على مال مملوك لغيره من دون إذن منه أو ولاية عليه، ويؤدي توسيع المطالبة على هذا النحو إلى تيسير وصول المالك إلى حقه، وينبغي أن لا ينتهي حقه في المطالبة إلا بوصول حقه في المال بأخذه أو أخذ بدله بالمثل أو القيمة، ولكن فقهاء الحنفية اختلفوا في ذلك، فيرى أبو حنيفة ومحمد إن مطالبة المالك للغاصب أو صاحب اليد تستلزم إبراء الآخر حتى لو ظهر من اختياره المالك للضمان معدوماً أو مفلساً، وعلى المغصوب منه تجنباً لمثل هذه الصعوبة قبل اختياره لأي منهما أن يعرف مركزه المالي، ويرى أبو يوسف للمالك الحق في مطالبة أيّاً منهما إلى أن يقبض المضمون بالفعل ممن عينه⁽⁵⁾.

وفي حالة وجود العين المغصوبة تحت يد حائز لها ترتبت يده على يد الغاصب هل يحق للمغصوب منه أن يرفع دعوى استرداد العين على الغاصب ويطلب إلزامه باستردادها ممن انتقلت حيازتها إليه؟ وهل يحق للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بضمان المثل أو القيمة؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال، ولهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: إن المغصوب منه مخير بين أن يتتبع العين فيدعي بها على الحائز لها، أو يتركها ويرجع على الغاصب بضمان المثل أو القيمة أو الثمن إذا أجاز تصرف الغاصب، لأن الغاصب مسؤول بمجرد الغصب⁽⁶⁾، وليس للمالك أن يرجع بالعين على الغاصب لخروجها من تحت يده، ولأن الأعيان لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست بحوزته، وهذا ما نصت عليه المادة (1635) من مجلة الأحكام العدلية بقولها " الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط فإذا غصب أحد فرس رجل وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فلا يدعيه إلا على ذي اليد أما إذا أراد تضمين قيمته فيدعيها على الغاصب".

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص148. الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص367. البهوتي، مصدر سابق، ج2، ص355. ابن جزي، مصدر سابق، ج1، ص216. الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص347. الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص178.

(2) سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج3، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص228.

(3) الشوكاني، مصدر سابق، ج5، ص347.

(4) سليمان الأزدي، مصدر سابق، ج3، ص29.

(5) ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص139.

(6) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، ط6، دار الفكر، 1968م، ص177.

الرأي الثاني: يحق للمغصوب منه أن يتتبع العين فيدعي على الحائز لها ما دامت موجودة وليس له تضمين الغاصب المثل أو القيمة إلا استثناءً، لأن الموجب الأصلي في الغصب هو رد العين، فلا يصار إليه مع وجود العين⁽¹⁾.

ويرى أحد الفقهاء إن المغصوب منه لا يدعي على الحائز للعين بالتضمين مع وجود العين في يده، ويجوز له تضمينه بعد خروجها من يده، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره، فالغاصب الأول مسؤول بمجرد الغصب، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المال المغصوب من يده بغصب أو بيع أو غيرهما وإنما تتحول المسؤولية من مسؤولية بالعين إلى مسؤولية بالضمان، لأن دعوى العين لا تقام إلا على ذي اليد، فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة، وبين تضمين أي غاصب خرجت العين من يده، لأنه لو انحصر حق المغصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة لضاع حقه، فقد ينقلها هذا إلى بلد آخر أو يعطيها إلى شخص آخر⁽²⁾.

الرأي الثالث: إن المغصوب منه يستطيع أن يرفع الدعوى على الغاصب ولو كانت العين قد خرجت من تحت يده، فالواجب على الغاصب أن يستعيد العين ويردها إلى المغصوب منه إذا كان ذلك ممكناً، وإلى هذا ذهب فقهاء الزيدية ولكن بشرطين، الشرط الأول: أن يكون المغصوب من غير النقيدين وهما الدراهم والدنانير فإن كان نقداً لم يلزم استرداؤه بل يرد مثله، والشرط الثاني: أن يمكن للغاصب استرداؤه بما لا يجحف بماله، أي أن يقوم الغاصب بمراضاة من تلقى الشيء ليستعيده منه ولو كلفه ذلك أن يدفع شيئاً من ماله، فإن استفاده المالك ممن صارت إليه وكان لا يمكن للغاصب أن يستفديه إلا بما دفع المالك رجع المالك بما دفع على الغاصب⁽³⁾.

ويرى أحد الفقهاء إن الاستفداء واجب على الغاصب وإن أجحف به كل الإجحاف، لأنه وقع في معصية الغصب باختياره عدواناً ومخالفة للشرع، ووجب عليه التخلص من هذه المظلمة بردها ما دامت موجودة ووجد إليها سببلاً، وبالتالي يجب الأخذ بيد الظالم حتى يرد مظلمته للمطلوب ولا تأخذ به رافة⁽⁴⁾، ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الثالث، والذي ذهب إلى إن المغصوب منه يستطيع أن يرفع دعوى الاسترداد على الغاصب ولو كانت العين قد خرجت من تحت يده، لأن من شأن ذلك ردع الغاصبين ومنعهم من التصرف بأموال غيرهم من دون وجه حق، فقد يتعذر على المغصوب منه في بعض الحالات الرجوع بالعين على الحائز لسبب أو لآخر، كما لو لم تكن معه بيينة تثبت ملكيته للشيء وحينئذ ليس أمامه إلا الرجوع على الغاصب، وإن تقدير مدى إمكانية الغاصب القيام بالاستفداء من عدمه مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي، فإن رأى إن الغاصب يستطيع أن يستفدي العين ألزمه بذلك، وإن وجد إن ذلك متعذر خير المالك بين الضمان على الغاصب أو الرجوع بالعين على الحائز⁽⁵⁾.

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 121.

(2) مصطفى الزرقاء، مصدر سابق، ج 3، ص 178.

(3) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج 5، ص 271.

(4) الشوكاني، مصدر سابق، ج 3، ص 349.

(5) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 132.

ويرى أحد الشراح إن واجب الاستفداء لا يقتصر على الغاصب فحسب بل يشمل الحائز سيء النية إذا قام بالتصرف بالشيء ونقله إلى غيره بهدف التخلص من توجيه دعوى الاسترداد إليه، والحائز سيء النية هو الذي يقوم بنقل حيازة الشيء إلى غيره ببيع أو نحوه حين يعلم إن المغصوب منه عازم على توجيه دعوى الاسترداد إليه، ولا أهمية لحسن نية الحائز عند تلقيه الشيء المدعى به فسواء كان الحائز جاهلاً لا يعلم بأن من تلقى منه الشيء غاصب أو عالماً بأنه غاصب مادام إنه في الوقت الذي نما إلى علمه إن العين ستستحق من تحت يده فبادر إلى بيعها أو التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات، لأنه بذلك قد ساهم في تفويت حق المالك في استرداد المغصوب⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعذر رد المال المغصوب

إن المغصوب يجب رده إلى المغصوب منه إذا كان قائماً، ولكن قد يتعذر أحياناً رد المغصوب بأي شكل من الأشكال، وحينئذ يضمن الغاصب البديل، فإن كان مثلياً فمثلي وإن كان قيمياً فقيمي، والظاهر من كلمات الفقهاء في هذا المقام بأنه حين يتعذر رد المغصوب وتحقق ذلك يُصار إلى الضمان⁽²⁾.

وقد قال فقهاء الحنفية لو ابتلع إنسان لؤلؤة فمات لا يشق بطنه، لأن حرمة الأدمي أعظم من حرمة المال وقيمتها في تركته، فلو بقي حياً يضمن قيمتها ولا ينتظر إلى أن تخرج منه⁽³⁾، وقال فقهاء الشافعية إن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كانت بهيمه فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البديل كما لو تلف، وإذا قبض البديل ملكه، لأنه بدل ماله فملكه كبديل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالتضمن، كالتالف فإن عاد المغصوب وجب رده للمالك⁽⁴⁾.

وقال فقهاء الحنابلة إذا غصب فرساً أو شيئاً تعذر رده مع بقاءه ضمن قيمته، فإن استطاع رده أخذ القيمة⁽⁵⁾، وقال فقهاء الإمامية إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب المغصوب، ولو رجع كان لكل منهما الرجوع⁽⁶⁾، وقال فقهاء الزيدية العين المغصوبة إذا كانت من المنقولات وخرجت من يد الغاصب وتعذر على الغاصب ردها لمالكها في الحال ضمن قيمتها لمالكها⁽⁷⁾.

وعلى الغاصب رد العين المغصوبة بالمثل أو القيمة إلى مالكها، وذلك لتفاوت القيم باختلاف الأماكن، وأما إذا ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة يرى فقهاء الحنفية في ذلك حكماً الأول: أن يحبس الحاكم حتى يعلم لو كانت باقية لأظهرها، والثاني: أن تقوم بينة واضحة على هلاك العين المغصوبة وتقدير ذلك يرجع إلى رأي الحاكم، ويرى فقهاء الشافعية إذا علم الحاكم

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص198.

(2) د. عبد الجبار شراره، مصدر سابق، ص112 و114.

(3) علي حيدر، مصدر سابق، ص1182.

(4) الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص380.

(5) المرادوي، مصدر سابق، ج6، ص199.

(6) الحلبي، مصدر سابق، ج2، ص153.

(7) العنسي، مصدر سابق، ج3، ص352.

هلاك العين المغصوبة سقط عن الغاصب ردها، ويلزم برد بدلها إلى المالك وهو القيمة⁽¹⁾، والسؤال المطروح هنا: هل يملك الغاصب المال المغصوب بالضمان؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ إن التضمن تملك، فكما يصبح البديل ملكاً للمغصوب منه يصبح المغصوب ملكاً للغاصب مقابل البديل الذي دفعه للمغصوب منه، هذا ما لم يثبت إن ما دفع للمغصوب منه أقل من القيمة الحقيقية للمغصوب استناداً إلى القاعدة المعروفة في الفقه الحنفي تملك المضمونات بالضمان.

ويتفق المالكية مع الاحناف في انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يؤد الواجب عليه بالفعل إلى المالك، ويرى فقهاء المالكية إن الغاصب يملك المغصوب إذا اشتراه من صاحبه قبل رده سواء كان المغصوب حاضراً أم غائباً، وذهب أحد فقهاء المالكية إلى إنه لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائباً⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: يرى بعض فقهاء الشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ والإمامية⁽⁷⁾ إن الضمان ليس تملك وللمغصوب منه المطالبة بالقيمة في حالة تعذر رد المغصوب إذا تلف المغصوب أو فقد أو سرق للحيلولة بينه وبين ماله فوجب للمغصوب منه البديل فإذا قبضه ملكه لأنه بدل ماله، ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملك بالتضمن، فإذا رجع المغصوب للغاصب وجب رده للمغصوب منه واسترد القيمة.

وذهب فقهاء الشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾ والإمامية⁽¹⁰⁾ إلى إن المغصوب لا يُملك بالضمان إلا بأداء قيمته أو الإبراء منه أو بتعذر رد العين أو للضرورة، ويملك الغاصب المغصوب إذا تعذر رده بحالته كما لو صار الرطب تمرّاً والعنب عصيراً لتبدل العين فوجبت قيمتها وانتقلت إلى الغاصب، ولكن لا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه، ويملك الغاصب المغصوب كما لو غصب خيطاً فخيّط به جرح حيوان، ويخاف من قلعه الاضرار بهذا الحيوان، فإنه يملك الخيط ويؤدي قيمته ولا يلزمه القلع، ولكن إذا كان الحيوان مما يؤكل فإن حالة الضرورة ترتفع، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان ورد الخيط المغصوب.

وبهذا فإن جمهور الفقهاء يختلفون مع فقهاء الاحناف والمالكية في إن المضمون لا يملك بالضمان إلا في تلك الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة، خلافاً لفقهاء الاحناف والمالكية الذين أسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان خشية اجتماع البديل والمبدل في يد المغصوب منه، وإن

(1) سعد رستم، مصدر سابق، ص33.

(2) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص216.

(3) القرافي، مصدر سابق، ج8، ص301.

(4) الخرشي، مصدر سابق، ج6، ص144.

(5) سليمان البجيرمي، مصدر سابق، ج3، ص116.

(6) ابن قدامه، مصدر سابق، ج5، ص160.

(7) الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص239.

(8) الرملي، مصدر سابق، ج5، ص173.

(9) المرداوي، مصدر سابق، ج6، ص136.

(10) الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص239.

الضمان عند جمهور الفقهاء في مقابل فوات اليد المحقة، ولا ينتقل الملك بوجوبه، لأن الفوات لا يصلح أن يكون سبباً شرعياً لنقل الملكية، أما عند فقهاء الحنفية فإن سبب الضمان هو تعذر رد العين المغصوبة⁽¹⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الأول الذي ذهب إلى إن الغاصب يملك المغصوب بالضمان، وهذا الاتجاه هو الأقرب للصواب، لأن الرأي الثاني الذاهب إلى إن المغصوب منه يكون مالكاً للبديل فيه تعارض بأن فيه الجمع بين البديل والمبدل منه بالنسبة للمغصوب منه، فكيف يبقى مالكاً للمغصوب ومالكاً للبديل في وقت واحد⁽²⁾.

المطلب الثاني: رد المال المغصوب في القانون

يجب على الغاصب رد المغصوب عيناً إن استطاع رده، وفي هذا المطلب سنتكلم عن رد المغصوب في القانون من خلال الكلام عن مستلزمات الرد وحكم الرد في حال تتابع الأيدي على المال المغصوب وما هو الحكم في حالة تعذر الرد، لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: مستلزمات الرد

نصت المادة (192) من القانون المدني العراقي على إنه " يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى"، يتبين من هذا النص إن الغاصب يلتزم برد المغصوب عينه إلى صاحبه أو من ينوب عنه إذا كان باقياً، وإن الرد يكون في مكان الغصب ويكون في غيره برضا المغصوب منه، وإن نفقة نقل المغصوب ومؤونة رده تكون على الغاصب، وإذا ترتب على الغصب ضرر يجب على الغاصب تعويضه إضافة إلى التزامه بالرد، ومما يلاحظ على هذا النص إنه لم يتطرق لشرط كون المستلم للمغصوب أهلاً للتمييز وأهلاً للمحافظة على المغصوب، وإنه لم يشترط لصحة رد المال المغصوب وبراءة ذمة الغاصب من الضمان علم المغصوب منه عند الرد بأن المغصوب الذي استرده هو ماله وملكه⁽³⁾.

ويرى أحد الشراح إذا كان المشرع العراقي لم ينص على أن يكون المستلم للمغصوب أهلاً للتمييز في المواد التي عالجت أحكام الغصب، ولكن ومن خلال الرجوع إلى أحكام القواعد العامة يمكن أن نلتزم ذلك، إذ نصت المادة (383) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم 2- فإن دفع المدين إلى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا

(1) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص 234 و 235.

(2) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 271.

(3) د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 293.

تبرأ ذمته من الدين بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين⁽¹⁾.

ويفهم من مضمون المادة (192) من القانون المدني العراقي السابق ذكرها إن الحكم الأصلي للغصب هو إلزام الغاصب برد العين المغصوبة إلى صاحبها مادامت موجودة كما هي، وهذا هو التنفيذ العيني كما يقول علماء القانون⁽²⁾، ولا يفترض في وجوب الرد أن يكون المغصوب باقياً على حالته التي كان عليها قبل الغصب بل يجب الرد سواء كانت العين المغصوب باقية على حالتها يوم غصبها أم كانت زائدة أو ناقصة، وسواء كان الباقي بعد النقص قليلاً أم كثيراً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك⁽³⁾.

وقد ألزم القضاء العراقي الغاصب برد المغصوب إن كان باقياً بوصفه الأصل في التزامه من دون النظر إلى قيمة المغصوب، إذ قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها جاء فيه " إذا كان المغصوب موجوداً فيحكم برد المغصوب ولا يجوز المطالبة بقيمته"⁽⁴⁾، ويتحقق تنفيذ الغاصب لالتزامه برد العين المغصوبة وهو التزام بنتيجة بمجرد إثبات يد المالك عليها، ولا عبرة بعد ذلك بعلم الغاصب أو بعلم المالك ولا بنيتها ولا بأهلية أي منهما أو عدم اهليته، لأن تنفيذ هذا الالتزام عبارة عن واقعة قانونية لا يُشترط لتحقيقها شيء مما تقدم⁽⁵⁾.

ويعتبر المغصوب منه مسترداً للمغصوب بإثبات يده عليه سواء أكان يعلم إنه ملكه أو لا يعلم، لأن إثبات اليد أمر حسي لا يختلف أثره بالعلم أو الجهل، ولأن العلم ليس بشرط في الغصب فليس بشرط في الرد، وإذا استرد المغصوب منه المغصوب فإن الغاصب لا يبرأ من ضمان الأضرار الأخرى التي سببها فعل الغصب مثل فوات منافع المغصوب وترتيب الضمان للمغصوب منه بسبب خروج المغصوب من يده، ففي هذه الحالات يلزم الغاصب بالتعويض عن الضرر ولو كان قد رد المغصوب إلى صاحبه⁽⁶⁾.

فإذا أثبت المغصوب منه يده على المغصوب بوجه عام فقد أعاده إلى يده وزالت يد الغاصب، فإذا كان المغصوب ثوباً فلبسه أو كان دابةً فركبها أو كان طعاماً فأكله، كان مسترداً للمغصوب سواء علم إنه ماله أو لم يعلم⁽⁷⁾، ويجب أن يكون الرد فوراً سواء كان المغصوب من العقارات أو المنقولات، ولا ينقضي التزام الغاصب ولا تبرأ ذمته إلا برد المال المغصوب عينه، ولا يجزي الغاصب دفع قيمته عوضاً عن المال المغصوب ما دام باقياً⁽⁸⁾.

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 181.

(2) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 241.

(3) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص 270.

(4) رقم القرار 618/ص/1959 في 19/5/1959. منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، 1959م، ص 565.

(5) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 242.

(6) منير القاضي، مصدر سابق، ص 304 وص 305.

(7) منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العالية التابع لجامعة الدول العربية، دار مصر للطباعة، 1954م، ص 13.

(8) د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004م، ص 204.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية الاتحادية في أحد قراراتها جاء فيه " إذا كان المغصوب عيناً موجودة فلمغصوب منه الحق في أن يطالب باسترداد هذه العين لا المطالبة بقيمتها"⁽¹⁾، وقضت في قرار آخر لها جاء فيه " إذا وضعت إحدى دوائر الدولة أو إحدى مؤسساتها اليد على عقار يعود للغير تُعد غاصبة وعليها رفع الغصب وتسليم العقار المغصوب لمالكه أو الذي له الحق فيه حتى وإن كان وضع اليد للنفع العام"⁽²⁾، وكذلك قضت في قرار آخر " تكون يد المميز (المستأجر) على الفندق يد غاصبة من تأريخ فسخ العقد ولغاية تسليم المأجور إلى المدعي (المؤجر) وملزم بدفع أجر مثله للفترة المطالب بها استناداً لأحكام المادة (197) من القانون المدني"⁽³⁾.

ويرى أحد الشراح إن المادة (192) السابق ذكرها نظمت حكم المال المغصوب إذا ظفر به صاحبه في مكان آخر غير مكان غصبه، فإنه يكون لصاحبه أن يسترده في هذا المكان أو يطلب رده إلى مكان الغصب، وفي هذه الحالة تكون مصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب، فإذا كان المغصوب منقولاً وقام الغاصب بنقله إلى مكان آخر يبعد عن مكان الغصب يلزم الغاصب برده إلى المكان نفسه الذي أخذه منه إذا كان لحمله مؤونة، أما إذا كان المغصوب مما لا يحتاج إلى تكاليف نقل كالنقود والأوراق التجارية، فالواجب على المغصوب منه أن يتسلمه من الغاصب في محل وجوده، والحكمة من إلزام الغاصب برد المغصوب إلى المكان الذي غصبه فيه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن⁽⁴⁾.

والأصل أن يكون الرد في مكان وقوع حادثة الغصب، وهذا هو التنفيذ الكامل والمثالي للالتزام الغاصب بالرد، ولكن الغاصب في بعض الأحيان قد يقوم بنقل العين المغصوبة إلى مكان آخر، وهذا الغرض لا يتحقق إلا في غصب المنقول كما هو واضح، وفي هذه الحالة إذا كان المغصوب من الأشياء التي تحتاج إلى مصاريف نقل ومؤونة حمل، فإن المغصوب منه مخير بين أن يطالب الغاصب برد العين في مكان الغصب، وحينئذ تكون مصاريف نقل العين ومؤونة حملها وتبعية هلاكها أو تلفها على الغاصب، كما إن للمغصوب منه وهذه هي الصورة الغالبة في الحياة العملية أن يطلب رد العين إليه في البلد الذي نقلت إليه، لأن طلب استرداد العين المغصوبة في بلد الغصب من حقوق المغصوب منه، والواقع إن هذا الحق ليس من النظام العام فيستطيع المغصوب منه أن يتنازل عنه صراحةً أو ضمناً، وهذا كله من دون الإخلال بما يستحقه المغصوب منه من تعويض من جراء الأضرار التي لحقته من فعل الغصب⁽⁵⁾.

وأما بالنسبة لموقف المشرع المصري فإنه لم ينظم أحكام الغصب في نصوص خاصة، ولكن على وفق ما تقضي به القاعدة العامة التي تضمنتها المادة (203) من القانون المدني المصري

(1) رقم القرار 69/حقوقية/1954 في 10/2/1954. أشار إليه عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، 1957م، ص 270.

(2) رقم القرار 74/الهيئة الموسعة المدنية/2007 في 23/1/2008. منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، 2008م، ص 13.

(3) رقم القرار 2481/استئنافية عقار/2008 في 5/11/2008. منشور في النشرة القضائية، العدد الخامس، 2009م، ص 22.

(4) المحامي فوزي كاظم المياحي، القانون المدني فقهاً وقضاءً (المسؤولية التقصيرية الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال الإلتاف والغصب)، ج 5، مطبعة السيماء، بغداد، 2021م، ص 165 و ص 166.

(5) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 243.

يلتزم الغاصب برد المغصوب إلى مالكة متى ما كان ذلك ممكناً، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (203) على إنه " يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين (219 و220) على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى ما كان ذلك ممكناً"⁽¹⁾.

وهنا يرى أحد الشراح إن شرط الإعذار لا ينطبق على الغاصب⁽²⁾، لأن المادة (219) تنص على إنه " يكون إعدار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر"، أما المادة (220) تنص على إنه " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية: أ- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ب- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع ج- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين إنه مسروق أو شيء تسلمه بدون حق وهو علم بذلك"، ومن الجدير بالذكر إن المالك في القانون المصري يستطيع أن يسترد الشيء المغصوب بأحد طريقين، هما:

الطريق الأول: رفع دعوى الاستحقاق

يستطيع المالك أن يرفع دعوى الاستحقاق لاسترداد الشيء المغصوب سواء كان الشيء عقاراً أم منقولاً وسواء كان في حيازة الغاصب أم في حيازة شخص آخر يحوزه حيازة أصلية لحسابه كالمشتري من الغاصب أو يحوزه حيازة عرضية كالمستأجر أو المرتهن⁽³⁾، وإذا كان الأصل أن دعوى الاستحقاق لا ترفع إلا على الحائز فليس هنالك ما يمنع من رفعها على الغاصب ولو كان الشيء المغصوب قد خرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر، وينبغي على القاضي إلزام الغاصب باسترداد الشيء المغصوب على نفقته، وإذا لم يستطع الغاصب استرداد المغصوب ألزمه القاضي بدفع التعويض للمالك، ومع ذلك يظل من حق المالك استرداد الشيء من تحت يد الحائز، وإذا تم الاسترداد يلزم المالك بأن يرد للغاصب ما كان قد تسلمه منه بعد خصم ما يكون قد طرأ على الشيء المغصوب من نقص في قيمته مع قيمة المنافع التي حرم منها خلال مدة الغصب⁽⁴⁾، وإذا كان المالك يستطيع أن يسترد الشيء المغصوب من الحائز عن طريق رفع دعوى الاستحقاق، ومع ذلك قد يمتنع على المالك استرداد الشيء الذي غصب منه ويكون ذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا استطاع الحائز سيء النية (الغاصب) أن يثبت تملكه للشيء سواء كان عقاراً أم منقولاً بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير، وفي اكتساب الملكية بالتقادم الطويل تنص المادة (968) من القانون المدني المصري على إنه " من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له

(1) ويقابل هذا النص الفقرة الأولى من المادة (246) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة (355) من القانون المدني الأردني والمادة (337) من القانون المدني اليمني.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 198.

(3) د. عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1980م، ص 294.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 8، ص 595.

أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة"، وفي اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير تنص المادة (969) من القانون المدني المصري على إنه " 1- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات 2- ولا يشترط توفر حسن النية إلا وقت تلقي الحق 3- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون"⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا كان الشيء المغصوب من المنقولات المادية وتصرف به الغاصب أو الشخص الذي كان هذا الشيء في حيازته بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة إلى شخص آخر حسن النية يعتقد بأن المتصرف هو المالك، فإن المتصرف إليه يصبح هو المالك للمنقول، ويستطيع بناءً على ذلك أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك الحقيقي⁽²⁾، لأن من آثار الحيازة اكتساب ملكية المنقول في الحال إذا كان الحائز حسن النية واقتربت حيازته بسبب صحيح⁽³⁾، هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (976) من القانون المدني المصري بقولها " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"⁽⁴⁾، يتبين من هذا النص إن حيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة، وقد وردت هذه القاعدة في المادة (2276) من القانون المدني الفرنسي، وقد إعتاد الفقه القانوني في مصر أن يورد هذه القاعدة التي انتقلت إليه من القانون الفرنسي إلى القانون المصري بعبارة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁵⁾، ولا ريب إن المالك الحقيقي إذا امتنع عليه استرداد المنقول من تحت يد الشخص الذي استطاع أن يملكه طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه يستطيع أن يرجع بالتعويض بدعوى المسؤولية التقصيرية على المتصرف إذا كان المتصرف هو الغاصب، وكذلك يستطيع أن يرجع بالتعويض بالدعوى الشخصية على المتعاقد إذا كانت هنالك علاقة عقدية بين المالك ومن قام بالتصرف كعقد عارية أو ودیعة أو إجارة مثلاً⁽⁶⁾.

الطريق الثاني: رفع دعوى الاسترداد

يستطيع المالك أن يرفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان الشيء المغصوب عقاراً، لأن دعوى الاستحقاق تتطلب من المالك أن يثبت ملكيته للشيء الذي يطلب استرداده إليه، وهو إثبات عسير وشاق بالمقارنة مع دعوى استرداد الحيازة التي لا يتطلب القانون فيها سوى أن يثبت الحائز

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 201.

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط2، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1964م، ص 689.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص 1139.

(4) ويقابل هذا النص الفقرة الأولى من المادة (1163) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة (1189) من القانون المدني الأردني والمادة (1111) من القانون المدني اليمني.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص 1109.

(6) د. عبد المنعم الصدة، المصدر السابق، ص 690.

حيازته للعقار بالشروط الواجب توافرها في الحيازة، ويفضل المالك لأرض معينة غالباً اللجوء إلى دعوى استرداد الحيازة لكي يسترد حيازته للأرض ممن اغتصبها⁽¹⁾.

