

المكتبة القانونية (372)

الفرق بين الحيان والضمان وكسب الملكية

تأليف

الدكتور محمد سليمان الأحمد

الفرق بين الحيان والضمان وكسب الملكية

تأليف محمد سليمان الأحمد



د. محمد سليمان الأحمد....

— للمؤلف —

- ١- نظام الاحتراف الرياضي — دراسة قانونية — بحث مشترك مع أ.د. وديع ياسين. محمد الرئيس المساعد لجامعة الموصل، مجلة الراافدين للعلوم الرياضية، تصدرها كلية التربية الرياضية — جامعة الموصل، العدد السابع، ١٩٩٧.
- ٢- تحديد مفهوم العقد الرياضي وطبيعته القانونية — بحث مشترك مع د. وديع ياسين محمد، مجلة الراافدين للعلوم الرياضية، العدد الثاني، ١٩٩٧.
- ٣- عناصر القاعدة القانونية — الفرضية والحكم — مجلة الراافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون — جامعة الموصل، العدد الخامس، ١٩٩٨.
- ٤- فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مجلة (بحوث مستقبلية)، تصدرها كلية الحداثة الجامعية في الموصل، العدد الأول، ١٩٩٩.
- ٥- تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية، مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل العراقي، ٢٠٠٠.
- ٦- دور الضمان في كسب الملكية تبعاً، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدرها جامعة الامارات العربية المتحدة في العين، ٢٠٠٠.
- ٧- المدخل القانوني لدراسة الضمان.
- ٨- نظرية تعادل الاسباب في قانون العقوبات والشريعة الإسلامية، بحث مشترك مع الدكتور ماهر عبد شوش (رحمه الله).
- ٩- المسؤولية النظامية، كتاب منجز مشترك مع المحامي هيثم حامد المصاروة.
- ١٠- استحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي.
- ١١- تحول اليد في القانون المدني.
- ١٢- فكرة القدر المتيقن في المسؤوليتين المدنية والجزائية، مشترك مع د. حسن عودة.
- ١٣- تملك المنقول بالحيازة.
- ١٤- الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين والمحترفين، دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠ (رسالة ماجستير من جامعة الموصل بتقدير (امتياز)).
- ١٥- الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠.
- ١٦- المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الانشطة الرياضية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة (رسالة دكتوراة من جامعة الموصل بتقدير (امتياز)).

دار الثقافة
للنشر والتوزيع



دار العالمية الأردنية
للنشر والتوزيع



عمّان - ساحة الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيتي
هاتف ٤٦٤٦٣٦١ فاكس ٤٦١٠٢٩١ ص.ب ١٥٢٢ عمان - الأردن



الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية

دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية
«الأردني، العراقي، اليمني، المصري، السوري، الكويتي»

الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية

دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية
«الأردني، العراقي، اليمني، المصري، السوري، الكويتي»

تأليف

الدكتور محمد سليمان الاحمد

كلية الحدباء الجامعة



2001

■ المؤلف : الدكتور محمد سليمان الاحمد

■ الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية

دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية «الاردني ،
العراقي ، اليمني ، المصري ، السوري ، الكويتي»

■ الطبعة الأولى - الإصدار الاول - ٢٠٠١

■ جميع حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة للناشر



■ الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع

عمان - وسط البلد - ساحة الجامع الحسيني - عمارة الحجيري

هاتف ٤٦٤٦٣٦١ - فاكس ٤٦١٠٢٩١ - ص.ب ١٥٣٢ عمان ١١١١٨ الاردن

All Rights reserved. No Part of this book May be
Reproduced, stored in aretrieval System, or transmitted in
amy Form or by any means without prior permission in
writting of the publisher.

جميع الحقوق محفوظة : لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أيّ
جزء منه أو تخزينه في نطاق إستعادة المعلومات أو نقله بأيّ شكل من
الأشكال ، دون إذن خطي مسبق من الناشر .

■ الطابعون :

مطبعة الأرز : 05/3610011

تقديم

الباحث السيد محمد سليمان الاحمد إنسان لم تثنه ظروف العراق العزيز الصعبة عن مواصلة البحث والعطاء العلمي ، فكان ولا يزال يرأسل الاساتذة في الخارج ممن يعرفهم شخصياً او من خلال مؤلفاتهم ، يطرح عليهم ما يتوصل اليه ، ولا يتردد في طلب مشورتهم وعونهم من اجل تقييم عمله ومساعدته في اتمامه ومعالجة اي اعوجاج فيه .

لم يسبق لي وأن تعرفت على هذا الباحث الشاب ولم ادرسه في الجامعة ، ولكنني عرفته من خلال مراسلته لي وطلب العون مني في قراءة بحوثه وتقييم انجازاته ، انه يريد عمل المستحيل في ظل اصعب الظروف واقساها ، ولم يقلل من عزيمته شحة المصادر والموارد وبعد المسافات ، وحينما طلب من الباحث تقييم بحثه هذا والتقديم له رحبت بذلك .

لقد طلب مني الباحث سابقاً تقييم رسالته لنيل شهادة الماجستير الموسومة «الوضع القانوني لانتقال اللاعبين» .

وكانت هذه الرسالة فريدة من نوعها غنية في مضمونها وتمثل رصيдаً علمياً جديداً يثري المكتبة القانونية .

والبحث الذي نحن بصدد التقديم له ، يأتي كدراسة تحليلية رصينة يعالج فيها الباحث موضوعاً دقيقاً من موضوعات القانون المدني كثيراً ما يختلط الامر لدى رجال القانون في تفاصيله .

وقد اختط الباحث لنفسه بهذه المناسبة طريق المقارنة بين عدة قوانين عربية مقارناً اياها بالشريعة الاسلامية وفقهها الثر الذي لا يستغني عنه اي باحث قانوني .

لايسعني هنا الا أن اثني على هذا الجهد الطيب مرتين ، واحدة لدقة موضوعه واهميته ، واخرى للظروف الصعبة التي يعيشها الباحث في ظل الحصار المفروض على العراق ، والتي لم تمنع الباحث من اخراج جهده الى النور .

أتمنى للباحث محمد سليمان الاحمد التوفيق بأذن الله تعالى

د . صاحب عبيد الفتلاوي

استاذ القانون المدني المشارك - جامعة عمان حالياً

استاذ القانون المدني المساعد - جامعة بغداد سابقاً

الاهداء

- إلى روح استاذي الفاضل ، «الدكتور ماهر عبد شويش الدر» استاذ القانون الجنائي المساعد ، في جامعة بغداد ، وفي جامعة الموصل سابقاً ، اخلاصاً لوقفاته التي لاتنسى مع من يقصده ، تغمده الله بوابل رحمته وادخله فسيح جناته .
- إلى روح اخي وزميلي الشهيد «الشيخ صدام حازم البدراني» الطالب المطلوب ، العالم المعلوم ، رجل الكرم والمعروف ، طيب الله ثراه ، والهمنا الصبر على فراقه .

اهدي جهدي المتواضع

محمد سليمان الاحمد

مقدمة

١- من المعلوم ان لكل بحث مشكلة يهتم الباحث بحلها ، والباحث - عادة - لا يختار المشكلة لكي يضع الحلول لها دون اية مبررات ، اذ ان للبحث اغراضاً تبرزه ، وهو بالتالي يسعى الى هدف معين الا وهو حل المشكلة التي اثارها . . فما هي ياترى مشكلة هذا البحث؟ وما هي مبررات اثارتها؟ وما هي الاهداف التي يسعى الى تحقيقها وكيف؟ .

٢- مشكلة البحث :

لكل انسان منذ ولادته حياً حتى وفاته ، حقوق يتمتع بها وواجبات ملتزم بتنفيذها ، ولعل من اهم تلك الحقوق ، تلك التي تتسم بالصفة المالية ، وهي اما ان ترتبط بذمة شخص آخر تجاه صاحب الحق ، وهذا الحق يسمى بالحق الشخصي ، او تنصب على مال معنوي او ادبي او فكري ، فتعطيه عليه حقاً معنوياً ، او تنصب على عين معينة فتمنح لصاحبها حقاً عينياً على تلك العين ، فان منحه رخص استعمالها واستغلالها والتصرف بها ، اضحى مالكا لها ، فحق الملكية هو اهم الحقوق العينية بل المالية باسرها ، يعرف بانه « سلطة المالك في ان يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً »^(١) في حدود القانون طبعاً . هذه العلاقة بين المالك وما يملكه لا تنشأ عبثاً اذا ان هناك اسباباً تكسب الشخص ملكية عين معينة ، ومن بين هذه الاسباب ، سبب ذكرته جميع القوانين المدنية محل الدراسة الا قانون واحد منها ، وسبب اخر لم يذكره منها سوى قانون واحد ، في الباب الخاص باسباب كسب الملكية . فقد درج مشروع كل من القانون المدني المصري^(٢) والسوري^(٣) والعراقي^(٤) والاردني^(٥)

(١) الفقرة (١) من المادة (١٠١٨) مدني اردني ، تقابلها بالموافقة المادة (١٠٤٨) مدني عراقي ، ولم ينص كل من القانون المدني المصري والسوري والكويتي واليميني على تعريف حق الملكية . الا ان المشروع اليميني عرف الحق بما يفيد التعريف بحق الملكية ، حيث نصت المادة (١٢٣) مدني على ان : (الحق هو مصلحة ثابتة للفرد او المجتمع او هما معاً مادية او معنوية يقرها المشرع واذ تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقاً للقانون . . .) .

(٢) صدر القانون المصري بالقانون ذي الرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، بتاريخ ١٦/ يولييه (تموز) / ١٩٤٨ .

(٣) صدر القانون المدني السوري بالمرسوم التشريعي ذي الرقم (٨٤) بتاريخ ١٨ / أيار / ١٩٤٩ .

(٤) صدر القانون المدني العراقي بالقانون ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، بتاريخ ٤ / حزيران / ١٩٥١ .

(٥) صدر القانون المدني الاردني بالقانون المؤقت ذي الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، بتاريخ ٢٣ / أيار / ١٩٧٦ .

والكويتي^(١)، الحيازة ضمن اسباب الملكية، تخلف عن هذا النهج مشرع القانون المدني اليمني^(٢)، لم يذكر الحيازة في الباب الخاص باسباب كسب الملكية، بل درجها ضمن الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة؟! وبالعكس من ذلك، لم تعترف كل القوانين المذكورة آنفاً بالضمان سبباً لكسب الملكية، باستثناء القانون المدني الاردني الذي اقر كسب الملكية بالضمان في المادة (١٠٨٥) منه بصورة صريحة، كما اعترف المشرع العراقي بقاعدة الضمان سبباً للملكية ولكن بصورة ضمنية تستدل من خلال التمعن في قراءة بعض نصوصه القانونية^(٣). وبالرغم من الاقرار الصريح لدور الضمان في كسب الملكية الذي تبناه المشرع الاردني، فإنه لم يلق قبولاً من بعض شراح القانون المدني الاردني، يزعم ان هذا الدور الذي يلعبه الضمان في استقرار المعاملات وحماية الغير الحسن النية، يغني عنه دور الحيازة الذي يهدف، ايضاً، الى استقرار المعاملات وحماية الغير الحسن النية، لذا رأى هذا الجانب من الفقه الاردني انه لاداعي لاقرار (كسب الملكية بالضمان) مادام ان المشروع قد اخذ بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز)^(٤)، وهذا الرأي سبق وان اعترضنا عليه في بحثنا (دور الضمان في كسب الملكية)، على اساس ان الحيازة تختلف عن الضمان ذاتاً وحكماً وبتقرير هذا الاختلاف تكمن مشكلة البحث.

٣- اسباب البحث :

ذكرنا آنفاً ان للملكية اسباباً، لكن، يحضرنا تساؤل مرده هل ان هذه الاسباب وردت في القوانين المدنية^(٥) على سبيل الحصر ام على سبيل المثال؟ ذهب بعض الفقهاء الى القول ان اسباب كسب الملكية وردت في القوانين المدنية/ شكل عام/ على سبيل الحصر^(٦)، وربما يكون هذا الرأي قد جيء به استناداً الى المنهج الذي اعتمد عليه المشرع

(١) صدر القانون المدني الكويتي بالقانون ذي الرقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، بتاريخ ١/اكتوبر (تشرين الاول)/ ١٩٨٠.

(٢) صدر القانون المدني اليمني بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، بتاريخ ٢٩/ مارس (اذار) / ١٩٩٢.

(٣) كالمواد (١٣٥، ١٩٤، ٢٠٠) مدني عراقي.

(٤) الاستاذ الدكتور محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، ج ٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ٢٧.

(٥) تقصد بالقوانين المدنية، القوانين التي سوف تنصب عليها دراستنا حصراً وهي المذكورة في عنوان البحث.

(٦) الاستاذ الدكتور سوار، مرجع سبق ذكره، ص ٥.

المصري في تعداده لاسباب كسب الملكية دون ان يشير الى امكان كسب الملكية بغير تلك الاسباب التي ذكرها وهي : الاستيلاء ، الميراث ، الوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة . وقد تناقلت ، هذا التعداد ، القوانين المدنية الاخرى . والجدير بالملاحظة ان المشرع العراقي صنف هذه الاسباب فقسمها على ثلاث مجاميع هي :

١- كسب الملكية ابتداءً ، وتمثل في الاستيلاء .

٢- كسب الملكية بسبب الوفاة ، وتشمل هذه المجموعات الميراث والوصية .

٣- كسب الملكية ما بين الاحياء وتشمل الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . وقد سلك هذا النهج مشرع كل من القانونين المدني الاردني والمدني الكويتي .

٤- اما القانون المدني اليمني فقد نصت المادة (١٢٣١) منه على ان : (اسباب كسب الملكية هي :-

١- التصرف الشرعي .

٢- الميراث الشرعي .

٣- الاستيلاء على منقول لا مالك له .

٤- احياء الارض الموات المباحة .

٥- الشفعة (١) .

ونصت المادة (١٢٣٢) من القانون نفسه على أن : (التصرفات الشرعية كالبيع والهبة وما اليها يرجع في احكامها الى الابواب الخاصة بها في الكتاب الثالث من هذا القانون ، والمواريث يرجع في احكامها الى قانون المواريث الشرعي . والاسباب الاخرى لكسب الملكية بين احكامها في الفصول الآتية) . وهي اربعة فصول : الاول عن الاستيلاء على منقول مباح ، والثاني عن احياء الارض الموات المباحة ، والثالث عن الشفعة ، والرابع عن التصاق الاموال واختلاطها ، ولم يعد الحيازة من بين اسباب كسب الملكية .

(١) كما ان القانون المدني اليمني قد نص على مصادر الحقوق واورد لها فصلاً خاصاً في مقدمته ، حيث نصت المادة (١٢٨) مدني يمني على ان : «مصدر الحق هو كل ما ينشأ عنه وجوده والمصادر الاساسية للحقوق التي تتفرع عنها المصادر المباشرة لها (اسبابها) ثلاثة هي : ١- التصرف الاداري ، ٢- الفعل المجرد ، ٣- الواقعة» .

٥- والحق يلزمنا تمييز القانون المدني الاردني عن جميع القوانين المدنية في أمرين :

- الاول/ اعترافه بفكرة الاولوية سبباً لكسب الملكية (هنا الملكية تتمثل بملكية الحق في التصرف بالاراضي الاميرية) .

- الثاني/ اقراره فكرة الخلافة وجعلها سبباً ناقلاً للملكية ، ليست خلافة شخص لشخص آخر والمتمثلة بالميراث والوصية فحسب ، بل خلافة شيء لشيء اخر والمتمثلة بالضمان .

٦- وبغض النظر عما يتميز به القانون الاردني عن القوانين المدنية الاخرى ، فإن عرضة لتعداد اسباب كسب الملكية- كعرضهم- يوحى الى الحصر ، في حين ان الملكية قد تنشأ عن سبب غير وارد في جميع هذه القوانين ، فعلى سبيل المثال : ما هو سبب كسب ملكية شخص لقطعة ارض معينة ملكها اياه القانون؟ أليس هو نص القانون المباشر ، كذلك ما هو سبب ملكية المتضرر من عمل غير مشروع قام به شخص اخر ، للتعويض الذي يقدره القضاء له جبراً لضرره؟ اليس هو القرار القضائي المنشيء . عليه فإن اسباب كسب الملكية الواردة في القوانين المدنية جاءت على سبيل المثال لا على الحصر ، ويبنى على ذلك ، ان الضمان بوصفه سبباً لكسب الملكية الذي اعترف به صراحة المشرع الاردني ، واقره ضمناً المشرع العراقي ، يمكن ان يكون سبباً ناقلاً للملكية في القوانين الاخرى لاسيما القانون المدني اليمني الذي تضمن نص المادة (١١٥٦) منه ، الذي يوحى الى انه قد نبذ فكرة كسب الملكية بالضمان ، لكن الامر بخلاف ذلك على ما سيجيء ذكره لاحقاً (١) .

٧- هنا تكمن اسباب هذا البحث ، فالضمان ممكن ان يكون سبباً لكسب الملكية في القوانين التي لم تعترف له بهذا الدور ، هذا ما قد لا يجبهه البعض لسببين :

- الاول/ ان فكرة كسب الملكية بالضمان لم يقرها ، بل انكرها ، العديد من الفقهاء المسلمين (٢) .

(١) راجع النص في البند (١٥) وما بعده من البحث .

(٢) أنكر الشافعية والحنابلة والجعفرية والظاهرية ، على الضمان دوره في كسب الملكية ، على اساس انه امر غير مشروع فلا يُفرض به الى كسب امر مشروع كالملكية (راجع للتفاصيل : د . محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٣٠٥ . كذلك : رسالة السيد يوسف محسن محمد علي ، الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الاداب بجامعة بغداد عام ١٩٧٢ مطبوعة غير منشورة ، ص ١١١) .

- الثاني / لما كان الفقه الاسلامي في مذهبه الحنفي الذي اسس قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، قد اجاد في ابتداع هذه القاعدة بقيودها ، وحقق لها استقرار المعاملات وحماية الغير الحسن النية ، فأنه انما فعل ذلك لسد الفراغ الناجم عن عدم اقراره بالقاعدة الفرنسية المنشأ القائلة (الحيازة في المنقول سند الملكية) . لذا فإن الاعتراف بالاخيرة يغني عن القاعدة الاولى ، وهذا ما دفع بعض الفقهاء ^(١) الى انتقاد موقف القانون المدني الاردني بأخذه فكرة الضمان على اساس انه اقر قاعدة الحيازة ، فلا داعي لكسب الملكية بالضمان ، مادامت قاعدة الحيازة تحقق الغرض نفسه الذي سعى الفقه الحنفي لتحقيقه بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، الا وهو استقرار المعاملات ، هذا بالنسبة الى قانون نص صراحة على تلك القاعدة (قاعدة الضمان) فكيف سيكون رأي هذا الجانب من الفقه اذا اعترفنا لهذه القاعدة اثرها في قوانين لم تنص صراحة على الاخذ بفكرة الضمان ، او انها لم تتطرق اليها اصلاً صراحة ولا ضمناً؟ فهل ان هناك مجالاً لتطبيق قاعدة الضمان بالرغم من المحاذير الكثيرة التي تعتري تطبيقها في مثل هذه القوانين التي اعترفت بصورة قاطعة بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)؟ .

٨- اهداف البحث : يهدف البحث الى اثبات الامور الاتية :-

أ- ان اسباب كسب الملكية وردت في القوانين المدنية على سبيل المثال ، وهذا يعني انه من الممكن ان تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية في القوانين التي لم تعترف لها بهذا الدور ، كالقانون المدني اليمني ، كذلك من الممكن ان يكون الضمان سبباً لكسب الملكية في القوانين التي لم تعترف بدوره هذا ، ابتداءً بالقانون المدني المصري وانتهاءً بالقانون المدني الكويتي .

ب- ان لكل من الضمان والحيازة دوره الخاص في كسب الملكية ، بحيث لا يمكن له ان يمارس وظيفته هذه الا بتحقيق شروط خاصة بهذا الدور ، مما يعني ان كل من الحيازة والضمان ، لا يغني احدهما عن الاخر في كسب الملكية .

ج- للحيازة والضمان دور كبير في نظرية الاوضاع الظاهرة ، فكلاهما يعمل على تحقيق وضع مستقر للمعاملات المالية في المجتمع هدفه حماية المتعاملين حسني النية .

(١) د . محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩ .

د- ان الاتحاد في الهدف لا يعني التشابه في الذات والحكم بالنسبة الى كل من الحيازة والضمان ، لذا فان الاختلاف بينهما وارد وهو الاصل لذلك ينبغي ادراك هذا الامر ابتداءً .

هـ- ان للاثر الرجعي (المستند) دوراً فعالاً في توضيح اوجه الشبه من جهة ووجه الاختلاف من جهة اخرى بين الحيازة والضمان .

٩- خطة البحث :

لتحقيق الاهداف المنوه عنها اعلاه ، يجب وضع خطة للبحث ، فالبحث ، وهو يجعل من (الفرق بين الحيازة والضمان) موضوعاً له تدور دراسته في القوانين المدنية العربية : الاردني ، العراقي ، المصري ، السوري ، الكويتي ، رسمت له الخطة الآتية :

- الفصل الاول/ التعريف بدور الحيازة والضمان في كسب الملكية .

المبحث الاول : كسب الملكية بالحيازة .

المبحث الثاني : كسب الملكية بالضمان .

- الفصل الثاني/ اوجه الشبه بين كسب الملكية بالحيازة وكسب الملكية بالضمان .

المبحث الاول : استقرار المعاملات .

المبحث الثاني : الاثر المستند (الرجعي)

المبحث الثالث : يد الضمان .

- الفصل الثالث/ اوجه الاختلاف بين كسب الملكية بالحيازة وكسب الملكية بالضمان .

المبحث الاول : محل الحيازة والضمان وصفة الملك الناجم عنهما .

المبحث الثاني : شروط كسب الملكية بالحيازة والضمان .

ومن بعد ذلك سنجري مقارنة بين كل من الكسبين بالسببين في هذا البحث ، ولن يبقى عندنا شيء سوى توضيح نتائج المقارنة والمقترحات وهذا ما ستتولاه خاتمة هذا البحث بالذكر . واخيراً ، وبما ان الضمان يعد سبباً جديداً للملكية في بعض القوانين

المدنية ، فقد خصصنا مبحثاً ملحقاً بهذا البحث نتناول فيه ، موقع الضمان من اسباب كسب الملكية . هذا ونسأل الله عز وجل ان يوفقنا في المجاز هذا العمل آمين ان تكون له ثمرة طيبة في مجال الفقه القانوني ومنه سبحانه نستمد العون واليه يعود الفضل وهو خير المحسنين .

الفصل الاول
التعريف بدور الحياة
والضمان في كسب الملكية

الفصل الاول

التعريف بدور الحيازة والضمان في كسب الملكية

١٠- السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، كيف يتم التملك بواسطة كل من الحيازة والضمان؟ والجواب نوزعه على مبحثين ، نعالج في الاول دراسة كسب الملكية وفي الثاني كسب الملكية بالضمان .

المبحث الاول

التعريف بدور الحيازة في كسب الملكية

١١- لم يتضمن كل من القانونين المدني المصري والمدني السوري نصاً خاصاً لتعريف الحيازة ، بعكس القوانين المدنية الاخرى ، فقد نصت المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى على ان : (١- الحيازة ، وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق) . ونصت الفقرة (١) من المادة (١١٧١) مدني اردني على ان (١- الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه او بواسطة غيره على شيء او حق يجوز التعامل فيه) . ويلاحظ على النصين انهما لم يبرزوا الركن المعنوي للحيازة الذي يتمثل في نية استعمال حق من الحقوق ، بمعنى ان يكون الحائز واضحاً اليد على الشيء المحوز بقصد تملكه او بقصد ادعاء اي حق عليه ، وهذا الركن هو الذي يميز الحيازة الحقيقية عن الحيازة العرضية ، لان الحائز العرضي انما يباشر الحيازة بطريق الانابة عن صاحب اليد الحقيقية ^(١) . كذلك فان نص المادة (٩٠٥) مدني كويتي لم يبرز هذا الركن ، بل انه بين الصفة التي يظهر بها الحائز للشيء على هذا الشيء ، حيث ، جاء فيه ان : (الحيازة ، هي سيطرة شخص بنفسه او بواسطة غيره ، على شيء مادي ، ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر ، بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق) . ويبدو على جميع النصوص المذكورة سابقاً انها اخذت بالنظرية المادية للحيازة وهجرت ، بهجرها الركن المعنوي ، النظرية الشخصية ^(٢) .

(١) راجع : محمد عبد اللطيف ، الحيازة واثارها في التفتيش المدني المصري ، منشورات محكمة اسكندرية الابتدائية ، ١٩٥١ ، ص ١١ .

(٢) لمعرفة مضمون النظريتين الشخصية والمادية ، راجع : د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ٨٠٣ وما بعدها .

١٢- اما القانون المدني اليمني ، فقبل ان نذكر تعريفه للحيازة ، نرى من الجدير بالذكر ان نشير الى ان المشرع اليمني بدلاً من ان ينظم الحيازة في الباب الخاص باسباب كسب الملكية ، نظم احكامها ، في الكتاب الثالث من القانون المدني الخاص بالعقود المسماة ، فقد وزع هذا الكتاب على ستة اقسام ، تناول في الاول ، العقود التي تقع عليه الملكية وفي الثاني ، العقود التي ترد على المنفعة والعمل ، وفي الثالث عقود الضمان (الوثيقة) ، وفي الرابع عقود التضامن الاجتماعي ، وفي الخامس عقود الغرر ، اما القسم السادس فخصصه لما اسماه الثبوت (الحيازة) والغصب ، ثم جزأه على بابين تناول في الثاني الغصب ، اما الباب الاول فخصصه للثبوت (الحيازة وآثارها) . ونحن نتساءل هنا ما هو وجه الربط بين هذا القسم والاقسام الاخرى التي تناولت بالتنظيم عقوداً مدنية معينة؟ وهل ان الحيازة عقد مدني مسمى؟ ام ان الغصب هكذا ١٩ . على كل حال ، فأنا القانون المدني اليمني عرف الحيازة (الثبوت) ، في المادة (١١١٠) منه بأنها : (. . استيلاء الشخص على الشيء ووضع يده عليه منقولاً كان او عقاراً وهو نوعان / الاول : حيازة ملك ثبوت يتصرف بها الحائز في الشيء الذي يحوزه بأي نوع من انواع التصرفات ظاهراً عليه بمظهر المالك وان لم يبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استثمرت حيازة ملك ثبوت على الشيء . الثاني : حيازة انتفاع باجارة او نحوها يكون الشيء مملوكاً لغير حائزه الذي لا يكون له الا مجرد الانتفاع بالشيء انتفاعاً مؤقتاً طبقاً لسبب انشائه) . ويلاحظ على المشرع اليمني انه عرف الحيازة بالاستيلاء ، ولم يذكر في التعريف الحيازة بالانابة ، ولم يذكر ايضاً العنصر المعنوي للحيازة المتمثل بالقصد ، لكن اشترطه في المادة (١١١١) منه التي نصت على انه : (يشترط في حيازة الملك «الثبوت» ما يأتي :

- ١- القصد ، بأن يكون الحائز للشيء على قصد منه انه مالك له دون غيره ، ويعرف القصد بقرائن الحال التي تدل على ذلك بأن يتصرف في الشيء المحوز تصرف الملاك .
- ٢- ان يجاهر الحائز للشيء بملكيته اذا ما نازعه فيه منازع وان يتمسك بذلك امام القضاء في مواجهة من ينازعه في ملكيته .
- ٣- ان لا تقترب الحيازة باكره المالك او من يمثله او منازعته .
- ٤- عدم الخفاء بان لا تحصل الحيازة خفية اي ان لا يكون فيها لبس كأن يكون الحائز خليطاً للمالك او ممثلاً شرعياً له بالولاية او الوصاية او الوكالة او يكون مخولاً حيازة الشيء حيازة انتفاع او نحو ذلك) .

وهذه المادة تتعرض لشروط حيافة الملك في ذاتها ، وهذه الشروط معروفة في القوانين المدنية الاخرى ، ومذكورة في المواد (٩٤٩ مصري) ، (٩٠٧ سوري) ، (١١٤٥/٢ ، ١١٤٦ عراقي) ، (١١٧١/٣ ، ١١٧٢ اردني) ، (٩٠٧ ، ٩١١ كويتي) .

١٣- من هذه المواد يتضح ان الحيافة تقوم على ركنين ، تتحقق بهما ، ومن بعد ذلك فهي لا تتيح اي اثر قانوني ما لم تتوافر فيها شروط معينة ، وركنا الحيافة كما بينا سابقاً ، هما المادي والمعنوي ، ويراد بالركن المادي ، السيطرة الفعلية على الشيء او الحق ، ويراد بالركن المعنوي للحيافة القصد التي عبرت عن معناه الفقرة (٢) من المادة (١١١١) مدني يني المارة الذكر ^(١) . اما الشروط العامة للحيافة ، فهي :

١٤- الشرط الاول : عدم قيام الحيافة على مجرد عمل من اعمال الاباحة أو التسامح . اذ ان اعمال الاباحة او التسامح لا تؤسس حيافة قطعاً ، ويقصد باعمال الاباحة ، الاعمال التي يباشرها الشخص في حدود حق مقرر له بحيث لا يتضمن تعدياً على ملك الغير ، ولهذا فلا تصلح ان تكون اساساً لحيافة منتجة لاثار قانونية . اما اعمال التسامح ، فهي تلك التي يأتيها الشخص على ملك الغير ويتحملها هذا الغير بالرغم مما فيها من تعد ، تسامحاً منه ، كما هو الحال في الامور التي يقتضيها حسن الجوار ، وهذه الاعمال لا تصلح كذلك لتأسيس حيافة قانونية ، وبكل هذه الاعمال ينتفي الركن المعنوي للحيافة. ^(٢) .

١٥- الشرط الثاني : استمرارية الحيافة وعدم انقطاعها ^(٣) : والحيافة تكون مستمرة اذا استمر الحائر للشيء بالاعمال اللازمة لمزاولة الحق الذي يدعيه في اوقات متقاربة لا تتخللها فترات انقطاع عادية ، وذلك بحسب ما تسمح به طبيعة الشيء الذي ترد عليه الحيافة ، كقيام الحائر بقطف ثمار البستان كلما تهيأ له منها ما يصلح للاقتطاف كما ان الحيافة تبقى مستمرة وان عاقها مؤقتاً مانع طبيعي او قوة قاهرة ^(٤) .

(١) للتفاصيل راجع : محمد عبد اللطيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨ وما بعدها . كذلك : د . السنهوري مرجع سبق ذكره ، ص ٧٩١ وما بعدها .

(٢) راجع : د . سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، (الحقوق العينية الاصلية) ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ١٩٧٣ ، ط ١ ، ص ١٩٩ .

(٣) راجع المادتين (٩٠٩ سوري) ، (١١٧٣ اردني) قارنها بالمادتين (٩٥٧ مصري) ، (١١١٤ يني) .

(٤) د . سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠٠ .

١٦- الشرط الثالث : خلو الحيازة من العيوب ، وعيوب الحيازة هي :

أ- الاكراه : ويعني حصول الحائز على الحيازة بالقوة او التهديد سواء كان صادراً منه او من احد الذين يعملون بأسمه (١) .

ب- الخفاء : ويعني ان الحائز لا يظهر سلطاته على الشيء المحوز امام من لهم مصلحة في العلم بها (٢) .

ج- اللبس (الغموض) : اي ان الحيازة تحتل اكثر من تأويل ، كما لو قام الشك حول ما اذا كان الحائز يحوز الشيء بوصفه المالك او صاحب الحق العيني عليه ، ام انه يحوزه لحساب غيره ، وعيب الغموض هو عيب يشوب الركن المعنوي للحيازة (بعكس العيين السابقين اللذين يتعلقان بالركن المادي) ، كما انه عيب نسبي ومؤقت (٣) .

١٧- اذا تحققت الاركان والشروط السابقة ، نكون امام حيازة قانونية يرتب عليها القانون اثرأ معيناً . لكن ما هو الاثر الذي يرتبه القانون على هذه الحيازة؟ هناك اتجاهان في القوانين المدنية ، الاول : ويتمثل بالقانون المدني المصري الذي عد الحيازة سبباً خالصاً لكسب الملكية ، وقد تبع القانون المدني السوري المشرع المصري في هذا الاتجاه ، وتأثر به المشرع الكويتي . الثاني : ويتمثل بالقانون المدني العراقي الذي عد الحيازة قرينة على الملكية تمنع سماع دعوى الملك من احد ضد الحائز ، وهي إما ان تكون قرينة قانونية بسيطة او قاطعة على الملكية وقد سلك هذا النهج ايضاً كل من القانونين المدني الاردني والمصري اليمني . عليه فالحيازة تلعب دورين في الملكية ، فهي اما ان تكون سبباً مباشراً للملكية واما ان تكون قرينة ثابتة عليها ، لذا نرى من المفيد معالجة كل اتجاه على حده بشيء من التفصيل :

١٨- الاتجاه الاول: الحيازة سبب من اسباب كسب الملكية

تعد الحيازة على وفق هذا الاتجاه سبباً لكسب الملكية في العقار والمنقول سواء كانت

(١) راجع التفاصيل : المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٢) راجع التفاصيل : المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٠٣ .

الحيازة بحسن نية او بسوء نية ^(١) ، ومع ذلك فان دور الحيازة في اثبات الملكية لا ينعدم كلياً في هذا الاتجاه . وفيما يلي معالجة كسب الملكية بالحيازة على وفق هذا الاتجاه ، ثم نسلط الضوء على دور الحيازة في اثبات الملكية .

نصوص القانون المصري:

١٩-أ/ حيازة العقار او المنقول بسوء نية : نصت المادة (٩٦٨) مصري على انه : (من حاز منقولاً او عقاراً دون ان يكون مالكا له ، او حاز حقاً عينياً على منقول او عقار دون ان يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له ان يكسب ملكية الشيء او الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة) .

عليه فان الشخص الذي يحوز منقولاً او عقاراً ليس فيه حق ، اي لم تستند حيازته الى سبب صحيح ، وكان سيء النية ، فإنه يعد مالكا له اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة ^(٢) .

٢٠-ب/ حيازة العقار بحسن النية : نصت المادة (٩٦٩) مدني مصري على انه : (١- اذا وقعت الحيازة على عقار او على حق عيني وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات ، ٢- ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق ، ٣- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء او صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب ان يكون مسجلاً طبقاً للقانون) . عليه فإن حائز العقار الحسن النية المستند في حيازته بذات

(١) نصت المادة (٩٦٥) مدني مصري على انه : (١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدي على حق للغير ، الا اذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم) فإن علم انه يعتدي على حق الغير او اذا كان لا يعلم بسبب خطأ جسيم صدر منه ، فيعد سيء النية . راجع كذلك نص المادة (١١٤٨) مدني عراقي والمادة (١١٧٦) مدني اردني والمادتين (٩١٤ ، ٩١٥) مدني كويتي .

(٢) راجع كذلك المادة (٩١٧) مدني سوري علماً انها تشترط في العقارات عدم تسجيلها في السجل العقاري ، اما القانون المدني الكويتي فقد نص في المادة (٩٣٥) منه على انه : (من حاز عقاراً او منقولاً ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني آخر ، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة ، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق ، ويحكم له به ، اذا انكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ، ولو لم يبين سبب كسبه) . واذا كان المشرع الكويتي كالمصري لم يشترط عدم التسجيل بالنسبة للعقار فإنه عد الحيازة مع التقادم المكسب الطويل دليلاً على الملكية بشرط انكار الحائز لحق الغير ، وهو ان اختلف مع المشرع المصري في ذلك ، وافقه عد الحيازة سبباً للملكية .

الوقت الى سبب صحيح بالمعنى الذي حدده القانون ، يكسب ملكية العقار بمضي خمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة (١) .

٢١-ج/ حيازة المنقول بحسن النية : نصت المادة (٩٧٦) مدني مصري على انه : (١)- من حاز بسبب صحيح منقولاً او حقاً عينياً على منقول او سنداً لحاملة فأنه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢- فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فأنه يكسب الملكية خالصة منها . ٣- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقيم الدليل على عكس ذلك) . عليه فأن حائز المنقول بسبب صحيح وحسن نية يصبح مالكا له من دون ان تقف هذه الكمية على مضي مدة معينة (٢) .

٢٢- هكذا يتضح ان الحيازة تعد وفق هذا الاتجاه الذي يمثله القانون المدني المصري سبباً لكسب الملكية ، وقد اخذ بهذا الاتجاه مشرع كل من القانونين المدني السوري والمدني الكويتي ، لكن ، مع ذلك ، فأن هذا الاتجاه لم يعد للحيازة دورها الاخر في اثبات الملكية ، والا فما هو تفسير نص المادة (٩٦٤) مدني مصري الذي جاء فيه انه : (من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس) (٣) .

ذهب بعض الفقهاء الى القول : (٤) (ان طرق اثبات الملكية تقسم الى قسمين : طرق اثبات دلالتها يقينية وطرق اثبات دلالتها ظنية ، فالطرق الاولى هي السجل العيني

(١) راجع كذلك المادة (٩١٨) مدني سوري ، علماً انها اشترطت في العقارات عدم تسجيلها في السجل العقاري ، كما ان الفقرة (٣) من هذه المادة الخاصة بتعريف السبب الصحيح غير موافقة للفقرة (٣) من المادة (٩٦٩) مصري ، حيث عرفت الفقرة السورية السبب الصحيح بأنه : (سند او حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الاراضي الموات ، انتقال الملك بالارث او الوصية ، الهبة بين الاحياء بدون عوض او بعوض ، البيع او الفراغ) . اما القانون المدني الكويتي فلم يميز بين حيازة العقار بحسن نية وحيازته بسوء نية ، ومدة التقادم المكسب واحدة فقط وهي المشار اليها في المادة (٩٣٥) منه المادة المذكورة .

(٢) راجع نص المادة (٩٢٧) مدني سوري ، وهي مطابقة للمادة (٩٧٦) مصري ، وقد وافق مشرع القانون المدني الكويتي الحكم الوارد في القانونين المصري والسوري ، وذلك في المادتين (٩٣٧ ، ٩٣٨) منه .

(٣) نصت المادة (٩٢٣) مدني كويتي على انه : (من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني آخر ، اعتبر هو المالك او صاحب الحق مالم يثبت العكس) .

(٤) د . السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٥٤ .

والتقادم والحيازة، والطرق الأخرى هي قرائن... تثبت احتمالات راجحة... وقد تتعارض طرق الإثبات، فأذا قدم كل من الخصمين في الدعوى (دعوى الملكية) طرق إثباته وتعارضت هذه الطرق، فهناك طريقان قاطعا للدلالة في الملكية هما السجل العيني والتقادم المكسب، فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني، إذا كان السجل العيني سارياً في المنطقة التي فيها العقار المتنازع فيه، كان هو المالك، فإذا لم يكن السجل العيني سارياً، واستطاع الخصم أن يثبت أنه يملك العقار المتنازع فيه بالتقادم، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار، فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك، ويلقي على عاتق خصمه عبء دحض القرينة، فإذا لم يقدم المدعي قرينة تدحض قرينة الحيازة، رفضت دعواه وبقي الحائز على حيازته، أما إذا قدم المدعي قرينة تعرض قرينة الحيازة، من سند تملك أو دفع ضرائب أو غير ذلك، وقدر القاضي أن القرينة التي قدمها المدعي تدحض قرينة الحيازة، حكم للمدعي بالملكية). وهذا ما يتعلق بحيازة العقار التي تقترن عادة بالتقادم كي تنتج آثارها القانونية، علماً أن التقادم في القانون المدني المصري حازها المدة اللازمة للتقادم، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية^(١)، ولذلك مكن المشرع المصري الحائز الذي يكسب الملكية بالتقادم أن يتمسك بكسبها عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى، فإذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدفع، كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى، فلو أن العين بعدما تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته فإنه يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سبباً لكسب الملكية، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى^(٢).

٢٣- أما حيازة المنقول، فلها دوران كذلك، طريق للإثبات وسبب لكسب الملكية، أما طريق الإثبات، فيظهر إذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة، ويكون هذا الأخير في العادة هو المالك، ويستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها. وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية، فأن ذلك إنما يكون إذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه، فتكون الحيازة سبباً لكسب

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٠.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٧٢.

الحائز ملكية المنقول^(١) ، بعبارة اخرى : فأن الحائز عندما يكون مصدر حيازته تصرف او واقعة سبب المالك في احداثها ولم تكن بطبيعتها ناقلة للملكية ، واختلف الاثنان على ماهية الحيازة فقال الحائز بأنه حائز ملك استناداً الى ان التصرف او الواقعة المنشئة للحيازة نقلت ملكية الشيء من المالك اليه (الى الحائز) ، وقال المالك ان الحيازة عرضية على اعتبار ان العقد كان ايجاراً او ايداعاً او اعادة او رهناً او الى ذلك ، فالحيازة قرينة بسيطة على الملكية وهذا هو دور الحيازة في اثبات ملكية المنقول ، اما اذا كان الحائز قد حاز الشيء بتصرف او واقعة تسبب بها غير المالك للشيء قبل ان يدخل في حيازة الحائز ، فأن الحيازة سوف تكون سبباً للملكية بشرط اقترانها بحسن النية وبسبب صحيح ، في حين انه لايجب حسن النية في دور الحيازة في اثبات الملكية .

٢٤-الاتجاه الثاني: اقتصار دور الحيازة على كونها قرينة قانونية على الملكية.

فضلاً عن كون الحيازة تعد في هذا الاتجاه الذي يمثله القانون المدني العراقي ، قرينة قانونية بسيطة في اثبات الملكية ، شأنها شأن الحيازة في الاتجاه الاول ، فأنها تعد قرينة قانونية قاطعة على ان الحائز هو المالك للعين التي يحوزها . وفيما يلي شرح ذلك في ضوء نصوص القانون المدني العراقي :

٢٥- نصوص القانون المدني العراقي:

أولاً... الحيازة قرينة قانونية بسيطة في اثبات الملكية :

- نصت المادة (١١٥٧) مدني عراقي على انه : (١- من حاز شيئاً اعتبر مالكا له ، حتى يقوم الدليل على العكس . ٢- واذا ادعى الحائز ان حيازته منصبه على حق شخصي او حق عيني غير الملكية ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز ان يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة (٢) .

وعني ذلك ان الحيازة انما تكون قرينة على الملكية اذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعي الملكية والحائز ، اما اذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز ان يحتج الخلف على

(١) المرجع السابق ، ص ١١٢١ .

(٢) راجع المادة (١١١٨) مدني يمني والفقرة (٢) من المادة (١١٨٩) مدني اردني التي قصرت هذه القرينة البسيطة على حيازة المنقول فحسب .

السلف الا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة ، فالمستأجر - مثلاً - لا يستطيع ان يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة على الملكية ، بل ان عقد الايجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لالحق الملكية بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر (١) .

٢٦- وفيما عدا ذلك ، فأن حكم الحيازة بوصفها قرينة بسيطة في القانون العراقي لا يختلف عما سبق ذكره في القانون المصري .

ثانياً . . الحيازة قرينة قانونية قاطعة لمصلحة الحائز تدفع عنه دعوى الملكية من الغير :

٢٧-أ/ حيازة العقار او المنقول بسوء نية : نصت الفقرة (١) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي علي انه (١- من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره ملكاً له او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة ، فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذئ عذر شرعي) (٢) . من هذا النص يتضح ان الحيازة بسوء نية الواقعة على منقول او على عقار غير مسجل في دوائر التسجيل العقاري ، كي تتيح اثرها لابد من ان تكون (٣) :

١- حيازة بسوء نية واردة على عقار غير مسجل في دائرة الطابو او على منقول .

٢- ان تكون حيازة قانونية .

٣- ان تستمر الحيازة دون انقطاع مدة خمس عشرة سنة .

٤- انكار الحائز لدعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذئ عذر شرعي (٤) .

فاذا تحققت هذه الامور جميعها امتنع على الغير مدعاة الملكية على ما يحوزه الحائز .

(١) د . السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٥٥ ، هامش ٣ .
(٢) راجع المادة (١١٨١) مدني اردني (مطابق) . وللقانون المدني اليمني موقف خاص وان كان يتفق في عمومته مع منهج المشرع العراقي .
(٣) للتفاصيل راجع : محمد طه البشير و د . غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار الكتب ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ٢٢٤ وما بعدها
(٤) وهذا يعني ان تمسك الحائز بالتقادم المكسب يقتصر على طريق الدفع دون طريق الدعوى بخلاف ما رأيناه في الاتجاه الاول .

٢٨ ب/ حيابة العقار بحسن نية : نصت الفقرتان (٣، ٢) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي على انه : (٢- واذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة الطابو ، واقرنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فأن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات ، ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق . ٣- والسبب الصحيح هو سند او حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية : أ- الاستيلاء على اراضي الموات . ب- انتقال الملك بالارث او الوصية . ج- الهبة . د- البيع او الفراغ)^(١) ، وهذا يعني ان حسن نية الحائز واستناده في حيازة العقار الى سبب الصحيح ، قصر مدة التقادم الى خمس سنوات بدلاً من مدة خمس عشرة سنة ، علماً ان السبب الصحيح في القانون العراقي محصور في الوسائل الاربع المذكورة آنفاً ، ولا يشترط تسجيله بخلاف ما كان عليه بالنسبة للقانون المصري .

٢٩ ج- حيازة المنقول بحسن نية : نصت المادة (١١٦٣) مدني عراقي على انه : (١- من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد . ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك)^(٢) . وهنا- على وجه الخصوص- تكمن التفرقة بين الاتجاهين الاول والثاني ، فالاتجاه الاول اخذ بصورة صريحة بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) عن طريق المادة (٩٧٦) مدني مصري ، اما المشرع العراقي فيلاحظ انه لم يأخذ بهذه القاعدة كما هي ، وانما عمد الى تغيير الحكم الايجابي الوارد فيها والقاضي بأن (الحيازة سند الملكية) الى حكم سلبي يقضي بـ (عدم جواز دعوى الملكية ضد الحائز)^(٣) ، وهي تمثل قرينة قانونية قاطعة على ان الحائز مالك المنقول المحوز . واذا طبقنا التحليل الذي خلص به جانب الفقه المصري^(٤) على دوري الحيازة في الاثبات وكسب الملكية ، خرجنا بنتيجة مفادها ان الحائز اذا تنازع مع مالك الشيء (المنقول) الذي تلقاه منه ، فأن حيازته تعد قرينة قانونية بسيطة على ملكيته ، ويمكن لذلك المالك ان يدحضها بطرق اخرى تقدرها المحكمة ، ويستوي في ذلك حيازة الحائز بحسن نية او بسوئها . اما اذا تنازع الحائز مع من تلقى الحيازة منه وكان هذا الاخير غير مالك للمنقول المحوز ، فأن حيازة الحائز تعد قرينة قانونية قاطعة على انه مالك لذلك

(١) المادة (١١٨٢) مدني اردني موافقة لنص المادة (٣، ٢/١١٥٨) مدني عراقي ، لكن مدة التقادم المكسب القصير هي سبع سنوات .

(٢) راجع المادة (١١٨٩) مدني اردني (موافقة للمادة العراقية) .

(٣) د . سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٨-٢٢٩ .

(٤) د . السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٢١ . راجع بند (٢٣) من البحث .

المنقول يصد بها ادعاء الغير الملكية عليه ، شريطة ان يكون الحائز حسن النية ومستنداً في حيازته الى سبب صحيح .

٣٠- لكن لا ترى ان الفقرة (٢) من المادة (١١٦٣) مدني عراقي المتضمنة لقرينة قانونية بسيطة تدحض القول بأن الحيازة في المنقول بحسن النية وسبب صحيح قرينة قانونية قاطعة على الملكية؟ بالتأكيد الجواب بالنفي ، لان القرينة التي تضمنتها الفقرة (٢) من المادة (١١٦٣) عراقي هي قرينة الحيازة البسيطة على وجود السبب الصحيح وتوافر حسن النية ، ولعل العلة في تقريرها ، هي اعفاء الحائز من عبء اثبات ان حيازته بحسن نية وسبب صحيح ، فمن يدعي خلاف ذلك فعليه اثبات ان الحائز لا يحوز الشيء بحسن نية او بسبب صحيح ^(١) ، ومع ذلك فإنه اذا افلح الغير مدعي الملكية اثبات ان الحائز سيء النية او انه لا يستند في حيازته الى سبب صحيح ، فإن القاعدة المنصوص عليها في المادة (١١٦٣) عراقي سوف لا تسعف الحائز في شيء ، لان القرينة القانونية القاطعة للحيازة كدليل على الملكية مستندة الى توافر شروط معينة ، لا تنتهض الا بنهوضها جملة ومن بينها حسن النية والسبب وجوده وجود الحكم او عدمه ^(٢) ، عليه فإن دحض قرينة الحيازة البسيطة الدالة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، يؤدي الى انعدام فائدة قاعدة الحيازة في المنقول بحسن النية ، فلا يبقى بعدئذ للحائز من مسعف الا الدفع بالتقادم المكسب الطويل ، وهذه الحالة مقتصرة على مضي مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة على حيازته للمنقول دون انقطاع .

٣١- القانون المدني الاردني يوافق القانون المدني العراقي في نهجه عدا ان مدة التقادم القصير في القانون الاردني سبع سنوات ، في حين انها خمس سنوات في القانون العراقي . لكن ما هو موقف القانون المدني اليمني ؟ .

من نصوص المادة (١١١٨-١١٢٤) مدني يمني ، يلاحظ ان هذا القانون قد عد الحيازة قرينة قانونية بسيطة على الملكية ، وقد نظم بشكل مفصل للغاية حالة الاختلاف في

(١) وهذا الامر يقتضيه العمل بالقاعدة التي نص عليها المشرع العراقي في قانون الاثبات ذي الرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ في المادة (٧) منه والقائلة (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر من يتمسك بابقاء الاصل ، وبما ان مدعي الملكية يدعي خلاف الظاهر فرضاً فعليه يقع عبء الاثبات . (للتفاصيل حول الظاهر فرضاً ، راجع : الاستاذ عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص ٧٧) .

(٢) الشيخ محمد بن ياسين بن عبد الله ، علم اصول الفقه ، دار الكتب ، جامعة الموصل ، ١٩٨٧ ، ص ١٢٠ .

