مدى كسب الملكية بضمان الغصب

The extent of acquisition of ownership by usurpation

أ.م.د. دلال تفكير مـراد

كلية القانون – جامعة الكوفة

dalalt.alardhi@uokufa.edu.iq

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/١/٣ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٥/٤

الملخص:

يعد حق الملكية من اهم الحقوق العينية التي تنتقل فيها ملكية الشيء اما برضا المالك وارادته ويحدث ذلك بالعقد والوصية، واما دون ذلك كما في الشفعة والالتصاق. وبقول اخر ان حق الملكية لا ينشأ ولا يكتسب دون ان يكون هناك سبب مشروع لكسب الملكية اقره المشرع واسند كسب حق التملك اليه. ولكن هل يمكن ان يكون السبب المؤدي الى كسب حق التملك غير مشروع مستندا الى فعل الغصب ليعتبر ضمان الغصب سببا لكسب الملكية، هذا ما اتجهت اليه بعض التشريعات وجانبا من الفقه الاسلامي عندما اعتبر ضمان الغصب سبب للتملك في بعض الحالات متى ما توافرت شروط معينة الغرض منها الحيلولة دون اتخاذ ضمان الغصب وسيلة لتملك مال الغير دون رضاه ودون وجه حق وتحقيقا للاستقرار القانوني في المعاملات.

الكلمات المفتاحية: ضمان الغصب، المال المغصوب، الغاصب، المغصوب منه، اسباب كسب الملكية.

Abstract:

The right of ownership is one of the most important real rights through which ownership of a thing is transferred, either with the owner's consent and will such as through contracts and wills or without consent, as in cases of preemption and accession. In other words, the right of ownership does not arise or transfer unless there is a legitimate reason for acquiring ownership, as recognized by the legislator, who attributes the acquisition of ownership to it. However, can the reason leading to the acquisition of ownership be illegitimate, based on an act of usurpation, so that the guarantee of usurpation is considered a cause for ownership Some legislations and aspects of Islamic jurisprudence have taken this approach, considering the guarantee of usurpation as a means of ownership in certain cases, provided that specific conditions are met. The purpose of these conditions is to prevent the guarantee of usurpation from becoming a tool for acquiring another’s property without their consent or legal justification while ensuring legal stability in transactions.

Keywords: Guarantee of Usurpation, Usurped Property, Usurper, Dispossessed Owner, Causes of Ownership Acquisition.

المقدمة:

اولا/ جوهر فكرة البحث: يعتبر حق الملكية من اهم الحقوق العينية واسعة النطاق والتي اقرت التشريعات الوضعية امكانية اكتسابه بالطرق المشروعة، وبما يسهم في تعزيز وتطوير النظام الاجتماعي والاقتصادي للدول. كما تتمثل اهمية حق الملكية في كونه الاصل الذي تتفرع عنه كافة الحقوق العينية الاصلية الاخرى، اذ ان هذه الحقوق ما هي الا تقليص لسلطات المالك المتمثلة بالاستعمال والاستغلال والتصرف، عن طريق منح الغير سلطتي الاستعمال او الاستغلال لتبقى للمالك سلطة التصرف فقط. ويتميز حق الملكية بانه لا ينشأ لشخص ما من تلقاء نفسه فلا يمكن تصور ان يكون الشخص مالكا للشيء او العين دون ان يكون هناك سبب من اسباب كسب الملكية. الا انه قد يتبدل المالك للشيء دون ارادته او رغبته في ذلك، حيث نجد ان نصوص القانون المدني قد تسمح بتغير المالك وذلك لضمان حقه ومصلحته في مواجهة الغاصب الذي يعد ضامنا عندما تتغير العين المغصوبة بفعله تغيرا يفقدها ذاتيتها عما كانت عليه قبل واقعة الغصب، مما يترتب عليه وجوب الضمان للمغصوب منه، في مقابل تملك الغاصب للعين المغصوبة ومدى امكانية اعتبار ضمان الغصب سببا لكسب ملكية العين المغصوبة.

ثانيا/ اهمية موضوع البحث: تكمن اهمية دراسة موضوع البحث في ضرورة التعرف على مدى الاختلاف في اعتبار ضمان الغصب سببا من اسباب كسب الملكية. حيث جاءت دراسة موضوع الضمان كسبب للتملك بشكل عام في نصوص متفرقة وغير واضحة المعالم، فلا بد من الوقوف على معنى ضمان الغصب وامكانية اعتباره سببا للتملك سواء على صعيد التشريعات المدنية او الفقه الاسلامي، وماهي الشروط الواجب توافرها حتى يتملك الغاصب بالضمان. وإذا كان بالإمكان اعتبار التملك بضمان الغصب سببا مستقلا من اسباب كسب الملكية، فما هو موقعه من بين هذه الاسباب.

ثالثا/ اشكالية البحث: جاءت هذه الدراسة لبيان الاثار القانونية الناتجة عن اعتبار ضمان الغصب سببا للتملك، وبيان موقف المشرع العراقي من ذلك، ومدى احاطة النصوص المتعلقة بأحكام الغصب بهذا الضمان من جميع جوانبه بالمقارنة مع الفقه الاسلامي.

رابعا/ الهدف من البحث: ان الهدف من دراسة موضوع البحث هو لغرض الاجابة على التساؤلات التي من الممكن ان تثار حوله ومنها:

١. ما هو ضمان الغصب، وما هي الشروط الواجب توافرها لكي يمكن التملك بضمان الغصب؟

٢. إذا كانت النصوص القانونية قد ألزمت من اغتصب مال الغير بالضمان اي التعويض، فهل يمكن للغاصب ان يتملك المال المغصوب عند دفعه لهذا التعويض كضمان للغصب؟

٣. عند اعتبار ضمان الغصب سببا للتملك، فهل انه سبب مستقل لكسب الملكية، ام ان من الممكن ادراجه تحت أحد الاسباب التي عددها المشرع العراقي لكسب الملكية؟

هذا ما سنحاول الاجابة عليه من خلال بحثنا هذا ان شاء الله تعالى.

خامسا/ منهجية البحث: سيتخذ البحث المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية التي تناولت ضمان الغصب في التشريع العراقي ومقارنتها بالتشريع المدني الاردني الذي نص على هذا الضمان بصورة صريحة، مع الاشارة الى موقف الفقه الاسلامي وذلك للوقوف على مدى معالجة التشريع العراقي لمفهوم ضمان الغصب.

سادسا/ خطة البحث: سيتم تناول موضوع البحث على مبحثين، يخصص الاول منها لبيان مفهوم التملك بضمان الغصب من خلال مطلبين، الاول منها يكون للوقوف على معنى ضمان الغصب والثاني لشروط التملك بضمان الغصب. اما المبحث الثاني يخصص لبحث مدى امكانية كسب الملكية بضمان الغصب وعلى مطلبين كذلك، نعرض في الاول منها الى الخلاف الفقهي في اعتبار ضمان الغصب سببا للتملك والثاني لموقع ضمان الغصب من اسباب كسب الملكية.

فإذا ما انتهينا من ذلك وصلنا الى كلمة خاتمة نضمنها اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول: مفهوم التملك بضمان الغصب

قد يكون السبب المؤدي الى كسب حق الملكية ناتجا عن فعل الغصب والذي يعد إحدى صور المسؤولية المدنية المترتبة على الفعل غير المشروع، حيث يقوم الغاصب بوضع يده على شيء مملوك للغير بدون اذن مالكه، فيلحق هذا الاخير ضررا من جراء ذلك متمثلا بحرمانه من الانتفاع بالشيء المملوك له. بل وحتى من ملكيته في بعض الاحيان إذا توافرت شروط معينة مما يوجب الحكم على الغاصب بالضمان وبما يعادل حجم الضرر الذي لحق بالمغصوب منه. وللإحاطة بمفهوم التملك بضمان الغصب ينبغي لنا الوقوف اولا على معنى ضمان الغصب في المطلب الاول، وشروط التملك بضمان الغصب في المطلب الثاني.