وبهذا الشأن يرى جانب من الفقه في مصر إن الحق في استرداد العقار عن طريق دعوى استرداد الحيازة هو لكل حائز سواء كان مالكا للعقار الذي اغتصب حيازته أم حائزاً عرضياً يحوز العقار لحساب غيره كالمستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو المرتهن رهناً حيازياً، ودعوى استرداد الحيازة هي الدعوى الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي أن يرفعها باسمه لكي يستوفي ماله من حقوق في ذمة غيره بسبب هذه الحيازة⁽²⁾.

والمدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة ليس الغاصب فحسب، بل وخلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالمشتري ولو كان أي من هؤلاء حسن النية لا يعلم إن سلفه أو المتصرف قد اغتصب حيازة العقار، وبالتالي لمالك العقار المغصوب أو حائزه الحق في استرداده من تحت يد الغاصب أو تحت يد من ترتبت يده على يد الغاصب، وهذا ما أشارت إليه المادة (960) من القانون المدني المصري بنصها " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية"، مع ملاحظة إن الفقرة الأولى من المادة (958) من القانون المدني المصري نصت على إنه " لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدا سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك"⁽³⁾.

والقاعدة هي إن فقد السيطرة الفعلية على العقار يؤدي إلى زوال الحيازة، وغصب الغير للحيازة سواء كان بالإكراه أم بدون علم الحائز يؤدي إلى زوال الحيازة مالم يكن ذلك الغصب من قبيل المانع الوقتي، وعلى هذا فإن حيازة الغير التي ترتبت بناءً على سلب الحيازة من صاحبها تُعد مانعاً وقتياً يحول دون زوال حيازة الحائز الأصلي بشرط أن يستردها صاحبها خلال سنة، ويكفي أن ترفع الدعوى خلال سنة ولا يلزم أن يتم الاسترداد فعلاً خلال تلك المدة، والعبرة من استعمال الحق في الاسترداد خلال تلك المدة والتي تحتسب من وقت فقد الحيازة إذا حدث علناً أو من وقت انكشاف فقدائها إذا حدث خفية، إنه إذا تم استرداد الحيازة اعتبرت زائلة أصلاً، والحائز يظل قانوناً مستقبياً للحيازة، ولم يفقدها إطلاقاً حتى خلال مدة الغصب، أما إذا لم يستردها فإن الحيازة تزول من وقت سلب الغير للحيازة⁽⁴⁾.

وإذا لم تكن هنالك حيازة جديدة للعقار تمنع الحائز من مباشرة السيطرة الفعلية، وإنما كف الحائز وسكت عن مباشرة الأعمال المادية للحيازة، فقد استقر القضاء الفرنسي على إن الحائز يظل محتفظاً بحيازة العقار شريطة استبقاء الحيازة بمحض نيته، ويجب لاستبقاء الحيازة بمحض نية الحائز توافر الشروط الآتية: أولاً: أن تكون الحيازة قد بدأت متوافرة الأركان. ثانياً: يجب أن لا يؤدي الكف عن مباشرة الأعمال المادية إلى قطع الحيازة، ويتحقق ذلك إذا كانت طبيعة العقار وما جرى عليه العمل لا يستلزم استمرار القيام بالأعمال المادية كما هو الحال بالنسبة للأرض

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج8، ص598.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج9، ص904 ووص913.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص213.

(4) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص300.

الفضاء غير المزروعة. ثالثاً: يجب أن لا يكون الكف عن مباشرة الأعمال المادية راجعاً إلى حيازة الغير للعقار⁽¹⁾.

ويبرر الفقه الفرنسي استبقاء الحيازة بمحض النية بالنسبة للعقارات من دون المنقولات لا اعتبارات عملية منها، لأنه من السهل بيان فقد الحائز للركن المادي بالنسبة للمنقول، أما بالنسبة للعقار من الصعب ملاحظة فقد الحائز للسيطرة الفعلية إذا لم يكن هنالك شخص آخر يقوم مقامه بمباشرة هذه الأعمال لحسابه هو، وفي حالة عدم وجود شخص آخر لا يسهل التحقق من إن الحائز يستمر في القيام بالأعمال المادية بصورة متقطعة أم لا، ولهذا فإنه باستصحاب الحال تُعتبر حيازته قائمة لم تفقد طالما إن العنصر المعنوي متوافر، ويتجه الفقه والقضاء المصري إلى الأخذ بمبدأ استبقاء الحيازة بمحض النية، حيث يكفي لبقاء الحيازة واستمرارها إمكان مباشرة الأعمال المادية⁽²⁾.

وأما بالنسبة للمشرع الأردني فقد سار على نهج المشرع العراقي وذلك في الفقرة الثانية من المادة (279) من القانون المدني الأردني التي نصت على إنه " فمن غصب مال غيره وجب رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه"، يتبين من هذا النص إن رد المغصوب هو الحكم الأصلي ويترتب على ذلك أمران، الأمر الأول: لا يجوز للغاصب الاحتفاظ بالمغصوب ولو مع إبداء استعداده لدفع قيمته إذا لم يوافق المالك، والأمر الثاني: لا يجوز للمغصوب منه المطالبة بقيمة المغصوب مع بقاء عينه ويجبر على أخذه، وإن رد المغصوب يتم برده في مكان الغصب، لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن وباختلافها تتفاوت القيم، والرد إلى المالك يتحقق بإثبات يده عليه بمعنى تمكنه من ماله كما هو الحال قبل الغصب فتعود إليه سلطات المالك فعلياً⁽³⁾، ويلاحظ على نص المادة (279) من القانون المدني الأردني إنها لم تشترط لصحة الرد أن يكون المغصوب منه بالغاً سن التمييز، حيث إن المشرع الأردني شأنه شأن المشرع العراقي لم ينص على أن يكون المستلم للمال المغصوب أهلاً للتمييز حين عالج أحكام الغصب⁽⁴⁾، ولكنّه تلافى هذا الموضوع بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة، وذلك من خلال ما تضمنته المادة (321) من القانون المدني الأردني التي نصت على إنه " إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء لوليه وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه فلوليه مطالبة المدين بالدين".

وأما المشرع اليمني فقد أعطى للمالك خيارين، وهما رد المغصوب عيناً أو رده نقداً إذا لم يتمكن الغاصب من التنفيذ عيناً، وذلك في المادة (1120) من القانون المدني اليمني التي نصت على إنه " يلزم الغاصب رد عين المغصوب إلى مالكة ولو نقداً ما لم يتلف أو يستهلك فيلزمه رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً"، ويُعد هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (333) من القانون المدني اليمني التي نصت على إنه " من ثبت عليه الحق لزمه ادائه عيناً أو بتعويض عادل بالقيمة إذا لم يمكن التنفيذ عيناً ويجبر من عليه الحق على التنفيذ إذا لم يقم

(1) د. حسام الأهواني، المصدر نفسه، ص 301.

(2) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص 302.

(3) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 200 و 201.

(4) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 181.

به اختيار"، ويُستفاد من نص المادة (1120) السابق ذكرها إن الغاصب يجب عليه رد المغصوب متى ما كان موجوداً بعينه إلى مالكة فوراً من دون تأخير سواء طالبه المالك برد المغصوب أو لم يطالبه، ونصت المادة (1126) من القانون المدني اليمني على إنه " يلزم الغاصب رد العين المغصوبة إلى موضع الغصب ويصح ردها إلى موضع الطلب إن كانت موجودة فيه وقبل مالكة"، فالأصل أن يقوم الغاصب برد المال المغصوب إلى مكان الغصب مالم يوافق المغصوب منه على استرداده في مكان آخر⁽¹⁾.

أما المادة (1149) من القانون المدني اليمني فقد نصت على إنه " لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها إذا كانت باقية ويُعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لأحكام البيع"، وبالتالي لا يحق للغاصب أن يحتفظ بالمغصوب لنفسه حتى وإن عرض العوض على المالك إلا بموافقة المالك وعندئذ تأخذ المسألة حكم البيع⁽²⁾.

وإذا كان المشرع العراقي لم يشترط صراحة أن يكون المستلم للمال المغصوب أهلاً للتمييز ضمن المواد التي تطرقت إلى أحكام الغصب، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، في حين نص المشرع اليمني على ذلك صراحة على إنه لا يجوز رد المغصوب إلى المجنون والصبي غير المأذون، وذلك في المادة (1124) من القانون المدني التي نصت على إنه " يصح رد المغصوب إلى مالكة أو إلى من يده يد المالك من ولي أو غيره أو إلى من غصبه منه، ما لم يكن غاصباً أو في حكم الغاصب كالمجنون والصغير والصبي غير المأذون والراعي في غير أوقات رعايته"، وفي النتيجة فالرد كما يكون للمالك فإنه يجوز أن يكون إلى من كان الشيء قد غصب من تحت يده، ولم يكن غاصباً بل مؤتمناً عليه كمن كان حائز للشيء حيازة مشروعة كالمستأجر والمستعير.

وكذلك لم يشترط المشرع العراقي لصحة رد المغصوب وبراءة ذمة الغاصب من الضمان علم المغصوب منه عند الرد أن يكون المغصوب الذي استرده هو ماله، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، في حين اشترط المشرع اليمني ذلك صراحة في المادة (1125) من القانون المدني التي نصت على إنه " يبرأ الغاصب من العين المغصوبة وقيمتها إذا سلمها لمالكها عالمياً ويكفي في غير المنقول (العقار) أن يخلي بين العين وبين مالكة مع إعلام المالك بذلك وإن لم يقبضها إلا إن يكون عدم القبض راجعاً إلى خوف أو غرامة"⁽³⁾، وفي تفسير هذه المادة يرى أحد الشراح إن اشتراط علم المغصوب منه بأن ما رد إليه هو ماله قد جاء نتيجة افتراض الفقهاء إن الغاصب سييادر إلى الرد من تلقاء نفسه بدون مطالبة من المالك ليخلص ذمته من المال الحرام، وهذا الفرض نادر، لأن الغاصب يكابر غالباً ويجحد ما تحت يده من أموال استولى عليها بغير حق⁽⁴⁾.

ويُثار التساؤل في هذا المقام: هل يلتزم الغاصب برد الزوائد أم يشمل الرد المال المغصوب وحده؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول لابد من تعريف الزوائد، ثم بيان موقف القوانين المدنية محل المقارنة من إمكانية ردها وكما يلي:

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص124 وص190.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص125.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص181 و ص182.

(4) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص146.

وبالنسبة لزوائد المغصوب: فهي ما يتولد عن المغصوب وهو تحت يد الغاصب، وهي نوعان زوائد منفصلة وزوائد متصلة كما ذكرنا سابقاً، والزيادة هي كل ما يطرأ على المغصوب بعد الغصب من نماء أو ثمر أو ريع أو نتاج أو أرباح وما شابه ذلك، ولا تبرأ ذمة الغاصب ولا ينقضي التزامه برد المغصوب من دون رد زوائده التي حصلت بعد الغصب وقبل الرد، ويلتزم الغاصب بردها على أصلها إذا كانت باقية ورد بدلها إذا هلك، والزوائد أما أن تكون متصلة كالسمن أو منفصلة في الحال كالولد أو في المال كالثمار على الأشجار، والمنفصلة المتولدة عن المغصوب أما أن تكون على نوعه وخلقه كولد الحيوان أو أن لا تكون على نوعه وخلقه كثمر الأشجار ولبن الحيوان وصوفه⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف القوانين المدنية محل المقارنة، فقد عالج المشرع العراقي موضوع رد الزوائد في المادة (196) من القانون المدني التي نصت على إنه " زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلك ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان"، يستفاد من هذا النص إن المشرع العراقي اعتبر زوائد المغصوب مغصوبة مثله وحسناً فعل في ذلك للأسباب الآتية:

1- الزيادة في المغصوب هي نماء ملك المالك، ولم يصدر منه أي تصرف ناقل لمليكتها عنه، ولأن الغاصب لا يزال يضع يده على الأصل وهي يد ضمان فيده على الفرع يد ضمان أيضاً.

2- يُعد تضمين الغاصب للزيادة ردعاً للغاصب من التماذي في الغصب والاستمرار فيه، لأنه سيكون مسؤولاً تجاه المالك عن أي شيء يطرأ على هذه الزيادة، وإنه حرم المالك من استغلالها لمصلحته مما يترتب عليه أضرار بملك المغصوب منه وهو إثراء غير مشروع، وبهذا الشأن قضت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها " إذا ثبت وقوع غصب الثمر كان باستطاعة المحكمة تقدير مقدار الثمر المغصوب بوساطة الخبراء"⁽²⁾، وكما قضت محكمة استئناف نينوى في قرار لها جاء فيه إلزام المدعى عليه بإعادة الزوارق وتأدية مبلغ قدره مليون دينار عراقي تعويضاً عما فاتته من أرباح، لأن المدعى عليه المدير المفوض لشركة مدينة الشلالات السياحية فضلاً عن وظيفته قد قام بغصب الزوارق التي تعود إلى المدعي ومنعه من استلامها⁽³⁾.

وأما المشرع المصري فقد ألزم الحائز سيء النية (الغاصب) برد الثمار، هذا ما أشارت إليه المادة (979) من القانون المدني التي نصت على إنه " يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير إنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار"، ومفاد هذا النص إن الحائز سيء النية يكون مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، وبالتالي لا يجوز إلزام الحائز برد الثمار لمجرد أن يضع يده على مال مملوك لغيره إذا كانت هنالك قرينة تدل

(1) د. حبيب إدريس، المصدر السابق، ص 184.

(2) رقم القرار 1410/ص/1956 في 18/9/1956. منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الخامس، السنة الرابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، 1956م، ص 721.

(3) رقم القرار 197/س/2005 في 26/12/2005. أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 185.

على إنه حسن النية، ولما كانت تلك القرينة بسيطة فيجوز إثبات ما يخالفها بإقامة الدليل على سوء نية الحائز وعندئذ يلتزم الحائز برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها⁽¹⁾.

وأما المشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم يبين صراحةً مسألة رد زوائد المغصوب اكتفاءً بما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي، وبهذا الصدد أشارت الفقرة الأولى من المادة (1/1352) من القانون المدني إلى إنه " يُسال من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه"، كما أشارت المادة (3/1352) من القانون المدني إلى إنه " يشمل الرد الثمار ومقابل الانتفاع بالشيء ويقدر القاضي مقابل الانتفاع بالحكم، ويتم رد الثمار التي لا تكون موجودة عيناً على وفق قيمتها المقدرة في تأريخ السداد تبعاً لحالة الشيء في يوم الوفاء بالالتزام هذا ما لم يشترط غير ذلك"⁽²⁾.

وقد أعتبر المشرع الأردني زوائد المغصوب مضمونة على الغاصب، وذلك في الفقرة الرابعة من المادة (279) من القانون المدني التي نصت على إنه " وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده، وكذلك المشرع اليمني ألزم الغاصب برد الزوائد، وهذا ما نصت عليه المادة (1130) من القانون المدني بقولها " يلزم الغاصب رد فوائد العين المغصوبة الأصلية كما يضمن العين بأوفر القيم"، وقد أوضح المشرع اليمني المقصود بالفوائد الأصلية في المادة (1158) التي نصت على إنه " الفوائد الأصلية هي ما تولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف واللبن والتمر وما إليهما، والفوائد الفرعية هي ما نتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه".

الفرع الثاني: تعاقب الأيدي على المال المغصوب

نصت المادة (198) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدار من الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول 2- كذلك إذا أتلف المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فإن المغصوب منه يكون بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب".

وبصدد الفقرة الأولى من المادة (198) يرى أحد الشراح إن كل يد على العين المغصوبة مصدرها يد الغاصب وتكون قد حلت محلها، ولم تستند إلى سند قانوني أو إذن من المالك تُعد يد ضمان، ويترتب على ذلك أن يد وكيل المالك في قبض العين المغصوبة من الغاصب، ويد كفيل الغاصب في رد العين المغصوبة إلى صاحبها إذا كان قد تسلمها من الغاصب، ويد الحاكم أو القاضي إذا كان قد استرد العين المغصوبة من غاصبها تُعد كلها يد أمانة، وعلى العكس من ذلك تُعد يد الوديع الذي أودع الغاصب لديه العين المغصوبة، ويد الدائن الذي ارتهن العين المغصوبة من الغاصب، ويد المستعير الذي استعارها منه، ويد المستأجر الذي استأجرها منه، ويد من حازها عن طريق الهبة من الغاصب تُعد كلها يد ضمان، فمن باب أولى أن تُعتبر يد من غصب

(1) أنور طلبية، مصدر سابق، ص418.

(2) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص60 وص61.

العين من غاصبها الأول يد ضمان، وبالتالي إن أيدي الضمان المترتبة على يد الغاصب هي يد غاصب الغاصب ويد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد وديعه ويد وكيله ويد شريكه ويد المرتهن منه وكل يد لا تستند إلى إذن من المالك⁽¹⁾.

ومما يلاحظ على نص الفقرة الأولى من المادة (198) قد جاء فيها للمالك تضمين الغاصب الأول أو الغاصب الثاني وإن له أن يضمن مقدار منه الأول والمقدار الآخر الثاني، ويبدو إن المشرع العراقي في هذا الموضوع قد تأثر برأي بعض فقهاء الحنفية الذين ذهبوا إلى جواز اختيار المالك تجزئة المضمون على الغاصب والحائز بحسب ما يراه هو أوفق وأيسر في الوصول إلى حقه، لأنه إذا جاز له إلقاء الضمان كله على أحدهما جاز حمله على أداء بعضه، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الإمامية، في حين حصر عدد من فقهاء الحنفية حق المالك في مطالبة الغاصب أو الحائز للمال بجميع المضمون ولم يجيزوا توزيع المضمون عليهما، وليس للمالك تبعاً لذلك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضاً من الثاني، ولكنه يخير في تضمين أحدهما⁽²⁾.

ويسري حكم الفقرة الثانية من المادة (198) في حالة ما إذا أتلّف شخص العين المغصوبة وهي في يد الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على المتلف، لأن الغاصب بالضمان يصبح مالكا للعين المغصوبة من يوم الغصب، وإن شاء ضمن المتلف وليس للمتلف أن يرجع بشيء على الغاصب⁽³⁾، وبهذا الصدد تنص المادة (200) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون".

ويترتب على هذا النص إنه إذا باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها إلى شخص آخر أو قدمها بدل صلح ولكنها تلفت عند المشتري أو عند الموهوب له أو عند المتصالح معه، كان للمغصوب منه الخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن من تصرف له الغاصب، فإذا رجع على الغاصب بالضمان فقد ملك الغاصب العين المغصوبة ملكية تستند إلى يوم الغصب ولهذا يصبح تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، وإذا رجع على من تصرف له الغاصب كان لهذا الأخير أن يرجع على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد العامة التي قررها القانون، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (550-557) من القانون المدني العراقي، وإذا كان التصرف هبة طبقت أحكام المواد (614-615) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾.

ويرى أحد الشراح إن الحق في المطالبة وتضمين من انتقل إليه المغصوب يتفق مع حق التتبع في القانون المدني المصري ويتفرع هذا الحق من قسم الحقوق العينية التي للمالك على أمواله⁽⁵⁾، وحق التتبع في الحق العيني الأصلي هو وسيلة قانونية لحماية صاحب الحق إذا خرج الشيء

(1) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص280.

(2) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص225.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص204.

(4) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص289 و290.

(5) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص225.

الذي له حق عيني أصلي عليه رغماً عن إرادته أو من دون علمه، وله أن يتتبع ذلك الشيء لاسترداده عيناً إذا أمكن أو ما يقابله عند التعذر متقدماً على الآخرين من دون الإخلال بما يترتب من حقوق للحائز حسن النية إذا كان الشيء الذي يرد عليه الحق منقولاً، فالمالك الذي يخرج الشيء المملوك من يده يمكنه أن يتتبعه ويحتج بحقه ضد أي حائز له⁽¹⁾، فالحق العيني باعتباره تسلطاً مباشراً على الشيء يعني إن سلطة صاحب الحق على حقه تظل ملازمة لهذا الحق، فإذا فقد الشخص هذه السلطة على الشيء من دون رضاه فإنه يستطيع أن يستردها بما يخوله هذا الحق من سلطة تتبع الشيء تحت أي يد تكون⁽²⁾.

وحق التتبع قد يباشره الشخص عن طريق رفع دعوى لكن الدعوى ليست هي الوسيلة الوحيدة لمباشرته، فقد يحصل التتبع من خلال إعدار الحائز للمنقول بضرورة رد المنقول إلى صاحبه أو لمن له حق عليه، وقد يكون التتبع حاصلاً من خلال مطالبة دائرة التنفيذ بمباشرة الإجراءات التنفيذية على المنقول محل التتبع، والتتبع بهذه الوسائل يختلف عن كل من دعوي الاستحقاق والاسترداد، ولما كان حق الملكية حقاً دائماً وباقياً ما بقي الشيء، فمقتضى ذلك لا ينقضي حق الملكية مهما طالت مدة عدم استعماله، ولأن حق الملكية هو الذي ينفرد من دون الحقوق الأخرى المتفرعة عنه بعدم السقوط بالتقادم، لأن هذه الحقوق هي حقوق مؤقتة أو قابلة للتوقيت، ومقتضى عدم سقوط حق الملكية بالتقادم إن دعوى الاستحقاق التي تحميه لا تسقط بالتقادم، فللمالك رفعها ولو بعد مضي خمس عشرة سنة، فمضي المدة لا يسقط حق الملكية ولا وسيلة حمايته⁽³⁾.

وهذا لا يعني أن تظل دعوى الاستحقاق منتجة في كل الأحوال، فقد تصبح دعوى الاستحقاق عاجزة عن توفير الحماية للمالك إذا حاز غيره الشيء الذي امتنع ماله عن مباشرة سلطاته عليه حيازة تؤهله لاكتسابه فوراً بالحيازة أو بالتقادم على حسب الأحوال، فقد يفقد المالك ملكيته لا لأنه لم يستعمل ملكه وإنما لأن غيره قد اكتسب هذا الملك بحيازته له⁽⁴⁾.

وبالتالي فإن دعوى الاستحقاق وجدت لحماية الملكية على غرار دعوى الحيازة (الاسترداد)، وموضوع دعوى الاستحقاق هو استرداد العين المملوكة من الغاصب أو من توجد العين في يده سواء كان حائزاً أصلياً يحوز الشيء بقصد التملك أم حائزاً عرضياً يحوز الشيء لحساب غيره، ودعوى الاستحقاق تشمل استرداد المنقول والعقار على حد سواء بعكس دعوى الاسترداد فهي خاصة بالعقار دون المنقول⁽⁵⁾.

وتتميز دعوى الاستحقاق عن التتبع بأنها لا تسقط بعدم الاستعمال، لأن هذه الدعوى جاءت لحماية حق دائم، هو حق الملكية ولكنها تتفق مع حق التتبع بأنها تشل أثرها في المنقول إذا كان الحائز مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح وحسن النية، وتتميز دعوى الاستحقاق عن التتبع في

(1) هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص 41. محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 7.

(2) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص 8.

(3) شاكِر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج 1، مطبعة العاني، بغداد، 1969م، ص 201.

(4) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج 1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975م، ص 171.

(5) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997م، ص 417.

إن واضح اليد في دعوى الاستحقاق يلزم برد الشيء ذاته ولا يُصار إلى قيمته إذا كان موجوداً، أما إذا هلك الشيء بيد الحائز فيختلف الحال بحسب ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئ النية⁽¹⁾.

أما دعوى الاسترداد فإنها من دعاوى حماية الحائز للعقار وإنها ترمي إلى حماية الحيازة ذاتها بصرف النظر عن أسبابها ومشروعيتها وقيمتها المدعي بصفة كونه حائزاً لا مالكاً وثبوت دعوى الاسترداد لا يعني إن الحائز هو المالك⁽²⁾، وهنا تنص المادة (958) من القانون المدني المصري على إنه " 1- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه فإذا فقد الحيازة خفية بدا سريان الحيازة من وقت أن ينكشف ذلك 2- ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره"⁽³⁾، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح نحن لا نتفق مع جانب من الفقه بأن الحماية المقننة لحيازة المنقول تكمن في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فحسب، وإنما لحائز المنقول أن يتمتع بدعوى استرداد الحيازة للمنقول الذي خرج دون رضاه ويسترده من الغاصب⁽⁴⁾.

ويمكن استنباط دعوى استرداد الحيازة في المنقول من نصوص المواد (963)(965)(966) من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة (963) على إنه " إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة إن حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر إنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة"، ونصت المادة (965) على إنه " 1- يُعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل إنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم 2- فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله 3- وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس"، ونصت المادة (966) على إنه " 1- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً إن حيازته اعتداء على حق الغير 2- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ويُعد سيئ النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره"⁽⁵⁾.

وقد أقام المشرع المصري في المادة (963) قرينة على أن من يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها لنفسه لا لغيره فهي قرينة على وجود الركن المعنوي للحيازة، فمن يباشر السيطرة المادية يفترض توافر الركن المعنوي لديه، فلا يلتزم بإثبات قصده من السيطرة المادية، لأن المشرع أراد بذلك تيسير الإثبات، فالعنصر المعنوي مسألة نفسية يصعب إثباتها ولكن تلك القرينة تتطابق مع الوضع الغالب، وفي مجال الحقوق العينية فإن الوضع الظاهر يمثل الأصل

(1) هالدير أسعد أحمد، مصدر سابق، ص 63.

(2) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط 1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973م، ص 205.

(3) وتقابلها الفقرة الأولى من المادة (1150) من القانون المدني العراقي ولا مقابل لها في القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني.

(4) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 215.

(5) وتقابلها المواد (1147) و(1148) من القانون المدني العراقي، ولكن المشرع العراقي لم يذكر في الفقرة الأولى من المادة (1148) كما ذكر المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة (965) إن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية، ولم يذكر في الفقرة الثانية من المادة (1148) كما ذكر المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (966) إن الحائز يصبح سيئ النية من وقت إعلان صحيفة الدعوى بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 9، ص 864.

وإن من يدعي العكس هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، ولهذا فإن تلك القرينة تتفق مع القواعد العامة في الإثبات، ويجب إلا تكون السيطرة المادية معيبة بعيب الاكراه أو الخفاء، لأن هذه العيوب تعمل على تكذيب الوضع الظاهر ثم تحول دون ترتيب أثر قانوني عليه⁽¹⁾.

وأقام المشرع المصري قرينة أخرى لمصلحة من يريد إثبات عكس القرينة السابقة، فإذا استطاع المالك أو بعبارة أدق من يُنازع في قيام الحيازة أن يثبت إن الحيازة كانت له وإن السيطرة المادية قد انتقلت منه إلى من يدعي الحيازة افترض أن سيطرة الأخير كانت لحساب المالك، فسبق الحيازة يقيم قرينة لمصلحة من انتقلت منه الحيازة مؤداها إن الحيازة تتم لحسابه، فيكفي أن يثبت من ينازع من كانت السيطرة المادية له إنه هو الذي سلم الشيء للحائز حتى يفترض من هذا إن الحائز حائز عرضي يحوز الشيء لحساب الحائز السابق، فلا يلزم أن يثبت وجود عقد ينفي نية الحيازة بل يكفي أن يثبت إن الشيء كان تحت يده ثم سلمه إلى الحائز الحالي حتى يُعتبر الأخير حائزاً عرضياً، ولكن تلك القرينة قرينة بسيطة فيجوز لمن يدعي السيطرة المادية أن يثبت إنه قد اشترى الشيء من حائزه السابق⁽²⁾.

وأما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من مسألة تتابع الأيدي فقد نصت المادة (1352) من القانون المدني الفرنسي على إنه " يتم رد الشيء ما لم يكن مبلغاً من النقود عيناً أو إذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"، وكما قد نصت الفقرة الثانية من المادة (1352) من القانون المدني الفرنسي على إنه " إذا قام من تسلم الشيء بحسن نية ببيعه فلا يلزم إلا برد ثمن البيع وإذا تسلمه بسوء نية وجبت عليه قيمته يوم الرد إذا كانت أعلى من الثمن"⁽³⁾.

