جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل- كلية القانون

حراسة الاموال المتنازع عليها

- دراسة مقارنة -

اطروحة تقدم بها

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل وهي جزء من متطلبات الحصول على درجة

الدكتوراه فلسفة في القانون/ القانون الخاص

الطالب

حسين عبيد شعواط علي

بإشراف

الاستاذ الدكتور وسن قاسم غني الخفاجي

أستاذ القانون المدني

٢٠٢٢م ١٤٤٤ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة البقرة: الآية ١٨٨)

الإهداء

إلى.....

- ***روح والدي ... رحمه الله وطيب ثراه.***
- ***والدتي.....أطال الله في عمرها وأعاننا على حسن برها.***

شكر وامتنان

الحمد لله في البدء والمنتهى الحمد لله دائماً وأبداً ، فقد غمرني بنعمه ، وتفضل علي بفيض عطائه ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآل محمد الطيبين الطاهرين

لا يسعني وقد أنهيت كتابة هذه الاطروحة بفضل الله تعالى، أن أتوجه بعظيم امتناني وبالغ شكري الى أستاذتي الفاضلة الدكتورة وسن قاسم غني، أستاذ القانون المدني ، التي تفضلت مشكورة بقبولها الإشراف على هذه الأطروحة، فكانت لآرائها وتوجيهاتها السديدة دور كبير في إخراج الاطروحة بهذا الشكل فجزاها الله أستاذتي الكريمة خير الجزاء.

كما أتقدم بفائق الشكر والتقدير الى جميع أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل ، لما بذلوا من جهد حثيث خلال مدة الدراسة، وكذلك أشكر جميع موظفي مكتبة كلية القانون جامعة بابل، ومكتبة كلية القانون جامعة القادسية، ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد، لما قدموه من مساعدة في الحصول على المصادر أثناء مدة البحث. لا يفوتني أن أقدم جزيل الشكر الى أساتذة كلية القانون جامعة القادسية ، لما قدموه لي من مساعدة ودعم لإكمال الدراسة .

كما أتقدم بالشكر الى السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بالموافقة على مناقشة الاطروحة كما أشكر جميع أفراد عائلتي، لتحملهم معي أعباء الدراسة،

الباحث

الملخص باللغة العربية

تعد الحراسة من اكثر التدابير الموقتة التي من خلالها يتم المحافظة على المال المتنازع عليه، فضلا عن ذلك فأنها تسمح بسرعة استيفاء الحق عند الحكم به مما تحقق فائدة للأطراف المتنازعة، مما يترتب من تقليل الجهد والنفقات، إذ أن الحراسة بكل انواعها تؤدي الى منع الضرر بأصحاب الشأن في حال ما استمرت المنازعة، وبقي المال تحت يد حائزة ، وخصوصا خلال الآجال التي يتطلبها الفصل في موضوع الحق في حال رفع دعوى فيها.

إلا أن الحراسة محل الدراسة لا تكون على نوع واحد فهي على نوعين فيتم الوصول، اما عن طريق اتفاق الاطراف اصحاب المصلحة في الاموال وذلك بإعطاء الحرية لإرادتهم في ابرام الحراسة الاتفاقية ، واما عن طريق رفع دعوى الحراسة وفقا للأصول القانونية لرفع الدعوى الاستعجالية لحماية هذه الاموال كلما توافرت شروطها.

كما ان الحراسة بكل انواعها لا تتم إلا اذا توافر شروطها ، حيث إن هناك شروطاً عامة يشترط توافرها لجميع انواع الحراسة وتتمثل بوجود النزاع بشأن أموال معينة، وأن لا تمس الحراسة بأصل الحق ، وهناك شروطا خاصة يجب توافرها في الحراسة القضائية دون غيرها وتتمثل هذه الشروط بتوافر شرط الخطر العاجل والاستعجال فضلا عن شرط المصلحة.

فاذا توافرت شروط واركان الحراسة رتبت احكامها ، من حيث ترتيب أثار متقابلة على ذمة أطرافها تتمثل هذه الاثار بحقوق والتزامات الحارس يجب أن يتم تنفيذ هذه الالتزامات بما يوجبه مبدا حسن النية وبما ينص عليه القانون ، فإذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته ترتبت عليه المسؤولية المدنية بما يجعله مسؤولا عن تعويض الاضرار التي تلحق بالطرف الآخر .

وبما أن الحراسة تدبير مؤقت فمصيرها بالانتهاء فهي تنتهي أما بحسم النزاع عن طريق ثبوت الحق لاحد الاطراف المتنازعين أو قبل ثبوت الحق نتيجة تغيير الظروف التي دعت الى فرض الحراسة وغيرها من المبررات . وفي ختام الدراسة توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	١-٤
الباب الاول : ماهية حراسة الاموال المتنازع عليها	٥-١١١
الفصل الاول : مفهوم حراسة الاموال المتنازع عليها	٦-٥٦
المبحث الاول: التعريف بحراسة الاموال المتنازع عليها	٦-٣٣
المطلب الاول: تعريف حراسة الاموال المتنازع عليها	٧- ٢٠
الفرع الاول: معنى حراسة الاموال المتنازع عليها	٧-١٠
الفرع الثاني: خصائص حراسة الاموال المتنازع عليها	١٠-١٦
اولا: الحراسة من اعمال الادارة	١٠-١٢
ثانيا : الحراسة ذات صفة مؤقتة	١٢-١٣
ثالثا: الحراسة ذات صفة احترازية	١٣-١٦
رابعا : الحراسة ذات صفة تبعية	١٥- ١٦
الفرع الثالث: انواع الحراسة على الاموال المتنازع عليها	١٧-٢٠
اولا : الحراسة الاتفاقية	١٧-١٩
ثانيا: الحراسة القضائية	١٩-٢٠
المطلب الثاني: تمييز حراسة الاموال المتنازع عليها مما يشتبه بها من أوضاع قانونية	٢١-٣٣
الفرع الاول: تمييز الحراسة من الأيصاء	٢١-٢٦
الفرع الثاني: تمييز الحراسة من التصفية	٢٦-٣٠
الفرع الثالث : تمييز الحراسة من الحجز الاحتياطي	٣٠-٣٣
المبحث الثاني: التكييف القانوني لحراسة الاموال المتنازع عليها	٣٤-٥٦
المطلب الاول: التكييف القانوني للحراسة الاتفاقية	٣٤-٤٦

الفرع الاول: الحراسة الاتفاقية عقد وديعة	٣٥-٣٨
الفرع الثاني : الحراسة الاتفاقية عقد وكالة	٣٩-٤٢
الفرع الثالث: الحراسة الاتفاقية عقد مركب	٤٢-٤٦
المطلب الثاني: التكييف القانوني للحراسة القضائية	٤٧-٥٦
الفرع الاول: الحراسة القضائية عقد	٤٨-٥١
الفرع الثاني: الحراسة القضائية اجراء قضائي	٥١-٥٦
الفصل الثاني : ذاتية الحراسة على الاموال المتنازع عليها	٥٧-١١١
المبحث الاول: شروط حراسة الاموال المتنازع عليها	٥٧-٧٥
المطلب الاول: الشروط العامة للحراسة على الاموال المتنازع عليها	٥٨-٧٢
الفرع الاول: وجود نزاع	٥٨-٦٦
الفرع الثاني: عدم المساس بأصل الحق	٦٦-٧٢
المطلب الثاني: الشروط الخاصة للحراسة القضائية على الاموال المتنازع عليها	٧٣-٨٥
الفرع الاول: الخطر العاجل	٧٣-٧٧
الفرع الثاني: شرط الاستعجال	٧٨-٨٢
الفرع الثالث: شرط المصلحة	٨٢-٨٥
المبحث الثاني: أركان حراسة الاموال المتنازع عليها	٨٦-١١١
المطلب الاول: الاركان الموضوعية لحراسة الاموال المتنازع عليها	٨٦-٩٩
الفرع الاول: المال محل الحراسة	٨٦-٩٣
أولا : طبيعة المال محل الحراسة	٨٧-٨٩
ثانيا: شروط المال محل الحراسة	٨٩-٩٣
الفرع الثاني: السبب المنشئ للحراسة	٩٤-٩٩
اولا: سبب الحراسة الاتفاقية	٩٤-٩٦
ثانيا: السبب المنشئ للحراسة القضائية (القرار القضائي المنشئ للحراسة	٩٧-٩٩
المطلب الثاني: الاركان الشخصية لحراسة الاموال المتنازع عليها	١٠٠-١١١

الفرع الاول: تعيين الحارس على الاموال المتنازع عليها	١٠١-١٠٧
اولا : تعيين الحارس من قبل ذوي الشأن	١٠١-١٠٥
ثانيا : تعيين الحارس من قبل القضاء	١٠٥-١٠٧
الفرع الثاني: عزل الحارس واعتزاله	١٠٧-١١١
اولا: عزل الحارس	١٠٧-١٠٩
ثانيا : اعتزال الحارس	١٠٩-١١١
الباب الثاني: احكام حراسة الاموال المتنازع عليها	١١٢-٢٢٤
الفصل الاول: اثار حراسة الاموال المتنازع عليها	١١٣-١٧٢
المبحث الاول: التزامات حارس الاموال المتنازع عليها	١١٤-١٣٩
المطلب الاول: التزام الحارس بالمحافظة على المال محل الحراسة	١١٤-١٢٤
الفرع الاول: تعريف اعمال الحفظ	١١٥-١٢٠
الفرع الثاني: التأصيل القانوني للالتزام الحارس بالمحافظ على الاموال المتنازع عليها	١٢٠-١٢١
الفرع الثالث: الالتزامات المتفرعة من التزام الحارس بالمحافظة على الاموال محل الحراسة	١٢١-١٢٤
اولا: التزام الحارس بعدم احلال غيره محله في المحافظة على الاموال محل الحراسة:	١٢١-١٢٤
ثانيا : التزام الحارس بعدم استخدام الاموال محل الحراسة لمصلحته الشخصية	١٢٤
المطلب الثاني: التزام الحارس بإدارة المال محل الحراسة	١٢٥-١٣١
الفرع الاول: مفهوم اعمال الإدارة	١٢٥-١٢٧
الفرع الثاني: حدود سلطة الحارس في ادارة الاموال محل الحراسة	١٢٧-١٣١
المطلب الثالث : التزام الحارس بتقديم حساب ورد الاموال محل الحراسة	١٣٢-١٣٩
الفرع الاول: التزام الحارس بتقديم حساب	١٣٢-١٣٤
الفرع الثاني: التزام الحارس برد الاموال محل الحراسة	١٣٥-١٣٩

المبحث الثاني: حقوق حارس الاموال المتنازع عليها	١٤٠-١٧٢
المطلب الاول: حق الحارس في الاجر	١٤٠-١٥٠
الفرع الاول: التأصيل القانوني لحق الحارس في الاجر	١٤١-١٤٣
الفرع الثاني: احكام اجر الحارس	١٤٣-١٥٠
اولا: كيفية فرض اجر الحارس	١٤٣-١٤٦
ثانيا : الطرف الملزم بدفع الاجر	١٤٦-١٥٠
المطلب الثاني: حق الحارس في استرداد المصروفات والتعويض	١٥٠-١٦٢
الفرع الاول: حق الحارس في استرداد المصروفات	١٥٠-١٥٨
اولا : التأصيل القانوني لحق الحارس في استرداد المصروفات	١٥١-١٥٥
ثانيا : الجهة المختصة في تقدير المصروفات	١٥٥-١٥٦
ثالثا: الطرف الملتزم بدفع المصاريف	١٥٧-١٥٨
الفرع الثاني: حق الحارس في التعويض	١٥٩-١٦٢
المطلب الثالث: ضمانات حقوق الحارس	١٦٣-١٧٢
الفرع الاول: حق الحارس في الحبس	١٦٣-١٦٨
اولا : التأصيل القانوني لحق الحارس في الحبس	١٦٤-١٦٦
ثانيا : شروط استعمال حق الحبس	١٦٦-١٦٨
الفرع الثاني: حق امتياز الحارس	١٦٨-١٧٢
اولا : التأصيل القانوني لامتياز الحارس	١٦٨-١٧١
ثانيا: مرتبة امتياز الحارس	١٧١-١٧٢
الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة عن حراسة الاموال المتنازع عليها وانتهاء الحراسة	١٧٣-٢٢٤
المبحث الاول : المسؤولية المدنية للحارس	١٧٤-٢٠١
المطلب الاول: مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية وعن الاموال محل الحراسة	١٤٧-١٨٤
الفرع الاول: مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية	١٧٥-١٧٩

اولا: الطبيعة القانونية لمسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية	١٧٥-١٧٧
ثانيا: التأصيل القانوني لمسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية	١٧٧-١٧٨
ثالثا : مسؤولية الحارس في حال تعدد الحراس :	١٧٨-١٧٩
الفرع الثاني: مسؤولية الحارس عن الاموال محل الحراسة	١٧٩-١٨٤
اولا : وجود المال تحت سيطرة الحارس	١٨٠-١٨٢
ثانيا : ان يكون المال السبب في احداث الضرر	١٨٣-١٨٤
المطلب الثاني : مسؤولية الحارس عن افعال تابعية	١٨٥-١٩٤
الفرع الاول: التأصيل القانوني لمسؤولية الحارس عن افعال تابعيه	١٨٥-١٨٨
الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية الحارس عن اعمال تابعية :	١٨٩-١٩٤
الشرط الاول : وجود رابطة التبعية بين الحارس وتابعية	١٨٩-١٩١
الشرط الثاني : ارتكاب التابع خطا اثناء القيام بتنفيذ عمل الحراسة او بسببه:	١٩١-١٩٤
المطلب الثالث: اثار مسؤولية الحارس	١٩٤-٢٠١
الفرع الاول: نطاق التعويض	١٩٤-١٩٩
الفرع الثاني: عناصر التعويض	١٩٩-٢٠١
المبحث الثاني: انتهاء حراسة الاموال المتنازع عليها	٢٠٢-٢٢٤
المطلب الاول: الانتهاء الاتفاقي للحراسة	٢٠٣-٢٠٩
الفرع الاول: التأصيل القانوني لأنهاء الحراسة بالاتفاق	٢٠٣-٢٠٦
الفرع الثاني: احكام الانتهاء الاتفاقي للحراسة	٢٠٦-٢٠٩
اولا : الحق في انهاء الحراسة	٢٠٦-٢٠٨
ثانيا : انتهاء مهمة الحارس تبعا لانتهاء الحراسة:	٢٠٨-٢٠٩
المطلب الثاني: الانتهاء القضائي للحراسة	٢١٠-٢١٨
الفرع الاول: مبررات انهاء الحراسة قضائيا	٢١٠-٢١٤
اولا : ثبوت الحق في المال محل الحراسة لاحد اصحاب الشأن	٢١٠-٢١٢
ثانيا: تغير المبررات التي دعت لفرض الحراسة	٢١٢-٢١٤

الفرع الثاني: احكام الانتهاء القضائي للحراسة	٢١٤-٢١٨
اولا : من لهم الحق في طلب انهاء الحراسة	٢١٤-٢١٦
ثانيا : المحكمة المختصة في نظر طلب انهاء الحراسة	٢١٦-٢١٨
المطلب الثالث: الاثار القانونية المترتبة على انتهاء الحراسة	٢١٩-٢٢٤
الفرع الاول: اثار انتهاء الحراسة بالنسبة للحارس	٢١٩-٢٢٢
الفرع الثاني: اثر انتهاء الحراسة بالنسبة الاصحاب الشأن	٢٢٢-٢٢٤
الخاتمة	٢٢٥-٢٣٢
المصادر	٢٣٣-٢٥٠
المخلص باللغة الإنكليزية	

مقدمة

اولا: جوهر فكرة الدراسة

تتسم المنازعات التي تثار بخصوص الاموال بالتشعب والتعقيد، فلابد من توفر ما يحمي هذه الاموال، لذا تعد الحراسة من اكثر التِدابير الموقتة التي عن طريقها يتم المحافظة على المال المتنازع عليه، فضلا عن ذلك فإنها تسمح بسرعة استيفاء الحق عند الحكم به مما يحقق فائدة للأطراف المتنازعة، وهذا يرتب تقليل الجهد والنفقات، إذ أن الحراسة بأنواعها كلها تؤدي الى منع الضرر بأصحاب الشأن في حال ما استمرت المنازعة، وبقي المال تحت يد حائزه ، وخصوصا في المدد التي يتطلبها الفصل في موضوع الحق في حال رفع دعوى فيها .

ويمكن الوصول للحراسة بوصفها التدبير المؤقت، إما عن طريق اتفاق الاطراف أصحاب المصلحة في الاموال وذلك بإعطائهم الحرية في ابرام الحراسة الاتفاقية ، أو عن طريق رفع دعوى الحراسة وفقا للأصول القانونية لرفع الدعوى الاستعجالية لحماية هذه الاموال كلما توافرت شروطها.

ونظرا لهذه الأهمية توالت القوانين المدنية على تنظيمها ، فقد نظمها القانون المدني المصري في المواد (٧٢٩ – ٧٣٨) ونظمها القانون المدنيِ الفرنسي فيِ المواد (١٩٥٥ – ١٩٦٣) .

وبالرجوع إلى التشريع العراقي لم نجد لها تنظيماً في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ولم توجد احكام في ثناياه تتعلق بالحراسة ، إلا أن المشرع قد عالج الحراسة معالجة منقوصة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وذلك عندما نص على صورة الحراسة القضائية وذلك في مادتين فقط هما (١٤٧ – ١٤٨).

وعليه فإن الحراسة بوصفها وسيلة للحفاظ على الحقوق المتنازع عليها ودوام استثمارها، والرجوع بما ينتج عنها من منافع على من ينتهي إليه الحق.

ثانيا: اشكالية الدراسة

إن الحراسة على الاموال المتنازع عليها تعد اليوم من بين اهم التدابير في القوانين المدنية محل المقارنة، فالأشخاص الذين يتنازعون بخصوص مال معين او الشركاء الذين يقوم نزاع بينهم بخصوص المال الشائع يحتاجون الى فرض الحراسة عليه ، كونها الوسيلة التي عن طريقها يتم المحافظة على تلك الاموال، واستثمارها ورجوع فوائد ذلك الاستثمار لصاحب الحق فيه ، و فضلا عن ذلك فأنها تسمح بسرعة استيفاء الحق عند الحكم به .

وعلى الرغم من أهميتها، إلا أنها لم تحظَ باهتمام كافٍ من قبل المشرع ، فلا يوجد تنظيم تشريعي خاص ينظم الحراسة، ونتيجة لذلك أدى إلى ازدياد المشاكل القانونية حولها، ولاسيما فيما يتعلق بتكييفها القانوني والالتزامات التي يرتبها العقد على ذمة طرفيه.

فضلا عن ذلك فإن وجود الأموال تحت يد الحارس يسهل عملية التنفيذ على تلك الاموال دون مماطلة من الطرف الذي خسر الدعوى ، مما يعد ذلك نقصا تشريعيا يثير الكثير من التساؤلات التي لابد من الاجابة عليها منها:

١- ما مدى كفاية النصوص المخصصة للحراسة في التشريع العراقي لتنظيم كل موضوع الحراسة من دون اغفال أي جزيئة منها؟
٢- هل الحراسة في التشريع العراقي هي نوع واحد أم على انواع ؟
٣- وهل يمكن للطرفين المتنازعين أن يتفقا بموجب عقد على حراسة المال المتنازع عليه أم أن القضاء هو الذي يقرر فرضها ؟
٤- وإذا سلمنا بوجود الحراسة ؟فما هي طبيعتها القانونية ؟ وهل يمكن تطبيق الاحكام العامة عليها ام يحتاج لتنظيم خاص بها ؟
٥- ماهي الاثار التي تترتب على وجود الحراسة محل الدراسة
٦- ماهي المسؤولية التي تثيرها الحراسة وماهي طبيعتها .
٧- ماهي طرق انتهاء الحراسة

واسئلة اخرى سنحاول التعرض اليها في خلال البحث .

ثالثا: اهمية الدراسة واسباب اختيارها:

على الرغم من الدور الذي تقوم به الحراسة في حماية الاموال التي تفرض عليها فان اهمية الموضوع تتجلى في عدم وجود نصوص تشريعية تحكم او تنظم الحراسة على الاموال المتنازع عليها في القانون المدني العراقي ، اذ ان المشرع قد نص على الحراسة في قانون المرافعات العراقي في مادتين فقط هما (١٤٧– ١٤٨) وهنا كان القصد منها هو الحراسة القضائية مع الاشارة الى مهام الحارس.

كما ان لها اهمية عملية، تتمثل بكونها كونه أحد الوسائل التي عن طريقها يتم المحافظة على الاموال المتنازع عليها من الضياع او التصرف فيها بسوء نية، عندما يعلم الخصم الذي بيده هذه الاموال قبل الحراسة أن الحكم الذي سيصدر هو ضده فيلجأ الى التصرف بها او تهريبها، وخصوصا إذا كانت هذه الاموال منقولة، فإذا وضع شخص حسن نية يده عليها، ففي هذه الحالة لا يستطيع صاحب الحق أن يحتج بحقه تجاه حسن نية لأنه يتملكها استناداً الى قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)

كما إن من الاسباب الموضوعية لاختيار الموضوع ما يؤشر على الفقه هو عدم وجود دراسة قانونية متكاملة لهذا الموضوع في التشريع العراقي.

أما هدف الدراسة فأنها تهدف الى التأسيس لنظام قانوني للحراسة في القانون المدني كونها كثيرة الوقوع فيِ الحياة العملية ، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية تفصيلية تتعلق بمحل الدراسة بما فيها طبيعتها القانونية وصورها وسلطة الحارس واثار العقد والمسؤولية الناشئة عنها .

رابعا: منهجية الدراسة:

إن دراسة موضوع حراسة الاموال المتنازع عليها يقتضي منا أن ننتهج منهجاً تحليليا مقارنا وذلك من اجل الاحاطة بتفاصيله، وبيان جوانبه القانونية، وذلك بالمقارنة بين القانون المدني العراقي وبين كل من: القانون المدنيِ المصري والفرنسي .

فالمنهج المقارن لا يقف عند حد التشريعات فحسب، بل سنسعى لاستعراض آراء فقهاء القوانين محل المقارنة والاحكام القضائَية التي لها علاقة بهذا الموضوع .

خامسا: نطاق الدراسة :

ان دراستها الموسومة بحراسة الاموال المتنازع عليها سنقصر فيها على نوعي من الحراسة وهما الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية كونها الاكثر وقوعا في الواقع.

خامسا: خطة الدراسة:

من أجل الاحاطة بجميع جوانب الموضوع سنقسم الدراسة الى بابين، سنتناول في الاول ماهية حراسة الاموال المتنازع عليها ، وسنقسم هذا الباب على فصلين ، سنتطرق في الفصل الاول لمفهوم الحراسة وذلك بمبحثين نبين في المبحث الاول منها معنى الحراسة ، أما المبحث الثانيِ سنتناول فيه التكييف القانونيِ للحراسة ، أما الفصل الثانيِ سنتطرق فيه لذاتية الحراسة، وهذا بدورة سنقسمه لمبحثين ، سندرس في الاول الشروط الحراسة على الاموال المتنازع عليها، ، اما الثاني سنخصصه لبحث اركانها.

اما الباب الثاني سنفرده لدراسة أحكام حراسة الاموال المتنازع عليها ، وسنقسم هذا الباب الى فصلين ، سنتطرق في الاول، الى اثار حراسة الاموال المتنازع عليها، بمبحثين سنتناول في المبحث الاول، للالتزامات الناشئة عن الحراسة ، أما المبحث الثَانيِ سنخصصه لدراسة حقوق الحارس ، في حين سنتناول في الفصل الثانيِ المسؤولية المدنية الناشئة عن حراسة الاموال المتنازع عليها وانقضائها ، وسنقسمه الى مبحثين سنتطرف في الاول للمسؤولِية المدنية الناشئة عن الحراسة ، أما الثانيِ سنتناول فيه انتهاءها ، ثم توصلنا في النهاية الى خاتمة نبين فيها اهم النتائج والتوصيات .

الباب الاول

ماهية حراسة الاموال المتنازع عليها

تمهيد وتقسيم

لتحديد ماهية الحراسة أهمية كبيرة ، وذلك لأنها احدى الوسائل التي توفر الحماية الضرورية للأموال المتنازع عليها ، في الاحوال التي يخشى فيها على تلك الاموال من الضياع والتلف وتضمن استمرارها في الانتاج على الرغم من قيام النزاع بشأنها، وهذا ما يحقق فائدة لأصحاب المال، فضلا عن ذلك فإن الحراسة بأنواعها كلها تحقق السرعة في استيفاء الحق عند الحكم به مما يحقق فائدة للأطراف المتنازعة ومن ثم يقلل الجهد والنفقات .

لذلك تؤدي الحراسة وظيفة اقتصادية فيِ المجتمع عن طريق حماية الثَروة الخاصة، مما ينعكس ايجابا على الاقتصاد الوطني بشكل كامل، نظراً لارتفاع قيمة الاموال في التعامل التي قد يحصل بشأنها النزاع .

ولأهمية الحراسة على الاموال المتنازع عليها فقد نظمتها القوانين المدنية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي واللبناني ، أما التشريع العراقي فقد نص على الحراسة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

وعليه وفي ضوء ما تقدم فإن دراسة ماهية الاموال المتنازع عليها يتطلب تحديد مفهوم حراسة الاموال المتنازع عليها، فضلا عن بيان ذاتية تلك الحراسة .

لذا سنقسم هذا الباب الى فصلين سنتطرق في الفصل الاول لمفهوم حراسة الاموال المتنازع عليها، اما الفصل الثاني سنخصصه لدراسة ذاتية حراسة الاموال المتنازع عليها .

الفصل الاول

مفهوم حراسة الاموال المتنازع عليها

إن مفهوم حراسة الاموال المتنازع عليها يستلزم منا تعريف الحراسة اولاً ، وذلك بعرض التعريفات التي قيلت بشأنها في القانون والفقه ، ومن ثم بيان التكييف القانوني لها، إذ أن الاخير قد اثار الكثير من الاختلافات في الآراء بخصوصه ، ولاسيما في الفقه العراقي وذلك لعدم وجود تنظيم للحراسة في القانون المدني العراقي ، على العكس من مشرع القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي اللذان حرصا على وضع نصوص في متون هذه القوانين ، تنظم تلك الحراسة، وذلك للأهمية العملية التي تقوم بها الحراسة المتمثلة في حفظ وحماية الاموال .

لذا وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، سنخصص ، الاول للتعريف بحراسة الاموال المتنازع عليها، اما المبحث الثاني فسندرس فيه التكييف القانوني لتلك الحراسة وكالاتي .

المبحث الاول

التعريف بحراسة الاموال المتنازع عليها

إن تحديد التعريف بالحراسة له اهمية كبيرة ليس لأنها تحدد علاقة اطرافها والتزاماتهم والاثار التي تترتب على الاخلال بهذه الالتزامات فحسب بل لكون مشرع القانون المدني العراقي ، لم ينظم الحراسة بتنظيم خاص ، لذا فإن دراسة التعريف بحراسة الاموال المتنازع عليها يقتضي الوقوف على تعريف الحراسة فضلا عن تمييزها من غيرها من الاوضاع القانونية التي تشترك معها في بعض الاهداف والجوانب وتختلف عنها في جوانب اخرى.

إذ أن الفقه قد تناول الحراسة بالتعريف بصورة عامة، فضلا عن وضع تعريفاً لكل نوع من انواع الحراسة، أما على مستوى التشريع فقد جاءت النصوص سواء في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة أم في قانون المرافعات المدنية ،محددة لتعريف نوع واحد من انواع الحراسة وهو الحراسة الاتفاقية من دون ذكر الحراسة القضائية .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنتطرق في المطلب الاول لتعريف حراسة الاموال المتنازع عليها ، اما المطلب الثاني فسنبين فيه تمييز الحراسة عما يتشابه معها من اوضاع .

المطلب الاول

تعريف حراسة الاموال المتنازع عليها

يخلو التنظيم التشريعي محل المقارنة من نص يبين المقصود من الحراسة ، فقد اقتصر الامر على وضع الاحكام المنظمة لموضوع الدراسة ، لذا إن الوقوف على تعريف الحراسة يستلزم تحديد معناها الذي نادى به الفقه ، فضلا عن بيان خصائصها التِيَ تتميز بها، وتحديد انواعها.

وعليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، سنبين في الاول معنى حراسة الاموال المتنازع عليها، وفي الفرع الثاني سندرس خصائص هذا النوع من الحراسة اما الفرع الثالث سنحدد فيه انواع حراسة الاموال المتنازع عليها .

الفرع الاول

معنى حراسة الاموال المتنازع عليها

لقد عرفت الحراسة على الاموال المتنازع عليها من فقهاء القانون المدني بتعريفات متعددة، الا انه قبل التطرق الى تعريف الحراسة لابد من تعريف المال المتنازع عليه فقد عرف المال المتنازع عليه هو (المال الذي رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جدي) [١] وهذا التعريف ينسجم مع انواع الحراسة محل الدراسة فاذا كانت قد رفعت في المال دعوى للقضاء فهنا الحراسة تكون قضائية اما اذا لم ترفع فيه دعوى وانما كان هناك نزاع جدي بين الطرفين من دون رفع دعوى كانت الحراسة اتفاقية وهذا منسجم ايضا مع شروط الحراسة العامة والخاصة التي سنبينها في الفضل الثاني

---

[١]) انظر د. جعفر الفضلي ، الوجير في العقود المدنية (البيع والايجار والمقاولة) ، مطبعة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢، ص ١٦٨، وانظر ايضا المادة (٥٩٣) من القانون المدني العراقي الذي نصت على ان " يعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جدي .

اما الحراسة فقد عرفت من قبل جانب من الفقه القانوني بانها (وضع مال يقوم بشأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت، ويتهدد بخطر عاجل ، في يد امين يتكفل بحفظه وادارته ورده مع تقديم حساب عنه الى من يثبت له الحق فيه) [١]

إلا أنه مما يؤخذ على هذا التعريف كونه ركز على اثار الحراسة وحكمها وليس على ذاتها التي تبين طبيعتها وخصائصها .

وعرفها جانب اخر بأنها "وضع مال يقوم بشأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت، في يد امين يتكفل بحفظه وادارته لحِساب جميع اصحاب الشأن ورده مع غلته الى من يثبت الحق فيه ، سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة ام لا"[٢] إذ يلحظ على هذا التعريف ما ذكرناه من مأخذ في التعريف السابق، اذ لم يأتِ بشيء جديد فقط اشار انه يمكن ان يكون الحارس واضع اليد قبل الحراسة لأي سبب كان .

كما عرفت بأنها (وضع مال معين تحت يد امين يتولى ادارته وحفظه لحين انَتهاء العلة من التحفظ عليه)[٣]

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة – ، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١١.ص ص٧٨١ و انظر ايضا د. انور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب =الفقه واحكام القضاء في مصر والاقطار العربية ، ج٥ ، شرح المادة (٦٢٧– ٧٤٦) ، ط٤، دار العدالة ، القاهرة بدون ذكر سنة الطبع، ص٤٧٢. وانظر ايضا د. داود بن سليمان بن سالم الخروصي، المسؤولية المدنية للحارس واصحاب المال محل الحراسة، بحث منشور في مجلة كلية البنات الاسلامية جامعة الازهر، العدد الخامس عشر ، ٢٠١٦، ص ٤٦٥٩.

[٢] انظر د محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني – التامين و الوكالة والصلح والوديعة والحراسة ، مطبعة جامعة فواد الاول ، القاهرة ، ١٩٤٩، ص٤٩٩ انظر ايضا ابراهيم المنجي ، دعوى الحراسة ، التنظيم القانوني والعملي لدعوى الحراسة القضائية – تعريف وطبيعة واهمية دعوى الحراسة القضائية – انواعها وشروطها والاختصاص القضائي بنظرها – التزامات وحقوق الحارس وفرض الحراسة وانتهائها – الضوابط القضائية والدفوع القانونية في الدعوى، ط٢، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٤

[٣] انظر نبيل بن محمد بن صالح المشيقح، الحراسة القضائية في الفقه الاسلامي والنظام السعودي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية ، ٢٠١١، ص ٦٩.

ومما يؤخذ على هذا التعريف ايضاً فضلاً عن ما تم ذكره من ملاحظات على التعريفات السابقة، انه يوهم القارئ بأن الحراسة ممكن ان تكون على جميع الاموال سواء أكانت متنازعاً عليها أم لا ، إذ لم يشر الى موضوع النزاع على الاموال ، لذا قد يتبادر الى الذهن ان العلة من وضع المال هو المحافظة عليه من التلف من دون قيام نزاع عليه، ومن المعروف في نطاق الحراسة بأنواعها كلها لا تكون إلا على الاموال المتنازع عليها او التي يكون الحق فيها غير ثابت .

اما على مستوى الفقه الفرنسي فقد عرف حراسة الاموال المتنازع عليها بأنها (وضع عقار أو منقول بين يدي طرف ثالث بهدف المحافظة على حقوق طرفي الخصومة ذوي المصلحة في حفظه)[١] يؤخذ على هذا التعريف ما يؤخذ على سابقاته من ملاحظات ، وفضلا عن ذلك فقد كان غير موفق في مستهله ومعيباً من جهة الصياغة، ففيه حشو كان من الممكن تجنبه عن طريق حذف عبارة (وضع عقار او منقول) والاكتفاء بالقول (وضع مال) لأن المال قد يكون منقولاً او عقارا ، ومن ثم فان مدلول مصطلح المال يشمل المنقول والعقار فلا داعي لوجود هذه الزيادة غير المبررة في التعريف .

أما على مستوى فقهاء القانون المدني العراقي فلم نجد للحراسة بصورة عامة تعريفا على الرغم من أن وضع التعريفات للمصطلحات القانونية هو أحد مهمات الفقه، فقد يكون احد اسباب عدم وضع فقهاء القانون المدني العراقي تعريفا للحراسة هو عدم تنظيم القانون المدني لموضوع الحراسة حتى بوصفه عقدا ضمن العقود المسماة .

اما على مستوى التشريع فلم تتضمن التشريعات محل المقارنة (القانون المدني العراقي والمصري[٢] والفرنسي[١]) تعريفا للحراسة بصورة عامة، لان وضع التعريفات هي من اختصاص الفقه أما القوانين فتتضمن الاحكام من دون تعريف المصطلحات .

---

[1] Aubry et Rau, "Cours de droit civil francais", 5ed, tom 6e. par Bartin libraire de la cour de cassation. Paris.france 1920. N. 407. P.145. Claude Brenner "L'acte conservatoire", these,pour le doctorat university de paris2 paris france II, 1999, n. 342.p172

[٢] القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

فعلى مستوى القانون المدني العراقي فانه لم ينظم الحراسة بأي شكل من الاشكال وانما نظمها قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وقد وضح الحراسة بوصفها اجراء قضائي و بين الحالات التي يجوز للقاضي فيها ان يأمر بالحراسة القضائية وذلك في المواد(١٤٧-١٤٨) منه، وعليه لم يرد تعريف في متن القانون المدني العراقي للحراسة بصورة عامة.

وكذلك تضمنت نصوص القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، بيان مفهوم الحراسة الاتفاقية، واشارت الى الحالات التي يجوز فيها لقاضيِ الموضوع أن يأمر بالحراسة القضائية ، لذا فان القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي لم يتضمنا تعريفا لحراسة الاموال المتنازع عليها .

وعليه وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف حراسة الاموال المتنازع عليها بانها (وضع مال متنازع عليه بصورة مؤقتة تحت يد حارس يلتزم بالمحافظة علية وادارته وتقديم حساب عنه ورده عند انتهاء النزاع الى من يثبت الحق له فيه)

الفرع الثاني

خصائص الحراسة على الاموال المتنازع عليها

تتميز حراسة الاموال المتنازع عليها بمجموعة من الخصائص التي تعد من سماتها المميزة وهي كالاتي :

اولاً: الحراسة من اعمال الادارة : تعرف اعمال الادارة بأنها (تلك الاعمال التي تهدف الى استغلال المال دون المساس بأصله)[٢] وكما عرفها راي اخر بانها (ما يخرج من نطاق اعمال التصرف وعن لزوم وبساطة اعمال الحفظ)[٣]

---

[١] القانون المدني الفرنسي الصادر ١٨٠٤ المعدل .

[٢] د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني ، المدخل لدراسة القانون وبخاصة المصري وللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص١٥٩.

[٣] د. حمدي عبد الرحمن ، فكرة الحق، ط١ ،دار الفكر العربي الجديد، القاهرة ، ١٩٧٩، ص ١٩٨.

إذ يتضح من ذلك أن اعمال الادارة هي الاعمال التي تنصب على إدارة المال واستغلاله وحفظ من دون المساس بأصل الحق ونقل ملكيته .

لذا فان الحراسة على الاموال المتنازع عليها تعد من اعمال الادارة، إذ يقوم الحارس بإدارة واِستَغِلالُ المَالِ الموضوع تحت حراسته من دون المساس بأصل الحق، وهذا ما اكدت المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي نصت على أن " الحراسة عقد ... فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته..." والمادة (١/٧٣٤) منه التي جاء فيها " يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وبإدارة هذه الاموال ....." وكذلك المادة (٧٣٥) من القانون نفسه والتي جاء فيها " لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ....."[١]

يتضح من عبارة (يتكفل هذا الشخص بحفظة وداراته) و عبارة (وبإدارة هذه الاموال) و (غير اعمال الادارة) الواردة في نصوص القانون المدني المصري المشار لها أعلاه تخويل الحارس اعمال الادارة للأموال الموضوعة تحت حراسته، فيكون ذلك مصداقا على عد الحراسة من اعمال الادارة .