المطلب الأول: معنى ضمان الغصب

للتوصل الى تحديد المعنى الدقيق لضمان الغصب لابد من الوقوف على معنى الضمان اولا ومن ثم التطرق الى معنى الغصب. اذ ان للضمان معان عدة في اللغة وكذلك في الاصطلاح الفقهي والقانوني نذكر بعضها للتعرف على تلك المعان. لفظ الضمان في اللغة مشتق من الفعل ضمن، وضمان المال في اللغة اي التزامه. فيقال ضمن فلان الشيء: اي جعله يضمنه والتزمه وضمنت المال التزمته. ويقال تضامنوا اي التزم كل منهم بأن يؤدي عن الاخر ما يعجز عن ادائه والضمان هو الكفالة والالتزام.[١] ويأتي الضمان كذلك بمعنى الجزم، فيقال ضمن الشيء اي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه.[٢] وللضمان لدى فقهاء المسلمين معاني عدة اصطلاحا منها ان الضمان يأتي بمعنى الكفالة والتي هي عبارة عن ضم ذمة الى ذمة اخرى في المطالبة والوفاء بالدين.[٣] وقد يأتي الضمان بمعنى الاداء او التعويض الذي يستحق نتيجة لما لحق المعطى له التعويض من ضرر تسبب به المعطي، فالضمان على وفق هذا المعنى يراد به الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر ناتج عن تلف نفس او عضو او مال، او عما لحقه من ضياع فرصة الحصول على المنافع بغض النظر عما إذا كان التلف او فوات الفرصة كلي او جزئي.[٤]

وبهذا المعنى عرفت مجلة الاحكام العدلية في المادة (٤١٦) الضمان حيث جاء فيها " بأنه اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات "

وقد استقر المشرع العراقي ايضا في القانون المدني على تبني لفظ الضمان بمعنى التعويض وذلك في العديد من النصوص التي تناولت احكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. ففي نطاق المسؤولية العقدية نجده قد استخدم مصطلح " ضمان العقد" كأثر رئيسي يترتب على الاخلال بأي التزام عقدي وما ينتج عنه من وجوب تعويض المتعاقد عن اي ضرر لحق به، سواء كان بسبب الامتناع عن تنفيذ الالتزامات العقدية او التأخر في تنفيذها او تنفيذها بشكل جزئي، كأن يكون التنفيذ معيب او غير موافق للمواصفات والشروط التي تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين.[٥] اما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فقد الزم المشرع العراقي كل من الحق ضررا بالغير بتعويض هذا الضرر بغض النظر عما إذا كان متعمدا ام لا اي في حال كان الخطأ ناتجا عن اهماله وعدم الحيطة في اتخاذ ما يلزم من الاجراءات في سبيل الحيلولة دون وقوع الضرر بالغير.[٦]

وقد استخدم القانون المدني الاردني مصطلح الضمان بمعنى التعويض وذلك في المادة (٢٥٦) منه والتي جاء فيها " كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".[٧] وحسنا فعل المشرع العراقي عندما اورد لفظ الضمان بمعنى التعويض ليكون مصطلحا أكثر عمومية وشمولا من مصطلح التعويض، حيث يتسع لفظ الضمان ليشمل الالتزام برد الشيء ذاته ان لم يكن مستحيلا والا يصار الى البدل القيمي او المثلي، وهذا ما لا يدل عليه مصطلح التعويض الذي يتركز فيه الاداء بالعوض ولا يشمل اعادة الحال الى ما كانت عليه سابقا قبل وقوع الفعل الموجب للضمان.

وهناك معنى واسع للضمان يأتي بمعنى شغل الذمة، فقد عرفه البعض بهذا المعنى بأنه " شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال او من عمل، والمراد بثبوته فيها ان يكون مطلوب ادائه شرعا عندما تتحقق شروط ادائه، وسواء كان الاداء مطلوبا في الحال كما في الدين الحال ام في المستقبل المعين كما هو في الدين المؤجل الى زمن معين، اذ هو مطلوب ادائه إذا ما تحقق شرط ادائه".[٨] والملاحظ ان الضمان بهذا المعنى يتسع ليستوعب الالتزامات الناشئة عن التصرفات القانونية سواء كانت ملزمة لجانب وأحد او لجانبين، وأيا كان محلها مالا او القيام بعمل او الامتناع عن عمل.

اما بالنسبة الى معنى الغصب، فيعرف الغصب لغة بأنه اخذ الشيء قهرا وظلما، نحو غصبه منه او غصبه عليه، حيث تؤدي نفس المعنى.[٩] وهناك من ذهب الى تعريفه بأنه اخذ المال ظلما دون وجه حق.[١٠] وعرف بعض فقهاء المسلمين الغصب بأنه " ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه في المال".[١١]

اما في الاصطلاح القانوني فيلاحظ على المشرع العراقي انه لم يعرف واقعة الغصب وانما بين احكامه فقط والاثار المترتبة عليه. وهذا ما ذهب اليه المشرع الاردني ايضا، فقد جاء تعريف الغصب في القضاء الاردني في إحدى قرارات مكمة التمييز الاردنية والذي جاء فيه " بأن الغصب هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه...."[١٢] وقد اتجه بعض الفقه القانوني الى تعريف

الغصب بأنه اخذ مال متقوم محترم، مملوك للغير بطريقة التعدي وعلى وجه يزيل يده عن العين.[١٣] وهناك من عرفه بأنه تجرد وضع اليد من الاستناد الى سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار.[١٤] يتبين من التعاريف التي أشرنا اليها سابقا ان الغصب يعد عملا غير مشروع، فهو إحدى صور الفعل الضار التي تصدر من الغاصب على مال المغصوب منه سواء كان هذا المال عقارا او منقولا او اي حق مالي اخر يكون له قيمة في التعامل، ويؤدي فعل الغاصب الى حرمان المالك ومنعه من ممارسة سلطاته الممنوحة له على ملكه سواء كان هذا المال وقت الغصب تحت يده او تحت يد الحائز القانوني له. فالغصب وفقا لما سبق ما هو الا كل فعل يصدر من الغاصب فيحول دون المالك وملكه دون اي مبرر او سند قانوني يستند اليه الغاصب في وضع يده على المال محل الغصب. ومما سبق من تحديد معنى الضمان ومعنى الغصب كلا على انفراد نستنتج بأن ضمان الغصب ما هو الا ما يلتزم به الغاصب اتجاه المغصوب منه سواء كان الالتزام برد المغصوب، إذا كان باقيا على حاله او رد بدله أن كان مثل مثله في المثليات، والقيمة في القيميات، اضافة الى التعويض ان كان له مقتضى، هذا إذا كان المغصوب مالا، اما إذا كان حق غير مالي، فيجب على الغاصب ان يعيد المغصوب الى وضعه الطبيعي في هذه الحالة.[١٥]

ففي ضمان الغصب ينظر الى المتضرر المغصوب منه لا الى الغاصب المسؤول، على اعتبار ان مصلحته اولى بالرعاية وله الحق في الحفاظ على سلامة ذمته المالية من اي اعتداء عليها، فأن حدث هذا الاعتداء كان الغاصب مسؤولا تجاه المغصوب منه ووجب عليه الضمان. والضمان في الغصب هو جبر الضرر المترتب على العمل غير المشروع والذي يتمثل بفعل الغصب، فمن غصب مال غيره واستولى عليه دون وجه حق فأستهلكه او تصرف به للغير او أتلفه، فيجب عليه التعويض في مقابل تملك الغاصب لهذا المال بحكم القانون بعد ادائه لهذا الضمان.

المطلب الثاني: شروط التملك بضمان الغصب

على الرغم من الاختلاف بين القوانين المدنية وكذلك بين اراء فقهاء المسلمين في مدى اعتبار ضمان الغصب سبب من اسباب كسب الملكية، بين من نص بصورة صريحة على ذلك ومن اشار اليه ضمنا، نجد ان هناك جملة من الشروط التي يجب ان تتوافر لكي يمكن للغاصب ان يتملك المغصوب بالضمان، فالتملك بضمان الغصب لا يتحدد فقط بالحالات التي ذكرها الفقه الاسلامي واشار اليها القانون المدني العراقي ضمنا، وانما يتقيد بعدة شروط اشارت اليها النصوص القانونية التي عالجت موضوع الضمان واوردها فقهاء المسلمين. لذلك فأن حق كسب الملكية بضمان الغصب لا يثبت الا إذا توافرت شروط معينة، سوف نتولى الاشارة اليها تباعا.

الفرع الأول: ان يكون المال المغصوب قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء

يشترط في المال المراد تملكه بضمان الغصب ان يكون محلا للملكية، اي ان يكون داخلا في دائرة التعامل فإذا كان غير ذلك بأن كان التعامل به غير مشروع قانونا فلا ثبوت لحق الملكية فيه ابتداء وبالتالي لا يجوز تملكه بضمان الغصب.[١٦] وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي [١٧] في المادة (٦١) من

القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " ١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية. ٢- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد ان يستأثر بحيازتها والاشياء التي ترج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية". ومن خلال النص يلاحظ انه يشترط في الشيء محل الحق ان يكون متقوما قابلا لورود حق الملكية عليه وهذا لا يمكن الا بتحقق امرين، الاول هو امكانية هذا الشيء للحيازة على سبيل الانفراد والاستئثار، والثاني ان لا يكون الشيء خارجا عن التعامل اما بطبيعته او بحكم القانون. فلا يجوز كسب الملكية بضمان الغصب إذا كان الشيء الذي تعرض للغصب من الاشياء التي يشترك كافة الناس في منفعتها، كأشعة الشمس ومياه البحر او كان من الاشياء التي نص القانون على عدم التعامل بها كما في المخدرات. [١٨] وقد نص المشرع الاردني على هذا الشرط صراحة وذلك في المادة (١٠٨٥) من القانون المدني الاردني وذلك بقوله " المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه، وبشرط ان يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء"[١٩]

واشترط فقهاء المسلمين في العين اباحة الانتفاع بها في الاحوال العادية حتى تكون محلا قابلا لورود حق الملكية عليها، فلو كانت هذه العين المغصوبة خنزيرا او خمرا ففي هذه الحالة لا يمكن تملكها بضمان الغصب لأنها غير قابلة لثبوت الملك فيها ابتداء.[٢٠]

الفرع الثاني: تغير المال المغصوب

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على ان المال المغصوب إذا كان قائما في يد الغاصب وجب عليه رده الى المغصوب منه، وبهذا الحكم اخذ المشرع العراقي في المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها " يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا....". الا انه إذا تغير المال المغصوب وهو في يد الغاصب تغييرا يتبدل معه اسمه بيث يؤدي الى فقدان ذاتيته التي كان عليها من قبل، او إذا تغير بعض اوصاف المال المغصوب تغييرا مؤثرا في قيمته، لا فرق في التغيير ان حدث بفعل الغاصب نفسه او بفعل الغير او بفعل الطبيعة، فيثار التساؤل هنا حول امكانية استرداد المغصوب بحالته الجديدة التي تبدل اليها من قبل المغصوب منه ام ان الغاصب يتملكه مقابل دفع الضمان للمغصوب منه، فيزول بذلك ملك المغصوب منه عن المال المغصوب وينتقل الى الغاصب.