ملكية الشيء (عائديته) بين الحائز (ذو اليد الثابتة) والغير (الذي يسميه الخارج) (١)، وتناول بالتنظيم حالة التعارض بين البيئات والمستندات والادلة والقرائن المقدمة من كلا الخصمين، وكأني بهذا التنظيم، قانون البيئات لا قانون يحكم ذات الحقوق واحكامها!! ومع ذلك فان المادة (١١٢٥) يمني، تسترعي التوقف لشرحها، فقد نصت هذه المادة على انه: (لا تسمع دعوى الملك من حاصر على ذي اليد الثابتة الذي يتصرف تصرف المالك لا مطالبة ولا قرابة ولا مصاهرة ولا ظروف غير عادية تسود فيها القوضى او التغلب ويتعذر فيها الوصول الى الحق وذلك بعد مضي ثلاثين سنة من يوم وضع اليد. والعبرة في اعتبار الشخص غائباً عن البلد هي بوجوده خارجها طوال المدة المقررة ويعتبر حاضراً اذا كان متردداً عليها). ومعنى هذه المادة، انه اذا كان هناك حائز لعين معينة مملوكة لشخص معين او يدعي - فيما بعد- ملكيته لها، وكان حاضراً طوال مدة حيازة الحائز لذلك الشيء سواء كان منقولاً او عقاراً، وسواء كان الحائز حسن النية او سيئها، وسواء استند في حيازته الى سبب صحيح او لم يستند، وبالرغم من كونه حاضراً غير غائب عن البلد وباستطاعته مطالبة الحائز بالملكية فلم يفعل ولم تكن هناك بينة وبين الحائز قرابة او مصاهرة تمنعه - ادبياً - ، بأن يحوز الحائز الشيء غصباً دون ان يتمكن المالك المطالبة بحقه (٢)، فاذا تحققت كل الامور السابقة ومضى على حيازة الحائز للشيء ثلاثون سنة من يوم وضع اليد، فأن دعوى الملك من ذلك الغير لا تسمع ضد الحائز، بشرط - كما اسلفنا - ان يكون المدعي حاضراً اي موجوداً في البلد طوال المدة المقررة او كان متردداً اليها.

٣٣- وغاية ما في الامر، ان القانون المدني اليمني، وان كان لا يميز بين حيازة العقار وحيازة المنقول، وكل من الحيازتين بحسن النية او بسوئها، الا انه اقرب الى منهج المشرع العراقي منه الى المشرع المصري، والحيازة بموجبه تعد قرينة قانونية قاطعة على الملكية بشروط هي:-

(١) وهذه المسميات مأخوذة من بعض كتب الفقه الاسلامي، فالحائز هو صاحب الحق، وهو من كان المدعي به في يده، ويسمى (الداخل)، والذي ينازعه حيازته يسمى (الخارج). (نقلاً عن: د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩، ص ٣٠).

(٢) وهذه الامور كلها اسباب تمثل اعداراً شرعية يوقف معها سريان مدة التقادم، (للتفاصيل راجع: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون العراقي، ج ٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٥١١ وما بعدها).

أ- ان تكون حيازة الشخص للشئ حيازة قانونية متوفرة الاركان والشروط .

ب- ان تستمر الحيازة مدة ثلاثين سنة من يوم وضع اليد ، دون انقطاع توجه المطالبة ، او وقف لوجود عذر شرعي متمثل بوجود قرابة او مصاهرة بين الحائز وصاحب الحق ، او لظهور موانع مادية حالت دون قيام صاحب الحق بالمطالبة بحقه ، كحصول الفوضى او تغيب صاحب الحق غيبة غير منقطعة .

٣٤- هذا هو دور الحيازة في كسب الملكية في كل من الاتجاهين التشريعيين ، الاول الذي يتزعمه ، القانون المدني المصري ، وسلك طريقه كل من القانونين المدني السوري والمدني الكويتي ، والثاني الذي يتزعمه ، القانون المدني العراقي ، الذي سلك طريقه كل من القانونين المدني الاردني والمدني اليمني .

٣٥- لكن ما هو الفرق بين الاتجاهين السابقين؟ بمعنى انه ما الفرق فيما لو كانت الحيازة سبباً بحد ذاتها للملكية ، ام انها قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز لما يحوز؟ .

٣٦- بموجب الاتجاه الذي يذهب الى عد الحيازة قرينة قانونية قاطعة على الملكية ، وعلى الاخص فيما يتعلق بالنقول ، فأنا الحائز يستطيع على وفق هذه القرينة ان يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق ، فالحيازة ، على هذا الاساس ، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز ، ولكنها تفترض ان الحائز يملك المال المحوز ملكية موجودة من قبل ، وليس الحيازة سوى قرينة على وجودها ، وهذه القرينة لا يقبل من مدعي الاستحقاق دحضها باثبات العكس ، فيقف الاخير امام هذه القرينة القاطعة ، عاجزاً ، وبالتالي يخسر دعوى الاستحقاق ، ويحكم عليها برفضها ، ويقضي للحائز بالملكية ^(١) . وبالرغم من ان هذا الاتجاه قد منح للحائز حماية قانونية جيدة ، تتمثل في دفع اي ادعاء عليه بملكية ما يحوزه ، الا ان هذه الحماية لاتصل الى تلك التي يمنحها القانون له على وفق الاتجاه الاخر الذي يذهب الى عد الحيازة بذاتها سبباً للملكية . اذ ان من المسلم به في القرائن القانونية القاطعة ، ان من وجدت هذه القرينة القاطعة في مصلحته ، له ان ينزل عنها بالاقرار او النكول عن حلف اليمين ، فكل القرائن القاطعة الغير متعلقة بالنظام العام قابلة للنقض بالاقرار او اليمين ^(٢) ، فالحائز على هذا الاساس ، وان كانت حيازته للمال قرينة لاتقبل اثبات عكس ملكيته له ، فإنه معرض لخطر توجيه

(١) د . السنهوري ، الوسيط ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٤٧ .

(٢) نصت المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي النافذ على انه : (يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لاتقبل اثبات العكس في الامور التي لاتتعلق بالنظام العام) .

اليمين^(١) اليه ، او بالاقرار الضمني الذي قد لا يقصد منه ترتيب اثاره ، فيخسر بذلك ما وفر القانون من حماية ، وبالتالي يخسر دفعه في رد دعوى الاستحقاق عليه .

٣٧- اما بموجب الاتجاه الذي يذهب الى عد الحيازة سبباً بحد ذاتها للملكية ، فهو بذلك ينشئ قاعدة موضوعية بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية ، فالقرينة القاطعة هي قاعدة اثبات لا قاعدة موضوعية ، واذا كانت لا تقبل اثبات العكس ، فإنه يجوز دائماً نقضها بالاقرار لا اليمين ، اما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالاقرار او اليمين ، وهي ، وان كانت تبنى ، كالقرينة على الكثرة الغالبة من الاحوال ، الا ان عامل الراجح الغالب الوقوع فيها يختفي وراءها فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة من المعلول ، فمتى تقررت القاعدة الموضوعية ، توارت العلة خلفها ولم يعد له بعد ذلك مجال للظهور ، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلتها ، فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة ، وهذا هو المعنى المقصود من ان القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالاقرار او اليمين^(٢) .

٣٨- وبناءً على ماتقدم ذكره ، فإنه لو افترضنا ان ثمة نزاعاً قام بين حائز المنقول ومدعي الملكية عليه ، فرفعت الدعوى بذلك امام القضاء العراقي او الاردني ، ثم رفع مثل هذا النزاع امام القضاء المصري او السوري ، فما الحكم في كلتا الحالتين ؟ .

٣٩- بالنسبة الى دعوى الاستحقاق المقامة امام القضاء العراقي او الاردني ، فإن مدعي الملكية لا يستطيع تقديم اي دليل لاثبات عكس ما تقرره القرينة القاطعة التي يعد

(١) اليمين الحاسمة ، هي قسم بالله يصدر من من احد الخصمين على عدم صحة ما يدعيه الخصم الاخر ، وهي التي تنتهي بها الدعوى (راجع : الفقرة (٢) من المادة (١١٤) من قانون الاثبات العراقي النافذ ، وراجع كذلك : د . آدم وهيب السداوي ، شرح قانون الاثبات ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ط ٢ ، ص (٢٤١) .

(٢) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٤٨ ، (ويمضي الاستاذ الكبير السنهوري ، قائلاً : (صحيح ان الحيازة في المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز ، ولكن ليس ذلك في الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق ، بل في الحيازة باعتبارها طريقاً للاثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك ، وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية ، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة ، بل تقبل اثبات العكس ، وللمالك ان يثبت ، مثلاً ، ان حيازة الحائز ، حيازة عرضية ، او ان هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة) . راجع كذلك : د . عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧ ، ص ٢٣٤ وما بعدها) .

بها الحائز مالكاً للمنقول الذي يحوزه ، اللهم الا اذا كان الدليل قيداً رسمياً مسجلاً في سجلات الدولة (١) ، وفق قواعد الاثبات (٢) ، ان يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه ، فان حلفها الاخير تأكد اليمين الذي دلت عليه القرينة ، والا فان القرينة ستدحض لا محال ، بالنكول على حلف اليمين . وكذلك الحال بالنسبة لما قد يصدر من الحائز من اقوال اثناء المرافعة قد تدل على صدور اقرار ضمني منه بملكية المدعي للمنقول الذي يحوزه ، لكن هل يستطيع مدعي الاستحقاق ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه الحائز امام القضاء المصري او السوري او الكويتي ؟ .

٤٠- بالتأكيد لا يستطيع ، وان طلب ، فان طلبه سترده المحكمة فيما لو ادركت ان قاعدة الحيازة في المنقول في القانون المصري او السوري او الكويتي ، هي قاعدة موضوعية لا يجوز النزول عن الحق المقرر فيها ، وبالتالي فان دعوى الاستحقاق ستكون واجبة الرد .

٤١- ان التدرج في الحماية القانونية واضح في كلا الاتجاهين ، فالمشرع العراقي ومن سلك نهجه اراد ان يوفر نوعاً من الحماية للحائز ، فجعل من حيازته للمنقول قرينة قاطعة على الملكية ، اما المشرع المصري ومن سلك نهجه ، فرجح الجانب الاوفر من الحماية للحائز ، فوضع قاعدة موضوعية مفادها : ان الحائز للمنقول على وفق الشروط التي تناولناها : المالك له .

(١) فالسيارة (المركبة) لا يسري عليها حكم قاعدة الحيازة في المنقول ، فالشخص الذي يحوز سيارة مسجلة باسم غيره في دائر المرور ، فان المالك يستطيع ببساطة دحض ما قد يتمسك به الحائز بالسجل الرسمي . وفي ذلك نصت الفقرة (٤) من المادة (٥) من قانون المرور العراقي النافذ ذي الرقم (٤٨) لسنة ١٩٧١ (المعدل) على انه : (يعتمد سجل التسجيل اساساً لاثبات حق ملكية المركبة ، ويعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيه معالم يطعن فيه بالتزوير) ، كما ان عقد بيع المركبة لا ينعقد مالم يتم تسجيله في دائرة المرور وفق الفقرتين (٣، ٥) من المادة (٥) من قانون المرور العراقي .

(٢) نصت المادة (١١٨) من قانون الاثبات العراقي النافذ على انه : (اذا عجز الخصم عن اثبات ادعائه او دفعه فعلى المحكمة ان تسأله عما اذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه ، فان طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة ، وفي حالة غيابه جاز لها اصدار الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض بناء على طلب من الخصم ، حتى لو كان الخصم الاخر قد حضر بعض جلسات المرافعة) .

المبحث الثاني

التعريف بدور الضمان في كسب الملكية

٤٢- لم تتناول القوانين المدنية التعريف بالضمان ، ويعد هذا الموضوع من اهم المواضيع التي عالجها بالشرح والتحليل الفقهاء المسلمون ، وقد اوردوا له معاني عديدة لا بد من معرفتها اولاً ، ومن ثم التطرق الى التعريف بدور الضمان في كسب الملكية ، والسبب في ذلك يعود الى ان معظم القوانين المدنية استخدمت مصطلح الضمان للتعبير به عن معنى معين من تلك المعاني التي حددها الفقه الاسلامي .

٤٣- فالضمان يستخدم للدلالة على معان ثلاثة هي (١) :-

أ- يقصد به الكفالة ، اي ضم ذمة الى ذمة اخرى ، وهذا المعنى الاصطلاحي يجري مجرى المعنى اللغوي للضمان (٢) ، واردة معنى الكفالة بالضمان هو اخص اطلاقاته (٣) .

ب- الضمان مقصود به الاداء ، او اعطاء تعويض معين عما لحق المُعْطى من اضرار تسبب بها المعطي ، فقد عرفه الفقهاء (٤) بأنه : (الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف او ضياع المنافع او عن الضرر الجزئي او الكلي الحادث بالنفس الانسانية) . كذلك عرفته المادة (٤١٦) من مجلة الاحكام العدلية بأنه (اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من المقيّمات) .

ج- الضمان مقصود به شغل الذمة ، وهذا هو المعنى الواسع للضمان ، وقد عرفه بعض الفقهاء (٥) بهذا المعنى : (الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال او عمل والمراد ثبوته فيها مطلوباً اداؤه شرعاً عند تحقق شرط ادائه) . وهذا المعنى يشمل اضافة الى المعنيين السابقين ، معنى الالتزام المعروف في القوانين المدنية في بعض صوره ، كالالتزام الناشئ عن التصرفات القانونية على عاتق احد او كلا طرفيها ، بحيث انه متى ما اخل بهذا الالتزام نهضت مسؤوليته التعاقدية التي تسمى عند البعض (ضمان العقد) (٦) ، وكذلك الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية الناشئة

(١) الاستاذ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الاول ، من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، (بدون سنة طبع) ، ص ٥ وما بعدها .

(٢) الاستاذ الخفيف ، المرجع السابق .

(٣) د . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٧ .

(٤) د . وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر ، ١٩٧٠ ، ط ١ ، ص ١٦ .

(٥) الاستاذ الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥ .

(٦) كما عليه الحال في القانون المدني العراقي الذي اطلق على المسؤولية التعاقدية لفظاً مرادفاً لها هو (ضمان العقد) . راجع الفقرة (٣) من الفرع الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الاول من القانون المدني العراقي .

عن الاعمال غير المشروعة ، والحكم مماثل للضمان الناشئ عن الفعل النافع ، والناشئ بنص القانون .

٤٤- لكن المعنى الذي سنركز عليه في منهجنا البحثي ، هو المعنى الثاني الذي يجعل من الضمان اداة للالتزام باداء التعويض الذي نشأ في ذمة الملتزم كدين منذ قيام السبب الذي من اجله وجب عليه التعويض ، لمن هو دائن به ، وربما يكون هذا المعنى داخلاً ضمن تعريف شغل الذمة فهو تعريف شامل .

٤٥- وقد ذكر المشرع المصري كلمة (الضمان) في عدة مواد منه ^(١) ، واراد به المعنى المتقدم في قسم منها ، كالضمان في التعرض والاستحقاق والعيوب والصلاحية للعمل ، وكذلك الضمان في حوالة الحق والهبة والايجار والعارية والمقاولة والرهن الحيازي والرهن الرسمي والملكية الشائعة ، وكذلك بالنسبة للقانون المدني السوري ^(٢) ، اما القانون المدني العراقي فقد وردت فيه كلمة الضمان في مواقع عديدة ، قصد في قسم غير قليل منها المعنى الدقيق الذي نقصده من بحثنا هذا للضمان ، ولا سيما الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع كالغصب والاتلاف الذي اسرف المشرع العراقي في تنظيم احكامهما ، مواد كثيرة ^(٣) ، ومن خلالها يمكن استنباط قاعدة (كسب الملكية بالضمان) . كذلك فقد نص القانون على المعاني الاخرى للضمان في مواد اخرى متفرقة ^(٤) . ومنهج القانون المدني الاردني موافق لمنهج القانون العراقي ^(٥) ، فضلاً عن ان المشرع الاردني اقر قاعدة (كسب الملكية بالضمان) صراحة ، كما سيأتي بيان ذلك لاحقاً ^(٦) . اما القانون المدني الكويتي ، فموقفه يشابه القانون المدني المصري ، علماً انه ذكر كلمة الضمان في المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع فقط فيما يخص ضمان اذى النفس ^(٧) . اما القانون المدني اليمني فقد قصد بالضمان ، الكفالة سواء العينية او الشخصية ^(٨) ومع ذلك فقد ذكر

-
- (١) كالمواد (٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤٧، ٤٥٤، ٤٥٥، ٣٠٨، ٣١١) مدني مصري .
(٢) راجع على سبيل المثال المواد (٤٠٧، ٤٠٩، ٤١٣، ٤١٥، ٤١٧) مدني سوري .
(٣) راجع المواد (١٨٦-٢٠١) مدني عراقي .
(٤) راجع على سبيل المثال المواد (٣٧٠، ٣٧١، ٥٤٩، ٥٥٩) مدني عراقي .
(٥) راجع المواد (٢٥٦-٢٦٩، ٥٠٣، ٥٢٠) مدني اردني ، وراجع على وجه الخصوص المادة (١٠٨٥) والمواد (٢٧٥-٢٨٧) مدني اردني .
(٦) راجع ما بعده الفقرة (٥٣) وما بعدها من البحث .
(٧) راجع : الفرع الثاني من الفصل الثالث من الباب الاول من الكتاب الاول من القسم الاول من القانون المدني الكويتي ، وراجع بصورة عامة المواد (٣٧١-٣٧٣، ٤٨٢، ٤٨٦) مدني كويتي .
(٨) حيث افرد المشرع اليمني قسماً كاملاً لعقود الضمان (الوثيقة) وهو القسم الثالث من الكتاب من القانون المدني .

الضمان بالمعنى الذي ذكرناه في مواد متفرقة ^(١) ، كما انه عالج موضوع الغصب ^(٢) شأنه شأن المشرعين العراقي والاردني ، ولا يخفي ان اهم اسباب الضمان هو الغصب .

٤٦- الضمان ، وهو الذي قصدنا به ، الالتزام بدفع تعويض عن ضرر اصاب شخص نتيجة فعل او امتناع صدر من شخص اخر ، اقتضاه تصرف قانوني او واقعة قانونية او اوجبه القانون بنصوص صراحة او ضمناً . ياترى كيف يمكن لهذا الضمان ان يكون سبباً للملكية ؟ يمكن توضيح هذه الفكرة بالامثلة الآتية :

أ- غصب (س) حنطة من (ص) وقام بطحنها دقيقاً وخبزه ، فـ (س) قام بعمل غير مشروع اصاب ضرراً ، وهو اما ان يكون عينياً فيأخذ في مقابل تلك الحنطة المغصوبة ، حنطة بمثلها وبنفس مقدارها ، واما ان يكون نقدياً فيأخذ قيمة تلك الحنطة ، بحسب الوقت الذي يحدده القانون او القضاء ^(١) ، فأخذ (ص) التعويض المستحق له ، الا يكون (س) بذلك قد تملك الحنطة التي غصبها على شكلها الجديد وهو (الخبز) ؟ .

ب- اذا اتلف (ز) جزئياً شيئاً لـ (ح) ، ورجع (ح) على (ز) بالضمان ، الا يملك (ز) ما تبقى من الشيء التالف جزئياً؟ اللهم الا اذا رجع (ح) بالضمان الجزئي على (ز) واخذ الشيء منه .

ج- اشترى (ل) من (ع) شيئاً معيناً ثم باعه لـ (ن) ، ثم ظهر ان اعقد المبرم بين (ل) و(ع) باطل لاي سبب كان ، لذا يلزم رد الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فرد (ع) الثمن الى (ل) ، لكن (ل) استحال عليه رد المبيع الى (ع) ، لتمسك (ن) بقاعدة الحيابة ، لذا فأُن (ل) يلتزم بدفع تعويض مناسب لـ (ع) ، بهذا التعويض (الضمان) يعد (ل) مالكاً بأثر مستند الى يوم العقد ، للشيء الذي اشتراه من (ع) ليس بسبب البيع فهو باطل ، بل بسبب الضمان الذي صحح له تصرفه الناقل للملكية مع (ن) .

٤٧- وقد يحتج البعض على تقرير قاعدة (كسب الملكية بالضمان) باحتجاجين هما :

أ- ان تقرير هذه القاعدة يحدث اضطراباً في المعاملات ، فمن يريد شراء شيء ما -

(١) راجع : مثلاً المواد (٥٤٤ ، ٥٤٥) مدني يعني .

(٢) راجع المواد (١١٢٦ - ١١٦٠) مدني يعني .

مثلاً - من شخص ، ويرفض الاخير بيعه له وهو مايدخل في حقه استناداً الى مبدأ سلطان الارادة في العقود ، ويصر الاول ، ويرفض الثاني ، فيقوم الاول بغصب الشيء من تحت يد مالكة ثم يقوم بتغييره كي يتمسك بقاعدة كسب الملكية بالضمان ، فان نحن اقررنا هذه القاعدة قصرنا على الظلمة طريق الظلم . فالغاصب في هذا المثل لايهمه مقدار الضمان وان زاد عن حجم قيمة الشيء المغصوب ، اذا كانت له غاية محددة من ان يكون ذلك الشيء ملكه بأي ثمن . ونحن نقول ، ان هذا الاحتجاج صحيح جداً فيما لو لم تقيد القاعدة بشروط تفوت على المستغلين لها ذريعة التمسك بها لتحقيق مأربهم ، وسنرى لاحقاً كيف ان هذه القاعدة قيدها مؤسسوها الاحناف بشروط^(١) ، ناهيك عن ان مبدأ (سند الذرائع) يلعب دوراً جيداً في تطبيق القاعدة المذكورة .

ب- في الامثلة السابقة ، يكون ، عادة ، الشخص المراد الزامه بالضمان ، حائزاً للشيء المضمون ، فهو يستطيع التمسك بقاعدة الحيابة سبباً لكسب الملكية . ونحن نقول ، ان هذه القاعدة (قاعدة حيابة) وكما مر بنا ، يشترط لاعمالها شروط عامة اولاً^(٢) ، وشروط خاصة ثانياً^(٣) ، اما الشروط العامة فتتعلق بذات الحيابة اذ يجب ان تكون الحيابة ظاهرة غير خفية مستمرة غير منقطعة وغير مشوبة بعيوب كالاكراه واللبس ، اما الشروط الخاصة فتتعلق بألية التملك بها ، فهناك حسن النية والسبب الصحيح ، والا فمضى مدة طويلة مقدارها (١٥) سنة ، وهناك شروط خاصة بالعقار ، واخرى بالمنقول . ناهيك عن ان الحيابة في بعض القوانين وكما رأينا^(٤) لاتعد سبباً مباشراً لكسب الملكية . وغالباً ما تكون الحيابة سبباً لكسب الملكية دون مقابل مباشر ، والحيابة لاتفرض على شخص ملكية اجبارية ، في حين ان الضامن قد يجبر احياناً- على تملك المضمون بالضمان ، بحسب ما سنعرفه لاحقاً .

٤٨- ومثلما بينا فإن الفقه الحنفي هو المؤسس لقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، ونرى من الضروري ، قبل الخوض في مدى امكان كسب الملكية بالضمان في جميع القوانين المدنية التي يدور حولها بحثنا هذا ، ان نوضح كيف اسس الاحناف هذه الفكرة

(١) راجع في طرق التعويض : د . سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، من منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص ١٤٨ وما بعدها .

(١) راجع ما بعده فقرة (٢٢٨) وما بعدها من البحث .

(٢) راجع ما قبله فقرة (١٣) وما بعدها من البحث .

(٣) راجع ما قبله فقرة (١٩) وما بعدها من البحث .

(٤) راجع ما قبله فقرة (٢٧) وما بعدها من البحث .

الرائعة ، ولا سيما عند طرحهم موضوع الغصب ، فكيف يملك الغاصب المغصوب بالضمان عندهم؟ (١) .

٤٩- يذهب الامام ابو حنيفة (٢) الى انه اذا غصب شخص من آخر شيئاً وغيره تغييراً بسيطاً بأن كان فضة او ذهباً فضربه دراهم او دنائير او انية فان الملك بات لملكه لم يزل عنه وله الحق في استرداده متى شاء للغاصب لان العين باقية من كل وجه ، والصفة فيها غير منقوصة لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها . وقال ابو يوسف ومحمد ، ان الغاصب يملك العين وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكاً من وجه . اما اذا كان المغصوب شيئاً اخر فغيره حتى ازال اسمه او اعظم صفاته ، كأن يكون حنطة فيطحنها دقيقاً او شاة يذبحها ويشويها ، واذا غصبه ولم يغيره وانما غيبه عن ملكه حتى طالبه بالضمان ، فان كل من ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف متفقون على ان الغاصب يملك المال المغصوب بالضمان . كما انهم لم يختلفوا في وقت ثبوت الملكية للغاصب ، وهو عندهم وقت الغصب (اي وقت السبب المفضي للضمان) ، لانه وقت تملك المغصوب منه للضمان ، وذلك ليكون تملك الغاصب والمغصوب منه للمضمون والضامن في آن واحد . لكنهم اختلفوا في (٣) :

أ- صفة الملك الثابت للغاصب في المغصوب قبل اداء الضمان ، حيث ذهب كل من ابو حنيفة ومحمد ، الى التفريق بين تصرفات الغاصب ببيع المغصوب او هبته او التصرف به وقالوا بنفاذها ، وبين ان ينتفع الغاصب بالمغصوب بأن يأكله بنفسه او يطعمه غيره فقالوا : بانه لا يحل له ذلك حتى يرضى صاحبه ، لان الانتفاع بالحلال الطيب لا يكون الا بالملك المطلق ، وهذا الملك فيه شبهة العدم ، لانه حصل بسبب محذور او بالاحرى وقع محظوراً ابتداءً فلا يخلو من خبث ، هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ، ان اباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدي الى تسليط السفهاء على كل اموال الناس

(١) مراجع الفقه الحنفي بخصوص هذا الموضوع : الرشداني المرغياني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج ٤ ، مطبعة صبيح بمصر ، (دون سنة طبع) ، ص ١١ وما بعدها . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، مطبعة الجمالية ، القاهرة ، ص ١٥١ وما بعدها ، السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٤ هـ ، ص ٦٧ وما بعدها . الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٥ المطبعة الاميرية ، بولاق ، ١٣١٥ هـ ، ص ٢٢٨ وما بعدها . كذلك تجد هناك عرض جيد لهذه القاعدة ورأي الاحناف فيها في مؤلف : د . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٦ ، ورسالة السيد يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٧ وما بعدها ، ومؤلف د . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٤-١٣ .

(٢) راجع : الراشداني المرغياني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣-١٤ .

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

بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز . اما ابو يوسف فيرى انه : يحل له الانتفاع قبل ان يرضي صاحبه لان المغصوب مضمون فهو مملوك للغاصب من وقت الغصب ، فلا معنى للامتناع عن الانتفاع . وتوقيف الحل على رضا المالك الاول ، توقيف على رضا غير المالك الفعلي (١) .

ب- شرط ثبوت الملك في المغصوب ، فهو عند ابي حنيفة ، اختيار ، الضمان من قبل المغصوب منه ، اذا قبل ذلك لا يكون المغصوب ملكاً للغاصب ، بل في حكم ملكه فقط . وقال ابو يوسف ومحمد : ان اختيار المغصوب منه ليس شرطاً وان ملكية الغاصب تثبت قبل الاختيار بمجرد وقوع الغصب ، اذ في ذلك الحين يملك المغصوب منه الضمان ويملك الغاصب المضمون (٢) .

٥٠- واستدل الاحناف على تملك الغاصب للمغصوب ، وبالتالي تملك الضامن للمضمون بما يأتي (٣) :

١- ان الضمان بدل العين ، وانما يقضي به جبراً لها ، والجبران يستدعي الفوات- اي فوات العين المغصوبة من يد المالك- لان الجبر انما يكون للفائت لا للقائم ، فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملك المالك في عين ماله ليكون الضمان جبراً لما هو فائت .

٢- ان الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب او قيمته بمجرد وقوع الغصب . فلو لم نقل بزوال ملك المغصوب منه عن المغصوب لم يكن الاعتداء قد وقع بالمثل ، الاعتداء الذي سوغه الشارع بأنه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٤) ، فلزم من ذلك ملك المغصوب منه عن المغصوب وانتقال ملكيته الى الغاصب .

٣- اننا اذا قلنا ان المغصوب منه يملك الضمان لانه بدل ماله المغصوب ولم نقل بزوال ملكيته عن المضمون . لزم اجتماع البذل والمبدل منه في يده ، وهو غير جائز ، فلزم انتقال ملكية المضمون الى الغاصب وهو المطلوب (٥) .

(١) راجع : الكاساني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٣ ، والسرخسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٨ .

(٢) راجع : يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٩ .

(٣) راجع : يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٩ .

(٤) سورة البقرة/ الآية (١٩٤) .

(٥) راجع : الرشيداني المرغيباني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١-١٤ ، الكاساني ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٣ . السرخسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٧ ، الزيلعي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٨-٢٣١ .

٥١- ويمكن استنتاج بعض الامور من فكرة كسب الملكية بالضمان التي اسسها فقهاء المذهب الحنفي ، وهي :

أ- لامجال لاعمال هذه الفكرة اذا كانت العين المغصوبة او المال ضمانه باقياً لم يتغير ، ويبقى هذا التغيير ودرجته متروكاً لسلطة القاضي التقديرية ، وذلك لوجود الخلاف في تقديره عند الاحناف .

ب- ليس للضامن شأن في كسب الملكية ، فهو يجبر على تملك المضمون اذا تحققت شروطه ، بعكس المضمون له (المالك) ، فهو مخير بين استرداد ماله او تركه للضامن واخذ الضمان ، وهو عند ابي حنيفة ، كما رأينا ، شرط لثبوت ملكية المضمون للضامن .

ج- تملك الضامن للمال المضمون يسري بأثر (رجعي) مستند الى يوم حدوث السبب المفضي للضمان ، ويترتب على ذلك ، نتائج عديدة ، منها نفاذ تصرفات الضامن في العين المضمونة ، والتي ابرمها في الوقت المنحصر بين يوم السبب المفضي للضامن ويوم اداء الضمان . كذلك فان تصرفات المالك في المضمون لا تنفذ في هذه الفترة ، فهو يعد في يوم حدوث سبب الضمان صاحب حق هالك ويصبح منذ ذلك الحين مالك غير فعلي (غير حقيقي) .

د- الضامن لا يملك المال المضمون الا باداء الضمان الى المالك ، فالضمان شرط للملكية ، وكأني بهذه الملكية معلقة على شرط واقف هو اداء الضمان ، وهذا الشرط كما بينا له اثر رجعي مستند الى يوم سبب الضمان ، ويبقى حق المضمون له قائماً في ذمة الضامن حتى يؤدي الضمان الذي وجب في ذمته ، ولعل للمضمون له ، حق الاولوية في استيفاء الدين الذي بذمة الضامن والمتمثل بالضمان ، من المال المضمون ، وهذا ما جعل ابا حنيفة ومحمداً يترددان في اعطاء الغاصب جميع السلطات التي يوفرها حق الملكية للمالك ، بالرغم من انهما قررا ان الغاصب مالك للمغصوب من وقت الغصب ، فحرما على الغاصب الانتفاع بالمغصوب بعد الغصب وقبل اداء الضمان ، وكلية ثقة ان الاحناف لو كانوا يعرفون حق الامتياز المعروف عندنا اهل القانون بوضعه الحالي ، لقالوا ان المالك حق امتياز على المال المضمون وان تغير ، وذلك في استيفاء حقه في الضمان منه (١) .

(١) يقول الزيلعي (لومات الغاصب مفلساً كان المغصوب منه احق بالمغصوب من سائر الغرماء) مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٦ . راجع كذلك : د . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٤ .

٥٢- هذه هي فكرة (كسب الملكية بالضمان) على وفق ما قال بها المذهب الحنفي ، فما هو مجال تطبيقها في القوانين المدنية؟ فيما يلي محاولة للمس اطار هذه الفكرة وتحديد بصمات الفقه الحنفي بها في القوانين المدنية ، ابتداءً بالقانون الاردني الذي صرح في الاخذ بها ، مروراً بالقانون العراقي الذي اهتدى بمسلكها ضمناً ، حتى نصل الى القوانين ذات النهج الغربي البعيدة في اغلب نصوصها عن منهج الفقه الاسلامي وهي كل من القوانين المصري والسوري والكويتي . اما عن القانون المدني اليمني فلنا معه وقفة خاصة .

اولاً- القانون المدني الاردني:

٥٣- نصت المادة (١٠٨٥) مدني اردني على ان : (المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً الى وقت سببه ، ويشترط ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً) . هذا هو النص الوحيد الذي خصصه المشرع الاردني لكسب الملكية بالضمان ، وهو بالتأكيد غير كاف لاحتواء جميع احكام هذه القاعدة ، فهو لم يعالج في مضامينها ، الا اشتراط كون المضمونات بما يجوز تملكها ابتداءً ، وكون هذه الملكية تستند للضامن بالضمان الى وقت سببه ، وربما اكتفى المشرع بذلك ادراكاً منه بان احكام الفقه الحنفي سوف تسد الثغرات التي لم يسدها بالاستناد الى المادة (٢) مدني اردني ^(١) التي عدت احكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص القانون المدني الاردني ، مصدراً رسمياً ثانياً يأتي بعد التشريع .

٥٤- ويبدو على المشرع الاردني انه اقر هذا النص وعد به الضمان سبباً لكسب الملكية استكمالاً للاحكام المستمدة من الشريعة ، على حد تعبير المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، لاسيما الفقه الحنفي الذي تأثر به المشرع الى حد بعيد . فضلاً عن هذا النص ، فإن لقاعدة (كسب الملكية بالضمان) اثرأ في النصوص الاخرى من القانون المدني الاردني فعلى سبيل المثال ، تقضي المادة (٢٨٦) من هذا القانون بأنه : (١- اذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب او البدل . ٢- واذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البدل . ٣- واذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب

(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (٢) مدني اردني على انه : (فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت باحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية) ومن المعلوم ان الفقه الحنفي هو الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون .

شيئاً من ماله يخير الموصوب منه بين ان يدفع قيمة الزيادة ويسترد الموصوب عيناً وبين ان يضمن الغاصب بدله . ٤- واذا تغير الموصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان) . ففي الفقرة الاولى من المادة المذكورة ، اعطى القانون للمالك العين الموصوبة ان يختار استرداد العين التي تغيرت بنفسها ، او اخذ الضمان ^(١) عنها ، فان هو اختار الامر الاخير ، تملك الغاصب العين بدفع الضمان ، وكذلك الحال بالنسبة للفقرة (٢) ، عدا انه في هذه الفقرة لم يعط القانون الخيار الموصوب منه بين الاسترداد واخذ البديل ، بعكس الفقرة (١) التي جاءت الفقرة (٣) موافقة لها في الحكم . اما الفقرة (٤) فلا مجال لتطبيق كسب الملكية بالضمان والسبب في ذلك هو ان العين الموصوبة باقية على حالها لم تتغير ، وان تغيرت قيمتها ، وهذا ما يطابق موقف الاحناف .

ثانياً - القانون المدني العراقي:

٥٥- لامقابل لنص المادة (١٠٨٥) مدني اردني ، في القانون المدني العراقي ، ولكن مشرع هذا القانون اقر قاعدة (كسب الملكية بالضمان) بصورة ضمنية ويمكن الكشف صراحة عن مضامين بعض النصوص التي احتوت على هذه القاعدة .

٥٦- نصت الفقرة (١) من المادة (٥٤٧) مدني عراقي في شطرها الاول على انه : (١- اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري ، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري . .) ^(٢) . كيف نستخلص القاعدة من هذا النص؟ من المعروف ان عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ، وتنتقل الملكية بمجرد انعقاد عقد البيع ، اي ان ملكية المبيع تنتقل الى المشتري وملكه الثمن تنتقل الى البائع بمجرد ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقلين بقبول الاخر الموافق له ، مع مراعاة ان الشيء المعين بالنوع (الشيء المثلي) لا تنتقل ملكيته الا بالافراز كي يصبح معيناً بذاته . نفترض ان (أ) باع شيئاً لـ (ب)

(١) نقلاً عن الاستاذ د . محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٨ .
(٢) هذا النص اوردت مثله القواعد العامة في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (١٧٧) على انه : (١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه كصاحبه . ٢- فالبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) . كذلك نصت المادة (٤٢٨) على انه : (اذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد الضمان وتنتقل يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس) .

وقبض منه الثمن وقبل ان يتم قبض الشيء المبيع ، هلك في يد البائع (أ) فبموجب النص السابق ، المبيع يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الذي اصبح مالكا للبيع منذ انعقاد العقد بالرغم من انه لم يقبض بعد ، وسبب ملكية المشتري للمبيع هو عقد البيع طبعاً ، لكن لما قضى القانون بأن الشيء المبيع يهلك على البائع قبل التسليم فأن على البائع رد الثمن الى المشتري ان كان قد قبضه ، وبرده للثمن اضحى مالكا للمبيع الهالك الذي تحولت صفته من مبيع الى شيء مضمون ، ووضحت ملكية البائع له ملكية سببها الضمان . اما اذا لم يقبض البائع الثمن من المشتري فكيف يكون اداء الضمان ؟ لاسيما واننا ذكرنا ان ملكية الضامن للمضمون ملكية معلقة على شرط واقف هو اداء الضمان الذي يسري باثر رجعي وفقاً للقواعد العامة في نظرية الالتزامات^(١) . ان الضمان وان كان سبباً للملكية الضامن للمال المضمون واداءه شرطاً لهذه الملكية ، فان هذا الاداء كبقية الاداءات في مختلف النظم المعروفة في القانون المدني ، كالاداء في عقد البيع وعقد الايجار ونحوهما ، اما ان يكون اداءً مادياً او اداءً حكماً ، فالمادة (٥٣٩) مدني عراقي مثلاً ، تقرر انه : (اذا كانت العين المباعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك ، فلا حاجة لقبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك ، فلا حاجة لقبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان او يد امانة) فهذه المادة تفترض ان شخصاً غصب او استعار او استأجر او نحو ذلك ، شيئاً من شخص اخر ، اتفق الشخصان على بيع صاحب الشيء ماله لمن وضع يده عليه ، فهنا يعد الشخص الغاصب او المستعير او المستأجر ، قد استلم المبيع حكماً . وفي مثالنا الخاص بكسب الملكية بالضمان فان (ب) المشتري الذي لم يسلم بعد الثمن للبائع ، بيده الضمان المتمثل في قيمة الشيء الذي هلك بيد البائع (أ) ، لذا فانه لا داعي لقبض جديد للضمان ، ناهيك عن ان كل من (أ) و(ب) قد اصبح دائناً ومديناً للاخر ، ف (أ) دائن لـ (ب) بالثمن و (ب) دائن لـ (أ) بالضمان ، عليه فان (أ) لا يدفع الضمان لـ (ب) لوقوع المقاصة بين دينيهما (٢) .

٥٧- كذلك يمكن استخراج القاعدة محل البحث من المادة (١٨٨) مدني عراقي التي نصت على انه (اذا قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها منحير ان

(١) راجع المادة (٢٩٠) مدني عراقي ، للتفاصيل راجع د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) راجع المادتين (٤٠٨) و (٤١١) مدني عراقي .

شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار وترك الاشجار المقطوعة للقاطع ، وان شاء حط من قيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الاخرى . فلو اننا افترضنا ان صاحب الروضة اختار الضمان وترك الاشجار المقطوعة للقاطع فان القاطع يملك هذه الاشجار باداء الضمان .

٥٨- كذلك يمكن استخراج القاعدة من نص المادة (١٩٤) مدني عراقي^(١) ومن نصوص قانونية اخرى^(٢) لامجال لذكرها جميعاً في هذا البحث .

ثالثاً- القانون المدني المصري:

٥٩- يتميز القانون المدني المصري ، وهو اصل العديد من القوانين المدنية العربية ، بأنه يمثل التقنين لما توصل اليه الفقه الغربي وعلى وجه الخصوص الفقه الفرنسي فهو مستمد في غالب مواده من القانون المدني الفرنسي ، وما دمت تعلم ان قاعدة (كسب الملكية بالضمان) قاعدة اسلامية اسسها الفقه الحنفي ، لذا افلا يحق لك ان تتساءل عن ان تقرير مثل هذه القاعدة في مثل هذا القانون هو اقحام لها في مجال شائك يصعب معه اثباتها؟! فمعظم النصوص التي استخرجنا منها هذه القاعدة في نطاق دراستنا للقانون المدني العراقي ، كانت متضمنة لاحكام مستنبطة من الفقه الاسلامي ، بل على الوجه الاخص من الفقه الحنفي ، فمثلاً : نظم القانون المدني العراقي الاتلاف والغصب كصورتين من صور العمل غير المشروع الذي يؤدي الى قيام المسؤولية التقصيرية متى متوافرت شروطها الاخرى . ومن هاتين الصورتين استطعنا استخراج قاعدة الضمان سبباً لكسب الملكية ، علماً ان تلك الصورتين استقيت احكامها من الفقه الاسلامي ، لكن : هل ان المشرع المصري اعتنى بتنظيم احكام مثل هكذا صور؟ الجواب هو النفي ، لكن نظم احكام عامة للعمل غير المشروع ومنها نستطيع وضع خطوط عامة كحلول للنزاعات الناجمة عن واقعتي الغصب والاتلاف ، وهذا يعني بالتأكيد ، ان استخراج القاعدة من عموم نصوص القانون المدني المصري ، سوف يكون صعباً جداً ، ليس كما كان عليه الحال بالنسبة الى القانون المدني العراقي .

(١) وهذه المادة تقابل المادة (٢٨٦) مدني اردني ، لذا نكتفي بما اوردناه على هذه المادة في الفقرة (٥٤) من البحث .

(٢) كالمواد (١٣٥ ، ٢٠٠ ، ١٨٧ ، ١١٢٥) مدني عراقي .

٦٠- ذكرنا فيما مضى ان الضمان يأخذ صوراً ثلاثاً ، فاما ان يكون برد الشيء المضمون ان كان قائماً ، فان تغير يرد مثله ان كان من المثليات او قيمته ان كان من القيميات ، افلا يتوافق هذا القول مع نص الفقرة (٢) من المادة (١٧١) مدني مصري الذي يقرر بأنه (٢)- ويقدر التعويض بالنقد ، على انه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء طلب المضرور ، ان يأمر باعادة الحال الى ماكانت عليه ، وان يحكم باداء امر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك على سبيل التعويض) . فالتعويض هنا اما يكون رد الحالة الى ماكانت عليها وهو يشبه الضمان برد العين مادامت قائمة ، واما ان يكون مثله ان كان الشيء الفاتئ على صاحبه ، نتيجة العمل غير المشروع ، شيئاً مثلياً ، واما ان يكون بقيمة ذلك الشيء وهو التعويض النقدي وهو الاكثر ارجحية في الواقع العملي ^(١) ، ولهذا فان المشروع المصري قد جعل به الاصل العام في طريق التعويض ، فلوا ان (أ) ، اودع كمية معينة من الحنطة لدى (ب) الا ان (ب) لم يكن عند حسن ظن (أ) به ، فخان الامانة وقام بزرع الحنطة في ارضه فعندما قدم اليه (أ) ليسترد منه الحنطة (الوديعة) ، تفاجأ بهذا الامر ، فطالبه بالحنطة ، تغيرت وتغير اسمها واصبحت زرعاً ، لذا فان (ب) ملزم برد مثلها او قيمتها حسب ما يقرره القاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر (أ) ^(٢) ، وبالرغم من اننا هنا امام مسؤولية عقدية وليست تقصيرية ، لكن الحكم بالتعويض يسري على كلتا المسؤوليتين بكل اجراءاته وقواعده ، او لم ترَ ان (ب) قد تملك الحنطة التي تحولت الى زرع بالضمان المتمثل بالتعويض في القانون المصري ؟ .

٦١- المدفوع دون حق (أو دفع غير المستحق) تطبيق من تطبيقات نظرية الكسب بلا سبب ، وهي احد مصادر الالتزام الخمسة ، من الممكن ان نستنتج منها القاعدة محل البحث ، فلوا ان (أ) اعتقد خطأ ان (ب) دائن له بشيء معين بالنوع او بالذات ، ودفع الشيء الى (ب) وتم قبضه من قبل (ب) ثم تغيرت معالم ذلك الشيء ، وظهر بعد مدة لانتجاوز المدة التي حددها القانون لتقادم الدعوى الناشئة عن هذا المصدر . ان (ب) ليس دائماً (أ) فهنا يقع التزام على (ب) برد الشيء ان كان قائماً الى (أ) ، او قيمته او مثله

(١) راجع د . السنهوري ، الوجيز ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٣٨٩ وما بعدها .
(٢) نصت المادة (٢١٥) مدني مصري على انه : (اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه ، وكذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه) .

بحسب ما اذا كان الشيء قيمياً او مثلياً^(١) ، مصدر هذا الالتزام هو كسب (ب) بلا سبب على حساب (أ) ، لكن ما هو سبب ملكية (ب) لذلك الشيء الذي قبضه دون حق من (أ) والزام برد قيمته او مثله لتغير اصابه؟ اليس هو الضمان؟ وقد يرى البعض ان سبب كسب الملكية هنا هي الحيازة ، ونحن نقول انه لو كانت الحيازة هي السبب لما التزم (ب) برد المقبوض دون حق الى من دفعه اليه . وهنا يتساءل البعض ما هي فائدة البحث عن سبب ملكية لا يتمخض عنه كسب لها بالفعل؟ كما هو الحال بالنسبة للضمان في المثال السابق ، بمعنى ان (ب) رد مثل الشيء الذي قبضه او قيمته وهو وان تملك الشيء الذي تغيرت معالمه والتزم بالتعويض عنه ، لكنه لم يكتسب من تلك الملكية ميزة تجعله مالكا له بالفعل! قبل ان احاول سحب البساط من تحت من قد تتبادر الى ذهنهم هذه الحجة ، تستذكرني المقارنة بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك ، او بعبارة اخرى عقدي الاعارة ضمن الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، ونظم العقد الثاني وهو القرض ضمن الباب الخاص بالعقود التي تقع على الملكية ، والفرق بين العقدين ان عقد الاعارة (العارية) يرد على اشياء لا تقبل الاستهلاك^(٢) ينتفع بها المستعير لمدة معينة ويلتزم بردها الى صاحبها ، اما القرض ، فيرد على اشياء مثلية او نقود يلتزم المقترض عند نهاية القرض برد مثل الشيء المفترض به في مقدار ونوعه وصفته^(٣) ، هنا تكمن الحكمة من اجراء المقارنة بين العقدين ، فالعارية عقد من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء دون استهلاكه اما القرض فيعطي للمقترض الحق في استهلاك الشيء ، وهو لا يحصل الا بملكيته ، ثم يلتزم برد مثله ، ولهذا اقتصر حكمه على الاشياء المثلية دون القيمة ، ولذلك عد المشروع المصري وغيره ايضاً ، القرض عقداً ناقلاً للملكية بمعنى انه مصدر او سبب ناقل للملكية تلك الاشياء المثلية التي يلتزم بها برد مثله ، ولهذا اقتصر حكمه على الاشياء المثلية دون القيمة ، ولذلك عد المشروع المصري وغيره ايضاً ، القرض عقداً ناقلاً للملكية بمعنى انه مصدر او سبب ناقل للملكية تلك الاشياء المثلية وآلية كسب ملكية الضامن للمضمون المثلي بالضمان الذي يأخذ صورة رد مثل الشيء الهالك او المتغير؟ لا فرق في الآلية سوى آلية كسب ملكية الشيء المقترض بالقرض وارده في القانون المصري ، وآلية الكسب بالضمان غير واردة بوضوح في هذا القانون .

(١) مع مراعاة كون القايض دون حق حسن النية او سيئها . راجع : د . السنهوري ، الوجيز ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٩٤-٤٩٧ .

(٢) راجع المادة (٦٣٥) مدني مصري .

(٣) راجع المادة (٥٣٨) مدني مصري .

٦٢- كذلك يمكن استنباط قاعدة (كسب الملكية بالضمان) من نص المادة (٤٣٧) مدني مصري : (اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك يعد اعدار المشتري لتسلم المبيع) . وهذا النص يشبه نص الفقرة (١) من المادة (٥٤٧) مدني عراقي ، لذلك فأن شرحها يتكفل به الشرح السابق للفقرة العراقية (١) .

رابعاً- القانون المدني السوري:

٦٣- لاجديد هنا يمكن اضافته على ماسبق ذكره في القانون المدني المصري ، فمعظم نصوص القانون المدني السوري مطابقة للاول (٢) ، لكن ، وبما ان النصوص التي نحاول استخراج قاعدة (كسب الملكية بالضمان) منها ، نستذكرها على سبيل المثال ، فيمكن اذن ان نأتي بنص في القانون السوري لم نتطرق الى مايقابله من القوانين السابقة . فمثلاً : نصت المادة (٩٣٥) مدني سوري في شطرها الاول على انه : (اذا كان الحائز سيء النية فأنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء ...) (٣) ، وهذه المادة تفترض حقيقة ان الحائز لم يكن مالكاً ، لذا فان التزامه قائم برد الشيء الى صاحبه ، فأن هلك الشيء فهو المسؤول عن هلاكه ما دام انه سيء النية . والمسؤولية تعني الزام هذا الحائز بتعويض المالك ، والتعويض - كما ذكرنا آنفاً - تقدره المحكمة وتعين الطريقة التي يتم بها ، فقد يكون نقدياً او عينياً ، وائاً كانت طريقة التعويض ، فان الشيء الهالك سوف يدخل في ملكية الحائز بأثر مستند الى يوم نشوء سبب الضمان وهو وقت وضع اليد على الشيء بسوء نية . ان هذا الامر يظهر فائدته على وجه الخصوص ، في الهلاك الجزئي للشيء الذي يلتزم المسؤول (الحائز) فيه بدفع التعويض (الضمان) عن كامل الشيء ، فما تبقى منه يكون ملكاً للحائز بأثر رجعي الى وقت بدء وضع اليد الضامنة لذا فأن هذه الملكية - بالتأكيد - سوف تمنحه سلطاتها وهي استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به (٤) .

-
- (١) راجع ما قبله فقرة (٥٦) من البحث .
(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٧٢) مدني سوري تطابق الفقرة (٢) (١٧١) مصري والمادة (٢١٦) مدني سوري تطابق المادة (٢١٥) مدني مصري ، والمادة (٤٠٥) مدني سوري تطابق المادة (٤٣٧) مدني مصري الموافقة للفقرة (١) من المادة (٥٤٧) مدني عراقي .
(٣) يقابل هذا النص في القانون المصري المادة (٩٨٤) وفي القانون العراقي المادة (١١٦٨) . وفي القانون الاردني المادة (١١٩٦) . وفي القانون الكويتي الفقرة (٢) من المادة (٩٣٤) .
(٤) المادة (٧٦٨) مدني سوري .

خامساً- القانون المدني الكويتي:

٦٤- كذلك ، وكما عليه الحال في القانون المدني السوري ، لاجديد يضاف في مجال تطبيق قاعدة كسب الملكية بالضمان في القانون المدني الكويتي ، فالمواد (٢٤٦) ، (٢٩٣) ، (٤٧٨) مدني كويتي على التوالي ، تقابل المواد القانونية المدنية المصرية والسورية التي استخرجنا منها القاعدة محل البحث ، لذا نكتفي هنا بالاحالة الى ماتم التطرق اليه في الفقرات السابقة .

