

كسب الملكية بضمان ضرر المال

دراسة تحليلية مقارنة

تأليف

د. محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون - جامعة السليمانية - كردستان العراق

دار النهضة العربية - القاهرة

١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م

كسب الملكية بضمان ضرر المال

د. محمد سليمان الأحمد

كسب الملكية بضمان ضرر المال

الدولية للطباعة

٧١٦٥٤٠٤ : ٥

كسب الملكية بضمان ضرر المال

(دراسة تحليلية مقارنة)

تأليف

الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون - جامعة السليمانية - كوردستان العراق

دار النهضة العربية - القاهرة

١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م

بسم الله الرحمن الرحيم

((قل اللهم فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك في ما كانوا فيه يختلفون (٤٦) ولو أن للذين ظلموا ما في الأرض جميعا ومثله معه لأفقدوا به من سوء العذاب يوم القيامة وبدا هم من الله ما لم يكونوا يحتسبون (٤٧)))

صدق الله العظيم
الزمر

الإهداء

إلى من تعجز الكلمات عن إحقاق حقه ...
إلى من يعجز اللسان عن ذكر أفضاله ...
إلى من يعجز القلم في تلبية ما ترغب اليمين تدوينه عنه...
إلى من أقف طوال عمري خجلاً راجفاً صاغراً ولو بذكر اسمه ...
أستاذي.. وأستاذي .. وأستاذي
العلامة الجليل ، فقيه العراقي ، المفكر الإسلامي الكبير :
الأستاذ المتمرس

الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي
الذي فُتح لي على يديه الكريمتين فجاج علم لم ألقاه من منبع أو مبلغ ..
وما لي عليه إلا أن يُشرفني بالفضل بالقبول ، وليحفظه الله ويعافيه ويسدد
خطاه ...

الساعي لبر أستاذه ؛ الفقير إلى الله الكريم
محمد سليمان الأحمد



مقدمة

تشكل دراسة الضمان أهم الدراسات الشرعية والقانونية، فالضمان تترتب عليه آثار مهمة، وأحكامه خطيرة، لكن معالمه غير واضحة، وإن كانت الدراسات الشرعية قد حاولت جمع شتات مفرداته وجمع معانيه في كتب ومجلدات، لكن لم يسع أحد - على حد علمنا - من رجال القانون إلى وضع المعالم العامة لهذا الموضوع المهم، الذي يأتي تارة بمعنى الإلزام أو الالتزام، كالاتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية، وقد يأتي بمعنى التعويض المترتب على نهوض المسؤولية المدنية بصورتها (العقدية والتقصيرية)، وقد يأتي بمعنى التأمين، كالتأمين الاجتماعي (الضمان الاجتماعي) للعمال والموظفين وما إلى ذلك، أو نعني به التأمين الخاص بضمان حصول الدائن على حقه، وهو قد يتمثل في الضمان العام للدائنين أو في الضمان الخاص، والذي يقسم إلى ضمان شخصي (الكفالة) أو ضمان عيني (كالرهن أو الامتياز).

كل هذه المعاني يستوعبها المفهوم الواسع للضمان، لكن المفهوم المعطى للضمان في الدراسات، لاسيما القانونية منها، أنه يعني أداء ما تتشغل به الذمة فهو الأثر المترتب على ظهور الالتزام في ذمة الشخص عموماً، ولاسيما ما يترتب في الذمة من ضمان ضرر المال بسبب العمل غير المشروع؛ لكن لا ينكر أن للضمان أدوار عديدة في مجال القانون المدني، بمعناه الخاص والعام، فمعناه الخاص، أفرد القانون المدني العراقي باباً كاملاً للكفالة كعقد من العقود المسماة^(١). ومعناه العام، نجد أن للضمان

(١) راجع المواد: (١٠٠٨-١٠٤٧) مدني عراقي.

دورا في كل من الوقائع القانونية ، كالضمان في الغصب والاتلاف (٢) .
 والتصرفات القانونية ، كالضمان في العقد بصورة عامة والضمان في بعض
 العقود كضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق والضمان في
 المقاولات وغير ذلك (٣) ، هذا ما يخص الحقوق الشخصية (الالتزامات) .
 اما في الحقوق العينية وبالاخص (حق الملكية) فإن للضمان دور فيها لا يقل
 عن دوره في مجال الحقوق الشخصية ، رغم ان البعض قد اخفوا أو اعدموا
 له هذا الدور . ففي الوقت الذي لم ينص القانون المدني العراقي صراحة
 على اعتبار الضمان سببا مكتسبا للملكية ، قضيت بعض مواد بوجوب كسب
 ملكية المال المضمون للضامن بالضمان ، فمثلا ، نصت المادة (١٩٤) مدني
 عراقي في فقرتها الثانية على انه : « أما اذا غير الغاصب المال المغصوب
 بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا ويبقى المال المغصوب له ، فمن غصب حنطة
 وزرعها في أرضه كانا ضامنا للحنطة وبقي المحصول له » . فبأي سبب
 الغاصب ملكية المغصوب ؟ لاشك أنه الضمان ، ذلك لأن اللام في الفقرة أعلاه
 تدل على الملكية والاختصاص .

ويبدو أن الاتجاه الذي سلكه المشرع العراقي هو اتجاه مجلة الأحكام
 العدلية ، فهذه المجلة لم تعترف صراحة بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ،
 رغم ان مسلكها حنفي ، اذ ان القاعدة حنفية المنشأ ، لكنها أقرتها ضمنا في
 مواد متفرقة ، منها المادة (٨٩٩) التي نقلها المشرع العراقي في الفقرة
 المذكورة أعلاه .

ان المشرع العراقي عندما اختار لنفسه سلوك مسلك المذهب الحنفي ،

(٢) راجع المواد : (١٨٦-٢٠١ ، ٢٢٦) مدني عراقي .

(٣) راجع المواد : (١٣٤ ، ٥٤٩-٥٧٠ ، ٧٨٠) مدني عراقي .

كان عليه ان يعترف بهذه القاعدة صراحة ، ويلاحظ أن هذا الأمر هو الذي دفع المشرع الأردني الى الاعتراف بقاعدة صراحة ، ويلاحظ ان هذا الأمر هو الذي دفع المشرع الأردني الى الاعتراف بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) في المادة (١٠٨٥) مدني ، وموقف المشرع الأردني هو الأولى بالاتباع ، رغم أن بعض شراح القانون الأردني قد انتقدوا موقفه هذا على اعتبار انه أقر قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) ، في حين أن هذا القانون لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها بل قيدها بقيود سيلي بيانها في صلب البحث .

وإذا كنا أقررنا قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، فإن هذه القاعدة يجب ان لا يؤخذ بها على إطلاقها ، الأمر الي سيؤدي الى اضطراب المعاملات ، عندما يحاول الأفراد الاستفادة من هذه القاعدة ، ليقوموا بأعمال تعد اصلا غير مشروعة للوصول الى غاياتهم ، فضلا عن انه لا يجوز تأسيس أمر مشروع (كالملكية) على أمر غير مشروع (كالغصب وإتلاف مال الغير بدون حق) .

وإزاء هذا التعارض بين الاتجاهين ، لا بد من قيام اتجاه وسط تدعمه ، نصوص تشريعية من جهة وواقع التطبيق من جهة أخرى ومنطق القانون من جهة ثالثة ، لذا فقد اليت على نفسي أن اقوم بمناقشة هذا الموضوع المهم في هذا البحث المتواضع والذي سأوزع الدراسة فيه على فصلين أولهما في المدخل العام للضمان ، وثانيهما في دور ضمان ضرر المال في كسب ملكيته.

وسنهي البحث بمشروئة الله تعالى بخاتمة نوضح فيها أهم النتائج والتوصيات .

د. محمد سليمان الأحمد

الفصل الأول

الداخل العام للضمان

1. The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the existence of a solution of the system of equations (1) for arbitrary values of the parameters α and β . It is shown that the system of equations (1) has a solution for arbitrary values of the parameters α and β if and only if the condition

الفصل الأول

المقدمة العامة للضمان

نعالج في هذا الفصل ثلاثة نقاط مهمة : ماهية الضمان بوجه عام ؛ وتمييز الضمان عما يشبهه به ؛ وطبيعة الحكم بالضمان وما يتعلق به من حقوق ؛ وذلك في ثلاثة مباحث متتالية .

المبحث الأول

ماهية الضمان بوجه عام

ان دراسة الضمان، تقتضي بحث جميع جوانبه، ولتعذر ذلك هنا، يبقى علينا لزماً ان نعرف الماهية ^(٤) العامة للضمان من خلال التعرض لتعريفه والتطرق لأنواعه ومن ثم تمييزه عن بعض النظم القانونية المقاربة له، وهذا ما نود بحثه في المطلبين الآتين:

المطلب الأول : (تعريف الضمان)

المطلب الثاني : (بيان أنواعه)

(٤) الماهية: تفاعل الخصائص الذاتية للشيء وعناصر كيانه الداخلي مع قطع النظر عن الوجود الخارجي. راجع: صالح الجاسم الطائي، مصطلحات فقهيه، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٢، ص ٤٦.

المطلب الأول

تعريف الضمان

للضمان تعريفات عدة، من حيث ما يدل على معناه لغةً، وعرفاً، واصطلاحاً بوجهيه الشرعي والقانوني.

والضمان في اللغة: - التكفل، من ضمن الشيء وبه: أي: كفل به، والضمين الكفيل ويقال ضمننت الشيء اضمئنه ضمناً وضماناً، فأنا ضامن، وهو مضمون^(٥). والضامن، الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضُمَّان وضمنه، والضمان: الكفالة والالتزام^(٦).

أما الضمان في مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية: فهو يجري مجرى المعنى اللغوي له، أي ان الضمان حسب وجهة نظر عموم فقهاء الشريعة، هو الكفالة، ومع ذلك فأنا وجدنا ان بعض الفقه قد عرف الضمان بما يغلز مفهومه اللغوي، فذهب بعضهم إلى أن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته^(٧)، وهذا ما ذهبت إليه - أيضاً - مجلة الأحكام العدلية^(٨)، ومنهم من عرفه بأنه التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير^(٩). غير أن ما

(٥) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٧، دار الرسالة، الكويت، ١٩٧٣، ص ٣٨٥.

(٦) نقلاً عن الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مطبعة الفقيه الحديثة، ١٩٧١، ص ٤.

(٧) نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢، ص ١٥.

(٨) نصت المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيمات".

(٩) نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٥، وراجع ما بعده ص ١٨ من البحث.

الفصل الأول

المقدمة العامة للضمان

نعالج في هذا الفصل ثلاثة نقاط مهمة : ماهية الضمان بوجه عام ؛ وتمييز الضمان عما يشبهه به ؛ وطبيعة الحكم بالضمان وما يتعلق به من حقوق ؛ وذلك في ثلاثة مباحث متتالية .

المبحث الأول

ماهية الضمان بوجه عام

ان دراسة الضمان، تقتضي بحث جميع جوانبه، ولتعذر ذلك هنا، يبقى علينا لازماً ان نعرف الماهية ^(٤) العامة للضمان من خلال التعرض لتعريفه والتطرق لأنواعه ومن ثم تمييزه عن بعض النظم القانونية المقاربة له، وهذا ما نود بحثه في المطلبين الآتين:

المطلب الأول : (تعريف الضمان)

المطلب الثاني : (بيان أنواعه)

(٤) الماهية: تفاعل الخصائص الذاتية للشيء وعناصر كيانه الداخلي مع قطع النظر عن الوجود الخارجي. راجع: صالح الجاسم الطائي، مصطلحات فقهيّة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٢، ص ٤٦.

المطلب الأول

تعريف الضمان

للضمان تعريفات عدة، من حيث ما يدل على معناه لغةً، وعرفاً، واصطلاحاً بوجهيه الشرعي والقانوني.

والضمان في اللغة: - التكفل، من ضمن الشيء وبه: أي: كفل به، والضمين الكفيل ويقال ضمنت الشيء اضمنه ضمناً وضماناً، فأنا ضامن، وهو مضمون^(٥). والضامن، الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضُمَان وضمنه، والضمان: الكفالة والالتزام^(٦).

أما الضمان في مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية: فهو يجري بمجرى المعنى اللغوي له، أي ان الضمان حسب وجهة نظر عموم فقهاء الشريعة، هو الكفالة، ومع ذلك فأنا وجدنا ان بعض الفقه قد عرف الضمان بما يغاير مفهومه اللغوي، فذهب بعضهم إلى أن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته^(٧)، وهذا ما ذهبت إليه - أيضاً - مجلة الأحكام العدلية^(٨)، ومنهم من عرفه بأنه التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير^(٩). غير أن ما

(٥) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٧، دار الرسالة، الكويت، ١٩٧٣، ص ٣٨٥.

(٦) نقلاً عن الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مطبعة الفقيه الحديثة، ١٩٧١، ص ٤.

(٧) نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢، ص ١٥.

(٨) نصت المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الضمان هو إعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيمات".

(٩) نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٥، وراجع ما بعده ص ١٨ من البحث.

نستغربه ان بعض فقهاء المسلمين المحدثين قد عرف الضمان بما يوجب قيام المسؤولين المدنية والجنائية ^(١٠)، حيث ذكر بأن الضمان : « هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الانسانية » وسوف يلي التعليق على هذا الموقف في موضع لاحق من هذا البحث. أما التعريف الذي نراه الأقرب إلى التكيف الصحيح للضمان، هو ما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين ^(١١)، الذي عدّ الضمان: « شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوباً أدائه شرعاً عند تحقق شرط أدائه ».

وللضمان أيضاً معنى عرفي ^(١٢)، فهو لفظ كثير التداول بين العامة، إلا أن ما يقصد به المتعاملون في السوق حسب لهجتهم، الكفالة في مواضع، والتأمين في مواضع ثانية، والدليل في أخرى. فكثيراً ما نشاهد أو نسمع بأن شخصاً - مثلاً - ليستدين من آخر، فيسأل الأخير: ما هو ضمان عودة المال لي، فيأتي شخص ثالث يعرف الطرفين ويقول أنا ضامن أو أن هذا المدين في (ضمانتي)، وقد يضع المدين بعض أمواله لدى الدائن، كضمان لرد الدين

(١٠) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٥.

(١١) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٥.

(١٢) ان تعريف الضمان عرفاً له ضرورة عملية مفادها ان الألفاظ المستخدمة في المجتمع لها أثرها الذي من الممكن بها تغيير المراكز القانونية للخصوم، فالعرف ما هو معروف لدى الناس من أقوال وأفعال يتعاملون بها ويرون ان من اللازم احترامها. راجع في هذا المعنى د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مطبعة أسعد، بغداد، ١٩٨٣، ص ٥٦، كذلك راجع المواد ١٥٦، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، من القانون المدني العراقي، والمواد (٢٢٤-٢٢٦) من القانون المدني الأردني.

وهذا أما يعرف لدى مفهوم الفقهاء (بالرهن) وهو من التأمينات العينية، وفي فرض آخر قد يطلب الدائن مستنداً يثبت فيه الدين (كضمان لحقي) على حد تعبير العامة، فيأخذ هنا الضمان معنى الدليل.

أما الضمان في القانون، فلا وجود في القوانين - على حد علمنا - تعريف للضمان، عدا النص الذي ذكرناه في الصفحة السابقة وهو من مجلة الأحكام العدلية. وبالمقابل فأنا كذلك لم نجد من بين فقهاء القانون من أعطى للضمان تعريفاً يدل على معناه ضمن نطاق المعاملات القانونية، رغم أن هذه الكلمة مستخدمة بكثرة في كتبهم وكذلك في متون بعض القوانين لا سيما تلك التي اقتبست معظم أحكامها من الشرع الإسلامي، كالقانون المدني العراقي والكويتي والأردني وما إلى ذلك. فمثلاً: نجد أن المشرع العراقي قد أدرج المواد ١٦٨-١٧٦ من القانون المدني تحت عنوان (ضمان العقد) كمرادف لمصطلح (المسؤولية العقدية) رغم الاختلاف بين المصطلحين، كما أنه يذكر مصطلحات مشتقة من الضمان في مواد عديدة من هذا القانون وغيره^(١٣).

وإذا أردنا أن نعرف الضمان وفق الوجهة القانونية السليمة، علينا أن نراعي ما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين في تعريف الضمان - المذكور أعلاه - مع تغيير في الصيغة، ثم الأخذ بعين الاعتبار أحكام القوانين في خصوص فهمها الخاص للضمان وما رتبته على هنا الفهم من قواعد وأحكام. فالضمان - إذن - (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل عند تحقق أحد أسبابه واجتماع شروطه دون أن يكون هناك مانع يحول دون ترتيب آثاره القانونية)

(١٣) راجع المواد، ١٣٤، من ١٨٦-٢٠١، ٢٦٦، وغيرها من القانون المدني العراقي؛ وكذلك المواد ٨٠-٨٣ من قانون التجارة العراقي النافذ.

شرح التعريف :

معلوم ان لكل شخص ذمة مالية، سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، والذمة المالية هي، مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات في الحال والاستقبال^(١٤). ويتبين من هذا التعريف ان ذمة الشخص المالية تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية دون غيرها، كما تبين أيضاً ان هذه الذمة تتألف من جانبين^(١٥):

١. جانب إيجابي: وهو مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلاً، وكذلك الحقوق المالية التي ستتعلق في المستقبل.

٢. جانب سلبي: وهو مجموع التزامات الشخص المالية (الديون)، والتي بوجودها تصبح الذمة مشغولة. ولما كان الضمان، شغل الذمة، فهو التزام يدخل في الجانب السلبي من الذمة بالنسبة للشخص الضامن، وبالمقابل، فهو حق مقرر لذمة المضمون فيدخل في الجانب الإيجابي من ذمته. وكما هو معروف فان تعريف الاسم يأخذ الصفة أو الحالة التي يكون عليه الفاعل وليس المفعول به^(١٦). وبما ان الفاعل في اسم الضمان، الضامن، لذا فإننا عرفنا الضمان بأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء

(١٤) راجع د. سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٢، ص ٢٨٧. وكذلك د. توفيق حسن مزج ود. محمد يحيى مطر، الاصول العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص ٢٨٩.

(١٥) راجع د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، ص ٣٠٢.

(١٦) راجع في بيان اصول التعريف: د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦ ص ٢٦ وما بعدها.

به من مال أو عمل، فالالتزام قد يكون بأداء مال أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، فالوديعة - مثلاً - ضامن لهلاك الوديعة بتعد أو تقصير منه^(١٧). فهو ضامن للمال، والمقاول ضامن لانتهاء العمل خلال مدة معينة وإلا ألزم بالتعويض^(١٨)، فهو ضامن لمال أيضاً، ومن جهته يكون الكفيل بإحضار المكفول للتقاضي أمام المحكمة ضامناً لهذا العمل^(١٩) وهذا - على سبيل المثال - ضمان بالوفاء بعمل ما.

وبطبيعة الحال، فإن الضمان لا ينهض إلا إذا قام أحد أسبابه^(٢٠)، وتحققت جميع شروطه^(٢١).

(١٧) راجع المواد (٩٥٣)، (٩٥٦)، (٩٦٢) مدني عراقي، والمادة (٨٧٢) مدني اردني.

(١٨) راجع المادة (٨٦٨) مدني عراقي، إضافة إلى إن المقاول يكون ضامناً للعمل الذي آداه أيضاً.

(١٩) راجع المادة (١٠١٧) مدني عراقي، والمادة (٩٦١) مدني اردني.

(٢٠) أسباب الضمان أربعة، على رأي بعض الفقهاء، العقد كالبيع، واليد، كيد الأمانة إذا تعدى صاحبها ويد الضمان حتى بدون التعدي، والاتلاف، والحيلولة (السيوطي، الاشباه والنظائر، دار أحياء الكتب العربية، ص ٢٩٠). ومنهم من يراها ثلاثة وهي العقد والاتلاف واليد (د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٦٣) ومنهم من يضيف على هذه الثلاثة إلزام الشارع دون ان يعطي له أهمية كذلك التي أعطاهها للأسباب الأخرى (الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق ص ٩ وما بعدها) وستظهر لنا جلياً في مواضع متفرقة من البحث أسباب الضمان.

(٢١) شروط الضمان وهي يتوقف عليها وجود الضمان دون ان تكون داخلة في حقيقته بعكس الأركان التي تكون داخلة في حقيقته وطبيعته (د. مصطفى الزلمي، دالات النصوص، مرجع سابق، ص ٢٨) وعلى هذا الأساس فإن البعض يذكر أركان الضمان ومن ثم يذكر شروطه، حيث يرى إن أركان الضمان هي ذاتها أركان المسؤولية (الخطأ، الضرر، السببية) أما الشروط فيقصرها على ضمان الإلتلاف فحسب وهي كلها خاصة بمحل الضمان الذي =

ولم يكن هناك مانع يحول دون ترتيب أثره^(٢٢)، ولا مجال لدينا في الخوض في تفاصيل أسباب وشروط وموانع الضمان، لكننا سوف نتطرق إليها بشكل غير مستقل في مواضع متفرقة من هذا البحث، تاركين استقلالية بحثها وبشكل متكامل لمشروع بحثي آخر إن شاء الله.

الطلب الثاني

أنواع الضمان

للضمان أنواع عديدة، فهو بالنظر إلى محله أما أن يكون ضمان مال أو عمل أو أنه يكون ضمان نفس و ضمان مال على تقييم رآه بعض الفقه^(٢٣). وهو بالنظر إلى سببه أما أن يكون ضمان عقد أو ضمان يد أو ضمان إتلاف^(٢٤)، كما

= يقصره على المال فقط، فيشترط حتى يكون هناك ضمان: أن يكون الشيء المتلف مالا منفوقا، وأن يكون الضرر مخففا، وأن يكون المتلف أهلا لوجوب الضمان، وأن يكون في إيجاب الضمان فائدة (د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٨ - ٢٢) وما يلاحظ على الرأي السابق هو خلطه أولاً بين الضمان والمسؤولية، وثانياً، عدم إمكان جمع شروط شاملة لجميع صور الضمان وباختلاف أسبابه ومحله.

(٢٢) أن موانع الضمان تبطل بحد ذاتها مفعول السبب الذي نتج عنه الضمان استناداً للقاعدة المعروفة ((إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع)) (المادة ٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٦) من مجلة الأحكام العدلية) انظر شرح هذه القاعدة (منير القاضي، شرح المجلة، ج ١، مطبعتا السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧، ص ١٠٨). كما لو تحولت اليد من ضمان إلى أمانة فإن ذلك يعد مانعاً لقيام الضمان.

(٢٣) يبدو أن الشيعة الأمامية يطلقون لفظ الضمان على ضمان المال فحسب، أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم (الأستاذ على الخفيف، مرجع سابق، ص ٥).

(٢٤) أما الضمان الناتج عن إلزام الشارع فقريب عن ضمان النفس وهو ما يخرج عن موضوعنا الخامس بضمن المال والعمل المتقوم بالمال.

يمكن تقسيمه بالنظر إلى نوع المال إلى ضمان المال المثلي و ضمان المال القيمي. وفيما يلي بحث جميع هذه الأنواع عدا ضمان النفس فهو من موضوعات القانون الجزائي.

الفرع الأول

الضمان بالنظر إلى محله (ضمان المال و ضمان العمل)

الضمان من حيث محله، أما ان يكون ضمان مال أو ضمان عمل:

أولاً / ضمان المال: وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال فالغاصب يضمن المال إذا استهلك أو أتلف أو ضاع أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه^(٢٥). كما أن الشخص الذي يوقف سيارة بلا ضرورة أو يوقفها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف السيارات، يضمن ضررها في كل الأحوال، وكذلك إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك كان ضامناً، ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعدٍ^(٢٦). وما إلى ذلك من الأمثلة.

ثانياً / ضمان العمل: وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من عمل وهذا النوع من الضمان يظهر كثيراً في تسليم الأعيان^(٢٧)،

(٢٥) المادة (١٩٣) مدني عراقي.

(٢٦) المادة (٩٧٤) مدني عراقي.

(٢٧) كتسليم المبيع (المادة (٥٣٦) والمادة (٥٤٧) مدني عراقي) وكتسليم العين المؤجرة

(المادة (٧٤٢) مدني عراقي) ورد العارية والوديعة (المادة (٨٦٠) مدني عراقي

والمادة (٩٦١) مدني عراقي).

ولم يكن هناك مانع يحول دون ترتيب أثره^(٢٢)، ولا مجال لدينا في الخوض في تفاصيل أسباب وشروط وموانع الضمان، لكننا سوف نتطرق إليها بشكل غير مستقل في مواضع متفرقة من هذا البحث، تاركين استقلالية بحثها وبشكل متكامل لمشروع بحثي آخر إن شاء الله.

المطلب الثاني

أنواع الضمان

للضمان أنواع عديدة، فهو بالنظر إلى محله أما أن يكون ضمان مال أو عمل أو أنه يكون ضمان نفس و ضمان مال على تقييم رآه بعض الفقه^(٢٣). وهو بالنظر إلى سببه أما أن يكون ضمان عقد أو ضمان يد أو ضمان إتلاف^(٢٤)، كما

= يقصره على المال فقط، فيشترط حتى يكون هناك ضمان: أن يكون الشيء المتلف مالا منفوقا، وأن يكون الضرر مخففا، وأن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان، وأن يكون في إيجاب الضمان فائدة (د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٨ - ٦٢) وما يلاحظ على الرأي السابق هو خلطه أولاً بين الضمان والمسؤولية، وثانياً، عدم إمكان جمع شروط شاملة لجميع صور الضمان وباختلاف أسبابه ومحلّه.

(٢٢) أن موانع الضمان تبطل بحد ذاتها مفعول السبب الذي نتج عنه الضمان استناداً للقاعدة المعروفة ((إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع)) (المادة (٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٦) من مجلة الأحكام العدلية) انظر شرح هذه القاعدة (منير القاضي، شرح المجلة، ج ١، مطبعتا السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧، ص ١٠٨). كما لو تحولت اليد من ضمان إلى أمانة فإن ذلك يعد مانعاً لقيام الضمان.

(٢٣) يبدو أن الشيعة الأمامية يطلقون لفظ الضمان على ضمان المال فحسب، أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم (الأستاذ على الخفيف، مرجع سابق، ص ٥).

(٢٤) أما الضمان الناتج عن إلزام الشارع فقريب عن ضمان النفس وهو ما يخرج عن موضوعنا الخامس بضمن المال والعمل المتقوم بالمال.

يمكن تقسيمه بالنظر إلى نوع المال إلى ضمان المال المثلّي وضمان المال القيمي. وفيما يلي بحث جميع هذه الأنواع عدا ضمان النفس فهو من موضوعات القانون الجزائي.

الفرع الأول

الضمان بالنظر إلى محله (ضمان المال وضمان العمل)

الضمان من حيث محله، أما ان يكون ضمان مال أو ضمان عمل:
أولاً / ضمان المال: وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال فالغاصب يضمن المال إذا استهلك أو أتلف أو ضاع أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه^(٢٥). كما أن الشخص الذي يوقف سيارة بلا ضرورة أو يوقفها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف السيارات، يضمن ضررها في كل الأحوال، وكذلك إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك كان ضامناً، ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعدٍ^(٢٦). وما إلى ذلك من الأمثلة.

ثانياً / ضمان العمل: وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من عمل وهذا النوع من الضمان يظهر كثيراً في تسليم الأعيان^(٢٧).

(٢٥) المادة (١٩٣) مدني عراقي.

(٢٦) المادة (٩٧٤) مدني عراقي.

(٢٧) كتسليم المبيع (المادة (٥٣٦) والمادة (٥٤٧) مدني عراقي) وكتسليم العين المؤجرة

(المادة (٧٤٢) مدني عراقي) ورد العارية والوديعة (المادة (٨٦٠) مدني عراقي

والمادة (٩٦١) مدني عراقي).

والضمان الحاصل في العقود الواردة على العمل^(٢٨)، وإحضار الخصم وأداء الدين^(٢٩).

الفرع الثاني

الضمان بالنظر إلى نوع المال (المثلي والقيمي)

ذكرنا بأن الضمان يقسم بالنظر إلى محله إلى ضمان عمل وضمان مال، وهذا الأخير يهتما أكثر في مجال بحث الضمان، لذا وجب علينا ان نبين نوع المال المضمون الذي باختلافه تختلف الكيفية التي يكون عليها الضمان بالنسبة للمال القيمي عنها بالنسبة للمال المثلي.