يمكن القول بأن ضمان الغصب لا يمكن ان يكون سببا للتملك مالم يتبدل المال المغصوب من حال الى اخر يختلف عن ما كان عليه قبل الغصب، وهذا هو التغير المادي في المال المغصوب.[٢١] ويكون التغير المادي بتغيير المال المغصوب ذاتا ووصفا، بأن يغير الغاصب في المال بزيادة شيء عليه من ماله المتقوم، كمن يغصب ثوبا فيقوم بصبغه. او يقوم الغاصب بإدخال تغييرات على المال بحيث يتبدل اسمه كمن يغصب قماشا فيجعله ثوبا او طحن الحنطة دقيقا. فأن ملكية المغصوب منه تزول بتغير المال المغصوب الذي كان يملكه مقابل تملك الغاصب لهذا المال بما يدفعه من ضمان، سواء كان

بمثل المغصوب او قيمته حسب ما إذا كان المال المغصوب شيء مثلي او قيمي.[٢٢] ويقر بعض فقهاء المسلمين تملك الغاصب للمال المغصوب بضمان الغصب وان لم يغيره الغاصب تغييرا يفقده ذاتيته بل فقط غيبه عن مالكه حتى قام الاخير بمطالبته بالضمان.[٢٣]

وقد يكون التغير الذي يطرأ على المال المغصوب تغييرا قانونيا، بأن يتصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة او تبرعا كما لو وهب الغاصب المال المغصوب وتلف كلا او بعضا، فأن المغصوب منه في هذه الحالة الخيار في الرجوع بالضمان اما على الغاصب او من تصرف له الغاصب.[٢٤] وفي حالة رجوع المغصوب منه على الغاصب بالضمان فأن ذلك يؤدي الى تملك هذا الاخير للمال المغصوب بأثر رجعي ويكون التصرف الصادر منه تصرفا صحيحا ونافذا، اما إذا رجع على من تصرف له الغاصب، فلهذا الاخير الرجوع على الغاصب بضمان الاستحقاق.[٢٥] اما إذا كان التلف الذي اصاب المال المغصوب تلف جزئي، فأن للمالك في هذه الحالة الخيار بين استرداد المال مع مطالبة الغاصب بالتعويض عن الاضرار او ان يترك المال التالف جزئيا للغاصب مع المطالبة بالضمان ويعد هذا الاخير في هذه الحالة مالكا بضمان الغصب.[٢٦]

الفرع الثالث: اداء مقابل ضمان الغصب

بينا فيما سبق ان الغاصب يلتزم بأن يرد المال المغصوب الى مالكه إذا كان هذا المال قائما في يده على حاله، لكن إذا اصاب هذا المال تلف او هلاك او تغير فأن الغاصب يلتزم بإداء الضمان، والذي هو الحكم بمثل او بدل قيمة المال المغصوب الذي استهلك او تغير او تلف بحيث يكون هذا الضمان مساويا لحجم الضرر الذي اصاب المال المغصوب. فمالك المال المغصوب لا يجوز له ان يجمع بين الضمان والمطالبة باسترداد المال المضمون، فيبقى المال المغصوب ملكا للغاصب في مقابل اداء الضمان للمالك.[٢٧] وعلى ذلك فأن الغاصب لا يملك المال المغصوب الا عند ادائه للضمان، فضمان المال المغصوب هو الذي يكسب الملكية فإذا لم يقدم الغاصب الضمان فأنه لا يكسبها، فهذا الاداء شرط لكسب الملكية بضمان الغصب.[٢٨] وعليه فأن انتقال ملكية المال المغصوب الى الغاصب بأي سبب اخر لا يؤدي الى القول بكسب الملكية بضمان الغصب، كما لو انتقلت الملكية بسبب ابراء المالك للغاصب في حال كون المال المغصوب دينا في ذمته او بسبب وجود عقد هبة بين الطرفين.[٢٩] وان رفض الغاصب لإبراء المالك له لا يؤثر على هذا الابراء اذ ان قبول الغاصب (الضامن) لا يعد شرطا لصحة الابراء وعلى هذا الحكم نصت المادة (٤٢٢) من القانون المدني العراقي [٣٠]، حيث جاء فيها " ١- لا يتوقف الابراء على قبول المدين لكن إذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته. ٢- ويصح ابراء الميت من دينه".

يتضح من خلال النص المتقدم ان قبول الغاصب لإبراء مالك المال المغصوب لا يعد شرطا لصحة الابراء، الا إذا رده قبل القبول فأنه في هذه الحالة يرتد ولا يجبر الغاصب عليه.

الفرع الرابع: انتفاء قصد الغش لدى الغاصب للتملك بالضمان

ان اعتبار الضمان بشكل عام وضمان الغصب على وجه الخصوص سببا من اسباب كسب الملكية لدى بعض التشريعات، قد جاء تحقيقا للعدالة وللحفاظ على استقرار المعاملات بين الافراد على الرغم من ان السبب الذي انشئ ضمان الغصب يعد عملا غير مشروع، الا ان الواقع العملي قد حتم الاخذ بفكرة ضمان الغصب وتملك المال المغصوب.[٣١] لذا فأن جعل ضمان الغصب سبب من اسباب التملك واقراره بقواعد قانونية لا يعد تشجيع من المشرع على تملك اموال الغير بالاعتداء عليها بالغصب والتعدي، مالم تتوافر شروط معينة منها انتفاء قصد الغش لدى الغاصب للتملك بالضمان، اي ان لا يكون قصد الغاصب اتخاذ الضمان وسيلة لتملك المال المغصوب الذي سبق وان رفض مالكه بيعه له. فيجب ان لا تؤدي قاعدة التملك بضمان الغصب الى أحداث اضطراب وعدم استقرار في المعاملات عن طريق جعل الغاصب يتملك مال الغير بإرادته المنفردة، عندما لا يرغب هذا الغير بيعه له. فيلجأ الغاصب في هذه الحالة الى غصب هذا المال وأحداث تغيير في ذاتيته حتى يمكن ان يتملكه بضمان الغصب، مقابل دفع مقدار الضمان الذي يحكم به القاضي وان كان هذا الضمان أكبر من قيمة المال المغصوب.[٣٢] ولذلك فقد اشترط هذا الشرط حتى ينتفي القصد السيء لدى الغاصب ان وجد ولا يكون قد تعمد الغش بإيجاد السبب الموجب لضمان الغصب وبالتالي كسب ملكية المال المغصوب، والا فلن يؤدي ضمان الغصب الغرض الذي وجد من اجله وهو استقرار المعاملات وتحقيق العدالة.[٣٣] فمن غصب مالا وكان قاصدا تغييره تغييرا يفقده ذاتيته وان يكسب ملكية هذا المال مقابل دفع الضمان، فأنه يرد قصده السيء عليه فلا يكسب الملكية بالضمان وعليه اعادة المال الى مالكه. وللمالك ان يختار وقتها بين استرداد المال مع المطالبة بالتعويض من الغاصب عما سببه من اضرار، وبين ترك هذا المال للغاصب مقابل الضمان.[٣٤] ويتوفر القصد السيء لدى الغاصب (قصد الغش) عند استخدامه وسيلة غير مشروعة وهي هنا فعل الغصب وهو فعل ضار، لتحقيق نتيجة غير مشروعة تتمثل بكسب ملكية المال المغصوب بالضمان، فأن على المشرع رد هذا القصد السيء عليه [٣٥]، بالنظر لقيام الغاصب بعمل غير مشروع الغرض منه كسب ملكية المال المغصوب بالغش. فالغش يفسد كل شيء والقانون لا يحمي الغش، اذ ان الغاصب قد عمد الى القيام بفعل الغصب والاستفادة من الاحكام المتعلقة به للوصول الى كسب ملكية المال المغصوب بالضمان، بعد ان عجز عن كسب ملكية هذا المال بالطرق المشروعة. ويلاحظ على المشرع الاردني انه لم ينص على هذا الشرط بصورة صريحة من ضمن الشروط التي وضعها تقييدا لضمان الغصب واعتبار توافر هذه الشروط سببا لملكية المال المغصوب، والحيلولة دون اتخاذ ضمان الغصب سببا او ذريعة لكسب ملكية المال المغصوب دون وجه حق.[٣٦] حيث نصت المادة (١٠٨٥) من القانون المدني الاردني [٣٧] على ان " المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه، شريطة ان يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء". فالنص المذكور لم يشير الى قصد الغاصب وما إذا كان سيء النية اي تعمد من فعله تملك مال الغير بفعل الغصب دون وجه حق عن طريق ادائه للضمان، فقد جاء هذا النص مطلقا. الا انه يمكن القول بأن هذا النص الاردني

