

بسم الله الرحمن الرحيم المقدمة

لكل انسان منذ ولادته حيا حتى وفاته ، حقوق يتمتع بها و واجبات ملتزم بتنفيذها ، ولعل من أهم هذه الحقوق التي تتسم بالصفة المالية ، وهي أما أن ترتبط بذمة شخص اخر تجاه صاحب الحق ، وهذا الحق يسمى بالحق الشخصي، أو تنصب على مال معنوي أو أدبي أو فكري ، فتعطيه عليه حقا معنويا، أو تنصب على عين معين فتمنح لصاحبها حقا عينيا على ذلك العين، فان منحه رخصة استعمالها أو استغلالها أو التصرف بها ، اضحى مالكا لها فحق الملكية هو أهم الحقوق العينية بل المالية بأسرها ويعرف بانها ((سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا و منفعة و استغلالا))^(١)، في حدود القانون طبعا ، هذه العلاقة بين المالك و ما يملكه لا تنشأ عبثا اذ ان هناك أسلبي لكسب الشخص ملكية عين معين، و من بين هذه الأسباب، سبب تم ذكره في جميع القوانين المدنية محل الدراسة الا قانون واحد منها، وسبب اخر لم يذكره منها سوى قانون واحد، في الباب الخاص بأسباب كسب الملكية .

فقد درج مشرع كل من القانون المدني المصري القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، والقانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ و القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. و القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦. و القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ الحيازة ضمن أسباب الملكية . وتختلف عن هذا النهج مشرع القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، حيث لم يذكر الحيازة في الباب الخاص بأسباب كسب الملكية ، بل درجها ضمن الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة: وبالعكس من ذلك، لم تعترف كل القوانين المذكورة أنفا بالضمان سببا لكسب الملكية ، باستثناء القانون المدني الاردني الذي أقر كسب الملكية بالضمان في المادة (١٠٨٥) منه بصورة صريحة، كما اعترف المشرع العراقي بقاعدة الضمان سببا للملكية ولكن بصورة ضمنية تستدل من خلال التمعن في قراءة بعض نصوصه القانونية^(٢)، وبالرغم من الاقرار الصريح لدور الضمان في كسب الملكية الذي تبناه المشرع الاردني ، فانه لم يلق قبولا من بعض شراح القانون المدني الاردني ، بزعم ان هذا الدور الذي يلعبه الضمان في استقرار المعاملات و حماية الغير الحسن النية .

(١) الفقرة (١) من المادة (١٠١٨) مدني أردني، تقابلها بالموافقة المادة (١٠٤٨) مدني عراقي، و لم ينص كل من القانون المصري و السوري و الكويتي و اليمني على تعريف حق الملكية. الا ان المشرع اليمني عرف الحق بما يفيد التعريف بحق الملكية، حيث نصت المادة (١٢٣) مدني على ان: (الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو هما معا مادية أو معنوية يقرها المشرع أو اذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال أو الانتفاع به و استعماله و استغلاله طبقا للقانون...).

(٢) راجع المواد (١٣٥ - ١٩٤ - ٢٠٠) من القانون المدني العراقي.

لذا رأى هذا الجانب من الفقه الاردني انه لا داعي لاقرار (كسب الملكية بالضمان) مادام ان المشرع قد أخذ بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز^(١))، وللقاء الضوء على الاختلاف الواضح بين الحيازة و الضمان كسببان لكسب الملكية قمنا بكتابة هذا البحث.

أولاً/ أهمية البحث وأسباب إختاره:

نظراً لأهمية الموضوع من الناحية العلمية والعلمية والتي تعود الى أه مبيع كسب الملكية وهي أقدم وأهم حقوق الأنسان والتي كفلتها المواثيق الدولية والدساتير والقوانين والشرائع السماوية فلا يجوز اهدارها باستثناء الحالات المقررة قانوناً، ويأتي أهمية البحث من كونه موضوع جيد في الفقه القانوني المدني لذلك فضلت أن ابحت عن هذا الموضوع رغبة م ني للأطلاع على جميع جوانبه وكذلك معرفة نقاطه الايجابية وكذلك تحديد نواقصه من خلال دراسة كافة جوانبه.

ثانياً/ إشكالية البحث:

عدم وضوح رؤيا القانوني للتشريع المدني العراقي بشكل واضح وصريح حول الموضوع وكذلك وجود نواقص في صياغة المواد القانونية المتعلقة به.

ثالثاً/ منهج البحث:

أعتمدنا في دراستنا على المنهج النظري والتحليلي المقارن وشرحه وتحليله.

رابعاً/خطة البحث:

سنتناول هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث في المبحث الأول نتناول دور الحيازة في كسب الملكية وذلك في مطلبين، نتطرق في المطلب الأول الى أركان الحيازة وشروطها العامة، ونخصص المطلب الثاني لذكر الاتجاهات التشريعية في دور الحيازة في كسب الملكية، وفي المبحث الثاني نبين دور الضمان في كسب الملكية وذلك من خلال مطلبين ففي المطلب الأول نتكلم عن ماهية الضمان وحجيتها في كسب الملكية، أما المطلب الثاني نخصصه لبحث مدى انجاز أعمال فكرة كسب الملكية بالضمان، وفي المبحث الثالث نتطرق الى أوجه الشبه والاختلاف بين كسب الملكية بالحيازة وكسب الملكية بالضمان خلال مطلبين، ففي المطلب الأول نقلني الضوء على أوجه الشبه بينها، أما الثاني نذكر فيه أوجه الاختلاف بينهما وختمنا البحث بخاتمة تحتوي على مجمل الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها، آملي ان نكون قد وفقنا في العمل الذي قمنا به ونرجو من الله تعالى ان يوفقنا لكل خير وصلاح.

الباحث

(١) الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج٢، مكتبة دار الثقافة - عمان ١٩٩٤، ص٢٧٤.

المبحث الأول

دور الحيابة في كسب الملكية

لوقوف على النقاط الجوهرية و الأساسية لدور الحيابة في كسب الملكية سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول أركان الحيابة و شروطها العامة ، أما المطلب الثاني فقد رتناول فيها الاتجاهات التشريعية في دور الحيابة في كسب الملكية و من ثم رقسم الثاني الى فرعين نتناول في الفرع الأول: الحيابة سبب من أسباب الملكية و في الفوع الثاني الحيابة كونها قرينة قانونية على الملكية.

المطلب الأول

أركان الحيابة و شروطها

لبيان اركان الحيابة وشرطها سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الأول الى اركان الحيابة ، وفي الفرع الثاني نتكلم عن شروط الحيابة.

الفرع الأول

أركان الحيابة

نصت المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١) في فقرتها الأولى على أن :
((الحيابة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق))، يتضح من التعريف الأنف الذكر بأن للحيابة ركنان أساسيان فهي لا تنتج أي أثر قانوني ما لم تستند عليهما و هما المادي و المعنوي، ويراد بالركن المادي ، السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق، و يراد بالركن المعنوي القصد، بأن يكون الحائز للشيء على قصد منه انه مالك له دون غيره ، و يعرف القصد بقرائن الحال التي تدل على ذلك بأن يتصرف في الشيء المحوز تصرف المالك. أن يجاهر الحائز للشيء بملكه إذا ما نازعه فيه منازع و ان يتمسك بذلك أمام القضاء في مواجهة من ينازعه في ملكيته.

الفرع الثاني

شروط الحيابة

الشرط الأول : عدم قيام الحيابة على مجرد عمل من أعمال الاباحة أو التسامح : اذ ان الاباحة أو التسامح لا تؤسس حيابة قطعاً، ويقصد بأعمال الاباحة، الأعمال التي يباشرها الشخص في حدود حق مقرر له بحيث لا يتضمن تعدياً على ملك الغير، و لهذا فلا تصلح أن تكون أساساً لحيابة منتجة لأثار قانونية. أما أعمال 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 الأعمال لا تصلح كذلك لتأسيس ، حيابة قانونية ، وبكل هذه الأعمال ينتفي الركن المعنوي للحيابة (١) .

الشرط الثاني : استمرارية الحيابة وعدم انقطاعها : و الحيابة تكون مستمرة اذا استمر الحائز للشيء بالأعمال اللازمة لمزاولة الحق الذي يدعيه في أوقات متقاربة لا تتخللها فترات انقطاع غير عادية ، وذلك بحسب ما تسمح به طبيعة الشيء الذي ترد عليه الحيابة كقيام الحائز بقطف ثمار البستان كلما تهيأ له منها ما يصلح للاقتطاف ، كما ان الحيابة تبقى و ان عاقها مؤقتاً مانع طبيعي أو قوة قاهرة (٢).

الشرط الثالث: خلو الحيابة من العيوب: و عيوب الحيابة هي :

- ١- الاكراه: ويعني الحصول على الحيابة بالقوة أو التهديد سواء كان صادراً منه أو من أحد الذين يعملون بأسمه .
 - ٢- الخفاء: و يعني ان الحائز لا يظهر سلطاته على الشيء المحوز أمام من لهم مصلحة في العلم بها .
 - ٣- اللبس (الغموض) : أي ان الحيابة تحتمل أكثر من تأويل ، كما لو قام الشك حول ما اذا كان الحائز يحوز الشيء بوصفه المالك أو صاحب الحق العيني عليه، أم انه يحوزه لحساب غيره ، و عيب الغموض هو عيب يشوب الركن المعنوي للحيابة (بعكس العيبين السابقين اللذين يتعلقان بالركن المادي)، كما انه عيب نسبي و مؤقت.
- فاذا تحققت الاركان و الشروط السابقة، نكون أمام حيابة قانونية يرتب عليها القانون أثراً معيناً . لكن ما هو الأثر الذي يرتبه القانون على هذه الحيابة؟ للجواب على ذلك هناك اتجاهان في القوانين المدنية ، الأول : ويتمثل بالقانون المدني المصري الذي عد الحيابة سبباً خاصاً لكسب الملكية ، وقد تبع القانون المدني السوري المشرع المصري في هذا الاتجاه و تأثر به المشرع الكويتي والثاني يتمثل باتجاه القانون المدني العراقي الذي عد الحيابة قرينة على الملكية تمنع سماع دعوى الملك من أحد ضد الحائز، وهي أما أن تكون قرينة قانونية بسيطة أو قاطعة على الملكية.

(١) الدكتور سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، (الحقوق العينية الأصلية)، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣، الطبعة

الأولى، ص ١٩٩

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٠١ وما بعدها.

المطلب الثاني

الاتجاهات التشريعية في دور الحيازة في كسب الملكية

نتناول في هذا المطلب الا اتجاهات التشريعية في دور الحيازة في كسب الملكية م وزعة على فرعين نخصص الأول للحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية والثاني كونها قرينة قانونية على الملكي.

الفرع الأول

الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية

تعد الحيازة على وفق هذا الاتجاه سببا لكسب الملكية في العقار أو المنقول سواء كانت الحيازة بحسن النية أو بسوء نية^(١)، ومع ذلك فلن دور الحيازة في اثبات الملكية لا يندم كليا في هذا الاتجاه . وهذا ما نتطرق اليه تباعاً.

أولاً: حيازة العقار أو المنقول بسوء نية :

نصت المادة (٩٦٨) مدني مصري على انه : ((من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة)). عليه فأن الشخص الذي يحوز منقولاً أو عقاراً ليس له فيه حق أي لم تستند حيازته الى سبب صحيح ، وكان سيء النية ، فانه يعد مالكا له اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة، أما المادة (٩١٧) من القانون المدني السوري فانها تشترط في العقارات عدم تسجيلها في السجل العقاري لكي يعد الحائز مالكا لها.

ثانياً: حيازة العقار بحسن نية :

نصت المادة (٩٦٩) مدني مصري على أنه:

١- اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في وقت ذاته الى سبب صحيح، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات.

(١) نصت المادة (٩٦٥) مدني مصري على انه(يعد حسن النية من يحوز الحق و هو يجهل انه يعتدي على حق الغير ، الا اذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم) فان علم انه يعتدي على الحق الغير أو اذا كان لا يعلم بسبب خطأ جسيم صدر منه ، فيعد سيء النية . راجع كذلك نص المادة (١١٤٨) مدني عراقي و المادة (١١٧٦) مدني اردني و المادتين (٩١٥ - ٩١٤) مدني كويتي.

٢- ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق.

٣- و السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، و يجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون . عليه فان حائز العقار الحسن النية المستند في حيازته بذات الوقت الى سبب صحيح بالمعنى الذي حدده القانون ، يكسب ملكية العقار بمضى خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة^(١) .

ثالثا: **حيازة المنقول بحسن نية:** نصت المادة (٩٧٦) مدني مصري على انه : ((١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢- فاذا كان حسن النية و السبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالي من التكاليف و القيود العينية ، فانه يكسب ملكية خالصة منها . ٣- و الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح و حسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)). عليه فان حائز المنقول بسبب صحيح و حسن النية يصبح مالكا له من دون أن تقف الملكية على مضي مدة معينة وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني السوري في المادة (٩٢٧) منه والقانون المدني الكويتي في المادتين (٢٣٧ و ٢٣٨) منه، هكذا يتضح أن الحيازة تعد وفق هذا الاتجاه الذي يمثله القانون المدني المصري سببا لكسب الملكية مع ذلك، فان هذا الاتجاه لم يعدم الحيازة دورها الاخر في اثبات الملكية ، و الا فما هو تفسير نص المادة (٩٦٤) مدني مصري الذي جاء فيه انه ((من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس)) والمادة(٩٢٣) مدني كويتي على انه ((من حاز شيئا ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني اخر، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق مالم يثبت العكس)).