الأموال المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعد أو القياس أو الكيل أو الوزن، وما عدا ذلك من الأموال فهو قيمي^(٣٠). وبما ان الضمان نوع من انواع الالتزام، فأن لكل التزام نهاية تتمثل في أسباب إنقضاء عديدة منها الوفاء، ووفاء الالتزام بضمان المال المثلي يكون برد مثل المال المضمون، ووفاء الالتزام بضمان المال القيمي يكون برد قيمته. ولا مشكلة تذكر في ضمان المال المثلي، إلا ان الامر يدق في ضمان المال القيمي، فهل يقيم المال المضمون وقت قيام سبب الضمان، ام وقت تلف المال المضمون، ام وقت رفع

(٢٨) كعقد العمل وعقد المقاولة وعقد الوكالة وعقد الوديعة.

(٢٩) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٦.

(٣٠) نص المادة (٦٤) مدني عراقي، وراجع في معايير التمييز بين المثلي والقيمي، عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الاسلامي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، دار التربية، بغداد، ص ١٤ وما بعدها. كذلك د. سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سابق، ص ٣١١ وما بعدها.

سبب الضمان، ام وقت تلف المال المضمون، ام وقت رفع الدعوى، ام وقت اصدار الحكم بالضمان؟ لقد اختلف الفقهاء المسلمون في ذلك (٣١)، لعل الراجح عندنا القول الذي يذهب إلى تقدير اعلى القيم من حيث قيام سبب الضمان إلى وقت رد القيمة (٣٢)، وهذا الرأي له ما يبرره في ان الضامن يجب ان يعامل بمثل عمله الذي ادى إلى قيام ضمانه، هذا أولاً، وان تقييم المال جاء على اساس عدم وجود مثل للمال المضمون وقت الرد لذا وجب تقييمه في ذلك الوقت قياساً على المثلي الذي يرد مثله في وقت تنفيذ الالتزام بالضمان، وهذا ثانياً.

الفرع الثالث

الضمان بالنظر إلى سببه

(ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإلتلاف)

هذا التقسيم قال به بعض الفقهاء المحدثين في الشريعة الإسلامية (٣٣)، وبعد ان تبين كل نوع منه لنا عليه تعليق بسيط :-

(٣١) راجع: ابن الرشد القرطبي، بداية المجتهد، ج ٢، دار الفكر، ص ٢٣٧ وما بعدهما. كذلك: الشيخ عبد القادر بن عبد الكريم الخيرانى، خلاصة المذاهب الاربعه، دار الانبار للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٦٠ - ١٦٥. وكذلك: عبد الجبار حمد شرارة، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

(٣٢) راجع د. مصطفى ذيب البغا، التذهيب في ادلة متن الغاية والتقريب (متن ابي شجاع في الفقه الشافعي) مؤسسة علوم القرآن، دمشق، بيروت، ١٩٨٣، ط ٢، ص ١٤١. ود. ابو اليقظان عطية الجبوري، الامام زفر وأراءه الفقهية، دار الندوة الجديدة، بيروت، ط ٢، ١٩٨٦، ص ٢٥٠.

(٣٣) الاستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٢٠، كذلك: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٧٨.

اولاً / ضمان العقد:- وهو ضمان مال تالف بناءً على عقد اقتضي الضمان^(٣٤)، والعقود التي تقتضي الضمان، هي عقود المعاوضات بصورة عامة، وقد حاول بعض الفقه حصر هذه العقود في البيع والايجار والنكاح والطلاق بعوض والخلع والعارية والصلح والكفالة^(٣٥) ويضيف البعض الاخر القسمة والمخارجه والقرض؟ وإقالة هذه العقود^(٣٦). ونحن نرى ان هذا الاتجاه مهما حاول من سرد العقود التي تنفيذ الضمان فانه لن ينجح في سردها جميعاً، لذا فاننا نرى ان ما ذكر أعلاه انما هو على سبيل المثال وليس الحصر. حيث ان للافراد الحق في انشاء ما شاؤوا من العقود على وفق مبدأ سلطان الارادة^(٣٧)، فمثلاً ان هناك عقود غير مسماة لم يشأ القانون تسميتها وتنظيم أحكامها على اعتبار ان الذي يطبق عليها القواعد العامة في نظرية العقد

(٣٤) الاستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٣٥) المرجع السابق، ص ٢١.

(٣٦) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٤٥ (يذهب الدكتور الزحيلي، إلى ان القرض في حقيقته يشبه البيع لانه تملك مال بمال، فيؤخذ المال من اجل استهلاكه في حاجيات المقرض ثم يؤدي عوضاً عنه إلى المقرض عند حلول الاجل المتفق على تسليمه فيه، فالقصد منه المعاوضة فهو عقد ضمان !!! (ص ١٥٤) واني لاستغرب إلى هنا القول اذ انه يوحى بان ما يريد تعريفه بموجبه هو القرض بربا، وهذا ما لا ترضاه الشريعة، لذا فاننا نذهب مع البعض إلى ان القرض من عقود التبرع التي لا تقتضي الضمان ابتداءً (راجع: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، ج ٢، العقود التي ترد على الملكية عدا البيع، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٠٨).

(٣٧) راجع: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٤٥ وما بعدها.

في القانون المدني^(٣٨). ومع ذلك يبقى عقد البيع العقد الأكثر شيوعاً في الحياة العملية والأكثر اقتضاءً للضمان حيث ان فيه ضمانات عامة تلزمها نظرية الالتزام بصورة عامة^(٣٩)، و ضمانات خاصة مثل ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية^(٤٠).

فضلاً عن ان عقود المعاوضات تستوجب الضمان بصورة عامة، فان هناك عقوداً قد ينشأ عنها الضمان ولكن ليس بالتلف بل بالتعدي، وهي عقود الامانة، التي عرفها احد الفقهاء^(٤١) بانها العقود التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه وانما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه، وهذه العقود هي: الايداع، والاعارة، والشركات، والوكالة، والوصايا والهبة. هذا ما ذهب إليه احد الفقهاء والذي لا تتق معه في حصر هذه العقود لعدم امكان ذلك على وجه ما بيناه في الصحيفة السابقة.

ثانياً / ضمان اليد: الاصل ان الشيء يهلك على مالكة، ولكن إذا خرج من يد مالكة واصبح في يد الغير فهذه اليد اما ان تكون يد امانة أو يد

(٣٨) راجع: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩، ص ٧.

(٣٩) راجع على سبيل المثال، المادتان (١٧٩)، (١٨٠) من القانون المدني العراقي.

(٤٠) راجع: الاستاذ احمد نجيب الهلالي بك، شرح القانون المدني في العقود، ج ١، في البيع والحالة والمقايضة، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٢٥، ص ٣٦٩ وما بعدها. كذلك: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة (عقد البيع)، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٨١ وما بعدها. كذلك: محمد عبد الله ابو هزيم، الضمان في عقد البيع، دار الفحاء، عمان، ١٩٨٦، ط ١، ص ٤٢ وما بعدها.

(٤١) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

ضمان^(٤٢)، ويد الامانة لا يستوجب القانون ضمانها بعكس يد الضمان التي يستوجب القانون ضمانها بالتعدي أو بدونه، أما الأولى فلا وجوب لضمانها إلا إذا تعدى صاحبها^(٤٣)، ومصدر الضمان في اليد هو نص القانون دائماً، وتحليل ذلك أن يد الأمانة ممكن أن يكون مصدرها القانون أو الإرادة أو سبب خارج عن الإرادة فهي لا تكون ضامنة إلا إذا استوجب للقانون ضمانها، إما يد الضمان فهي ضامنة دوماً بنص القانون، عليه اصبح القانون مصدراً لضمان اليد.

(٤٢) راجع للتفصيل د. سليمان محمد أحمد، ضمان المثلقات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٧٥ وما بعدها .

(٤٣) الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ٦، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ١٩٥٩، ص ١٩٦. كذلك: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ط ٢، ص ٤٨٩ وما بعدها. أيضاً: راجع نصوص المواد (٤٢٨، ٤٢٧، ٤٢٦) من القانون المدني العراقي، ومن المهم الإشارة إلى ما جاء في نص المادتين ٤٢٦، ٤٢٧، حيث نصت المادة (٤٢٦) على انه ((إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وملك دون تعد أو تقصير، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه)). ونصت المادة (٤٢٧) على انه : ((

١. تكون اليد يد ضمان إذا جاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا جاز الشيء لا نقصد المالك بل باعتباره نائباً عن المالك

٢. وتقلب يد الامانة إلى يد الضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك وقد حس الشيء عن صاحبه دون حق أو اخذه بغير اذنه)). ويلاحظ على المشرع العراقي انه قد وقع في خلل فني في ترتيب هاتين المادتين، فكان الأولى أن يعرف يد الامانة ويد الضمان في المادة الأولى ومن ثم يتطرق إلى أحكامهما في المادة الثانية ؟

ثالثاً / ضمان الإلتلاف: يعرف الإلتلاف بأنه إخراج الشيء من أن يكون منفعةً به منفعة مطلوبة منه عادة^(٤٤)، وهو أما أن يكون مباشرةً أو تسبباً. فالإلتلاف المباشر هو ما كان نتيجة لأتصال آلة التلف بمحلّه، فالفاعل المباشر هو من حصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار^(٤٥)، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه "إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر"^(٤٦). أما الإلتلاف تسبباً فهو ما كان بفعل في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه، فإن لم يكن التخلف محتملاً عدّ الضرر حينئذ مباشراً و كان الفعلان بمثابة فعل واحد^(٤٧)، أما المجلة فقد عرفت بأن ((إحداث أمر في شيء يقضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة...^(٤٨))) وتمضي هذه المادة لتصور لنا مثلاً للتسبب وتقول "من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفظياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أُلّف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً، وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف

(٤٤) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الالتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٦٧.

(٤٥) الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٣٢٨هـ، ١٩١٠م، ط ١ ص ١٦٥. كذلك: د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ج ١، ص ١٨٠ وما بعدها. وكذلك: الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٤٦) المادة (٨٨٧) من المجلة. راجع في شرحها: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام الكتاب الثاني في الغصب، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، ص ٤٥٢.

(٤٧) الكاسائي، مرجع سابق، ص ١٦٦. كذلك: الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٤٨) المادة (٨٨٨) في المجلة، وشرحها: علي حيدر، مرجع سابق، ص ٤٥٢ وما بعدها.

ذلك السمن، يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن نسبياً " (٤٩).

والقاعدة في الفقه الإسلامي في ضمان الإلتلاف ان المباشر يضمن وان لم يتعد، والمسبب لا يضمن إلا بالتعدي، وان المباشر والمتسبب إذا اجتمعوا فيضاف الحكم إلى المباشر (٥٠).

ويفرق الفقه الإسلامي بين أنواع الضمان المارة الذكر، حيث يذهب احد الفقهاء (٥١) إلى ان الفرق بين الضمان العقد ضمان اليد: ان ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان، وضمان اليد مرده المثل أو القيمة، ويفارق الإلتلاف ضمان اليد في ان الإلتلاف يتعلق بالحكم فيه بالمباشرة دون التسبب، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والتسبب.

وذكر فقيه اخر (٥٢)، ان ضمان الإلتلاف مبني على المماثلة ولهذا يفارق العقد، فانه غير مبني على المماثلة باعتبار الاصل، بل على المراضاة، وكيف يبني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح، ثم ان ضمان العقد مشروع وفي المشروع يعتبر الوسع والامكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في

(٤٩) راجع لتفصيل اختلاف السنة الفقهاء في التعريف، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٥٨، ٣٠٠.

(٥٠) للتفصيل راجع:- ابن بхим، الاشباه، والنظائر، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٢٤٨. كذلك: د. محيي هلال السرحان، القواعد الفقهية، مطبعة اركان، بغداد، ١٩٨٧، ص ٦٩. كذلك:- منير القاضي، مرجع سابق، ص ١٥٣ وما بعدها. وقارن تلك القواعد بالمادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي.

(٥١) السيوطي، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(٥٢) السرخسني، المبسوط، الجزء (١١)، دار المعرفة، بيروت، ص ٨٠.

المبحث الثاني

تمييز الضمان عما يشبهه به

هناك أوضاع قانونية تشبه إلى حد ما الضمان، وهي في الحقيقة إما أن تكون ناتجة عنه في بعض الاحوال، كالتعويض، واما ان تكون جزءاً منه كالمسؤولية، أو ان يكون الضمان أحد صوره، كالالتزام، وقد ينظر إلى بعضها مثلما ينظر إلى الضمان، ولكن من زاوية الالتحام أو الاتحاد، وهذا هو شأن التضامن وقد يأتي الضمان بمعنى التأمين، وفيما يلي تخصيص مطلب لكل واحد من هذه الأوضاع وتمييزه عن الضمان.

المطلب الأول

الضمان والالتزام

معروف ان الحقوق التي ينظمها القانون المدني هي الحقوق المالية، وهذه الحقوق - على رأي المشرع العراقي - تكون إما عينية أو شخصية^(٥٤). وقد عرّف هذا المشرع الحق الشخصي بأنه^(٥٥): ((

١. الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

٢. يعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين.

(٥٤) المادة (٦٦) مدني عراقي.

(٥٥) المادة (٦٩) مدني عراقي.

٣. ويؤدي التعبير بلفظ «الالتزام» ولفظ «الدين» نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ «الحق الشخصي» ((وعلى الرغم من ان هذا التعريف معيب من جوانب كثيرة^(٥٦)، إلا أننا لا نستطيع ان نبين من خلاله

(٥٦) ويمكن حصر هذه الجوانب في الآتي:-

أ. ان الحق الشخصي يعد نوع من انواع الحقوق، وتعريفه بموجب نص المادة (٦٩) مدني عراقي لا ينسجم مع تعريف الحق الذي اختلف فيه الفقهاء بشدة، فلم يعرف الحق الشخصي بالرخصة أو بالسلطة أو بالمكنة أو بالاستثناء أو حتى بالتعريف الذي نراه مناسباً للحق وهو (مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة) (د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٤٤ كذلك : د. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨، ط٣، ص ٤٦٨ وما بعدها). بل ان المشرع العراقي عرف الحق الشخصي بأنه (رابطة قانونية !!) فهل يعقل ان يكون حق الشخص الشخصي رابطة تربطه باخر ؟؟

ب. ذكرت المادة (٦٩) في فقرتها الثانية انه (يعتبر حقاً شخصياً الالتزام....؟) فهل يعقل ان يكون الحق الشخصي التزاماً، بل ان اللفظ الاول يعاكس تماماً اللفظ الثاني، واذا كان لابد من ذكر هذه الفقرة فانها يجب ان تصاغ بالآتي: "ويعتبر التزاماً نقل الملكية ايأ كان محلها وكذلك تسليم شئ معين".

ج. كما ذكرت المادة في فقرتها الثالثة ان التعابير (الالتزام) و (الدين) و(الحق الشخصي) تعابير متساوية في المعنى في حين ان الاختلاف واضح فيهم، فالالتزام يرتبط بالحق الشخصي برابطة معينة يكون مثلها مثل العملة ذات الوجهين، فالشخص الذي يرتبط برابطة المديونية يكون إما ملتزماً أو صاحب حق شخصي فاذا كان ملتزماً بمحل معين كان الآخر صاحب حق شخصي على هذا المحل والعكس صحيح، إما الدين ففيه تعاريف عديدة يختلف عن الالتزام والحق الشخصي (راجع بحث د. نشوان محمد سليمان الجادرجي، فكرة الدين في الفقه الإسلامي ومدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي في القانون المدني، مجلة اداب الرافدين، جامعة الموصل، ع١، س١٩٩٥، ص٣٣٨) والتعريف الذي نراه مناسباً للدين - مع ما ذهب إليه احد الأساتذة - هو اعتباره مال =

التمييز بين الضمان والالتزام، فالالتزام شغل ذمة المدين بما يجب عليه القيام بعمل أو الامتناع عنه أو تسليم حق عيني بصورة عامة، وقد سبق وان عرفنا الضمان بأنه يعد صوره من صور الالتزام. فالضامن دائماً يكون مديناً برابطة مدنية تجعله ملتزماً بأداء عمل أو الامتناع عنه، إلا ان الملتزم لا يكون ضامناً في جميع الاحوال، وعليه جاءت عبارة احد الفقهاء في التمييز بين الضمان والدين، حيث ذكر ما يلي^(٥٧): " لما كان

= حكمي يثبت في الذمة بسبب يقتضي ثبوته (راجع بحث السيدة نسيبة ابراهيم حمو، رهن الدين في الشريعة والقانون. مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، ع ٢٠١٤، ص ١٩٨٥، ص ٣٥٠) ونحن نقترح ان يكون نص المادة (٦٩) مدني عراقي كالآتي:-))

١- الحق الشخصي هو مكنه قانونية للدائن يطالب بمقتضاها مدينه بان يتقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

٢- كل ما يعد حقاً شخصياً للدائن يعد التزاماً في ذمة المدين، والعبرة في الالتزام والحق الشخصي بمحلها لا بأشخاصها.

٣- ويعد صحيحاً الالتزام بالعين أو بالدين الثابت في الذمة وكذلك تسليم شيء معين .

٤- الرابطة القانونية التي تربط الدائن بالمدين هي الرابطة المدنية التي تربط ذمتها المالية .))

وبهذا التعريف تكون قد حلنا دون اعمال الانتقادات السابقة الموجهة لنص المادة(٦٩) مدني عراقي، وفي نفس الوقت تكون قد جاربنا المذهب المادي في الالتزام (راجع : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠، ص ١٠، كذلك راجع الكتاب: يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، منشورات عديدات بيروت، ١٩٧٨، ط ١، ص ١٠ وما بعدها).

(٥٧) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٧.

الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به ان تحقق شرط طلبه، وقد لا يحقق شرطه فلا يطلب، كان اعم من الدين، ذلك لان الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته في جميع الاحوال، وانما يستتبعه في بعض الاحوال دون بعض، ذلك عندما يتحقق شرط وجوب الاداء. فالمرتتهن يعد ضامناً للعين المرهونة عند البعض^(٥٨) ولا يطالب بشيء ما دام الرهن في يده. والمستعير ضامن للعين المستعارة عند بعض الفقه^(٥٩) ولا يطالب بشيء مادامت العين في يده لم تنته اعارتها، فاذا هلك طولب بقيمتها ... إما الدين فيستتبع المطالبة بوفائه، ولا تنفك عنه المطالبة إلا عند تأجيله نتيجة لتنازل الدائن عنها مده من الزمن، ومن هنا كان الضامن اعم من المدين، فكل مدين ضامن وليس كل ضامن مدين". وهذه هي وجهة نظراً الفقه الإسلامي في عمومها طالما انهم اقرنوا الدين بشرط المطالبة، وهذا ما يخالف مذهب القانون وفقهه، ففي مقابلة التمييز الوارد أعلاه بين الدين والضمان، يميز فقهاء القانون بين عنصر المديونية والمسؤولية الذي يعتبر معيار المطالبة الحد الفاصل بينهما^(٦٠)، ومن هنا تستطيع القول بان الفقه الإسلامي يميز بين الضمان

(٥٨) الحنفية .

(٥٩) الشافعية والحنابلة .

(٦٠) ميزت القوانين القديمة (كالقانون الروماني) بين عنصرين يتحلل اليهما الالتزام، اولهما عنصر المديونية الذي يفرض على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن قبوله. وثانيهما، عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء وان لم يقم به مختاراً، فاذا نفذ المدين التزامه طوعاً انقضى عنصر المسؤولية الذي يقضي قهره على التنفيذ. وقد عمد جانب كبير من الفقه المعاصر إلى النظر إلى الالتزام على انه رابطة موحدة، إلا ان التمييز بين هذين العنصرين لا يزال مسلماً به من قبل جانب آخر من الفقه، كالفقه الألماني والايطالي والمصري والمراقي بحجة ان الكثير من =

والدين فيكون كل مدين ضامن لانه اصبح مديناً بالمطالبة، ولا يجعل كل ضامن مديناً لاحتمال ان شرط المطالبة قد لا يتحقق، وبنفس المعيار يذهب فقهاء القانون إلى عكس ذلك فيعدون الشخص مديوناً دائماً إذا ارتبط برابطة الدين فان تحقق شرط المطالبة عد عند ذلك مسؤولاً عنه. وإياً كان الامر فان الالتزام يعد ناقصاً دون تحقق عنصر المسؤولية فيه، ولا يمكن اعتباره حين ذاك إلا التزاماً طبيعياً. عليه فالضامن يكون ملتزماً بإداء ما في ذمته فعندما يؤدي ما عليه ما عليها كان منفذاً لما التزم به، فالإداء يحول الالتزام من مرحلة النشوء إلى مرحلة التنفيذ

= الحالات لا يمكن تفسيرها إلا على أساس ازدواج رابطة الالتزام. فقد توجد المديونية دون المسؤولية كحالة الالتزام الطبيعي الذي لا يجبر المدني به على الوفاء وقد تزيد المديونية على المسؤولية كحالة الشريك الموصي الذي لا يسأل عن ديون الشركة في حدود حصته وقد تزيد المسؤولية على المديونية كحالة المدينين المتضامنين الذي يسأل كل منهم عن كل الدين مهما كان نصيبه فيه وقد تقوم المسؤولية بضمان دين غير حال، فتجوز الكفالة في الدين إذا حدد المبلغ المكفول، وقد تقوم المسؤولية لضمان دين غير شخصي، كحالة الرهن المقدم من غير المدين لضمان الوفاء بالدين، وقد تسبق المسؤولية المديونية في النشوء، فتنشأ لضمان دين مستقبل أو دين احتمالي، وإلى ذلك أشارت المادة (١٢٩٣) من القانون المدني العراقي بقولها: "يجوز ان يترتب للرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل أو دين معلن على شرط أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري، على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين. (راجع : عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ٩ . محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢، ص ٤٠٢ و د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠، ص ٧ وما بعدها).

وعلى العكس فإنه لا يصح القول بأن كل من التزم بشيء أصبح ضامناً لها، لأن الالتزام أوسع من الضمان، بل إن الضمان يعد في بعض الأحيان سبباً منشأ للالتزام^(٦١).

المطلب الثاني

الضمان والمسؤولية

يرى بعض الفقه أن كل ما تعنيه المسؤولية القانونية (المدنية والجنائية) يمكن أن يكون معنى للضمان في الفقه الإسلامي، وهذا ما يظهر جلياً عند قراءتنا لعنوان إحدى المؤلفات في الفقه الإسلامي^(٦٢). إلا أنه يوجد ثمة فرق بين المسؤولية من جهة والضمان من جهة أخرى. فالضمان لا يعني فحسب أحكام المسؤولين المدنية والجنائية، ولا يمكن تعريفه بأنه "تضمن مفسدة مالية لم تسبق بعقد أو بنية لم تقترن بقصد" كما ذهب إليه البعض^(٦٣)، بل إن الضمان يتسع لهذا

(٦١) هذا لا يعني أننا بهذا الرأي قد هجرنا التمييز بين الضمان والدين الذي ذهب إليه بعض الفقهاء المسلمين المحدثين، بل أن ذكر هذا الرأي يؤيد ما ذهبنا إليه إلى أن الدين يختلف عن الالتزام فالدين ما هو إلا محل للالتزام في بعض الحالات، فالالتزام اعم من الدين وهذا ما يستعاض من كلام الفقه الإسلامي من أن الضمان اعم من الدين، ولم يبق إلا أن نبين من هو الأعم للالتزام أم الضمان، وقد توصلنا في المتن إلى أن الالتزام اعم من الضمان. وعليه فإن الالتزام اعم من الضمان والضمان اعم من الدين.

(٦٢) وهو مؤلف الدكتور وهبة الزحيلي (نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي).

(٦٣) نقلاً عن جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مديرية مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤، ص ٢٠. (لقد زعم بعض =

المعنى وغيره أيضاً، فقد سبق ان لاحظنا ان الضمان من الممكن ان يكون ضمان نفس وكذلك ضمان مال، وان الذي يدخل في معناه العام التأمينات بنوعيهما الشخصية (الكفالة) والعينية (الرهن).

وبما ان بحثنا يدخل ضمن نطاق القانون المدني، فاننا سنستبعد المسؤولية الجنائية من موضوعنا هذا، ونقتصر على تمييز الضمان عن المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. فقد يبدو للوهلة الاولى ان المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد وترادفه في المعنى، وان المسؤولية التقصيرية ترادف في احكامها ضمان اليد وضمان الإتلاف، وفيما يلي ننبذ هذا التصور في الفقرات الآتية:

أولاً / ضمان العقد والمسؤولية العقدية :

تعرف المسؤولية العقدية بانها الجزء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدى^(٦٤)، وتقوم هذه المسؤولية على خطأ صادر من المدين يترتب عليه ضرر يصيب الدائن بالإضافة إلى رابطة السببية بين الخطأ والضرر. ويرى فقهاء القانون ان المسؤولية العقدية إنما هي كلمة مرادفة لضمان العقد، بل ان المشرع العراقي قد سار على هذا الفهم

= الكتاب، ومنهم أميل تايان، أن الفقه الإسلامي لا يعرف معنى المسؤولية المدنية كما يتضمنها هذا الاصطلاح، حيث قالوا ان الشريعة الإسلامية لم تستعمل مطلقاً كلمة المسؤولية للتعبير عن الالتزامات ولتعويض الأضرار الحاصلة)، نقلاً عن: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية والتعاقدية) في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة، ص ٢٩). حيث ان الفقه الإسلامي استعمل كلمة اعم واشمل وأدق من المسؤولية المدنية، إلا وهي الضمان.

(٦٤) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٢.

أيضاً^(٦٥). إلا أننا نذهب مع البعض^(٦٦) إلى أن " ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء المسلمون غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي، ف ضمان العقد ضمان مال تآلف بناء على عقد الضمان، إما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضاً عن مال تآلف فحسب، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناءً على العقد، ولذا فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه وذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينياً، إما إذا كان التنفيذ باداء مال - على حد تعبير صاحب الرأي - فإن الواجب حينئذ هو الالتزام باداء الدين جبراً بما تؤدي به الديون جبراً ولا يكون عندئذ محل للمسؤولية العقدية، وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمثل.."

ولم نرد من أراد هذا الرأي، أن نذهب إلى أن المسؤولية العقدية في القانون تختلف عن الضمان في الشريعة، بل أننا - بالإضافة إلى ذلك - نقول أن ضمان العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية في القانون كذلك. حيث أن ضمان العقد يشمل أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي في العقد الصحيح، وتلك الأحكام التي تقتضي التعويض رغم أن العقد لم يعد صحيحاً بعد، بل هو في مراحله التحضيرية، مثال ذلك: الأضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل، وكذلك التعويض نتيجة لوجود عيب من عيوب الرضا وغير ذلك، كما أن ضمان العقد يشمل جميع

(٦٥) راجع البند (٣) من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني العراقي.

(٦٦) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٢٠.

الضمانات التي يربتها القانون وينظمها في كل عقد على حده، كضمان العيوب الخفية وضمان التعرض وضمان الاستحقاق، كما يشمل ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الآخر العقد والذي أدى إلى طلب فسخه. وهكذا يتضح لنا جلياً أن ضمان العقد اعم واشمل من المسؤولية العقدية.

ثانياً / ضمان الإلتاف وضمان اليد والمسؤولية التقصيرية :

يعرف الفقه المسؤولية التقصيرية بأنها الزام من احدث ضرراً غير مشروع بالغير (بتعويض) هذا الضرر^(٦٧). ونعرفها نحن بأنها المسؤولية التي يقرها القانون على محدث الضرر نتيجة إخلاله بالتزام قانوني مرده عدم الأضرار بأحد، وهذه المسؤولية تنشأ عادة عن الفعل الضار أو العمل غير

(٦٧) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٨. (ينتقد - بحق - بعض الفقهاء استخدام لفظ المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بواجب اقره القانون، فيرى د. محمد لبيب شنب كتابة موجز في مصادر الالتزام - المصادر غير الإرادية - دار النهضة، بيروت، ١٩٦٩، ص ١١ أنه على الرغم من أن مصطلح المسؤولية التقصيرية هو السائد فإنه غير دقيق لسببين :-

- أ. أنه يوحي أن المسؤولية التقصيرية وحدها هي التي تقوم على التقصير والخطأ، في حين أن المسؤولية العقدية تفترض بدورها وجود تقصير أو خطأ.
- ب. أنه يوحي أن التقصير أو الخطأ ركن ضروري في جميع صور المسؤولية التقصيرية، وذلك غير صحيح)) . رغم ذلك فإن د. محمد لبيب شنب لم يقترح تسمية بديله للمسؤولية التقصيرية. كما أن الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي، "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ص ١٢٠"، قد انتقد هذه التسمية واقترح تبديلها بمصطلح المسؤولية اللانعقدية، وقد اخذ بهذه التسمية د. صلاح الدين الناهي "مبادئ الالتزامات، بغداد، ١٩٦٨، ص ١٦١ وما بعدها".