المأخوذ من الفقه الحنفي، حيث جعل هذا الاخير الاعتداء الغير مشروع والمتمثل بفعل الغصب سببا كافيا للضمان بغض النظر عن سوء او حسن نية الغاصب.[٣٨]

المبحث الثاني: مدى امكانية كسب الملكية بضمان الغصب

ينشأ ضمان الغصب إذا قام الغاصب بغصب مالا مملوكا وادخل عليه بعض التغييرات التي تؤدي الى فقدان ذاتيته ليتحول الى شيء اخر، فعمل الغاصب يعد عملا غير مشروع اذ انه ألحق بمالك المال ضررا يوجب عليه التعويض. وتعويض مالك المال اما ان يكون عينيا بأن يدفع الغاصب الى المالك مالا من نفس نوع ومقدار وجودة المال الذي اغتصبه، واما ان يكون نقديا بأن يدفع الغاصب مبلغ من المال يساوي قيمة المال المغصوب مقدرة بالوقت الذي يحدده القضاء او القانون لتقدير التعويض، والذي قد يكون يوم الغصب او يوم رفع الدعوى او يوم صدور الحكم حسب اختلاف الآراء في ذلك. وعندما يدفع الغاصب الى المالك التعويض الذي يستحقه سواء كان عينيا او نقديا هنا هل يتملك الغاصب المال المغصوب بحالته الجديدة، وهل يكون التملك هنا سببا لكسب ملكية المال المغصوب، وإذا اعتبر ضمان الغصب سببا من اسباب كسب الملكية فما هو موقع ضمان الغصب من هذه الاسباب سواء على الصعيد التشريعي او على الصعيد الفقهي. هذا ما سنتطرق اليه من خلال مطلبين على التوالي. نتناول في الاول منها الخلاف الفقهي في اعتبار ضمان الغصب سببا للتملك، ونخصص الثاني منها لبحث موقع ضمان الغصب من اسباب كسب الملكية.

المطلب الأول: الخلاف الفقهي في اعتبار ضمان الغصب سببا للتملك

بينا فيما سبق بأن الغاصب يلتزم برد المال المغصوب الى مالكه متى ما كان هذا المال قائما في يده على الحالة التي غصب عليها دون ان يصيبه هلاك او تلف او اي تغيير، اما إذا اصاب المال المغصوب أيا من الحالات المشار اليها وجب الضمان على الغاصب ويجب ان يكون هذا الضمان معادلا لحجم الضرر الذي اصاب المالك. وفي نفس الوقت لا يجوز لهذا الاخير الجمع بين المطالبة بالضمان وبين استرداد المال المغصوب، فيستحق المالك الضمان مقابل بقاء المال المغصوب ملكا للغاصب. وقد ثار خلافا فقهيا حول مدى امكانية اعتبار ملكية الغاصب للمال الذي غصبه بعد ادائه للضمان سببا من اسباب كسب ملكية المال المغصوب، وهل يعد ضمان الغصب سببا للتملك؟ يمكن تلخيص هذا الخلاف الفقهي في اتجاهين نتناولهم تباعا.

الاتجاه الاول/ ضمان الغصب سببا للتملك: لقد ذهب الفقه الحنفي الى القول بان ملكية المال المغصوب تكتسب بضمان الغصب، متى ما قام الغاصب بتغير هذا المال تغييرا يؤدي الى فقدانه ذاتيته بحيث يتبدل اسمه كما لوكان المال المغصوب حنطة طحنه الغاصب فأصبح دقيقا. فأن ملكية المال المغصوب تزول من المالك بتغير هذا المال الذي كان يملكه، ويتملكه الغاصب في مقابل ما يؤديه من ضمان، ويستوي في هذا الضمان ان يكون بمثل المال المغصوب او بقيمته حسب ما إذا كان المال المغصوب مالا مثليا ام قيميا.[٣٩]

ويستوي في كسب ملكية المال المغصوب بالضمان عند الحنفية ان يكون هذا المال منقولا او عقارا، كمن يقوم بغصب الحديد وادخاله في بناء فيفقد هذا الحديد ذاتيته ليكون جزءا من البناء ويتحول من منقول الى عقار.[٤٠] وقد ذهب الفقه الحنفي الى ابعد من ذلك عندما اقر تملك الغاصب للمال المغصوب بضمان الغصب وان لم يغيره هذا الاخير تغييرا يفقده ذاتيته، بل اكتفى بأن غيب هذا المال عن مالكه ليدفعه الى مطالبته للغاصب بالضمان.[٤١] وفيما يتعلق بالوقت الذي يكسب فيه الغاصب ملكية المال المغصوب بالضمان، فقد ذهب الحنفية الى القول بأن الوقت الذي يتملك فيه الغاصب المال المغصوب هو الوقت الذي حصل فيه فعل الغصب وهو السبب الذي يؤدي الى نشوء ضمان الغصب.[٤٢] اما إذا كان التغيير الذي اصاب المال المغصوب تغييرا بسيط لا يتجاوز بعض صفاته دون ان يفقده ذاتيته، فأن هذا المال يبقى على ملك المغصوب منه (المالك) ويكون له حق استرداده من الغاصب في اي وقت يشاء كما لو كان المال المغصوب ذهبا ضربه الغاصب فحوله دراهم.[٤٣] كل ما سبق ذكره عند الفقه الحنفي هو تغير المال المغصوب وتبدله الى حاله الجديد بفعل الغاصب نفسه، اما إذا كان التغير او التبدل بفعل الطبيعة، هنا يعطى الخيار للمالك المغصوب منه بين استرداد المال بحالته التي تغير لها وبين تركه للغاصب مقابل دفعه للتعويض. فيكون الغاصب هنا قد تملك المال المغصوب بضمان هذا الغصب وهو ما دفعه من تعويض للمغصوب منه.[٤٤]

واشترط فقهاء المالكية لكسب ملكية المال المغصوب بضمان الغصب ان يكون هناك استهلاكا للمال او اتلاف له يؤدي الى إلزام الغاصب بالتعويض.[٤٥] وقد ذهب رأي في الفقه الامامي الى القول بأن الغاصب يتملك المال المغصوب بضمان الغصب متى ما غيره تغييرا يفقده ذاتيته ويبدل اسمه وان لم يقروا بذلك بشكل صريح، اذ يرى أحد فقهاء الامامية بأن الشخص الذي يقوم بغصب حبا فيزرعه، فأن الزرع للغاصب على اعتبار ان المال المغصوب قد تلف فلا يلزم الغاصب في هذه الحالة الا بالتعويض وهو قيمة المال المغصوب.[٤٦] وقد استند الفقه الحنفي في رأيه بتملك المال المغصوب وكسب الملكية بضمان الغصب الى حجج عدة، منها ان الضمان الذي يلتزم به الغاصب هو بدلا عن المال المغصوب يقوم بدفعه هذا الاخير جبرانا عن هذا المال، فيستوجب زواله من يد المالك على اعتبار ان الجبر يكون للغائب لا للقائم الموجود. فالزام الغاصب بضمان المال سواء المثل او القيمة يستدعي انعدام الملك من المالك المغصوب منه فيكون ضمانه هنا جبران لما فات من هذا المال. وبما ان غاصب المال يزول ملكه عن المال المغصوب بمثله او قيمته بمجرد غصبه، فهذا يستوجب زوال ملك المالك عن المال المغصوب بمجرد تلقي الضمان فلا يمكن رد الاعتداء بأكثر من مثله.[٤٧] كما ان عدم اعتبار ضمان الغصب سببا لانتقال ملكية المال المغصوب الى الغاصب، يؤدي الى اجتماع البدل وهو هنا الضمان والمبدل وهو المال المضمون في ملك شخص وأحد (الغاصب) وهذا لا يجوز.[٤٨]

وقد جاء موقف المشرع المدني الاردني واضحا ومتوافقا مع ما ذهب اليه الفقه الحنفي، حيث نص القانون المدني الاردني صراحة على اعتبار ضمان الغصب سبب لكسب ملكية المال المغصوب في

المادة ١٠٨٥ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على ان " المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه وبشرط ان يكون المحل قابلا لثبوت الملك ابتداء" فالغاصب يتملك المال المغصوب بالضمان من وقت تعديه بشرط ان يكون محله قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء.