ذهب بعض الفقهاء الى القول^(٢) ان طرق اثبات الملكية تقسم الى قسمين : طرق اثبات دلالتها يقينية و طرق اثبات دلالتها ظنية، فالطرق الأولى هي السجل العيني و التقادم و الحيازة ، والطرق الثانية هي قرائن تثبت احتمالات راجحة وقد تتعارض طرق الاثبات ، فاذا قدم كل من الخصمين في الدعوى (دعوى الملكية) طرق اثباته و تعارضت هذه الطرق، فهناك طريقان قاطعا للدلالة في الملكية هما السجل عيني و التقادم المكسب، فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق سجل العيني فاذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع فيه، كان هو المالك فاذا لم يكن السجل العيني ساريا ، و استطاع الخصم أن يثبت انه يملك العقار المتنازع فيه بالتقادم ، كان هو

(١) كذلك الحال في المادة (٩١٨) مدني سوري، علما 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) مدني مصري، حيث عرفت الفقرة السورية السبب الصحيح بأنه: (سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل التالية: الاستلاء على الأراضي الموات ، انتقال الملك بالارث أو الوصية الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بعوض ، البيع أو الفراغ) . أما القانون المدني الكويتي فلم يميز بين حيازة العقار بحسن نية و حيازته بسوء نية ، ومدة التقادم المكسب واحدة فقط وهي مشار إليها في المادة (٩٣٥) منه المادة الذكر.

(٢) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٩٥٤ .

المالك فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ولم يستطيع الخصم أن يثبت الملكية بالتقادم ، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار ، فتمسكه بالحيازة قرينة قانونية على انه هو المالك ، و يلقي على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة ، فإذا لم يقدم المدعي قرينة تدحض قرينة الحيازة . رفضت دعواه و بقي الحائز على حيازته أما اذا قدم المدعي قرينة تعارض قرينة الحيازة ، من سند تملك أو دفع ضرائب أو غير ذلك ، و قدر القاضي ان القرينة التي قدمها المدعي تدحض قرينة الحيازة، حكم للمدعي بالملكية) .

وهذا ما يتعلق بحيازة العقار التي تقترن عادة بالتقادم كي تنتج اثارها القانونية علما ان التقادم في القانون المدني المصري ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس على ان الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم بل هو سبب مباشر لكسب الملكية (١)، و لذلك مكن المشرع المصري الحائز الذي يكسب الملكية بالتقادم ان 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 ان العين بعدما تملكها بالتقادم المكسب خ رجعت من حيازته فانه يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من الت اليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سببا لكسب الملكية فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى .

أماحيازة المنقول، فلها دوران كذلك، طريق للاثبات و سبب لكسب الملكية، أما طريق الاثبات ، فيظهر اذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى منه الحيازة ، ويكون هذا الاخير عادة هو المالك ويستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها، و اما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية، فان ذلك انما يكون اذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك و تلقى و هو حسن النية الحيازة منه ، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائز ملكية المنقول بعبارة اخرى فان الحائز عندما يكون مصدر حيازته تصرف أو واقعة سبب المالك في أحداثها ولم تكن بطبيعتها ناقلة للملكية ، و اختلف الاثنان على ماهية الحيازة فقال الحائز بأنه حائز الهلك استنادا الى ان التصرف أو الواقعة المنشئة للحيازة نقلت الملكية الشيء من المالك اليه (الى الحائز)، وقال المالك ان الحيازة عرضية على اعتبار ان العقد كان ايجارا أو ايداعا أو اعادة أو رهنا أو ما الى ذلك ، فالحيازة قرينة بسيطة على الملكية و هذا هو دور الحيازة في اثبات ملكية المنقول، أما اذا كان الحائز قد حاز الشيء بالتصرف أو الواقعة تسبب بها غير المالك للشيء قبل أن يدخل في حيازة الحائز، فان الحيازة سوف تكون سببا للملكية بشرط اقترانها بحسن النية و بسبب صحيح ، في حين انه لا يجب حسن النية في دور الحيازة في اثبات الملكية(٢) .

(١) د. السنهورى، المصدر السابق ، ص ١٠٧٠ ومابعدها.

(٢) الدكتور عصمت عبدالمجيد البكر ، الوجيز في شرح القانون الاثبات، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧ ، ص ٢٣٤.

الفرع الثاني

الحيازة كونها قرينة قانونية على الملكية

الحيازة أما أن تكون قرينة قانونية بسيطة على الملكية أو تكون قرينة قانونية قاطعة عليها وهذا ما ستناوله تباعاً:
أولاً: الحيازة كونها قرينة قانونية بسيطة على الملكية : نصت المادة (١١٥٧) مدني عراقي على انه : ((١-من حاز شيئاً اعتبر مالكا له ، حتى يقوم الدليل على العكس . ٢-و اذا ادعى الحائز ان حيازته منصبه على حق شخصي أو حق عيني غير الملكية ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، و لكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة)).

ويعني ذلك ان الحيازة انما تكون قرينة على الملكية اذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعي الملكية و الحائز أما اذا كان هذا خلفا لذلك فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف الا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة فالمستأجر - مثلا - لا يستطيع أن 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 المستأجر بالنسبة للحيازة، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزا لا لحق الملكية بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر . و فيما عدا ذلك ، فان حكم الحيازة بوصفها قرينة بسيطة في القانون العراقي لا يختلف عما سبق ذكره في القانون المدني المصري ، أما القانون المدني اليمني وفي المادة (٢/١١١٨) منه فقد قصرت هذه القرينة البسيطة على حيازة المنقول.

ثانياً: الحيازة قرينة قانونية قاطعة للحائز تدفع عنه دعوى الغير بالملكية : نصت الفقرة (١) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي على انه ((١-من حاز م، مرقولا أو عقارا غير مسجل في دائرة تسجيل العقاري باعتباره ملكا له أو حاز حقا عينيا على منقول أو حقا عينيا غير مسجل على عقار و استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة ، فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي)). وهذا الاتجاه اخذ به القانون المدري الاردني في المادة (١١٨١) ، من هذا النص يتضح ان الحيازة بسوء نية الواقعة على منقول أو على عقار غيبي مسجل في دائرة التسجيل العقاري، تكون سبباً لكسب الملكية لابد ان تتوفر فيها شرط الآتية (١) :-

١- أن تكون حيازة بسوء نية واردة على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري أو على منقول.
٢- أن تكون حيازة قانونية.

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

٤- انكار الحائز لدعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بغير عذر شرعي (٢) .
فاذا تحققت هذه الامور جميعها امتنع على الغير ادعاء الملكية على ما يحوزه الحائز.

(١) محمد طه البشيرو الدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، درا الكتب ، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٢) الدكتور مصطفى الزلمي، دراسة مقارنة في كسب الملكية بالحيازة و الضمان، بغداد ، ١٩٨٤، ص ١٢١.

المبحث الثاني

دور الضمان في كسب الملكية

نبحث دور الضمان في كسب الملكية خلال مطالبين، في المطلب الأول نتكلم عن ماهية الضمان وحجيتها في كسب الملكية وفي الثاني نتناول مدى امكان إعمال فكرة كسب الملكية بالضمان في القوانين المدنية المختلفة.

المطلب الأول

ماهية الضمان و حجيتها في كسب الملكية

سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول لكل منهما ماهية الضمان في الفرع الأول وحجيتها في كسب الملكية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

ماهية الضمان

لم نتناول القوانين المدنية التعريف بالضمان ، ويعد هذا الموضوع من أهم المواضيع التي عالجها بالشرح و التحليل الفقهاء المسلمون ، و قد أوردوا له معان عديدة لابد من معرفتها أولاً ، و من ثم التطرق الى التعريف بدور الضمان في كسب الملكية، و السبب في ذلك يعود الى أن معظم القوانين المدنية استخدمت مصطلح الضمان للتعبير به عن معنى معين . ومن تلك المعاني التي حددها الفقه الاسلامي .

يستخدم الضمان في الفقه الإسلامي للدلالة على معان ثلاثة وهي:

أولاً/ الكفالة ويقصد به ضم الى ذمة اخرى ، وهذا المعنى الاصطلاحي يجري مجرى المعنى اللغوي للضمان^(١) و ايراد معنى الكفالة بالضمان هو أخص اطلاقاته^(٢) .

(١) على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي القسم الاول، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة بدون سنة الطبع ، ص ١٤ .

(٢) الدكتور محمد احمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، القاهرة، ١٩٩٠، ص٣٠٥.

ثانياً/ الاداء أو اعطاء تعويض معين عما لحق المعطى من أضرار تسبب بها المعطى ، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الانسانية)، كذلك عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه (اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات و قيمته ان كان من القيمات)^(١).

ثالثاً/ شغل الذمة، و هذا هو المعنى الواسع للضمان ، و قد عرفه بعض الفقهاء ، بهذا المعنى : (الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل و المراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه)^(٢). وهذا المعنى يشمل اضافة الى المعنيين السابقين ، معنى الالتزام المعروف في القوانين المدنية في بعض صورته ، كالاتزام الناشيء عن التصرفات القانونية على عاتق أحد أو كلا طرفيها، بحيث انه متى ما أخل بهذا الالتزام نهضت مسؤوليته التعاقدية التي تسمى عند البعض (ضمان العقد) كما جاء في القانون المدني العراقي ، و كذلك الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن الاعمال غير المشروعة ، و الحكم مماثل للضمان الناشيء عن الفعل النافع ، و الناشيء بنص القانون . لكن المعنى الذي سنركز عليه في منهجنا البحثي، هو المعنى الثاني الذي يجعل من الضمان أداة للالتزام بأداء التعويض الذي نشأ في ذمة الملتزم كدين منذ قيام السبب الذي من أجله وجب عليه التعويض ، لمن هو دائن به و ربما يكون هذا المعنى داخلاً ضمن تعريف شغل الذمة فهو تعريف شامل . و قد ذكر المشرع المصري كلمة (الضمان) في عدة مواد منه كالمواد ((٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٣٠٨ - ٣١١))، و اراد به المعنى المتقدم في قسم منها ، كالضمان في التعرض و الاستحقاق و العيوب و الصلاحية للعمل ، وكذلك الضمان في حوالة الحق والهبة و القرض و الايجار و العارية و المقاوله و الرهن الحيازي و الرهن الرسمي و الملكية الشائعة، و كذلك بالنسبة للقانون المدني السوري كما جاء في المواد ((٤٠٧ - ٤٠٩ - ٤١٣ - ٤١٥ - ٤١٧)) منه، أما القانون المدني العراقي فقد وردت فيه كلمة الضمان في مواقع عديدة ، قصد في قسم غير قليل منها المعنى الدقيق الذي نقصده من بحثنا هذا الضمان ، و لا سيما الضمان الناشيء عن العمل غير المشروع كالغصب و الاتلاف الذي أسرف المشرع العراقي في تنظيم أحكامها ، مواد كثيرة منها المواد ((١٨٦ - ٢٠١))، ومن خلالها يمكن استنباط قاعدة (كسب الملكية بالضمان) . كذلك فقد نص القانون المدني العراقي على معاني أخرى للضمان في مواد أخرى متفرقة منها ((٣٧٠ - ٣٧١ - ٥٤٩ - ٥٥٩)) . أما القانون المدني اليمني فقد قصد بالضمان، الكفالة سواء العينية أو الشخصية^(٣)، ومع ذلك فقد ذكر الضمان بالمعنى الذي ذكرناه في مواد متفرقة^(٤) .

(١) الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ، دار الفكر، ١٩٧٠، الطبعة الاولى، ص ١٦ .

(٢) علي الخفيف، المصدر السابق، ص ٥.

الفرع الثاني حجية الضمان في كسب الملكية

كما بيننا سابقاً فالضمان الذي يقصده، هو الالتزام بدفع تعويض عن ضرر أصاب شخص نتيجة فعل أو امتناع صدر من شخص آخر، اقتضاه تصرف قانوني أو واقعة قانونية أو اوجبه القانون بنصوص صريحة أو ضمناً يا ترى كيف يمكن لهذا الضمان أن يكون سبباً للملكية؟ يمكن توضيح هذه الفكرة بالأمثلة الآتية:

أ/ غضب (س) حنطة من (ص) و قام بطحنها دقيقاً و خبزه ، ف (س) قام بعمل غير مشروع أصاب ضرراً ل (ص) لذا فان (ص) يرجع على (س) بالضمان (التعويض) عن الضرر ، و هو أما يكون عينياً فيأخذ في مقابل تلك الحنطة المغصوبة ، حنطة بمثلها و بنفس مقدارها، و أما أن يكون نقدياً فيأخذ قيمة تلك الحنطة ، بحسب الوقت الذي يحدده القانون أو القضاء^(١)، فإذا أخذ (ص) التعويض المستحق له ، ألا يكون (س) بذلك قد تملك الحنطة التي غضبها على شكلها الجديد و هو الخبز؟

ب/ اذا أتلّف (ز) جزئياً شيئاً ل (ح)، و رجع (ح) على (ز) بالضمان، ألا يملك (ز) ما تبقى من الشيء التالف جزئياً؟ اللهم الا اذا رجع (ح) بالضمان الجزئي على (ز) و أخذ الشيء منه .

ج/ اذا اشترى (ل) شيئاً معيناً ثم باع ل (ن) ، ثم ظهر ان العقد المبرم بين (ل) و (ع) باطل لأي 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 الحيازة، لذا فان (ل) يلتزم بدفع تعويض مناسب ل (ع)، بهذا التعويض (الضمان) يعد (ل) مالكا بأثر مستند الى يوم العقد ، للشيء الذي اشتواه من (ع) ليس بسبب البيع فهو باطل، بل بسبب الضمان الذي صح له تصرفه الناقل للملكية مع (ن) .

(١) الدكتور سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، من منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١. ص ٨٧

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

١/ ان تقرير هذه القاعدة يحدث اضطرابا في المعاملات ، فمن يرد شراء شيء ما - مثلا - من شخص ، و يرفض الاخير بيعه له و هو ما يدخل في حقه استنادا الى مبدأ سلطان الارادة في العقود ، و يصير الأول، و يرفض الثاني فيقوم الأول بغصب الشيء من تحت ماله ثم يقوم بتغييره كي يتمسك بقاعدة كسب الملكية بالضمان ، فان نحن أقررنا هذه القاعدة قصرنا على الظلمة طريق الظلم ، فالغاصب في هذا المثل لا يهيمه مقدار الضمان و ان زاد عن حجم قيمة الشيء المغصوب، و اذا كان له غاية محددة من أن يكون ذلك الشيء ملكه بأي ثمن، و نحن نقول ان هذا الاحتجاج صحيح جدا فيما لو لم تقيد القاعدة بشروط تفوت على المستغلين لها ذريعة التمسك بها لتحقيق مآربهم، و سنرى لاحقا كيف ان هذه القاعدة قيدها مؤسس وها الاحناف بشروط^(١)، ناهيك عن ان مبدأ (سد الذرائع) يلعب دورا جيدا في تطبيق القاعدة المذكورة .

