



كسب الملكية بالضمان

**بحث مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني
العراقي**

الأستاذ المساعد

الدكتور سعد حسين عبد ملحم

كلية القانون / جامعة الأنبار

ان حق الملكية هو اهم الحقوق العينية واوسعها نطاقاً . فهذا الحق يكاد يعطي صاحبه سلطة مطلقة في استعمال الشيء محل الملكية فيما اعد اليه للحصول على منافعه وفي استغلاله بغية الحصول على ثماره سواء كانت ثمار طبيعية او مدنية او صناعية وفي التصرف با سواء كان تصرفاً قانونياً وذلك بترتيب حق عيني، سواء حق عيني اصلي كد رتفاق ، او حق عيني تـ (كالرهن تأمينياً كان ام حيازياً) ، على الشيء محل الملكية. قانوني نلي عن حق الملكية الى الغير سواء بمقابل (البيع) بدون مقابل (الهبة) . هذا ومن ناحية اخرى فان التصرف قد يتخذ شكلاً مادياً ن ماهية الشيء محل الملكية لاعدامه او لتحويله الى صورة اخرى (حويل الحنطة الى دقيق ، والخشب الى اثاث).

كذلك تأتي اهمية حق الملكية من كونه يعد الاصل الذي تفرعت عنه بقية الحقوق العينية الاصلية ، لان هذه الحقوق ماهي الا اقتطاع لسلطة المالك في الاستعمال والاستغلال او الاستعمال فقط ومنحها الى الغير بحيث تبقى للمالك سلطة التصرف فقط فيسمى عندئذ بمالك الرقبة . وبسبب اتساع نطاق سلطات المالك وكذلك صاحب الحق العيني المتفرع عن الملكية كالمنتفع او المساطح او صاحب حق الاستعمال او السكنى ... الخ ولكون هذه الحقوق حجة على الناس كافة ، كانت الحقوق العينية الاصلية واردة على سبيل الحصر . لكن هل انعكس الحصر في تعداد الحقوق العينية الاصلية على اسباب كسب هذه الحقوق لتكون هذه الاسباب واردة على سبيل النصر ايضاً ؟ . فبالنسبة لحق الملكية نجد ان مشرع القانون المدني العراقي قد صنف ، كسب حق الملكية في الفصل (حق الملكية) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الاصلية) من القانون المدني العراقي الى ثلاثة انواع . النوع الاول : اسباب كسب الملكية ابتداء بالاستيلاء (- ١١٠٥) مدني عراقي . النوع الثاني : اسباب كسب الملكية بالوفاة وتشمل الميراث والوصية (- ١١) مدني عراقي. والنوع الثالث : اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء وتشمل الالتصاق

١) نصت المادة (١٠٤٨) مدني عراقي على ((الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك ، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه ، عيناً ومنفعة واستغلالاً . فينتفع بالعين المملوكة ، وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائرة)).

رغم ما تشير اليه هذه المادة من صفة الاطلاق في سلطات المالك إلا ان القانون المدني العراقي ، اخذاً بالطابع الاجتماعي للملكية ، اقر الكثير من القيود التي تحد من اطلاق هذه الملكية منها ما يخص قيود الجوار ((التزام المالك في مباشرته لحقه بعدم الحاق ضرر غير مألوف (فاحش) بالجوار . م ١٠٥١ ، وايضاً القيود الخاصة بالمسيل والمجرى ، والشرب والمرور . (م ١٠٥٢ ، ١٠٥٨ ، ١٠٥٩) مدني عراقي .

٢) نصت المادة (١/٦٨) مدني عراقي على ((الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة)).



والعقد والشفعة والحيزة (التقادم المكسب) (-) مدني عراقي. ولكن الى جانب هذه الاسباب فاننا نتلمس سبب اخر لكسب الملكية غير ما ذكر في المواد اعلاه . هذا السبب نتلمسه في المواد الخاصة بالعمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية) ، والذي هو احد مصادر الالتزام (الحق الشخصي) وتحديدأ بخصوص الزام من اغتصب او اتلف مال الغير بالضمان اي التعويض ، مما يطرح التساؤل حول امكانية تملكه هذا المال بالتعويض الذي دفعه . وبعبارة ادق هل تكتسب الملكية بالضمان ، واذا أمكن كسب الملكية بالضمان ، فهل يعد الضمان سبباً مستقلاً لكسب الملكية أم انه يندرج في احد الاسباب التي صنفها المشرع العراقي لكسب الملكية.

هذا ما سنجيب عنه في هذا البحث معتمدين اسلوب المقارنة بين الفقه

ويقتضي بحث هذا الموضوع الوقوف على ماهية كسب الملكية بالضمان ثم تحديد موقع كسب الملكية بالضمان من تصنيف اسباب كسب الملكية . وعليه قسمت خطة البحث الى فصلين وعلى النحو الاتي :

/ ماهية كسب الملكية بالضمان

الفصل الثاني / موقع كسب الملكية بالضمان من اسباب كسب الملكية المحددة تشريعاً وفقهاً .



ماهية كسب الملكية بالضمان
تقتضي الاحاطة بماهية هذا الموضوع التعريف بفكرة الضمان ابتداءً ثم
بيان مدى امكانية التملك بالضمان .
وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين :
/ التعريف بفكرة الضمان
/ مدى امكانية التملك بالضمان

لتعريف بفكرة الضمان

لكلمة الضمان مدلول في اللغة وآخر في اصطلاح القانون والفقهاء الاسلامي .
وعليه سنبين في المطلب الاول تعريف الضمان لغةً ثم نبين في المطلب الثاني
تعريف الضمان اصطلاحاً .

تعريف الضمان لغة

لفظ الضمان مشتق من الفعل (ضمن) . ويقال (ضَمَنْ) الشيء الوعاء
ي جعله فيه واودعه اياه . وضَمَنْ فلاناً الشيء : جعله يضمه والزمه .
ويقال تَضَدَّ : واشتمل عليه . ويقال (تَضَدَّ)
التزم كل منهم ان يؤدي عن الاخر ما يقصر عن ادائه . والضمان هو الكفالة
ام . وضمان الدرك هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقو
تكفلت بما يدرك في هذا المبيع . وضمان الرهن ما يكون مضموناً بالقيمة .
وضمان المبيع ما يكون مضموناً بالثمن قل او كثر . وضمان الغصب ما يكون
مضموناً بالقيمة .
تقول العرب : ضمنتُ المال وضمنتُ بالمال ضماناً فأنا ضامنٌ وضمنتُه
التزمتُه . ويتعدى الى مفعول ثانٍ بالتضعيف ، فيقال : ضَمَنْتُه المال ، ألزمتُه به .
ويقال ايضاً : ضمن الشيء ، أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه . والضامن ،
الكفيل والملتزم والغ
ان وضمنه ، والضمان

(١) المعجم الوسيط ، قام باخراجه ابراهيم مصطفى واحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النجار ،
الجزء الاول ، مطبعة مصر شركة مساهمة ، ١٩٦٠ ، ص ٥٤٧ .

(٢) محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،
مادة ضمن ، ص ٣٨٤ .



تعريف الضمان اصطلاحاً

لاشك في ان لفظ الضمن من الفاظ الفقه الاسلامي ، لكن المعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ ليس واحداً . فقد استخدم الفقهاء المسلمون هذا اللفظ للدلالة على عدة معاني وهي نفس المعاني التي دل عليها لفظ الضمان عندما

استخدم في القوانين العربية وهذه المعاني هي :

اولاً - الكفالة : الكفالة هي ضم ذمة الى ذمة اخرى في الوفاء بالدين^١ . فيقال ضمن فلان الوفاء بالدراي كفل وتعهد الوفاء به اذا لم يقم المدين بذلك عند . وواضح ان هذا المعنى لاصطلاح الضمان يجري مجرى معناه اللغوي . ولهذا قيل ان اعطاء الضمان معنى الكفالة هو اخص اطلاقته اللغوية .

ثانياً - الاداء : الضمان بمعنى الاداء هو اعطاء تعويض معين عما لحق المعطى له من ضرر تسبب به المعطى . وبعبارة ادق فان الضمان يراد به هنا الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف مال او نفس او عضو او عما لحقه من ضياع المنافع وسواء كان التلف او الضياع كلياً او جزئياً .

وورد الضمان بهذا المعنى في المادة () من مجلة الاحكام العدلية التي مان بأنه ((اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات)). وقد استخدم القانون المدني العراقي لفظ الضمان بمعنى التعويض في العديد من مواده . فعندما تناول بالتنظيم احكام المسؤولية العقدية في المواد (-) منه

نجد انه استخدم كمرادف لمصطلح المسؤولية العقدية مصطلح ((ضمان العقد)) وذلك للدلالة على الاثر الرئيس الذي يترتب على المسؤولية العقدية وهو تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر بسبب امتناع المتعاقد الاخر عن تنفيذ التزامه او فيده او بسبب تنفيذه تنفيذاً معيباً اي مخالف للمواصفات الفنية تفق عليها في العقد.