المشروع. ومن صور العمل غير المشروع المهمة الإتلاف والغصب، ويلاحظ ان الإتلاف ينتج عنه ضمان الإتلاف، وان الغاصب يده على المغصوب يد ضمان فينتج عن الغصب ضمان اليد، رغم وجود هذه العلاقة، فان الإتلاف أو الغصب رغم انها صورتان المهمتان في العمل غير المشروع، فان هناك صور اخرى للعمل غير المشروع كسوء استعمال الحق والتجاوز والمسؤولية عن الغير والأشياء وغيرها. كما ان ضمان الإتلاف يشمل ضمان الإتلاف بمعناه العام الشامل للهلاك المادي كصورة من صور العمل غير المشروع والهلاك القانوني للشيء بفعل التصرف به إلى الغير، من جهته فليس الغاصب هو وحده الذي تعتبر يده على الشيء يد ضمان، فهناك السارق والمحتال وظائف الأمانة، بل أن هناك الحائز الحسن النية الذي تعد يده على الشيء يد ضمان بموجب نص في القانون^(٦٨).

ثالثاً / معيار هام في التمييز بين الضمان والمسؤولية المدنية :

المسؤولية المدنية هي المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول^(٦٩)، وقد ذكرنا ان هذه المسؤولية من الممكن ان تكون عقدية وكذلك ممكن ان تكون تقصيرية، كما ذكرنا ان الضمان اعم واشمل أدق من كلمة المسؤولية المدنية، لانه يترتب على جوانب كثيرة لا تترتب عليها المسؤولية المدنية، فالمسؤولية اذن جزء من

(٦٨) نصت المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي على انه : "إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتقلب يد امانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس".

(٦٩) راجع : المستشار عز الدين الناصوري و د. عبد الحميد الشواري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ١٩٨٨، ص ١١.

الضمان. وها نحن الآن نؤكد هذا القول بأن كل انتقاء للضمان يستتبعه انتقاء للمسؤولية فبانهدام الكل ينهدم الجزء ولا عكس، فكل انتقاء للمسؤولية لا يستتبعه بالضرورة انتقاء للضمان، اذ من الممكن ان ينهدم الجزء مع بقاء الاجزاء الاخرى من الكل، والذي يوضح هذا القول وجود معيار مهم مفاده ان السبب الأجنبي^(٧٠) يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية المدنية وذلك لان احد اركانها قد انتفى. في حين ان وجود هذا السبب الأجنبي لا يعني انتقاء الضمان في صورته الأخرى كما في حالة يد الضمان حيث انها تكون ضامنة في جميع الاحوال^(٧١)، فالغاصب يضمن هلاك الشيء بسببه أو بسبب لادخل لارادته فيه.

المطلب الثالث

الضمان والتعويض

يعرف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خساره وما فاتته من كسب كان نتيجة

(٧٠) نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على انه: "إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان" أي في نطاق المسؤولية المدنية" ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

(٧١) راجع: د. السنهاوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ص ١٩٨. (يلاحظ انه اذا كان السبب الأجنبي ممثلاً بفعل الغير فان ترخيص القانون للغاصب للرجوع عليه لا ينفي عته الضمان (م / ١٩٨ مدني عراقي)، إما بالنسبة لخطأ المتضرر فانه ممكن ان يكون سبباً لتخفيض الضمان (المادة / ٢١٠ مدني عراقي). (يراجع كذلك: د. السنهاوري، نظرية العقد، دار الفكر، ١٩٣٤، ص ٩٦١).

طبيعية للفعل الضار، والتعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر محواً أو تخفيضاً وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدمًا^(٧٢). والتعويض إما ان يكون عينياً أو بمقابل^(٧٣). ويمثل التعويض اثرأ من اثار الضمان، فالضمان كما بينا سابقاً، شغل الذمة، فنقول هذا الشخص ضامن أي ان ذمته مشغولة بشيء يجب الوفاء به سواء كان مالا أو عملاً، لذا فأننا من الخطأ ان نسمي التعويض ضماناً^(٧٤)، فهو غير واجب في الذمة في جميع الاحوال رغم انه الاثر الاكثر حده والاكثر نطاقاً ترتباً على الضمان، فمثلاً ضمان احضار الخصم لا يترتب عليه أي تعويض إلا إذا وجد الضرر الذي كان نتيجة طبيعية للفعل الضار. وكما قلنا ان التعويض يكون في صورة مبلغ من النقود أو رد المثل في المثليات، إلا انه يلاحظ ان الضمان قد يرتب على الضامن القيام بعمل، على الرغم من ان هذه الحالات قليلة في الحياة العملية، إلا ان هناك سابقة تاريخية تؤكد هذا القول، وقد ذكرها كتاب الله العزيز في قوله تعالى: "وداؤد وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفثت فيه غم القوم وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناهما سليمان وكلاً اتينا حكماً وعلماً"^(٧٥) وملخص

(٧٢) راجع : د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٧١. كذلك: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٩١، ج ١، ص ٣٧١. وكذلك: د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، من منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤٣ وما بعدها.

(٧٣) راجع للتفصيل: د. سعدون العامري، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها.

(٧٤) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٧٥) سورة الانبياء، الآية (٧٨) راجع لاجل التفسير : الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الثاني، دار الفكر، ص ٢٧٠.

تفسير هذه الآية: هو ان رجلين دخلا على داود وعنده ابنه سليمان، أحدهما صاحب الحرث، والآخر صاحب الغنم، فقال صاحب الحرث: ان هذا انفلتت غنمه ليلاً فوقعت في حرثي، فلم يبق منه شيئاً، ف قضى داود بان يأخذ صاحب الحرث الغنم، فإنها تساوي قيمة الحرث الذي أفسدته (وذلك كتعويض لصاحب الحرث). فلما سمع سليمان هذا الحكم رأي ما هو خير منه وارفق بالجميع، فقال تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بألبانها وسمنها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه زراعة وسقياً وتعهداً، حتى إذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه، فقال داود: يا بني لا يقطع الله فهمك، وقضى بما قضى به سليمان وأقره، وهذا حتى قوله سبحانه وتعالى: "ففهمناها سليمان" أي فهمنا سليمان القصة وحكمها .

ففي هذه القضية حكم داود عليه السلام بقيمة المتلف، وبما انه وجد الغنم بقدر القيمة فدفعها إلى صاحب الحرث، إما لانه لم يكن لصاحب الغنم مالاو تعذر بيعها ورضي بتسليمها ورضي صاحب الحقل باخذها بدلاً من القيمة. واما سليمان ف قضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بان يعمر البستان حتى يعود كما كان، وما حكم به سليمان هو الاقرب إلى العدل^(٧٦).

وتبقى لنا كلمة هي ان التطبيق العملي قد يفرض امراً لا بد من الاقرار به وهو ان التعويض يكاد يكون الاثر الرئيسي للضمان مع وجود بعض الاثار المترتبة على الاخير^(٧٧).

(٧٦) راجع: د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص ٨٠.

(٧٧) ومن المفيد ان نتذكر هنا مثلاً يوضح الفرق بين الضمان والتعويض، وهو ما نصت عليه المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي بقولها: "يجوز للحكمة ان تنقص =

المطلب الرابع

الضمان والتضامن

يختلف الضمان عن التضامن، فالتضامن هو تكافل عدد من الذمم بأن تكون لاحداها الحق في المطالبة بكل الدين، وهذا ما يطلق عليه (بتضامن الدائنين) او تكون على احداها الالتزام بكل الدين عند المطالبة به وهذا ما يطلق عليه (تضامن المدينين) ^(٧٨) والضمان يشغل الذمة ومن الممكن المطالبة بما تشغل به الذمة من شخص لآخر او من عدة اشخاص، بحيث يكون كل شخص مسؤول بقدر ما حدثته من ضرر او بقدر ما جنته ايديه او بالقدر

= مقدار التعويض أو الآ تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوا مركز المدين^{٧٩} فالمدين عندما صدر منه الفعل الضار وترتب عليه ضرر أصاب الدائن فإنه من وقت حدوث الضرر يكون ضامناً له فتكون ذمته مشغولة به، ومع ذلك فإن المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي الواردة اعلاه، تجيز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض اصلاً فيما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوا مركز المدين، فالمدين ضامن من وقت حدوث الضرر، الا ان الملاحظات التي قد تحصل في الفعل الضار قد تدعو المحكمة الى عدم الحكم على المدين بالتعويض او قد تحكم به عليه مع انقاص منه للاسباب المذكورة اعلاه، والنتيجة التي ترتبت على اعتبار المدين ضامن من وقت حدوث الضرر هو ان يكون التعويض بقيمة الضرر يوم حدوثه — على ما ذهب اليه البعض — وبما ان القيمة قد تتغير فقد ارتأينا الاخذ بالرأي الذي يذهب الى الاخذ بأعلى القيم من وقت حدوث الضرر الى يوم صدور الحكم وتنفيذه.

(٧٨) للتفاصيل يراجع كتاب الاستاذ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مرجع سابق،

ص ٢٣٠ وما بعدها.

الذي يفرضه القانون عليه، دون ان يكون مسؤولاً عن غيره الا في الحدود التي نص عليها القانون، ومن ضمن هذه الحدود التضامن بين المدنيين، اذ اننا ذكرنا سابقاً ان الضمان اعم من الدين، اذ ان كل مدين ضامن في حدود اعماله الشخصية ولكن ليس بالضرورة ان يكون كل ضامن مدين، فالضامن يكون مديناً عند تحقق شرط المطالبة فعند تحققه يكون مسؤولاً عن اعماله الشخصية، وقد يكون مسؤولاً عن اعمال غيره من المدنيين لتحقيق شرط التضامن معهم. والتضامن بين المدنيين كثير الوقوع في الحياة العملية، بعكس التضامن بين الدائنين، فهو خير ضمان شخصي للدائن يضمن له الحصول على حقه في حالة اعسار بعض المدنيين، فهو نوع من الكفالة الشخصية، ولكنه اقوى انواع الكفالة^(٧٩). والتضامن ما بين المدنيين لا يفترض وانما يكون بناءً على اتفاق او نص في القانون^(٨٠)، فالمثال على التضامن بين المدنيين الذي يصوره الاتفاق، ان يبيع شخص شيئاً الى ثلاثة اشخاص ويشترط ان يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن، كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين ومنفردين، والمدين الذي يختاره الدائن ويطلبه بالثمن يكون ملزماً بالوفاء به. ومثال على التضامن الذي مصدره نص في القانون تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع حيث انهم يكونون متضامنين في دفع التعويض^(٨١)، وكذلك اتلاف المال المغصوب في يد الغاصب، فالمتلف والغاصب يكونان متضامنين تجاه المالك^(٨٢)، وغاصب الغاصب^(٨٣)، وعليه

(٧٩) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(٨٠) المادة (٣٢٠) مدني عراقي.

(٨١) المادة (٢١٧) مدني عراقي.

(٨٢) المادة (١٩٨) فقرة (٢) مدني عراقي.

(٨٣) المادة (١٩٨) فقرة (١) مدني عراقي.

فان التضامن نظام يوسع من نطاق الضمان فيوزعه على نهم متعددة تكون كلها ضامنة للدين، وهذه، لاريب، وسيلة تعزز موقع الضمان واهميته في المعاملات المدنية^(٨٤).

المطلب الخامس

الضمان والتأمين

للتأمين معان متعددة، فقد يدل معناه على ما يدل عليه عقد التأمين

(٨٤) جرى القضاء الفرنسي فترة طويلة من الزمن على اعتبار المسؤولين المتعددين عن الضرر الواحد ملزمين بتعويض هذا الضرر كما يلتزم المدينون المتضامنون في نطاق المسؤولية العقدية بحيث؛ ان المصاب يستطيع الرجوع على أي منهم بتعويض الضرر كله، وبحيث ان كل مسؤول من هؤلاء المسؤولين المتعددين يعتبر نائباً عن الآخرين في علاقته بالمدعي المضرور، لكن احكام المحاكم الفرنسية اخذت تميل في الوقت الحاضر الى الانحراف عن هذا القضاء وتصرح في كثير منها لعدم امكان قيام (تضامن) بين هؤلاء المسؤولين المتعددين واننا هنا في حدود (التزام قضائي) بمعنى انه وان كل واحد من المسؤولين المتعددين ملزماً بتعويض الضرر كله كما هو الحال بالنسبة للمدينين المتضامنين ولكن من دون ترتيب الاثار الثانوية الاخرى للتضامن السلبي. فالفرق بين المسؤولية بالتضامن والمسؤولية بالنظام، ان التضامن يختص باحكام لا تشاركه فيها المسؤولية بالتضامن، فالمسؤولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر، وغير ذلك من الفروق التي لا مجال لذكرها هنا. (راجع التفصيل: الاستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص ١٠٥٢ وما بعدها. كذلك الدكتور حسن علي الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التأمين للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص ٣٣٥-٣٥٢).

المعروف في القانونين المدني والتجاري^(٨٥)، وهو عقد مسمى. وقد يدل على نظام التأمين الاجتماعي، كما هو معروف في قواعد الضمان الاجتماعي. والتأمين يعد صوره من صور الضمان بمعناه العام، وهو بهذا المعنى يعني ضمان أداء الدين، وهذا الضمان إما أن يكون ضماناً شخصياً (كما في الكفالة) أو ضماناً عينياً (كما في الرهن وحقوق الامتياز)^(٨٦)، فالحقوق العينية التبعية تسمى (التأمينات العينية) وكذلك (الضمانات العينية)، وهي – بجانب الضمانات الشخصية – تشكل ضمانات خاصة، إذ أن هناك ضمان عام للدائنتين يتمثل في مجموع أموال المدين^(٨٧). هكذا يبدو الفرق بين الضمان والتأمين بوصفه (ضماناً خاصاً)، فالمدين ضامن للوفاء بالدين الذي في ذمته، والذي يعزز هذا الضمان مجموع ما لديه من أموال، فإذا لم يكتف الدائن بهذا الضمان، طلب من مدينه ضماناً خاصاً، قد يتمثل في تقديم شخص يكفل أداء

(٨٥) نصت الفقرة (١) من المادة (٩٨٣) مدني عراقي على أن : ((التأمين، عقد به يلتزم المؤمن أن يودي الى المؤمن له أو الى المستفيد مبلغاً من المال أو ايراداً مرتباً أو أي تعويض آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن)) . راجع للتفاصيل : د. باسم محمد صالح. القانون التجاري، القسم الأول، دار الحكمة، بغداد، ١٩٨٧، ص ١٩٦.

(٨٦) راجع : محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٣٤٢ . د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ١٢ . د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٩ . د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٣١٩ .

(٨٧) نصت المادة (٢٦٠) مدني عراقي على أنه ((١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون)) .

وقوله تعالى " فإذا قضيت الصلاة فاستروا في الأرض " (٩٧)، حكم شرعي: لأنه خطاب من الشارع باباحة الانتشار في الأرض بعد الفراغ من الصلاة.

وقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم " (٩٨)، حكم شرعي: لأنه خطاب ثبت به كراهة السؤال عما يتوقع في الإجابة من إساءة للسائل أو للآخرين.

وقوله تعالى " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " (٩٩)، حكم شرعي، لأنه خطاب من الشارع بوجوب الحج على المكلفين.

وقوله تعالى " السارق والسارقة فاقطعوا أيدهما " (١٠٠)، حكم شرعي، لأنه جعل السرقة سبباً للقطع.

وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) : " لا نكاح إلا بولي وشاهدين " (١٠١)، فهو حكم شرعي: لأنه جعل الشهادة شرطاً لصحة عقد النكاح.

وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) : " لا يرث القاتل " (١٠٢)، حكم

(٩٧) سورة الجمعة، الآية (١٠).

(٩٨) سورة المائدة، الآية (١٠١).

(٩٩) سورة آل عمران، الآية (٩٧).

(١٠٠) سورة المائدة الآية (٣٨).

(١٠١) رواه الامام احمد عن الحسن بن عمران بن الحصين، نقلاً عن كتاب الامام ابن

حجر العسقلاني، بلوغ المرام من ادلة الاحكام، دار العلوم الحديثة، بيروت، مكتبة

الشرق الجديد، بغداد، ١٩٨٣، ص ٢٤٤.

(١٠٢) وقد روي الحديث برواية اخرى، فعن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده قال : قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم " ليس للقاتل من الميراث شيء " رواه النسائي

وإلدارقطني. نقلاً عن ابن حجر العسقلاني المرجع السابق، ص ٢٣٦.

شرعي، جعل القتل مانعاً من الميراث (١٠٣).

ومن تعريف الحكم عند الاصوليين يعرف أمرين: (١٠٤)

(١) ان خطاب الله تعالى المتعلق بغير افعال المكلفين لا يسمى حكماً عند الاصوليين، مثل خطابه المتعلق بذاته وصفاته، واخباره عن خلقه للمخلوقات، كقوله سبحانه تعالى: " والله خلقكم وما تعملون " (١٠٥).

(٢) ان الحكم عند الاصوليين هو نفس خطاب الله، أي نفس النصوص الشرعية، اما عند الفقهاء، فالحكم: هو اثر هذا الخطاب، أي ما يتضمنه هذا الخطاب، فقوله تعالى:

" ولا تقربوا الزنى " (١٠٦)، هو الحكم عند الاصوليين، اما عند الفقهاء، فله اثر هذا الخطاب، أي ما تضمنه هذا النص الشرعي، وهو حرمة الزنى.

والحكم الشرعي على نوعين، حكم تكليفي وحكم وضعي.

(١) الحكم التكليفي : وهو ما يقتضي طلب الفعل او الكف عنه او التخيير بينهما. وقد سمي هذا الحكم بالحكم التكليفي، لان فيه كلفة على الانسان، وهذا ظاهر فيما طلب فيه الفعل او الترك، اما ما فيه تخيير فقد جعل

(١٠٣) وللمزيد من الامثلة راجع: كتاب الاساتذة : د. حمد عبيد الكبيسي و د. محمد عباس السامرائي و د. مصطفى الزلمي. المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار المعرفة، بغداد، ١٩٨٠، ط١، ص ٢٨-٢٩. و د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه، ص ١٨٣، وما بعدها .

(١٠٤) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٥.

(١٠٥) سورة الصافات، الآية (٩٦).

(١٠٦) سورة الاسراء، الآية (٣٢).

ايضاً من الحكم التكليفي على سبل التسامح والتغليب^(١٠٧)، وتعليل ذلك ان التمييز لا يكون الا لمن يضم الزامه بالفعل والترك، فهذا اوجه اعتبار الاباحة من احكام التكليف، لا بمعنى ان المباح مكلف به^(١٠٨).

(٢) الحكم الوضعي: هو ما يقتضي جعل شيء سبباً لشيء اخر، او شرطاً له، او مانعاً منه. وسمي هذا النوع بالحكم الوضعي، لانه ربط بين شيئين بالسببية او بالشرطية او المانعية بوضع من الشارع، أي بجعل منه، أي ان الشارع هو الذي جعل هذا سبباً لهذا او شرطاً له او مانعاً منه^(١٠٩)، وقد مرت الامثلة لهذين النوعين.

ومن هنا يظهر جلياً الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي:-

أ- الحكم التكليفي يتطلب فعل شيء او تركه او اباحة الفعل والترك للمكلف، اما الحكم الوضعي فلا يفيد شيئاً من ذلك، اذ لا يقصد به الا بيان ما جعله الشارع سبباً لوجود شيء او شرطاً له او مانعاً منه، ليعرف المكلف متى يثبت الحكم الشرعي ومتى ينتقي فيكون على بينة من امره.

(١٠٧) راجع الاستاذ عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٠١ و د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٧. د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص، مرجع سابق، ص ١٧.

(١٠٨) للتفاصيل راجع: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٨. وكذلك كتاب د. مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، جامعة بغداد، بيت الحكمة، ١٩٨٩، ص ١٨.

(١٠٩) وهناك من الفقه من يضيف على انواع الحكم الوضعي، الصحة والفساد (او البطلان). (د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها).

ب- المكلف به في الحكم التكليفي، امر يستطيع المكلف فعله او تركه، فهو داخل في حدود استطاعته، لان الغرض من التكليف امتثال الملف ما كلف به، فاذا كان خارجاً عن قدرته كان التكليف عبثاً ينزه عنه الشارع الحكيم، ولهذا كان من القواعد في الشريعة الاسلامية : " لا يكلف الا بمقدور" (١١٠)، اما الحكم الوضعي، فلا يشترط في موضوعه ان يكون في قدرة المكلف ومن ثم كان منه المقدور للمكلف، ومنه الخارج عن قدرته، ولكن مع هذا اذا وجد ترتب عليه اثره. فمن الحكم الوضعي المقدور للمكلف، السرقة والزنى وسائر الجرائم فقد جعلها الشارع اسباباً لمسبباتها، وكذلك سائر العقود والتصرفات فهي اسباب لآثارها الشرعية، وكذلك الوضوء شرط للصلاة، والقتل مانع للارث. ومن الحكم الوضعي غير المقدور للمكلف، القرابة سبب للميراث، وهي ليست بمقدور المكلف، وبلوغ الحلم شرط لانتهاء الولاية على النفس، والجنون مانع من تكليف المجنون وكلها ليست بمقدور المكلف (١١١).

وبعد ان توضح لدينا الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، هل ان الحكم بالضمان حكم تكليفي ام حكم وضعي؟

(١١٠) راجع في معنى هذه القاعدة ودلالاتها: د. محيي هلال السرحان، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(١١١) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٧ وما بعدهما. كذلك كل من : د. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ود. مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص ٤٩.

المقصد الاول

اعتبار الحكم الشرعي للضمان حكماً تكليفاً

ذكرنا ان الحكم التكليفي هو خطاب الشارع المقتضي طلب الشيء او الكف عنه او التخيير بينهما والمتعلق بافعال المكلفين، فمن لم يكن مكلفاً لا يشمل هذا النوع من الحكم. حيث يشترط في الانسان حتى يصح تكليفه شرعاً، ان يكون قادراً - بنفسه او بالواسطة - على فهم خطاب التكليف الموجه اليه، ويتصور معناه بالقدر الذي يتوقف عليه الامتثال، لان الغرض من التكليف الطاعة والامتثال، ومن لا قدرة له على الفهم لا يمكنه الامتثال^(١١٢). والشرط في صحة التكليف، كون المكلف اهلاً لما يكلف به، واهلية التكليف هذه تثبت للانسان ببلوغه عاقلاً. واهلية التكليف هي اهلية الاداء الكاملة وهي صلاحية الشخص لان يمارس جميع التصرفات الشرعية النافعة والضارة والدائرة بين هذه وتلك.

ولكن ما هو الاثر الذي سترتب على اعتبار الضمان حكم تكليفي؟

ان الاثر المترتب على هنا الاعتبار هو اشتراط توفر اهلية الاداء الكاملة في الشخص المراد تضمينه، فالمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة والصغير سواء كان مميزاً او غير مميز، كل هؤلاء لا يقع عليهم الضمان لاننا اشترطنا في المكلف بخطاب الضمان أن يكون بالغاً عاقلاً وهذا ما لا يشترطه الفقهاء في جميع انواع الضمان. فالاهلية في ضمان العقد مع وجوب اعتبارها كاملة (البلوغ مع العقل) عند جمهور الفقهاء، اكتفى

(١١٢) راجع: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص ٨٧. والاستاذ عبدالوهاب

خلاف، مرجع سابق، ص ١٣٠

بعضهم^(١١٣) باهلية الاداء الناقصة أي (التمييز). واما ضمان اليد فيكفي الالتزام به - على حد قول بعض الفقه - اهلية الوجوب الكاملة أي توافر الصفة الانسانية بعد الولادة، وكذلك في ضمان الاتلاف^(١١٤). وعليه فان الحكم الشرعي للضمان هو حكم تكليفي بالنسبة لضمان العقد وسائر التصرفات القانونية الاخرى في رايها، لان الملتزم بضمان العقد انما سبق له ابرام العقد الذي لا يصبح صحيحاً الا اذا كانت اهلية طرفية كاملة.

وإذا ما أسلمنا بنتيجة كون ضمان العقد حكم تكليفي، ففي ضمن أي نوع من انواع الحكم التكليفي يدخل الحكم بالضمان؟ هل ان الحكم بالضمان واجب^(١١٥)؟ أم انه ندب^(١١٦)؟

ومن جهته هل يعتبر السبب الذي انشأ الضمان محرماً^(١١٧)؟ أم مكروهاً^(١١٨)؟ وهل ان جميع هذه

الاحكام تتدخل في مجال التخيير (الاباحة)^(١١٩) ومن ثم تركها لارادة الطرفين؟

(١١٣) الحنفية.

(١١٤) راجع: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٧٩.

(١١٥) الواجب، هو ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والالزام بحيث يمدح فاعله ويثاب، ويذم تاركة ويعاقب.

(١١٦) الندب، هو ما طلب الشارع فعله من غير الزام بحيث يمدح فاعله ولا يذم تاركة.

(١١٧) الحرام، هو ما طلب الشارع تركه والكف عن فعله على وجه الحتم والالزام، بحيث يذم فاعله ويعاقب، ويثاب تاركة ويمدح.

(١١٨) المكروه، هو ما طلب الشارع الكف عنه لا على وجه الحتم والالزام، بحيث لا يذم فاعله ولا يعاقب ويمدح فاعله ويثاب.

(١١٩) المباح، هو ما خير الشارع بين فعله وتركه من غير ترجيح بحيث لا مدح ولا ذم في فعله او تركه. في كل هذه المعاني راجع: كتاب الجرجاني في التعريفات، دار =

ولغرض الاجابة على هذه التساؤلات، نود تقسيم الاجابة على
النقاط التالية :-

(١) ان الحكم التكليفي لضمان العقد يكيف انه واجب شرعي، وسندنا في ذلك صيغة الامر التي جاء بها قوله تعالى " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود " (١٢٠)، فهذه الآية تتضمن لوجوب الايجاب في الوفاء بالعقود، وبما ان ضمان العقد هو ضمان مال تالف بمقتضى عقد، فان الوفاء بقيمته او بمثله امر تستوجبه الشريعة الاسلامية الفراء، هذا ما لم يتفق الطرفان على ما يخالف ذلك، حينئذ فان اتفاقهم واجب الاحترام في حدود الشرع.

(٢) ان السبب الذي ينشأ الضمان اما ان يكون عملاً غير مشروع وهذا ما هو محرم بدليل قوله تعالى " ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل " (١٢١) كذلك قوله سبحانه " ولا تعثوا في الارض مفسدين " (١٢٢)، اما اذا كان سبب الضمان عقداً، فهذا لا يعنينا في هذا الفرع بل يدخل ضمن موضوع الحكم الوضعي.

(٣) ان الناس أحرار في تضمين عقودهم ما شاؤوا من شروط تحد من الضمان الشرعي او توسع فيه ما لم تكن مخالفة لقواعد الشرع الحكيم (١٢٣)، كما

= الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ص ١٣٦، ص ١٢٧، ص ١١٥، ص ١٢٥،

على التوالي. كذلك: راجع صالح الجاسم الطائي، مرجع سابق، ص ٥٠.

(١٢٠) سورة المائدة، الآية (١).

(١٢١) سورة البقرة، الآية (١٨٨).

(٤) سورة الاعراف، الآية (٧٤).

(١٢٣) للتفاصيل يراجع : د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة

الاسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص ١٨٦، وما بعدها.

انه يباح لهم السماح لغيرهم بالاكل من اموالهم وان هم فعلوا ذلك فليس عليهم من بعد ذلك المطالبة بالضمان.