سادساً- القانون المدني اليمني:

٦٥- تعهدنا ، في بداية هذا البحث ان نفق وقفة خاصة لشرح كسب الملكية بالضمان في القانون المدني اليمني ، ويمكن استقاء هذه القاعدة بباطة من المواد (١١٢٦-١١٦٠) منه ، وهي المواد الخاصة باحكام الغصب ، لكن قبل الشروع في استخراج القاعدة المذكورة من هذه المواد ، علينا ان نلاحظ نص المادة (١١٥٦) مدني يمني الذي جاء فيه : (لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها ان كانت باقية ويعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لاحكام البيع) ، فالناظر الى هذا النص يوحى له لاول وهلة ان ينبذ صراحة الاخذ بفكرة كسب الملكية بالضمان ، لكن التمعن فيه يعطينا فكرة مغايرة تماماً عما قد يتصوره البعض في تفسير هذا النص ، فعند استعراضنا لرأي الاحناف في تقريرهم القاعدة موضوع البحث ، رأينا انهم لا يقرونها فيما لو كانت العين المغصوبة باقية على حالها ، فيجبر الضامن على ردها عيناً الى صاحبها ، مع بقاء الخيار للاخير^(١) ، لذا فان نص المادة (١١٥٦) يمني لم يغير من الامر شيئاً ، بل انه جاء موافقاً تماماً لرأي الاحناف .

٦٦- وبعد معرفة هذه الحقيقة ، نرى من المناسب ايراد بعض نصوص القانون المدني اليمني المشار الى ارقامها آنفاً ولاستخراج او محاولة استنباط القاعدة الخاصة بالضمان منها . فقد نصت المادة (١١٢٧) في شطرها الاول على انه : (يلزم الغاصب رد عين المغصوب الى مالكة ولو نقداً مالم يتلف او يستهلك فيلزمه رد مثله ان كان مثلياً او كان قيمياً ..) ، اليس في رد مثل العين او قيمتها تلك لذاتها بالضمان؟ كذلك نصت المادة (١١٣٦) يمني على انه : (اذا غير الغاصب العين المغصوبة الى غرض او الى غير غرض ،

(١) راجع الفقرة (٤٩) من البحث .

فالمالك الخيار بين اخذها مع ائرش النقص او اخذ قيمتها صحيحة باوفر القيم من يوم الغصب الى يوم التسليم ولو كان التغير الى غرض انفع فيما لا يمكن فصله) . فالمضمون له اذا اخذ قيمة العين المغصوبة وباوفر قيمها من يوم الغصب الى يوم التسليم ، فإنه بذلك ملك العين المغصوبة المتغيرة للغاصب بالضمان ، وربما تكون المادة (١١٤٣) مدني يمني خير دليل على ان القانون اليمني اعترف بعملية كسب الملكية بالضمان ، فقد نصت هذه المادة على انه : (اذا خلط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه فعليه ارجاع من جنسه ان كان مثلياً او قيمته باوفر القيم ان كان قيمياً ، وان فعل به ما يستحيل به شيئاً آخر او غير معظم منافعه فان المالك بالخيار بين استرجاعه مع إئرش النقص او اخذ قيمته موفوره وتصير العين المغصوبة للغاصب) ، فالعبارة الاخيرة تدل على تملك الغاصب للمغصوب بالضمان ، وهنا قد يحتج البعض فيقول ان العين هنا باقية لذا يعد قول البائع للعوض عنها بيع منه لها يخضع لاحكام البيع وفقاً للمادة (١١٥٦) يمني ، ونحن نقول ان بقاء العين يعني انها على حالهم لم تتغير من يوم الغصب ، وهنا العين المغصوبة تغيرت ولم تعد باقية على حالها القديم ، حتى لو افترضنا جديلاً ان التملك قد تم بالعقد فيما يخص الشطر الثاني من المادة (١١٤٣) يمني الذي فيه قبل المالك بالعوض ، فرضاه اخذ المشرع بعين الاعتبار وجعل عقد البيع سبباً للملكية الغاصب للمغصوب ، فما هو تفسيرك للشطر الاول من المادة نفسها ، وفيه لم يعط القانون اليمني الخيار للمالك في طلب استرجاع العين او اخذ العوض عنها ، فقد قرر المشرع في هذا الشطر صراحة على التزام الغاصب بضمان المثل او القيمة للمغصوب منه ، اذا خلط ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه .

٦٧- واذا كنا قد خلصنا الى القانون المدني اليمني ، شأنه شأن المدني العراقي ، قد اقر ضمناً قاعدة كسب الملكية بالضمان وعلى وجه الخصوص في احكام الغصب ، الا انه ضيق الخناق على تطبيق هذه القاعدة بحيث جعل نطاقه محدوداً ، وذلك من خلال الامرين الآتيين :

٦٨- الامر الاول : التمسك بضرورة رد العين المغصوبة الى صاحبها ، وان كان الرد صعباً جداً ، فقد نصت المادة (١١٣٤) يمني على انه (لا يحول دون رد العين المغصوبة ووجودها في داخل شيء مملوك للغاصب وان ادى الى اتلاف الشيء فيما لا يحرم اتلافه) . كما ان هذا الامر يمكن استنباطه ايضاً من نص المادة (١١٣٥) يمني الذي جاء فيه : (اذا تعذر رد المغصوب في الحال لزم الغاصب ضمانه الى ان يقبض صاحبه) . وهذا يعني ان

الضمان سوف لا يقوم بدوره في كسب الملكية طالما حكم على الغاصب برد العين المغصوبة الى صاحبها .

٦٩- الامر الثاني : تملك الغاصب للمغصوب بالضمان في الفروض التي ذكرها القانون المدني اليمني دلالة ، لا يسري بأثر رجعي مستند الى اليوم الذي حدث فيه الغصب ، بل ان لهذا التملك اثرأ فوراً مقتصرأ على يوم اداء الضمان بالمثل او القيمة ، وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة (١١٣٩) يمني : (اجازة المالك لتصرف الغاصب تجعله بمثابة تصرف جديد) ، اي انه لو تصرف بالعين المغصوبة ببيع او هبة او نحوهما ، ثم مضى وقت معين ، واجاز المالك تصرفه فان هذه الاجازة لاتسري باثر رجعي ليوم التصرف ، بل باثر فوري مقتصرأ على يوم الاجازة وهذا النص يخالف القواعد العامة في الالتزامات التي تعطي لاجازة العقد الموقوف لعدم الولاية على المعقود عليه ، او العقد القابل للابطال لنفس العلة ، اثرأ رجعيأ مستندأ الى التاريخ الذي تم فيه العقد^(١) . وبهذا الخروج عن القواعد العامة ، قرر المشرع اليمني ان الغاصب وان كان يملك المال المغصوب بالضمان لكنه لا يملكه باثر رجعي بل باثر فوري ، والا فما هي الحكمة من منع المالك في ان يتصرف في ملكه ؟ هذا التصرف الذي اباحه الاحناف لتمسكهم بالاثر المستند للضمان المكسب للملكية^(٢) . كذلك فان عدم سريان ملكية الضمان للمضمون الى وقت ما قبل اداء الضمان تؤكد المادة (١١٤٢) يمني التي نصت على انه : (لا يملك الغاصب ما اشتراه بالعين المغصوبة او بقيمتها) . فاذا غصب شيئاً وقايضه مثلاً بشيء اخر ، فإنه لا يملك الشيء المقايض به بالمقايضة بالرغم من ان المقايضة عقد من العقود الناقلة للملكية .

٧٠- ان عدم تمسك المشرع اليمني بالاثر المسند (الرجعي) للضمان في كسب الملكية يرتب نتائج معاكسة لتلك النتائج التي تترتب على كسب الملكية بالضمان في القوانين المدنية الاخرى ، التي تفرض قواعدها العامة بالتمسك بالاثر الرجعي للشرط الواقف ، وهذا ما سنبحث الحديث عنه لاحقاً بمشيئة الله تعالى^(٣) .

(١) راجع المادة (٢٠١) مدني يمني ، تقابلها المواد (١٣٩) مدني مصري) ، (١٤٠) مدني سوري) ، (١٣٦) مدني عراقي) ، (١٧٥) مدني اردني) ، ولامقابل في القانون المدني الكويتي ، لكن المادة (١٧٩) منه تتضمن ما يفيد ذلك ، كذلك راجع المادة (٥٣٠) مدني يمني .
(٢) راجع فقرة (١١١) وما بعدها من البحث .
(٣) راجع فقرة (١١١) وما بعدها من البحث .

الفصل الثاني
أوجه الشبه بين كسب الملكية
بالحيازة وكسب الملكية بالضمان

الفصل الثاني

اوجه الشبه بين

كسب الملكية بالحيازة وكسب الملكية بالضمان

٧١- تقتضي المقارنة بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، التطرق الى نوعين من الالوجه ، اوجه اختلاف بين السبيين واوجه شبه بينهما ، وغالياً ما تكون اوجه الاختلاف بين امرين ، متعلقة بحالات بهما ، اما اوجه الشبه فهي عامة شاملة لكليهما ، لان البحث في اوجه الشبه يعني اشتراك الامرين في صفات عامة تجعل منهما متوافقين فيها . فياترى ما هي الالوجه العامة التي يتشابهان فيها الضمان والحيازة ؟ .

٧٢- ذكرنا ان بحثنا هذا مقتصر على التفريق بين الحيازة والضمان في ساحة كسب الملكية فحسب ، وهنا نجد انفسنا امام تساؤلين يجيب عنهما كل من الحيازة والضمان بالجواب نفسه ، وهما : لماذا كسب الملكية بالضمان والحيازة؟ وماهية اثر الكسب بهذين السبيين؟ والاثار الرجعي (جواب التساؤل الثاني) وهذا ما سنبحثه في المبحثين الآتين على التوالي ، علماً ان هذين الوجهين للشبه بين الحيازة والضمان ، من الالوجه العامة بينهما ، فقد يحصل هناك في التفاصيل او بعضها بعض الاختلاف بينهما او بأحدهما في قانون عنه في قانون آخر ، لكن تبقى العلة العامة لكسب الملكية بالضمان والحيازة هي استقرار المعاملات ، ويبقى الاثر العام لهما هو الاثر الرجعي .

كما ان يد الضمان ، تعد سبباً للضمان ، وهي تستدعي - بالتأكيد- وضع يد- (حيازة) - على شيء معين ، عليه فان (يد الضمان) تعد وجهاً ثالثاً من الالوجه العامة للشبه بين كسب الملكية بالحيازة والضمان ، لذا فأننا سنضيف مبحثاً ثالثاً في هذا الفصل نتناول فيه الشرح بيد الضمان .

المبحث الاول

استقرار المعاملات

٧٤- معلوم ان المعاملات المالية لا يهدأ لها استقرار مالم تكن هناك ثقة متبادلة بين المتعاملين ، هذه الثقة هي التي تدفعني وتدفعك الى شراء ساعة - على سبيل المثال- من شخص دون ان تطلب منه مستنداً يؤيد فيه بأنه مالك لها ، او يأتي بشاهدين تثق بهما ليشهدا ان الساعة ملكه ، وهذا لا يستقيم ابداً مع الحركة السريعة التي تتسم بها دورة التعامل بعد ان اصبحت في العديد من صورها تجارية ، ولا ريب ان مثل هذه المعاملات تتسم بالائتمان (الثقة) والسرعة في التداول ، هذا التداول الذي لا يقف عند حد المثال الذي ضربناه اعلاه ، بل يجاوز ذلك الى معاملات ضخمة لاتنهض لها نهضة مالم تتم بالسرعة الملائمة وبالثقة العالية (الائتمان) وبصورة مرنة غير جامدة وبعيدة عن الشكليات (١) .

٧٥- لكن كيف يسهم كل من الضمان والحيازة في استقرار التعامل المالي؟ سواء أكان مدنياً أو تجارياً . نضرب فيما يلي ثلاثة امثلة للتوضيح :

أ- غصب (س) شيئاً ما من (ص) ثم باعه لـ (ن) ، وكان (ن) لا يعلم بأن (س) يبيع ملك غيره ، فالقانون اذا ملّك (س) المغصوب واستندت الملكية الى يوم الغصب ، فإن (س) يكون قد تصرف في ما يملك وبهذا نكون قد حمينا الغير حسن النية وعملنا بحمايته الى استقرار التعامل .

ب- في المثال السابق نفسه ، فإن (ن) اذا حاز الشيء الذي اشتراه من (س) وكانت حيازته بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه الى سبب صحيح ، فإنه يملك ما يحوزه بالحيازة ، او تعد حيازته للشيء قرينة قانونية قاطعة حسب مذاهب القانون المختلفة . وذلك فيما لو لم تتوافر شروط كسب الملكية بالضمان ، كأن يعطي الخيار لـ (ص) المغصوب منه بين استرجاع الشيء او اخذ بدله فيختار استرجاع الشيء . وبتمليك (ن) الشيء المنقول بالحيازة فأنا نحقق نوعاً من الاستقرار في التعامل .

(١) د . سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التجاري ، ج ١ ، المكتب العربي بمصر ، ١٩٧٩-١٩٨٠ ، ص ٦-٨ .

ج- مات (س) وترك أخاً وأبناً غائباً لا يعلم عنه احد اي شيء ، فالوارث هنا الأخ ، لعدم وجود الابن ، فلو افترضنا ان هذا الاخ تصرف في ما ترك له ، الى (ن) ، ثم مرت مدة معينة وظهر الابن (ص) ، الا يعد الاخ وارثاً ظاهراً؟ اذا ان الابن يحجب على وفق قواعد الميراث الشرعية ^(١) ، فا اردنا للمعاملات الاستقرار وجب علينا ان نحمي الغير حسن النية وهو (ن) ، ونملكه الاموال بالحيازة ، او نصحح تصرفه مع الوارث الظاهر ، بأخذ الضمان من الاخير ^(٢) .

٧٦- هذه بعض الفروض العملية لدور كل من الحيازة والضمان في استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية ، لكن الم تر في ان هذه الفروض اقتصرت على المنقولات دون العقارات؟ لاشك في ان المضي قدماً نحو تحقيق تعامل مستقر لا اثر له في تصحيح التصرفات المنصبة على العقارات ، لوجود الشكلية التي الزمها القانون لانعقاد التصرفات القانونية الواردة على العقارات ^(٣) . وهنا يذكر بعض الفقهاء ^(٤) بمناسبة عرضه لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) في القانون المصري ان (المفروض ان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح ، فباع له غير المالك منقولاً فلم تنتقل اليه الملكية بالبيع لانه صادر من غير المالك . . فهل يبقى مشتري المنقول حسن النية معرضاً مدة معينة مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي؟ لم ير القانون الفرنسي القديم ان يجعل مشتري المنقول في مركز مشتري لعقار ، اذ ان المنقول على خلاف العقار يقتضي السرعة في التعامل ، ويصعب في المنقول فحص اصل ملكية البائع ، اذ المنقول كثير التنقل من يد الى يد ، ويحسب مشتريه ان يراه في يد البائع حتى يطمئن الى انه يتعامل مع المالك . ومن ثم اذا ظهر ان بائع المنقول لم يكن هو المالك ولم تنتقل الملكية الى المشتري بالبيع ، فانها تنتقل بحيازة المشتري للمنقول ، اذا كان وقت الحيازة حسن النية اي يعتقد ان البائع هو المالك ، وبذلك يكون المشتري ، بمجرد حيازة المنقول على هذا الوجه بمأمن من ان يرفع

(١) راجع : د . احمد علي الخطيب ، موجز احكام الميراث ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٧٨ ، ط ٣ ، ص ٢١٢ .

(٢) للمزيد من التفاصيل عن الوارث الظاهر ، راجع : د . محسن عبد المجيد ابراهيم البنية ، نظرية الوارث الظاهر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ ، ص ١٢ وما بعدها .

(٣) راجع المادتين (١١٢٦-١١٢٧) مدني عراقي ، والمادة (١١٤٩) مدني اردني ، والمادة (٨٩٠) مدني كويتي .

(٤) د . السنهوري ، الوسيط ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١١٦ .

عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ، ولا يضطر ان يبقى حائزاً للمنقول طوال خمس سنوات كما يضطر الى ذلك مشتري العقار فيما رأيناه في التقادم المكسب القصير (١) . . وتملك المنقول الحياة . . امر يقتضيه ، لاسرعة التعامل في المنقول فحسب ، بل ايضاً استقرار التعامل فيه ، وبدون هذه القاعدة يصبح في المنقول محفوفاً بالمخاطر ، فينبغي اذن لمن يشتري منقولاً من غير المالك وهو يعتقد انه المالك ، ان يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه واذا لم تنتقل اليه الملكية بالبيع فانها تنتقل بالحياة) .

٧٧- لكن يجدر بالذكر ، ان هناك بعض المنقولات اشترطت بعض القوانين لانتقال ملكيتها شكلية معينة ، فقد اشترط قانون المرور العراقي ذو الرقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ المعدل في الفقرة (٥) من المادة (٥) منه تسجيل المركبات لامكان نقل ملكيتها وذلك في دائرة المرور ، كما اشترطت المادة (٢) من قانون تعديل تسجيل المكائن ذي الرقم ٥٦ لسنة ١٩٥٢ ، تسجيل الماكينة عند بيعها والا فأن البيع يعد باطلاً لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون (٢) .

٧٨- استقرار التعامل ، كان هدفاً رسخته نظريات الفقه الفرنسي المستمدة من القرارات التي اصدرتها المحاكم الفرنسية بشأن الاوضاع الظاهرة ، والاوضاع الظاهرة على نوعين (٣) :

أ- فهي اما ان تكون معبرة عن مركز قانوني هو نتيجة واقعة قانونية توافرت بها شروط تطبيق قاعدة قانونية تمنح لصاحب هذا المركز حقاً او سلطة او ولاية ، هذا الشخص له صفة تسمح له بمباشرة وممارسة السلطات والمكنات والمزايا التي يقررها القانون لهذا المركز ، او بعبارة اخرى هذا الشخص له صفة في حياة هذا المركز (٤) .

ب- او انها تعبر عن مباشرة شخص لمكنات ومزايا مركز ليس له ، اي انه ليس ذا صفة في حياة هذا المركز ، فحياة المركز لا تستند الى القانون وانما الى الواقع . وانعدام

(١) راجع فقرة (٢٨) من البحث .

(٢) راجع : د . جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مطبعة دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٩ ، ص ٧٩ .

(٣) د . نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٤-٥ .

(٤) والحياة التي اليها ليست الحياة التقليدية التي هي عبارة عن السيطرة على شيء مادي وانما تشير الى حياة الحق اي مباشرة المزايا والمكنات التي يمنحها هذا الحق .

الصفة يرجع الى انه تطبيق القانون على وجهه السليم على الواقعة كما حدثت بالفعل ، لا ينشئ هذا المركز القانوني الذي يغتصب شخصاً معيناً اياه ومكانه ، فالامر اذن يتعلق باغتصاب صفة ، اي حيازة مزايا ومكناات مركز قانوني لم ينشأ ، وعدم وجود المركز القانوني قد يكون لان القانون على وجهه السليم لا ينشئه ، او لان الواقعة كما حدثت لا تتوافر فيها شروط تطبيق القاعدة القانونية التي تنشئها ^(١) ، بعبارة اخرى ان صاحب المركز الفعلي يغتصب حيازة صفة معينة ويباشر مكناات ومزايا مركز ليس مستنداً في هذا الى تفسير غير سليم للقانون او الى تصوير غير صحيح للواقعة التي حدثت بحيث يكون الظاهر هو المركز الفعلي الذي يخالف الحقيقة ، مما يؤدي الى مواجهة حاسمة بين صاحب المركز الفعلي (صاحب الوضع الظاهر) وصاحب المركز القانوني من جانب ، وبينهما وبين الغير (المتصرف اليه) المستفيد من تصرف صاحب الوضع الظاهر من جانب آخر ، سيما وان الاخذ بالظاهر لا ينطوي دائماً على اهدار ومخالفة لقاعدة قانونية اذ قد يكون صاحب المركز الفعلي حسن النية ^(٢) .

٧٩- والظاهر الذي يهمننا في دراستنا هو النوع الثاني الذي عرفه البعض ^(٣) ، بأنه المحسوس الخالف للحقيقة والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون ويمكن تصور هذا الوضع الظاهر للحقيقة في الحيازة والضمان ، في حالة انعدام او بالادق عدم قيام اثرهما المكسب للملكية ، فهذا حائز للشيء تبين من بعد ذلك انه غير مالك له ، فعليه ارجاع الشيء الى ماله الحقيقي لكنه تصرف بالشيء قبل ذلك ، فهو صاحب وضع ظاهر مخالف للحقيقة ، وآخر غاصب للشيء باعه لثالث ، ثم ابى ماله الا ان يسترجعه ، فهذا الغاصب صاحب وضع ظاهر مخالف للحقيقة القانونية .

٨٠- وينبغي ملاحظة ان الوضع الشاذ الذي ينتج عن عدم كسب الملكية بالحيازة او الضمان ، والذي يسمى (بالوضع الظاهر) ، ينشأ عنه ليس فحسب مواجهة بين صاحب الحق وصاحب الوضع الظاهر ، بل مواجهة بين صاحب الحق والشخص الذي تصرف مع صاحب الوضع الظاهر ، فالى جانب من ينتصر القانون؟ ان قواعد القانون تقتضي ، بصورة

(١) د . نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص ٥ .

(٢) راجع : المستشار فتحيه قرة ، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهر ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، (بلون سنة طبع) ص ١١ . كذلك راجع رسالة السيد عدنان ابراهيم سرحان ، الاوضاع الظاهرة ، مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، عام ١٩٨٦ ، ص ١٠ .

(٣) نقلاً عن : د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤ .

عامة ، في هذه المسألة يبطلان او عدم نفاذ التصرف الصادر من صاحب الظاهر . اي ان القانون ينتصر لصاحب الحق . لكن الواقع المتنوع والالانهائي في تفاصيله ، يقدم من الفروض العلمية ما يثير العديد من المشاكل ، فالغير قد يكون حسن النية لا يعلم بوضع المتصرف الظاهر ، او قد يكون محيطاً بان المتصرف يستند في تصرفه الى سند قانوني ، كأن يكون حكماً قضائياً اكتسب الدرجة القطعية ، لكن ابطل فيما بعد لاستناده الى سند مزور ، على سبيل المثال ، فهل أن العدالة تسمح باهدار حقوق الغير؟ هذا هو الصراع المطلوب حسمه بين صاحب الحق من جهة وبين الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر من جهة اخرى .

٨١- لقد قيل ان الحقيقة هي الواقع الذي يقره ويكرمه ويحميه القانون ، إذن الحقيقة هي المشروعية كما يصورها بعض الفقهاء^(١) فهي عبارة عن المراكز التي تنشأ وتظل في حدود القانون ، وتعني ضرورة احترام القانون من قبل الجميع ، وفي جميع الاحوال ، فهي كل لا يتجزأ ولا يقبل التبعيض ، مهمها كانت قوة الواقع الذي يقف في طريقها ، وهي تسعى اساساً لحماية الحقوق المكتسبة ، وتفضيل مصلحة الغير الحسن النية يعني اهدار حق الملكية الذي هو محل احترام النظام القانوني الذي يعتبره حقاً دائماً مطلقاً . عليه فأن نظرية المشروعية تنتصر لجانب صاحب الحق ، وهذه النظرية تمثل التيار الفردي الكلاسيكي الذي يقيم النظام القانوني على اساس نشاط الفرد ومصالحه وحقوقه المكتسبة ، ويواجه هذا التيار تيار اخر حديث له بصماته على القانون المعاصر ، وهو التيار الاجتماعي الذي يهتم بالمجتمع ويجعل القانون في خدمته ، هذه الخدمة لا تنسجم وتطبيق القانون تطبيقاً جامداً ، بل يجب تطبيقه تطبيقاً مرناً يؤدي الى خدمة الواقع المتنوع وصولاً منه الى تحقيق العدالة التي تقضي بحماية الغير الذي تعامل بحسن نية مع صاحب الوضع الظاهر ، كما ان القانون يسعى الى تحقيق هدف آخر قد يكون اهم من العدالة وهو الامان والاطمئنان الذي يؤدي الى استقرار المعاملات الاقتصادية في المجتمع فضلاً عن حماية الاوضاع المستقرة المتمثلة بالحقوق المكتسبة ، اذن فالأمان في المجتمع فضلاً عن حماية الاوضاع المستقرة المتمثلة بالحقوق المكتسبة ، اذن فالأمان يثار في موضعين^(٢) فيجب توفير الامان للاوضاع المستقرة اي للحقوق المكتسبة للأفراد ، وكذلك يجب توفيره

(١) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٦ .

للاوضاع المتحركة (اي التعامل) التي توجب حماية الغير الحسن النية الذي يتعامل مع الظاهر، وبما ان توفير الامان للحقوق المكتسبة يتمثل في تحقيق المصالح الخاصة للأفراد، وتوفير الامان يتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فأن اي تعارض بين الوضعين يؤدي بنا الى الانتصار للمصلحة العامة، مثل هذا الاعتبار يبدو اكثر إلحاحاً في المعاملات التجارية حيث الحاجة الماسة الى الائتمان والسرعة (١).

٨٢- ان القانون لم يفته ان يأخذ الواقع في اعتباره وفي حالتين اساسيتين هما التقادم المكتسب وحيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح، ففي الحالتين الامر يتعلق بمركز واقعي وهو وضع اليد على منقول او عقار، ويتحول المركز الواقعي الذي هو وضع ظاهر الى مركز قانوني بشرط توافر حسن النية والسبب الصحيح في حالة المنقول، والتقدم القصير بالنسبة للعقار، وهذا بالنسبة للقوانين التي لم تشترط التسجيل ركناً في التصرف الناقل للعقار، او عدم التسجيل شرطاً لتملك العقار بالحيازة بحسن نية وسبب صحيح مع التقدم المكتسب القصير، كالقانون المدني المصري، اما القوانين المدنية الاخرى فلا بد من ان يكون العقار المراد تملكه بالتقدم القصير غير مسجل في الدائرة الخاصة بالتسجيل العقاري.

٨٣- اما الضمان فان تملك الضامن للمضمون بالضمان بأثر رجعي سيصحح حتماً تصرفه مع الغير الحسن النية، وهذا ما يؤكد دور قاعدة (كسب الملكية بالضمان) في استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية، وهو ما تهدف اليه نظرية (الوضع الظاهر)، لكن ما هو الاساس القانوني للوضع الظاهر؟ وما هي شروطه؟ فيما يلي نتناول باختصار الاساس القانوني وشروط الوضع الظاهر:

أولاً: الاساس القانوني للظاهر:

٨٤- ان البحث في الاساس القانوني للظاهر يبدو، لاول وهلة، صعباً لسببين (٢):

١- ان الظاهر، وهو حيازة صفة بغير اساس من القانون، يمكن ان يقع مساساً بأي حق من الحقوق بغير تمييز بسبب نوع الحق او طبيعته. والحق الذي يتلقاه الغير من صاحب

(١) راجع فقرة (٧٤) من البحث، كذلك راجع رسالة السيد عدنان سرحان، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠.

(٢) د. نعمان جمعة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩.

الظاهر يماثل الحق المعتدي عليه في طبيعته ونوعه وبالتالي فإن المطلوب هو تأسيس حق الغير ، الذي قد يمتد الى كل نوع من انواع الحقوق بغير تمييز . ولا يخفى على احد صعوبة العثور على اساس قانوني واحد يمكن ان تستند اليه كل الحقوق التي يمكن للغير ان يحصل عليها استناداً الى الظاهر .

٢- ان المطلوب تأسيسه عبارة عن نتيجتين متعارضتين ، هما فقد صاحب الحق لحقه واكتساب الغير لهذا الحق ، فقبل كسب الغير للحق لا بد ان يخرج من ذمة صاحب الحق ، ولو ان النتيجتين كانتا اثرًا لتصرف واحد ، لا يمكن العثور على اساس مشترك ، ولكن الحال هنا مختلف حيث يكتسب الغير الحق كأثر لتصرف تم بينه وبين شخص اخر هو غير صاحب الحق ، ومن ثم فان اساس كسب الغير للحق لا يمكن ، او على الاقل لا يكون دائماً هو اساس فقد صاحب الحق لحقه .

٨٥- ان الفقه يؤسس الظاهر على نوعين من الاسس ، الاول : ينسب فيه الى صاحب الحق ، والنوع الثاني ، ينسب فيه الاسس الى الغير ، وفيما يلي بحثهما على التوالي :

الفقرة (١) الأسس التي تنسب الى صاحب الحق .

٨٦- هذه الاسس تنقسم الى قسمين الاول ويستند الى إرادة صاحب الحق والثاني يدور حول فكرة المسؤولية المدنية لصاحب الحق :

٨٧- أ) ارادة صاحب الحق : هذا الاساس يضم فكرتين ، فكرة النيابة وفكرة الصورية :

(١) النيابة- بموجب هذه النظرية ، فان صاحب تصرف الظاهر يعتبر قانونياً ، على اساس ان هذا الشخص نائب عن صاحب الحق ، اياً كان مصدر هذه النيابة ^(١) ، وقد رفضت هذه النظرية من اساسها ، فالتائب في جميع الاحوال هو شخص يتعرف لمصلحة ولحساب الاصيل ، وفكرة الظاهر تتضمن تصرف صاحب الوضع الظاهر لحسابه ومصلحته ، ولا تتجه ارادته ، بطبيعة الامور ، الى تمثيل مصلحة صاحب الحق ، بل ان تصرفه بالضرورة ، هو ضد مصلحة صاحب

(١) د . نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٣٣ . رسالة السيد عدنان سرحان ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ وما بعدها .

الحق ، والالتزامات والحقوق المنبثقة عن التصرف تكون باسم صاحب الظاهر ، كل ما هناك ان صاحب الحق يتحمل في النهاية اثار التصرف لان الحق موضوع التصرف يخصه هو (١) .

(٢) الصورية - يؤسس بعض الفقه الظاهر على الصورية ، وهي تصرف قانوني اتجهت الارادة فيه الى عدم ترتيب كل آثاره (٢) . وهي تلتقي مع الظاهر في حماية الغير ، اي من تعامل على اساس الوضع الظاهر (٣) . وفي الصورية يوجد شخص يحوز صفة او مركزاً ليس له ، بيد انها لا تتضمن دائماً مركزين متعارضين واغتصاب لصفة ، كما انها تختلف عن الظاهر في ان احكام الظاهر - وفقاً للقضاء الفرنسي - هو محسوس استقر ضد مصلحة صاحب الحق دون علمه او رغم ارادته ، بينما الصورية تعني اتفاق صاحب الحق وصاحب الظاهر على التصرف الصوري الذي يوهم الغير على خلاف الحقيقة ، اي ان صاحب الحق يعلم بالوضع الظاهر ويرضى به ، بل وقد ساهم في وجوده (٤) . ومن ناحية اخرى فان تطبيق احكام الصورية لا يرتبط بتوافر الغلط الشائع الذي هو شرط ضروري لقيام الظاهر ، فكل ما يطلب لها هو حسن نية الغير (٥) .

واذا كانت الصورية تنفق في بعض الوجوه مع احكام الظاهر لاسيما في حماية الغير حسن النية ، الا انها لا تصلح اساساً للظاهر ، فالظاهر مجاله اكثر اتساعاً وفروضه اكثر تعدداً ، فيعد ظاهراً ولا يدخل في فكرة الصورية حالات كثيرة مثل الوارث الظاهر والمالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي والوكيل الذي انتهت وكالته . . الخ (٦) ، ولا يعقل تأسيس حكم على حكم قانوني آخر اضيق منه مجالاً ، وما الصورية الا تطبيق تشريعي لفكرة الظاهر (٧) .

(١) للتفاصيل راجع ، المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٩ .

(٢) للتفاصيل راجع : الاستاذ د . السنهوري ، الوجيز ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٧٩ وما بعدها .

(٣) المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨ .

(٤) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٦ . د . محسن عبد الحميد البنية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٦ .

(٥) رسالة السيد عدنان سرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٥-١١٦ .

(٦) رسالة السيد عدنان السرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٦ .

(٧) المرجع السابق ، ص ١١٧-١١٨ .

٨٨-ب) المسؤولية المدنية لصاحب الحق : تذهب هذه النظرية الى ان صاحب الحق هو الذي تسبب في ظهور الوضع الظاهر ، وهذا التسبب ادى الى حدوث ضرر للغير ، وخير تعويض لهذا الضرر هو تصحيح التصرف ونفاذه لصالح الغير ، فالعقد الصوري هو من صنع صاحب الحق ، والوارث الظاهر ما كان ليظهر امام الكافة بأنه صاحب الحق الا لأن الوارث الحقيقي قد اهمل في تسليم نصيبه في التركة والمحافظة عليه ، والغير ما كان يخدع في صفة الوكيل الا لأن الموكل قد اساء الاختيار او اعطى توكيلاً على بياض . . . الخ (١) . وحتى لو كان الفعل الصادر من صاحب الحق لا يوصف بالخطأ ، الا أنه تسبب في احداث الضرر الذي اصاب الغير في عدم نفاذ تصرفه القائم مع صاحب الظاهر ، مما يوجب مساءلته على اساس تحمل التبعة (٢) .

٨٩- ان المسؤولية لاتصلح اساساً للظاهر ، اذ ان نقطة البداية في المسؤولية المدنية تكمن في وقوع ضرر محقق يستوجب تعويضه ويكون التعويض مساوياً تماماً لمقدار الضرر ، فلو انتهينا الى ان المسؤولية المدنية هي اساس احكام الظاهر فأين الضرر المحقق وما هو التعويض وما مقداره؟ لو اجيز التصرف المبرم مع الغير استناداً الى الظاهر لكان ذلك تفادياً لضرر محتمل بالنسبة الى الغير وليس تعويضاً لضرر محقق اصابه ، فقبل تطبيق الظاهر نكون بصدد تصرف مهدد بالابطال او عدم النفاذ ، والتهديد بالابطال او عدم النفاذ لا يمكن اعتباره ضرراً محققاً ، وبعد حكم الظاهر يتصحح التصرف يكون قد زال احتمال الضرر وحتى لو افترضنا انه ضرر محقق ، فلا يوجد تعادل الزامي بين الضرر والتعويض ، فقيمة الضرر الذي يترتب على ابطال التصرف قد تزيد وقد تنقص على الفائدة التي يجنيها الغير نتيجة لأعماله ، والعلة في ذلك واضحة ، فالظاهر لا يهدف الى جبر الضرر وانما الى حماية الثقة في التعامل (٣) .

فقرة (٢) الاسس المتعلقة بالغير :

٩٠- تبحث هذه الاسس عن اساس تصحيح التصرف الصادر من صاحب الوضع الظاهر ، فذهب بعض الفقهاء (٤) ، الى ان حسن نية الغير هو اساس حمايته ، وهذا الرأي

(١) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨ . د . محسن عبد الحميد البنية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٤ .

(٢) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨ . المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣-٢٢ .

(٣) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤١-٤٢ .

(٤) نقلاً عن المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦ .

غير مقبول على اساس ان حسن النية هو شرط من شروط الوضع الظاهر وليس اساساً له ، كذلك ذهب بعض الفقهاء ^(١) ، الى تأسيس حماية الغير على فكرة الغلط الشائع تأثيراً منهم بالفكرة السائدة في الفقه الروماني (الغلط الشائع يولد الحق) ^(٢) وهذه الفكرة لاتصلح اساساً لحماية الغير ، لان الغلط الشائع يعد شرطاً من شروط الوضع الظاهر . ويذهب البعض ^(٣) الى ان حماية الغير الحسن النية الذي تعامل مع الظاهر هو امر تقتضيه العدالة ، وقد رد على هذا الرأي بالقول ان حماية صاحب الحق المكتسب هو ايضاً امر تقتضيه العدالة ^(٤) .

٩١- وقد اسس الفقيه (ايمانويل ليثي) حماية الغير على فكرة الثقة المشروعة ، اذ ان انتقال الحق لايعتمد بالاساس على ارادة صاحبه وارادة من انتقل اليه ، بقدر اعتماده على قبول المجتمع له وثقته به ، فارادة الغير في كسب الحق مشروعة لانه تلقاها نتيجة تعامله مع ظاهر مستقر جدير بثقة المجتمع فيه ، وثقة المجتمع في الظاهر تكون مشروعة ان كانت مبررة وتستند الى واقع جدير بهذه الثقة . ويقول (ايمانويل ليثي) ان الحق ^(٥) هو ذلك الذي نعتقد انه الحق . ولم تلق هذه النظرية ايضاً قبولاً في الفقه لان الثقة المشروعة ليست سوى وصف قانوني تحليلي للعقود التي يجب ان تحيط بالظاهر وتحده ، وبالتالي تبقى الحاجة الى اساس قانوني مستند الى الظاهر في حمايته للغير ، ويؤسس جانب كبير من الفقهاء ^(٦) حماية الغير على المصلحة العامة ، اذ ان تصرف صاحب الوضع الظاهر قد ادى الى ظهور تنازع بين حقين ، الحق المكتسب وحق الغير ، والحق المكتسب يمثل المصلحة الخاصة لصاحبه ، في حين ان حق الغير يتعلق بفكرة استقرار المعاملات في المجتمع ، هذا الاستقرار هو مصلحة المجتمع ككل ، لذا فإنه من الجدير تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ^(٧) . وهذا الرأي هو الذي نرجحه .

(١) نقلاً عن : د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٣ .

(٢) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٤ . المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦ .

(٣) المرجعان السابقان ، كذلك راجع ، رسالة السيد عدنان سرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٥ .

(٤) رسالة السيد عدنان سرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٦ .

(٥) نقلاً عن : د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٥ .

(٦) نقلاً عن المرجع السابق ، ص ٤٦ .

(٧) رسالة السيد عدنان سرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٤ وما بعدها .

ثانياً/ شروط الوضع الظاهر او بالادق * شروط تصحيح تصرف صاحب الظاهر مع الغير)

٩٢- يقيم بعض الفقهاء ^(١) الوضع الظاهر على ركنين ، مادي ومعنوي ، والركن المادي يتصل بصاحب الوضع الظاهر ، اما الركن المعنوي فيتصل بالغير او بصفة عامة بالاغيار ، والركن المادي هو عنصر او مجموعة العناصر اللازمة للمركز الفعلي لصاحب الظاهر ، سواء لوجوده او للاستدلال عليه ، فالمركز الفعلي مواز للمركز القانوني ، ومن ثم فهما يتشابهان في عناصر الوجود او في الممارسة او في كليهما ، بعبارة واضحة اكثر ، المركز القانوني للمالك قد يستدل عليه بعقد شراء صحيح وكذلك ممارسة المالك لمكثات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ^(٢) ، اما المركز لفعلي للمالك الظاهر فعناصره قد تكون عبارة عن عقد بيع باطل او مزور او تم فسخه . . الخ ، او تكون عبارة عن ممارسة مكثات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ، اما الركن المعنوي الظاهر ، فهو الجانب الادبي الذي يبرر وضع يد الغير ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم حسن النية ، ويضيفون عليه شرطاً آخر هو الغلط الشائع ، ثم يتكرر اختلافهم في تعريف هذا الغلط ، ثم يرجع قسم كبير منهم ويرد مفهوم الغلط الشائع الى الركن المادي الظاهر ^(٣) .

٩٣- نحن لانتفق مع هذا الجانب من الفقه في تقسيمه اركان الظاهر الى قسمين ، مظاهر الاختلاف بيننا وبينهم تبدو في النقطتين الاتيتين :

أ- ليس من الصحة في شيء القول بـ (اركان الوضع الظاهر) لاننا لانبحث في هذا المجال فيما ينصب عليه الوضع الظاهر ، بل من اختصاصنا البحث عن تصحيح التصرف الذي ابرمه صاحب الظاهر مع الغير ، لذا كان الافضل القول بشروط هذا التصحيح او على الاقل شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر .

ب- بما اننا نبحث عن الشروط التي بها يصح التصرف الصادر من صاحب الظاهر ، فأنه من الخطأ ان نقول (اركان) لان الركن ما بني عليه الشيء ويدخل في ماهيته ^(٤) .

(١) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٩ . المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٥ ، السيد عدنان سرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٥ .

(٢) د . نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٥٩ .

(٣) للتفاصيل راجع رسالة السيد عدنان السرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٧ .

(٤) راجع في الفرق بين الركن والشروط ، د . مصطفى الزلي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء الفقه الاسلامي ، مطبعة اسعد ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ٢٨ .

وليس كل من المركز الفعلي للظاهر وحسن نية الغير ووقوعه في غلط شائع ، امراً يدخل في ماهية التصرف الذي ابرم بين صاحب الظاهر والغير . لذا فمن الاصح ان نقول (شروط تصحيح التصرف الذي ابرمه صاحب الظاهر مع الغير) وهذه الشروط هي :

١- المركز الفعلي لصاحب الظاهر ، وقد سبقت الاشارة اليه ومعالجة ماهيته في الفقرة (٩٢) آنفاً .

٢- ان يكون المتعامل مع صاحب الظاهر من الغير ، وهو لا يكون كذلك الا اذا كان اجنبياً عن التصرف او الواقعة التي أنشأت الوضع الظاهر وعن اطراف هذه الواقعة او ذلك التصرف ، فلا يعد غيراً من ساهم في وجود التصرف او الواقعة التي أنشأت الوضع الظاهر او من كان خلفاً عاماً لصاحب هذا الوضع او استقراره وليس خلفاً عاماً لصاحب الوضع الظاهر ولم يكن ممثلاً له او ممثلاً به في خصوص هذا الوضع (١) .

٣- حسن نية الغير ، وقد اختلف الفقهاء (٢) في تحديد مفهومه ، وربما يكون المفهوم الانسب له ما ذكره البعض (٣) من انه ، يتمثل في قصر الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون وليس يلزم تحقيق الالتزام بالفعل ، فقد يقصد الشخص احترام القانون ثم يؤدي سلوكه الى مخالفته سواء لعدم ادراكه لكل الوقائع او لجهله بحكم القانون ومن ثم يكون سوء النية هو قصد مخالفته للقانون اي الخروج عليه ، وهو موقف عمدي يدخل فيه الغش وقصد اضرار ، ولكن لا يدخل فيه الخطأ وصوره من اهمال وعدم احتياط وما الى ذلك ، فاذا انتفى عن الغير سوء النية بهذا المعنى تحقق فيه المقصود بحسن النية في هذا الصدد ، فالغير حسن النية هو الشخص يرغب في ابرام تصرف معين يسعى من خلاله الى الحصول على حق او ميزة معينة وقد انعقد عزمه على عدم الخروج على حكم القانون ، ثم انه يتعامل مع غير ذي صفة قانونية بالنسبة الى الحق موضوع التصرف ولكنه لا يعلم بانعدام الصفة ، لذلك فان نظرية الوضع الظاهر تتدخل لحمايته مما تقتضي به القواعد من عدم الاعتداد بهذا التصرف لصدوره من غير ذي صفة عن طريق تصحيح هذا العيب (٤) .

(١) المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨ .

(٢) المستشار فتيحة قره ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٣) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٨ وما بعدها .

(٤) المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨ .

٤- الغلط الشائع، وقد اختلف الفقهاء ايضاً في تحديد مفهومه، ولكن البعض (١) يرى شأن الغلط الشائع ان مرجعه الى الركن المادي (او بالاصح الشرط الاول)، فان كانت العناصر المكونة لهذا الركن في المركز الظاهر متقنة وقريبة الشبه بالعناصر التي يتكون منها المركز القانوني، كان غلط الغير فيها من الغلط الشائع، أما اذا كان زيغها ومخالفتها للحقيقة واضحاً وملموساً لم يدخل الغلط فيها في المقصود بالغلط الشائع. والتفرقة بين الظاهر المتقن والظاهر المكشوف، معيارها موضوعي ينصب على سند الظاهر ويعتمد على قواعد القانون التي تحكم مثل الوضع الظاهر وعلى العرف المألوف في التعامل، فالوارث الظاهر يعد ظاهرة متفشية اذا كان قريباً الى المتوفي في درجة تسمح بالتوارث (٢).

٥- ان يكون التصرف الذي ابرمه صاحب الظاهر مع الغير من قبيل المعارضات والحماية- كما يذكر البعض (٣) - هنا استثنائية ولا محل لاضفائها على من يكتسب بغير مقابل، فمن يناجز لدفع مغرم يفضل على من يناجز لجلب مغنم.

٩٤- اذا توافرت الشروط السابقة، صُح تصرف صاحب الظاهر، وغلبت مصلحة المجتمع في استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية، على مصلحة صاحب الحق المكتسب بالرغم من انه قد يكون، بجانب الغير ضحية للوضع الظاهر.

٩٥- لكن اين الحيابة والضمان في كل ذلك؟ لا يوجد من بين الشروط السابقة كون الغير حائزاً للشيء الذي تلقاه من صاحب الظاهر، كذلك ليس من بينها وجوب تضمين صاحب الظاهر لمصلحة صاحب الحق، وهنا تجلب الذكرى اننا عاجلنا مصلحة الغير (الضحية الاولى)، ولكن مازلنا اما ضحية اخرى تتمثل بصاحب الحق، او ليس من الاجدر حمايته هو ايضاً؟.

٩٦- ان عدم اشتراط الحيابة شرطاً لتصحيح التصرف الصادر من صاحب الظاهر، هو ان الغير قد يكون غير حائز للشيء محل التصرف، فربما يكون الغير قد تصرف بهذا الشيء او استهلكه، لذلك اقتصر الفقه الفرنسي على اشتراط حيابة صاحب الظاهر لصفة ليست له يظهر بواسطتها وكأنه صاحب الحق. وهذه الحيابة، بالتأكيد تختلف عن الحيابة

(١) د. نعمان جمعة، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٣.

(٢) المستشار فتحة قره، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩.

(٣) د. نعمان جمعة، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨.

محل البحث ولا نرى ان عدم اشتراط حيازة الغير يثير اية مشكلة لكن الحقيقة تكمن في امرين :

الاول/ نظرية الوضع الظاهر تكسب الغير الحق على الشيء محل التصرف ، ولكن هذا الامر مرتبط بتوفير جميع الشروط التي ذكرناها آنفاً ، وكان من ضمن هذه الشروط ، كون التصرف المبرم بين الغير وصاحب الظاهر من قبيل المعلومات كالبيع والاجازة ونحوها ، بمعنى ان تصرف صاحب الظاهر لو كان من قبيل التبرعات المحضة ، فان الغير لا يكسب الحق على الشيء محل التصرف ، ويلتزم برد الشيء ان كان باقياً الى صاحبه ، اما اذا تغير فإنه ملزم برد البديل سواء مثل الشيء او قيمته ، (ولعلك فهمت ما اقصده ، وسأشرح به فيما بعد) .

الثاني/ اذا توافرت جميع شروط تصحيح تصرف صاحب الظاهر بما فيها كون هذا لتصرف من قبيل المعاوضات ، واكتسب الغير الحق على الشيء مقابل المعاوضة التي دفعها لصاحب الظاهر . الا يجدر بنا ان نراعي مصلحة صاحب الحق مثلنا راعينا مصلحة الغير حسن النية؟ ومراعاة مصلحته لا تقوم لها قائمة ، الا برجوعه على صاحب الظاهر بتلك المعاوضة فهي من حقه ، وهي التي قامت مقام الشيء الذي كان يملكه ، والذي تصرف به الظاهر ، مما ادى الى تغييره وتعلق به حق الغير ، فصاحب الظاهر ملزم برد البديل سواء مثل الشيء او قيمته ، (ولعلك ايضاً فهمت ما اقصده ، وها انا اصرح بما اقصد في الفقرة الآتية) :

٩٧- الا يكون الضمان بحق هو سبب كسب ملكية الغير للشيء المتغير اذا كان التصرف تبرعاً وسبباً لكسب ملكية صاحب الظاهر للشيء اذا كان تصرفه مع الغير بعوض؟ وملكية الاخير للشيء بأثر رجعي مستند الى وقت حدوث وضع يد صاحب الظاهر على ملك صاحب الحق ، اي وقت بدء حيازته للشيء والتي صححت تصرفه المعاوض للغير وكأنما يتصرف بملك نفسه؟ وبهذا يحل الضمان الذي اسس فكرته ، كسب لكسب الملكية ، الفقه الحنفي ، محل الظاهر في كسب ملكية كل من الغير وصاحب الوضع الظاهر ، للشيء ، وبهذا يكون الفقه الاسلامي ، بمذهبه الحنفي الاسبق في تحقيق استقرار المعاملات وحماية الغير الحسن النية .

٩٨- مع كل ما ذكرناه في الفقرة السابقة ، يبقى ان نلاحظ على ما ذكر فيها ثلاث ملاحظات :

٩٩- الملاحظة الاولى : قلنا ان التصرف المبرم بين صاحب الظاهر والغير الحسن النية اذا كان بعوض ، فأن التصرف يصحح اذا توافرت الشروط الاخرى للتصحیح ، ليكسب الغير الحسن النية الحق على الشيء الذي تلفاه من صاحب الظاهر ، بموجب نظرية الوضع الظاهر على رأي (الفقه الفرنسي) او بموجب العقد المبرم بينه وبين المتصرف في ملك الغير (صاحب الظاهر) الذي تملك الشيء بالضممان بأثر رجعي والذي أصبح بهذا التملك ، انما يتصرف ملكه ^(١) . وقلنا ان التصرف المبرم بين الغير وصاحب الظاهر اذا كان تبرعاً ، فلا مجال لتطبيق نظرية الوضع الظاهر ، فلا يكسب الغير الحق على الشيء ، وللمالك استرجاع الشيء من يد الغير لان (درء المفاسد اولی من جلب المنافع) ^(٢) ، اما بموجب ما قرره الفقه الحنفي فان المالك يرجع الى الغير بذات الشيء ان كان باقياً على حاله لم يتغير ، اما اذا اصابه التغير فيرجع عليه بالضممان ، وبه يكسب الغير الحق على الشيء المضمون بالضممان وبأثر رجعي . لكن ما لحكم اذا كان ذلك التصرف بين المعاوضة المحضة والتبرع المحض ، كأن يكون تبرعاً بعوض بسيط؟ .

١٠٠- الجواب على هذا التساؤل يرد عليه الدور الاحتياطي الذي يلعبه الظاهر باعتباره مصدراً للحق ، اذ لا يُعتد الظاهر بدوره هذا ما لم تنفذ كل الوسائل المتاحة لحل التعارض بين الحق المكتسب لصاحب الشيء ، وحق الغير الحسن النية ^(٣) ، وهذا ما يؤيده ان الظاهر بدوره المكسب للحق ، هو استثناء على القواعد العامة التي تنتصر لصاحب الحق ، لذا يجب تفسيره في اضيق الحدود والقاعدة القانونية المعروفة تقول : « ما ثبتت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » لذا من غير المقبول قياس التبرع بعوض على تصرفات المعارضة المحضة فالهبة بعوض - مثلاً - لا تقاس على البيع ، للاختلاف بينهما ^(٤) عليه فانه اذا وهب صاحب الوضع الظاهر الشيء الى الغير حسن النية بعوض ، فانه لا مجال لتطبيق نظرية الاوضاع الظاهرة ، عليه فان للمالك الرجوع على الغير بالشيء وما على الغير الحسن النية الا الرجوع بالعوض على صاحب الظاهر ، اما اذا كان الشيء قد تغير فيرجع المالك اما على الغير بالقيمة او المثل ، ثم يرجع بالعوض على صاحب الظاهر ، واما ان

(١) وهذا هو موقف الفقه الاسلامي في المذهب الحنفي .