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فلم نجد في متن هذا القانون نصوصاً تصرح على تخويل الحارس اعمال الادارة او عد الحراسة من اعمال الادارة، الا ان التطبيقات القضائية في هذا المجال تكفلت بالأمر، فقد أكدته محكمة النقض الفرنسية على ان الحراسة من اعمال الادارة التي تخول الحارس ادارة المال الموضوع تحت حراسته ، وذلك في قرار لها جاء فيه (يجب على الحارس الاتفاقي أن يحافظ على الشيء محل الحراسة وأن يديره بالقدر الذي تقتضيه طبيعة هذا الشيء ونطاق مهمته)[٢].

---

[١] انظر باعتبار الحراسة من اعمال الادارة ما ذهبت الية محكمة النقض المصرية في قرارها رقم ١٠٢٢س٥١ق، تاريخ ٢٥/ ١٩٥٨/٦ منقول عن نسرين غانم حنون، اعمال الادارة في القانون المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٦، ص ١٦٠ والذي جاء فيه "الحارس قضائيا او اتفاقيا يعد نائبا عن صاحب المال في اعمال الادارة ....."

[٢] نقض مدني ١، ٢١، شباط فبراير ، ١٩٩٥، نشرة مدنية ١، رقم ١٠١ القانون المدني الفرنسي بالعربية ، ترجمه جامعة القديس يوسف ، دار دالوز ٢٠١٢ ، ص ١٨٨٤.

لذا وفي ضوء قرا ر محكمة النقض الفرنسية ومن خلال ورود عبارة (وأن يديره بالقدر...) ، يتبين ان الحراسة على الاموال المتنازع عليها تتِصِفُ بكوِنها مَنِ اِعمِالَ الادارة الِتَي تولد التزاما على عاتق الحارس يتمثل بإدارة المال الموضوع تحت حراسته والمحافظة عليه .

أما على مستوى التشريع العراقي فلم ينظم القانون المدني موضوع الحراسة وهذا ما بيناه في تعريف الحراسة، إلا أن قانون المرافعات المدنية أكد على أن الحراسة على الاموِال المتنازع عليها تعد من أعمال الادارة، وذلك في المادة (١/١٤٨) بقولها " ١ – تحدد المحكمة في قرارها مهمة الحارس والتزاماته وماله من حقوق وسلطة . فان سكت الحكم عن ذلك تسرى الاحكام الاتية : ا – يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وادارتها ..... ب – لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ...."

حيث يتضح من هذا النص ، أن الحراسة هي من اعمال الادارة وذلك بالنص على ترتيب التزام على عاتق الحارس يتمثل بإدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته، فضلا عن النص بعدم تخويله عملاً غير اعمال الإدارة، ومن ثم فان الاعمال المسموح بها التي تدخل من ضمن سلطة الحارس هي اعمال الادارة فحسب .

وفي ضوء ما تقدم يتضح أن من خصائص الحراسة على الاموال المتنازع عليها كونها عملا من اعمال الادارة ،تخول الحارس ادارة الاموال الموضوعة تحت حراسته دون المساس بأصل الحق او نقل ملكيته.

ثانيا : الحراسة ذات صفة مؤقتة :

الحراسة على الاموال المتنازع عليها بطبيعة الحال تحمل صفةً وقتيةً ، وليس معنى ذلك أنها لا تستمر إلا لمدة قصيرة ، بل أنها قد تستمر لمدة طويلة، ما دامت مستمرا تحافظ على حق او مصلحة مشروعة كانت موجودة قبل النزاع كل ذلك من غير المساس بأصل الحق حتى يتم

التراضي بين المتنازعين عليه او يصدر حكم من القاضي يزيل السبب الذي اوجب وجود الحراسة[١].

فمثلا اذا قام نزاع بين طرفين على إدارة شيء مشترك بينهم يكون سببا لوجود الحراسة سواء باتفاق الطرفين أم برفع دعوى وصدور حكم قضائي بتعيين حارسا قضائيا على المال الشائع [٢].

فالحراسة المذكورة في المثال اعلاه مؤقتة بطبيعتها لان الهدف منها هو المحافظة على حقوق الطرفين من الضياع لمدة قيام النزاع من دون المساس بأصل الحق إلا أن مدة قيام النزاع قد تطول وتقصر بحسب اجراءات التقاضي وتعنت الطرفين .

لذا فهي تستمر لمدة قيام الاسباب التي دعت الى وجود الحراسة وقد تطول او تقصر بحسب الظروف، ومن ثم فهي تنتهي حتما بانتهاء الظروف التي أدت لقيام الحراسة، فمبررات فرض الحراسة بطبيعة الحال مؤقتة .

ثالثا: الحراسة ذات صفة احترازية :

تعد الحراسة على الاموال المتنازع عليها ذات صفه تحفظية، لأن الهدف هو المحافظة على الاموال المتنازع عليها حتى ينتهي النزاع القائم بصددها .

فلا يجوز أن تكون الحراسة اجراءً تنفيذيا او وسيلة ضغط على احد الطرفين من اجل الوفاء بما عليه للطرف الآخر، وقد نصت القوانين محل المقارنة على الصفة التحفظية بصورة صريحة[٣] .

فعلى مستوى القانون المدني المصري فقد نص على الصفة التحفظية للحراسة في المادة (٧٢٩) بقولها " الحراسة عقد يتعهد الطرفان الى شخص أخر بمنقول أو عقار أو مجموعة من المال يقوم في شأنها نزاع أو يكون الحق غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وادارته ..."

---

[١] د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٣٥.

[٢] جاسم محمد حسن، دعوى الحراسة القضائية، دراسة مقدمة للمعهد القضائي ، القسم المدني، ١٩٩٢، ص ٨.

[٣] جاسم محمد حسين، مصدر سابق ، ص ١٠.

وكذلك المادة (١/٧٣٤) من القانون نفسه التي نصت على أن " يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها...."

حيث يفهم مما تقدم أن الحراسة لها صفة تحفظية غايتها هو المحافظة على الاموال المتنازع عليها حتى انتهاء النزاع القائم بشأنها من دون ان تكون وسيلة للتنفيذ على الاموال موضوع الحراسة.

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فيمكن استنتاج الصفة التحفظية من نص المادة (١٩٥٩) التي نصت على " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعاً عليه بين يدي شخص ثالث يلتزم برده بعد انتهاء النزاع ، الى الشخص المفروض أن يتسلمه "

اذ من عبارة (ايداع) الواردة في المادة أعلاه نستطيع أن نستنتج الصفة التحفظية للحراسة، ،لأن الايداع ينصب على الحفظ فحسب من دون أن يكون وسيلة للتنفيذ على الاموال التي في يد المودع عنده ، يتضح من ما تقدم أن الحراسة لها صفة تحفظية على الرغم من عدم قناعتنا بلفظ الايداع الوارد في تعريف الحراسة الاتفاقية للقانون المدني الفرنسي إذ لا مبرر له، وهذا ما سنبينه عند استعراض تعريف الحراسة الاتفاقية .

وقد أكد القانون نفسه هذه الصفة بصورة صريحة في المادة (١٩٦٢) عند التطرق للحراسة القضائية إذ جاء فيها " ان تعيين حارس قضائي يؤدي الى نشوء التزامات متبادلة بين الحاجز والحارس، فيجب على الحارس أن يبذل في سبيل المحافظة على الامتعة المحجوزة..."

فهذه المادة نصت بصورة صريحة على الصفة التحفظية للحراسة ورتبت التزاماً على عاتق الحارس يتمثل بالمحافظة على الاموال التي تحت حراسته من دون ان يتعدى ذلك الى التنفيذ .

اما على مستوى التشريع العراقي فقد نِصَتِ المَادِةَ (١/١٤٨-أ) من قانون المرافعات العراقي بصورة صريحة على الصفة التحفظية للحراسة بقولها "تحدد المحكمة في قرارها مهمة الحارس والتزاماته وماله من حقوق وسلطة . فإن سكت الحكم عن ذلك تسرى الأحكام الآتية: أ – يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة اليه حراستها....."

لذا يمكن أن نستنتج هذا الصفة من عبارة (ورده مع غلته المقبوضة) الواردة في المادة (١/١٤٧) التي جاء فيها " ١ – يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه"

ان هذه العبارة:(ورده مع غلته المقبوضة) تدل بوضوح على أن الحارس يلتزم بالمحافظة على المال الموضوع تحت الحراسة لأن المال لا يمكن رده بالحالة التي تسلمها به إلا اذا تولى المحافظة عليه، وهكذا تبرز الصفة التحفظية لحراسة الاموال المتنازع عليها .

في ضوء كل ما تقدم يتضح أن الحراسة على الاموال المتنازع عليها ذات صفة تحفظية تهدف للمحافظة على الاموال طول مدة النزاع من دون أن يتعدى ذلك الى كونها وسيلة من وسائل التنفيذ على المال الموضوع تحت الحراسة .

رابعا : الحراسة ذات صفة تبعية :

من الخصائص البارزة للحراسة محل الدراسة أنها ذات صفة تبعية، أي غير قائمة بذاتها ، فهي لا توجد بصورة مستقلة بل لابد من وجود نزاع او خطر عاجل على الاموال محل الحراسة ترتكز عليه وتكون تابعة له، وهذا ما اكدت المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقِي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمعت لديه الاسباب معقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء وضع المال تحت الحراسة ....." [١]

[١] تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الحراسة عقد يعهد بمقتضاه الى شخص اخر بمنقول او عقار او مجموعة من المال يقوم بشأنها نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت...." والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه ....."

اذ يتضح من خلال النص المذكور ان الحراسة غير قائمة بذاتها أي لا تقوم بصورة مستقلة وانما تستند على شيء اخر سابقا لها ، وبالتالي فاذا كان كذلك فهو يدور وجودا وعدما مع جدية او عدم جدية وصحة وبطلان النزاع الذي يعد سببا لفرض الحراسة .

فمثلا اذا كانت الأموال المتنازع عليها التي وضعت تحت الحراسة بضاعة معينة ثم اتضح للمحكمة في ما بعد بصورية هذا النزاع، فهنا تقرر انهاء الحراسة تبعا لانتهاء النزاع او صورية الاسباب والمبررات التي بموجبها تم فرض الحراسة، فضلا عن ذلك تبرز صفة التبعية في الحراسة بالنسبة لانتهائها حيث تنتهي الحراسة بانتهاء الاسباب والمبررات التي دعت لقيامها وثبوت الحق لاحد اطراف النزاع، فاستمرارها يكون تابعا لاستمرار المبررات التي دعت الى فرضها، فاذا تغيرت هذه المبررات أو زالت بعد أن كان وجودها صحيحا، فان ذلك يؤدي الى انتهاء الحراسة ، فمثلا أن يعين حارس على تركة او على شركة ، وبعد ذلك يتم تعيين مصفٍ على هذه التركة او الشركة ، فهذا يعني دخول مهمة الحارس في مهمة المصفى ، لذا لا يبقى مبرر لبقاء الحراسة وذلك لتغير او زوال مبررات فرضها ، وكذلك لو عُيّنّ حارس على مال بسبب اختلاف الشركاء حول انصبتهم ، ثم اتفقوا على الانتفاع بها عن طريق تقسيمها قسمة مهايأة ، فهنا تنتهي الحراسة وذلك لعدم بقاء مبرر لاستمرارها، ومن ثم يستطيع كل شريك أن يضع يده على حصة مفرزة بصورة مؤقتة لينتفع بها حتى يحسم النزاع الموضوعي ، وهذا ما نستشفه من ذيل المادة (١٤٧/ ١) من قانون المرافعات العراقيِ التي جاء فيها " .... ورده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه "[١]

ويتبين مما تقدم ان الحراسة ذات صفة تبعية لأنها تتبع الاسباب والمبررات التي دعت الى فرضها وجودا وعدما وابتداءً واستمرارا ولا تقوم بصورة مستقلة .

---

[١] تقابلها المادة (٧٢٩) التي جاء فيها " .... وبرده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه " والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي "..... يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يستلمه "

الفرع الثالث

انواع الحراسة على الاموال المتنازع عليها

تقسم الحراسة بصورة عامة في جميع القوانين محل المقارنة الى انواع ، بحسب مصدرها، فقد تكون الحراسة اتفاقية او قضائية او قانونية .

إلا أننا نرى أن الحراسة القانونية التي تقرر بنص القانون من دون تدخل الافراد او القضاء[١] تخرج من نطاق بحثنا وهذا ما بيناه في نطاق الدراسة وذلك لانها ولا تتعلق بالأموال المتنازع عليها فهي وإن كانت إجراًء تحفظياً لكن لا ترد على الاموال المتنازع عليها وهذ.

لذا فان الحراسة التي تتعلق بموضوعنا تقسم الى نوعين هي الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية .

اولا : الحراسة الاتفاقية:

ان الحراسة الاتفاقية هي التي تتم باتفاق الطرفين المتنازعين على المال، لذلك عرفتها القوانين محل المقارنة بأنها عقد .

فقد عرفها القانون المدني المصري في المادة (٧٢٩) بأنها " عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص آخر بمنقول آو عقار آو مجموعة من المال، يقوم بشأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه".

يتبين مما تقدم أن الحراسة الاتفاقية هيِ عقد رضائيٍ، يتم باتفاق الطرفين من دون أن يكون هناك شكلية معينة يخضع لها العقد، فضلا عن ذلك فهو عقد ملزم للجانبين، يترتب على

---

[١] د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج١، الكفالة – الوكالة – السمسرة – الصلح – الوديعة – الحراسة ، ط٢، المطبعة العالمية ، مصر ١٩٥٢ ، ص ٨٠٧.

طرفيه عدة التزامات ومن اهم التزامات التي يرتبها على الحارس هي المحافظة على المال المتنازع عليها ورده عند انتهاء النزاع للطرف الذي يثبت له الحق فيه.

وقد عرف القانون المدني الفرنسي الحراسة الاتفاقية في المادة (١٩٥٦) بأنها " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه بين يدي شخص ثالث يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يتسلمه"

لهذا تعد الحراسة عقداً مادامت تقوم على الاتفاق، لكن هذا التعريف فيه نظر، كونه يصف الحراسة بأنها وديعة، وقد أسس الانتقاد على اساس الفروق بينها وبين الوديعة، التي من اهمها ان الوديعة تنصب على الاموال غير المتنازع عليها والأصل فيها أن تكون بدون أجر، أما الحراسة فترد على الاموال المتنازع عليها وتكون بأجر دائما.

اما على مستوى التشريع العراقي فلم يرد تعريف لعقد الحراسة سواء في القانون المدني ام في قانون المرافعات المدنية وإنما عرفها رأي من الفقه بأنها (الاتفاق على وضع مال متنازع فيه بيد امين ، اذا كان بقاؤه في يد حائزة من شأنه أن يهدد بالخطر من يدعي لنفسه حق فيه ، على أن يتكفل الامين بحفظة وادارته ورده الى من يثبت له الحق فيه)[١].

لذا وفي ضوء ما تقدم يتضح أن الحراسة الاتفاقية تقوم على اتفاق بين الطرفين المتنازعين – والحارس، إلا أن هذا الاتفاق يكون إما سابقاً على النزاع أو لاحقاً له.

فقد تكون الحراسة قبل قيام النزاع عن طريق شرط يتفق عليه الطرفان ، مثال ذلك أن يتفق البائع والمشتري في عقد بيع سيارة بوضعها تحت الحراسة اذا ما تم التأخير بأي قسط من ثمن السيارة، فهنا تم الاتفاق على الحراسة قبل قيام النزاع وجعل الحراسة مشروطة بقيامه ، إذ ان هذا الشرط يعد صحيحاً مادام مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب، وعند الاختلاف يرفع الامر للمحكمة مع ذلك تبقى الحراسة اتفاقية.

---

[١] انظر د: عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة – الاعارة الايداع الحراسة المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٩، ص ٢٤٤-٢٤٥.

وقد يكون الاتفاق على الحراسة بعد قيام النزاع وهو الامر الغالب فيتفق البائع والمشتري كما في المثال السابق بعد قيام النزاع على وضع السيارة تحت حراسة شخص يتفقون عليه[١].

ثانيا: الحراسة القضائية :

ان تعريف الحراسة القضائية لم يرد في التشريعات محل المقارنة، وإنما تم ذكر الحالات التي ترد فيها تلك الحراسة [٢]، لذا تولى الفقه تعريفه، فقد عرفها رأي من الفقه العراقي بأنها ("اجراء تحفظي يأمر به قاضي الامور المستعجلة، بناءً على طلب صاحب المصلحة بوضع عقار او منقول او مجموعة اموال يقوم بشأنها نزاع او يكون فيها الحق غير ثابت تحت يد شخص يعينه (حارس) ليقوم على حفظه وادارته على أن يرده مع غلته لمن يثبت له الحق فيه وذلك اذا قامت خشية من بقاء المال او الشيء تحت يد حائزه")[٣]

إلا أن هذا التعريف يرد عليه بعض الملاحظات اذ انه فيه استزادة غير مبررة وذلك في عبارة (بوضع عقار او منقول او مجموعة اموال) وكان من الممكن تلافيها بذكر عبارة (وضع اموال) فضلا عن ذلك بانه ذيل التعريف بذكر (الشيء) وكان من المفروض الاختصار على ذكر مفردة (المال) لأنها مدار البحث.

وتطرق الفقه المصري لها و عرفها جانب منه بأنها (وضع مال بحكم القضاء في يد شخص امين عندما يقوم بشأنه نزاع او يكون الحق فيه غيرِ ثابت ، ليتكفل بحفظه وادارته لحساب جميع اصحاب الشأن ورده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه رضاء او قضاء سواء كان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة ام لا)[٤].

---

[١] انظر .د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الاول– العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق ، ص ٧٨٨–٧٨٩ .

[٢] انظر المادة (١٤٨) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٧٣٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٦١) من القانون المدني الفرنسي .

[٣] انظر : لفتة هامل العجيلي ، القضاء المستعجل و الولائي ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠٢٠، ص٦٦ للمزيد انظر د. عصمت عبد المجيد، اصول المرافعات المدنية ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل، ٢٠١٣، ص ٥٦٤.

[٤] انظر: للمزيد انظر د. محمد علي عرفة ، مصدر سابق، ص ٤٩٩.

اما على مستوى الفقه الفرنسي فقد عرفها جانب بانها (وضع شيء منقول او عقار بأمر القضاء تحت يد طرف ثالث بهدف المحافظة على حقوق الاطراف اصحاب المصلحة فيه)[١].

اذ يتضح من هذه التعريفات أنها ركزت على أثر الحراسة القضائية من دون تسليط الضوء على ماهية هذه الحراسة وطبيعتها وهي الملاحظات ذاتها التي تم طرحها عند التطرق لتعريف الحراسة بصورة عامة .

لذا فإن أفضل تعريف للحراسة القضائية الذي نعتقد أنه يبرز ماهيتها وطبيعتها القانونية ، هو ما عرفه الدكتور رضا محمد عيسى[٢] الذي عرف الحراسة القضائية بأنها (أجراء تحفظي مؤقت يأمر به القضاء يتم بموجبه وضع مال متنازع عليه تحت يد حارس يلتزم بالمحافظة عليه وادارته عند انتهاء النزاع مؤيدا بحساب ختامي)

يتبين من كل ما تقدم أن الحراسة القضائية أجراء تحفظي ومؤقت وعمل من أعمال الادارة وهي الخصائص ذاتها التي ذكرناها عند بحث خصائص الحراسة بصورة عامة .

---

(1) claudeBrenner" lacte conservatoire " . these .par II.. n.342.p-172.

[٢] انظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال – دراسة مقارنة ، ط١، القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٣، ص١٧.

المطلب الثاني

تمييز حراسة الاموال المتنازع عليها مما يشتبه بها من اوضاع قانونية

تتشابه حراسة الاموال المتنازع عليها مع عدد من الانظمة القانونية المعروفة في جوانب وتتخلف معها في جوانب أخرى، لأن كل منها يهدف إلى المحافظة على الاموال، وادارتها بوضع اليد عليها وذلك لاعتبارات عدة، كالوصاية على اموال الغير وتصفية الاموال والحجز.

لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، سنتطرق في الاول لتمييز حراسة الاموال المتنازع عليها عن الوصاية، والثاني الى تمييزها عن التصفية والثالث لتمييزها عن الحجز.

الفرع الاول

تمييز الحراسة عن الأيصاء

عرفّ قانون الاحوال الشخصية العراقيِ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل الوصاية في المادة (٧٥) منه بأنها " الايصاء اقامة الشخص غيره لينظر فيما اوصى به بعد وفاته" اما على مستوى فقهاء القانون فقد عرفوا الوصاية بأنها: هو النظام القانوني المقرر لحماية مصالح القاصر الذي لا ولي له[١]

والوصاية تكون على الامور المالية للقاصر دون الشخصية[٢]، والوصي اما مختار يتم تعيينه من الاب أو الجد، واما وصي منصب تعينه المحكمة لإدارة اموال القاصر.

إذ يتضح من ذلك أن الوصاية تقترب من الحراسة في نواح وتختلف في نواح اخرى نجملها بما يأتي :

---

[١] انظر . د. محمد كمال حمدي، الولاية على المال ، ج١، الاحكام الموضوعية ، منشاة المعارف ، مصر ، ص١٩٦٦، ص٧٩ .

[٢] انظر د. محمد حسين كشكوش وعباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، شركة العاتك ، القاهرة ، دون ذكر سنة النشر، ص ٣٠١.

اولا : تقترب الحراسة من الوصاية من حيث أنها أما أن تقوم باتفاق الطرفين وتمسى حراسة اتفاقية او بناء على حكم قضائي وتكون في هذه الحالة حراسة قضائية [١]، في المقابل الوصاية ايضا أما أن تكون اختيارية بدون تدخل القضاء بالتعين عن طريق الاب ، وإما أن تكون بوصي قضائي او معين يتم تعيينه من المحكمة المختصة[٢]

ثانيا : كما تتشابه كل منها من حيث مقدار العناية المطلوب بذلها اذ ان كل من الحراسة و الوصاية يجب على القائم بها من حارس او وصي أن يبذل في القيام بالمهام الموكلة اليه والمحافظة على الاَموال عناية الرجل المعتاد وإلا عدَّ مقصرا في أداء عمله وتقوم مسؤوليته المدنية عن الاضرار التي لحقت الاموال الموضوعة تحت يده[٣].

---

[١] انظر ابراهيم المنجي، مصدر سابق ، ص ١٤ وما بعدها للمزيد في انواع الحراسة انظر المادة (١٤٧) من قانون المرافعات العراقي و (٧٢٩-٧٣٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٥٥) من القانون المدني الفرنسي

[٢] انظر د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري، بغداد، دون ذكر سنة الطبع، ص ٦٧.راجع انواع الوصايا قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حيث تم ذكر انواع الوصاية في المادة (٣٤) عندما عرفت الوصي والتي جاء فيها " الوصي هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة، على ان تقدم الام على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً) حيث بينت هذه المادة ان الوصي اما يكون مختارا او معين وللمزيد انظر المادة (٣٥و ٣٦) من نفس القانون انظر في انواع الاوصياء المواد (٢٨و ٢٩) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، انظر ايضا د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الاول ، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١١، ص٢٧٣-٢٧٤.

[٣] انظر د. حسين محمد حسين ، المسؤولية القانونية للحارس عن الاموال التي في حراسته، دون ذكر الناشر ومكان النشر، ٢٠٠٥، ص ٥١-٥٢. للمزيد انظر المادة (١/٧٣٤) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وبإدارة هذه الاموال ويجب ان يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد " والمادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " ان =تعيين حارس قضائي يؤدي الى نشوء التزامات متبادلة بين الحاجز والحارس، فيجب على الحارس ان يبذل في سبيل المحافظة على الامتعة المحجوزة العناية التي يبذلها الاب الصالح ....."

اما العناية التي يبذلها الوصي في المحافظة على اموال القاصر انظر المادة (٤١) من قانون رعاية القاصرين العراقي " على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني" حيث ان هذه المادة احالة الامر

ثالثا: إن كل من الحراسة والوصاية تلزم القائم بها من حارس او وصي تقديم حساب بالأموال الموجودة تحت يده عند انتهاء مهامه او في موعد يحدده مصدر كل منهما أي الاتفاق او نص القانون[١]، فضلا عن ذلك ان كل من الحراسة والوصاية لا يمكن للقائم بها أن يباشر اعمال التصرف[٢] في الاموال إلا بعد الحصول على الاذن سواء من اصحاب الشأن أم من المحكمة[٣] .

على الرغم من التقارب الذي ذكرناه بين الحراسة والوصاية في الجوانب السابقة إلا أن كل منها يختلف عن الآخر بوجوه عدة منها :

للقانون المدني العراقي والذي نص على ان العناية التي يجب ان يبذلها هي عناية الرجل المعتاد وذلك في المادة (٩٣٤) والتي جاء فيها " ذا كانت الوكالة بلا اجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة، ومع ذلك اذا كان الوكيل يعني بشؤونه الخاصة اكثر من عناية الرجل المعتاد، فلا يطالب الا ببذل عناية الرجل المعتاد " تقابلها في قانون الولاية على المال المصري المادة (٣٦ :يتسلم الوصي اموال القاصر ويقوم علي رعايتها وعليه ان يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل الماجور وفقا الحكام القانون المدني " حيث ان القانون المدني المصري نص على ان العناية المطلوبة من الوكيل الماجور هي عناية الرجل المعتاد وذلك في المادة (٢/٧٠٤ منه والتي جاء فيها " ٢- ان كانت باجر وجب على الوكيل ان يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد "

[١] انظر د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، الاعارة والايداع والحراسة والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، مصدر سابق، ص ٢٨٢-٢٨٣ وايضا انظر المادة (٢/٧٣٧ من القانون المدني المصري والتي نصت " ويلتزم ان يقدم لذوي الشأن كل سنة على الاكثر حسابا بما تسلمه وبما انفقه .." اما بخصوص تقديم الحساب في الوصايا انظر المادة (٥٩/اولا والتي جاء فيها " ولاً – على مديريات رعاية القاصرين والاولياء والاوصياء عند بلوغ الصغير سن الرشد القيام بما يلي ٢- سليمه حسابات نهائية مفصلة عن نتائج ادارة امواله، واذا كانت الادارة بيد الولي او الوصي فعليه تسليم نسخة من تلك الحسابات الى مديرية رعاية القاصرين...."

[٢] يقصد بأعمال التصرف هي " الاعمال التي يترتب عليها تعديل المركز المالي للشخص بصفة نهائية، او الزامة بالنسبة للمستقبل مثل بيع المال او ان شاء رهن عليه " انظر نسرين غانم حنون ، مصدر سابق ، ص ٢٠ للمزيد عن مدى سلطة الحارس بالقيام بأعمال التصرف انظر الفصل الاول من الباب الثاني.

[٣] انظر بخصوص الحراسة المادة (٧٣٥ من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا برضاء ذوي الشأن جميعا او بترخيص من المحكمة " اما بخصوص الوصايا انظر المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين العراقي التي نصت على " لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك...."

اولا : إن الحراسة ترد على الاموال المتنازع فيها او التي لم يثبت الحق فيها ، ومن ثم فان السبب من وجود الحراسة هو النزاع الموجود على الاموال الموضوعة تحت الحراسة وهي ترد على اموال الاشخاص بصرف النظر عن الاهلية التي يتمتعون بها، اما الوصاية فأنها ترد على اموال ناقصي الاهلية (الصغار) فالسبب في الوصاية هو صغر السن، وليس النزاع على الاموال، وهذا ما نصت عليه المادة(٣٤) من قانون رعاية القاصرين العراقي التي عرفت الوصي "الوصي هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة...." يتِضح من النص المتقدم أن السبب في الوصاية هو صغر السن كذلك ما أكدته المادة (٣٩) من القانون نفسه " تنتهي مهمة الوصي في الحالات الآتية : اولاً – بلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه...."[١] إذ يُفهم ان الوصاية تنتهي في الاصل ببلوغ الصغير سن الرشد، لذا فان هذه المادة تؤكد أن الوصاية تكون على أموال الصغير .

ثانيا : كذلك تختلف الحراسة عن الوصاية على الاموال بالنظر الى الجهة التي تقوم التعيين، وخصوصا اذا كانت الحراسة غير اتفاقية والوصاية غير اختيارية ، فالحراسة القضائية تقرر بموجب حكم قضائي يصدر من قاضي الامور المستعجلة او القاضي الموضوعي اذا رفع الامر اليه بصورة تبعية[٢] فمحكمة الامور المستعجلة هي محكمة البداءة، فقد صرحت بذلك المادة (١٤١) من قانون المرافعات العراقي والتي جاء فيها "١- تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق ٢- تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل اذا رفعت اليها بطريق التبعية اثناء السير في دعوى الموضوع"[٣] إذ ان الحراسة هي من اختصاص محكمة الامور المستعجلة اذا رفعت بصورة

---

[١] تقابلها المادة مادة(٤٧) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ والتي جاء فيها " :تنتهي مهمة الواصي-١ :- ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة الا إذا تقرر استمرا الوصية علية..."

[٢] انظر عز الدين الدنياصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء ، ط٨، دون ذكر مكان وسنة النشر، ص٢١٤ وما بعدها

[٣] تقابلها المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم١٣ لسنة ١٩٨٦ " يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت ، اما في خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون هذا

اصلية وليس بطريقة تبعية، وهذا ما أكدته المادة (١/١٤٧) التي نصت على انه " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه"[١]

اما الوصايا اذا كانت غير اختيارية فان المحكمة هي التي تقوم بتعيين الوصي والمحكمة المختصة هنا هي محكمة الاحوال الشخصية، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية بقولها" تختص المحكمة الشرعية بالنظر في الأمور التالية : ٢ – الولاية والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والاذن له بالتصرفات الشرعية والقانونية .."

ثالثا: تختلف الحراسة عن الوصاية من حيث طريقة انتهاء كل منهما، إذ تنتهي الحراسة أما عن طريق اتفاق جميع ذوي الشأن او عن طريق صدور حكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة(١/٧٣٨) من القانون المدني المصري بقولها " تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا او بحكم قضائي "[٢]

اما طرق انتهاء الوصايا فلا يوجد بينها لا اتفاق ذوي الشأن ولا الحكم القضائي وانما تنتهي بطرق تنسجم مع سبب وجود الوصاية فتنتهي بعدة طرق اما عن طريق بلوغ الصغير سن الرشد

=الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية . على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية" والمادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي .....

[١] انظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ١٢/٥/ ١٩٦٦ سنة ١٧ والذي جاء فيه (دعوى الحراسة القضائية اجراء مؤقت لا يمس اصل الحق يختص بنظرها قاضي الامور المستعجلة . اختصاص محكمة الموضوع اذا رفعت اليعا بطريقة تبعية ....."

[٢] تقابلها المادة(١٩٦٠ من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " لا يمكن للوديع المكلف بالحراسة ان يعفى من المهمة قبل انتهاء النزاع الا في حال موافقة جميع الاطراف المعنيين او لسبب يعتبر مشروع " اما بالنسبة لموقف التشريع العراقي فلم ينظم الحراسة الاتفاقية كما ذكرنا سابقا حتى يكون الانتهاء منها بطريقة الاتفاق من قبل اصحاب الشأن لذا اقتصر على ذكر انهاء الحراسة القضائية في المادة (٢/١٤٨) بقولها " تنتهي الحراسة بقرار من القضاء".

او استرداد لولايته او موته او موت الصغير او فقد اهليته[١] وبالتالي فطرق انتهاء الحراسة تختلف عن طرق انتهاء الوصاية

لذا فان الحراسة على الرغم من التقارب بينها وبين الوصاية الا انهما يختلفان في بعض الجوانب واهمها سبب وجود كل منهما و الجهة التي تعين كل منهما وطرق انتهائها .

الفرع الثاني

تمييز الحراسة من التصفية

تعرف التصفية بأنها مجموعة من الاعمال الهادفة إلى إنهاء العمليات الجارية للشركة، وتسوية جميع حقوقها، وديونها بهدف تحديد الصافي من الأموال وتقسميه بين الشركاء، وذلك بالكيفية التي نص عليها عقد التأسيس وإلا بحسب القواعد المنصوص عليها في قانون التجارة[٢].

فالتصفية عملية ضرورية ولازمة لانقضاء الشركة بقصد تمكين المتعاملين من استيفاء حقوقهم، وذلك عن طريق حفظ اموال الشركة من الضياع حتى يتم توزيعها على اصحاب الحقوق .

إذ إن حراسة الاموال المتنازع عليها تختلط مع التصفية في بعض النواحي وتختلف عنها في نواح اخرى .

---

[١] انظر المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين " تنتهي مهمة الوصي في الحالات الآتية : –اولاً – بلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه .ثانياً – استرداد الاب ولايته .ثالثاً – عزله او قبول استقالته .رابعاً – فقدان اهليته او ثبوت غيبته .خامساً – موته او موت الصغير" تقابلها المادة (٢٧) من قانون الولاية على المال المصري.

[٢] انظر د. سعيد يوسف البستاني ، قانون الاعمال والشركات ، منشورات الجاحظ الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٤، ص ٢٩٩. وانظر ايضا د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية– دراسة قانونية مقارنة، مكتبة السنهوري بغداد ،٢٠١٢، ص ٢٩٣.

اولا: من حيث المصدر : فمن الامور التي تشترك بها الحراسة مع التصفية ان الاخيرة كالأولى، اما ان تكون باتفاق اصحاب الشأن او قد تقوم بتعيينها جهة اخرى غير اصحاب الشأن، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٨- اولا -١) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل بقولها " اذا قررت الجمعية العمومية للشركة تصفية الشركة ...."[١] إذ يتضح من ذلك ان قرار التصفية تصدر من الجمعية العمومية بوصفها من اصحاب الشأن .

أما التصفية التي تصدر من غير أصحاب الشأن فقد اشارت اليها الفقرة (ثانيا) من المادة (١٥٨) والتي جاء فيها " ثانيا اذا لم تصدر الشركة توصية بتصفيتها رغم تحقق سبب من الاسباب المنصوص عليها في البنود (اولا) و(ثانيا) و(ثالثا) من المادة ١٤٧) من هذا القانون ورغم مرور ستين يوما على التنبيه المسجل لها وجب عليه ان يصدر قرار التصفية مباشرة ...." [٢]

لذا فان كل من الحراسة والتصفية اما ان تكون اختيارية عن طريق اتفاق أصحاب الشأن أو اجبارية عن طريق قرار صادر من جهة خارج اطار التراضي بين اصحاب المصلحة .

ثانيا: من حيث الغاية : إن الحراسة والتصفية تشتركان في مسألة أن كل منهما تهدف الى المحافظة على الاموال وحقوق أصحاب الشأن من الضياع عن طريق وضع اليد على الاموال، وهذا ما اكدته المادة (١٦٨) من قانون الشركات العراقي التي جاء فيها " يضع المصفى فور تعيينه يده على موجودات الشركة ....."

ثالثا: من حيث الاثر: من اوجه التقارب بين الحراسة والتصفية أن كلاً منهما تلزم القائم بهما من حارس ومصفٍ تقديم حساب عن الاموال الموجودة تحت يده ،وهذا ما نصت عليه المادة (١٧١) من قانون الشركات العراقي، والتي جاء فيها " على المصفى رفع تقرير الى المسجل عن سير التصفية كل ثلاثة اشهر ..."

---

[١] تقابلها المادة (١٣٩) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل التي جاء فيها " تعين الجمعية العامة مصف او اكثر وتحدد اتعابهم ويكون تعيين المصفين من بين المساهمين او الشركاء او غيرهم..."

[٢] انظر د. فاروق ابراهيم جاسم ، الموجز في الشركات التجارية ، ط٣، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢١٧.

ألا إنه على الرغم من التقارب الكبير بين الحراسة والتصفية في النقاط التي تم ايرادها اعلاه إلا انها تختلف في موارد اخرى وهي.

اولا : من حيث سبب وجود كل منهما: أن السبب من وجود الحراسة هو النزاع على الاموال الموضوعة تحت الحراسة او يكون الحق فيها غير ثابت وتتوفر اسباب جدية لوضع الاموال تحت الحراسة [١]، اما التصفية فانها لا ترد على اموال متنازع عليها فقد يكون قرار التصفية صادراً بإرادة الشركاء لأنهاء العمل بالشركة، على الرغم من عدم وجود نزاع على موجودات الشركة وقد يكون سبب تصفية الشركة هو عدم مباشرة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها او توقفها دون عذر مشروع عن مزاولتها نشاطها مدة تزيد على سنة او انجاز المشروع الذي تأسست لتنفيذه او فقد اكثر من ثلاثة ارباع رأس مالها وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٨/اولا – ١) من قانون الشركات والتي جاء فيها " أولاً:

١- إذا قررت الجمعية العمومية للشركة تصفية الشركة أو إذا تحقق أي سبب من الاسباب المنصوص عليها في الفقرات (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) و(خامساً) من المادة (١٤٧) من هذا القانون، وأوصت الجمعية العمومية بتصفية الشركة،..... [٢].

---

[١] انظر المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي رقم(٢١) لسنة ١٩٩٧ التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" تقابلها المادة ٧٢٩ من القانون المدني المصري والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي.

[٢] انظر المادة (١٤٧ من قانون الشركات العراقي والتي جاء فيها " تقصي الشركة بأحد الاسباب الآتية وفق أحكام هذا القانون.

أولاً – عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها، دون عذر مشروع.