وكذلك استخدم المشرع العراقي لفظ الضمان بمعنى التعويض وذلك في المسؤولية التقصيرية ، أي الزام من الحق الضرر بالغير بتعويض هذا الضرر

(عرفت المادة (١٠٠٨) مدني عراقي الكفالة بنصها على ((الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)) وهو تعريف مأخوذ من الفقه الاسلامي . اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٧٧٢) منه على ((الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه)). وتعريف القانون المدني المصري للكفالة مطابق لتعريف المادة (٧٣٨) من القانون المدني السوري والمادة (٧٨١) من القانون المدني الليبي .

(٢) انظر : د. علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الاول ، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٧ .

د. محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٥٧ .

(٣) انظر : د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، ط ١ ، دار الفكر ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٦ .



سواء كان متعمداً أم اهمل وقصر في اتخاذ الاجراءات والاحتياطات التي تحول بين فعله وبين الاضرار بالغير .

- شغل الذمة : وهو المعنى الواسع للضمان وقد عرفه بعض الفقهاء بهذا المعنى فقالوا ((الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال او عمل. والمراد بثبوته فيها ان يكون مطلوباً اداؤه شرعاً عند تحقيق شرط اداؤه ، سواء اؤه في الحال كالدين الحال أم في الزمن المستقبل المعين ، كالدين المؤجل الى وقت معين إذ هو مطلوب اداؤه اذا ما تحقق شرط اداؤه)) .

ومن تحليل هذا التعريف يتبين لنا ان الضمان بهذا المعنى يستوعب فكرة الالتزامات المترتبة على التصرفات القانونية سواء كانت ملزمة لجانبين او لجانب حد. وبغض النظر عن موضوع الالتزام : دفع مبلغ من النقود ، القيام بعمل ، الامتناع عن عمل ، نقل ملكية لم شيء معين. وكذلك يتسع هذا التعريف

ان الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي قد استخدم لفظ الضمان بهذه المعاني الثلاثة : الكفالة ، الاداء ، شغل الذمة ، فانه يتبادر الى الذهن التساؤل الاتي : ماهو المعنى الذي نقصده عندما نبحث الضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية

نريد في هذا البحث المعنى الثاني اي الالتزام باداء التعويض والذي نشأ كدين في ذمة الملتزم منذ قيام السبب الذي من اجله وجب عليه التعويض لمن هو دائن به اي منذ الاخلال بالالتزام العقدي او منذ اتيان العمل غير المشروع (الخطأ التقصيري) لحق الضرر بالغير .

والمشكلة مدار البحث هي : اذا اتلف شخص شيئاً مملوكاً للغير عن تعمد او اهمال او اغتصب مال الغير ثم الزم بتعويض مالك هذا الشيء ، فهل يترك هذا الشيء بالضمان اي بمقابل ما دفعه من تعويض ؟ هذا ما سنجيب عنه في المبحث الاتي :

١)ورد الضمان بهذا المعنى في المواد : ١٨٦ ، ١٨٧ ، ١٩٠ ، ١٩٣ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٢٠١ من القانون المدني العراقي .

انظر في شرح هذه المواد وغيرها ، والتي ورد فيها الضمان بمعنى التعويض ، استاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج٢ : الخطأ ، مطبعة العزة ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٢٤١-٣٦٦ .
٢)د. علي الخفيف ، المصدر السابق ، ص ٥ .

د. ابراهيم فاضل الدبو ، ضمان المنافع ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ط٢ ، دار غمار ، المطابع التعاونية ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٧ .

وهو التعويض اي المسؤولية العقدية وكذلك المسؤولية التقصيرية المترتبة على الاخلال بالواجب العام المتمثل بعدم الحاق الضرر بالغير.



مدى امكانية التملك بالضمان

ان اول ما يتبادر الى الذهن السؤال الاتي : كيف يمكن ان يكون الضمان سبباً لكسب الملكية ؟

لتوضيـه كيف يكون الضمان سبباً لكسب الملكية نضرب الامثلة الاتية :
لو ان (أ) غصب صوفاً من (ب) وقام بغزله ونسجه فصنع منه ثوباً.
أكد ان () قام بعمل غير مشروع إحق ضرراً بمالك الصوف (،) لذا يلزمه التعويض. والتعويض اما ان يكون عينياً بأن يدفع الغاصب (أ) الى المالك () بوفاً من نفس مقدار ونوع ودرجة جودة الصوف الذي اغتصبه ، واما ان يكون نقدياً بأن يدفع الغاصب () مبلغاً من النقود يساوي قيمة الصوف مقدرة حسب الوقت الذي يحدده القانون او القضاء لتقدير التعويض (يوم الغصب او يوم رفع الدعوى او يوم صدور م - يوم القضاء) . وعندما يقبض المالك التعويض المستحق له عيناً أم نقداً الا يكون الغاصب قد تملك المغصوب بصورته الجديدة () .

() () منقولاً معيناً بالذات ثم باعه () الذي استلمه ثم تبين ان عقد البيع بين (أ) و (ب) باطل لسبب ما مما استوجب اعادة الطرفين الى عليها قبل التعاقد () (ب) الثمن الى (أ) لكن الاخير استحال عليه رد المبيع الى (ب) لان (ج) تملكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية حيث كان (ج) حسن النية يعتقد ان (أ) هو مالك للمبيع اي لا يعلم ببطلان عقد البيع الذي اشترى به (أ) المبيع. وبما انه استحال على (أ) رد المبيع الى () وجب عليه ان يعوضه قيمة هذا الشيء (المبيع) مقدرة حسب الاتفاق او حكم . وعندما يدفع () التعويض () الا يملك الشيء المبيع بأثر رجعي اي من يوم ابرام العقد الذي كان قد اشترى به سابقاً ، وهذا التملك هو الذي يضيف الصحة على التصرف الذي نقل به () الملكية الى () .

ان الغير بدون وجه حق ، فهل يملك الاشجار اذا ما دفع قيمتها الى صاحب البستان ؟

اجابة عن التساؤلات اعلاه سوف نبحت ابتداءً موقف الفقه الاسلامي من كسب الملكية بالضمان ثم موقف القانون العراقي من هذه المسألة وذلك في مطلبين .



موقف الفقه الاسلامي من كسب الملكية بالضمان

يوجد اتجاهان في الفقه الاسلامي من هذه المسألة وردا بخصوص مسألة تملك العين المغصوبة بالضمان . اذ يتفق الفقه الاسلامي على ان العين المغصوبة اذا كانت قائمة في يد الغاصب وجب عليه ردها الى المغصوب منه ، اما اذا هلكت فينتقل الحكم من رد العين الى الضمن (التعويض) الذي يكون باداء المثل اذا كانت العين المغصوبة من المثليات او برد مبلغاً يعادل قيمة العين المغصوبة اذا كانت من القيميات علماً ان هناك خلافاً بين الفقهاء المسلمين في وقت تقدير قيمة العين المغصوبة هل هو يوم الغصب أم يوم رفع الدعوى او يوم صدور الحكم وليس هنا محل تفصيل هذه المسألة. خلاف في الفقه الاسلامي كان فيما اذا تغيرت العين المغصوبة في يد الغاصب تغييراً تبدل معه اسمها وافقدها ذاتيتها التي كانت لها من قبل وكذلك اذا تغيرت بعض اوصاف العين المغصوبة مما له تأثير في قيمتها ، وسواء حدث كل ذلك بفعل الغاصب او بفعل الغير ، او حتى بفعل طبيعة ، فهل يسترد المغصوب منه العين الغاصبة من الغاصب بالصورة الجديدة التي تغيرت اليها أم ان الغاصب يحتفظ بالعين المغصوبة بحالتها الجديدة مقابل دفع قيمتها اي مقابل الضمان . وبعبارة ادق هل يزول ملك المغصوب منه عن العين المغصوبة وينتقل الى الغاصب مقابل ما دفعه من تعويض (ضمان) فيكون الغاصب قد تملكها بالضمان .

قلنا انه يوجد بخصوص هذا التساؤل اتجاهان في الفقه الاسـ

نفصلهما فيما يأتي :

يمثل هذا الاتجاه الفقه الحنفي الذي يذهب الى ان الغاصب اذ غيـ
الشيء المغصوب تغييراً كلياً بحيث فقد ذاتيته حتى تبدل اسمه فان الغاصب يملك هذا الشيء الجديد مقابل ما يدفعه الى المغصوب منه من تعويض (ضمان). فمثلاً اذا قام الغاصب بذبح الشاة او طحن الحنطة دقيقاً او بتحويل العنب عصيراً او القطن غزلاً او بجعل النحاس انية ، فان ملكية المغصوب منه تزول بتغيير العين المغصوبة التي كان يملكها ويتملكها الغاصب مقا يدفعه من ضمان (تعويض) الى المغصوب منه سواء كان الضمان بمثل المغصوب او قيمته حسب ما اذا كان المغصوب شيئاً مثلياً او قيمياً .