٢/ في الأمثلة السابقة، يكون عادة، الشخص المراد الزامه بالضمان ، حائزا للشيء المضمون ، فهو يستطيع التمسك بقاعدة الحيابة سببا لكسب الملكية وهناك من يقول ، ان هذه القاعدة (قاعدة الحيابة)، يشترط لأعمالها شروط عامة أولاً^(٢)، و شروط خاصة ثانيا، الشروط العامة فتتعلق بذات الحيابة اذ يجب أن تكون الحيابة ظاهرة غير خفية مستمرة غير منقطعة و غير مشوبة بعيوب كالاكراه و اللبس ، أما الشروط الخاصة فتتعلق بلبيع التملك بها، فهناك حسن النية و السبب الصحيح، و الا فمضي مدة طويلة مقدارها (١٥) سنة، و هناك شروط خاصة بالعقار ، و اخرى بالمنقول ناهيك عن ان الحيابة في بعض القوانين لاتعد سببا مباشرا لكسب الملكية وغالبا ما تكون الحيابة سببا لكسب الملكية دون مقابل مباشر و الحيابة لا تفوض على شخص ملكية اجبارية ، في حين ان الضمان قد يجبر أحيانا على تملك المضمون بالضمان^(٣) .

(١) الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، ١٩٧٠، ص ٢٢٠.

(٢) محمد عبداللطيف، الحيابة و اثارها في القانون المدني المصري، الإسكندرية، بلا سنة الطبع، ص ٨.

(٣) الدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص ٢٢٤.

المطلب الثاني

مدى امكان أعمال فكرة كسب الملكية بالضمان في القوانين المدنية المختلفة

سنتناول في هذا المطلب مدى امكانية اعمال فكرة كسب الملكية بالضمان في القوانين المدنية المختلفة وذلك في فرعين، نخصص الاول لموقف القانون العراقي والثاني لقوانين الدول العربية.

الفرع الأول

موقف القانون العراقي

لم ينص القانوني المدني العراقي صراحة على كسب الملكية بالضمان غير انه أثر هذه القاعدة بصورة ضمنية و يمكن الكشف صراحة عن مضامين بعض النصوص التي أحتوت على هذه القاعدة فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي على انه : (١- اذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري ، يهلك على البائع و لا شيء على المشتري....)^(١). كيف نستخلص القاعدة من هذا النص؟ من المعروف ان عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ، و تنتقل الملكية بمجرد انعقاد هـ أي ان ملكية المبيع تنتقل الى المشتري و ملكية الثمن تنتقل الى البائع بمجرد ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين 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 ل (ب) و قبض منه الثمن و قبل أن يتم قبض الشيء المبيع، هلك في يد البائع (أ) فبموجب النص السابق . المبيع يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الذي أصبح مالكا للمبيع منذ انعقاد العقد بالرغم من انه لم يقبضه بعد، و سبب ملكية المشتري للمبيع هو عقد البيع طبعاً ، لكن لما قضى القانون بأن الشيء المبيع يهلك على البائع قبل التسليم فان على البائع رد الثمن الى المشتري ان كان قد قبضه ، و برده للثمن اضحى مالكا للمبيع الهالك الذي تحولت صفته من مبيع الى شيء مضمون، و اوضحت ملكيته البائع له ملكية سببها الضمان .

(١) هذا النص أوردت مثله القواعد العامة في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (١٧٩) على انه : (١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وه و في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة و وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه . ٢- فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع و لا شيء على المشتري) . كذلك نصت المادة (٤٢٨) على انه : (اذا انتقلت ملكية الشيء بعقدك انت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان و تنتقل يد أمانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس .)

أما اذا لم يقبض البائع الثمن من المشتري فكيف ي كون أداء الضمان؟ لا سيما و اننا ذكرنا ان ملكية الضامن للمضمون ملكية معلقة على شرط واقف هو أداء الضمان الذي يسري بأثر رجعي وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزامات^(١) ، ان الضمان و ان كان سببا لملكية للمال المضمون و أداءه شرطا لهذه الملكية ، فان هذا الاداء كبنية الاداءات في مختلف النظم المعروفة في القانون المدني، كالأداء في عقد البيع و عقد الايجار و نحوهما، أما أن يكون أداء ماديا أو أداءا حكما، فالمادة (٥٣٩) مدني عراقي مثلا، 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 يد ضمان أو يد أمانة)) فهذه المادة تفترض أن شخصا غصب أو استعار أو استأجر أو نحو ذلك ، شيئا من شخص اخر ، اتفق الشخصان على ان يبيع صاح ب الشيء ماله لمن وضع يده عليه ، فهنا يعد الشخص الغاصب أو المستعير أو المستأجر، قد استلم المبيع حكما ، و في مثالنا الخاص بكسب الملكية بالضمان فإن (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 أصبحا دائنا و مدينا للاخر ، ف (أ) دائن ل (ب) بالثمن و (ب) دائن ل (أ) بالضمان، عليه فان (أ) لا يدفع الضمان ل (ب) لوقوع المقاصة بين دينيهما^(٢) .

كذلك يمكن استخراج القاعدة محل البحث من المادة (١٨٨) مدني عراقي التي نصت على انه : ((اذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير أن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى و ترك الأشجار المقطوعة للقاطع ، و ان شاء حط من قيمتها مقطوعة و أخذ المبلغ الباقي و الأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى))، فلو اننا افترضنا ان صاحب الروضة أختار الضمان و ترك الأشجار المقطوعة للقاطع يتملك هذه الأشجار بأداء الضمان . كذلك يمكن استخراج القاعدة من نص المادة (١٩٤) مدني عراقي^(٣) و من نصوص قانونية اخرى^(٤)، لا مجال لذكرها جميعا في هذا البحث .

(١) الدكتور عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٥٩.

(٢) انظر نص المادتين (٤٠٨ و ٤١١) مدني عراقي.

(٣) انظر نص القانون المدني العراقي المادة (١٩٤).

(٤) الدكتور مصطفى الزلمي ، المصدر السابق، ص ٤٠.

الفرع الثاني

موقف القوانين المدنية لبعض الدول العربية

نتطرق في هذا الفرع الى موقف القانون المدني المصري و الاردني والسوري والكويتي كلاتي:

أولاً : القانون المدني الأردني:

نصت المادة (١٠٨٥) مدني أردني على ان : ((المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه ، و يشترط أن يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء) . هذا هو النص الوحيد الذي خصه المشرع الأردني لكسب الملكية بالضمان، و هو بالتأكيد غير كاف لاحتواء جميع أحكام هذه القاعدة، فهو لم يعالج في مضامينها، الا اشتراط كون المضمونات مما يجوز تملكها ابتداء، و كون هذه الملكية تستند للضامن بالضمان الى وقت سببه ، و ربما اكتفى المشرع بذلك ادراكا منه بأن أحكام الفقه الحنفي سوف تسد الثغرات التي لم يسدها بالاستناد الى المادة (٢) الفقرة (٢) مدني أردني التي عدت أحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني الأردني، مصدرا رسميا ثانيا يأتي بعد التشريع (١) .

ويبدو أن المشرع الأردني قد أقر هذا النص وعد به الضمان سببا لكسب الملكية ، استكمالا للاحكام المستمدة من الشرع ، على حد تعبير المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني^(٢)، لا سيما الفقه الحنفي الذي تأثر به المشرع الى حد بعيد . و فضلا عن هذا النص ، فان لقاعدة (كسب الملكية بالضمان) أثرا في النصوص الأخرى من القانون المدني الأردني ، فعلى سبيل المثال ، تقضي المادة (٢٨٦) من هذا القانون بانه : (١- اذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البديل . ٢- و اذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه ي ضمن البديل . ٣- و اذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئا من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة و يسترد المغصوب عينا و بين أن يضمن الغاصب بدله . ٤- و اذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان .) ففي الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، أعطى القانون لمالك العين المغصوبة أن يختار استرداد العين التي تغيرت بنفسها ، أو أخذ الضمان عنها^(٣). فان هو أختار الامر الاخير تملك الغاصب العين بدفع الضمان ، و كذلك الحال بالنسبة للفقرة (٢) ، عدا انه في هذه الفقرة لم يعط القانون الخيار للمغصوب منه بين الاسترداد أو أخذ البديل . بعكس الفقرة (١) التي جاءت الفقرة (٣) موافقة لها في الحكم .

(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (٢) مدني أردني على انه : (فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية) و من المعلوم ان الفقه الحنفي هو الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

(٢) الدكتور محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية، ج٢، عمان، ١٩٨٤ ص٢٨.

ثانياً: القانون المدني المصري :

يتميز القانون المدني المصري، و هو أصل العديد من القوانين المدنية العربية ، بأنه يمثل التقنين لما توصل اليه الفقه الغربي و على وجه الخصوص الفقه الفرنسي فهو مستمد في غالب مواد من القانون المدني الفرنسي ، و ما دمت تعلم ان قاعدة (كسب الملكية بالضمان) قاعدة اسلامية أسسها الفقه الحنفي، لذا أفلا يحق لك أن تتساءل عن ان تقرير مثل هذه القاعدة في مثل هذا القانون هو أقام لها في مجال شائك يصعب معه اثباتها؟ فمعظم النصوص التي استخرجنا منها هذه القاعدة في نطاق دراستنا للقانون المدني العراقي ، كانت متضمنة لأحكام مستنبطة من الفقه الاسلامي، بل على الوجه الأخص من الفقه الحنفي، فمثلا نظم القانون المدني العراقي الائتلاف و الغصب كصورتين من صور العمل غير المشروع الذي يؤدي الى قيام المسؤولية التقصيرية متى ما توافرت شروطها الأخرى و من هاتين الصورتين استطعنا استخراج قاعدة الضمان سببا لكسب الملكية ، علما ان هاتين الصورتين استقيت أحكامها من الفقه الاسلامي، لكن : هل ان المشرع المصري اعتنى بتنظيم أحكام مثل هكذا صور؟ الجواب هو النفي ، لكن نظم أحكام عامة للعمل غير المشروع و منها نستطيع وضع خطوط عامة كحلول للنزاعات الناجمة عن واقع نبي الغصب و الائتلاف، سوف يكون صعبا جدا، ليس كما كان عليه الحال بالنسبة الى القانون المدني العراقي .

ذكرنا فيما مضى ان الضمان يأخذ صورا ثلاثا ، فأما أن يكون برد الشيء المضمون ان كان قائما ، فان تغير يرد مثله ان كان من المثليات أو قيمته ان كان من القيميات ، أفلا يتوافق هذا القول مع نص الفقرة (٢) من المادة (١٧١) مدني مصري الذي يقرر بأنه ((ويقدر التعويض بالنقد، على انه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور، أن يأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، و ذلك على سبيل التعويض)) ، فالتعويض هنا أما أن يكون رد الحالة الى ما كانت عليها و هو يشبه الضمان برد العين مادامت قائمة و أما أن يكون مثله ان كان الشيء الفائن على صاحبه ، نتيجة العمل غير المشروع ، شيئا مثليا، و أما أن يكون بقيمة ذلك الشيء و هو التعويض النقدي و هو الأكثر أرجحية في الواقع العملي^(١)، و لهذا فان المشرع المصري قد جعل به الأصل العام في طرق التعويض فلو ان (أ) أودع كمية معينة من حنطة لدى (ب) الا ان (ب) لم يكن عند حسن ظن (أ) به، فخان الأمانة و قام بزرع الحنطة في أرضه فعندما قدم اليه (أ) ليسترد منه الحنطة (الوديعة) ، تقاجأ بهذا الأمر، فطالبه، لكن هذه الحنطة تغيرت و تغير اسمها و أصبحت زرا، لذا فان (ب) ملزم برد مثلها أو قيمتها حسب ما يقرره القاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المتضرر (أ)^(٢)، و بالرغم من أننا أمام مسؤولية عقدية و ليست تقصيرية، لكن الحكم بالتعويض يسري على كلتا المسؤوليتين بكل اجراءاته و قواعده أو لم تر ان (ب) قد تملك الحنطة التي تحولت الى زرع بالضمان المتمثل بالتعويض في القانون المصري؟ المدفوع دون حق

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز، ج١، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة ١٩٦٦، ص٣٩٨ و ما بعدها.

(٢) نصت المادة (٢١٥) مدني مصري على انه(اذا استحال على المدين أن ينفذ الائتلاف عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه).

(أو دفع غير المستحق) تطبيق من تطبيقات نظرية الكسب بلا سبب ، وهي تعد إحدى مصادر الالتزام الخمسة ، من الممكن ان نستنتج منها القاعدة محل البحث ، فلو ان (أ) اعتقد خطأ ان (ب) دائن له بشيء معين بالنوع أو بالذات ودفع الشيء الى (ب) وتم قبضه من قبل (ب) ثم تغيرت معالم ذلك الشيء ، وظهر بعد مدة لاتجاوز المدة التي حددها القانون لتقادم الدعوى الناشئة عن هذا المصدر . أن (ب) ليس دائن ل (أ) فهنا يقع التزام على (ب) برد الشيء ان كان قائما الى (أ) ، أو قيمته أو مثله بحسب ما اذا كان الشيء قيما أو مثليا ^(١) ، ومصدر هذا الالتزام هو كسب (ب) بلا سبب على حساب (أ) ، لكن ماهو سبب ملكية (ب) لذلك الشيء الذي قبضه دون حق من (أ) و التزم برد قيمته أو مثله لتغير أصابه؟ أليس هو الضمان؟ وقد يرى البعض ان سبب كسب الملكية هنا حق الحيازة، و يقول البعض انه لو كانت الحيازة هي السبب لما التزم (ب) برد المقبوض دون حق الى من دفعه اليه . وهنا قد 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 أو قيمته وهو ان تملك الشيء الذي تغيرت مصلحه و التزم بالتعويض عنه ، لكنه لم يكتسب من تلك الملكية ميزة تجعله مالكا بالفعل و للتوضيح أكثر يجب أن نجري مقارنة بين عارية الاستعمال و عارية الاستهلاك، أو بعبارة اخرى عقدي الاعارة أو القرض، وهما من العقود المسماة .