ثانياً – توقف الشركة عن ممارسة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنة، دون عذر مشروع.

ثالثاً – انجاز الشركة المشروع الذي تأسست لتنفيذه أو استحالة تنفيذه.

رابعاً – اندماج الشركة أو تحولها وفق أحكام هذا القانون.

خامساً – فقدان الشركة (٧٥%) خمساً وسبعين من المئة من رأس مالها الاسمي وعدم اتخاذ الاجراء المنصوص عليه في الفقرة (١) من البند (ثانياً) من المادة (٧٦) من هذا القانون خلال مدة ستين يوماً من تاريخ ثبوته بموجب الميزانية"

و يتضح من ذلك بانه لا يوجد من بين اسباب التصفية قيام نزاع على الاموال وانما النزاع على الاموال هو متعلق بالحراسة .

ثانيا: تختلف الحراسة عن التصفية من حيث جهة فرض الحراسة وجهة تعيين المصفي اذا لم تكن الحراسة او التصفية اختيارية فالحراسة غير الاتفاقية يتم فرضها و تعيين الحارس عن طريق حكم قضائي[١]، اما التصفية غير الاختيارية فيتم فرضها و تعيين المصفي عن طريق المسجل الذي يتخذ القرار بفرض التصفية على الشركة وتعيين المصفي مباشرة وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٠) من قانون الشركات والتي جاء فيها " ا تحقق المسجل من أن أسباب تصفية الشركة لم تنطو على الغش أو على عمل غير قانوني، يصدر قرار الشركة بالتصفية ويعين المصفي خلال ١٠ أيام من ثبوت أسباب التصفية...."

ثالثا: تختلف الحراسة عن التصفية في السلطات والصلاحيات الممنوحة للقائم بهما من حارس او مصفٍ.

ان الحارس يقوم بالمحافظة على المال وادارته ليرده بعد انتهاء النزاع مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه[٢]، فليس عمل الحارس مقتصراً عمله على المحافظة وادارة الأموال الموضوعة تحت حراسته بل يستطيع التصرف بالأموال بعد اذن من اصحاب الشأن او بترخيص من القضاء[٣]، اما السلطات والصلاحيات الممنوحة للمصفٍ فهي اوسع من تلك التي للحارس فهو اضافة الى مهامه في المحافظة على المال وادارته يقوم بحصر موجودات الشركة من

---

[١] انظر المادة (١٤٨) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٧٣٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٦١) من القانون المدني الفرنسي .

[٢] انظر المادة (١٤٨_١-أ من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " – يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وادارتها وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد . وان يقدم للمحكمة حسابا بما تسلمه وبما انفقه معززا بالمستندات.." تقابلها المادة (١/٧٣٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي .

[٣] انظر المادة (٧٣٤) و المادة (٧٣٥) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا بأذن جميع اصحاب الشأن او بترخيص من القضاء "

اموال وارواق وما عليها من ديون ثم يقوم بإيفاء الدائنين حقوقهم ويوزع ما تبقى على الشركاء[١] وهذا ماَ نصت عليه المادة (١٦٨) من قانون الشركات العراقي التي جاء فيها " يضع المصفي، فور تعيينه، يده على الموجودات الشركة بما فيها سجلاتها ووثائقها وأوراقها ويتولى جردها ويعد تقريراً شاملاً عن حالة الشركة بما في ذلك الديون والحقوق التي لها أو عليها ويرسل نسخة منه إلى المسجل"

وعليه يتضح أن الحراسة والتصفية على الرغم من التقارب بينهما إلا انهما يختلفان من عدة جوانب واهمها سبب قيام كل منها وجهة التعيين، فِضَلاِ عَنِ الصِلَاِحَيِات التي يمنحها كل من النظامين للقائم بها من حارس او مصفٍ

الفرع الثالث

تمييز الحراسة من الحجز الاحتياطي

يعرف الحجز الاحتياطي بأنه (وضع المال تحت يد القضاء سواء كان هذا المال منقولاً ام عقاراً وذلك بقصد منع صاحبه من التصرف فيه تصرفا يضر بحقوق من أوقع الحجز عليه من الدائنين)[٢].

وعرفه رأي بأنه (وسيلة من وسائل الحماية القضائية المؤقتة الوقائية التي يجيز القانون بواسطتها الحجز على اموال المدين ووضعها تحت يد ورقابة القضاء للمحافظة على الضمان من أي خطر يؤدي الى فقدانه او ضياعه)[٣] .

---

[١] انظر حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٦

[٢] د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية واحكام النقض ، ج٦ (المواد من ٣٠٢- ٥٠٠ مرافعات) ، ط٧، دار العلم والايمان للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص ١٣١ وانظر ايضا نزيه نعيم شلال ، ، الحجز الاحتياطي، دراسة مقارنة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٥، ص ٧ .

[٣] د. عصمت عبد المجيد، شرح احكام قانون المرافعات المدنية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٩، ص ٦٠٩.

يتبين من ذلك أن الحجز الاحتياطي إجراء مؤقت يلجا اليه الدائن عند الضرورة، للحفاظ على الضمان العام عن طريق إصدار أمر من المحكمة يهدف الى المحافظة على الاموال المحجوزة وليس بيعها [١].

وفي ضوء ما تقدم أن الحراسة تشترك مع الحجز الاحتياطي في العديد من نقاط الالتقاء ولكنها في الوقت نفسه تفترق عنها في نقاط أخرى هي:

اولا: من ناحية الغاية: تشترك الحراسة[٢] مع الحجز الاحتياطي في هدف كل منهما ألا و هو المحافظة على الاموال من الضياع او التلف، من أجل استيفاء حقوق الدائنين منها من دون بيعها، وهذا ما نستنتجه من نص المادة (٢٤٢) من قانون المرافعات المدنية " إذا كانت طبيعة الأموال المحجوزة تحت يد الشخص الثالث لا تسمح بالإيداع أو كانت معرضة للفساد أو يكلف حفظها نفقات كثيرة فللمحكمة أن تقرر بيعها بالمزايدة وايداع ثمنها في خزانة المحكمة حتى يبت في الدعوى ".

وواضح من نص المادة أعلاه أن الهدف من الحجز الاحتياطي هَوِ المِحَافِظَة عِلَيِ الاموال وبهذا يشترك مع الحراسة.

ثانيا: من ناحية المحل :ان الحراسة والحجز الاحتياطي يردان على الاموال المنقولة وغير المنقولة وتكون عن طريق وضع اليد عليها وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٣١) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جاء فيها " لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط ان يستصدر أمرا من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على اموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه أو لدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته" إذ يشرك الحجز الاحتياطي مع الحراسة بأنه يرد على المنقول والعقار .

---

[١] فوزي كاظم المياحي ، الحجز الاحتياطي وانماط النشاط القضائي، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١١، ص ٧٢. للمزيد بخصوص الحجز الاحتياطي د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي دراسة مقارنة ،ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١، ص ٢٧٧وما بعدها .

[٢] انظر المادة (١٤٧) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٧٣٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي

وعلى الرغم من نقاط الالتقاء الموجودة بين الحراسة والحجز الاحتياطي الا ان كل منهما يختلف عن الاخر بعدة جوانب منها.

اولا: ان الحراسة أما تقرر باتفاق اصحاب الشأن جميعا أو بناءً على حكم قضائي، في حين ان الحجز الاحتياطي يكون عن طريق حكم قضائي بناءً على طلب الدائن وبتوفر عدة شروط[١]، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٣١) من قانون المرافعات العراقي بقولها " لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط ان يستصدر أمراً من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على أموال مدينه.." يفهم من ذلك أن الجهة المختصة في توقيع الحجز الاحتياطي هي المحكمة ولا يكون في ذلك اي دور لاتفاق اصحاب الشأن .

ثانيا : إن الحراسة ترد على الاموال المتنازع عليها او يكون الحق غير ثابت فيها، أما الحجز الاحتياطي فترد على أموال المدين من دون وجود نزاع على هذه الاموال فيكون سبب الحجز الاحتياطي هو وجود الدين في ذمة صاحب الاموال(١/٢٣١) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط أن يستصدر أمرا من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على اموال مدينه..."

ثالثا: تختلف الحراسة عن الحجز الاحتياطي ايضا بالشروط التي يجب توافرها لقيام الحراسة وهو وجود نزاع على الاموال المراد وضعها تحت الحراسة هذا بالنسبة للحراسة الاتفاقية منها[٢]، أما الحراسة القضائية ففضلا عن النزاع يشترك وجود خطر عاجل حتى تقرر المحكمة بوضع الاموال تحت الحراسة [٣] .

---

[١]) انظر استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي، الاصول العامة في قانون المرافعات ،ج٢، نظرية الدعوى المدنية ، ط١، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١، ص ٣١٤.

[٢] انظر المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي .

[٣] انظر المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي والتي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه " تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري والمادة (٢/٧٣٠) من القانون المدني المصري وهذا ما أكده قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية الذي قضى بأنه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد مخالفا

أما الحجز الاحتياطي فإنه يشترط عدة شروط تختلف عن الشروط التي تتطلبها الحراسة، وتتمثل هذه الشروط بأن يكون بيد الدائن سند رسمي او عادي وان يكون الدين مستحق الاداء وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٣١) من قانون المرافعات العراقيِ التيِ جاء فيها " لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط ان يستصدر أمرا من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي....." [١] فضلا عن ذلك يشترط وجود أوراق تتضمن الإقرار بكتابة مثبتة للحق وهي لا ترقى الى مستوى الرسمية او العادية لانتفاء البيانات الالزامية التي حددها القانون[٢]

يتضح من كل ما تقدم أن الحراسة تختلف عن الحجز الاحتياطي من جانب الجهة المختصة في فرضها وكذلك من جانب الاموال التي ترد عليها فضلا عن الشروط التي يجب توافرها في كل منهما .

للقانون، ذلك ان الفقرة (١) من المادة (١٤٧) اشترطت لغرض وضع الحراسة القضائية على مال ما ، ان تكون هناك اسباب معقولة يخشى معها خطرا عاجلا، من بقاء المال تحت يد حائزه وأن المحكمة حينما اتخذت قرارها بوضع الحراسة القضائية على الاموال لم تبين الخطر العاجل الذي يتهددها حتى تكون احكام المادة المذكورة منطبقة وواقع الحال بالإضافة الى ان المحضر المؤرخ في ١٥/ ١١/ ١٩٩٢ المنظم في الدعوى الحجرية المرقمة ١٠٢/ ٩٩٢ محكمة بداءة الكاظمية يشير الى وضع الحجز الاحتياطي على موجودات محل موضوع الحراسة القضائية وايداعها لدى شخص ثالث للمحافظة، ومعنى ذلك أن الاموال التي وضعت تحت الحراسة القضائية كانت قد اودعت سابقا لدى شخص ثالث للمحافظة عليها، أي أنها اصبحت في مأمن من الخطر ولا ينبغي وضعها تحت الحراسة القضائية .... لذا قرر نقض القرار المميز ..." انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ذي العدد ٦٦٨/ مستعجل ٩٢/ في ١٢/٢٧/ ١٩٩٢ مشال الية لدى مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٨٥.

[١] انظر د. سعيد مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨، ص ١٧٥ وما بعدها .

[٢]) انظر استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج٢، نظرية الدعوى المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٢١.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لحراسة الاموال المتنازع عليها

يقصد بالتكييف القانوني تحديد الوصف القانوني الصحيح بما يتفق مع ماهية التصرف وطبيعته من دون التقيد بالوصف الذي يسبغه أطراف التصرف القانوني[١]، إذ ان تحديد الوصف القانوني للحراسة على الاموال المتنازعة من المواضيع المهمة التي لابد من البحث بها بشكل مفصل لتحديد اطرافها ومن ثم ترتيب المسؤولية عليها .

ومن الجدير بالذكر أن التساؤل عن التكييف القانوني للحراسة الاتفاقية يثار في نطاق القانون المدني العراقي وذلك لعدم تنظيم هذا العقد من قبل مشرع القانون المدني، أما في القوانين محل المقارنة الاخرى فلا تثير إشكالا كون مشرع هذه القوانين قد نظم الحراسة الاتفاقية بأحكام خاصة واعطى لها طبيعتها الخاصة والمستقلة عن غيرها من العقود.

وحتى نقف على التفاصيل الدقيقة للموضوع لابد من بيان التكييف القانوني للحراسة الاتفاقية والقضائية

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول التكييف القانوني للحراسة الاتفاقية، أما المطلب الثاني سنخصصه لدراسة التكييف القانوني للحراسة القضائية .

المطلبِ الأول

التكييف القانوني للحراسة الاتفاقية

إن لتحديد التكييف القانوني للحراسة الاتفاقية (عقد الحراسة) اهمية كبيرة بالنسبة لتحديد الالتزامات العقدية بين اطرافه ومن ثم بيان مسؤولية كل منهما .

---

[١] د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد (٩) العدد (٢٠) ، ٢٠٠٤ ، ص٩٠ وما بعدها .

إلا أن الفقهاء اختلفوا حول تكييف عقد حراسة الاموال المتنازع عليها ، وقد يرجع هذا الاختلاف لغياب النص التشريعي في القانون المدني العراقي.

فقد ذهب اتجاه من الفقه الى تكييف هذا النوع من الحراسة بأنها عقد وديعة ،وذهب رأي أخر الى تكييفها بأنها وكالة ، في حين ذهب اتجاه ثالث الى تكييف الحراسة الاتفاقية بأنه عقد مركب .

لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع سنتطرق في الاول للاتجاه الذي عَدّ الحراسة الاتفاقية عقد وديعة أما الفرع الثاني فسنتناول فيه الرأي الذي عدها عقد وكالة اما الفرع الثالث ولأخير فسندرس فيه الراي الذي عدها عقد مركب .

الفرع الاول

الحراسة الاتفاقية عقد وديعة

عَرّفت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقيِ الوديعة على أنها " عقد يحيل به المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر ولا يتم الا بالقبض " [١]

وقد ذهب بعض الفقهاء[٢] الى تكييف الحراسة الاتفاقية (عقد الحراسة) على أنها عقد وديعة، إذ يكتسب الحارس صفة المودع عنده فالمال الموضوع تحت الحراسة هو في يد الحارس وديعة عنده ومن ثم تطبق أحكام الوديعة .

ويبدو أن الذي دفع هؤلاء الفقهاء الى هذا الاتجاه هو التقارب الكبير بين عقد الحراسة وعقد الوديعة، فكل من العقدين يرتب التزاما على القائم بهما يتمثل بالمحافظة على الاموال الموضوعة في عهدته وصيانتها وردها عند انتهاء العقد .

---

[١] تقابلها المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٩١٥) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " الوديعة هي عقد به يستودع الشخص عينا عند شخص اخر لحفظها ويردها الية على حالته الاصلية"

[٢] انظر . د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مجلد الاول، العقود الواردة على العمل مصدر سابق، ص ٧٨٢ وانظر ايضا د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق ، ص ٦٣٣ .

فضلا عن ذلك فان المشرع المصري في المادة (٧٣٣) منه نص على تطبيق احكام الوديعة على الحراسة مما ايد وشجع هذا الاتجاه من التكييف إذجاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القضائي بالحراسة من التزامات وماله من حقوق والا تطبيق احكام الوديعة واحكام الوكالة ....."

يفهم من نص هذه المادة ان الحراسة ماهي إلا عقد وديعة تطبق عليه احكام الوديعة في الاصل، فهي لا تعدو أن تكون صورة خاصة من صور عقد الوديعة[١]

اما مشرع القانون المدني الفرنسي قد أورد عبارة الايداع والوديعة في نطاق الحراسة مما شجع ايضا على تبني هذا الاتجاه في التكييف، إذ اعطى وصف الايداع عندما عرف الحراسة الاتفاقية في المادة (١٩٥٦) بالقول " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه ...." فضلا عن ذلك فقد نص القانون ذاته على خضوع الحراسة الاتفاقية لأحكام الوديعة اذا كانت بدون أجر، وذلك في المادة (١٩٥٩) منه " عندما تكون الحراسة مجانية تخضع لقواعد الوديعة .." كما وصف الحارس بالوديع عندما بحث مهمة الحارس وذلك في المادة (١٩٦٠) بقولها " لا يمكن للوديع المكلف بالحراسة ..." حيث يفهم من نص المادة سالفة الذكر ان المشرع الفرنسي قد اعطى الحارس وصف الوديع ومن ثم فان العقد الذي يعد هذا الشخص أحد أطرافه لا يكون الا عقد وديعة .

واذا كان التشابه بين الحراسة الاتفاقية وعقد الوديعة هو الذي دفع فقهاء هذا الاتجاه لتبني هذا الرأي فالاختلاف بينهما له عدة أوجه وهي:

إن الحراسة ترد على الاموال المتنازع عليها أو يكون الحق فيها غير ثابت ، أما الوديعة فترد على الاموال الخالية من النزاع، أي التي يكون الحق فيها ثابتاً للمالك المودع من دون أن ينازعه في الملكية شخص آخر[٢] .

---

[١] انظر . د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨-٢٣٩ .

[٢] اشرف احمد عبد الوهاب و ابراهيم سيد احمد، عقد الوديعة والحراسة في ضوء اراء الفقهاء والتشريع واحكام القضاء، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٨، ص ٧١.

كذلك ان عقد الوديعة يرتب التزاما رئيساً في ذمة المودع لديه، وهو حفظ الشيء المودع عنده[١]، في حين يلتزم الحارس في عقد الحراسة، فضلاً عن حفظ المال الموضوع تحت حراسته بإدارة هذا الاموال وتقدم حساب عنها[٢].

إن الاصل في عقد الوديعة كونه من عقود التبرع أي يكون بدون أجر ، لكن هناك استثناء كائن في اشتراط أن تكون الوديعة بأجر، إلا أن هذا الاستثناء لا يؤثر على القاعدة العامة[٣] ، أما بالنسبة لعقد الحراسة، فالأصل أن تكون بأجر إلا إذا تنازل الحارس عنه[٤] ، ومن ثم يكون عقد الحراسة من عقود المعاوضة إذ ان الحارس يقوم بتقديم خدماته من حفظ المال المتنازع عليه وادارته مقابل اجر، والطرف الاخر يقوم بدفع الاجر مقابل الاستفادة من خدمات الحارس[٥] .

كما ان من أوجه الاختلاف بين الوديعة والحراسة ، في الوديعة يستطيع المودع عنده أن يرد الشيء المودع قبل انتهاء عقد الايداع إلا اذا حدد أجل للإيداع لمصلحة المودع،[٦] اما في

---

[١] انظر المواد (٩٥٢ – ٩٦٥) من القانون المدني المصري المواد (٧١٨– ٧٢٨) والمواد (١٩١٥–١٩٥٤ من القانون المدني الفرنسي

[٢] انظر المادة (١٤٧) من القانون المرافعات المدنية والمادة (٧٣٤) من القانون المدني المصري وللمزيد انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، مجلد ١، العقود الواردة على العمل، المصدر السابق ، ص ٧٨٢ وللمزيد انظر د.طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المسؤولية المدنية لحارس الاشياء الخطرة في القانون الكويتي مع الاشارة الى المسؤولية عن حراسة السيارة اثناء ارتكابها حادث، ط١، دون ذكر مكان الطبع، ٢٠١٠، ص ١٦١.

[٣] انظر المادة (المادة ٩٦٨) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " ليس للوديع ان يأخذ اجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد" تقابلها المادة (٧٢٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الاصل في الوديعة تكون بغير اجر...." وتقابلها المادة (١٩١٧ من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " الوديعة هي في الاساس عقد مجاني " انظر د. محمد علي عرفة ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

[٤] انظر المادة (٧٣٦ من القانون المدني المصري التي جاء فيها " للحارس ان يتقاضى اجرا مالم يكن قد نزل عنه" وانظر المادة (١٩٥٩) من القانون الفرنسي التي نصت " عندما تكون الحراسة مجانية تخضع لقواعد الوديعة ..." حيث يفهم من النص سالف الذكر ان الحراسة في الاصل تكون باجر . رضا محمد عبد السلام ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٦٧.

[٥] انظر د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات – احكام الالتزام– اثبات الالتزام، بغداد ، ١٩٧٦، ص ٣٢ .

[٦] انظر المادة (المادة ١/٩٦٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " ١ – للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء" تقابلها المادة (٧٢٢) من القانون المدني

نطاق الحراسة فان الحارس يلتزم بالاستمرار بالحراسة الى أن تنتهي مدتها، فلا يجوز له أن يرد المال الموضوع تحت حراسته قبل انتهاء عقد الحراسة[١]

وتختلف الحراسة عن الوديعة ايضاً في أمر رد الحارس المال الموضوع تحت حراسته لمن يثبت له الحق فيه، وهو غير معروف عند ابرام عقد الحراسة، وهذا ما اكدته المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقيِ التي جاء فِيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" [٢].

اما الوديعة فيلتزم المودع لديه بان يرد الشيء للمودع اذا طلب منه ذلك وهو معروف منذ بداية العقد [٣] .

لذا ونتيجة أوجه الاختلاف التي بيناها بين الوديعة و الحراسة، فقد اتجه رأي آخر من الفقهاء الى تكييف عقد الحراسة تكييفا آخر بوصفه عقد وكالة وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الثاني.

المصري والمادة (١٩٤٤ من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " يجب رد الوديعة الى المودع حالما يطالب بها حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة للرد....." .

[١] انظر المادة (٧٣٨) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ١- تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا او بحكم القضاء ٢- وعلى الحارس حينها ان يبادر الى رد الشيء المعهود اليه حراسته ....."

[٢] في نفس السياق جاءت المادة (٢/٧٣٠) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " يجوز للقضاء ان يامر بالحراسة ٢- اذا كان صاحب المصلحة في منقول او عقار قد تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه .."

[٣] انظر د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق، ص ٢٤١.

الفرع الثاني

الحراسة الاتفاقية عقد وكالة

عرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (٩٢٧) منه بأنها" عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم" [١].

فما دفع الى تكييف الحراسة الاتفاقية على أنها عقد وكالة، هو أن الحارس ينوب عن غيره ليس في حفظ المال فحسب وانما ادارته الى حد ما [٢]، ومن ثم يكون العقد عقد وكالة .

وعلى الرغم من أن هذا الراي كييف الحراسة الاتفاقية على أنها عقد وكالة إلا أنه يوجد هناك اختلافات أساسية بين الوكالة والحراسة ندرجها فيما يأتي:-

الاصل في الحراسة اقتصار دور القائم بها على حفظ الاموال المتنازع عليها من دون أن يتصرف فيها وهذا ما أكدته المادة (٧٣٥) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا برضا ذوي الشأن جميعا او بترخيص من القضاء "[٣]اما في الوكالة فللوكيل القيام بأعمال الادارة واعمال التصرف على حد سواء فيستطيع القيام بسائر التصرفات القانونية [٤]

---

[١] تقابلها المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري التي عرفت الوكالة بانها " عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " وقابلها المادة (١٩٨٤) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " الوكالة هي عقد يعطي شخص بمقتضاه شخصا اخر سلطة القيام بعمل معين لصالح الموكل وباسمة "

[٢] انظر: بودري لاكنتري وفاهل بندة ١٢٥٤نقلا عن د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، هامش رقم (٢) ص ٦٣٣

[٣] ويمكن ان نستنتج بان التزام الحارس هو التزام بإدارة الاموال في الاصل في نطاق الحراسة الاتفاقية في القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة (١٩٥٦) والتي جاء فيها " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه بين يدي شخص ثالث يلتزم بردة بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يتسلمه" حيث يتضح من عبارة (يلتزم بردة بعد انتهاء النزاع) انه لا تكون لدية صلاحية التصرف في الاموال الموضوعة تحت حراسته.

[٤] انظر المادة (٩٣٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به..." انظر المادة (٢/٧٠١) من القانون المدني المصري التي جاء =فيها

كما ان الحراسة ترتب التزاماً اساسياً في ذمة القائم بها، وهو حفظ المال الموضوع تحت حراسته، والادارة تأتي تبعا للحفظ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٧) من قانون المرافعات العراقي " [١].

إذ يتبين من المادة اعلاه أن الاصل في التزام الحارس هو الحفظ وذلك لأن المشرع قدم الحفظ على الادارة وهو قد قصد ذلك لأن الادارة تأتي تبعا للحفظ.

أما الوكالة فالأصل فيها أنها ترتب التزاماً في ذمة الوكيل يتمثل بالإدارة و يأتي الحفظ تبعا لذلك[٢] وايضا من اصول الحراسة أن القائم بها يتقاضى أجرا مجزيا عن الخدمات التي يقدمها لأصحاب الشأن وهذا ما أكدته المادة (٢/١٤٧) من القانون المرافعات العراقيِ التي جاء فيها " يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعا . فإن لم يتفقوا تولى الحاكم تعيينه ويتقاضى الحارس أجرا تقدره المحكمة" يفهم من نص المادة اعلاه أن الحارس يتقاضى أجراً في جميع الاحوال عند الاتفاق على الحارس والاجر من ذوي الشأن، وفي حالة عدم الاتفاق عليه من ذوي الشأن تحدد المحكمة المختصة الاجر الذي يتقاضاه الحارس .

اما الوكالة فالأصل انها تكون بدون أجر فهي ليست من عقود المعاوضة، على العكس من الحراسة، لذلك فان الاجر الذي يتقاضاه الوكيل يجوز تعديله زيادةً او نقصاناً [٣] .

"ويعد من اعمال الادارة الايجار ..... ويدخل فيها كل عمل من اعمال التصرف تقتضية الادارة كبيع المحصول ....." .

[١] التي جاء في نصها " ١ – يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه " تقابلها المادة (١/٧٣٤) والتي جاء فيها " يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة الية وحراستها وبإدارة هذه الاموال ...." وتقابلها المادة (١٩٦٢)من القانون المدني الفرنسي .

[٢] انظر د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق، ٢٤١ و رضا محمد عبد السلام ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٦٨.

[٣] انظر المادة (١/٩٤٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " تقابلها المادة (– اذا اشترطت الاجرة في الوكالة واوفى الوكيل العمل يستحقها وان لم تشترط، فان كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله اجر المثل والا كان متبرعا" تقابلها المادة (١/٩٠٧) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الوكالة تبرعية ...." =والمادة (١٩٨٦) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " تكون الوكالة بلا مقابل الا اذا اتفق على العكس " .

كذلك يلتزم القائم بالحراسة الاتفاقية برد المال المتنازع عليه لمن يثبت له الحق فيه وهو غير معروف عند بدء عقد الحراسة وهذا ما نصت علية المادة (١/١٤٧) من القانون المرافعات العراقي [١]، اما في الوكالة فانه يعلم بالشخص الذي يلتزم برد المال اليه وهو الموكل[٢].

ومن الاختلاف كذلك بين الحراسة والوكالة أن الحراسة تنتهي باتفاق ذوي الشأن جميعا او بحكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة (١/٧٣٧) من القانون المدنيِ المصري التيِ جاء فيها " تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا او بحكم قضائي..." حيث يتبين من هذه المادة ان موت من يثبت له الحق في المال لا يؤثر على انتهاء الحراسة اذ تحل ورثته محله في الحقوق والالتزامات .

أما الوكالة فأنها تنتهي بطرق تختلف عن انتهاء الحراسة، فهي تنتهي بموت الموكل او الوكيل حيث لا يحل الورثة محله ، وانما تنتهي بمجرد وفاة احدهما [٣]

ومما تجدر اليه الاشارة أن هناك اتجاهاً في القضاء ذهب الى عد الحراسة الاتفاقية نيابة، ومن ثم فقد اعطت الحارس صفة النائب عن ذوو الشأن في المال المتنازع عليه هذا ما اكده

انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج٧، المجلد ١، العقود الواردة على العمل، مصدر سابق، ص ٧٨٣.

[١] انظر المادة ١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه ".

[٢] انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق ، ص ٢٤١.

[٣] انظر المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي والتي نص على " تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية او بإتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة" تقابلها المادة (٧١٤) من القانون المدني المصري والمادة (٢٠٠٣) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " تنتهي الوكالة ، بعزل الوكيل ، بعدول الوكيل عن الوكالة ، بالموت الطبيعي او المدني او بالوصاية على البالغين او بالاعسار سواء طال الموكل او الوكيل " .

قرار صادر من محكمة النقض المصرية جاء فيه (الحارس هو نائب عن اصحاب المال الخاضع للحراسة ومسؤول عن حفظة وادارته وهو صاحب الصفة في التقاضي بشأنه)[١].

ونعتقد أن هذا الاتجاه وإن كان يصلح لتكييف بعض جوانب الحراسة الاتفاقية ولاسيما كون الحارس وكيلاً عن اصحاب المال الموضوع تحت الحراسة في حفظ وادارة المال، إلا أنه لا يصلح لتكييفها بصورة كاملة، إذ يؤخذ عليه الانتقادات والاختلافات الموجودة بين العقدين ولاسيما من جانب رد المال وانتهاء كل منهما وغيرها من الامور التي توجد في عقد الحراسة وعدم وجودها في عقد الوكالة.

وعليه وفي ضوء ما تقدم يتضح أن الحراسة الاتفاقية لا يمكن عدها عقد وكالة لذلك لابد من البحث عن تكييف ينطبق مع أحكامها أكثر من الوكالة .

الفرع الثالث

الحراسة الاتفاقية عقد مركب

يعرف العقد المركب بأنه العقد الذي يكون مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعها فأصبحت عقدا واحدا [٢].

وعليه فإن عقد الحراسة يعد عقدا مركبا أو مزيجا من عقود عدة ، إذ يحتوي على التزامات مختلفة يمكن رد بعضها إلى عقد الوديعة المتمثلة في الاصل بالمحافظة على المال محل الحراسة، و رد بعضها الاخر الى الوكالة والمتمثلة في ادارة المال نيابة عن ذوي الشأن .

وهذا ما ذهب اليه رأي واصفاً إياها بأنها عقد مركب، فهي وكالة ووديعة في الوقت نفسه، إذ عد الحارس وكيلا ووديعا تسري عليه احكام الوكالة والوديعة[١].

---

[١] نقض مدني جلسة ٢٥/ ١٢/ ١٩٨٦ طعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ ق مج س ٣٧ص ١٠٣ نقلا عن رضا محمد عبد السلام ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة حلوان ،٢٠٠٥ ص٦٩.

[٢] انظر .د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، المجلد الاول ، نظرية الالتزام بوجه عامة، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص ١٥٧.

ويبدو أن الامر الذي شجع على هذا الرأي هو نص المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة ، والا فتطبق احكام الوديعة واحكام الوكالة ....." [٢]

فتبين من هذه المادة أن الحراسة الاتفاقية هي مزيج من عدة عقود وهي (عقد الوديعة والوكالة) ومن ثم تطبق عليه احكامها لذا نعتقد أن هذا الرأي قد تأثر بنص هذه المادة وذهب لعد الحراسة عقدا مركبا.

وعلى الرغم من تعدد العمليات القانونية والالتزامات التي تترتب على الحارس ، ألا ان العقد يكون وحدة قانونية أذ يكون له سبب واحد ومحل واحد وهو المحافظة وادارة الأموال المتنازع عليها الموضوعة تحت الحراسة ، والدليل على وحدة الحراسة الاتفاقية هو أن اصحاب الشأن عندما يتعاقدون على ابرام هذا العقد، فهم يقصدون في ذلك ابرام العقد الشامل الذي يتضمن المحافظة على الاموال المتنازع عليها وادارتها ، ويلتزمون بدفع الاجر للحارس عن كل العقد وليس عن كل عملية قانونية أجر مسقل كالحفظ والحراسة، لذلك فان عقد الحراسة يتميز بأنه غير قابل للتجزئة لا من جهة التكييف ولا من جهة الالتزامات.

ويتضح من كل ما تقدم أن التكيفات السابقة، لا يمكن الاخذ بها وتطبيقها على عقد الحراسة وذلك لعدم انطباق احكام أي عقد من العقود السابقة على عقد الحراسة بشكل مطلق.

وعليه نرى أن الراجح في تكييف عقد الحراسة في القانون العراقي هو عقداً غير مسمى قائماً بذاته يتميز عن غيره من العقود، وخصوصا التي يقترب منها كالوديعة والوكالة ب الموارد التي تجعل منه عقدا مستقلا قائما بذاته، يختلف عنها ، فهو يختلف عن هذه العقود بأنه يرد على الاموال المتنازع عليها ، فضلا عن اختلافه من جانب الالتزامات التي يرتبها على القائم بها فهو يجمع بين الحفظ والادارة فضلا عن طريقة انتهائه.

---

[١] انظر رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحرسة في القانون المدني ، مصدر سابق، ص ١١.

[٢] تقابلها المادة (١٩٥٨) من القانون المدني الفرنسي إذ جاء فيها " عندما تكون الحراسة مجانية تخضع لقواعد الوديعة بحد ذاته .." .

مما يؤيد رأينا هذا ما ذهب اليه مشرع القانون المدني المصري والفرنسي عندما نظما عقد الحراسة بأحكام خاصة، بوصفه عقدا مستقلا عن غيره من العقود، واعطى له تسمية معينة ويتميز بصفته التحفظية المؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق .

فما دام يعد عقد الحراسة عقداً مستقلاً قائماً بذاته فهو يتميز بخصائص معينة اهمها :

١- إنه عقد رضائي، والعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي الطرفين ودون افراغ الرضا في شكل معين [١]،إذ يعد عقد الحراسة رضائيا فيكفي لانعقاده تراضي اصحاب الشأن و الحارس على المسائل الجوهرية للعقد، ولا توجد هناك ضرورة لإفراغ الرضا في شكلية معينة.

٢- إنه عقد معاوضة ، وعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطي[٢]، وعليه يعد عقد الحراسة من عقود المعاوضة ، فالحارس يأخذ الاجر من اصحاب المال الموضوع تحت حراسته مقابل الخدمات التي يقدمها لهم، المتمثلة بحفظ وادارة المال محل الحراسة، في المقابل يحصل اصحاب المال المتنازع عليه على هذه الخدمات مقابل دفع الاجر للحارس .

٣- انه عقد ملزم للجانبين، يقصد بالعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يرتب منذ نشأته التزامات وحقوق في ذمة طرفيه فيكون كل من الطرفين دائن ومدين في الوقت نفسه[٣].

وفي ضوء ما تقدم فان عقد الحراسة يعد عقداً ملزماً للجانبين ، إذ يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال الموضوعة تحت حراسته وادارتها مقابل التزام اصحاب المال محل الحراسة بدفع الاجر المتفق عليه ، أي انه ينشئ التزاما بالمحافظة وادارة الاموال في ذمة الطرف الاول، والتزاما بدفع الاجرة في ذمة الطرف الآخر.

---

[١] انظر د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام،ج١، مصادر الالتزام، ط١، نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤، ص ٨٦.

[٢] انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٠٠.

[٣] انظر د. عبد الحق صافي ، القانون المدني، ج١، المصدر الارادي للالتزام، العقد، الكتاب الاول، تكوين العقد، ط١، من دون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٦، ص ٧٩.

وتترتب على كون الحراسة الاتفاقية عقدا من العقود الملزمة للجانبين نتائج عدة من بينها: الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتحمل التبعية، بالنسبة الى الدفع بعدم التنفيذ إذا أمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما التزم به حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه، فإن طالبه الأخير بالوفاء كان له أن يدفع بعدم التنفيذ[١]، فإذا امتنع الحارس عن القيام بالتزاماته اتجاه اصحاب المال المتنازع عليه ، كان لصحاب المال أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع مقابل لتلك الخدمات، ويطلب من الحارس تنفيذ التزامه المتمثل بالمحافظة وأداره الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، فإن طالبه الأخير بالوفاء كان له أن يدفع بعدم التنفيذ.

أما ما يتعلق بفسخ العقد فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى[٢]، بشرط إعذار الطرف الأخر، ومن ثم إذا لم ينفذ الحارس التزاماته المترتبة عليه في العقد كان لأصحاب المال المطالبة بفسخ العقد بشرط أن يقوم بإعذاره قبل الفسخ وأن يكون عدم تنفيذ الحارس لالتزامه غير راجع الى سبب

---

[١] انظر: الفقرة (١) من المادة (٢٨٢) من القانون المدني العراقي التي تقضي "لكل من ألتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبط به "تقابلها المادة (١٦١)من القانون المدني المصري التي قضت (في العقود الملزمة للجانبين أذا كانت الالتزامات مستحقة الوفاء ،جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به) وانظر: أيضا د. جاك غستان ،المطول في شرح القانون المدني ،تكوين العقد ،ترجمة منصور القاضي ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت،٢٠٠٠ ،ص٣١ .

[٢] انظر: الفقرة (١)من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي التي نصت "١-في العقود الملزمة للجانبين أذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب علية بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أذا كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ أذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته" تقابلها المادة (١٥٧) من القانون المصري والمادة(١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي.

وانظر: في القضاء قرار محكمة النقض المصرية التي قضت به على أن "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذ لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة -من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فأن الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه ألا باتفاق صريح" (طعن رقم ٧٥٤/ لسنة٤٣ق =/تاريخ القرار ١٩٧٨/٢/٢٨ انظر: د إبراهيم السيد أحمد ،عقد الوديعة فقها و قضاءً ،القسم الثاني المبادئ القضائية ،دار الكتب القانونية ،مصر المحلة الكبرى ،٢٠٠٥،ص٧٠

أجنبي، اما اذا استحال على احد طرفي عقد الحراسة تنفيذ التزاماته بسبب اجنبي ينقضي التزام الطرف الاخير بحكم القانون [١].