ويذهب الامام ابو يوسف الى اعطاء المغصوب منه اشبه ما يكون بالرهن على العين المغصوبة (بحالتها الجديدة) لاجل بيعها واستيفاء حقه في التعويض النقدي من ثمنها متقدماً في ذلك على سائر غرماء الغاصب . فحين يرى الامام ابو حنيفة ان المغصوب منه وان كان له ان يطلب بيع العين المغصوبة بحالتها

(١) نصت المادة (٢/١٣٨) مدني عراقي على ((فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فاذا كان هذا مستحيلاً حاز الحكم بتعويض معادل)). تقابل المادة (١/١٤٢) مدني مصري ، والتي نصت على ((في حالي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)).



الجديدة لاستيفاء حقه إلا انه لا يملك حق التقدم ويكون كسائر غرماء الغاصب يزاحمهم ويزاحمونه .

فيما يأتي

تعبيراً عن هذا الاتجاه .

جاء في بدائع الصنائع (اما شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده او استهلك صورة ومعنى او معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد . وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب او نواة فغرسها حتى نبتت ، او باقله فغرسها حتى صارت شجرة ، او بيضة فحضرها حتى صارت دجاجة ، او قطناً فغزله ، او غزلاً فنسجه ، او ثوباً فقطعه او خاطه قميصاً ، او لحماً فشواه او طبخه ، او سمس فعصره ، او عنباً فعصره ، او حديداً فضربه سيفاً ، او صفراً او نحاساً فعمله آنية ، او تراباً له قيمة فلبنه او اتخذه خزفاً ، او لبناً فطبخه آجراً ، او نحو ك . ليس للمالك ان يسترد شيئاً من ذلك عندنا ... ولنا : ان فعل الغاصب في هذه المواضع استهلاكاً للمغصوب اما صورة ومعنى او معنى لا صورة ، فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة التحقق والاستهلاك ان المغصوب قد تبدل وصار شيئاً اخر بتخليق الله تعالى وايجاده بأنه لم تبقى صورته ولا معناه الموضوع له في بعض الواضع ولا اسمه ، وقيام لاعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها ، وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكاً للمغصوب صورة فيبطل الاسترداد اذاً الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي...) .

كما ان الفقه الحنفي يقر تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمآن حتى وان لم يغيرها الغاصب تغييراً يفقدها ذاتيتها ، بل فقط غيبها عن مالکها حتى طالبه

ونكاد نجزم بان الامامية يقولون بتملك الغاصب للمغصوب بالضمآن اذا ما غيره تغييراً افقده ذاتيته وبدل اسمه الى شيء جديد ، وان لم يقرؤا بذلك صراحة حيث انهم يعدون تغير الذات بمثابة الاتلاف الكلي للعين المغصوبة والذي يلزم الغاصب برد قيمتها . فقد جاء في الخلاف للطوسي ((اذا غصب حباً فزرعه او بيضة فاحتضنتها الدجاجة ، فالزرع والفرخ للغاصب ... ولدينا ان عين الغصب قد تلفت واذا تلفت فلا يلزم غير القيمة ومن يقول ان الفرخ هو عين البيضة وان الزرع هو عين الحب مكابر بل معلوم خلافه)) .

(١) نقلاً عن د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج ٢ : الخطأ ، ص ٢٨٣ .

(٢) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الفكر - بيروت ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ، ص ١٤٨-١٤٩ .

(٣) نقلاً عن د. محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، ص ٣٠٦ .

(٤) ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج ٢ ، دار العالم الاسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٧٨ .



ن الغاصب يلزم برد قيمة العين التي غيرها الى عين جديد
حسب ما ورد في الخلاف للطوسي ، الا يعني ذلك ان الغاصب تملك العين
المغصوبة بحالتها الجديدة بالضمان اي مقابل ما دفعه الى المغصوب منه قيمة
لها.

والى مثل رأي الامامية ذهب المالكية . حيث جاء في شرح الخرشي ((
غصب من شخص نقرة فسبكها او صاعها حلياً او دراهم فانه يقضى لصاحبها
بمثلها صنعة ووزناً ولا يقضى له بعينها حينئذ لدخول الصنعة فيها ، لان القاعدة
ان المثلي اذا دخلته صنعة فانه يقضى فيه بالقيمة ويلحق بالمقومات . ومثل
الصياغة النحاس يضرب فلوساً فانه يلزمه (اي الغاصب) مثل النحاس ... وكذلك
من غصب طيناً معلوم القدر والصفة فضربه لبناً فانه يغرم لصاحبه مثله ان غلم
والا فقيمته ، لان المثلي الجزاف يضمن بالقيمة ... غصب قمحاً فطحنه

فانه يغرم لصاحبه مثله ، والظاهر ان الدقيق يفوت بالعجن والطحين بالخ)) .
وان رأي الفقه الحنفي استنتجه ايضاً الدكتور ابراهيم فاضل الدبو ، فهو
يذهب الى انه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب ، مما تسبب في زوال
اسمها واعظم منافعها ، ففي هذه الحالة الحكم عند الحنفية ان يملك الغاصب
العين ويلزم بضمانها لصاحبها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ، فان
كانت من المثليات ادى مثلها، وان كانت من القيميات ادى قيمتها .

اما اذا غير الغاصب العين المغصوبة تغييراً بسيطاً بان غير بعض صفاتها
دون ان يفقدها ذاتيتها ، فان العين المغصوبة ، تظل على ملك المغصوب منه
وبالتالي يكون له حق استردادها من الغاصب متى شاء لان العين باقية من كل
الوجوه حيث ان الصفة المنقوصة لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. كما لو كان
المغصوب ذهباً او فضة فضربه الغاصب دراهم ، في حين قال ابو يوسف ومحمد
ان الغاصب يملك العين وعليه مثلها لانه احدث فيها صفة معتبرة .

ما عرضناه من رأي الفقه الحنفي كان بصدد تغيير العين المغصوبة
وتبدلها الى حالة جديدة باسم جديد بفعل الغاصب . اما اذا تغيرت صفة المغصوب
او فقد ذاتيته بفعل الطبيعة ، فان الفقه الحنفي يعطي الخيار للمغصوب منه بين
استرداد العين من الغاصب بالحالة التي هي عليها وبين ان يترك العين في يد
الغاصب ويرجع عليه بالتعويض وفي هذه الحالة يكون الغاصب قد تملك العين
المغصوبة بالضمان اي بمقابل ما دفعه من تعويض . وقد جاء في در الحكام ،
بهذا الصدد ، ما يأتي ((... لا يتوجب حق المالك من المال المغصوب .

١) عبدالله محمد الحزني ، شرح الخرشي على مختصر خليل ، بيروت ، دار الصادر ، بلا سنة طبع ، ص
١٣٤ .

٢) د. ابراهيم فاضل الدبو ، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ط ٢ ، دار عمار
، المطابع التعاونية ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٢٧٢ . وانظر مصادر الفقه الحنفي التي اشار اليها في هذه
الصفحة .

٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ١٥٣ .



المغصوب فأكهة فتغيرت بنفسها كأن يبست فصاحبها مخير ان شاء استرد المغصوب عيناً وعلى هذا التقدير لا يعطي للغاصب شيئاً ولا يأخذ منه شيئاً ، وان شاء ترك المال المغصوب للغاصب وضمنه بدله)) .

وفي جميع الاحوال التي قال فيها الحنفية بان الغاصب يملك الشيء المغصوب بالضمان ، فان الوقت الذي تثبت فيه هذه الملكية للغاصب هو وقت

وقد برر الفقه الحنفي تملك الغاصب للمغصوب في هذه الاحوال بالحجج الآتية :
- ان الضمان هو بدل المغصوب يُضَى به جبراناً له ، والجبران يستدعي فوات المغصوب من يد المالك لان الجبر يكون للغائب لا للقائم ، فكان القضاء بالضمان (المثل او القيمة) يقتضي انعدام ملك المالك في عين ماله ليكون الضمان جبراناً لما هو فائت .

٢- ان الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب او قيمته بمجرد الغصب ، فلو لم منه عن المغصوب رغم ان المغصوب منه قد تلقى الضمان لكان الاعتداء قد رد باكثر من مثله رغم ان القاعدة تقضي ان الاعتداء يرد بمثله حيث قال تعالى ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)) .

- اذا قيل بعدم زوال ملكية المغصوب منه عن المال المضمون وفي الوقت ذاته قيل ان غصوب منه يملك الضمان لانه بدل المال المغصوب ، للزم من هذا القول اجتماع البديل والمبدل في ملك شخص واحد وهو المالك (المغصوب منه) وهذا غير جائز .

يلزم القول بانتقال ملكية المضمون (العين المغصوبة)
٤- ان حماية الغير وتحقيق استقرار التعامل يقتضي القول بتملك الغاصب للمغصوب بالضمان من تأريخ الغصب لا من تأريخ الضمان ، وذلك لان الشخص الذي يتصرف له الغاصب بالمال المغصوب قد جهل ان هذا المال مملوك لغير الغاصب ، وحماية لهذا الغير يجب اعتبار الغاصب مالكا للمال نسوب الذي تصرف فيه من وقت الغصب وبالتالي يصبح الغاصب مالكا لما تصرف به وقت التصرف ومن ثم يتعذر على المغصوب منه استرداده من المتصرف اليه .