المقصود الثاني

اعتبار الحكم الشرعي للضمان حكماً وضعياً

ذكرنا ان الحكم الوضعي هو خطاب الشارع المقتضي جعل الشيء سبباً لشيء اخر او شرطاً له او مانعاً منه. وان هذا الحكم لا يشترط فيه التكليف، ومن ثم لا يشترط فيه الاهلية اللهم الا اهلية الوجوب التي هي عبارة عن صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات.

وللحكم الوضعي ثلاثة انواع: السبب^(١٢٤)، والشرط^(١٢٥)، والمانع^(١٢٦). ففي غير الامور التي اعتبرنا بها الضمان او الحكم به حكماً تكليفاً، فهل ان الحكم بالضمان في الامور الاخرى هو حكم وضعي؟.

ان الضمان حكم شرعي وضعي، فهو نتيجة ترتبت على اسباب معينة او على احداها، كما انه بسبب للمطالبة بمعنى انه احد الاسباب المؤدية الى التزام الشخص، كما ان للضمان شروطه

(١٢٤) السبب، هو ما جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم وانتفائه علامة على انتفاء الحكم.

(١٢٥) الشرط، هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم أو عدمه.

(١٢٦) المانع هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب ولا يلزم من عدمه وجود الحكم أو عدمه. راجع في هذه المعاني، الجرجاني، مرجع سابق، ص ٦٨، ص ٧٣ فيما يخص السبب والشرط، وراجع : صالح الجاسم الطائي، مرجع سابق، ص ٦٢ فيما يخص المانع .

التي بها يترتب اثاره الشرعية، من غير ان تكون هناك موانع تحول دون ترتيب تلك الآثار.

الضمان سبب وله اسباب:- فالضمان يعد سبباً للالتزام بمعنى مصدراً له كما انه يعد سبباً لكسب الملكية على ضوء ما سنراه لاحقاً في هذا البحث. ومع ذلك فان للضمان اسبابه التي من الممكن ان نرجعها الى التصرف القانوني او الواقعة القانونية او النص القانوني.

الضمان شرط وله شروط:- فالضمان شرط لعنصر المطالبة، فهو شرط للدين على رأي في الفقه الاسلامي، كما انه شرط لالزام الشخص بالتعويض. فضلاً عن ان للضمان شروط مفادها كون المضمون مالاً متقوماً مملوكاً للغير وكون الفعل الموجب للضمان مسند له .

الضمان مانع وله موانع:- فالضمان يعد مانعاً للأجر عند بعض الفقه بل ومائعاً للحد عند غيرهم، عملاً بقاعدة " الاجر والضمان لا يجتمعان" (١٢٧) " او " الحد والضمان لا يجتمعان" (١٢٨). وقد يمنع الضمان الضامن من التصرف في امواله عند الحجر عليه. كذلك فان للضمان موانع تمنع ترتيب اثاره الشرعية، فحد السرقة يمنع اعمال قاعدة الضمان وفرضها على السارق عند بعض الفقهاء (١٢٩)،

(١٢٧) راجع الاستاذ منير القاضي، مرجع سابق، ص ١٥١. د. محبي هلال السرجان،

مرجع سابق، ص ٦٨، و د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(١٢٨) راجع الاستاذ عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، دار الكتاب

العربي، بيروت، ص ٦٢٠. و د. أحمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة

الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٠١ وما بعدها .

(١٢٩) راجع السيد سابق، فقه السنة، ج ٩، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٦٤، ط ١،

ص ٣٣٨. الاستاذ عبدالقادر عودة، مرجع سابق، ص ٦٢٠ و د. أحمد الكبيسي،

مرجع سابق، ص ٢٩٩.

كما ان تحول اليد من ضمان الى امانة يمنع ضمان صاحب اليد.

الخلاصة

ذكر بعض الفقهاء ^(١٣٠)، ان الحكم التكليفي والوضعي قد يلتقيان في نص تشريعي واحد، كقوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " ^(١٣١)، فهذا النص اشتمل على حكم تكليفي وهو وجوب قطع يد السارق، وحكم وضعي وهو جعل السرقة سبباً لقطع يد السارق.

وبالقياس على هذا الوضع للسرقة، فان الضمان يشمل الحكمين في النصوص الشرعية المنظمة له، فهو يتضمن حكم تكليفي هو وجوب الضمان في العقد " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود "، ووجوبه في غيره " ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ". كما انه يتضمن حكم وضعي في جعله سبباً للالتزام وشرطاً للتعويض ومانعاً للاجر.

الفرع الثاني

الحكم القانوني للضمان

ان تحليل القاعدة القانونية يُظهر أنها تتكون من عنصرين هما :
الفرض والحكم، فالفرض هو الواقعة التي يترتب عليها القانون أثراً معيناً، اما الحكم فهو الاثر القانوني الذي يترتبه القانون على الفرض او الواقعة ^(١٣٢).

(١٣٠) د. حمد الكبيسي ود. محمد السامرائي ود. مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص ٥٠.

(١٣١) سورة المائدة، الاية (٣٨).

(١٣٢) الامتاز ضياء شيت خطاب، فن القضاء، من نشرات معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٥٠. كذلك د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، من مطبوعات -

ونورد مثلاً بسيطاً على الفرض والحكم، النص الذي يقول^(١٣٣) " من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان " فالفرض يتمثل في هذا المثال بالاستعمال غير الجائز للحق أما الحكم فيتمثل في وجوب الضمان.

وجوهر القاعدة القانونية، كما لاحظ احد الفقهاء^(١٣٤)، هو في الحكم

= المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤، ص ١٥٧. (ونرى من المفيد ان نشير هنا ان الفرض والحكم كعناصر للقاعدة القانونية هما اللذان يميزان القاعدة القانونية عن المبدأ القانوني من جهة وعن النص القانوني المجرد من جهة اخرى، فالمبدأ القانوني هو الحكم الثابت الذي لا يطرأ عليه استثناء ولا يحتاج الى برهان (في المعنى راجع: الجرجاني، مرجع سابق، ص ١١١) حيث ان المبدأ يحتوي على الحكم فقط دون ان يفترض حالة او واقعة معينة ومثاله نص المادة (٢) مدني عراقي (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص) كما ان المبدأ لا يطرأ عليه استثناء بعكس القاعدة التي يستوجب فيها الاستثناء. فلكل قاعدة شواذ، اما النص القانوني المجرد فهو النص المكتوب الذي لا يمكن وصفه بانه مبدأ قانوني او قاعدة قانونية. فنقطة الالتقاء بين المبدأ والقاعدة ان كلا منهما من الممكن ان يكون مكتوباً او غير مكتوب، في حين ان النص لا يمكن الا ان يكون مكتوباً، ومثاله نصوص المواد الاخيرة من كل قانون التي تقضي بان ينشر هذا القانون في الجريدة لرسمية والتي تقضي احياناً بالغاء بعض نصوص القوانين السابقة وهكذا . يبقى لدينا استفسار بسيط حول ما هية النص الذي يأتي بتعريف معين، هل هو مبدأ قانوني ام نص مجرد ام قاعدة قانونية؟ مثال ذلك نص المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي التي تعرف المال بانه كل حق له قيمة مادية. نقول ان هذا النص انما هو قاعدة قانونية مكتوبة، تحتوي = على فرض وهو (كل حق له قيمة مادية) وحكم (فانه مال)). راجع: محمد سليمان الأحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، العدد ٥، أيلول، ١٩٩٨، ص ١٠٩ .

(١٣٣) المادة (٧) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي.

(١٣٤) وهو الأستاذ دابا، نقلا عن : د. منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ١٥٨.

لا في الفرض، فهو الذي يعطي القاعدة القانونية ميزتها الحقيقية، فالفرض يحدد وضعاً أو حالة أو وقائع اذا ما تمت يطبق الحكم، لذا فان الفرض ليس بقاعدة سلوك وانما وصف لوقائع يشترط وجودها لتطبيق الحكم، وهذا يعني ان الحكم لا يطبق الا اذا تحققت الوقائع المنصوص عليها في الفرض، وعليه فالقاعدة التي تقول: " كل مالك يجب ان يدفع ضريبة " تحلل كما ياتي، ان الجزء الاول، وهو ان " كل مالك " ليس بقاعدة سلوك وهي (الفرض) وانما يحدد شروط تطبيق الجزء الثاني من القاعدة القانونية وهو : الالتزام بدفع الضريبة (الحكم)، فالحكم القانوني هو (سنة) او (قاعدة) توجه سلوكاً، فالحكم ان في جوهره امر بتعلق بسلوك الافراد وهو امر صادر عن ارادة (السلطة) وموجه الى ارادة اخرى : الافراد (١٣٥).

وعليه فان الذي يحدد كون القاعدة القانونية قاعدة أمرة لا يجوز للأفراد الانفاق على ما يخالفها او قاعدة مكملة يجوز للأفراد الانفاق على ما يخالفها، وهو الحكم (١٣٦)، وبما ان الخاص يقيد العام، فانا سوف نطلق الحكم القانوني الأمر على القاعدة القانونية الأمرة، والحكم القانوني المكمل على القاعدة القانونية المكمل.

وهنا يثور التساؤل حول الحكم القانوني للضمان، هل هو حم قانوني أمر ام هو حكم قانوني مكمل؟

(١٣٥) راجع بحث : محمد سليمان الأحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مجلة (بحوث مستقبلية)، كلية الحداثة الجامعة، العدد الأول، ٢٠٠٠، ص ٣١٦.

(١٣٦) راجع : محمد سليمان الأحمد، بحث سبق ذكره، ص ١٢٢ .

ذكرنا ان الضمان على حسب ما ارتأيناه يكون على ثلاثة انواع وهي:-

ضمان التصرفات القانونية، وضمان الوقائع القانونية، والضمان بنص القانون.

ورغم ان القانون يحدد جميع اثار الضمان بانواعه الثلاثة إلا ان هناك من الاحكام ما لا يجوز مخالفتها وهناك ايضاً الاحكام التي يجوز مخالفتها.

المقصود الاول

اعتبار الحكم القانوني للضمان حكماً أمراً

قلنا ان الحكم الأمر هو الحكم الذي لا يجوز للأفراد الأنفاق على مخالفته وذلك لتعلقه بالنظام العام او الآداب او لتنظيمه مصلحة جوهرية للمجتمع، وقد يأتي النص عليه بعدم جواز الاتفاق عليه او بطلان كل نص او اتفاق يقضي بخلافه او ما شابه تلك الالفاظ (١٣٧). ومن هنا فان الحكم القانوني للضمان حكم أمر في الآتي:-

(١) كل ما يتعلق باحكام المسؤولية التقصيرية، اذ انها تعتبر من النظام العام، اللهم الا اذا كان من شأن الاتفاق على مخالفتها يوسع من نطاق ضمانات حصول المتضرر على حقه، مثال ذلك، الاتفاق على ان يكون المسؤول

(١٣٧) راجع : عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٦، ص ٢٤٣ وما بعدها. كذلك : د. جعفر الفضلي، و د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٧، ط ١، ص ١٢٣. وكذلك: د. سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

ضامن حتى وان نجم الضرر عن سبب اجنبي لا يد له فيه (١٣٨). اما
التخفيف والاعفاء فالاتفاق المتضمن بهما يكون باطل لمخالفته لحكم
قانوني آمر (١٣٩).

(٢) كل اتفاق يقضي باعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن غشه او
خطئه الجسيم (١٤٠).

(٣) النصوص التي تقرر وجود تضامن بين المدينين (١٤١)، لان الاحكام التي
تتضمنها إنما جاءت لمصلحة عامة.

(٤) كل حكم لا يرضى بطبيعته الاتفاق على مخالفته، اما لتعلقه بالنظام العام
او الآداب او بالمصلحة العامة (١٤٢)، او ان النص صرح بعدم جواز
المخالفة.

(١٣٨) راجع نص المادة (٢١١) مدني عراقي، كذلك نص المادة (٢٥٩) مدني عراقي
التي تنص الفقرة الاولى منها على انه "يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة
الحادث الفجائي او القوة القاهرة".

(١٣٩) راجع نص المادتين (١٦١، ٢٧٠) مدني اردني.

(١٤٠) نص المادة (٢٥٩) مدني عراقي.

(١٤١) مثال على لك نص المادة (٢١٧) مدني عراقي.

(١٤٢) كما لو نشأت علاقة جنسية غير مشروعة بين امرأة ورجل يورد لها بعض
البضائع، فان اتفاقها على ان يتحمل الرجل ضمان سلامة وصول البضائع أي يكون
ضامناً لها حتى وان هلكت بقوة القاهرة، فان هذا الاتفاق يخالف حكم قانوني آمر مرده
نص المادة (١٣٢) فقرة (١) مدني عراقي التي نصت على انه "يكون العقد باطلاً اذا
الترم المتعاقد بدون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالف للنظام العام أو لآداب"
فالاتفاق كان سببه حالة مخالفة للآداب وهي العلاقة الجنسية غير المشروعة.

المقصد الثاني

اعتبار الحكم القانوني للضمان حكماً مكملًا

ذكرنا ان الحكم المكمل هو الحكم القانوني الذي يجوز اتفاق الأفراد على مخالفته، لعدم تعلقه بالنظام العام، او الآداب، او بالمصلحة العامة، وقد ينص القانون صراحة على جواز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، او بجعل الحكم احتياطياً فيما لو لم يتفق الأطراف على خلافه. ومن هنا فان الحكم القانوني للضمان حكم مكمل في الاتي:-

(١) كل ما يتعلق بالمسؤولية العقدية، فهي ليست من النظام العام، ما عدا الاتفاق الذي يقضي بإعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن غشه او خطئه الجسيم، على ضوء ما ذكرناه أعلاه.

(٢) الحالات التي ينص عليها القانون وتعد فيها اليد ضمان، الا ان من وضع النص لمصلحته قد يتنازل عن حقه في اخذ الضمان، مثال ذلك: ان القانون اعتبر يد المالك القديم على الشيء الذي انتقلت ملكيته قبل التسليم يد ضمان^(١٤٣)، فاذا هلك هذا الشيء في يده فانما يهلك عليه، اللهم إلا إذا رضي من انتقلت إليه ملكية الشيء التنازل عن ثمنه ورضي الاخر فان هذا الاتفاق يصح، ولكن يقرر القانون من جهة أخرى ان هذه اليد تنقلب الى يد امانة اذا امتنع واجب التسليم لقيام بسبب الحبس، فاذا هلك الشيء تحت يد المالك القديم فانه يهلك على المالك الجديد الا اذا رضي الاول بعدم اخذ ثمنه من المالك الجديد ووافق على ذلك الاخير، فان هذا الاتفاق يصح على اعتبار ان النص قد اتى بحكم قانوني مكمل.

(١٤٣) راجع: نص المادة (٤٢٨) مدني عراقي.

المطلب الثاني

الحقوق المتعلقة بالضمان

نعلم ان الحقوق المالية تكون اما عينية او شخصية^(١٤٤)، فما هو مدى تعلق الضمان بهذين الحقيين، هذا ما سنبحثه ادناه في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول

الحق الشخصي ومدى تعلقه بالضمان

يعرف القانون المدني العراقي، الحق الشخصي بانه^(١٤٥) " رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يتمتع عن عمل " وقد سبق وان تعرضنا لهذا التعريف بالنقد لاسباب عدة، وقد اقترضا تعريفه بما يلائم التعريف العام للحق، فالحق الشخصي - حسب وجهة نظرنا - مكنة قانونية للدائن يطالب بمقتضاها المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يتمتع عن عمل^(١٤٦).

(١٤٤) المادة (٦٦) مدني عراقي، ويضيف المشرع الاردني الحقوق المعنوية (المادة (٦٧) مدني اردني).

(١٤٥) المادة (٦٩) مدني عراقي، وتقابلها المادة (٦٨) مدني اردني.

(١٤٦) وقد عرف الامتاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الالتزام بانه (حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني او القيام بعمل او بالامتناع عن عمل)، وهذا التعريف افضل بكثير من التعريف الذي جاء به المشرع العراقي (راجع، الوسيط، ج ١، مرجع سابق، ص ١٢٥). كما اننا نعتبر من قبيل التعريفات الدقيقة للحق الشخصي، التعريف الذي ذهب اليه د. نشوان محمد سليمان الجادرجي بقوله (الحق =

والحق الشخصي لا ينشأ هكذا عبثاً، بل ان له مصادره الخاصة الواردة على سبيل الحصر في كتب القانون والفقه، فمصادر هذا الحق هي: العقد والإرادة المنفردة، وهذان المصدران يمثلان التصرف القانوني^(١٤٧)، وكذلك الفعل الضار (العمل غير المشروع) والفعل النافع (الكسب دون سبب)، وهذان المصدران يمثلان الواقعة القانونية^(١٤٨). اما المصدر الخامس فهو نص القانون.

كما ان للحق الشخصي أحكامه المنظمة بموجب القانون المدني، فهذا القانون قد نظم تنفيذ الالتزام الذي به يستطيع الدائن الحصول على حقه الشخصي، وكذلك انتقال الالتزام، الذي بموجبه يكون لكل من الدائن والمدين القدرة على تحويل الحق الشخصي او الالتزام الى الآخرين، وكذلك اوصاف الالتزام، التي تغير الوصف الذي كان عليه الحق الشخصي الى وصف آخر لوجود ما يبرر ذلك، وأخيراً فان الحق الشخصي مثلما له بداية فان له نهاية تتمثل في انقضائه بأحد الأسباب المحددة قانوناً.

والآن لم يبق لدينا إلا التساؤل ما هو موقع الضمان من تلك المصادر والأحكام؟

= الشخصي هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مطالبة شخص آخر بعمل معين او امتناع بناءً على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية، ويسمي الحق الشخصي كذلك بحق الدائنين (راجع، بحثه، مرجع سابق، ص ٣٣٨).

(١٤٧) التصرف القانوني، هو اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني.

(١٤٨) الواقعة القانونية، وهي التي تقع بارادة الشخص او بدون ارادته ويرتب عليها القانون اثر. ويسمى الاستاذ السنهاوري، الواقعة القانونية بالعمل المادي والتصرف القانوني بالعمل القانوني. (راجع، الوسيط، ج ١، مرجع سابق، ص ١٤٣).

ذكرنا سابقاً ان الحقوق الشخصية لا حصر لها لان للافراد انشاء ما شاؤوا من حقوق شخصية والتزامات فيما بينهم، وعلى العكس من ذلك فان مصادر هذه الحقوق محددة ومحصورة في خمسة هي: العقد والارادة والمنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب ونص القانون، فالانسان لا يمكن ان يكون ملتزماً او صاحب حق شخصي إلا بأحد هذه المصادر الخمسة.

كما اننا ذكرنا - عند حديثنا عن الفرق بين الضمان والالتزام - ان الضمان ممكن ان يكون مصدراً للالتزام، ومن الممكن ان يكون نوعاً من أنواعه. اذ ان الضمان على انواع:-

(١) الضمان في التصرفات القانونية:- وهو الضمان الناشئ عن تصرف قانوني يقتضي الضمان فيما اذا تالف محله، او يقتضيه بوجود التعدي. فضمان العقد هو ضمان مال تالف بموجب عقد يقتضي ذلك، فالعقد هو الذي يحدد الضمان الذي يشغل الذمة وبالتالي يكون المشغول بالذمة ملتزماً بالضمان. فالضمان ليس بحد ذاته مصدراً للالتزام او الحق الشخصي، وانما الذي جعله كذلك هو وجود العقد.

(٢) الضمان في الوقائع القانونية:- وهو الضمان الناشئ عن الفعل النافع او الفعل الضار الذي ادى الى تلف المال او الحيلولة بينه وبين ماله^(١٤٩)، فالفعلين الضار والنافع ينشأن ضماناً في ذمة المدين، هذا الضمان هو الذي يعطي صفة الدين للمدين، ومن ثم فان الالتزام انما يقع على المدين لا على الدائن.

(٣) الضمان بنص القانون :- وهو الضمان الذي ينص عليه القانون وبه يحدد طبيعة اليد على ملك الغير اهي يد امانة ام يد ضمان، لان اليد لا

(١٤٩) راجع، كتاب الامام السيوطي، مرجع سابق، ص ٣٩١.

تكون ضامنة إلا إذا استوجب القانون ضمانها، فيد المالك القديم للشيء هي يد ضمان رغم ان ما يفترض فيه انه حسن النية، ومع ذلك فان القانون يحول هذه اليد الى يد امانة اذا امتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس، اما اذا لم يكن هناك سبب قانوني للحبس، فان يد المالك القديم للشيء تبقى يد ضمان قبل التسليم، فان هلك الشيء، فانه يهلك على المالك القديم فيكون ملتزماً.

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي، قد نظم في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الاول، الوسائل إلى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين، وذكر الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين والحجر على المدين المفلس والحق في الحبس للضمان، وقد نظم أحكام جميع هذه الوسائل، وقد اضاف الفقهاء القانونيون في شروحاتهم إلى هذه الوسائل الدعوى الصورية، وتعد هذه الوسائل من قبيل التأمينات القانونية لحقوق الدائنين وهذا ما يقصده المشرع من ذكر كلمة الضمان في عنوان الفصل. وقد نص على ان " اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (١٥٠)" كما ويعد من قبيل هذه الوسائل التي تؤدي إلى تأمين حقوق الدائنين، الضمان من أشخاص متعددين (التضامن بين المدنيين) فهذا التضامن كما ذكرنا آنفاً، يعطي للدائن الحق في العودة على أي مدين من المدنيين المتضامنين لكي يأخذ جميع الدين.

ومن هنا تستطيع القول ان الضمان على علاقة وثيقة بالحق الشخصي، فضمان المدين هو الذي يجعل للدائن الحق الشخصي في مطالبته بعمل أو الامتناع أو نقل حق عيني، كما ان الضمان - بمعناه العام - قد يعد وسيلة تؤمن الحق الشخصي للدائن، ناهيك عن أن الضمان في ذاته ما دام انه يشغل الذمة.

(١٥٠) المادة (٢٦٠) فقرة (١) مدني عراقي، وتقابلها المادة (٣٦٥) مدني أردني.

الفرع الثاني

الحق العيني ومدى تعلقه بالضمان

الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، وهو إما ان يكون اصلياً أو تبعياً^(١٥١). والحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر، وهي: حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة، وهذه هي الحقوق العينية الاصلية، أما الحقوق العينية التبعية فهي، حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز^(١٥٢).

ويختلف الحق العيني عن الحق الشخصي في امور عديدة^(١٥٣)، اهمها

(١٥١) المادة (٦٧) مدني عراقي، والمادة (٦٩) مدني أردني.

(١٥٢) المادة (٦٨) مدني عراقي، قارنها بالمادة (٧٠) مدني أردني.

(١٥٣) ويمكن تلخيص الفروق بين الحقين العيني والشخصي في الآتي:-

أ) للحق الشخصي ثلاثة عناصر: صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق، في حين ان للحق العيني عنصرين هما: صاحب الحق ومحل الحق.

ب) صاحب الحق الشخصي لا يصل إلى حقه إلا عن طريق المدين، في حين ان لصاحب الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء محل الحق.

ج) الحقوق الشخصية لا تقبل التحديد بطبيعتها، فالأشخاص أحرار في خلق ما يرغبون من روابط لتنظيم مصالحهم إلا ما يخالف القواعد القانونية الامرة والنظام العام والآداب، أما الحقوق العينية فالراي الراجح انها ترد في القوانين على سبيل الحصر.

د) الحق العيني بطبيعته له اثر اكبر حدة من الحق الشخصي، فهو حق مطلق على الكافة احترامه، ولصاحبه حق تتبع الشيء محل حقه في يد من كان، كما له حق تقدم وأولوية في استيفاء حقه العيني من الشيء محل الحق، وهنا غير موجود في الحقوق الشخصية.

ان الحق العيني يعطي القانون لصاحبه سلطة مباشرة على شيء معين، إما الحق الشخصي فلا يستطيع صاحبه التوصل إلى محله إلا عن طريق شخص آخر هو المدين. كما ان الحقوق العينية كما ذكرنا - محددة ومحصورة بعكس أسبابها التي لا حصر لها، في حين ان الحقوق الشخصية غير محددة ولكن أسباب اكتسابها (أي مصادرها) محددة ومحصورة على وفق الرأي الراجع.

والان نتساءل عن مدى تعلق الضمان بالحق العيني، فهل ثمة علاقة توجد بين الضمان والحق العيني؟

بغض النظر عما توحى به كلمة (الضمان) بمعناها العام، التي يدخل ضمن مدلولاتها على وفق هذا المعنى التأمينات الشخصية وكذلك التأمينات التي يقرها القانون ومن ضمنها التأمينات العينية أو التي تسمى بالحقوق العينية التبعية، الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحقوق الامتياز، فان الضمان على هذا النحو يعد في ذاته حق عيني لكنه حق عيني تبعية.

إلا اننا ذكرنا ان البحث سيكون مقتصرأ على الضمان بمعناه الخاص، لكونه يشغل الذمة بالمال الذي يهلك تحت يد الغير بمقتضى عقد أو بدونه أو كان القانون مصدراً لضمان صاحب اليد. فهل ان هذ النوع من الضمان له علاقة بالحق العيني؟.

= هـ) الحيازة مع التقادم تعد سبباً لكسب الحقوق العينية إذا توافرت شروطها، وهي لا تعد كذلك بالنسبة للحقوق الشخصية.

و) يستطيع صاحب الحق العيني التنازل عنه بإرادة الدائن بشرط ان لا يرفضه المدين قبل القبول. (للتفاصيل: راجع: د. السنهوري الوسيط، ج ١، مرجع سابق، ص ١١٥. و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ١١. الاستاذ شاكر ناصر حيدر، السجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، في حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص ٥٢، وما بعدها.)

لقد نظم القانون العقد كمصدر للحق الشخصي من جهة، وسبب لكسب الحق العيني من جهة أخرى. وقد مر بنا ان ضمان العقد ينشئ التزاماً على الضامن بتعويض ما أصاب الدائن من ضرر، أو بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ان كان هذا ممكناً ورضي الطرفان بذلك، ومن هنا يظهر دور الضمان في إزالة الحق العيني وهو حق الملكية، ونوضح ذلك بمثال: إذا اشترى شخص سيارة فإنه يمتلكها على اعتبار ان عقد البيع عقد هو من عقود التمليك^(١٥٤)، ولكن إذا أوجد المشتري فيها عيب خفي فهو مخير بين رد السيارة أو قبولها بثمنها المسمى في العقد^(١٥٥)، فان هو ردها إلى البائع فان رده لها ينهي حقه العيني عليها وهو حق الملكية.

كما قد يكون للضمان اثر في تغيير الحق العيني من حق إلى آخر، مثال ذلك أن يقرر شخص على بعض ممتلكاته المنقولة حق منفعة لآخر، فإذا أسرفت هذه الممتلكات وهي في يد المنتفع، فدفع المنتفع قيمتها إلى المالك، ومن ثم عثر عليها واستطاع المنتفع استرجاعها فإنه يمتلكها بالضمان .

هنا يبرز دور الضمان كسبب لكسب الملكية، فهو ليس مكسباً فحسب يعمل على إنهاء الحق العيني أو تغييره، بل انه يعد سبباً وكسباً لأهم الحقوق

(١٥٤) مع وجوب احترام الشكلية القانونية (راجع: بحث د. جعفر الفضلي، بيع السيارة في القانون العراقي، مجلة آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد ٢٦، ١٩٩٤، ص ١٥٨)

(١٥٥) المادة (٥٥٨) مدني عراقي (للتفاصيل راجع: بحث د. جعفر الفضلي، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، مجلة آداب الرافدين، جامعة اموصل، ١٩٩١، العدد (٢١)، ص ٢٣١)

العينية وأوسعها نطاقاً في الحياة العملية، وأكثرها إعطاء لصاحب الحق من حيث الصلاحيات الممنوحة له على الشيء محل الحق، ألا وهو حق الملكية.