٤- عقد الحراسة عقد غير مسمى : يعرف العقد غير المسمى هو العقد الذي لم يخصه المشرع باسم معين، ولم يقم بتنظيمه بأحكام خاصة وتنطبق عليه القواعد العامة في نظرية الالتزام ويبقى كذلك حتى لو منح تسمية معينة في الحياة العملية[٢].

والحراسة تعد من العقود غير المسماة، لأن مشرع القانون المدني العراقي لم ينظمه بأحكام خاصة ولم يحدد له اسما معينا على الرغم من وجود اشارة له في قانون المرافعات العراقي حيث نص عليه في المادة (١٤٧) ولكن من دون اعطائه وصف العقد، ونظرا لماله من أهمية في الحياة الاقتصادية وحماية وحقوق طائفة كبيرة من الناس، وهم المتنازعون بشأن الاموال لابد أن تكون هناك نصوص خاصة تنظم هذا العقد وتبين أحكامه.

---

[١] انظر: المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها تقابلها المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري، وأنظر في القضاء قرار محكمة النقض المصرية والذي جاء فيه "عقد البيع – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ الالتزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ،ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه ،عملا بمبدأ التبعية في العقد الملزم للجانبين " (طعن رقم ٣٠٥ سنة ٣٦ ق –جلسة ١٩٧١/٢/١٦) المستشار سعيد أحمد شعلة ،قضاء النقض المدني في العقود مجموع القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية في عقود – المقاولة –العمل–الوكالة–الوديعة–الحراسة–الكفالة –السمسرة، دار الكتب القانونية، القاهرة،٢٠٠٧ ،ص١٠٧.

[٢] انظر: د. نبيل ابراهيم سعد د. محمد حسن قاسم ،مصادر الالتزام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،بلا ذكر سنة الطبع ،ص٣١.

المطلبِ الثاني

التكييف القانوني للحراسة القضائية

إن دراسة التكييف القانوني للحراسة القضائية وتحديده له اهمية من الناحية العملية، وخصوصا في التشريع العراقي إذ ان القانون المدني العراقي قد اغفل تنظيم الحراسة بشكل كامل سواء الحراسة الاتفاقية أم الحراسة القضائية .

أما قانون المرافعات العراقي فقد نص على الحراسة القضائية في المواد (١٤٧-١٤٨) إلا أنه أغفل بيان طبيعتها وتحديد الاثار المترتبة عليها وايضاح احكامها بالتفصيل، وقد سلك مشرع القانون المدني المصري الاتجاه نفسه فلم يبين الطبيعة القانونية للحراسة القضائية ولم يفصل أحكامها.

لذلك فإن لبحث الطبيعة القانونية في التشريعين العراقي والمصري اهمية كبيرة ، إذ إن بيان الطبيعة القانونية للحراسة يتوقف عليها تحديد عناصر الحراسة القضائية وبيان اركانها وسلطات الحارس وحقوقه وحدود ومسؤوليته [١] .

كما ان القانون المدني الفرنسي الذي صرح بإخضاع الحارس القضائي لجميع التزامات وواجبات الحارس الاتفاقي، وذلك في المادة (١٩٦٣)[٢] الا انه لم يبين طبيعتها القانونية بشكل واضح على الرغم من بيان التزامات الحارس القضائي .

وعليه فان تحديد الطبيعة القانونية للحراسة القضائية في القوانين محل المقارنة أثار الكثير من التساؤلات بين الفقهاء لاسيما حيث هل تعد الحراسة القضائية عقداً ام اجراءً قضائياً .

---

[١] انظر .د عبد الحكيم عبد الحميد فرج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري، ط١، شركة فن الطباعة ، الاسكندرية ، ١٩٤٤، ص ٢٩.

[٢]) اذ جاء فيها " يعهد بالحراسة القضائية أما الى الشخص الذي تتفق عليه الاطراف المعنية واما الى الشخص الذي يعينه القاضي من تلقاء نفسه، وفي الحالتين يخضع الشخص الذي يودع لديه الشيء لكل الالتزامات التي ترتبها الحراسة الاتفاقية "

لذا وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتطرق في الاول لتكييف الحراسة باعتبارها عقدا اما في المطلب الثاني سنخصصه للراي الذي ذهب لاعتبار الحراسة أجرِاَءِ قضِائَيٍ .

الفرع الاول

الحراسة القضائية عقد

لقد ذهب رأي الى أن الحراسة هي عقد ايداع يقرره القاضي، إلا أنه ليس بعقد بين القاضي نفسه والشخص المكلف بالحراسة ، إنه في الحقيقة عقد يتكون قضائيا اطرافه هما، الحارس القضائي الملتزم بواجبات الوديع من جهة، وصاحب الدعوى من جهة اخرى[١] .

إن الذي دفع هذا الاتجاه الى تكييف الحراسة القضائية بأنها عقد وديعة هو مسلك مشرع القانون المدني المصري عندما نص في المادة (٧٣٣) منه على تطبيق احكام الوديعة والوكالة على الحراسة إذ جاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة ، والا فتطبق احكام الوديعة واحكام الوكالة...." حيث يفهم من نص هذه المادة ان الحراسة القضائية ماهي الا صورة من صور عقد الوديعة يأمر به القضاء.

ما يؤيد وجهة النظر هذه هو مسلك القانون المدني الفرنسي في اختيار موضعها في التقنين المدني ، فقد نص على الحراسة القضائية مع الوديعة من دون أن يفرد له عنوانا خاصا حيث عنون الباب الحادي عشر (بالإيداع والحراسة القضائية) فضلاً عن ذلك فان مشرع القانون المدني الفرنسي قد عاد مرة أخرى وأيد ما ذهب اليه هذا الاتجاه عندما اراد بيان احكام الحراسة القضائية، فقد بين احكامها تحت عنوان (الحراسة او الوديعة القضائية).

وعليه فان مسلك القانون المدني الفرنسي في وضع الحراسة القضائية في هكذا موضع يؤيد ما ذهب اليه هذا الاتجاه بعد الحراسة القضائية صورة من صور الوديعة يأمر بها القضاء .

---

[١] انظر ألان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ، ترجمة منصور القاضي ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص ٥٦٤.

كما ان المشرع الفرنسي في المادة (١٩٦٣) منه قد عد الحارس القضائي مودعا لديه، ومن ثم اعتبار الحراسة القضائية عقد وديعة إذ جاء فيها " يعهد بالحراسة القضائية اما للشخص الذي يتفق عليه الاطراف المعنيون واما الى الشخص الذي يعينه القاضي من تلقاء نفسه، وفي الحالتين يخضع الشخص الذي يودع لديه الشيء لكل الالتزامات التي ترتبها الحراسة الاتفاقية "

يتضح من النص أعلاه أن المشرع الفرنسي عد الحارس القضائي مودعا لديه ،لذا وصف الحراسة القضائية بأنها عقد وديعة وهذا ما يتماشى مع الرأي الفقهي الذي أشرنا اليه أعلاه.

فضلا عن ذلك فان التقارب بين الوديعة والحراسة القضائية من جانب مهمة المودع لديه والحارس القضائي دفع هؤلاء الفقهاء الى هذا النوع من التكييف اذا ان كليهما ملزم بالمحافظة وصيانة الاشياء الموجودة تحت يده .

إلا ان هذا التكييف لا يمكن الأخذ به، ومن ثم لا يمكن عد الحراسة القضائية وديعة ، نظرا لاختلافها من عدة جوانب ، فالوديعة عقد يتم بين شخصين او أكثر أما الحراسة فسلطة يتلقاها الحارس من نص القانون استنادا الى أمر قضائي[١]، كما تختلف الحراسة القضائية عن الوديعة من جهة التزامات المودع عنده والحارس والمحل في كل من العقدين والآجر ، كما أن مهمة الاول هي المحافظة على الشيء، في حين مهمة الثاني المحافظة و إدارة الشيء محل الحراسة[٢].

لذا وفي ضوء ما تقدم فان الحراسة القضائية، على الرغم من التقارب بينها وبين الوديعة إلا أنها تبقى محتفظة بطبيعتها الخاصة بعيدا عن الوديعة، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارٍ لها بقولها " ان الحراسة وإن كانت تشبه الوديعة في بعض صورها في حالة وضع الحراسة على منقول فقط ، فان هذا لا يجعلها وديعة في طبيعتها وفي كل أحكامها "[٣] .

---

[١] انظر د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج، مصدر سابق، ص ٣٢ .

[٢] انظر :د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق ، ص ١٩ ، وللمزيد بخصوص الفرق بين الحراسة وعقد الوديعة انظر ص(٣٦- ٣٩) من هذه الاطروحة .

[٣] قرار نقض مدني جلسة ٤/٢٢/ ١٩٤٨ طعن رقم ١٤، لسنة ١٢،ق محاماة س٣٩، رقم ٣٨٩.

يتضح من هذا القرار أن توجه محكمة النقض على مخالفة الرأي الفقهي السابق وعدم عد الحراسة القضائية وديعة على الرغم من التقارب بينهما في بعض الصور ومن ثم تبقى الحراسة محل البحث محتفظة بطبيعتها التي تختلف عن أي عقد أخر .

وذهب القضاء في بعض احكامه قبل صدور القانون المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الى عد الحراسة القضائية عقد وكالة ووديعة في الوقت ذاته عد الحارس وكيلا ووديعا تسري عليه احكام الوكالة والوديعة[١] اذ ان السبب وراء اتجاه القضاء لتبني هذا الرأي هو ما ورد في نص المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري سابقة الذكر[٢].

لذا ذهب هذا الاتجاه واستنادا للمادة أعلاه من القانون المدني المصري الى القول إن الحراسة القضائية هي عقد وديعة ووكالة في الوقت ذاته فتطبق عليه أحكام الوديعة والوكالة ومن ثم تكييف الحراسة القضائية عقدا بحسب هذا الراي .

وعلى الرغم من ذلك لا يمكن الأخذ بهذا الرأي لأن النص المتقدم قد قيدّ الاحالة الى احكام الوديعة واحيانا الوكالة من قبل المشرع، فلا يجوز الالتجاء بالنسبة للحراسة القضائية إلا في الاحوال التي لا يوضح فيها الحكم القاضي بالحراسة بيان ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة، ولا يمكن الاقتباس من احكامها الا بالقدر الذي يتفق مع طبيعة الحراسة القضائية فالحارس يناط به أمر حفظ الشيء كالوديعة وادارة هذا الشيء كالوكيل ، أما الطبيعة القانونية للحراسة القضائية تختلف عن هذه النظم القانونية [٣] .

---

[١] انظر قرار محكمة استئناف مصر في ١٨/ ١٢/ ١٩٣٠ محاماة سنة ١١ عدد ٧، ص ٧٢٠

[٢] انظر المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " والتي جاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات ومالة من حقوق وسلطة والا فتطبق احكام الوديعة واحكام الوكالة بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع الاحكام الاتية "

[٣] انظر : بدوي حنا، موسوعة قضاء الامور المستعجلة ، حراسة قضائية ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٤.

وذهب رأي آخر في الفقه[١] الى عد الحراسة القضائية وكالة ، لان كل من الحارس القضائي والوكيل ينوب عن غيره في حفظ الشيء الذي في حوزته وادارته، الا ان هذا الراي لا يمكن الاخذ به ،لأنه خلط بين الحراسة القضائية التي مصدرها القانون والوكالة التي مصدرها الاتفاق، فالذي يحدد نطاق سلطة الحارس القضائي هو نص القانون اما الذي يحدد سلطة الوكيل وولايته، فهو الاتفاق، لذا هناك الكثير من الفروقات الجوهرية بين الحراسة القضائية والوكالة [٢].

نستنتج من كل هذا أن الحراسة القضائية لا تعد وديعة ولا وكالة ولا عقداً مركباً من العقدين سابقي الذكر ، ومن ثم لا يمكن تكييف الحراسة القضائية بالعقد، لذا سنتطرق للآراء التي ذهبت الى عدم عدها عقدا في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الحراسة القضائية اجراء قضائي

بعد أن بينا أن الحراسة القضائية ليست بعقد، لكون العقد مصدره الاتفاق، أما الحراسة محل البحث فلا ترجع للاتفاق وإنما لنص القانون وأمر القضاء ، لذا يبقى التساؤل المطروح قائما فيما إن لم تكن عقدا فما هو التكييف القانوني لها؟

إن القانون المدني الفرنسي استعمل مصطلح الوديعة القضائية على الحراسة القضائية وذلك في (القسم الثالث من الفصل الثالث من الباب الحادي عشر) الذي اطلق عليه (الحراسة او الوديعة القضائية) وعدد حالاتها في المادة (١٩٦١) منه[٣] مما يثير التساؤل هل يعد مسلك مشرع القانون المدني الفرنسي صحيحاً وتعد الحراسة القضائية وديعة قضائية ام لا ؟

---

[١] انظر: بودري لاكنتري وفاهل بندة ١٢٥٤نقلا عن د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، هامش رقم (٢) ص ٦٣٣ وللمزيد انظر د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج، مصدر سابق ص ٣٢-٣٣ .

[٢] د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق، ٢٤١. للمزيد في الفرق بين الحراسة والوكالة انظر ص (٤٠- ٤٣) من هذه الاطروحة .

[٣] لا يوجد نص مماثل لنص القانون الفرنسي في القانون المدني العراقي لأنه لم ينظم الحراسة بشكل كامل، كما لم يرد نص مماثل في القانون المدني المصري .

يرد على مسلك القانون المدني الفرنسي أن الحراسة محل البحث تختلف عن الوديعة القضائية في عدة وجوه، في مقدمة هذه الاختلافات كون المال موضوع الوديعة القضائية لا يكون متنازعا عليه، كما ان الوديعة القضائية لا تخضع لتقدير القاضي في فرضها وانما هي اجبارية، اما الحراسة القضائية فأنها ترد على الاموال المتنازع عليها وتخضع لتقدير القاضي في فرضها بحسب ظروف الدعوى وتقديره للخطر [١].

لذا فان الحراسة القضائية لا تعد وديعة قضائية نظرا للاختلافات الجوهرية بينهما التي تجعل طبيعة كل منهما تختلف عن الاخرى وتعطي للحراسة محل البحث طبيعتها المميزة عن الوديعة القضائية لذلك يبقى التساؤل قائما اذا لم تكن الحراسة وديعة قضائية فماهي طبيعتها القانونية.

ذهب اتجاه في الفقه[٢] الى أن الحراسة القضائية هي نيابة قانونية وقضائية في الوقت ذاته ، فهي نيابة قانونية لأن القانون هو الذي يضع حدود نطاقها ويبين حالاتها ويوضح أركانها ويعين أثارها، وهيِ نَيابة قضائية ، لأن القضاء هو الذي يضفي على الحارس صفته، فلا تؤول اليه صفة النيابة الا بمقتضى حكم القضاء ، فالقضاء في اغلب الاحيان هو الذي يتولى تحديد نطاق سلطته وفقا لنصوص القانون، وهو الذي يؤدي اليه الحارس حسابا عن عمله ، كما ان القضاء هو الذي ينهي مهمة الحارس.

و قد اكدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في قرار لها جاء فيه " لما كانت الحراسة القضائية ليست بعقد وكالة لان القضاء – لا اتفاق ذوي الشأن– هو الذي يفرضها فان الحارس يصبح بمجرد تعيينه و بحكم القانون نائبا، إذ يعطيه القانون سلطة في حفظ وادارة الاموال الموضوعة تحت حراسته وردها لصاحب الشأن عند الانتهاء الحراسة وتقديم حساب عن ادارتها

---

[١] انظر : بدوي حنا ، مصدر سابق، ص ٢٨ ، وللمزيد انظر : عماد جواد كاظم، الحراسة القضائية– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص ٤١.

[٢] انظر : محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب ، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، اختصاص قضاء الامور المستعجلة ، ط١، دار الطباعة الحديثة، بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع، ص ٤٦٩ وانظر ايضا : د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ، مصدر سابق ، ص ١٩.

لها، ونيابته لها هي نيابة قانونية من حيث المصدر الذي يحدد نطاقها ، اذ ينوب عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة وتثبت له هذه الصفة بمجرد صدور حكم الحراسة " [١].

يظهر مما تقدم أن الحراسة القضائَية هي نيابة قانونية وقضائَية في الوقت ذاته، نيابة قانونية لأن مصدرها يستند لنص القانون الذي نظمها المشرع في متن القانون المدني ، ونيابة قضائَية لان صفة الحارس لا تسبغ عليه لا بعد تقرير الحراسة بحكم قضائي، بالتالي فهو نائَب قضائَيا يمثل طرفي الخصومة.

في حين ذهب اتجاه آخر[٢] الى أن الطبيعة القانونية للحراسة القضائية تتمثل في كونها اجراءً ذا صفة تحفظية مؤقتة لا يمس الموضوع.

فهي إجراء تحفظي، لأن الغرض منها هو المحافِظة على المال المتنازع عليه من الضياع بسبب وجود خطر عاجل على مصلحة الدائن تقتضي هذه الحراسة ، ولا تعد الحراسة محل البحث من اجراءات التنفيذ او وسيلة ضغط على المدين حتى تدفعه الى الوفاء بدينه، حتى وان نتج عنها حصول الدائن على حقه عن طريقها فان ذلك لم يكن الغاية الاساسية منها [٣] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " الحراسة القضائية اجراء تحفظي والحكم الصادر فيها ليس قضاء بأجراء يتحمل التنفيذ المادي في حد ذاته ...."[٤] .

---

[١] انظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣١٨ سنة ٤٨ ق جلسة ٢٥/ يونيو / ١٩٨١ ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، السنة ٢٥، ص ١٥٢. انظر ايضا د. معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، المجلد الثامن، الوديعة –الحراسة– عقود الغرر– الكفالة ، ط٧، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، دون ذكر مكان النشر، ٢٠٠٤، ص ٣١.

[٢] انظر :د عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق ، ص ٧٩٥ وانظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص ٢٠ . د. وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مجلد (١٥)، العدد(١) سنة ١٩٧٣، ص٢٠٠ .

[٣] انظر : رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٢٧.

[٤] طعن رقم (١٠١٤) سنة ٥١ق ، جلسة ٨/٥/ ١٩٩٨ مشار اليه لدى ، انور العمروسي، مصدر سابق، ص ٤٨٩.

وهي أيضا إجراء وقتي إذ يفهم منها أنها لا تبقى الا ببقاء الظروف التي استدعتها ، فان زالت هذه الظروف اصبحت الحراسة القضائية لا ضرورة لها، و وجب رفعها، فهي ليس إلا إجراء وقتي لحفظ وحماية المال المتنازع عليه بوضعه تحت يد الحارس .

فضلا عما تقدم فأنها إجراء لا يمس موضوع الحق ، و صدور حكم بتقرير الحراسة القضائية ليس من شأنه أن يؤثر في موضوع الدعوى الاصلية ، فاذا وضع مال متنازع على ملكيته بين شخصين تحت الحراسة القضائية وعُينّ أحدهما حارسا عليه، فليس هذا معناه ثبوت حق الحارس على المال أو حتى رجحان هذا الحق، فلا يزال النزاع الموضوعي وهو النزاع في الملكية على حاله لم يتأثر بالحراسة، وهكذا فان لا تمس الحراسة القضائية أصل الحق[١] .

ونحن نؤيد الرأي الذي ذهب الى عد الحراسة القضائية أجراءً تحفظياً مؤقتاً يأمر به القضاء بوصفه وسيلة وقائية لحماية الحق المطلوب من خطر يهدده، فهو تحفظي لأن الغاية الاساسية هو المحافظة على المال المتنازع عليه ولا يكون وسيلة من وسائل التنفيذ على هذا المال، كما أنه مؤقت لأن الحراسة القضائية تزول بزوال الظروف التي دعت الى فرضها فضلا عن ذلك انها لا تمس أصل الحق ولا تغيير شيئاً منه فيبقى النزاع على اصل الحق قائماً مع وجود الحراسة القضائية فلا يفترض حكم الحراسة رجحان حق احد المتخاصمين على الاخر.

فما دام التكييف القانوني للحراسة القضائَية أجراءً تحفظياً وقتياً يأمر به القضاء فقد يثار تساؤل حول السلطة التقديرية للقضاء للحكم بالحراسة.

إن الحراسة القضائية كما ذكرنا سابقا اجراء تحفظي وقتي يحكم به القاضي عندما تكون هناك ضرورة تدعو الى ذلك من أجل المحافظة على المال المتنازع عليه ، وبناءً على طلب صاحب المصلحة عندما تجتمع لديه اسباب معقولة يخشى معها على المال محل الحراسة فهذا كله يخضع للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تقرير الحراسة وتعيين الحارس تبعا لخطورة الحالة المعروضة عليه .

---

[١] انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

فالقاضي له سلطة تقديرية في فرض الحراسة القضائية من عدمها تبعا لتقدير خطورة الحالة المعروضة امامه وهذه السلطة التقديرية في نطاق الحراسة القضائية في التشريع العراقي اشار لها قانون المرافعات العراقي في المادة (١٤٧) منه جاء فيها " ١ – يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه .." حيث يفهم من نص المادة اعلاه ان صاحب المصلحة يطلب من محكمة قضاء الامور المستعجلة حيث يخضع هذا الطلب لتقدير المحكمة في فرض الحراسة القضائية من عدمه حسب تقدير القاضي لخطورة الموقف ومدى معقولية الاسباب فالقاضي هو الذي يقدر هل هناك خطرا عاجلا ام لا يتوقف على ظروف كل حالة على حدة ، فضلا عن ذلك ان النص جاء خاليا من الزام المحكمة بفرض تلك الحراسة لو ان المشرع اراد ان لا يمنح للمحكمة المختصة سلطة تقديرية في ذلك لوجب عليها اجابة الطلب عن طريق ذكر ذلك في النص.

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد نص على السلطة التقديرية في فرض الحرِاسةُ القَّضِائَية فِيَ المِادِة (٧٣٠) جاَء فيها " يجوز للقاضي أن يأمر بالحراسة: ١– في الاحوال المشار اليها في المادة السابقة اذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة ٢– اذا كان صاحب المصلحة في منقول او عقار قد تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ٣– في الاحوال الاخرى المنصوص عليها في القانون ".

يتضح من النص المتقدم أن للقاضي سلطة تقديرية في فرض الحراسة من عدمه وذلك عن طريق ما تم ذكره في مستهل نص المادة اعلاه عبارة (يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة) فهذا الجواز يدل على اعطاء القضاء سلطة تقديرية في فرض الحراسة من عدمه في هذه الحالات، كما أن القاضي له السلطة الكاملة في تقدير ما اذا كان هناك خطر عاجل، فالأخير امر تقديري متروك لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة النقض، وهذا ما اكدته الأخيرة في قرار لها جاء فيه " لم يعين القانون الاحوال التي تجوز فيها الحراسة على وجه التحديد

فلقاضي الامور المستعجلة اذا توافر في الدعوى سبب الاستعجال كل السلطة لتقدير الضرورة التي توجب الحراسة ليكفل مصلحة الطرفين "[١].

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فقد جاء موقفه متشابها لموقف القانون العراقي والقانون المدني المصري إذ أعطى سلطة تقديرية واسعة للقضاء في فرض الحراسة القضائية من عدمه وذلك في المادة (١٩٦١) التي جاء فيها " يمكن للقضاء أن يأمر بالحراسة : ١- للأموال المنقولة المحجوزة على المدين ٢- لمال غير منقول او شيء منقول متنازع على ملكيته او حيازته شخصان او عدة اشخاص ٣- لأشياء يقدمها المدين لإبرائه من الدين "

يتبين من ذلك ان القانون المدني الفرنسي أعطى للقضاء سلطة تقديرية واسعة في تقدير اللجوء الى الحراسة ، فمتى ما رأى قاضي الامور المستعجلة ضرورة توجب وضع المال تحت الحراسة يأمر بذلك وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارٍ لها جاء فيه " تتمتع المحاكم وفي حالة العجلة – قضاة الامور المستعجلة – بسلطة تقديرية مطلقة بهدف الامر بتعيين مدير حراسة عندما يجدون هذا الامر ضرورياً وملحاً ..." [٢].

عليه وفي ضوء كل ما تقدم فان القضاء المختص بالنظر بدعوى فرض الحراسة في كل القوانين محل المقارنة يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في اصدار امر الحراسة من عدمه، وذلك عن طريق تقدير ما اذا كان هناك خطر عاجل يستوجب معه فرض الحراسة القضائية ، فالخطر العاجل امر تقديره متروك لقاضي الامور المستعجلة المختص بنظر دعاوى الحراسة .

---

[١] استئناف مختلط ٢٢/ ١٢/ ١٩٢٧ مجلد ٤١، ص ١٠٣، انظر عز الدين الدنياصوري و حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٧٣٩ .

[٢] انظر نسرين غانم حنون ، مصدر سابق ، ص ١٥٢.

الفصل الثاني

ذاتية الحراسة على الاموال المتنازع عليها

بحثنا في الفصل الأول الحراسة على الاموال المتنازع عليها من جانب مفهومها القانوني ووضحنا انواعها وفرقنا بينها وبين غيرها من المفاهيم القانونية التي قد تلتبس بها ، لان الحراسة مدار البحث تحتاج الى توفر شروط واركان معينة حتى يمكن القول بوجودها هذه الشروط والاركان تمثل جوهر الحراسة من دونها لا توجد، لذا صار لزاما علينا في هذا الفصل أن نبحث ذاتية حراسة الاموال المتنازع عليها ، وذلك من خلال تسليط الضوء على شروطها وأركانها، اذ تعد شروط الحراسة المبررات لوجودها فاذا انتفى شرط منها انتفت الحراسة بكل انواعها ، والاركان هي الركائز التي تقوم عليها الحراسة .

وليكون الموضوع تام في جميع نواحيه لابد من دراسة شروط واركان الحراسة بالتفصيل .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين، سنتطرق في المبحث الاول لشروط الحراسة على الاموال المتنازع عليها ، اما المبحث الثاني سنبين فيه اركان الحراسة على الاموال المتنازع عليها .

المبحث الاول

شروط حراسة الاموال المتنازع عليها

يقتضي وجود الحراسة الاموال المتنازع عليها توافر شروط لا تنفك عنها، والتي تعد احد عناصر ذاتيتها ، فلا تقرر الحراسة بأنواعها كافة ألا بتوافرها .

إلا أن هذه الشروط التي تستلزمها الحراسة لا تكون على وتيرة واحدة في جميع انواع الحراسات محل الدراسة، فهي على نوعين: اما عامة يتطلب توافرها في نوعي الحراسة محل البحث (الحراسة الاتفاقية – الحراسة القضائية) او خاصة تتعلق بالحراسة القضائية فقط فمتى ما توافرت، حكم القاضي بها ، واذا انتفى احد هذه الشروط الخاصة امتنع القاضي عن اصدار حكمه .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنبحث في المطلب الاول الشروط العامة لحراسة الاموال المتنازع عليها ، اما المطلب الثاني سنتطرق فيه للشروط الخاصة بالحراسة القضائية .

المِطلَبِ الأوِل

الشروط العامة للحراسِة على الاموال المتنازع عليها

كما بينا أن هذه الشروط العامة يتطلب نوعا الحراسة نطاق الدراسة توافرها ، فاذا انتفى شرط من هذه الشروط لا يمكن القول بوجود حراسة اتفاقية او قضائية، تتمثل هذه الشروط العامة بوجود نزاع على المال محل الحراسة ،فضلا عدم مساس الحراسة بأصل الحق المتنازع عليه.

وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الاول وجود نزاع ، اما الفرع الثاني سنتطرق فيه لدراسة شرط عدم المساس بأصل الحق.

الفرع الاول

وجود نزاع

يعد وجود النزاع شرطا لازماً للحراسة محل الدراسة ، إلا أنه بالرجوع الى احكام للتشريع العراقي نجده لم ينص على هذا الشرط بصورة صريحة ، فالقانون المدني العراقي لم ينظم الحراسة بصورة عامة لذلك جاء خاليا من بيان شروط الحراسة، اما قانون المرافعات العراقي فهو الاخر لم ينص صراحة على شرط النزاع في المادة (١٤٧) على الرغم من عده شرطا اساسيا لوجود الحراسة .

وعلى الرغم من ذلك فانه شرط مفترض في عموم نص المادة (١٤٧) منه، وذلك لان النزاع بشأن الاموال موضوع الحراسة يعد احد الاسباب المعقولة التي يخشى معها أن تبقى هذه الاموال تحت يد الخصم والتي اعطت المادة اعلاه الحق لأصحاب المصلحة عند توافرها ان

يطلب وضع هذه الاموال تحت الحراسة،[١] كما يفهم هذا الشرط في العبارة الاخيرة التي تم تذييل المادة اعلاه فيها التي جاء فيها (ورده الى من يثبت الحق فيه) فيدل ذلك على وجود نزاع بين الاطراف ينتهي بثبوت الحق لأحدهم لذا يعد النزاع شرطا اساسيا لوجود الحراسة[٢].

إن المشرع العراقي قد أكد صراحة على هذا الشرط في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي إذ نص عليه عند التطرق لصور الدعاوى المستعجلة، فذكر دعوى الحراسة كصورة من صور دعاوى القضاء المستعجل اذ جاء بقوله " دعوى الحراسة التي يرفعها كل ذي شأن على الاموال المتنازع فيها اذا خشي خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد الحارس ".

وأكد القضاء العراقي ايضاً قد اكد على شرط النزاع في فرض الحراسة وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز جاء فيه "يشترط لقبول طلب وضع المال تحت الحراسة القضائية أن يقوم نزاع بين الطرفين يقتضي عدم جواز بقاء المال تحت يد حائزه لوجود خطر عاجل من بقائه..."[٣].

وفي ضوء ما تقدم يتضح أن شرط النزاع يعد ضروريا لوجود الحراسة في التشريع والقضاء العراقي .

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد نص صراحة على شرط النزاع في المادة (٧٢٩) منه التي جاء فيها " الحراسة عقد يعهد بمقتضاه الى شخص اخر بمنقول او عقار او

---

[١] انظر نص المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات التي نص على " ١-يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه"

[٢] عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج٣، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠، ص .

[٣] انظر : قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٦/هيئة عامة/١٩٧٣ ، المؤرخ ١٩٧٣/١/١٧ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ١٩٧٣ ، ص٢٩٠ كما اكدت على هذا الشرط محكمة بداءة الرصافة في قرارا لها والذي جاء فيه " بعد تدقيق اقوال الطرفين ولوائحها تبين للمحكمة ان الفندق المطلوب الحراسة القضائية عليه هو تحت استئجار المطلوب الحراسة ضده ولم ينازعه طالبي الحراسة ،وان المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية اشترطت لصحة طلب الحراسة القضائية ان يكون هناك نزاعات بشان المال المطلوب الحراسة ضده ....." رقم القرار ٤/ حراسة قضائية / ٨٦-٨٧ في ٤/ ١١/ ١٩٨٦ نقلا عن عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ص ٦١ هامش رقم ١

مجموعة من المال يقوم بشأنه نزاع...." حيث يفهم من المادة اعلاه اشتراط وجود النزاع لقيام الحراسة الاتفاقية.

أما فيما يتعلق بالحراسة القضائية فقد اشترط القانون المدنيِ ركن النزاع في المادة (١/٧٣٠) التي جاء فيها " يجوز للقضاء ان يأمر بالحراسة : ١- في الاحوال المشار اليها في المادة السابقة اذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة " حيث يتضح من عبارة "في الاحوال المشار اليها في المادة السابقة " بانه الحِرَاسِةَ القِضائِيَة كالحراسة الاتفاقية تتطلب توفر شرط النزاع لغرض وجودها.

لقد نص مستوى القانون المدني الفرنسي صراحة على النزاع بوصفه شرطا لوجود الحراسة الاتفاقية في المادة (١٩٥٦) منه التي جاء فيها " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه بين يدي شخص ثالث يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض أن يتسلمه ".

كما اكدت على هذا الشرط ايضا المادة (١٩٦٠) إذ نصت على انه " لا يمكن للوديع المكلف بالحراسة أن يعفى من المهمة قبل انتهاء النزاع ...."

يتضح من نص المواد المشار اليها اعلاه أن شرط النزاع شرط اساسي لوجود الحراسة الاتفاقية في القانون المدني الفرنسي .

اما في نطاق الحراسة القضائية فقد صرح القانون المدني الفرنسي على اشتراط وجود النزاع لقيامها، وذلك في المادة (٢/١٩٦١) التي جاء فيها " يجوز للقضاء ان يأمر بالحراسة : ٢- لمال غير منقول او شيء منقول يتنازع على ملكيته او حيازته شخصان او عدة اشخاص "

وهكذا يتضح أن القوانين محل المقارنة نصت على شرط النزاع بوصفه أحد الشروط اللازم توافرها لوجود الحراسة محل الدراسة .

وبعد أن بينا أن النزاع يعد شرطا أساسيا لوجود الحراسة يثار تساؤل عن ماهية وطبيعة النزاع المبرر للحراسة.

عند الرجوع لنص المادة (١٤٧) من قانون المرافعات العراقي نجد أن المشرع العراقي لم يحدد النزاع الموجب للحراسة على أن يكون منصبا على جانب معين من جوانب المال المراد وضعه تحت الحراسة ، وانما المقصود به هو النزاع بمعناه العام الواسع، وهذا ما أكدته الاسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي إذ ذكرت شرط النزاع بمعناه الواسع ولم تقيده ان يكون منصبا على الملكية او الحيازة فقد جاء في هذه الاسباب ما نصه " دعوى الحراسة التي يرفعها كل ذي شأن على الاموال المتنازع فيها اذا خشي خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد الحارس "

إذ يتضح مما تقدم أن المشرع العراقي لم يقيد ان يكون النزاع منصبا على جانب معين من المال محل النزاع وإنما كان المقصود هو النزاع بمعناه الواسع .

وهذا ما ذهب اليه القضاء العراقي إذ أتجه لفرض الحراسة على المال اذا كان هناك نزاع يتعلق بإدارته اذا كان ذلك من شأنه ان يؤدي الى تعطيل استثمار هذا المال، ولم تشترط أن يكون النزاع منصبا على جوانب معينه منه ، وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية في قرارٍ لها جاء فيه " لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن الخلاف الحاصل بين الشركاء في المعمل موضوع الحراسة القضائية ، ثابت ذلك ان اقامة دعوى ازالة شيوع المعمل موضوع طلب الحراسة القضائية تؤيده شدة الخلاف الواقع بين الشركاء بشأن ادارة ذلك المعمل والمحاسبة بشأن موارده ، فالمادة (١/١٤٧) مرافعات مدنية أجازت لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمعت لديه اسباب معقولة ... ولتوفر شروط المادة (١/١٤٧) مرافعات مدنية في طلب الحراسة فان قرار وضع المعمل تحت الحراسة كان صحيحا لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الاعتراضات التمييزية وصدر القرار بالاتفاق في ١١/ ١١/ ١٩٨٧ "[١] .

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد سلك مسلك المشرع العراقي، فلم يحدد المشرع المصري في المادة (٧٢٩و ٧٣٠) من القانون المدني أن يكون النزاع الموجب للحراسة

---

[١] انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ٨٣ / مستعجل/ ٨٧- ٨٨ في ١١/ ١١ / ١٩٨٧ مشار الية لدى . مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص ١٨٥ . انظر للمزيد لفته هامل العجيلي، مصدر سابق ، ص ٦٨- ٦٩ .

منصبا على جانب معين من المال كالملكية او الحيازة وانما جاء المقصود بالنزاع في هذه المواد بمعناه الواسع[١].

وهذا ما أكدته محكمة بداءة الاسكندرية في قرارٍ لها بقولها " طلب الحراسة لا يجاب الا اذا احتوى على ركني النزاع والخطر ...."[٢] يتضح من هذا القرار أن القضاء المصري لم يشترط أن يكون النزاع منصبا على جهة معينة كالملكية او الحيازة بل جاء مصطلح النزاع في قرارات القضائية بصورة عامة ومرنة .

أما على مستوى القانون المدني الفرنسي فإنه قد فرق بين النزاع الواجب التوافر في الحراسة الاتفاقية عنه في الحراسة القضائية.

ففي نطاق الحراسة الاتفاقية لم يقيد النزاع على أن يكون منصبا على جانب معين من جوانب المال المتنازع عليه، وهذا ما تم ملاحظته في المادة (١٩٥٦و ١٩٦٠) فقد جاء مصطلح النزاع بصورة مرنة وكان يقصد من النزاع معناه الواسع[٣]

اما النزاع في الحراسة القضائية فقد اشترط ان يكون منصبا على الملكية او الحيازة وهذا ما نصت علية الفقرة (٢) من المادة (١٩٦١) التي جاء فيها " ٢- لمال غير منقول او مال منقول يتنازع على ملكيته او حيازته شخصان او عدة اشخاص " إذ يتضح من نص المادة أعلاه أن شرط النزاع الذي تتطلبه الحراسة القضائية هو كونه متعلقا بالملكية او الحيازة .

---

[١] انظر : د. معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة ، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤، ص ٤٤٤-٤٤٥

[٢] انظر قرار محكمة بداءة الاسكندرية الاستعجالي رقم ٤٤٩ في ٢٢يناير ١٩٣٣، المحاماة ١٣، ص ٩١٨ مشار الية د. محمد كامل مرسي و محمد علي سكيكر و معتز كامل مرسي، شرح القانون المدني العقود المسماة ، ج١، (الكفالة – الوكالة – السمسرة- الصلح – التحكيم- الوديعة – الحراسة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ٧٦٤ .

[٣] حيث جاء في المادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي بانه " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه بين يدي شخص ثالث يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان =يتسلمه " وانظر ايضا المادة (١٩٦٠) من نفس القانون التي جاء فيها " لا يمكن للوديع للمكلف بالحراسة ان يعفي من المهمة قبل انتهاء النزاع ...."