١) در الحكام ، ج ٢ ، ص ٤٨٢ نقلاً عن د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، المصدر السابق ، ص ٢٨٢ .

وانظر ايضاً : د. ابراهيم فاضل الدبو ، المصدر السابق ، ص ٢٧٢ .

٢) انظر الكاساني ، بدائع الصنائع ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .

ابو الحسن علي بن ابي بكر الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج ٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠ ، ص ١١ . وما بعدها .

شمس الدين ابو بكر محمد بن احمد السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، بلا سنة

طبع ، ص ٦٧ وما بعدها .

٣) سورة البقرة ، الاية ١٩٤ .



ويشبه البعض موقف الحنفية من التملك بالغصب بموقفهم في مجال العقد ، إذ اعتبروه عقداً ناقلاً لملكية المعقود عليه الى المشتري اذا تم القبض ، وذلك من اجل تصحيح تصرف المشتري به الى الغير . ويرى البعض ان الهدف الذي قصد الفقه الحنفي تحقيقه من خلال فكرة الاثر الرجعي الافتراضية (اي تملك المغصوب بالضمان من تاريخ الغصب) يمكن تحقيقه من خلال قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وعليه ليس هناك ما يستدعي اللجوء الى هذه الفكرة واعتبار الضمان سبباً من اسباب كسب الملكية . ونرى ان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا يمكن ان تغني عن قاعدة التملك بالضمان . ذلك ان من شروط هذه القاعدة اضافة الى الحيازة : حسن النية والسبب الصحيح . والغصب يتنافى مع حسن النية والسبب الصحيح .

الاتجاه الثاني : يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقه الاسلامي فحسب رأي جمهور الفقهاء لا يترك الغاصب الشيء المغصوب حتى اذا غيره تغييراً جوهرياً افقده ذاتيته وازال عنه اسمه . وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة والظاهرية . وقد جاء في المغني لابن قدامة ، بهذا الصدد ، ما يأتي ((واذا غصب حنطة فطحنها ، او شاة فذبحها وشواها ، او حديداً فعمله سكاكين او اواني ، او خشبة فنجرها باباً ، او تابوتاً ، او ثوباً فقطعه وخاطه ، لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارش نقصه ان نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب ، وهذا قول وقال ابو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها)

الغاصب لا يجوز له التصرف الا بالصدقة الى ان يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء ... لنا ان عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها اليه ... ولانه لا يزيل الملك اذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله اذا فعله آدمي كالذي

...)) . الذي عبر عنه ابن قدامة فيما ذ

حتى اذا احدث الغاصب تغييراً جوهرياً في العين المغصوبة بحيث اكتسبت اسماً جديداً كأن تكون حديداً فاذا به وصنع منه ادوات ، او خشباً فقطعه وصنع منه ابواباً وشبابيك الى غير ذلك ، فان ملكية العين تبقى للمغصوب منه الذي يأخذ ارش نقصها وحتى اذا اضاف الغاصب شيئاً على العين المغصوبة في سبيل

١)د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط ١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مطبعة الارز ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ١١٩-١٢٠ .

٢)د. محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، ج ٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٤ ، ص ٣١ .

٣)نصت م (١١٦٣ / ١) مدني عراقي على ((من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد)).

٤)ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، دار الغد العربي ، بلا سنة طبع ، ص ٢٤٤ .



تغييرها فانه لا يستحق اي تعويض مقابل ذلك سواء زادت قيمة العين المغصوبة بهذا التغيير او لم تزد . وعلل ابن قدامة ذلك بأن ((الغاصب عمل في ملك غيره بغير اذن منه ، لذا لا يستحق عوضاً عن فعله هذا)) .

وجاء في المحلى لابن حزم الظاهري ((ومن غصب زريعة فزرعها ، او نوى فغرسه ، او ملوخواً فغرسها ، فكل ما تولد من الزرع فلصاحب الزريعة يضمنه له الزراع وكل ما نبت من النوى والملوخ لصاحبها ، وكل ما اثمرت تلك الابد له، لا حق للغاصب في شيء من ذلك لما ذكرنا من قول رسول الله () ((ليس لعرق ظالم حق)) وان كل ما تولد من مال المرء فله ، وانما يحل الناس من ذلك ما لا خطر له به مما يتبرأ منه صاحبه فيطرحة مبيحاً له من اخذه من النوى او نحو ذلك فقط لا ما لا يبيحه)) .

ويستخلص الاستاذ ابراهيم الدبوي ن اقوال الحنابلة والشافعية الحج يستندون اليها في بقاء العين المغصوبة على ملك المغصوب منه رغم ما قام به الغاصب من عمل عليها بدل اسمها او غير صفة جوهرية فيها ، وهذه الحجج

هي:

- ١- ان العين المغصوبة رغم هذا التغيير مازالت قائمة في يد الغاصب فلزمه ردها الى صاحبها ، وصار كما لو ذبح الغاصب الشاة ولم يشوها .
- ٢- ان الغاصب لو فعل مثل هذا التغيير في ملكه لم يزل منه ، فكذلك الحال لو فعله بملك غيره كما لو ذبح الشاة وضرب النقرة دراهم ونحو ذلك.
- ٣- لو حصل التغيير في الشيء بغير فعل آدمي لما زال ملك صاحبه عنه ، فكذلك الامر لو حصل تغيير المغصوب وتبدله الى اسم اخر بفعل آدمي ، فان ملك المالك لم يزل عنه .

(١)المغني ، ج ٥ ، ص ١٩٧ وفي نفس المعنى : علاءالدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٥ ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٩٦ .

(٢)ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، دار التراث ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ١٤٤ .

(٣)د. ابراهيم فاضل الدبوي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٥ .



موقف القانون العراقي من كسب الملكية بالضمان

أخذ المشرع العراقي بالاتجاه الأول في الفقه الإسلامي ، أي رأي الفقه الحنفي والراجح في الفقه الإمامي والفقه المالكي ، من أن الغاصب غير لشيء المغصوب تغييراً أفقده ذاتيته وبذل اسمه إلى اسم جديد فإنه يتملكه مقابل ما يدفعه من تعويض () . أي أن ملكية المغصوب منه تزول بفعل الغاصب ويعوض عن الملكية التي زالت عنه ، ويكون التعويض أما بقيمة العين المغصوبة لها على حسب الأحوال.

ويعلق الدكتور حسن علي الذنون على الحكم المتقدم بالقول ((إننا بصدد حق عيني تحول إلى حق شخصي بقوة القانون وحكمه لا باتفاق الأطراف

ورضاهم)) .

: المشرع العراقي بحكم تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان في

() () من القانون المدني العراقي ، حيث نصت على ((ير

المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له.

فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له)) .

ويفهم من هذا النص بوضوح أن الغاصب إذا غير العين المغصوبة تغييراً

كلياً أفقدها ذاتيتها وبذل اسمها إلى اسم جديد فإنه يتملك العين الجديدة في مقابل دفع تعويض () إلى مالكها السابق . كما لو قام الغاصب بطحن الحنطة التي اغتصبها أو بذرها في

الخشب أثاثاً ، ففي هذه الأحوال وغيرها مما ذكر في كتب الفقه الإسلامي تزول ملكية المالك عن العين المغصوبة بتغييرها كلياً ويتملكها الغاصب بحالتها الجديدة مقابل ما يضمنه من مثلها أو قيمتها على حسب ما إذا كانت من الأشياء المثلية أو القيمية . والخلاصة أن المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة () مدني عراقي جعل الضمان سبباً لتملك الغاصب للعين المغصوبة بالحالة التي

يرها إليها بفعله .