ولا نريد هنا أن نبين موجبات اعتبار الضمان سبباً لكسب الملكية، بل إننا نود بيان العلاقة بين الضمان والحق العيني، ويكفي هنا أن نورد مثلاً بسيطاً على دور الضمان كسبب اكتساب الملكية، وهو أحد نصوص القانون المدني العراقي^(١٥٦)، الذي ذهب إلى أنه ((إذا غيّر الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه محيز أن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)) . ففي الخيار الثاني الذي أعطاه المشرع العراقي للمغصوب منه وهو الرجوع على الغاصب بالضمان، من الذي سيكون صاحب الحق العيني (حق الملكية) على المال المغصوب ؟ لا نستطيع أن نقول المالك القديم لأنه في هذه الحالة يمتلك الضمان ولا يمتلك المال المغصوب أو بالأصح لا يجوز أن تبقى ملكيته قائمة على المال المغصوب لأنه بذلك يعد كاسباً بدون سبب على حساب الغير، لذا فإن المغصوب يمتلكه الغاصب وذلك بالضمان، عليه فإن الضمان يعد - بحق - سبباً من أسباب الملكية^(١٥٧) .

(١٥٦) نص المادة (١٩٤) في فقرتها (٣) مدني عراقي، (ونصت المادة (٢٨٦) فقرة (٣) مدني أردني على أنه : ((وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله، يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً، وبين أن يضمن الغاصب بدله)))

(١٥٧) لذا فقد نصت المادة (١٠٨٥) مدني أردني على أنه : ((المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه، وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً)) .

الفصل الثاني

دور الضمان في كسب الملكية تبعا

1. The first part of the document is a list of the names of the persons who were present at the meeting. The names are listed in alphabetical order.

الفصل الثاني

دور الضمان في كسب الملكية تبعاً

نعالج في هذا الفصل أربعة مسائل مهمة نفرد لكل منها مبحثاً مستقلاً وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول : وتناول فيه مناقشة آراء الفقهاء حول مدى إمكان اعتبار الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية .

المبحث الثاني : ونتناول فيه قواعد كسب الملكية بالضمان الفقهية والقانونية .

المبحث الثالث : ونتناول فيه شروط كسب الملكية بالضمان .

المبحث الرابع : ونعالج فيه موقع الضمان من بين أسباب كسب الملكية .

المبحث الأول

الاختلاف الفقهي في كسب الملكية بالضمان

لا اختلاف بين الفقهاء في اسناد ملكية المال المضمون لمالكه اثناء حيازة الضامن ، شريطة استجماع المعاني الآتية (١٥٨) .

١. إمكان رد المال لمالكه دون ضرر يلحق بالضامن او غيره .

٢. عدم اختلاط المضمون بغيره .

٣. سلامة المضمون من التعيب الفاحش الذي يجعله على غير ما كان عليه في وصفه او اصله او المنفعة المقصودة منه .

والخلاف بين الفقهاء في ملكية المال المضمون يظهر اذا اختلف فيه أحد هذه المعاني (١٥٩) .

أولاً : رأي الجمهور :

ذهب الشافعية والحنابلة والأمامية والظاهرية الى عدم إمكان تملك الضامن للمضمون ، سواء غيره أو غيبه عن مالكه وسواء قيمته للمضمون له أو لم يفعل ذلك ، فاذا ظهر المال المضمون بيده سالماً أو ناقصاً أو متغيراً ، كان لمالكه أخذه بزيادته وارش نقصه .

(١٥٨) د. محمد أحمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٢ .

(١٥٩) يلاحظ ان الاختلاف حول مدى إمكان تملك المضمون بالضمان ، قد نظم في كتب الفقه الإسلامي في الباب الخاص بالغصب .

أ. حيث ذهب الشافعية^(١٦٠) ، إلى الغاصب لا يملك المال المغصوب ، فإن ظهر بعد تغيبه ، وجب رده الى مالكه ، فان رده وجب على المغصوب منه رد البديل (أي قيمة الضمان) لأنه ملكه بالحيلولة بينه وبين ماله ، أما وقد زالت الحيلولة فقد وجب الرد ، كذلك لو غيره الغاصب او تغير في يده لا يملكه أيضا .

ب. وذهب الحنابلة^(١٦١) إلى انه ، لو غصب ثوبا فقره أو غزلا فنسجه أو فضه أو حديدا فضربه أو ما الى ذلك ، رد ذلك بزيادة وارش نقصه ولا شيء له لأن غير مال المغصوب منه المطالبة ببذله ، فاذا اخذه ملكه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها .

ج. وذهب أهل الظاهر^(١٦٢) إلى انه من غصب شيئا كان عليه رده ، وان يرد مثل ما نقص من صفاته ولا يجوز ان يعطي المال المغصوب الى الغاصب . وكذلك هو مذهب الشيعة الإمامية^(١٦٣) .

وقد نقل البعض^(١٦٤) عن الجمهور رأيهم في ان المغصوب لا يملك

(١٦٠) الشيرازي ، المذهب ، ج ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٤٣هـ — ، ص ٣٦٨-٣٧٢ .

(١٦١) ابن النجار الحنبلي ، منتهى الارادات ، ج ١ ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة ، ص ٥١٢ .

(١٦٢) ابن حزم الظاهري ، المحلى ، ج ٨ ، دار الفكر ، ص ١٦٥ .

(١٦٣) انظر : رسالة الماجستير للسيد يوسف محسن محمد علي في الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع ، مقدمة الى كلية الآداب ، بجامعة بغداد ، ١٠٧٢ ، مطبوعة ، ص ١١١ .

(١٦٤) د. محمد أحمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٦ .

بالضمان الا باداء قيمته أو الإبراء أو بتعذر رد العين المغصوبة أو للضرورة . ويتخرج على ملكية المغصوب للضرورة أن يغصب خيطا فيخيط به جرح حيوان ويخاف من قلعة لرده الاضرار بهذا الحيوان ، فانه يملك الخيط ويؤدي قيمته ، ولا يلزمه القلع ، فإن حالة الضرورة ترتفع ، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان ورد الخيط المغصوب ولا غيره لتضرره لتعديه (١٦٥) . ويملك الغاصب المغصوب اذا تعذر رده بحالته ، كما لو صار الرطب تمرا والعنب عصيرا ، لتبدل العين فوجبت قيمتها وانتقلت الى الغاصب ملكا مراعى ، بمعنى انه لا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه (١٦٦) . ومن ذلك اختلاط المغصوب بغيره على نحو يتعذر التمييز بينهما فيملكه الغاصب ملكا مقيدا الى حين اداء الضمان ، ولذا لو افلس الغاصب كان المالك أحق بنصيبه في المغصوب من سائر الغرماء (١٦٧) .

وفيما عدا ذلك لا تنشأ للغاصب ملك في المغصوب ويجبر على إعادة العين لصاحبها ان امكن ذلك ، فمن غصب شيئا وغير فيه حتى تبدل الاسم والمنفعة المقصودة لم يملكه بذلك ولا يجبر صاحبه على المعاوضة فيه (١٦٨) . واستدل الجمهور على مذهبهم هذا (١٦٩) :

١. بأن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يصح تملكه بالتضمين .

(١٦٥) المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

(١٦٦) الرملي (الشافعي الصغير) ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥٧ هـ ، ص ١٧٣ .

(١٦٧) المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

(١٦٨) د. محمد احمد سراج ، مراجع سبق ذكره ، ص ٣٠٧ .

(١٦٩) رسالة السيد يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٢ .

٢. بأن تملك المغمصوب منه للبدال وعدم تملك الغاصب للمغمصوب ليس بين جمع البديل والمبدل ، بدليل أن المغمصوب منه ملك القيمة للحيلولة لا على سبيل العوض ، ولهذا اذا رد المغمصوب اليه رد القيمة الى الغاصب .

٣. بالحديث عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قوله : ((على اليد ما اخذت حتى تؤديه)) وقوله صلوات ربي وسلامه عليه : ((المسلم أخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفس منه)) ، وما طابت نفس صاحب المال بتغييره أو تغيبه ، فوجب ان لا يحل ولا يملكه الغاصب .

ثانيا : رأي المالكية :

ذهب المالكية الى انه اذا حصل مفوت للشيء المغمصوب باستهلاكه أو إتلافه انتقل الى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته (١٧٠) ، ومعنى ذلك ان المالكية يقرون انتقال ملكية المغمصوب للغاصب اذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يرد الواجب عليه بالفعل الى المالك (١٧١) ، وبموجب مذهب المالكية فانه اذا غصب شخص خيطا وخاط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه المثل أو القيمة وانتقل اليه ملك المغمصوب (١٧٢) .

ثالثا : رأي الأحناف :

يذهب الأمام أبو حنيفة (١٧٣) الى انه اذا غصب شخص من اخر شيئا

(١٧٠) ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، دار الفكر ، ص ٢٣٩ .

(١٧١) د. محمد أحمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٦ .

(١٧٢) ابن رشد ، مرجع سابق ذكره ، ص ٢٣٩ . د. محمد أحمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٦ .

(١٧٣) الرشداني المرغنياني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج ٤ ، مطبعة صبيح بمصر ، ص ١١-١٢ .

وغيره تغييرا بسيطا بان كان فضة او ذهباً فضربه دراهم او دنانير أو انية ، فان الملك باق لمالكة لم يزل عنه وله الحق في استرداده متى شاء ولا نسيء للغاصب لان العين باقية من كل وجه والصفة فيها غير متقومة لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ، وقال أبو يوسف ومحمد (١٧٤) : إن الغاصب يملك العين وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة فصير حق المالك هالكا من وجهه . أما اذا كان المغصوب شيئا اخر فغيره حتى زال اسمه أو أعظم صفاته ، كان يكون حنطة فيطحنها دقيقا أو شاة فيذبحها ويشويها ، أو إذا غصبه ولم يعيره وإنما عيبه عن مالكة حتى طالبه هذا بالضمان ، فإن كلاً من أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف متفقون على أن الغاصب يملك المال المغصوب بالضمان (١٧٥) .

كما أنهم لم يختلفوا في وقت ثبوت الملكية للغاصب ، وهو عندهم وقت للغصب (أي وقت السبب المفضي للضمان) لأنه وقت يملك المغصوب منه للضمان ، وذلك ليكون تملك الغاصب والمغصوب منه للمضمن والضامن في آن واحد ، لكنهم اختلفوا في (١٧٦) .

أ. صفة الملك الثابت للغاصب في المغصوب قبل أداء الضمان : حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد الى التفريق بين تصرفات الغاصب ببيع المغصوب أو هبته أو التصديق به وقالا بنفاذها ، وبين أن ينتفع الغاصب بالمغصوب بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره فقال : بانه لا يحل له ذلك حتى يرضي صاحبه لان الانتفاع بالحلال الطيب لا يكون الا باملك المطلق ، وهذا

(١٧٤) الرشداني ، الهداية ، ص ١٣ .

(١٧٥) المرجع السابق ، ص ١٣-١٤ .

(١٧٦) يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٨ .

الملك فيه شبهة العدم ، لأنه حصل بسبب محظورا أو بالاحرى وقع محظورا ابتداء فلا يخلو من خبث ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، أن اباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدي الى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز ، وقال لا يجوز ، وقال أبو يوسف : يحل له الانتفاع قبل ان يرضي صاحبه لأن المغصوب مضمون فهو مملوك للغاصب من وقت الغصب فلا معنى للامتناع عن الانتفاع ، وتوقيف الحل على رضا المالك الأول ، توقيف على رضا غير المالك الفعلي (١٧٧) .

ب. شروط ثبوت الملك في المغصوب ، فهو عند أبو حنيفة : اختيار الضمان من قبل المغصوب منه ن إذ قبل ذلك لا يكون المغصوب ملكا للغاصب ، بل في حكم ملكه فقط ، وقال أبو يوسف ومحمد : أن اختيار المغصوب منه ليس شرطا وأن ملكية الغاصب تثبت قبل الاختيار بمجرد وقوع الغصب ، إذ في ذلك الحين يملك المغصوب منه الضمان ويملك الغاصب المال المضمون (١٧٨) .

واستدلوا على تملك الغاصب للمغصوب ، وبالتالي تملك الضامن للمضمون بالضمان بما يأتي (١٧٩) .

١. إن الضمان بدل العين ، وانما يقضى به جبرانا لها ، والجبران يستدعي

(١٧٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، مطبعة الجمالية ، القاهرة ، ص ١٥٣ ،

السرخسي ، المبسوط ج ١١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٤ هـ ، ص ٦٨ .

(١٧٨) الكاساني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٢ ، الزيلعي ، تبیین الحقائق ، ج ٥ ،

المطبعة الأميرية ، بولاق ، ١٣١٥ هـ ، ص ٢٢٩ .

(١٧٩) يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٩ .

الفوات - أي فوات العين المغصوبة من يد الملك - لان الجبر إنما يكون للغائب وليس للقائم ، فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملك المالك في عين ماله ليكون الضمان جبرانا لما هو فائت .

٢. أن الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب أو قيمته بمجرد وقوع الغصب فلو لم تقل بزوال ملك المغصوب لم يكن الاعتداء قد وقع بالمثل - الاعتداء الذي سوغه الشارع بأنه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ما اعتدى عليكم) (١٨٠) - فلزم من ذلك زوال ملك المغصوب منه عن المغصوب وانتقال ملكيته الى الغاصب .

٣. أننا اذا قلنا المغصوب منه يملك الضمان لانه بدل ماله المغصوب ، ولم نقل بزوال ملكيته عن المضمون ، لزم اجتماع البديل والمبدل منه في يده وهو غير حائز ، فلزم انتقال ملكية المضمون الى الغصب وهو المطلوب (١٨١) .

وقد اوزن بعض الفقه (١٨٢) بين ماذهب اليه الجمهور ومذهب المالكية والاحناف في المور التالية :

أ. الضامن لا يملك المال المضمون بالضمان عند الجمهور ، الا في تلك الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة ، خلافا للاختلاف الذي اسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان خشية اجتماع البديل والمبدل في ملك المغصوب منه ، والمالكية أقرب الى مذهب الاحناف في ذلك ..

(١٨٠) البقرة / ١٩٤ .

(١٨١) الرشاداني ، الهداية ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١-١٤ . الكاساني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٣ . السرخسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٧ . الزيلعي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٨-٣٣١ .

(١٨٢) د. محمد أحمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٨ .

ب. اسناد ملكية الغاصب للمغضوب الى وقت الغصب عند الأحناف والى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور ، ويترتب على الخلاف في ذلك اختلافهم في حل الاكساب والمنافع المتولدة من المغضوب .

ج. الضمان عند الجمهور في مقابلة فوات اليد المحقة ، ولا ينتقل الملك بوجوبه لأن هذا الفوات لا يصلح ان يكون سببا شرعيا لهذا النقل ، أما عند الأحناف ، فان سبب الضمان فيما يبدو وهو تعذر رد العين المغصوبة .

الراجح والمرجوح بين الآراء السابقة :

لقد اختلف الفقهاء المسلمون المحدثون وبعض فقه القانون المدني في ترجيح احد الآراء السابقة ، فمنهم من ذهب الى ترجيح قول الجمهور ، ومنهم من تحفظ في إيداء رايه ، ومنهم من ايد رأي الأحناف عند غياب القاعدة القانونية المشهورة (الحيازة في المنقولة سند الحائز) ، وفيما يلي تنبئت هذه الآراء لفائدتها في البحث :

فقد ذهب بعض الفقهاء ^(١٨٣) الى ترجيح رأي الجمهور على أساس ما يأتي :

١. لقد اجمع الفقهاء المسلمون على انه يجب على الغاصب رد العين ، فظهور العين مرة ثانية بعد تغييبها دليل على انها لازالت قائمة وأن الحق لم ينتقل الى التعويض ، فيكون للمالك مطلق الحق في استردادها وإرجاع القيمة .

(١٨٣) د. محمد احمد سراج ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ . يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٣ . عبد الجبار حمد شرارة ، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الأعلمي (بيروت) ، ١٩٧٥ . ، ص ١٧٠ .

٢. انه اذا كان استعمال المغصوب أو تغييره يؤدي الى تملكه ، فإن سيؤدي الى تفشي الظلم وأكل اموال الناس ، فاذا بنى شخص لنفسه بيت وقد بذل جهدا كبيرا في الحصول على الحديد اللازم للبناء بعد أن كان قد طلبا للمؤسسة العامة مرفقا بالاجازة والخارطة ، حتى حصل على كفايته من ذلك فجاء جاره وأخذ هذا الحديد وادخله في بنائه ثم قال له ، إنه أصبح ملكي بحكم الشرع وأنه ليس لك الا قيمته ، كذلك لو كان قد حصل على قطعة قماش نادرة مثلها واراد ان يصنع لنفسه ثوبا فقطعها وخاطها ثوبا لنفسه ثم قال للأول ليس لك الا قيمتها ، افلا يكون هذا ظلما ؟ (هكذا يتساءل صاحب الرأي) .

وذهب بعض الفقه (١٨٤) ، الى تخيير المالك بين رد العين المغصوبة بما فيها من عيب أو تغيير والزام الغاصب بضمان نقصها ، أو تركها للغاصب مع مطالبته بالضمان ومن أجل ذلك وجب أن يكون الغاصب مالكا للعين المغصوبة بضمانها ولكن لا يتصرف فيها الا بعد أداء ضمانها فعلا الى مالكيها .

وقد ذهب احد الفقهاء القانونيين (١٨٥) إلى ترجيح رأي الجمهور وذلك لأن :

(١٨٤) الأستاذ علي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٠ (وهذا الرأي يجمع بين رأي الجمهور ورأي الحنفية والمالكية ، وهو رأي قال به قبل الخفيف (مجد الدين ابي البركات)) كتابه المحرر في الفقه نقلا عن عبد الجبار شرارة ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٦٣ .

(١٨٥) د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية الاصلية ج ٢ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ١ ، ص ٢٩ .

أ. القول باعتبار الغاصب مالكا للمال المغصوب يجافي مبدأ احترام قواعد الملكية ، وهذا ما تنبه اليه الشافعية ومن وافقهم ، حين قالوا ان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للمالك .

ب. حق صاحب المال المغصوب يظل على ماله ، على الرغم من انتقال هذا المال الى الغاصب ، عملا بقاعدة استصحاب الحال ، واذا ما تعذرت إعادة الشيء الى ما كان عليه ، فان مالكة في هذه الحال يملك مطالبة المسؤول بالضمان وهو شخصي يرد على ذمة الأخير .

أما مسلك القوانين المدنية العربية تجاه الآراء الفقهية السابقة ، فهو مختلف من قانون لآخر ، نتناول بعض مواقف القوانين العربية :

١. فكل من القانونين اللبناني والمصري ، لم يقر قاعدة كسب الملكية بالضمان بل انهما لا يعرفان أصلا هذه المبادئ التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية ، والسبب يرجع الى أن هذين القانونين استقيا حكاهما من الفقه الغربي الذي لا يعرف القاعدة محل البحث ، فهي قاعدة فقهية إسلامية بحتة ، بل ان كلا من القانونين المصري واللبناني لم ينص على تطبيقات العمل غير المشروع (الاتلاف والغصب) اذ أن هذه التطبيقات منصوص عليها في القوانين التي تآثرت بمبادئ الفقه افسلامي وليس كل من القانونين المصري واللبناني من بين هذه القوانين (١٨٦).

٢. بالنسبة للقانون المدني العراقي ، فانه رغم عدم نصه على قاعدة كسب الملكية بالضمان بصورة صريحة ومباشرة ، فقد نص في بعض مواد بصورة غير مباشرة على وجوب تملك الضامن للمال المضمون

(١٨٦) وقد سار على نهج هذين القانونين كل من القوانين المدنية في سوريا وليبيا.

بالضمان ، ولا سيما في ذلك النصوص الخاصة بالغصب (١٨٧) ، وقد أعطى القانون الحرية للمالك في بعض مواد الخاصة بالغصب ، في ترك المغصوب للغاصب أو استرداده (١٨٨) . وقد سلك هذا المسلك القانوني السوداني (١٨٩) .

٣. أما بالنسبة للقانون المدني الأردني ، فقد نص صراحة على قاعدة كسب الملكية بالضمان في المادة (١٠٨٥) التي نصت على أنه " المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه وبشرط ان يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء " ، وهذا يدل بصورة جلية على تبني المشرع الاردني لمذهب الأحناف ولقاعدتهم المعروفة : "الضامن يملك المال المضمون بالضمان ، وقت قبضة " (١٩٠) .

وقد انتهج منهج المشرع الأردني ، القانون المدني الإماراتي في المادة (١٢١٨) منه ، ومشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد في المادة (١٠٣٧) منه (١٩١) .

٤. أما القانون اليمني الجديد لعام ١٩٩٢ ، فقد نبذ صراحة فكرة الخذ بفكرة الضمان في كسب الملكية ، فقد نص في المادة (١١٥٦) منه على أنه « لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها ، ان كانت باقية ، وبعد قبول المالك للعوض عنها يبيعا منه لها يخضع لأحكام البيع » . أي ان هذه

(١٨٧) المادة (١٤٩) الفقرة (٢) .

(١٨٨) راجع مثلا المادة (١٩٤) فقرة (١،٣) .

(١٨٩) نقلا عن د. سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧ .

(١٩٠) راجع في شرح هذه القاعدة : د. وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢١٩٠ .

(١٩١) نقلا عن : أ.د. سوار ، المرجع السابق ، ٣١ .

المادة لم تجز الضمان فيما لو كانت العين المغصوبة باقية على حالها ، إذ يجبر المالك على استردادها ، أما اذا لم تكن باقية على حالها بل شابهها التغيير ، فان للمالك تركها للغاصب واخذ العوض عنها ، وكأنه في هذه الحالة قد تم الإيجاب والقبول بينه وبين الغاصب وانعقد بارتباطهما عقد البيع ، الذي يضاف كصورة جديدة إلى صور عقد البيع في القانون اليمني .

ومن الجدير بالذكر أن البعض (١٩٢) ، انتقد موقف القانون المدني الأردني في أخذه بقاعدة كسب الملكية بالضمان ، على أساس ان هذا القانون قد تبنى قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) الفرنسية المنشأ ، وذلك لما تحققت هذه القاعدة من دور فعال على غرار قاعدة الضمان في حماية الغير . ويمضي صاحب هذا الرأي قائلًا مع ذلك : (ولئن كان القانون المدني الأردني ، ليس بحاجة الى اعتبار التضمين سببا للتملك لسبب اعتداده بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) إلا أن فكرة التضمين تلك تظل فكرة رائعة في الصناعة الفقهية في المذهب الحنفي ، لتدل كيف تعمد هذه الصناعة بطريقتها الخاصة الى جعل الغير الذي تصرف له الغاصب ، آمنا أن تسترد العين من يده وفي هذا حماية كبيرة للغير). ومع اتفاقنا مع هذا القول فحسب ، فاذا لا نتفق مع صاحبه في أن قاعدة الحيازة تغني عن الاخذ بقاعدة الضمان ، اذ ان القانون الاردني شأنه شأن القانون العراقي ، لم يعد الحيازة في ذاتها سببا لكسب الملكية حيث نصت المادة (١١٨٩) مدني أردني على أنه (١- لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً او حقاً عينياً على منقول او سند لحامله وكانت حيازته تستند الى سبب صحيح وحسن نيه ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك وهذا النص مأخوذ من نص

(١٩٢) د. سوار ، المرجع السابق ، ص ٣١.

المادة (١١٦٣) مدني عراقي مع بعض التحوير (١٩٣). اذن فالنص الخاص بالحيازة في المنقول يجعل منها قرينة على الملكية وهي قرينة قابلة لاثبات العكس ، كما أن القانون الاردني كاصلة العراقي ، يجعل دور الحيازة مقتصر على منع سماع دعوى الملك من الغير على الحائز . ولو أننا قرأنا النص المصري الخاص بالحيازة في المنقول لتوضح لنا أن هذا القانون بعد الحيازة في ذاتها سببا مكتسبا للملكية ، حيث نصت المادة (٩٧٦) مدني مصري على انه : « ١- من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له كان حسن النية وقت حيازته . ٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توفر لدى في الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه لكسب الملكية خالصة منها . ٣- الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقيم الدليل على عكس ذلك » .

والمعلوم ان القانون المصري يعد مصدرا أساسا للقانون العراقي ، ومن بعده القانون الاردني ، حيث ان كل من هذين القانونين قد تقلل منه احكاما كثيرة ، فلماذا لم ينقل منه نصه الخاص بالحيازة ؟ افلا يعد هذا دليلا واضحا على انهما لا يوافقان المشرع المصري في منهجه الخاص بكسب الملكية بالحيازة ، بل انهما اعتدا بإبراز الجانب السلبي لقاعدة الحيازة في المنقول ، وهو منع الغير من الادعاء بملكية المال المحوز في حين ان القانون المدني المصري قد أقر صراحة ان الحائز للمنقول بحسن النية وبسبب صحيح يعد مالكا لما يحوزه .

(١٩٣) نصت المادة (١١٦٣) مدني عراق على انه : « من حاز وهو حسن النية منقولا او سنداً لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد » .

ومع كل ما تقدم ، فإنه لو افترضنا جدلا ان الحائز يعد مالكا لما يحوزه في القانون الأردني ، فان القاعدة التي تحكم هذا الامر تضع له عدة شروط (١٩٤) :-

١. إذ يجب ان تكون الحيازة قانونية ، بان يتوافر فيها عناصرها المادي والمعنوي .

٢. ان تكون الحيازة واردة على منقول .

٣. ان تكون الحيازة بحسن نية .

٤. ان تكون الحيازة مستتدة في الوقت ذاته الى سبب صحيح .

في حين ان هذه الشروط لا تلزمها قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، فحتى يتملك الضامن المال المضمون بالضمان ، لا يشترط ان يكون خائرا حيازة قانونية حقيقة للمال المضمون ، كما لا يشترط ان يكون المال المضمون منقولا ، بل من الممكن ان يكون عقارا . وغالبا يكون شئب الضمان عمل غير مشروع مما يعني انتفاء عنصر حسن النية والسبب الصحيح ، بل انه إذا كان المشرع المصري قد عرف السبب الصحيح في الفقرة (٣) من المادة (٩٦٩) من القانون المدني بأنه « سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ او ضامنا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب ان يكون مسجلا طبقا للقانون » فإن القانون المدني الأردني كأصله كالقانون المدني العراقي ، حدد مفهوم السبب الصحيح بوسائل ذكرها على سبيل الحصر ، حيث نصت الفقرة (٢) من المادة (١١٨٢) مدني أردني على

(١٩٤) للمزيد من التفاصيل راجع : محمد عبداللطيف ، الحيازة اثارها ، الاسكندرية ،

١٩٥١ ، ص ٣١٥ وما بعدها .

ان السبب الصحيح " هو سند او حادث يثبت ملكية العقار بإحدى الوسائل الآتية : أ- الاستيلاء على أراضي الموات . ب- انتقال المالك بالارث او الوصية . ج- الهبة بين الأحياء بعوض او بغير عوض . د- الفراغ أو البيع الرسمي او العادي " . وهذا النص يقابل نص الفقرة (٣) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي ، وتقاس عليه السبب الصحيح في حيازة المنقول لعدم وجود نص يعالج مفهومه . وبتحديد وسائل السبب الصحيح حصرا ، يكون مجال تطبيقه قاعدة الحيازة في المنقول ضيقا في ظل القانونين المدني الأردني والمدني العراقي ، بعكس القانون المدني المصري . عليه فإن الأخذ بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) في القانونين الأردني والعراقي ، أمر يوجب المنطق ويؤكد الواقع ، بيد أن هذا الأخذ يجب الا يعمل به على إطلاقه ، للمحاذير الكثيرة التي تختلج تطبيق القاعدة المذكورة والتي أظهر مضامينها القاعدة من الجمهور والفقهاء المحدثين ، لذا فان تطبيق قاعدة الضمان مقيدة بشروط نتناولها في المبحث الثالث من البحث ، وبعد أن نوضح أهم القواعد التي يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان ، وذلك في المبحث القادم .