ويلاحظ على موقف المشرع المدني العراقي فيما يتعلق بقاعدة كسب ملكية المال المغصوب بضمان الغصب، ان هناك رأي [٤٩] قد ذهب الى القول بأن المشرع العراقي قد اخذ بها ضمنا وليس صراحة وذلك في المادة ١٩٤/ف٢ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " اما إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه كان ضامنا للحنطة وبقي المحصول له" يتضح من النص المتقدم ان غاصب المال يتملكه متى ما ادخل عليه تغييرا يفقده ذاتيته ويتبدل اسمه مقابل ما يلتزم به من ضمان. وقد علق البعض[٥٠] على الحكم المتقدم للمشرع العراقي بالقول ان تملك الغاصب للمال المغصوب وتملك المغصوب منه للضمان ما هو الا [تحول حق عيني الى حق شخصي بقوة القانون وحكمه لا باتفاق الاطراف ورضاهم]. فالمشرع العراقي قد جعل ضمان الغصب سببا لتملك الغاصب للمال المغصوب التي غيره اليها بعمله وفعله وذلك في الفقرة الثانية من المادة ١٩٤ المشار اليها اعلاه.

اما إذا كان التغير الذي اصاب المال المغصوب هو تغير في بعض الاوصاف بزيادة شيء من مال الغاصب عليه، فأن الضمان يكون سببا للتملك في هذه الحالة ايضا. فقد خير المشرع العراقي في المادة ١٩٤/ف٣ المالك بين استرداد المال المغصوب مع المطالبة بالتعويض عن الاضرار الاخرى واعطاء الغاصب قيمة ما اضافه من مال عليه، وبين ان يترك المال المغصوب للغاصب ومطالبته بالضمان. وفي الخيار الثاني يتملك الغاصب المال المغصوب بمثله ان كان مثليا او بقيمته ان كان قيميا.[٥١] وقد انتقد البعض من الفقه [٥٢] موقف المشرع العراقي والذي اعتبر فيه ضمان الغصب سببا من اسباب كسب الملكية في الحالات المشار اليها اعلاه، معتبرا اكتساب الغاصب لملكية المال المغصوب مقابل دفعه للضمان يؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات، فالغاصب يتملك المال المغصوب بإرادته المنفردة عندما يغتصب هذا المال ويحدث فيه تغييرا في ذاتيته او بعض اوصافه لكي يتمكن من تملكه بضمان الغصب. ويمكن ان يرد على هذا الانتقاد بأنه في محله عندما لا تقيد قاعدة التملك بضمان الغصب بأي قيد او شرط، وقد رأينا فيما سبق بأن موقف الفقه الاسلامي وكذلك التشريعات التي اقرت هذه القاعدة قد جعل لقاعدة التملك بضمان الغصب عدة شروط تمنع من استغلال هذه القاعدة مقابل الحصول على ملكية المال المغصوب. وقد تبين لنا من استعراض هذه الشروط ان الغاصب في النهاية انما يتملك شيئا جديدا وليس الشيء الذي اغتصبه. وبالتالي فأن من شأن تقييد قاعدة التملك بضمان الغصب وعدّها سببا من اسباب كسب الملكية بشروط او قيود ان يقلل بشكل كبير من اتخاذ الضمان وسيلة لتملك المال المغصوب رغما عن مالكه.

الاتجاه الثاني/ ضمان الغصب ليس سببا للتملك: وذهب هذا الاتجاه الى القول بأن ضمان الغصب لا يمكن ان يكون سببا لكسب ملكية المال المغصوب، وهو اتجاه فقهاء الحنابلة والشافعية والظاهرية. فالغاصب عندهم لا يتملك المال المغصوب حتى إذا ادخل عليه تغييرا أفقده ذاتيته وتبدل الى شيء جديد، كما لو كان المغصوب حديد غير فيه الغاصب بحيث تبدل اسمه ومنفعته الى سكين مثلا، فأن الغاصب لا يتملك السكين في هذه الحالة بالضمان. فملكية المال تبقى للمالك المغصوب منه ويحق لهذا الاخير مطالبة الغاصب بأرش النقص الذي اصاب هذا المال. كما ان الغاصب لا تجوز له المطالبة بأي تعويض من المالك حتى لو اضاف شيئا من ماله على المال المغصوب في سبيل تغييره الى شيء جديد، ومهما كانت قيمة الزيادة التي اضافها فأنه لا يستحق اي تعويض على اعتبار ان الغاصب قد عمل واضاف في ملك ليس ملكه دون اذن المالك الاصلي، فلا يستحق اي عوض عن فعله هذا.[٥٣] وإذا خرج المال المغصوب من يد الغاصب لسبب ما كأن يكون بسبب ضياع او فقدان حيازته او عند تلف هذا المال بأكمله، فأن المالك المغصوب منه في هذه الحالة له المطالبة بقيمة هذا المال على اعتبار ان الفقدان او التلف قد ال بينه وبين ماله المملوك له فيجب البدل في هذه الحالة. كما ان المال المغصوب إذا ظهر بعد تغيبه من قبل الغاصب او كان التلف الذي اصابه جزيئا، فيجب رده الى المغصوب منه (المالك) ويجب على هذا الاخير رد الضمان ان كان قد قبضه فالضمان كان بسبب تغيب المال عن مالكه واما ان زال التغيب فقد زال سبب الضمان ووجب الرد على المغصوب منه. فالتملك بضمان الغصب وفقا لهذا الاتجاه يكون عند تلف المال المغصوب بأكمله وليس بسبب التلف الجزئي.[٥٤] ومن المبررات التي استند عليها اصحاب هذا الاتجاه في قولهم ان المال المغصوب يبقى على ملك المغصوب منه ولا يدخل في ملك الغاصب، على الرغم من التغييرات التي ادخلها عليه هذا الاخير فأدت الى تبدل اسمه او غير منه صفة جوهرية فهو ما زال قائما في يد الغاصب فيلتزم هذا الاخير رده الى مالكه (المغصوب منه). كما ان التغييرات التي ادخلها الغاصب على المال المغصوب لو فعلها في ملكه لا يزول منه هذا الملك، وهو كذلك ان كانت تلك التغييرات قد فعلها في ملك غيره. وان التغيير في المال المغصوب لو حصل بغير فعل الانسان لما زال ملك صاحب المال عنه، وكذلك ان حصل تغيير المال بفعل انسان فأنه ملك المالك لا يزول عنه ايضا.[٥٥] وذهب البعض في تبرير هذا الاتجاه الى القول بأن قيام الغاصب بتغيير المال لكي يتملكه سيؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات وسيادة الظلم والعدوان، فإذا اراد الغاصب تملك مال معين ما عليه الا ان يغيره تغيير يفقده ذاتيته، كما ان حرمة مال المسلم تستوجب عدم تملك هذا المال عن طريق الغصب.[٥٦] ومن مبررات أنصار هذا الاتجاه ايضا من ذهب الى القول بأن احترام قواعد اكتساب حق الملكية تستوجب عدم جعل الغصب كعمل غير مشروع سببا للتملك.[٥٧] وقد ذهب رأي [٥٨] الى القول بأن ضمان الغصب لا يكسب ملكية المال المغصوب في القانون المدني العراقي بدلالة المادة (٢٠٠) منه والتي تنص على انه " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة او تبرعا وتلف المغصوب كلا او بعضا كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فأن ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا الاخير على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقا لأحكام القانون ".

ووفقا للنص اعلاه يلاحظ ان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فله ان يرجع على الغاصب او من تصرف اليه ويسترد منه المال ان كان هذا المال باقيا. وان المادة المشار اليها قد بينت بأن الغاصب لا يكسب ملكية المال المغصوب، حيث انها اشترطت للضمان شرطان اولهما تصرف الغاصب بالمال المغصوب وثانيهما ان يتلف هذا المال المغصوب بعد التصرف به. وعندما يتوافر هذين الشرطين يكون للمغصوب منه الخيار في تضمين الغاصب او من تصرف له الغاصب، ولا يمكن ان يكون هنا كلا من الغاصب او من تصرف له مالكين لتلف المال وعدم وجوده.

ويمن الرد على هذا الرأي بالقول بأن المادة المذكورة اعلاه تخص حالة تصرف الغاصب بالمال المغصوب وتلفه بعد التصرف ليكون الخيار للمغصوب منه في تضمين من شاء الغاصب او المتصرف اليه. ولا يمكن الركون اليها في تقرير قاعدة عامة في عدم اتجاه المشرع العراقي ضمنا الى اعتبار ضمان الغصب سببا من اسباب كسب الملكية، والذي اشار اليه في ثنايا المادة ١٩٤ من القانون المدني العراقي، حيث جعل المشرع العراقي التغيير الذي يدخله الغاصب على المال المغصوب بيث يتبدل اسمه سببا لتملك المغصوب من قبل الغاصب في مقابل دفع التعويض او الضمان الى المالك السابق. فالمشرع العراقي وبالتحديد في الفقرة الثانية من المادة ١٩٤ من القانون المدني العراقي قد جعل ضمان الغصب سببا لتملك الغاصب للمال المغصوب بالحالة الجديدة التي غيرها اليه بفعله.