وأيضاً يكون الضمان سبباً للتملك حتى وإن لم يصل التغيير الذي أحدثه

الغاصب إلى حد تبدل اسم المغصوب بل اقتصر على تغيير بعض أوصافه بزيادة شيء عليه من مال الغاصب . إذ خیر القانون المغصوب منه بين أن يعطي الغاصب قيمة ما أضافه واسترداد المغصوب مع التعويض عن الأضرار الأخرى كفوات الانتفاع بالمغصوب ، وبين ترك الشيء المغصوب للغاصب والرجوع عليه بالضمان وفي هذه الحالة الأخيرة يتملك الغاصب المغصوب بدفع مثله إذا كان



مثلياً او بقيمته اذا كان قيماً^١. ويتفق المشرع العراقي ، في الحكم الذي قضى به في هذه الحالة ، مع اتجاه الفقه الحنفي على النحو الذي بيناه سابقاً . ولا يقتصر كسب الملكية بالضمان في القانون المدني العراقي على حالة الغصب بل يشمل ايضاً حالة اتلاف مال الغير. اذ نصت المادة () مدني عراقي على ((اذا قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الاخرى وترك جار المقطوعة للقاطع وان شاء حط من قيمتها قائمة بقيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الاخرى)). ان هذا النص الذي اقتبسه المشرع العراقي من فقهاء الشريعة الاسلامية يعرض بصورة من صور الاتلاف التي كانت تقع في ايامهم ، ولا زالت تقع حتى يومنا هذا ، وهي اتلاف اشجار الغير. ان الضمان يكون هنا سبباً لتملك الاشجار المقطوعة من قبل القاطع وذلك اذا ما اختار صاحب الاشجار تركها لمن قطعها ورجع عليه بالتعويض المتمثل بقيمة الاشجار قائمة اضافة الى التعويض عن الاضرار الاخرى التي احدثها قطع الاشجار او قلعها كسقوط جدار البستان او تشققه نتيجة سقوط الاشجار عليه ، او سقوط الاشجار المقطوعة على مزروعات وحيوانات موجودة في البستان ، او اصابة شخص من جراء سقوط الاشجار المقطوعة عليه. ويرى الدكتور حسن علي الذنون ، ونويده في ذلك ، انه يمكن ان نقيس على الاشجار اتلاف الذي يقع على غير الاشجار^٢. فلو اتلف شخص بناءً لغيره وطالبه صاحب البناء بالتعويض عن قيمة البناء قائماً ، فان المتلف يملك انقاض البناء بالضمان. وينتقد بعض الفقه^٣ اتجاه المشرع العراقي في جعل الضمان سبباً للتملك في الحالات التي بيناها سابقاً . ويتركز الانتقاد فيما يأتي : ان تقرير قاعدة التملك بالضمان يؤدي الى احداث اضطراب في لمعاملات. اذ ان الشخص يملك مال الغير بارادته المنفردة . فكل من يرغب في امتلاك مال الغير الذي يرفض الاخير

١) هذا الحكم قضت به الفقرة (٣) من المادة (١٩٤) مدني عراقي بنصها على ((اذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله ، فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان) وان هذا النص مقتبس حرفياً من المادة (٨٩٨) من مجلة الاحكام العدلية . لكن نص المجلة لم يكتف بايراد الحكم انما اضاف اليه مثلاً موجود في معظم كتب الفقه الاسلامي . حيث جاء في المادة (٨٩٨) بعد النص السالف (نص م ١٩٤ مدني عراقي) ما يأتي ((مثلاً لو كان المغصوب ثوباً وكان قد صبغه الغاصب ، فالمغصوب منه مخير ، ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وان شاء اعطى قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً)).

٢) د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج ٢ ، ص ٢٥٢ .

٣) د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات معهد البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص ١٤٨ وما بعدها .

د. محمد سلمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٣٧ وما بعدها .



بيعه ، وهو من حقه استناداً الى مبدأ سلطان الارادة ، ما عليه إلا ان يغتصب هذا المال ويحدث تغييراً في ذاتيته او في بعض اوصافه حتى يملكه بالضمان . فهذه تقصر على الظالمين طريق الظلم خاصة وان غاية الغاصب محددة في ان يملك الشيء بأي ثمن وبالتالي لا يهمله مقدار الضمان (التعويض) الذي يحكم به القاضي وان كان اكبر من قيمة الشيء.

رأينا في الانتقاد : ان الانتقاد المتقدم يكون صحيحاً لو لم تقيد قاعدة التملك بالضمان بشروط تقف حائلاً دون استعمالها من قبل المستغلين كذريعة للتملك تحقيقاً لمآربهم. من خلال الاطلاع على هذه القاعدة في الفقه الاسلامي ر هذه القاعدة من المذاهب الاسلامية قد قيدها بشروط شديدة تقف حائلاً دون استغلالها من قبل ضعاف النفوس . ومن اهم هذه الشروط بالنسبة لحالة تملك الغاصب للعين المغصوبة

بالضمان هو ان يحدث الغاصب فيها تغييراً جوهرياً بحيث يتبدل اسمها وتفقد ذاتيتها وتتحول الى شيء جديد. اذ الغاصب لا يملك بالضمان الشيء الذي غتصبه بل شيئاً جديداً ، ومن شأن ذلك ان يقلل الى حد كبير اتخاذ الضمان ذريعة لتملك الشيء الذي رفض مالكه الى من اغتصبه بعد ذلك . فمن اغتصب الحديد هو لا يملك بالضمان الحديد بل يملك الابواب والشبابيك التي تحول اليها. تغيير على تبدل بعض صفات الشيء المغصوب باضافة شيء عليه من مال الغاصب دون تبدل ذاتية المغصوب ، فهنا الخيار لا يكون للغاصب في المغصوب بالضمان بل ان للمغصوب منه الخيار بين ترك الشيء المغصوب للغاصب ليملكه بقيمته او بمثله وبين استرداده من الغاصب بشرط ان يدفع له قيمة الزيادة التي اضافها على الشيء المغصوب. وايضاً من الشروط الاخرى التي وضعها الفقه الاسلامي واخذ بها القانون المدني العراقي ، والتي تقلل من اتخاذ الضمان ذريعة (وسيلة) رأ على المالك الاصلي ، هو ان الغاصب لا يلزم فقط بدفع قيمة العين المغصوبة او مثلها بل يلزم علاوة على ذلك بتعويض المغصوب منه عن الاضرار الاخرى التي سببها له الغصب كتفويت فرصة استثمار العين المغصوبة في صفقة رابحة .

ضافة الى ما تقدم فان قاعدة سد الذرائع تلعب دوراً كبيراً في تضيق نطاق قاعدة التملك بالضمان حتى في الاحوال التي اقر فيها الفقه الاسلامي هذه القاعدة. اذ تعني قاعدة سد الذرائع اعاء الوسيلة حكم غايتها من حيث المشروعية او عدم المشروعية ، فاذا كانت الغاية غير مشروعة فقدت قاعدة التملك بالضمان باعتبارها الوسيلة مشروعيتها ايضاً وبالتالي لا يترتب عليها لك مال الغير.



موقع كسب الملكية بالضمان من اسباب كسب الملكية المحددة تشريعاً وفقهاً
صنف المشرع العراقي اسباب كسب الملكية ونظم الاحكام الخاصة بكل
سبب منها. والى جانب التصنيف الذي تبناه المشرع العراقي ومعظم التشريعات
العربية ، هناك تصنيف اخر لاسباب كسب الملكية تبناه الدكتور السنهوري .
وسوف نستعرض كلا التصنيفين لنبين بعد ذلك موقع الضمان باعتباره
سبباً لكسب الملكية من كلا التصنيفين . وهذا ما سنبحثه في المبحثين الاتيين :

تصنيف اسباب كسب الملكية

الملكية هو المصدر الذي سبب حق الملكية على شيء
معين بالذات. وتقابل اسباب كسب الملكية مصادر الالتزام .
وكما نوهنا هنالك تصنيف تشريعي واخر فقهي لاسباب كسب الملكية.
وسنبين في المطلب الاول التصنيف التشريعي . ثم نستعرض في المطلب الثاني
التصنيف الفقهي.

التصنيف التشريعي لاسباب كسب الملكية

صنف القانون المدني العراقي متأثراً بالقانون المدني المصري اسباب
كسب الملكية الى ثلاثة اقسام : القسم الاول خاص بكسب الملكية ابتداءً)
- ١١٠٥ مدني عراقي) . والقسم الثاني يخص كسب الملكية بسبب الوفاة)
١ - ١١١٢ مدني عراقي). ويخص القسم الثالث كسب الملكية ما بين
الاحياء) - (.

ولسنا بصدد شرح ما احتوت عليه هذه الاقسام من اسباب وبيان احكامها
بالتفصيل لان ذلك يخرجنا عن موضوع البحث^١ . انما سنقتصر فقط على بيان
مفهوم كل سبب من هذه الاسباب ليتضح لا فيما بعد فيما اذا كان الضمان
باعتباره سبباً لكسب الملكية يدخل في مفهوم احد هذه الاسباب . وعلى النحو

:

: كسب الملكية ابتداءً (الاستيلاء)

لكسب الملكية ابتداءً سبب واحد هو الاستيلاء او الاحراز كما يسميه الفقه
. والاستيلاء هو وضع الشخص يده على منقول مباح (لا مالك له) بنية
تملكه. علماً ان القانون المدني العراقي اشترط توفر قصد (نية) التملك في

١) انظر في تفصيل هذه الاسباب بالنسبة للقانون المدني العراقي : الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون
طه ، الحقوق العينية ، دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ١٥٧-٢٦٥ .

وانظر في تفصيل هذه الاسباب بالنسبة للقانون المدني المصري : د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ : اسباب
كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ١٢ -



الاستيلاء الحقيقي وكذلك في الاستيلاء الحكمي . وهذا بخلاف موقف الفقه طنية التملك في الاستيلاء الحكمي فقط. والاستيلاء الحقيقي يكون بوضع اليد حقيقة على المنقول المباح ، اما الاستيلاء الحكمي فيكون بتهيئة وسائل الاحراز (الاستيلاء) كنصب الشباك للصيد او كوضع الاتاء لجمع ماء . والاستيلاء هو سبب منشئ اي يوجد حق ملكية لم يكن موجوداً من قبل .