المبحث الثاني

القواعد التي يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان

هناك العديد من القواعد الفقهية الإسلامية والقواعد القانونية التي تستند عليها قاعدة الضمان كسبب لكسب الملكية ، والتي ممكن ان تحكم دور الضمان هذا ، وعليه فإننا سنقسم هذا البحث الى مطلبين ، نعالج في الأول القواعد الفقهية وفي الثاني القواعد القانونية:

المطلب الأول

القواعد الفقهية في كسب الملكية بالضمان

ان قواعد الضمان الفقهية كثيرة لايمكن بحثها وشرحها كلها في هذا المطلب ، لذا فإننا سنقتصر على بحث تلك القواعد التي تفيدها في موضوعنا هذا وهو كسب الملكية بالضمان :

القاعدة الأولى : على اليد ما أخذت حتى تؤديه :

أصل هذه القاعدة حديث نبوي روي عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ^(١٩٥)، ومعناها انه يجب على قابض ملك الغير سواء أكانت يده عليه يد أمانة أو يد ضمان أ، يرده الى صاحبه ولا يبرأ من الضمان الا بوصول الشيء الى مالكه أو من يقوم مقامه. ويؤيد معنى هذا الحديث قوله تعالى :

(١٩٥) رواه أحمد في سنده ، اصحاب السنن الأربعة والحاكم في مستدركه وصححه وقرر الترمذي حسنه من حديث سمرة بن جندب ، وهو أساس عام في وجوب رد ما قبضه المرء من أملاك الغير (نقلا عن د.وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٥) .

(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (١٩٦) وقوله سبحانه : (إن الله يامركم ان تؤدوا الأمانات الى أهلها) (١٩٧)، وأحاديث كثيرة عن النبي عليه أفضل الصلاة والسلام (١٩٨) . وتشكل هذه القاعدة الأساس العام في الضمان ، وهذا ما جعلنا نبدأ بشرحها قبل غيرها .

القاعدة الثانية : لا يجوز لأحد اخذ المال احد بلا سبب شرعي :

أي ليس لأحد ان ياخذ مال غيره بسبب غير مشروع ، كالغصب والسرقة ، لأ مبدأ الشريعة افسلامية العام هو احترام حقوق الناس المالية ، ومثال ذلك من دفع شيئاً لأخر ظاناً انه دين واجب عليه ثم تبين خلافه فله استرداده (١٩٩) .

القاعدة الثالثة : الجواز الشرعي ينافي الضمان :

أي انه اذا كان فعل الشيء جائزاً شرعاً لشخص ، فاذا اوقع ذلك الفعل وترتب عليه ضرر لأحد فلا ضمان على الفاعل ، كما لو حفر أحد في

(١٩٦) سورة البقرة / الآية (١٨٨) .

(١٩٧) سورة النساء / الآية (٥٨) .

(١٩٨) راجع : جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٨٤ ، ص ٢٠١ . كذلك : د. وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٦ . وكذلك : عبد الجبار حمد شراره ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٢٠ . وكذلك السيد سابق ، فقه السنة ، ج ٩ ، المطبعة النموذجية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٣١١ .

(١٩٩) نصت على هذه القاعدة المادة (٩٧) من مجلة الاحكام العدلية . (راجع شرحها : الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ١ ، مطبعة السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ١٦١) .

ملكه حفرة فسقطت فيها دابة احد فهلكت فلا ضمان على صاحب الحفرة (٢٠٠) . وتشكل هذه القاعدة مانعا من موانع الضمان .

القاعدة الرابعة : الاجر والضمان لا يجتمعان :

ومعنى هذه القاعدة أن الأجرة الواجبة لقاء منفعة لا تجب ويسقط التزامها إذا كان هناك التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لا (٢٠١) يعطل البعض هذه القاعدة (٢٠٢) ، في أن في الضمان معنى التملك فالضامن مالك فلا يدفع أجرة انتفاعه بملكه . فلو استأجر شخص دابة الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت لزمه الضمان ولا اجر عليه (٢٠٣) فالضمان هنا يعد مانعا من موانع الالتزام بدفع الأجر .

القاعدة الخامسة : الحد والضمان لا يجتمعان :

وهذه القاعدة حنفية كالسابقة وفي تشبهها في الحكم . ويتناول الفقهاء المسلمون هذه القاعدة عند شرحهم للجرائم ذات الطابع المالي كالسرقة والحرابة وغيرهما ، ومعنى هذه القاعدة في جريمة السرقة ، أن الجاني اذا ثبتت عليه السرقة فإن يده ستقطع استنادا الى الآية الكريمة (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) (٢٠٤) ، ولكن لا ضمان عليه اذا هلك المال المسروق في يده اعمالا للقاعدة اعلاه ، وحجة الحنفية في ذلك ، قوله (صلى

(٢٠٠) المادة (٩) والمادة (٦) مدني عراقي . راجع منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٥ .

(٢٠١) المادة (٨٦) مجلة ، راجع د. وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٧ .

(٢٠٢) منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٥١ .

(٢٠٣) د. محي هلال السرحان ، القواعد الفقهية ، مطبعة أركان ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٦٨ .

(٢٠٤) سورة المائدة / الآية (٣٨) .

الله عليه وسلم) « اذا قطع السارق فلا غرم عليه » (٢٠٥) ولهم حجة اخرى منطقية وهي : أن المضمونات تملك عندهم من وقت الاخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكان ملكه من وقت أخذه ، وكأنه أخذ ما يملكه ، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه ، والقطع لا يجب الا باخذ ملك الغير (٢٠٦) . وذهب الشافعية والحنابلة استنادا على القاعدة الأولى المذكورة سابقا، الى انه اذا اتلف المسروق في يد السارق ضمن بدله ، وقطع ، ولا يمنع احدهما الاخر لان الضمان فيه حق للأدعي ، والقطع يجب لله تعالى ، فلا يمنع أحدهما الاخر مثلتهما كمثل الدية والكفارة (٢٠٧) . وقال مالك وأصحابه : أن تلق ، فإن كان موسرا غرم وغن كان مع سرا لم يكن عليه شيء (٢٠٨) .

ونحن نوافق ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة ، رغم اننا قد وافقنا الحنفية في الاعتراف بقاعدة الضمان كسبب للملكية ، اذ ان الامر يختلف هنا لاننا امام حد من حدود الله تعالى والذي لا يمنع من إيقاعه على الجاني كونه تملك المال بالضمان ، فهو مع ذلك يمتلك المال بالضمان - وه ذا ما يخص الجانب المدني في جانيته - وتقع عليه عقوبة الله العادلة التي لم تفرض الا خدمة للمصلحة العامة .

-
- (٢٠٥) نقلا عن الأستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج ٢ ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، ص ٦٢٠ . وكذلك د. احمد الكبيسي ، احكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون مطبعة الارشاد ، بغداد ١٩٧١ ، ص ٣٠١ وما بعدها .
- (٢٠٦) راجع الأستاذ عبد القادر عودة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٢٩٠ .
- (٢٠٧) راجع : ابن رشد القرطبي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٣٨ . السيد سابق ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٣١ . كذلك راجع : الأستاذ عبد القادر عودة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٢٠ . و د. احمد الكبيسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٩ وما بعدها .
- (٢٠٨) راجع : السيد سابق ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣١٢ .

القاعدة السادسة : الخراج بالضمان :

وهذه القاعدة في الأصل ، حديث نبوي (٢٠٩) . والخراج معناه منافع الشيء وكل ما خرج منه من در ونسل ونحوه ، والضمان الائتزام بالشيء عند هلاكه واعتباره كجزء من مال الضامن ، هلاكه عليه ، فإن ظهر مستحقا لزمته قيمته ، وهو بهذا المعنى استعمال لغوي قريب من استعمال الفقهاء (٢١٠) . ومثالها ما لورد المشتري حيوانا بخيار العيب وكان قد استعمله مدة فإنه لا تلزمه أجرته ، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي ان خسارته كانت راجعة عليه (٢١١) .

القاعدة السابعة : الغرم بالغنم :

ومعناها ان صاحب المنفعة يتحمل الخسارة فمن ينال نفع شيء يتحمل ضرره (٢١٢) فالغاصب يضمن المال المغصوب وهذا هو الغرم في مقابل تملكه له وهذا هو الغنم .

القاعدة الثامنة : النعمة بقدر والنقمة بقدر النعمة :

وهذه القاعدة يمثل الشق الأول منها قاعدة (الخراج بالضمان) ويتمثل الشق الثاني منها بقاعدة (الغرم بالغنم) ، ومثالها ان على الزوجة إطاعة

(٢٠٩) وهو حديث صحيح رواه احمد وابو داود الترمذي وابن حبان ، (نقلا عن الاستاذ علي الخفيف مرجع سبق ذكره ، ص ٤٤ قد نصت عليه المادة (٨٥) من المجلة ، راجع

شرحها : منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٠)

(٢١٠) راجع للتفاصيل : السيوطي ، الأشياء والنظائر ، دار احياء الكتب العربية ، ص ١٥٠ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ١٥١ . وعلي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٤ .

(٢١١) د. محيي هلال السرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٧ .

(٢١٢) المادة (٨٧) مجلة ، وشرحها لمنير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥١ .

زوجها في غير المعاصي مقابل التزامه بالانفاق عليها (٢١٣) ، لقوله تعالى
(ولهن مثل الذي عليهن) (٢١٤)

القاعدة التاسعة : تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات :

أي ان اختلاف الأسباب في تملك العيان بمنزلة اختلاف الاعيان ، فإن
العين الواحدة اذا تبدل سبب تملكها تعد كأنها قد تبدلت، فكانها بعد تبدل سبب
التملك فيها هي غيرها قبل تبدل السبب (٢١٥) ، فمثلا : اذا اشترى شخص متاعا
ثم غصبه منه شخص اخر وضمن قيمته فليس للأول بعد ذلك مطالبة الثاني
بالمتاع طالما انه قبض قيمته لان تبدل سبب الملك من العقد الى الضمان قائم
مقام تبدل الذات .

القاعدة العاشرة : الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه :

وهذه هي القاعدة المباشرة التي تحكم موضوعنا والتي نرجئ الحديث
عنها مفضلا ، لذا نكتفي هنا بالامالة الى ما سيلي ذكره عنها، في المبحث
الخامس بشروط كسب الملكية بالضمان .

(٢١٣) المادة (٨٨) مجلة ، وشرحها للدكتور وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ،
ص ٢١٦ .

(٢١٤) سورة البقرة / الآية (٢٢٨) .

(٢١٥) المادة (٩٨) مجلة ، راجع شرحها : منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ،
ص ١٦٢ .

المطلب الثاني

القواعد القانونية في كسب الملكية

ومن القواعد القانونية التي تفيد كسب الملكية بالضمان ، القواعد التالية (٢١٦) :

القاعدة الأولى : التصرف في ملك الغير :

ومفاد هذه القاعدة ، اذا تصرف أحد بملك الغير لشخص آخر يبيع او يهبه او غيرهما ، فان مدى حق المالك في الرجوع على المتصرف او المتصرف اليه بالضمان ، يبقى متأثرا بحالة ما إذا كان المتصرف اليه حسن النية او سيء النية . فاذا كان المتصرف اليه حسن النية لا تعلم ان المتصرف يتصرف في ملك غيره واستند في حيازته للشيء المنقول الى سبب صحيح فانه يدفع دعوى المالك من المالك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملك) ، اما اذا لم يكن السبب صحيحا او لم يكن المال المحوز عنده من المنقولات ، فان على المالك الا أن يرجع عليهما بدعوى الاستحقاق ، والا فبدعوى الضمان، فان رجع على الثاني كان له (أي للثاني) الرجوع على الأول ، اما اذا رجع على الاول فليس لهذا ان يرجع على المتصرف اليه لان الاخير كان حسن النية :

اما اذا كان المتصرف اليه سيء النية يعلم ان المتصرف انما تصرف في ملك غيره فان للمالك ان يرجع عليهما بدعوى الاستحقاق او بدعوى الضمان ، فاذا رجع على المتصرف كان لهذا الرجوع بما ضمن على المتصرف اليه ، اما اذا رجع على المتصرف اليه فان هذا الاخير لا

(٢١٦) نود أن نتحفظ هنا بان ما نذكره من قواعد قانونية في هذا المجال نريد بها المثال وليس الحصر .

يُقدر ان يرجع بما ضمن على المتصرف ، لأنه كان سيء النية ^(٢١٧) فرجوع الضامن على أي من المتصرف أو المتصرف اليه بالضمان يفيد الملك ، فمن ضمن كان مالكا لما ضمن.

القاعدة الثانية : هلاك العقود عليه بيد صاحبه في المعاوضات :

إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه ، انفسخ العقد سواء كان هلاك بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ، فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري ^(٢١٨) ، ذلك لان القانون قد اعتبر يد المالك القديم عل الشيء قبل تسليمه الى المالك الجديد يد ضمان ^(٢١٩) ، حيث ان من المعلوم ان العقد يعد ناقلا للملكية بمجرد إبرامه اذا كان من العقود التي تفيد نقل الملكية ، كالبيع ^(٢٢٠) . فالمشتري عندما يشتري ساعة - مثلا - من البائع ويتم الإيجاب والقبول بينهما ، فان هلكت او تعيبت تعيبا يفسد الغرض الذي من اجله اقبل المشتري على شراءها ، فان هذا الهلاك او التعيب يكون في ملك البائع لان يده على الشيء يد ضمان قبل التسليم، فان هو تسلم الثمن من ^(٢١٧) راجع المادة (١٣٥) والمادة (٢٠٠) مدني عراقي ، والمادة (٢٨١) مدني اردني والتصرف في ملك الغير في القانون المدني الاردني اما ان يكون تصرفا مطلقا من شأنه تحقيق نفع للمتصرف في ملكه وهذه هي (الفضالة) في مصطلح هذا القانون ، والتي تعد تطبيقا من تطبيقات نظرية الكسب بلا سبب (راجع المواد (٣٠١-١٠٨) مدني أردني)، مع ملاحظة أن هذا القانون قد نظم احكام بيع ملك الغير (المادتين ٥٥٠-٥٥١) مدني أردني.

- (٢١٨) المادة (١٧٩) مدني عراقي ، لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني .
- (٢١٩) المادة (٢٤٨) مدني عراقي ، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني .
- (٢٢٠) راجع : د. جعفر الفضلي ، كتابه الوجيز في العقود المدنية ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٩ ، ص ١٤.

البائع لأن يده على الشيء يد ضمان قبل التسليم، فإن هو تسلم الثمن من المشتري وجب عليه رده ، وهنا تنتقل الملكية مرة ثانية من المشتري الذي اكتسبها بالعقد ، الى البائع الذي اكتسب ملكية الساعة بال ضمان .

القاعدة الثالثة : الإلتاف :

فإذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخبر إن شاء اخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الاخرى ، وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وإن شاء حط من قيمتها قائمة ، قيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى (٢٢١) . وإذا افترضنا ان صاحب الأشجار اختار الخيار الأول المذكور في القاعدة اعلاه ، وترك الأشجار المقطوعة للقاطع بعد ان ضمنه إياها ، فإن القاطع يملك الأشجار المقطوعة بال ضمان .

القاعدة الرابعة : الغصب :

وتتفرع هذه القاعدة على الفروع الآتية :

١ - إذا تغير المغصوب عند الغاصب :

في هذا الفرض ، يكون المالك (المغصوب منه) الخيار إن شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الأضرار الأخرى ، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بال ضمان (٢٢٢) . ففي هذه الحالة يملك الغاصب المال المغصوب بال ضمان.

(٢٢١) المادة (١٨٨) مدني عراقي ، كذلك المادة (١٨٧) مدني عراقي ، وكذلك ملاحظة المادة (٢٧٦) مدني أردني .

(٢٢٢) المادة (١٩٤) فقرة (١) مدني عراقي ، والمادة (٢٨٦) فقرة (١) مدني أردني .

٢- إذا تغير اسم المغمصوب بفعل الغاصب :

حيث يقرر القانون انه اذا غير الغاصب المال المغمصوب بحيث تبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المغمصوب له ، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامنا للحنطة وبقي المحصول له (٢٢٣) فالغاصب في هذه الحالة يملك الزرع بالضمان.

٣- إذا تغيرت بعض اوصاف المغمصوب بفعل الغاصب :

حيث يقرر القانون انه إذا غير الغاصب بعض اوصاف المغمصوب بزيادة شيء عليه من حاله ، فالمغمصوب منه يخير ان شاء اعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغمصوب عينا مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغمصوب ورجع على الغاصب بالضمان (٢٢٤) . ففي هذه الحالة الأخيرة أيضا يملك الغاصب المال المغمصوب بالضمان .

٤- حالة غاصب الغاصب ومتلف المال المغمصوب :

تحت يد الغاصب والذي يتصرف اليه الغاصب وكان المتصرف اليه سيء النية:

وهذه الحالات سبق وأن شرحناها في مواضع متقدمة (٢٢٥) .

القاعدة الخامسة : الكسب بلا سبب :

حيث ان هذه القاعدة تقضي بان : كل شخص ولو غير مميز يحصل

(٢٢٣) المادة (١٩٤) فقرة (٢) ، والمادة (٢٨٦) فقرة (٢) مدني اردني.

(٢٢٤) المادة (١٩٤) فقرة (٣) مدني عراقي ، المادة (٢٨٦) فقرة (٣) مدني أردني .

(٢٢٥) المواد (١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠) مدني عراقي ، والمواد (٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢) مدني

أردني ، راجع ما قبله ص .

على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد (٢٢٦) . ونورد مثالا توضيحيا على هذه القاعدة : اذا اشترى شخصا بعض الحبوب للزراعة من شخص آخر على ان يرد مثلها عند الحصاد ، ثم مات المقرض ، فقام المقرض برد مثلها الى شخص يعتقد انه وارث لمقرضه وهو ليس كذلك ، فإنه يضمنها استنادا الى قاعدة الكسب بلا سبب ، وفي مقابل ذلك فإن هذا الشخص يملك الحبوب التي آلت اليه بالضمان .

القاعدة السادسة : الالتصاق :

الالتصاق يعتبر بحد ذاته شيئا لكسب الملكية اذا توافرت شروطه ، وهو إما ان يكون التصاق منقول بعقار أو منقول بمنقول ، فالتصاق المنقول بعقار يؤدي الى تملك صاحب احد المالكين للمال الآخر ، فقد يملك صاحب العقار للمنقول الملتصق وقد يملك صاحب المنقول الملتصق ، العقار الملتصق به ، والتصاق المنقول بالعقار امر لا يهنا هنا بقدر ما يهنا التصاق منقولين ، حيث يقضي القانون (٢٢٧) بأنه « إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف او نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاء وقدر ، يملك صاحب المنقول

(٢٢٦) المادة (٢٤٣) مدني عراقي ، قارنها بالمادة (٢٩٣) مدني أردني .

(٢٢٧) المادة (١١٢٥) مدني عراقي ، قارنها بالمادة (١١٤٥) مدني اردني ، فقد نصت هذه الاخيرة على انه اذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين .

الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمة ((٢٢٨) .

حيث إنه بموجب هذه القاعدة يجب ان يكون الالتصاق قضاء وقدرًا كي يمكن العمل بقاعدة كسبب لكسب الملكية ، اما اذا كان الالتصاق بفعل الإنسان فإنه لا يمكن ان يكون الالتصاق سببا لكسب الملكية ، فمثلا : لو قام شخص بصبغ سيارة غيره بصبغ من عنده اعتقادا منه ان هذه سيارته ، فهل يمكن لصاحب السيارة ان يمتلك الصبغ بالالتصاق بعد دفع قيمته ؟ لا يمكن طبعا لعدم توافر شروط القضاء والقدر وإعمالا للقاعدة العامة في الكسب بلا سبب ، فان من حصل على كسب دون سبب فإن يلتزم بدفع قيمته ، وفي مقابل ذلك فإنه يمتلك الشيء الذي دفع قيمته ، ففي المثال السابق يمتلك صاحب السيارة الصبغ بعد دفع قيمته لصاحبه وذلك بالضمان .

القاعدة السابعة : الحيابة :

كذلك فإن الحيابة تعد في ذاتها شبيها للملكية او سندًا للحائز يمنع عنه الغير من التعرض عليه بدعوى الملك ، وقد سبق وان تكلمنا عن قاعدة (الحيابة في المنقول دليل او سند الحائز) (٢٢٩) ، ونقول هنا أن الحيابة كسبب لكسب الملكية تكون دون ان يدفع الحائز مقابلا لما يمتلك بعكس الضمان فهو يكسب الملكية ولكن بمقابل لأنه يقوم عادة على طرق غير مشروعة ، عليه فإننا عندما نقرر قاعدة الضمان كسبب لكسب الملكية انما نقررها مع تحفظ مشروط بضيق نطاقه ، لأن أعمال هذه القاعدة دون قيود يؤدي الى حدوث أثر انعكاسي للعرض اذ يستطيع كل واحد ان يتذرع

(٢٢٨) كذلك راجع ما نصت عليه المادة (٢٤٢) مدني عراقي وقارن المادتين

(٢٩٤، ١١٤٥) مدني أردني .

(٢٢٩) راجع ما قبله من البحث .

بقاعدة الضمان هذه فيقوم بأعمال غير مشروعة بغية الحصول على مآربه
في كسب ملكية المال الذي يريده.

ومهما يكن من أمر فإن الحيازة التي لا يستفيد منها صاحبها في
كسب ملكية المال الذي يحوزه قد تكون سببا في تضييمه ومن ثم يكون مالكا
للشيء الذي يحوزه بالضمان ، فمثلا : يقرر القانون انه اذا كان الحائز شيء
النية ، فإنه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن
حادث فجائي ..، فمثلا إذا حاز شيء النية بعض الأشياء وتلفت بعض منها ،
فضمن الحائز كلها فهو يملك الجزء الذي لم يتلف بالضمان .

المبحث الثالث

شروط كسب الملكية بالضمان

ذكرنا سابقاً أن القانون المدني الأردني قد اعتد بالضمان كسبب من أسباب كسب الملكية في المادة (١٠٨٥) منه ، التي استقأها من القاعدة الحنفية القائلة : "الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه" (٢٣٠) .

والملاحظ على هذه القاعدة انها قد توحى لأول وهلة بعدم وجود شرط لحكمها ، على حين أن الفقه الحنفي في أقوى الآراء الواردة فيه والمؤيدة تأييداً منقطع النظير لفكرة كسب الملكية بالضمان ، قد وضع شروطاً لهذه القاعدة قد تكون غير صريحة ، ويلاحظ كذلك على المادة (١٠٨٥) مدني أردني انها اشترطت شرطاً واحداً لتطبيق القاعدة المذكورة ، هو كون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً في حين ان هناك شروطاً وقيوداً الى اضطراب المعاملات بسبب ان البعض قد يتذرع بها فيتشجع على القيام بعمل غير مشروع كي يحصل على ملكية شيء معين ، فإننا نضيف لشروط كسب الملكية بالضمان التي نستخلصها من المذهب الحنفي ، شرطاً آخر مفاده ، ألا يكون الضامن متعمداً في القيام بالعمل غير المشروع كي يتذرع بقاعدة كسب الملكية بالضمان ، بعبارة أخرى ، انتفاء عنصر الغش أو التحايل على قاعدة كسب الملكية بالضمان .

عليه فإن شروط كسب الملكية بالضمان هي :

١. أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً .

(٢٣٠) راجع د. وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٠.

٢. تغير المال المضمون .

٣. وجود المقابل (الضمان).

٤. انتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان .

٥. عدم وجود مانع من موانع الضمان .

وفيما يلي بحث هذه الشروط كل على حدة :

الشرط الأول : أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداء :

يجب ان يكون الشيء المراد تملكه بالضمان مما يمكن ان يكون محلاً للملكية فهناك أشياء يجوز تملكها وأشياء أخرى لا يجوز تملكها ، فقد نصت المادة (٦١) مدني عراقي على انه : "١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد ان يستأثر بحيازتها ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية"^(٢٣١). وبما أن حق الملكية يعد من أقوى الحقوق العينية التي تمثل النوع الثاني من الحقوق المالية^(٢٣٢) ، فإن هذا النص قد وضع ما يصح ان يكون محلاً للملك .

والأشياء التي لا يمكن ان تكون محلاً للملك في القانون يمكن تلخيصها في الآتي:

١. عدم قابلية الشيء للتملك الراجع الى طبيعة الشيء ، كالشمس والبحار

(٢٣١) راجع المادتين (٥٤، ٥٥) مدني أردني . والمادة (٨١) مدني مصري.

(٢٣٢) المادتين (٦٦، ٦٧) مدني عراقي ، والحقوق المالية في القانون الاردني هي ثلاثة ، الحقوق الشخصية والعينية والمعوية (م/٦٧).

والهواء والأنهار ، فكل هذه الأشياء موجودة ومعينة لكنها لا يمكن أن تكون محلاً للملكية.

٢. عدم قابلية الشيء للملك الراجع الى كونه مباحاً لا مالك له ، كالطير في الهواء والسماك في الماء ، ولكن إحراز هذه الأشياء بقصد التملك يجعل منها محلاً للملكية.

٣. عدم قابلية الشيء للملك الراجع الى الغرض الذي خصص له الشيء كالشوارع والجسور وغيرها .

٤. عدم قابلية الشيء للملك الراجع الى القانون ، اذ قد يمنع القانون تملك بعض الأشياء مثل المخدرات والآثار القديمة (٢٣٣) .

وفي الفقه الإسلامي ، فإن الأشياء لا يجوز تملكها ، هي (٢٣٤) :

١. الأعيان التي لا منفعة فيها ، ذلك لأن الملك شرع من أجل الانتفاع بالشيء الوارد عليه ، إذ أن قيام الملك على أعيان لا منفعة فيها عبث لا يقبله شرع ولا عقل ، وذلك مثل الحشرات كالذباب والبعوض وغيرها ، فهذه الأعيان لا تصح أن تكون محلاً للملك ، ومن ثم اذا حازها شخص او اعتدى اخر عليها ، فإنه لا يترتب على هذا التعدي أي ضمان . وتلحق بهذه الأعيان ، الأعيان التي تشمل على منافع تافهة كحبة قمح وكذلك المنافع التافهة كشم تافحة .

(٢٣٣) د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص ١٧١ .

(٢٣٤) د. عبدالسلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، القسم الأول ، مكتبة الأقصى ، عمان ، ١٩٧٤ ، ط ١ ، ص ٢٠٤ . د. أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ١٩٨٩ ، ص ٣٢ .

٢. الأعيان والمنافع المحرمة ، فكل الأعيان والمنافع التي حرّمها الشارع ، لا يجوز أن تكون مالا للملك ، مثل الخمر والخنزير والميتة^(٢٣٥) ، فهذه الأعيان لا يجوز الانتفاع بها شرعا وبالتالي لا يجوز أن تكون محلا للملك ، فالنهي عن الانتفاع بها نهي عن تملكها ، لأن الإذن بتملكها يتناقض مع تحريمها^(٢٣٦) .

وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الأعيان لا تكون محلا للملك بالنسبة للمسلم ، واختلفوا هل تكون محلا للملك بالنسبة للذمي ، فالأحناف ومن وافقهم يرون في هذه الأعيان أنها تصلح أن تكون محلا للملك بالنسبة للذمي ، وذلك لأنها مال عندهم فالمعتدي عليها يضمنها بالإتلاف^(٢٣٧) . أما عند الشافعية ومن وافقهم ، فلا تعد محلا لملك لأنها ليست مال عندهم أصلا بالنسبة للمسلمين والذميين ، ومع ذلك فقد أوجب الشافعية ردها إذا غصبها غاصب ، لأنهم مقرون على الانتفاع منها ، أما إذا تلفت فالخمر عندهم لا تضمن ، سواء كانت للذمي أو المسلم ، محترمة أو غير محترمة^(٢٣٨) .

إضافة لكل ما تقدم ، فإن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها لا تعد محلا للملكية في الشريعة^(٢٣٩) كمل في القانون .

مما تقدم يتضح أنه لا بد من كون الشيء الذي سيضمنه الضامن قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء ، فمن سرق من آخر كمية من المخدرات ، فإن

(٢٣٥) راجع سورة الأنعام / الآية ١٤٥ .

(٢٣٦) د. عبدالسلام العبادي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠٥ .

(٢٣٧) د. عبدالسلام ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢٣٨) الرملي ، ج ٥ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٦٧-١٦٨ .

(٢٣٩) د. العبادي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠٧ .

القانون لن يحكم أبدا بضمانها ، لعدم اعتبارها مالا ، وبالتالي فإنه اذا ما حكم بضمانها أفاد تملكها ، ولا تملك لما لا يعد مالا .