وفي ضوء ما تقدم وبعد أن يتوفر شرط النزاع لا ضير ان يكون بشأن منقول او عقار، سواء كان منصبا على الملكية أم على الحيازة أم متعلقا بالإدارة فيدخل في مدلول ما تقدم النزاع الذي يكون بين البائع والمشتري على دفع الثمن والنزاع بين المؤجر والمستأجر على الاجرة او طريقة الانتفاع بالمأجور و النزاع بين الورثة على ايلولة التركة وكيفية قسمتها[١].

إذ يتضح من ذلك أن الحراسة لا توجد إلا بوجود النزاع على الاموال المراد وضعها تحت الحراسة ،هذا النزاع وان ورد في نصوص القوانين محل المقارنة بصيغة عامة الا أنه يشترط فيه عدة شروط تبرّر فرض الحراسة وهذه الشروط هي :

اولا: أن يكون النزاع جديا: يقصد بالنزاع الجدي ان يستند الى أساس من الصحة ويتم تأكيده من ظاهر المستندات وتدل عليه وقائع دعوى الحراسة المرفوعة امام القضاء[٢] .

فلا يشترط أن تكون هناك دعوى قضائية مرفوعة أمام القضاء حتى يمكن القول بوجود النزاع الجدي فقد تكون الدعوى موضوعية لخدمة دعوى الحراسة، فلا يكون هنا النزاع جدي فقد لا تتحقق جدية النزاع على الرغم من رفع الدعوى ، كما لا يكفي الادعاء من جانب المدعي بوجود نزاع بينه وبين المدعي عليه لعد النزاع جديا، بل يشترط أن يكون النزاع القائم بينهم على اساس من الجد أي يجب ان يكون صحيحاً وموجوداً يؤكد وجوده ظاهر المستندات ووقائع دعوى الحراسة أي تتوافر فيه اسباب المصلحة والصدق ، يقتضي عدم بقاء المال تحت يد حائزة ، فان لم يكن النزاع جديا فعلى القاضي أن يرفض طلب دعوى الحراسة في حال اتخاذ المنازعة شكلا قضائيا برفع دعوى بها امام القضاء ،وقد يتحقق على الرغم من عدم رفع دعوى بالنزاع [٣].

---

[١] انظر . د. علي عبد العال العيساوي ، مصدر سابق ، ص ٧٤ وانظر ايضا د.علي عوض حسن، دعوى الحراسة – يشمل التعريف بالحراسة واركانها واهميتها العملية انواع الحراسة– صور الحراسة القضائية واثارها وانقضاءها الحراسة على النقابات المهنية والعمالية ، دار الكتب القانونية مصر المحلى الكبرى ، ٢٠٠٥، ص ٧٩.

[٢] انظر : د. عامر سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٢، ص ١٢١ .

[٣] انظر هادي عزيز علي ، القضاء المستعجل – شرح مواده حسب ترتيبها في قانون المرافعات المدنية مع احكام تمييزية وافية ، ط١، بغداد ، ٢٠٠٨، ص ١٠٥. .

وهذا ما أكده القضاء العراقي إذ قضت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه" لا يكفي لتعيين الحارس القضائي مجرد ادعاء طالب الحراسة أن خصمه أخفى الحسابات ويحاول نقل حيازة المحل إلى غيره لإضاعة حقوقه، بل يجب أن يثبت للمحكمة صحة هذا الإعداء"[١] وقد أكدت ذلك محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية في قرارٍ لها جاء فيه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن محكمة بداءة الكرادة استندت في اصدار قرارها بفرض الحراسة القضائية الى شهادة تسجيل معمل الطابوق والدعوى البدائية المرقمة ٣/ب/ ١٩٨١ التي اقامها المميز عليه (طالب الحراسة القضائية) بشأن ابطال عقد بيع سهامه فيه الى المميز (المطلوب الحراسة ضده) بموجب عقد البيع الخارجي المؤرخ ٨/٣١/ ١٩٨٠، التي اصبحت تلك السهام محل نزاع جدي بين الطرفين يؤكده ظاهر المستندات وظروف الحال ما ينبغي معه وضع تلك السهام تحت الحراسة القضائية وادارتها وردها مع غلتها المقبوضة الى من يثبت له الحق فيها بحسب احكام المادة (١٤٧) مرافعات مدنية فقرر تصديقه ورد الطعون التمييزية ... وصدر القرار بالاتفاق في ١٠/ ١٢/ ١٩٨١"[٢]

كما اكدت عليه محكمة استئناف القاهرة في قرار لها جاء فيه "وحيث ان البادي من ظاهر الاوراق والمستندات ان ثمة خلاف جدي حول ادارة اعيان التركة الامر الذي يتحقق معه الخطر من بقاء المال كما هو عليه ويعد لذلك فرض الحراسة متفقا مع صحيح القانون والواقع "[٣].

واشترط القضاء الفرنسي لاسيما محكمة النقض الفرنسية في قرار لها شرط الجدية في النزاع لفرض الحراسة إذ جاء فيه " لا مبرر لأجراء الحراسة الا بوجود نزاع جدي ، فالنزاع الجدي لا يشكل حائلا لصدور قرار مستعجل في هذا المجال بل هو شرطا له" [١].

---

[١] انظر قرار محكمة التمييز المرقم ٩٢/م٢/مستعجل/١٩٧٤، المؤرخ ١٩٧٤/٢/١٨ ، النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الخامسة ، ١٩٧٤ ، ص٣٠٦.

[٢] انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١١ مستعجل ٩٨١ في ١٠/ ٢/ ١٩٨١. مشار اليه لدى عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ٦٤.

[٣] انظر قرار محكمة استئناف القاهرة بصفتها التمييزية رقم ١٨٣ في ١٩٨٢ مشار اليه لدى د. مصطفى مجدي هرجة ، احكام واراء في القضاء المستعجل والتنفيذ الوقتي ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٨٩، ص ٨٤٠ ومشار اليه لدى حذاق السامعي ، مصدر سابق، ص ٩٨ .

لذا فإن النزاع الذي يبرر وجود الحراسة يجب أن يكون نزاعا جديا تؤكده ظاهر المستندات ووقائع الدعوى وبخلاف ذلك لا يمكن القول بوجود الحراسة .

ثانيا: أن يتعلق النزاع بالمال المراد حراسته :

يشترط لقيام الحراسة أن يكون النزاع الجدي متعلق بالأموال المراد حراستها بحيث يكون المقصود من الفصل فيه رفع اليد الموضوعة على هذه الاموال ، فلا يمكن القول بوجود الحراسة إلا إذا كان هناك منقول او عقار او مجموعة اموال يقوم بشأنها نزاع، ويعد النزاع موجودا اذا كان الخلاف قائما حول الملكية او الحيازة او ادارة واستغلال هذه الاموال.

فمثلا إن النزاع القائم بين الورثة حول اموال الميراث الشائعة يعد نزاعاً جدياً ومن ثم يمكن قيام الحراسة لتوافر شروطها ، وكذلك النزاع حول قسمة المال الشائع فهو ايضاً نزاع متعلق بالشيء لأن من النتائج المحتملة للفصل فيه رفع يد الشريك الذي يوجد المال تحت يده عن نصيب غيره من الشركاء[٢] .

ومن الجدير بالذكر أن قاضي الامور المستعجلة لديه السلطة الواسعة في تقدير جدية النزاع[٣] وتقدير كون النزاع متعلقا بالأموال المراد وضعها تحت الحراسة ام لا، إذ يستخلص ذلك من وقائع الدعوى ومن ظاهر الاوراق والمستندات المقدمة اليه وعلى ضوء ذلك يستطيع أن يقرر فرض الحراسة من عدمه، وهذا كله لا يخضع لرقابة المحاكم العليا .

---

[١] نقض مدنية ٢- ١٤ شباط فبراير ١٩٧٣ نشرة مدنية ، ١١ ، رقم ٥٢ .(القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مصدر سابق ص ١٨٨٥).

[٢] انظر : د. محمد كامل مرسي و محمد علي سكيكر و معتز كامل مرسي، مصدر سابق ، ص ٧٦٤.

[٣] انظر عبد العزيز توفيق ، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الاعلى ومحاكم النقض العربية لغاية ١٩٩٨، ج٢، العقود ، المكتبة القانونية ، دون ذكر مكان النشر وسنة النشر ، ص ٢١٧.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " بأن تقدير الضرورة التي تدعو الى اقامة الحارس من الامور الموضوعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض " [١].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بذلك في أحد أحكامها الذي جاء فيه " تتمتع المحاكم وفي حالة العجلة ، قضاة الامور المستعجلة بسلطة تقدير مطلقة بهدف الامر بتعيين مدير حراسة عندما يجدون ان هذا الاجراء ضروري وملح ....." [٢].

يتضح من كل ما تقدم بأنه يقتضي لوجود الحراسة، أن يكون هناك نزاع على الاموال يتصف بالجدية ولا يتعلق بغيرها ، فاذا لم تتوفر هذه الشروط في النزاع لا يكون هناك مبرر لفرض الحراسة وكل ذلك يخضع لتقدير القاضي اذا تم رفع الدعوى اليه من دون أن يكون للمحاكم العليا رقابة عليه .

وعلى الرغم من كل ما تقدم ونحن بصدد اقتراح تنظيم خاص للحراسة في نطاق القانون المدني فلا يبقى في وسعنا الاعتماد على الاسباب الموجبة او القواعد العامة الواردة في موضوع القضاء المستعجل لذا يجب اقتراح مواد تنص على شرط النزاع للحراسة الاتفاقية والقضائية بشكل واضح وصريح على العكس ما هو موجود حاليا في التشريع العراقي الذي لم يبين شرط النزاع حتى في النصوص المنظمة للحراسة الاتفاقية الواردة فِي قانِونِ المرَافِعَاتِ المَدنِيَة .

الفرع الثاني

عدم المساس بأصل الحق

يشترط الى جانب وجود النزاع توافر شرط اخر هو عدم المساس بأصل الحق في جميع انواع الحراسة محل الدراسة، اذا يعد هذا الشرط انعكاسا لطبيعة الحراسة التحفظية المؤقتة، وهذا ما اشارت اليه القوانين محل المقارنة، ففي نطاق التشريع العراقي نجد أن قانون المرافعات

---

[١] انظر قرار محكمة النقض في اول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد المدنية ج٢ ص ٥٦٦ ، مشار الية لدى د. معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة ، ص ٤٤٤.

[٢] انظر قرار محكمة النقض الفرنسية : رقم ٢٥٦ نقض اجتماعية ، ١٥/ اذار / مارس ١٩٥٦ نشرة مدنية ١٧. انظر القانون المدني الفرنسي بالعربية ترجمة جامعة القديس يوسف، ص ١٨٨٤.

المدنية نص في المادة (١/١٤١) منه على هذا الشرط بقولها "١ – تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق"[١] حيث يتضح ان الامور المستعجلة يشترط فيها أن لا تمس اصل الحق ، وبما ان دعوى الحراسة احدى تطبيقات القضاء المستعجل فيشترط فيها هذا الشرط، كما ان نصوص قانون المرافعات المتعلقة بالحراسة لم ينص صراحة عليه إلا أنه يمكن استنتاجه من نص المادة (١/١٤٧) التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه أن يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" [٢] حيث يتضح من عبارة "ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" ان الحراسة يقصد منها المحافظة على المال المتنازع فيه، دون ان يكون من شانها المساس بأصل الحق او تغيير مراكز المتنازعين .

إذ قضت محكمة استئناف بغداد / الكرخ بصفتها التمييزية في قرار لها بأن القضاء المستعجل يجب أن لا يمس أصل الحق وما دامت الحراسة أحد صور القضاء المستعجل فالأمر ينطبق عليها حيث جاء فيه " للمحكمة إعطاء الأذن بالمطالبة لإكمال نواقص البناء وبحدود الكلفة التي قدرها الخبير ولكن ليس لها تقدير اعتبار نفقة إكمال النواقص على حساب المطلوب الأذن ضده لأن ذلك من اختصاص محكمة الموضوع تبت فيه عند رفع النزاع أمامها إذ ليس للقضاء المستعجل التصدي لأصل الحق المتنازع عليه" [٣] .

---

[١] تقابلها المادة (٤٥) من قانون الاجراءات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ المعدل الذي جاء فيها" يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة دون المساس باصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى معها فوات الوقت "

[٢] تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت . فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع علته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه " والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي التي نص على " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا علية بين يدي شخص ثالث يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يتسلمه "

[٣] قرار محكمة استئناف بغداد / الكرخ بصفتها التمييزية ، المرقم ٤٩/ مستعجل/ ٢٠٠٠ ، المؤرخ ٢٠٠٠/٤/٥

وهذا ما أكدته محكمة استئناف القاهرة في قرار لها جاء فيه " وحيث انه لما كان من المقرر انه يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى الحراسة ان تتوافر امامه اركان الحراسة القضائية وان يتوافر امامه شرطا اختصاصه الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.."[١].

إلا أنه وقبل أن نحدد ما المقصود من هذا الشرط الذي نحن بصدد دراسته و عرض الامثلة التي تعد مصداقا لعدم المساس بأصل الحق ، لابد من توضيح فكرة اصل الحق وتمييزها عن الحق بشكل واضح.

لقد عرف رأي فقهي الحق بانه (ميزة مقرونة بالشخص مكفولة بالقانون تقرها الجماعة لتعزيز وجوده في استجلاب الخير ودرء الشر)[٢] وعرفه رأي آخر بأنه (مركز قانوني يخول من ينفرد به – في حدود القانون أن يستأثر بمصلحة ما، اما بالحصول عليها مباشرة من التسلط على الشيء أو اقتضائها ممن يكون في مركز المكلف بترتيبها)[٣] وعرفه رأي آخر بأنه (استئثار شخص بقيمة معينة طبقا للقانون)[٤].

أما مصطلح أصل الحق، فقد كان هناك خلاف فقهي كبير حول تحديد مضمونه ، لذا فقد ذهب رأي فقهي الى أن المقصود بأصل الحق هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الاخر، في حين ذهب رأي آخر بأنه الواقعة التي يقر بها القانون نسبة محل الحق الى صاحبه ، فهي ركن في الحق لا يوجد إلا عن طريق مصدر ينشئه [٥]، وذهب راي اخر الى ان اصل الحق هو كل ما يتعلق بالحقوق وجودا وعدما فيدخل في ذلك كل ما

---

[١] انظر قرار محكمة استئناف القاهرة رقم ١٥٣٨ مستعجل لسنة ١٩٨٤ الصادر في جلسة ٢٧/ ٣/ ١٩٨٥ مشار الية لدى . عزيز الدين الدنياصوري و حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٧٤٤.

[٢] د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧، ص ٨٢١.

[٣] انظر د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩، ص ٣٨.

[٤] انظر د. محمد حسين منصور ، نظرية الحق – ماهية الحق – انواع الحقوق– الاشياء محل الحق– ميلاد الحق– وحمايته واثباته– الشخصية القانونية – الشخص الطبيعي الشخص المعنوي ، ط١، دار الجامعة الجديد للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ٤٦٣ .د. جلال محمد ابراهيم ، مبادئ القانون – نظرية الحق ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٣. للمزيد في تعريف الحق انظر د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج٢، الحق، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠، ص ٧٠ وما بعدها .

[٥] انظر : د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق، ص ٤٠

يمس صحتها أو يؤثر في كيانها أو يغير فيها أو في آثارها القانونية التي رتبها القانون او قصدها المتعاقدان [١] .

ونحن نذهب مع من يرى أن المقصود بأصل الحق هو النزاع الموضوعي الذي اذا تم الفصل فيه يقرر نسبة الحق لأحد اطراف النزاع، و يتم حسمه من قبل قاضي الموضوع كتقرير حق الملكية لاحد الاطراف ، أما الحراسة بوصفها اجراءً وقتياً فهي لا تقرر رجحان الحق لاحد، وانما حماية الحق حتى يتم تقرير ذلك من قبل قاضي الموضوع[٢]

إن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع على قاضيِ الامور المستعجلة المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتغيير أو التأويل الذي من شانه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما كما لِيس له أن يغير أو يعدل من المركز القانوني لأحد الطرفين [٣]

وفي ضوء ما تقدم فان الحراسة بجميع أنواعها يجب أن لا تمس أصل الحق، بل هي اجراء وقتي الغرض منه المحافظة على الاموال المتنازع عليها الى أن ينتهي النزاع ،فإذا كانت الحراسة اجراءً وقتياً لا يجوز للحارس القيام بالأعمال التي تمس أصل الحق نذكر بعض الامثلة عليها منها :

١- بيع او رهن بعض الاموال التي تحت الحراسة من أجل الوفاء بالديون المستحقة عليها حتى لو كان التأخر بالوفاء يعرضها لخطر الضياع بسبب اجراءات نزع الملكية او بسبب الحجز التنفيذي عليها .

---

[١] انظر د. معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة ، مصدر سابق، ص ٣٣ وانظر ايضا د محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، اختصاص قاضي الامور المستعجلة ، مصدر سابق ، ص ٣٦.

[٢] انظر حسن عكوش، المستعجل في الفقه والقضاء ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ١٨ .

[٣] انظر ، د. محمد محمود ابراهيم ، الوجيز في المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٤٠٩.

٢- تخصيص جزء من ريع الاموال الموضوعة تحت الحراسة لوفاء ديون بعض الدائنين من دون الاخرين متى كانوا متساوين جميعا في المرتبة[١].

٣- تخويل الحارس توزيع صافي الريع على الشركاء، اذا كانت حقوقهم في الاموال الموضوعة تحت الحراسة او انصبتهم في الريع محل نزاع جدي فيما بينهم، ورفعت بشأنه دعوى امام محكمة الموضوع ، لأن في ذلك مساسا بموضوع الحق المعروض على محكمة الموضوع [٢] .

٤- تخويل الحارس باستغلال الاموال محل الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه ولو لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات بوصفه نائباً عن ذوي الشأن بالنسبة لهذه الاموال.

٥- تخويل الحارس سلطة قسمة ريع العقار الموضوع تحت الحراسة، إلا إذا اتفق المتخاصمون على ذلك، أما في حالة عدم اتفاقهم على قسمة الريع يأمر القاضي بقيام الحارس بإيداع الريع في صندوق المحكمة حتى يتم الفصل في النزاع بين الطرفين، او تخويله الدفاع في الدعاوى التي يكون موضوعها المنازعة في الحق نفسه من جهة وجوده او عدم وجوده أو التي تتعلق بأعمال التصرف مالم يرخص القضاء له بها او يتفق ذوي الشأن على منحها له [٣] .

٦- اجراء اصلاحات غير ضرورية أو غير لازمة في الاعيان محل الحراسة، حتى لو ترتب على اجرائها زيادة في الايراد

٧- الحصول على جزء من ارباح الشركة الموضوعة تحت حراسته نظير اتعابه ومصاريفه والتنازل عن التي للحراسة قبل الغير أو اجراء الصلح او التحكيم مع الغير بشأن هذه الديون أو رفع الدعاوى العينية الخاصة بالأموال الموضوعة تحت الحراسة [٤] .

وعليه لا يمكن أن يخول الحارس في الامثلة اعلاه القيام فيها بجميع انواع الحراسة ، لأن ما تقدم يؤدي الى المساس بأصل الحق، وهذا ما يخالف نصوص القانون المذكورة سابقا.

---

[١] انظر : معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة ، مصدر سابق، ص ٤٥٢-٤٥٢ .

[٢] انظر : د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، مصدر سابق ، ص ٣٦.

[٣] انظر حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي، مصدر سابق ، ص ٩٠-٩١.

[٤] انظر محمد على راتب و محمد نصر الدين ومحمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، مصدر سابق، ص ٤٩٠ هامش رقم(١)

وهنا يثار التساؤل حول ما اذا تبين للقاضي عدم توافر الشرطين السابقين – النزاع الجدي وعدم المساس بأصل الحق – هل يحكم القاضي بعدم اختصاصه بالنظر الطلب ام ينظر ثم يحكم برفضه لانتفاء الشروط العامة للحراسة .

فقد ذهب رأي فقهي انه اذا تبين للقاضي عدم توفر الشروط العامة للحراسة– النزاع الجدي ، وعدم المساس بأصل الحق – في طلب وضع المال تحت الحراسة ، وجب عليه أن يحكم بعدم اختصاصه بالنظر الى الطلب المقدم اليه المتضمن وضع الاموال تحت الحراسة ، فإذا سكت أطراف الدعوى عن اثارة توافر او عدم توفر الشروط العامة للحراسة ففي هذه الحالة يجوز لقاضي الامور المستعجلة أن يثيرها من تلقاء نفسه وذلك لعدها من النظام العام الذي لا يحتاج طلباً لفحصها [١].

في حين ذهب رأي آخر الى أن عدم توافر هذه الشروط لا يمنع من النظر في دعوى تعيين الحارس على الاموال المتنازع عليها ، إلا أنه يمنع الحكم به ، أي ان شروط الحراسة العامة هي شروط للحكم بتعيين الحارس وليس ركناً في قيام الاختصاص[٢] .

ونحن نرى أن الشروط العامة للحراسة – اذا لم تتوافر– فعلى القاضي أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الطلب المقدم بفرض الحراسة على الاموال المتنازع عليها ، وهذا ما يؤيده نص المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " ١ – تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق"[٣] إذ يتضح أن عدم توافر شرط عدم المساس يمنع اختصاص قضاء الامور المستعجلة بنظر دعوى الحراسة هذا فيما يتعلق بالشرط المذكور .

---

[١] انظر : محمد علي راتب ، محمد نصر الدين و محمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، المصدر نفسه، ص ٣٦– ٣٩ و ٤٧٨– ٤٧٩ ص ٤٩١ .

[٢] انظر د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية فقها وقضاءا ، مصدر سابق ، ص ٤٤.

[٣] تقابلها المادة (٤٥) من قانون الاجراءات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ المعدل الذي جاء فيها" يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة دون المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى معها فوات الوقت ".

أما ما يتعلق بالنزاع بوصفه شرطاً لقبول الاختصاص فقد أكدته المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي وايدت ذلك الاسباب الموجبة للقانون نفسه بقوله " دعوى الحراسة التي يرفعها كل ذي شأن على الاموال المتنازع فيها اذا خشي خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد الحارس "[١].

وقد اكد القضاء العراقي على شرط النزاع بوصفه شرطا لفرض الحراسة، وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز وقد جاء فيه " يشترط لقبول طلب وضع المال تحت الحراسة القضائية أن يقوم نزاع بين الطرفين يقتضي عدم جواز بقاء المال تحت يد حائزه لوجود خطر عاجل من بقائه..."[٢].

[١] تقابلها المادة (٧٢٩- ٧٣٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٥٦ و ١٩٦١) من القانون المدني الفرنسي .

[٢] انظر :قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٦/هيئة عامة/١٩٧٣ ، المؤرخ ١٩٧٣/١/١٧ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ١٩٧٣ ، ص٢٩٠.

المطِلبَ الثِانَيِ

الشروط الخاصة للحراسة القضائية على الأموال المتنازع عليها

يقضي لفرض الحراسة القضائية على الأموال المتنازع عليها من قبل قاضي الامور المستعجلة ، اضافة لتوافر الشروط العامة التي تطرقنا لها في المطلب الاول ، توافر شروط خاصة تتعلق بالحراسة القضائية ، أي الشروط الخاصة بهذا النوع من الحراسة من دون بقية الانواع الاخرى، فاذا انتفى شرط من هذه الشروط لا يمكن فرض الحراسة في هذه الحالة .

فلا بد من استبان ان هناك خطراً عاجلاً تتعرض له الاموال المراد وضعها تحت الحراسة ،فضلا عن الاستعجال المبرر لفرض الحراسة من قبل القاضي ، وكما لابد من توفر المصلحة في دعوى الحراسة.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع سنتناول في الاول ، الخطر العاجل اما الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة شرط الاستعجال ، واما الثالث فسنبين فيه شرط المصلحة .

الفرع الاول

الخطر العاجل

إن شرط الخطر العاجل شرط خاص يقتضي توافره في نطاق الحراسة القضائية، بمعنى أنه شرط يستلزم وجوده في الحراسة القضائية لا الحراسة الاتفاقية.

وهذا ما اكدته التشريعات محل المقارنة ، فعلى مستوى التشريع العراقي فقد نص قانون المرافعات المدنية في المادة (١/١٤٧) منه على هذا الشرط إذ جاء فيها " ١- .....ما يخشى معه خطرا عاجلا ....." [١].

ومن ثم فلا يتصور قيام الحراسة القضائية الا بوجود الخطر العاجل الذي يحدق بالمال المتنازع عليه.

---

[١] تقابلها المادة (٢/٧٣٠) التي جاء فيها " اذا كان صاحب المصلحة في منقول او عقار قد تجمع لدية من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا، من بقاء المال تحت يد حائزة ".

كما اكدت على هذا الشرط محكمة التمييز العراقية في قرار لها قضت فيه " ... لما كانت الاركان اللازم توفرها للحراسة القضائية هي ان يقوم نزاع بين طرفين يقتضي عدم بقاء المال المراد فرض الحراسة عليه تحت يد حائزه وان يكون هناك خطر عاجل من بقاء ذلك المال تحت يد الحائز ...." [١].

اذ يفهم من هذا القرار انه يجب لفرض الحراسة القضائية ان يوجد خطر عاجل يحدق بالمال المطلوب وضعه تحت الحراسة .

وقد عرف الخطر العاجل بتعريفات عديدة، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه (الخطر الذي ينذر بضياع حقوق طالب الحراسة او اتلاف المال من واضع اليد عليه او العبث به، وان يكون هذا الخطر لا يكفي لتفاديه التقاضي العادي بأن اصبح محدقا وشيك الوقوع)[٢].

وعرفه رأي آخر أنه" الخطر الفوري الذي يهدد مصلحة ذوي الشأن ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة[٣]

ويشترط في الخطر الموجب للحراسة أن يكون قائماً، وجديا، أي غير مفتعل من الخصوم، لذا سنتطرق لهذه الشروط في نقطتين منفصلتين .

---

[١] انظر قرار محكمة التمييز ٢٧٦ هيئة عامة ١٩٧٣ في ١٧ / ١١/ ١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة ، ١٩٧٣، ص ٢٩٠. وانظر ايضا قرار محكمة التمييز رقم القرار ٦٠٥ مدنية ثانية ، مستعجل– ٧٢ في ٢/ ١٢/ ١٩٧٢ الذي جاء فيه " على المحكمة تعيين حارس قضائي اذا قامت اسباب معقولة على وجود مصلحة محتملة تقضي بتعيينه ومنعا لخطر عاجل " ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨، ص ٢١٥. انظر قرار محكمة القاهرة جلسة ١/١٧/ ١٩٨٠ مستعجل في الدعوى المرقمة ٥٦٥٧ لسنة ١٩٧٩ مشار اليه لدى عز الدين الدنياصوري و حامد عكاز، مصدر سابق ، ص ٧٥٧.

[٢] انظر انور طلبة، العقود الصغيرة الحراسة والعمل– الحراسة الاتفاقية والقضائية، شروط الحراسة ، مبررات الحراسة، تعيين الحارس وعزله ، سلطة الحارس، انقضاء الحراسة ، عقد العمل الحقوق والالتزامات، تقادم حقوق العمال، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع، ص ١٧. انظر ايضا د. علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٦٣.

[٣] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، مجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ،مصدر سابق، ص ٧٩٢.

اولا : أن يكون الخطر العاجل قائما :

يجب ان يكون الخطر قائما حتى يكون مبررا لفرض الحراسة ، أي يكون نتيجة مباشرة لأسباب موجودة فعلا وقت تقديم طلب فرض الحراسة ولا يمكن دفعه بإجراءات التقاضي العادية ، فيتحقق هذا الشرط مثلا اذا كان واضع اليد غير مَلِيء بحيث لا يمكن الرجوع عليه بتلك الحقوق عند الحكم بها من محكمة الموضوع ، فإذا قدم الخصم المطلوب رفع يده بطريق الحراسة تأمينات كافية تضمن الريع المتنازع فيه للخصم طالب الحراسة فلا يكون هناك موجب لتعيين حارس قضائي ويتحقق الخطر ايضا في حالة النزاع بين الورثة في التركة على قسمة الاموال وادارتها[١].

وهذا ما أكده قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية الذي قضى بأنه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد مخالفا للقانون، ذلك ان الفقرة (١) من المادة (١٤٧) اشترطت لغرض وضع الحراسة القضائية على مال ما ، ان تكون هناك اسباب معقولة يخشى معها خطرا عاجلا، من بقاء المال تحت يد حائزه وأن المحكمة حينما اتخذت قرارها بوضع الحراسة القضائية على الاموال لم تبين الخطر العاجل الذي يتهددها حتى تكون احكام المادة المذكورة منطبقة وواقع الحال بالإضافة الى ان المحضر المؤرخ في ١٥/ ١١/ ١٩٩٢ المنظم في الدعوى الحجرية المرقمة ١٠٢/ ٩٩٢ محكمة بداءة الكاظمية يشير الى وضع الحجز الاحتياطي على موجودات محل موضوع الحراسة القضائية وايداعها لدى شخص ثالث للمحافظة، ومعنى ذلك أن الاموال التي وضعت تحت الحراسة القضائية كانت قد اودعت سابقا لدى شخص ثالث للمحافظة عليها، أي أنها اصبحت في مأمن من الخطر ولا ينبغي وضعها تحت الحراسة القضائية .... لذا قرر نقض القرار المميز ..." [٢] .

---

[١] انظر : محمد علي راتب ومحمد نصر الدين، محمد فاروق، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، اختصاص قاضي الامور المستعجلة ، مصدر سابق ، ٤٨١ هامش رقم ٣ .

[٢] انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ذي العدد ٦٦٨/ مستعجل ٩٢ في ٢٧/ ١٢/ ١٩٩٢ مشار اليه لدى مدحت المحمود، مصدر سابق ، ص ١٨٥. انظر قرار محكمة استئناف القاهرة رقم ٢٨/ ٦/ ١٩٤٩ الذي جاء فيه " ولما كانت العين المطلوبة فرض الحراسة عليها ارضا غير مزروعة لا يخشى عليها من

إذ يفهم من هذا القرار أن طلب وضع الاموال تحت الحراسة القضائية لا يتم قبوله في حال انتفاء الخطر العاجل وقت رفع الطلب، وإن كان موجودا سابقا، لأن شرط الخطر العاجل يجب أن يكون قائما وقت رفع الطلب، ومثالها مضمون القرار حيث ان الخطر كان موجودا لكن وضع المال تحت الحجز الاحتياطي لدى شخص ثالث قد أدى الى زوال هذا الخطر لذا لا يتم الاستجابة لدعوى وضع هذه الاموال تحت الحراسة .

ثانيا : أن يكون الخطر جديا :

يشترط في الخطر العاجل المبرر لفرض الحراسة القضائية أن يكون جديا أو حقيقيا أي قائما على أساس من الجدية، مستخلصاً من الوقائع والمستندات وطبيعة الحق المطالب به والظروف المحيطة ، فلا يكفي لتحقق الخطر أن يكون موهوما في ذهن المدعي، ولم يفتعله بتصرفاته لغرض الحصول على الحماية العاجلة التي توفرها دعوى الحراسة القضائية [١].

وعليه اذا اتضح للقاضي أن الخطر الذي يدعيه طالب الحراسة غير حقيقي يتم رفض الطلب .

ومن الجدير بالملاحظة أن توافر الخطر العاجل من عدمه يكون خاضعا لتقدير قاضي الموضوع إذ يستشفه من خلال المستندات المعروضة أمامه ووقائع الدعوى وكذلك من طبيعة الدعوى من دون رقابة عليه من المحاكم العليا، وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية إذ قضت بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان تقدير توفر النزاع الجدي والخطر الموجبين للحراسة من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ...." [٢].

تركها تحت يد حائزها الى ان تنتهي اجراءات قسمتها ، فلا يتوفر شرط الخطر العاجل ولا محل لوضعها تحت الحراسة " .

[١] د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق، ص ٥١. انظر ايضا د. علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٦٣.

[٢] انظر قرار محكمة النقض المصرية ، ٢٥/ ٢/ ١٩٨٥ الطعنان رقما ١٤٨٠ ، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ قضائية مشار اليه لدى: عز الدين الدنياصوري و حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٧٥٣.

إن الخطر العاجل يعد ركنا موضوعيا يترتب على عدم توافره الحكم برد الدعوى وليس بعدم الاختصاص[١] وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية في قرارٍ لها جاء فيه "..... ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أن المحكمة قد قررت بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٧ تعين حارس قضائي على المحل موضوع الطلب قبل استكمال تحقيقاتها في الطلب للتثبت من توفر شروط المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية فيه إذ لم تبرز مستندات تشير إلى مشاركة طالب الحراسة في موجودات المحل ولم تتأكد من أن هناك خطراً عاجلاً .ينجم عن استمرار حيازة المطلوب الحراسة ضده لها عليه قرر نقض القرار المميز وإعادة الإضبارة...." [٢].

لذا فان الحراسة تهدف الى المحافظة على المال من الخطر العاجل الذي يهدده ومن ثم تساهم بدور كبير في توفير الضمان العاجل للأموال[٣]

ولما كان شرط الخطر العاجل من الشروط الخاصة للحراسة القضائية لذا نقترح نقل الفقرة الاولى من المادة (١٤٧) الخاصة به من قانون المرافعات المدنية للقانون المدني مع تعديلها لتتناسب مع باقي المواد المقترحة على ان تكون ضمن المادة الخاصة بشرط النزاع المذكورة سابقا .

---

[١] انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ، مصد سابق ، ص ٧٩٤- ٧٩٥.

[٢] قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٦٧/مستعجل/٩٢ ، المؤرخ ١٩٩٢/٤/٢١.

[3]Claude Brenner, L'acte conservatoire, thèse pour le doctorat, université de paris 2. Paris. France, 1999.n343

الفرع الثاني

شرط الاستعجال

يشترط الى جانب وجود الخطر العاجل، شرطا اخر، وهو شرط الاستعجال ويختص بالحراسة القضائية ، فقد اشارت اليه القوانين محل المقارنة في نطاق القضاء المستعجل، وبما أن دعوى الحراسة القضائية احد تطبيقات القضاء المستعجل فيسري هذا الشرط على الحراسة ، ففي نطاق التشريع العراقي، فان قانون المرافعات المدنية قد أشار الى ذلك في المادة (١/١٤١) سابقة الذكر [١].

يتضح أن في الامور المستعجلة ومن ضمنها الحراسة القضائية يشترط فها توافر الاستعجال لغرض فرضها على الاموال المتنازع عليها.

وقد عرف الاستعجال بتعريفات متعددة ، فعرفه راي من الفقه بانه (حالة الضرورة التي لا تحتمل أي تأخير والخطر الذي لا يدفعه رفع دعوى)[٢] وعرفه آخر بأنه (ضرورة الحصول على الحماية العاجلة التي لا تتحقق من اتباع الاجراءات العادية للتقاضي، نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم ، او تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه واصلاحه ، ويتحقق حين يحتمل وقوع خطر محدق لا يمكن درؤه بإجراءات التقاضي العادية، ولو قصرت مواعيده)[٣] كما عرفت محكمة النقض المصرية الاستعجال بأنه " ان حالة الاستعجال هي الحالة التي يخشى معها طول الوقت الذي تستلزمه اجراءات التقاضي العادية لدى محكمة الموضوع " [٤] .

---

[١] انظر المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " ١ – تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق " تقابلها المادة (٤٥) من قانون الاجراءات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ المعدل الذي جاء فيها" يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة دون المساس باصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى معها فوات الوقت ".

[٢] انظر د. رضا محمد عيسى، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

[٣] د. امينه النمر ، قوانين المرافعات ، الكتاب الاول – المدخل لدراسة قوانين المرافعات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٢، ص ٣٠.

[٤] مشار اليه لدى د. علي عبد العال العيساوي، مصدر سابق، ص٦٢.

وشرط الاستعجال يستخلصه القاضي من طبيعة المال المتنازع عليه وظروف الدعوى ومستنداتها، وليس من فعل المتنازعين او اتفاقهم على أن يسبغوا على طلبهم صفة الاستعجال لمجرد الحماية القانونية التي يوفرها القضاء المستعجل، كما أن القاضي له سلطة تقديرية في تقدير وجود هذا الاستعجال من عدمه، وهو في عمله هذا لا يخضع لرقابة المحاكم العليا، وذلك لان فكرة الاستعجال من مسائل الواقع التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الامور المستعجلة ، فاذا كان القاضي عند فحص المستندات ووقائع الدعوى قد تبين له أن القصد من طلب الحراسة هو منع وقوع خطر قد يصعب تلافيه عن طريق اجراءات التقاضي العادية، ففي هذه الحالة يكون شرط الاستعجال قد تحقق، ومن ثم انعقد الاختصاص لقاضي الامور المستعجلة اما اذا تم فحص الطلب واتضح عدم توفر شرط الاستعجال ففي هذه الحالة لا ينعقد الاختصاص له[١].