نظم المشرع المصري العقد الأول وهو الاعارة ضمن الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، و نظم العقد الثاني وهو القرض ضمن الباب الخاص بالعقود التي تقع على الملكية و الفرق بين العقدين ان عقد الاعارة (العارية) يرد على أشياء لا تقبل الاستهلاك ^(٢) ينتفع بها المستعير لمدة معينة ويلتزم بردها الى صاحبها ، أما القرض فيرد على أشياء مثلية أو نقود يلتزم المقترض عند نهاية القرض برد مثل الشيء المقترض به في مقداره و نوعه و وصفته ^(٣) هنا تكمن الحكمة من اجراء المقارنة بين العقدين، فالعارية عقد من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء دون استهلاكه أما القرض فيعطي للمقترض الحق في استهلاك الشيء ، وهو لا يحصل الا بملكيته ، ثم يلتزم برد مثله ، و لهذا اقتصر حكمه على الأشياء المثلية دون القيمة ، ولذلك عد المشرع المصري و غيره أيضا ، القرض عقدا ناقلا للملكية بمعنى انه مصدر أو سبب ناقل لملكية تلك الأشياء المثلية التي يلتزم المقترض برد مثلها عند نهاية القرض فما هو فرق بين هذه الالية و الية كسب ملكية الضمان للمضمون المثلي بالضمان الذي يأخذ صورة رد مثل الشيء الهالك أو المتغير؟ لا فرق في الالية سوى ان الية كسب ملكية الشيء المقترض بالقرض ، واردة في القانون المصري و الية الكسب بالضمان غير واردة بوضوح في هذا القانون و هذا النص يشبه نص الفقرة (١) من المادة (٥٤٧) مدني عراقي .

(١) الدكتور عبدالرزاق عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز ، ص ٤٩٤ وما بعدها .

(٢) انظر نص المادة (٦٣٥) مدني مصري .

(٣) انظر نص المادة (٥٣٨) مدني مصري . و الاستاذ علي خفيف ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ .

ثالثاً: القانون المدني السوري:

لا جديد هنا يمكن اضافته على ما سبق ذكره في القانون المدني المصري ، فمعظم نصوص القانون المدني السوري مطابقة للأول^(١)، لكن و بما ان النصوص التي نحاول استخراج قاعدة (كسب الملكية بالضمان) منها نستذكرها على سبيل المثال ، فيمكن اذن أن نأتي بنص في القانون السوري لم نتطرق الى ما يقابله في القوانين السابقة . فمثلاً: نصت المادة (٩٣٥) مدني سوري في شطرها الأول على انه : ((اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء))، و هذه المادة تقترض حقيقة ان الحائز لم يكن مالكا لذا فان التزامه قائم برد الشيء الى صاحبه ، فان هلك هذا الشيء فهو مسؤول عن هلاكه مادام انه سيء النية . و المسؤولية تعني الزام هذا الحائز بتعويض المالك ، و التعويض - كما ذكرنا أنفاً - تقدره المحكمة و تعين الطريقة التي يتم بها، فقد يكون نقدياً أو عينياً، و ايا كانت طريقة التعويض، فان الشيء الهالك سوف يدخل في ملكية الحائز بأثر مستند الى يوم نشوء سبب الضمان و هو وقت وضع اليد على الشيء بسوء نية . ان هذا الأمر تظهر فائدته على وجه الخصوص في الهلاك الجزئي للشيء الذي يلتزم المسؤول (الحائز) فيه بدفع التعويض (الضمان) عن مالك الشيء، فما تبقى منه يكون ملكاً للحائز يرجع بأثر رجعي الى وقت بدء وضع اليد الضامنة، لذا فان هذه الملكية - بالتأكيد - سوف تمنحه سلطاتها وهي استعمال الشيء و استغلاله و التصرف به^(٢) .

رابعاً: القانون المدني الكويتي :

كذلك و كما عليه الحال في القانون المدني السوري ، لا جديد 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 و السورية التي استخرجنا منها القاعدة محل البحث . لذا نكتفي هنا بالاحالة الى ماتم التطرق اليه في الفقرات السابقة .

(١) الفقرة (٢) من المادة (١٧٢) مدني سوري تطابق الفقرة (٢) من المادة (١٧١) مصري والمادة (٢١٦) مدني سوري تطابق المادة (٢١٥) مدني مصري و المادة(٤٠٥) مدني سوري تطابق المادة (٤٣٧) مدني مصري الموافقة للفقرة(١) من المادة (٥٤٧) مدني عراقي.
(٢) انظر نص المادة (٧٦٨) من القانون المدني السوري.

المبحث الثالث

أوجه الشبه و الاختلاف بين كسب الملكية بالحيازة و كسب الملكية بالضمان

لبيان أوجه الشبه والاختلاف بين كسب الملكية بالحيازة وكسبها بالضمان سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبحث في في المطلب الأول أوجه الشبه بين كسب الملكية بالحيازة وكسب الملكية بالضمان، ونتناول في المطلب الثاني أوجه الأختلاف بينهما.

المطلب الأول

أوجه الشبه بين كسب الملكية بالحيازة وكسبها بالضمان

تقتضي المقارنة بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، التطرق الى نوعين من الأوجه، أوجه الاختلاف بين السببين و أوجه الشبه بينهما، و غالبا ما تكون أوجه الاختلاف بين أمرين متعلقة بحالات خاصة بهما، أما أوجه الشبه فهي عامة شاملة لكليهما ، لأن البحث في أوجه الشبه يعني اشتراك الأمرين في صفات عامة تجعل منهما متوافقين فيها ، فياترى ماهي الأوجه العامة التي يتشابهان فيها الضمان و الحيازة ؟ ذكرنا ان بحثنا هذا مقتصر على التفريق بين الحيازة و الضمان في ساحة كسب الملكية فحسب ، و هنا نجد أنفسنا أمام تساؤلين يجيب عنهما كل من الحيازة و الضمان بالجواب نفسه ، وهما : لماذا كسب الملكية بالضمان و الحيازة ؟ و ماه و أثر الكسب بهذين السببين؟ و الجواب عن هذين التساؤلين هو : استقرار المعاملات و الأثر الرجعي و هذا ما سنبحثه في فرعين على التوالي، علما ان هذين الوجهين للشبه بين الحيازة و الضمان ، من الأوجه العامة بينهما ، فقد يحصل هناك في التفاصيل بعض الاختلاف بينهما أو بأحدهما في قانون عنه في قانون اخر ، لكن تبقى العلة لكسب الملكية بالضمان و الحيازة هي استقرار المعاملات، و يبقى الأثر العام لهما هو الأثر الرجعي . كما ان يد الضمان تعد سببا مهما للضمان ، وهي تستدعي بللتأكيد وضع يد (حيازة) على شيء معين عليه فان (يد الضمان) تعد وجها ثالثا من الأوجه العامة للشبه بين كسب الملكية بالحيازة و الضمان لذا فأننا سنتناول يد الضمان من هذا المطلب .

الفرع الأول استقرار المعاملات

من المعلوم ان المعاملات المالية لا تجدد لها استقرار ما لم تكن هناك ثقة متبادلة بين المتعاملين، هذه الثقة هي التي تدفعني و تدفعك الى شراء ساعة ، على سبيل المثال، من شخص دون أن تطلب منه مستندا يؤيد فيه بأنه مالك لها أو يأتي بشاهدين تثق بهما ليشهدا ان الساعة ملكه ، و هذا لا يستقيم أبدا مع الحركة السريعة التي تتسم بها دورة التعامل بعد أن أصبحت في العديد من صورها التجارية ^(١)، ولا ريب ان مثل هذه المعاملات تتسم بالائتمان (الثقة) و السرعة في التداول، هذا التداول الذي لا يقف عند حد المثال الذي ضربناه اعلاه، بل يجاوز ذلك الى معاملات ضخمة لا تنهض لها نهضة ما لم تتم بالسرعة الملائمة و بالثقة العالية (الائتمان) و بصورة مرنة غير جامدة و بعيدة عن الشكليات ^(٢)، لكن كيف يسهم كل من الضمان و الحيابة في اس تقرار التعامل المالي؟ سواء أكان مدنيا أو تجاريا .
نضرب فيما يلي ثلاثة أمثلة للتوضيح :

أ/غصب (س) شيئا ما من (ص) ثم باعه ل (ن)، و كان (ن) لا يعلم بأن (س) يبيع ملك غيره، فان القانون اذا ملك (س) المغصوب و استندت الملكية الى يوم الغصب ، فان (س) يكون قد تصرف في ما يملك و بهذا نكون قد حمينا الغير حسن النية و عملنا بحمايته الى استقرار التعامل .

ب/في المثال السابق نفسه ، فان (ب) اذا حاز الشيء الذي اشتراه من (س) و كانت حيازته بحسن نية و متسندة في الوقت نفسه الى سبب صحيح ، فانه يملك ما يحوزه بالحياة، أو تعد حيازته للشيء قرينة قانونية قاطعة حسب مذاهب القانون المختلفة . و ذلك فيما لو لم تتوافر شروط كسب الملكية بالضمان ، كأن يعطي الخيار ل (ص) المغصوب منه بين استرجاع الشيء أو أخذ بدله فيختار استرجاع الشيء . و بتملك (ن) الشيء المنقول بالحياة فاننا بذلك نحقق نوعا من الاستقرار في التعامل .

ج/مات (س) و ترك أبا و ابنا غائبا لا يعلم عنه أحد أي شيء ، فالوارث هنا الاخ، لعدم وجود الابن، فلو افترضنا ان هذا الأخ تصرف في ما ترك له ، الى (ن)، ثم مرت مدة معينة و ظهر الابن (ص)، ألا يعد الأخ وارثا ظاهرا ؟ اذ ان الابن يحجب الأخ على وفق قواعد الميراث الشرعية ^(٣)، فاذا أردنا للمعاملات الاستقرار و جب علينا أن نحمي الغير حسن النية و هو (ن) و نملكه الأموال بالحياة، أو نصح تصرفه مع الوارث الظاهر، بأخذ الضمان من الأخير ^(٤).

(١) الدكتور مصطفى الزلمي، دراسة مقارنة في كسب الملكية بالحياة و الضمان، جامعة بغداد، سنة ١٩٨٢، ص ٤٥

(٢) الدكتور سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التجاري ، المكتب العربي الحديث بمصر ، ١٩٧٩ - ١٩٨٠ ص ٦ وما بعدها.

(٣) الدكتور أحمد علي الخطيب ، موجز أحكام الميراث، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٨، ط ٣ ، ص ٢١٢.

(٤) الدكتور محسن عبدالمجيد ابراهيم البنية ، نظرية الوارث الظاهر ، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣، ص ١٢ و ما بعدها.

هذه بعض الفروض العملية لدور كل من الحيابة و الضمان في استقرار المعاملات و حماية الغير حسن النية لكن ألم تر في ان في هذه الفروض اقتصر على المنقولات دون العقارات؟ لا شك في ان المضي قدما نحو تحقيق تعامل مستقر لا أثر له في تصحيح التصرفات المنصبة على العقارات ، لوجود الشكلية التي الزمها القانون لانعقاد التصرفات القانونية الواردة على العقارات^(١)، و هنا يذكر بعض الفقهاء ، بمناسبة عرضه لقاعدة ((الحيابة في المنقول سند الملكية)) في القانون المصري ان : ((المفروض ان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع و هذا هو سبب الصحيح فباع له غير المالك منقولا فلم تنتقل اليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير المالك...فهل يبقى مشتري المنقول حسن النية معرضا مدة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي، كما رأينا مشتري العقار من غير المالك معرضا مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي؟ لم ير القانون الفرنسي القديم أن يجعل مشتري المنقول في مركز مشتري العقار ، اذ ان المنقول على خلاف العقار يقتضي السرعة في التعامل ، و يصعب في المقول فحص أصل ملكية البائع ، اذ أن المنقول كثير التنقل من يد الى يد ، و يحسب مشتريه أن يراه في يد البائع حتى يطمئن الى انه يتعامل مع المالك . و من ثم ظهر أن بائع المنقول لم يكن هو المالك و لم تنتقل الملكية الى المشتري بالبيع ، فانها تنتقل بحيابة المشتري للمنقول، اذا كان وقت الحيابة حسن النية أي يعتقد ان البائع هو المالك ، و بذلك يكون المشتري، بمجرد حيابة المنقول على هذا الوجه بمأمن من أن يرفع عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ، و لا يضطر أن يبقى حائزا للمنقول طوال خمس سنوات كما يضطر الى ذلك مشتري العقار فيما رأيناه في التقدم المكسب القصير و تملك المنقول بالحيابة أمر يقضيه ، لالسرعة التعامل في المنقول فحسب، بل أيضا لاستقرار التعامل فيه ، و بدون هذه القاعدة يصبح التعامل في المنقول محفوا بالمخاطر فينبغي اذن لمن يشتري منقولا من غير المالك و هو يعتقد انه المالك ، أن يعتبر كأنه أشتري من المالك نفسه و اذا لم تنتقل اليه الملكية بالبيع فأنها تنتقل بالحيابة)) . لكن يجدر بالذكر ، أن هناك بعض المنقولات اشترط البعض لانتقال ملكيتها شكلية معينة ، فقد اشترط قانون المرور رقم (٨٦) لسنة (٢٠٠٤) في القسم (١/٥) منه تسجيل المركبات لأماكن نقل ملكيتها و ذلك في دائرة المرور ، كما اشترطت المادة (٢) من قانون تعديل تسجيل المكائن ذي الرقم (٥٦ لسنة ١٩٥٢)، تسجيل الماكنة عند بيعها و الا فأن البيع باطل لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون^(٢) .