(٢) المادة (٨) مدني عراقي ، والمادة (٤) مدني يمني .

(٣) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٧ .

(٤) راجع لغرض بيان الاختلاف بين البيع والهبة بعوض ، مؤلف د . جعفر الفضلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٧ .

يرجع المالك الى صاحب الظاهر بالضمان ، فيملكه الشيء به بأثر رجعي ، ولارجوع للاخير على الغير الحسن النية ، لأنه رضي بأن يهب الشيء الذي دخل في ملكه باثر رجعي الى الغير بالعوض الذي قبضه وهذا ما تقتضي به قواعد الفقه الاسلامي بمذهبه الحنفي (١) .

١٠١- الملاحظة الثانية : سبق ان ذكرنا انه بالامكان ان تحل نظرية الفقه الحنفي بخصوص (كسب الملكية بالضمان) محل نظرية الفقه الفرنسي بخصوص (الوضع الظاهر) ، بهدف استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية . لكن لا ترى ان هذا الامر يقتصر على حالة ما اذا كان صاحب الظاهر (او الشخص المتصرف في ملك غيره) سيء النية يعلم انه يتصرف في ملك الغير؟ مما يعني ان يده اثناء قيامه بالتصرف كانت على الشيء المتصرف به في ملك الغير؟ مما يعني ان يده اثناء قيامه بالتصرف كانت على الشيء المتصرف به يد ضمان ، وهذه اليد تختلف عن يد الامانة ، فهي ضامنة في جميع الاحوال سواء هلك الشيء الذي تحتها بتعد او بدون تعد من صاحبها ، بعكس يد الامانة التي لاتضمن الا اذا تعدى صاحبها (٢) ويد صاحب الظاهر (الشخص الذي تصرف في ملك الغير) او كما يسميه الفقهاء المسلمون (القضولي) (٣) ، تكون يد ضمان اذا حاز صاحبها الشيء بقصد تملكه (٤) ، او كما عرفناه في بحثنا الموسوم (تحول اليد) ، والذي لم

(١) راجع في نفس المعنى : الكاساني مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٥ . والسرخسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٨-٩٩ .

(٢) يعد القانون المدني العراقي ، القانون الوحيد الذي نظم مفهوم يد الامانة ويد الضمان والضمان ووضع لهما حكماً في المادة (٤٢٦) منه التي نصت على انه : (اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد وان كانت اليد يد امانة هلك الشيء على صاحبه) .

(٣) وقد اخذ بهذه التسمية الدالة على التصرف في ملك الغير ، القانون المدني العراقي في المادة (١٣٥) .

(٤) نصت المادة (٤٢٧) مدني عراقي على انه :- (١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لابقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك ٢- وتتقلب يد الامانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه) . للتفاصيل راجع : د . سليمان محمد احمد ، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ط ١ ، ص ٥٤ ومابعدها . (ويلاحظ ان قانون المواد المدنية والتجارية القطري ذي الرقم (٦) لسنة ١٩٧١ ، قد نقل نصاً مواد المدني العراقي الخاصة بيد الامانة ويد الضمان ، والمنصوص عليها في المواد (٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨) عراقي ، واقرها في مواد (١٩٢ ، ١٩٣ ، ١٩٤) .

يظهر الى النور بعد ، هي اليد على ملك الغير نيابة عنه والتي يستخدم صاحبها على الشيء ، بغير حق ، سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف^(١) ويعد صاحباً ليد ضمان بصورة خاصة ، الغاصب والسارق وخائن الامانة والمحتمل (النصاب) والوكيل الذي انتهت وکالته وهو يعلم بانتهائها ونحو ذلك مما يدل عليه التعريف اعلاه (٢) .

١٠٢- اما اذا كانت يد صاحب الظاهر على الشيء يد امانة ، وهنا يكون حائزاً للشيء بوصفه نائباً عن المالك^(٣) ، فإنه لا يضمن الا اذا تعدى ، فاذا تصرف في ملك الغير تتحول يده الى يد ضمان ، فيضمن الشيء للمالك ، ومع ذلك فإنه لا يضمن في حالتين :

أ- اذا كانت يده امانة بالمفهوم المحدد اعلاه ، ولكن خرج الشيء من تحت يده بدون تعد منه ، فالمالك ضمن الغير ، فان شاء تضمين صاحب يد الامانة فللاخير ان يرجع على الغير بالضمان ، فالغير هنا سيء النية ويده على الشيء يد ضمان^(٤) .

ب- اذا حاز صاحب اليد الشيء يقصد تملكه ولكن بحسن نية ، فيده لا تكون في هذه الحالة يد ضمان ، وانما يد امانة استثناء على المفهوم المحدد لهذه اليد اعلاه^(٥) ، وذلك لان صاحبها (وهو صاحب الظاهر) حسن النية لا يعلم انه يعتدي على ملك غيره ، ومن التطبيقات البارزة لهذه الحالة ، تطبيقان هما : دفع غير المستحق ، والوارث الظاهر : نتناولهما باختصار :

١٠٣- (١) دفع غير المستحق/ ان الشخص الذي يستلم غير المستحق له تكون يد امانة اذا كان حسن النية لا يعلم عند تسلمه الشيء انه ملزم برده^(٦) ، وتستمر اليد امانة باستمرار حسن النية ، على الرغم من ان صاحب اليد يحوزه باعتباره مالكا له ، ويمتلك ما إستفاده من الشيء ولا يلزم بضمان الشيء وزوائده الا من اليوم الذي يصبح فيه سيء

(١) عرف بعض الفقه يد الضمان بأنها كل يد على ملك الغير استوجب القانون ضمانها . (د . ليلي عبد الله سعيد ، بحثها ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، مجلة دراسات الاردنية (علوم الشريعة والقانون) ، المجلد ٢٣ ، العدد ١ ، ١٩٩٦ ، ص ٢٢) .

(٢) راجع في هذا الشأن : بحث د . ليلي عبد الله سعيد ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(٣) راجع المادة (٤٢٧) مدني عراقي ، وراجع : د . سليمان محمد احمد ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٦ .

(٤) د . سليمان محمد احمد ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(٥) راجع : بحث د . ليلي عبد الله سعيد ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨ .

(٦) راجع في الحكم المعطى لهذه الحالة في القوانين المدنية وقارن بين احكامها : (م/١٨٥ مصري) ، (م/١٨٦ سوري) ، (م/٢٣٣ عراقي) ، (م/٢٦٧ كويتي) ، (م/٣٢٥ يمني) ، علماً ان القانون المدني الاردني لم يميز كون القابض دون حق حسن النية او سيئها ، راجع - م/٢٩٦ مدني اردني) .

النية ، فعلى الرغم من ان الحائز في هذه الحالة يحوز مال الغير بنية تملكه الا ان يد امانة على الشيء ويتملك الزوائد ما دام حسن النية لا يعلم بتعديه على مال الغير ^(١) .

١٠٤- فلو افترضنا ان القابض لغير المستحق الحسن النية ، تصرف بالشيء الذي قبضه للغير وكان هذا الغير حسن النية كذلك ، فهنا يثار التعارض لابن حقين فحسب بل بين ثلاثة حقوق ، هي حق المالك الحقيقي ، وحق الغير الحسن النية ، وحق القابض لغير المستحق الحسن النية . في هذه الحالة يختلف حكم (نظرية الوضع الظاهر) عن نظرية (كسب الملكية بالضممان) ، فنظرية الوضع الظاهر ، متى ما توافرت شروط تصحيح تصرف صاحب الظاهر ، تقتضي بتصحيح هذا التصرف ونفاذه في مواجهة المالك ، ويرجع المالك على صاحب الظاهر ببطل الشيء وقت الرجوع ، لان مصلحة المجتمع في استقرار التعامل وحماية حسني النية ، مفضلة على مصلحة الفرد في حقوقه المكتسبة ^(٢) ، بشرط ان تحقق شروط المقبوض دون حق ^(٣) . اما نظرية (كسب الملكية بالضممان) فلا دور لها يذكر في هذا المجال ، لان القابض دون حق حسن النية لا يضمن الشيء ولا ثماره ولا زوائده ، الا من الوقت الذي يصبح سيء النية ، ففي هذا الوقت يلزم هذا القابض ، برد الشيء على ماعليه في هذا الوقت الى صاحبه ، فان تصرف به ، فعليه رد مثله او قيمته مقدرة باليوم الذي اصبح فيسه سيء النية .

١٠٥- (٢) الوارث الظاهر/ الفروض العملية المتصورة للوارث الظاهر وللموصى له الظاهر عديدة ومتنوعة ، فقد تستقر اموال التركة او جزء منها في ذمة شخص ثم يظهر فيما بعد مانع من موانع الميراث ، مثل قتل الوارث للمورث ^(٤) ، او يظهر من هو اقرب للمورث ويحجب الوارث الاول ، كما لو كان المتوفي متزوجاً في بلد اجنبي وانجب طفلاً لم يظهر وقت توزيع حصيلة التركة ، وقد يحكم بوفاة المفقود وتوزيع امواله على ورثته ولا يحصل على نصيب في تركة مورثه ثم يتضح انه على قيد الحياة فيما بعد ، في الوقت الذي يكون ورثته او شركاؤه في تركة المورث قد تصرفوا في المال ، وقد يتلقى الموصى له

(١) راجع بحث د . ليلي عبد الله سعيد ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨ .

(٢) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥ .

(٣) وهي كون المدفوع شيئاً غير واجب في الذمة ، وان يقع الدفع نتيجة غلط (التفاصيل راجع : د . حسن علي الذنون ، اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٣٢٢) .

(٤) موانع الميراث الشرعي الاسلامي (القتل واختلاف الدين والرق) . (راجع : د . احمد علي الخطيب ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧١) .

المال الموصى به وبعد ان يتصرف فيه يتضح ان الوصية باطلة او مزورة او ملغاة بوصية لاحقة ظهرت بعد تصرف الموصى له الاول في المال الموصى به ، وقد يظهر بعد توزيع التركة ، دائن المتوفي يستغرق دينه اموال التركة او بعضها وبعد ان يكون الوارث قد تصرف في ميراثه (١) .

١٠٦- فاذا طبقنا نظرية الوضع الظاهر ، فان الغير الحسن النية يكتسب الحق ، مما يعني ان هذه النظرية كلفت الحماية لهذا الغير ، ولكنها لم تكفل الحماية للوارث الظاهر فالزمتة باعادة الشيء او قيمته الى الوارث الحقيقي ، ولاهمية هذا الموضوع وتعلقه بموضوع وضع اليد والضمان ، نعالج بعض الاحكام المتعلقة به في القانون المدني المصري ثم نشير الى مايقابلها في القوانين المدنية الاخرى .

١٠٧- نصت المادة (٣٣٣) مدني مصري على انه : (اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه ، فلا تبرء ذمة المدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء او عادت عليه منفعة منه ، ويقدر هذه المنفعة ، او تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (فالوارث الظاهر ، هنا يكون حائزاً للدين وبالتالي يكون الوفاء اليه مبرئاً لذمة المدين حسن النية (٢) . ويقابل هذا النص في القوانين المدنية : (المواد (٣٣١) سوري (٣٨٤) عراقي (٣) ، (.) كويتي (٤) ، (٤١١) يمني (٥) ، ولا مقابل في القانون الاردني) .

١٠٨- ونصت المادة (٨٩٧ مدني مصري) على ان : (دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على اموال التركة ، لايجوز لهم ان يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الاموال وانما لهم الرجوع على الورثة بسبب اثرائهم) . وهذا النص يطبق نظرية الظاهر تطبيقاً مباشراً (٦) ، لانه

(١) المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٢ .

(٢) د . نعمان جمعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٢ .

(٣) وقد ذكرت هذه المادة صراحة (الوارث الظاهر) حيث نصت على انه (اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء او تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر) .

(٤) نصت هذه المادة على انه (اذا كان الوفاء لغير الدائن ، فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء او عادت عليه منفعة منه ويقدر هذه المنفعة او تم الوفاء بحسن نية لشخص ظاهر بمظهر الدائن) .

(٥) اشترط القانون اليمني عدم وجود توافق بين حائز السند والموفي .

(٦) المستشار فتيحة قره ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٤ .

يقضي بحماية حسن النية الذي تعامل مع الوارث الظاهر ، فهو يمنع الدائن العادي ، الذي لم يظهر دينه قبل توزيع التركة ، من الرجوع على الغير حسن النية حقاً عينياً من الوارث الظاهر على مال من اموال التركة ، وهو يعد وارثاً ظاهراً لأنه وفقاً لقاعدة (لاتركة الا بعد سداد الديون) ^(١) ، ليس له حق ارث على الجزء من نصيبه اللازم لسد ديون المورث ، وبالتالي فقد تصرف في مال ليس له حيث كان يجب رصد لسداد هذا الدين ^(٢) . ويقابل النص المذكور في القوانين المدنية المادتان : (٨٥٨ سوري) ، (١١٠٧ اردني) ، (لامقابل في القانون المدني الكويتي والمدني اليمني لهذا النص) فقد ترك كل من هذه القوانين امر تنظيم احكام التركة للشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة التي ليس لنا علم بها ، وكذلك فعل مشرع القانون المدني العراقي ، لكنه في خصوص شرحنا لنص المادة (٨٩٧) مصري ، اورد نصاً مخالفاً له ^(٣) .

١٠٩- بما سبق يتضح ان الوارث الظاهر تكون يده على ما آل اليه من التركة يد امانة مادام حسن النية لا يعلم بوجود الوارث الحقيقي الذي يحجب عنه الميراث ^(٤) . ولا ارى مانعاً من تطبيق احكام (قبض غير مستحق) . على حكم الوارث الظاهر الحسن النية ، لاشتراك العلة في حكم كل من الحالتين ^(٥) . ولكن الوارث الظاهر قد يستفيد من دور الحيازة في كسب الملكية ، كما سنرى ذلك في موضع لاحق من البحث ^(٦) .

١١٠- اما بالنسبة الى الملاحظة الثالثة : على اعتبار سبباً لكسب ملكية الغير للشيء الذي تلقاه من غير المالك بتصرف بغير عوض ، وعلى اعتباره سبباً لكسب ملكية الشخص المتصرف في ملك غيره (صاحب الظاهر) للشيء المتصرف فيه بعوض وبأثر رجعي مستنداً الى يوم بدء وضع يده على الشيء بسوء نية ، يتضح التلازم بين الحيازة والضمان خاصة فيما يخص المنقول ، الذي يتصف بسرعة تداوله ، اذ ان حيازة المنقول

(١) راجع التعريف بهذه القاعدة : د . احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية ، ج ٢ ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ٥٦ وما بعدها .

(٢) د . نعمان محمد خليل ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٢١ .

(٣) حيث نصت المادة (١١٠٧) مدني عراقي على انه (١- لدائني التركة العاديين وللموصي لهم ان يلاحقوا استيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير او رتب عليه حقوقاً عينية .

٢- ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين فاذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم ، الا اذا كان التصرف قد صدر توطؤاً مع الغير للاضرار بهم) .

(٤) راجع بحث د . ليلي عبد الله سعيد ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨ .

(٥) راجع مثل هذا الرأي : د . محسن عبد الحميد البنية ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٧ .

(٦) راجع فقرة (١٨٢) وما بعدها من البحث .

بحسن نية وبسبب صحيح تعد سبباً لكسب الملكية في بعض القوانين ودليلاً قاطعاً عليها في بعضها الآخر، في ضوء ما مر بنا سابقاً، أما حيازة المنقول بسوء نية فهي لا تلعب هذا الدور في الملكية مالم تقترن بمدة التقادم المكسب الطويل وهي (١٥) سنة دون توقف أو انقطاع وهذا شط صعب جداً، لذا امكن القول، بأن الضمان هنا يأتي فيعزز دور الحيازة، فيكسب الحائز سيء النية المال الذي بحوزته ملكية هذا المال بالضمان، وبأثر رجعي، وبهذا يتضح مدى اتفاق، أو بالأصح توافق كل من الحيازة والضمان في استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية.

المبحث الثاني

الآثار الرجعي (المستند)

١١١- الاصل ان لاحكام القانون والتصرفات القانونية ، اثرأ فورياً مقتصرأ على يوم نشر القانون او نفاذ التصرف ، دون ان يكون اثره سارياً على ما قبله من وقائع ، والا اصبح له اثر رجعي . والاثر الرجعي يفترض وجود امر معلق على امر اخر ، يتوقف الامر الاول ولا يتحقق حكمه الا بتحقيق الامر الاخر ، بحيث انه لو تحقق هذا الاخير عاد حكم الامر الاول الذي تحقق بتحقيق الاخر الى الوقت الذي ينشأ فيه ذلك الامر . والامر المعلق عليه يسمى الشرط التعليقي ، وهو يختلف عن الشرط التقييدي في ان الاخير يضاف الى العقد بتغير بعض احكامه العامة ، مثال ذلك ، ان يقول شخص لآخر ابيعك داري هذه بمبلغ قدره كذا على ان اظل ساكناً فيها ستة اشهر ^(١) . اما الشرط التعليقي فيعرف بانه امر مستقبلي غير محقق يعلق عليه نشوء الحق او زواله ^(٢) ، وقد نقل بعض الفقهاء ^(٣) عن الفقهاء المسلمين تعريفهم لهذا الشرط بانه (ربط حصول امر بحصول امر اخر) . وقد عالج مشرؤو القوانين المدنية الشرط التعليقي ضمن الباب الخاص بأوصاف الالتزام ، بالرغم ان الشرط التعليقي لا يقتصر على تعليق الحقوق الشخصية ، بل انه ممكن ان يعلق الحقوق العينية بما في ذلك حق الملكية ^(٤) .

١١٢- والشرط التعليقي ، اما ان يكون واقفاً او فاسخاً ، فالشرط الواقف يتوقف عليه نشوء الحق ، اما الفاسخ فالحق فيه ناشئ لكنه معرض لخطر الزوال متى ما تحقق هذا الشرط ^(٥) .

١١٣- يذهب بعض الفقهاء ^(٦) الى ان مصدر الشرط هو الارادة ، فالملتزم هو الذي يتفق مع الملتزم له ان يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف او على شرط فاسخ ، بل ان الشرط

-
- (١) د . حسن علي الذنون ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣ .
(٢) د . عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، دار الكتب ، الموصل ١٩٨٠ ، ص ١٥٨ .
(٣) الاساتذة : الحكيم والبكري والبشير ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٨ .
(٤) د . السنهوري ، الوسيط ج ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٣٦ .
(٥) د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٢-١٤٦ .
(٦) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٣ .

قد يكون مصدره ارادة الملتزم وحدها اذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الارادة ، فالمملتزم بارادته المنفردة ، كما يلتزم التزاماً منجزاً خالياً من اي شرط ، يملك كذلك ان يعلق التزامه على شرط ، واقفاً كان الشرط او فاسخاً ، على ان هناك اوضاعاً قانونية يذهب بعض الفقهاء الى انها معلقة على شرط مصدره القانون ، ويسوقون من الامثلة على ذلك الوصية ، فهي كما يقولون ، تصرف قانوني معلق بحكم القانون على شرط واقف هو ان يعيش الموصى له بعد موت الموصي ، ويقولون كذلك ان حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو ان يموت المورث قبلهم ، كذلك ان حق الشفيع في المشفوع فيه يقولون انه ايضاً معلق على شرط واقف هو اعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة . على ان الشرط الذي يفرضه القانون في الامثلة المتقدمة وامثالها ليس شرطاً بمعناه الصحيح ، فالشرط امر عارض لا يلحق الحق الا بعد تكامل عناصره ، فيضاف اليه ، ويمكن تصور الحق بدونه ، وانما هو وضع معين يقرره القانون ، ويرتب عليه نتائج معينة ، وليس له اثر رجعي وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء (١) .

١١٤- كما ان صاحب القول المتقدم يميز بين نوعين من الحق ، الحق المشروط والحق الاحتمالي (٢) ، فالوصف في الحق المشروط امر عارض (٣) يلحق الحق بعد تكامل عناصره ، اما الوصف في الحق الاحتمالي فامر غير عارض ، ذلك ان الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري . والشرط اذا تحقق في الحق المشروط كان لتحقيقه اثر رجعي على الوجه الذي سيبيح تفصيله ، اما اذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهري الذي ينقصه فاصبح حقاً كاملاً ، فيصبح حقاً كاملاً دون اثر رجعي ، ومن ثم بوجود الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهري ، لامن وقت الحق الاحتمالي (٤) .

١١٥- ونحن اذا اخذنا بالقول الذي ذكره صاحبه في الفقرتين اعلاه سيقودنا الى

(١) الاستاذ الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٣) ان الشرط امر عارض يعني - حسب ما ذكره صاحب المرجع السابق بنفس الإشارة - انه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط امراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف اليه بعد تكوينه ، ويمكن تصور قيام الحق بدونه ، فالشرط - اذن - باعتباره امراً عارضاً ، قد لا يوجد ، وهو اذا وجد فالحق يصبح موصوفاً ، واذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك ، لانه استكمل عناصره ، ويكون حقاً غير موصوف اي حقاً بسيطاً منجزاً .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٥ .

الاعتراف بامرین اثنين هما :

أ- اذا قيدنا الشرط بان مصدره الارادة فحسب ، فلا مجال لدراسته هنا ، لان كل من الحيازة والضمان يكسب الملكية المعلقة على شرط غير ارادي مصدره القانون مما يعني ان الحق الناشئ للحائز او للضمان قبل تحقق شرط ثبوت الملكية لهما هو حق احتمالي .

ب- ان اعتبار الحق الذي يتمتع به كل من الحائز والضمان قبل تحقق شرط ثبوت الملك لهما ، حقاً احتمالياً ، يعني ان هذا الحق بثبوت الملك يصير حقاً كاملاً باثر فوري وليس باثر رجعي .
فما هو الحل إذن ؟ .

١١٦- يعرف الشرط بصورة عامة ، بأنه : ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته ، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولكن يلزم من عدمه وجود ذلك الحكم (١) . فمثلاً نقول : ان كسب الملكية بالضمان يتوقف على اداء الضمان فهل يوجد هناك اي حق للضامن على المال المضمون قبل اداء الضمان؟ او نقول : ان كسب ملكية العقار بالحيازة يتوقف على مضي المدة (التقادم) ، فهل يوجد هناك اي حق للحائز على العقار قبل مضي هذه المدة؟ بالتأكيد لا يوجد اي حق لاي من الضامن والحائز قبل تحقق الشرط ، وربما كان حق كل منهما احتمالياً على الشيء وهنا تتفق مع صاحب الرأي المتقدم في ان كسب الملكية بالحيازة والضمان ، لا يوصف بأنه حق لاي من الحائز والضامن معلق على شرط واقف لكن هل تعلم ماذا يعني هذا بموجب ما ذكره صاحب هذا الرأي؟ انه يعني ان الملكية المكتسبة مؤلفة نفسه في جزء اخر ، ان للحيازة مع التقادم اثرأ يرجع الى الوقت الذي بدأت فيه الحيازة وليس اثرأ فورياً مقتصرأ على وقت التمسك بالتقادم او اكتمال مدته (٢) .

١١٧- مما تقدم يتضح لنا ان الملكية المكتسبة بالحيازة او الضمان لها اثر رجعي مستند الى يوم حدوث سبب الضمان او بدء وضع اليد ، بالرغم من هذه الملكية معلقة على شرط واقف ، وليس بالمعنى الذي قصده الفقه عند عرضه لوصاف الالتزام بل بمعنى الذي

(١) د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٨ .

(٢) الاستاذ الدكتور السنهوري ، الوسيط ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٧٣ .

سبق ذكره والذي يدل على ان هذا الشرط ، ولو اتنا سميناه وسنسميه بالشرط الواقف ، فإنه وضع قانوني معين عليه القانون بحيث انه لا تكون هناك ملكية الا بتحقق هذا الشرط الذي يعد عنصراً من عناصر جوهرية في ذات الشيء بحيث ان الاخير لا ينهض الا بنهوض العناصر كافة التي يحتوي عليها فأن انعدم احدها لزم من عدمه عدم الشيء على ضوء ما ذكرناه سابقاً .

١١٨- وينبغي ملاحظة ان حق الملكية ، وهو حق دائم مطلق ، وان كان من الجائز تعليقه على شرط ، الا انه لا يجوز اضافته الى اجل ، ذلك لان اضافة الملكية الى اجل ، يتعارض مع كونها حقاً دائماً مطلقاً ^(١) على ما سبق ذكره ، لذا فمع امكان اقتران الملكية بشرط ، فانها من الممكن ان تسري بأثر رجعي مهما كان مصدر هذا الشرط بخلاف الرأي الذي عرضناه فيما سبق .

١١٩- وقبل ان نبحث في الاثر الرجعي في كل من الحيازة والضممان بوصفها الوجه الثاني للشبه بين النظامين القانونيين ، ينبغي ان نشير الى الاساس القانوني للاثر الرجعي ، مادام انه وضع غير عادي يقام بخلاف طبائع الامور ، لذا فقد تباينت الاراء في بيان ما يستند اليه مبدأ الاثر الرجعي ^(٢) .

١٢٠- فذهب بعض الفقهاء ^(٣) الى ان الاثر الرجعي ليس الامجرد اقتراض وهمي من جانب المشرع ، الغرض منه تفسير بعض النتائج التي تترتب على تحقق الشرط ، ومن ثم لايجوز التوسع في اعمال هذا الاثر الرجعي ، بل يجب قصره على الاحوال التي قصد المشرع صراحة او ضمناً ان يكون لتحقيق الشرط فيها هذا الاثر ، لكن رد على هذا الرأي انه لا يحل الاشكال اذا يبقى ان نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمي في النتائج التي رتبها على تحقق الشرط ^(٤) .

(١) المادة (٢٩٢) مدني عراقي . راجع الاساتذة : الحكيم والبكري والبشير ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨١ .

(٢) راجع : د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦١ . (وقد نصت المادة (٢٧٠) مدني مصري على انه : (١- اذا تحقق الشرط ، استند اثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله ، انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه لسبب اجنبي لايد للمدين فيه) . يقابل هذا النص في القوانين المدنية الاخرى الاخرى . (م/٢٧٠ سوري ، م/٢٩٠ عراقي ، م/٣٢٨ كويتي) .

(٣) ومنهم الاستاذ د . محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣١ .

(٤) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٢ .

١٢١- ومن الفقهاء من يذهب الى ان الاثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس الا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه الا تثبيت حق كان موجود من قبل ، وهذا التثبيت هو كل المقصود بالاثـر الرجعي . وعلى هذا المعنى لا يكون الاثر الرجعي افتراضاً وهمياً من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق ، وما تحقق الشرط بمنشئ له بل هو تثبيت لوجوده ، ولكن يؤخذ على هذا الرأي انه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ ، ويؤخذ عليه ، حتى في تفسيره للشرط الواقف ، انه يفترض ان الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط انما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير يعد (مصادره على المطلوب) ^(١) ، فان وجود الحق من البداية لم يقل به احد الا لان الشرط اثراً رجعياً ، فلا يجوز ان يفسر هو نفسه هذا الاثر الرجعي ^(٢) .

١٢٢- ويذهب جانب من الفقه الفرنسي ^(٣) ، الى ان الاثر الرجعي للشرط الا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن (فاقد الشيء لا يعطيه) ، فصاحب الحق المعلق على شرط واقف اعلى شرط فاسخ لا يستطيع ان يتصرف في هذا الحق الا تحت الشرط الواقف او الشرط الفاسخ ، والا اعطى اكثر مما يملك ، ويرد البعض ^(٤) على انه يحوي على تفسير غير كاف لتأسيس الاثر الرجعي ، فاذا كان المالك تحت شرط فاسخ لا يستطيع ان ينقل للغير اكثر مما يملك ، فأن هذا لا يمنع من ان ينقل ما يملك ، وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ فيستطيع ان ينقله ، حتى اذا ما تحقق الشرط لم ينتج اثره الا من وقت تحققه لا منذ البداية ، فالمبدأ القاضي بأن (فاقد الشيء لا يعطيه) لا يقتضي حتماً الاخذ بمبدأ الاثر الرجعي لتحقيق الشرط .

(١) يعد موضوع (المصادرة على المطلوب) من المواضيع المهمة التي تناولها علماء المنطق ، ويقصد منه القانونيون (الاستحالة المنطقية) ، وقد ساق استاذنا الدكتور مصطفى الزلمي مثلاً بسيطاً له في مؤلفه الرابع (الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٤٤) ، فذكر انه : (اذا قلنا (أ) من الاشياء في وجوده الخارجي يتوقف على (ب) من الاشياء كذلك ، ويتوقف (ب) على (أ) تلزم منه امصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) ، لان توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه ، وتوقف الشيء يستلزم تقدمه على نفسه ، وهذا باطل وكل مستلزم للبطل باطل بالبداهة المنطقية) .

(٢) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٢ .

(٣) كولان وكابيتان (نقلاً عن د . السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٢) .

(٤) صاحب المرجع السابق .

١٢٣- وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث الى ان الاثر الرجعي للشرط مجافياً للواقع ومعتل حرية تصرف المالك في ملكه . وضار بالغير إذ يبقى على الدوام مهدداً بهذا الاثر الرجعي ، وبذلك تنعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق (١) .

١٢٤- نحن ذهب مع البعض (٢) ، الى ان فكرة الاثر الرجعي تستجيب في اكثر الاحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين ، ذلك ان المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد ان كان الشرط يتحقق او لا يتحقق ، ولو انهما كانا ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعله عقداً بسيطاً منجزاً ، فيمكن- اذن- في كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على انهما انما ارادا ان يسندا اثرا العقد الى وقت التعاقد لا الى وقت تحقق الشرط . ومن اجل ذلك لم يجعل المشرع في معظم القوانين (٣) مبدأ الاثر الرجعي من النظام العام فلا يجوز مخالفته ، بل جعل المتعاقدين الحق في ان يفصحا عن نيتهما ، فان كانا لا يريدان ان يجعلا للشرط اثراً رجعياً فليس عليهما الا ان يبينا ما ارادا ، وعند ذلك لا يكون لتحقيق الشرط اثر رجعي ، لان النية الحقيقية للمتعاقدين خير من الاثر الرجعي ، مادام يقصدان هذا الاثر ، ولا على الغير ضمير من ذلك ايضاً مادامت قواعد القانون تحمي الغير من المفاجآت (٤) .

١٢٥- هذا هو الأساس القانوني للاثر الرجعي للشرط بصورة عامة ، اما فيما يخص موضوعنا ، فان الاساس القانوني الصحيح لهذا النظام هو الاستقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية في ضوء ما سيلي ذكره عند البحث عن الاثر الرجعي في كل من الحياة والضمآن .

-
- (١) نقلاً عن المرجع السابق ص ٦٣ .
(٢) د . السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٥ .
(٣) مثل القانون المدني المصري ، المادة (٢٧٠ منه) ، والقانون المدني السوري المادة (٢٧٠ منه) والقانون المدني العراقي المادة (٢٩٠ منه) ، والقانون المدني الكويتي المادة (٣٢٨ منه) . اما القانون المدني الاردني ، فلم يأخذ بالاثر الرجعي في الشرط ، بل بالاثر الفوري المقتصر على تحقيق الشرط وهذا ما يستفاد من نصوص المواد (٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠) منه . راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩ . واما القانون المدني اليمني ، فأن الشرط فيه يتحقق بأثر رجعي (مستند) الى وقت التعاقد ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقد او من العقد غير ذلك (راجع : المادة (٢٦٨) مدني يعني) .
(٤) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٦ .

أولاً: الأثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة:

١٢٦- إذا اكتسب شخص ما ملكية شيء معين بالحيازة ، فإنه يكسب هذه الملكية من الوقت الذي بدأت به حيازته للشيء ، بحيث كانت هذه الحيازة صالحة لكسب الملكية . وهذا القول يقتضي وجود وقت يجب مرور في الحيازة كي يتنسّى للشخص تملك الشيء المحوز بانتهاء ذلك الوقت ، وهذا يعني ان الأثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة ، يقتصر على الحيازات المقترنة بمرور الزمان طويلاً كان ام قصيراً .

١٢٧- وتأسيساً على ما سبق ذكره ، فإنه لا بد من التمييز بين الحيازة بحسن نية والحسيانة بسوء نية ، فالأولى اذا كانت وارده على منقول ، ومستندة في الوقت نفسه الى سبب صحيح اكتسب صاحبها الملكية ما يحوزه فوراً ^(١) ، وذلك في القانون المصري ومن حذا حذوه ، او ارسى لصالحه قرينة قانونية قاطعة ، بموجب القانون العراقي ومن حذا حذوه . وعليه فان حيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح ، تخرج عن موضوعنا هذا تحديداً .

١٢٨- بقي التمييز بين حيازة العقار بحسن نية ، وحيازة المنقول او العقار بسوء نية ، واذا كان من شأن هذين النوعين ، ان يختلفا في مدة التقادم ، اذ ان حيازة العقار بحسن نية وبسبب صحيح تكسب صاحبها ملكية العقار المؤهل للملك بها ، او ترسي لصالحه قرينة قاطعة على الملكية ، اذا استمرت حيازته لذلك العقار خمس سنوات ، اما الحيازة بسوء نية والشاملة للمنقول والعقار المؤهل للملك بها فأنها مشمولة بالتقادم الطويل الذي تبلغ مدته خمس عشرة سنة دون انقطاع .

١٢٩- وهذا الاختلاف بين نوع الحيازة من حيث طول المدة وقصرها ، لا يكاد يعنينا

(١) ذهب بعض الفقهاء في معرض تفسيرهم للأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المكتسب لحيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح ، الى ان هذا الأساس يتجلى في (التقادم الفوري) الذي لا يحتاج الى مرور الزمن ، بل كل ما يحتاجه لحظة واحدة فقط . وقد انتفت هذه النظرية انتفاذاً فادحاً ، فالتقادم يقتضي مرور الزمن ولا يقتضي الفورية (راجع : د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٤٥ وما بعدها) ، والحيازة في هذه الحالة لا تحتاج الى المزاي التي يرتبها الأثر الرجعي التي تهدف بالتالي الى استقرار المعاملات ما دام هو المالك حقيقة لا فرضاً من الوقت الذي بدأت فيه حيازته للمنقول ، وبهذا أصبح من حقه استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به تصرف الملاك ، لذا فهو ليس بحاجة الى الأثر الرجعي كي يبرر تصرفاته على الشيء منذ بدء حيازته للمنقول حين منازعة الغير فيه .

هنا في مجال بحثنا عن الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحياة ، مادام انه في كلا النوعين يكون للملكية اثر رجعي من وقت ابتداء الحياة لامن وقت التمسك بالتقادم (١) .

١٣٠- عليه فانه اذا كسب الحائز الملكية بالتقادم ، طويلاً كان ام قصيراً فأن الملكية تنتقل اليه بأثر رجعي ، حيث يعد الحائز مالكاً من وقت بدء الحياة لامن وقت التمسك بالتقادم او من وقت اكتمال مدته ، وهذا ما تفرضه طبيعة نظام التقادم الذي يهدف الى حماية الاوضاع المستقرة ، فقد اخذت هذه الاوضاع تستقر منذ بدء سريان التقادم ، حيث ظهر الحائز بمظهر المالك واخذ في التصرف على هذا الاساس ، ولذلك فان القانون يعترف بهذا الظاهر ويجعله حقاً (٢) .

١٣١- وهذا الاثر الرجعي ينطبق على التقادم الخمسي والتقادم الطويل ، مثلما ذكرنا سابقاً ففي التقادم القصير ، يؤدي هذا التقادم باثر رجعي الى تدعيم سند الحائز وتطهيره من العيب الذي كان يشوبه لصدوره من غير المالك ، حيث يحتفظ الحائز نهائياً بالشيء بوصفه مشترياً او موهوباً له او نحو ذلك بحسب نوع السند الصادر اليه ، كما لو كان السند قد نقل اليه الملكية منذ انعقاده ، لذلك يسري في حق الحائز في هذه الحالة جميع النتائج القانونية التي تترتب على السند الصادر اليه (٣) . وفي التقادم الطويل ، يترتب ايضاً هذا الاثر ذاته ، حيث يقوم التقادم مقام السند .

١٣٢- ويترتب على الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحياة المقتترنة بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى ، النتائج الاتية :-

(١) لما كانت القاعدة تقتضي بأن الحائز حسن النية يمتلك الشمار التي يقبضها في فترة حياته للشيء (٤) ، فأن الحائز للشيء - منقولاً كان ام عقاراً يمتلك ثمار هذا الشيء في

(١) راجع : د . رمضان ابو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، الدار الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص ٧٠٣ . ود . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق للعينية الاصلية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٠-١٩٦١ ، ص ٣٨٦ .

(٢) راجع : د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٧٣ . ود . رمضان ابو السعود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٠٣ .

(٣) راجع / د . صلاح الدين الناهي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨٦ ود . رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص ٧٠٣ .

(٤) راجع : م/٩٧٨ مدني مصري ، م/٩٢٩ مدني سوري ، م/١١٦٥ مدني عراقي ، م/١١٩١ مدني اردني ، م/٩٢٩ مدني كويتي .

خلال مدة التقادم بصفته مالكاً ، لا على أساس انها نتجت وهو حائز ، بل على أساس انه مالك منذ لحظة بدء فترة التقادم ، بفضل الاثر الرجعي . ويستوي في ذلك ان تكون الثمار مقبوضة او غير مقبوضة وما اذا كان الحائز حسن النية - مادامت مدة حيازته قد بلغت خمس عشر سنة - وذلك من وقت القبض ، اذن فلولا الاثر الرجعي لما استحق الحائز الثمار الا بوصفه حائزاً ، والقاعدة ان الحائز لا يستحق من الثمار الا ما قبضه وهو حسن النية (١) .

(٢) اذا رتب الحائز - خلال فترة التقادم - حقاً عينياً على العين التي حازها كالرهن او الارتفاق ثم تملك العين بالتقادم ، فأن هذه الحقوق تصبح نافذة كما لو كانت صادرة من المالك الحقيقي ، وهذا منطق الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة المقترنة بالتقادم ، فلولا هذا الاثر ، لاعتبرت هذه الحقوق صادرة من غير المالك ، ذلك على فرض ان مدة التقادم لم تكن قد اكتملت بل وحتى بعد اكتمالها يظل معتبراً كذلك ، اما وللتقادم اثر رجعي ، فيعبر الحائز للعين منذ بدء التقادم ومالكاً لها وقت ان رتب الحق العيني ، وعلى ذلك يصبح هذا الحق نافذاً (٢) .

(٣) وعلى العكس من الفترة السابقة ، فاذ رتب المالك القديم ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن ، فأن هذا الحق ، اذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به تملك العين ، ولا يسري في حق الحائز ، ولا يفسر ذلك الا الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة مع التقادم المكسب (٣) .

١٣٣- واذا كان التقادم المكسب يجعل الحائز مالكاً للشئ محل الحيازة ، فلا بد من ملاحظة ما يأتي :

أ- اذا كان المالك القديم للشئ قد رتب حقوقاً عينية على العين قبل بدء سريان التقادم ، فأنها تسري في حق الحائز حتى بعد ان يملك العين بالتقادم ، الا اذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط او انتقلت الى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية (٤) .

(١) راجع : د . رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص ٧٠٤ .

(٢) راجع : د . صلاح الدين الناهي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨٧ ، ود . رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص ٧٠٤ ، ود . سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٧ .

(٣) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٧٤ . ومحمد طه البشير ود . غني حسون طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٤٥ .

(٤) د . السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٠٧٤ .

ب- انه ليس من شأن الاثر الرجعي ان يؤثر في الدعاوي الشخصية التي يمكن ان توجه الى الحائز بسبب التصرف الذي نقل اليه حيازة الشيء الذي تملكه بالتقادم ، كدعوى الفسخ والبطالان ، مالم تكن هذه الدعوى قد سقطت بالتقادم . فاذا كان التصرف الذي تلقى الحائز الشيء الذي تملكه بالحيازة الذي تملكه بالحيازة مع التقادم ، قابلاً للفسخ او البطلان ، حاز للمتصرف رفع دعوى الفسخ او البطلان ، فاذا افلح في كسب دعواه كان له استرداد الشيء من الحائز بالرغم من انه قد تملكه بالتقادم ، واذا كان الحائز قد اشترى الشيء من غير مالكة ولم يدفع الثمن ، وكان للمتصرف مطالبة الحائز بما في ذمته من دين الثمن (٢) .

ثانياً: الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الضمان:

١٣٤- من جملة الامور التي يتسدل بها الاحناف في تقريرهم لقاعدة كسب الملكية بالضمان وعلى الاخص فيما يتعلق بالغضب ، (ان الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب او قيمته بمجرد وقوع الغصب فلو لم نقل بزوال ملك المغصوب منه عن

(١) محمد طه البشير ود غني حسن طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٤٥-٢٤٦ . (وربما يكون من الجدير ذكره ان المشرع العراقي قد اعطى للمالك درجة عظيمة من الاحترام ، وعندما قرر بابطال تصرفات كل من انتقلت اليه العين التي خرجت من ملك صاحبها بعقد باطل او عقد موقوف لم يجزه المالك فحسب ، بل قام بنقضه ، كما اقر بحق المالك في استرداد العين حيث وجدها وان تداولها الايدي ، حيث نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٤) مدني عراقي على انه : (اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغيير ، جاز للعائد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغيير ، كما ان له ان يجيزه . فاذا نقضه ، كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولها الايدي ، فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها) هذا النص ، لاشك انه يواثر في اعمال بعض النتائج المترتبة على الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة ، ونسوق مثالا يوضح مدى اصطدام هذا النص بما مذكور من المتن ، فلو قام (س) ببيع ساعة تعود ملكيتها لـ (ع) الى (ص) بدون علم المالك (ع) ، ثم قام (س) ببيع الساعة الى (و) ، ثم علم المالك (ع) بتصرف (س) في ملكه ، وقام بنقضه قبل فوات مدة استعمال حياز الاجازة او النقص في اعقد الموقوف والمنصوص عليها في المادة (١٣٦) مدني عراقي والتي تبلغ ثلاثة اشهر ، فأنه اعملاً بنص الفقرة (١) من المادة (١٣٤) مدني عراقي اعلاه ، يكون لـ (ع) المالك ان يسترد الساعة من يد (و) ، حتى وان استمرت حيازته لها مدة تزيد على الخمس عشرة سنة . وكأني بالنص المذكور اعلاه ، واعني الفقرة (١) من المادة (١٣٤) عراقي ، قد ارسى - ليس مجرد قاعدة من حق التمتع للمالك - بل مبدأ لا يقبل الاستثناء ، حتى وان كان هذا الاستثناء متمثلاً في قاعدة (الحيازة في المنقول سند او دليل الملكية) . وهذا الذي دفع المشرع العراقي الى جعل الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح قرينة قانونية قاطعة على الملكية ، وليست سبباً مباشراً لها ، وآلا فأنه كان سيوقع نفسه ، ليس في تعارض محتمل الازالة والترحيل ، بل في تناقض لا يقبل الازالة والا الترحيل . ولعل النص يؤكد ان للملكية اثراً رجعياً اذا كان مصدرها الضمان ، على اعتبار ان العين اذا هلكت في يد من انتقلت اليه ، فأنه يضمن قيمتها فحسب) .

المغضوب ، لم يكن الاعتداء قد وقع بالمثل ، الاعتداء الذي سوغه الشارع الحكيم بآية (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ^(١) فلزم من ذلك زوال ملك المغضوب منه عن المغضوب وانتقال ملكيته الى الغاصب ^(٢) . كما انهم استدلوا على ان (المغضوب منه يملك قيمة الضمان بدل ماله ، فاذا قلنا بهذا ولم نقل بزوال ملكيته عن المضمون (المغضوب) لزم اجتماع البدل والمبدل منه في يده ، وهو غير جائز ، فلزم انتقال ملكية المضمون الى الضامن وهو المطلوب) ^(٣) .

١٣٥- مما تقدم يتضح ان الاحناف ، وهو مؤسسو نظرية كسب الملكية بالضمان ، قد قرروا ان للملكية اثر رجعي في الضمان . يستند الى الوقت الذي حصل فيه سبب الضمان وهو العمل غير المشروع بخلاف الجمهور ^(٤) ، باستثناء الملكية الذين يقرب رأيهم من رأي الحنفية ^(٥) . حيث ذهب الجمهور الى استناد ملكية الضامن للمضمون الى وقت حدوث المانع من الرد لا وقت حدوث العمل غير المشروع ، واذا كان الوقت في كلا الرايين هو وقت حدوث سبب الضمان ، اذ ان سبب الضمان لدى الاحناف والملكية هو العمل غير المشروع من غصب وسرقة وما الى ذلك ، اما سبب الضمان لدى لدى الجمهور فهو تعذر رد العين المغصوبة- كما يبدو ^(٦) .

١٣٦- وتعتبر عن ما سبق ذكره القاعدة الفقهية القائلة (الضامن يملك المال بالضمان

(١) البقرة/١٩٤ .

(٢) نقلاً عن رسالة يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٩ .

(٣) الرشدي الرغباني ، الهداية ، ج ٤ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣ ، والكاساني ، ج ٧ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٢ . والسرخسي ، ج ١١ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٨ .

(٤) نقلاً عن د . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٥ وما بعدها .

(٥) نقلاً عن د . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٥ وما بعدها .

(٦) ضيق جمهور الفقهاء المسلمين من نطاق قاعدة (كسب الملكية بالضمان) عندما حصروا اعماله في تقدير رد العين المغصوبة او الضرورة . وهذا ما يستفاد من قراءة الابواب الخاصة باحكام الغصب في كتبهم ، فمن الفروع المخرجة في هذا الاصل ، اذا غصب شخص خبيطاً فيخبط به جرح حيوان ويخاف من قلعه لرده الاضرار بهذا الحيوان ، فأنه يملك الخيط ويؤدي قيمته ولا يلزمه القلع ، لان حرمة الحيوان اكد من حرمة الاموال ، غير انه اذا كان الحيوان مما يؤكل فان حالة الضرورة ترتفع ، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان ورد الخيط المغضوب ولا عبرة بتضرره لتعديده . وملك الغاصب المغضوب اذا تعذر رده بحالته ، كما لو صار الرطب تمراً والعنب عصيراً والدقيق خبزاً ، لتبدل العين ، فوجب قيمتها وانتقلت الى الغاصب ملكاً مراعى ، بمعنى انه لا يجوز للغاصب التصرف به قبل اداء الضمان لمستحقه ، ومن ذلك اختلاط المغضوب بغيره على نحو يتعذر التمييز بينهما ، فيملكه الغاصب ملكاً مقيداً الى حين اداء الضمان ، وكذا لو افلس الغاصب كان المالك احق بنصيبه في المغضوب من سائر الغرماء . وفيما عدا ذلك لا ينشأ للغاصب ملك في المغضوب ، ويجبر على اعادة العين لصاحبها إن امكن ذلك ، فمن غصب شيئاً وغير فيه حتى تبدل الاسم والمنفعة المقصودة ، لم يملكه بذلك ولا يجبر صاحبه على المعارضة فيه ، وليس من قبيل الضرورة ، ماله غصب لوحاً وادخله

من وقت قبضه). فالذي يدفع قيمة الشيء الهالك أو مثله، يكون مالكا لهذا الشيء من يوم قبضه. أي ان للضمان اثرأ مستنداً أي رجعيأ، وعلى هذا، فمن غصب شيئأ، فافخاه، فضمنه المالك قيمته، ملكه الغاصب من وقت وجود الغصب، حتى انه لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان، نفذ تصرفه^(١)، وهذا هو مذهب الاحناف والمالكية، الا ان الفريقين اختلفا في مدى تملك الضامن لنماء المضمون له اعمالاً بالاثـر الرجعي (المستند)، اذا ذهب الاحناف الى انه اذا كان للشيء غلة أو ربح، كان ذلك من حق الضامن^(٢)، لكن لاغلة للغاصب- عند المالكية- وعليه ان يرد ما اكل من غلة أو انتفع^(٣).

١٣٧- وقد اخذ المشرع الاردني بالاثـر الرجعي للملكية التي مصدرها الضمان، حين نص في المادة (١٠٨٥) مدني اردني على ان (المضمونات تملك بالضمان ملكأ مستندأ الى وقت سببه ...). على الرغم من ان الاتجاه العام لدى هذا المشرع هو الابتعاد عن الافتراضات والاخذ بالاثـر الفورية المقتصرة على لحظة نشوء الاثر، كما هو الحال بالنسبة للاثـر الفوري المقتصر على تحقيق الشرط التعليقي^(٤).

في سفينته، فيكلف بقلعه منها حين ترسو ولا يلتفت الى تضرره، لانه هو الذي تسبب فيه، وكذا لو سمر بابأ بمسامير معصوبة، فأنه يقلعها ويردها الى مالـكها، وأن غرس في الارض المغصوبة أو بنى عليها كلف بقلع الغرس وهدم البناء، ولو غصب ثوبأ فصبغه أو غزلا فتسجه أو فضة أو حديدأ فصاغها أو خشبأ فنجره أو شاة فذبحها وشواها، رد ذلك الى مالـكه لانه عين ماله، ولو غصب شيئأ فصاغ منه وغرم قيمته للمالك ثم وجده بعد اداء القيمة رده واخذ القيمة، لانه لم يملكه. (راجع: الشيرازي، المذهب ج١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٤٣ هـ، ص ٣٦٨-٣٧٢. وابن نجار الحنبلي، منتهى الارادات، ج١، مكتبة دار العروبة، القاهرة، ص ٥١٢، والرملي، نهاية المحتاج، ج٥، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٧، ص ١٧٣. وابن حزم الظاهري الحلبي، ج٨، دار الفكر، ص ١٦٥). وقد أجرى (د. محمد احمد سراج في مولفه، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٨)، موازنة بين مذهب الاحناف ومذاهب الجمهور وحدد مواضع الخلاف في النقاط الآتية:-
أ- المضمون لا يملك بالضمان عند الجمهور الا في تلك الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة خلافاً للاحناف الذين اسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان خشية اجتماع البدل والمبدل في ملك المغصوب منه، والمالكية اقرب الى مذهب الاحناف في ذلك.
ب- استناد ملكية الغاصب للمغصوب الى وقت الغصب عند الاحناف والى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور. ويترتب على الخلاف في ذلك اختلافهم في حل الاكساب والمنافع المتولدة من المغصوب حسبما تقدم.
ج- الضمان عند الجمهور في مقابلة فوات اليد الحقة، ولا ينتقل الملك بوجوبه لان هذا الفوات لا يصلح ان يكون سببأ شرعياً لهذا النقل، اما عند الاحناف فان سبب الضمان، فيما يبدو، وهو تعذر رد العين المغصوبة.