ويثار سؤال هنا هو الوقت ما الذي يتم التثبت فيه من توفر شرط الاستعجال ؟ ، القاعدة العامة تنص ان الدعوى تنظر بالحالة التي كانت عليها وقت رفعها، إذ يتم تطبيق هذه القاعدة على دعوى الحراسة القضائية بوصفها احد صور القضاء المستعجل ، ومن ثم يتطلب توافر شرط الاستعجال وقت رفع دعوى الحراسة القضائية ويجب أن يستمر في الوجود اثناء نظر الدعوى فهو شرط ابتداء وبقاء، أي لا يقتصر توافره عند رفع الدعوى بل يلزم ايضا وقت صدور الحكم، فاذا انتفى شرط الاستعجال اثناء النظر في الدعوى وقبل صدور الحكم ففي هذه الحالة

---

[١] انظر استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات،ج٢، نظرية الدعوى المدنية ، مصدر سابق، ص ٣٢٥- ٣٢٦. وايضا انظر د. عيد محمد القصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط٢، مطبعة النهضة، القاهرة ، ٢٠١٠، ص ٢٨٦. وانظر ايضا :انور طلبة ، المطول في شرح المرافعات المدنية والتجارية ، ج٢، اختصاص النيابة بمنازعات الحيازة- القضاء المستعجل – الطلب العارض والمرتبط- الاختصاص الولائي والمحلي- رفع الدعوى – حضور الخصوم- تدخل النيابة – الدفوع- الاحالة – الاعلان – عدم القبول، نادي القضاء، ٢٠١١، ص ٣٢ انظر ايضا :محمد عبد الرحيم عنبر و فريد محمد عنبر ، الوجيز في القضاء المستعجل – دراسة فقهية مقارنة بين تشريعات الدول العربية والشريعة الاسلامية ، ط٢، دون ذكر الناشر ومكان النشر ، ١٩٨١، ص ٢٢ وانظر ايضا د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية ،ج١، التنظيم القضائي النظرية العامة للدعوى ، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١٠١. .

يجب أن يحكم القاضي بعدم اختصاصه ، مادامت الدعوى تفتقر لشرط الاستعجال وقت الفصل فيها، وذلك لتعلق اختصاصه هذا بالنظام العام .

اما اذا توافر شرط الاستعجال بعد رفع الدعوى، فقد ذهب الفقه في مصر الى أن القضاء المستعجل يختص بالنظر في الدعوى ، و تقدر المحكمة صفة الاستعجال الذي يجب أن لا يتقيد بوقت رفع الدعوى، بل ما قام منها وقت الفصل فيها، وذلك لأن قاعدة (الدعوى تنظر بحالتها وقت رفعها) هي قاعدة مقررة لمصلحة المدعي ومن ثم يجب أن لا يضار بها[١].

ونرى وجوب أن يتوافر شرط الاستعجال وقت رفع الدعوى حتى ينعقد الاختصاص لقاضي الامور المستعجلة وبانتفائه لا ينعقد الاختصاص له.

ومن الامثلة على توافر الاستعجال في المال الشائع عند قيام نزاع بين الشركاء على الادارة أو على الانصبة أو عند تعارض المصالح بينهم أو اذا استأثر بعضهم بالريع دون باقي الشركاء وترتب على ذلك خطر او ضرر من تعذر الانتفاع وبالتالي ينعقد الاختصاص لقاضي الامور المستعجلة بنظر هذا النزاع وذلك لتوفر شرط الاستعجال [٢]

ومن الجدير بالإشارة أن هذا الشرط بوصفه قريبا من مدلول الخطر العاجل فقد اثار الكثير من الخلاف بين الفقهاء حول عدهما امرا واحدا او عدهما شيئين مختلفين، وبين ما اذا كان شرطاً لانعقاد الاختصاص او شرطاً لصدور الحكم .

---

[١] انظر د. نبيل اسماعيل غانم، قانون اصول المحاكمات المدنية ، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١، ٢٢٧ . للمزيد انظر :د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، مجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ،مصدر سابق، ص٧٩٣ ود. امينة النمر ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ وعماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص٥٤

[٢] عبد الحكيم فراج ، مصدر سابق ، ص ٧٩.

فقد ذهب اتجاه من الفقه الى أن الاستعجال هو ذاته الخطر العاجل وليس امرين مختلفين ، ومن ثم اذا وجد الخطر العاجل يكون الامر مستعجلا، داخلا في اختصاص القضاء المستعجل كما يدخل في اختصاص قاضي الموضوع[١].

لذا فان الاختلاف بينهما بحسب رأي هذا الاتجاه، هو اختلاف لغوي لفظي فحسب ، لكون مشرعو القوانين محل المقارنة استعملوا المصطلحين في موضعين مختلفين لكن أرادو فيها معنىً واحداً فقد استعملوا لفظ الخطر العاجل في نطاق نصوص الحراسة القضائية بدلاً من مصطلح الاستعجال الذي تم ايراده في نطاق النصوص المتعلقة باختصاص القاضي الاستعجالي[٢] .

و يمكننا الرد على أصحاب هذا الراي ،بان المشرع كان قاصدا استخدام لفظ الاستعجال عند التطرق لاختصاص القضاء المستعجل في المادة (١٤١) من قانون المرافعات العراقي[٣] وكذا قاصدا استخدام الخطر العاجل كشرط قبول في دعوى الحراسة في المادة (١/١٤٧) من القانون ذاته [٤]، وفضلا عن ذلك اذا كان الاستعجال والخطر العاجل امرا واحدا، حسب قول اصحاب هذا الراي فلماذا مشرعو القوانين محل المقارنة قد استخدموا مصطلحات مختلفة ونحن نعرف أن الشرط الذي يتطلبه القانون في القضاء المستعجل يقتضي توافره دون النص عليه في دعوى الحراسة كونها صورة من صورها وقد نص على هذه الشروط في القواعد العامة للقضاء المستعجل ، كما أننا نرى أن الخطر العاجل سبب والاستعجال نتيجة وبالتالي اذا تمت المساواة بينهما يودي ذلك الى الخلط بين السبب والنتيجة ، فضلا عن ذلك ان انتفاء شرط الاستعجال يترتب عليه عدم الاختصاص بالنسبة لقضاء الامور المستعجلة اما عدم توفر شرط الخطر العاجل يترتب عليه عدم قبول الدعوى، وان انعقد الاختصاص .

---

[١] محمد علي الصوري ، الحراسة ، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون ، ص٢٤٦. د. انور العمروسي ، العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق ، ص ٥٨٧.

[٢] انظر المادة (١٤١ و ١٤٧) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٤٥) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية المصري والمادة (٧٣٠) من القانون المدني المصري.

[٣] حيث نصت على " ١- تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس باصل الحق" تقابلها المادة (٤٥) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية المصري.

[٤] تقابلها المادة (٧٣٠) من القانون المدني المصري .

في حين ذهب رأي أخر الى التمييز بين الاستعجال و الخطر العاجل، فالخطر يكون على درجتين، فاذا اتخذ صورة حادة لا تكفي في درئها اجراءات التقاضي العادية كان استعجالا واختص القضاء المستعجل به، اما اذا كان الخطر يكفي لتلافيه اجراءات التقاضي العادية ، فهذا هو الخطر العاجل لا المستعجل الذي يعد شرطا موضوعيا في قبول دعوى الحراسة سواء امام قاضي الامور المستعجلة ام امام قاضي محكمة الموضوع، ومن ثم فان شرط الاستعجال هو الذي يسبغ الاختصاص للقضاء المستعجل اما الخطر العاجل فهو شرط موضوعي لقبول دعوى الحراسة القضائية[١].

و يؤخذ على هذا الرأي ان القول بان الخطر يكون على درجتين أنه يؤدي، الى الشعور بوجود حراستين ، احداهما ترفع وفقا لقانون المرافعات وهذه تتطلب توفر شرط الاستعجال كونه شرط اختصاص ، اما الثانية فترفع حسب القوانين المدنية بمجرد توافر الخطر العاجل العادي مندون شرط الاستعجال[٢] .

إلا أننا نرى ان هناك فرقا بين الاستعجال والخطر العاجل ، أذ يعد الاستعجال شرطا الاختصاص القضاء المستعجل، لذا فان الاخير لا يكون مختصا في نظر دعوى الحراسة اذا توافر الخطر من دون الاستعجال ومن ثم يحكم بعدم اختصاصه ، اما الخطر العاجل يعد شرطا موضوعيا للحكم بدعوى الحراسة سواء كان اما القضاء المستعجل ام امام القضاء العادي فاذا لم يتوافر يتم رد طلب وضع الاموال المتنازع عليها تحت الحراسة القضائية .

---

[١] انظر : محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب ، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، اختصاص قاضي الامور المستعجلة ، مصدر سابق ، ص ٤٨٢-٤٨٣.

[٢] عماد جواد كاظم ، ، مصدر سابق ، ص ٤٦.

الفرع الثالث

شرط المصلحة

تعد المصلحة من الشروط الخاصة للحراسة القضائية ،فضلا عن كونها شرطا عاما في جميع الدعاوى وهو ما اكدت عليه المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي سابقة الذكر [١]، هذا يعني أن الحراسة القضائية لا يمكن الحكم بها ألا بعد توفر المصلحة، إلا أن مشرع القوانين محل الدراسة – العراقي و المصري والفرنسي– قد اورد تعبير المصلحة بصورة عامة مع تحديد نوع المصلحة في القانون العراقي اذ تكون صالحة لرفع الدعوى في المادة (٦) من قانون المرافعات التي جاء فيها " يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن، ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على أن يراعى الاجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعى مصاريف الدعوى" [٢].

ومن هذا يفهم أن المصلحة الوارد ذكرها في نص المادة (١/١٤٧) والخاصة بالحراسة القضائية تخضع للشروط نفسها الواردة في نص المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية.

و تعرف المصلحة بأنها (الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلبه فحيث لا تعود من رفع الدعوى فائدة على رافعها فلا تقبل دعواه)[٣] كما عرفها اخر بانها (

---

[١] انظر المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جاء فيها "١- يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة...." تقابلها المادة (٢/٧٣٠) التي جاء فيها " اذا كان صاحب المصلحة في منقول او عقار قد تجمع لدية اسباب معقولة ....."

[٢] تقابلها المادة (٣) من قانون المرافعات المصري التي جاء فيها " لا تقبل أي دعوى، كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون "

[٣] انظر عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون ، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص ٨٩. انظر ايضا استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج١، نظرية تحديد الاختصاص القضائي، ط١، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١، ص ٢٢١.

الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدى عليه، والمهدد بالاعتداء عليه والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقق هذه الحماية)[١]

وعليه يجب أن تتصف المصلحة بعدة صفات حتى تكون مبررا لفرض الحراسة القضائية وهذه الصفات هي :

اولا: مصلحة قانونية : يشترط لقبول دعوى الحراسة القضائية أن تكون المصلحة فيها قانونية، إي يجب أن تستند الى حق أو مركز قانوني ، كأن يطلب أحد الشركاء في المال الشائع عند حصول خلاف على الحصص او الادارة وضع المال تحت الحراسة ، وقد تكون المصلحة مادية او أدبية، المهم أن تكون مصلحة يحميها القانون ، فاذا لم تكن هناك مصلحة قانونية ،كأن تكون مخالفة للقانون او النظام العام فلا تقبل دعوى الحراسة[٢].

ثانيا: مصلحة معلومة : يشترط في دعوى الحراسة أن تكون المصلحة معلومة غير مجهولة ، وذلك لأنه لا يجوز المطالبة القضائية بالمجهول، وتكون المصلحة في دعوى الحراسة معلومة عندما يحددها طالب الحراسة بشكل ينفي عنها الجهالة[٣] ، كما لو حدد الشريك في المال المتنازع عليه قيمة حصته في هذا المال.

ثالثا: مصلحة حالة ومحققة : المصلحة تكون حالة اذا كانت غير معلقة على شرط او مضافة الى أجل، إلا أنه يمكن أن تكون المصلحة محتملة تكفي لرفع دعوى الحراسة ،اذا كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن[٤]

---

[١] انظر : د. عبد المنعم احمد الشرقاوي، ط١، الناشر مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٤٧، ص ٥٦.

[٢] انظر د. احمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية – بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣لسنة ١٩٦٨ وقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٦، ط١٤، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦، ص ١٢١. وانظر ايضا د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ، ص ٢٧١.

[٣] انظر : استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي، الاصول العامة في قانون المرافعات ، ج١، نظرية تحديد الاختصاص القضائي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ وانظر ايضا د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي، ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦، ص ٦١.

[٤] انظر د.فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧، ص٦٥.

أما المصلحة المحققة فتعني أن يكون الاعتداء على الاموال المتنازع عليها قد وقع بالفعل، وهو عند بعضهم يعادل شرط وقوع الاعتداء على الحق [١]

ويثار تساؤل حول هل يشترط أن يستمر توفر المصلحة لحين الفصل في دعوى الحراسة ام ان وجودها وقت رفع الدعوى كافيا؟ من الثابت في هذا الامر يجب ان يستمر وجود المصلحة لحين الفصل فيها فالمصلحة مناط الدعوى ولا دعوى بدون مصلحة وبالتالي فان انتفاء المصلحة لأي سبب كانت تصبح الدعوى غير مقبولة [٢]

وعليه ففي نطاق الحراسة القضائية فان المصلحة التي تبرر فرضها هي المصلحة المحققة، أما المصلحة المحتملة فتكفي لفرضها أيضا اذا كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ، وهذا ما نصت علية المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي، واكدتها بعض الاحكام الصادرة من محكمة التمييز أن المصلحة الواجب توافرها في الحراسة لا يشترط أن تكون محققة بل يكفي أن تكون محتملة ، إذ جاء في قرار لها: " وجد أن محكمة البداءة قررت رد طلب المميزة حول وضع حارس قضائي على اموال زوجها بحجة أن وضع الحارس هو إجراء فرعي لا يثبت بعد ثبوت الحق الاصلي، وان محكمة المواد المستعجلة ممنوعة من المضي بالتحقيق بالطلب خشية المساس بأصل الحق من دون ان تلاحظ أن المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية تقضي بأن لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار .... وينتفع من منطوق هذا النص أن عبارة المصلحة وردت بصورة مطلقة تشمل المصلحة المحققة والمحتملة ...." [٣]

---

[١] انظر د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١، ص ١٢٧.

[٢] انظر: انظر استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ،ج١، نظرية تحديد الاختصاص القضائي، مصدر سابق ، ص ٢٢١ عصمت عبد المجيد بكر، اصول المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧.

[٣] انظر قرار محكمة التمييز المرقم ٦٠٥ / مستعجلة / ٩٧٢ في ١٢/٢/ ١٩٧٢ النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة ، ص ١٧٧.

المبحث الثاني

اركان حراسة الاموال المتنازع عليها

يقتضي لقيام الحراسة على الاموال المتنازع عليها سواء كانت اتفاقية أم قضائية توافر أركانها التي تستند عليها وهذه الاركان منها موضوعيه واخرى شخصية ، فلا بد من وجود المال محل الحراسة ، فضلا عن توافر السبب المنشئ للحراسة هذه فيما يتعلق بالأركان الموضوعية ،اما الاركان الشخصية لابد من توافر اطراف الحراسة المتمثلة بالمتنازعين والحارس ، إلا أن دراسة الطرف الاول – المتنازعين على المال محل الحراسة – لا يثير أهمية في نطاق البحث كونه يردنا الى الشروط من جهة وجود المصلحة وتوفر الاستعجال حول حماية المال المتنازع عليه، وهذا ما تطرقنا له في المبحث السابق ، لذلك سنقتصر على دراسة الاطراف (الحارس) .

وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، سنتناول في الاول الاركان الموضوعية للحراسة، و ، أما المطلب الثاني فسنتطرق فيه للأركان الشخصية للحراسة (الطرف الثاني في الحراسة) .

المطلب الاول

الاركان الموضعية لحراسة الاموال المتنازع عليها

يقتضي لوجود الحراسة توافر اركانها الموضوعية وهذه الاخيرة تتمثل بالمال محل الحراسة ، فضلا عن وجود السبب المنشئ للحراسة ، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتاول في الاول المال محل الحراسة اما الفرع الثاني سنبين فيه السبب المنشئ للحراسة .

الفرع الاول

المال محل الحراسة

يعد المال المراد وضعه تحت الحراسة الركن الاول من أركانها ، إلا أنه ليس كل مال يمكن حراسته، وإنما يشترط أن يتوافر فيه شروط معينة، فضلا عن ذلك فان الحراسة ترد على اموال ذات طبيعة معينة .

لذا فالتطرق لدراسة المال محل الحراسة يقتضي منا أن نحدد طبيعة هذا المال محل الحراسة، فضلا عن ذكر شروط هذا المال ، إذ اختلف الفقهاء حول طبيعة المال الذي يصح ان يكون محلا للحراسة .

وفي ضوء ما تقدم لابد من تحديد طبيعة المال محل الحراسة ، وبيان شروط هذا المال حتى تكون الصورة واضحة عن الموضوع .

وعليه سنقسم هذا الفرع الى فقرتين، سنتطرق في الاولى لطبيعة المال محل الحراسة ، اما الثانية سنبين فيها شروط المال محل الحراسة .

اولا : طبيعة المال محل الحراسة

يتبادر الى الذهن تساؤل حول هل أن الحراسة ترد على الاموال المنقولة ام على الاموال العقارية ام على مجموع الاموال المتنازع عليها من منقولات وعقارات؟ .

وبالرجوع الى قانون المرافعات المدنية العراقي يتبين من الوهلة الاولى لنص المادة(١/١٤٧) سابقة الذكر أن المال الذي يكون محل للحراسة إما منقولا، سواء كان المنقول بطبيعته، وهذا المنقول من الممكن أن يكون مملوكاً ملكية مفرزة او شائعة[١] ويستوي ان يكون مالا ماديا او معنويا كحق المؤلف او منقولا بطبيعته او بحسب المأل، او يكون عقارا سواء كان عقار بطبيعته او عقارا بالتخصيص ويستوى أن يكون مملوك ملكية مفرزة ايضا او على وجه الشيوع كأن يقوم نزاع على جزء من هذا المال .

---

[١] تعرف الملكية الشائعة بانها (ملكية عدة أشخاص لشيء واحد دون فرز وتجنيب نصيب كل واحد منهم في هذا الشيء، فالمالك على الشيوع يشترك مع بقية الملاك كل بحسب حصته في كل ذرة من ذرات املال الشائع، و ال يختص أي منهم بنصيب محدد في هذا املال، بل يملك حصة تقدر بنسبة معينة منه، و لكن هذه النسبة ال يقابلها جزء محدد من املال الشائع" انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠، ص ١٠٧. انظر حذاق السامعي ، حماية المال الشائع عن طريق الحراسة القضائية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة العربي بن مهيدي– ام البواقي ، المجلد ١٠ العدد ١، ٢٠١٩، ص ٥٣٦.

إن السؤال الذي يثار هنا اذا كانت هناك مجموعة من الاموال فهل تخضع للحراسة ام لا ؟.

ان المادة (١/١٤٧) أوردت لفظ المنقول والعقار بصورة مفردة لم تبين مدى فرض الحراسة على مجموع الاموال المتنازع عليها، إلا أنه يمكن استنتاج الحل والقول ان المشرع العراقي قد ذهب الى فرض الحراسة على مجموع الاموال المتنازع عليها وذلك من نص المادة (١/١٤٨ –أ) التي جاء فيها " أ– إلتزام الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وادارتها، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد..." إذ يتبين من ذلك أن المشرع العراقي قد استعمال مصطلح (الاموال)، وهذا يعني أن المصطلح جاء عاما يشمل المنقول او العقار او مجموعة من الاموال ، وهذا ما اكدته الاسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي إذ جاء فيها " ....كذلك تناول القانون صورة هامة من صور الدعاوى المستعجلة وهي دعوى الحراسة التي يرفعها كل ذي شأن على الاموال المتنازع عليها .."

وعليه فان الاموال التي تكون محل للحراسة في التشريع العراقي هي الاموال المنقولة او العقارية او مجموعة الاموال كالتركات والشركات اذا كانت محل للنزاع بين الخصوم وتوفرت الشروط التي تستلزمها الحراسة بنوعيها، حسنا فعل المشرع العراقي عندما وسع من الاموال التي تكون محل للحراسة وذلك يساعد على الحفاظ على أكبر قدر من الاموال التابعة للأفراد ما ينعكس ايجابا على اقتصاد البلد بصورة عامة كما ان توسع الاموال التي تعد محل للحراسة تعطي سلطة تقديرية للقاضي بعدم التقيد نوع معين من الاموال .

وقد حدد القانون المدني المصري صراحةً طبيعة المال محل الحراسة فبين أن الحراسة ممكن أن ترد على المنقول والعقار أو مجموعة اموال، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٢٩) منه بقولها " الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص اخر بمنقول او عقار او مجموعة من المال يقوم بشأنها نزاع....." كما اكدت ذلك المادة (١/٧٣٠) التي جاء فيها " يجوز للقضاء ان يأمر بالحراسة ١– في الاحوال المشار اليها في المادة السابقة .."

إذ يتضح من المواد المذكورة أعلاه أن الاموال التي تصح ان تكون محل للحراسة في القانون المدني المصري ممكن أن تكون مالاً منقولاً او عقاراً او مجموعة اموال كالمحال التجارية التي تعد مجموعة من الاموال تتألف من عناصر مادية وغير مادية [١] .

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فقد ذكر في المادة (١٩٦١) منه صيغة المفرد على المال الذي يكون محل الحراسة في الفقرتين الاولى والثانية، إلا أنه عاد وشمل مجموع الاموال في الفقرة الثالثة إذ جاء فيها " يمكن للقضاء أن يأمر بالحراسة ١- الاموال المنقولة المحجوزة على مدين ٢- لمال غير منقول او شيء منقول متنازع على ملكيته..... ٣- الاشياء يقدمها المدين لإبرائه من الدين "

وعليه فان الحراسة في القانون المدني الفرنسي شأنها شأن بقية القوانين محل المقارنة يمكن أن ترد على المال المنقول والعقار او على مجموع الاموال كالتركات والمحال التجارية.

ثانيا :شروط المال محل الحراسة

يشترط في المال الذي يكون محلا للحراسة عدة شروط يجب توافرها ليكون صالحا لذلك ، فالحراسة لا ترد على المال بمجرد أن يكون هناك نزاع بصدده ، بل يحب شروط وهي: كون المال مما يجوز التعامل به،- أي داخل في دائرة التعامل-، و قابلا أن يعهد بإدارته للغير و قابلا للاستغلال ، فاذا توفرت هذه الشروط في أي مال متنازع عليه كان صالحا ليكون محلا للحراسة .

وعليه سندرس هذه الشروط على وفق ثلاث فقرات سنتناول في كل فقرة شرطا من هذه الشروط بصورة مستقلة وكالاتي :

١- أن يكون المال مما يجوز التعامل فيه :

يجب أن يكون المال المراد وضعه تحت الحراسة ان يكون قابلا للتعامل به سواء بحكم القانون أم بطبيعته، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (٦١) التي جاء فيها "

---

[١] انظر د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج١، الاعمال التجارية والتاجر – المتجر –العقود التجارية – التجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية ، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٨٠.

١ – كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية.٢ – والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية"[١].

وعليه فاذا كانت الاموال تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون، مادام لا يجيز أن تكون محلا للحقوق او اذا كانت خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها وكانت هذه الاموال تأبى الاستئثار بحيازتها فأنها لا تصلح أن تكون محلا للحراسة أنواعها كلها [٢] .

وعليه لا يجوز وضع الاموال تحت الحراسة لاسيما التي تخرج عن التعامل بحكم القانون كالأموال المسروقة والمخدرات، والاموال الاخرى التي يحرم القانون حيازتها ، وان كانت مهددة بخطر عاجل يستلزم الاستعجال في عدم بقائها تحت يد حائزها، والامر سيان في الحراسة الاتفاقية و الحراسة القضائية[٣] ، الأن الهدف من الحراسة هو المحافظة على الاموال التي ترد عليها وتسليمها لمن يكون له الحق فيها، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٨ –أ) التي جاء فيها "أ– يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة اليه حراستها وادارتها وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد...." [٤]

وكذلك لا يجوز وضع المال المخصص للنفع العام تحت الحراسة لأن الغرض منه هو المنفعة العامة، فوضعه تحت الحراسة يتعارض مع هذا الغرض ويحول دون التمكين من الانتفاع به أو يؤدي وظيفته العامة ، سواء أكانت أموال عامة بطبيعتها كالشواطئ او بالتخصيص كالعقارات

---

[١] للمزيد عن الاشياء التي تكون قابله للتعامل انظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والايجار ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٧١– ١٧٧. وانظر ايضا هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص ١٠٦.

[٢] حسنين نوري صكر، الحراسة القضائية في القانون العراقي والاردني، رسالة ماجستير جامعة الشرط الاوسط الاردن ، ٢٠١٨ ، ص ٤٦.

[٣] انظر : حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي، مصدر سابق ، ص ١١٠

[٤] تقابلها المادة (٧٢٩) في القانون المدني المصري التي جاء فيها " ..... فيتكفل هذا الشخص بحفظة وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له ا وتقابلها فيلحق فيه " وتقابلها المادة (١٩٦٣) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " ... فيجب على الحارس ان يبذل في سبيل المحافظة على الامتعة ..."

،إلا أن هناك استثناء على هذا المبدأ العام، وإذ يجوز وضع هذه الاموال تحت الحراسة، اذا كانت ملكيتها محل نزاع وكذلك صفتها متى تبين للمحكمة جدية النزاع واستئثار أحد الاشخاص بحيازتها الى أن يصدر حكم من المحكمة بخصوص الملكية والصفة[١]

أما الاموال التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون فان مصيرها المصادرة في حال ضبطها من الجهات المختصة التي تقوم بإتلافها بعد ذلك في كثير من الاحيان، لغرض تلافي الضرر الذي من اجله حرم التعامل بها .

كذلك لا يمكن أن تكون الاموال الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها محلاً للحراسة ، لأن هذه الاموال لا تقبل طبيعتها الحيازة والاستئثار[٢] في حين أن الحراسة تتطلب نقل الحيازة من الاطراف المتنازع عليها الى الحارس المكلف بالمحافظة عليها، وما دامت هذه الاموال لا تقبل الاستئثار والحيازة فلا يستطيع الحارس حيازتها ، ومن ثم لا تتحقق شروط المال محل الحراسة الاخرى وهي قابليتها للاستغلال والادارة فضلا عن هذا الشرط .

ويشترط اضافة الى كونها قابلة للتعامل يجب أن تكون قابلة للحجز ، فاذا كانت الاموال لا يمكن الحجز عليها فلا يجوز وضعها تحت الحراسة مالم يوجد نزاع حول ملكيتها ، لأن فرض الحراسة على هذا النوع من الاموال يهدر الغاية التي استهدفتها النصوص من منع الحجز عليها ومن ثم تلغي الحماية التي قررتها هذه النصوص وان سبب عدم جواز الحجز يرجع الى اعتبارات عدة منها: ما يتعلق بطبيعة الاشياء او لاعتبارات المصلحة العامة، إلا أن عدم جواز الحجز يمكن أن يرد عليه استثناء فيما يتعلق بالنزاع حول ملكيتها كما ذكرنا سابقا[٣] .

---

[١] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ٧٧.

[٢] انظر : د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية – البيع – الايجار – المقاولة ، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٦٤.

[٣] انظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال، دراسة مقارنة، مصدر سابق ، ص ٦٥– ٦٦ .

٢- ان يكون المال قابلا للإدارة بواسطة الغير :

يشترط في المال حتى يكون محلا للحراسة أن يكون قابلا للإدارة بواسطة الغير، ويقصد بالغير هنا الحارس ، إذ يقع عليه التزام يتمثل بادراه المال محل الحراسة وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته....."[١] كما اكدته المادة (١٤٨/ ١-أ) التي نصت على أن " تحدد المحكمة في قرارها مهمة الحارس والتزاماته وماله من حقوق وسلطة . فإن سكت الحكم عن ذلك تسرى الأحكام الآتية :أ – يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة اليه حراستها وادارتها...." كما اكدت على هذا الشرط محكمة التمييز في قرارٍ لها جاء فيها " بالإضافة الى ذلك يشترط ان يكون محل الحراسة مالا قابل لان يعهد بإدارته للغير فان كان المال بحكم طبيعته او بحكم الظروف المحيطة به لا يقبل بأن يعهد بإدارته للغير فان طلب الحراسة يكون غير مقبول...."[٢] إذ يتبين من النصوص المتقدمة أن الحارس على الاموال المتنازع عليها يقع عليه التزام بإدارة هذه الاموال لذا يجب أن تكون هذه الاموال قابلة للإدارة بواسطة الغير حتى يستطيع الحارس القيام بواجبه على أكمل وجه.

فإذا كانت الاموال لا تقبل الادارة بواسطة الغير بحكم طبيعتها او الظروف المحيطة بها فلا تكون محلا للحراسة ، وذلك لأن الحراسة يترتب عليها نزع الاموال من يد حائزها ووضعها تحت يد الحارس ليتولى ادارتها ومن ثم اذا كانت غير قابلة للإدارة لا يمكن وضعها تحت الحراسة، ومن الامثلة على ذلك لا يجوز و ضع الحراسة على مكاتب المحاميين وعيادات

---

[١] تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ..... فيتكفل هذا الشخص بحفظة وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه "

[٢] قرار محكمة التمييز رقم ٢٧٦/ ٩٧٣ في ١٧/ ١١/ ١٩٧٣ ، النشرة القضائية العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ص ٢٩٠.

الاطباء، أي الاشياء التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وذلك لأن عمل المحامي او الطبيب يستند الى النشاط الذهني والخبرة العملية المكتسبة وبالتالي تختلف من شخص الى آخر[١] .

فلكي يعد المال محلا صحيحا للحراسة لابد أن يكون قابلا للإدارة من الغير – الحارس– فاذا لم يكن كذلك لأي سبب كان فلا ترد عليه الحراسة بكل انواعها سواء كانت اتفاقية ام قضائية .

٣- يجب أن يكون المال قابلا للاستغلال :

يشرط في المال محل الحراسة أن يكون قابلا للاستغلال المادي من الحارس ، وهذا ما أكدته المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة أن يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" [٢]

يظهر من عبارة – ورده مع غلته – ان المال في مدة الحراسة يتم استغلاله للحصول على غلته وعدم تعطيله، ومن ثم فإذا كان المال لا يمكن استغلاله ففي هذه الحالة لا يمكن وضعه تحت الحراسة والسبب في ذلك تعطيل المال، مما يلحق ضرراً بصاحب المال، وهذا يتنافى مع الغرض من الحراسة وهو المحافظة على الاموال المتنازع عليها وادارتها واستغلالها وردها مع منتجاتها وغلتها الى من يثبت له الحق فيها بعد انتهاء النزاع .

وفي ضوء ما تقدم فان توافرت الشروط الثلاثة من جهة قابلية المال للتعامل فيه وقابليته للإدارة من الغير فضلا عن امكانية استغلاله ففي هذه الحالة يمكن وضعه تحت الحراسة.

---

[١] انظر عز الدين الدنياصوري ، وحامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٧٧٣-٧٧٤.

[٢] تقابلها المادة (٧٣٠ من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ..... فيتكفل هذا الشخص بحفظة وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه "

الفرع الثاني

السبب المنشئ للحراسة

يعد السبب المنشئ الركن الثاني للحراسة، فلا تقوم إلا به ، لكنه يختلف في الحراسة الاتفاقية عنه في الحراسة القضائية، فالأولى تعتمد على اتفاق الطرفين، اما الاخيرة فإنها تستند الى حكم القضاء .

وعليه لابد من دراسة السبب المنشئ للحراسة في انواع الحراسة محل الدراسة ، وبيان احكامه واهميته في نطاق كل منهما .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا الفرع الى فقرتين سنتناول في الاولى السبب المنشئ للحراسة الاتفاقية ، اما الثانية سنخصصها لدراسة السبب المنشئ للحراسة القضائية (الحكم القضائي الصادر بالحراسة القضائية) .

اولا:

سبب الحراسة الاتفاقية

يعد السبب من الاركان الاساسية الواجب توفره في الحراسة الاتفاقية (عقد الحراسة)، ويقصد بالسبب: الباعث الدافع الذي جعل اطراف الحراسة الاتفاقية يتعاقدون، وقد يقصد به: السبب القصدي اي الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد من الوصول اليه من وراء تعاقده[١].

والسبب في اطار عقد الحراسة يتخذ صورة رغبة الاطراف المتنازعة بوضع الاموال محل النزاع تحت الحراسة للمحافظة عليها من الخطر الذي يداهمها الى أن ينتهي النزاع، ومن ثم يشترط في السبب أن يكون موجودا ، أي أن يتوافر سبب عقد الحراسة وقت ابرام الحراسة ،

---

[١] انظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢١٧-٢١٩ . د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، دار الجامعية الجديدة ، القاهرة ، ١٩٩٢، ص ٢١٩.

ويجب أن يبقى السبب قائما من وقت ابرام العقد الى حين انتهائه لأي سبب، فإذا توفر السبب عند ابرام الحراسة الاتفاقية ولكنه تخلف بعد ذلك بطل العقد[١] .

وعليه اذا تم ابرام الحراسة الاتفاقية بين اطراف النزاع والحارس، ثم تبين أنه لا يوجد نزاع او عدم وجود اسباب جدية تدعو الى وضع الاموال تحت الحراسة لغرض المحافظة عليها، ففي هذه الحالة يكون عقد الحراسة باطلا، لأن سبب الالتزام غير موجود، وعليه يجب أن يستمر وجود هذه الاسباب التي قصد المتعاقدون حماية الاموال والمحافظة عليها منها من وضعها تحت الحراسة، خلال مدة سريان الحراسة الاتفاقية، فإذا زالت هذه الاسباب كالنزاع الجدي، ففي هذا الحالة تبطل الحراسة محل الدراسة .

مثال ذلك اذا اتفق الاطراف على وضع شركة تحت الحراسة وذلك لوجود نزاع جدي حول ادارتها بين اعضاء مجلس الادارة بحيث اصبح هذا المجلس لا يستطيع ان يقوم بمهامه على الوجه المطلوب مما يؤدي الى التأثير على حقوق ذوي الشأن من الشركاء والدائنين للشركة وبالتالي اتفقوا على وضعها تحت الحراسة للمحافظة على حقوق اصحاب الشأن، ثم اتضح ان لا يوجد نزاع بين اعضاء مجلس الادارة او لم تتوافر الاسباب الجدية ففي هذا الحالة يعد اتفاق وضع الشركة تحت الحراسة باطلا لعدم توافر السبب المبرر لأبرام العقد مدار البحث ، وكذلك الحالة اذا كان هذا النزاع موجودا لكن زال بعد ذلك ففي هذا الحالة ينتهي العقد ولا يكون هناك مبرر لبقائه.

كما يشترط في السبب أن يكون مشروعا، اي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفا للنظام العام ولا الآداب، فاذا كان السبب في الحراسة الاتفاقية مخالفاً للنظام العام او الآداب ففي هذه الحالة يعد عقد الحراسة باطلا[١].

---

[١] انظر : الفقرة(١) من المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن (يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب) و انظر: ما يقابلها المواد (١٣٦) من القانون المدني المصري التي جاء فيها" إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

ومثال السبب غير المشروع هو اذا كانت الغاية من وضع المال تحت الحراسة هو مجرد الرغبة في اخفاء هذا الاموال عن مالكها الحقيقي كان سبب غير مشروع ، ومن ثم يبطل عقد الحراسة و الحارس في هذا الحالة لا يستحق أجرا استنادا الى العقد محل الدراسة وانما يستحق الأجر على أساس قواعد الاثراء بلا سبب[٢] .

وقد يذكر سبب الحراسة صراحة وهو حفظ الاموال المتنازع عليها لحين انتهاء النزاع وقد لا يتم ذكره في العقد، وفي هذه الحالة لا يعد العقد باطلا، وانما يفترض أن لعقد الحراسة سبباً مشروعاً حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وهذا ما أكدته المادة (٢/١٣٢) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها "٢- ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك "[٣] .

وفي ضوء ما تقدم فان السبب يعد الركن الثاني في الحراسة الاتفاقية فلا بد من توفره بشرط أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب فاذا كان غير ذلك كان عقد الحراسة باطلا.

---

[١] انظر: د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢، ص ٢٥٦ وانظر ايضا : د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٥، ص ٢٠٧ وما بعدها .

[٢] انظر : د. محيي الدين اسماعيل ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الاسلامية – يشمل الهبة والصلح والقرض والدخل الدائم والوديعة والحراسة والوكالة والمرتب مدى الحياة عقود المقامرة والرهان والكفالة ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ١٨٢.

[٣] تقابلها المادة (١/١٣٧) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض انه له سببا مشروعا، مالم يقم الدليل على عكس ذلك " انظر: رضا المحمد عبد السلام عيسى، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٣٢.

ثانيا

السبب المنشئ للحراسة القضائية (القرار القضائي المنشئ للحراسة)

يعد القرار القضائي الصادر من المحكمة المختصة الذي يروم المحافظة على الاموال المراد وضعها تحت الحراسة من الخطر العاجل بعد توفر شرط الاستعجال في الدعوى هو السبب المنشئ للحراسة القضائية .

ولدارسة القرار القضائي بوصفه السبب المنشئ للحراسة القضائية لابد من تعريف الحكم القضائي بصورة عامة و من ثم التطرق لأحكامه الخاصة في نطاق الحراسة محل البحث .

يعرف القرار القضائي بأنه (كل قرار يصدر عن القاضي وفقا للشكل المقرر قانونا في دعوى قضائية يتم تحريكها بموجب قانون المرافعات)[١] إذ ان القرار القضائي يتكون من عنصرين، العنصر الموضوعي هو القرار القضائي الصادر في منازعة بين خصمين او اكثر، والعنصر الشكلي يقصد به مراعاة الاوضاع والاجراءات التي نص عليها القانون عند اصداره[٢].