استقرار التعامل، كان هدفا رسخته نظريات الفقه الفرنسي المستمدة من القرارات التي أصدرتها المحاكم الفرنسية بشأن الأوضاع الظاهرة ، و الأوضاع الظاهرة على نوعين^(٣) :-

(١) القانون المدني العراقي المواد (١١٢٦ - ١١٢٧) القانون المدني الأردني المادة (١١٤٩) القانون المدني الكويتي المادة (٨٩٠).

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

(٣) الدكتور نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، من منشورات معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٧ ، ص ٤

وما بعدها.

أ/ أما أن تكون معبرة عن مركز قانوني هو نتيجة واقعة قانونية توافرت بها شروط تطبيق قاعدة قانونية تمنح لصاحب هذا المركز حقا أو سلطة أو ولاية ، له صفة تسمح له بمباشرة و ممارسة السلطات و المزايا التي يقرها القانون لهذا المركز و أو بعبارة أخرى هذا الشخص له صفة في حياة هذا المركز^(١) .

ب/ او انها تعبر عن مباشرة شخص لمكنات و مزايا مركز ليس له ، أي انه ليس ذا صفة في حياة هذا المركز فحياة المركز لا تستند الى القانون و انما الى الواقع . و انعدام الصفة يرجع الى انه بتطبيق القانون على وجهه السليم على الواقع كما حدثت بالفعل ، لا ينشئ هذا المركز القانوني الذي يغتصب شخصا معينا مزاياه و مكانته ، فالأمر اذن يتعلق باغتصاب صفة ، أي حياة مزايا و مكناات مركز قانوني لم ينشأ ، و عدم وجود المركز القانوني قد يكون لأن القانون على وجهه السليم لا ينشئه ، أو لأن الواقعة كما حدثت لا تتوافر فيها شروط تطبيق القاعدة القانونية التي تنشئها^(٢) ، بعبارة أخرى أن صاحب المركز الفعلي يغتصب حياة صفة معينة و يباشر مكناات و مزايا مركز ليس له مستندا في هذا الى تفسير غير سليم للقانون أو 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) و صاحب المركز القانوني من جانب ، و بينهما و بين الغير (المتصرف اليه) المستفيد من تصرف صاحب الوضع الظاهر من جانب آخر ، سيما و ان الأخذ بالظاهر لا ينطوي دائما على أهدار و مخالفة لقاعدة قانونية اذ قد يكون صاحب المركز الفعلي حسن النية^(٣) ، و الظاهر الذي يهمننا في دراستنا هو النوع الثاني الذي عرفه البعض ، بأنه المحسوس المخالف للحقيقة و الذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون و يمكن تصور هذا الوضع الظاهر المخالف للحقيقة في الحياة و الضمان ، في حالة انعدام أو بالأدق عدم قيام أثرها المكسب للملكية فهذا الحائز للشيء تبين من بعد ذلك انه غير مالك له ، فعليه ارجاع الشيء الى مالكة الحقيقي لكنه تصرف بالشيء قبل ذلك ، فهو صاحب وضع ظاهر مخالف للحقيقة ، و آخر غاصب للشيء باعه لثالث ، ثم أبى مالكة الا أن يسترجعه ، فهذا الغاصب صاحب وضع ظاهر مخالف للحقيقة القانونية^(٤) .

(١) الدكتور مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٢) الدكتور نعمان محمد خليل جمعة، المصدر السابق، سنة ١٩٧٧ ، ص ٥.

(٣) فتحة قره، النظرية القضائية المستحدثة الأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، (بدون سنة طبع) ص ١١ و عدنان ابراهيم سرحان ، الأوضاع الظاهرة جامعة بغداد ، عام ١٩٨٦ ، ص ١٠.

(٤) الدكتور نعمان جمعة ، المصدر السابق، ص ٤.

الفرع الثاني اللاأثر الرجعي (المستند)

الأصل أن لأحكام القانون و التصرفات القانونية ، أثرا فوريا مقتصرًا على يوم نشر القانون أو نفاذ التصرف دون أن يكون أثره ساريا على ما قبله من وقائع، و الا أصبح له أثر رجعي . و الأثر الرجعي يفترض وجود أمر معلق على أمر آخر، يتوقف الأمر الأول ولا يتحقق حكمه الا بتحقق الامر الاخر، بحيث انه لو تحقق هذا الأخير عاد حكم الأمر الأول الذي تحقق بتحقيق الآخر الى الوقت الذي ينشأ فيه ذلك الأمر . و الأمر المعلق عليه يسمى الشرط التعليقي، و هو يختلف عن الشرط التقديدي في أن الأخير يضاف الى العقد بتغير بعض أحكامه العامة ، مثال ذلك أن يقول شخص للأخر أبيعك داري هذه بمبلغ قدره كذا على أن أظل ساكنا فيها ستة أشهر^(١) .

أما الشرط التعليقي فيعرف بأنه أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الحق أو زواله^(٢)، و قد نقل بعض الفقهاء، عن الفقهاء المسلمين تعريفهم لهذا الشرط بأنه ((ربط حصول أمر بحصول أمر آخر))^(٣). و قد عالج مشرعو القوانين المدنية الشرط التعليقي ضمن الباب الخاص بأوصاف الالتزام ، بالرغم أن الشرط التعليقي لا يقتصر على تعليق الحقوق الشخصية، بل انه ممكن أن يعلق الحقوق العينية بما في ذلك حق الملكية^(٤) . و الشرط التعليقي أما أن يكون واقفا أو فاسخا ، فالشرط الواقف يتوقف عليه نشوء الحق ، أما الفاسخ فالحق فيه ناشيء لكنه معرض لخطر الزوال متى ما تحقق هذا الشرط^(٥)، يذهب بعض الفقهاء ، الى ان مصدر الشرط هو الارادة، فالملتزم هو الذي يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، بل أن الشرط قد يكون مصدره ارادة الملتزم وحدها اذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الارادة ، فالملتزم بارادته المنفردة، كما يلتزم التزاما منجزا خاليا من أي شرط يملك كذلك ان يعلق التزامه على شرط، واقفا كان الشرط أو فاسخا، على ان هناك أوضاعا قانونية يذهب بعض الفقهاء الى انها معلقة على شرط مصدره القانون، ويسروقون من الأمثلة على ذلك الوصية .

(١) الدكتور حسن علي الذنون ، أصول الألتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص١٣ .

(٢) الدكتور عبدالمجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، النظرية العامة للالتزامات ، ج٢ ، أحكام الألتزام ، دار الكتب الموصل ١٩٨٠ .

(٣) محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص١٥٨ .

(٤) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ج٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٣٦ .

(٥) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ١٤٢ .

وانه كما يقولون تصرف قانوني معلق بحكم القانون على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصي، و يقولون كذلك ان حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم ، كذلك حق الشفيع في المشفوع فيه يقولون انه أيضا معلق على شرط واقف هو اعلان الشفيع ارادته في الأخذ بالشفعة ، على ان الشرط الذي يفرضه القانون في الأمثلة المتقدمة و أمثالها ليس شرطا بمعناه الصحيح ، فالشرط أمر عارض لا يلحق الحق الا بعد تكامل عناصره فيضاف اليه، و يمكن تصور الحق بدونه، و انما هو وضع معين يقرره القانون، و يرتب عليه نتائج معينة، و ليس له أثر رجعي وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء ^(١)، كما ان صاحب القول المتقدم يميز بين نوعين من الحق ، الحق المشروط و الحق الاحتمالي ^(٢)، فالوصف في الحق المشروط أمر عارض ، يلحق الحق بعد تكامل عناصره، أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض ، ذلك أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصر الجوهرية، و الوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري .

و الشرط اذا تحقق في الحق المشروط كان لتحقيقه أثر رجعي على الوجه الذي سيحيى تفص يله ، أما اذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهري الذي ينقصه فأصبح حقا كاملا ، فيصبح حقا كاملا دون أثر رجعي، و من ثم بوجود الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهري ، لا من وقت وجود الحق الاحتمالي ^(٣)، و نحن اذا أخذنا بالقول الذي ذكره صاحبه في الفقرتين أعلاه فإنه سيقودنا الى الاعتراف بأمرين أثنتين هما :

أ/ اذا قيدنا الشرط بأن مصدره الارادة فحسب ، فلا مجال لدراسته هنا ، لأن كل من الحيابة و الضمان يكسب الملكية المعلقة على شرط غير ارادي مصدره القانون مما يعني أن الحق الناشيء للحائز أو للضامن قبل تحقق شرط ثبوت الملكية لهما هو حق احتمالي .

ب/ ان اعتبار الحق الذي يتمتع به كل من الحائز و الضامن قبل تحقق شرط ثبوت الملك لهما ، حقا احتماليا ، يعني ان هذا الحق بثبوت الملك يصبح حقا كاملا بأثر فوري و ليس بأثر رجعي .

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) المصدر نفسه ، ص ٢٤ .

(٣) المصدر السابق ، ص ٢٥ .

الفرع الثالث

يد الضمان

عند استعراض الفقهاء المسلمين لأحكام الضمان ، و على الأخص في الباب الخاص بأسباب الضمان ، ذكروا من بين هذه الأسباب ، يد الضمان ، وهم يقصدون باليد ، وضعها على شيء معين ، أي الحيازة و هذا وجه آخر للشبهة أو بالادق للاقتراب بين الحيازة و الضمان . فاليد تمثل الحيازة ، و الضمان صفة لتلك اليد ، و لكي نفهم يد الضمان لا بد من فهم أنواع اليد الأخرى ، فاليد قد تكون يد ملك ، وهو الأصل في كل وضع يد ، إذ ان المالك ، عادة يضع يده على ما يملكه . أما وضع اليد على ملك الغير ، فاليد هنا قد تكون يد أمانة أو يد ضمان ، و قد عرف القانون المدني العراقي كل من يد الأمانة و يد الضمان في الفقرة (١) من المادة (٤٢٧) منه ، حيث نصت على انه : ((تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه و تكون يد أمانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك)) ، و لا مقابل لهذا النص في القوانين العربية الأخرى ، و مما يؤخذ على هذا التعريف انه أعتد بمعيار القصد في التمييز بين يد الأمانة و يد الضمان ، و هو معيار قد يفترق الى التحديد لصعوبة اثباته^(١) ، و قد استنبط بعض الفقهاء تعريفا لكل من يد الأمانة و يد الضمان ، من النصوص الفقهية و القانونية ، فأعتبر يد الأمانة : كل يد على ملك الغير لا يبرئ القانون ضمانها ، و اعتبر يد الضمان كل يد على ملك الغير استوجب القانون ضمانها^(٢).

موضوع آخر يعرف يد الأمانة بأنها ، تلك التي لا يستوجب ضمان القابض لما تحت يده و أما يد الضمان فهي : ما استوجب ضمان صاحب اليد لما تحت يده . و الملاحظ على التعاريف السابقة انها بينت حكم كل من يد الأمانة و يد الضمان ، فهي لم تبين المقصود بذات يد الأمانة و ذات يد الضمان ، بل انها بينت حكم كل منها الوارد في نص المادة (٤٢٦) مدني عراقي^(٣) وهذا لا يجوز - من الناحية المنطقية - إذ لا يمكن تعريف الشيء بالأثار المترتبة عليه و بأحكامه ، لأن الانسان اذا لم يعرف حقيقة الشيء و ماهيته فلا يستطيع أن يحكم عليه ، وهذا ما يقضي به المنطق^(٤) . و مع ذلك فمن الممكن أن تعرف أنواع اليد على ملك صاحبها أو على ملك الغير ، على النحو الآتي :

١/ يد الملك: هي كل يد يتوافر لصاحبها سلطات حق الملكية من استعمال و استغلال و تصرف وفق قواعد القانون.

٢/ يد الأمانة: هي كل يد على شيء يحوزه صاحب اليد باعتباره نائبا عن مالك الشيء.

(١) الدكتور ليلي عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان، مجلة الدراسات الاردنية ٢٣، العدد ١، الاردن ١٩٩٦ ، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) الدكتور ليلي عبدالله سعيد ، وضع اليد (الحيازة) السبب السادس للالتزام ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ج ٣ ، ايلول ١٩٩٧ ، ص ٤ .

(٣) نصت المادة (٤٢٦) مدني عراقي على انه : ((اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بالعقد أو بغير عقد و هلك دون تعد أو تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد . و ان كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه)) .

(٤) الدكتور مصطفى الزلمي ، الصلة بين علم المنطق و القانون ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .

٣/يد الضمان: هي كل يد على ملك الغير يستخدم صاحبها سلطات المالك عليه (أي على ملك الغير) دون مسوغ قانوني أو شرعي و لما كنا قد عرفنا ماهية كل يعرض هذه الأيدي، فما هو حكم كل منها من ناحية الضمان؟.

فبالنسبة ليد المالك ، فان الشيء يهلك على مالكة ، أما يد الأمانة، فان صاحبها لا يضمن هلاك الشيء الا بتعديه، اذ بهذا التعدي تنقلب يده الى يد ضمان ، كخائن الأمانة، ينقلب من أمين الى غاصب^(١) . أما يد الضمان، فحكمها ان صاحبها ضامن للشيء الذي يحوزه سواء تعدي أم لم يتعد.