وأما بالنسبة لموقف المشرع الأردني من مسألة تتابع الأيدي فقد نصت المادة (282) من القانون المدني الأردني على إنه " 1- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب 2- فإذا رد الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول ببراء وحده وإذا رده إلى المغصوب منه ببراء هو والأول 3- وإذا تلف المغصوب أو أتلّف في يد غاصب الغاصب فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني وله أن يضمن مقداراً منه الأول ولهذا أن يرجع على الثاني وإذا تضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول".

وفي تفسير هذا النص يرى أحد الشراح إن الغاصب ومن في حكمه سواء، إذ يتوجب على أي منهم رد المال المغصوب إن كان قائماً ومثله أو قيمته إذا هلك أو استهلك، وكذلك ضمان منافع المال المغصوب وزوائده، ويرى إن المشرع الأردني في غير المادة (282) السابق ذكرها قد تناول حالات أخرى يكون حكم الشخص فيها حكم الغاصب، وذلك كما ورد في نص المادة (281) من القانون المدني الأردني الذي جاء فيه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب وفقاً لأحكام القانون".

(1) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص 288.

(2) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص 289 و 290.

(3) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص 60.

وكذلك يرى إن في هذا النص إشارة واضحة إلى المشتري من الغاصب أو الموهوب له من الغاصب ومساواتهما لحكم الغاصب عند تضمينه إذا تلف المغصوب كله في يده، وهو الحكم ذاته التي نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (279) من القانون المدني الأردني بقولها " فإن استهلكه أو اتلفه أو ضاع منه أو اتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وبالتالي بالإمكان الجمع بين هذه النصوص المشار إليها وتوحيدها في مادة تحكم في مجملها تصرفات غاصب الغاصب ومن في حكمه طالما أن المشرع الأردني قد نص في المادة (282) على حكم غاصب الغاصب صراحة⁽¹⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها جاء فيه " غاصب الغاصب من حيث ترتب الضمان هو في حكم الغاصب نفسه فكما أن الغاصب مسؤول تجاه المغصوب منه بالقيمة إذا اتلف أو تلف المال المغصوب في يده فغاصب الغاصب مسؤول أيضاً تجاه المغصوب منه على هذا الوجه وعبرة غاصب الغاصب تعني كل شخص انتقل إليه المال المغصوب من الغاصب الأول بفعل يزيل يد المالك المحضة حقيقة أو حكماً بدون إذنه أو إذن القانون وهي لذلك تشمل المستودع والمرتهن والمستأجر والمشتري من الغاصب"⁽²⁾، وقضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه " يلزم المشتري برد المغصوب وبالضمان استناداً إلى أحكام المادتين (279) و (281) من القانون المدني إذ للمغصوب منه الرجوع على الغاصب الذي تصرف بالمغصوب بالبيع أو الرجوع على المشتري"⁽³⁾.

وبالتالي فكل يد تبعت يد الغاصب على العين المغصوبة وحلت محلها من دون سند قانوني أو إذن من المالك تُعتبر يد غاصبة أو يد ضمان، لأنها تشكل استمرار في الاستيلاء على المال المغصوب واستمراراً للحيلولة بين المالك وبين ماله، لذلك فإن ترتبها على يد الغاصب يوجب الضمان بقبضها، لأن الضمان يستقر على كل من انتقل إليه المغصوب عن طريق العقد وسواء أكان العقد من عقود الضمان كالبيع والإيجار أو من عقود الأمانات كالوديعة والعارية، وإن المواد المذكورة قد بينت حكم التلف الذي لحق بالمغصوب في يد الغاصب أو في يد من تصرف له الغاصب معاوضة أو تبرعاً، وجعلت الخيار للمغصوب منه في تضمين من يشاء لدفع الضرر الذي لحقه من جراء الغصب، ويبقى الالتزام بالرد هو الالتزام الأول، ولا يوجد بين النصوص ما يمنع المغصوب منه أن يسترد عين المغصوب على الرغم من تلفه، فيكون المشرع الأردني قد قرر تلف المغصوب حماية للمغصوب منه وضماناً لحقه في استيفاء التعويض الكامل لما أصابه من ضرر⁽⁴⁾.

وأما بالنسبة لموقف المشرع اليمني من مسألة تتابع الأيدي فإنه أعطى للمغصوب منه حقين أحدهما الرجوع بالضمان على الغاصب الذي خرجت العين من تحت يده، إذ نصت المادة (1128) من القانون المدني اليمني على إنه " إذا تعذر رد المغصوب في الحال لزم الغاصب ضمانه إلى أن يقبض صاحبه"، يتضح من هذا النص أن العين المغصوبة موجودة ولكن تعذر

(1) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص73 و74.

(2) رقم القرار 1953/20. منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، عمان، 1953م، ص410.

(3) رقم القرار 1994/176. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر السابق، ص204.

(4) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص76 و205.

ردها في الحال أما لخروجها من تحت يد الغاصب أو تعذر ردها لسبب آخر، وهنا يلزم الغاصب بأداء الضمان للمغصوب منه بالمثل أو القيمة، وإذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبة ذاتها فله أن يستفيد مما أداه.

والحق الثاني للمغصوب منه الرجوع بالعين على الحائز لها، إذ نصت المادة (1139) من القانون المدني اليمني على إنه " الغاصب من الغاصب حكمه حكم الغاصب، وللمالك الرجوع بالعين المغصوبة على من استقرت عنده وبالمثل أو القيمة على أي ممن غصبوها وأجرتها على كل من غصبها بقدر مدة غصبه"، ويراد بالغاصب من الغاصب كل من ترتبت يده على يد الغاصب سواء بسبب مشروع كالمشتري أو المرتهن منه أو بسبب غير مشروع كالغاصب من الغاصب أو السارق منه، فكل واحد من هؤلاء بالنسبة للمالك هو غاصب، لأنه يضع يده على مال غيره بغير حق⁽¹⁾.

وبالنظر إلى ما تقدم يُعتبر غاصب الغاصب غاصباً، وبالتالي فهو ملزم برد المغصوب إن كان قائماً إلى مالكة أو إلى من غصبه منه، وإذا تلف المال المغصوب في يد غاصب الغاصب أو اتلفه فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثاني، وله أن يضمن أحدهما مقداراً منه والآخر المقدار الثاني، فإذا اختار المغصوب منه تضمين أحد الغاصبين الأول أو الثاني ليس له الحق في تضمين الآخر، لأن التضمين تمليك ولا يصح تمليك المال في وقت واحد لأكثر من شخص حيث يكون كل واحد منفرداً عن الآخر في تملك هذا المال، وإذا اختار تضمين الأول يرجع هذا بالضمان على الثاني، لأنه مالكاً للمال المغصوب من وقت غصبه، وعلى هذا الأساس يُعد الغاصب الثاني غاصباً لملك الغاصب الأول، وإذا اختار تضمين الثاني لا يرجع على أحد وكذلك الحكم لو استهلكه الغاصب الثاني⁽²⁾.

والسؤال الذي يقدر في ذهن هنا هو ما حكم النفقات التي ينفقها الغاصب على الشيء المغصوب؟ للإجابة عن هذا السؤال نقول أن الحكم يختلف بحسب نوع النفقات التي أنفقها الغاصب على الشيء المغصوب، وهي على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصروفات الضرورية

ويقصد بها المصروفات التي ينفقها الغاصب لحفظ الشيء من الهلاك أو التلف أو اللازمة للمحافظة على قيمة الشيء كمصروفات تقوية أساسات المنزل وترميم السقف والحائط المهدد بالسقوط⁽³⁾، ويجب على المغصوب منه أن يرد إلى الغاصب جميع المصروفات الضرورية التي أنفقها الغاصب على العين المغصوبة، وبهذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة (1167) من القانون المدني العراقي على إنه " على المالك الذي رد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص134.

(2) د. بشار ملكاوي د. فيصل العمري، مصادر الالتزام، ط1، دار وائل، عمان، 2006م، ص61. د. إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، دار البيارق، بيروت، 1997م، ص143.

(3) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص304.

التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك"، وكذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (980) من القانون المدني المصري على إنه "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من النفقات الضرورية"، وكما تنص الفقرة الأولى من المادة (1193) من القانون المدني الأردني على إنه "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك".

يتبين من هذه النصوص إن للغاصب الحق في استرداد المصروفات الضرورية من المغصوب منه، لأنها نفقات لازمة لحفظ الشيء، ولولا قيام الغاصب بإنفاق هذه المصروفات لهلك أو تلف الشيء المغصوب، ومعنى ذلك إنه لو كان الشيء بيد المغصوب منه لقام بإنفاق هذه المصروفات، وتقدير المصروفات التي أنفقها الغاصب ضرورية من عدمها مسألة موضوعية يكون تقديرها من قبل قاضي الموضوع⁽¹⁾، وإن أساس التزام المغصوب منه برد هذه المصروفات إلى الغاصب هو الكسب من دون سبب⁽²⁾، فيرجع الغاصب على المغصوب منه بأقل القيمتين، وتقدير أقل القيمتين يكون بتقدير المغصوب وقت الغصب وتقديره وقت إقامة الدعوى، والأقل قيمة هو الذي يلتزم به المغصوب منه⁽³⁾.

وأما المشرع اليمني فقد جعل نفقات المغصوب وتنميته على الغاصب ولا رجوع له على المغصوب منه، وهذا ما نصت عليه المادة (1150) من القانون المدني اليمني بقولها "نفقة العين المغصوبة لحفظها وتنميته على الغاصب ولا رجوع له"، ومما يلاحظ أن هذا النص جاء مؤكداً لما تضمنته القاعدة العامة في المادة (370) من القانون المدني اليمني والتي نصت على إنه "إذا كانت حقوق الطرفين متقابلة بحيث يكون التزام أحدهما مترتباً على التزام الآخر ومرتباً به يكون لكل منهما الحق في أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الآخر لم يعرض الوفاء بما عليه أو لم يقدم تأمينا كافياً للوفاء به كما يكون ذلك بوجه خاص للحائز للشيء أو لمحرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

النوع الثاني: المصروفات النافعة

الأصل في المصروفات النافعة إنها تنفق في أعمال تدخل على العين الموجودة والقائمة فعلاً، أما إقامة منشآت جديدة على الأرض المغصوبة فلا تُعتبر أعمال نافعة بقدر ما تُعتبر منشآت جديدة تخضع لأحكام الالتصاق، ولكن أهمية التفرقة تتضاءل نظراً لتطبيق أحكام الالتصاق ذاتها على استرداد المصروفات النافعة، واسترداد الحائز لهذه المصروفات يخضع للأحكام الخاصة بالالتصاق والتي تفرق في حالة تحديد التعويض المستحق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية، ويقصد بها المصروفات التي أنفقها الغاصب لا لحفظ الشيء من هلاك أو تلف، وإنما أنفاقها لتحسين الشيء وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به كإصلاح الأرض الزراعية أو تركيب المصعد أو إدخال الكهرباء أو المياه إلى الدار فهذه المصروفات تزيد من قيمة العين

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 223.

(2) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج 1، ص 263.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 191.

وتحسن من الانتفاع بها ولكن من دون أن تكون ضرورية أي لم يكن المالك يلتزم بالقيام بها لو بقيت العين تحت يده⁽¹⁾.

وبهذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة (1167) من القانون المدني العراقي على إنه "المصرفات النافعة تسري في شأنها أحكام المواد (1119 و1120)"، ويقابل هذا النص ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (980) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه "أما المصرفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادتين (924 و925)"، وكما يقابل ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (1193) من القانون المدني الأردني التي نصت على إنه "أما المصرفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادتين (1141، 1143) من هذا القانون"، وأما المشرع اليمني فقد جعل النفقات الضرورية أو النافعة على الغاصب، وهذا ما أشارت إليه المادة (1150) من القانون المدني اليمني بنصها على إنه "نفقة العين المغصوبة لحفظها وتنميتها على الغاصب ولا رجوع له"، كما أشارت إلى ذلك المادة (370) من القانون المدني اليمني في الشطر الأخير منها والذي جاء فيه "للحائز للشيء أو لمحرزه إذا هو أنفق عليه مصرفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

النوع الثالث: المصرفات الكمالية

هي المصرفات التي لا تزيد من منفعة الشيء وإن كانت تؤدي إلى تجميله كالتى تُنق في الزخرفة والنقوش، فهذه الأعمال تستهدف الذوق الشخصي للغاصب فلا يجوز للغاصب أن يطالب المالك برد هذه المصرفات، ويحق للمالك أن يطالب بإبقاء هذه المنشآت مقابل أن يدفع للغاصب قيمتها مستحقة للقلع، وإذا لم يطلب المالك ذلك كان للغاصب أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء المغصوب إلى ما كان عليه قبل الغصب دون ضرر⁽²⁾.

وبهذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة (1167) من القانون المدني العراقي على إنه "وإذا كانت المصرفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثر المالك أن يستبقئها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع"، ويقابل هذا النص ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة (980) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه "فإذا كانت المصرفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة"، ويقابل هذا النص ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة (1193) من القانون المدني الأردني بنصها على إنه "ولا يلتزم المالك برد النفقات الكمالية ويجوز للحائز أن ينتزع ما أقامه بهذه النفقات على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى وللمالك أن يستبقئها لقاء قيمتها مستحقة للإزالة".

وأما المشرع اليمني فقد عالج كما ذكرنا حكم النفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها الغاصب على الشيء المغصوب التي لا رجوع له فيها على المغصوب منه، وهذا ما نصت عليه المادة

(1) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص304.

(2) محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ج1، ص264.

(1150) من القانون المدني بقولها " نفقة العين المغصوبة لحفظها وتنميتها على الغاصب ولا رجوع له"، فإذا كان المشرع اليمني قد جعل النفقات الضرورية والنافعة على الغاصب من دون أن يكون له الحق في الرجوع على المغصوب منه، فمن باب أولى تكون النفقات الكمالية على الغاصب.

وهنا يرى أحد الشراح حسناً فعل المشرع اليمني في ذلك، لأن الغاصب قد اعتدى بفعله على ملك غيره من دون إذنه وحرمة من الانتفاع به، فالمصاريف التي أنفقها الغاصب هي مقابل المنفعة والغلة التي حصل عليها من المال المغصوب، فلا يجوز مكافأة الغاصب برد ما صرفه وإن كان ذلك يشكل إثراء بلا سبب، وهذا نتيجة للرد على فعله أو تعويضاً للمغصوب منه عن المنفعة التي حرم منها طيلة مدة الغصب، لذا يتحمل الغاصب المصاريف التي أنفقها على المغصوب، فالغاصب حين قام بالإنفاق على المغصوب فإنه لا يستند في تصرفه إلى ولاية أو وكالة من المالك، وبالتالي فإنه يُعتبر متبرعاً ولا رجوع له على المغصوب منه⁽¹⁾.

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي أن تقدير المصروفات بكونها ضرورية أو نافعة أو كمالية يكون بالرجوع إلى لحظة القيام بالأعمال، فالمصروفات تظل نافعة لو كانت كذلك لحظة القيام بالأعمال حتى لو أصبحت بعد ذلك لا تقدم أي منفعة للشيء، فالعبرة بان تزيد من منفعة الشيء أو قيمته وقت القيام بها، والتزام المالك برد المصروفات لا يقتصر على تلك المصروفات التي أنفقها الحائز الذي استرد الشيء منه بل يشمل المصروفات التي دفعها الحائز إلى سلفه الذي تلقى منه الحيازة، فالالتزام برد المصروفات لا يرتبط بشخص من أنفقها وإنما المهم إنها قد أنفقت على الشيء من قبل الحائز⁽²⁾.

الفرع الثالث: تعذر رد المال المغصوب

يجب رد المغصوب إلى المغصوب منه إن كان قائماً وموجوداً، ولكن قد يتعذر ذلك لأي سبب كان كما لو هلك أو تلف أو ضاع المغصوب، وحينها يلزم الغاصب برد البديل بالمثل إذا كان مثلياً وقيمه إذا كان قيمياً، وقد عالج المشرع العراقي حالة تعذر رد المغصوب في المادة (193) من القانون المدني التي نصت على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو من دون تعديه"، وفي المادة (192) من القانون المدني التي تناولت رد المغصوب التي نصت في الشطر الأخير منها على إنه " دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى"⁽³⁾.

وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق إلى إنه في حالة تعذر رد المغصوب بالتصرف أو الاستهلاك فإن الغاصب يضمن قيمته، إذ جاء في أحد قراراتها " إن الحكم المميز غير صحيح ذلك لأن التصرف بالأشياء موضوع الدعوى بإخفائها أو بيعها أو اتلافها يُعد غصباً ثم تعذر عرضها على الشهود لهذا السبب لأداء الشهادة حول عائدتها لا يترتب عليه ضياع حق من ادعى بغصبها وعند عجزه عن ذلك يمنح حق تحليف خصمه اليمين وإذا إن المحكمة مضت في

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 193.

(2) د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص 305.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 207.

رؤية الدعوى بخلاف ما تقدم مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها⁽¹⁾.

وأما بالنسبة للمشرع المصري كما ذكرنا فإنه لم ينظم أحكام الغصب في نصوص خاصة، ولكنه عالج حالة تعذر رد المغصوب ضمن أحكام الحيازة وذلك في المادة (984) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه " إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت إن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه"، وبالتالي يكون الحائز سيء النية مسؤولاً قبل المالك عن استعمال العين فيلزم برد ثمارها طوال فترة الاستعمال وكذلك بتعويض المالك عن نقص قيمة العين بسبب هذا الاستعمال، فإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت التزم الحائز برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ولو كان ذلك راجع إلى سبب اجنبي إلا إذا اثبت الحائز إن العين كانت تهلك أو تتلف أو تضيع حتى لو كانت بيد المالك شأنه في ذلك شأن المدين بتسليم شيء بعد اعداره، ولكن هذا الحكم لا يسري بالنسبة للسارق فيتحمل تبعة الهلاك أو التلف أو الضياع حتى لو أثبت هذا الأخير إن الشيء كان يهلك أو يتلف أو يضيع حتى لو كان بيد المالك⁽²⁾.

وأما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من مسألة حالة تعذر رد المغصوب فقد أشارت المادة (1352) من القانون المدني إلى حالة التلف والهلاك الكلي بقولها " يتم رد الشيء مالم يكن مبلغاً من النقود عيناً وإذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"، كما قد أشارت الفقرة الأولى من المادة (1352) من القانون المدني إلى حالة التلف والهلاك الجزئي بقولها " يُسأل من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه"، وأما المشرع الأردني فقد عالج حالة تعذر رد المغصوب في المادة (279) من القانون المدني وفي الفقرة الثالثة منها التي نصت على إنه " فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وكذلك عالج المشرع الأردني حالة تعذر رد المغصوب في المادة (280) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا أتلف أحد المال المغصوب في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ولهذا أن يرجع على المتلف وإن شاء ضمن المتلف وليس للمتلف الرجوع على الغاصب"، وقد أفرد المشرع الأردني للتلف الجزئي المادة (276) من القانون المدني التي نصت على إنه " إذا كان الإتلاف جزئياً ضمن المتلف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال المتلف وأخذ تمام القيمة مع مراعاة أحكام التضمين العامة"، ويتضح من هذه النصوص إن أحكام إتلاف المال المغصوب تطبق على الحالة التي يقوم فيها الغاصب بإتلاف المغصوب وينظر إلى طبيعة التلف فيما إذا كان جزئياً أو فاحشاً، فإذا كان جزئياً ضمن الغاصب نقص القيمة ويلتزم برد عين المال، أما إذا كان التلف فاحشاً يكون الخيار للمالك إن شاء أخذ قيمة ما نقص واسترد المال وإن شاء ترك المال للغاصب وأخذ تمام القيمة مع إمكانية تطبيق المادة (280) من القانون المدني الأردني في حالة إتلاف أحد من الغير للمال المغصوب في يد الغاصب وتطبق ذات الأحكام أما على المتلف وهو من الغير أو

(1) رقم القرار 265/هيئة عامة أولى/1974 في 1975/2/15. منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، 1975م، ص78.

(2) أنور طلبية، مصدر سابق، ص448.

على الغاصب، لأن يده يد ضمان على المال المغصوب، وإن حكم المادة (276) من القانون المدني الأردني لا يتعارض مع حكم المادة (900) من مجلة الأحكام العدلية سوى إن المادة (900) من المجلة وضعت معياراً، وهو إذا لم يبلغ النقص ربع قيمة المغصوب فإنه نقص يسير وإذا بلغ ربع قيمة المال أو زاد على ذلك فإنه نقص فاحش⁽¹⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه " إذا كان الإلتلاف الجزئي قد أنقص قيمة السيارة نقصاً فاحشاً بالمعنى المنصوص عليه في المادة (900) من المجلة التي لا يتعارض حكمها مع أحكام القانون المدني الذي تنص المادة (276) منه إذا كان الإلتلاف جزئياً وأنقص قيمة المال نقصاً فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال المتلف وأخذ تمام القيمة، فإن الحكم للمدعي بقيمة السيارة حسب طلبه بلائحة الدعوى يكون متفقاً ونص المادة (276) المشار إليها"⁽²⁾.

وأما المشرع اليمني فقد نص صراحة على حالة تعذر رد المغصوب، إذ جاء في المادة (1128) من القانون المدني اليمني " إذا تعذر رد المغصوب في الحال لزم الغاصب ضمانه إلى أن يقبض صاحبه"، وجاء في المادة (1120) من القانون المدني اليمني " يلزم الغاصب رد عين المغصوب إلى مالكة ولو نقداً مالم يتلف أو يستهلك فيلزمه رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً"، وإذا كان المشرع اليمني قد أخذ بموقف المشرع العراقي بتضمين الغاصب للمغصوب منه في حالة هلاك المال المغصوب أو استهلاكه في نص المادة (1120) من القانون المدني، فإنه في الوقت نفسه نص في المادة (1128) من القانون المدني على إنه في حالة تعذر رد المغصوب لأي سبب كان يلتزم الغاصب بتضمين المغصوب منه وإذا ظهر المغصوب وأصبح بيد الغاصب يلزم برده للمغصوب منه واسترداد البديل منه.

ويرى أحد الشراح إن التزام الغاصب برد المغصوب في حالة ظهوره محل نظر، لأنه في هذه الحالة يوجد طرف متضرر وطرف مستفيد، والطرف المتضرر هو الغاصب، لأنه يلتزم بدفع الضمان وهذه نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع ويلتزم بالوقت نفسه برد المغصوب في حالة ظهوره، أما الطرف المستفيد فهو المغصوب منه لكونه استلم الضمان، وهذا نتيجة لحرمانه من ملكه ولكن قيامه باسترداد المغصوب في حالة ظهوره يُعد أمر غير مشروع، لأنه يُعتبر في حكم غاصب الغاصب ويكون الغاصب بحكم المغصوب منه، وهذا الأمر لا يوصلنا إلى نتيجة مرضية للطرفين الغاصب والمغصوب منه⁽³⁾.

وإذا كان الأصل في التزام واضع اليد على أموال غيره هو الرد فيستثنى من ذلك حالة انتقال المنقول إلى شخص آخر حسن النية وانتقل إليه بسبب صحيح وكان ذلك السبب كافياً لنقل الملكية لو إنه صدر من المالك، وبهذا الشأن تنص الفقرة الأولى من المادة (1163) من القانون المدني العراقي على إنه " من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح لا تسمع عليه دعوى الملك من أحد"، وتنص المادة (1189) من القانون المدني الأردني على إنه " لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله

(1) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 210.

(2) رقم القرار (1983/591). أشار إليه د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 210.

(3) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 217.

وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية"، وتنص المادة (1111) من القانون المدني اليمني على إنه " من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالاً له مالم يقدّم الدليل على غير ذلك"، يتضح من هذه النصوص أن الحيازة بحسن نية وسبب صحيح إذا كان محلها منقولاً تُعتبر مانعاً من رد المغصوب، والالتزام بالرد يكون على العين ذاتها لا على عوضها أو بدلها، فإذا أراد المالك استرداد ماله المنقول من يد الغاصب وكان هذا الأخير قد تصرف فيه، فإن الحائز يملك المال إذا كان حسن النية واستند في حيازته للمال إلى سبب صحيح⁽¹⁾.

وإذا كانت القاعدة العامة في القوانين المدنية محل المقارنة تمنع على المالك استرداد المنقول أو السند لحامله وإنما له حق المطالبة بالضمان، فإن هذه القوانين قد استثنيت من ذلك حالة الغصب، حيث إنها أعطت للمغصوب منه الحق في استرداد المغصوب المنقول أو السند لحامله من يد الغاصب خلال مدة ثلاث سنوات من وقت الغصب، وبهذا الصدد تنص المادة (1164) من القانون المدني العراقي على إنه " استثناءً من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة"، ونصت المادة (1190) من القانون المدني الأردني على إنه " استثناءً من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقة أو غصبه وتسري على الرد أحكام المنقول المغصوب".

أما المادة (977) من القانون المدني المصري فقد نصت في الفقرة الأولى على إنه " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقد أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة"، ويتبين من هذا النص أن المشرع المصري استثنى هذه المنقولات وأعطى للمالك الحق في استردادها من يد الحائز لها بحسن نية وسبب صحيح وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

ويقول أحد الشراح بالعودة إلى المفهوم القانوني الدقيق للسرقة سنجد أنها تندرج تحت مفهوم الغصب، فالسرقة عبارة عن اختلاس يقع على مال منقول مملوك للغير والاختلاس بمفهومه في الفقه الجنائي ليس إلا صورة من صور الغصب، فسواء وصف الاستيلاء على المنقول المملوك للغير بغير حق بأنه سرقة أو وصف بأنه غصب، فطالما خرج المنقول بهذا الوصف أو ذاك من تحت يد المالك على الرغم من إرادته فإن المالك يستطيع أن يسترده من تحت يد الحائز خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع⁽²⁾.

وإذا كان المنقول قد خرج من ماله برضاه كما لو أودعه إلى شخص أو رهنه أو أجره وخان هذا الشخص الأمانة وتصرف في المنقول إلى غيره وكان هذا الغير حسن النية لا يعلم بأن المتصرف خان الأمانة وأنه غير مالك، فهنا لا يستطيع المالك أن يسترد المنقول الذي يملكه من تحت يد المتصرف إليه الحائز حسن النية، وإنما يكون له الحق بالرجوع على من خان به بدعوى

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 211.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 208 و ص 209.

المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، ويسري هذا الحكم على الحائز سيء النية إذا لم يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سيء النية بسبب تملكه للمنقول بالتقادم، فإنه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم⁽²⁾.

المبحث الثاني: ضمان المال المغصوب

للكلام عن ضمان المغصوب في الفقه الإسلامي والقانون لابد من النظر إلى المال المغصوب هل هو من ذوات الأمثال أو من ذوات القيمة؟، فإن كان من ذوات الأمثال فالواجب ضمان مثله ولا شك إن مثل الشيء أقرب إليه من غيره، وإن كان من ذوات القيمة فعلى الغاصب أن يرده إلى المغصوب منه وإذا تعذر عليه ذلك فالواجب ضمان قيمته، وتأسيساً على ما تقدم سنوزع هذا المبحث على مطلبين، نكرس المطلب الأول لضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي، ونخصص المطلب الثاني لضمان المال المغصوب في القانون.