وبالتالي فان السبب المنشئ للحراسة القضائية هو القرار القضائي الصادر في دعوى الحراسة، من قاضي الموضوع أو من قاضي الامور المستعجلة في الاحوال التي نص عليها القانون، أي في حالة توفر الاستعجال والخوف من فوات الوقت من خلال اللجوء الى اجراءات التقاضي العادية لاختلافها عن الأخيرة بالسرعة والبساطة.

إلا أنه وان كانت الغاية من القرار القضائي الصادر من المحكمة المختصة الذي يعد سبباً منشئاً للحراسة القضائية المحافظة على المال محل النزاع فهو يشترط توفر الاستعجال لغرض صدوره، فان توفر شرط الاستعجال صدر القرار القضائي وتوفر سبب وجود الحراسة ، ومن ثم يتطلب توافر شرط الاستعجال وقت رفع دعوى الحراسة القضائية ويجب أن يستمر في الوجود

---

[١] انظر د. نبيل اسماعيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية طبقا لما هو وارد في قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠، ص ٣٧.

[٢] انظر د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٤٣٧.

اثناء نظر الدعوى فهو شرط ابتداء وبقاء، أي لا يقتصر توفره عند رفع الدعوى بل يلزم توافره ايضا وقت صدور الحكم، فإذا انتفى شرط الاستعجال اثناء النظر في الدعوى وقبل صدور ففي هذه الحالة يؤدي الى انتفاء سبب بقاء الحكم القضائي قائما ومن ثم انتفاء سبب الحراسة القضائية[١] .

ويثار تساؤل حول حجية حكم الحراسة ان الحكم القاضي بالحراسة له الحجية في مواجهة الخصوم وكذلك القاضي ، إلا أن هذه الحجية هي حجية نسبية مؤقتة ، فهي نسبية لأنها لا تلزم قاضي الموضوع عندما ينظر اصل الحق، وذلك لأن الحراسة بصورة عامة هي إجراء مستعجل لا يمس أصل الحق وليس من شأنه ان يحسم النزاع القائم بين الاطراف بخصوص اصل الحق .

ومؤقتة لأنها لا تستمر ولا تدوم الا مع بقاء الظروف التي دعت الى فرضها، فاذا زالت الظروف زالت الحجية، وهذه الحجية النسبية لحكم الحراسة تقضي ان هذا الاحكام لا حجة لها إلا بين طرفي الخصومة وحلفائهم ، فلا يجوز التمسك بالحجية من شخص لم يكن طرفا في الخصومة، كما لا يجوز رفع دعوى الحراسة عليه[٢].

وبالتالي تنتهي مهمة القاضي عند اصدار قراره الذي ينشئ الحراسة القضائية، فلا يجوز بعد أن يعرض علية القرار من جديد ، إلا اذا ظهرت وقائع جديدة لم تكن موجودة من قبل بحيث تغير من وضع النزاع او مركز الخصوم بعد اصدار القاضي قراره الاول اذ يحتاج هنا الى اعادة النظر في هذا القرار واصدار قرار جديد، ومن ثم يعد القرار الجديد هو السبب المنشئ للحراسة[٣].

---

[١] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، مجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ،مصدر سابق، ص٧٩٣.

[٢] انظر أستاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج٣، نظرية الحكم القضائي والطعن فيه، ط١، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠٢١، ص ٥٧- ٥٨ وانظر ايضا رضا محمد عسيى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، مصدر سابق ، ص ١٥٣-١٥٤.

[٣] انظر استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج٣، نظرية الحكم القضائي والطعن فيه، المصدر السابق، ص ٤٨- ٤٩ وانظر ايضا د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، مصدر سابق ، ص ٨٦.

إن القرار الصادر بفرض الحراسة– بوصفه السبب المنشئ للحراسة القضائية– واجب النفاذ المعجل بقوة القانون سواء أصدر من قاضي الامور المستعجلة أم من قاضي الموضوع، وهذا ما اكدته المادة (١/١٦٥) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " النفاذ المعجل واجب بقوة القانون لأحكام النفقات والقرارات الصادرة في المواد المستعجلة والأوامر الصادرة على العرائض . وتقوم المحكمة مباشرة بتنفيذ قرارها . ويجوز تنفيذها بواسطة دائرة التنفيذ عند الاقتضاء ".

يفهم من ذلك أن القرار المنشئ للحراسة القضائية يكون قابلا للنفاذ المعجل بحكم القانون وتقوم المحكمة مباشرة بتنفيذه، لأن الحراسة مفروضة استنادا الى الاستعجال لغرض حماية الاموال المتنازع عليها، وأي تأخر يؤدي الى هدر حقوق طالب الحراسة ومن ثم هدر الهدف من دعوى الحراسة وهو الحفاظ على الاموال المتنازع عليها .

المطلب الثاني

الاركان الشخصية لحراسة الاموال المتنازع عليها (الحارس)

تتكون الحراسة محل الدراسة من طرفين هما: المتنازعون والحارس، والاول جميعهم طرفاً والحارس طرفاً ثانياً في حراسة الاموال المتنازع فيها ، ويعرف المتنازعان بانهم (هو الاشخاص الذي يملكون او يدعون ملكية حقوق محددة على الشيء المتنازع عليه الموضوع تحت الحراسة)[١].

أما الطرف الآخر فهو الحارس و يكون أما حارسا اتفاقيا ويعرف بأنه " ((شخص من الغير يوضع تحت يده باتفاق الخصوم المال المتنازع عليه ليقوم بالمحافظة عليه وادارته ورده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه ،عند انتهاء النزاع).

أما الحارس القضائي فيعرف بانه (كل شخص ينيبه القضاء بموجب إجراء تحفظي مؤقت، لحفظ وادارة مال يقوم بشأنه نزاع ، ويتهدد بخطر عاجل وذلك لحساب الحق المفترض فيه، مع التزامه برده وتقديم حساب عنه، الى من يثبت له الحق فيه رضاء او قضاء)[٢] .

إن دراسة الطرف الاول –المتنازعين – يخضع للقواعد العامة من حيث الاهلية التي يجب توافرها والمصلحة في رفع دعوى الحراسة ، وكيفية الاتفاق على الحراسة وهذا لا يثير اهمية في البحث كونها اما قواعد عامة مطروقة او تم التطرق لها في ثنايا البحث مثل المصلحة وتوفر الاستعجال وغيرها لذا سنخصص دراستنا في هذا النطاق على الحارس كون موضوعه فيه خصوصية تتعلق بالموضوع وسنبين في ذلك طرق تعيين الحارس على الاموال المتنازع عليها عزل الحارس واعتزاله.

---

[١] علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٢١.

[٢] انظر حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

الفرع الاول

تعيين الحارس على الاموال المتنازع عليها

إن موضوع اختيار الحارس على الاموال المتنازع عليها من المواضع التي تحتاج دقة في البحث ، لان اختيار الحارس الكفء الذي تتوفر فيه الشرط اللازمة للحراسة يساعد في الحفاظ على الاموال ويحقق الهدف المرجو من الحراسة على أكمل وجه .

لذا فان تعيين الحارس في جميع انواع الحراسات اما أن يكون باتفاق ذوي الشأن أو بقرار من القاضي، لذا سنتطرق لتعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن وتعيين الحارس من قبل القضاء وذلك على فقرتين :

اولا : تعيين الحارس من قبل ذوي الشأن :

إن مشرعي القوانين محل المقارنة قد اعطوا الحق لأطراف النزاع اختيار الحارس الذي توضع تحت يده الاموال التي يقوم بشأنها النزاع سواء كانت الحراسة اتفاقية ام قضائية، و الحارس هنا أما أن يكون اتفاقياً أو قضائياً وتم اختياره باتفاق الاطراف المتنازعة على المال محل الحراسة .

فقد أكد المشرع العراقي على حق المتنازعين في اختيار الحراس، وذلك في المادة (٢/١٤٧) التي جاء فيها " يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعا ..." كما أكدت على ذلك المادة (٧٣٢) من القانون المدني المصري " يكون تعيين الحارس سواء كانت الحراسة اتفاقية ام كانت قضائية باتفاق ذوى الشأن جميعا ..." [١] .

---

[١] كما يمكن استنتاج ذلك خلال نص المادة (الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص اخر بمنقول او عقار ...." حيث يتبين ان الطرفين هم الذين يتفقوا على اختيار الحارس الذي يعهد اليه بمحافظة الاموال =المتنازع عليه اذ يتبين من خلال عبارة (يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص اخر ان الطرفان المتنازعان هم من يختاروا الحارس باتفاقهما فاتفاق الاطراف تنشأ الحراسة وتعيين الحارس . ايضا انظر : صادق حيدر ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ط١، وزارة العدال، ١٩٨٥، ص ٢٢٢.

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فقد أكد على ذلك في المادة (١٩٦٣) التي جاء فيها " يعهد بالحراسة القضائية اما الى الشخص الذي يتفق عليه الاطراف المعنيون واما الى الشخص الذي يعينه القاضي من تلقاء نفسه " [١].

يتضح مما تقدم أن الاتفاق على الحارس واختياره شيء منفصل عن الحراسة ، إذ يمكن أن يتم اختياره و الاتفاق عليه من ذوي الشأن سواء كانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ومن ثم يوصف الحارس بأنه حارس اتفاقي .

ويتضح من النصوص المتقدمة أن الاتفاق على الحارس –الاتفاقي– يتم بتراضي جميع ذوي الشأن، فإذا كانت الأغلبية موافقة وأحد من اصحاب الشأن في المال المتنازع غير موافق، ففي هذه الحالة نلجأ الى الطريق الاخر في تحديد الحارس وهو تعينه عن طريق القضاء .

ونعتقد أن اشتراط كون تعيين الحارس باتفاق جميع اصحاب الشأن، ليس فيه تشدداً مطلقا ولا يؤدي الى ضياع حقوق الاطراف الاخر، وذلك لأن المال في الاساس موضوع تحت الحراسة أما بالاتفاق او بحكم قضائي، وان شرط الاجماع فقط ورد على اختيار شخص الحارس، لذا فإن المال محافظ عليه من الضياع، فضلا عن ذلك فان لم يحصل الاتفاق يتم اللجوء الى الطريق الاخر وهو اختيار شخص الحارس عن طريق القضاء .

ويمكن أن يكون الاتفاق على الحارس من ذوي الشأن عند ابرام عقد الحراسة وقبل قيام النزاع، ففي هذه الحالة يعد الاتفاق صحيحاً ويجب العمل به على اساس قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، ومثال ذلك أن يشترط الدائن المرتهن تعيين حارس على العقار المرهون عندما لم يفِ المدين بالدين عند حلول الاجل لضمان الوفاء بالثمن ويحدد شخص الحارس، وقد يكون

---

[١] ويمكن ايضا ان نستنتج حق الاطراف المتنازعين في اختيار الحارس من خلال المادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " تقوم الحراسة الاتفاقية على ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه بين يدي شخص ثالث ...." حيث يتضح من ذلك ان اطراف النزاع باتفاقهما ينشئوا الحراسة الاتفاقية ويختاروا الحارس وبالتالي فان اتفاق الطرفين الاساس في تعيين الحارس .

تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن بعد قيام النزاع، أي في بادئ الامر يتم الاتفاق على الحراسة وبعد ذلك يتم اختيار الحارس بعد قيام النزاع[١].

إلا أن هناك سؤال يثار حول اذا كان أحد اصحاب الشأن معترضاً على الحارس فهل يستطيع للأخير الرجوع عليه بالأجر والمصروفات ام لا اذا اثبت هو صاحب الحق في المال المتنازع عليه ام يقتصر حقه بالرجوع على الاطراف الذين وافقوا عليه.

فقد ذهب رأي من الفقه[٢] الى ان الحارس يستطيع الرجوع على الطرف المعترض بما انفقه من مصاريف من اجل المحافظة على المال المتنازع عليه على اساس الاثراء بلا سبب.

في حين ذهب رأي أخر الى أن الأجر والمصاريف التي انفقها الحارس يلتزم بها كل طرف من اطراف الحراسة قبل الفصل بالنزاع وان كان غير موافق على تعين الحارس، أما بعد الفصل بالنزاع فإن من ثبت له الحق في المال يلتزم بذلك ويجب عليه دفعه للحارس، ومن ثم يستطيع الحارس أن يرجع على الطرف الذي اعترض على تعيينه حتى وان كان غير موافق على الاتفاق الخاص بتعيين الحارس مادام موافقاً على وضع المال تحت الحراسة، لا الموافقة على وضع المال تحت الحراسة يعد بمثابة تفويض ضمني منه لباقي الاطراف لتحديد شخص الحارس ومن ثم يلتزم بالأجر والمصاريف[٣].

إلا أننا نرى أن ما تقدم من أراء فقهية محل نظر ، وذلك اذا كان هناك اعتراض على شخص الحارس ففي هذه الحالة تقوم المحكمة بتعيينه وتحديد أجره، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٤٧) التي جاء فيها "... فان لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه ويتقاضى الحارس اجرا تقدره المحكمة " فالمحكمة هي التي تكون مسؤولة في تقدير أجر للحارس، وبالتالي ممكن أن تحدد أن يكون الاجر عن كل مدة او عند انتهاء النزاع .

---

[١] انظر : رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٩- ٢٠ .

[٢] انظر : د. محمد علي عرفة ، مصدر سابق ، ص ١٩٣.

[٣] انظر : رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٩٦.

على الرغم من ذلك نقترح على المشرع نقل وتعديل الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من قانون المرافعات للقانون لجعلها مادة مستقلة على أن تبين طرق تعيين الحارس في الحراسة الاتفاقية والقضائية لأن المادة قبل نقلها وتعديلها تنحصر في الحراسة القضائية .

إلا أن السؤال الذي يثار هنا كائن في هل يجوز ان يكون الحارس على المال المتنازع عليه المتفق عليه هو احد اصحاب الشأن؟

عند الرجوع للمادة (١٤٧) من قانون المرافعات العراقي يتبين أنها لم تعترض صراحة على هذا التساؤل، إلا أننا نرى أن الحارس يجب أن يكون من الغير من مفهوم نص المادة اعلاه لو افترضنا ان اطراف النزاع على المال هم طرفين فقط، وعند الرجوع لنص المادة سالفة الذكر وردت فيها عبارة – ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة – يتضح ان الحراسة في هذه الحالة تسلب الحيازة من الحائز ومن ثم لا يمكن تصور ان يكون الحائز حارسا وهو الطرف الاول في موضوع الحراسة على المال المتنازع فيه ، كما وردت في ذات المادة عبارة – ورده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه–فإذا خرجنا الحائز من كونه حارسا وبقي الطرف الاخر هو صاحب الحق فيه وكان تحت يده المال المتنازع عليه فكيف يتم الرد في هذه الحال فتعد هذه العبارة زائدة أم أن المشرع كان قاصداً شيئاً آخر، فهذا دليل على أن الحارس يكون من غير اطراف النزاع ، وهذا ما اكدته المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص آخر ...." فمصطلح – شخص آخر يدل دلالة قاطعة على أن الحارس يجب ان يكون من الغير، كما أن المادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي قد أكدت ما ذهبنا اليه بضرورة أن يكون الحارس من غير الاطراف المتنازعة على المال ذا جاء فيها " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه بين يدي شخص ثالث ..." فعبارة – شخص ثالث– الواردة في المادة أعلاه تدل دلالة قاطع على ان الحارس هو من غير الاطراف المتنازعة على المال.

ثانيا : تعيين الحارس من قبل القضاء :

إن المعروف أن الحارس يتم تعيينه من الاطراف المتنازعة على المال وباتفاقهم جميعا، فإذا لم يتفق ذوي الشأن على شخص الحارس قام القضاء بتعينه ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٣٢)

من القانون المدني المصري[١] والمادة (١٩٦٣) من القانون المدني الفرنسي[٢] حيث بينت ان الاصل يتم تعيين الحارس باتفاق اصحاب الشأن جميعا، إما إذ لم يحصل ذلك الاتفاق ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتعينه .

إلا أنه يثار التساؤل عن الجهة القضائية التي تقوم بتعيين الحارس في حالة عدم الاتفاق عليه من اطراف النزاع .

حيث ان الجهة القضائية التي تتولى تعيين الحارس في حالة عدم الاتفاق ام ان تكون محكمة الامور المستعجلة او محكمة الموضوع او يكون تعيين الحارس بناء على امر على العرائض وذلك حسب اذا كان هناك نزاع مطروح سابقا ام لا وهذا ما سنبينه بنقاط مستقلة :

١- محكمة الموضوع جهة تعيين الحارس:

يحق لمحكمة الموضوع تعيين حارس على الاموال المتنازع عليها المطروحة بشأنها دعوى سابقة و هذه المحكمة يمكن أن تعيين حارساً اذا طلب ذلك منها بوصف تعيين الحارس من المسائل التبعية للدعوى الاصلية المنظورة امام هذه المحكمة تطبقا لمدة (الفرع يتبع الاصل)[٣].

إذ نصت المادة (٢/١٤١) من قانون المرافعات المدنية على ذلك فجاء فيها " ٢- تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل اذا رفعت اليها بطريقة التبعية اثناء السير في دعوى الموضوع" وبما أن دعوى الحراسة على الاموال المتنازع عليها تعد التطبيق الابرز للقضاء المستعجل التي سمحت نص المادة لمحكمة الموضوع بنظرها .

كما اكدت على ذلك المادة (٤٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، حيث سمحت هذه المادة لمحكمة الموضوع النظر في المسائل المستعجلة اذا كانت مرتبطة بالدعوى الاصلية ولما كان طلب الحراسة على الاموال المتنازع عليها كتطبيق الامور المستعجلة

---

[١] حيث جاء فيها " يكون تعيين الحارس سواء كانت الحراسة اتفاقية ام قضائية باتفاق ذوو الشأن جميعا فأذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه " .

[٢] حيث جاء فيها " يعهد بالحراسة اما الى الشخص الذي يتفق علية الاطراف المعنيون واما الى الشخص الذي يعينه القاضي " .

[٣] انظر د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٦٤٩.

فاستنادا لهذه المادة يحق لمحكمة الموضوع النظر بهذه الطلبات بوصفها تابعة للدعوى الاصلية[١].

وعليه فان قاضي الموضوع المعروضة امامه الدعوى الاصلية له الحق في تعيين الحارس اذا طلب منه ذلك بوصف طلب الحراسة من الطلبات الفرعية والتابعة لموضوع الدعوى الاصلية .

١- **قاضي الامور المستعجلة جهة تعيين الحارس .**

لقد أجاز القانون لصاحب المصلحة أن يطلب من قاضي الامور المستعجلة تعيين حارس على الاموال المتنازع عليها، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار اذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه أن يطلب من القضاء المستعجل..." إذ يتبين من نص المادة أعلاه أن صاحب المصلحة قادر ان يطلب من قاضي الامور المستعجلة تعيين حارس على الاموال المتنازع فيها سواء كانت هناك دعوى مرفوعة امام قاضي الموضوع أم لم تكن هناك دعوى موضوعية، فيجوز أن ترفع دعوى الحراسة مباشرة امام قاضي الامور المستعجلة الذي يختص في تعيين حارس قضائي[٢] .

إن قاضي الامور المستعجلة مختص بتعيين حارس على الاموال المتنازع عليها، اذا طلب منه ذلك، شريطه توافر شروط الحراسة من وجود نزاع وخطر عاجل واستعجال فيتم تحديد حارس لحين فصل النزاع القائم بشأنها .

وقاضي الامور المستعجلة هو قاضي محكمة البداءة يختص بالنظر في المسائل المستعجلة، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية " تختص محكمة

---

[١] حيث جاء في نصها " تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز مائتين وخمسين جنيها. وتختص كذلك بالحكم في قضايا الاستئناف الذي يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائيا من محكمة المواد الجزئية أو من قاضي الأمور المستعجلة. كما تختص بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك في الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها"

[٢] انظر :رضا محمد عبد السلام ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق، ص ١٧٧.

البداءة بنظر المسائل المستعجلة ...." [١] وبالتالي فان اختصاص قاضي الامور المستعجلة بشأن هذه المسائل لا يعقد باتفاق اصحاب الشأن، وإنما يحتاج الى توافر الشروط التي نص عليها القانون من استعجال وغيرها [٢].

لذا أن تعيين الحارس سواء عن طريق محكمة الموضوع أم محكمة القضاء المستعجل يعد اجراءً قضائياً مؤقتاً تستوجبه حماية الاموال المتنازع عليها والمحافظة عليها حتى ينتهي النزاع او يصدر قرار قضائي بأنهاء الحراسة للأسباب المذكورة في القانون . (الاختصاص المكاني فقط)

الفرع الثاني

عزل الحارس واعتزاله

في كثير من الحالات وبعد قبول الحارس مهمة الحراسة على الاموال المتنازع عليها ، قد يتفق اطراف الشأن على عزل الحارس أو يصدر قرار قضائي بذلك ، فضلا عن ذلك فان الحارس يستطيع تقديم طلب اعتزاله .

وعليه سنقسم هذا الفرع لنقطتين مستقلتين نتناول في الاولى عزل الحارس أما الثانية سنخصصها لدراسة اعتزال الحارس وعلى النحو الاتي .

اولا: عزل الحارس

ان عزل الحارس سواء كان تعيينه باتفاق اصحاب الشأن على نحو التفصيل السابق أم عن طريق المحكمة يكون أما باتفاق الاطراف او عن طريق قرار قضائي ، بناءً على اسباب تتعلق بتقصيره وعدم قيامه بالواجبات الموكولة به على الوجه المطلوب، فان عدم قيام الحارس بالمهام المطلوبة اليه طبقا للاتفاق او للحكم القضائي يعطي الحق لأطراف النزاع تقديم طلب للمحكمة

---

[١] تقابلها المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي جاء فيها" يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت. أما في خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية. على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية" .

[٢]) انظر استاذنا الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج١، نظرية تحديد الاختصاص القضائي، مصدر سابق ، ص ١٤٨ و١٥٣.

المختصة لغرض عزله واستبداله بغيره، بشرط أن يستند هذا الطلب الى مبررات مشروعة وجدية، كأن يكون الحارس قد قام ببعض الاعمال التي أدت الى لأضرار ببعض الاموال الموضوعة تحت حراسته، أو كان منحازا لبعض الاطراف دون بعضهم الأخر، او كان مهملا في ادارة هذه الاموال [١] وهذا ما نصت عليه بصورة صريحة المادة (١٩٦٠) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " لا يجوز تغيير الحارس او عزله من الحراسة الا باتفاق ذوي الشأن جميعا او لسبب مشروع " حيث يتبين من النص المتقدم أن الحارس يمكن عزله اذا تم الاتفاق عليه من قبل اصحاب الشأن او توفر احد الاسباب التي تطرقنا لها في اعلاه بوصفها اسباباً مشروعةً.

اما بالنسبة للقانون العراقي والقانون المصري فلم يرد بهما نص مشابه للقانون المدني الفرنسي المذكور اعلاه .

إلا أن السؤال الذي يثار هنا هل يشترط اتفاق جميع ذوي الشأن على عزل الحارس اذا كانت هناك اسباب جدية يستند عليها طلب العزل ام لا؟ .

الثابت في الفقه أن عزل الحارس لا يشترط فيه أن يكون باتفاق جميع ذوي الشأن، فقد يكون طلب العزل مقدماً من بعضهم أو من أحد أصحاب ذوي الشأن متى ما كان هناك خطر عاجل من بقاء الاموال تحت يد الحارس كسوء الادارة او الاخلال بالواجبات التي يفرضها عليه القانون ، ففي هذه الحالة يرفع الطلب لمحكمة الامور المستعجلة لغرض اصدار قرار بعزل الحارس وتعيين آخر بدلا عنه[٢].

فان الاجماع على عزل الحارس لا نحتاجه الا في حالة عدم وجود تقصير من الاخير، وهذا يمكن استنتاجه من نص المادة (١٩٦٠) من القانون المدني الفرنسي إذ ورد فيها عبارة – الا باتفاق ذوي الشأن جميعا او لسبب مشروع– وبالتالي فاذا توفر السبب المشروع سواء كان الطلب مقدماً من اصحاب الشأن جميعا او من بعضهم، فعلى المحكمة المختصة أن تستجيب للطلب بعزل الحارس وتعيين أخر بدلا عنه .

---

[١]) انظر : عماد جواد كاظم ، مصدر سابق، ص ١٦٤ وانظر د. عبد الحميد الشواربي، دعوى الحراسة القضائية ، مصدر سابق، ص ٢٣١. .

[٢] انظر د. رضا محمد عيسى، الحراسة القضائية على الاموال، مصدر سابق ، ص ١٤٧.

فاذا تم عزل الحارس سواء باتفاق جميع ذوي الشأن او لا، ففي هذه الحالة تنتهي مهمته في الحراسة، لكن هذا لا يعني انتهاء الحراسة وإنما استمرارها مع من يعين حراساً جديدا لها، ويقع على الحارس الذي تم عزله القيام بتسليم الاموال التي تحت حراسته للحارس الجديد مع تقديم حساب بالأموال مؤيدة المستندات[١]، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٧٣٨) من القانون المدني المصري وإن كانت هذه المادة لا تتحدث عن عزل الحارس، وإنما عن انتهاء الحراسة ولكن تشترك معها في كلتا الحالتين تنتهي مهمه الحارس ويقع عليه واجب رد الاموال، جاء فيها " على الحارس حينئذ أن يبادر الى رد الشيء المعهود اليه حراسته الى من يختاره ذوي الشأن او من يعينه القاضي" يتبين من نص المادة اعلاه أن الحارس عند انتهاء مهمته سواء أكانت بالعزل ام بانتهاء الحراسة بصورة كاملة يقع عليه التزام رد الاموال الموضوعة في حراسته.

ويجب عليه أن يقوم برد غلة المال محل الحراسة، اذا كان منتجا لهذه الغلة، كالإيجارات والمنتجات الاخرى فاذا لم يستطيع رد هذا الاموال أو ثمارها هنا تنهض مسؤوليته ويجب دفع التعويض إلا إذا اثبت بأنه قد بذل عناية الرجل المعتاد أو أن التلف كان بسبب أجنبي[٢].

والجدير بالذكر أن مشرع القانون المدني الفرنسي في المادة (١٩٦٠) ذكر فيها أنه – لا يجوز عزل الحارس – إلا في حالتين هما اتفاق اصحاب الشأن او لسبب مشروع – وكان موفقا في هذا العرض افضل من القوانين محل المقارنة الاخرى – القانون العراقي والقانون المدني المصري– اللذين لم يأتيا بنص مشابه ، وذلك لان النص صراحة هذا الامر يمنع الاجتهاد ويحسم الخلاف الفقهي بهذا الصدد، كما ان نص القانون المدني الفرنسي فيه حماية للحارس المعين على الاموال من تعسف استعمال الحق الذي تم إعطائه لأصحاب الشأن، فهو تشدد في ذلك من اجل حماية الحارس من التعسف وعزله من دون وجه حق مما يتسبب بالإساءة لسمعة الحارس .

ثانيا : اعتزال الحارس

---

[١] محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، مصدر سابق ، ص ٥٣٠-٥٣١.

[٢] د. محمد عزمي البكري ، في القانون المدني ، المجلد التاسع ، عقد الوكالة عقد الوديعة عقد الحراسة عقود الغرر ، المواد ٦٩٩– ٧٤٦ ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٣١٤ وما بعدها .

إن الحارس في بعض الاحيان قد يقبل بالمهمة المنوطة اليه، ولكن تطرأ بعض الظروف التي قد تعرقل انجاز الواجبات التي تقع عليه فيطلب اعفاءه من الحراسة، إلا أن قبول طلب الاعتزال لا يقبل من المحكمة إلا بعد تقديم أسباب معقولة كأن يصاب الحارس بمرض يقعده نهائيا مما يتعذر معه القيام بأداء مهمته او تعرض لصعوبات تعذر معها القيام تنفيذ مهمته على الوجه الصحيح سواء اكانت هذه الصعوبات من اصحاب الشأن الموضوعة اموالهم تحت الحراسة ام كانت بسبب طبيعة هذه الاموال، اذ لا يجوز أن يقدم طلب اعتزاله بناءً على أرادته من دون ان يستند لمبررات مشروعة[١].

ومن الجدير بالذكر أن طلب اعتزال الحارس يرفع للقضاء المستعجل للنظر فيه بحسب وجاهة الاسباب المقدمة في الطلب، فالمحكمة المختصة لها السلطة التقديرية المطلقة في رفض او قبول الطلب بحسب قناعتها فيه، فالحارس يبقى مستمرا في مهمته حتى تفصل المحكمة بالطلب المقدم اليها، لأن الاخير قبل المهمة فلابد من الاستمرار بها لحين صدور قرار قضائي بالاعتزال على وفق الاسباب المذكورة في الطلب[٢].

فإذا اقتنعت المحكمة بأسباب اعتزال الحارس، ففي هذه الحالة يتم تعيين حارس بدلا عنه، باتفاق الاطراف او باختيار المحكمة اذا لم يحصل الاتفاق عليه.

ومن الملاحظ أن قبول طلب اعتزال الحارس لا يعني أن النزاع القائم بشأن الاموال قد انتهى، فيعفى الحارس من مهمته مع بقاء النزاع قائما، بل يجب اختيار حارسا بدلا عنه، و ليكون الحارس في مأمن عن المسؤولية، لابد من تسليم الاموال للحارس الجديد مع غلتها على وفق الجرد الذي تم استلام الاموال بموجبه، ويتم تسليم الاموال على وفق مستندات ووثائق تثبت ذلك ويسلم نسخة منه لقاضي الامور المستعجلة[٣].

---

[١] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ١٦٤.

[٢] انظر : محمد علي راتب ونصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة، ج١، مصدر سابق، ص ٥١١.

[٣] انظر : د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال، مصدر سابق ، ص ١٥٥.

وعليه يتبين أن إجراء عزل الحارس واعتزاله لابد أن تكون بناءً اتفاق جميع اصحاب الشأن او على أسباب معقولة كما انه لا يتعلق بالإرادة المنفردة للحارس لان هذه الاجراء قد يؤدي للأضرار بالمال المتنازع عليه، والمشرع الفرنسي عندما تشدد في موضوع عزل الحارس في المادة (١٩٦٠) كأن موقفه جيدا على عكس مشرع القوانين محل المقارنة – العراقي والقانون المدني المصري– الذي التزم الصمت ولم ينص على هذا الامر وذلك لان القانون الفرنسي قد قطع الاختلاف بين الفقهاء ، وعليه يجب أن يراعي المشرع العراقي ذلك عند وضع التنظيم الخاص للحراسة في القانون المدني .

الباب الثاني

أحكام حراسة الأموال المتنازع عليها

تمهيد وتقسيم

بعد ان تتحقق اركان حراسة الاموال المتنازع عليها وشروطها، التي بيناها في الباب الاول، تقوم الحراسة محل الدراسة – الحراسة الاتفاقية والقضائية – بترتيب احكامها القانونية التي لابد من التطرق اليها ودراستها .

وللإحاطة بأحكام حراسة الاموال المتنازع عليها، تتطلب منا دراسة اثار حراسة الاموال المتنازع عليها ، والمسؤولية المدنية الناشئة عن حراسة الاموال المتنازع عليها .

اذ ان الأثار القانونية التي تترتب على حراسة الاموال المتنازع عليها تتمثل بالتزامات الحارس اتجاه اصحاب المال الموضوع تحت حراسته فضلا عن حقوقه في مواجهة أصحاب هذه الاموال، سواء ترتبت هذه الاثار على الحراسة بموجب اتفاق الاطراف المعنية ام بموجب الحكم الصادر من القضاء المختص بتعيين الحارس .

ومن أحكامها ايضا المسؤولية المدنية الناشئة على الحراسة، فعند سريان الحراسة بوصفها أجراءً مؤقتاً يستمر مدة من الزمن، قد يلحق بأطراف النزاع او بالغير اثناء قيام الحارس بالواجبات المكلف بها اضرارا تترتب عليها قيام مسؤوليته او يصدر من اطراف النزاع بعض الافعال التي تسبب اضراراً بالحارس مما تؤدي لقيام مسؤوليهم عن هذه الافعال.

وفي ضوء ما تقدم لابد من تحديد الاثار القانونية للحراسة عن طريق بيان الحقوق التي يتمتع بها حارس الاموال محل النزاع ، فضلا عن التزاماته في مواجهة اطراف النزاع ، كما اصبح من اللازم علينا بيان دعوى الحراسة والمسؤولية الناشئة عنها .

وعليه سنقسم هذا الباب الى فصلين سنتطرق في الفصل الاول الى اثار حراسة الاموال المتنازع عليها، اما الفصل الثاني سنخصصه لدراسة دعوى الحراسة والمسؤولية المدنية الناشئة عنها .

الفصل الاول

أثار حراسة الاموال المتنازع عليها

لفرض الحراسة على الاموال له تداعيات اقتصادية كبيرة ، ناتجة عن غل يد اصحاب الأموال المتنازع عليها عن التصرف بها والاستفادة منها، لذا لتلافي هذه التداعيات فرضت العديد من الالتزامات على الحارس، وفي المقابل له حقوق تكون له جراء تنفيذ هذه الالتزامات ، وهذه كلها تترتب عليها منذ نشأتها وتسلم الحارس الاموال المتنازع عليها اثارا قانونية عدة تتناسب مع التداعيات التي توجد بسبب قيامها ، تتمثل هذه الاثار بالحقوق التي تكون للحارس على اطراف النزاع ، والتزاماته في مواجهتهم ، سواء تم تحديد هذه الحقوق والالتزامات بموجب الاتفاق ام بناءً على الحكم القضائي المنشئ للحراسة اذا لم يحصل الاتفاق.

وقد أشار المشرع العراقي لهذه الاثار في المادة (١٤٧– ١٤٨) من قانون المرافعات المدنية وان كان الامر مقتصرا على الحراسة القضائية الا أن هذه الاثار تشترك في نوعي الحراسة، أما المشرع المصري فقد بين هذه الالتزامات والحقوق في المواد (٧٣٣– ٧٣٧) من القانون المدني وقد تكفل القانون المدني الفرنسي ببيان هذه الاحكام في المادة (١٩٦٢).

وعليه لتحديد الاثار الناتجة عن الحراسة لابد من التطرق لحقوق والالتزامات التي تترتب في ذمة الشخص الذي تم تعينه حارسا على الاموال محل النزاع اذ ان هذه الاثار نصت عليها التشريعات المقارنة الخاصة بتنظيم الحراسة فضلا عن القواعد العامة في القانون المدني .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا الفصل الى مبحثين سنتناول في الاول التزامات حارس الاموال المتنازع عليها، أما المبحث الثاني سنبين فيه حقوق حارس الاموال المتنازع عليها .

المبحث الاول

التزامات حارس الاموال المتنازع عليها

تقع على عاتق الحارس عدة التزامات اتجاه اصحاب المال محل الحراسة، وهذه الالتزامات –كما بينا– نصت عليها التشريعات محل المقارنة في التنظيم الخاص بالحراسة فان خلا هذا التنظيم من قواعد حاكمة للموضوع تم الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني.

ويمكن حصر التزامات الحارس في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليها في ثلاثة التزامات أولها، المحافظة على المال محل الحراسة ، وثانيها إدارة المال محل الحراسة ، واخيرا على الحارس ان يرد المال موضوع الحراسة لمن يثبت له الحق فيه بعد انتهاء الحراسة .

وفي ضوء ما تقدم سنتطرق في هذا المبحث لالتزامات الحارس وسنقسمه الى ثلاثة مطالب سنتطرق في المطلب الاول لالتزام الحارس بالمحافظة على المال محل الحراسة ، اما المطلب الثاني سندرس فيه التزام الحارس بإدارة المال محل الحراسة ، اما المطلب الاخير سنبحث فيه التزام الحارس برد المال محل الحراسة .

المطلب الاول

التزام الحارس بالمحافظة على المال محل الحراسة

إن الاتفاق على الحراسة او صدور القرار بفرضها يستتبع بوضع المال محل الحراسة تحت يد الحارس وابعاد يد حائزه عنه، فاذا تم التسليم فعلى الحارس ان يلتزم بالمحافظة على المال الموضوع تحت حراسته وهذا الالتزام لا يقتصر على الشيء فحسب بل يشمل ملحقاته ايضا ويستمر هذا الالتزام حتى انتهاء مهمة الحارس لأي سبب كان .

وعليه لتحديد التزام الحارس بالمحافظة على تلك الاموال، يقتضي منا ان نبين تعريف اعمال الحفظ وبيان تأصيلها القانوني ومن ثم تحديد الالتزامات الملحقة بأعمال حفظ الاموال المتنازع عليها .

لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع سنبين في الفرع الاول مفهوم اعمال الحفظ أما الفرع الثاني سنتطرق فيه للتأصيل القانوني لالتزام الحارس بالمحافظة على الاموال المتنازع عليها، اما الفرع الثالث سنتناول فيه الالتزامات الملحقة بالتزام الحارس بالمحافظة على المال المتنازع عليه.