وبعد التعرف على ماهية يد الضمان و حكمها، يتبين لنا ان الحياة تعد سببا للضمان، اذا كانت دون وجه حق، اذ يلتزم صاحب يد الضمان برد الشيء الى صاحبه ، فاذا هلك فعليه التعويض ذلك لأن التزام صاحب يد الضمان بلورد هو التزام بنتيجة بخلاف التزام صاحب يد الأمانة بالرد، فهو التزام يذل عناية^(٢)، ومن أمثلة يد الضمان الغاصب أو السارق و خائن الأمانة و المتلف بتعد أو تعمد و المحتال (النصاب)، و كل هذه الأعمال تعد غير مشروعة في نظر الشرع و القانون ، لذا فان صاحبها ملزم بالجزاء الذي فرضه عليه القانون ، مدنيا و جزائيا و على قدر ما يتعلق الأمر بالقانون المدني، فان الجزاء المدني على صاحب يد الضمان قد أوضحه القانون ، أما في الأحكام العامة للعمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية^(٣)، أو في باب الغصب^(٤)، اذ تعتبر كل من السرقة و خيانة الأمانة و الاحتيال بحكم الحال المساوي للغصب^(٥)، حيث يقضي القانون المدني بأنه: يلزم رد المال المغصوب عينا و تسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا و ان صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر و كان المال المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك ، و ان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريق نقله و مؤونة رده على الغاصب، و هذا دون الاخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى^(٦)، فضلا عن ذلك، فان وقوع مثل تلك الأعمال غير المشروعة المبينة أعلاه ، يؤدي الى الحيلولة دون أعمال قاعدة (الحياة في المنقول بحسن نية و بسبب صحيح سند الملكية أو سند الحائز)، اذ اعتبرت جميع القوانين المدنية محل البحث ، السرقة و الضياع عمليين يؤديان الى عدم أعمال القاعدة المذكورة .

(١) القانون المدني العراقي المادة (٢٠١) ، القانون المدني أردني المادة (٢٨٤).

(٢) الدكتور ليلي عبدالله سعيد ، وضع اليد ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣- ٢٥

(٣) كما فعل مشرعو القوانين المدنية المصرية و السورية و الكويتية .

(٤) كما فعل مشرعو القوانين المدنية العراقية و الاردنية و اليمنية .

(٥) القانون المدني العراقي المادة (٢٠١) ، و القانون المدني أردني المادة (٢٨٧).

(٦) القانون المدني العراقي المادة (١٩٢)، القانون المدني أردني المادة (٢٧٩)، القانون المدني اليمني المواد(١١٣١-١١٣٢-١١٣٣-

١١٥٠-١١٥١).

اما القانون المدني المصري فقد نصت في المادة (٩٧٧) على انه : ((يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده ، ويقابلها المادة (٩٢١) من القانون المدني السوري والمادة (٩٣) من القانون المدني الكويتي أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية و ذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

فالحيازة هنا لا تأخذ حكمها المتمثل في كسب الملكية لوجود الضمان، لكن حكم الضمان مقيد بوجود الشيء على حالته الأصلية دون تغيير خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو حدوث العمل غير المشروع المتمثل بالسرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة .

و من الجدير بالذكر أن القوانين المدنية بينت مسؤولية ا لحائز سيء النية و الذي يلتزم بتعويض المالك عن الشيء الذي هلك تحت يده كالقانون المدني السوري والوافي والكويتي حيث نصت المادة (٩٨٤) مدني مصري على انه : ((اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه و لو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء، الا اذا ثبت ان الشيء كان يهلك أو يثقل و لو كان باقيا في يد من يستحقه))^(١) . فهذا النص يدل على ان الحائز سيء النية ، يده على الشيء يد ضمان، لانه يحوز الشيء بقصد تملكه على حساب الغير أي بقصد التعدي على حقوق الآخرين^(٢) ولكن الذي يؤخذ على هذا النص هو افساحه المجال للحائز سيء النية للتخلص من المسؤولية، فيما لو استطاع أن يثبت ان الهلاك أو تلف الشيء كان حادثا و واقعا و لو كان باقيا (أي الشيء) في يد من يستحقه^(٣)، ذلك لأن الحائز سيء النية، يده على الشيء يد ضمان، و يد الضمان تضمن في جميع الأحوال دون استثناء^(٤)، لأنها قائمة على سوء القصد و سوء القصد يرد بمثله و مع ذلك فان الحكم بالضمان على الحائز سيء النية قياسا على الحائز حسن النية ، حكم مترن، حيث انه اذا كان الحائز حسن النية و انتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولا قبل من هو ملزم برد الشيء اليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع، وهذا ما أخذ به القانون المدني في كل من مصر وسوريا والاردن ولا مقابل لها في القوانين المدنية الاخرى.

(١) الدكتور رمضان ابو سعود ، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص٧٥٢ .

(٢) لاحظ: في تعريف الحائز سيء النية : المواد (٩٦٥ - ٩٦٦) ، القانون المدني المصري المادة (١١٤٨) ، القانون المدني العراقي

المواد (١١٧٦ - ١١٧٧) ، القانون المدني أردني (٩١٤-٩١٥) مدني كويتي ، راجع:محمد عبداللطيف ،المصدر السابق،ص٣٣٩.

(٣) الدكتور محمد وحيدالدين سوار ، أسلب كسب الملكية، عمان ، ١٩٩٤ ، ص ٣٣٩.

(٤) علي الخفيف، المصدر السابق، ص١٠٨، و الدكتور وهبة الزحيلي ، المصدر السابق، ص٧٥

و بصورة عامة لا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف الا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف^(١) . و لما كانت يد الضمان وجها اخر للتقارب بين نظامي الحيازة و الضمان ، فإنه من الواجب أن نبين اوجه هذا التقارب ، على الأخص و ان حكم أحد النظامين و أدواره الظاهرة في القانون ، قد يؤثر بالتعديل أو الأضافة أو الحذف على دور النظام الأخر لذا فإنه لا بد من توضيح الأمور الآتية :

١/ ان صاحب يد الضمان ، قد يمتلك ما يحوز ، لكن ليس بسبب الحيازة بل بسبب الضمان ، فيما لو تغير^(٢) الشيء المحوز في يده ، أو استحال عليه رده الى صاحبه ، يمتلكه بأداء الضمان عنه ، و على العكس فإنه قد يكسب الشيء المحوز بالحيازة المقترنة بالتقدم الطويل فيما لو بقي الشيء على حا له ، دون أن يطالب به مستحقه مدة التقدم الطويل، ولا مثيل لذلك في بعض القوانين كالقانون الاردني و السوري.

٢/ لما كان صاحب يد الضمان حائزاً للشيء فان الحيازة قد تقيده في التخلص من عبء الأثبات، لأنها تعد قرينة على الملكية، لكنها قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس^(١) و في ذلك نص القانون المدني اليمني في المادة (١١٥٤) منه على انه : ((اذا اختلف المالك و الغاصب في العين المغصوبة أو قيمتها فالبينة للمالك)) . و هذا النص يوافق القواعد العامة في الحيازة التي تبين دورها في الأثبات^(٣) .

و بهذا يتضح لنا أن أوجه الشبه بين الحيازة و الضمان تكمن في الأثر الرجعي (المستند) لكل منهما ، و الدور الذي يؤديه كل منهما في استقرار المعاملات ، كما أن هناك وجه للتقارب بينهما يتمثل في (يد الضمان) اذ بهذه اليد تختلط أحكام الحيازة مع أحكام الضمان فتؤثر كل منهما على الأخرى ، و تتأثر بها ، بشكل يجعل من النظامين قريبين في الحكم .

(١) عباس العبودي ، أحكام قانون الأثبات العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص ٣٢٠ و الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر

الوجيز في شرح القانون الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، لسنة ١٩٩٧ ، ص ٢٣٩ و ما بعدها.

(٢) القانون المدني المصري الفقرة (٢) من المادة (٦٨٣)، القانون المدني السوري الفقرة (١) من المادة (٩٣٤)، القانون المدني الأردني الفقرة (٢) من المادة (١١٩٥)، القانون المدني الكويتي الفقرة (١) من المادة (٩٣٤) ولا مقابل لهذه النصوص في القانونين المدني العراقي و المدني الأردني.

(٣) القانون المدني المصري المادة (٩٦٤)، القانون المدني العراقي المادة (١١٥٧)، القانون المدني الكويتي المادة (٩١٣)، القانون المدني الأردني المادة (١١١٨).

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف بين كسب الملكية بالحيازة وكسبها بالضمان

بعد أن توضحت لدينا الأوجه الأساسية للشبه بين كسب الملكية بالحيازة وكسبها بالضمان ، نكون بذلك قد أنجزنا شرط المقارنة بين دور كل من الحيازة و الضمان في نقل الملكية . الا ان أهمية الموضوع تكمن - حقيقة - و بشكل رئيسي - في أوجه الأختلاف بينها، و هذه الأوجه يمكن أن ترجع الى محل كل منهما و شروط أعمالهما و صفة الملك الناجم عنهما ، فللمحل في كسب الملكية بالحيازة يختلف عن المحل في كسب الملكية بالضمان ، كما أن صفة الملك الناجم عن الحيازة يختلف عن صفة الملك الناجم عن الضمان ، و نتناول بالتفصيل كل من هاتين المسألتين، في فرعين نخصص الاول لبيان اختلاف المحل في كسب الملكية بالحيازة وكسبها بالضمان والثاني لبحث اختلاف صفة الملكية الناجمة في الحيازة عن تلك الناجمة عن الضمان .

الفرع الأول

اختلاف المحل في كسب الملكية بالحيازة وكسبها بالضمان

ينبغي بلديء الأمر أن نوضح ان ما رقصده من محل الحيازة و محل الضمان ، هو محل كسب الملكية بأحد هذين السببين ، أي أننا اردنا بذلك المعنى المجازي للملكية ، اذ أن ثمة فرقا بين معناه الحقيقي و المعنى الذي رقصده فمحل كل من الحيازة و الضمان ، هو المال المحوز أو المال المضمون ، أما محل كسب الملكية بالحيازة أو الضمان فنعنى به موضوع هذا الكسب ، و هو يرد كذلك على المال الذي ترد عليه الحيازة أو الذي يرد عليه الضمان متى ماكان مما يجوز تملكه . فالشخص قد يحوز خمرأ أو خنزيرا أو مالا من الأموال العامة ، الا انه لا يستطيع أن يتذرع بحيازته لهذا المال في كسب ملكيته، بل أن القانون يسد ذريعتيه هذه بعدم ثبوت المال صالحا لكي ترد عليه الملكية^(١) و الأمر نفسه بالنسبة الى الضمان ، على اننا يجب أن نشير هنا الى ما نصت عليه المادة (١٠٨٥) من القانون الهندي الاردني والتي اشترطت في كسب ملكية المضمونات بالضمان، أن يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء . و هذا الاشتراط يستدل من خلاله أمران :

١/ الأمر الأول ، مفاده ما سبق ذكره عن محل كسب الملكية بالضمان أو الحيازة .

٢/ الأمر الثاني، هو أن الضمان في حد ذاته ، قد يستحيل معه ترتب أثره الخاص بكسب الملكية ، فالشخص قد يتلف مالا اتلافا جزئيا بحيث ان هذا المال ، يبقى عند صاحبه ، فالتعويض الذي يدفعه هذا الشخص الى صاحب المال المتلف يخوله تملك ذلك المال مادام انه لم يقبضه . كأن تصطدم سيارة بسيارة أخرى و تتسبب في اتلاف جزء من هيكلها، فان صاحب السيارة الأولى، و ان كان سيلزم بضمان ما أتلفه . الا انه لن يملك ذلك الجزء الا اذا قبضه وقد يستند البعض على هذه الحالة، ويرى انها دليل على رفع التباين بين الحيازة و الضمان كسببين للملكية بحيث ان أحد هذين السببين يغني عن الأخذ بالسبب الأخر ، على أساس ان قاعدة كسب الملكية بالضمان لا يعمل بها الا اذا

(١) الدكتور مصطفى الزلمي ، المصدر السابق، ص ٨٩.

قبض ، أي حائز الضامن المال المضمون ، فالقبض هنا هو سبب ملكيته له وليس الضمان ، على الأخص و ان الأثر المتمثل في الملكية يستند الى وقت القبض و ليس الى وقت الضمان . و الرد على هذه الحجة يكمن في انها لم تلمس الحدود الدقيقة التي تفصل بين دائرة الحيازة و دائرة الضمان ، فالشخص الذي سيقبض المال المضمون يستطيع أن يمتلك هذا المال بالحيازة، متى ما اتاحت له قواعد القانون ذلك، دون أن يدفع أي مقابل عنه ، بينما الضمان يستلزم وجود المقابل عن ذلك المال، فضلا عن ذلك ، فان الضمان يقتصر دوره في كسب الملكية عند تغير المال محل هذا الكسب، و الا فانه دون أن تتغير معالم هذا المال، يستطيع حائزه تملكه عندما تتوافر في حيازته الشروط القانونية التي تكسبه ملكية ما يحوز بالإضافة الى ما سبق ذكره ، فان محل الحيازة المكسبة للملكية أوسع من محل الضمان المكسب للملكية. فقد رأينا في الفصل الأول ان الحيازة تكون سببا لكسب ملكية العقار و المنقول ، على حين ان الضمان لا يرد الا على المنقول و ذلك للدور المهم الذي يلعبه التسجيل في نقل ملكية العقار . و تأسيسا على ما سبق اعلاه، فاذا غصب شخصا عقارا لأخر فانه لا بد من التمييز بين أمرين :

الأول: اذا كان العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، فإنه لا بد هنا أن تستمر حيازة ذلك الشخص لهذا العقار المدة المطلوبة للتقادم ، حتى يستطيع تملك العقار بالحيازة المقترنة بالتقادم^(١)، و ليس بالضمان، و ان كان قد دفع قيمته ، فان عمله هذا قد يصلح أن يكون بيعا، بذلك يمكن أن نعهده سببا صحيحا ، و أن الملكية ، بالتالي ، لن تثبت له ما لم يسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري، لأن العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا^(٢) .