الشروط الثاني : تغير المال المضمون :

إن الواجب في الضمان يختلف فيما لو كانت العين المضمونة باقية على حالها لم تتغير ولم يصيبها أي تعيب او نقصان أو زيادة في ذاتها أو في قيمتها ، وفيما لو كانت متغيرة عما كانت عليه قبل سبب الضمان ففي الحالة الأولى يلزم الضامن برد عين الشيء المضمون الى مالكة ، أما في الثانية فيلزم برد مثلها اذا كانت من المثليات او برد قيمتها اذا كانت من القيميات^(٢٤٠) ، وذلك فيما لو رضي المالك بالبدل ولم يطالب بالعين رغم التغير الحاصل فيها مع حقه في التعويض ، ويلاحظ ان استرداد المالك للعين المضمونة لا ينجم عنه أي تطبيق لقاعدة كسب الملكية بالضمان ، اما في حالة ما اذا تغيرت العين ولم يرض المالك الا بضمانها. فإن القاعدة تأخذ حكمها .

والتغير قد يكون كلياً أو جزئياً ، ويظهر هذا التقسيم عادة - في حالة الاتلاف كسبب موجب للضمان ، أما الغصب الذي يعد أهم صور القاعدة محل البحث فغان التغير في العين المغصوبة يكون على النحو الآتي^(٢٤١) :

أ- التغير المادي في المغصوب :

أي بتغيير عينه أو وصفه ويكون على صور :

١. أن يغيره الغاصب بزيادة شيء عليه من ماله المنقوم ، كأن يغضب ثوباً فيضعه ، أو أرضاً فيبنى عليها .

(٢٤٠) د. سليمان محمد أحمد ، ضمان المتلفات ، مطبعة السعادة ، ١٩٨٥ ، ط ١ ، ص ٥٦٨ .

(٢٤١) يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣١ .

٢. أن يتغير المغصوب في يد الغاصب بالاستحالة ، كأن يغصبه بيضا فيصير فرخا أو حبا فيصير زرا .

٣. أن يغيره الغاصب لا بزيادة مال وغنما يعمل فيه ، كان يغصب حديدا فيضربه سيفا أو قماشاً فيخيطه ثوبا ، أو فضة فيضربها آنية .

٤. أن يخلطه بماله أو مال غيره خلطا يتعذر تمييزه .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في الحكم لكل صورة من الصور الأربعة أعلاه ، ولا نريدها هنا البحث ع هذا الخلاف^(٢٤٢) ، لكن نقول ان هذه الصور تجعل الملك بالخيار ان شاء استرد المغصوب مع التعويض عن التغير الحاصل فيه إن كان له مقتض ، وان شاء ترك المغصوب للغاصب بالضمان .

ب- التغيير القانوني في المغصوب :

ويكون بوساطة التصرف القانوني في المغصوب ، وهذا التصرف اما ان يكون معاوضة أو تبرعا :

١ - التصرف في المغصوب معاوضة :

قلو أن شخصا غصب من آخر شيئا وقبل ان يغيبه باعة الى شخص اخر ، فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين في ان البيع باطل^(٢٤٣) ، لوجوب الرد مع بقاء العين ، اما لو غيبه الغاصب حتى ضمنه المالك غيبته ثم أظهره وباعه ، فإن حكم هذه المسألة مبني على قاعدة تنملك الغاصب للمغصوب بالضمان ومدى الاعتراق بها ، فجمهور الفقهاء الذين ذهبوا الى ان الغاصب لا يملك

(٢٤٢) للتفاصيل راجع : يوسف محمن علي ، المرجع السابق ، ص ١٣١ وما بعدها .

(٢٤٣) المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

المال المغصوب هناك قالوا هنا بان البيع باطل وأن للمالك استرداد عين ملكه في أي يد وجدها^(٢٤٤) ، اما في المذهب الحنفي ، فعلى رأي ابي حنيفة الذي يشترط لثبوت الملك اختيار الضمان من قبل المغصوب منه ، فإن البيع لا ينفذ قبل اختيار الضمان ، وينفذ بعده ، واما على رأي محمد وأبو يوسف ، فإن اختيار الضمان ليس بشرط للملك لأنه اذا غيبه فقد ملكه ولو قبل اختيار الضمان ، فلو باعه اعتبر البيع نافذا^(٢٤٥) .

٢- التصرف في المغصوب تبرعا :

كما لو وهب الغاصب العين المغصوبة أو أعارها وأودعها لدى آخر - بعد أن غيبها - وكانت عين المغصوب لا تزال قائمة ، اذا كانت العين قد تلفت بعد التصرف بها ، كأن يكون المغصوب طعاما فاكله الموهوب له ، ولكل من هاتين الحالتين الحكم الخاص بها فيما يخص الضمان^(٢٤٦) ، أما ما يخص كسب الملكية به ، فإنه اذا كانت العين قائمة لم تتغير ، فإن المالك يجبر على استردادها مع حقه في التعويض عن الضرر الأخرى ، أما اذا تغيرت تغيرا جزئيا او كلياً ، فإنه في التغير الجزئي بالخيارين الاسترداد والتضمين ، فإن اختار الأخير عد الغاصب مالكا لما غصب ، أما في حالة الاتلاف الكلي فليس للمالك سوى تضمين الغاصب او من تصرف اليه حسب الاتجاه السائد في الفقه والقانون ، والضمان سيؤدي بالتأكيد الى انتقال ملكية المغصوب الى الضامن سواء كان الغاصب او من تصرف اليه.

(٢٤٤) الشيرازي ، مرجع سبق ذكره ، ج ١ ، ص ٣٦٨ . ويوسف محسن محمد علي سبق ذكره ، ص ١٣٨ .

(٢٤٥) الكاساني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٣ . الرشدي ، الهداية ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٢ . السرخسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٨ .

(٢٤٦) يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٩ .

والجدير بالذكر ان المغصوب اذا لم يتغير فإن المالك يجبر على استرداده ، وانما كان الخيار له فحسب في حالة تغير المال المغصوب .

الشرط الثالث : وجود المقابل :

ذكرنا سابقا ان الاحناف عندما قرروا كسب الملكية بالضمان، استندوا على ان المالك لا يجوز ان يجمع بين ملكية الضمان والمضمون ، ففي الوقت الذي يملك فيه المالك الضمان ، يكسب الضامن ملكية المضمون ، لذا فإن حتى يعد الضمان سبباً لكسب الملكية (ملكية المضمون) ، يجب ان يكون هناك مقابل لهذه الملكية متمثل في كسب ملكية المضمون له للضمان ، عليه فإن الضامن اذا لم يتوقع قيمة الضمان لمالك ، فإنه لم يعد مالكا للمضمون بالضمان بل بسبب آخر .

وقد يتنازل المالك عن حقه في الضمان او عن الشيء المضمون ، فهنا لا يعد الضمان سبباً لكسب ملكية الشيء الذي تنازل عنه صاحبه لعدم وجود المقابل بل ان السبب المكسب للملكية هنا هو العقد ، فالمالك موجب في التنازل عن ملكه وبقاء الشيء في حيازة الضامن يعد قبولا منه لا يجاب المالك في ملكية الشيء الذي يحوزه وهكذا . وكيف تصرف المالك بالتنازل عن ملكه بأنه عقد هبة اذا كان الشيء باقيا على حاله لم يتغير مع بقاء ذاته ، ويكون التصرف ابراء اذا كان المال قد اصبح ديناً في ذمة الضامن^(٢٤٧) .

وفي هذا المجال يتبادر الى الذهن تساؤلان الأول يتعلق بالإبراء والثاني يتعلق بالهبة :

(٢٤٧) نصت الفقرة (١) من المادة (١١٢٦) من قانون عراقي على انه « تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار » وقد ذكر عبارة المنقول بصورة مطلقة لتشمل المنقول المادي والمعنوي كالدين ، راجع : المادة (٩٣٢) من قانون مصري والمادة (١١٤٦) من قانون أردني .

اما بالنسبة للتساؤل الأول فمرده ، ما الحكم فيما لو اصر الضامن على دفع قيمة الشيء الهالك والذي صار ديناً في ذمته ؟ بعبارة اخرى ما الحكم فيما لو رفض ابراء المالك ؟

نصت المادة (٤٢٢) مدني عراقي^(٢٤٨) على انه " ١- لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته ٢- ويصح ابراء الميت من دينه" . من هذا النص يتضح لنا انه لا يشترط في الإبراء قبول الضامن المدين ، ولكن إذا رد الضامن الأبراء قبل القبول ارتد ، ولا يجبر عليه اذا لم يرغب في ان يتصدق المالك به عليه ، وذلك لتعلق هذا الامر بكرامة الانسان .

اما التساؤل الثاني فهو خاص بالحالة التي تفترض ان الشيء قائم على حالة لم يتحول من العين الى الدين ، وقد اتضح لنا ان الضامن يملك هذا الشيء بالهبة ، التي لا تتم في المنقول الا بالقبض او التسليم^(٢٤٩) . فهل يعني ان المالك اذا لم يقم بتسليم العين الى الشخص الذي ضمنها بتعديه فان احكام الهبة لا تنتج أثراً ؟

ان صورة التسليم في هذا الفرض تتمثل في التسليم المعنوي الذي يرجع باثر مستند الى يوم حدوث سبب الضمان ، وهذه الصورة في التسليم نص عليها المشرع العراقي في المادة (٦٠٦) مدني التي نصت على انه : "اذا وهب احد ماله لمن كان هذا المال في يده اعتبرت الهبة مقبوضة دون

(٢٤٨) راجع المواد: (٣٧١) مدني مصري ، (٤٤٥) مدني أردني ، - (٣٤٠) موجبات وعقود لبناني.

(٢٤٩) راجع المواد : (٦٠٣) مدني عراقي ، (٥٥٨) مدني أردني . ويلاحظ ان القبض لا يعد ركناً لازماً في هبة المنقول في كل من القانون المصري واللبناني المادة (٤٨٨) مدني مصري والمادة (٥٠٩) موجبات وعقود لبناني.

حاجة الى قبض اخر " . ومن هذا النص يتضح ان الضامن قد قبض العين وكانت يده عليها يد ضمان ، فاذا تنازل عنها المالك لمن كان يراد تضمينه بدون مقابل كان سبب ملكية الاخير لها هو عقد الهبة الذي تم فيه القبض وقت حدوث سبب الضمان ، وليس بالضمان الذي انتفى منه احد شروطه الخاصة وهو بالمقابل .

الشرط الرابع : انتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان:

أي الا يكون الضامن قد تعمد قيام السبب المفضي لضمان كي يتذرع بقاعدة كسب الملكية به . إذا انه سبق ان لاحظنا ، ان بعض الفقهاء قد انكر على قاعدة الضمان مفعولها في كسب الملكية ، والسبب الذي دفع هذا البعض الى مثل هذا الاتجاه ، هو ان الضامن قد ينتهز الفرصة التي توفرها هذه القاعدة، فيغصب مال معين ويغيره تغييرا موجبا لضمانه بالمثل او القيمة ، ما يعني ان قاعدة كسب الملكية بالضمان بدلا من أن تؤدي الى استقرار المعاملات ، فانها سوف تكون سببا لا ضرابها ، عليه فأين اثرنا وضع هذا الشرط والمتمثل في عدم توفر قصد تملك المال المضمون لدى الضامن ابتداء ، كي يمكننا العمل بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) .

وإننا في هذا المجال ، إذ نوضح شرط عدم التعمد ، فغنه من الواجب تبين المقصود بالتعمد وتمييزه عن التعدي ، رغم ان المشرع العراقي لم يميز في الحكم بينهما ، ذلك عندما خالف القاعدة الفقهية " اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر " (٢٥٠) في نص المادة

(٢٥٠) راجع شرح هذه القاعدة ، منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٣ ، وقد أخذ بها المشرع الأردني في المادة (٢٥٨) مدني ، راجع في الاختلاف بين النصين العراقي والأردني غالب محمد القرالة ، الضمان في القانون المدني الاردني والمقارن ، عمان ١٩٩٣ ، ص ١٢٢ .

(١٨٦) مدني والتي بموجبها أضاف الحكم الى المباشر أو المتسبب ايهما كان متعمدا أو متعديا دون تمييز بينهما.

وللتعمد معنى في القانون الجنائي يختلف عن التعدي في ذات القانون اذا ان التعمد هو ارادة الفعل والنتيجة المترتبة عليه مع العلم بهما ، إما التعدي فهو ارادة الفعل دون النتيجة (٢٥١) وفي السرقة التي تعد احد موجبات الضمان يتمثل التعمد فيها بالقصد الجنائي الذي عرفه الفقه (٢٥٢) ، بأنه « ان ياخذ الشيء وهو عالم بأنه ياخذ مالا مملوكا دون علم الماخوذ منه ودون رضاه » . اذن فالتعمد في موجبات الضمان ككل ممكن ان نعرفه بأنه : « قصد تملك الشيء المضمون » وهو يختلف عن التعدي في أن الشخص المتعدي فحسب لا يقصد تملك الشيء المضمون ، بل أن قصد الفعل المفضي للضمان .

عليه فإن الشخص المراد تضمينه ان كان قاصدا وقت قيام سبب الضمان ، تملك المال الذي يغصبه او يسرقه أو يغير معالمه أو ما الى ذلك من اسباب الضمان ، فإنه ملزم بإعادة الشيء الى مالكه على الحالة التي تغير عليها المضمون ، الا أنه من الجدير بالملاحظة ان المالك لا يجبر على استرداد الشيء بل يعطى له حق اختيار الضمان بالبدل ، فعند ذلك سيبقى المال المضمون للضامن يتملكه من وقت قبضه .

لكن اشتراط التعمد قد لا يكون بالسهولة التي ممكن ان يتصورها البعض ، فالتعمد أمر كامن في النفس من الصعوبة بمكان كشفه إثباته ، لذا فإنه يجب ان نتساءل عن الكيفية التي يمكن الركون عليها في ان الضامن من

(٢٥١) جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨٥ .

(٢٥٢) د. أحمد الكبيسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٧ .

اراد أو قصد تملك المال الذي ضمنه ؟ إن هذه المسألة تعد وقائع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، عن طريق القرائن القضائية ، ومن أمثلة هذه القرائن .

١. إذا كانت هناك مساومة ، قبل حدوث سبب الضمان ، بين الضامن والمالك على شراء المال من المالك بثمن معين ، ولم يرض المالك بالبيع ، وأصر الشخص الضامن على أخذه ، فقام بخصبه - مثلاً - وتغييره تغيير يوجب تملكه بإداء الضمان .

٢. إذا كان الفعل المفضي للضامن يعد جريمة عمدية في نظر القانون الجنائي ، فالسرقة توجب الضمان ، إلا أن الضمان فيها لا يوجب كسب الملكية ، والغصب كذلك وإتلاف الأموال بتعمد ، وغيرها من الأفعال العمدية الموجبة للضمان ، فإنها لا تعد اسباباً لضمان ناقل للملكية .

ويلاحظ أن هذا الشرط محل الشرح يلعب دوره في أمرين :

الأول : دحض الرأي الذي يذهب الى عدم التفرقة بين التعمد والتعدي في الحكم بالضمان ، فهذا الشرط يوجب قيام الفرق بينهما ليس في المعنى فحسب بل في الحكم في نطاق الضمان المكسب للملكية .

الثاني : التضييق من تطبيق قاعدة (كسب الملكية بالضمان) إذ إن غالبية لأفعال الموجبة للضمان تنشأ عن الفعل المقترن بتعمد الفاعل مما يعني ان هذا الضمان لا يمكن ان يكون سبباً للملكية .

كما يلاحظ ان هذا الشرط ملزم للضامن لا للمضمون له ، اذ يبقى الخيار للخير في الاسترداد أو في التضمين ، بعكس شرط التغيير، إذ يعد ملزماً لكل من الضامن والمضمون له .

الشرط الخامس : أن لا يوجد هناك مانع من موانع الضمان :

موانع الضمان حسب ما يوردها الفقهاء المسلمون أربعة^(٢٥٣) :

١. كون الإتلاف بحق .
٢. حالة الضرورة .
٣. رضا المضرور بالضرر .
٤. عدم الفائدة في التضمين .

ويلاحظ ان حالة الضرورة لا تعد مانعا للضمان ، فالضرورات وان كانت تبيح المحظورات لكنها تقدر بقدرها^(٢٥٤) ، ولا تمنع ضمان ما اتلف بسببها ، فالاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كلياً^(٢٥٥) . كما ان استرداد الشيء المضمون يمنع المطالبة بإداء الضمان عنه وكذلك فإن لا يجتمعان والحد والضمان لا يجتمعان اذ يمنع احدهما الآخر ، عليه فإن موانع الضمان:

١. استناد سبب الضمان الى حق يحميه القانون ، فمن قام بعمل يحميه القانون ادى الى تلف مال الغير ، فإن الأول لا يضمن هذا المال ، كما لو اتلفت الشرطة اموالا ممنوع تداولها بيد الأفراد .

(٢٥٣) الاستاذ علي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٧.

(٢٥٤) المادتان (٢١،٢٢) أحكام عدلية ، راجع شرحها لمنبر القاضي ، ص ٨٣ . كذلك

راجع المادة (٢١٢×مدني عراقي والمادة (٢٢٢) مدني اردني) .

(٢٥٥) المادة (٣٣) احكام عدلية وشرحها لمنبر القاضي ، ص ٩٢ ، المادة (٢١٣) مدني عراقي .

٢. رضا المتضرر بالضرر ، فالمتضرر عندما يرضى بالضرر ، إنما يعد رضاه هنا تنازلا عن حقه في الضمان ، وقد تناولنا هذا الأمر في شرط المقابل (٢٥٦) .

٣. عدم الفائدة في التضمين ، كالإتلاف الحاصل أثناء الحرب .

٤. الاسترداد ، فليس للمالك ان يجمع بين استرداد العين وضمانها ، اذ أنه بذلك يعد مثرى على حساب الغير .

٥. الحد .

٦. الاجر : وقد سبق وان بينا هذين المانعين في القواعد التي يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان .

مما تقدم يتضح أن هناك أمور تمنع قيام الضمان ، وبالتالي تمنع قيام دوره كسبب من اسباب كسب الملكية .

هذه هي الشروط كسب الملكية بالضمان ، وهي تختلف تماما عن شروط كسب الملكية بالحيازة .

(٢٥٦) راجع ما قبله من البحث .

المبحث الرابع

موقع الضمان من اسباب كسب الملكية

هناك تصنيفات عديدة لأسباب كسب الملكية^(٢٥٧) ، إلا ان اهمها التصنيف التقليدي لهذه السباب والذي اختارته التشريعات الحديثة ، والتصنيف الحديث الذي تبناه أحد فقهاء القانون^(٢٥٨) . لذا فغنه يجب أولا معرفة هذين التصنيفين ومن ثم معرفة موقع الضمان منهما ، وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

التصنيف التقليدي وموقع الضمان منه

طبيعة عنوان هذا المطلب تقتضي تقسيمه الى فرعين ، نبحث في الأول التصنيف التقليدي لأسباب كسب الملكية ، وفي الثاني موقع الضمان من هذا التصنيف .

الفرع الأول

التصنيف التقليدي لأسباب كسب الملكية

يراد باسباب كسب الملكية ، المصادر التي بمقتضاها يتم اكتساب حق الملكية بوجه عام على شيء معين بالذات ، أسباب كسب الحقوق العينية

(٢٥٧) راجع للتعرف عليها : د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، دار النهضة العربية ،

القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٨.

(٢٥٨) وهو الأستاذ الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري .

تقابل مصادر الالتزام^(٢٥٩) ، فما هي هذه السباب ؟ وكيف تصنف تقليديا ؟

أسباب كسب الملكية في التشريعات الحديثة هي :

١. الاستيلاء : هو وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه ، ويشترط فيه الإحراز وأن يكون الشيء المحرز منقولاً مباحاً وأن يكون الإحراز بقصد التملك^(٢٦٠) .

٢. الميراث هو أيلولة الحق إثر وفاة صاحبه الى الوارث بقوة القانون ودون اعتداد بإرادة المورث^(٢٦١) .

٣. الوصية : هي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض^(٢٦٢) .

٤. الالتصاق : هو اندماج شيئين مختلفين متميز احدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون ان يكون بينهما اتفاق على مثل هذا الاندماج^(٢٦٣) الذي لا يمكن فضه إلا بتلف.

(٢٥٩) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، المرجع السابق ، ص ٥٠٥ . د. محمد وحيد الدين

سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٠٥ .

(٢٦٠) راجع : محمد طه البشيرود . غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار الكتب ،

الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ١٥٨ .

(٢٦١) راجع : د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣١ .

(٢٦٢) المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ، قارن التعريف بنص

المادة (١١٢٥) من القانون المدني الأردني .

(٢٦٣) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ (ويطلق القانون المدني الأردني لفظ

(الاتصال) عليه) . راجع : د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٦ .

٥. العقد : هو ارتباط ارادتين متوافقتين على إحداث أثر قانوني (٢٦٤) .
٦. الشفعة : هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة (٢٦٥) .
٧. الحيازة : هي وضع مادي به يسيطر بنفسه او الواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق (٢٦٦) .
- ويضيف القانون المدني الأردني على هذه الأسباب التي سلسلناها على ضوء ما جاء في القانون المدني العراقي ، سببين آخرين هما : الضمان - وهو محل بحثنا - والأولوية : وهو نظلم في الأراضي الأميرية يقابل حق الشفعة في عقارات الملك (٢٦٧) .
- والآن نتساءل يا ترى ما هو التصنيف التقليدي (٢٦٨) لهذه الأسباب ؟ لقد ذهبت معظم التشريعات الحديثة الى تصنيف هذه الاسباب على ثلاثة أقسام :

١. كسب الملكية ابتداء ، ويشمل هذا النوع الاستيلاء او احراز المباحات .

-
- (٢٦٤) وقد عرف مشروع القانون المدني العراقي الجديد لعام ١٩٨٥ ، العقد في المادة (٣١٣) منه بأنه اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يعتد به القانون " .
- (٢٦٥) المادة (١١٢٩) مدني عراقي والمادة (١١٥٠) مدني اردني .
- (٢٦٦) المادة (١١٤٥) مدني عراقي ، وقد عرفها القانون المدني اردني في المادة (١٧٧١) بصورة منقذة أكثر مما تنتقد عليه المادة العراقية ، راجع : د. محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .
- (٢٦٧) د. محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .
- (٢٦٨) وبسمية الاستاذ الدكتور السهوري بالتصنيف العملي ، الوسيط ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧ .

٢. كسب الملكية بسبب الوفاة ، ويشتمل هذا النوع الميراث والوصية .
وعلى هذا الصنف يطلق المشرع الأردني لفظ كسب الملكية بالخلفية^(٢٦٩)
، لييف الى الميراث والوصية ، الضمان .

٣. كسب الملكية بين الاحياء ويشمل هذا الصنف ، الالتصاق (الاتصال)
والعقد والشفعة والحيازة ، وكذلك الأولوية في القانون المدني الأردني .

ويقوم ترتيب اسباب كسب الملكية في هذا التصنيف على أساس
التمييز بين نوعين من اسباب كسب الملكية ، أسباب تكسب بها الملكية ابتداء
(الاستيلاء) واسباب تكسب بها الملكية انتقالا من مالك سابق (كسب المالكية
بسبب الوفاة أو بالخلفية أو ما بين الأحياء) وهذا هو تقسيم الاسباب المكسبة
للملكية الى اسباب منشئة واسباب النالة للملكية فهي التي تكسب الملكية انتقالا
من مالك سابق ، والكسب انتقالا قد يكون انتقالا ما بين الاحياء او بسبب
الوفاة^(٢٧٠) .

الفرع الثاني

موقع الضمان من التصنيف التقليدي

بغض النظر من اعتبار الضمان سببا من أسباب كسب الملكية
بالخلفية بموجب القانون المدني الاردني ، وهذا موقف انتقده الفقه

(٢٦٩) الخلفية ، هي خلافة شخص اخر في معناها المعروف ، الا ان المشرع الاردني
قد توسع فيها فجعلها شاملة لخلفية شيء عن شيء كما في التضمين (د. محمد وحيد
الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ص ٢٨) .

(٢٧٠) راجع : د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨ .

الاردني (٢٧١) . فاذا اقترحنا على المشرع العراقي ان ياخذ بفكره الضمان كسبب لكسب الملكية ، وافترضنا انه وافق على اقتراحنا هذا ، فبأي قسم من الاقسام الثلاثة الى عالجها ، يوضع الضمان ؟ هل يوضع في قسم كسب الملكية ابتداء ، أم في قسم كسب الملكية بسبب الوفاة ، أم في قسم كسب الملكية بين الاحياء ، ام يسلك سلوك المشرع الاردني وبقر فكرة الخلفية ؟

نلاحظ أولاً أنه لا يمكن ان يكون الضمان سببا لكسب الملكية ابتداء ، كالاستيلاء لان الاستيلاء هو احراز لمال مباح لا مالك له ، فيكون المستولي باحرازه لهذا المال قد انشأ ملكيته عليه ، أما الضمان فالملك ثابت للمال المضمون ابتداء وهو ينتقل للضامن بالضمان ، اذن فالضمان من الاسباب الناقلة للملكية وليس من الاسباب المنشئة لها .

ولما كان الضمان من السباب الناقلة للملكية ، فهل يصنف ضمن أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة أم ما بين الحياء ؟

ليست هناك وفاة حتى نقول ان الضمان سببا لكسب الملكية بالوفاة كما هو عليه الحال في الميراث والوصية ، كما اننا لا نستطيع ان نجعل بين الميراث والوصية والضمان بالخلفية ، فهذه كلمة فضلا عن انها غريبة ، فانها لم تلاق استحسانا من بعض الفقهاء (٢٧٢) .

ولما كان الضمان يكسب الضامن الملكية من وقت نشوء سبب الضمان في مقابل إعطاء المثل او رد القيمة ، فإنه لا يكاد يختلف عن عقود المعاوضات التي تفيد التمليك سوى انه يمثل واقعة قانونية وهذه العقود

(٢٧١) راجع ما قبله من البحث .

(٢٧٢) كما ان الضمان يشبه الالتصاق فكل منهما واقعة قانونية ، وكل منهما يعد سببا لكسب الملكية بمقابل .

تصرفات قانونية تستند على أساس مشروع بعكس الضمان ، لذا فإنه لا مانع من إضافة الضمان الى عداد أسباب كسب الملكية بين الأحياء ، ليصبح الفرع الخاص بكسب الملكية بين الأحياء محتويا على خمسة أسباب هي : الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة والضمان .

المطلب الثاني

التصنيف الحدث وموقع الضمان منه

وهذا التصنيف يسمى بالتصنيف الفقهي أو العلمي^(٢٧٣) ، وقد نادى به أحد كبار فقهاء القانون^(٢٧٤) ، وفيما يلي عرض لهذا التصنيف في الفرع الأول ومن ثم بيان موقع الضمان منه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

التصنيف الحديث لأسباب كسب الملكية

ان هذا التصنيف يشمل اسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام كذلك ، فهو يقسم مصدر الحقوق سواء اكانت عينية او شخصية ، بل جميع الروابط القانونية الى الواقعة القانونية . التصرف القانوني^(٢٧٥) .

واذا اردنا أن نقسم أسباب كسب الملكية بموجب هذا التقسيم الحديث بارجاعها الى التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دخل العقد والوصية في

(٢٧٣) الاستاذ الدكتور السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥ وما بعدها .

(٢٧٤) نفس المصدر .

(٢٧٥) راجع : كتاب الاسناد السنهوري في التصرف القانوني والواقعة ، مطبعة البرلمان ،

القاهرة ، ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ ، ص ٣٢ .

نطاق التصرفات القانونية ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة (وذلك الأولوية) والحيازة في نطاق الوقائع المادية .

اما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين ، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد.

والاستيلاء واقعة مختلطة ، اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي ، بارادة المستولي في ان يمتلك في الحال وهي عنصر ارادي ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ومن ثم الحق الاستيلاء بالوقائع القانونية .

اما بالنسبة للميراث فان شبيب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية ، والالتصاق ليس الا اتحاد شيء باخر اتحادا ماديا ، فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي ، فالاتحاد المادي اذن هو سبب كسب الملكية والاتحاد المادي ليس الا واقعة قانونية .

والشفعة واقعة مركبة ، اقترن بها الشيوخ او الجوار او أي ارتباط اخر بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية ؛ بالنسبة الى الشفيع ، باعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني ، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة يغلب فيها الواقعة القانونية ثم يمكن إدخال الشفعة (ومعها الأولوية) في نطاق القانونية .

والحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء او الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع القانونية (٢٧٦) .