المطلب الأول: ضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي

الضمان في الفقه الإسلامي هو رد مثل الهالك إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً، وللکلام عن ضمان المال المغصوب في الفقه الإسلامي سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول ضمان المال المغصوب المثلي وفي الفرع الثاني ضمان المال المغصوب القيمي وفي الفرع الثالث كسب الملكية بالضمان وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: ضمان المال المغصوب المثلي

للكلام عن ضمان المال المثلي في الفقه الإسلامي لابد من تعريف المال المثلي وبيان اختلاف الفقهاء في ضمان المغصوب المثلي ومن ثم التطرق إلى حالة انقطاع المال المثلي، وعليه سنقسم هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً: تعريف المال المثلي

المال في اللغة: ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك والمال ما ملكته من جميع الأشياء⁽³⁾، والمثل في اللغة: الشبيه والنظير وجمعه أمثال، وهو ماله وصف ينضبط

(1) د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص 556 وص 558.

(2) د. عبد المنعم الصدة، مصدر سابق، ص 688 وص 697.

(3) محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 7، دار التوفيق للتراث، القاهرة، 2009م، ص 355.

به، وتمائل الشيان تشابها فيقال: مثلي أي له مثل شكلاً وصورة من أصل الخلقة كالحبوب والمكيلات والحيوان⁽¹⁾.

والمثلي في الاصطلاح: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف المثلي فقصره بعضهم على المكيل والموزون، وأدخل بعضهم فيه غير المكيل والموزون، وعرفه فقهاء الحنفية بأنه كل ما يوجد مثله في الأسواق بلا تفاوت يُعتد به⁽²⁾، وبالتالي فإنه يشمل المكيل والموزون والعدي المتقارب وتأثراً بالمذهب الحنفي فقد نصت المادة (145) من مجلة الأحكام العدلية على إنه " المثلي هو ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يُعتد به كالمكيل والموزون والعدييات المتقاربة".

أما فقهاء المالكية فقد عرفوا المثلي بأنه المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده ولم تدخله صنعه⁽³⁾، والمثليات عندهم تشمل المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة، وعرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه ما يحصره كيل أو وزن ويجوز السلم فيه⁽⁴⁾، وهذا الوجه المعتمد في المذهب الشافعي، ويُلاحظ إنهم اخرجوا المعدود والمزروع كما اخرجوا المكيل والموزون غير المنضبط عن دائرة المثليات، وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه كل مكيل أو موزون تماثلت أجزائه لا صناعة فيه مباحة ويصح السلم فيه⁽⁵⁾، فزادوا على تعريف فقهاء الشافعية قيد لا صناعة فيه مباحة كصياغة الذهب خُلياً فإنه قيمى مع إن أصل الذهب مثلي⁽⁶⁾، وعرفه فقهاء الإمامية بأنه ما يتساوى قيمة أجزائه⁽⁷⁾، وعرفه فقهاء الزيدية بأنه ما تقاربت أجزائه منفعة وقيمة وصورة كالحبوب والمكيلات والموزونات⁽⁸⁾، وعرفه فقهاء الإباضية بأنه ماله مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تختلف أحادها⁽⁹⁾.

وبالتالي فإن المثل في نظر فقهاء المسلمين هو ما تماثلت أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام البعض دون فرق يُعتد به ويكون في الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن والعدييات المتقاربة⁽¹⁰⁾، ويتضح من تعريفات الفقهاء للمثلي إنها تكاد تجتمع على أن المثلي هو ما يحصره كيل أو وزن أو عدد متقارب أو هو ما تقاربت أجزاؤه منفعة وقيمة وصورة، ويتبين من هذه التعريفات أن أساس جعل المال مثلياً من عدمه أمران وهما:

1- عدم التفاوت بين أجزائه إذا كان مكيلاً أو موزوناً وأحاده إذا كان معدوداً.

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بدون سنة طبع، ص520 وص563.

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، ط1، دار أحياء التراث العربي، بلا سنة طبع، ص171.

(3) محمد عليش المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج3، دار صادر، بلا سنة طبع، ص514.

(4) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج مطبوع مع حواشي الشيرواني وابن قاسم العبادي، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بلا سنة طبع، ص316.

(5) تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة، بلا سنة طبع، ص195.

(6) د. اسماعيل كاظم العيسوي، ضوابط المثلي والقيمي في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج23، العدد73، 2008م، ص465-468.

(7) الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص239.

(8) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص175.

(9) أطفيش، مصدر سابق، ج13، ص442.

(10) سليمان الخلف الحميد، النظام الضريبي في الإسلام في ضوء كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية العلوم الإسلامية، 2005م، ص16.

2- أن المثلي موجود في الأسواق، وإذا اختل واحد من الأمرين يجعل المال قيمياً⁽¹⁾.

ثانياً: اختلاف الفقهاء في ضمان المغصوب المثلي

وهنا يمكن طرح السؤال الآتي: ما الحكم إذا غصب الغاصب مالاً مثلياً وهلك لأي سبب من الأسباب؟ في الإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء في ضمان المغصوب المثلي على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته⁽²⁾، وقد استدلوا على رأيهم هذا بالأدلة الآتية:

1- الكتاب: كما في قوله تعالى "مَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"⁽³⁾، وبصدد هذه الآية الكريمة يرى أحد فقهاء الحنفية إن تسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازاً، لأنه يقصد من ضمان المثل الجبران وفي المثل مراعاة النوع والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط، وفي إيجاد المثل أتم وأعدل إلا إذا تعذر المثل بالانقطاع من أيدي الناس فيُصار إلى القيمة⁽⁴⁾، وكذلك استدلوا بقوله تعالى "وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"⁽⁵⁾، وجه الدلالة في الآيات الكريمة وجوب المماثلة عند الاعتداء وأن لا يتم العدول عنها إلى القيمة إلا إذا تعذر المثل⁽⁶⁾.

2- السنة: لما روي أن النبي (ص وآله) كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعه فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام وقال: كلوا وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسور⁽⁷⁾، وعن عائشة قالت "ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفية صنعت لرسول الله (ص وآله) طعاماً فبعثت به فأخذني أفكل" فكسرت الإناء فقلت يا رسول الله: ما كفارة ما صنعت؟ قال: إناء مثل إناء وطعام مثل طعام⁽⁸⁾.

وهنا يرى أحد الفقهاء بأن الرسول (ص وآله) رد مثل الإناء ليس من باب الضمان وإنما من باب المعونة والإصلاح، لأن جميع ما في بيوت الرسول (ص وآله) من طعام ونحوه الظاهر أنه

(1) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص133.

(2) السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص50. القرافي، مصدر سابق، ج2، ص205. النووي، مصدر سابق، ج5، ص18. ابن قدامه، مصدر سابق، ج5، ص375. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص135. الحلي، مصدر سابق، ج3، ص240.

(3) سورة البقرة: الآية 194.

(4) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص150.

(5) سورة النحل: الآية 126.

(6) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص135.

(7) أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، سنن النسائي، ج7، دار الحديث، القاهرة، بلا سنة طبع، ص70.

(8) أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن، ج2، ط2، منشورات المكتبة العلمية، بيروت، 1981م، ص201.

ملك له وللمرء أن يحكم فيما يملكه بما يراه⁽¹⁾، ووجه الدلالة بالأحاديث الشريفة تفيد الحكم بالمثل على المتلف عند تعذر رد العين، كما قضى الرسول (ص وآله) وفعله وقوله تشريع ملزم للإمة، فإذا تلف المال المغصوب عند الغاصب لأي سبب من الأسباب فيطبق عليه نفس الحكم⁽²⁾.

3- الإجماع: أجمع الفقهاء على أن المال المغصوب إذا هلك يقضى فيه بالمثل، لما روي عن عثمان وابن مسعود إنهما قضيا على من استهلك فصلاناً بفصلان مثلهما، ولما روي عن شريح القاضي انه قضى في قصار شق ثوباً إن الثوب له وعليه مثله، فقال: رجل أو ثمنه، فقال شريح إنه كان أحب إليه من ثمنه⁽³⁾.

4- المعقول: أن القضاء بالمثل أعدل من القضاء بالقيمة، لما فيه مراعاة الجنس والمالية والمشاهدة، لأنه أدفع للضرر عن المغصوب منه، أما القضاء في القيمة ففيه مراعاة للمالية من دون الجنس، والمثل معلوم والقيمة مظنونة والمعلوم أولى في الحكم من المظنون، كما إن حق المغصوب منه في عين ماله لا في غيره فإن هلك فيقضى له بالمثل⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: يرى احد فقهاء الحنفية المثلي يضمن بالقيمة⁽⁵⁾، وقد استدلوا في رأيهم هذا إلى الأدلة الآتية:

1- القرآن الكريم: كما في قوله تعالى " مَن اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ " ⁽⁶⁾، وفي قوله تعالى " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ " ⁽⁷⁾، وبهذا الصدد يقول أحد فقهاء الحنابلة إن كان مثل الحيوان والآنية والثياب من كل وجه متعذر فقد دار الأمر بين شيئين الضمان بالدراهم المخالفة للمثل في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع وإن ساوت المضمون في المالية، والضمان بالمثل بحسب الإمكان المساوي للمتلف في الجنس والصفة والمالية والمقصود والانتفاع، ولا شك إن هذا أقرب إلى النصوص والقياس والعدل، وإذا كانت المماثلة من كل وجه متعذرة حتى في المكيل والموزون، فما كان أقرب إلى المماثلة فهو أولى بالصواب والجنس إلى الجنس أقرب مماثلة من الجنس إلى القيمة، فهذا هو القياس وموجب النصوص⁽⁸⁾.

2- السنة: لما روي أن الرسول (ص وآله) قال: " من اعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما

(1) شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج3، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة، 1348هـ، ص404.

(2) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص136.

(3) ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص140.

(4) د. حامد الفقي، المصدر السابق، ص137.

(5) السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص50.

(6) سورة البقرة: الآية 194.

(7) سورة النحل: الآية 126.

(8) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، دار الجبل، بيروت، بلا سنة طبع، ص45.

عتق"⁽¹⁾، وفي رواية أخرى أن الرسول (ص وآله) قال: " من اعتق شقصاً له في عبد فخلّصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه"⁽²⁾.

ووجه الدلالة في الحديث أن الرسول (ص وآله) قضى على من اعتق نصيبه في عبد مشترك بينه وبين آخر بتقويم باقيه عليه، ويدفعه لصاحبه ولم يأمره بالمثل، ولا خيار للشريك في هذا ولا للعبد ولا للمعتق بل ينفذ الحكم مراعاة لحق الله تعالى في الحرية، وإن كان غير مؤسر على العبد العمل والاكتساب حتى يدفع نصيب الشريك الآخر للتخلص من العتق⁽³⁾، ويناقش هذا الدليل بأنه في غير محل النزاع، لأن المعتق لم يستهلك حصة شريكه ولم يغصبها، ولم يتعدى عليها، بل اعتق حصته التي أباح الله تعالى له عتقها بخلاف الغصب فيكون تعدياً غير مشروع على حق الغير⁽⁴⁾.

3- **المعقول:** إن حق المغصوب منه في العين والمالية، وإذا تعذر إيصال العين إليه فيجب على الغاصب إيصال المالية إليه، ومالية الشيء عبارة عن قيمته، كما أن القضاء بالقيمة فيه معنى المماثلة وهو أقرب من المثل صورة ومعنى⁽⁵⁾.

الرأي الثالث: يعطي أحد الفقهاء الخيار للمالك بين أخذ المثل أو القيمة من دون فرق بين كون الشيء الهالك مثلياً أو قيمياً⁽⁶⁾، وقد احتج على وجهة نظره بالآتي: إن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته هو مجرد رأي، فقد ثبت عن الشارع يضمن المثلي بقيمته لما يروى إن الرسول (ص وآله) قال " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر"⁽⁷⁾، وثبت عن الرسول (ص وآله) تضمين القيمي بمثله كما يروى من حديث أنس قال أهديت بعض أزواج النبي (ص وآله) طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي (ص وآله) "طعام بطعام وإناء بإناء"⁽⁸⁾، لذلك ويرى صاحب هذا الرأي إن الواجب رد العين المغصوبة مثلية كانت أو قيميّة، فإن تلفت كان المالك مخيراً بين أخذ مثلاً أو قيمتها على وجه يرضى به من غير فرق بين المثلي والقيمي ولكن إرجاع المثل من أعلى أنواع الجنس وقيمة القيمي أقرب إلى دفع التشاجر وأقطع للنزاع⁽⁹⁾.

ويرى أحد الشراح إن أهم مسألة يمكن استخلاصها من اختلاف الفقهاء فيما لو غصب الغاصب مالاً مثلياً وهلك لأي سبب من الأسباب، هي إن الجميع يهدفون إلى جبر الضرر بصورة أقرب ما تكون إلى العدل والإنصاف حيث لا يهضم المضرور ولا يظلم المعتدي، فالفقهاء القائلون إن

(1) أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، ج10، دار الريان للتراث، 1978م، ص135.

(2) أبي الفضل بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج5، دار الريان للتراث، 1978م، ص185.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج9، ص4421. ابن قدامة، مصدر سابق، ج5، ص178.

(4) ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص140.

(5) السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص50.

(6) الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص360.

(7) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج3، دار القلم، بيروت، بلا سنة طبع، ص150.

(8) أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج3، دار الجيل، بيروت، 1988م، ص296.

(9) الشوكاني، مصدر سابق، ج3، ص361.

الواجب هو المثل بصورة مطلقة قد رأوا إن الحكم بمثل المثلي جنساً وصفةً وماليةً هو أكمل من الحكم بالقيمة، وإن الحكم بالقيمة في الأشياء التي لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها أعدل وأضبط، وإن هذا الهدف المتفق عليه لا يتحقق بوضع قاعدة عامة ملزمة للقاضي حيث لا يجوز الخروج عليها⁽¹⁾.

والأعيان المثلية قد تكون مقصودة في وقت دون وقت آخر، فمثلاً بعض عروض التجارة قد تكون حاجة صاحبها التاجر في موسم معين أكثر من حاجته إليها في موسم آخر، فلو قلنا إن المثلي يضمن بمثله أو كما يقول ابن حزم الظاهري الواجب المثل في كل شيء تالف، لكان في ذلك ضرر على التاجر الذي غصبت أمواله في الموسم وتلف أو تستهلك من الغاصب، قد لا يتم الحكم عليه بضمان المثل إلا بعد فوات الموسم وحينئذ تكون الأسعار قد انخفضت، وبذلك يكون إلزام الغاصب بالمثل غير عادل لعدم تحقق جبر الضرر بعكس ما لو تم الحكم على الغاصب بالقيمة الموفورة أي بأعلى قيمة للشيء من يوم الغصب إلى يوم التسليم⁽²⁾، ولهذا نجد بعض فقهاء المالكية القائلين بأن الواجب ضمان المثلي بمثله والقيمي بقيمته قد خرجوا عن هذه القاعدة زعماء منهم إن التقيد بها لا يحقق العدل، وهو جبر الضرر ويرى أحد فقهاء المالكية إذا غصب المثلي يوم الغلاء فرخص بعد ذلك لمالكه أخذ قيمته يوم الغصب⁽³⁾.

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلّتهم في موضوع غصب المال المثلي نحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء الذي يرى بالحكم على الغاصب المثل بالمثل في حالة هلاك المغصوب لأي سبب من الأسباب وذلك لقوة الأدلة التي يستندون إليها، يضاف إلى ذلك إن القضاء بالمثل يكون في موضع الغصب لتحميل الغاصب أضرار الانتقال بالمغصوب وتحمل المؤونة وهو أحق بتحملها لعدوانه، أما في حالة الحكم على الغاصب بالقيمة فليس فيه تحميل الغاصب لهذه التكاليف⁽⁴⁾.

ثالثاً: حالة انقطاع المال المثلي

إذا تلف المغصوب وكان من ذوات الأمثال يجب على الغاصب رد مثله، ولكن قد يحدث أن لا يوجد المثل، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بانقطاع المثل، وعرفه أحد فقهاء الحنفية بأنه لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت⁽⁵⁾، وعرفه أحد فقهاء الشافعية بأنه لا يوجد المغصوب في بلد الغصب⁽⁶⁾، وعرفه أحد فقهاء الحنابلة بأنه وإن أعوز المثل في البلد أو حوله لعدم أو بُعد أو غلاء⁽⁷⁾.

والسؤال المطروح هنا إذا انقطع المثل هل تجب قيمته على الفور أو على المغصوب منه الانتظار؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذه السؤال، فيرى جمهور الفقهاء على الغاصب قيمة

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 307.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 308.

(3) الدسوقي، مصدر سابق، ج 3، ص 445.

(4) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص 139.

(5) ابن الهمام، مصدر سابق، ج 9، ص 220.

(6) النووي، مصدر سابق، ج 5، ص 20.

(7) البهوتي، مصدر سابق، ج 4، ص 107.

مثل المغصوب على الفور⁽¹⁾، ويرى بعض فقهاء الحنفية والظاهرية للمغصوب منه إمهال الغاصب حتى يوجد المثل، كما له أخذ قيمة المغصوب⁽²⁾، ويرى فقهاء المالكية على المغصوب منه الصبر حتى يوجد بدله من المثل كفاكهة غصبها في وقت ظهورها ثم انعدمت، ويقضى عليه به لوجود الفاكهة في العام المقبل، وله أخذ ثمن المثلي من الغاصب في غير بلد الغصب إن عجل دفع الثمن⁽³⁾.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء في وجوب أخذ قيمة المثل عند انقطاعه رفعا للضرر الواقع على المغصوب منه، لأن القيمة أحد البدلين، وهي تجب بالاتفاق إذا تعذر رد المثل، وأما رأي فقهاء المالكية في وجوب الصبر حتى يوجد المثل يرتب أضرار على المغصوب منه⁽⁴⁾.

وقد اختلف الفقهاء أيضاً في مسألة بيان الوقت الذي تقدر فيه قيمة انقطاع المال المثلي من السوق ولهم في ذلك ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة وفقهاء الزيدية ورأي عند الشافعية أن قيمة المال المثلي المنقطع يوم الخصومة والمطالبة⁽⁵⁾، وقد استدلوا على ذلك بأن الواجب كان رد المغصوب ولتعذر الرد يلزم الغاصب بالمثل، والمثل نوعان المثل كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار الأصل في ضمان العدوان والمثل القاصر وهو المثل معنى، وهو القيمة، وضمان القاصر لا يكون مشروعاً مع احتمال وجود الأصل، وتعتبر قيمته يوم الخصومة والمطالبة.

الرأي الثاني: يرى فقهاء المالكية والإمامية والاباضية وأبي يوسف من الحنفية أن قيمة المال المثلي المنقطع يوم الغصب، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الحكم بالضمان يتحقق من وقت وجود سببه والسبب هو الغصب فتكون القيمة يوم الغصب، لكي لا يتغير بتغير السعر ارتفاعاً ونزولاً⁽⁶⁾.

الرأي الثالث: يرى فقهاء الحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية ورأي عند الشافعية أن قيمة المال المثلي يوم الانقطاع⁽⁷⁾، ودليلهم إن الواجب على الغاصب المثل ويُصار إلى القيمة للتعذر الذي

(1) محمد بن محمود البابرقي، شرح العناية على الهداية، ج9، ط2، دار الفكر، 1977م، ص318. النووي، مصدر سابق، ج5، ص20. البيهوتي، مصدر سابق، ج4، ص107. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص175. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص239.

(2) المرغيناني، مصدر سابق، ج4، ص12. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص140.

(3) محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ج2، مطبعة إدارة المعارف، 1340هـ، ص77.

(4) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص144.

(5) الكاساني، مصدر سابق، ج9، ص442. داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص457. النووي، مصدر سابق، ج5، ص20.

(6) أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج4، ط2، دار البشائر الإسلامية، 1996م، ص177. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج3، بلا سنة طبع، ص240. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص239. اطفيش، مصدر سابق، ج13، ص442.

(7) وفي المذهب الشافعي عدة أقوال الأصح منها ما ذكره أحد الفقهاء إنه يجب الأكثر قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف، وفي المذهب الحنبلي عدة أقوال أيضاً منها إن الواجب قيمة المثل يوم اعوازه. د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص309 وص310.

حصل بسبب الانقطاع، فتُعتبر قيمة المثلي يوم الانقطاع كما لو استهلكه الغاصب في ذلك الوقت⁽¹⁾، وسبب اختلاف الفقهاء في مسألة بيان الوقت الذي تقدر فيه قيمة انقطاع المال المثلي من الأسواق ما هو إلا نتيجة لعدم وجود دليل شرعي ملزم، ولأن الغرض من الضمان هو جبر الضرر، فالأحوط في صالح المالك بوصفه معتدى عليه وتحمياً للغاصب بوصفه المعتدي إن يترك الخيار للمالك بين أمرين أما المطالبة بالأكثر قيمة من يوم الغصب إلى يوم الوفاء أو الانتظار إلى حين وجود المثل⁽²⁾.

ونحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه الرأي الثاني في جعل قيمة المثلي المنقطع يوم الغصب، وذلك لأن الحكم يبنى على أصل السبب وحده، ولأنه قد لا يبقى شيء من نوعه يوم الخصومة، إضافة إلى إن القيمة تتأثر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدم هذا متعذر أو متعسر، فإذا لم يكن موجوداً في السوق فهو متعذر، وإن كان موجوداً في البيوت فهو متعسر⁽³⁾.

الفرع الثاني: ضمان المال المغصوب القيمي

للكلام عن ضمان المال القيمي في الفقه الإسلامي لابد من تعريف الشيء القيمي ثم التطرق لضمان المال القيمي ووقت تقدير المال القيمي التالف وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف المال القيمي

القيمة في اللغة: الثمن الذي يقاوم به المتاع أي يقوم مقامه وجمعها قيم، وقام المتاع بكذا أي تعدلت قيمته به⁽⁴⁾، وقوم السلعة واستقامها أي قدرها ثمنها⁽⁵⁾، وفي قوله تعالى " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا"⁽⁶⁾، يقول أحد الشراح المعنى جعلها الله قيمة الأشياء فيها يقوم أمركم⁽⁷⁾، وقيمة الشيء قدر ماليته بالدراهم والدنانير بتقويم المقومين⁽⁸⁾.

والقيمي في اصطلاح الفقهاء: هو ما لا يوجد له مثل في الأسواق أو يوجد في الأسواق ولكن مع التفاوت في القيمة وأفراده لا يقوم بعضها مقام بعض⁽⁹⁾، فجاء عن فقهاء الاحناف القيمي كالعدي المتفاوت مثل الثياب والحيوان، والمثلي المخلوط بخلاف جنسه مثل البر المخلوط

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج9، ص4422. داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص457. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص107. ابن قدامه، مصدر سابق، ج5، ص208. النووي، مصدر سابق، ج5، ص20.

(2) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص310.

(3) د. حامد الفقي، المصدر نفسه، ص147.

(4) أحمد المقرئ، مصدر سابق، ج2، ص520.

(5) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج2، ط1، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص1516.

(6) سورة النساء: الآية5.

(7) أبو إسحاق إبراهيم بن السري الزجاج، معاني القرآن وإعرابه، ج2، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1988م، ص14.

(8) د. إسماعيل العيساوي، مصدر سابق، ص464.

(9) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص148.

بالشعير، والموزون الذي في تبغيضه ضرر كالأواني المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية وتجعله نادراً بالنسبة إلى أصله مثل القدر والإبريق⁽¹⁾.

وأضاف فقهاء الحنابلة وأحد فقهاء المالكية إن كان الموزون المثلي دخلته صنعه مباحة كمعمول ذهب وفضة من أساور وخلاخيل ومعمول نحاس ورصاص ومغزول صوف وكتان وقطن أو كان تبرأ تخالف قيمته وزنه بزيادة أو نقص ضمن قيمته والمصنوع من أحد النقيدين قوم بالآخر⁽²⁾، ومن أمثلة القيمي كل الأشياء القائمة على التغير في النوع أو في القيمة أو فيهما معاً كالحيوانات المتفاوتة الأحاد من الخيل والإبل والبقر والغنم ونحوها، وكذلك الدور والمصنوعات اليدوية من حلي وأدوات وأثاث منزلي التي تتفاوت في أوصافها ومقوماتها ويتميز كل فرد منها بصفات لا توجد في غيره حتى أصبح له قيمة خاصة به⁽³⁾، وفي النتيجة إن المال القيمي في نظر الفقهاء هو:

- 1- ما تتفاوت آحاده وأفراده كالثياب والدواب والأشجار والنخيل.
 - 2- المثلي المخلوط بخلاف جنسه كالبر المخلوط بالشعير فيكون ضمانه بالقيمة.
 - 3- الأواني المصنوعة التي أخرجتها الصنعة المباحة كمعمول ذهب وفضة ومعمول نحاس ورصاص.
 - 4- إذا كان تبرأ تخالف قيمته وزنه بزيادة أو نقص فيضمن قيمته.
 - 5- المصنوع إذا كان من أحد النقيدين كالذهب والفضة فيقوم أحدهما بالآخر منعاً للربا.
 - 6- إذا كان المصنوع فيه صنعه محرمة كأواني الذهب فيضمن بوزنه فقط لأن الصنعة المحرمة لا اعتبار لها⁽⁴⁾، وهناك حالات ينقلب فيها المثلي إلى قيمي وهي الآتي:
- 1- الأشياء المركبة من أنواع مختلفة التي تصدرها مصانع متخصصة، حيث إن كل جزء يماثل الآخر كالأدوية وأنواع الحلويات فهي مثلية وإلا تُعتبر قيميّة، والأمر يرجع في جميع الأحوال إلى أهل الخبرة⁽⁵⁾.
 - 2- إذا تعيب المثلي أو استعمل فأصبح بحالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله، فإنه ينقلب قيمياً كالأدوات والآلات والسيارات بعد استعمالها، وذلك لتغير أوصافها وقيمتها.
 - 3- إذا انعدم المثلي من الأسواق حتى صار مفقوداً أو غير متداول بين الناس، فإنه في هذه الحالة يكون في حكم القيمي.

(1) داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص457.

(2) البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص108.

(3) د. إسماعيل العيسوي، مصدر سابق، ص468.

(4) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص149.

(5) ابن قدامه، مصدر سابق، ج5، ص287. ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص117.

4- إذا أحاط المثلي وأشرف على التلف فإنه يصبح في هذه الحالة قيمياً كالأموال التي أحاط بها الحريق أو المشحونة في سفينة جنحت إلى الغرق، فهذه الأموال في حالتها الخطرة لم تبقى مماثلة لأمثالها السليمة من الأخطار وإنما أصبحت لها قيمة خاصة.

5- قد يرجع التفاوت بين المثليات إلى أمور اعتبارية كالمقتنيات الشخصية التي تعود للعظماء أو حكام أو شخصيات مرموقة ترتفع قيمتها ارتفاعاً ملحوظاً، فهذه الأشياء لا يمكن النظر إلى مثليتها في الأسواق بل لما ارتبط بها من حدث أو شخصية مرموقة استخدمتها يكسبه ذلك قيمة عظيمة تفوق قيم أمثاله في السوق⁽¹⁾.