- (١) د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢.
- (٢) الكاساني، ج٧، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢.
- (٣) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، دار الفكر، (بدون سنة طبع)، ج٢، ص ٣١٥.
- (٤) راجع: المواد (٣٩٨-٤٠٠) مدني اردني، راجع كذلك: د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الاردني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦، ط١، ص ٣٣٥.

١٣٨- ومع ان القانون المدني الاردني قد اخذ بالاثـر الرجعي للملكية التي مصدرها الضمان ، وجعلها تستند الى وقت سبب الضمان ، الا انه لم يحدد ماهية سبب الضمان فهل هو العمل غير المشروع الذي اقتضى الضمان؟ كالغصب والسرقة وما الى ذلك ، ام هو حدوث المانع من الرد؟ بعبارة اخرى ، هل يقصد المشرع الاردني من وقت سبب الضمان ، وقت وقوع العمل غير المشروع ، وهذا هو اتـجاه الاحناف والمالكية ، ام انه قصد من ذلك وقت حدوث المانع من الرد وهو اتـجاه الجمهور؟

١٣٩- لربما كان قصد المشرع الاردني هو الاخذ بمذهب الاحناف مطلقاً في كل ما تضمنته قاعدة (كسب الملكية بالضمان) من احكام ، والدليل على ذلك ، ان هذه القاعدة لا يعمل بها في مذاهب الجمهور الا للضرورة والتي لم يصرح بها المشرع الاردني ، بل كل ما اشترطه هذا المشرع لاعمال القاعدة ، هو ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداء .

١٤٠- واخيراً فانه على الرغم من ان القانون المدني العراقي قد نص على الاخذ بقاعدة الضمان لمكسب للملكية بصورة ضمنية ، وعلى الاخص في المادة (١٩٤) منه ، الا انه لم يبين هل ان الملكية الضامن للمال المضمون اثراً رجعي يستند الى وقت حدوث العمل غير المشروع ، ام اثر فوري يقتصر على وقت اداء الضمان؟ فمثلاً لو اخذنا نص الفقرة (٢) من المادة (١٩٤) مدني عراقي والذي جاء فيه (اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له ، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له) . . وبالرغم من انعدام الاشارة الصريحة الى الاثر الرجعي للملكية في هذا النص ، فان هذا الاثر يستفاد ضمناً من خلال الاستدلال بما يلي :-

١- ان تملك الغاصب للمحصول يدل على تملكه للحنطة في الوقت الذي خرجت الحنطة من يد ملك صاحبها ، وهو وقت حدوث الغصب وهو سبب الضمان .

٢- ان هذا النص مأخوذ من الفقه الحنفي لهذا فانه يجب العمل بما يقتضي به هذا الفقه من احكام غير ظاهرة في هذا النص ومتعلقة بمضمونه .

٣- في الوقت الذي تقف فيه الفقرة (١) من المادة (١٣٤) مدني عراقي حائلة دون اعمال الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة بتقريرها الحق للمالك في ان يسترد العين التي خرجت من يده بلا اذنه حيث وجدها وان تداولتها الايدي ، فانها تؤيد الاثر

الرجعي للملكية التي مصدرها الضمان لانها في شطرها الاخير على (. . . فان هلك العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها) فهلاك العين ، سواء كان جزئياً او كلياً ، يؤدي الى كسب ملكية الضامن للمال الذي ضمنه بالضمان الذي يدفعه الى مالك العين ليصبح مالكا لها بدلاً منه منذ وقت قبضها ، فالضمان جعل الضامن مالكا للعين الهالكة بأثر رجعي ، فهو لم يضمن سوى قيمتها ، اما ثمارها ومنافعها فقد تملكها لا لكونه حائزاً ، بل بفضل الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الضمان .

١٤١- ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني اليمني لم يعترف بالاثر الرجعي للضمان بوصفه سبباً لكسب الملكية في ضوء ما يبق بيانه (١) .

(١) راجع ما قبله فقرة (٦٩) من البحث .

المبحث الثالث

يد الضمان

١٤٢- عند استعراض الفقهاء المسلمين لاحكام الضمان ، وعلى الاخص في الباب الخاص باسباب الضمان ، ذكروا من بين هذه الاسباب ، يد الضمان ، وهم يقصدون باليد ، وضعها على شيء معين ، اي الحيازة وهذا وجه اخر للشبه ، او بالادق للاقتراب بين الحيازة والضمان . فاليد تمثل الحيازة ، والضمان صفة لتلك اليد ، ولكي نفهم يد الضمان لابد من فهم انواع اليد الاخرى . فاليد قد تكون يد ملك ، وهو الاصل في كل وضع يد ، اذ ان المالك ، عادة يضع يده على ما يملكه . اما وضع اليد على ملك الغير ، فاليد هنا قد تكون يد امانة او يد ضمان ، وقد عرف القانون المدني العراقي كل من يد الامانة ويد الضمان في الفقرة (١) من المادة (٤٢٧) منه ، حيث نصت على انه : (تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك) ^(١) ولا مقابل لهذا النص في القوانين العربية الاخرى . وما يؤخذ على هذا التعريف انه اعتد بمعيار القصد في التمييز بين يد الامانة ويد الضمان ، وهو معيار يفتقر الى التحديد لصعوبة اثباته ^(٢) وقد استنبط بعض الفقهاء ^(٣) تعريفاً لكل من يد الامانة ويد الضمان ، من النصوص الفقهية والقانونية ، فاعتبر يد الامانة : كل يد على ملك الغير لا يستوجب القانون ضمانها ، واعتبر يد الضمان كل يد على ملك الغير استوجب القانون ضمانها وفي موضع اخر ^(٤) ، يعرف يد الامانة : بأنها تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده ، اما يد الضمان فهي : ما استوجب ضمان صاحب اليد لما تحت يده .

١٤٣- الملاحظ على التعاريف السابقة انه بنيست حكم كل من يد الامانة ويد الضمان ، فهي لم تبين المقصود بذات يد الامانة وذات يد الضمان ، بل انها بنيت حكم كل منها ، والوارد في نص المادة (٤٢٦)

-
- (١) وقد نقل المشرع القطري هذا النص الى قانونه بالمواد المدنية والتجارية المادة (١٩٣) منه .
(٢) في المعنى نفسه راجع : بحث د . ليلي عبد الله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠ .
(٣) استاذتنا د . ليلي عبد الله سعيد ، المرجع السابق ص ١٨ ، ٢٢ .
(٤) راجع البحث الرائع للاستاذة الدكتور ليلي عبد الله سعيد ، وضع اليد (الحيازة) السبب السادس للالتزام ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ع ٣ ، ايلول ١٩٩٧ ، ص ٤-٥ .

مدني عراقي (١)، وهذا لا يجوز- من الناحية المنطقية - اذ لا يمكن تعريف الشيء بالاثار المترتبة عليه وباحكامه ، لان الانسان اذا لم يعرف حقيقة الشيء وماهيته فلا يستطيع ان يحكم عليه ، وهذا مايقضي به المنطق (٢) .

١٤٤- ومع ذلك فمن الممكن ان تعرف انواع اليد على ملك صاحبها او على ملك الغير على النحو الآتي :-

١- يد الملك : هي كل يد يتوافر لصاحبها سلطات حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف وفق قواعد القانون .

٢- يد الامانة : هي كل يد على شيء يحوزه صاحب اليد باعتباره نائباً عن مالك الشيء .

٣- يد الضمان : هي كل يد على ملك الغير يستخدم صاحبها سلطات المالك عليه (اي على ملك الغير) دون مسوغ قانوني او شرعي .

١٤٥- ولما كنا قد عرفنا ماهية كل هذه الايدي ، فما هو حكم كل منها من ناحية الضمان؟ فبالنسبة ليد المالك ، فأن الشيء يهلك على مالكة ، اما يد الامانة ، فأن صاحبها لا يضمن هلاك الشيء الابتعديه ، اذ بهذا التعدي تنقلب يده الى يد ضمان ، كخائن الامانة ، ينقلب من امين الى غاصب (٣) . اما يد الضمان ، فحكمها ان صاحبها ضامن للشيء الذي يحوزه سواء تعدى ام لن يتعد .

١٤٦- وبعد التعرف على ماهية يد الضمان وحكمها ، يتبين لنا ان الحيازة تعد سبباً للضمان ، اذا كانت دون وجه حق ، اذا يلتزم صاحب يد الضمان برد الشيء الى صاحبه ، فاذا هلك فعليه التعويض ذلك لان التزام صاحب يد الضمان بالرد هو التزام بنتيجة بخلاف التزام صاحب يد الامانة بالرد ، فهو التزام ببذل عناية (٤) . ومن امثلة يد الضمان

(١) نصت المادة (٤٢٦) مدني عراقي على انه : " اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " .

(٢) للتفاصيل راجع استاذنا : د . مصطفى الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٨ .

(٣) راجع : المادة (٢٠١) مدني عراقي ، المادة (٢٨٤) مدني اردني .

(٤) راجع البحث الرائع لاستاذتنا د . ليلى عبد الله سعيد ، وضع اليد ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥، ٢٣ .

: الغاصب والسارق وخائن الامانة والمتلف بتعد او تعمد والمحتال (النصاب) ، وكل هذه الاعمال تعد غير مشروعة في نظر الشرع والقانون ، لذا فان صاحبها ملزم بالجزاء الذي فرضه عليه القانون ، مدنياً وجزائياً ، وعلى قدر ما يتعلق الامر بالقانون المدني ، فان الجزاء المدني على صاحب يد الضمان قد اوضحه القانون ، اما في الاحكام العامة للعمل غير المشروع او المسؤولية التقصيرية ^(١) ، او في باب الغصب ^(٢) ، اذ تعتبر كل من السرقة وخيانة الامانة والاحتيايل بحكم الحال المساوي للغصب ^(٣) . حيث يقضي القانون المدني بأنه : يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً ، وان صادف صاحب المال الغاصب في مكان اخر وكان المال المغصوب معه فأن شاء صاحبه استرده هناك ، ان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونه . . رده على الغاصب ، وهذ دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى ^(٤) .

١٤٧- فضلاً عن ذلك ، فان وقوع مثل تلك الاعمال غير المشروعة المبينة اعلاه ، يؤدي الى الحيلولة دون اعمال قاعدة (الحيازة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند الملكية او سند الحائز) ، اذا اعتبرت جميع القوانين المدنية محل البحث ، السرقة والضياع عمليين يؤديان الى عدم اعمال القاعدة المذكورة ، وازافت عليها بعض القوانين الغصب ^(٥) وبعضها ^(٦) خيانة الامانة . حيث نصت الفقرة الاولى من المادة (٩٧٧) مدني مصري على انه (لايجوز لمالك المنقول او السند لماله اذا فقده او سرق منه ، ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة) ^(٧) وقد اضاف القانون المدني الاردني الغصب ^(٨) ، وازاف عليها القانون المدني العراقي الغصب وخيانة الامانة ^(٩) ، فالحيازة هنا لاتأخذ حكمها المتمثل في كسب الملكية لوجود الضمان ، لكن

(١) كما فعل مشرعو القوانين المدنية المصري والسوري والكويتي .

(٢) كما فعل مشرعو القوانين المدنية العراقي والاردني واليمني .

(٣) راجع : المادة (٢٠١) مدني عراقي ، والمادة (٢٨٧) مدني اردني .

(٤) راجع : المادة (١٩٢) مدني عراقي ، والمادة (٢٧٩) مدني اردني ، والمواد

(١١٣١ ، ١١٣٢ ، ١١٣٣ ، ١١٥٠ ، ١١٥١) مدني يمني .

(٥) القانون المدني الاردني .

(٦) القانون المدني العراقي .

(٧) يطابق هذا النص ، الفقرة (١) من المادة (٩٢٨) مدني سوري ، وتوافقه الفقرة (١) من المادة (٩٣٩)

مدني كويتي .

(٨) راجع : الفقرة (١) من المادة (١١٩٠) مدني اردني .

(٩) راجع المادة (١١٦٤) مدني عراقي .

حكم الضمان مقيد هنا بوجود الشيء على حالته الاصلية دون تغيير خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او حدوث العمل غير المشروع المتمثل بالسرقة او الغصب او خيانة الامة .

١٤٨- ومن الجدير بالذكر ان القوانين المدنية بنيت مسؤولية الحائز سيء النية والذي يلتزم بتعويض المالك عن الشيء الذي هلك تحت يده ، حيث نصت المادة (٩٨٤) مدني مصري على انه : (اذا كان الحائز سيء النية فأنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء ، الا اذا ثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه)^(١) . فهذا النص يدل على ان الحائز سيء النية ، يده على الشيء يد الضمان لانه يحوز الشيء يقصد تملكه على حساب الغير ، اي بقصد التعدي على حقوق الآخرين^(٢) لكن الذي يؤخذ على هذا النص ، هو افساحه المجال للحائز سيء النية للتخلص من المسؤولية ، فيما لو استطاع ان يثبت ان الهلاك او تلف الشيء كان حادثاً وواقعاً ولو كان باقياً (اي الشيء) في يد من يستحقه^(٣) ، ذلك لان الحائز سيء النية ، يده على الشيء يد ضمان ، ويد الضمان تضمن في جميع الاحوال دون استثناء^(٤) ، لانها قائمة على سوء القصد وسوء القصد يرد بمثله . ومع ذلك فأن الحكم بالضمان على الحائز سيء النية قياساً على الحائز حسن النية ، حكم متزن ، حيث انه اذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولاً قبل من هو ملزم برد الشيء اليه عن اي تعويض بسبب هذا الانتفاع^(٥) وبصورة عامة لا يكون

(١) راجع المادة (٩٣٥٠) مدني سوري ، والمادة (١١٦٨) مدني عراقي ، والفقرة (٢) من المادة (٩٣٤) مدني كويتي ، وراجع : د. رمضان ابو السعود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع في تعريف الحائز سيء النية : المواد (٩٦٥ ، ٩٦٦) مدني مصري ، (١١٤٨) مدني عراقي ، (١١٧٦ ، ١١٧٧) مدني اردني ، (٩١٤ ، ٩١٥) مدني كويتي . وراجع محمد عبد اللطيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٥ .

(٣) ولهذا فلم ينقل المشرع الاردني النص من القانون المدني المصري كما هو ، فنص في المادة (١١٩٦) مدني ، على انه : " اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه لو وقع ذلك بسبب لايد له فيه " راجع كذلك د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٣٩ .

(٤) راجع : الشيخ علي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٨ . ود . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٧٥ . ود . سليمان محمد احمد ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٦ . راجع : المادة : (٤٢٦) مدني عراقي .

(٥) راجع : الفقرة (١) من المادة (٩٨٣) مدني مصري ، والفقرة (١) من المادة (٩٣٤) مدني سوري ، والفقرة (١) من المادة (١١٩٥) مدني اردني ، ولما يقابل لهذه النصوص في القوانين المدنية الأخرى .

الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف الا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على الهلاك أو التلف (١).

١٤٩- ولما كانت يد الضمان وجهاً آخر للتقارب بين نظامي الحيازة والضمان ، فإنه من الواجب ان نبين وجه هذا التقارب ، على الاخص وان حكم احد النظامين وادواره الظاهرة في القانون المدني ، قد يؤثر بالتعديل او بالاضافة او الحذف على دور النظام الاخر الظاهر في القانون المدني ، لذا لابد من توضيح الامور الاتية :

١- ان صاحب يد الضمان ، قد يمتلك ما يجوز ، لكن ليس بسبب الحيازة بل بسبب الضمان ، فيما لو تغير الشيء المحوز في يده ، او استحال عليه رده الى صاحبه ، فيتملكه بأداء الضمان عنه . وعلى العكس فإنه قد يكسب الشيء المحوز بالحيازة المقتترنة بالتقادم الطويل فيما لو بقي الشيء على حالته ، دون ان يطالب به مستحقه مدة التقادم الطويل .

٢- لما كان صاحب يد الضمان حائزاً للشيء فان الحيازة قد تفيده في التخلص من عبء الاثبات ، لانها تعد قرينة على الملكية ، لكنها قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس (٢). وفي ذلك نص القانون المدني اليمني في المادة (١١٥٤) منه على انه : (اذا اختلف المالك والغاصب في العين المغصوبة او قيمتها فالبينة على المالك) . وهذا النص يوافق القواعد العامة في الحيازة ، التي تبين دورها في الاثبات (٣) .

(١) راجع/ الفقرة (٢) من المادة (٦٨٣) مدني مصري ، والفقرة (٢) من المادة (٩٣٤) مدني سوري ، والفقرة (٢) من المادة (١١٩٥) مدني اردني ، والفقرة (١) من المادة (٩٣٤) مدني كويتي ، ولا مقابل لهذه النصوص في القوانين المدني العراقي والمدني اليمني .

(٢) راجع للتفاصيل في موضوع القرائن القانونية البسيطة : مؤلف استاذنا عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٢٠ وراجع : ع . عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣٩ وما بعدها .

(٣) راجع المواد : (٩٦٤) مدني مصري ، (١١٥٧) مدني عراقي ، (٩١٣) مدني كويتي . وفي القانون المدني اليمني ، راجع المادة (١١١٨) منه ، ومن الجدير بالذكر ان ننقل هنا نص المادة (١١١٩) منه حيث نصت على انه " لا يثبت حق بيد في ملك الغير او في حقه او في حق عام الا بينة شرعية واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهرة على الملك فلا يحكم للمدعي الخارج اذا لم يبين ولا حلف رداً ولا نكل خصمه وانما يقر ذو اليد على يده " . ولفظ (الخارج) منقول عن بعض كتب الفقه الاسلامي ، حيث يعرفون الحائز (واضع اليد) بأنه من كان المدعي به في يده ، ويسمى الداخل والذي ينازعه حيازته يسمى الخارج (نقلاً عن : د . محمد سعود المعيني ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠) .

١٥٠- وبهذا يتضح لنا ان اوجه الشبه بين الحيابة والضمان تكمن في الاثر الرجعي (المستند) لكل منهما ، والدور الذي يوديه كل منهما في استقرار المعاملات . كما ان هناك وجه للتقارب بينهما يتمثل في (يد الضمان) اذ بهذه اليد تختلط احكام الحيابة مع احكام الضمان فتؤثر كل منهما على الاخرى ، وتتأثر بها ، بشكل يجعل من النظامين قريبين في الحكم ، يلزم معه ايضاح اوجه الخلاف ، لتتضح حدود الفواصل بينهما وهذا ما سنبينه في الفصل القادم .

الفصل الثالث

اوجه الاختلاف بين كسب الملكية
بالحيازة وكسب الملكية بالضمان

الفصل الثالث

اوجه الاختلاف بين كسب الملكية

بالحياسة وكسب الملكية بالضمان

١٥١- بعد ان توضحت لدينا الواجه الاساسية للشبه بين كسب الملكية بالحياسة وكسبها بالضمان ، نكون بذلك قد انجزنا شطر المقارنة بين دور كل من الحياسة والضمان في نقل الملكية . الا ان اهمية الموضوع - تكمن حقيقة- وبشكل رئيس- في اوجه الاختلاف بين الكسبين ، وهذه الواجه يمكن ان ترجع الى محل كل منهما وشروط اعمالهما وصفة الملك الناجم عنهما عليه فاننا سنتقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نتناول في المبحث الاول محل الحياسة والضمان وصفه الملك الناجم عنهما ، ثم نتناول في المبحث الثاني ، شروط كل من الحياسة والضمان بوصف كل منهما سبباً ناقلاً للملكية .

المبحث الاول

محل الحياسة والضمان وصفه الملك الناجم عنهما

١٥٢- يختلف المحل في كسب الملكية بالحياسة عن المحل في كسب الملكية بالضمان ، كما ان صفة الملك الناجم عن الحياسة تختلف عن صفة الملك الناجم عن الضمان ، ونتناول بالتفصيل كل من هاتين المسألتين في المطلبين الآتيين :

المطلب الاول

محل الحياسة والضمان

١٥٣- ينبغي ، بادئ الامر ، ان نوضح ان ماقصدناه من محل الحياسة ومحل الضمان ، هو محل كسب الملكية باحد هذين السببين ، اي اننا اردنا بذلك المعنى المجازي للكلمة . اذ ان ثمة فرقاً بين معناها الحقيقي والمعنى الذي قصدناه ، فمحل كل من الحياسة والضمان ، هو المال المحوز او المال المضمون ، اما محل كسب الملكية او الضمان فتعني به

موضوع هذا كسب ، وهو يرد كذلك على المال الذي ترد عليه الحيازة او الذي يرد عليه الضمان متى ما كان مما يجوز تملكه . فالشخص قد يحوز خمرأً او خنزيراً او مالاً من الاموال العامة ، الا انه لا يستطيع ان يتدّرع بحيازته لهذا المال ، في كسب ملكيته ، بل ان القانون يسد ذريعتيه هذه بعدم ثبوت المال صالحاً لكي ترد عليه الملكية . والامر نفسه بالنسبة الى الضمان ، على اننا يجب ان نشير هنا الى مانصت عليه المادة (١٠٨٥) مدني اردني ، اذ اشترطت في كسب ملكية المضمونات بالضمان ، ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً . وهذا الاشتراط يستدل من خلاله امران :

١- اما الامر الاول ، فمفاده ما سبق ذكره عن محل كسب الملكية بالضمان او بالحيازة .

٢- واما الامر الثاني ، فهو ان الضمان في حد ذاته ، قد يستحيل معه ترتب اثره الخاص بكسب الملكية ، فالشخص قد يتلف مالاً جزئياً بحيث ان هذا المال . يبقى عند صاحبه ، فالتعويض الذي يدفعه هذا الشخص الى صاحب المال المتلف يخوله تملك ذلك المال ما دام انه لم يقبضه . كأن تصطدم سيارة بغيره وتنتسب في اضرار جزء من هيكلها ، فان صاحب السيارة الاولى . وان كان سيلزم بضمان ما اتلفه ، الا انه لن يملك ذلك الجزء الا اذا قبضه .

١٥٤- وقد يستند البعض على هذه الحالة ، ويرى انها دليل على رفع التباين بين الحيازة والضمان كسب للملكية ، بحيث ان احد هذين السببين يغني عن الاخذ بالسبب الاخر ، على اساس ان قاعدة كسب الملكية بالضمان لا يعمل بها الا اذا قبض ، اي حاز ، الضامن المال المضمون ، فالحبض هنا هو سبب ملكيته له ، وليس الضمان ، على الاخص وان الاثر المتمثل في الملكية يستند الى وقت الحبض وليس الى وقت دفع الضمان .

١٥٥- والرد على هذه الحجة يمكن في انها لم تلمس الحدود الدقيقة التي تفصل بين دائرة الحيازة ودائرة الضمان ، فالشخص الذي سيقبض المال المضمون يستطيع ان يملك هذا المال بالحيازة ، متى ما اتاحت له قواعد القانون ذلك ، دون ان يدفع اي مقابل عنه ، بينما الضمان يستلزم وجود المقابل عن ذلك المال ، فضلاً عن ذلك ، فان الضمان يقتصر دوره في كسب الملكية عند تغير المال محل هذا الكسب ، والا فانه دون تتغير معالم هذا المال ، يستطيع حائزه تملكه عندما تتوافر في حيازته الشروط القانونية التي تكسبه ملكية ما يحوز .

١٥٦- بالإضافة الى ماسبق ذكره ، فان محل الحيازة المكتسبة للملكية اوسع من محل الضمان المكتسب للملكية . فقد رأينا في الفصل الاول ان الحيازة تكون سبباً لكسب ملكية العقار والمنقول ، على حين ان الضمان لا يرد الا على المنقول ، ذلك للدور المهم الذي يلعبه التسجيل في نقل ملكية العقار .

١٥٧- وتأسيساً على ماسبق اعلاه ، فاذا غصب شخصاً عقاراً لآخر ، فانه لا بد من التمييز بين امرين :

الاول : اذا كان العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري ، فانه لا بد هنا ان تستمر حيازة ذلك الشخص لهذا العقار المدة المطلوبة للتقدم ، حتى يستطيع تملك العقار بالحيازة المقترنة بالتقدم^(١) ، وليس الضمان ، وان كان يدفع قيمته ، فان عمله هذا قد يصلح ان يكون بيعاً ، بذلك يمكن ان نعده سبباً صحيحاً^(٢) ، وباعتقادنا ان الملكية ، بالتالي ، لن تثبت له مالم يسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري ، لان العقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً^(٣) .

الثاني : اذا كان العقار مسجلاً في الدائرة المختصة ، فانه لا يستطيع التمسك بالضمان لكسب ملكية العقار ، الا بالتسجيل . وهنا تخطر على ذاكرتي مادتان قانونيتان هما : المادة (١٩٧) مدني عراقي ، والمادة (١١٢٠) مدني عراقي .

١٥٨- اما المادة (١٩٧) (٤) مدني عراقي ، فقد نصت على انه (المغصوب ان كان

(١) راجع المواد: (٩٨٦) مدني مصري ، (٩١٧) مدني سوري ، (١١٥٨) مدني عراقي ، (١١٨١) مدني اردني ، (٩٣٥) مدني كويتي ، (١١٢٥) مدني يمني .

(٢) راجع المواد: (١١٥٨) فقرة (٣) مدني عراقي ، (١١٨٢) فقرة (٢) مدني اردني ، (٩١٨) فقرة (٣) مدني سوري . كذلك راجع للمقارنة : المادة (٩٦٩) فقرة (٣) مدني مصري ، علماً انه لا يوجد تعريف للسبب الصحيح في كل من القانونين الكويتي واليمني .

(٣) الفقرة (٢) من المادة (١١٢٦) مدني عراقي تقابلها في المعنى المادتان (١١٤٨ ، ١١٤٩) مدني اردني .

(٤) لا مقابل لهذا النص في القوانين المدنية محل الدراسة ، باستثناء القانون المدني اليمني ، فقد نصت المادة (١١٢٨) منه على انه : " لا يضمن الغاصب من غير المنقول (العقار) ، الا ماتلف تحت يده ، ولكن تلزمه اجرة العين المغصوبة مدة بقائها معه ويلزمه اعادة العين لصاحبها " ونصت المادة (١١٢٣) من القانون نفسه على ان : " يبرأ الغاصب من العين المغصوبة وقيمتها اذا سلمها للمالكها علماً ، ويكفي في غير المنقول (العقار) ان يخلي بين العين وبين مالكها مع اعلام المالك بذلك وان لم يقبضها ، الا ان يكون عدم القبض راجعاً او غرامة " .

عقاراً ، يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله ، واذا تلف العقار او طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان (١) . فالضمان الذي يلزم الغاصب بادائه الى المصوب منه ، لا يخول له تملك العقار الذي تعرض للتلف او النقص في القيمة ، فاذا ابى المصوب منه الا ان يترك العقار للغاصب ويأخذ منه الضمان عن كامل قيمته ، فضلاً عما لحق به من اضرار اخرى ، فان الغاصب لا يجبر على ذلك ، فان رضي ، عد ذلك بيعاً تسري عليه احكام بيع العقار . واذا كان العقار غير مسجل ، تسري عليه قواعد حيابة العقار غير المسجل .

١٥٩- اما بالنسبة للمادة (١١٢٠) مدني عراقي (٢) ، فقد نصت على انه : (اذا احدث شخص بناء او غرساً او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره ، بزعم سبب شرعي ، فان كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الارض ، كذلك للمحدث ان يملك الارض بضمن مثلها ، واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الارض ان يملكها بقيمتها قائمة) . وهذا النص يتعلق بالتصاق المنقول بالعقار ، فالمواد التي جرى بها البناء او الغراس او احدثت بها منشآت ، تعد منقولاتاً ، اما الارض فهي عقار ، وسواء اكان العقار مسجلاً ام غير مسجل فإن صاحب المحدثات يملك الارض اذا كانت قيمة المحدثات اكبر من قيمة الارض وهو يملكها بضمن مثلها ، وسبب ملكيته هنا هو الالتصاق او الاتصال ، ولكن ما هو مدى اشتراط التسجيل لنقل الملكية في هذه الحالة ؟ .

١٦٠- الاصل ، بموجب صراحة نص القانون ، ان الالتصاق هو سبب لكسب ملكية الارض ، وذلك ان القانون لم يشر الى التسجيل بوصفه شرطاً لنقل الملكية الواردة على العقار نتيجة التصاق منقولات به اكبر منه في القيمة . كما ان القانون ، انما اشترط التسجيل في نقل ملكية العقار ، فيما يتعلق بالتصرفات دون الوقائع ، ولا يعد الالتصاق تصرفاً ، بل انه واقعة قانونية .

١٦١- لكن لا بأس من القول بأن الالتصاق ، وان كان هو السبب الناقل للملكية

(١) راجع كذلك المادة (١١٢٨) مدني يمني .
(٢) قارن : المادة (٩٢٥) مدني مصري ، والمادة (٨٩٩) مدني سوري والمادة (١١٤١) مدني اردني ، (٨٨٢) مدني كويتي ، والمادة (١١٦٠) مدني يمني .

الارض ، الا ان هذه الملكية لا يكتب لها استقرار مالم تقيّد في السجل العقاري (١) ، بحيث يمكن اعتبار التسجيل مقررّاً للملكية لا منشأً لها . ومن هنا نعرف ان التسجيل لا يلعب الدور المنشئ لكسب الملكية في كل من الاحوال ، بل قد يكون دوره كاشفاً مقررّاً ليس الا .

١٦٢- هذا فان كان الالتصاق صالحاً لكي يكون سبباً لنقل الملكية بجانب التسجيل ، الا ان الضمان لا يصلح لا يكون سبباً لذلك ، بمعنى ان محل كسب الملكية بالضمان لا يمكن ان يكون عقاراً ، بلا يمكن ان يكون منقولاً سواء اكان عيناً معينة بالذات او بالنوع .

١٦٣- كما ان الحيابة لاتعمل لها اثر في بعض القوانين ، الا اذا وردت على عقارات غير مسجلة (٢) .

١٦٤- كذلك فان الحيابة قد تنتج اثرها في كسب ملكية الحقوق العينية الاخرى غير حق الملكية الواردة على الاعيان بصراحة نصوص القانون ، وارى ان الضمان يمكن ان يرد على الحقوق والمنافع ، فيكسب الضامن لها ملكيتها كما لو فوت شخص على الاخر منفعة او حق انتفاع او حق استعمال او سكنى على مال معين لمدة معينة ، فان الاول يضمن للثاني ما فوته له من منفعة او انتفاع ، وبهذا الضمان يمتلك ذلك الحق في الفترة

(١) ويثار هنا تساؤل مرده ، من الذي يطلب تملك الارض بالالتصاق؟ والى اية جهة يقدم الطلب؟ يلاحظ انه في الوقت الذي اعطى فيه القانون المدني المصري لصاحب الارض الخيار في ان يدفع قيمة المواد واجرة اعمل مقدرة وقت الدفع ، او ان يدفع مازاد في ثمن الارض بسبب المنشآت القائمة عليها ، بحيث انها انحاز الى جانب صاحب الارض ، بعكس القانون المدني السوري الذي انحاز الى جانب الباني ، لانه حرم صاحب الارض من الخيار والزمه بدفع مقدار التحسين الذي حصل عليه بسبب البناء او الغراس . كما ان هذا القانون (واعني به القانون المدني السوري) قد انحاز ، وانحاز معه القانون المدني الاردني والمدني العراقي ، الى جانب الباني ، حيث اعطى كل منهما الحق للباني في ان يطلب تملك الارض المبني عليه ، بعكس القانون المدني المصري ، الذي اعطى هذا الحق لصاحب الرض ، حيث اعطاه في ان يطلب تملكها لمن اقام المنشآت عليها (راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٤-١٠٥) . اما عن الجهة التي يقدم اليها طلب التملك ، فهي لاتصلح الا ان تكون جهة قضائية تدرس مدى توافر شروط الالتصاق المضي الى نقل ملكية الارض فاذا رأت ان الشروط متوافرة ، وان السبب صالح لترتب الاثر ، اشعرت دائرة التسجيل العقاري المختصة بوجوب تسجيل تلك الارض باسم مالكها الجديد وهو الباني حسن النية .

(٢) كما هو الحال في القانون المدني السوري (م/٩١٧) ، والقانون المدني العراقي (م/١١٥٨) ، والقانون المدني الاردني (م/١١٨٢) ، بعكس القانونين المدني المصري والمدني الكويتي ، اذ انهما لم يفرقا بين العقارات المسجلة وغير المسجلة في كسب ملكيتها بالحيابة مع التقدم الطويل . (راجع : المادة (٩٦٨) مدني مصري ، المادة (٩٣٥) مدني كويتي) .

التي كان يحوز فيه الحق ، كما يمتلك ما انتجه ذلك الحق له من حقوق ورخص ومنافع وثمار ناجمة عن انتفاعه بذلك الحق طوال مدة حيازته ، وهنا يقترب الضمان من الحيازة في الحكم ، بالرغم من ان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في مدى جواز ضمان المنافع ، ولا سيما ان الفقه الحنفي الذي اسس قاعدة كسب الملكية بالضمان ، لا يقر ضمان المنافع ، فهو بالتالي لا يجعل من المنافع محلاً لكسب الملكية بالضمان بعكس ما ذهب اليه الجمهور وعلى وجه الخصوص الشافعية والامامية (١) .

المطلب الثاني

صفة الملك الناجم عن الحيازة والضمان

١٦٥- ذكرنا في مطلع شرحنا لدور الحيازة في كسب الملكية في المبحث الاول من الفصل الاول من هذا البحث ، ان الحيازة تعد في القانون المدني المصري والقوانين التي تأثرت به ، سبباً ناقلاً للملكية ، اما بموجب القانون المدني العراقي ، فانها تعد مجرد قرينة قانونية قاطعة على الملكية . بمعنى ان صفة الملكية الناجمة عن الحيازة في القانون المصري اقوى من صفتها في القانون العراقي . فالملكية في القانون المصري لا يمكن دحضها بالاقرار او النكول عن حلف اليمين ، في حين انها تقبل الدحض بهما في القانون المدني العراقي وكذلك في القانون المدني الاردني تأثراً باصله العراقي (٢) .

١٦٦- وهنا يثار التساؤل عن مدى قوة حق الملكية الناجم عن الضمان ، فهل ان صفة الملك الناجم عن الضمان اقوى من صفة الملك الناجم عن الحيازة ، حتى في القانون المدني المصري؟ اما انها اقل من صفة الملك لناجم عن الحيازة ، حتى في القانون المدني العراقي؟ ام ان درجة صفة الملك الناجم عن الضمان تتفاوت بين قانون واخر؟ ام انها بين كل ذلك قوام؟

١٦٧- وقبل ان نوضح اجابتنا عن التساؤلات المتقدمة ، ننقل فيما يأتي ما أورده بعض

(١) راجع التفاصيل في هذا الموضوع ، الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلد ج ١ ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ٤٧١ . ود . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٧٣ ، ود . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٩ . وتراجع كذلك رسالة الدكتوراه للاستاذ ابراهيم فاضل يوسف الدبو ، عن (ضمان المنافع) ، قدمت الى كلية العلوم الاسلامية بجامعة بغداد عام ١٩٩٢ .
(٢) راجع ماقبله فقرة (٣٥) وما بعدها من البحث .

الفقهاء ^(١) ، من سمات ملكية الغاصب للمغضوب ، وذلك في الفقه الحنفي مؤسس قاعدة كسب الملكية بالضمان ، حيث يذكر ان (ملك الغاصب للمغضوب يتسم في الفقه الحنفي بالسمات الآتية :

١- انه ملك ناقص غير مستقر ، ولذا لو مات الغاصب مفلساً كان المغضوب منه احق بالمغضوب من سائر الغرماء .

٢- لا يترتب على هذا المالك حق الانتفاع ، في الراجح من المذهب ، قبل اداء الضمان بالفعل الى مستحقه ، وهو رأي ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ، خلافاً لزفر والحسن اللذين اجازا للغاصب حق الانتفاع بالمغضوب قبل اداء الضمان .

٣- ملك الغاصب للمغضوب عند تحقق سببه ، ملك يرجع الى وقت الغصب عند الاحناف لانه لما وجب عليه الضمان وهو غرامة المثل او القيمة . فقد ثبت له الملك بدلاً عما قام في ذمته من ذلك ، واذا استند الضمان الى سببه وهو العدوان بالغصب ، فان ما يترتب عليه وهو الحكم بالملك ينبغي ان يرجع الى وقت قيام السبب ، وهو حدوث الغصب ، وينشأ عن ذلك حل الاكساب بالثمار التي افادها الغاصب من المغضوب ، لانها نشأت في ملكه ، وجواز التصرفات التي اقدم عليه الغاصب قبل الحكم عليه بالضمان او الاداء او البراء ، لانه قد ظهر بتضمينه او براءه ، انه تصرف في ملكه ، ولكن لا تحل له الاولاد والزوائد المنفصلة باعتبارها محلاً للغصب كذلك .

٤- هذا الملك المستفاد بالغصب على مذهب الاحناف ، ليس الا نوعاً من الملك الاعتباري الذي افضت اليه الصنعة القانونية على اساس الصورة ، ذلك ان فقهاء هذا المذهب يسلمون بان الغصب عدوان ومعصية ولا يصلح ان يكون سبباً لكسب الملكية ، غير ان الحكم بالضمان وايجاب المثل او القيمة جبراً لما فات على المالك من مال على سبيل البديل لهذا المال يقضي نقل ملكية المضمون الى الضامن شرطاً لوجوب الحكم عليه بالضمان لا قصداً ، حتى لا يجمع البديل والمبديل للمغضوب منه) .

١٦٨- والتصوير السابق يوضح لنا صفة الملك الناجم عن الضمان ، تتمثل في عدم استقراره وتقييده بما يجعله ملكاً ناقصاً لملكاً تاماً ، فضلاً عن انه يصور لنا ان الملكية

(١) د . محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠٤ .

تستند بأثر رجعي الى وقت حدوث سبب الضمان ، في ضوء ما عرفناه سابقاً ، ولا عجب في القول ان ملكية المال المضمون لا تثبت للضامن الا باداء الضمان ، فاداء لضمان شرط لكسب الملكية ، بحيث اننا لا يمكن ان نتحدث عن ملك ما للضامن من قبل ادائه ما وجب في ذمته للمضمون له . ولعل التصوير السابق كان عن مدى سلطات الضامن ، بوصفه مالكاً بأثر رجعي ، بين فترة حدوث سبب الضمان والفترة التي استقرت ملكية الضامن للمال المضمون وثبتت بادائه الضمان .

١٦٩- ان ملكية الضامن للمال المضمون في الفترة ما بين حدوث سبب الضمان وادائه قيمة الضمان ، هي غير مستقرة تتسم بما يأتي :-

١- ان للشخص المضمون الذي عُصّب منه المال او سُرق منه ، او اخذ منه بغير جهة حق ، امتياز على ذلك المال ، على وفق المذهب الحنفي ، وحق الامتياز هو اولوية في الاستيفاء ، لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين ^(١) . الا انه قد يحتج البعض على ان لا يكون للدين امتياز الا بمقتضى نص القانون ^(٢) ، ، ولا يوجد في نصوص القانون ما يعطي للمضمون له حق امتياز في استيفاء دينه من الضامن .

١٧٠- ويمكن الرد على هذه الحجة بالقول ، ان الامتياز المعطى لدين الضامن على المال المضمون ، يمكن ان يكون له سند في القانون ، مادام القانون لم يشترط النص الصريح في خصوص ترتيب امتياز معين لدين معين ، بل كل ما تطلبه وجود نص سواء كان صريحاً او ضمناً ، ويمكن السند القانوني لامتياز دين المضمون له على الضامن فيما يأتي :-

أ- لقد اعطى القانون لصاحب الفندق حق امتياز للمبالغ المستحقة له في ذمة النزيل عن اجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، على الامتعة التي احضرها النزيل الى الفندق او ملحقاته ^(٣) . كما يقع حق الامتياز هذا ، وبقوة القانون ، على الامتعة غير

(١) راجع المادة (١٣٦١) مدني عراقي ، وقارنها بالمادة (١٤٢٤) مدني اردني (١١٣٠) مدني مصري ، (١/١١٠٩) مدني سوري ، (٣٨٢) مدني يمني .

(٢) راجع : المادة (١٤٢٤) مدني اردني ، والفقرة الثانية من المادة (١١٣٠) مدني مصري ، والمادة (٢/١١٠٩) مدني سوري ، والمادة (١٣١٦) مدني عراقي ، والمادة (١٠٦١) مدني كويتي ، والمادتين (٣٨٣-٣٨٢) مدني يمني .

(٣) راجع الفقرات الاولى من المواد : (١١٤٤) مدني مصري ، (١١٢٣) مدني سوري ، (١٣٧٥) مدني عراقي ، (١٤٤٢) مدني اردني ، (١٠٧٧) مدني كويتي .

المملوكة للنزِيل ، اذا لم يثبت ان صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ان لا تكون تلك الامتعة مستحصلة عن جريمة او ضائعة ^(١) . فصاحب الفندق ، حتى وان كان حسن النية لا يعلم بأن الامتعة التي احضرها النزِيل مملوكة للغير ، ليس له حق الامتياز عليها اذا كانت مسروقة او مغمصوبة او ضائعة او جاءت الى النزِيل بطرق غير مشروعة تعد في نظر القانون جريمة ، بل يتقدم عليه مالك الامتعة ^(٢) . وفي العادة ، ينشأ الضمان عن عمل غير مشروع يعد في نظر القانون جريمة ، كما قد ينشأ عن واقعة يترتب عليها الضمان ، كأخذ الملتقط للقطعة على سبيل التملك ^(٣) ، لذا فان المضمون له ، وهو مالك الاشياء المسروقة او المغمصوبة او الخارجة من يد صاحبها بغير وجه حق ، له حق امتياز يفوق امتياز صاحب الفندق عليها ، حتى وان كان الاخير حسن النية ، بل وحتى لو كان حائزاً لها ، لان قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية او دليل الملك او سند الحائز) لا يعمل بها إذا كانت الحيازة واردة على منقولات اضاعها صاحبها او خرجت من يده بسرقة أو غصب أو خيانة امانة ^(٤) ، فعند ذلك يجوز للمالكها وهو المضمون له ان يستردها بمن يكون حائزاً لها بحسن نية وبسبب صحيح في ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب ^(٥) او خيانة الامانة ^(٦) .

١٧١- ومن خلال ما تقدم ، وفي معرض التمييز بين الضمان والحيازة وأثرهما في حق الإمتياز ، فإن حق الإمتياز المقرر لصاحب الفندق أو حتى للمؤجر ، لا يسري في حق

(١) راجع الفقرات الثانية من المواد المذكورة في رقم (٣) من الهامش السابق وراجع كذلك : د . نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٢٣٩ .

(٢) راجع : محمد طه البشير ود . غني حسون طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٠٨ . ود . نبيل ابراهيم سعيد ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ . ود . محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان / ١٩٩٥ ، ص ٣٧٥ .

(٣) راجع : المادة (٩٧٤) مدني عراقي ، والمواد (١٢٣٨-١٢٤٨) مدني يمني ، وراجع كذلك : د . حمدي رجب عبد الغني حسن ، اللقطة ومدى مسؤولية الملتقط عنها وحكم تملكها او المكافأة عليها في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ١٤ وما بعدها .

(٤) راجع المواد (١١٦٤) مدني عراقي ، (١١٩٠) مدني اردني ، (٩٧٧) مدني مصري ، (٩٢٨) مدني سوري ، (٩٣٩) مدني كويتي .

(٥) راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٧٥ .

(٦) وهذا هو حكم القانون المدني العراقي ، وقد ضيق القانون المدني الاردني من حالات المنع من التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول فجعلها تقتصر على السرقة والضياع والغصب دون خيانة الامانة ، كما ضيق كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي ، فجعل المنع مقتصرًا على حالتي السرقة والضياع دون الغصب .

المالك الذي خرج من يده المال بأحد أسباب الضمان ، كما أنه لا يسري حق الإمتياز مهما كان نوعه أو درجته في حق من حاز المنقول بحسن نية ^(١) .

١٧٢- ولكن ماذا لو تعارض حق المالك وحق الحائز حسن النية وحق صاحب الامتياز ، فمثلاً : لو سرق (س) من (ص) أمتعة معينة ، ثم نزل (س) في فندق (ع) دون ان يدفع للأخير ما هو مستحق في ذمته ، ثم باع (س) الأمتعة التي سرقها من (ص) والتي كانت موجودة في الفندق الى نزيل آخر في الفندق نفسه وليكن (ل) الذي لا يعلم بان هذه الامتعة مسروقة من جهة ، وأن عليها حق امتياز لصاحب الفندق من جهة أخرى . فما الحكم في هذه المسألة ؟ .

١٧٣- الحكم هنا يختلف باختلاف مذهب القانون ، ونورد الحكم في كل من القوانين المدنية الآتية :

- أولاً: القانون المدني المصري:

بما ان الامتعة مسروقة ، فإن حق الامتياز لا يتقرر لصاحب الفندق على تلك الامتعة بموجب الفقرة (٢) من المادة (١١٤٤) منه ، وربما ان الحائز للأمتعة حسن النية ويستند في حيازته الى سبب صحيح ، فإنه يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية التي نصت عليها المادة (٩٧٦) ، ولكن إذا أثبت مالك الامتعة أنها سرقته منه ، فإنه يجوز له ان يستردها من الحائز خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة (م/٩٧٧) . وللحائز في هذه الحالة ان يرجع الى سلفه بثمنها . هذا فيما لو كانت الامتعة باقية على حالها لم تتغير ، أما إذا تغيرت فإن القانون المصري لم ينص على مدى أخذ الضمان عنها ، بل ترك المسألة لاجتهاد القضاء ومثل هذا اتجاه القانونين المدني السوري والكويتي .

- ثانياً : القانون المدني الاردني:

بما ان الامتعة مسروقة ، فإن حق الإمتياز لا يتقرر لصاحب الفندق على تلك الامتعة بموجب الفقرة الثانية من المادة (١٤٤٢) منه ، وتثبتت للحائز قرينة قانونية قاطعة على انه

(١) راجع المواد: (١١٣٣) مدني مصري ، (١١١٢) مدني سوري ، (١٣٦٤) مدني عراقي ، (١٤٢٧) مدني اردني ، (١٠٦٧) مدني كويتي ، (٣٨٥) مدني يمني . وراجع كذلك : د . نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣٠ . محمد طه البشير و د . غني حسن طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٣٧ . ود . محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٨ .

هو المالك لتلك الامتعة استناداً الى المادة (١١٨٩) ، وإلا أنه اذا استطاع مالك الامتعة ان يثبت أنها مسروقة منه ، فإنه يستطيع بذلك أن يستردها من الحائز خلال ثلاث سنوات من يوم السرقة (م/١١٩٠) ، وتسري على الرد أحكام المنقول المغصوب . هذا فيما لو كانت الامتعة على حالها المادي لم تتغير ولم تتحول الى مواد اخرى ، اما إذا تغير حالها ، فإن للقانون المدني الاردني في ذلك حكماً خاصاً ، مادامت السرقة تساوي الغصب في الحكم (م/٢٨٧) ، فقد نصت المادة (٢٨١) على أنه : (إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب ، كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا الغاصب وفقاً لأحكام القانون) .

ثالثاً:- القانون المدني العراقي:

لقد نقل القانون المدني الاردني عن اصله القانون المدني العراقي ، حكم محل البحث ، إلا ان القانون المدني العراقي قد تشدد في حماية المالك . فالمالك الذي ينقض العقد الموقوف ، له أن ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين التي ورد عليها هذا العقد ، وأن يستردها حيث وجدها وإن تدوالتها الأيدي ، فإن هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها (م/١٣٤ ، فقرة «١») فكيف لو كان العقد باطلاً في الاصل؟ كما أن المشرع العراقي قد قرر حماية كافية للمالك ضد الفضولي الذي يتصرف في ملكه دون اذنه (م/١٣٥) (١) .

١٧٤- والحكم نفسه في هذه القوانين فيما لو كانت الامتعة قد ضاعت من صاحبها ، ولكن الحكم يختلف فيما لو كانت مغصوبة ، لان القانون المدني المصري قد اقتصر بالنص على الامتعة المسروقة أو الضائعة في نص الفقرة (٢) في المادة (١١٤٤) كذلك في نص المادة (٩٧٧) منه ، وكذلك فعل القانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي . اما القانون المدني الاردني ، فقد وافق القانون المصري في اقتصره بالنص على الامتعة المسروقة او الضائعة في باب حق الإمتياز (الفقرة «٢» من المادة «١٤٤٢» منه) . إلا أنه اضاف الى المادة (١١٩٠) حالة الغصب كمانع يضاف الى السرقة والضياع ، في أعمال

(١) وقد نص القانون المدني الاردني على ما يعد تطبيقاً للمادة (١٣٥) مدني عراقي ، وذلك في المادة (٥٥٠) التي قصرها المشرع الأردني على حالة عقد بيع ملك الغير دون غيره من العقود الناقلة للملكية .

قاعدة الحيابة في المنقول ، اما القانون المدني العراقي ، فقد توسع في كل من باب حق الامتياز وباب الحيابة في المنقول ، فقد اشترط هذا القانون ، في حق الامتياز المقرر لصاحب الفندق على الامتعة غير المملوكة للنزيل أن لا تكون تلك الامتعة مستحصلة عن جريمة أو ضائعة ، والجريمة هنا تشمل السرقة والغصب وخيانة الامانة والاحتيال وغيرها (م/١٣٧٥ ، فقرة «٢») . كما ان هذا القانون لم يستثنى السرقة والضياغ من حكم قاعدة الحيابة في المنقول فحسب ، بل أضاف اليهما الغصب وخيانة الامانة (م/١١٦٤) . ولهذا يكون القانون المدني العراقي أكثر القوانين المدنية حماية لحق المالك .

ب- وهذه النقطة مقتصرة على القانون المدني اليميني ، حيث نصت المادة (١١٥٦) منه على أنه : (لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها إن كانت باقية ويعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لأحكام عقد البيع) فالعين المغصوبة اذا كانت باقية في يد الغاصب ، فعليه أن يسلمها الى مالكيها ، فإن اراد العوض وقبل به المالك يعد ذلك بيعاً يخضع لأحكام عقد البيع ، ومن ضمنها حق امتياز البائع لما يستحقه من ثمن المنقول وملحقاته ، وعلى المبيع ما دام محتفظاً بذاتيته ^(١) .

١٧٥- أما إذ تغير المغصوب أو تلف ، فإن الغاصب ملزم بضمانه ، برد المثل في المثليات ودفع أوفر القيم في القيميات ^(٢) . دون ان يكون للمالك امتياز على المال الذي أصبح به المغصوب بعد التغير .