المطلب الثاني: موقع ضمان الغصب من اسباب الملكية

يعد السبب المكسب لملكية شيء ما، هو المصدر الذي بموجبه يمكن كسب حق الملكية على ذلك الشيء المعين بالذات. والملكية بشكل عام اما ان تكتسب ابتداء اي بتدخل وفعل الانسان وحده، فلا تنتقل الملكية هنا من مالك سابق الى مالك لاحق كما في الاستيلاء. وقد يكون اكتساب الملكية انتقالا من مالك سابق الى مالك لاحق فيكون هذا الانتقال ما بين الاحياء ويقع بالعقد والالتصاق والشفعة والحيازة، وقد يكون الانتقال بسبب الوفاة ويتم ذلك بالوصية والميراث.[٥٩] ويلاحظ على اسباب كسب الملكية ان هناك تحديد تشريعي لهذه الاسباب واخر فقهي، يتطلب معرفة موقع ضمان الغصب من هذه الاسباب باعتباره سببا لكسب الملكية التطرق الى كلاهما تباعا.

اولا/ اسباب كسب الملكية المحددة تشريعيا: تناول المشرع العراقي اسباب كسب الملكية ونظم الاحكام الخاصة بكل سبب من هذه الاسباب وذلك في المواد (١٠٩٨-١١٦٨) من القانون المدني العراقي.[٦٠] وقد قسم القانون المدني العراقي هذه الاسباب الى ثلاثة اقسام متأثرا بما اتجه اليه القانون المدني المصري. يشمل القسم الاول منها ما يكسب حق الملكية ابتداء دون الانتقال من مالك سابق. ويخص القسم الثاني اسباب كسب الملكية بسبب الوفاة. اما الثالث يتعلق بكسب الملكية ما بين الاحياء.[٦١] وتنحصر اسباب كسب الملكية في الفقه الاسلامي في احراز المباحات والعقد والخلفية والتولد من المملوك.[٦٢]

ووفقا للتقسيم اعلاه فأن الاستيلاء كسبب لكسب الملكية ابتداء يؤدي الى انشاء ملكية جديدة غير موجودة من قبل، على عكس بقية الاسباب الاخرى التي لا تنشأ ملكية جديدة وانما تنتقل فيها ملكية الشيء

من مالك سابق الى مالك لاحق. وهذا الانتقال لملكية الشيء اما بسبب وفاة المالك السابق ويحدث ذلك في الوصية والميراث، واما ان يكون انتقال الملكية ما بين الاحياء كما في الالتصاق والشفعة والعقد والحيازة. فيكون هناك اسباب منشئة للملكية واسباب ناقلة لها.[٦٣] فأين يقع ضمان الغصب من بين هذه الاسباب؟

نجد ان المشرع الاردني قد اتخذ من الضمان سببا من اسباب كسب الملكية والتي حصرها في المواد (١٠٧٦-١١٩٧) من القانون المدني الاردني والتي تتمثل في ١- احراز المباحات ٢- كسب الملكية بالخلفية وهي الضمان، الميراث، التركة والوصية ٣- انتقال الملكية بين الاحياء عن طريق الالتصاق والعقد والشفعة والاولوية، الحيازة. فيلاحظ على المشرع الاردني انه قد صنف الضمان ضمن الخلفية والتي يقصد بها خلافة شيء عن شيء لكي يتسع هذا المعنى للتضمين بالإضافة الى الوصية والميراث.[٦٤] اما بالنسبة الى القانون المدني العراقي، فأن من ذهب الى القول بأن المشرع العراقي قد اتخذ من ضمان الغصب سببا لكسب ملكية المال المغصوب بصورة ضمنية، يرى بأن ضمان الغصب لا يمكن اعتباره سببا لكسب الملكية ابتداء وبالتالي لا يعد من الاسباب المنشئة للملك كما في الاستيلاء. فالاستيلاء هو احراز لمنقول مباح لا مالك له بنية تملكه. اما في حالة ضمان الغصب فأن ملكية المال المغصوب يكون ثابتا لشخص المغصوب منه وبعدها تنتقل عند اداء الضمان الى الغاصب. وهذا الانتقال للمال المغصوب يجعل ضمان الغصب داخلا في نطاق الاسباب الناقلة للملكية وليس الاسباب المنشئة لها.[٦٥] وإذا كان ضمان الغصب يقع ضمن دائرة الاسباب الناقلة للملكية فهل يندرج تحت الاسباب المكسبة للملكية بسبب الوفاة، ام اسباب كسب الملك بسبب الانتقال ما بين الاحياء؟ ان ضمان الغصب لا يمكن ادراجه ضمن الاسباب المكسبة للملكية بسبب الوفاة، اذ لا يوجد في ضمان الغصب وفاة تنتقل بموجبها الملكية من شخص (المغصوب منه) الى شخص اخر(الغاصب) كما هو الحال في الوصية والميراث. كما ان ضمان الغصب لا ينطبق عليه وصف عقد او التصاق او شفعة او حيازة وهي الاسباب التي تؤدي الى كسب الملكية ما بين الاحياء، وبالتالي فأنه لا يدخل ضمن هذه الاسباب ايضا.

يتضح من ما تم استعراضه ان ضمان الغصب لا يدخل ضمن مفهوم اسباب كسب الملكية التي عددها المشرع العراقي والتي قسمها الى اسباب كسب الملكية ابتداء واسباب كسب الملكية انتقالا.[٦٦]

حيث يلاحظ على ضمان الغصب ان الغاصب يكتسب ملكية المال المغصوب مستندة الى وقت نشوء سبب الضمان، اي بأثر رجعي في مقابل ادائه للضمان المتمثل بقيمة المال المغصوب او مثله. وبالتالي فأن ضمان الغصب يقترب من عقد البيع الذي يفيد تمليك مال بمقابل، وان كان الضمان واقعة قانونية بخلاف العقد الذي يعد تصرفا قانونيا يستند الى ارادة الطرفين دون كلاهما. وهو اساس مشروع على خلاف ضمان الغصب الذي يستند الى الفعل الضار (العمل غير المشروع).

ومما تقدم يتضح انه بالإمكان اضافة الضمان بشكل عام وضمان الغصب بشكل خاص الى الاسباب التي تؤدي الى كسب الملكية ما بين الاحياء، فيشمل بذلك الالتصاق والشفعة والحيازة والعقد والضمان.[٦٧] ونرى انه من الارجح اعتبار الضمان بشكل عام وضمان الغصب بشكل خاص سببا للتملك، على ان يحدد

ويقيد بشروط تجعله مقصورا على الحالات التي اوردها المشرع العراقي والمتعلقة بضمان الغصب.[٦٨] وذلك لقطع الطريق امام كل سوء نية للغاصب في تملك المال المغصوب وكذلك حفاظا على استقرار المعاملات، حتى لا تتخذ قاعدة التملك بضمان الغصب وسيلة لتملك المال المغصوب جبرا على مالكه.

ثانيا/ اسباب كسب الملكية المحددة فقهيا: لقد اتجه البعض من الفقه المدني[٦٩] الى القول بأن جميع مصادر الحقوق عينية كانت هذه الحقوق ام شخصية يمكن ارجاعها الى مصدرين رئيسين هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني. وقد عرف هذا التصنيف الفقهي لأسباب كسب الملكية بالتصنيف العلمي. والتصرف القانوني هو اتجاه الارادة الى أحداث أثر قانوني معين قد يكون انشاء حق او انهائه او تعديله. وقد يكون صادرا بإرادة شخص وأحد تتجه نحو أحداث الأثر، فيكون التصرف من جانب وأحد ويسمى تصرفا انفراديا كما في الوصية والاقرار والابراء والوعد بجائزة. وقد يكون التصرف القانوني ناتجا عن اتفاق ارادتين على ترتيب الأثر القانوني كما في العقد.[٧٠] في حين ان الواقعة القانونية ما هي الا كل امر او فعل يحصل يرتب القانون على وقوعه أثرا حتى لو لم تتجه او لم تكن هناك ارادة لهذا الأثر القانوني. وسواء كان وقوع العمل من الطبيعة او كان الفعل من افعال الانسان.[٧١] ومن خلال ما تقدم يتبين ان للإرادة في التصرف القانوني دور في ترتيب الأثر الناتج عن هذا التصرف، على عكس الواقعة القانونية والتي لا تتجه فيها الارادة الى ترتيب الأثر وانما يترتب من مجرد وقوع العمل او الفعل المادي وان لم تكن هناك ارادة تريد ترتيب هذا الأثر.[٧٢] ووفقا للتقسيم العلمي الذي جاء به الفقيه السنهوري، قسم من خلاله اسباب كسب الملكية وذلك بإرجاع هذه الاسباب اما الى الواقعة القانونية او الى التصرف القانوني. اذ وضع العقد والوصية في نطاق التصرفات القانونية لما للإرادة دور في هذه الاسباب بغض النظر عما إذا كان التصرف صادر بإرادة وأحدة او بإرادتين. وادخل الميراث والاستيلاء والالتصاق والشفعة والحيازة في نطاق الوقائع القانونية، اذ يجمع هذه الاسباب كونها وقائع مادية رتب القانون على وقوعها أثرا معينا وهو كسب لملكية.[٧٣] ويلاحظ على التصنيف الذي تبناه السنهوري اعلاه انه قد شمل الاسباب التي عددها المشرع في القانون المدني المصري، والتي لم يذكر الضمان ضمنها على اعتبار ان القانون المدني المصري لم يأخذ بالضمان بشكل عام كسبب من اسباب كسب الملكية، فإذا اردنا معرفة موقع ضمان الغصب كسبب من اسباب كسب الملكية من التصنيف الفقهي لهذه الاسباب فهل سيدخل في نطاق الاسباب الواردة في التصرف القانوني ام في نطاق الاسباب الواردة في الواقعة القانونية؟ ان الضمان المترتب على فعل الغصب لا دور للإرادة فيه ولا في ترتيب الاثار الناتجة عنه، فالقانون هو الذي حدد الأثر المترتب على فعل الغصب بمجرد وقوعه وان لم تتصرف ارادة الغاصب الى ذلك الأثر. وبذلك فأن ضمان الغصب يعد واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا. وقد يرد على اعتبار ضمان الغصب واقعة قانونية، بأنه إذا كان القانون هو من يحدد الاثار القانونية على ضمان الغصب والتي أبرزها كسب ملكية هذا المال المغصوب من قبل الغاصب، فيعد القانون بهذه الحالة هو السبب في كسب ملكية المال المغصوب. هذا القول غير دقيق، لأنه إذا كان القانون هو من يحدد الاثار المترتبة على جميع اسباب كسب الملكية فلا يعني ذلك انه المصدر الوحيد لها، بل انه المصدر غير المباشر اما مصدرها المباشر فهو اما تصرفا قانونيا او واقعة قانونية.[٧٤] وإذا كان ضمان