ثانياً: اختلاف الفقهاء في ضمان المغصوب القيمي

وهنا يمكن طرح السؤال الآتي: مالحكم إذا غصب الغاصب مالاً قيمياً وتعذر رده لتلفه أو تغيرت صفاته؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء يلزم الغاصب بضمان قيمة المغصوب القيمي إذا تلف أو اتلفه الغاصب أو غيره، وعليه أجرته إذا كانت له منفعة من وقت الغصب إلى وقت التلف⁽²⁾، وقد استدلو على رأيهم هذا بالأدلة الآتية:

1- السنة النبوية: لما روي أن الرسول (ص وآله) قال: "من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق"⁽³⁾، ولما يروى أن الرسول (ص وآله) قال: "من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه"⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة بالحديثين أن الرسول (ص وآله) أمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق، وهذا نص صريح على جعل القيمة فيما لا مثل له، حيث أوجب قيمته على المعتق إذا كان موسراً وعلى العبد إن كان معسراً، ويرى أحد فقهاء الحنابلة إن التضمين الذي تضمنه الحديثان ليس من باب تضمين المتلفات، بل هو من باب تملك الإنسان مال غيره بقيمته، وإن نصيب الشريك يملكه المعتق، وإن المعتق نصيبه من عبد بينه وبين آخر لم يستهلك شيئاً ولا غصب شيئاً ولا تعدى أصلاً بل أعتق حصته التي أباح الله له عتقها⁽⁵⁾، ويدفع هذا بأن الإتلاف يطلق أيضاً على إخراج الشيء من ملك صاحبه والمعتق لم يتعد ولكنّه بعتقه حصته تسبب في إخراج العبد من يد شريكه، لذا ألزمه الرسول (ص وآله) القيمة ولم يلزمه المثل⁽⁶⁾.

(1) علي الخفيف، مصدر سابق، ص39. علي حيدر، مصدر سابق، ج3، ص109. د. إسماعيل العيسوي، مصدر سابق، ص473.

(2) داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص457. الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص445. الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص417. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص108. الحلي، مصدر سابق، ج3، ص240. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص174.

(3) ابن مسلم القشيري، مصدر سابق، ج10، ص135.

(4) ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، ج5، ص185.

(5) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ج2، ص10.

(6) د. سليمان محمد الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة السعادة، 1985م، ص578.

2- **المعقول:** قال فقهاء الحنفية تراعى المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الإمكان، لتعذر الحصول على الجنس، ويرى أحد فقهاء المالكية إن ما تختلف أجزاؤه تتعذر فيه المماثلة، وقد يكون زائداً يظلم به الغاصب أو ناقصاً يُظلم به المغصوب منه، والقيمة فيها عدل للطرفين، ويرى أحد فقهاء الحنابلة الواجب هو المثل صورة ومعنى ولأن القيمي لا مثل له في الصورة والمعنى فيجب المثل معنى وهو القيمة⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى بعض الفقهاء إذا تلف القيمي يلزم الغاصب بضمان المثل من جنسه⁽²⁾، وقد استدلوا على رأيهم هذا بالأدلة الآتية:

1- **الكتاب:** كما في قوله تعالى "فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"⁽³⁾، ووجه الدلالة بهذه الآية الكريمة إنها عامة في جميع الأشياء التالفة سواء كانت مثلية أو قيمية، والضمان يكون بالمثل فلا يعدل إلى القيمة إلا في حالة عدم المثل⁽⁴⁾، وبهذا الصدد يرد أحد الشراح أن المثل ينقسم إلى قسمين: المثل في الجنس صورة ومعنى، وذلك في ضمان المثليات، والمثل معنى وهو القيمة وذلك في ضمان القيميات⁽⁵⁾.

2- **السنة النبوية:** لما روي إن عائشة قالت "ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفيه صنعت لرسول الله (ص وآله) طعاماً، وهو في بيتي فأخذني أفكل وارتعدت من شدة الغيرة، وكسرت الإناء ثم ندمت فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ قال: إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام"⁽⁶⁾. ووجه الدلالة بالحديث حكم الرسول (ص وآله) في الإناء وهو قيمي والطعام بمثله⁽⁷⁾، ويرى أحد الفقهاء في الحديث دليل على إن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بالقيمة إلا في حالة عدم وجود المثل⁽⁸⁾، بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة مالو غصب الغاصب مالاً قيمياً وتعذر رده لتلفه أو تغيرت صفاته، نحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء، وذلك لقوة الأدلة التي يستندون إليها وضعف الأدلة التي يستند إليها أصحاب الرأي الثاني المخالف لرأي الجمهور لاحتمال صحتها، والدليل إذا تطرق له الاحتمال سقط به الاستدلال⁽⁹⁾.

ثالثاً: وقت تقدير المال القيمي التالف

اختلف الفقهاء في وقت تقدير المال القيمي التالف على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء إن المال القيمي إذا تلف عند الغاصب، يلزم بأداء قيمته يوم الغصب، ودليلهم في ذلك إن الغاصب يضمن قيمة المغصوب القيمي التالف يوم الغصب، لأنه

(1) داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص457. الماوردي، مصدر سابق، ج8، ص418. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص108.

(2) أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص174.

(3) سورة البقرة: الآية126.

(4) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ج2، ص134.

(5) د. سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص583.

(6) البخاري، مصدر سابق، ج5، ص148.

(7) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص153.

(8) الشوكاني، مصدر سابق، ج5، ص323.

(9) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص154.

وقت وجود الضمان، والحكم بالضمان يضاف إلى وجود السبب، ولا يتغير بعده بسبب تغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير ولم يتغير محل الضمان⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية وبعض الحنابلة ورأي عند الزيدية ورأي عند الإمامية تضمين الغاصب في المال القيمي التالف أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، ودليلهم بأن الغاصب إذا تلف المغصوب القيمي عنده فيضمن أعلى قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف، لأنه في حالة زيادة القيمة والغاصب مطالب بالرد في كل وقت، فإذا لم يرد ضمن البذل بأوفر قيمة وصل إليها ويكون الضمان من نقد البلد⁽²⁾.

ويميل أحد الشراح إلى هذا الرأي لقوة حجته، ففيه مراعاة لجانب المضرور، لأن المال القيمي لو لم يغصب لاستطاع مالكه أن يبيعه عند ارتفاع قيمته بالسعر المرتفع، ولذا على القاضي عند تقديره للقيمة أن يستعين برأي أهل الخبرة المختصين الذين لهم دراية بالقيمة السوقية للمال محل النزاع⁽³⁾.

الرأي الثالث: يرى فقهاء الحنابلة إن الغاصب يضمن قيمة المال القيمي التالف يوم التلف، وقد استدلوا على رأيهم بضمان المغصوب القيمي يوم التلف، لأنه الوقت الذي تعذر فيه رد العين المغصوبة وانتقل فيه الضمان إلى القيمة⁽⁴⁾.

وبعد عرض آراء الفقهاء والأدلة التي استدلوا بها في وقت تقدير المال القيمي التالف نحن نتفق مع أحد الشراح في ترجيحه رأي جمهور الفقهاء وهو ضمان المغصوب القيمي التالف يوم الغصب، لأنه يوم التعدي والدخول في الضمان فتقدر قيمته في هذا اليوم⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: كسب الملكية بالضمان

لا خلاف بين الفقهاء في إسناد ملكية المال المغصوب لمالكه أثناء حيازة الغاصب له شريطة استجماع الشروط الآتية:

- 1- إمكان رد المغصوب لمالكه من دون ضرر يلحق بالغاصب أو غيره.
- 2- عدم اختلاط المغصوب بغيره.
- 3- سلامة المغصوب من التعيب الفاحش الذي يجعله على غير ما كان عليه في وصفه أو في أصله أو المنفعة المقصودة منه⁽⁶⁾.

(1) المرغيناني، مصدر سابق، ج4، ص12. الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص447. اطفيش، مصدر سابق، ج13، ص442. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص240. العنسي، مصدر سابق، ج3، ص367.

(2) المرداوي، مصدر سابق، ج2، ص195. النووي، مصدر سابق، ج5، ص26. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص175. الحلبي، مصدر سابق، ج3، ص240.

(3) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص311.

(4) البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص108. المرداوي، مصدر سابق، ج6، ص194.

(5) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص156.

(6) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص302.

ويبدو إنهم اختلفوا في ملكية الغاصب للمال المغصوب بالضمان إذا اختلف فيه أحد هذه الشروط وانقسموا في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إمكان تملك الغاصب للمغصوب سواء كان قد غيره أم غيبه عن مالكه وسواء أعطى قيمته للمغصوب منه أم لا، وإذا ظهر المال المغصوب بيده سالماً أو ناقصاً أو متغيراً كان لمالكه أخذه بزيادته وارش نقصه⁽¹⁾، ويستدل جمهور الفقهاء على رأيهم هذا بالآتي:

1- أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع، فلا يصح تملكه بالضمان.

2- أن تملك المغصوب منه للبذل وعدم تملك الغاصب للمال المغصوب ليس معناه جمع البذل والمبدل، لأن المغصوب منه ملك القيمة للحيلولة لا على سبيل العوض، فإذا رد المغصوب إليه رد القيمة إلى الغاصب.

3- روي أن الرسول (ص وآله) قال "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"، وقوله (ص وآله) "المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه"، ولا تطيب نفس المغصوب منه بتغير ماله أو تغييه، فوجب أن لا يحل ولا يملكه الغاصب⁽²⁾.

الرأي الثاني: يرى فقهاء المالكية إذا حصل مفوت للشيء باستهلاكه أو إتلافه انتقل إلى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته⁽³⁾، ويرى أحد الشراح هذا يعني إن فقهاء المالكية يقرون انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بالمثل أو القيمة ولو لم يرد الواجب عليه إلى المالك، وفي النتيجة بحسب مذهب المالكية إذا غصب إنسان خيطاً وخاط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه رد المثل أو القيمة وانتقل إليه ملك المغصوب⁽⁴⁾.

الرأي الثالث: يرى أبو حنيفة إذا غصب شخص من آخر شيئاً وغيره تغيراً بسيطاً كما لو كان فضةً أو ذهباً فضربه دراهم أو دنانير أو آنية، فإن المغصوب باقٍ لمالكه وله الحق في استرداده متى شاء، لأن العين باقية من كل وجه والصفة فيها غير متقومة، ويرى أبو يوسف ومحمد إن الغاصب يملك العين وعليه مثلها، لأنه أحدث فيها صنعة معتبرة، فأصبح حق المالك هالكاً من وجه، أما إذا كان المغصوب شيئاً آخر فغيره حتى زال اسمه أو معظم صفاته كما لو كان حنطة

(1) فيرى فقهاء الشافعية إن الغاصب لا يملك المال المغصوب، فإن ظهر بعد تغييه وجب رده لمالكه فإن رده الغاصب وجب على المغصوب منه رد البذل، لأنه ملكه بالحيلولة بينه وبين ماله، أما إذا زالت الحيلولة فقد وجب رده، ويرى فقهاء الحنابلة لو غصب الغاصب غزلاً فنسجه أو حديداً فضربه سيفاً أو ما إلى ذلك، يلزم برده بزيادته وارش نقصه ولا شيء له، ويرى فقهاء الظاهرية والإمامية من غصب منه شيئاً كان عليه رده وإن يرد مثل ما نقص من صفاته ولا يجوز له أن يعطي المغصوب للغاصب. الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص368. ابن النجار، مصدر سابق، ج1، ص512. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص165.

(2) يوسف محسن محمد علي، الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة بغداد، 1978م، ص111.

(3) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص239.

(4) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص306.

فطحنها دقيقتاً أو شاة فذبجها، فإن كل من أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف متفقون على أن الغاصب يملك المال المغصوب بالضمان⁽¹⁾، وقد استدلووا على تملك الغاصب للمغصوب بالآتي:

1- أن الضمان بدل العين وإنما يقضي به جبراناً لها والجبران يستدعي الفوات أي فوات العين المغصوبة من يد المالك، لأن الجبر إنما يكون للغائب وليس للقائم، وعليه فإن القضاء بقيمة العين المغصوب انعدام ملك المالك في عين ماله.

2- أن الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب أو قيمته بمجرد وقوع الغصب، فلو لم نقل بزوال ملك المغصوب لم يكن الاعتداد قد وقع بالمثل، فلزم من ذلك زوال ملك المغصوب منه عن المغصوب وانتقال الملكية للغاصب.

3- إذا كان المغصوب منه يملك الضمان، لأنه بدل ماله المغصوب ولم تزول ملكيته عن المغصوب، وهذا يعني اجتماع البديل والمبدل منه في يده وهو غير جائز، لذا لزم انتقال ملكية المغصوب إلى الغاصب⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء كما اختلفوا في مسألة تملك الغاصب للمغصوب بالضمان فإنهم اختلفوا أيضاً في المسائل الآتية:

1- صفة الملك الثابت للغاصب في المال المغصوب قبل أداء الضمان، إذ ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى التفريق بين تصرفات الغاصب ببيع المغصوب أو هبته أو التصديق به وبين أن ينتفع الغاصب بالمغصوب بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره، وقالوا لا يحل له ذلك حتى يرضى صاحبه، لأن الانتفاع بالحلال الطيب لا يكون إلا بالملك المطلق، وهذا الملك فيه شبهه، لأنه حصل بسبب محذور أو بالأحرى وقع محظوراً ابتداءً⁽³⁾، وإن إباحة الانتفاع قبل الرضا يؤدي إلى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز، وقال أبو يوسف يحل له الانتفاع قبل رضا صاحبه، لأن المغصوب مضمون فهو مملوك للغاصب من وقت الغصب فلا معنى للامتناع عن الانتفاع وتوقيف الحلية على رضا المالك الأول توقيف على رضا غير المالك الفعلي⁽⁴⁾.

2- شروط ثبوت الملك في المال المغصوب، وهو عند أبو حنيفة اختيار الضمان من المغصوب منه وقبل ذلك لا يكون المغصوب ملكاً للغاصب بل في حكم ملكه فقط، وعند أبو يوسف ومحمد إن اختيار المغصوب منه ليس شرطاً وإن ملكية الغاصب تثبت قبل الاختيار بمجرد وقوع الغصب، وفي هذا الوقت يملك المغصوب منه الضمان ويملك الغاصب المال المغصوب⁽⁵⁾.

(1) المرغنياني، مصدر سابق، ج4، ص11 وص13 وص14.

(2) يوسف محسن، مصدر سابق، ص109.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص153.

(4) السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص68.

(5) الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص229.

وقد وازن جانب من الفقه بين الآراء المتقدمة أي بين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وفقهاء المالكية والحنفية⁽¹⁾، وذلك في الأمور الآتية:

1- الغاصب لا يملك المغصوب بالضمان عند جمهور الفقهاء إلا في بعض الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة، خلافاً لفقهاء الحنفية الذين اسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان منعاً لاجتماع البذل والمبدل في ملك المغصوب منه، وفقهاء المالكية أقرب من فقهاء الحنفية في ذلك.

2- اسناد ملكية الغاصب للمال المغصوب إلى وقت الغصب عند فقهاء الاحناف وإلى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور، ويترتب على هذا الاختلاف اختلافهم في حل الاكساب والمنافع من المغصوب.

3- الضمان عند جمهور الفقهاء في مقابل فوات اليد المحقة، ولا ينتقل الملك بوجوبه، لأن الفوات لا يصلح سبباً شرعياً لهذا النقل، أما عند فقهاء الحنفية فإن سبب الضمان هو تعذر رد العين المغصوبة⁽²⁾.

والسؤال المطروح هنا: هل توجد حالات بتحقيق واحدة منها يسقط الضمان عن الغاصب؟ للإجابة على هذا السؤال نقول يسقط الضمان عن الغاصب في الحالات الآتية:

أولاً: أداء الضمان إلى المغصوب منه

إذا قام الغاصب بأداء الضمان إلى المغصوب منه أو من يقوم مقامه عندئذ يبرأ من الضمان ويصبح المغصوب ملكاً له، لأن الأصل في طريق الخروج عن الواجب هو أدائه ويكون ذلك بحكم القاضي أو بالتراضي⁽³⁾.

ثانياً: الإبراء

وهو إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر كإسقاط الدائن دينه من ذمة مدينه وكإبراء الغاصب من العين المغصوبة⁽⁴⁾، والإبراء نوعان: أما صريحٌ وأما دلالةٌ (ضمني)، فالإبراء الصريح: كأن يقول المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الضمان أو أسقطه عنك أو وهبته لك وما شابه ذلك، فيبرأ الغاصب من الضمان، لأن المغصوب منه أسقط حقه، وهو من أهل الاسقاط والتبرع والمحل قابل للسقوط فيسقط، والإبراء دلالة: كما لو كان الغاصب أكثر من واحد فيختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر دلالة، لأن اختياره تضمين أحدهما إبراء للآخر دلالة، ولو أبرأ المالك الغاصب عن ضمان العين وهي قائمة في يد الغاصب صح الإبراء وسقط عنه الضمان⁽⁵⁾.

(1) د. محمد السراج، مصدر سابق، ص306.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص84.

(3) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص160.

(4) د. محمد الزحيلي، مصدر سابق، ج5، ص326.

(5) الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص151. علي حيدر، مصدر سابق، ج2، ص456. النووي، مصدر سابق، ج5، ص67. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص176.

ثالثاً: هبة المغصوب

إذا قام الغاصب بهبة المغصوب لمالكه يبرأ من الضمان، لأنه قد سلمه إليه تسليماً صحيحاً، وزالت يد الغاصب عن عين مال المالك⁽¹⁾، ومما يُلاحظ هنا أن الهبة شيء وتسليم المغصوب لمالكه شيء آخر، وأن الغاصب ليس مالكاً للمغصوب حتى يقوم بهبته للمغصوب منه.

رابعاً: رهن المغصوب وإيداعه وإجارته

إذا غصب الغاصب من رجل شيئاً، ثم رهنه عنده أو أودعه أو أجره له، وتلف عنده، فإن علم المغصوب منه أنه ملكه برئ الغاصب من الضمان، لأنه أعاده إلى يده وسلطانه، وإن لم يعلم المغصوب منه بذلك ففيه وجهان، الأول: سقوط الضمان عن الغاصب لعودة المغصوب إلى مالكه، والثاني: لا يبرأ من الضمان، لأنه قبض المغصوب على إنه أمانة عنده⁽²⁾، ويرى أحد الشراح أن المغصوب منه إذا كان يعلم أن المال الذي استأجره أو تم إيداعه أو رهنه عنده هو ماله المغصوب يسقط الضمان عن الغاصب وإذا كان لا يعلم بذلك فلا يسقط الضمان عنه⁽³⁾.

خامساً: عدم تقوم المغصوب

يسقط الضمان عن الغاصب إذا كان المغصوب غير متقوم، فإذا غصب الذمي خمرأً لذمي وأتلفه، وحكم القاضي للمدعي بمثله، ثم أسلم فلا شيء على المتلف، لأن الخمر صار مال غير متقوم في حق المدعي وبإسلامه صار مبرئاً للمتلف عما كان في ذمته من الخمر، وكذلك الحال لو أسلم ما معاً أي المطالب والمتلف⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: ضمان المال المغصوب في القانون

أن المعنى الذي يتعلق ببحثنا فيما يتعلق بضمان المال المغصوب في القانون هو رد مثل الهالك إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً، لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول ضمان المال المغصوب المثلي، وفي الفرع الثاني ضمان المال المغصوب القيمي، وفي الفرع الثالث كسب الملكية بالضمان، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: ضمان المال المغصوب المثلي

(1) د. حامد الفقي، مصدر سابق، ص161.

(2) ابن قدامه، مصدر سابق، ج5، ص219. البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص103. أحمد المرتضى، مصدر سابق، ج5، ص179.

(3) د. حامد الفقي، المصدر السابق، ص161.

(4) داماد أفندي، مصدر سابق، ج2، ص467.

للكلام عن ضمان المال المثلي في القانون المدني لا بد من تعريف الشيء المثلي وبيان حكم ضمان المال المثلي في حالة هلاكه أو تلفه، ومن ثم التطرق إلى حالة انقطاع المال المثلي وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف الشيء المثلي

نصت الفقرة الأولى من المادة (64) من القانون المدني العراقي على إنه " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن"، وتنص المادة (85) من القانون المدني المصري على إنه " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن"، وتنص المادة (1246) من القانون المدني الفرنسي على إنه " إذا تناول الدين عيناً غير محددة إلا بنوعها فلا يلزم المدين لكي يبرأ ذمته من الدين بإعطائها الأفضل ولكن لا يمكن تقديمها من النوع الأسوأ"، ونصت الفقرة الأولى من المادة (56) من القانون المدني الأردني على إنه " الأشياء المثلية هي ما تماثلت أحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يُعتمد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن"، وقد نصت المادة (117) من القانون المدني اليمني على إنه " ينقسم المال إلى أشياء مثلية وأشياء قيمة، فالأشياء المثلية تتماثل أحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الذرع أو الكيل أو الوزن وما عدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمي (غير مثلي)".

والأشياء المثلية هي الأشياء التي يوجد لها نظير من جنسها مساوٍ أو مقارب لها في القيمة⁽¹⁾، وهي الأشياء التي يوجد لها نظائر متماثلة في الأسواق ولا تتفاوت أحادها أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يُعتمد به وكل ما يصح أن يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وبالنظر لتماثل أحادها أو تشابهها تقدر عادة في التعامل بالكيل كالحنطة والرز أو بالعد كالنقود والبيض أو بالوزن كالذهب والفضة أو بالمقياس كالقمماش وبعض أنواع الخيوط والحبال، وتفترض المثلية انتماء الأشياء إلى نوع واحد ولهذا تسمى الأشياء المثلية بالأشياء المعينة بالنوع، فلا بد من تماثل أفراد هذا النوع، فإذا تساوت المقادير من النوع نفسه فإنها لا تتفاوت في القيمة تفاوتاً يُعتمد به، وينبغي إلى جانب ذلك حتى يُعتبر الشيء مثلياً أن يوجد فعلاً ما يماثله في الأسواق، فإذا لم يوجد مثله في الأسواق بسبب انعدامه أو ندرته فإنه يصبح قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئاً مثلياً⁽²⁾، ويتبين من ذلك أن الشيء المثلي يتميز بالآتي:

1- أن الشيء المثلي لا يكون شيئاً مثلياً في ذاته بل بالقياس إلى شيء آخر مثله.

(1) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ج1، ص91.

وانظر في ذلك:

Guillaud (L) Traitred la vente en droit belge , 1960 p.912.no188.

(2) غني حسون طه، مصدر سابق، ص21. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص346.

2- أن الشيء المثلي يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس ولا تتفاوت أحاده تفاوتاً يُعتد به بل تتماثل فيقوم بعضها مقام بعضها الآخر⁽¹⁾.

ثانياً: حكم ضمان المال المثلي

نظم المشرع العراقي حكم ضمان المال المغصوب في المادة (193) من القانون المدني التي نصت على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلّفه أو ضاع منه أو تلفه كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه"، وهذه المادة تطرقت لمسألة حكم المغصوب إذا استهلكه الغاصب أو إذا هلك بيد الغاصب كله أو بعضه، والحكم هنا أمران وجوب الضمان على الغاصب وتملك الغاصب للمضمون، ويكون الضمان بحسب كون المال المغصوب مثلياً أو قيمياً، فالمغصوب إن كان مثلياً فعلى الغاصب مثله في مكان الغصب، ولكن إذا صادف المغصوب منه الغاصب في مكان آخر فهو مخير بين أخذ المثل هنالك أو تكليف الغاصب بتسليمه إياه في مكان الغصب، وإذا انقطع المثل لزم الغاصب أداء قيمة المغصوب يوم الغصب، وأما إذا كان المغصوب قيمياً وجب على الغاصب أداء قيمته يوم الغصب، ويُعتبر الغاصب مالِكاً للمغصوب من حين الغصب وبأثر رجعي، ويتفرع على هذا أن الغاصب لو كان قد باع المغصوب ثم ضمنه يُعتبر ذلك التصرف صحيحاً نافذاً⁽²⁾.

وإن يد الحائز على الشيء الملوك للغير نوعان: يد أمانة ويد ضمان، وتكون اليد يد أمانة حين يحوز إنسان مالاً لغيره لا بقصد تملكه أو اكتساب حق عيني آخر عليه، وإنما باعتباره نائباً عن المالك أو بإذن منه، وأما يد الضمان فهي اليد التي تكون على مال شخص آخر بقصد تملكه أو اكتساب حق عيني آخر عليه، وبهذا الصدد تنص المادة (427) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك 2- وتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه"⁽³⁾، يتضح ومن دون أدنى شك أن يد الغاصب على العين المغصوبة يد ضمان، بل إنها أبرز صور الضمان كلها، ولهذا فإن الحكم الجوهري عند هلاك العين المغصوبة أو تلفها أو ضياعها هو إلزام الغاصب بقيمتها إن كانت قيمة أو مثلاً إن كانت مثلية، ولا حاجة في تطبيق هذا الحكم إلى أن يصدر عن الغاصب خطأ أو تقصير يؤدي إلى هذا التلف أو الهلاك فإن الخطأ الذي يتمثل في واقعة الغصب وحدها يكفي لإلزامه بالضمان، والتعويض يكون بمثل العين المغصوبة إن كانت

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج8، ص73.

(2) منير القاضي، مصدر سابق، ص305 وص306.

(3) إذ نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (427) السابق ذكرها على الحالة التي تنقلب فيها يد الأمانة إلى يد الضمان، وجاءت هذه الفقرة لتمثل تطبيقاً قانونياً يشكل أساساً في تحول اليد إلى يد ضمان أو غصب واكتفت بحبس الشيء أو منعه عن صاحبه من دون حق، ولو بغير قصد التملك ليكون ذلك سبباً لتحقيق شروط تحول اليد، وجاء في المادة (854) من القانون المدني العراقي تطبيقاً آخر لتحول اليد، وهو تحول يد المستعير من يد أمانة إلى يد ضمان إذا وضع العارية في موضع لا يملك فيه الإعارة، لأن تصرفه يكون اعتداء على الشيء المعار، وكذلك الحال ما جاء في المادة (855) من القانون المدني العراقي إذا أجر المستعير العارية أو رهنها بدون إذن المعير، وكذلك ما نصت عليه المادة (201) من القانون المدني العراقي بقولها " الحال الذي هو مساوٍ للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديعة إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدٍ يكون ضامناً ".

مثلية وليس بقيمتها، وهذا الحكم أعدل وأكثر جبراً لما لحق المالك من ضرر، فقد يردده هذا الضرب من ضروب التعويض إلى الحالة نفسها التي كانت عليها قبل حدوث واقعة الغصب، فتحققت بذلك الغاية الأساسية التي يرمي إليها المشرع من وراء التعويض بشكل كامل وتام⁽¹⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في أحد قراراتها جاء فيه " إن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام القانون ذلك لأن المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها في الدعوى وصولاً إلى الحكم العادل والصحيح إذ إن المحكمة استندت في الحكم برد دعوى المدعية بسبب تعرض الأثاث المطالب بها إلى التلف والسرقة على أثر تفجير مرقد الإمام ولي الدين في الخالص وتهجير المدعى عليه من قبل الزمر الإرهابية من مسكنه في قضاء الخالص من دون أن تلاحظ إن المدعية ادعت إن المدعى عليه قد هجرها قبل أكثر من ثلاث سنوات، وإنها تركت أثاثها المطالب بها في دار الزوجية التي يشغلها مع زوجته الأخرى، وحيث إن التقاليد السائدة في المجتمع إن كل من الزوجين ينتفع ويستعمل الأثاث العائدة له في الدار الزوجية وإن كل من الزوجين ينتفع ويستعمل الأثاث العائدة إلى الزوج الآخر وبموافقته خلال الحياة الزوجية ويُعتبر ذلك بمثابة إباحة من أحد الزوجين للزوج الآخر، إلا إن الإباحة تنتهي بمجرد حصول الفرقة بين الزوجين لأي سبب أو بقيام الزوج مالك الأثاث بمطالبة الزوج الآخر بإعادة الأثاث له ومن المعلوم إن يد الزوج على أثاث زوجته خلال فترة الإباحة هي يد أمانة إذ إنه يُعتبر أميناً عليها وإن يده تصبح غاصبة عند انتهاء تلك الإباحة، وحيث إن الأمانة غير مضمومة على الأمين بالهلاك سواء أكان السبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعدي أو تقصير منه عملاً بالمادة 2/950 من القانون المدني في حين إن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه طبقاً لأحكام المادة 193 من القانون المدني، لذلك فإن المتعين على المحكمة التحقق عما إذا كانت المدعية قد طالبت بالأثاث موضوع الدعوى قبل حادث التفجير والتهجير المدعى بهما، وإن المدعى عليه قد امتنع عن إعادتها أم لا، فإذا تبين إن المدعى عليه قد امتنع عن إعادة تلك الأثاث قبل ذلك فإن يده غاصبة، ويضمن قيمة الأثاث المطالب بها وإن تلفت بدون تعدي منه وبخلاف ذلك تكون يد المدعى عليه على الأثاث المذكورة يد أمانة ولا يضمن تلفها إلا إذا كان ذلك بتعديه أو تقصيره"⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يبين حكم ضمان المال المغصوب في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاء بما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، وبهذا الصدد نصت المادة (171) من القانون المدني المصري على إنه " 1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تاميناً 2- ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض"⁽³⁾.