الثاني: أما اذا كان العقار مسجلا في دائرة المختصة ، فإنه لا يستطيع التمسك بالضمان لكسب ملكية العقار ، الا بالتسجيل. و ذلك وفقا للمادتين (١٩٧ و ١١) في القانون المدني السوري، فللمادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه : ((المغصوب ان كان عقارا و يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله ، و اذا تلف العقار و طرأ على قيمته نقص و لو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان)) . فالضمان الذي يلزم الغاصب بأدائه الى المغصوب منه، لا يخول له تملك العقار الذي تعرض للتلف أو النقص في القيمة ، فاذا أبى المغصوب منه الا أن يترك العقار للغاصب و يأخذ منه الضمان عن كامل قيمته ، فضلا عما لحق به من أضرار أخرى ، فان الغاصب لا يجبر على ذلك ، فان رضى ، عد ذلك بيعا تسري عليه أحكام بيع العقار . و اذا كان العقار غير مسجل تسري عليه قواعد حيازة العقار غير المسجل .

(١) نص المواد (٩٦٨) والقانون المدني المصري المادة (٩٦٨) ، القانون المدني السوري المادة (٩١٧) ، القانون المدني العراقي المادة

(١١٥٨) ، القانون المدني الأردني المادة (١١٨١) القانون المدني الكويتي المادة (٩٣٥) ، القانون المدني اليمني المادة (١١٢٥).

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١١٢٦) مدني عراقي تقابلها في المعنى المادتان (١١٤٨ - ١١٤٩) من القانون المدني الأردني .

أما المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي ، فقد نصت على انه : ((إذا أحدث شخص بناءاً أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره ، بنعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات القائمة أكثر من قيمة الأرض ، كان للمدحت أن يمتلك الأرض بثمن مثلها، و إذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة)) . وهذا النص يتعلق بالتصاق المنقول بال عقار ، فالمواد التي جرى بها البناء أو الغراس أو أحدثت بها المنشآت ، تعد منقولا، أما الأرض فهي عقار، و سواء أكان العقار مسجلاً أم غير مسجل فإن صاحب المحدثات يمتلك الأرض اذا كانت قيمة المحدثات أكبر من قيمة الأرض ، و هو يمتلكها بثمن مثلها، و سبب ملكيته هنا هو الالتصاق أو الأتصال، ولكن ما هو مدى اشتراط التسجيل لنقل الملكية في هذه الحالة ؟ بموجب نص القانون، أن الالتصاق هو سبب لكسب ملكية الأرض ، و ذلك لأن القانون لم يشر الى التسجيل بوصفه شرطاً لنقل الملكية الواردة على العقار نتيجة التصاق منقولات به أكبر منه في القيمة كما ان القانون انم اشترط التسجيل في نقل الملكية العقار ، فيما يتعلق بالتصرفات دون الوقائع، و لا يعد الالتصاق تصرفاً، بل انه واقعة قانونية لكن لا بأس من القول بأن الالتصاق، و ان كان هو السبب الناقل لملكية الأرض، الا ان هذه الملكية لا يكتب لها استقرار مالم تتهي في السجل العقاري^(١)، بحيث يمكن اعتبار التسجيل مقرراً للملكية لا منشئاً لها و من هنا نعرف ان التسجيل لا يلعب الدور المنشئي لكسب الملكية في كل الأحوال، بل قد يكون دوره كاشفاً مقرراً ليس الا، هذا فان كان الالتصاق صالحاً لكي يكون سبباً لنقل ملكية العقار بجانب التسجيل ، الا ان الضمان لا يصلح لأن يكون سبباً لذلك بمعنى ان محل كسب الملكية بالضمان لا يمكن أن يكون عقاراً ، بل يمكن أن يكون منقولاً سواء أكان عيناً معينة بالذات أو بالنوع . كما ان الحيابة لا تعمل لها أثر في بعض القوانين في القانون الوافي والسوري والاردني وقوانين اخرى كالقانون المصري والكويتي، الا اذا وردت على عقارات غير مسجلة في القانون المدني السوري المادة (٩١٧) و القانون المدني العراقي المادة (١١٥٨)، و القانون المدني الأردني المادة (١١٨٢)، و ان الضمان يمكن أن يرد على الحقوق و المنافع ، فيكسب الضامن لها ملكيتها كما لو فوت شخص على آخر حق منفعة أو حق انتفاع أو حق استعمال أو سكنى على مال معين لمدة معينة ، فأن الأول يضمن للثاني م افوته له من منفعة أو انتفاع ، و بهذا الضمان يمتلك ذلك الحق في الفترة التي كان يحوز فيه الحق كما يمتلك ما انتجه ذلك الحق له من حقوق و رخص و منافع و نثار ناجمة عن انتفاعه بذلك الحق طوال مدة حيازته، و هنا يقترب الضمان من الحيابة في الحكم بالرغم من ان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في مدى جواز ضمان المنافع ولاسيما أن الفقه الحنفي الذي أسس قاعدة كسب الملكية بالضمان، لا يقر ضمان المنافع، فهو بالتالي لا يجعل من المنافع محلاً لكسب الملكية بالضمان بعكس ما ذهب اليه الجمهور و على وجه الخصوص الشافعية و الامامية^(٢).

(١) المصدر السابق ، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) منير القاضي، شرح المجلة ج١، مطبعتا السريان و العاني ، بغداد، ٩٤٧ ، ص٤٧١ . و الدكتور محمد احمد سراج ، المصدر السابق ، ص١٧٣، و الدكتور وهبة الزحيلي، المصدر السابق.

الفرع الثاني

اختلاف صفة الملكية الناجمة عن الحيابة عن تلك الناجمة عن الضمان

ان الحيابة تعد في القانون المدني المصري و القوانين التي تأثرت به ، سببا ناقلا للملكية ، أما بموجب القانون المدني العراقي ، فأنها تعد مجرد قرينة قانونية قاطعة على الملكية . بمعنى ان صفة الملكية الناجمة عن الحيابة في القانون المصري أقوى من صفتها في القانون العراقي ، فالملكية في القانون المصري لا يمكن دحضها بالاقرار أو النافول عن حلف اليمين ، في حين انها تقبل الدحض بهما في القانون المدني العراقي و كذلك في القانون المدني الأردني تأثرا بأصله العراقي . و هنا يثار التساؤل عن مدى قوة حق الملكية الناجم عن الضمان ، فهل أن صفة ملك الناجم عن الضمان أقوى من صفة ملك الناجم عن الحيابة ، حتى في القانون المدني المصري؟ أم أنها أقل من صفة الملك الناجم عن الحيابة ، حتى في القانون المدني العراقي ؟ أم أن درجة صفة الملك الناجم عن الضمان تتفاوت بين قانون و آخر ؟ أم أنها بين كل ذلك قوام ؟ و قبل أن نوضح اجابتنا عن التساؤلات المتقدمة ، ننقل فيما يأتي ما أورده بعض الفقهاء^(١) ، من سمات ملكية الغاصب للمغصوب ، و ذلك في الفقه الحنفي مؤسس قاعدة كسب الملكية بالضمان حيث يذكر أن : ملك الغاصب للمغصوب يتسم في الفقه الحنفي بالسمات الآتية :

١/ انه ملك ناقص غير مستقر، و لذا لو مات الغاصب مفلسا كان المغصوب منه أحق بالمغصوب من سائر الغرماء.
٢/ لا يترتب على هذا الملك حق الانتفاع، في الراجح من المذهب، قبل أداء الضمان بالفعل الى مستحقه، و هو رأي أبي حنيفة و أبي يوسف، خلافا لزفر و الحسن اللذين أجازا للغاصب حق الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان.
٣/ ملك الغاصب للمغصوب عند تحقق سببه، ملك يرجع الى وقت الغصب عند الأحناف، لأنه لما وجب عليه الضمان و هو غرامة المثل أو القيمة، فقد ثبت له الملك بدلا عما قام في ذمته من ذلك ، و اذ يستند الضمان الى سببه و هو العدوان بالغصب، فان ما يترتب عليه و هو الحكم بالملك ينبغي أن يرجع الى وقت قيام السبب، و هو حدوث الغصب و ينشأ عن ذلك حل الاكساب بالثمار التي أفادها الغاصب من المغصوب ، لأنها نشأت في ملكه و جواز التصرفات التي أقدم عليها الغاصب قبل الحكم عليه بالضمان أو الاداء أو الابرء، لأنه قد ظهر بتضمينه أو ابرائه، انه تصرف في ملكه، و لكن لا تحل له الاولاد و الزوائد المنفصلة باعتبارها محلا للغصب كذلك .

٤/ هذا الملك المستفاد بالغصب على مذهب الأحناف ، ليس الا نوعا من الملك الاعتباري الذي أفضت اليه الصنعة القانونية على أساس الضرورة ، ذلك لأن فقهاء هذا المذهب يسلمون بأن الغصب عدوان و معصية و لا يصلح أن يكون سببا لكسب الملكية، غير أن الحكم بالضمان و ايجاب المثل أو القيمة جبرا لما فات على المالك من مال على

(١) الدكتور محمد أحمد سراج ، المصدر السابق، ص ٣٠٤.

سبيل الهدل لهذا المال يقضي نقل ملكية المضمون الى الضامن شرطاً لوجوب الحكم عليه بالضمان لا قصداً، حتى لا يجمع البذل و المبدل للمغصوب منه^(١) .

والتصوير السابق يوضح لنا صفة الملك الناجم عن الضمان ، تتمثل في عدم استقراره و تقيده بما يجعله ملكاً ناقصاً لا ملكاً تاماً، فضلاً عن انه يصور لنا ان الملكية تستند بأثر رجعي الى وقت حدوث سبب الضمان، في ضوء ما عرفناه سابقاً، ولا عجب في القول ان ملكية المال المضمون لا يثبت للضامن الا بأداء الضمان ، فأداء الضمان شرط لكسب الملكية، بحيث أننا لا يمكن أن نتحدث عن ملك ما للضامن من قبل أدائه ما وجب في ذمته للمضمون له . ولعل التصوير السابق كان عن مدى سلطات الضامن ، بوصفه مالكا بأثر رجعي ، بين فترة حدوث سبب الضمان و الفترة التي استقرت ملكية الضامن للمال المضمون و ثبتت بأدائه الضمان . أن ملكية الضامن للمال المضمون في الفترة ما بين حدوث سبب الضمان و أدائه قيمة الضمان ، هي ملكية غير مستقرة تتسم بأنه للشخص المضمون الذي غصب منه المال أو سرق منه، أو أخذ منه بغير وجه حق، امتياز على ذلك المال، على وفق المذهب الحنفي، و حق الامتياز هو أولوية في الاستيفاء ، لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين^(٢)، الا انه قد يحتج البعض على أن لا يكون للدين امتياز الا بمقتضى نص القانون^(٣)، و لا يوجد في نصوص القانون ما يعطي للمضمون له حق امتياز في استيفاء دينه من الضامن . و يمكن الرد على هذه الحجة بالقول ، ان الامتياز المعطى للدين الضامن على المال المضمون، يمكن أن 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 أو ضمناً .

لقد أعطى بعض القوانين ومن بينها القانون المدني ال عراقي والمصري والسوري والاردني والكويتي لصاحب الفندق حق امتياز للمبالغ المستحقة له في ذمة النزول عن أجرة الإقامة و المؤونة و ما صرف لحسابه ، على الامتعة التي أحضرها النزول الى الفندق أو ملحقاته من الفقرات الأولى من المواد : (١١٤٤) القانون المدني المصري (١١٢٣) القانون المدني السوري، (١٣٧٥) القانون المدني العراقي ، (١١٤٢) القانون المدني الاردني والقانون (١٠٧٧) القانون المدني الكويتي ، كما يقع حق الامتياز هذا، و بقوة القانون، على الامتعة غير المملوكة للنزول اذا لم يثبت ان صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط أن لا تكون تلك الامتعة مستحصلة عن جريمة أو

(١) الدكتورة فاطمة عبدالكريم ، الملكية بالضمان في الفقه الحنفي ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٨٧، ص ٦٨

(٢) القانون المدني العراقي المادة (١٣٦١) ، و قارنها بالمواد (١٤٢٤) مدني أردني (١١٣٠) مدني مصري ، (١/١١٠٩) مدني سوري ، (٣٨٢) مدني يمني .

(٣) القانون المدني الاردني المادة (١٤٢٤) ، القانون المدني المصري الفقرة (٢) من المادة (١١٣٠) ، القانون المدني السوري المادة

(٣/١١٠٩) ، القانون المدني العراقي المادة (١٣٦١) ، القانون المدني الكويتي المادة (١٠٦١) ، القانون المدني اليمني المواد (٣٨٢) -

(٣٨٣).

ضائعة^(١)، فصاحب الفندق ، حتى و ان كان حسن النية لا يعلم بأن الامتعة التي أحضرها النزيل مملوكة للغير ، ليس له حق الامتياز عليها اذا كانت مسروقة أو مغمصوبة أو ضائعة أو جاءت الى النزيل بطرق غير مشروعة تعد في نظر القانون جريمة، بل يتقدم عليه مالك هذه الامتعة^(٢)، و في العادة ، ينشأ الضمان عن عمل غير مشروع يعد في نظر القانون جريمة، كما قد ينشأ عن واقعة يترتب عليها الضمان ، كأخذ المتلقت اللقطة على سبيل التملك^(٣)، لذا فان المضمون له ، و هو مالك الأشياء المسروقة أو المغمصوبة أو الخارجة من يد صاحبها بغير وجه حق ، له حق امتياز يفوق امتياز صاحب الفندق عليها ، حتى و ان كان الأخير حسن النية ، بل و حتى لو كان حائزاً لها و لأن قاعدة (الحياسة في المنقول سند الملكية أو دليل الملك أو سند الحائز) لا يعمل بها اذا كانت الحياسة واردة على منقولات أضعافها صاحبها أو خرجت من يده بسرقة او غصب أو خيانة أمانة^(٤)، فعند ذلك يجوز لمالكها و هو المضمون له أن يستردها ممن يكون حائزاً لها بحسن نية و بسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب، أو خيانة الأمانة .

و من خلال ما تقدم، و في معرض التمييز بين الضمان و الحياسة و أثرها في حق الامتياز، فإن حق الامتياز المقرر لصاحب الفندق أو حتى للمؤجر لا يسري في حق المالك الذي خرج من يده المال بأحد أسباب الضمان ، كما انه لا يسري حق الامتياز مهما كان نوعه أو درجته في حق من حاز المنقول بحسن النية.