ثانياً - كسب الملكية بسبب الوفاة :

ويشمل هذا القسم الميراث والوصية .

أ- الميراث : هو آيلولة الحق اثر وفاة صاحبه الى الوارث بقوة القانون دون اعتداد بارادة المورث^١ . وعرفه الاستاذ مصطفى الزلمي بانه خلافة اجبارية للوارث في مال مورثه او في حق قابل للخلافة .

ب- الوصية : عرفت المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم () لسنة ١٩٥٩ الوصية بانها ((تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض)) .

يأ - كسب الملكية ما بين الاحياء

تكتسب الملكية ما بين الاحياء بأربعة اسباب حسب تصنيف القانون المدني العراقي هي : الالتصاق لعقد ، الشفعة ، الحيازة . وهذه الاسباب غير منشئة ملكية جديدة بل هي ناقلة للملكية من مالك سابق الى مالك جديد.

- : الالتصاق هو اندماج او اتحاد شينين متميزين احدهما عن الآخر ، ومملوكين لمالكين مختلفين ، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج . ويكون الالتصاق طبيعياً عندما يكون الاندماج بين الشينين بفعل الطبيعة ويكون صناعياً عندما يكون اندماج الشينين بفعل الانسان .

ب- العقد : هو توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني ، سواء كان الاثر هو انشاء التزام او نقله او تعديله او انهائه^٢ . وقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة (١) منه ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)).

١) د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ : اسباب كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان : ١٩٩٤ ، ص ٥ .

٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، ط ٢ ، شركة الحنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٦ .

٣) انظر في تعريف الوصية لغة وفي اصطلاح الفقه الاسلامي ، د. مصطفى الزلمي ، المصدر السابق ، ص ١٤٣-١٤٤ .

٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ص ٢٤٣ .

٥) د. عدنان ابراهيم السرحان ، و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ((الالتزامات)) ، ط ١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مطابع الارز ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٦ .



- : () بنصها على ((الشفعة ، هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن ((.
- الحيازة : () مدني عراقي الحيازة بنصها على ((الحيازة ، وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)).
- ويجب التنبيه ان الحيازة تكفي لوحدها لكسب الملكية في المنقول بشرط حسن النية والسبب الصحيح وهو ما يعرف بقاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) اما في الاحوال الاخرى كحيازة العقار وحيازة المنقول دون توافر السبب الصحيح او حسن النية او كليهما ، فان الحيازة لا تكفي وحدها لكسب الملكية بل . ان تقترن بمرور الزمن ، وبالتالي يصبح سبب كسب الملكية واقعة مركبة من واقعة انسانية هي الحيازة (وضع اليد) وواقعة طبيعية () وهو ما يطلق عليه بالتقادم المكسب .

التصنيف الفقهي لاسباب كسب الملكية

بهذا التصنيف الاستاذ السنهوري واسماه بالتصنيف العلمي . : يرى الاستاذ السنهوري ان جميع مصادر الحقوق ، عينية كانت او شخصية ، بل ان جميع مصادر الروابط القانونية ترجع إما الى الواقعة القانونية او الى التصرف القانوني . والواقعة القانونية هي كل حدث يقع فيرتب عليه القانون اثرأ معيناً حتى لو لم تتجه الارادة الى هذا الاثر القانوني . فكل ما يهم في شأنها هو الوقوع المادي للفعل حتى يترتب الاثر القانوني وسواء كان هذا الفعل من الطبيعة (واقعة طبيعية) أم من اعمال الانسان المادية (الواقعة الانسانية).

نوني فهو اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر هو انشاء حق أم تعديله ام نه او انهائه . وقد يكفي لتمام التصرف القانوني اتجاه ارادة شخص واحد نحو احداث الاثر القانوني لذا يسمى التصرف من جانب واحد او التصرف الانفرادي كما في الاقرار والوصية والوعد بجائزة . وقد يتم التصرف القانوني بارادتين اي لا يتم تكوينه وترتيب الاثر عليه إلا باتفاق ارادتين ويسمى بالعقد كالبيع والايجار ... الخ . وفصيل التفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني يتمثل في دور الارادة في كل منهما . ففي التصرف القانوني يترتب الاثر القانوني ، المتمثل بنشوء الحق او تعديله او نقله او انهائه ، لان الارادة اتجهت الى ترتيب هذا الاثر. اما في حالة الواقعة القانونية



فان هذا الاثر يترتب من مجرد وجود فعل او عمل مادي حتى ولو لم تكن هناك ارادة تتجه الى احداث هذا الاثر .

ذ السنهوري اسباب كسب الملكية التي ذكرها القانون المدني المصري ، وهي نفسها التي ذكرها القانون المدني العراقي ، وهي سبعة اسباب : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة. ثم قسم هذه الاسباب تقسيماً علمياً بارجاعها اما الى لتصرف القانوني الواقعة القانونية . صية في نطاق التصرف القانوني باعتبار ان العقد هو

نبيين ، في حين ان الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد. وادخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة في نطاق الواقعة القانونية ، باعتبار ان الاستيلاء واقعة مختلطة اختلطت فيها الحيا المادية وهي عنصر مادي بارادة المستولي في ان يتملك في الحال وهي عنصر (الحيازة) هو المتغلب لذلك ألحق الاستيلاء بالوقائع

القانونية . اما الميراث فان سبب كسب الملكية فيه هو الموت والموت واقعة مادية. والالتصاق هو اتحاد شيء بشيء اخر اتحاداً مادياً فيكسب صاحب الشيء الاصلي ملكية الشيء الفرعي. فالاتحاد المادي هو سبب كسب الملكية . وهنا الاتحاد ماهو الا واقعة مادية . اما الشفعة فهي واقعة مركبة ، اقترن فيها الشيوخ ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه هي واقعة مادية ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة الى الشفيع ، باعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة ، والغلبة في هذه الوقائع المادية لا للتصرف القانوني ولذلك أدخلت الشفعة في

نطاق الوقائع القانونية . اما الحيازة فهي سيطرة فعلية للشخص على الشيء او الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع القانونية .

ان الاستاذ السنهوري اقتصر على تصنيف الاسباب التي ذكرها التقنين المصري ، فادخل بعضها في نطاق

في نطاق الواقعة القانونية . وبالتالي لم يصنف الضمان لان القانون المدني المصري لم يذكر الضمان ضمن اسباب كسب الملكية. مما يثير التساؤل عن موقع الضمان ، باعتباره سبباً لكسب الملكية في النطاق وبالشروط التي تم بحثها في الفصل الاول ، من التصنيف الفقهي (العلمي) لاسباب كسب الملكية ، هل يدخل الضمان في نطاق الواقعة القانونية أم التصرف القانوني ؟ هذا ما سنجيب عنه في

١) لمزيد من التفصيل بصدد التمييز بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني ، انظر : د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ : نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، مطبعة جرينبرج ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص ١٣٠-١٣٢ .

د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية : النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ٥٧٤-٥٧٩ .

٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ : اسباب كسب الملكية ، ص ٦-٧ .



موقع الضمان من تصنيف اسباب كسب الملكية
استعرضنا التصنيف التشريعي والفقهى لاسباب كسب الملكية. وسنبين في
هذا المبحث موقع الضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية من كلا التصنيفين وذلك
في مطلبين:

موقع الضمان من التصنيف التشريعي لاسباب كسب الملكية
نانون المدني العراقي صنف اسباب كسب الملكية الى ثلاثة اقسام
، وقد ضمت هذه الاقسام الثلاثة سبعة اسباب هي : الاستيلاء والميراث والوصية
عقد والالتصاق والشفعة والحيازة .

وان الاستيلاء سبب لكسب الملكية ابتداءً اي انه منشئ لملكية جديدة .
بقية الاسباب فهي لا تنشأ ملكية جديدة بل تقتصر على نقل ملكية نشأت سابقاً من
المالك القديم الى المالك الجديد سواء كان المالك السابق (القديم) متوفى وهذه هـ
اسباب كسب الملكية انتقالاً بسبب الوفاة أي الميراث والوصية ، او كان المالك
السابق على قيد الحياة وهذه هي اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء اي الالتصاق
والشفعة والعقد والحيازة (التقادم المكسب). وقد اطلق الفقه على اسباب كسب
الملكية بسبب الوفاة واسباب كسبها ما بين الاحياء اسم الاسباب الناقلة للملكية .
الملكية مقترح ومتفق عليه فبأي من الاقسام
الثلاثة التي ذكرها القانون المدني العراقي يكون موضعه ؟ هل يوضع في قسم
كسب الملكية ابتداءً بالاستيلاء أم في قسم كسب الملكية بسبب الوفاة أم في قسم
كسب الملكية بين الاحياء ؟.