الغصب واقعة قانونية وفقا للتصنيف الفقهي لأسباب كسب الملكية، الا ام هذا الضمان لم يذكر ضمن هذه الاسباب التي عددها القانون، فأدخل البعض منها ضمن الواقعة القانونية والبعض الاخر ضمن التصرف القانوني. فهل هذا يعني انه يجب على المشرع اضافة هذا الضمان بشكل عام كسبب الى اسباب كسب الملكية، ام ان الامر لا يتطلب هذا التعديل القانوني بالإضافة على اعتبار ان اسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر؟ ذهب رأي الى القول [٧٥] بأن الامر لا يتطلب هذا التعديل القانوني بإضافة الضمان بشكل عام وضمان الغصب تحديدا وذلك لان اسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر. فغير الاسباب المحددة قانونا من الممكن ان يكون القانون سببا مباشرا لكسب الملكية. كما لو صدر قانون يقضي بتمليك شخص معين قطعة ارض محددة. كما ان القرار القضائي الذي يقضي بتمليك الدار السكنية للمتعهد له إذا قام بالسكن في الدار او إذا أحدث فيها منشآت او ابنية دون معارضة تحررية من المالك يعد سببا في كسب ملكية الدار. وبذلك فأن اسباب كسب الملكية لم ترد في القانون على سبيل الحصر وانما على سبيل المثال. فالقانون من الممكن ان يكون مصدرا مباشرا لكسب ملكية الشيء كما هو الحال في كونه مصدر مباشر لبعض الالتزامات. ومما تقدم يتضح لنا بأن القانون قد جعل الضمان سببا لكسب ملكية المال المغصوب في الاحوال التي نص عليها بخصوص واقعة الغصب، وان التشريعات قد اختلفت فيما بينها بين من نص عليه بصورة صريحة مثل القانون المدني الاردني [٧٦] ومن نص عليه بصورة ضمنية مثل القانون المدني العراقي [٧٧] وبين من لم ينص عليه كما في القانون المدني المصري. وبما ان الضمان بشكل عام لا يعد سببا عاما ومباشرا لكسب الملكية، اذ يعتبر سببا استثنائيا مقصورا على حالات حددها القانون المدني العراقي في المادتين (١٩٤،١٨٨) منه، نقترح على المشرع العراقي ادراج الضمان ضمن اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء على ان يبقى ضمن نطاق هاتين المادتين ومقيدا بالشروط التي وردت في الفقه الاسلامي بخصوص ضمان الغصب، والتي من شأنها ان تحد من استخدام ضمان الغصب كوسيلة للوصول الى اهداف واغراض غير مشروعة وهي تملك المال المغصوب رغما عن ارادة المالك الذي امتنع عن بيع هذا المال الى الغاصب.

الخاتمة

في نهاية البحث نكون قد وصلنا الى كلمة خاتمة نضمنها اهم النتائج والتوصيات التي نكون قد توصلنا اليها من خلال هذا البحث.

اولا / النتائج

١. أن ضمان الغصب ما هو الا ما يلتزم به الغاصب اتجاه المغصوب منه سواء كان الالتزام برد المغصوب، إذا كان باقيا على حاله او رد بدله أن كان مثل مثله في المثليات، والقيمة في القيميات، اضافة الى التعويض ان كان له مقتضى، هذا إذا كان المغصوب مالا، اما إذا كان حق غير مالي، فيجب على الغاصب ان يعيد المغصوب الى وضعه الطبيعي في هذه الحالة

٢. بما ان الغصب يعد عملا غير مشروع، فأن على الغاصب ان يرد المال المغصوب الى المغصوب منه المالك إذا كان هذا المال موجودا وكان من الممكن رده اليه، وهذا هو الاصل العام لفعل الغصب.

اما إذا تغير المال المغصوب بيد الغاصب تغييرا أفقده ذاتيته فأصبح شيء جديد او اصابه تلف او استهلكه الغاصب، فأن على هذا الاخير ضمان المال المغصوب بمثله او بقيمته وقت الغصب.

٣. يكتسب الغاصب ملكية المال المغصوب بعد دفع الضمان، وذلك بأثر رجعي من الوقت الذي ينشأ فيه ضمان الغصب، وبتعبير اخر من يوم وقوع فعل الغصب.

٤. اختلفت الاتجاهات في مدى اعتبار ضمان الغصب سببا لكسب ملكية المال المغصوب، بين من ذهب الى عدّ الضمان سببا للتملك على ان يقتصر على الحالات التي اقرها الفقه الاسلامي واخذت بها التشريعات المدنية سواء بصورة صريحة او ضمنية، وان تكون مقيدة بشروط تحول دون اتخاذ ضمان الغصب وسيلة لتملك مال الغير دون رضاه ودون وجه حق. وهناك من ذهب الى القول بأن ضمان الغصب لا يمكن ان يكون سببا من اسباب كسب الملكية. فعندهم الغاصب لا يتملك الشيء المغصوب حتى لو ادخل عليه تغييرا وأصبح شيء جديد.

٥. عدّ المشرع العراقي وبصورة ضمنية الضمان بشكل عام وضمان الغصب بشكل خاص سببا للتملك، وهذا ما يمكن استنتاجه من المادتين (١٨٨) و(١٩٤) من القانون المدني العراقي.

٦. يعد ضمان الغصب سببا من اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء والتي تنتقل فيها الملكية من مالك سابق الى مالك لاحق وفقا لأسباب كسب الملكية المحددة تشريعيا، وقد نص المشرع الاردني صراحة على الضمان كسبب للملكية في الفرع الخاص بأسباب كسب الملكية بين الاحياء، بخلاف المشرع العراقي الذي لم ينص على ذلك بصورة صريحة.

٧. ان ضمان الغصب يعد واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا وذلك وفقا للتحديد الفقهي لأسباب كسب الملكية والتي صنفت هذه الاسباب علميا الى واقعة قانونية وتصرفا قانونيا.

ثانيا/ التوصيات

١. ندعوا المشرع العراقي الى تبني موقف المشرع الاردني في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، في النص صراحة على الضمان بشكل عام وضمان الغصب بشكل خاص ضمن اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء. مع الاخذ بنظر الاعتبار اقتصاره على الحالات المحددة في الفقه الاسلامي وتقييده بالشروط الكفيلة بعدم اتخاذه ذريعة لتملك مال الغير دون وجه حق.

الهوامش:

(١) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ص٣٨٤.

(٢) احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج١، المكتبة العلمية، ص ٣٦٤.

(٣) انظر د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الاول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٧.

(٤) زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، شرح الاشباه والنظائر، ج٢، دار الكتب العالمية، بيروت، ص ٢١٠.

(٥) انظر المواد (١٦٨—١٧٦)، والمادة (١٣٤ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٦) انظر المواد التي ورد فيها الضمان بمعنى التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية (١٩٧،١٩٣،١٩٠،١٨٧،١٨٦، ١٩٨،٢٠١) من القانون المدني العراقي.

(٧) وقد استعمل المشرع المصري مصطلح التعويض بدلا من الضمان وذلك في المادة (١/١٦٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(٨) انظر د. علي الخفيف، مصدر سابق، ص٥.

(٩) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الانصاري، لسان العرب، ج١١، ط٣، دار صادر، مادة غصب، ص ٤٩٦.

(١٠) انظر د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٣٥.

(١١) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧، ١٩٩٦، ص ١٣١.

(١٢) قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٤/٢٧٧٦ منشورا، مركز عدالة الالكتروني، نقلا عن ياسين احمد القضاة، الاثار القانونية المترتبة على الحكم بضمان المال المغصوب في القانونيين الاردني والاماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠٢٣، ص ٥٨.

(١٣) د. حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٢٧٠.