(1) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 244.

(2) رقم القرار 2933/هيئة الأحوال الشخصية/2008 في 2008/9/15. أشار إليه المحامي فوزي المياحي، مصدر سابق، ص 172 و 173.

(3) وتقابلها المادة (209) من القانون المدني العراقي والمادة (269) من القانون المدني الأردني ولا مقابل لها في القانون اليمني.

يستفاد من هذا النص إن التعويض قد يكون عيناً أو نقداً، ومن التعويض العيني الحكم بتسليم كتاب مماثل على من غصب كتاباً وأتلفه، أما التعويض النقدي فهو مبلغ يقدره القاضي للمضرور، ولكن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يُصار إلى التعويض نقداً إلا إذا استحال التعويض عيناً ما لم يتفق الدائن والمدين على خلاف ذلك، وبناءً على ذلك يكون التعويض عينياً حال هلاك الشيء المغصوب أو تلفه متى كان الشيء مثلياً⁽¹⁾، وذلك لأن الأشياء المثلية لا تنقطع عن الأسواق عادة وبمقدور الغاصب أن يأتي بشيء من النوع نفسه الذي غصبه وهلك أو تلف بفعله أو بغير فعله، أما إذا كان الشيء قيمياً يلتزم الغاصب بدفع التعويض وهو مبلغ من النقود يقدره القاضي عادةً طبقاً للمادة (221) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

وأما المشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم يبين صراحةً مسألة حكم ضمان المال المغصوب في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاءً بما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي، وبهذا الصدد أشارت المادة (1246) من القانون المدني إلى أنه "إذا تناول الدين عيناً غير محددة إلا بنوعها فلا يلزم المدين لكي يبرأ ذمته من الدين بإعطائها الأفضل ولكن لا يمكن تقديمها من النوع الأسوأ"، كما أشارت المادة (1352) من القانون المدني إلى أنه "يتم رد الشيء مالم يكن مبلغاً من النقود عيناً وإذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"⁽³⁾، كما أشارت الفقرة الأولى من المادة (1352) من القانون المدني إلى أنه "يُسال من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه".

وقد عالج المشرع الأردني حكم ضمان المال المغصوب في الفقرة الثالثة من المادة (279) من القانون المدني التي نصت على إنه "فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وهي حالة استهلاك المال المغصوب أو إتلافه أو تلفه أو ضياعه، وهنا يحكم على الغاصب بضمان المغصوب بمثله إذا كان مثلياً وبقيمه إذا كان قيمياً، ويترتب على ذلك إن الغاصب يصبح مالكاً للمال محل الضمان ملكية تامة من تأريخ وقوع الفعل الضار المتمثل بالغصب، وليس من وقت الحكم بالضمان أو أدائه، وهذا ما أشارت إليه المادة (1085) من القانون المدني الأردني بنصها على إنه "المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه بشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداءً".

وأما المادة (287) من القانون المدني الأردني فقد نصت على إنه "حكم كل ما هو مساو للغصب في إزالة التصرف كحكم الغصب"، وهذه المادة وضعت معياراً لتحقيق الغصب وثبوته للوقائع التي لم يتم النص عليها كصورة من صور الغصب، ومن ذلك ما جاء في المادة (284) من القانون المدني والتي نصت على إنه "من كانت في يده أمانه وقصر في حفظها أو تعدى

(1) وبهذا الصدد يرى الفقيه الفرنسي ديموج في مثل هذه الحالة التعويض عيناً للمالك يشتمل على معنى إعادة الحيازة. ينظر في ذلك: Demogue (R.) Traite des obligafions , en general , t4, paris , p.1933-1939.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج4، ص762. د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص20. د. عبد الناصر العطار، مصدر سابق، ص285.

(3) ويُعرف التعويض النقدي في الفقه الفرنسي بأنه مبلغ من النقود يقضي به على المسؤول سواء أكان بصدد مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية. ينظر في ذلك:

Dragur - l' execution en nature des contrats , these , paris , 1939 , p. 34 , 41 , 69 , 103

عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جردها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل أو القيمة"، وهذه الصورة تدخل في حالات الغصب على شكل تحول اليد من يد الأمانة إلى يد الضمان، وهذا إذن من المشرع الأردني على اعتبار مضمون هذه المادة فعلاً من أعمال الغصب، وبالتالي فإن المقصر في حفظ الأمانة أو المتعدي عليها أو الذي يمنعها عن صاحبها دون حق أو من يجردها فإنه يأخذ حكم الغاصب، وبالتالي يجب عليه ما يجب على الغاصب من ضمان، فيكون الالتزام الأول هو رد المغصوب عيناً، ولكن المشرع لم ينص في هذه المادة على الالتزام بالرد، ونص في الشطر الأخير من هذه المادة على أنه "كان ضامناً لها بالمثل أو القيمة"، وبهذا الصدد يقول أحد الشراح هذا مما نجده نقصاً، لا بل تعارضاً إذا جمعنا بين النصين وهما المادة (279) والمادة (284) مما يتوجب تداركه، ولا سيما أن نص المادة (284) قد أورده المشرع الأردني تحت عنوان الغصب والتعدي وهذا يؤكد رغبة المشرع في اعتبار تطبيقات تحول اليد من صور الغصب⁽¹⁾.

وعلى وفق ما تقدم قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها جاء فيه "استقر اجتهاد هذه المحكمة على إن يد المستأجر تنقلب إلى يد غاصبة بعد صدور حكم قطعي بإخلاء المأجور، لذا فإن المميز المدعى عليه والذي استمر في إشغال المأجور بعد صدور الحكم القطعي يُعتبر غاصباً من تأريخ الحكم القطعي إلى حين إخلائه له وملزماً بضمان منافعه أي أجر المثل عن تلك الفترة عملاً بأحكام المادة (4/279) من القانون المدني"⁽²⁾، وقضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه "إذا امتنع المشتري عن رد المبيع بعقد باطل تنقلب يده من يد ضمان إلى يد غصب ويصبح ملزماً بأجر مثل المبيع من تأريخ المطالبة القضائية، وهذا يعني إن يد المشتري المميز لم تنقلب من يد ضمان إلى يد غصب إلا بدءاً من تأريخ المطالبة القضائية وإنه لم يصبح ملزماً بأجر مثل المبيع إلا اعتباراً من هذا التأريخ"⁽³⁾.

وأما المشرع اليمني فقد نظم حكم ضمان المال المغصوب المثلي صراحةً في المادة (1143) من القانون المدني التي نصت على أنه "يلزم الغاصب في تلف المثلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب"، وبصدد هذا النص يرى أحد الشراح في حالة الحكم على الغاصب بالمثل وانخفاض قيمة المثلي وقت رده عن قيمته وقت غصبه، يجب على القاضي أن يحكم على الغاصب بفارق السعر، لأن الغاصب قد تسبب بغصبه للشيء وتلفه في ضياع مكسب محقق على المالك، وكان بمقدور المالك أن يبيع ماله المغصوب بالسعر المرتفع لو لم يحدث الغصب، وهذا ما تقضي به القاعد العامة التي نصت عليها المادة (351) من القانون المدني اليمني بقولها "إذا لم يكن متفقاً على مقدار التعويض في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر في الوفاء به، ويُعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول وإذا كان الحق

(1) د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 250 و ص 269.

(2) رقم القرار 2000/952. أشار إليه د. عمار القضاة، المصدر نفسه، ص 269.

(3) رقم القرار 666/هيئة عامة/1987 في 1988/2/2. أشار إليه د. عمار القضاة، مصدر سابق، ص 270.

ناشئاً عن عقد فلا يحكم على الملتزم الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت العقد⁽¹⁾.

ثالثاً: انقطاع المال المثلي

اختلف الفقه القانوني في مسألة انقطاع المغصوب المثلي، ويرى جانب من الفقه إلزام الغاصب بضمان المثل إن كان مثلياً، فإذا انقطع المثل التزم بأداء قيمة المغصوب يوم الغصب، فالأصل في ضمان المغصوب بمثله إن كان من المثليات، لأن الواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً عن الضرر، ولكن إذا تعذر وجود المثل تجب القيمة، والتعذر أما إن يكون حقيقياً حسيماً كانقطاع وجود المثل في الأسواق وإن كان موجوداً في البيوت أو حكماً كان لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل أو شرعي كالخمر بالنسبة للمسلم.

ويرى جانب آخر المثل إذا كان موجوداً يلزم الغاصب برده وإذا انقطع المثلي من أيدي الناس والأسواق يلزم الغاصب بضمان قيمته يوم الانقطاع، لأن يوم الانقطاع هو الوقت الذي شغلت به ذمة الغاصب، وبهذا الصدد يرى أحد الشراح يجب الأخذ بنظر الاعتبار تغيير الأسعار عند تعذر المثل، ويكون بأقصى القيمة من وقت الغصب إلى وقت تعذر المثل، لأن هذين الوقتين هما سبب وجوب الضمان على الغاصب⁽²⁾.

والأصل إن القاضي يقوم بتحديد الضمان بمقدار الضرر وقت وقوعه، لأن الغصب هو الذي أنشأ الحق في الضمان، وقد يتغير الضرر من حيث جسامته في المدة التي تمتد بين حدوثه وبين النطق بالحكم، لذا يجب الاعتداد بتغير قيمة الضرر، وتقدير الضمان بحسب جسامته الضرر يوم الحكم به لا يوم وقوع الفعل الضار، وإذا كان الضرر لم يتغير في حد ذاته وإنما أصاب التغير سعر النقد الذي يقدر به أو تغيرت أسعار السوق بوجه عام تكون العبرة بسعر النقد أو سعر السوق يوم النطق بالحكم، وإذا كان المضرور قد أصلح الضرر بنفسه ورجع على محدث الضرر بالضمان حكم له القاضي بما يدفعه فعلاً لإصلاح الضرر بغض النظر عن تغير سعر النقد وقت صدور الحكم⁽³⁾، والسؤال المطروح هنا: متى يتم تقدير قيمة المغصوب المثلي في حالة انقطاع المثل؟ وهل يلتزم الغاصب بدفع قيمة المغصوب يوم الغصب أو يوم رفع الدعوى أو يوم المطالبة أو يوم الانقطاع؟

وللإجابة على هذا السؤال نقول إن المشرع العراقي لم ينظم هذه المسائل في النصوص الخاصة بأحكام الغصب اكتفاءً بما تقضي به القواعد العامة ومنها ما جاء في المادتين (207) و (208) من القانون المدني⁽⁴⁾.

(1) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص312.

(2) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص358 و ص359.

(3) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ج1، ص249.

(4) وتنص المادة (207) من القانون المدني العراقي على أنه "1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع 2- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر"، وتنص المادة (208) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا لم يتييسر للمحكمة أن تحدد التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير".

وأما المشرع المصري فإنه لم ينظم هذه المسائل في مواد خاصة مكتفياً بما تقضي به القواعد العامة ومنها ما جاء في المادة (170) من القانون المدني⁽¹⁾، مع ملاحظة إنه لم ينظم أحكام الغصب بمواد خاصة كما ذكرنا تأثراً منه بالقانون المدني الفرنسي.

وأما المشرع الأردني فقد تطرق في النصوص الخاصة بأحكام الغصب لمسألة احتساب قيمة المغصوب في يوم الغصب وفي مكان الغصب، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (279) من القانون المدني التي نصت على إنه " فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وأما المشرع اليمني فقد جعل من حق المغصوب منه أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب إذا تلف المغصوب المثلي وتعذر رد مثل المغصوب ولكنه لم يذكر المكان المناسب لتقدير قيمة المغصوب المثلي كما فعل المشرع الأردني، إذ نصت المادة (1143) من القانون المدني اليمني على إنه " يلزم الغاصب في تلف المثلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب".

وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه إذا أتلف المغصوب شخصاً آخر غير الغاصب، فالمغصوب منه يكون مخيراً إن شاء ضمن الغاصب مثله يوم الغصب إن كان المغصوب من المثليات، وللغاصب أن يرجع على المتلف بوصفه مالاً للمغصوب وإن شاء ضمن المتلف مثله يوم إتلافه وليس للمتلف أن يرجع على الغاصب⁽²⁾، وعلى خلاف ذلك يرى أحد الشراح إن الغاصب ملزم بضمان قيمة المغصوب المثلي إذا انقطع بقيمته يوم الانقطاع، لأن المثل إذا انقطع يُصار إلى القيمة ووقت الانقطاع هو الوقت الذي شغلت فيه ذمة الغاصب⁽³⁾.

ويرى آخر إذا تلف المغصوب المثلي يلزم الغاصب بضمان مثله إن وجد وإن تعذر المثل فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت النطق بالحكم، لأن تحديد قيمة المغصوب المثلي عند تعذر رد مثله أمر يقوم به القاضي بالاستعانة بأهل الخبرة، وهذا لا يتحقق إلا إذا طلب المغصوب منه من القاضي قيمة المثل في وقت النطق بالحكم، وأما وقت الغصب يُعتبر سبباً لاستحقاق المغصوب منه للضمان، لذلك فإنه يقترح تعديل المادة (193) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة الفقرة الآتية " 1- على الغاصب أن يضمن في هلاك المغصوب المثلي أو تلفه أو ضياعه مثله أن وجد وفي مكان الغصب، وأن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت النطق بالحكم"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: ضمان المال المغصوب القيمي

(1) وتنص المادة (170) من القانون المدني المصري على إنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (221، 222) مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

(2) د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2004م، ص 205.

(3) د. سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، 2003م، ص 522.

(4) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 361.

للكلام عن ضمان المال القيمي في القانون المدني لا بد من تعريف الشيء القيمي وبيان حكم ضمان المال القيمي في حالة هلاكه أو تلفه، ومن ثم التطرق إلى وقت تقدير المال القيمي التالف، وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف الشيء القيمي

نصت المادة (64) من القانون المدني العراقي على إنه " 1- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن 2- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي"⁽¹⁾، وتنص المادة (85) من القانون المدني المصري على إنه " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن"⁽²⁾، ونصت المادة (5/1342) من القانون المدني الفرنسي على إنه " تبرأ ذمة المدين بالتزام بتسليم شيء معين بالذات بتسليمه بالحالة التي عليها إذا ما أثبت في حالة التلف إن ذلك لا يعود إلى فعله أو فعل اشخاص يُسأل عنهم"⁽³⁾، ونصت المادة (56) من القانون المدني الأردني على إنه " 1- الأشياء المثلية هي ما تماثلت أحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يُعتمد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن 2- والقيمة ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يُعتمد به أو يندر وجود أفرادها في التداول"⁽⁴⁾.

وقد نصت المادة (117) من القانون المدني اليمني على إنه " ينقسم المال إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية فالأشياء المثلية تتماثل أحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الذرع أو الكيل أو الوزن وما عدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمي (غير مثلي)".

والأشياء القيمية أو المعينة بالذات هي الأشياء التي تتفاوت أفرادها ولا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتختلف طريقة تعيينها باختلاف طبيعتها كالمنازل والأراضي والأحجار الكريمة والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت أحاده، فبيع منزل معين بالذات أو مأكنة معينة بالذات أو قطعة أثرية معينة بالذات، إنما هو بيع يرد على أشياء قيمية لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء وعلى البائع أن يسلم للمشتري المنزل المعين نفسه ولا تبرأ ذمته إذا سلم منزل آخر ولو كان أزيد في

(1) وبخصوص المشرع العراقي فإنه لم يُعرف القيمي بصورة مباشرة كما عرف المثلي وإنما اعتبر ماعدا المثلي قيمياً وذلك في الفقرة الثانية من المادة (64) من القانون المدني سالف الذكر. بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص166.

(2) وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري " ان المعمول عليه في وصف الشيء بأنه مثلي أو قيمي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العقدين أو عدم جواز ذلك". القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية (الباب التمهيدي) أحكام عامة (من المادة 1 الى المادة 88)، ج1، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص474.

(3) يقصد بذلك تسليم الشيء المعين بالذات بالحالة التي عليها وقت التسليم، وهذا ما اوضحه التقرير المرفق بمرسوم العام 2016، والحكم بهذا المعنى يتفق مع ما كان يتضمنه صراحة نص المادة (1245) من القانون المدني الفرنسي (القديمة) التي نصت على انه " تبرأ ذمة المدين بشيء معين بالذات بتسليمه الشيء بالحالة التي كان عليها عند التسليم". د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص43.

(4) وبخصوص المشرع الأردني فقد عرف القيمي كما فعل بالنسبة للمثلي وذلك في الفقرة الثانية من المادة (65) من القانون المدني سالف الذكر. بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص166.

القيمة أو الماكنة نفسها أو القطعة الأثرية نفسها ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم ماكنة أخرى ولو كانت أقوى أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفس، والأشياء القيمة إنما تكتسب هذه الصفة من طبيعتها، وتشمل الأشياء التي لا تتفاوت آحادها إذا انقطعت من السوق والأشياء التي ليست لها مثل في السوق وإن وجد فإنه يتفاوت عنها تفاوتاً يُعتد به في القيم⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مسألة عدّ الشيء مثلياً أو قيمياً أمر نسبي من جهة وإن لإرادة المتعاقدين دور في تعيين الصفة للأشياء من جهة أخرى، وإنه أمر نسبي، وذلك لأن الشيء قد يكون مثلياً بالنسبة لبعض الأشياء وقيمياً بالنسبة لأشياء أخرى⁽²⁾، وإن لإرادة المتعاقدين دور في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء، لأن الإرادة قد تضفي على شيء مثلي الصفة القيمة وعلى شيء قيمي الصفة المثلية⁽³⁾، ويرى جانب آخر من الفقه أن هذه الصفة بمنأى عن إرادة الأفراد، لأن الأفراد لا يستطيعون إعطاء الأشياء صفة المثلية إذا كانت هذه الأشياء غير مثلية من الناحية الاجتماعية⁽⁴⁾، ونحن نؤيده في هذا الرأي لأن الإرادة لا يمكن أن تغير من صفة الشيء لأن العرف والتعامل بين الناس هو الذي يحدد كون الشيء مثلياً أو قيمياً، وأن المال المثلي والمال القيمي يختلفان بحسب الزمان والمكان.

ثانياً: حكم ضمان المال القيمي

نظم المشرع العراقي حكم ضمان المال المغصوب في المادة (193) من القانون المدني التي نصت على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلفه كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه"، تطرقت هذه المادة لمسألة حكم ضمان المال المغصوب، ولكنها لم توضح فيما إذا كان الضمان يتعلق بالمال المثلي أو بالمال القيمي، ولكن ليس هنالك مانع أن يكون الحكم برد المثل في المثليات إذا طلب المتضرر ذلك، لاسيما أن الأصل في الضمان (التعويض) هو التعويض النقدي، هذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (209) من القانون المدني العراقي بنصها على إنه " ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض"، يتضح من هذا النص أن الحكم الأصلي هو الضمان في القيمة والحكم الاستثنائي هو الضمان بالمثل إذا طلب المتضرر ذلك، ولكن القضاء العراقي ذهب مع ما أجمع عليه الفقهاء المسلمون والذي هو برد المثل إذا كان المغصوب مثلياً ورد القيمة إذا كان المغصوب قيمياً، ولكن يكون ذلك أفضل لو كان هذا الحكم موجوداً ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب كما فعل المشرع الأردني وذلك في الفقرة الثالثة من المادة

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج8، ص73. د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص364. وانظر في ذلك:

De pag (H) Traite ele mentair de droit civil belge . T.L.v 195 /p.36 no 31.

(2) وبهذا الصدد فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز إن اعتبار الشيء قيمياً أو مثلياً أمر نسبي، فسيارة الفورد شيء مثلي بالنسبة إلى كل سيارة فورد جديدة مثلاً تتحد معها في الموديل، وهي قيمة بالنسبة إلى كل سيارة من ماركة أخرى، وبالنسبة إلى كل سيارة فورد تختلف معها في الموديل. رقم القرار 413/ح/1964 في 1964/5/5. أشار إليه. د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص95.

(3) غني حسون طه، مصدر سابق، ص21 و22.

(4) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (الحق)، ج2، الكويت، 1970م، ص219.

(279) من القانون المدني التي نصت على إنه " فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"(1).

وقد أخذ المشرع اليمني فيما يتعلق بضمان المغصوب القيمي في حالة التلف برأي جمهور الفقهاء وذلك في المادة (1144) من القانون المدني التي نصت على إنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء"، وفي كيفية تقدير القيمة تنص المادة (1145) من القانون المدني على إنه " كل مالا يتقوم وحدة يقوم مع أصله، ثم يقوم أصله بدون، فما بين القيمتين هو قيمته"، ويجب الرجوع في ذلك إلى خبراء عدول لتقدير القيمة في الحاليتين(2).

وأما بالنسبة للمشرع المصري كما ذكرنا في موضوع ضمان المغصوب المثلي فإنه لم يبين حكم ضمان المغصوب القيمي في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاءً بما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، وعليه إذا كان الشيء المغصوب قيمياً وهلك أو تلف فإن الغاصب ملزم بالتعويض، وهو مبلغ من النقود يقدره القاضي عادةً، وهذا ما أشارت إليه المادة (221) من القانون المدني التي تنص على إنه " 1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويُعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول 2- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وأما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم يبين صراحةً مسألة حكم ضمان المغصوب القيمي في حالة هلاك الشيء أو تلفه اكتفاءً بما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي، وبهذا الصدد تنص المادة (5/1342) من القانون المدني على إنه " تبرأ ذمة المدين بالتزام بتسليم شيء معين بالذات بتسليمه بالحالة التي عليها إذا ما أثبت في حالة التلف إن ذلك لا يعود إلى فعله أو فعل اشخاص يُسال عنهم"، وكذلك نصت المادة (1352) من القانون المدني على إنه " يتم رد الشيء مالم يكن مبلغاً من النقود عيناً وإذا كان ذلك مستحيلاً برد قيمته المقدرة يوم الرد"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (1352) من القانون المدني على إنه " يُسال من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه".

ثالثاً: وقت تقدير المال القيمي التالف

تطرق المشرع العراقي لمسألة حكم ضمان المال المغصوب في حالة التلف ولكنّه لم يتطرق لمسألة وقت تقدير قيمة المغصوب إذا كان من القيميات، حيث نصت المادة (193) من القانون المدني على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلفه كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه"، ولكن محكمة تمييز العراق اتجهت في أحد قراراتها مع ما

(1) بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص 169 و 170.

(2) د. يحيى الجرافي، مصدر سابق، ص 311 و 312.

ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو أن يكون وقت تقدير قيمة المال المغصوب القيمي يوم الغصب⁽¹⁾، مع ملاحظة أن شراح القانون اختلفوا في تحديد قيمة المال القيمي بحسب الزمان بكونه وقت الغصب أو وقت الخصومة⁽²⁾، وأما المشرع المصري فإنه لم ينظم هذه المسألة في مادة خاصة مكتفياً بما تقضي به أحكام القواعد العامة ومنها ما جاء في المادة (170) من القانون المدني⁽³⁾، مع ملاحظة أنه لم ينظم أحكام الغصب بمواد خاصة متأثراً بالقانون المدني الفرنسي، في حين أن المشرع الأردني تطرق في النصوص التي نظمت أحكام الغصب لمسألة احتساب قيمة المال المغصوب القيمي في يوم الغصب وفي مكان الغصب، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة (279) من القانون المدني على أنه " فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"، وكذلك المشرع اليمني تطرق في النصوص الخاصة بأحكام الغصب لمسألة احتساب قيمة المغصوب إذا كان من القيميات في حالة التلف من يوم الغصب إلى يوم الوفاء، وذلك في المادة (1144) من القانون المدني التي نصت على أنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء".

وهنا يرى جانب من الفقه القانوني بالنسبة لمقدار تضمين الغاصب للعين المغصوبة عند تغير سعرها أو قيمتها الحكم عليه بتعويض يساوي القيمة القصوى التي بلغت هذه العين من يوم الغصب إلى حين صدور الحكم النهائي بالتعويض في حالة تلف العين المغصوبة أو هلاكها متى ما كانت من الأشياء القيمية، وأما إذا كانت من الأشياء المثلية فيلزم الغاصب بردها مع تعويض المغصوب منه عن الأضرار الأخرى إن كان لها مقتضى، وذلك لأن الأشياء المثلية لا يتعذر ردها أبداً، وقد قيل قديماً إن الجنس لا يهلك⁽⁴⁾، ومما يُلاحظ أن وقت تقدير قيمة المال المغصوب سواء كان من المثلثات أو القيميات في حالة التلف هو يوم لزوم الضمان أو الغصب، وقد نصت المادة (960) من القانون المدني العراقي على أنه " الوديعة إذا لزم ضمانها فإذا كانت من المثلثات تضمن بمثلها وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان"، وأما المادة (201) من القانون المدني العراقي فقد نصت على أنه " الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديعة إذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدٍ يكون ضامناً"، وهذه المادة وضعت معياراً لتحقيق الغصب وثبوته للوقائع التي لم ينص عليها المشرع العراقي على اعتبارها من صور الغصب.

(1) حيث قضت محكمة التمييز العراقية في إحدى دعاوى الاثاث الزوجية المغصوبة على محكمة الموضوع أن تكلف المدعية بتعين كل حاجة من الحاجيات المدعى بها بقيمتها وقت الغصب ثم يحلفها اليمين على كل واحدة مع بيان قيمتها. رقم القرار 49/49 حقوقية ثانية/1969 في 1969/12/28. أشار إليه د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص370.

(2) لذا جاءت قرارات محكمة التمييز في العراق تارة تقدر قيمة المال القيمي بعد إتلافه يوم المطالبة وتارة تقدر قيمته يوم الغصب، وأكد الاستاذ منير القاضي أن المغصوب القيمي يجب على الغاصب أداء قيمته يوم الغصب أي أول يوم الضمان. د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص300.

(3) إذ نصت المادة (170) من القانون المدني المصري على أنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (221، 222) مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

(4) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص248.

وبناءً على ما تقدم فنحن نتفق مع أحد الشراح في اقتراحه تعديل المادة (193) من القانون المدني العراقي على أن تكون على النحو الآتي: " 1- يضمن الغاصب في حالة هلاك المغصوب المثلي أو تلفه أو ضياعه مثله إن وجد وفي مكان الغصب، وأن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت النطق بالحكم 2- يضمن الغاصب في حالة هلاك المغصوب القيمي أو تلفه أو ضياعه قيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الحكم وفي مكان الغصب"(1).