(٢٧٦) ويسمى الاستاذ ، الواقعة القانونية بالواقعة المادية ، الا اننا اخترنا التعبير الأول لدقته ، حيث إن هذه الوقائع ترتب اثرا قانونيا ، ولذا سميناه بالواقعة القانونية .

الفرع الثاني

موقع الضمان من التصنيف الحديث

بعد ان عرضنا في الفرع الأول للتصنيف الحديث لأسباب كسب الملكية وصنفنا كل الأسباب الواردة في التشريعات الى واقعة قانونية وتصرف قانوني ، فهل يعتبر الضمان تصرفا قانوني ام واقعة قانونية ؟

عرضنا فيما مضى في مواضع متفرقة من البحث ان الضمان يمكن ان ينشا عن العقد فيكون محكوما ببند العقد ، وهذا النوع لا أهمية له في موضع دراستنا هنا لأن العقد هو المحدد لثاره ، أما أنواع الضمان الأخرى ، فالذي يحدد اثارها هو القانون لدرجة انه لا عبرة للإرادة فيها ، كضمان الغصب والإتلاف والكسب بلا سبب وغير ذلك ، فإن الضمان فيها يعد واقعة قانونية .

وقد يعترض البعض فيقول ان القانون هو الذي يحدد اثار الضمان ومن جعلتها دوره كسب لكسب الملكية ، وهذا القول يهون الرد عليه بان القانون يحدد كذلك جميع اثار اسباب كسب الملكية الأخرى وكذلك جميع اثار مصادر الالتزام ، فهل يعني انه هو المصدر الوحيد للحقوق المالية بنوعيتها الشخصية والعينية ؟

والتصنيف الذي نراه دقيقا هو التصنيف الحديث فهو يؤدي الى وحدة النظم القانونية لا سيما مصادر الحقوق المالية بشكل خاص ، مع ملاحظة ما سيلبي بيانه فيما بعد (٢٧٧) .

واخيرا نود ان نرد هنا على الرأي الذي يذهب الى ان اسباب كسب

(٢٧٧) راجع ما بعده من البحث .

الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر^(٢٧٨) ؟ وهذا الرأي لا يصح حتى في القوانين التي أضافت للأسباب السبعة المعروضة سببين آخرين هما : الأولوية والضمان ، كالقانون الأردني ، وذلك لأنه من الممكن أن يكون القانون مصدر لكسب الملكية وبصورة مباشرة ، كدورة في نطاق الالتزام ، كما لو صدر قانون يملك شخص معين قطعة أرض معينة ، فسبب كسب ملكية الشخص بقطعة الأرض هو القانون . كما لا يفوتنا أن نذكر أن القرار القضائي المنشئ^(٢٧٩) يمكن أن يكون سببا لكسب الملكية ، مثال ذلك : الحكم بالتعويض للمتضرر ، فهذا الخير يتملك التعويض بالقرار القضائي المنشئ ، كذلك : تملك الدار للمتعهد له إذا سكن العقار أو أحدث فيه منشآت بدون معارضة تحريرية من المالك (المتعهد)^(٢٨٠) ، فالحكم بتمليك المتعهد له العقار ، يعتبر سببا لكسب ملكية المتعهد له لذلك العقار حسب وجهة نظرنا . وأسباب كسب الملكية لا تقف عند هذا الحد ، فالإرادة المنفردة تعتبر سببا لكسب الملكية كذلك ، إذ أن هذه الإرادة مثلما تلعب أدوارا مهمة في إنشاء الالتزام كالوعد يجعل (بجائزة) وانقضاؤه (كالإبراء وكسب الملكية (الوصية)) ، فإنها

(٢٧٨) د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع ذكره ، ص ٥.

(٢٧٩) القرار القضائي المنشئ أو (الحكم القضائي المنشئ) هو الذي يوجد حالة أو مركزا قانونيا لم يكن موجودا من قبل ، ويجب أن يكون هذا الحكم ملزما وليس فحسب منشئا ، أي يكون ملزما باداء معين (نقلا عن د. آدم وهيب النداوي و د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح أحكام قانون التنفيذ ، مطبعة الجامعة، الموصل ن ١٩٨٤ ، ط ١ ، ص ٢٩) .

(٢٨٠) راجع قرار مجلس قيادة الثورة العراقي المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ ، مذكور ومشروح في كتاب د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٥ وما بعدها .

تلعب دورا ملحوظا في كسب الملكية بغير صورة الوصية فما هم مصدر كسب ملكية الجائزة من قبل الشخص الموعود بها بصفة مجردة بعد ان اتم العمل الموجب للوعد ، قد يظن البعض انه العقد على اساس ان الموعود له بالجائزة قد صدر منه قبول باخذها وبقوله المرتبط بايجاب الواعد يتم العقد الناقل للملكية ، الا انه يفترض ان الموعود له يملك الجائزة بدون صدور أي صيغة للمقبول من قبله ، كما ل وضع الواعد في البنك الذي يتعامل معه الموعود له مبلغا معينا من النقود لحساب الاخير ، فالمبلغ يضاف الى رصيده ويصبح من ملكه فان هو مات (أي الموعود له) فإن المبلغ المذكور ينتقل الى ورثته دون شك حتى وان لم يصدر منه اية ادلالة على قبله (٢٨١) .

وقد يعطى الحق لرأي الذي يذهب الى ان اسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر ، اذ ان منهج هذه القوانين في تقسيم هذه الاسباب يحمل على الظن او بالأصح على هذا (الشك) ، الذي يجب دحضه باليقين الذي يوجبه العقل في جعل هذه السباب واردة على سبيل المثال في القوانين على أساس ما سبق ذكره . عليه فإن من المفروض على واضعي القوانين المدنية ان يصنعوا قوانينهم بلهجة تدل على ترجيح جهة المثال (التمثيل) على جهة الحصر (التحديد) . ولهذا فإننا رغم تأييدنا لتصنيف الذي يقسم أسباب كسب الملكية الى الواقعة والتصرف لما يؤديه هذا التصنيف من وحدة مصادر الحقوق المالية ، نذهب هنا - مع ذلك - الى اختيار منهج في تقسيم اسباب كسب الملكية وظيفته الدالة على ان هذه الاسباب يراد بذكرها المثال وليس الحصر ، وفيما يلي درجة هذا لتعميم الإفادة :

(٢٨١) ووضع النقود في البنك لحساب الغير لايقف عند الوعد بجائزة ، وإنما يشمل القروض الأخرى .

١. أسباب منشئة للملكية : وهي الاسباب التي توجد الملكية بعد ان لم تكن ، ويدخل ضمن هذه الاسباب : احرار المباحات (الاستيلاء) ونص القانون عندما يملك شخص شيء لا مالك له ، وما الى ذلك من الاسباب التي تدخل ضمن هذا النطاق .

٢. اسباب ناقله للملكية اصلا وقصدا ، وهي تتمثل بالوقائع والتصرفات التي وضعت لهذا الغرض اصلا ، أي وضعت لكسب الملكية اصلا ودون ان تكون تابعة لغيرها وتشمل ، العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والقرض والشركة والصلح وغير ذلك كذلك تشمل الحيازة التي وضعت لنقل الملكية ، والقرار القضائي المنشئ والملزم الذي بموجبه يتم نقل الملكية من شخص لأخر اصلا ، غير ذلك من الوقائع والتصرفات والنصوص والقرارات الداخلة ضمن هذا النوع من الأسباب .

٣. أسباب ناقله للملكية تبعا ، وتشمل كل تصرف او واقعة لم يوضع او توضع لنقل الملكية اصلا ، وإنما وضعت ليرتب عليها اثار قانونية غير نقل الملكية ، لكن نقل الملكية يتبع ذلك التصرف او تلك الواقعة بصورة غير متقصدة ، وهذا النوع من الاسباب يدخل ضمنه عقد النكاح ، حيث انه وضع لحل المتعة اصلا ويتبعه نقل ملكية المهر من الزوج الى الزوجة ، ومن امثلة هذا الصنف او النوع من الاسباب الضمان ، اذ انه وضع كجزاء مدني ضد من وجب عليه كالغاصب ، ولم يضع كسبب ناقل للملكية اصلا بالنسبة للمال المضمون بالضمان ، بل جاء هذا التملك تبعا للجزاء المفروض على الضامن وبصورة غير متقعدة بادئ ذي بدء ؛ وهذا ما دفعنا الى اختيار عنوان البحث بـ ((الضمان في كسب الملكية تبعا)).

٤. اسباب ناقله للملكية بطريق الخلافة : وتشمل - على سبيل المثال - الميراث (الخلافة الجبرية) والوصية (الخلافة الاختيارية) (٢٨٢) .
بهذه التصنيف نتخلص من بؤادر الشك أو الظن نحو اعتبار أن اسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر . فقد تنشأ أسباب في المستقبل تكون بطبيعتها منشئة للملكية او ناقله لها ، وهي الان ليست او قد لا تكون في مداركنا .

(٢٨٢) وقد استعرض هذه السباب بصورة وجيزة ، الشيخ محمد عبدالرحيم الكشكي ، في كتابه الموسوم (التركة وما يتعلق بها من الحقوق) ، دار النذير ، بغداد بدون سنة طبع ، ص ١٢٢ في الهامش .

كلمة ختامية

يضم كل قانون موضوعات أساسية، لا ينهض إلا بها، فلا معنى لوجود قانون تجاري - مثلا - من غير أن يحتوي على قواعد تحكم الأعمال التجارية، ولا معنى لوجود القانون الجنائي بدون نظرية الجريمة . وهكذا الحال في القانون المدني فلا معنى لوجوده إلا بوجود موضوعاته الأساسية، والتي يمكن إجمالها في: العقد، والمسؤولية، والملكية، والضمان، ولعل آخرها يعد أساسيا بشكل خاص إذا ما أخذنا بمعناه العام، هذا المعنى يجعل الضمان متضمنا للمعاني الآتية :

١. فهو ما تتشغل به الذمة من الدين أصلا، فكل مدى ضامن لما في ذمته من دين تجاه الدائن، لكن ليس بالضرورة أن يكون كل ضامن مدين .
 ٢. والشطر الأخير من الفقرة السابقة يدل على معنى آخر للضمان، هو التأمين: وهو على نوعين، تأمين شخصي وتأمين عيني، وهو ما يدل عليه المعنى اللغوي للضمان، فهو (التكفل)، و (الكفالة) قد تكون شخصية (تأمين شخصي) أو عينية (تأمين عيني).
 ٣. والضمان يعني - أحيانا - الالتزام، مثل الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، والالتزام بضمان العيوب الخفية في بعض العقود، ولا سيما في عقد البيع، إذ أن كل من هذين الضمانين يعد التزاما على عاتق البائع في عقد البيع.
 ٤. وأخص ما تعني به كلمة (الضمان)، هي المسؤولية في نطاق المفاهيم القانونية السائدة، فعندما يقال ان هذا الشخص ضامن، فهو مسؤول مدنيا.
- مما سبق نلاحظ أن المعنى الواسع للضمان يتسع لمفاهيم متنوعة،

مادام انه معرف من قبل الفقه الراجح بأنه (شغل الذمة)، وكل من : الدين، والالتزام، والمسؤولية، والتأمين، يشغل الذمة ؛ لكن المعنى الخاص للضمان يراد به الأداء، وبهذا المعنى يقترن بالضمان نظام قانوني مهم للغاية ألا وهو (التعويض) .

وقد تبين لنا من خلال البحث حدود الفصل بين الضمان من جهة، وكل من الالتزام، والدين، والمسؤولية، والتعويض، والتضامن، والتأمين من جهة أخرى :-

١. فالالتزام اشمل من الضمان، فالأخير قد يعد نوعا من أنواعه أو سببا من أسبابه .

٢. والدين أخص من الضمان، إذا بينا أن كل مدين ضامن لكن ليس بالضرورة أن يكون كل ضامن مدين .

٣. والمسؤولية قد ترادف قانونا معنى الضمان بأنواعه الثلاثة؛ إذ أن المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد، والمسؤولية التقصيرية تقابل كل من ضمان اليد و ضمان الإلتلاف، وان كانت هذه المقابلة غير دقيقة من جميع أوجهها، إذ يبقى الفارق الملحوظ بين المسؤولية من جهة والضمان من جهة أخرى فالأخير اعم من الأولى مفهوما وحكما، فمفهوم الضمان أوسع من مفهوم المسؤولية، إذ أن المسؤولية لا تأخذ معنى التكفل وغيره من المعاني التي يدل عليها الضمان عدا معنى الأداء، كما أن حكم الضمان أوسع من حكم المسؤولية، فالأخيرة لا تنهض عندما يتدخل سبب أجنبي في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، على حين أن الضمان لا يكثرث بالسبب الأجنبي، لهذا قبل أن يد الضمان تضمن حتى وان لم يصدر من صاحبها تعدد أو تعدي.

٤. والتعويض هو الأثر الذي يترتب على الضمان في مفهومه الخاص الدال على معنى الاداء، فالضامن تتشغل ذمته بضرورة أداء شيء إلى الدائن، فان أدى نهض التعويض، وانتهى شغل الذمة به .

٥. والتضامن حالة مؤكدة للضمان، فبدلاً من أن يكون الدائن أمام مدين واحد، فانه يكون أمام عدد من المدينين (تضامن سلبى)، بإمكانه أن يطالب أحدهما بكل الدين، لقيام حالتي التوكل والتكفل بينهما.

٦. والتأمين هو أحد معاني الضمان الدالة كذلك على شغل الذمة، وبه يتجسد الفصل بين الدين والضمان، فالكفيل ضامن وليس مدين، والكفيل العيني في عقد الرهن، ضامن (رهن) بماله المرهون، في حين انه غير مدين .

والضمان حكم شرعي مزدوج، فهو يتضمن حكم تكليفي هو وجوب الضمان في العقد : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "، ووجوبه في غيره : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " . كما انه يتضمن حكم وضعي في جعله سبباً للالتزام، وشرطاً للتعويض، ومانعاً للأجر، عند البعض.

كما أن للضمان حكم قانوني مزدوج، فقد يكون حكمه أمراً إذا ما تعلق بالنظام العام أو الآداب العامة أو بمصلحة عامة، فحكم الضمان الخاص بالمسؤولية التقصيرية أو بالمسؤولية العقدية الناشئة عن غش المدين أو خطئه الجسيم، أو النصوص التي تقرر حالة التضامن بين المدينين، ففي جميع هذه الحالات يعد حكم الضمان حكماً قانونياً أمراً . أما أحكام الضمان التي يجيز القانون للأطراف في الرابطة القانونية الاتفاق على ما يخالفها، فتعد أحكاماً القانونية مكملة.

ومتلما يتعلق الضمان بالحق الشخصي، حيث يعد منشأ له تارة، ويكون في مقابلته (متمثلا بالالتزام) تارة أخرى، فهو يتعلق بالحقوق العينية، لاسيما أقوى هذه الحقوق وهو حق الملكية، وذلك بإسقاطه أو زواله، كما يعد سببا من أسبابه.

أما فيما يتعلق بدور الضمان في كسب الملكية تبعا فإن المقصود بالضمان هنا هو ضمان ضرر المال ؛ ويمكن ادراج أهم الاستنتاجات والتوصيات بخصوص هذا الموضوع :

أولا : الاستنتاجات :

١. لقد وقع الخلاف بين الفقهاء المسلمين حول مدى اعتداد الضمان سببا من أسباب كسب الملكية ، فالجمهور يرفضون هذه الفكرة الا لضرورة ، والمالكية يقصرونها على حالة التغير فحسب ، والحنفية يقرون هذه الفكرة دون أن يحرروها من القيود ، وقد انكر معظم الفقهاء المحدثين قاعدة (كسب الملكية بالضمان) على اساس ان السبب المنشئ للضمان يكون عادة عمل غير مشروع ، كالإتلاف والغصب وغيره ، فالأخذ بهذه القاعدة قد يؤدي الى حدوث اضطراب المعاملات بدلا من استقرارها ، وقد دعا هذا الأمر بالبعض الى عدم الاعتماد بالضمان كسبب للملكية ما دام ان قاعدة الحيازة في المنقول معترف بها في ظل النظام الذي يعترف بقاعدة الضمان ، فقاعدة الحيازة تؤدي الى استقرار المعاملات متلما تؤدي اليه قاعدة الضمان ، وهذا الراي يكون صحيحا فيما لو اخذ ذلك النظام بقاعدة الحيازة بالفعل واعتبر الحيازة سببا للملكية ، لهذا فهو لا يستقيم مع موقف المشرع الأردني الذي نص على قاعدة (كسب الملكية بالضمان) في المادة (١٠٨٥) مدني ، رغم انه اعترف بقاعدة الحيازة في المنقول ، لكنه لم

يتعرف بها كاحد الأسباب المكسبة للملكية ، بل كمانع لسماع دعوى الملك
ضد الحائز شأنه في ذلك شأن موقف القانون المدني العراقي .

٢. هناك قواعد فقهية وقانونية تؤسس عليها كسب الملكية بالضمان ، وهي
تدل دلالة قاطعة ان هذه القاعدة لا مفر من الاعتراف بها ما دام انها مقررّة
بحكم المنطق وبقوة التطبيق العملي .

٣. لمحاذاير التي تختلج تطبيق قاعدة كسب الملكية بالضمان ، فغنه يجب
تقييدها بشروط وهي :

أ. ان يكون محل الضمان قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء.

- تغيير المال المضمون .

- وجود المقابل .

- انتفاء قصد تملك المال المضمون لدى الضامن ابتداء .

- الا يوجد مانع من وموانع الضمان ز

٤. يعد الضمان من الاسباب الناقلة للملكية .

ثانيا التوصيات :

في نهاية بحثنا نوصي مشرعي القوانين المدنية لا سيما تلك التي
اخذت معظم احكامها من الفقه الإسلامي وبالاخص فقه المذهب الحنفي الاخذ
بقاعدة كسب الملكية بالضمان ، لما لهذه القاعدة من دور فعال في استقرار
المعاملات ، مع بقاء موقفها تجاه اثر الحيازة المكسب للملكية ، وهو اثر
سلبي يقتصر على منع سماع دعوى الملك من الغير ضد الحائز ، وهو
موقف كل من القانونين المدني العراقي والمدني الأردني .

ومع ذلك فإن الاخذ بقاعدة الضمان جب ان يراعى فيه الشروط الواردة في البحث ، وفيما يلي اورد بعض النصوص المنظمة لقاعدة كسب الملكية بالضمان كي تكون نمونجا لمن يرحب الاخذ باقتراحنا :

النص الأول : من قام بعمل يستوجب الضمان ، وادى عمله الى تغيير المال كله او بعضه ، فان المالك بالخيار : ان شاء استرد المال مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الاضرار الاخرى ، وان شاء ترك المال للضامن وطالبة بالضمان مع حقه في التعويض عن الاضرار الاخرى . ولا خيار للضامن اذا تعدد تغيير المال تضرعا بقاعدة كسب الملكية بالضمان .

النص الثاني : يملك الضامن المال المضمون بالضمان من وقت حدوث السبب المنشئ له .

النص الثالث : لا يجوز عوض العين المراد ضمانها ان كانت باقية لم تتغير كلا او بعضا ، ويجبر المالك على أخذها مع التعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب.

و أخيرا فان الضمان،على الرغم من عظم أهميته في مجال الدراسات القانونية، فإنها لم توفيه قدره وتعطيه كفايته في البحث والتمحيص، مما انعكس ذلك على المشرع فأهمل تنظيمه تنظيميا يستوضح من خلاله معالمه و حدوده، ويبين للقاضي والفقيه معانيه المتعددة المهمة في نطاق جميع الموضوعات الأساسية التي يقوم عليها القانون المدني، (العقد، المسؤولية، الملكية) .

وأخرا أرجوا الله تعالى أن أكون قد وفقت في أن أضع ولو الحدود الدنيا
لمعاني الضمان، التي تعد مدخلا هاما لكافة الدراسات القانونية، لاسيما في
مجال القانون الخاص .

(ربنا آتانا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا) .

د. محمد سليمان الأحمد

المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. القانون المدني العراقي.
٣. القانون المدني الأردني .
٤. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
٥. ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار العلوم الحديثة، بيروت، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٩٨٣ .
٦. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج ٢، دار الفكر، (بدون سنة نشر) .
٧. الإمام ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٨٦.
٨. د. أبو اليقظان عطية الجبوري، الإمام زفر وآراءه الفقهية، دار الندوة الجديدة، بيروت، ط١٩٨٦، ٢.
٩. د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦.
١٠. د. احمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١.
١١. الأستاذ احمد نجيب الهلالي بك، شرح القانون المدني في العقود، ج ١، في البيع والحوالة والمقايضة، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٢٥.
١٢. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ط٣.

١٣. د. توفيق حسن فرج و محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.
١٤. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مديرية مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤.
١٥. الجرجاني، التعريفات، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، (بدون سنة نشر).
١٦. د. جعفر الفضلي، بيع السيارة في القانون العراقي، مجلة آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد ١٩٩٤، ٢٩.
١٧. د. جعفر الفضلي، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، مجلة آداب الرافدين، العدد ١٩٩١، ٢١.
١٨. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩.
١٩. د. جعفر الفضلي و د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٧.
٢٠. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة، (بدون سنة نشر).
٢١. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الالتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
٢٢. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة (عقد البيع)، شركة الرابطة بغداد، ١٩٥٣.

٢٣. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة (العقود التي ترد على الملكية عدا البيع)، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤.
٢٤. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، الضرر، شركة التأمين، بغداد، ١٩٩١.
٢٥. د. حمد عبيد الكبيسي و د. محمد عباس السامرائي و د. مصطفى الزلمي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار المعرفة، بغداد ١٩٨٠، ط ١.
٢٦. الخيران، خلاصة المذاهب الأربعة، دار الانبار للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩.
٢٧. الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.
٢٨. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في مقدمة شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة نشر).
٢٩. السرخسي، المبسوط، ج ١١، دار المعرفة، بيروت، (بدون سنة نشر).
٣٠. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
٣١. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٠.
٣٢. د. سليمان محمد احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة، ١٩٨٥، ط ١.

٣٣. السيد سابق، فقه السنة، ج ٢، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٦٤.
٣٤. الإمام السيوطي، الأشباه والنظائر، دار إحياء الكتب العربية، (بدون سنة نشر).
٣٥. الأستاذ شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.
٣٦. الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الثاني، دار الفكر، (بدون سنة النشر).
٣٧. صالح الجاسم الطائي، مصطلحات فقهية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٢.
٣٨. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ج ١، (بدون سنة نشر).
٣٩. د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، بغداد، ١٩٦٨.
٤٠. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤.
٤١. عبد الباقي البكري، شرح القانون العراقي المدني، ج ٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء بغداد، ١٩٧١.
٤٢. عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٦.
٤٣. عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مؤسسة الاعلمي، بيروت، دار التربية، بغداد، (بدون سنة نشر).

٤٤. عبد الحميد عمر وشاحي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، القاهرة، (بدون سنة نشر).
٤٥. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، التطرف القانوني والواقعة القانونية، والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ١٩٥٤.
٤٦. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ١٩٥٩.
٤٧. د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، ١٩٣٤.
٤٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة، بيروت، ١٩٦٤.
٤٩. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢، دار الكتاب العربي، بيروت، (بدون سنة نشر).
٥٠. د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مكتبة القدس بغداد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٥.
٥١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
٥٢. د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٠.
٥٣. د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٠.

٥٤. الأستاذ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار العلم، بيروت، ١٩٧٨، ط١٢.
٥٥. عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ١٩٨٨.
٥٦. الأستاذ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثامن، مكتبة النهضة، بيروت - بغداد، (بدون سنة نشر).
٥٧. الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفتية، ١٩٧١.
٥٨. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.
٥٩. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
٦٠. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٩١٠.
٦١. محمد سليمان الاحمد، عناصر القاعدة القانونية، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ٥، ١٩٩٨.
٦٢. محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مجلة (بحوث مستقبلية)، كلية الحداثة الجامعة، العدد الأول، ٢٠٠٠.
٦٣. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢.

٦٤. محمد عبدالله أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، دار الفيحاء، عمان، ١٩٨٦، ط١.

٦٥. د. محمد لييب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، دار النهضة، بيروت، ١٩٦٩.

٦٦. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤.

٦٧. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٥.

٦٨. د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مركز عباوي، صنعاء، ١٩٩٦.

٦٩. د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨٣.

٧٠. د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شقيق، بغداد، ١٩٨٦.

٧١. د. مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩.

٧٢. د. مصطفى ذيب البغا، التذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، بيروت، ١٩٨٣، ط٢.

٧٣. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤.

٧٤. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٩١.
٧٥. الأستاذ منير القاضي، شرح المجلة، ج ١، مطبعتا السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧.
٧٦. د. محيي هلال السرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٧.
٧٧. د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.
٧٨. نسيبه إبراهيم حمو، رهن الدين في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، العدد ١، ٢، ١٩٨٥.
٧٩. د. نشوان محمد سليمان الجادرجي، فكرة الدين في الفقه الإسلامي ومدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي في القانون المدني، آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد ١، ١٩٩٥.
٨٠. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢.
٨١. يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٧٨، ط ١.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٧	- الفصل ١ المقدمة العامة للضمان
١٣	المبحث الأول : ماهية الضمان بوجه عام
١٤	المطلب الأول : تعريف الضمان
١٩	المطلب الثاني : أنواع الضمان
٢٠	الفرع الأول : الضمان بالنظر إلى محله (ضمان المال وضمان العمل)
٢١	الفرع الثاني : الضمان بالنظر إلى نوع المال (المثلي والقيمي)
٢٢	الفرع الثالث : الضمان بالنظر إلى سببه (ضمان العقد وضمان اليد وضمان الاتلاف)
٣٠	المبحث الثاني : تمييز الضمان عما يشبهه به
٣٠	المطلب الأول : الضمان والالتزام
٣٥	المطلب الثاني : الضمان والمسئولية
٤٠	المطلب الثالث : الضمان والتعويض
٤٣	المطلب الرابع : الضمان والتضامن
٤٥	المطلب الخامس : الضمان والتأمين

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثالث : طبيعة الحكم بالضمان وما يتعلق به من حقوق.	٤٩
المطلب الأول : طبيعة الحكم بالضمان	٤٩
الفرع الأول : الحكم الشرعى للضمان	٤٩
المقصد الأول : اعتبار الحكم الشرعى للضمان حكماً تكليفاً	٥٥
المقصد الثانى : اعتبار الحكم الشرعى للضمان حكماً وضعياً	٥٨
المقصد الأول : اعتبار الحكم القانونى للضمان حكماً أمراً	٦٣
المقصد الثانى : اعتبار الحكم القانونى للضمان حكماً مكملاً	٦٥
المطلب الثانى : الحقوق المتعلقة بالضمان	٦٦
الفرع الأول : الحق الشخصى ومدى تعلقه بالضمان	٦٦
الفرع الثانى : الحق العينى ومدى تعلقه بالضمان	٧٠
- الفصل الثانى : دور الضمان فى كسب الملكية تبعاً	٧٧
المبحث الأول : الاختلاف الفكرى فى كسب الملكية بالضمان	٧٨
المبحث الثانى : القواعد التى يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان	٩٣
المطلب الأول : القواعد الفقهية فى كسب الملكية بالضمان	٩٣
المطلب الثانى : القواعد القانونية فى كسب الملكية	٩٩
المبحث الثالث : شروط كسب الملكية بالضمان	١٠٦
المبحث الرابع : موقع الضمان من أسباب كسب الملكية	١٢٠

<u>الموضوع</u>	<u>رقم الصفحة</u>
المطلب الأول : التصنيف التقليدي وموقع الضمان منه	١٢٠
الفرع الأول : التصنيف التقليدي لأسباب كسب الملكية	١٢٠
الفرع الثاني : موقع الضمان من التصنيف التقليدي	١٢٣
المطلب الثاني : التصنيف الحديث وموقع الضمان منه	١٢٥
الفرع الأول : التصنيف الحديث لأسباب كسب الملكية	١٢٥
الفرع الثاني : موقع الضمان من التصنيف الحديث	١٢٧
- كلمة ختامية	١٣٢
- المراجع	١٣٩

السنة : ٢٠٠٥

رقم الإيداع : ٢٣٦٤١

I.S.B.N. : الترقيم الدولي

977 - 04 - 6867 - 2