١٧٦- هذا ولا يمكن قياس الضمان على البيع فيما يخص حق الامتياز في القوانين الاخرى ، لان حقوق الامتياز وردت على سبيل الاستثناء فلا يجوز التوسع في تفسيرها والقياس عليها ، وإنما يكفي ما أوردناه من أسانيد في الفقرة الاولى .

٢- لا يترتب على تملك للمال المضمون أن يمنح الضامن كل سلطات حق الملكية عليه خلال فترة وجود ذلك المال تحت يده ، وعلى الاخص الانتفاع بالمال ، إذ أنه يؤخذ بعين الاعتبار عند أداء الضمان على قيمة المال المضمون ، لا يعطي للضامن حق الانتفاع بذلك المال ، فان هو انتفع به ، وجب عليه ضمان ما انتفع ^(٣) ، وهذا يلتزم به ايضاً سيء النية ^(٤) .

(١) راجع : المادة (٦/٣٨٧) مدني يمني ، والمواد : (١١٤٥) مدني مصري ، (١١٢٤) مدني سوري ، (١٣٧٦) مدني عراقي ، (١٤٤٤) مدني اردني ، (١٠٧٨) مدني كويتي .

(٢) راجع المواد : (١١٣٦ ، ١١٥٠ ، ١١٥١) مدني يمني ، والمادتين (١٩٣ ، ١٩٤) مدني عراقي ، والمادتين (٢٧٩ ، ٢٨٠) مدني اردني .

(٣) راجع المواد : (١٩٦) مدني عراقي ، (٢٧٩) مدني اردني ، (١١٣٧) مدني يمني ، بل ان القانون المدني اليمني قد تشدد في هذه المسألة ، حيث نص في المادة (١١٣٨) منه على انه : (يلزم الغاصب أجرة العين المغصوب ولو لم ينتفع بها ولو كانت مما لا يجوز تأجيرها كالمسجد) .

(٤) راجع المواد : (٩٧٩) مدني مصري ، (٩٣٠) مدني سوري ، (١١٦٦) مدني عراقي ، (١١٩٢) مدني اردني ، (٩٣٠) مدني كويتي .

٣- بما أن الضمان ينشأ عن عمل غير مشروع عادة ، فإن نطاق اعمال دوره في كسب الملكية يضيق ، بحيث يمكن القول بأن نطاق الملكية الناجمة عن الضمان اصغر من نطاق تلك الملكية الناجمة عن اسباب اخرى ولاسيما الحيازة . وهذا ما سوف، نوضحه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

٤- كما أن للأعتبارات المستندة الى سبب نشوء الضمان ، والذي يكون في صورة عمل غير مشروع كالسرقة والغصب ، اثرها في تضيق نطاق الملكية الناجمة عن الضمان من جانب آخر ، بعبارة اخرى ان الضمان يشبه البيع في أن فيه بدلين ، ففي البيع يوجد المبيع والثمن ، وعقد البيع هو سبب تملك المشتري المبيع ، وسبب لتملك البائع الثمن ، ولكن هل يصح اعمال هذا القول بالنسبة الى الضمان؟ .

١٧٧- ينشأ عن الضمان بدلان ، ، هما المال المضمون وقيمة الضمان (التعويض) ، فالمال المضمون يملكه الضامن باداء الضمان ، لذا فإنه لاشك في ان الضمان هو مصدر الملكية هنا ، اما التعويض فإن سبب كسب ملكيته ، هنا ، وبحسب اعتقادنا ، وهو المصدر الذي أعطى الحق للمتضرر في المطالبة بالتعويض ، اي بنوع التعويض المبني على مصدره ، فالتعويض عندما يكون مصدره القانون ، يكون قانونياً ، وعندما يكون مصدره الاتفاق يكون اتفاقياً ، وعندما يكون مصدره القضاء ، يكون قضائياً ، فسبب كسب ملكية المضمون له للتعويض اما ان يكون القانون او الإتفاق او الحكم القضائي ، وليس الضمان حسبما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء (١) .

١٧٨- أما اننا لم نقس الضمان على البيع في هذه الحالة ، لأن الضمان ناشيء عن سبب غير مشروع في الغالب ، فضلاً عن ان القانون يقضي بأن عقد البيع ينتج آثاره بمجرد انعقاده (٢) ، أما التعويض فإنه قد يحتاج لحكم قضائي يصدر فيه ، وغالباً ما يكون هذا الحكم منشئاً لحق لا كاشفاً له (٣) . أما إذا دفع الضامن التعويض للمضمون له طوعية ،

(١) أستاذتنا د . ليلي عبد الله سعيد ، ملكية التعويض في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق الصادرة عن كلية القانون بجامعة الموصل ، ٢٤ ، ١٩٩٧ ، ص ١٢ .

(٢) بشرط ان يكون المبيع عيناً معينة بالذات ، راجع : المادة (٥٣١) مدني عراقي - والمادة (٤٨٥) مدني اردني .

(٣) إن الحكم القضائي الصادر بالتعويض ، وعلى الأخص في المسؤولية التقصيرية يكون إما منشئاً ، والذي يتضمن تقرير وضع قانوني جديد ، او (حكم إلزام) كما يسميه شراح قانون التنفيذ ، وهو الذي يتضمن إلزام المحكوم عليه بأداء معين . (راجع : د . سعيد مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، بيت الحكمة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ط ١ ، ص ٣٧) .

فإن ذلك يعد إتفاقاً حكيماً بينهما على البيع ، وعندئذ تسري عليه قواعد البيع ، فالقياس على التسليم الحكمي في هذا العقد (١) .

١٧٩- وتأسيساً على ما سبق فإن الضمان يعد سبباً لكسب ملكية الضامن للمال المضمون وليس سبباً لكسب ملكية المضمون له للتعويض ، وها ما يدل على أن ملكية الضامن للمال المضمون بالضمان ، تأتي نتيجة لتملك المضمون للتعويض ، بمعنى أن ملكية الضامن إنما كانت بمقابل كالبيع تماماً ، وهذا ما قد لا يشترط وجوده في الحياة .

(١) نصت المادة (٥٣٩) مدني عراقي على انه : (إذا كانت العين المباعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد ، سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان او يد أمانة) . راجع كذلك المادة (٤٩٥) مدني اردني ، والفقرة الثانية من المادة (٤٣٥) مدني مصري ، وراجع للتفاصيل د . جعفر الفضلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٣ . ود . منذ الفضل ود . صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الاردني ، (العقود المسماة) ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص ١١١ . (وليس الواردة الا تطبيقاً لمبدأ عام في إنتقال الحياة من شخص الى آخر إنتقالاً حكيماً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة (٩٣٥) مدني مصري ، رد نص على انه : (لا يجوز أن يتم نقل الحياة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده ولكن لحساب نفسه) . راجع ك د . السنهوري ، الوسيط ، عقد البيع ، ج ٤ ، المجلد الاول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (بدون سنة طبع) ، ص ٥٩٤ .

المبحث الثاني

شروط كسب الملكية بالحيازة والضممان

١٨٠- قبل أن نتطرق لوجه آخر للاختلاف بين سببي كسب الملكية ، الحيازة والضممان ، نرى من المفيد -أولاً- أن نخرج من نطاق هذه المقارنة ، العقار بوصفه لكسب الملكية إذ أننا أوضحنا مسبقاً أن الضمان لا يصلح لكسب ملكية العقار سواء كان مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري او غير مسجل فيها ، للأسباب التي اوردناها ، فضلاً عن أن الضمان يعتمد بالاساس على تغير المال على غير حالته السابقة ، وهذا ما قد لا يتصور فيما يخص العقارات التي تمتاز بالاستقرار والثبات ، لاسيما الاراضي ، وبهذا يخرج العقار من نطاق هذه المقارنة لتبقى مقتصرة فحسب على المنقول .

١٨١- ان شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة تختلف عن شروط كسب الملكية بالضممان ، لذا فإننا سنتناول أولاً ، شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة ونرى مدى ضرورة توافرها في كسب ملكية المنقول بالضممان ، ثم نتناول شروط كسب ملكية المنقول بالضممان ونرى مدى ضرورة توافرها في كسب ملكية المنقول في الحيازة ، وذلك في المطلبين الآتين :

المطلب الاول

شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة

ومدى ضرورة توافرها في كسب الملكية بالضممان

١٨٢- إن بحث شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة ، تستلزم في البداية الفصل بين الحيازة بحسن نية ، والحيازة بسوء نية ، إذ أن الحيازة في كلتا الحالتين ، تعد سبباً مكسباً للملكية او سبباً دالاً عليها ، لكن بشروط تختلف في الاولى عنها في الثانية ، وعليه سنتناول شروط الحيازة بحسن نية أولاً ومن ثم شروط الحيازة بسوء نية ، مع الاشارة لمدى ضرورة توافر هذه الشروط في كلتا الحالتين في كسب ملكية المنقول بالضممان .

الفرع الاول

شروط الحيازة بحسن نية ومدى ضرورة توافرها في كسب الملكية بالضممان

١٨٣- نتناول أولاً ماهية شروط حيازة المنقول بحسن نية ، ثم نرى مدى ضرورة توافر الشروط في كسب ملكية المنقول بالضممان .

-أولاً : ماهية شروط حيازة المنقول بحسن نية :-

١٨٤- يشترط في حيازة المنقول بحسن نية ، بوصفها سبباً مكسباً للملكية في القانون المدني المصري ومن وافقه في ذلك ، او بوصفها دليلاً على الملكية في القانون المدني العراقي والقوانين الموافقة له ، ما يأتي :-

١/١٨٥- أن تكون حيازة : ويجب ان تكون هذه الحيازة قانونية متوافرة الاركان والشروط ، كما يجب أن تكون حقيقية واصلية غير عرضية (١) .

٢/١٨٦- ان ترد الحيازة على منقول لا تأبى طبيعة كسب ملكيته بالحيازة . إذ ان قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية او دليلاً عليها) تسري على المنقولات التي يجوز حيازتها قانوناً ، والتي يمكن تداولها ونقل ملكيتها من شخص الى اخر دونما حاجة الى اجراءات او شكليات معينة ، لذلك لا تسري هذه القاعدة على ما يأتي :

أ- المنقولات المعنوية كالملكية الادبية .

ب- المنقولات المادية المخصصة للنفع العام .

ج- المنقولات التي يشترط القانون التصرف فيها شكلية خاصة ، كالسيارات (٢) والسفن والطائرات والمكائن (٣) .

د- المنقولات التي تخصص تبعاً للعقار (العقارات بالتخصيص) إذا لم تفصل عنه (٤) .

(١) للتفاصيل ، راجع : الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، (الحقوق العينية الاصلية) ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ ، ص ١٧٠٦ وما بعدها .

(٢) بموجب قانون المرور العراقي ، راجع المادة (٥) منه

(٣) بموجب قانون تسجيل المكائن العراقي ذي الرقم (٣١) لسنة ١٩٣٩ المعدل ، راجع المادة (٢) منه .

(٤) راجع لمزيد من التفاصيل حول هذه المنقولات : د . سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ١ ، المدخل للعلوم القانونية ، مطبعة السلام بمصر ، ١٩٨٧ ، ط ١ ، ص ٨٥٠ .

هـ - الحقوق الشخصية ، كالديون والاوراق التجارية ، وذلك لان الديون تنتقل بالحوالة ، والاوراق التجارية تنتقل بالتظهير والمناولة اليدوية ، ويستثنى من ذلك السندات لحاملها فهي تخضع للقاعدة المذكورة (١) .

١٨٧/٣- ويعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير (٢) ، اي انه يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك ، فحسن النية هو غلط يقع فيه الحائز قد يدفعه الى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على ان يكون الغلط مغتفراً حتى يستقيم مع حسن النية ، ويستوي أن يكون الغلط في الواقع او في القانون (٣) ، وفي جميع الاحوال ، يجب أن يكون حسن النية كاملاً ، فإدنى شك يقع في نفس الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن النية (٤) .

(١) وقد أقر ذلك قانون التجارة العراقي النافذ ذو الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، حيث نصت المادة (٥٦) منه على أنه : (١- يعتبر حائز الحوالة حاملها القانوني ، متى أثبت أنه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان آخرها تظهيراً على بياض ، وتعتبر التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن ، وإذا أعقب التظهير على بياض تظهيراً آخر أعتبر الموقع على هذا التظهير أنه هو الذي آل إليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض ٢- إذا فقد شخص حيازة حوالة أثر حادث ما ، فلا يلزم الحامل التخلي عنها متى أثبت حقه فيها طبقاً للفقرة (١) من هذه المادة ، إلا إذا كان قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً) . ومن هذه المادة خاصة بالحوالة التجارية ، وتطبق كذلك على الكمبيالة بموجب المادة (١٣٥) من القانون نفسه ، أما الصك فتسري بشأن حيازته المادة (١٥٠) من القانون نفسه والتي الحق فيه بتظهيرات غير منقطعة ولو كان آخرها تظهيراً على بياض وهذه المادة معها المادة التي تليها في القانون لا تختلف ابداً عن المادة (٥٦) المارة الذكر . (راجع : المادة (١٤٦) من قانون التجارة الاردني ذي الرقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ ، وراجع لغرض شرح هذه المواد : د . فوزي محمد سامي ود . فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، (الاوراق التجارية) ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٦ ، ص ١٢٠ ، ٢٩٥ ، ٣٣٦) .

وتجدر الإشارة الى ان الرسائل تعد من قبيل المنقولات التي تسري عليها القاعدة المذكورة في المتن إذ ان ملكيتها تنتقل الى المرسل اليه بتسلمه الرسالة ، لأن المرسل اليه قد تملك الورقة التي كتبت فيها الرسالة دون مقابل ، فتسري عليها أحكام الهبة التي لا تتعقد الا بالقبض في القانون المدني العراقي (راجع رسالة الماجستير للأستاذ عباس زبون العبودي ، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي ، مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ١٤٥) .

(٢) راجع المادة (١١٤٨) فقرة (١) مدني عراقي ، والمادة (١١٧٦) مدني اردني ، وقد عد المشرع المصري ، ومثله فعل المشرع الكويتي ، حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير الا اذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم (راجع الفقرة الاولى من كل من المادة (٩٥٦) مدني مصري والمادة (٩١٤) مدني كويتي) . ويقرر القانون المدني المصري أنه لو كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بينة من بمثله (راجع الفقرة (٢) من المادة (٩٦٥) مدني مصري ، راجع كذلك للشرح : د . رمضان ابو السعود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٧٢) . ولم ينص كل من القانونين المدني السوري والمدني اليمني على معنى حسن النية .

(٣) راجع ما قبله فقرة (٩٢) وما بعدها من البحث .

(٤) راجع : د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٣٩ .

١٨٨- والعبرة في توافر حسن النية ، هو بوقت حيازة المنقول لا بوقت تلقي الحق ، كما هو الأثر في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (١) .

١٨٩- ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز ، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته تعد اعتداء على حق الغير ، ويعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد ان له حقاً في الحيازة (٢) . وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك (٣) .

١٩٠- وجدير بالذكر ، أن حسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك (٤) .

١٩١/٤- أن يستند الحائز في حيازته الى سبب صحيح : إن معنى السبب الصحيح في القانون المدني المصري ، يختلف عن معناه في القانون المدني السوري والقوانين المدنية التي تلتها ، كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني ، وإن كان معنى السبب الصحيح محدداً في المواد الخاصة بحيازة العقار بحسن نية مع التقادم القصير ، الا انه لا بأس من الاستناد الى هذا المعنى المحدد في اطلاقه على السبب الصحيح في قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية ، مع بعض الاختلاف الملحوظ .

١٩٢- فالسبب الصحيح ، في القانون المدني المصري ، هو سند (٥) يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب ان يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٦) وقد انتقد الفقهاء المصريون المشرع المصري

(١) راجع : د . السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١٤١ .
(٢) راجع المواد : (٢/١١٤٨) مدني عراقي ، (٣٠/١/١١٧٧) مدني اردني ، (١/٩٦٦) مدني مصري ، (٩١٥) مدني كويتي . (كما يصبح الحائز سيء النية من وقت إعلانه في صحيفة الدعوى بعيوب الحيازة) راجع : (الفقرة «٢» من المادة «٩٦٦» مدني مصري ، والفقرة «٢» من المادة «١١٧٧» مدني اردني) . (أو من وقت إعلانه في تلك الصحيفة بما يفيد أن حيازته اعتداء على حق غيره) ، راجع الفقرة (١) من المادة (٩١٥) مدني كويتي .

(٣) راجع : المادة (٣/١١٤٨) مدني عراقي ، والمادة (٩٧٦) مدني مصري ، والمادة (٩١٦) مدني كويتي .
(٤) راجع : المادة (١/١١٤٨) مدني عراقي ، والمادة (١١٧٦) مدني اردني ، والمادة (٣/٩٦٥) مدني مصري والمادة (٢/٩١٤) مدني كويتي .

(٥) وقد تسبب كلمة (السند) الخلط بين العمل القانوني الذي يعد اساساً لوضع اليد وبين المحرر المكتوب الذي يعد زيادة لأثبات هذا السند ، إذن الجائز أن يتوافر السبب القانوني الذي يتخذه واضع اليد قوام وضع يده وفي الوقت نفسه قد لا يستطيع أن يثبت وجود هذا السبب من الناحية القانونية لانعدام الدليل المكتوب أو لعجزه عن اثباته بالنية أو قرائن الاحوال طبقاً لقواعد الاثبات العامة .
(راجع : محمد عبد اللطيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨١) .

(٦) راجع : الفقرة (٣) من المادة (٩٦٩) مدني مصري .

في نصه هذا ، وعدوه تجهيلاً للسبب الصحيح لاتعريفاً له ^(١) . وقد أراد به المشرع ، التصرف القانوني الناقل للملكية الذي يصدر من شخص ليس بملك أو ليس بذى حق على الشيء ^(٢) .

١٩٣- أما السبب الصحيح ، في القانون المدني السوري ، فهو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل الآتية : الإستيلاء على الاراضي الموات ، انتقال الملك بالإرث أو الوصية ، الهبة بين الاحياء دون عوض أو بعوض ، البيع أو الفراغ ^(٣) . وقد اخذ بهذا التعريف كل من القانونين المدني العراقي ^(٤) والمصري الاردني ^(٥) .

١٩٤/ ومثلما انتقد المشرع المصري في تعريفه للسبب الصحيح ، فقد انتقد الفقهاء العراقيون ^(٦) المشرع العراقي في أخذه بتعريف القانون المدني السوري للسبب الصحيح ، لأن هذا القانون قد خرج عن الضابط العام في تعريف السبب الصحيح الى تحديده بالحصر . كما انتقد بعض شراح القانون المدني الاردني هذا القانون في أخذه بالتعريف الذي أخذ اصله القانون المدني العراقي من القانون المدني السوري ^(٧) .

١٩٥- وعلى أية حال فإن التعريف في كل هذه القوانين يعد معيباً ، بالرغم من اختلافه في القانون المصري عنه في القوانين الاخرى ، ومن أهم وجوه هذا الاختلاف - فضلاً عن حصر المعنى وإطلاقه في كل منهم ^(٨) - أن كل من القانون السوري والعراقي

(١) راجع : د . رمضان ابو السعود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٦٣ .
(٢) راجع : الاستاذ محمد كامل مرسى باشا ، شرح القانون المدني الجديد ، (الحقوق العينية الاصلية) ، ج ٤ ، المطبعة ائلمعالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ١٦٤ ، راجع كذلك : د . رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٤ .
(٣) راجع ك الفقرة (٣) من المادة (٩١٨) مدني سوري .
(٤) راجع : الفقرة (٣) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي .
(٥) راجع : الفقرة (١) من المادة (١١٨٢) مدني اردني .
(٦) راجع : الاستاذ حامد مصطفى ، القانون المدني العراقي ، ج ١ ، الملكية واسبابها ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٣٨٦ ، ود . سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٢ .
(٧) راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٥ . راجع لمزيد من التفاصيل في الفرق بين القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي ومثله القانون السوري والقانون الاردني ، د . صلاح الدين الناهي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٧٢ .
(٨) يذهب د . السنهوري الى معنى السبب الصحيح في القانون السوري والعراقي اوسع من معناه في القانون المصري ، على اساس انه قد اضاف كلمة (حادث) للتعريف ، راجع : الوسيط ، ج ٦ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٧٩ .

والاردني ، لم يشترط التسجيل في السبب الصحيح الوارد في حيازة العقار بحسن نية ، بعكس القانون المدني المصري ، والعلة في ذلك ظاهرة ، كما يقول بعض الفقهاء العراقيين (١) .

١٩٦- وقد اشترط الفقه المدني في السبب الصحيح الشروط الآتية (٢) :

١- أن يكون السبب الصحيح تصرفاً قانونياً صادراً الى الحائز بوصفه خلفاً خاصاً .

٢- أن يكون السبب الصحيح صادراً من غير مالك .

٣- أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من مالك .

١٩٧- ويضيف بعض الفقهاء (٣) الى هذه الشروط ما يأتي :-

١- ان يكون العقد صادراً من شخص متمتع بأهلية التصرف

٢- ان يكون العقد صحيحاً شكلاً .

٣- ان يكون محل العقد وسببه غير مخالفين للنظام العام .

٤- ألا يكون العقد ظنياً او وهمياً او صورياً .

٥- ان يكون العقد إنشائياً وصادراً من غير مالك .

٦- أن يكون المتصرف اليه حسن النية .

١٩٨- ومعظم هذه الشروط يقتصر توافرها في التصرف القانوني لا في الواقعة القانونية ، اي في السند دون الحادث في القوانين المدنية السوري والعراقي والاردني .

١٩٩- والسبب الصحيح ، وإن حدد المشرع معناه في باب التقادم القصير الخاص

(١) حيث يذهب الاستاذ حامد مصطفى في توضيح هذه العلة الى (أن النص وارد على العقار والحق العيني العقاري وكلاهما لا يكون صحيحاً الا بالتسجيل فلا يستطيع احد ان يدعي ملكية العقار او حق عيني عليه مالم يكن مسجلاً ، فشرط التسجيل في انتقال الحق وفق القانون العراقي أغنى مشرع القانون المدني عن ايراد هذا الشرط في اثبات السبب ، أما اشتراطه في القانون المصري فان له ما يبرره لأن العقد فيه يصح بلا تسجيل حتى وان كان لا يظهر انتقال الملكية الا به) . راجع : كتابه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨٦ .

(٢) راجع كل من : د . صلاح الدين الناهي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٧٣ . و . رمضان ابو السعود مرجع سبق ذكره ، ص ٦٦٥ . ومحمد طه البشير ود . غني حسون طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣٣ ، ود . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٨ .

(٣) راجع : محمد عبد اللطيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨٣ . وراجع كذلك : الاستاذ محمد كامل مرسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٦٥ .

بأحكام حيازة العقار بحسن نية ، فإن له ذات المعنى في باب حيازة المنقول بحسن نية باستثناء أمرين ^(١) :-

١- في القانون المدني المصري ، لا يسجل السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون الا في العقار ، اما السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم الخمسي القصير فيجب تسجيله .

٢- في اثبات السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، فان هذا السبب لا يفترض وجوده ، لذلك كان من الواجب إثباته ، ويقع عبء الإثبات على الحائز الذي يتمسك بالتقادم ، ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، اما في تملك المنقول بالحيازة ، فقد نصت الفقرة (٣) من المادة (٩٧٦) مدني مصري على انه (والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقيم الدليل على عكس ذلك) ^(٢) .

٣- إذن يراد بالسبب الصحيح في معرض بحثنا هذا ، كل تصرف قانوني من شأنه أن ينقل الملكية او الحق العيني الى الحائز ، بوصفه حقاً خالصاً للمتصرف ، لو انه كان صادراً عن المالك او صاحب الحق ^(٣) . وهذا ما يقتصر عليه مفهوم السبب الصحيح في القانون المدني المصري ، اما في القوانين المدنية الاخرى ، فإنه يشمل كذلك الميراث والوصية فضلاً عن التصرفات التي حددها القانون كالبيع والهبة .

٤- (٥/٢٠١) - ألا يكون المنقول قد خرج من تحت يد مالكة بإحدى الوسائل التي حددها القانون : فلا يستفيد الحائز ، ولو كان حسن النية ومستنداً في الوقت نفسه الى سبب صحيح ، من قاعدة (الحيازة في المنقول سنداً او دليل الملكية) ، إذا كان المنقول قد خرج من سيطرة مالكة بوسائل حددها القانون وهي :

٥- (٦/٢٠٢) - الضياع : واقعة مادية مفادها أن يفقد المالك الشيء الذي يملكه بسبب إهماله او لسبب لا دخل لإرادته أو إرادة احد فيه ^(٤) . فمثلاً ، اذا فقد (أ) ساعة ثم عشر

(١) راجع : د . السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٣٨ ود . رمضان ابو السعود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٣١ .

(٢) تقابلها المواد (٣/٩٢٧ مدني سوري) ، (٢/١١٦٣ مدني عراقي) ، (٩٣٨ مدني كويتي) أما القانون المدني الاردني ، فقد اعتبر الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك (م/١١٨٩/٢) .

(٣) راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٢٠ .

(٤) وذلك لأنه لو كان لإرادة المالك او غيره دور في الضياع لخرجنا من نطاقه ودخلنا في نطاق السرقة او الغصب او خيانة الامانة . ويلاحظ أن قانون التجارة العراقي النافذ قد توسع في تفسيره للضياع فيما يخص الورقة التجارية ، حيث نصت المادة (٩٤) في فقرتها الثانية على انه (لا يقصد بالضياع فقدان حيازة الحوالة بسبب غير إرادتي او الكمبيالة او الصك من حيازة الحائز دون إرادته) . (راجع : د . فوزي محمد سامي ود . فائق محمود الشماع ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥٩) .

عليه (ب) وباعها هذا الأخير الى (ج) الحسن النية ، اي انه لا يعلم بأن الساعة ملك لـ (أ) فإن (ج) لا يستطيع التمسك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند او دليل الملكية) ، بالرغم من أن حيازته بحسن نية وبسبب صحيح متمثلاً بالبيع ، لذلك يستطيع (أ) أن يسترد الساعة منه خلال (٣) سنوات من وقت الضياع ، اما (ج) فيرجع بدعوى الاستحقاق على (ب) الذي تصرف في ملك غيره . ويلاحظ ان المشرع العراقي قد عد من يأخذ شيئاً ضائعاً على سبيل التملك بحكم الغاصب (م/٩٧٤ مدني عراقي) .

٣٠٢/ب - السرقة : هي كما يعرفها قانون العقوبات - اختلاس مال منقول مملوك للغير عمداً ^(١) ، فالحائز لشيء وصل اليه عن طريق السرقة اصلاً ، ولو كان حسن النية ، لا يستفيد من قاعدة الحيازة في المنقول . وتسري احكام الغصب على السرقة ، لأن الأخيرة في حكم الحال المساوي للغصب ^(٢) .

٢٠٤- وقد اقتصر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي ، على الضياع والسرقة . كمانعين لأعمال قاعدة الحيازة في المنقول ^(٣) . اما القانون المدني الاردني فقد اضاف عليهما مانعاً آخر وهو الغصب ^(٤) في حين ان القانون المدني العراقي قد توسع في هذه الموانع ، فاضاف الي هذه الموانع الثلاثة مانعاً رابعاً وهو خيانة الامانة ^(٥) . وتناول الغصب وخيانة الامانة تباعاً فيما يأتي :

٢٠٥/ج- الغصب : وهو أخذ مال متقوم مملوك للغير بطريق التعدي على وجه يزيل

(١) راجع المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ ذي الرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل (وقد عدّ هذا القانون بحكم المال المنقول لتطبيق احكام السرقة) . . . النبات وكل ما هو متصل في الارض أو مغروساً فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محركة أخرى ، ويعد في حكم السرقة ، اختلاس المنقول المحجوز عليه قضائياً أو ادارياً أو من جهة مختصة أخرى والمال الموضوع تحت يد القضاء بزي درجة ولو كان الاختلاس قد وقع من مالك المال ، وكذلك اختلاس مال منقول مثقل حق انتفاع أو بتأمين عيني أو بحق حبس أو متعلق به حق الغير ولو كان ذلك حاصلاً من ماله) (راجع المادة (٤٣٩) عقوبات عراقي) . وراجع كذلك للتفاصيل مؤلف استاذنا (المرحوم) : د . ماهر عبد شويش الدرة ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٧ ، ط ٢ ، ص ٢٦٩ . ود . فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٦ ، ص ٣٤١ وما بعدها .

(٢) راجع المادتين (٢٠١) مدني عراقي ، (٢٨٧) مدني اردني) . ومن الجدير بالذكر أن الفقرة (١) من المادة (٢٨٥) مدني اردني نصت على أنه (من سرق مالا فعليه رده الى صاحبه ان كان قائماً ، ورد مثله أو قيمته إن استهلك ولو قضى عليه بالعقوبة) .

(٣) راجع المواد (٩٧٧/مدني مصري) ، (٩٢٨/مدني سوري) . (٩٣٩/مدني كويتي) .

(٤) راجع المادة (١١٩/مدني اردني) .

(٥) راجع المادة (١١٦٤) مدني عراقي ، وراجع ما قبله بند (١٧٤) من البحث .

يد صاحبه عنه ^(١) . والغاصب لا يستطيع أن يحتج على المالك بالقاعدة المذكورة لأنه سيء النية ، كما أن الذي تلقى المال المغمصوب من الغاصب لا يستطيع أن يحتج بتلك القاعدة ولو كان حسن النية ومستنداً الى سبب صحيح لذلك يستطيع المالك أن يسترد ماله المغمصوب من تحت يد الحائز حسن النية خلال ثلاث سنوات من تاريخ الغصب ^(٢) .

٢٠٦/د- خيانة الامانة : إن مفهوم الامانة يتحدد بتحديد مفهوم الامانة نفسها ، وقد حدد القانون المدني العراقي هذا المفهوم في المادة (٩٥٠) منه ^(٣) ، كما ان خائن الامانة تنقلب يده على الشيء الذي يحوزه الى يد ضمان بعد أن كانت يد امانة ^(٤) . وقد حدد قانون العقوبات العراقي مفهوم خائن الامانة ^(٥) ، وخيانة الامانة تعد جريمة من جرائم الاموال المنصوص عليها في قانون العقوبات ، وقد عرفها بعض الفقهاء ^(٦) بأنها : إستيلاء على مال منقول لآخر عليه حق الملكية أو وضع اليد إضراراً به متى كان المال قد سلّم الى الجاني بوجه من وجوه الإئتمان ، سواء كان التسليم ناشئاً من عقود

-
- (١) د . حسن علي الذنون (أصول الإلتزام) ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧٠ .
(٢) للتعرف على أحكام الغصب ، راجع المواد (١٩٢-٢٠١) مدني عراقي ، والمواد (٢٧٩-٢٨٧) مدني اردني ، والمواد (١١٢٦-١١٦٠) مدني يمني .
(٣) نصت المادة (٩٥٠) مدني عراقي على أن : (١- الامانة هي المال الذي وصل الى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقة أو حكماً ، لا على وجه التملك ، وهي إما أن تكون بعقد استحقاق كالوديعة ، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، او بدون عقد او قصد كما لو أُلقت الريح في دار شخص مال أحد .
٢- والامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك ، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا ، وإنما يضمناها إذا هلك بصنعه او بتعدي او تقصير منه) . (راجع في شرح هذا التعريف ، بحث د . ليلى عبد الله سعيد ، الامانة في المعاملات المالية ، مجلة الرافدين للحقوق ، ع ١٤ ، ايلول ١٩٩٦ ، ص ٤ وما بعدها) . (٣) نصت الفقرة (٢) من المادة (٤٢٧) مدني عراقي على أنه : (وتتقلب يد الامانة الى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه) راجع في شرح هذه الفقرة : بحث د . ليلى عبد الله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث سبقت الإشارة اليه ، ص ٢٠ وما بعدها .
(٤) نصت الفقرة «٢» من المادة (٤٢٧) مدني عراقي على أنه : (وتتقلب يد الامانة الى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير أذنه) راجع في شرح هذه الفقرة : بحث د . ليلى عبد الله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث سبقت الإشارة اليه ، ص ٢٠ وما بعدها .
(٥) راجع المادة (٤٥٣) عقوبات عراقي .
(٦) د . حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص ٤٥٩ .

الأمانة المحددة حصراً في بعض قوانين العقوبات ، أم ناشئاً عن أي سبب آخر ولو كان واقعة مادية (١) .

٢٠٧- فالحائز الذي وصل اليه عن طريق الامانة ، لا يستطيع الدفع بالقاعدة المارة الذكر ، ويستطيع المالك ان يسترد المنقول منه خلال ثلاث سنوات من تاريخ خيانة الامانة (٢) .

٢٠٨- هذه هي شروط حيازة المنقول بحسن نية ، ونرى مدى ضرورة توافرها في كسب ملكية المنقول بالضمان .

- ثانياً: مدى ضرورة توافر الشروط السابقة في كسب الملكية بالضمان:

٢٠٩- هل يشترط ، لكي يمتلك الضامن المال المضمون بالضمان ، أن يكون حائزاً لهذا المال حيازة قانونية ، وأن تتوافر في هذا المال المنقول صفة محددة ، وان تكون حيازة هذا الشخص لهذا المال بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه الى سبب صحيح ، والا يكون المنقول قد خرج من تحت يده ماله كما بإحدى الوسائل التي حددها القانون؟؟

٢١٠- لا نكتفي بالقول بعدم ضرورة توافر هذه الشروط في كسب ملكية المنقول بالضمان ، بل نقول بأن بعض هذه الشروط يستلزم إتقائها لإمكان كسب الملكية بالضمان .

٢١١- إذ لا يشترط في الضامن ، حتى يمتلك المنقول بالضمان ، ان يكون المنقول في حيازته بل قد يخرج هذا المنقول من حيازته بأي سبب كان سواء كان هذا السبب تصرفاً قانونياً كالبيع والهبة ، او واقعة كالغصب والسرقة والضياع والتلف (٣) .

(١) ولم يحصر قانون العقوبات العراقي أسباب تسليم الامانة في عقود معينة كما فعل قانون العقوبات المصري ، بل أطلق من اسبابه بذكره (كل من أومن على مال منقول مملوك للغير او عهد به اليه بأية كيفية كانت او سلم له لأي غرض كان . . .) الى آخر نص المادة (٤٥٣) ، وقد ادرك ذلك بعض الفقهاء العراقيين المختصين بالقانون الجنائي ، كالدكتور فخري عبد الرزاق الحديشي ، كتابه سبق ذكره ، ص ٣٧٠ ، والمختصين بالقانون المدني ، كالدكتورة ليلى عبد الله سعيد ، بحثها في الامانة سبق ذكره ، ص ٥٢٢ . قارن بكل من : د . حسن صادق المرصفاوي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٦٢ . واستاذنا (المرحوم) د . ماهر عبد شويش الدرة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٢٢ .

(٢) للتفاصيل راجع : الاستاذ شاكر ماهر حيدر ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٧٣٦ وما بعدها .

(٣) وإن كان من غير المتصور ، أن يتغير المال الذي تلقاه الضامن بأحد أسباب الضمان ، الا بأن يكون حائزاً لهذا المال ، بالأقل وقت تغيره .

٢١٢- كما لا يشترط في الشخص الضامن ان يكون قد تلقى المال بموجب المفهوم الذي عرضناه للسبب الصحيح . بل انه يتلقى هذا المال عادة بأحد الأعمال غير المشروعة في الغالب ، الموجبة للضمان ، كالسرقة والغصب وخيانة الامانة وغير ذلك من الاعمال والوقائع كالضياع ، مما يعني أنه إذا كان من شروط اعمال قاعدة كسب ملكية المنقول في الحياة بحسن نية ، هو ألا يكون المنقول قد خرج من تحت يد مالكة بهذه الوسائل ، فإن من مستلزمات قاعدة كسب ملكية المضمون بالضمان ، ان يكون الشيء قد خرج من تحت يد مالكة بإحدى تلك الوسائل .

٢١٣- ومثلما يجب أن ترد الحياة على منقول لا تأبى طبيعته اكتساب ملكيته بالحياة ، فإنه يجب أن يرد حكم الضمان على منقول لا تأبى طبيعته كسب ملكيته بالضمان ، وهذا ما عبرت عنه المادة (١٠٨٥) مدني اردني ، عندما اشترطت في المال المضمون ثبوت الملك فيه ابتداء (١) .

٢١٤- وأخيراً فإذا كان من اهم شروط كسب ملكية المنقول بالحياة في صورته الاولى ، أن يكون الحائز حسن النية ، أي انه لا يعلم انه يعتدي على حق الغير ، فأن طبيعة الاسباب المفضية للضمان والتي تتسم بكونها تتمثل في اعمال غير مشروعة ، تجعل غالباً من الضامن سيء النية ، اي انه يعلم يعتدي على حق الغير ، وهذا ما يستخلص من تعريف الفقه للضمان ، اذ يعرفه بأنه : شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره ، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد او شرط من شروطه او بارتكاب فعل او ترك حرمه الشارع ذاتاً ومالاً (٢) .

٢١٥- ويؤكد ما سبق ذكره اعلاه تعريف المشرع العراقي ليد الضمان في الفقرة (١) من المادة (٤٢٧) مدني ، والتي نصت على أنه ك(تكون اليد يد ضمان رذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه) . وقصد التملك هنا يدل على عدم جهالة صاحب يد الضمان بحق غيره على المال الذي يحوزه (٣) .

٢١٦- وينبغي أخيراً أن نذكر أن صاحب يد الضمان عندما يملك المال الذي تحت يده ، فإنه لا يستطيع أن يملكه الا بالضمان متى توافرت شروطه ، أما انه حائز للشيء فهذا

(١) راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧ وما بعدها .
(٢) راجع كل من : الاستاذ علي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧ وما بعدها ، ود . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٦ ، ود محمد احمد سراج ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦١ .
(٣) لمزيد من التفاصيل في مفهوم يد الضمان واسبابها ، راجع د . سليمان محمد أحمد ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٣ ، وراجع كذلك : بحث د . ليلي عبد الله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان ، سبق ذكره ، ص ١٩ وما بعدها . كما يمكن مراجعة الفقرة (١٤١) وما بعدها من البحث .

لا يعطي له حق المطالبة بنقل الملكية ، لان شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند او دليل الملك لم تتوافر فيه . ومع ذلك فانه قد يكسب الملكية بالحيازة مع التقادم الطويل لكونه سيء النية .

الفرع الثاني

شروط الحيازة بسوء نية ومدى توافرها في كسب الملكية بالضمضان

٢١٧- تتناول اولاً ، ماهية هذه الشروط ، ثم نرى مدى توافرها في كسب الملكية بالضمضان ثانياً .

أولاً: ماهية شروط حيازة المنقول بسوء نية:

٢١٨- إذ كان شخص يحوز مالاً منقولاً معيناً ، دون ان تتوافر فيه الشروط المتقدمة فإنه لا يفقد حقه في التمسك بالملكية ما دام أنه حائز للشيء حيازة قانونية وان الشيء عبارة عن منقول لا تأبى طبيعته كسب ملكيته بالحيازة ، فكل من هذين الشرطين لابد من توافرها سواء أكانت الحيازة بحسن نية او بسوء نية . بل أنه كل ما يشترط في حالة كون حائز المنقول سيء النية ، مضي مدة من الزمن وان يقع الدفع بالانكار .

٢١٩(١)- مضي المدة : إن مجرد الحيازة القانونية للمنقول في هذه الحالة ، لا تكفي بذاتها لامكان اعمال حكم الحيازة الخاص بكسب الملكية ، بل لابد من مضي فترة من الزمن يحددها القانون ، وهي في الغالب خمس عشرة سنة ^(١) بلا انقطاع يظل في خلالها الشخص حائزاً للشيء المراد تملكه بالحيازة مع التقادم ، وهذا ما يسمى بالتقادم الطويل .

٢٢٠- ويقضي القانون بقرينة مؤداها أنه اذا أثبت الحائز قيام الحيازة في وقت سابق معين (أي بدايتها) ، وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يعد قرينة على قيامها واستمرارها في المدة ما بين التاريخين المذكورين مالم يقم الدليل على العكس ^(٢) . كما يقرر القانون انه ليس للحائز العرضي التمسك بالتقادم حتى لو وضع يده على العين مدة تزيد على مدة التقادم المقررة قانوناً ، الا اذا تغيرت صفة الحيازة الى حيازة حقيقية إذ تحدث الحيازة في

(١) راجع الماد: (٩٦٨) مدني مصري ، (٩١٧) مدني سوري ، (١/١١٥٨) مدني عراقي ، (١١٨١) مدني اردني ، (٩٣٥) مدني كويتي . والمدة في القانون المدني اليمني هي ثلاثين عاماً (المادة ١١٢٥) .

(٢) راجع المواد (٩٧١) مدني مصري ، (٩٢٠) مدني سوري ، (١١٥٩) مدني عراقي ، (١١٨٤) مدني اردني ، (٩١٢) مدني كويتي .

هذه الحالة أثرها كاملاً باعتبارها قرينة على الملكية ووسيلة لاكتسابها^(١) . والحيازة قد تزول باختيار الحائز ، كما لو تخلى الحائز عن حيازته اختيارياً ، وقد تزول إضطراراً ، كما لو تمكن غاصب من وضع يده على الشيء المحوز ، وفي الحالتين لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة ، إذا تمكن الحائز من استردادها خلال سنة ، أو إذا رفع دعوى إعادة اليد خلال سنة من تاريخ وقوع الغصب وقضي لصالحه فيها^(٢) .

٢٢١- وفيما يتعلق بحساب المدة ووقت التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة ، فكل هذه الأمور تسري عليها احكام التقادم المانع من سماع دعوى الحق الشخصي (التقادم المسقط) وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم من سماع دعوى الملك^(٣) . لذا فإننا نحيل هذه المواضيع الى احكام التقادم المسقط^(٤) .

٢٢٢/٢- أن يقع الدفع بالإنكار : إذ يجب ان ينكر واضع اليد دعوى الملك او دعوى الحق العيني على المنقول ، والا فإن الدعوى ستسمع ضده^(٥) ، وهذا الحكم مقتبس من القاعدة الشرعية القاضية بأن عدم سماع الدعوى بعد مضي المدة المحددة لسماعها ، انما هو عند إنكار الخصم ، أما إذا اعترف فتسمع ضده ويقضي عليه ، بناءً على اعترافه ، برد الحق لصاحبه^(٦) .

(١) إلا انه ليس لأحد ان يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده ، فلا يستتبع ان يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والاصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة ، ولكن يستطيع ان يحتج بالتقادم اذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بمعارضة منه هو لحق المالك ، ولا يبدأ سريان التقادم في هذه الحالة إلا من تاريخ هذا التغيير . (راجع المواد : (٩٧٢) مدني مصري ، (٩٢١) مدني سوري ، (١١٦٠) مدني عراقي ، (١١٨٥) مدني اردني ، (٩١٠) مدني كويتي .

(٢) راجع المواد : (٢/٩٧٥) مدني مصري ، (٩٢٤) مدني سوري ، (١١٦١) مدني عراقي ، (١١٨٧) مدني اردني

(٣) راجع المواد : (٩٣٧) مدني مصري ، (٩٩٢) مدني سوري ، (١١٦٢) مدني عراقي ، (١١٨٨) مدني اردني ، (٩٣٦) مدني كويتي .

(٤) راجع في شرح ما يتعلق بالتقادم من قواعد : د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ط ٢ ، ص ٤٩٥ وما بعدها . راجع كذلك المواد : (٩٧٤) مدني مصري ، (٩١٩ ، ٩٢٣ - ٩٢٦) مدني سوري ، (١١٨٣-١١٨٦) مدني اردني .

(٥) راجع : د . رمضان ابو السعود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٥٤ . وراجع كذلك : محمد طه البشير ود . غني حسون طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٦ .

(٦) راجع : د . سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢١ .

ثانياً : مدى ضرورة توافر هذه الشروط في كسب ملكية المنقول بالضمان:

٢٢٣- ذكرنا فيما سبق أن الضامن يكون ، في الغالب ، سيء النية ، ذلك لأن الضمان ينشأ عادة عن اعمال غير مشروعة وتأخذ صفة (العمد) ، أي العلم بالتعدي على حق الغير ، كالغصب والسرقة والإحتيال وما الى ذلك . لكن هذا لا يعني ، بالضرورة ، أن صفة (العمد) مشروطة في الضامن كي يتسنى له كسب الملكية بالضمان ، فالشخص الذي تنسب بفعله الضار في إتلاف مال تعود ملكيته لشخص آخر إتلافاً جزئياً ، دون ان تكون لديه نية متعمدة لإتلاف هذا المال ، إنما يملك هذا المال في حالة ما إذا اختار مالك المال أداء الضمان عنه وتركه للمتللف ، لكن على اية حال ، فإن الاعمال المقتضية للضمان ، تكون في الغالب ، عمدية لكن هذه الصفة ليست من مستلزماتها على الاطلاق .

٢٢٤- إلا انه تجب الإشارة الى أن التعمد ، أو (نية الغش) يشترط فيه ، حتى يمكن للضامن ان يملك المال المضمون بالضمان . ونقصد (بالتعمد) هنا نية الضامن لقيام السبب المفضي للضمان كي يتذرع بقاعدة (كسب الملكية به) ، أي نية الغش نحو أحكام القانون ، إذ يجب الا يكون الضامن قد ارتكب الفعل غشاً للتذرع بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، فإذا فعل ذلك ، فإن على القاضي ان يسد ذريعته على اعتبار أنه قد صدر منه (غشاً نحو القانون) ^(١) . وسوف نتناول هذا الشرط ضمن شروط كسب الملكية بالضمان ^(٢) .

٢٢٥- ولو رجعنا الى مدى ضرورة توافر شروط كسب الملكية بالحيازة بسوء نية على كسبها بالضمان ، فأننا سنجد أن الضمان لكي يكون سبباً للملكية ، فإنه لا بد من توافر سببه ، وهو العمل غير المشروع ، الذي يكون فاعله ، في الغالب ، معتمداً ، أي (سيء النية) . وهنا تلتقي القاعدتان تقريباً ، الا أن وجه الافتراق يمكن في عدم اشتراط مرور زمن

(١) وقد تكون عملية اثبات الغش في الضامن صعبة ، لكنها ليست مستحيلة ، بل ان انتقاء نية الغش مشروطة في نظم متعددة في القانون ، وقد تكون هذه النية هي المانع من تطبيق القانون ، لأن (الغش يفسد كل شيء) . (راجع للتفصيل : رسالة زميلنا أحمد محمود الفضلي ، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة الموصل ، ١٩٩٧ ، غير منشورة ، ص ٧٠ وما بعدها) . ويلاحظ ان الغش الذي ارتكبه الشخص ، يعد (ذريعة) ، وهذه الذريعة يجب ان تسد بحكم قانوني او قضائي ، علماً ان (سد الذرائع) يعد مصدراً من مصادر الحكم في الشريعة الاسلامية (راجع ك د . مصطفى الزلي وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل ، ١٩٨٩ ، ص ١٢٢) .

(٢) راجع : ما بعد فقرة (٢٥٤) وما بعدها من البحث .

معين (التقادم) وعدم اشتراط وقوع الدفع من الضامن بانكار حق الغير ، في كسب الملكية بالضمان ، فهو ان أنكر وأقر بحق المالك ، فهو يمتلك المنقول بالضمان متى ما توافرت شروط كسب الملكية به ، في ضوء ما سنتناوله في المطلب القادم .

المطلب الثاني

شروط كسب ملكية المنقول بالضمان ومدى

ضرورة توافرها في كسب ملكيته بالحيازة

٢٢٦- إن الحداثة التي يتميز بها موضوع كسب الملكية بالضمان ، يجعلنا في مشقة في جمع شرائطه خاصة وأن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في تقدير هذا الموضوع حسب ما توضح لدينا في الفصل الاول . وقد حاولنا جاهدين ، أن نرتب شروطاً تحد من هذا الاختلاف وتوفق بين الآراء المختلفة في كسب الملكية بالضمان ، وعلى الاخص اشتراط إنتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان ، وهو شرط لم يشترطه أحد لاصراحة ولا ضمناً ، إلا أن تقريرنا له جاء منسجماً مع رأي جمهور الفقهاء المسلمين ، الذين أنكروا على الضمان دوره في كسب الملكية على اعتبار ان ذلك سيؤدي الي زعزعة الاستقرار المطلوب في المعاملات ، لأن أي شخص يريد أن يمتلك مالاً معيناً ، لا يستطيع تملكه بالوسائل المشروعة ، سوف يسعى الى ارتكاب الأعمال الموجبة للضمان ، وهي اعمال غير مشروعة في الغالب ، ليتذرع بكسب الملكية بالضمان . واشترط المذكور أعلاه ، سيسد عليه ذريعته فيحول دون أعمال ما انصرف اليه نيته في التحايل على احكام الشرع والقانون .

٢٢٧- نوضح في هذا المطلب بالتفصيل شروط كسب الملكية بالضمان وذلك في الفرع الاول ، ثم نتناول في الفرع الثاني ، مدى ضرورة توافر هذه الشروط في كسب ملكية المنقول بالحيازة .

الفرع الاول

شروط كسب ملكية المنقول بالضمان

٢٢٨- ذكرنا سابقاً أن القانون المدني الاردني قد اعتد ، صراحة ، بالضمان سبباً لكسب الملكية في المادة (١٠٨٥) منه ، والتي استقاها من القاعدة الفقهية الحنفية المنشأ القائلة (الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه) ^(١) . والملاحظ على هذه القاعدة أنها توحى لأول وهلة بعدم وجود شرط لحكمها ، في حين أن الفقه الحنفي في

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

أقوى الآراء المؤيدة فيه لفكرة كسب الملكية بالضمان ، قد وضع شروطاً لهذه القاعدة ، وإن كانت غير صريحة . كما يلاحظ كذلك على المادة (١٠٨٥) مدني اردني ، أنها وضعت شرطاً واحداً لتطبيق القاعدة المذكورة ، هو كون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً ، في حين أن هناك شروطاً وقيوداً للقاعدة أقرها مؤسسيها الأحناف بصورة ضمنية ، كتغير المال المضمون ، ووجود المقابل ، وعدم وجود مانع من موانع الضمان ، فضلاً عن ذلك ، فإنه لما كانت القاعدة التي نحن بصدد شرح شروطها ، قد تؤدي الى اضطراب المعاملات بدلاً من استقرارها ، بسبب أن بعض الأشخاص قد يتذرع بها فيتشجع على القيام بالعمل غير المشروع والموجب للضمان ، كي يحصل على ملكية شيء معين ، عليه فأننا سنضيف لشروط كسب الملكية بالضمان ، شرطاً آخر ، مفاده ، ألا يكون الضامن متعمداً في القيام بعمل غير مشروع بنية التذرع بقاعدة كسب الملكية بالضمان ، وبعبارة أخرى ، إنتفاء قصد الغش او التحايل على قاعدة كسب الملكية بالضمان .