لا يمكن ان يكون الضمان سبباً لكسب الملكية ابتداءً كالاستيلاء لان
الاستيلاء احراز منقول مباح لا مالك له فيكون المستولي باحرازه لهذا المال قد
انشأ ملكية جديدة عليه. اما في حالة الضمان فان ملكية المال المضمون ثابتة
ابتداءً لشخص معين ثم تنتقل بالضمان الى الضامن اذا الضمان هو من الاسباب
الناقلة للملكية وليس من الاسباب المنشئة لها .

واذا كان الضمان من الاسباب الناقلة للملكية ، فهل يدخل ضمن اسباب
كسب الملكية بسبب الوفاة او اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء ؟ لا يوجد في
الضمان وفاة حتى يقال ان الضمان سبب لكسب الملكية بالوفاة كما هو الحال في
الميراث والوصية . كما ان الضمان لا يدخل ضمن قسم كسب الملكية ما بين
الاحياء إذ لا ينطبق عليه وصف الالتصاق او العقد او الشفعة او الحيازة (التقادم
المكسب) وهي اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء التي عددها القانون المدني

يتبين لنا من استعراض اسباب كسب الملكية ابتداءً أم انتقالاً في القانون
المدني العراقي ان الضمان لا يدخل في مفهوم هذه الاسباب .



وبما ان الضامن يكسب ملكية المال المضمون باثر رجعي اي من تاريخ (الغصب او الاتلاف) في مقابل اداء المثل او القيمة ، حسب رأي الفقه الحنفي فان الضمان يشبه الى حد ما عقود المعاوضات (كالبيع) التي تفيد التمليك بمقابل، لكن الضمان واقعة قانونية في حين ان هذه العقود تصرفات قانونية تستند الى اساس مشروعيات الضمان . كما ان الضمان يشبه الالتصاق لان كلا منهما واقعة مادية وكلاهما سبباً لكسب الملكية بمقابل . ونرى انه يمكن اضافة الضمان الى قسم كسب الملكية بين الاحياء ليصبح هذا القسم محتوياً على خمسة اسباب هي : الالتصاق والشفعة والعقد والحيازة

على ان يبقى كسب الملكية بالضمان محدداً ومقصوراً على الحالات التي بينتها

() في اطار الغصب وهي حالة تغيير المغصوب تغييراً جوهرياً يتبدل معه اسمه ويفقد ذاتيته او تغير بعض اوصافه على النحو الذي بيانه تفصيلاً في الفصل الاول ، والحالة التي نصت عليها المادة (١٠٨٥) مدني عراقي في اطار وهي حالة اتلاف اشجار الغير بدون حق ، علماً انه يمكن ان يقاس على الاشجار اتلاف اي شيء آخر مملوك للغير بدون وجه حق إذ لصاحبه ان شاء تركه للمتلف يملكه في مقابل ما يؤديه من ضمان (تعويض) . على ان التملك بالضمان لا يتحدد فقط بالحالات التي ذكرها الفقه الاسلامي وقتنها القانون المدني العراقي انما يتقيد ايضاً بالشروط التي بينتها النصوص القانونية وكذلك التي اوردها الفقهاء المسلمين . وهذه الشروط هي:

- ان يكون المال المضمون قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً . فلو كان هذا المال من الاموال العامة او كان خنزيراً او خمراً ففي هذه الحالة لا يمكن تملكه بالضمان لانه غير قابل لثبوت الملك فيه ابتداءً .

٢- ان يكون المال المضمون منقولاً . فلا يمكن كسب ملكية العقار بالضمان وذلك لان انتقال ملكية العقار يستند بشكل اساسي الى التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة .

١) نص القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ صراحةً على الضمان في الفرع الخاص بالاسباب التي تنقل الملكية بين الاحياء . اذ نصت المادة (١٠٨٥) منه على ((المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً الى وقت سببه ، وبشرط ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً)). وعلى الرغم من ورود نص المادة (١٠٨٥) بصيغة مطلقة قد توحي بأن الضمان سبباً لكسب الملكية دائماً ، فانه في الحقيقة ليس كذلك ، بل هو مقيد بالحالات التي جعل فيها الفقه الحنفي ، وهو الاصل الذي استمد منه النص ، الضمان سبباً للتملك . وهذه الحالات هي نفسها التي نصت عليها المادتان (١٨٨) و (١٩٤) مدني عراقي .

لمزيد من التفصيل بصدد موقف القانون المدني الاردني انظر : د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط ١ ، مطبعة الارز ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص



- البعض ان يقبض الضامن المضمون . فالضمان في حد ذاته لا يترتب عليه اثره الخاص المتمثل بكسب ملكية المال المضمون مادام الضامن لم يقبضه . فالشخص قد يتلف مال الغير اتلافاً جزئياً بحيث يبقى هذا المال عند صاحبه . فالتعويض الذي يدفعه هذا الشخص الي صاحب المال المتلف لا يخوله تملك ذلك المال مادام انه لم يقبضه . مثلاً تصطدم سيارة بسيارة أخرى وتسبب اتلاف جزء من هيكلها فان سائق السيارة الاولى وان كان يلزم بضمان ما اتلفه الا انه لا يملك ذلك الجزء الا اذا ضمه . وقد يقال استناداً الى اشتراط قبض الضامن للمال المضمون لاجل تملكه بالضمان ان سبب التملك هو القبض (الحيازة) وليس الضمان لكن يرد على ذلك بان الشخص الذي يحوز المال المضمون يستطيع ان يملك هذا المال بالحيازة متى توافرت شروط الحيازة التي حددها القانون ان يدفع اي مقابل . في حين ان التملك بالضمان يستلزم وجود المقابل (دفع المثل او القيمة) .

٤- تغير المال المضمون ، على النحو الذي سبق ان شرحناه تفصيلاً في

٥- انتفاء قصد الغش لدى الضامن . اي ان لا يكون قصد الضامن اتخاذ الضمان وسيلة لتلك المال الذي سبق ان رفض مالكة بيعه له .

- (التعويض). ذ ان ملكية المال المضمون لا باداء التعويض (المثل او القيمة) فهذا الاداء شرط لكسب الملكية. فقبل اداء الضامن ما يجب في ذمته للمضمون له لا يمكن الحديث

٧- عدم وجود مانع من موانع الضمان. وقد اورد الفقهاء المسلمون اربعة موانع للضمان : ١- كون الاتلاف بحق ، ٢- حالة الضرورة ، - رضا - عدم الفائدة في التضمين .

موقع الضمان من التصنيف الفقهي لاسباب كسب الملكية

فلنا ان الاستاذ السنهوري صنف اسباب كسب الملكية الواردة في القانون المدني المصري ، وهي نفسها الواردة في القانون المدني العراقي ، الى الواقعة القانونية والتصرف القانوني .

حنا ادراج الضمان ضمن قسم كسب الملكية بين الاحياء ، فهل يعد الضمان واقعة قانونية أم تصرف قانوني ؟ . ابتداءً نقول اننا لا نقصد بصدد كسب الملكية بالضمان الضمان الذي ينشأ عن العقد الذي يُسمى

١(د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، ص ٩٧-٩٨ .

٢(انظر في تفصيل هذه الموانع : د. علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، ص ٢٢٧ .



بالمسؤولية العقدية ، لان هذا الضمان لا يؤدي الى كسب الملكية وبالتالي اهمية له في موضوع بحثنا علماً ان العقد هو الذي يحدد آثار هذا الضمان . انما نقصد ضمان الغصب وضمن الاتلاف في الحالات التي سبق بحثها تفصيلاً في الفصل . وقد اتضح لنا انه لا عبرة للارادة في ضمان الغصب وضمن الاتلاف لان هو الذي يحدد الآثار التي تترتب عليه بما انه لا عبرة للارادة في ترتيب الاثر القانوني على الضمان فهذه الحالات إذ ان الاثر يترتب بقوة القانون بمجرد الوقوع المادي للفعل حتى وان لم تنصرف الارادة الى هذا الاثر. الضمان في هذه الحالات يعد واقعة قانونية وليس تصرف قانوني . وقد يقال بما ان القانون هو الذي يحدد آثار الضمان ومن ضمنها كسب ملكية المال المضمون كون القانون هو سبب كسب الملكية . لكن يرد على ذلك بأن القانون هو الذي يحدد آثار جميع اسباب كسب الملكية بل آثار جميع مصادر الالتزام ، فهل يعني انه المصدر الوحيد للحقوق المالية بنوعها الشخصية والعينية؟. في الحقيقة ان القانون هو المصدر البعيد لجميع الحقوق سواء كانت شخصية (الالتزامات) أم عينية ، اما المصدر المباشر القريب فهو أما واقعة قانونية او تصر

لكن اذا كان الضمان واقعة قانونية، الا انه لم يُذكر بين اسباب كسب الملكية التي اوردها القانون والتي أدخل بعضها ضمن الواقعة القانونية وأدخل بعضها الآخر ضمن التصرف القانوني وفق التصنيف الفقهي ، وبالتالي فان السؤال هو هل نحتاج الى تعديل النص الضمان الى اسباب كسب الملكية ام لا نحتاج الى ذلك لان اسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر ؟ . بعبارة اخرى هل يمكن التسليم بالرأي القائل بأن اسباب كسب الملكية وردت على سبيل الحصر ؟ . ان هذا الرأي لا يمكن التسليم به حتى في القوانين التي اضافت معروفة (اي الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والشفعة والعقد والحيازة) سببين اخرين هما : الاولوية والضمان كالقانون المدني الاردني () ١ . ذلك لان القانون يمكن ان يكون مصدراً مباشراً لكسب الملكية ، كما انه احياناً مصدراً مباشراً للالتزام كالنص القانوني الذي يلزم الابن الموسر بالاتفاق على ابيه الفقير ، كما لو صدر قانون يملك شخص معين قطعة ية هنا هو القانون . كما ان الحكم القضائي المنشىء يمكن ان يكون سبباً لكسب الملكية : مثال ذلك الحكم الذي يقضي بالتعويض (مقدار من الحنطة) للمتضرر فان المتضرر يملك التعويض بالحكم القضائي . كذلك الحكم الذي يقضي بتمليك العقار للمتعهد له . الذي سكن العقار او

(١) د. محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص ١٥٦ .