الفرع الثالث: كسب الملكية بالضمان

أن المشرع العراقي على الرغم من عدم نصه على قاعدة كسب الملكية بالضمان بصورة صريحة ومباشرة، نص في بعض مواد القانون المدني التي نظمت أحكام الغصب بصورة غير مباشرة على وجوب تملك الضامن للمال المضمون بالضمان، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة (194) من القانون المدني بقولها " إذا غيّر الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل أسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له"، وكما نص المشرع العراقي على إعطاء الحرية للمالك في ترك المغصوب للغاصب أو استرداده، وذلك في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة (194) من القانون المدني، إذ نصت الفقرة الأولى على إنه " إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الاضرار الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان"، ونصت الفقرة الثالثة على إنه " وإذا غيّر الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان".

وأما المشرع المصري فإنه لم يقر كسب الملكية بالضمان بل إنه لم يعرف هذه المبادئ التي اختلف فيها فقهاء الشريعة، والسبب في ذلك أن القانون المدني المصري استقى أحكامه من الفقه الفرنسي الذي لا يعرف هذه القاعدة، لأنها قاعدة فقهية إسلامية بحتة، بل إنه لم ينص على تطبيقات العمل غير المشروع (الإتلاف والغصب)، ومن الجدير بالذكر هنا إن هذه التطبيقات تم النص عليها في القوانين المدنية التي تأثرت بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني(2).

وأما المشرع الأردني فقد نص صراحةً على قاعدة كسب الملكية بالضمان في المادة (1085) من القانون المدني التي نصت على إنه " المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً"، وهذا النص يدل بصورة صريحة على تبني رأي فقهاء الحنفية ولقاعدهم المعروفة " الضامن يملك المال المضمون بالضمان وقت قبضه"(3).

(1) د. حبيب إدريس، مصدر سابق، ص 361 وص 372.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص 87.

(3) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982م، ص 123.

وأما المشرع اليمني فإنه لم يأخذ بفكرة كسب الملكية بالضمان، فقد نصت المادة (1149) من القانون المدني على إنه " لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها إن كانت باقية ويُعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لأحكام البيع"، وهذه المادة لم تجز الضمان لو كانت العين المغصوبة باقية على حالها، ويجوز للمالك استردادها، وأما إذا لم تكن باقية على حالها بل شابها التغيير، فالملك تركها للغاصب وأخذ العوض عنها، فيكون في هذه الحالة قد تم الإيجاب والقبول بين المالك والغاصب وانعقد بارتباطهما عقد البيع⁽¹⁾.

وينتقد جانب من الفقه موقف القانون المدني الأردني في أخذه بقاعدة كسب الملكية بالضمان على أساس أن هذا القانون قد تبنى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز الفرنسية المنشأ، وذلك لما تحققه هذه القاعدة من أثر فعال على غرار قاعدة الضمان في حماية الغير، فالقانون الأردني وإن كان ليس بحاجة إلى اعتبار التضمين سبباً للتملك اعتداداً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ولكن فكرة التضمين تظل فكرة رائعة في الصناعة الفقهية، لتدل كيف تعمد هذه الصناعة بطريقتها الخاصة إلى أن تجعل الغير الذي تصرف له الغاصب في مأمن من أن تسترد العين من يده وفي هذا حماية كبيرة للغير⁽²⁾.

وبهذا الصدد يقول جانب من الفقه لا نتفق مع صاحب هذا الرأي في إن قاعدة الحيازة تغني عن الأخذ بقاعدة الضمان، لأن المشرع الأردني شأنه شأن المشرع العراقي لم يعتبر الحيازة في ذاتها سبباً لكسب الملكية، إذ نصت المادة (1189) من القانون المدني الأردني على إنه " 1- لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية 2- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك"، وهذا النص مأخوذ من نص المادة (1163) من القانون المدني العراقي التي تنص على إنه " 1- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد 2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، وبالتالي فإن هذا النص يجعل الحيازة في المنقول قرينة على الملكية، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس كما أن القانون الأردني كالقانون العراقي يجعل دور الحيازة يقتصر على منع سماع دعوى الملك من الغير على الحائز⁽³⁾.

وأما المشرع المصري فإنه يعتبر الحيازة في حد ذاتها سبباً مكسباً للملكية، إذ تنص المادة (976) من القانون المدني على إنه " 1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية 2- فإذا كان حسن النية والسبب صحيح قد توفر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها 3- الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

(1) د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص 88.

(2) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، ج 2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1994م، ص 31.

(3) د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص 88 و ص 89.

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني المصري يُعتبر مصدراً أساسياً للقانونين العراقي والأردني، إذ إن كلا من هذين القانونين قد أخذاً من القانون المصري أحكاماً كثيرة، فلماذا لم يأخذ النص الخاص بالحيازة، وهذا يُعتبر دليلاً واضحاً على إنهما لا يوافقان القانون المصري في منهجه بكسب الملكية بالحيازة، بل إنهما منعا الغير من الادعاء بملكية المال الذي تحت حيازته في حين أن القانون المصري قد أقر صراحةً ملكية الحائز للمنقول إذا حازه بحسن نية وسبب صحيح⁽¹⁾.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع التصرف في المال المغصوب، نوجز أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات وهي كالآتي:

أولاً: النتائج

- 1- تجنبت أغلب القوانين المدنية محل المقارنة وضع تعريف محدد للغصب وحسناً فعلت في ذلك، لأن عمل المشرع يختص بوضع الأحكام القانونية والقواعد العامة، وفضلاً عن ذلك إن مهمة وضع التعريفات من عمل الفقه والقضاء، لأنهم أكثر اتصالاً بواقع الحياة وحاجات المجتمع في كثير من الحالات.

(1) أنور طلبية، مصدر سابق، ص394.

- 2- وردت أحكام الغصب في القوانين المدنية التي تأثرت بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، مع ملاحظة إنه لا توجد مواد قانونية في القانون المدني المصري تنظم أحكام الغصب نتيجة لتأثره بالقانون المدني الفرنسي الذي لم يتطرق ضمن نصوصه إلى أحكام الغصب بصورة مستقلة، ولكن هذه القوانين كما يبدو تناولت أحكام الغصب بالاعتماد على النصوص التي نظمت أحكام بيع ملك الغير وأحكام الحيازة وأحكام الالتصاق، فضلاً عما تقضي به أحكام القواعد العامة، إذ إن القضاء المصري مثلاً استعمل مصطلح الغصب في الكثير من قراراته التي تتعلق بالعمل غير المشروع.
- 3- إن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من كلمة التصرف في القانون الوضعي، لأن الفقهاء المسلمين يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال، أما فقهاء القانون فإنهم يطلقون كلمة التصرف على كل ما يصدر عن الشخص من أقوال فقط، وفي النتيجة يكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يُعد تصرفاً شرعياً وليس كل تصرف شرعي يُعد تصرفاً قانونياً، ويبدو إن التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي يقابله العمل المادي في القانون المدني، وإن التصرف القولي في الفقه الإسلامي يقابله التصرف القانوني أو الأعمال القانونية.
- 4- تصرف الغاصب في المال المغصوب قسم من تصرفات الفضولي في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، ولكنه يُعد صوره من صور بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، إذ إن الفقهاء المسلمين تطرقوا إلى تصرفات الفضولي عند الحديث عن العقد الموقوف، ويبدو إن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي ومفهوم الفضالة في الفقه الغربي يلتقيان بمسألة واحدة، وهي إن التصرف الذي يقوم به الفضولي إنما يكون بدون إذن شرعي أو دون وكالة سابقة من المالك، وإنهما يختلفان في إن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق في جميع الأحوال، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة، في حين إن القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني قصرت حكم الفضالة على الشأن العاجل أو الفعل النافع لتحقيق مصلحة رب العمل، وبذلك فإن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به.
- 5- اختلفت القوانين المدنية محل المقارنة في حكم تصرف الغاصب في المال المغصوب، إذ يُعد باطلاً بطلاناً نسبياً أو قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، وذلك لوجود نص صريح وخاص ببيع ملك الغير، في حين يُعد تصرفاً موقوفاً على إجازة المالك في القوانين المدنية العراقي والأردني واليمني، فإن أجازته نفذ التصرف، ويُعد الغاصب وكلياً عن المالك، لأن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، وإن رفضه بطل التصرف، لأن الغاصب بحكم الفضولي يتصرف في ملك غيره من دون إذنه ومن دون رضاه، وبذلك فإن موقف هذه القوانين يتوافق مع الرأي الغالب للفقهاء المسلمين في اعتبار تصرفات الغاصب في ملك غيره موقوفة على إجازة المالك، فإن أجازها نفذت، وإن رفضها بطلت بأثر رجعي.

- 6- عرفت المادة (62) من القانون المدني العراقي العقار: بأنه كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية، وعرفت المادة (63) من القانون المدني العراقي العقار بالتخصيص: بأنه المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، ومما يُلاحظ إن المشرع العراقي في تعريفه للعقار قد تأثر برأي فقهاء المالكية الذين يقولون إن العقار شامل للبناء والغراس وغيرهما من الأرض المجردة عن ذلك لأن العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء وأشجار، ولم يتأثر برأي جمهور الفقهاء الذين يقولون إن العقار هو الأرض فقط وهي العقار بالطبيعة وما يتصل بها من بناء وأشجار فهو عقار بالتبعية.
- 7- نصت المادة (1119) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا أحدث شخص بناءاً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، ومما يُلاحظ على هذا النص إن المشرع العراقي لم يضع مدة معقولة للمغصوب منه لكي يستعمل خياره بإزالة المحدثات عن أرضه على نفقة الغاصب، فهذه المدة تحقق مصلحة المغصوب منه والغاصب على أن يتم تحديدها من قبل القاضي بالاستعانة بأهل الخبرة، وتختلف باختلاف ما أحدثه الغاصب في أرض الغير من أبنية أو غراس أو أي منشآت أخرى.
- 8- نصت الفقرة الأولى من المادة (194) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان "، وفي هذه الفقرة عالج المشرع حالة تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين أخذ المغصوب ويرجع على الغاصب بالتعويض عن الأضرار الأخرى أو أن يتركه في يد الغاصب ويرجع عليه بالضمان، ومما يُلاحظ على هذا النص إنه عالج حالة تغير المغصوب ذاته المؤدي إلى النقص والضرر، ولم يعالج حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي إلى الزيادة والنفع كما لو كان المغصوب صغيراً فأصبح كبيراً أو كان هزليلاً فأصبح سميناً.
- 9- نصت الفقرة الثالثة من المادة (194) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان "، ومما يُلاحظ على هذه الفقرة إنها عالجت حالة واحدة، وهي حالة تغير المغصوب وزيادة قيمته بفعل الغاصب، ولم تعالج حالة النقص في قيمة المغصوب، كما إنها ألزمت المغصوب منه إذا أراد أن يسترد المغصوب مع الزيادة الحاصلة فيه عليه أن يؤدي للغاصب قيمة الزيادة كاملة، وهذا يتعارض مع موقف المشرع العراقي الذي تضمنته المادة (1119) التي نصت على إنه " إذا أحدث شخص بناءاً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع

المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع".

10- اختلف الفقهاء المسلمين في مسألة قيام الغاصب بتغيير بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه، فيرى فقهاء الحنفية والمالكية للمالك الخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره وإن شاء أخذه وأعطى للغاصب قيمة الزيادة، ويرى فقهاء الحنابلة والشافعية في رأي إذا أمكن فصل الزيادة أجبر الغاصب على ذلك وإن لم يمكن فصل الزيادة ولم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب، ويرى فقهاء الإمامية والزيدية والشافعية في رأي آخر يلزم الغاصب بفصل الزيادة مع ضمان ما يطرأ على المغصوب من نقص، وإذا لم يتمكن الغاصب من فصل الزيادة فيكون شريكاً مع المغصوب منه بقدر ماله، وهنا يمكن ترك الخيار للمالك بين دفع قيمة الزيادة واسترداد المغصوب أو ترك المغصوب للغاصب وتضمينه مثله إذا كان المال مثلياً وقيمته إذا كان المال قيمياً وهذا الرأي يتفق مع مضمون الفقرة الثالثة من المادة (194) من القانون المدني العراقي سالف الذكر.

11- اختلف الفقهاء المسلمين في مسألة غصب العين المؤجرة بعد إبرام العقد، فيرى بعض الحنفية ليس للمستأجر الحق في طلب الفسخ إذا حدث الغصب بعد إبرام عقد الإجارة ويلزم بالإبقاء على العقد، ويرى جمهور الفقهاء للمستأجر حق الخيار بين الفسخ أو الإبقاء على العقد، ويسقط خيار المستأجر في الفسخ أو الإبقاء إذا بادر المالك وانتزع العين من الغاصب وردّها للمستأجر قبل انتهاء مدة الإجارة، ونعتقد إن المشرع العراقي قد تأثر بهذا الرأي وذلك في المادة (755) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه " 1- إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة 2- فإذا قصر في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب فلا تسقط عنه الأجرة وله أن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض".

12- نصت المادة (197) من القانون المدني العراقي على أن " المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله وإن تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان"، ومما يلاحظ على هذا النص إن المشرع لم يأخذ بقاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان، فقد ألزم غاصب العقار برده إلى مالكة، وهذا الحكم في كل مغصوب قائم بحاله بعد الغصب، وكذلك ألزم غاصب العقار أن يعرض صاحبه عن منافع العقار التي مرت في مدة الغصب، والتعويض عن المنافع إنما يكون بدفع أجرة مثله، وبالإضافة إلى ذلك ألزم الغاصب بالتعويض في حالة تلف العقار المغصوب أو إذا طرأ على قيمته نقص في فترة الغصب حتى لو كان التلف أو النقص قد حدث بدون تعد أو تقصير منه، لأن مجرد الغصب يجعل الغاصب متعدياً ويجعل يده يد ضمان.

13- أن الغاصب إذا باع المال المغصوب أو وهبه إلى شخص آخر وتلف عند المشتري أو عند الموهوب له، كان المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المتصرف له، فإن رجع على الغاصب فقد ملك الغاصب المال المغصوب ملكية تستند إلى يوم الغصب، وهنا يُعد تصرف الغاصب صحيحاً نافذاً، أما إذا رجع المغصوب منه

على من تصرف له الغاصب، كان للمتصرف له الرجوع على الغاصب بضمان الاستحقاق استناداً للقواعد العامة، فإذا كان التصرف بيعاً طبقت أحكام المواد (550-557) من القانون المدني العراقي، وإذا كان التصرف تبرعاً كالهبة طبقت أحكام المواد (614 و615) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: المقترحات

- 1- الفصولي في القانون المدني العراقي من تصرف في ملك الغير بدون إذنه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (135) بقولها "من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك"، ويؤخذ على هذا النص إنه حصر الإذن من المالك فقط وهذا الحصر غير دقيق، لأنه من تصرف في ملك الغير بدون إذنه لا يُعد تصرفه موقوفاً إذا كان التصرف مأذوناً بحكم القانون أو بحكم القضاء كالولي والقيم، ويرى جانب من الفقه كان من الأولى إبدال عبارة ((بدون إذنه)) بعبارة ((بدون إذن شرعي))، وذلك ليشمل النص التصرف في مال القاصر والمحجور عليه بدون إذن شرعي، ونحن نؤيده في ذلك، لذا نقترح أن يكون النص على الوجه الآتي: ((من تصرف في ملك غيره بدون إذن شرعي انعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة)).
- 2- يُلاحظ على توقف العقد في القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني إنه لا يوجد هنالك وقت محدد ينبغي على المالك أن يستعمل خلاله حقه في خيار إجازة العقد أو نقضه، لذا تتوقف آثار العقد إلى حين إجازته أو رفضه، ومن شأن ذلك إطالة المدة التي يبقى خلالها العقد معطلاً، وهذا يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال وتعطيل الانتفاع بها، وعليه لابد من تنظيم هذه الحالة كما فعل المشرع العراقي في المادة (136) من القانون المدني، لذا نقترح على المشرعين الأردني واليمني الأخذ بمضمون الفقرة الثانية من المادة (136) التي نصت على إنه " يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإن لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً "، ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد كما أشارت إلى ذلك الفقرة الثالثة من المادة (136) السابق ذكرها.
- 3- بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وحده من دون البائع، ولا يسري في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره، أما في القانون العراقي فالعقد يكون موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة بالنسبة للمالك والبائع والمشتري، لذا نقترح على القوانين المدنية العربية المتأثرة بالفقه الغربي أن تتبنى فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، لأن نظرية العقد الموقوف تحقق الحماية القانونية لكل من حدث التصرف في ملكه وبدون إذنه وتتماشى مع مبدأ الرضائية ودرء الضرر.

- 4- نصت المادة (136) في فقرتها الأولى من القانون المدني العراقي على إنه " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد..."، وبذلك فإن المالك إذا تصرف في ملكه بعد انعقاد العقد وقبل إجازته لتصرف الفضولي، يكون من شأن الأثر الرجعي للإجازة الأضرار بالغير حسن النية الذي اكتسب حقه من المالك، ومن أجل استقرار المعاملات لابد من إضافة العبارة الآتية ((على أن لا يضر بحقوق الغير حسن النية))، لذا نقترح أن يكون النص على الوجه الآتي: ((إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد على أن لا يضر بحقوق الغير حسن النية ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد...)).
- 5- نصت المادة (279) من القانون المدني الأردني على إنه (1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه 2- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه 3- فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب . 4- وعليه ايضاً ضمان منافعه وزوائده)، ومن أجل توحيد النصوص ولتشمل في حكمها العقار والمنقول على حد سواء نقترح على المشرع العراقي استبدال المادتين (197،192) من القانون المدني بمادة واحدة كما فعل المشرع الأردني في المادة (279) سالفة الذكر.
- 6- نصت المادة (1119) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرًا بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، ويلاحظ على هذه المادة إن المشرع العراقي قد عالج حكم البناء أو الغراس في أرض الغير بسوء نية في إطار الأحكام الخاصة بالالتصاق بفعل الإنسان، وليست ضمن الأحكام الخاصة بالغصب، وكان من الأجدر على المشرع أن يعالج أحكام هذه الحالة ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب، لذلك نقترح على المشرع العراقي نقل مضمون المادة (1119) من المواد التي نظمت أحكام الالتصاق إلى المواد التي نظمت أحكام الغصب.
- 7- جمع المشرع المصري في المادة (924) من القانون المدني بين أمرين أولهما تقيده حق مالك الأرض في الاختيار بين طلب الإزالة أو الاستبقاء بمدة سنة وهي مدة معقولة، والأمر الثاني أجاز للغاصب الباني أو الغارس أن يطلب قلع المنشآت ليجبر صاحب الأرض على استعمال خياره في استبقاء البناء أو الغراس، في حين إن المشرع العراقي لم يشير إلى هذين الأمرين، لذا نوصي المشرع العراقي بالأخذ بمضمون المادة (924) من القانون المدني المصري، لكي لا يبقى الأمر معلقاً، لأنه جعل الوقت مفتوحاً أمام المالك في استعمال خياره بين طلب قلع المنشآت أو إبقائها وتملكها، ولم يقيد بمدة معينة، لذا نقترح تعديل المادة (1119) من القانون المدني العراقي بأن تكون على الشكل الآتي: " إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره من دون رضا صاحبها ومن غير سبب مشروع، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضرًا بالأرض

فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع أو دفع ما زاد في ثمن الأرض وذلك خلال مدة معقولة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة هذه المحدثات".

8- نصت المادة (1129) من القانون المدني اليمني على إنه " إذا غيّر الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع ارش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغيير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله "، وقد أعطى المشرع اليمني للمالك في حالة تغيير العين المغصوبة حق الاختيار بين أخذ العين مع ارش النقص أو تركها وأخذ قيمتها سليمة وبأعلى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التسليم، ويرى أحد الشراح إن تقرير أعلى القيم فيه عدل وإنصاف للمغصوب منه، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الزمان والمكان، فإذا نقصت قيمة العين المغصوبة نقصاً فاحشاً يوم التسليم عن القيمة يوم الغصب كان الواجب قيمتها يوم الغصب، وإذا زادت القيمة في الفترة الواقعة بين يوم الغصب ويوم التسليم ألزم الغاصب بالقيمة الأعلى، لذا نقترح على المشرع العراقي الأخذ بمضمون المادة (1129) من القانون المدني اليمني.

9- نصت المادة (193) من القانون المدني العراقي على إنه " يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو من دون تعديه "، وهذه المادة لم توضح فيما إذا كان التضمين بالمثلي أو القيمي، ولكن كان الأولى بالمشرع العراقي إيراد الحكم بصراحة ضمن المواد التي نظمت أحكام الغصب كما فعل المشرع اليمني في صياغة واضحة بين فيها كيفية الضمان إذا كان المغصوب من المثليات أو القيميات وذلك في المادتين (1143، 1144) من القانون المدني، لذا نقترح تعديل المادة (193) السابق ذكرها والأخذ بنص المادتين (1143، 1144) من القانون المدني اليمني، إذ نصت المادة (1143) على إنه " يلزم الغاصب في تلف المثلي مثله إن وجد وإن تعذر فقيمه بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب "، ونصت المادة (1144) على إنه " يلزم الغاصب في تلف القيمي قيمته في أوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء".

10- نصت الفقرة الثالثة من المادة (194) من القانون المدني العراقي على إنه " وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان "، وحكم هذه الحالة للمغصوب منه أن يختار بين إعطاء قيمة الزيادة كاملة للغاصب وأخذ المغصوب عينا مع التعويض عن الأضرار الأخرى أو أن يتركه في يد الغاصب ويرجع عليه بالضمان، وهذا يتعارض مع موقف المشرع العراقي الذي تضمنته المادة (1119) التي نصت على إنه " إذا أحدث شخص بناءً أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم إنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع "، لذا نقترح على المشرع العراقي أن يضيف عبارة مستحقة القلع لعبارة قيمة الزيادة فتصبح العبارة قيمة الزيادة مستحقة القلع ليكون نص الفقرة الثالثة من المادة (194) على الوجه الآتي: " وإذا غير الغاصب بعض أوصاف

المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة مستحقة القلع واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان".

11- مما يُلاحظ على نص المادة (198) من القانون المدني العراقي بأنه لا يوجد انسجام بين الفقرة الثانية والفقرة الأولى منها، والترتيب المنطقي يتطلب تقديم الفقرة الثانية على الفقرة الأولى، لذا ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بهذا الترتيب، لأن إتلاف المغصوب كما يحدث عند وجوده في يد الغاصب، قد يحدث بعد انتقاله إلى يد غاصب الغاصب، وعليه نقترح تعديل المادة (198) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي: 1- إذا أُلِف أحد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فإن المغصوب منه يكون بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب، وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب 2- وإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدار منه الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول".

12- نصت المادة (200) من القانون المدني العراقي على إنه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لإحكام القانون "، ويرى أحد الشراح إن هذا النص تضمن عبارة إن المغصوب منه إذا ضمن الغاصب صح تصرفه، وكان الأصوب إيراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من عبارة صح تصرفه، وذلك لأن العقد غير النافذ صحيح وموقوف على إجازة من له حق الإجازة وإيراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للإبطال، وعليه نقترح تعديل المادة (200) من القانون المدني العراقي لتكون على الوجه الآتي: "إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً وهلك المغصوب أو تلف في يد المتصرف إليه كان للمالك الحقيقي الخيار في تضمين من يشاء فإن ضمن الغاصب نفذ تصرفه وإن ضمن المتصرف إليه رجع هذا الأخير على الغاصب بضمان الاستحقاق".

المصادر

* القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير والحديث

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن السري الزجاج، معاني القرآن وإعرابه، ج2، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1988م.
- 2- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود الحافظ، ج3، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، 1988م.
- 3- أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، ج10، دار الريان للتراث، 1978م.
- 4- أبي الفضل بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج5، دار الريان للتراث، 1978م.
- 5- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ط1، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، بلا سنة طبع.
- 6- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ط1، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- 7- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج3، دار الجيل، بيروت، 1988م.
- 8- أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن، ج2، ط2، منشورات المكتبة العلمية، بيروت، 1981م.
- 9- أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، سنن النسائي، ج7، دار الحديث، القاهرة، بلا سنة طبع.

- 10- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج3، دار القلم، بيروت، بلا سنة طبع.
- 11- أبي عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ج2، ط1، مكتب التربية العربية لدول الخليج، 1988م.
- 12- أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، دار الريان للتراث، 1987م.
- 13- أحمد بن علي حجر العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، ج5، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- 14- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج3، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بلا سنة طبع.
- 15- محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج1، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، 1345هـ.
- 16- محمد بن عبد الله بن محمد المعافري المشهور بالقاضي أبو بكر العربي، أحكام القرآن لأبن العربي، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، بلا سنة طبع.
- 17- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، سنن الترمذي، ج3، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1975م.
- 18- محمد بن يزيد القزويني، سنن بن ماجه، ج2، دار الريان للتراث، بلا سنة طبع.

ثانياً: المعاجم اللغوية

- 1- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج3، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.
- 2- أبي السعادة المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج4، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م.
- 3- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج5، دار الفكر، دمشق، 1979م.
- 4- أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بدون سنة طبع.
- 5- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1926م.
- 6- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، 2005م.
- 7- بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، 1977م.
- 8- الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب كتاب العين، ج2، ط1، مطبعة باقري، قم، 1414هـ.
- 9- السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج2، بلا سنة طبع.
- 10- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج2، ط1، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، بلا سنة طبع.

- 11- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج3، ط2، المطبعة الحسينية المصرية، 1344هـ.
- 12- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2، مطبعة دار المعارف، 1980م.
- 13- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، بدون سنة طبع.
- 14- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط7، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1953 م.
- 15- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج4، بيروت، 1987م.
- 16- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج5، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003م.
- 17- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج7، دار التوفيق للتراث، القاهرة، 2009م.
- 18- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج7، دار التوفيق للتراث، القاهرة ، 2009م.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

أ / كتب الفقه الإمامي

- 1- أبو القاسم الموسوي الخوئي، المسائل المنتخبة، ط2، دار الأندلس، بيروت، 1391هـ.
- 2- أبي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الشهير بالمحقق الحلي، المختصر النافع، ط2، مطبعة وزارة الأوقاف، مصر، 1378هـ.
- 3- أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف أو مسائل الخلاف، ج6، طبعة حجرية، مطبعة محمد علي العلمي، 1370هـ.
- 4- جعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحيى بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج3، ط1، مطبعة الآداب، 1389هـ.
- 5- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي المطهر، تذكرة الفقهاء، ج3 ، طبع حجر، بدون سنة طبع.
- 6- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، ج7، منشورات المكتبة الرضوية طهران، 1388هـ.
- 7- علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج2، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2017م.
- 8- كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج1، بدون سنة طبع.
- 9- محمد الحسيني، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، ط1، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1998م.
- 10- محمد بن حسن بن علي الطوسي، المبسوط، ج3، طبعة حجرية، إيران، 1271هـ.
- 11- محمد بن مكي شمس الدين العاملي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، بلا سنة طبع.

- 12- محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق عرض واستدلال (أحكام المعاملات)، ج4، ط1، منشورات الرضا، بيروت، 2012م.
- 13- مرتضى الأنصاري، المكاسب، مطبعة اطلاعات، تبريز، 1372هـ.
- 14- مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ط2، مطبعة اطلاعات تبريز، 1375هـ.
- 15- مرتضى الأنصاري، كتاب المكاسب، ج1، ط2، مؤسسة الإمام المنتظر، قم، 1433هـ.
- 16- ميرزا حبيب الله الرشتي، الالتقاطات (كتاب الغصب)، تصحيح حسن قاسمي، طهران، 1302-1234هـ.ق.