٢٢٩- عليه فإن شروط كسب الملكية بالضمان هي :

١- أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت فيه ابتداءً .

٢- تغير المال المضمون .

٣- وجود المقابل (الضمان او التعويض) .

٤- إنتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان .

٥- عدم وجود مانع من موانع الضمان .

٢٣٠- وقبل شرح كل شرط على حده ، لابد من الإشارة ، الى ان الضمان المعتبر سبباً لكسب الملكية ، هو الضمان المتوافرة فيه اسبابه وشروطه العامة ، وهي مبحوثة بصورة مفصلة في كتب الفقه الإسلامي ، ولا نرى داعياً هنا للتطرق اليها ، لأننا نبحث هنا شروط أثر من آثار الضمان ، وهو كسب الملكية ، وليس شروط الضمان ذاته ^(١) .

٢٣١- كما أن كسب الملكية بالضمان هنا مقصور على المنقول دون العقار ، لأن ملكية الأخير لا تنتقل الا بالتسجيل في ضوء ما سبق ايضاحه ^(٢) .

(١) راجع للتفاصيل : الشيخ علي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩ وما بعدها ، ود . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٨ ، ٦٤ .

(٢) راجع ما قبله الفقرة (١٥٦) من البحث .

- الشرط الأول/ أن يكون محل الضامن قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً :

٢٣٢- يجب ان يكون الشيء المراد تملكه بالضمان بما أن يكون محلاً للملكية ، فهناك أشياء يجوز تملكها ، فبموجب أحكام القانون ، فإن كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية ^(١) . وبما أن حق الملكية يعد من أقوى الحقوق المالية ، فإن ما هو وارد أعلاه وضح ما يصح أن يكون محلاً للملك .

٢٣٣- والأشياء التي لا يمكن أن تكون محلاً للملك في القانون يمكن بيانها في الآتي :

- ١- عدم قابلية الشيء للملك الراجع الى طبيعة الشيء كالهواء والأنهار .
- ٢- عدم قابلية الشيء للملك الراجع الى كونه مباحاً لأمالك له ، الطير في الهواء والسمك في الماء ، لكن 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 ، إذ قد يمنع القانون تملك بعض الأشياء مثل المخدرات والآثار القديمة ^(٢) .

٢٣٤- وفي الفقه الاسلامي ، فإن الأشياء التي لا يجوز تملكها هي ^(٢) :

- ١- الأعيان التي لا منفعة فيها ، ذلك لأن الملك شرع من أجل الإنتفاع بالشيء الوارد عليه ، إذ أن قيام الملك على أعيان لا منفعة منها عبث لا يقبله شرع ولا عقل ، مثل الحشرات كالذباب والبعوض وغيرها ، فهذه الأعيان لا تصح أن تكون محلاً للملك ، ومن ثم إذا حازها شخص أو اعتدى آخر عليها فإنه لا يترتب على هذا التعدي أي

(١) راجع المواد (٨١ مدني مصري) ، (٨٣ مدني سوري) ، (٦١ مدني عراقي) ، (٥٤ ، ٥٥ مدني أردني) ، (٣٢ مدني كويتي) ، (١١٤ ، ١١٥ مدني يمني) .

(١) راجع : د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج ١ ، مصادر الإلزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص ١٧١ .

(٢) راجع : د . عبد السلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، القسم الأول ، مكتبة الأقصى ، عمان ، ١٩٧٤ ، ط ١ ، ص ٢٠٤ . راجع كذلك : د . أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٩ ، ص ٣٢ .

(٣) راجع : سورة الأنعام/ الآية ١٤٥ .

ضمان ، وتلحق بهذه الأعيان التي تشتمل على منافع تافهة ، كحبة قمح ، وكذلك المنافع التافهة في ذاتها ، كشم تفاحة .

٢- الأعيان والمنافع المحرمة ، فكل الأعيان والمنافع التي حرّمها الشارع ، لا يجوز أن تكون محلاً للملك ، مثل الخمر والخنزير والميتة ^(١) ، فهذه الأعيان لا يجوز الانتفاع بها شرعاً ، وبالتالي لا يجوز أن تكون محلاً للملك ، فالنهي عن الانتفاع بها نهى عن تملكها ، لأن الأذن بتملكها يتناقض مع تحريمها ^(٢) .

٢٣٥- وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الأعيان لا تكون محلاً للملك بالنسبة للمسلم ، واختلفوا هل تكون محلاً للملك بالنسبة إلى الذمي؟ فالأحناف ومن وافقهم يرون في هذه الأعيان أنها تصلح أن تكون محلاً بالنسبة إلى الذمي ، وذلك لأنها مال عندهم ، فالمعتدي عليها يضمنها بالإتلاف ^(٣) . أما عند الشافعية ومن وافقهم ، فلا تعد محلاً للملك لأنها ليست مال عندهم أصلاً بالنسبة للمسلمين والذميين ، ومع ذلك فقد أوجب الشافعية ردها إذا اغتصبها غاصب ، لأنه مقرون على الانتفاع بها ، أما إذا اتلفت ، فالخمر عندهم لا تضمن ، سواء كانت للذمي أو لمسلم محرمة أو غير محرمة ^(٤) .

٢٣٦- فلا عما سبق ، فالأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها لا تعد محلاً للملكية في الشريعة ^(٥) كما في القانون .

٢٣٧- مما تقدم يتضح أنه يجب أن يكون الشيء الذي سيضمنه الضامن قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً ، فمن سرق من آخر كمية من المخدرات ، فإن القانون لن يحكم أبداً بضمانها ، لعدم اعتبارها مالاً ، لأنه إذا حكم بضمانها أفاد تملكها ، ولا تملك لما لا يعد مالاً .

(١) راجع : د . عبد السلام العبادي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع : الرملي ، مرجع سبق ذكره ، ج ٥ ، ص ١٧٦-١٦٨ .

(٤) راجع : د . عبد السلام العبادي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠٧ .

(٥) راجع : المواد (٢٠٧ مدني عراقي) ، (٢٦٦ مدني أردني) .

٢٣٨- وقد لا يستدعي الضمان تملك المال المضمون ، لاسيما في الأفعال الضارة التي يقتصر فيها الضمان على التعويض عما لحق المتضرر من ضرر أو ما فاتته من كسب (١) ، فالتصادم بين مركبتين قد يؤدي الى تعويض المتضرر عما أصابه من ضرر في مركبته ، دون أن يفيد الضمان في هذه الحالة التملك ، وهذا يحصل في ما لو كان حجم الضرر يقل في القيمة عن قيمة الشيء الذي وقع الضرر عليه ، قياساً بحالات التصاق الأموال المعروفة في القانون المدني (٢) .

- الشرط الثاني : تغير المال المضمون :

٢٣٩- لا ينهض الضمان سبباً لكسب الملكية ، ما لم تتغير العين المضمونة الى حالة تختلف عن حالتها الأصلية ، ذلك ان بقاء العين المغصوبة أو المسروقة على حالتها ، سوف يوجب على الغاصب أو السارق إرجاعها الى مالكها ، دون أن يؤدي أي ضمان عنها ، اللهم الا اذا كان هناك ضرر فيتم التعويض عنه ، ولهذا فقد قيل أن (الضمان والاسترداد لا يجتمعان) .

(١) ففي حالة إندماج مالين مملوكين لشخصين مختلفين بحيث لا يمكن الفصل بينهما الا بتلف أحدهما ، فإن صاحب المال الأعلى في القيمة بتملك المال لأقل قيمة مع دفع قيمته ، وفي ذلك نصت المادة (٢٤٢) مدني عراقي على أنه : (١)- لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاءً وقدرًا بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين ، تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته ، ٢- فلو سقطت من شخص لؤلؤة التقطتها دجاجة فصاحب اللؤلؤة يأخذ الدجاجة ويعطي قيمتها) . ونصت المادة (١١٥٢) من القانون نفسه على أنه : (إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الإلتصاق قضاءً وقدرًا ، ملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته) وازن بالمواد (٩٣١ مدني مصري) ، (٨٩٣ مدني سوري) ، (١١٤٥ مدني اردني) ، (٨٨٧ مدني كويتي) ، (١٣٢٥ مدني يمني) . ووجه قياس التملك بالضمان على التملك بالإلتصاق هو فوات منفعة المال المملوك للمالك ، ففي الإلتصاق ، فإن منفعة المال الاقل قيمة أو المال الأكثر قيمة قد فاتت على صاحبها ، فيفضل إما ترك المال وأخذ قيمته - بالنسبة للمالك المال الاقل قيمة - أو أخذ المال الأقل قيمة بدفع ثمنه - بالنسبة للمالك المال الأكثر قيمة - والحالة نفسها بالنسبة للمالك والضامن في الضمان ، فالمالك (المضمون له) يفضل أخذ الضمان في حالة ما إذا كان حجم الضرر يفوق الشيء ذاته ، كأن كانت قيمته قبل حدوث الفعل مليون دينار ، ثم أصبحت قيمته بعد حدوث الفعل مائة ألف دينار مثلاً ، فالمالك يفضل الضمان في هذه الحالة بترك المال للضامن بتملكه بالضمان . أما إذا كان حجم الضرر أقل في القيمة من قيمة المال نفسه ، فإن المالك يفضل أخذ التعويض عما أصابه من ضرر ، ولا يفضل ترك المال للضامن قياساً بحكم الإلتصاق .

(٢) راجع : رسالة السيد يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣١ .

٢٤٠- والتغيير قد يكون كلياً أو جزئياً ، ويظهر هذا التقسيم - عادةً- في حالة الإلتاف بوصفه مسبباً موجباً للضمان ، أما الغصب الذي يعد أهم صور القاعدة محل البحث ، فإن التغيير في العين المغصوبة يكون على النحو الآتي (١) :

أ- التغيير المادي في المغصوب : أي بتغيير ذاته ووصفه ويكون على صور :

١- أن يغير الغاصب بزيادة شيء عليه من ماله المتقوم ، كأن يغصب ثوباً فيغصبه ، أو أرضاً فيبني عليها .

٢- أن يتغير المغصوب في يد الغاصب بالإستحالة ، كأن يغصبه بيضاً فيصبح فرخاً ، أو حباً فيصير زرعاً .

٣- أن يغير الغاصب لزيادة مال وإنما يعمل فيه ، كأن يغصب حديداً فيضربه سيفاً ، أو قماشاً فيخيطه ثوباً ، أو فضة فيضربها أنية .

٤- أن يخلطه بماله أو مال غيره خلطاً يتعذر تمييزه (٢) .

٢٤٢- وقد اختلف الفقهاء المسلمون في الحكم لكل صورة من الصور الأربع أعلاه ، ولا نريد هنا البحث في هذا الخلاف ، لكن نذكر أن هذه الصور تجعل المالك بالخيار إن شاء استرد المغصوب مع التعويض عن التغيير الحاصل فيه إن كان له مقتضى ، وإن شاء ترك المغصوب للغاصب وألزمه بالضمان ، وهنا يكون الغاصب قد تملك المال المغصوب بالضمان .

٢٤٣(ب)- التغيير القانوني في المغصوب : ويكون بواسطة التصرف القانوني في المغصوب وهذا التصرف إما أن يكون معاوضة أو تبرعاً :-

٢٤٤(١)- التصرف في المغصوب معاوضة : فلو أن شخصاً غصب من آخر شيئاً وقبل أن يغيبه باعه الى شخص آخر ، فلا خلاف بين الفقهاء المسلمين في أن البيع باطل (٣) بلوجوب الرد مع بقاء العين ، أما لو غيبه الغاصب حتى ضمنه المالك غيبته ثم

(١) ويلاحظ أن المادة (١١٤٣) مدني ينني تقضي بأنه ك (إذا خلط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى أصبح لا يمكن تمييزه ، فعليه إرجاع من جنسه إن كان مثلياً أو قيمته بأوفر القيم إن كان قيمياً ، وإن فعل به ما يستحيل به شيئاً آخر أو غير معظم منافعه ، فإن المالك بالخيار بين استرجاعه مع ارش النقص أو أخذ قيمته موفورة وتصير العين المغصوبة للغاصب) . في حين نصت المادة (١١٣٤) من القانون نفسه : (لا يحول دون رد العين المغصوبة وجودها في داخل شيء مملوك للغاصب وإن أدى الى إلتاف الشيء فيما لا يحرم إلتافه) .

(٢) راجع : رسالة يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣١ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

أظهره وباعه ، فإن حكم هذه المسألة مبني على قاعدة تملك الغاصب للمغصوب بالضمان ومدى الإعتراف بها ، فجمهور الفقهاء الذين ذهبوا الى ان الغاصب لا يملك المال المغصوب هناك ، قالوا هنا بأن البيع باطل ، وان للمالك استرداد عين ملكه في أي يد وجدها (١) ، أما في المذهب الحنفي فعلى رأي ابي حنيفة الذي يشترط ثبوت الملك ، اختيار الضمان من قبل المغصوب منه ، فإن البيع لا ينفذ قبل اختيار الضمان ، وينفذ بعده ، وأما على رأي محمد وأبي يوسف ، فإن اختيار الضمان ليس شرطاً للملك ، لأنه إذا غيبه فقد ملكه ولو قبل اختيار الضمان ، فلو باعه اعتبر البيع نافذاً (٢) .

٢/٢٤٥- التصرف في المغصوب تبرعاً : كما لو وهب الغاصب العين المغصوبة أو أعارها أو أودعها لدى آخر- بعد أن غيبها- وكانت عين المغصوب لا تزال قائمة ، أو كانت العين قد تلفت بعد التصرف بها ، كأن يكون المغصوب طعاماً فأكله الموهوب له ، ولكل من هاتين الحالتين الحكم الخاص بها فيما يخص الضمان (٣) ، أما ما يخص كسب الملكية به ، فإنه إذا كانت العين قائمة لم تتغير ، فإن المالك يجبر على استردادها مع حقه في التعويض عن الأضرار الأخرى ، أما إذا تغيرت تغيراً جزئياً أو كلياً ، فإنه في التغيير الجزئي بالخيار بين الإسترداد والتضمن ، فإن اختار الأخير عد الغاصب مالكا لما غصبه . أما في حالة الإلتلاف الكلي فليس للمالك سوى تضمين الغاصب أو من تصرف اليه حسب السائد في الفقه والضمان سيودي بالتأكيد الى انتقال ملكية المغصوب الى الضامن سواء كان الغاصب أو من تصرف اليه (٤) .

٢٤٦- والجدير بالذكر أن المغصوب إذا لم يغير فإن المالك يجبر على استرداده ، وإنما كان الخيار له فحسب في حالة تغير المال المغصوب .

٢٤٧- الشرط الثالث/ وجود المقابل :

ذكرنا سابقاً أن الأحناف عندما قرروا قاعدة كسب الملكية بالضمان ، استندوا الى ان المالك لا يجوز أن يجمع بين ملكية الضمان والمضمون ، ففي الوقت الذي يملك فيه المالك الضمان ، يكسب الضامن ملكية المضمون ، لذا فإنه حتى يعد الضمان سبباً لكسب الملكية (ملكية المضمون) ، يجب أن يكون هناك مقابل لهذه الملكية متمثل في كسب

(١) راجع : الشيرازي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٦٨ . وراجع كذلك : رسالة يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٨ .

(٢) راجع : كل من الكاساني ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥٣ ، الرشدي ، الهداية ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٢ ، والسرخسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٨ .

(٣) راجع : يوسف محسن محمد علي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٣٩ .

(٤) راجع : المواد : (١٩١-٢٠١) مدني عراقي ، (٢٧٩-٢٨٧) مدني اردني ، (١١٦٠-١١٢٦) مدني عراقي .

ملكية المضمون له للضمان ، عليه فإن الضامن إذا لم يدفع قيمة الضمان للمالك ، فإنه لم يعد مالكا للمضمون بالضمان بل بسبب آخر .

٢٤٨- وقد يتنازل المالك عن حقه في الضمان أو عن الشيء المضمون ، فهذا لا يعد الضمان سبباً لكسب الملكية بالنسبة للشيء الذي تنازل عنه صاحبه لعدم وجود المقابل ، بل أن كسب الملكية هنا بسبب العقد ، الإيجاب فيه هو تنازل المالك عن ملكه ، والقبول فيه هو بقاء الشيء في حيازة الضامن بإرادة الأخير ، وكيف تصرف المالك بالتنازل عن ملكه بأنه عقد به إذا كان الشيء باقياً على حاله لم يتغير ، أو تغير مع بقاء ذاته ، ويكون التصرف ابراءً إذا كان المال قد أصبح ديناً في ذمة الضمان (١) .

٢٤٩- وفي هذا المجال يتبادر الى الذهن تساؤلان ، الأول : يتعلق بالأبراء والثاني يتعلق بالهبة :

٢٥٠- أما بالنسبة للتساؤل الأول فمرده ، ما لحكم فيما لو أصر الضامن على دفع قيمة الشيء الهالك والذي صار ديناً في ذمته ، بعبارة أخرى : ما الحكم فيما لو رفض الضامن ابراء المالك ؟

٢٥١- نصت المادة (٤٢٢) مدني عراقي (٢) على أنه : (١)- لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته .
٢- ويصبح ابراء الميث من دينه) . من هذا النص يتضح لنا أنه لا يشترط في الأداء قبول الضامن المدين ، ولكن إذا رد الضامن الإبراء قبل القبول إرتد ، ولا يجبر عليه إذا لم يرغب في أن يتصدق المالك به عليه ، وذلك لتعلق هذا الأمر بكرامة الإنسان . ومن الجدير بالذكر فإن المادة (١١٤٩) مدني يعني تقضي بأنه : (إذا أبرأ مالك العين المغصوبة من ضمانها مطلقاً أو أبرأ من عليه قرار ضمانها من الضمان أو ملكه ايها ، ابريء الغاصبون الآخرون ، أما إذا أبرأ غير من عليه قرار الضمان فيبرأ وحده ويكون للمالك الرجوع على الباقيين ، وإذا صالح مالك العين المغصوبة أحد الغاصبين لها فإنه يكون للغاصب غير من عليه قرار الضمان ، الرجوع بمثل العين التي صالح عليها أو قيمتها إذا كانت قد تلفت بعد قبضها) .

(١) نصت الفقرة (١) من المادة (١١٢٦) مدني عراقي على انه : (تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار) ، وقد ذكرت عبارة المنقول بصورة مطلقة لتشمل المنقول والمعنوي كالدين . (راجع : المادة (٩٣٢) مدني مصري ، المادة (٨٩٤) مدني سوري ، والمادة (١١٤٦) مدني اردني ، والمادة (٨٨٨) مدني كويتي ، والمادة (١٢٣٩) مدني يعني .
(٢) راجع : المادة (٣٧١) مدني مصري ، المادة (٣٦٩) مدني سوري ، المادة (٤٤٥) مدني اردني ، المادة (٤٣٥) مدني كويتي ، المادة (٤٤٥) مدني يعني .

٢٥٢- أما التساؤل الثاني فهو خاص بالحالة التي تفترض أن الشيء قائم على حاله لم يتحول من العين الى الدين ، وقد اتضح لنا أن الضامن يملك هذا الشيء بالهبة التي لا تتم في المنقول الا بالقبض أو التسليم^(١) ، فهل يعني أن المالك اذا لم يقوم بتسليم العين الى الشخص الذي ضمنها بتعديه ، فإن أحكام الهبة لا تنتج أثراً؟ .

٢٥٣- إن صورة التسليم في هذا الفرض تتمثل في التسليم المعنوي الذي يرجع بأثر مستند الى يوم حدوث سبب الضمان ، وهذه الصورة من التسليم نص عليها المشرع العراقي في المادة (٦٠٦) مدني ، التي نصت على أنه : (إذا وهب احد ماله لمن كان هذا في يده ، اعتبرت الهبة مقبوضة دون حاجة الى قبض آخر) . ومن هذا النص يتضح أن الضامن قد قبض العين ، وكانت عليها يد ضمان ، فإذا تنازل عنها المالك لمن كان يراد تضمينه دون مقابل كان سبب ملكية الأخير لها هو عقد الهبة الذي تم فيه القبض وقت حدوث سبب الضمان وليس بالضمان الذي انتفى فيه أحد شروطه الخاصة وهو المقابل .

- الشرط الرابع/ إنتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان :

٢٥٤- أي ألا يكون الضامن قد تعمد قيام السبب المفضي الى الضمان كي يتذرع بقاعدة كسب الملكية به ، اذ أنه سبق أن لاحظنا ، أن بعض الفقهاء^(٢) أنكر على قاعدة الضمان مفعولها في كسب الملكية ، والسبب الذي دفع هذا البعض الى مثل هذا الاتجاه ، وهو أن الضامن قد ينتهز الفرصة التي توفرها هذه القاعدة له ، فيغصب مالا معيناً ويغيره تغييراً موجباً لضمانه بالمثل أو القيمة ، بما يعني أن قاعدة كسب الملكية بالضمان ، سوف تؤدي الى اضطراب المعاملات بدلاً من استقرارها ، عليه فإننا أثرننا وضع هذا الشرط كي يمكننا إعمال قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، والسبب يمكن تبريره بما يأتي :

٢٥٥(١)- ان قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، هي قاعدة شرعية قبل أن تكون قاعدة قانونية ، لذا فإنه لا بد في القواعد الشرعية من تطبيق مصادر الحكم الشرعي ، ومن مصادر هذا الحكم (سد الذرائع)^(٣) . فالضامن يستعمل هنا ذريعة ، على الشارع أو القضاء أن يسدها ، ناهيك عن أن الذريعة ، بصورة عامة ، عبارة عن وسيلة مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع ، ويلجأ الشارع لسدها ، فكيف اذا كانت الذريعة ، في فرضنا هذا ، عبارة عن وسيلة غير مشروعة- متمثلة في العمل غير المشروع- والنتيجة غير مشروعة ،

(١) راجع : المادتين : (٦٠٣) مدني عراقي ، (٥٥٨) مدني اردني ، ويلاحظ أن الفيض لا يعد ركناً لازماً في هبة المنقول في القوانين المدنية الأخرى محل البحث .

(٢) د . محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٥ وما بعدها .

(٣) للتفاصيل راجع : د . مصطفى الزلي ، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد ، مركز عباوي ، صنعاء ، ١٩٩٦ ، ص ١٥٢ .

ويلجأ الشارع لسطها ، فكيف اذا كانت الذريعة ، في فرضنا هذا ، عبارة عن وسيلة غير مشروعة- متمثلة في العمل غير المشروع- والنتيجة غير مشروعة متمثلة في تملك مال الغير بالرغم من إرادته - فإنه من باب أولى سد هذه الذريعة .

٢٥٦/٢- ان قيام بارتكاب العمل غير المشروع كي يكسب ملكية المال المضمون ، إنما يرتكب غشاً ، على نحو ما ذكرنا ، والمبدأ المعروف في جميع فروع القانون أن (الغش يفسد كل شيء) ، ويقصد به أن كل تصرف ينتج عن غش يعد فاسداً لا تجوز حمايته قانوناً^(١) .

٢٥٧/٣- لو أمعنا النظر في كتب الفقه الحنفي لوجدنا أن الحكمة في تقريرهم لقاعدة كسب الملكية بالضمان ، تمكن في سعيهم الى استقرار المعاملات في المجتمع كي يطمئن الأشخاص الذين يتعاملون بحسن نية مع الضامن ، اذا ان اعتبار الأخير مالكا للشيء هو الذي سيصح تصريفه به الى الغير ، مما يؤدي الى زرع الثقة في التعامل ، وبما أن (الحكم يدور حول علته وجوداً وعدمًا) فان قصد الضامن في التحايل على القاعدة سوف يؤدي الى زعزعة الثقة بالقانون وعدم استقرار المعاملات ، وبما أن العلة انتفت هنا فإنه من الضروري أن ينتفي الحكم معها ، فيحرم الضامن من الإستفادة بقاعدة كسب الملكية بالضمان .

٢٥٨- وما دما في صدد تبين شرط عدم التعمد ، فانه من الواجب تبين المقصود بالتعمد وتمييزه عن مجرد التعدي ، بالرغم من ان المشرع العراقي لم يميز في الحكم بينهما ، وذلك عندما خالف القاعدة الفقهية : (اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر)^(٢) ، في نص المادة (١٨٦) مدني ، والتي بموجبها اضاف الحكم الى المباشر او المتسبب ايها كان متعمداً او متعدياً دون تمييز بينهما .

٢٥٩- وقد اوضح القانون الجنائي الفرق بين التعمد والتعدي (الخطأ غير العمدى) اذ ان التعمد هو ارداة الفعل والنتيجة الجرمية المترتبة عليه مع العلم بهما ، اما التعدي فهو

(١) راجع : د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ط ٣ ، ص ٣٦١ ، وراجع كذلك : رسالة زميلنا أحمد الفضلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٠ .

(١) راجع شرح هذه القاعدة : الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ١ ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ١٥٣ . (وقد اخذ بهذه القاعدة القانون المدني الاردني في المادة (٢٥٨) منه) . راجع الاختلاف بين النصين العراقي والاردني : غالب محمد القرالة / الضمان في القانون المدني الاردني والمقارن ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص ١٩٢ .

ارادة الفعل دون النتيجة^(١) . ففي السرقة ، التي تعد احد موجبات الضمان ، يتمثل التعمد فيها بالقصد الجنائي الذي عرفه الفقه^(٢) ، بأنه : (أن يأخذ الشيء وهو عالم بأنه يأخذ مالا مملوكاً للغير بقصد تملكه دون علم المأخوذ منه ودون رضاه) ، وربما نستطيع ان نعرف التعمد في موجبات الضمان ككل بأنه : (قصد تملك الشيء المضمون) ، وهو يختلف عن التعدي في ان الشخص المتعدي فحسب لا يقصد تملك الشيء المضمون ، بل قصد الفعل المفضي للضمان .

٢٦٠- عليه فان الشخص المراد تضمينه ، ان كان قاصداً وقت قيام سبب الضمان تملك المال الذي يغضبه او يسرقه او يغير معالمة او ما الى ذلك من اسباب الضمان ، فانه ملزم باعادة الشيء الى مالكه على الحالة التي تغير عليها المال المضمون . الا انه من الجدير بالملاحظة ، ان المالك لا يجبر على استرداد الشيء بل يعطي له حق اختيار الضمان بالبدل ، فعند ذلك سيبقى المال للضامن يملكه من وقت قبضه .

٢٦١- لكن اشتراط التعمد قد لا يكون بالسهولة التي يمكن ان يتصورها البعض . فالتعمد امر كامن في النفس ، من الصعوبة بمكان كشفه واثباته لذا فانه يجب ان تتساءل عن الكيفية التي يمكن الركون اليها في كون الضامن قد قصد تملك المال الذي ضمنه تذرعا بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ؟ . ان هذه المسألة هي مسألة وقائع يستقبل بتقديرها قاضي الموضوع عن طريق القرائن القضائية^(٣) ، ومن امثلة هذه القرائن ان تكون هناك مساومة ، قبل وقوع السبب المفضي الى الضمان ، بين الضامن والمالك على شراء المال من المالك بثمان معين ، ولم يرض المالك بالبيع ، واصر الشخص الضامن على شرائه واخذه باي ثمن ، فلم ير من بد سوى عصبه - مثلاً - وتغييره تغييراً يوجب تملكه باداء الضمان .

(١) راجع : في المعنى نفسه : د . محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٠٧ وما بعدها . وراجع جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٨٤ ، ص ١٨٥ .

(٢) راجع : د . احمد الكبيسي ، احكام السرقة في الشريعة الاسلامية والقانون ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٨٧ .

(٣) القرينة القضائية ، هي استنباط القاضي امر غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعوى المنظورة . (راجع : المادة (١٠٢/١) من قانون الاثبات العراقي النافذ) وراجع للتفاصيل : قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الاثبات ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ١٨ وما بعدها .

٢٦٢- وما دام ان امر استنباط وجود نية الغش نحو القانون لدى الضامن من عدم وجودها ، يعد قرينة قضائية ، فان للقاضي سلطة تقديرية في الاستنباط (١) ، اذ يمكن ان نتخذ من المثال الانف قرينة على وجود هذه النية ، لكنه غير ملزم له .

٢٦٣- ويلاحظ ان هذا الشرط ، محل الشرح ، يلعب دوره في امرين :

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

الثاني : التضييق من نطاق تطبيق قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، اذ ان غالبية الأفعال الموجبة للضمان تنشأ عن الفعل المقترون بتعمد الفاعل ، مما يعني ان هذا الضمان لا يمكن ان يكون سبباً للملكية ، فيما لو رأى القاضي قرينة على غش الضامن .

٢٦٤- ومن الجدير بالملاحظة ان هذا الشرط ملزم للضامن لا للمضمون له ، اذ يبقى الخيار للأخير في الاسترداد او في التضمن ، بعكس شرط التغير ، اذ يعد ملزماً لكل من الضامن والمضمون له .

الشرط الخامس - عدم وجود مانع من موانع الضمان :

٢٦٥- موانع الضمان ، حسب ما اوردها الفقهاء المسلمون ، واربعة هي (٢) :

١- كون الاتلاف بحق .

٢- حالة الضرورة

٣- رضا المتضرر بالضرر .

٤- عدم الفائدة في التضمن .

(١) راجع : د . عبد الحميد الشواربي ، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والاحوال الشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، (بدون سنة طبع) ص ١٨ (علماً ان الفقرة «ثانياً» من المادة (١٠٢) اثبات عراقي ، تنص على ان : (للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة) .

(٢) راجع : الاستاذ علي الخفيف ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٧ .

٢٢٦- هذا ما اوردته الفقهاء المسلمون ، لكنني ارى ان حالة الضرورة لاتعد مانعاً للضمان فالضرورات- وان كانت تبيح المحظورات- لكنها تقدر بقدرها ^(١) ، ولاتمنع ما اتلف بسببها ، فالاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً ^(٢) . الا ان استرداد الشيء يمنع المطالبة بآداء الضمان عنه ، وكذلك فان الاجر والضمان لا يجتمعان والحد والضمان لا يجتمعان اذ يمنع احدهما الاخر ، حسب رأي في الفقه ، عليه فان موانع الضمان هي :

١/٢٦٧- استناد سبب الضمان الى حق يحميه القانون ، فمن قام بعمل يحميه القانون وادى الى تلف مال الغير ، فان الاول لا يضمن هذا المال ، وكما لو اتلفت الشرطة اموالاً ممنوعاً تداولها بين الافراد .

٢/٢٦٨- رضا المتضرر بالضرر ، فالمتضرر عندما يرضى بالضرر ، انما يعد رضاه هنا تنازل عن حقه في الضمان ، وقد تناولنا هذا الامر في شرط المقابل .

٣/٢٦٩- عدم الفائدة في التضمين ، كالاتلاف الحاصل في اثناء الحرب .

٤/٢٧٠- الاسترداد فليس للمالك ان يجمع بين استرداد العين وضمانها ، اذ انه بذلك يعد مثرياً على حساب الغير .

(١) راجع : المادتان (٢١، ٢٢) من مجلة الاحكام العدلية ، راجع شرحهما لمنير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٣ ، كذلك راجع : المادة (٢١٢) مدني عراقي ، والمادة (٢٢٢) مدني اردني . (لاحظ نص المادة (٥) مدني يمنيك ما حرم لذاته اولسد الذريعة يباح عند الضرورة والضرورات تبيح المحظورات التي لاتدفع هذه الضرورات الا بها) .

(٢) راجع المادة (٢٣) من مجلة الاحكام العدلية ، وشرحها لمنير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٢ ، وراجع كذلك : المادة (٢١٣) مدني عراقي والمادة (٦٣) مدني اردني (ويلاحظ ان في الفقه الاسلامي العبارة مقتصرة على (الاضطرار لا يبطل حق الغير) دوناً اضافة (ابطالاً كلياً) . راجع : د . مصطفى الزلي وعبد الباقي البكري ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧٧ ، ويلاحظ ان قاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير) تتعارض تعارضاً ظاهرياً مع قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) الواردة في المادة (٩١) من مجلة الاحكام العدلية ، والمادة (٦) مدني عراقي والمادة (٦١) مدني اردني ، والمادة (١٨) مدني يمني ، (وذلك لان المضطر عندما يجبر على عمل ما بحكم الاضطرار ، فان اقامه هذا يعتبر جائزاً جوازاً شرعياً على اساس ان الضرورات تبيح المحظورات ، فحينئذ كان المفروض الا يعتبر المضطر ضامناً لما يتلفه من جراء عمله الاضطراري طالما ان العمل جائز له شرعاً . غير ان هذا التعارض يدفع بان المقصود من الجواز الشرعي في قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان هو الجواز الاصلي المبني على سبب شرعي اصلي دون الجواز الاستثنائي المبني على العذر والرخصة ، اما الجواز الذي ينافي الضمان فانه مبني على حق اصلي ثابت ، كأن يحفر شخص بئراً في ملكه الخاص بعيداً عن الطريق العام فاذا وقع فيها شيء فتلّف فانه لا يكون ضامناً لان عمله نابع عن حقه الشرعي في التصرف بماله واستعمال ملكه الخاص وليس مبنيّاً على الاضطرار والاعذار) . نقلاً عن الاساتذة د . احمد الكبيسي ود . محمد عباس السامرائي ود . مصطفى الزلي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ط ١ ، ص ٢٨٩ .

٢٧١/٥- الحد ، عند الحنفية ، اذ ان القاعدة عندهم : (الحد والضمان لا يجتمعان) ففي جريمة السرقة - على سبيل المثال - اذا ثبتت السرقة على الجاني فان يده ستقطع استناداً الى الآية الكريمة (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما)^(١) ، ولكن لا ضمان عليه اذا هلك المال المسروق في يده اعملاً بالقاعدة المذكورة ، وحجة الحنفية في ذلك ، قوله ﷺ : (واذا قطع السارق فلا غرم عليه)^(٢) ، ولهم حجة اخرى منطقية وهي : ان المضمونات تملك عندهم من وقت الاخذ عند اداء الضمان او اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المال المسروق فكأنه ملكه عندهم من وقت الاخذ ، وكأنه يأخذ ما يملكه ، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه ، والقطع لا يجب الا بأخذ ملك الغير^(٣) .

٢٧٢- وذهب الشافعية والحنابلة الى انه اذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله ، وقطع ، ولا يمنع احدهما الاخر ، لان الضمان فيه حق للادمي ، والقطع يجب لله تعالى ، فلا يمنع احدهما الاخر مثلهما كمثل الدية والكفارة^(٤) .

٢٧٣- ونحن نوافق ماذهب اليه الشافعية والحنابلة ، على الرغم من اننا قد وافقنا - مبدئياً - الاحناف في الاعتراف بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، اذ ان الامر يختلف هنا لاننا امام حد من حدود الله تعالى الذي لا يمنع من ايقاعه على الجاني كونه تملك المال بالضمان ، فهو مع ذلك يملك المال بالضمان ، اذا توافرت فيه شروط كسب الملكية ، وهذا ما يخص الجانب المدني في جنايته . وتقع عليه عقوبة الله العادلة التي لم تفرض الا استجابة للمصلحة العامة .

٢٧٤/٦- الأجر : اذ ان الأجر والضمان لا يجتمعان كذلك فالأجرة الواجبة لقاء منفعة لا تجب ولا يسقط التزامها ، اذا كان هناك التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلكت ، سواء اوقع الهلاك فعلاً أم لا^(٥) ، ويعلل بعض الفقهاء^(٦) هذه القاعدة ، بأن في الضمان معنى التملك فالضامن مالك فلا يدفع اجرة انتفاعه بملكه ، فلو

(١) سورة المائدة / الآية (٣٨) .

(٢) نقلاً عن : الاستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ، ج٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص ٦٢٠ . راجع كذلك : د . احمد الكبيسي ، احكام السرقة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٠١ .

(٣) راجع : الاستاذ عبد القادر عودة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٢٠ .

(٤) راجع كل من : ابن رشد القرطبي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٣٨ ، السيد سابق ، فقه السنة ، ج٢ ، المطبعة النموذجية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ط ١ ، ص ٣١١ ، الاستاذ عبد القادر عودة ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٢٠ ، د . احمد الكبيسي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٩ وما بعدها .

(٥) راجع المادة (٨٦) من مجلة الاحكام العدلية ، وراجع كذلك : د . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٧ .

(٦) راجع : الاستاذ منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥١ .

استأجر شخص دابة الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت لزمه الضمان ولا أجر عليه (١) .

٢٧٥- وهذه القاعدة تختلف عن سابقتها ، انه في الاولى الحد يمنع الضمان ، والضمان يمنع الحد ، على وفق رأي الاحناف ، اما هنا فالضمان يمنع الأجر ولا عكس ، لذا فالأجر لا يمنع الضمان ، كما لا يمنع الحد على وفق رأينا السالف الذكر .

٢٧٦- علماً ان القانون المدني العراقي قد اجاز اشتمال الضمان على الأجر (٢) . اما القانون المدني اليمني ، فقد نص (٣) على اعتبار : (الخراج بالضمان ، فكل من كان ضامناً لشيء وعليه تبعه هلاكه يستحق غلته في فترة ضمان له) . فلورد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة معينة فانه لا تلزمه اجرته ، لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله ، اي ان خسارته كانت راجعة عليه (٤) . وهذا ما تقتضيه القاعدة الفقهية المعروفة (الغنم بالغرم) او بالعكس (الغرم بالغنم) (٥) ، فالغاصب - مثلاً - يضمن المال المغصوب ، وهذا هو الغرم في مقابل تملكه له ، وهذا هو الغنم (٦) .

الفرع الثاني

مدى ضرورة توافر الشروط السابقة في كسب الملكية بالحيازة

٢٧٧- بعد ان اطلعنا على كل من شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة وكسب ملكيته بالضمان ، اصبح سهلاً لدينا ان نبين الفرق بين كلتا الشروط التي يستلزم وجودها في النظامين بوصفهما سببين لكسب الملكية . لاسيما واننا بينا مدى ضرورة توافر شروط كسب الملكية بالحيازة على كسب الملكية بالضمان . والان سنبين مدى ضرورة توافر شروط كسب الملكية بالضمان على كسب الملكية بالحيازة .

٢٧٨- فمن شروط كسب الملكية بالضمان ، التي نص عليها صراحة القانون المدني الاردني في المادة (١٠٨٥) منه ، كون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً ، وهذا

(١) راجع : د . محي هلال السرحان ، القواعد الفقيه ، مطبعة اركان ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٦٨ .
(٢) نصت المادة (٢/٢٠٧) مدني عراقي على انه : (٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الأجر) . ولا مقابل لهذا النص في القوانين المدنية الاخرى .
(٣) راجع : المادة (١٧) مدني يمني .
(٤) راجع : د . محي هلال السرحان ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٧ . وراجع كذلك : د . احمد الكبيسي و د . محمد السامرائي و . مصطفى الزلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٦ .
(٥) راجع : المادتين (٨٥-٨٧) من مجلة الاحكام العدلية ، وراجع : منير القاضي ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٠-١٥١ .
(٦) راجع : د . وهبة الزحيلي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢١٦ .

الشرط يعد بديهي الوجود في كسب الملكية بالحيازة اذا ان معظم القوانين المدنية قد انصرفت الي اعتبار الحيازة سبباً لكسب الملكية ، وهي لا يمكن اعتبارها هكذا مالم يكن محلها قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً .

٢٧٩- اما بالنسبة الى شرط تغير المال المضمون ، فان الحيازة لا يشترط فيها- كي تكون سبباً للملكية- ان يتغير المال المحوز عن حالته الاولى ، لكن هناك حالة استثنائية نص عليها القانون المدني العراقي ^(١) ، مفادها انه اذا انتقلت عين معينة من شخص لآخر ثم وصلت الى ثالث ورابع وهكذا ، بعقد موقوف نقضه صاحب الاجازة فيه ، ونقض معه التصرفات التي وقعت على ذات العين ، فان له ان يسترد العين حيث وجدها وان تداولتها الأيدي ، فان هلكت العين ، جزئياً او كلياً ، في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها . بمعنى ان الشخص الحائز لعين لم تتغير كلياً او جزئياً ، لا يستطيع التمسك بالحيازة المكسبة للملكية ، وان كان بإمكانه دفع دعوى الملك متى ماتوافرت في حيازته شروطها القانونية ، الا انه يمكن ان يمتلكها بالضمان متى ما هلكت فيدفع الضمان للمالك ثم يرجع على من تصرف معه العين ، ويرجع الخير على من تلقى منه العين وهكذا ، حتى يصل الامر الى من تلقى العين من المالك نفسه ، فأنا كان قد تلقاها من الاخير بدون عوض لم يكن له الحق في الرجوع على المالك ^(٢) ، اما اذا كان قد تلقاها منه بعوض ، كان له ان يرجع على المالك بالعوض ، هذا فيما لو كان حسن النية ^(٣) ، اما اذا كان سيئ النية ، فليس له الرجوع على المالك بشيء ، لان رجوع الغير عليه كان مستنداً على ضمان الاستحقاق ^(٤) .

(١) حيث نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٤) مدني عراقي على انه : (اذا انعقد العقد موثقاً لحجر او اكراه او غلط او تغير جاز للعائد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغير ، كما ان له ان يجيزه . فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي ، فأنا هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها) ولماقابل لهذا النص في القوانين الاخرى .

(٢) وذلك لان الواهب لا يضمن استحقاق الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، او الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الاخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض ، مالم ينفق على غيره الاطراف المعنية . (راجع : المادة (١/٦١٤) مدني عراقي ، المادة (١/٤٩٤) مدني مصري ، المادة (٥٦٨) مدني اردني . وراجع كذلك : المادة (١٩٤) من قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ .

(٣) نصت الفقرة (١) من المادة (٥٥٤) مدني عراقي على انه : (اذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع (اي كان حسن النية) ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة البيع او زادت ، وله ان يسترد ايضاً قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى) .

(٤) نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٥٤) مدني عراقي على انه (ك) اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع (اي انه كان سيئ النية) ، فللمشتري ان يسترد فوق ذلك (اي فوق ما ذكرته الفقرة الاولى من المادة نفسها) ما زادت به قيمة المبيع من الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على

٢٨٠- اما بالنسبة الى الشرط الثالث ، فانه لا يشترط في كسب ملكية المنقول بالحيازة ، وجود المقابل ، بالرغم من ان شروط الحيازة بحسن نية توفر السبب الصحيح ، وهو عبارة عن تصرف او واقعة ، لكن ذلك التصرف او هذه الواقعة اما ان يكون بعوض (مقابل) كالبيع ، او دون عوض ، كالهبة والارث وما الى ذلك . في حين ان ملكية المال المضمون لا تثبت للضامن ما لم يدفع الضمان عنه ، فاذا لم يدفع لم يملك ما تحت يده ، اما اذا تنازل المالك عن اداء الضمان ، فان مصدر كسب ملكية الضامن للمال المضمون ، سيكون العقد او الارادة المنفردة للمالك حسب الاحوال .

٢٨١- اما الشرط الرابع ، فليس من احد قد اشترط في الحائز انتفاء نية الغش عنده نحو قاعدة (تملك المنقول بالحيازة بسوء نية المقترنة بالتقادم) لان الحيازة هنا هي اصلاً- بسوء نية ، اي ان الحائز يعلم بأنه يعتدي على حق الغير وقت تلقيه الحيازة ، لكننا رأينا فيما سبق ان لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية او سند الحائز) استثناءات متمثلة في كون خروج الشيء من يد ماله كان بسبب الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة ، حسب اتجاه كل قانون ، ومرد ذلك يعود الى ان السارق او الغاصب او حائز الامانة ، قد يتذرع بقاعدة (الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح) ، فيكسب ملكية المنقول . لذا فان القانون عمل على سد هذه الذريعة ، واستثنى من القاعدة الحالات المذكورة اعلاه .

٢٨٢- ويمكن ان يكون ما سبق ذكره مبرراً آخر لتقدير شرط انتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة كسب الملكية بالضمان ، فالغش يفسد كل شيء ، تعلق ذلك بالحيازة او بالضمان ، لكن حالات الغش محددة في نطاق الحيازة ، وهي غير محددة في نطاق الضمان .

٢٨٣- ومثلما تكون للضمان موانع تحول دون ترتيب اثاره ، ومنها دوره في كسب الملكية ، فان الحيازة كذلك موانع تمنع ترتيب اثارها ولاسيما دورها في كسب الملكية ، وقد مر بنا ان موانع الحيازة هي : اللبس او الغموض والاكره والخفاء (١) .

المبيع وان يطالب تعويضاً عما لحقه من خسارة او مافاته من كسب بسبب استحقاق المبيع) . راجع كذلك : المادة (٤٤٣) مدني مصري ، المادة (٤٩١) مدني كويتي ، والمادة (٥٠٥) مدني اردني التي لم تميز بين حسن نية البائع وسوئها ، والمادة (٥٥٠) مدني يمني ، وحكمها كحكم المادة الاردنية . (كذلك راجع : المادتين (٢٠٠) مدني عراقي ، (٢٨١) مدني اردني ، اذ بموجبها اذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة او تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً . كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لاحكام القانون) .

(١) راجع ما قبله فقرة (١٦) من البحث .

الخاتمة

٢٨٤- تتضمن خاتمة بحثنا هذا ، خلاصة موجزة له ، ثم نبين اهم الاستنتاجات التي استنبطناها من خلال البحث ، واهم التوصيات :

- أولاً : خلاصة البحث :

٢٨٥- في الوقت الذي نظمت فيه معظم القوانين المدنية ، الحيازة كسبب لكسب الملكية ، لم تتطرق للدور نفسه الذي يلعبه الضمان فالضمان يعد سبباً لكسب الملكية ، عندما يضمن الضامن المال المضمون ويدفع عنه الضمان ، فيصبح ذلك المال ملكه لا بوصفه حائزاً له ، لان الحيازة قد لا تكون بيده ، بل بالضمان . وقد ضربت بعض القوانين مثلاً على ذلك ، الشخص الذي يغصب مالاً فيغير من اسمه ، كما لو غصب حنطة غيره فزرعها ، فعليه ضمان مثلها ، اما المحصول ، فيملكه الغاصب ، وسبب كسب الملكية له في هذه الحالة هو الضمان .

٢٨٦- لقد انفرد القانون المدني الاردني بالنص صراحة على دور الضمان في كسب الملكية في المادة (١٠٨٥) منه ، اما القوانين الاخرى ، فانها وان لم تكن تعترف بهذه القاعدة بملكها لم تتكرها ، بل آلية الحكم على الضامن بالضمان ، ستستتبع تملكه للمال المضمون . بل ان القانون المدني العراقي ، وان لم يصرح بالقاعدة ، الا انه عالجها ضمناً وبصورة واضحة الدلالة ، وعلى الأخص في المواد التي عالجها فيها احكام الغصب .

٢٨٧- ولما كان الضمان في العادة ، ينشأ عن عمل غير مشروع كالغصب والسرقة وغيرهما ، فقد انكر بعض الفقهاء عليه الدور المكسب للملكية كما ان بعضهم انتقد موقف القانون المدني الاردني على اخذه بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، على اسا ان هذا القانون اقر قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) الفرنسية المنشأ ، والقاعدة الاخيرة تغني عن الاولى ، لانها تهدف الى ذات الاهداف التي سعى الاحناف (وهم منشئو القاعدة الاولى) الى تحقيقها من خلال تأسيس نظريتهم الخاصة بكسب الملكية بالضمان ، فضلاً عن ان تقرير هذه القاعدة ، سوف يؤدي الى اضطراب المعاملات بدلاً من استقرارها ، اذا ما علم الغاصب او السارق او من في حكمها او وراء عمله الغير المشروع مغنمة متمثلة في كسب ملكية ما غصب او سرق . ولهذا نص القانون المدني اليمني في المادة (١١٥٦) على انه : (لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها ان كانت باقية ، ويعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لاحكام عقد البيع) . وقد فسر هذا النص انه احتوى على ما يناوئ فكرة (كسب الملكية بالضمان) ، لكنه في الحقيقة لم يناهضها في

شيء ، اذا ان من شروط اعمالها تغير المال المضمون فان لم يتغير ، فلا كسب للملكية بالضمان ، وقد حدد النص كون العين باقية لم تتغير ، بل ان هناك نصوصاً اخرى في هذا القانون تجزم بأنه اقر قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، على الرغم من انه قيدها باحكام اخرى .

٢٨٨- وقد يعطي الحق ، لأول وهلة ، لمن يرى ان دور الحيازة في كسب الملكية ، يغني عن دور الضمان ، لما بين النظامين من اوجه للشبه والتقارب ، فكلاهما وسيلة لتحقيق استقرار المعاملات في المجتمع عن طريق تقرير الحماية للاوضاع الظاهرة وزرع ثقة الناس بها ، كي تتعرض الطمأنينة في نفوسهم عند اقبالهم على ابرام التصرفات القانونية مع الغير دون حاجة الى اثباتات وشكليات تؤدي الى تعقيد الامور وتشكيك المتعاملين بعضهم بالآخر . فضلاً عن ذلك فان لكل من الحيازة والضمان اثرًا رجعيًا يستند الى وقت حدوث سبب الضمان وبدء الحيازة ، ناهيك عن ان احد اسباب الضمان ، هي اليد ، عند وضعها على ملك الغير ، ووضع اليد يعني الحيازة ، فمثلما هناك يد امانة توجد بجانبها يد ضمان ، يضمن صاحبها ما تحت حيازته ان هلك او تلف ولو بغير تعد منه .

٢٨٩- لكن مع وجود اوجه الشبه هذه ، فان بين الحيازة والضمان اختلافات عديدة في الذات والشروط والحكم وطبيعة الملك الناجم عنهما ، بينها بالتفصيل من خلال البحث ، وسنبينها بايجاز ضمن استنتاجات البحث ، ولعل اهمها ان الحيازة تفيد ، في الغالب ، الملكية بدون عوض ، بعكس الضمان الذي لا بد لكي يتفاعل اثره المكسب للملكية ، ان يكون هناك مقابل يقدم الى مالك العين المضمونة .

- ثانياً : الاستنتاجات :

٢٩٠- ويمكن توضيح اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات من هذا البحث في النقاط الآتية :

٢٩١/١- الحيازة ، وان كانت تقوم قرينة قانونية بسيطة للحائز تعفيه من عبء الاثبات ، فأنها تعد سبباً للملكية في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي ، اما في القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني ، فان دورها في كسب الملكية يقتصر على كونها قرينة قانونية قاطعة على الملكية ، والفرق بين الاتجاهين هو الفرق بين الحماية القانونية المقررة بموجب القواعد الموضوعية والحماية القانونية المقررة بموجب القرائن القانونية القاطعة ، اذ ان الاخيرة يمكن دحضها بالاقرار او النكول عن حلف اليمين ، لكن الاولى لا تبالي لوجود الاقرار او النكول عن اليمين . اما

الحيازة في القانون المدني اليمني ، فالغالب في دورها انها وسيلة لاثبات الحق ، على الرغم من ان هذا القانون بحيازة الملك (الثبوت) وهي تقترب من تلك المقرر لها دورها في القانون المدني العراقي ومثله القانون المدني الاردني ، ويضاف على الدور الغريب للحيازة في القانون المدني اليمني وضعها الاغرب في هذا القانون ، اذ ان القانون اليمني قد وضعها ضمن الكتاب الثالث والخاص (بالعقود المسماة) ١٩ .