-
- (١) الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية و الشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٢٣٩ .
- (٢) الدكتور محمد طة البشير و د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٦٠٨ . و د . نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ ، و الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان/١٩٩٥ ، ص ٣٧٥ .
- (٣) القانون المدني العراقي المادة (٩٧٤) ، القانون المدني اليمني المواد (١٢٣٨ - ١٢٤٨) ، الدكتور حمدي رجب عبدالغني حسن ، اللقطة و مدى مسؤولية المتلقت عنها و حكم تملكها أو المكافاة عليها في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ١٤ و ما بعدها .
- (٤) الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق، ص ٢٣٠ . محمد طة البشير و الدكتور غني حسون طة ، المصدر السابق، ص ٥٣٧ . و الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٩٨ .

الخاتمة

تتضمن خاتمة بحثنا هذا، خلاصة موجزة له، ثم نبين أهم الاستنتاجات التي استتبطننا من خلال البحث و أهم التوصيات :

أولاً : خلاصة البحث :

في الوقت الذي نضمت فيه معظم القوانين المدنية ، الحيازة كسبب لكسب الملكية ، لم تتطرق للدور نفسه الذي يلعبه الضمان فالضمان يعد سببا لكسب الملكية ، عندما يضمن الضامن المال المضمون و يدفع عنه الضمان فيصبح ذلك المال ملكه لا بوصفه حائزا له ، لأن الحيازة قد لا تكون بيده ، بل بالضمان . و قد ضربت بعض القوانين مثالا على ذلك ، الشخص الذي يغصب مالا فيغير منه جنسه كما لو غصب حنطة غيره فزرعها ، فعليه ضمان مثلها أما المحصول ، فيملكه الغاصب، و سبب كسب الملكية له في هذه الحالة هو الضمان .

ثانياً : الاستنتاجات :

يمكن توضيح أهم ما توصلنا اليه من استنتاجات من هذا البحث في النقاط الآتية :

١- الحيازة، و ان كانت تقوم قرينة قانونية بسيطة للحائز تعفيه من عبء الاثبات ، فانها تعد سببا للملكية في القانون المدني المصري و القانون المدني السوري و القانون المدني الكويتي ، أما في القانون المدني العراقي و القانون المدني الأردني، فأن دورها في كسب الملكية يقتصر على كونها قرينة قانونية قاطعة على الملكية، و الفرق بين الاتجاهين هو الفرق بين الحماية القانونية المقررة بموجب القواعد الموضوعية و الحماية القانونية المقررة بموجب القرائن القانونية القاطعة، اذ ان الاخيرة يمكن دحضها بالاقرار أو النكول عن حلف اليمين، لكن الأولى لا تبالي لوجود الاقرار أو النكول عن اليمين، أما الحيازة في القانون المدني اليمني، فالغالب في دورها انها وسيلة للاثبات الحق ، على الرغم من ان هذا القانون قد اعترف بحيازة ملك (الثبوت) وهي تقترب من تلك المقرر لها دورها في القانون المدني العراقي و مثله القانون المدني الاردني و يضاف على دور الغريب للحيازة في القانون المدني اليمني، وضعها الاغرب في هذا القانون اذ أن القانون اليمني قد وضعها ضمن الكتاب الثالث و الخاص (بالعقود المسماة)؟:

٢- ليس صحيحا أن يقال أن 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 ضمنا على اقرار هذا القانون لدور الضمان في كسب الملكية ، لكنه ، و من خلال نص المادة (١١٣٩) منه ، لم يجعل للضمان أثرا رجعيًا مستندا الى وقت حدوث سببه ، كما فعل المشرع الاردني، بل أقر له أثرا فوريا مقتصرًا على يوم أداء الضمان .

٣- تتجلى أوجه الشبه و التقارب بين الحيابة و الضمان في النقاط الآتية :

أ/ ان كل من الحيابة و الضمان ، 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 الحيابة العملية .

ب/ في الغالب، يكون لكل من الحيابة و الضمان أثر رجعي يستند الى يوم بدء الحيابة أو يوم حدوث سبب الضمان وهذا ما يستلزمه صحيح تصرف صاحب الوضع الظاهر ، كي يستتي بالتالي ، تحقيق الهدف الذي من أجله تأسس الدور المكسب للملكية لكل من الحيابة و الضمان .

ج/ مما يجعل التقارب اقوى بين الحيابة و الضمان، هو ان الحيابة تعد أحد أسباب الضمان ، متجسدة في يد الضمان التي يحوز صاحبها الشيء المملوك لغيره بقصد تملكه ، فيقضي القانون عليه بالضمان الذي قد ينجم عنه كسب الملكية الشيء الذي كان في حيازته .

الا ان أوجه الشبه بين الحيابة و الضمان ، لا تفيد سندا لمن يرى ان قاعدة (الحيابة في المنقول سند الحائز) تغني عن قاعدة (كسب الملكية بالضمان)، و لا سيما في القانون المدني الاردني الذي تأثر بأصله القانون المدني العراقي ، في تقريره ان الحيابة في المنقول بحسن نية و بسبب صحيح لا تعد سببا للملكية و بل قرينة قانونية قاطعة عليها .

٤/ أوجه الاختلاف بين الحيابة و الضمان في كسب الملكية :

أ/ الحيابة تصلح سببا لكسب الملكية كل من العقار و المنقول ، أو انها تصلح قرينة قاطعة على ملكية كليهما . في حين ان الضمان لا يكسب سوى ملكية المنقول .

ب/ ان الملكية الناجمة عن الضمان ، لا تتقرر ما لم يبرأ الضامن من التزامه بدفع التعويض ، فهذا الالتزام شرط لأعمال قاعدة كسب الملكية بالضمان ، و الا كان للمضمون له (المالك) حق امتياز على ذلك المال في استثناء دينه الذي في ذمة الضامن، و عادة ما يكون المالك مقدم على أصحاب حقوق الامتياز الخاصة ، بل و مقدم على الحائز للمنقول بحسن نية . لكن يبقى الحائز الحسن النية في مرتبة تمنع على من يتمسك بالامتياز على الشيء المحوز الاحتجاج به في مواجهة الحائز .

ج/ الحيابة قد تكون بحسن نية ، و قد لا تكون بحسن نية فاذا كانت بحسن نية و كانت حيابة قانونية توافر معها السبب الصحيح لحيابة المنقول الذي لا تأبى طبيعته كسب ملكيته بالحيابة، فأنها تعد وفقا للقانون المدني المصري سببا خالص لكسب الملكية، و قد سار على هذا المسلك كل من القانونين المدني السوري و المدني الكويتي ، كما انها تعد قرينة قانونية قاطعة على الملكية بموجب القانون المدني العراقي ، و قد تأثر بهذا الاتجاه كل من القانونين المدني الاردني و المدني اليمني . أما اذا كانت الحيابة بسوء نية ، فلا بد من اقترانها بمدة التقادم الطويل البالغة خمس عشرة سنة في معظم القوانين المدنية ، و ان يقع دفع الحائز للدعوى الملكية بالانكار . و عندئذ تأخذ الحيابة الحكم نفسه

الموضح في حالة حسن النية . دون أن يشترط فيها تغيير المال تحت يد الحائز ، أو وجود مقابل يلتزم الحائز بدفعه الى المالك .

د/ الضامن، غالبا، ما يكون سيء النية ، لأن أساس الضمان مبني على ارتكاب الضامن فعلا من أفعال التعمد أو التعدي، فإذا قام بعمل من هذه الأعمال، و تغمر المال عنده ماديا أو قانونيا ، فإنه يملك هذا المال بأثر رجعي بشرط أداء قيمة الضمان الى المالك. دون أن تشترط مرور مدة من الزمن أو وقوع الدفع بالانكار أو وجود سبب صحيح .

ه/ و لما كان السبب في رفض جمهور الفقهاء ال مسلمين لدور الضمان في كسب الملكية ، انه سيفتح الباب أمام الظلمة لأكل أموال الناس بالباطل ، مادام ذلك سيمكنهم من تملك ما يريدون تملكه بأي ثمن كان ، ولو غصبا و اكراها على مالك المال : فقد وضعنا شرطا لكسب الملكية بالضمان ، لا بد من توافره، وهو انتقاه قصد الغش و التحايل لدى الضامن تجاه قاعدة كسب الملكية بالضمان ، أي انه لا يكون قد قصد ابتداء الاستفادة مما تقرره له هذه القاعدة من مغنم ، اذ يجب أن يجهل دور الضمان الناقل للملكية، وهذا الشرط المحدد في كسب ملكية المنقول بالحيازة بحسن نية فالشيء ان خرج من يد مالكة بضياع أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة لا يستطيع حائزه أن يحتج تجاه المالك بقاعدة الحيازة خلال ثلاث سنوات من تأريخ الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة . الا انه يجب الاشارة الى ان أعمال الدور المكسب للملكية لكل من الحيازة و الضمان ، تقتبط بضرورة أن يكون محل كل منهما قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء، و ان لا يكون هناك مانع من موانع الحيازة و الضمان .

ثالثاً: المقترحات

لما كانت الحيازة لا تغنى عن الضمان في كسب الملكية ، حتى في القوانين المدنية التي أقرت لها بدور الخاص في كسب الملكية، فانه لابد لهذه القوانين من الاعتراف بوضع الضمان ضمن أسباب كسب الملكية، و معالجة أحكامه، و لا سيما دوره المكسب للملكية، معالجة لا يكتنفها الغموض .

و من أهم النقاط التي توصلنا اليه من خلال بحثنا أو التي نراها ضرورية و يجب الأخذ بها بنظر الاعتبار في القوانين المدنية هي :

١/ لا يجوز الأخذ بفكرة الضمان ، عندا يكون المال على قيد الوجود ، فلم يتلف كلياً أو جزئياً، اذ يجب على من يراد تضمينه اعادة المال الى صاحبه مع تعويض الأخير عما أصابه من أضرار .

٢/ يراعي في الضمان أعلى القيم من يوم نشوء سببه الى يوم تسليم قيمته لمن يجب له الضمان.

٣/ على القوانين التي تأخذ بفكرة الضمان أو التي ستأخذ بها ، أن تضع قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس ، مفادها : أن من يجب الضمان له قد أصابه ضرر لفقدانه ما يملك ، أو ان كسبا قد فاته من جراء قيام من يجب عليه الضمان بالواقعة التي أفضت الى تضمينه، و من ثم يصبح على المحكمة لزاما أن تحكم ، فضلا عن الضمان بالتعويض عما

لحق المالك من ضرر أو ما فاتته من كسب . و هذا كله مشروط بكون من وجب عليه الضمان ، متعمدا في فعله ، أما اذا كان متعديا ، فان مسألة تصيح جوازته للقضاء .

٤/ يملك الضامن المال المضمون في حالة ما اذا تعدد تغير اسم أو صف المال المضمون ، الا اذا أراد المالك غير ذلك .

٥/ يمنع تقرير الضمان من الزام الضمان بالاجر ، لكنه لا يمنع من وقوع العقوبة الجزائية على الضمان ، فيما لو وصف فعله بأنه جريمة في نظر قانون العقوبات .

المصادر و المراجع

*القرآن الكريم

أولاً/الكتب والمؤلفات القانونية

ثانياً/ البحوث والمقالات القانونية

ثالثاً/القوانين

- ١/ الدكتور أحمد علي الخطيب، موجز أحكام الميراث ، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٨ ، الطبعة ٣.
- ٢/ الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة دار الكتب و الموصل، ١٩٨٩.
- ٣/ الدكتور حسن علي ذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعرف، بغداد، سنة، ١٩٧٠.
- ٤/الدكتور سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، من منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ١٩٨١.
- ٥/ الدكتور سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣، ط١.
- ٦/ الدكتور سعيد عيسى، الوجيز في القانون التجاري، المكتب العربي الحديث بمصر، ١٩٧٩.
- ٧/ عباس عبودي، أحكام القانون الاثبات المدني العراقي، الموصل، سنة ١٩٩٠.
- ٨/ الدكتور عبدالباقي البكري، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، أحكام الالتزام، دار الكتب، الموصل، سنة ١٩٨٠.
- ٩/ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوجيز، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٦.
- ١٠/ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨ .
- ١١/ الدكتور عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، بغداد، ١٩٦٧.
- ١٢/ الدكتور عصمت عبدالمجيد البكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧.
- ١٣/ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الأول، من منشورات معهد البحوث و الدراسات العربية القاهرة.
- ١٤/ الدكتورة فاطمة عبدالكريم، كسب الملكية بالضمان في الفقه الحنفي، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٨٧.
- ١٥/ مستشار فتحية قره، أركان الظاهر كمصدر للحق، القاهرة، سنة ١٩٧٧.
- ١٦/ الدكتورة ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و الضمان، مجلة الدراسات الأردنية، المجلة ٢٣ ، بغداد، سنة ١٩٩٦.
- ١٧/ الدكتور محسن عبدالمجيد ابراهيم النية، نظرية الوارث الضاهر، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣.
- ١٨/ الدكتور محمد أحمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، القاهرة، ١٩٩٠.
- ١٩/ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٢.
- ٢٠/ الدكتور محمد عبداللطيف، الحيازة و آثارها في القانون المدني المصري ، الاسكندرية.

- ٢١/ الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردن ، الحقوق العينية الأصلية ، ج، مكتبة دار الثقافة عمان، ١٩٩٤.
- ٢٢/ الدكتور مصطفى الزلمي، دراسة مقارنة في كسب الملكية بالحيازة والضمان، بغداد، ١٩٩٩.
- ٢٣/ منير القاضي ، شرح المجلة ، بغداد ، ١٩٤٧ .
- ٢٤/ الدكتور نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٢.
- ٢٥/ الدكتور نعمان خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، من منشورات البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ١٩٧٧.
- ٢٦/ الدكتورة وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، ١٩٧٠، ط١.

القوانين :

- ١/ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢/ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٣/ القانون المدني السوري رقم ٤٠ لسنة ١٩٤٨.
- ٤/ القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٧.
- ٥/ القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
- ٦/ القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.