ب / كتب الفقه الحنفي

- 1- إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، ملتنقى الأبحر، ج2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1989م.
- 2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- 3- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، بلا سنة طبع.
- 4- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ط1، دار السلام، القاهرة، 1999م.
- 5- أبي الليث السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، دار الفكر، دمشق، بلا سنة طبع.
- 6- أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج11، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1986م.
- 7- أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري، الفروق، ج2، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1402هـ.
- 8- جماعة من علماء الحنفية، الفتاوى الهندية، ج5، مطبعة دار الطباعة، بولاق، 1276هـ.
- 9- زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط1، المطبعة العلمية، بلا سنة طبع.
- 10- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م.
- 11- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة طبع.
- 12- زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- 13- شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
- 14- الشيخ عبد الغني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، 1980م.

- 15- أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج6، دار الطباعة العامرة، بولاق، 1254هـ.
- 16- عبد الرحمن محمد بن سليمان المعروف داماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج2، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- 17- علاء الدين ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995م.
- 18- علاء الدين أبو بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، 1986م.
- 19- علاء الدين أبي بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، مطبعة الإمام، القاهرة، الناشر زكريا علي يوسف، بلا سنة طبع.
- 20- علاء الدين أبي بكر بن أحمد بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج10، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
- 21- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.
- 22- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، بلا سنة طبع.
- 23- فخر الدين حسن بن منصور الإوز جندي الحنفي، فتاوي قاضي خان، ج2، بلا سنة طبع.
- 24- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، ط2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بلا سنة طبع.
- 25- كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع.
- 26- محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1996م.
- 27- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، دار الفكر، بيروت، 2000م.
- 28- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، ط4، دار الفكر، بيروت، 1962م.
- 29- محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج6، دار الفكر، 1992م.
- 30- محمد أمين الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، مطبعة شركة الصحافة العثمانية، استانبول، 1325هـ.
- 31- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، المطبعة المصرية ببولاق، 1286هـ.
- 32- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2، ط2، مطبعة البابي، القاهرة، 1966م.
- 33- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج11، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1978م.

- 34- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج13، دار المعرفة، بيروت، 1993م.
- 35- محمد بن محمود البابر، شرح العناية على الهداية، ج9، ط2، دار الفكر، 1977م.
- 36- محمد علاء الدين الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ج2، بلا سنة طبع.

ج / كتب الفقه المالكي

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2003م.
- 2- أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج7، دار الفكر، بيروت، 1989م.
- 3- أبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، منشورات المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بلا سنة طبع.
- 4- أبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل للحطاب، ج5، ط2، 1979م.
- 5- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.
- 6- أحمد بن محمد الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، الطبعة الأخيرة، 1952م.
- 7- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج3، بلا سنة طبع.
- 8- محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج3، مكتبة النجاح، ليبيا، بلا سنة طبع.
- 9- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج8، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1994م.
- 10- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ج3، عالم الكتب، بلا سنة طبع.
- 11- صالح عبد السميع الأبي الأزهر، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج2، ط2، مطبعة الحلبي، 1947م.
- 12- عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وبهامشه حاشية العلامة الشيخ محمد البناني، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- 13- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج14، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.
- 14- مالك بن أنس، الموطأ، ج2، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة طبع.
- 15- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج1، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع.
- 16- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار الفكر، القاهرة، بلا سنة طبع.

- 17- محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بلا سنة طبع.
- 18- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي، ج6، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع.
- 19- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج5، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- 20- محمد عlish المالكي، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج3، دار صادر، بلا سنة طبع.
- 21- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، دار الكلام الطيب، دمشق-بيروت، 2010م.

د / كتب الفقه الشافعي

- 1- ابن قاسم الغزي، حاشية البيجوري، ج1، دار الفكر للنشر والتوزيع، بلا سنة طبع.
- 2- ابن يحيى زكريا الأنصاري، منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب، ج1، مطبعة مصطفى البابي، 1948م.
- 3- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج3، المكتب الإسلامي، بيروت، بلا سنة طبع.
- 4- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، ج9، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- 5- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج3، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1985م.
- 6- أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، شرح السنة، ج8، ط2، المكتب الإسلامي، دمشق، 1983م.
- 7- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج3، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بلا سنة طبع.
- 8- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الشافعي، ج1، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- 9- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، دار الفكر، 1994م.
- 10- أبي حامد الغزالي، الوجيز، ج1، مطبعة الأدب والمؤيد، مصر، 1317هـ.
- 11- أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، بلا سنة طبع.
- 12- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ج1، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- 13- أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم مع مختصر المزني، ج8، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1980م.
- 14- سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهاج الطلاب، المكتب الإسلامي، ج3، ديار بكر، تركيا، بلا سنة طبع.

- 15- شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج2، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1958م.
- 16- شمس الدين محمد بن العباس بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، مطبعة الحلبي، مصر، 1967م.
- 17- شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ج2، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، بلا سنة طبع.
- 18- شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م.
- 19- شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج مطبوع مع حواشي الشيرواني وابن قاسم العبادي، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بلا سنة طبع.
- 20- عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، المكتبة التجارية، القاهرة، 1359هـ.
- 21- عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح الغدير بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، ج8، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- 22- عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين، ج3، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع.
- 23- محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر، 1995م.
- 24- محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3، مطبعة مصطفى محمد، بلا سنة طبع.

هـ / كتب الفقه الحنبلي

- 1- ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، ج1، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1405هـ.
- 2- أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي، المطلع على أبواب الفقهاء، ج1، دار المكتب الإعلامي، بيروت، 1981م.
- 3- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني لابن قدامه على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ج5، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، بلا سنة طبع.
- 4- أبي الفرج عبد الله بن رجب الحنبلي، القواعد، ط2، دار الجيل، بيروت، 1988م.
- 5- أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع، ج2، المطبعة المصرية بالأزهر، بلا سنة طبع.
- 6- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج4، ط3، منشورات دار المنار، 1367هـ.
- 7- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامه المقدسي، المغني، ج5، ط3، مكتبة القاهرة، 1968م.
- 8- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري، منتهى الإرادات في جمع المقنع، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة، بلا سنة طبع.

- 9- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، دار الجبل، بيروت، بلا سنة طبع.
- 10- عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج6، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983م.
- 11- عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، المقنع، ج2، المطبعة السلفية، بلا سنة طبع.
- 12- عبد الله بن أحمد محمد بن قدامه المقدسي، المغني، ج6، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع.
- 13- عبد الله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2، ط5، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، 1988م.
- 14- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج6، ط2، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- 15- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1957م.
- 16- محمد بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرائع المقنع، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ.
- 17- مرعي بن يوسف الكرمي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، دار السلام للطباعة والنشر، دمشق، 1378هـ.
- 18- منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع، ج2، دار التراث، القاهرة، بلا سنة طبع.
- 19- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى (دقائق أولى النهى لشرح المنتهى)، ج2، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1993م.
- 20- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، ج4، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
- 21- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع.
- 22- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، ج4، المطبعة الشرقية، مصر، بلا سنة طبع.

و / كتب الفقه الزيدي

- 1- أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار، ج3، ط1، طبعة وزارة العدل، مصر، 1340هـ.
- 2- أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج3، ط1، دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1947م.
- 3- أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج5، ط1، 1947م.
- 4- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج3، ج4، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1366هـ.

- 5- شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج3، ط2، مكتبة البيان، دمشق، 1968م.
- 6- شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيمي الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج3، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة، 1348هـ.
- 7- محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج5، دار الجيل، بيروت، بلا سنة طبع.
- 8- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- 9- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ج1، دار الجيل، بيروت، 1987م.
- 10- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج5، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1371هـ.
- 11- محمد بن علي محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، ط2، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1994م.

ز / كتب الفقه الظاهري

- 1- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، منشورات إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1350هـ.
- 2- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بلا سنة طبع.

ح / كتب الفقه الإباضي

- 1- محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج13، ط3، مطبعة الإرشاد، جده، 1972م.

رابعاً: كتب الفقه الحديث

- 1- إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، دار البيارق، بيروت، 1997م.
- 2- أبو الفرج بن عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بمصر، 1971م.
- 3- أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج4، ط2، دار البشائر الإسلامية، 1996م.
- 4- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي (الملكية ونظرية العقد)، منشورات الحلبي، بيروت، 2002م.
- 5- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، بلا سنة طبع.

- 6- أنور محمود دبور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2009م.
- 7- حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م.
- 8- سابق، فقه السنة (السلم والحرب والمعاملات)، مج3، طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة، دار الجيل، دار الفتح للإعلام العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- 9- سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الأموال، ط1، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، 2008م.
- 10- سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، 2003م.
- 11- شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، مطبعة جامعة دمشق، 1962م.
- 12- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج1، دار العلم للملايين، بلا سنة طبع.
- 13- عباس أحمد محمد الباز، أحكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف فيه في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998م.
- 14- عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي بحث موازن بين المذاهب الإسلامية السبعة مقارن بالقانون الوضعي، ط2، الناشر مكتب الإعلام الإسلامي، 1992م.
- 15- عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، مكتبة الأقصى، عمان، 1977م.
- 16- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة بهجة المعرفة، بغداد- بيروت، 1969م.
- 17- عبد اللطيف محمد، من نظريات الفقه الإسلامي (نظرية الحق -نظرية العقد)، 2006م.
- 18- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010م.
- 19- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
- 20- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الكتاب الثاني (نظرية العقد)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014م.
- 21- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1977م.
- 22- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993م.
- 23- محمد إسماعيل أبو الريش، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن، ط2، مطبعة الأمان، مصر، 1994م.
- 24- محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف، 1340هـ.

- 25- محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد إبراهيم فاضل الدبو، فقه المعاملات والجنايات، المعاملات، ج1، ط1، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، 1989م.
- 26- محمد زكي عبد البر، التصرفات والوقائع الشرعية، ط1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1982م.
- 27- محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، 1989م.
- 28- محمد عثمان شبيب، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط2، دار النفائس، عمان، 2010م.
- 29- محمد مصطفى شلبي، تأريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- 30- محمد نجيب عوضين، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، 2003م.
- 31- محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط1، دار الفكر، دمشق، 1984م.
- 32- مصطفى إبراهيم الزلمي عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008م.
- 33- مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، طبعة طربين، دمشق، 1965م.
- 34- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، ط6، دار الفكر، بيروت، 1968م.
- 35- هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، منشورات مكتبة هاشم، بلا سنة طبع.
- 36- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنايات في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982م.
- 37- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنايات في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998م.

خامساً: الكتب القانونية

- 1- د. إبراهيم أبو الليل د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، طباعة مطابع مقهوي، الكويت، 1986م.
- 2- د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م.
- 3- د. إسماعيل عبد الله شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م.
- 4- د. إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1958م.
- 5- د. السيد عيد نايل، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.

- 6- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م.
- 7- د. أنور سلطان د. جلال العدوي، الموجز في العقود المسماة (البيع)، الناشر دار المعارف، 1963م.
- 8- أنور طلبة، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004م.
- 9- د. بشار ملكوي د. فيصل العمري، مصادر الالتزام، ط1، دار وائل، عمان، 2006م.
- 10- د. بهار محمود فتاح، خيار ترك المال وأحكامه في القانون المدني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014م.
- 11- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1988م.
- 12- د. توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، بيروت، 1988م.
- 13- د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984م.
- 14- د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1985م.
- 15- د. تيسير احمد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014م.
- 16- د. جعفر الفضلي د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1987م.
- 17- د. جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011م.
- 18- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م.
- 19- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1999م.
- 20- د. جورج ش دراوي، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005م.
- 21- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، 1964م.
- 22- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ط1، مطبعة لجنة البيان العربي، بغداد، 1964م.
- 23- د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ط3، 2000م.
- 24- د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، دار أبو المجد بالهرم، 1993م.
- 25- د. حسن رياض محمد، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020م.

- 26- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، (الخطأ)، أشرف على تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو، ج2، ط1، الناشر دار وائل للنشر، عمان، 2006م.
- 27- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1967م.
- 28- د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965م.
- 29- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ج1، مطبعة دار المعارف، بغداد، 1970م.
- 30- د. رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2011م.
- 31- د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997م.
- 32- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.
- 33- د. رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع فقهاً وقضاءً، ط8، دار الألفي القانونية بالمينا، 2010م.
- 34- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار)، ج1، ط3، مطبعة العاني، بغداد، 1974م.
- 35- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973م.
- 36- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973م.
- 37- د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقاوله)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1993م.
- 38- د. سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، دار العلم للجميع، بيروت، 1998م.
- 39- د. سليمان محمد الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة السعادة، 1985م.
- 40- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، ط4، عالم الكتب، القاهرة، 1980م.
- 41- د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، 2000م.
- 42- د. سيف رجب قرامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.
- 43- د. شاکر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، ج2، مطبعة المعارف، بغداد، 1959م.
- 44- د. شاکر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1969م.

- 45- د. شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952م.
- 46- د. شه نك محمد جميل كريم، أثر القصد المدني في تضمين اليد، دار الكتب القانونية، مصر، 2011م.
- 47- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1961م.
- 48- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد 1962م.
- 49- د. ضحى محمد سعيد النعمان، البناء على ملك الغير دون إذن المالك دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر- الإمارات، 2014م.
- 50- د. طارق كاظم عجيل، محاضرات القيت على طلبة الماجستير في قسم القانون الخاص، كلية القانون- جامعة ذي قار، 2015م.
- 51- د. طلبة وهبه خطاب، نظام الملكية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط2، مكتبة سيد عبد الله وهبه، 1988م.
- 52- د. عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، 1984م.
- 53- د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1956م.
- 54- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (الحق)، ج2، الكويت، 1970م.
- 55- د. عبد الرحمن جمعة الحلاشه، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، ط1، دار وائل، عمان، 1998م.
- 56- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، 1954م.
- 57- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون (حق الملكية)، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م.
- 58- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية)، ج8، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- 59- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، مج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- 60- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م.
- 61- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج1، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- 62- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ج4، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.

- 63- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (التأمينات العينية والشخصية)، ج10، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م.
- 64- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1954م.
- 65- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1 (مقدمة-صيغة العقد)، ط2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998م.
- 66- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج4 (نظرية السبب ونظرية البطالان)، ط2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998م.
- 67- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، ج9، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.
- 68- د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م.
- 69- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مج2، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م.
- 70- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار المعارف، القاهرة، 1967م.
- 71- د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري عقد الإيجار الأحكام العامة، ج1، دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.
- 72- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، 1984م.
- 73- د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006م.
- 74- د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004م.
- 75- د. عبد الله مبروك النجار، تعريف الحق ومعياري تصنيف الحقوق دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021م.
- 76- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963م.
- 77- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام)، ج1، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، 1977م.
- 78- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، (مصادر الالتزام)، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- 79- د. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع.

- 80- د. عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1980م.
- 81- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982م.
- 82- د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط2، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1964م.
- 83- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- 84- د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، ط2، المطبعة العالمية الحديثة، القاهرة، 1982م.
- 85- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990م.
- 86- د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975م.
- 87- د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والإيجار، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015م.
- 88- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010م.
- 89- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- 90- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثامن، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت، بلا سنة طبع.
- 91- علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991م.
- 92- د. علي شاكر عبد القادر البدر، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016م.
- 93- د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.
- 94- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني فقهاً وقضاءً (المسؤولية التقصيرية الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال الإتلاف والغصب)، ج5، مطبعة السيماء، بغداد، 2021م.
- 95- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، منازعات الحيازة والملكية في التشريع المصري والعربي والأجنبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- 96- لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي، مطبعة الكتاب، بغداد، 2017م.
- 97- د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، ط1، مكتبة الجيل، الموصل، 2001م.

- 98- د. محمد الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006م.
- 99- د. محمد الصغير البعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006م.
- 100- د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012م.
- 101- د. محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020م.
- 102- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231، من القانون المدني الفرنسي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018م.
- 103- د. محمد سليمان الأحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة السعادة، 1985م.
- 104- د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- 105- د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- 106- د. محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الحنفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001م.
- 107- محمد طه البشير د. حسون غني طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982م.
- 108- محمد طه البشير د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج1 (الحقوق العينية الأصلية)، 1982م.
- 109- د. محمد علي عمران، موجز البيع، 1989م.
- 110- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، (الالتزامات)، ج2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1955م.
- 111- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
- 112- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- 113- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد الإيجار)، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- 114- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.
- 115- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، ج2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1994م.
- 116- د. محمد ياسر حسني محمد الشناوي، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية دراسة تأريخيه مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.

- 117- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة والتشريعات المدنية العربية، بغداد، 2000م.
- 118- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة، ط1، 2014م.
- 119- د. مصطفى الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، الدار الجامعية، 1986م.
- 120- د. مصطفى منصور مصطفى، عقد الإيجار، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بلا سنة طبع.
- 121- منير القاضي، شرح المجلة، ج2، مطبعة الخيرية والعاني، بغداد، 1947م.
- 122- منير القاضي، ملحق البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة)، مج1، مطبعة العاني، بغداد، 1952م.
- 123- منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العالية التابع لجامعة الدول العربية، دار مصر للطباعة، 1954م.
- 124- د. ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998م.
- 125- د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني (نظرية الحق)، دار النهضة العربية، بيروت، 1995م.
- 126- د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، مطابع سجل العرب، 1977م.
- 127- هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني دراسة مقارنة، تقديم د. محمد سليمان الأحمد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م.
- 128- د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م.
- 129- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في القانون المدني (نظرية العقد)، ج1، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، 2002م.
- 130- د. يحيى محمد عبد الله الجرافي، الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، ط3، المطبعة القضائية، صنعاء، 2010م.

سادساً: الرسائل والأطاريح الجامعية والبحوث العلمية

- 1- د. أدورد عيد، أثر انخفاض قيمة النقد في الالتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثاني والثلاثين، 2002م.
- 2- د. أسامة محمد العبد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد 15، بلا سنة طبع.

- 3- د. أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مولود معمري، 2015م.
- 4- د. إسماعيل كاظم العيساوي، ضوابط المثلي والقيمي في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج 23، العدد 73، 2008م.
- 5- أكرم محمود حسين، المسؤولية عن تهدم البناء، رسالة ماجستير مقدمة كلية القانون- جامعة بغداد، 1990م.
- 6- أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات- جامعة النجاح، فلسطين، 2006م.
- 7- بسام مجيد سليمان، التنظيم القانوني للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية، بحث منشور في مجلة الرافدين، مج 14، العدد 50، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بلا سنة طبع.
- 8- توفيق إبراهيم موسى أبو عقيل، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات- جامعة الخليل، 2008م.
- 9- جباوي رضا، التصرف في ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2017م .
- 10- د. حبيب إدريس عيسى د. أكرم محمد حسين، ضمان المغصوب دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق- جامعة الموصل، مج 17، العدد 61، 2014م.
- 11- د. حبيب إدريس عيسى، النظام القانوني للغصب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الموصل، 2012م.
- 12- حسيب صالح إسماعيل، البناء غير القانوني على الأراضي الزراعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة- جامعة صلاح الدين، 2008م.
- 13- زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014م.
- 14- د. سعد رستم أحمد طه، قسمة الأعيان وقسمة المنافع وأحكامها في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى المعهد الأعلى لأصول الدين- جامعة الزيتونة، 2006م.
- 15- د. سليمان الخلف الحميد، النظام الضريبي في الإسلام في ضوء كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام، أطروحة دكتوراه، مقدمة لكلية العلوم الإسلامية، 2005م.
- 16- سيف بسام سعيد التميمي، تغير العين المضمونة وأثره في الملكية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة كربلاء، 2018م.
- 17- صبا سعدي علي، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2001م.
- 18- صلاح الدين بن عبد الله العلاني الدمشقي، الكلام في بيع الفضولي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثالث، 1990م.

- 19- د. عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية في جامعة بغداد، 1992م.
- 20- د. عبد اللطيف محمد السيد مرسل، الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 2010م.
- 21- عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الدراسات الإسلامية العليا- جامعة بغداد، 1969م.
- 22- د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد 32، 2002م.
- 23- علاء وصفي المستريحي، التكليف القانوني لعقد بيع مال الغير دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، المجلد السابع، العدد 27، 2019م.
- 24- د. عمار محمد علي القضاة، آثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة عمان العربية، 2012م.
- 25- د. غسان كريم عبد المشهداني، مدى تأثير القانون المدني العراقي بمقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإمام الأعظم الجامعة، 2019م.
- 26- فرج إبراهيم عبد الله سكر، الحيابة في المنقول كسبب من أسباب الملكية دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2011م.
- 27- لفته هامل العجيلي، عقد المغارسة في الشريعة والقانون، بحث تقدم به إلى مجلس القضاء الأعلى ضمن متطلبات الترقية إلى الصنف الثالث، بلا سنة طبع.
- 28- محمد حسن قاسم، الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة في القوانين المدنية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، 2015م.
- 29- محمد رافع يونس، المغارسة في أرض الوقف دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، مج 15، العدد 52، السنة 17، بلا سنة طبع.
- 30- محمد زكريا البرديسي، التصرف الإسقاطي، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 12، العدد الثاني، 1968م.
- 31- محمد عبد الوهاب محمد، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، 2006م.
- 32- محمود محمد الطنطاوي، حقيقة التصرف وأقسامه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة عشرة، جامعة عين شمس، 1973م.
- 33- د. ميري كاظم عبيد الخيكاني، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1999م.
- 34- نادر محمد القضاة، أثر اختلاف الفقهاء في مالية المنافع، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مج 28، العدد 3، غزة، 2020م.
- 35- نبأ محمد عبد العبيدي، غصب العقار، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة النهرين، 2006م.

- 36- نظيمة قيس محمد الكيلاني، رهن ملك الغير دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة النهرين، 2006م.
- 37- نوزاد عباس أحمد، ضمان المال بوضع اليد دراسة فقهية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 19، السنة الخامسة، بلا سنة طبع.
- 38- د. الهادي السعيد عرفه حسب النبي، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في الفقه الإسلامي، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1984م.
- 39- وداد وهيب لهمود، الأطر القانونية لرهن ملك الغير دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد 52، 2020م.
- 40- يوسف محسن محمد علي، الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة بغداد، 1978م.

سابعاً: متون القوانين والاعمال التحضيرية

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
- 2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 4- قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم 64 لسنة 1966.
- 5- قانون الإصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1971.
- 6- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- 7- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.
- 8- القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002.
- 9- مجموعة الأعمال التحضيرية، الباب التمهيدي أحكام عامة من المادة 1 الى المادة 88، ج1، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.
- 10- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط3، مطبعة التوفيق، عمان، 1992م.

ثامناً: مصادر القرارات القضائية

- 1- عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، 1957م.
- 2- القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 108، جامعة القديس يوسف في بيروت، 2009م.
- 3- مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الخامس، السنة الرابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، 1956م.
- 4- مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، 1959م.

- 5- مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية، 2007م.
- 6- مجلة نقابة المحامين الأردنية، عمان، 1953م.
- 7- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، 1975م.
- 8- ناصر فتحي بدوي، دعوى الطرد للغصب في ضوء أحكام محكمة النقض، دار عمان للكتب، مصر، بلا سنة طبع.
- 9- النشرة القضائية، العدد الأول، بلا سنة طبع.
- 10- النشرة القضائية، العدد الأول، 2008م.
- 11- النشرة القضائية، العدد الخامس، 2009م.

تاسعاً: المواقع الإلكترونية

- 1- [http:// law master. Blogspot.com](http://lawmaster.blogspot.com).
- 2- https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil.
- 3- www.almodarresi.com.
- 4- arab-ency.com.sy.
- 5- www.bibliotdroit.com .
- 6- www.islamweb.net.
- 7- <https://www.bibliotdroit.com>
- 8- <http://islamqa.info/ar/ref>.

عاشراً: المصادر الأجنبية

- 1-Baudry et saig nat , Traite Theorique et pratique et pratique de droit civil Du: conteat de vente . 3eme ed.
- 2-De pag (H) Traite ele mentair de droit civil belge . T.L.v 195.
- 3-Demogue (R) Traite des obigafions , en generl , t4 , paris , 1923 - 1933.
- 4-Dragur - l' execution en nature des contrats , these , paris , 1939 .
- 5-Ghestin , traite de droit civil , le contrat , formation 1988.
- 6-Guillaud (L) Traitred la vente en droit belge , 1960.
- 7-Jean cherallier,Louis Bach , Droit civil,introduction al entude du droit, tomel , 10 editions , sirey , paris , 1989 .
- 8-La P. VOIRIN ed Goubeaux . Manuel DE droit civil.

9-Louis Josserand , droit civil positif francais ,part II , denxieme edition , 1933.

10-Marcel , planuil , ET- Georges , droit civil francais , part II , edition , tom Ex II , paris , 1953.

11-Mazeaud (H.L.et J) le cons de droit civil T:11 1969.

12- planiol et bipert , trate pratique de droit civil francais , tx II , parbecque, LGDJ, 1953.

13-Tabbah Bicara ,Broprite privee et register foncier , tom2. 1950.

Legal Act Concerning Unlawful Obtained Money

Abstract

Since the Islamic Sharia's view of property a special view that stems from a deep understanding and realism, it respected it and established provisions that guarantee its care and protection. For everything that occurs to the insured eye, such as shortage, loss, or anything else This respect was not limited to Islamic Sharia, but the man-made laws recognized the right of ownership and surrounded it with an impenetrable fence of legal rules that protects it from any aggression against it. Individuals within the legal community feel safe and stable, and therefore the right of ownership may not be violated and may not be forcibly removed except for the public benefit and in return for fair compensation. not angry . In light of this protection given by Islamic Sharia and man-made laws to the right of ownership, however, we may find a person who disposes of the property of another, for example, who takes possession of the property of others, as he may sell this property as is the case with the usurper and the hand that followed the hand of the usurper and replaced it without legal basis or permission From the owner, and the principle is that the usurper is legally and legally obligated to return the usurped money to its owner, but the presence of the usurped in the hands of the

As the duration of the usurped money remaining in the hands of the usurper may push him to do some actions that may prevent the owner from exercising his known powers of use, exploitation and disposal, and this leads to destabilizing financial transactions and harming the rights of others, given the seriousness of this phenomenon and its spread in society in recent times. Finally, we have prepared this study, which came under the title " Legal Act Concerning Unlawful Obtained Money ".

The research problem lies in the following matters :

- The usurpation may result in direct damage to the usurped money, as the usurper may change it and turn it into something else, and a shortage may occur in it or it may be attached to another, and the usurper may sell it, rent it, or mortgage it to other actions.

-The scattering of texts that dealt with the provisions of the disposal of usurped money and meet the provisions of usurpation and are considered an application of its applications. However, the text of them was not mentioned by the Iraqi, Jordanian and Yemeni legislators among the provisions that dealt with the subject of usurpation .

- Clarifying the extent of the adequacy of the texts that dealt with the provisions of disposing of usurped money and determining what the civil legislations, subject of comparison, have been silent about in those provisions, in order to reach the consequences of disposing of usurped money represented in returning and guaranteeing the usurped money .

- statement of how the Iraqi legislator organizes the issue of disposing of usurped money in our civil law and the extent of its compatibility in regulating the provisions of this disposal compared to other comparable civil laws .