٢/٢٩٢- انشأ الفقهاء الاحناف قاعدة (كسب الملكية بالضمان) يهدف تحقيق الاستقرار في المعاملات ، وقد اعترض عليهم جمهور الفقهاء باستثناء الملكية الذين وافقوهم في ذلك ، لكن الجمهور لم ينكروا قطعاً على الضمان دوره المكسب للملكية ، لكنهم قيدوه للضرورة فحسب لان سببه ، عادة ، يتمثل في احد الاعمال غير المشروعة ، فالعمل غير المشروع عندهم لا يفضي الى امر مشروع كالملكية . وقد اخذ المشرع الاردني صراحة ، بمذهب الاحناف ، فقرر للضمان دوره المكسب للملكية . وذهب القانون المدني العراقي الى تقرير قاعدتهم بصورة ضمنية ، فهذا القانون يمثل ، بحق ، التقنين لمعظم الاحكام المستنبطة من اراء الاحناف ، لاسيما نظريتهم في الضمان . اما القوانين المدنية الاخرى ، فلم تشر الى دور الضمان هذا ، لابتعادها عن الفقه الاسلامي وتأثرها بالفقه الغربي الذي اقر ، في مقابلتها ، قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) ، لكن القاعدة هذه لا تغني عن العمل بالقاعدة الآتية الذكر . ذلك لان هذه القوانين المتأثرة بالفقه الغربي اقرت قواعد عامة للعمل غير المشروع الذي تنجم عنه بتعويض المتضرر عن قيمة ذلك المال مع الاضرار الاخرى ، انما سيبقى المال عنده ، فيدخل في ملكيته .

٣/٢٩٣- ليس صحيحاً ان يقال ان القانون المدني اليمني لم يعترف بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) . اذ ان اعترافه بها لا يقل عن اعتراف المشرع العراقي ، فالمواد (١١٥٦ ، ١١٢٧ ، ١١٣٦ ، ١١٤٣) منه تدل ضمناً على اقرار هذا القانون لدور الضمان في كسب الملكية ، لكنه ، ومن خلال نص المادة (١١٣٩) منه ، لم يجعل للضمان اثرأ رجعيأ مستندأ الى وقت حدوث سببه ، كما فعل المشرع الاردني ، بل اقر له اثرأ فورياً مقتصرأ على يوم اداء الضمان .

٤/٢٩٤- تتجلى اوجه الشبه والتقارب بين الحيازة والضمان في النقاط الآتية :

أ- ان كل من الحيازة والضمان ، يهدف الى استقرار المعاملات المالية في المجتمع ، لما يقرره من كسب صحيح للملكية ، يعطي الحماية القانونية اللازمة للاوضاع الظاهرة بحيث يحول ذلك دون زعزعة الثقة بين المتعاملين في الحياة العملية .

ب- في الغالب ، يكون لكل من الحياة والضمان اثرا رجعي يستند الى يوم بدء الحياة او يوم حدوث سبب الضمان ، وهذا ما يستلزمه تصحيح تصرف صاحب الوضع الظاهر ، كي يتسنى بالتالي ، تحقيق الهدف الذي من اجله تأسس الدور المكسب للملكية لكل من الحياة والضمان .

ج- مما يجعل التقارب اقوى بين الحياة والضمان ، هو ان الحياة تعد احد اسباب الضمان ، متجسدة في يد الضمان التي يحوز صاحبها الشيء المملوك لغيره بقصد تلكه ، فيقضي القانون عليه بالضمان الذي قد ينجم عنه كسب للملكية الشيء الذي كان في حيازته .

٥/٢٩٥- الا ان اوجه الشبه بين الحياة والضمان ، لاتفيد سنداً لمن يرى ان قاعدة (الحياة في المنقول سند الحائز) تغني عن قاعدة (كسب الملكية بالضمان) ، ولاسيما في القانون المدني الاردني الذي تأثر باصله القانون المدني العراقي ، في تقريره ان الحياة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح لاتعد سبباً للملكية ، بل قرينة قانونية قاطعة عليها . فضلاً عن ذلك فان بين الحياة والضمان اختلافات عديدة ، نوجزها في النقاط الآتية :

أ- الحياة تصلح سبباً لكسب ملكية كل من العقار والمنقول ، او انها تصلح قرينة قاطعة على ملكية كليهما . في حين ان الضمان لا يكسب سوى ملكية المنقول .

ب- ان الملكية الناجمة عن الضمان ، لاتتقرر مالم يبرأ الضامن من التزامه بدفع التعويض ، فهذا الالتزام شرط لأعمال قاعدة كسب الملكية بالضمان ، والا كان للمضمون (له المالك) حق امتياز على ذلك المال في استيفاء دينه الذي في ذمة الضامن ، وعادة ما يكون المالك مقدم على اصحاب حقوق الامتياز الخاصة ، بل ومقدم على الحائز للمنقول على الشيء بحسن نية . لكن يبقى الحائز الحسن النية في مرتبة تمنع على من يتمسك بالامتياز على الشيء المحوز ، الاحتجاج به في مواجهة الحائز .

ج- الحياة قد تكون بحسن نية ، وقد لاتكون بحسن نية ، فاذا كانت بحسن نية وكانت حياة قانونية توافر معها السبب الصحيح لحياة المنقول الذي لاتأبى طبيعته كسب ملكيته بالحياة ، فانها تعد وفقاً للقانون المدني المصري ، سبباً خالصاً لكسب الملكية ، وقد سار على هذا المسلك كل من القانونين المدني السوري والمدني الكويتي ، كما انها تعد قرينة قانونية قاطعة على الملكية بموجب القانون المدني العراقي ، وقد تأثر بهذا الاتجاه كل من القانونين المدني الاردني والمدني

اليمني . اما اذا كانت الحيازة بسوء نية ، فلا بد من اقترانها بمدة التقادم الطويل البالغة خمس عشرة سنة في معظم القوانين المدنية ، وان يقع دفع الحائز لدعوى الملكية بالانكار . وعندئذ تأخذ الحيازة الحكم نفسه الموضح في حالة حسن النية . دون ان يشترط فيها تغير المال تحت يد الحائز ، او وجود مقابل يلتزم الحائز بدفعه الى المالك .

د- الضامن ، غالباً ، ما يكون سيء النية ، لان اساس الضمان مبني على ارتكاب الضامن فعلاً من افعال التعمد او التعدي ، فاذا قام بعمل من هذه الاعمال ، وتغير المال عنده مادياً او قانونياً ، فانه يملك هذا المال باثر رجعي ، بشرط اداء قيمة الضمان الى المالك . دون ان تشترط مرور مدة من الزمن او وقوع الدفع بالانكار او وجود سبب صحيح .

هـ - ولما كان السبب في رفض جمهور الفقهاء المسلمين لدور الضمان في كسب الملكية ، انه سيفتح الباب امام الظلمة لاكل اموال الناس بالباطل ، ما دام ذلك سيمكنهم من تملك ما يريدون تملكه بأي ثمن كان ، ولو غصباً واكراهاً على ملك المال ، فقد وضعنا شرطاً لكسب الملكية بالضمان ، لا بد من توافره ، وهو انتفاء قصد الغش والتحايل لدى الضامن تجاه قاعدة كسب الملكية بالضمان ، اي انه لا يكون قد قصد ابتداء الاستفادة بما تفرقه له هذه القاعدة من مغام ، اذ يجب ان يجهل دور الضمان الناقل للملكية . وهذا الشرط محدد في كسب ملكية المنقول بالحيازة بحسن نية ، فالشيء ان خرج من يد مالكة بضياع او سرقة او غصب او خيانة امانة لا يستطيع حائزه ان يحتج تجاه المالك بقاعدة الحيازة خلال ثلاث سنوات من تاريخ الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة .

٢٩٦/٦- الا انه تجب الاشارة الى ان الدور المكسب للملكية لكل من الحيازة والضمان ، ترتبط بضرورة ان يكون محل كل منهما قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً ، وان لا يكون هناك مانع من موانع الحيازة او الضمان .

ثالثاً- التوصيات :

٢٩٧- لما كانت الحيازة لا تغني عن الضمان في كسب الملكية ، حتى في القوانين المدنية التي اعترفت لها بدورها الخالص في كسب الملكية ، فأنه لا بد لهذه القوانين من الاعتراف بوضع الضمان ضمن اسباب كسب الملكية ، ومعالجة احكامه ، ولا سيما دوره المكسب للملكية ، معالجة لا يكتنفها الغموض .

٢٩٨- ولا مندوحة من التكرار هنا ، بان الاخذ بفكرة كسب الملكية بالضمان ، يجب ان تقتزن بقيود تحد قليلاً من نطاق هذه الفكرة ، على اساس ان السبب المنشئ للضمان ، عادة سبب غير مشروع ، كالاتلاف والغصب والسرقة وغيرها ، اذ ان التوسع في اعمال هذه الفكرة وتطبيقها سوف يؤدي الى حدوث اثر انعكاسي للغاية التي من اجلها قررت هذه الفكرة ، فمثلاً في اضطراب المعاملات بدلاً من استقرارها . فقد يريد فرد ما ان يملك مالاً معيناً مملوكاً لشخص معين ويساومه على شرائه باعلى ثمن ، الا ان الاخير لا يريد الاستغناء عن ماله ، وهذا يدخل ضمن حقوقه التي لايجوز التجاوز عليها فيقوم الاول بغصب ذلك المال ويغير من وصفه بالشكل الذي يجعله غير مرغوب في نفس مالكة ، فيختار الاخير تركه للفاعل وتضمينه ، فيدفع الاول الضمان مهما بلغ قيمته ، ويملك المال الذي اراده ، وتحقق بذلك ما ربه التي تنافي مبدأ سلطان الارادة ، لذا نقترح الاخذ بعين الاعتبار ، بالشروط التي وضعناها لكسب الملكية بالضمان ، عند النص على هذه الفكرة في القوانين المدنية ويمكن تجسيد ذلك في النقاط الآتية :

٢٩٩(١)- لايجوز الاخذ بفكرة الضمان ، عندما يكون المال على قيد الوجود ، فلم يتلف كلياً او جزئياً ، اذ يجب على من يراد تضمينه اعادة المال الى صاحبه مع تعويض الاخير عما اصابه من اضرار .

٣٠٠(٢) - يراعى في الضمان اعلى القيم من يوم نشوء سببه الى يوم تسليم قيمته لمن يجب له الضمان .

٣٠١(٣)- على القوانين التي تأخذ بفكرة الضمان او التي ستأخذ بها ، ان تضع قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس ، مفادها : ان من يجب الضمان له قد اصابه ضرر لفقدانه ما يملك ، او ان كسباً قد فاتته من جراء قيام من يجب عليه الضمان بالواقعة التي افضت الى تضمينه ، ومن ثم يصبح على المحكمة الزاماً ان تحكم ، فضلاً عن الضمان ، بالتعويض عما لحق المالك من ضرر او مافاته من كسب . وهذا كله مشروط بكون من وجب عليه الضمان ، متعمداً في فعله ، اما اذا كان معتدياً ، فأن المسألة تصبح جوازية للقضاء .

٣٠٢(٤)- لا يملك الضامن المال المضمون في حالة ما اذا تعمد تغيير اسم او وصف المال المضمون ، الا اذا اراد المالك غير ذلك .

٣٠٢(٥)- يمنع تقرير الضمان من الزام الضامن بالأجر ، لكنه لا يمنع من وقوع العقوبة الجزائية على الضامن ، فيما لو وصف فعله بانه جريمة في نظر قانون العقوبات .

٣٠٤- وتأسيساً على ما سبق اعلاه ، فاننا سنضع نموذجاً بسيطاً لنصوص نراها مناسبة لاحكام الضمان بوصفه سبباً لكسب الملكية :

- النص الاول :- من قام بعمل يستوجب الضمان ، وادى عمله الى تغيير المال الذي انصب عليه العمل ، كلياً او جزئياً ، بقصد او دونه ، فان المالك بالخيار : ان اشاء استرد المال مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الاضرار الاخرى ، وان شاء ترك المال للضامن ، مع حقه بالضمان والتعويض عن الاضرار الاخرى ، ولاخيار للضامن اذا تعمد تغيير المال تدرعاً بالنص الآتي .

- النص الثاني : يملك الضامن المال المضمون من وقت حدوث السبب المنشيء له .

- النص الثالث :- يبقى الضامن ملتزماً باداء اعلى قيم المال المضمون من وقت حدوث السبب المنشيء للضمان والى وقت ادائه ، ويسقط التزامه بالاداء . ويفترض ان مالك المال المضمون او صاحب الحق عليه قد اصابه ضرر نتيجة للواقعة المنشئة للواقعة المنشئة للضمان ، يستوجب التعويض ، مالم يكن الفاعل قاصداً الفعل دون النتيجة .

- النص الرابع : لايجوز عوض العين المراد ضمانها ان كانت باقية لم تتغير كلياً او جزئياً ، ويجبر المالك على اخذها مع التعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب .

- النص الخامس :

١- يدخل تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ، لكن لايجوز ان يشتمل الضمان على الاجر .

٢- لايمنع من الحكم بالضمان ، الحكم الصادر من المحكمة الجزائية بفرض العقوبة على من وجب في ذمته الضمان .

٣٠٥- وبهذا الخصوص ، تكون قد سحبنا البساط من تسول له نفسه للقيام بعمل غير مشروع متدرعاً بقاعدة كسب الملكية بالضمان . وهذه الغاية الاساسية التي يجب ان لا يغفل عنها المشرع والقاضي .

٣٠٦- وعلى الرغم من تقييدنا لدور الضمان في كسب الملكية ، الا ان هذا الدور يفرضه الواقع لامناص للهروب من حكمه . ولما كان الضمان سعيد ، سبباً جديداً لكسب الملكية في القوانين المدنية ، باستثناء القانون المدني الاردني ، فأئنا لا بد لنا من توضيح موقع هذا السبب الجديد بين اسباب كسب الملكية . وهذا ما دفعني الى الحاق مبحث

بهذا البحث ، اتناول فيه موقع الضمان بين اسباب كسب الملكية لتعم الفائدة وتكتمل نسبياً ، فالكمال المطلق لله تعالى وحده ، ارجوه جل وعز ان يديم علي نعمه التي لا حدود لها وكرمه الواسع العظيم ، وان يقر عيني في ان ارى هذا البحث منشوراً بين اواسط العلماء ، لعله يكون محملاً لبصيص من الضوء يشعل شموع طلبية العلم . لقد دفعتني الجرأة على انجاز هذا العمل بفضل الله سبحانه تعالى ، فارجو من مولاي ، الا يؤدي عملي هذا الى التوقف في انجاز غيره ، انه نعم العون لعبده الفقير .

مبحث ملحق

موقع الضمان من اسباب كسب الملكية

٣٠٧- هناك تصنيفات عديدة لاسباب كسب الملكية ^(١) ، الا ان اهمها التصنيف التقليدي لها والذي اختارته التشريعات الحديثة ، والتصنيف الحديث الذي تبناه احد فقهاء القانون ^(٢) . لذا فانه يجب اولاً معرفة هذين التصنيفين ومن ثم معرفة موقع الضمان منهما ، وعليه فاننا سوف نقسم هذا المبحث الى المطبين الآتين :

- المطلب الاول : التصنيف التقليدي وموقع الضمان منه .

- المطلب الثاني : التصنيف الحديث وموقع الضمان منه .

المطلب الاول

التصنيف التقليدي وموقع الضمان منه.

٣٠٨- طبيعة عنوان هذا المطلب تقتضي تقسيمه الى فرعين ، نبحت في الاول التصنيف التقليدي لاسباب كسب الملكية ، وفي الثاني موقع الضمان من هذا التصنيف .

الفرع الاول

التصنيف التقليدي لاسباب كسب الملكية

٣٠٩- يراد باسباب كسب الملكية ، المصادر التي بمقتضاها يتم اكتساب حق الملكية بوجه عام على شيء معين بالذات ، واسباب كسب الحقوق العينية تقابل مصادر الالتزام ^(٣) ، فما هي هذه الاسباب؟ وكيف تصنف تقليدياً؟ .

٣١٠- اسباب الملكية في التشريعات الحديثة هي :

١- الاستيلاء : وهو وضع شخص يده على شيء لامالك له بنية تملكه ، ويتشترط فيه الاحراز وان يكون الشيء المحرز منقولاً وان يكون الاحراز بقصد التملك ^(٤) .

(١) راجع للتعرف عليها : د . السنهوري ، الوسيط ، ج٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨ .

(٢) وهو الأستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري .

(٣) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥ . د . محمد وحيد البيدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥ .

(٤) راجع : محمد طه البشير ود . غني حسون طه ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٨ وما بعدها .

٢- الميراث : هو ايلولة الحق اثر وفاة صاحبه الى الوارث بقوة القانون ودون اعتداد بارادة المورث^(١) .

٣- الوصية : هي تصرف في التركة مضافاً الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض^(٢) .

٤- الالتصاق : هو اندماج شيئين مختلفين متميز احدهما عن الاخر وملوكين للمالكين مختلفين دون ان يكون بينهما اتفاق على الاندماج^(٣) الذي لا يمكن فضه الا بتلف .

٥- العقد : هو ارتباط ارادتين متوافقتين على احداث اثر قانوني^(٤) .

٦- الشفعة : هي حق تملك العقار المبيع لو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة^(٥) .

٧- الحيازة : هي وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق^(٦) .

٣١١- ويضيف القانون المدني الاردني على هذه الاسباب التي سلسلناها في ضوء ماجاء في القانون المدني العراقي ، سببين اخرين هما :

الضمان : وهو محل بحثنا .

والاولوية : وهو نظام في الاراضي الاميرية يقابل حق الشفعة في عقارات الملك^(٧) .

(١) راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٣ .

(٢) المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ ، قارن التعريف بنص المادة (١١٢٥) من القانون المدني الاردني . وراجع كذلك : المادة (٢٩٩) من قانون الاحوال الشخصية اليمني .

(٣) د . السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٤٣ ، (ويطلق القانون المدني الاردني لفظ «الاتصال» عليه) . راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٦ .

(٤) وقد عرف مشروع القانون المدني العراقي الجديد لعام ١٩٨٥ ، والعقد في المادة (٣١٢) منه بانه (اتفاق ارادتين او اكثر على احداث اثر يعتد به القانون) وقد انتقد : د . مصطفى الزلي (كتابه الصلة بين علم المنطق والقانون ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧) هذا التعريف لعدم منطقيته واقترح الاخذ بتعريف القانون المدني النافذ في المادة (٧٣) منه .

(٥) المادة (١١٢٨) مدني عراقي والمادة (١١٥٠) مدني اردني والمادة (١٢٦٢) مدني يمني ، راجع المادة (٩٣٥) مدني مصري .

(٦) المادة (١١٤٥) مدني عراقي ، وقد عرفها القانون المدني الاردني في المادة (١١٧١) بصورة منتقدة اكثر مما تتفقد عليه المادة العراقية (راجع : د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سب ذكره ، ص ٢٢٠) .

(٧) د . محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

٣١٢- والآن نتساءل ماهو التصنيف التقليدي^(١) لهذه الاسباب؟

لقد ذهب معظم التشريعات الحديثة الى تصنيف هذه الاسباب على ثلاثة اقسام :

- ١- كسب الملكية ابتداءً ، ويشمل هذا النوع الاستيلاء او احراز المباحات .
 - ٢- كسب الملكية بسبب الوفاة ، ويشمل هذا النوع الميراث والوصية . وعلى هذا الصنف يطلق المشرع الاردني لفظ كسب الملكية بالخلفية^(٢) ، ليضيف الى الميراث والوصية ، الضمان .
 - ٣- كسب الملكية بين الاحياء ، ويشمل هذا الصنف ، الالتصاق (الاتصال) والعقد والشفعة والحيازة ، وكذلك الاولوية في القانون المدني الاردني .
- ٣١٣- ويقوم ترتيب اسباب كسب الملكية في هذا التصنيف على اساس التمييز بين نوعين من اسباب كسب الملكية ، اسباب تكسب بها الملكية ابتداءً (الاستيلاء) واسباب تكسب بها الملكية انتقالاً من مالك سابق (كسب الملكية بسبب الوفاة او بالخلفية او ما بين الاحياء) وهذا هو تقسيم الاسباب المكسبة للملكية الى اسباب منشئة واسباب ناقلة ، ويقصد بالاسباب المنشئة للملكية انتقالاً من مالك سابق ، والكسب انتقالاً قد يكون انتقالاً قد يكون انتقالاً ما بين الاحياء ، او بسبب الوفاة^(٣) .

الفرع الثاني

موقع الضمان من التصنيف التقليدي

٣١٤- بغض النظر عن عد الضمان سبباً من اسباب كسب الملكية بالخلفية بموجب القانون المدني الاردني ، وهذا الموقف انتقده الفقه الاردني^(٤) . فاذا اقترحنا على مشرعي القوانين المدنية ان تأخذ بفكرة الضمان كسب لكسب الملكية ، وافترضنا انهم وافقوا على اقتراحنا هذا ، فبأي قسم من الاقسام الثلاثة التي ذكرناها آنفاً ، يوضع الضمان؟ هل يوضع في قسم كسب الملكية ابتداءً ، ام في قسم كسب الملكية بسبب الوفاة ، ام في قسم كسب الملكية بين الاحياء ، ام يسلكوا سلوك المشرع الاردني ويقرروا فكرة الخلفية؟؟ .

(١) ويسميه الاستاذ الدكتور السهوري بالتصنيف العلمي (الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧) .
(٢) الخليفة ، هي خلافة شخص لشخص آخر في معناها المعروف ، ألا ان المشرع الاردني قد توسع فيها فجعلها شاملة لخلفية شيء عن شيء في التضمين (د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٨) .
(٣) راجع صاحب المرجع السابق ، ص ٢٥ .
(٤) المرجع السابق .

٣١٥- نلاحظ أولاً انه لا يمكن ان يكون الضمان سبباً للملكية ابتداءً ، كالاستيلاء لان الاستيلاء هو احراز لمال مباح لا مالك له ، فيكون المستولي باحرازه لهذا المال قد انشأ ملكيته عليه ، اما الضمان فالمالك ثابت للمال المضمون ابتداءً وهو ينتقل للضامن بالضمان ، اذن فالضمان هو من الاسباب الناقلة للملكية وليس من الاسباب المنشئة لها .

٣١٦- ولما كان الضمان من الاسباب الناقلة للملكية ، فهل يصنف ضمن اسباب كسب الملكية بسبب الوفاة ام مابين الاحياء؟

٣١٧- ليست هناك وفاة حتى نقول ان الضمان سبب لكسب الملكية بالوفاة كما هو عليه الحال في الميراث والوصية ، كما اننا لانستطيع ان نجمع بين الميراث والوصية والضمان بالخلفية ، فهذه كلمة فضلاً عن انها غريبة ، فانها لم تلاق استحساناً من بعض الفقه (١) .

٣١٨- ولما كان الضمان يكسب الضامن الملكية من وقت نشوء سبب الضمان في مقابل اعطاء المثل اورد القيمة ، فانه يكاد يشبه عقود المعاوضات التي تقيد التمليك سوى انه يمثل واقعة قانونية وهذه العقود تصرفات قانونية تستند الى اساس مشروع بعكس الضمان (٢) ، لذا فانه لا مانع من اضافة الضمان الى عداد اسباب كسب الملكية بين الاحياء ، ليصبح الفرع

الخاص بكسب الملكية بين الاحياء محتوياً على خمسة اسباب هي : الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة والضمان .

المطلب الثاني

التصنيف الحديث ومواقع الضمان منه

٣١٩- وهذا التصنيف يسمى بالتصنيف الفقهي او العلمي (٣) ، وقد نادى به احد كبار فقهاء القانون (٤) . وفيما يأتي عرض لهذا التصنيف في الفرع الاول ومن ثم بيان موقع الضمان منه في الفرع الثاني .

(١) المرجع السابق .
(٢) كما ان الضمان يشبه الالتصاق فكل منهما واقعة قانونية ، وكل منهما يعد سبباً لكسب الملكية بمقابل .
(٣) الاستاذ الدكتور السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥ وما بعدها .
(٤) راجع : كتاب الاستاذ السنهوري في التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ ، ص ٣٢ وما بعدها .

الفرع الاول

التصنيف الحديث لاسباب كسب الملكية

٣٢٠- ان هذا التصنيف يشمل اسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام كذلك ، فهو يقسم مصادر الحقوق سواء أكانت عينية او شخصية ، بل جميع الروابط القانونية ، الى الواقعة القانونية والتصرف القانوني .

٣٢١- واذا اردنا ان نقسم اسباب كسب الملكية بموجب هذا التقسيم الحديث بارجاعها الى التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دخل العقد والوصية في نطاق التصرفات القانونية ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة (وكذلك الاولوية) والحيازة في نطاق الوقائع القانونية .

٣٢٢- اما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين ، في حين ان الوصية تصرف قانوني من جانب واحد .

٣٢٣- 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 .

٣٢٤- اما الميراث ، فان سبب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية والالتصاق ليس الا اتحاد شيء بأخر اتحاداً مادياً ، فيكسب صاحب الشيء الاصلي ملكية الشيء الفرعي ، فالالاتحاد المادي اذن هو سبب كسب الملكية والاتحاد المادي ليس الا واقعة قانونية .

٣٢٥- والشفعة واقعة مركبة ، اقترن بها الشيوخ او الجوار او اي ارتباط آخر بين العقار والمشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة الى الشفيع ، باعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة وها تصرف قانوني ، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة يغلب فيها الواقعة القانونية ، ومن ثم يمكن ادخال الشفعة (ومعها الاولوية) في نطاق الوقائع القانونية .

٣٢٦- والحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء او الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع القانونية (١) .

(١) ويسمى الاستاذ السنهاوري ، الواقعة القانونية بالواقعة المادية ، الا اننا اخترنا التعبير الاول لدقته ، حيث ان هذه الوقائع ترتب اثرأ قانونياً .

الفرع الثاني

موقع الضمان من التصنيف الحديث

٣٢٧- بعد ان عرضنا في الفرع الاول للتصنيف الحديث لاسباب كسب الملكية ووصفنا كل الاسباب الواردة في التشريعات الى واقعة قانونية وتصرف قانوني ، فهل يعد الضمان تصرفاً قانونياً او واقعة قانونية ؟ .

٣٢٨- عرضنا فيما مضى في مواضيع متفرقة من البحث ان الضمان يمكن ان ينشأ عن العقد فيكون محكوماً بنود العقد ، وهذا النوع لا اهمية له في موضع دراستنا هذا لان العقد هو المحدد لاثاره ، اما انواع الضمان الاخرى ، فالذي يحدد اثارها هو القانون لدرجة انه لا عبرة للإرادة فيها ، كضمان الغصب والاتلاف والكسب بلا سبب وغير ذلك ، فان الضمان فيها يعد واقعة قانونية .

٣٢٩- وقد يتعرض البعض فيقول ان القانون هو الذي يحدد اثار الضمان ومن جملتها دوره كسبب لكسب الملكية ، وهذا القول يهون الرد عليه بان القانون يحدد كذلك جميع اثار اسباب كسب الملكية الاخرى وكذلك جميع اثار مصادر الالتزام ، فهل يعني انه هو المصدر الوحيد للحقوق المالية بنوعها الشخصية والعينية ؟ .

٣٣٠- والتصنيف الذي نراه دقيقاً هو التصنيف الحديث فهو يؤدي الى وحدة النظم القانونية ، لاسيما وحدة مصادر الحقوق المالية بشكل خاص ، مع ملاحظة ما سيلبي بيانه فيما بعد (١) .

٣٣١- واخيراً نود ان نرد هنا على الرأي الذي يذهب الى ان اسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر (٢) ؟ وهذا الرأي لا يصح حتى في القوانين التي اضافت للاسباب السبعة المعروفة سببين اخرين هما : الاولوية والضمان ، كالقانون الاردني .

٣٣٢- ذلك لانه من الممكن ان يكون القانون مصدراً لكسب الملكية وبصورة مباشرة ، كدوره في نطاق الالتزام ، كما لو صدر قانون يملك شخص معين قطعة ارض هو القانون ، كما لا يفوتنا ان نذكر ان القرار القضائي المنشئ (٣) ممكن ان يكون سبباً لكسب الملكية ،

(١) راجع : الفقرة (٣٣٣) من البحث .

(٢) د . محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥ .

(٣) القرار القضائي المنشئ او (الحكم القضائي المنشئ) هو الذي يوجد حالة او مركزاً قانونياً لم يكن موجوداً من قبل ، ويجب ان يكون هذا الحكم ملزماً وليس منشئاً فحسب ، اي يكون ملزماً باداء معين (نقلاً عن : د ، آدم وهيب الندواي و د . سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح احكام قانون التنفيذ ، مطبعة الجامعة ، الموصل ، ١٩٨٤ ، ط ١ ، ص ٢٩ .

ومثال ذلك : الحكم بالتعويض للمتضرر ، فهذا الاخير يملك التعويض بالقرار القضائي المنشيء ، كذلك : تملك الدار للمتعهد له اذا سكن العقار او احدث فيها منشآت دون معارضة تحريرية من المالك (المتعهد)^(١) ، فالحكم بتمليك المتعهد له للعقار ، يعد سبباً لكسب ملكية المتعهد له لذلك العقار حسب وجهة نظرنا . واسباب كسب الملكية لا تنقف عند هذا الحد ، فالارادة المنفردة تعد سبباً لكسب الملكية كذلك ، اذ ان هذه الارادة مثلما تلعب ادواراً مهمة في انشاء الالتزام (كالوعد يجعل «بجائزة») وانقضاؤه (كالابراء) وفي كسب الملكية (الوصية) ، فانها تلعب دوراً ملحوظاً في كسب الملكية بغير صورة الوصية فيما هو مصدر كسب الملكية بغير صورة الوصية فما هو مدر كسب ملكية الجائزة من قبل الشخص الموعود بها صفة بمجردة بعد ان اتم العمل الموجب للوعد ، قد يظن البعض انه العقد على اساس ان الموعد له بالجائزة قد صدر منه قبول باخذها وبقبوله المرتبط بايجاب الواعد يتم العقد الناقل للملكية ، الا انه يفترض ان الموعد بالجائزة دون صدور اي صيغة للقبول من قبله ، كما لو وضع الواعد في البنك الذي يتعامل معه الموعد له مبلغاً معيناً من النقود لحساب الاخير ، فالمبلغ يضاف الى رصيده ويصبح من ملكه فان مات (الى الموعد له) فان المبلغ المذكور ينتقل الى ورثته دون شك حتى ان لم يصدر منه اية دلالة على قبوله^(٢) .

٣٣٣- وقد يُعطى الحق للرأي الذي ذهب الى ان اسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر ، اذ ان منهج هذه القوانين في تقسيم هذه الاسباب يحمل على هذا الظن او بالاصح على هذا (الشك) ، الذي يجب دحضه باليقين الذي يوجبه العقل في جعل هذه الاسباب واردة على سبيل المثال في القوانين على اساس ما سبق ذكره . عليه فان المفروض على واضعي القوانين المدنية ان يصيغوا قوانينهم بلهجة تدل على ترجيح جهة المثال (التمثيل) على جهة الحصر (التحديد) . ولهذا فأنا بالرغم من تأييدنا للتصنيف الذي يقسم اسباب كسب الملكية الى الواقعة والتصرف لما يؤديه هذا التصنيف من حدة مصادر الحقوق المالية ، نذهب هنا- مع ذلك- الى اختيار منهج في تقسيم اسباب كسب الملكية وظيفته الدلالة على ان هذه الاسباب يراد بذكرها المثال وليس الحصر ، وفيما يلي ندرجه هنا لتعميم الفائدة :

(١) راجع قرار مجلس قيادة الثورة العراقي المرقم (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ، مذكور ومشروح في كتاب الدكتور جعفر الفضلي ، الوجيز ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٥ وما بعدها .
(٢) ووضع النقود في البنك لحساب الغير لا يقف عند الوعد بجائزة وانما يشمل فروضاً اخرى .

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

٢- اسباب ناقلة للملكية اصلاً وقصدًا ، وهي تتمثل بالوقائع والتصرفات التي وضعت لهذا الغرض اصلاً ، اي وضعت لكسب الملكية اصلاً دون ان تكون تابعة لغيرها وتشمل ، العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والقرض القضائي المنشيء والملزوم الذي بموجبه يتم نقل الملكية من شخص لآخر اصلاً وغير ذلك من الوقائع والتصرفات والنصوص والقرارات الداخلة ضمن هذا النوع من الاسباب .

٣- اسباب ناقلة للملكية تبعاً ، وتشمل كل تصرف او اقعة لم يوضع او توضع لنقل الملكية اصلاً ، وانما وضعت ليعتبر 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 اصلاً ، ويتبعه نقل ملكية المهر من الزوج الى الزوجة ، وكذلك عقد الايجار ، اذا انه وضع اصلاً للانتفاع بالشيء نفسه من قبل المستأجر ، لكن يتبعه نقل ملكية الاجرة من المستأجر الى المؤجر (مالك العين المؤجرة) ومن امثلة هذا الصنف او النوع من الاسباب الضمان ، اذ انه وضع كجزء مدني ضد من وجب عليه الغاصب ، ولم يوضع كسبب ناقل للملكية اصلاً بالنسبة للمال المضمون بالضمان ، بل جاء هذا التملك تبعاً للجزاء المفروض على الضامن وبصورة غير متقصدة بايدي ذي بدء .

٤- اسباب ناقلة للملكية بطريق الخلافة : وتشمل - على سبيل المثال - الميراث (الخلافة الجبرية) والوصية (الخلافة الاختيارية) (١) .

٣٣٤- بهذا التصنيف نتخلص من بؤادر الشكل او الظن نحو عدة اسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر . فقد تنشأ اسباب في المستقبل تكون بطبيعتها منشئة للملكية او ناقلة لها ، وهي الان ليست او قد لا تكون في مداركنا .

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

قائمة المراجع

- أولاً : النصوص

- ١- القرآن الكريم
- ٢- القانون المدني العراقي ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
- ٣- القانون المدني الاردني ذي الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .
- ٤- القانون المدني اليمني ذي الرقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ .
- ٥- القانون المدني المصري ذي الرقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤ .
- ٦- القانون المدني السوري ذي الرقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ .
- ٧- القانون المدني الكويتي ذي الرقم (٣) لسنة ١٩٨٠ .
- ٨- قانون الاثبات العراقي ذي الرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .
- ٩- قانون المرور العراقي ذي الرقم (٤٨) لسنة ١٩٧١ (المعدل) .
- ١٠- قانون تسجيل المكائن العراقي ذي الرقم (٣١) لسنة ١٩٣١ .
- ١١- وتعديله القانون ذي الرقم (٥٦) لسنة ١٩٥٢ .
- ١٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي ذي الرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .
- ١٣- قانون العقوبات العراقي ذي الرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) .
- ١٤- قانون التجارة العراقي ذي الرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .
- ١٥- قانون التجارة الاردني ذي الرقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ .
- ١٦- قانون الاحوال الشخصية اليمني ذي الرقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ .
- ١٧- قانون المواد المدنية والتجارية القطري ذي الرقم (١٦) لسنة ١٩٧١ .
- ١٨- مجلة الاحكام العدلية .
- ثانياً : الكتب والبحوث والرسائل الفقهية .
- ١٩- الاستاذ ابراهيم فاضل يوسف الدبو ، ضمان المنافع ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الاسلامية ، جامعة بغداد ، ١٩٩٢ .
- ٢٠- ابن حزم الظاهري ، المحلى ، ج٨ ، دار الفكر ، (بدون سنة نشر) .
- ٢١- ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، دار الفكر ، (بدون سنة نشر) .

- ٢٢- ابن الحنيلي، منتهى الارادات، مكتة دار العروبة، القاهرة، (بدون سنة نشر).
- ٢٣- د. احمد علي الخطيب، موجز احكام الميراث، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٨، ط ٣.
- ٢٤- د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، ادار الجامعة، بيروت، ١٩٨٩.
- ٢٥- د. احمد الكبيسي، احكام السرقة في الشريعة الاسلامية والقانون، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧١.
- ٢٦- د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية، ج ٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧١.
- ٢٧- احمد محمود الفضلي، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الاقنون، جامعة الموصل، ١٩٩٧.
- ٢٨- د. آدم وهيب النداي، شرح قانون الاثبات، بغداد، ١٩٨٦، ط ٢.
- ٢٩- د. آدم وهيب النداي ود. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح احكام قانون التنفيذ، مطبعة الجامعة، الموصل، ١٩٨٤، ط ١.
- ٣٠- جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤.
- ٣١- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٩.
- ٣٢- الاستاذ حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، ج ١، الملكية واسبابها، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣.
- ٣٣- د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٨.
- ٣٤- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٣٥- د. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ود. مصطفى الزلي، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار المعرفة، بغداد، ١٩٨٠.
- ٣٦- د. حمدي رجب عبد الغني حسن، اللقطة ومدى مسؤولية الملتقط عليها وحكم تملكها او المكافأة عليها في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٣٧- الرشدني المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٤، مطبعة صبيح بصر، (بدون سنة نشر).

- ٣٨- د. رمضان ابو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٦ .
- ٣٩- الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥٧ هـ .
- ٤٠- الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٥ ، المطبعة الاميرية ، بولاق ، ١٣٥١ هـ .
- ٤١- السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٤ هـ .
- ٤٢- د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، من منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ .
- ٤٣- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، بيت الحكمة ، جامعة ببغداد ، ١٩٨٩ ، ط ١ .
- ٤٤- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، احكام ، شرح القانون المدني العراقي ، (الحقوق العينية الاصلية) ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ .
- ٤٥- د. سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التجاري ، ج ١ ، المكتب العربي الحديث بمصر ، ١٩٧٩ ، ١٩٨٠ .
- ٤٦- د. سليمان محمد احمد ، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ط ١ .
- ٤٧- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون القانون المدني ، ج ١ ، المدخل للعلوم القانونية ، مطبعة السلام بمصر ، ١٩٨٧ ، ط ١ .
- ٤٨- السيد سايق ، فقه السنة ، ج ٩ ، المطبعة النموذجية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ط ١ .
- ٤٩- الاستاذ شاكر ناصر حيد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجيد (الحقوق العينية الاصلية) ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ .
- ٥٠- الشيرازي ، المذهب ، ج ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٤٣ هـ .
- ٥١- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٠ ، ١٩٦١ .
- ٥٢- الاستاذ عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ط ١ .
- ٥٣- الاستاذ عباس العبودي ، اهمية السندات العادية في الاثبات القضائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .

- ٥٤- د. عبد الحميد الشواربي ، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والاحوال الشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة نشر .
- ٥٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
- ٥٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ .
- ٥٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) .
- ٥٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، المجلد الاول ، عقد البيع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، (بدون سنة نشر) .
- ٥٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
- ٦٠- د. عبد السلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، القسم الاول ، مكتبة الاقصى ، عمان ، ١٩٧٤ ، ط ١ .
- ٦١- الاستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ، ج ٢ ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، (بدون سنة نشر) .
- ٦٢- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٠ .
- ٦٣- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ .
- ٦٤- د. عبد المجسد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ .
- ٦٥- الاستاذ عدنان ابراهيم السرحان ، الاوضاع الظاهرة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .
- ٦٦- د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧ .
- ٦٧- الاستاذ الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الاول ، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) .

- ٦٨- السيد غالب محمد القرالة ، الضمان في القانون المدني الاردني والمقارن ، عمان ، ١٩٩٣ .
- ٦٩- المستشار فتيحة قرة ، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، (بدون سنة نشر) .
- ٧٠- د . فخري عبد الرزاق صلبى الحديثي ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٦ .
- ٧١- د . فوزي محمد سامي ود . فائق محمود الشماع ، القانون التجاري (الاوراق التجارية) ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٦ .
- ٧٢- الاستاذ قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الاثبات ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧٥ .
- ٧٣- الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٧ ، مطبعة الجمالية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر)
- ٧٤- د . ليلي عبد الله سعيد ، الامانة في المعاملات المالية ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٤ ، ايلول ، ١٩٩٦ .
- ٧٥- د . ليلي عبد الله سعيد ، ملكية التعويض في القانون المدني ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٤ ، آذار ، ١٩٩٧ .
- ٧٦- أ.د ليلي عبد الله سعيد ، وضع اليد (الحيازة) السبب السادس للالتزام ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٣٤ ، ايلول ، ١٩٩٧ .
- ٧٧- د . ليلي عبد الله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، مجلة دراسات (علوم الشريعة والقانون) ، الجامعة الاوذية ، المجلد ٢٣ ، ع١ ، ١٩٩٦ .
- ٧٨- د . ماهر عبد شويش الدرة ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٧ ، ط٢ .
- ٧٩- د . محسن عبد الحميد ابراهيم البنية ، نظرية الوارث الظاه ، مكتبة الجلاء الجديدة ، مطبعة المنصورة ، ١٩٩٣ .
- ٨٠- د . محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

- ٨١- الشيخ محمد بن ياسين عبد الله ، علم اصول الفقه ، دار الكتب ، جامعة الموصل ، ١٩٨٧ .
- ٨٢- د . محمود سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٩ .
- ٨٣- الاستاذ محمد طه البشير ود . غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار الكتب ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ .
- ٨٤- الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي ، التركة وما يتعلق بها من الحقوق ، دار النذير ، بغداد ، (بدون سنة نشر) .
- ٨٥- الاستاذ محمد عبد اللطيف ، الحيازة وآثارها في التفتيش المدني المصري ، من منشورات محكمة الاسكندرية الابتدائية ، ١٩٥١ .
- ٨٦- الاستاذ محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٤ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ .
- ٨٧- أ . د محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الاردني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ ، ط ١ .
- ٨٨- أ . د محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، اسباب كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، / عمان ، ١٩٩٤ .
- ٨٩- أ . د محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ .
- ٩٠- د . محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
- ٩١- د . مصطفى الزلي وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل ، ١٩٨٩ .
- ٩٢- د . مصطفى الزلي ، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد ، مركز عباوي صنعاء ، ١٩٩٦ .
- ٩٣- د . مصطفى الزلي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي ، مطبعة اسعد ، بغداد ، ١٩٨٣ .
- ٩٤- د ، مصطفى الزلي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦ .

- ٩٥- د . منذر الفضل ود . صاحب الفتاوي ، شرح القانون المدني الاردني (العقود المسماة) ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٣ .
- ٩٦- الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة وج ١ ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ .
- ٩٧- د . محي هلال السرحان ، القواعد الفقهية ، مطبعة اركان ، بغداد ، ١٩٨٧ .
- ٩٨- د . نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، نشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ .
- ٩٩- د . نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
- ١٠٠- د . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ .
- ١٠١- د . وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر ، ١٩٧٠ ، ط ١ .
- ١٠٢- الاستاذ يوسف محسن محمد علي ، الضمان الناشيء عن العمل غير المشروع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب ، جامعة بغداد ، ١٩٧٢ .

الفهرس

.....	٩	مقدمة
.....	٩	عرض مشكلة البحث
.....	١٠	اسباب البحث
.....	١٣	اهداف البحث
.....	١٤	خطة البحث
.....	١٧	الفصل الاول : التعريف بدور الحيازة والضمان في كسب الملكية
.....	١٩	المبحث الاول : التعريف بدور الحيازة في كسب الملكية
.....	٢١	اركان الحيازة وشروطها العامة
.....	٢٢	عرض الاتجاهات التشريعية في دور الحيازة في كسب الملكية
.....	٢٢	الاتجاه الاول : الحيازة سبب من اسباب كسب الملكية / اتجاه القانون المدني المصري والسوري والكويتي .
.....	٢٣	أ- حيازة العقار او المنقول بسوء نية .
.....	٢٣	ب- حيازة العقار بحسن نية .
.....	٢٤	ج- حيازة المنقول بحسن نية .
.....	٢٤	استنتاج وشرح
.....	٢٦	الاتجاه الثاني : اقتصار دور الحيازة على كونها قرينة قانونية على الملكية ، اتجاه القانون المدني العراقي .
.....	٢٦	أولاً : الحيازة قرينة قانونية بسيطة في اثبات الملكية .
.....	٢٧	ثانياً : الحيازة قرينة قانونية قاطعة للحائز تدفع عنه دعوى الغير بالملكية .
.....	٢٧	أ- حيازة العقار او المنقول بسوء نية .
.....	٢٨	ب- حيازة العقار بحسن نية .
.....	٢٨	ج- حيازة المنقول بحسن نية .
.....	٢٨	استنتاج وشرح .

.....	٢٩	موقف القانون المدني الاردني الموافق للقانون العراقي .
.....	٣٠	موقف القانون المدني اليمني المقارب للقانون العراقي .
.....	٣١	اثر المقارنة بين الاتجاهين السابقين
.....	٣٤	المبحث الثاني : التعريف بدور الضمان في كسب الملكية .
.....	٣٤	توطئة ، في عرض معاني الضمان وشرحها .
.....	٣٤	الاحتجاج على قاعدة (كسب الملكية بالضمان) .
.....	٣٦	طرح فكرة كسب الملكية بالضمان حسبما وضعها مؤسسوها
.....		الاحناف .
.....	٣٧	استدلال الاحناف على تملك الغاصب للمغصوب .
.....	٣٩	استنتاج بعض الامور من فكرة كسب الملكية بالضمان .
.....	٤٠	عرض الفكرة ، ومدى امكان اعمالها في القوانين المدنية المختلفة .
.....	٤١	اولاً : القانون المدني الاردني .
.....	٤١	ثانياً القانون المدني العراقي .
.....	٤٢	ثالثاً : القانون المدني المصري .
.....	٤٤	رابعاً القانون المدني السوري .
.....	٤٧	خامساً : القانون المدني الكويتي .
.....	٤٨	سادساً : القانون المدني اليمني .
.....	٥١	الفصل الثاني : اوجه الشبه بين كسب الملكية بالحيازة
.....		وكسب الملكية بالضمان .
.....	٥٣	مقدمة الفصل
.....	٥٤	المبحث الاول : استقرار المعاملات
.....	٥٤	توطئة وتوضيح الفكرة .
.....	٥٥	عرض النظرية ، وعلاقتها بالحيازة والضمان ودورهما في استقرار
.....		المعاملات .
.....	٥٩	اولاً : الاساس القانوني للظاهر .
.....	٦٠	فقرة (١) : الأسس التي تنسب لصاحب الحق .
.....	٦٠	أ- ارادة صاحب الحق

٦٢	 ب- المسؤولية المدنية لصاحب الحق .
٦٢	 فقرة (٢) : الأسس المتعلقة بالغير
٦٤	 ثانياً : شروط الوضع الظاهر(او بالادق شروط تصحيح تصرف صاحب الظاهر مع الغير) .
٦٤	 محاولة تطبيق النظرية على كل من الحيابة والضمان .
٦٧	 عرض ملاحظات على المحاولة .
٧٥	 المبحث الثاني : الاثر الرجعي (المستند)
٧٥	 توطئة وتوضيح وعرض
٨١	 اولاً : الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيابة .
٨٤	 ثانياً : الاثر الرجعي للملكية التي مصدرها الضمان .
٨٩	 المبحث الثالث : يد الضمان .
٨٩	 توطئة وعرض لانواع اليد
٩٠	 يد الضمان ، تؤكد التقارب بين الحيابة والضمان ، بوصف الاولى احد اسباب النظام الثاني .
٩٥	 الفصل الثالث : اوجه الاختلاف بين كسب الملكية بالحيابة وكسب الملكية بالضمان .
٩٦	 مقدمة الفصل
٩٦	 المبحث الاول : محل الحيابة والضمان وصفة الملك الناجم عنهما .
٩٧	 المطلب الاول : محل الحيابة والضمان .
٩٨	 قصور كسب الملكية بالضمان على المنقولات دون العقارات بعكس كسب الملكية بالحيابة .
٩٩	 دور التسجيل في نقل ملكية العقار .
١٠٠	 قصور الحيابة على العقارات غير المسجلة لامكان اعمال دورها في كسب الملكية في بعض القوانين .
١٠٢	 المطلب الثاني : صفة الملك الناجم عن الحيابة والضمان .

توطئة وعرض لسمات ملكية الغاصب للمغضوب في الفقه الحنفي .	١٠٢
ملكية الضامن للمال المضمون في الفترة ما بين حدوث سبب الضمان وادائه ، غير مستقرة .	١٠٤
ايجاد السند في تقرير حق الامتياز للمالك على المال المضمون .	١٠٤
حكم التعرض بين حق الامتياز وحق الحائز وحق المالك .	١٠٥
المبحث الثاني : شروط كسب الملكية بالحيازة والضمان .	١١١
مقدمة المبحث .	١١١
المطلب الاول : شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة ومدى ضرورة توافرها في كسب الملكية بالضمان .	١١١
الفرع الاول : شروط الحيازة بحسن نية ومدى ضرورة توافرها في كسب الملكية بالضمان .	١١١
اولاً : ماهية شروط حيازة المنقول بحسن نية .	١١٢
ثانياً : مدى ضرورة توافر الشروط السابقة في كسب الملكية بالضمان .	١٢٠
الفرع الثاني : شروط الحيازة بسوء نية ومدى ضرورة توافرها في كسب الملكية بالضمان .	١٢٢
اولاً : ماهية شروط الحيازة بسوء نية .	١٢٢
ثانياً : مدى ضرورة توافر هذه الشروط في كسب الملكية بالضمان .	١٢٤
المطلب الثاني : شروط كسب الملكية بالضمان ومدى توافرها في كسب الملكية بالحيازة .	١٢٥
الفرع الاول : شروط كسب الملكية بالضمان .	١٢٦
الفرع الثاني : مدى ضرورة توافر الشروط السابقة في كسب الملكية بالحيازة .	١٣٩
الخاتمة	١٤٢
اولاً : خلاصة البحث .	١٤٢
ثانياً : الاستنتاجات .	١٤٣
ثالثاً : التوصيات .	١٤٣
مبحث ملحق : في موقع الضمان من اسباب كسب الملكية .	١٤٦
المطلب الاول : التصنيف التقليدي وموقع الضمان منه .	١٥٠
الفرع الاول : التصنيف التقليدي لاسباب كسب الملكية .	١٥٠
الفرع الثاني : موقع الضمان من التصنيف التقليدي .	١٥٢
المطلب الثاني : التصنيف الحديث وموقع الضمان منه .	١٥٣
الفرع الاول : التصنيف الحديث لاسباب كسب الملكية .	١٥٤
الفرع الثاني : موقع الضمان من التصنيف الحديث .	١٥٥
تصنيف مقترح .	١٥٦
قائمة المراجع .	١٥٨
الفهرس	١٦٥