(٢) الحكم القضائي المنشىء هو الذي يوجد حالة او مركز قانوني لم يكن موجوداً من قبل وذلك بالزامه المحكوم عليه باداء معين .

انظر د. ادم وهيب النداووي و د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح أحكام قانون التنفيذ ، ط ١ ، مطبعة الجامعة ، الموصل ، ١٩٨٤ ، ص ٩ .



دث فيه منشآت او غراس دون معارضة تحريرية من قبل المالك المتعهد . فهذا الحكم يعد سبباً لكسب ملكية العقار متعهد له .
وهكذا فان الضمان يكون سبباً لكسب الملكية في الاحوال التي نصت عليها النصوص القانونية بخصوص الاتلاف والغصب ، حتي وان لم يذكر صراحة في التصنيف الذيعي لاسباب كسب الملكية . لكن منعاً للخلاف نقترح ، كما قلنا اشارة في القسم الخاص باسباب كسب الملكية بين الاحياء على ان يبقى محدداً بالاحوال التي ذكرها الفقه الاسلامي وقننها المشرع العراقي في المادتين () ، (١٩٤) ، ومقيداً بالشروط التي اوردها الفقه الاسلامي بهذا الخصوص^٢ . حيث ان الضمان ليس سبباً عاماً واصلياً لكسب الملكية انما هو سبب استثنائي يقتصر على حالات معينة .

(١) انظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ . مشروح في كتاب د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مطبعة دار الكتب ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩ .
(٢) انظر تفصيل هذه الشروط في ص ٢٧-٢٨ من هذا البحث .



نورد في ختام هذا البحث استعراضاً لأهم النتائج والمقترحات التي تم

التوصل إليها :

١- نقصد بالضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية : الالتزام باداء التعويض لمن تلف ماله او ضاع عليه ، والذي نشأ كدين في ذمة الضامن منذ قيام سبب الضمان اي من وقت الاتلاف او الغصب ، لیتملك الضامن المال المضمون بعد ادائه هذا التعويض.

٢- يوجد اتجاهان في الفقه الاسلامي من كون الضمان سبباً لكسب الملكية. اتجاه الحنفية والراجح من الامامية والمالكية يقر باعتبار الضمان سبباً لكسب الملكية في حالات معينة. اهمها تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان اذا احدث فيها تغييراً افقدها ذاتيتها وأزال اسمها . اما الاتجاه الثاني فهو اتجاه جمهور الفقهاء الذي يرفض عد الضمان سبباً لكسب الملكية. لكل من الاتجاهين حججه في القبول او الرفض . يكون الضمان سبباً لكسب الملكية .

٣- اخذ القانون المدني العراقي برأي الفقه الحنفي . وجعل الضمان سبباً لكسب الملكية في حالات معينة نص عليها في المادتين () () . وهي حالة قطع اشجار الغير بدون وجه حق اذا ما اختار صاحب الاشجار تركها للقاطع لیتملكها في مقابل دفع قيمتها قائمة مع التعويض عن () علماً انه يمكن ان يقاس على الاشجار اي مال اخر مملوك للغير . وحالة تملك الغاصب للعين المغصوبة (بحالتها الجديدة) بالضمان وذلك بعد ان غيرها الغاصب تغييراً كلياً افقدها ذاتيتها وبدل اسمها الى اسم جديد ، اذا غير بعض اوصافها بزيادة شيء من ماله عليها دون ان تفقد ذاتيتها ويتبدل اسمها ولكن المغصوب منه اختار تركها للغاصب والرجوع عليه بالضمان (المثل او القيمة) () .

٤- الراجح عدّ الضمان سبباً لكسب ملكية المال المضمون من قبل الضامن على ان يبقى ذلك محدداً في نطاق الحالات التي اقرها الفقه الاسلامي ونص عليها القانون المدني العراقي ، وان يكون مقيداً بالشروط التي بينها الفقهاء المسلمون والتي تحول دون اتخاذ الضمان ذريعة لتمكنك مال الغير دون وجه حق . وهذه الشروط هي : - ان يكون المال المضمون : لثبوت الملك فيه ابتداءً . - ان يكون المال المضمون منقولاً . - انتفاء قصد الغش لدى الضامن . - (المثل او القيمة) .

٥- يكتسب الضامن ملكية المال المضمون ، بعد ادائه الضمان ، بأثر رجعي من تاريخ



٦- بالنسبة لموقع الضمان من التصنيف التشريعي لاسباب كسب الملكية ،
فانه رغم كون الضمان سبباً من اسباب كسب الملكية بين الاحياء
القانون المدني العراقي لم ينص عليه صراحة في القسم الخاص بأسباب
كسب الملكية بين الاحياء بخلاف القانون المدني الاردني رقم () لسنة
١٩٧٦ الذي نص عليه صراحة في الفرع الخاص باسباب كسب الملكية
بين الاحياء.
بالنسبة لموقع الضمان من التصنيف الفقهي (العلمي) لاسباب كسب
الملكية الى الواقعة القانونية والتصرف القانوني ، فان الضمان واقعة
ونية وليس تصرف قانوني .

ثانياً -

نقترح على المشرع العراقي ان يضيف الضمان الى القسم الخاص باسباب
كسب الملكية بين الاحياء في القانون المدني العراقي ليصبح هذا القسم محتوياً
على خمسة اسباب هي : الالتصاق والشفعة والعقد والحيازة والضمان ، كما هو
الحال في القانون المدني الاردني رقم لسنة ١٩٧٦ . على ان يبقى التملك
بالضمان محدداً بالحالات التي اقرها الفقه الاسلامي ومقيداً بالشروط التي بينهاها

()

والله ولي التوفيق



– كتب اللغة العربية

- اهيم حمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النج ، المعجم الوسيط ، الجزء الاول ، مطبعة مصر شركة مساهمة ،
- ٢- محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، الكتاب العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع .

ثانياً / كتب الفقه الاسلامي

- ي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني ، الهداية ، شرح بداية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،
- ، دار العالم الاسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- د عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، دار الغد ،
- ٦- أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ، دار التراث ، القاهرة ، بلا سنة طبع.
- ٧- شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي ، المبسوط ، ج مطبعة السعادة ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- على مختصر خليل ، دار الصادر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، الاتصاف في معرفة المحمدية ، القاهرة ،
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الفكر ، بيروت ، هـ ،
- ١١- علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الاول ، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- ١٢- محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة ، القاهرة ،

/ الكتب القانونية

- براهيم فاضل الدبو ، ضمان المنافع – دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، دار عمار ، المطابع التعاونية ، عمان ،
- آدم وهيب سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح أحكام قانون التنفيذ ،
- ١٥- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية : النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ،



- ١٦- جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة ، مطبعة دار الكتب ، جامعة
- ١٧- حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج : الخطأ ،
- دون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات
معهد البحوث القانونية ، بغداد ،
- ١- عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج :
نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية
، مطبعة جرينبرج ، القاهرة ،
- ٢- عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج :
اسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية ، دار
النهضة العربية ، القاهرة ،
- ٢١- عدنان أبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ،
مصادر الحقوق الشخصية ((الالتزامات)) ١٤ ، مكتبة دار الثقافة للنشر
والتوزيع ، مطابع الارز ، عمان ،
- علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ،
مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مطبعة الارز ، عمان ،
- ٢٣- محمد سلمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ،
دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،
- ٢٤- محمد طه البشير وغني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار الكتب
- ٢٥- محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الاصلية ، ج : اسباب كسب
الملكية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،
- ٢٦- مصطفى أبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في
الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، ط ٢ ، شركة الخنساء للطباعة
- وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، ط ، دار الفكر ، القاهرة ،