(١٤) د. ناصر فتحي بدوي، دعوى الطرد للغصب، ط٢، دار عماد للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص ٩. وهو التعريف الذي ذهبت اليه ايضا محكمة النقض المصرية من خلال احدى قرارتها حيث عرفته " يقصد بداية بالغصب تجرد وضع اليد من الاستناد الى سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار " نقض ١٩٩٧/٥/٢١ طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٦١، قضائية.

(١٥) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزام برد غير المستحق، ط١، احسان للنشر والتوزيع، سليمانية، ٢٠١٤، ص ٢٥٧.

(١٦) علي المهداوي، الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، ط١، دار الامارات الحديثة للطباعة والنشر،٢٠١٦، ص٧١.

(١٧) انظر المواد (٥٤،٥٥) من القانون المدني الاردني.

(١٨) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، احكام عقد البيع مقارنة بالفقه الاسلامي، الكتاب الاول، الانعقاد، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٣، ص٢١.

(١٩) انظر القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٢٠) ابن عابدين، محمد امين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، دار الكتب العالمية، دون سنة طبع، ص٥١.

(٢١) د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، ط١، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٠٨.

(٢٢) د. محمد سليمان الاحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٨٨.

(٢٣) انظر المادة (٢/١٩٤) من القانون المدني العراقي، انظر في الفقه الحنفي الامام علاء الدين ابن بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦، ص ١٤٨.

(٢٤) وهو ما ذهب اليه الفقه الحنفي، نقلا عن د. محمد احمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، ص ٣٠٦.

(٢٥) انظر المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي.

(٢٦) د. محمد شريف عبد الرحمن، مطول القانون المدني في عقد البيع، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٦٥٤.

(٢٧) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٦٥.

([٢٨]) انظر ياسين احمد القضاة، مصدر سابق، ص٦٠.

([٢٩]) د. محمد سليمان الاحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، مصدر سابق، ص١١٢.

([٣٠]) انظر المادة (٣٧١) من القانون المدني المصري.

([٣١]) وهبة الزجيلي، نظرية الضمان واحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨، ص٢١٩.

([٣٢]) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات معهد البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص١٤٨.

([٣٣]) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص٣١٩.

([٣٤]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بلا سنة طبع، ص١٨٧.

([٣٥]) د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان، مصدر سابق، ص ١٣٣.

([٣٦]) انظر ياسين احمد القضاة، مصدر سابق، ص ٦٧.

([٣٧]) انظر ما يقابلها المادة (١٢١٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

([٣٨]) وهبة الزجيلي، مصدر سابق، ص٢١٩.

([٣٩]) الامام علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ص ١٤٨. انظر كذلك ابو الحسن علي بن ابي بكر الراشدي المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ص١١.

([٤٠]) انظر الكاساني، مصدر سابق، ص ١٤٩.

([٤١]) محمد احمد سراج، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

([٤٢]) انظر المرغيناني، مصدر سابق، ص ١١.

([٤٣]) الكاساني، مصدر سابق، ص ١٥٣.

([٤٤]) د. ابراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط٢، دار عمار والمطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٧٢.

([٤٥]) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج٢، دار الفكر، دون سنة طبع، ص ٢٣٩.

([٤٦]) ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٢، دار العالم الاسلامي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٧٨.

([٤٧]) المرغيناني، مصدر سابق، ص١١.

([٤٨]) الكاساني، مصدر سابق، ص ١٥٣.

([٤٩]) انظر د. محمد سليمان الاحمد، مصدر سابق، ص ٣٤.

([٥٠]) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٢، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٨٦.

([٥١]) انظر المادة ١٩٤/٣ من القانون المدني العراقي.

([٥٢]) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات معهد البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص١٤٨.

([٥٣]) انظر ابو محمد عبد الله بن امد بن محمد بن قدامة، المغني، ج٥، دار الغد العربي، بلا سنة طبع، ص ٢٤٤. انظر كذلك الشيرازي، المهذب، ج١، مطبعة البابي الحلبي، ١٣٤٣، ص٣٦٨.

([٥٤]) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

([٥٥]) انظر ابراهيم فاضل الدبو، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

([٥٦]) د. محمد سليمان الاحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، مصدر سابق، ص٨٠.

([٥٧]) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، ج٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص٢٧٥.

(٥٨) د. علي شاكر عبد القادر البدري، الضمان بين كسب الملكية وعدمه، كلية القانون، جامعة اهل البيت (ع)،٢٠١٨، ص٢٧-٢٨.

(٥٩) د. غني حسون طه والاستاذ محمد طه البشير، الحقوق العينية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص١٥٧.

(٦٠) انظر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٦١) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٩، اسباب كسب الملكية والحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٢.

(٦٢) مصطفى الزرقاء، نظرية الضمان، دار العلم، دمشق، ١٩٨٨، ص ٢٤٢.

(٦٣) د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص٥١.

(٦٤) ياسين احمد القضاة، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٦٥) د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان، مصدر سابق، ص ١٥٠. كذلك د. سعد حسين عبد الملحم، كسب الملكية بالضمان، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٠، العدد ١٩،٢٠٠٧، ص٣٤.

(٦٦) د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٦٧) د. حسين سعد، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٦٨) ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي قد ذهب الى امكانية كسب الملكية بالضمان ايضا في حالة اتلاف مال الغير وذلك في المادة (١٨٨) من القانون المدني العراقي وهي حالة اتلاف اشجار الغير بدون حق، كما انه بالإمكان قياس اي حالة اخرى تتضمن اتلاف مال اخر مملوك للغير بدون وجه حق. فلصاحب المال في حالة الاتلاف تركه للمتلف فيتملك هذا المال في مقابل ما يؤديه من تعويض (ضمان) لصاحب المال.

(٦٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، اسباب كسب الملكية مع القوق العينية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٦٨، ص ٥-٦.

(٧٠) د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١١٩.

(٧١) د. فتحي والي، دروس في النظرية العامة للعمل الاجرائي، جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣٣.

(٧٢) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٧٧، ص٥٧٤.

(٧٣) انظر د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص٦.

(٧٤) د. سعد حسين عبد الملحم، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٧٥) د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٧٦) انظر المادة (١٠٨٥) من القانون المدني الاردني.

(٧٧) انظر المادة (١٩٤) من القانون المدني العراقي.

قائمة المصادر والمراجع

اولا/ كتب الفقه الاسلامي:

١) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج٢، دار الفكر، دون سنة طبع.

٢) ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٢، دار العالم الاسلامي، بيروت، بلا سنة طبع.

٣) ابو محمد عبد الله بن امد بن محمد بن قدامة، المغني، ج٥، دار الغد العربي، بلا سنة طبع.

٤) الشيرازي، المهذب، ج١، مطبعة البابي الحلبي، ١٣٤٣.
٥) علاء الدين ابن بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦.
٦) علي بن ابي بكر الراشدي المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.

ثانيا/ كتب اللغة

١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الانصاري، لسان العرب، ج١١، ط٣، دار صادر، مادة غصب.
٢) احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج١، المكتبة العلمية، بلا سنة طبع.
٣) زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، شرح الاشباه والنظائر، ج٢، دار الكتب العالمية، بيروت.
٤) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت.

ثالثا/ الكتب القانونية

١) د. ابراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط٢، دار عمار والمطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠١.
٢) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٧٧.
٣) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.
٤) د. حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.
٥) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
٦) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٢، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١.
٧) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات معهد البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
٨) د. سعد حسين عبد الملحم، كسب الملكية بالضمان، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٠، العدد ١٩،٢٠٠٧.
٩) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠.
١٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
١١) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٩، اسباب كسب الملكية والحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

١٢) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، احكام عقد البيع مقارنة بالفقه الاسلامي، الكتاب الاول، الانعقاد، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٣.
١٣) د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الاول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٤) علي المهداوي، الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، ط١، دار الامارات الحديثة للطباعة والنشر،٢٠١٦.
١٥) د. علي شاكر عبد القادر البدري، الضمان بين كسب الملكية وعدمه، كلية القانون، جامعة اهل البيت (ع)، ٢٠١٨.
١٦) د. غني حسون طه والاستاذ محمد طه البشير، الحقوق العينية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢.
١٧) د. فتحي والي، دروس في النظرية العامة للعمل الاجرائي، جامعة القاهرة، ١٩٧٤.
١٨) د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، ط١، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
١٩) د. محمد سليمان الاحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٠) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، ج٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤.
٢١) د. محمد شريف عبد الرحمن، مطول القانون المدني في عقد البيع، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢٢) د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
٢٣) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزام برد غير المستحق، ط١، احسان للنشر والتوزيع، سليمانية، ٢٠١٤.
٢٤) مصطفى الزرقاء، نظرية الضمان، دار العلم، دمشق، ١٩٨٨.
٢٥) د. ناصر فتحي بدوي، دعوى الطرد للغصب، ط٢، دار عماد للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.
٢٦) وهبة الزجيلي، نظرية الضمان واحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨.
٢٧) ياسين احمد القضاة، الاثار القانونية المترتبة على الحكم بضمان المال المغصوب في القانونيين الاردني والاماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠٢٣.

رابعا/ القوانين

١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢) القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.