الفرع الاول

تعريف اعمال الحفظ

عرف الفقه أعمال الحفظ[١] تعريفات متعددة فقد عرفها راي من الفقه المصري بانها (اعمال ضرورية وعاجلة تهدف الى حماية الذمة المالية للشخص او عنصر او اكثر من العناصر المكونة لها دون أن يترتب عليها تعديل في المركز القانوني لهذا الشخص وتتميز بضالة نفقاتها بالنسبة لقيمة المال الذي يتم حمايته)[٢]

وعرفها راي من الفقه الفرنسي بانها (الاعمال التي تهدف الى انقاذ الذمة المالية أو أحد عناصرها من خطر وشيك الوقوع، بحيث تكون نفقاته قليلة الاهمية بالمقارنة مع هذا الخطر، لذلك فهو حالة من حالات الضرورة في مجال القانون الخاص)[٣]

يتضح مما تقدم أن أعمال الحفظ الموكلة للحارس تهدف الى حماية المال المتنازع عليه وحماية حقوق اصحاب الشأن عليه دون المساس بأصل الحق وهذا الالتزام ينبثق من طبيعة

---

[١] من الجدير بالملاحظة ان اعمال الحفظ تختلف عن الاجراءات التحفظية، فأعمال الحفظ عمل قانوني شانها شأن اعمال الادارة واعمال التصرف وتقع في نطاق القانون المدني ، اما الاجراءات التحفظية تقع في نطاق قانون المرافعات المدنية وتهدف الى المحافظة على حق لضمان تحقيقه في المستقبل كالحجوز التنفيذية واجراءات التنفيذ التي تهدف لتحقيق الحق بالتنفيذ الجبري، انظر في ذلك د. احمد ماهر زغلول، اصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، ط٤،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٤، ص٨ .

[٢] انظر: د. محمد السعيد رشدي ، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، ط١، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٣٤.

[٣] انظر بيرو ، موسوعة القانون المدني (دالوز) ط١، ١٩٥١، ج١، ص ٧٣، نقلا عن د. محمد السعيد رشدي ، المصدر السابق ، ص ١٣٤.

الحراسة بوصفها اجراءً تحفظياً مؤقتاً يقصد منه المحافظة على الاموال المتنازع عليها وادارتها لحين انتهاء النزاع و تسليم المال للطرف الذي يثبت له الحق فيه .

ولا فرق فيما اذا كانت اعمال الحفظ التي يلتزم بها الحارس اعمال حفظ مادية او اعمال حفظ قانونية، والأولى هي الاعمال المادية كأجراء الترميمات والاصلاحات الضرورية للمال للمحافظة عليه من الهلاك والتلف، فمثلا اذا كانت الاموال الموضوعة تحت الحراسة عقارات، فيلزمه اِجراء الاصلاحات اللازمة لصيانتها وحفظ كيانها ومنعها من الانهيار والسقوط ، أما اذا كانت هذه الاموال أرضا زراعية تعيين عليه صيانة قنوات سقيها وآلات الري والحراثة، وزراعتها أو تأجيرها حتى لا يؤدي الى ضياع او تعطيل مصالح و حقوق اصحاب الشأن من جراء الحراسة واذا كانت آلات أو بضائع او منقولات وجب عليه أن يقوم بما يلزم لحفظها ومنعها من التلف واذا كان فيها بعض التلف يجب عليه القيام بإصلاحه ومنع تفاقمه وانتشاره [١] .

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه: " ان سلطة الحارس القضائي وفقا لنص المادة (٧٣٤) من القانون المدني تلزمه بالمحافظة على الاموال التي يتسلمها بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها، وما يتطلبه من اعمال لرعايتها باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد ، ولا يكتفي بالعناية التي يتوخاها عادة في شؤونه الشخصية كل هذا الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصر على حفظ الاموال مما يصيبها من اعمال مادية.... "[٢].

اذ يفهم من هذا القرار أن الحارس يجب عليه القيام بأعمال الحفظ المادية التي تؤدي للمحافظة على الاموال الموجودة تحت حراسته وعدم هلاكها، ومن ثم فانه يسال اذا تراخى او قصر في القيام بها ، بشرط أن لا تكون هذه الاعمال قد تكلف أصحاب الشأن أكثر مما تعود عليه الحراسة لهم بالنفع .

---

[١] انظر: د. حسين محمد حسين ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧. وانظر ايضا عبدالله بن محمد الحميد، التزامات الحارس القضائي في اموال المدين في النظام السعودي ، رسالة ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الامنية كلية العدالة الجنائية – قسم الشريعة والقانون ، ٢٠١٥، ص ٩٨. وانظر ايضا: احمد هاني مختار، حراسة المدعي العام ومحكمة القيم ، ط١، مكتبة كوميت، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ١٩٢ وما بعدها .

[٢] انظر قرار محكمة النقص رقم ٢٧١/ في ١٦ مايو ١٩٨١ مجموعة احكام السنة ٣٢ ، ص ١٥٠١.

والجدير بالذكر أن الحارس إذا احتاج الى اموال من اجل القيام بواجب المحافظة على الاموال الموضوعة تحت حراسته فانه يكون مخولا بصرف المبالغ اللازمة لذلك بشرط عدم المبالغة فيها فاذا لم تكن تحت يده اموال للأنفاق منها جاز له الاقتراض دون الحصول على اذن من المحكمة ومن ثم الرجوع على اصحاب الشأن بهذه الاموال[١] .

واضافة لأعمال الحفظ المادية فالحارس ملزم بالقيام بأعمال الحفظ القانونية التي تؤدي الى المحافظة على الاموال المتنازع عليها ، فتكون للحارس السلطة في اتخاذ الاجراءات القانونية والقضائية التي تكفل حماية الاموال ، من الضياع، فله الحق في رفع الدعاوى التي تكفل ذلك كرفع الدعاوى الاستعجالية ودعاوى الحيازة ودعاوى وضع اليد وتوقيع الحجوز التحفظية وبطلان عقود الايجار وبطلان التصرفات التي تضر بالدائنين وغيرها من الاجراءات القانونية التي تحافظ على المال محل الحراسة [٢] وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٧-١) من قانون المرافعات العراقي[٣].

وهذه الاجراءات القانونية والقضائية يكون الحارس فيها هو صاحب الصفة في الخصومة ولا يجوز لأصحاب المال أن يباشروها بدلا منه، وذلك لأن الحراسة في معناها هو غل يد اصحاب الشأن ومن ثم انتفاء صفة الخصومة بالنسبة اليهم .

إلا أنه في نطاق التقاضي ورفع الدعاوى تكون سلطته محدده في ذلك وان كانت هذه الدعاوى نتيجتها المحافظة على المال محل الحراسة من الضياع، فمثلا لا يجوز للحارس رفع الدعاوى العينية العقارية ،لأن هذا النوع من الدعاوى يتناول أصل الحق من حيث وجود الحق وعدمه، فيكون صاحب الصفة في رفعها هو المالك وليس الحارس لأن الحراسة لا تؤدي الى

---

[١] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ١٩٠.

[٢] انظر د. عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب السابع ، العقود المسماة – المقاولة – الوكالة – الوديعة – الحراسة العارية – عقود الغرر – الكفالة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، دون ذكر تاريخ النشر ، ص ٧٦٢. . عبد الحكيم فراج، مصدر سابق ، ص ٢٦٢. وانظر ايضا احمد محمد عبد الصادق ، التقنين المدني ، شرح احكام القانون المدني ، ج٢، ط١، دار القانون للاصدارات القانونية ، دون ذكر مكان النشر وسنة النشر ، ص ١١٠٧.

[٣]) تقابلها المادة (١/٧٣٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي .

انعدام اهلية المالك ولا زوال ملكه وإنما تغل يده عن حيازة المال والتصرف فيه .كما لا يجوز أن ترفع ضده الدعاوى سالفة الذكر وغيرها من الدعاوى التي تمس أصل الحق[١]

وعليه فإن أعمال الحفظ بنوعيها المادية والقانونية التي يتكفل الحارس بالقيام بها تتميز بخصائص، اهمها إن هذه الاعمال ضرورية لحماية الاموال الموضوعة تحت الحراسة من خطر محدق بها فضلا عن ذلك فأنها تمتاز بكون تكاليفها قليلة قياساً بالفائدة التي تعود لأصحاب المال عن طريق المحافظة عليه ، كما هي لا تمس أصل الحق وهذا ينسجم مع طبيعة الحراسة الكائنة في المحافظة على المال المتنازع عليه دون المساس بأصله، فهي لا تؤدي الى خروج من ذمة مالكه ولا تترتب عليه أي تغييرات نهائية ، كما لا تنتج عن اعمال الحفظ المساس بأصل هذا المال[٢] .

في ضوء ما تقدم يلتزم الحارس بالقيام بأعمال الحفظ المادية والقانونية و يباشرها بنفسه فلا يجوز لأصحاب الشأن مباشرتها لأن الحراسة غلت أيديهم عن هذه الاموال فأصبحت من الاختصاصات الحصرية للحارس .

وبعد ان بينا التزام الحارس بالمحافظة على المال محل الحراسة لابد من التطرق لمقدار العناية المطلوب بذلها في هذا الالتزام .

ان الحارس حين استلامه للمال محل الحراسة يلتزم بالمحافظة عليه وأن يبذل في سبيل ذلكَ عناية الرجل المعتاد وهذا ما نصت عليه المِادَة (١/١٤٧_أ) من قانون المرافعات العراقي [٣]

---

[١] انظر د. محمد السعيد رشد، مصدر سابق، ص ١٤٥ وما بعدها .

[٢] انظر د. اكرم محمود حسين و بسام مجيد سليمان، ادارة ملكية الاسرة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل ، المجلد (١٠)، العدد(٣٦)، ٢٠٠٨، ص ٢٥- ٢٦ .

[٣] كما ان القواعد العامة في القانون المدني تعالج الموضوع وذلك لان التزام الحارس هو التزام بتقديم عمل المتمثل بالمحافظة على الاموال محل الحراسة وهذه القواعد العامة قد حددت مقدار العناية بانها عناية الرجع المعتاد وتحديدا المادة (١/٢٥١) التي جاء فيها " ١- في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته ..... يكون قد اوفى بالتزامه اذا بذل في تنفيذ من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود"

والمادة (١/٧٣٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي اذ تطابق مضمون هذه المواد جميعا في مقدار العناية المطلوب بذلها منه.

و من الجدير بالذكر أن هذا المقدار من العناية مطلوب من الحارس في جميع الاحوال سواء أكانت الحراسة باجر ام بدون أجر فإذا لم يبذل هذه العناية يكون مسؤولا حتى ولو كانت العناية التي بذلها هي العنِاية التَي يبذِلها فِي المَحافِظة على امواله الشخصية اذا كانت هذه العناية اقل من عناية الرجل المعتاد الواجبة عليه بنص القانون وبالتالي يكون مسؤولا عن أي هلاك او تلف في الاموال محل الحراسة[١].

وبإمكان الحارس أن يتخلص من المسؤولية بمجرد اثبات بذله العناية المطلوبة منه وهي عناية الرجل المعتاد لأن طبيعة التزامه هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في احد قراراتها اذ جاء فيه " لما كانت سلطة الحارس القضائي وفقا لنص المادة (٧٣٤) من القانون المدني تلزمه المحافظة على الاموال التي يتسلمها بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها ، وما تتطلبه من اعمال رعايتها باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد ، ولا يكفي العناية التي يتوخاها في شؤونه الشخصية..." [٢]

والجدير بالذكر أن المِشَرع العِرَاقِي فيِ الَمادة (١/١٤٨) من قانون المرافعات قد بينّ أن قرار المحكمة هو الذي يحدد سلطة الحارس ومهمته والتزاماته لذا فقد أغفل الطرف الآخر – اصحاب الشأن – في تحديد سلطات الحارس والتزاماته ويرجع ذلك كون المشرع العراقي قد نضم الحراسة القضائية دون الاتفاقية لذا نقترح تعديل مستهل هذه المادة عند نقلها للقانون المدني ليشمل كلا الجانبين أي اصحاب الشأن والمحكمة بوصفهم اصحاب الحق في تحديد حقوق الحارس و التزاماته فضلا عن تحديد سلطاته .

---

[١] انظر اشرف احمد عبدالوهاب و ابراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ١٢٣.

[٢] انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٨٩ لسنة ٤٧ ق في ١٦/٥/ ١٩٨١. مشار اليه لدى د. معوض عبد التواب ، دعاوى الحراسة – يشمل على شرح كافة دعاوى الحراسة القضائية الاتفاقية القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٢٠١.

لذا نقترح نقل المادة (١٤٨-١-أ) من قانون المرافعات للقانون المدني لتوحيد احكامها وعدم جعلها متناثرة في قوانين عدة .

الفرع الثاني

التأصيل القانوني لالتزام الحارس بالمحافظة على الاموال المتنازع عليها

إن التأصيل القانوني لهذا الالتزام في التشريع العراقي يختلف في الحراسة الاتفاقية عنها في الحراسة القضائية ، فالأساس القانوني لهذا الالتزام في الاولى هو عقد الحراسة الذي يرتب التزامات في ذمته طرفية ومنها التزام الحارس بالمحافظة على المال محل الحراسة ،اما في نطاق الحراسة القضائية نجده في المادة (١٤٨/١-أ) من قانون المرافعات العراقي التي جاء في مضمونها بأن الحارس يلتزم بالمحافظة على الاموال التي في حراسته وأن يبذل في ذلك عنايِة الرجل المِعتادِ، ومن ثم فان الحارس وعملا بنص المادة المذكور أعلاه يجب عليه أن يباشر هذا العمل بمجرد استلامها سواء تمت الحراسة باتفاق الاطراف المتنازعة ام بناء على قرار صادر من المحكمة المختصة .

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد نص على التزام الحارس بالمحافظة على الاموال المتنازع عليها في المادة (١/٧٣٤) التي جاء في مضمونها ان على الحِارَسِ المِحَافِظةَ عِلىَ الأموال المِعَهوِد الَيِه حَرِاسَتَها، ومن ثم هذا الالتزام يترتب عليه بمجرد تعيينه على ذلك ومن ثم يكون مسؤولا عن أي تقصير في هذا الالتزام ..

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فنجد التأصيل القانوني لهذا الالتزام في المادة (١٩٦٢) إذ جاء في مضمونها ان الحارس يبذل في سبيل المحافظة على الأموال المعهود له فيِ حراستها عناية الرجل المعتاد ، لذا يتضح من ذلك أن القانون الفرنسي شأنه شأن القوانين محل المقارنة يرتب التزاما في ذمة الحارس يتمثل بالمحافظة على الاموال محل الحراسة .

كما أكدت قرارات القضاء في الدول محل المقارنة على الالتزام محل الدراسة- حيث جاء في القرار الصادر من محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بانه " ... يوضع المال بقرار

من محكمة القضاء المستعجل تحت الحراسة للمحافظة عليه وادارته ويرد مع غلته الى من يثبت له الحق فيه .." [١] .

كما جاء في قرار محكمة النقض المصرية بانه " يلتزم الحارس اعملا بنص المادة (١/٧٣٤) من القانون المدني بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه لحراستها ..." [٢] .

بعد أن بينا التأصيل القانوني للالتزام الحارس بالمحافظة ،

الفرع الثالث

الالتزامات المتفرعة من التزام الحارس بالمحافظِة على الأموال محل الحراسة

إن التزام الحارس بالمحافظة على المال محل الحراسة، يتفرع منه التزامات تكميلية لا تنفك عنه، اولها: التزامه بعدم إحلال غيره محله في المحافظة على الاموال ، وثانيهما: التزامه بعدم استعمال تلك الاموال محل الحراسة لمصلحته الشخصية.

وعليه سنقسم هذا الفرع الى نقطتين منفصلتين .

اولا: التزام الحارس بعدم احلال غيره محله في المحافظة على الاموال محل الحراسة:

يتفرع عن التزام الحارس بالمحافظة على الاموال الموضوعة في حيازته التزام آخر، يتمثل بعدم احلال غيره في المحافظة على هذه الاموال، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٨-ب) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " .... ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل احدا محله في أداء مهمته كلها أو بعضها"

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع العراقي يحضر على الحارس أن يحل أحداً غيره في المحافظة على الاموال محل النزاع، سواء أكان هذا النزول عن التزامه لغيره بصورة مباشرة كالنزول عن الحراسة له ،ام غير مباشرة كتأجير المال محل الحراسة له وسواء أكان هذا

---

[١] انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٤٠٢/ مستعجل / ٩٠- مشار اليه لدى مدحت المحمود، مصدر سابق ، ص ١٨٦.

[٢] انظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣١٨ لسنة ٤٨ ق في ٢٥ / ٦/ ١٩٨١ .

الحلول في جزء من الالتزام بالمحافظة أم كله ، كما أن المنع الوارد في التشريع العراقي جاء عاما وبصورة مطلقة فيشمل اطراف النزاع او شخصاً اجنبياّ تماما عن الحراسة فلا يجوز للحارس مثلا التنازل عن الحراسة لغيره – احد اطرف النزاع او اجنبي – او قيامه بإيداع المال محل الحراسة لديه.

وقد أشار المشرع العراقي بصورة لا تقبل الشك والتأويل الى ان الحارس ممنوع من انابة غيره في حفظ المال الموضوع تحت حراسته، على العكس من المشرع المصري فقد جاء خاليا من النص على موضوع منع الحارس من النزول عن مهمته لغيره – الاجنبي– وإنما اقتصر الامر على منعه من إحلال احد اطراف النزاع محله في موضوع الحفظ وذلك في المادة (٢/٧٣٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لا يجوز له بطريقة مباشرة او غير مباشرة أن يحل محله في اداء مهمته كلها او بعضها احد ذوي الشأن دون رضا الاخرين " يتبين من النص أعلاه أن المنع الوارد فيه يتعلق بعدم حلول أحد اطراف النزاع محل الحارس في مجال حفظ الاموال محل الحراسة إلا اذا كان بموافقة الأطراف الآخرين ، إلا أن النص المتقدم أغفل فرض حلول اجنبي محل الحارس في مجال الحفظ الا ان هذا يتم معالجته عن طريق الرجوع الى احكام الوديعة، وذلك لان الحارس منوط به حفظ الشيء كالوديع[١] وذلك استنادا الى المادة (٧٣٣) التي احالت في حالة عدم وجود نص الى احكام الوديعة وقد اشارت الاخيرة الى منع المودع عنده من احلال غيره في حفظ الوديعة الا بأذن من المودع او بسبب الاضطرار الذي يحصل لوجود ضرورة ملجئه[٢] .

ومن هذا يتضح أن القانون المدني المصري يحظر على الحارس أن يحل محله شخص أخر غيره إلا بموافقة أطراف النزاع أو كانت هناك ضرورة تدعو الى ذلك.

---

[١] انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ، ج٥، العقودة المسماة ، العقود الواردة على العمل – وعقود الغرر– وعقد الكفالة (من المادة ٦٤٦الى المادة ٨٠١) مطابق مذكور ، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع ، ص ٢٨٨.

[٢] انظر المادة (٧٢١) التي جاء فيها " ليس للمودع عنده ان يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون اذن صريح من المودع الا ان يكون مضطرا الى ذلك بسبب ضرورة ملجئه عاجلة ".

وعليه نرى أن موقف المشرع العراقي افضل من موقف القانون المدني المصري وذلك من خلال النص بصورة صريحة لا تقبل التأويل والشك ضمن النصوص المتعلقة بالحراسة من دون الاحالة الى نصوص موضوع آخر ، على حرمان الحارس من إحلال غيره مكانه في الحراسة ، كما ان مسلك المشرع العراقي في هذا المنع محمود، لعدم ورود استثناء عليه كما فعل المشرع المصري عندما أجاز إحلال شخص آخر اذا كان هناك اضطرار بسبب ضرورة ملجئه ، لان هذا الاستثناء يثير الكثير من المنازعات حول توفر الاضطرار من عدمه فضلا عن كيفية اختيار الغير الذي ينوب مكان الحارس حيث ممكن ان يقوم الاطراف النزاع عزل الحارس وتنصيب اخر بدلا عنه بالرجوع الى المحكمة المختصة وبالتالي تنتهي مسائلة احلال شخص اخر محل الحارس .

أما الحظر الوارد على الحارس في عدم النزول عن الحراسة لاحد اطراف النزاع له ما يبرره، إذ أن اختيار الحارس يكون على وفق اعتبارات خاصة بشخصه ، استنادا الى ما يتصف به من خبرة وأمانة ونزاهة وكفاءة ، لذا فان إحلال أحد ذوي الشأن على الاموال قد لا تتوفر فيه مثلا هذا الصفات فضلا عن ذلك ان الغرض من الحراسة هو غل يد اطراف النزاع عن الاموال محل الحراسة وذلك ضمانا لعدم التلاعب بها اذا كان الطرف الذي حل بديلا عن الحارس أدرك بأنه نتيجة الدعوى لا تكون بصالحه مما قد يهمل المحافظة على هذه الاموال ويلحق اضرارا بالطرف الآخر[١].

ونحن نرى أن هذا المنع كان الاجدر بالمشرع العراقي وضعه قبل الانتقال للحديث عن سلطة الحارس في مباشرة اعمال التصرف لذا نقترح على مشرع القانون المدني العراقي أن يجعلها فقرة مستقلة ضمن مقترح تنظيم(الحراسة) وذلك لأهمية الموضوع ومن غير الصحيح عدم ابرازه وجعله في ذيل فقرة.

وعلى الرغم من هذا المنع يستطيع الحارس ان يستعين بغيره من الاشخاص في نطاق المحافظة على الاموال، اذا كان الامر يقتضي ذلك، إذ لا يعد هذا تخلياً عن الحراسة بل استعانة بغيره للقيام بعمله وما تقتضيه مهمته في المحافظة على الاموال ، بشرط ان يكون ذلك

---

[١] د. محمد عزمي البكري، مصدر سابق ص ٣٢٤ .

تحت اشرافه وتوجيهه، ومن ثم يكون الحارس مسؤولا عنهم طبقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه[١].

ثانيا : التزام الحارس بعدم استخدام الاموال محل الحراسة لمصلحته الشخصية .

إن التزام الحارس بالمحافظة على الاموال محل الحراسة يتفرع منه التزام آخر يتمثل بعدم استعمال المال لمصلحته الشخصية والانتفاع به اثناء القيام بمهمته المكلف بها ، وذلك لأن هذا الاستعمال يتسبب في التأثير على سلامة هذه الاموال مما يترتب عليها نقص قيمتها المادية أو المعنوية ، فالحارس ملتزم بمقتضى واجب الحفظ بعدم احداث أي تغييرات في هذه الاموال [٢].

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا الالتزام في أحد أحكامها أذ جاء فيه " يحضر على الحارس القضائي استغلال أموال الحراسة لصالحه ..."[٣].

يتبين من كل ما تقدم أن الحارس ملتزم بالمحافظة على الاموال محل النزاع وهذه المحافظة لا تتحقق الا اذا امتنع عن استعمال هذه الاموال لحسابه الشخصي مما يترتب عليه تلف وهلاك هذه الاموال او نقص في القيمة المادية او المعنوية مما يشكل مخالفة صريحة لنص القانون .

والجدير بالملاحظة ان هذا الالتزام المتفرع من التزام الحارس بالحفظ لا يحتاج الى النص عليه في القانون وانما هو التزام ضمين يمكن استنتاجه من التزام الحارس بالمحافظة.

---

[١] انظر عز الدين الدنياصوري وحامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٥٤٤ وانظر المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (١٧٤) من القانون المصري والمادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي

[٢] انظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق ، ص ٣٤٤.

[٣] انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٩٥ لسنة ٤٦ق، جلسة ٠٩مايو ١٩٨١س ٣٢، نقلا عن حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧.

المطلب الثاني

التزام الحارس بإدارة المال محل الحراسة

لا تقف مهمة الحارس عند المحافظة على المال الموضوع تحت الحراسة وانما يلتزم ايضا بإدارته، وذلك لضمان بقائه والحصول على منافعه دون المساس بأصل الحق، ومن ثم تحقيق الغاية من الحراسة وهي ابعاد الاموال عن الضياع .

والبحث في هذا الموضوع ، يقتضي منا بيان مفهوم اعمال الادارة فضلا عن تحديد أساسها القانوني في كل من القوانين محل المقارنة ، ومن ثم الوقوف على مدى سلطة الحارس في القيام بتلك الأعمال .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتطرق في الاول لمفهوم اعمال الادارة ، اما الفرع الثاني سنتناول فيه حدود سلطة الحارس للقيام بإدارة المال محل الحراسة.

الفرع الاول

مفهوم اعمال الإدارة

عرفت اعمال الادارة بعدة تعريفات ، فقد عرفها راي بانها (الاعمال التي ترمي في الاصل الى مجرد استغلال الشيء كالإيجار والتصرف في غلته او ريعه)[١].

يتضح من هذا التعريف أن اعمال الادارة التي يقوم بها الحارس تنصب على استغلال الشيء للحصول على غلته او ريعه لمصلحة صاحب الحق فيه من دون المساس بأصل الحق .

---

[١] انظر د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون – القانون بوجه عام – النظرية العامة للقاعدة القانونية – نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٥٧٦

وعرفها أخر بأنها (تلك الاعمال اللازمة لاستغلال المال دون المساس بأصله)[١] و من الملاحظ أن هذا التعريف جاء بالمعنى نفسة لسابقة فقد أعطى الحق للقائم بالإدارة – الحارس– استغلال الشي فقط لكنه نص صراحة على عدم جواز المساس بأصل الحق.

اما على مستوى الفقه الفرنسي[٢] فقد عرفت بأنها (كل عمل قانوني أيا كان ينصب على الذمة المالية في مجموعها يهدف القائم به الى حفظ واستغلال تلك الذمة أو بعض العناصر المكونة لها استغلالا عاديا بشروط قانونية وبجزاء مناسب).

يتبين من كل التعريفات المتقدمة أن اعمال الادارة التي يقوم بها الحارس في نطاق الاموال محل الحراسة تنصب على الحصول على غلة وريع هذه الاموال من دون المساس بأصل الحق او يترتب عليها ضرر مادي او معنوي ، وهذا هو هدف الحراسة، فإدارة الاموال محل الحراسة يعني المحافظة على غلتها وريعها من الضياع والاهدار وهذا هو السبب الرئيس من وضع الاموال تحت الحراسة .

لذا وحسب ما تم ذكره اعلاه تقترب اعمال الادارة في نطاق الحراسة من اعمال الحفظ التي تم التطرق اليها في المطلب السابق وخصوصا ان كلا منها لا يمس اصل الحق، الا انها تختلف عن الاخيرة من عدة نواحٍ .

أن أعمال الادارة في الحراسة غايتها الاساسية هي اقتصادية تترجم عن طريق استغلال واستثمار الاموال الموضوعة تحت الحراسة للحصول على ريعها وغلتها ، اما اعمال الحفظ فان الغاية الاساسية منها هي حماية الاموال محل الحراسة من الضياع والتلف وانقاذها من خطر محدق يهددها من دون أن يتعدى اثرها هذا الحد .

إن اعمال الادارة تحتاج الى أهلية الادارة في نطاق القائم بها، اذ يشترط في الحارس ان يكون متمتعاً بأهلية الادارة أي ان الحارس لا يشترط فيه ان يكون بالغ سن الرشد اذ يمكن ان يكون قد

---

[١] انظر د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، بدون سنة طبع ، ص ١٥٩

[2] TRASPOT Lacte dadministration en droit prive francais these Bordeoux.1921.p.199

نقلا عن د. حسين محمد حسين مصدر سابق ، ص ٢٠١.

بلغ الخامسة عشر من العمر ، لأنها لا تبتغي سوى ادارة المال المعني واستغلاله من دون التصرف فيه، أما أعمال الحفظ فلا يشترط ان يكون القائم بها متمتعا بأهلية الادارة وذلك لأنها ليست أعمالا نافعة فحسب وإنما ضرورية أيضا[١].

وفي ضوء ما تقدم وبعد أن عرفنا اعمال الادارة في نطاق الحراسة على الاموال المتنازع عليها يتضح أنها تتميز بخصائص منها: انها اعمال قانونية تهدف الى الحصول على منافع الاموال محل النزاع لذا فان غايتها اقتصادية وهي تستند على اعمال ايجابية يقوم بها الحارس من اجل الحصول على منافع الاموال – (غلتها وريعها)– كما أنها لا تمس أصل الحق فلا يترتب عليها تغيير المركز القانوني لأطراف النزاع او المال موضوع الحراسة .

الفرع الثاني

حدود سلطة الحارس في ادارة الاموال محل الحراسة

الاصل في تحديد نطاق سلطة الحارس في القيام بأعمال الادارة هو الاتفاق الذي انشأ تلك الحراسة او القرار الصادر من المحكمة بفرضها، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٨) من قانون المرافعات العراقي، إذ ورد في مضمونها أن تحديد مهمة الحارس والتزاماته القرار الصادر من المحكمة[٢]، فسلطة الحارس تتسع وتضيق تبعا للسلطات التي يمنحها الاتفاق او القرار القضائي ، فهما يحددان طريقة ادارة الاموال كأن يحددان طريقة التأجير أو مدته بأن لا تتجاوز السنة او لأي مدة أخرى وان تجاوزت الثلاث سنوات ، وعلى الحارس أن يلتزم بما جاء في هذا الاتفاق او القرار القضائي، أما إذا لم يحدد الاتفاق أو قرار فرض الحراسة نطاق سلطة الحارس في ادارة الاموال فانه يتقيد بنطاق أعمال الادارة الواردة في المادة (١٠٥ /١)[٣] من القانون

---

[١] انظر : نسرين غانم حنون ، مصدر سابق ، ص ١٨.

[٢] انظر المادة (١/١٤٨) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " ١ – تحدد المحكمة في قرارها مهمة الحارس والتزاماته وماله من حقوق وسلطة....." تقابلها المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري الذي جاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات ومالة من حقوق وسلطة ...."

[٣] كما اكدت على ذلك المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " ليس لمن لا يملك لا حق الادارة ان يعقد اجارة ان تزيد مدتها على ثلاث سنوات فاذا عقدت الاجارة لمدة اطول من ذلك نقصت المدة الى ثلاث سنوات مالم يوجد نص يقضي بغيرة " تقابلها المادة (٥٥٩) من القانون بالمدني المصري التي جاء فيها

المدني العراقي وذلك لان المادة ١/١٤٨-أ) اشارت الى أنه عند عدم تحديد التزامات وسلطة الحارس بالقرار القضائي المنشئ للحراسة، يلتزم الحارس- بالمحافظة على الاموال محل الحراسة وادارتها – ولم تبين ما هذه الاعمال لذا يتم الرجوع للمادة المشار اليها أعلاه التي جاء فيها " .... ويعد من عقود الادارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية و بيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير" .

يتضح من النص المتقدم بدخول الاجارة في اعمال الادارة بمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات كما يدخل من ضمن اعمال الادارة قيام الحارس بالتأمين من الحريق والسرقة وغيرها من مجالات التأمين، وذلك لعدها من أعمال الحفظ والصيانة التي تدخل ضمن سلطة الحارس حسب نص المادة اعلاه[١] ، كما يعد قبض الديون من اعمال الادارة التي تكون لصاحب المال الموضوع تحت الحراسة ووفاء ديونه وهذا ما نصت عليه المادة (٣/١٩٦١) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " ٣- الاشياء التي يقدمها المدين لإبرائه من الدين " حيث يستنتج من ذلك ان قبض الديون من الاعمال التي يجوز للحارس القيام بها بوصفها من اعمال الادارة وكذلك زراعة الارض وبيع محصولاتها والقيام بالأعمال الازمة للحصول على المحصولات، فضلا عن ذلك فان رفع الدعاوى لحفظ الحقوق والدفاع في الدعاوى التي ترفع على المال محل الحراسة بشرط ان لا تكون الدعوى تمس أصل الحق من حيث وجوده وعدمه، فاذا كانت كذلك فلا يجوز للحارس الخوض بها وانما تكون موجهة لشخص المالك الاصلي [٢] .

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه " إن الحارس القضائي يلتزم بالمحافظة على الأموال الموضوعة تحت الحراسة وادارتها ويصبح نائبا عن أصحاب الحق فيها فيما يتعلق بهذه الأموال ويكون له وحده حق مباشرة إجراءات التقاضي عنهم في هذا النشاط ،

" لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة ان يعقد ايجار تزيد مدته عن ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة ....."

[١] انظر د. حيدر فليح حسن و نسرين غانم حنون ، الادارة المؤقتة للاموال الموضوعة تحت الحراسة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، مجلد ٣٢ ، العدد ٢، ٢٠١٧، ص، ١٩٢ .

[٢] انظر د. حيدر فليح حسن و نسرين غانم حنون ، المصدر السابق ، ص ١٩٢.

فإذا اختصم بصفته الشخصية كصاحب حق وبصفته كحارس قضائي في دعوى تتعلق بإدارة المال الموضوع تحت الحراسة كان بهذه الصفة الأخيرة فقط خصم حقيقي في الدعوى فهو يتقاضى بتلك الصفة ، وأما بصفته الشخصية فلا يكون الا خصم مواجهة لا يقبل منه الطعن في الحكم الصادر في تلك الدعوى "[١] .

إلا أنه من الجدير بالملاحظة أن نص المادة (١٤٨) من قانون المرافعات العراقي قد تطرق الى الحراسة القضائية فحسب ولم يشر الى الحراسة الاتفاقية وكيف أن الاتفاق المنشئ للحراسة يحدد سلطات الحارس والتزاماته، لذا نرى من الضروري تعديل هذا النص عند نقله من قانون المرافعات الى الفصل الخاص بالحراسة في القانون المدني العراقي وذلك الاهمية الحراسة الاتفاقية في الحياة العملية بشكل يبين ان الاتفاق بين الاطراف والقرار القضائي هو الاصل في تحديد السلطة الممنوحة للحارس فتتسع وتضيق هذه السلطة بحسب ما ورد في الاتفاق وهذا القرار.

ان السؤال الذي يثار هنا هو هل أن الحارس له سلطة في القيام بأعمال التصرف ام لا؟.

بالرجوع للتشريع العراقي نجد أن المادة (١/١٤٨-ب) قد بينت أن الحارس ممنوع عليه مباشرة أعمال التصرف اذ جاء فيها "ب- لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا بإذن من القضاء ....." إذ يتضح أنه لا يجوز للحارس القيام بأعمال التصرف وذلك لأن حدود سلطته تقف عند اعمال الادارة، لكن هذا المنع غير مطلق إذ يجوز له مباشرة تلك الاعمال التي تكون فيها تابعة لأعمال الادارة ، مثلا، اذا كانت الاموال محل الحراسة ارض زراعية فان شراء البذور والاسمدة والآلات الزراعية، وبيع المحصول وقبض ثمنه وغيرها تعد من اعمال التصرف التي تقتضيها ادارة الاموال محل الحراسة فيجوز للحارس القيام بها.

ويثار تساؤل آخر حول ما هو الاساس لجواز قيام الحارس بأعمال التصرف التي تقتضيها اعمال الادارة مع الملاحظة ان المنع الوارد في المادة (١/١٤٧-أ)[٢] سالفة الذكر لم يميز بين

---

[١] انظر قرار محكمة النقض الفرنسية رقم ١٩٣١ لسنة ٥٢ق، جلسة ٢٥/ ٥/ ١٩٨٩ نقلا عن د. رمضان ابو السعود ، عقد الايجار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٦، ص ١٤٦.

[٢] تقابلها المادة (٧٣٥) من القانون المدني المصري .

اعمال التصرف وانما جاء تعبيره مطلقا ، يمكن استنتاج ان المنع لا يشمل اعمال التصرف التي تحتاجها او تدخل في اعمال الادارة من نص المادة (١/١٠٥) التي ادخلت بعض اعمال التصرف ضمن اعمال الادارة كبيع المحاصيل وبيع المنقول التلف ونحن نعلم أن البيع هو جوهر أعمال التصرف وسمحت لصاحب حق الادارة مباشرتها، لذا فان اعمال التصرف التي تدخل ضمن الادارة يستطيع الحارس مباشرتها دون الحاجة الى اذن من أي جهة كانت[١].

إن المشرع العراقي قد أورد من القاعدة العامة متقدمة الذكر، استثناءا، فقد اجاز للحارس القيام بالتصرف بشرط الحصول على اذن من القضاء أي أن يحصل على ترخيص من قاضي الامور المستعجلة وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٨–ب) من قانون المرافعات العراقي ، إذ يفهم من ذلك أن الحارس إذا حصل على إذنٍ من المحكمة، بحسب تعبير المشرع العراقي، يستطيع أن يباشر أعمال التصرف التي لا تدخل في نطاق ادارة الاموال محل الحراسة كالهبة والرهن والصلح والقسمة وغيرها واكدت على ذلك القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٢/١٠٥) من القانون المدني العراقي التي ورد في مضمونها " ٢– ام التصرفات الاخر التي لا تدخل في حدود الادارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا بأذن من المحكمة بالطريقة التي تحددها ".

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد كان موقفه ذات موقف المشرع العراقي فقد منع الحارس من القيام بأعمال التصرف التي لا تدخل ضمن ادارة الاموال محل الحراسة لأنها تتجاوز المهام المكلف بها إلا أنه أورد استثناءً على هذه القاعدة فقد أجاز بمقتضاه للحارس مباشرة الاعمال الاخيرة بشرط الحصول على ترخيص من القضاء او رضا ذوي الشأن جميعا، وهذا ما جسدته المادة (٧٣٥) من القانون المدني المصري بقولها " لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا برضاء ذوي الشأن جميعا او بترخيص من القضاء" ومن ثم اذا تحقق هذان الشرطان يجوز للحارس أن يمارس أعمال التصرف كالرهن او الصلح والقرض واستثمار النقود وغيرها من هذه الاعمال التي ترد على الاموال موضوع الحراسة ولا تدخل ضمن

---

[١] انظر المادة (١٠٥/ ١) من القانون المدني العراقي الني جاء فيها " .... ويعتبر من عقود الادارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية و بيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير".

اعمال الادارة ، وهذا ما اكده ايضا محكمة الامور المستعجلة في الاسكندرية في قرار ينص على " أن الحراسة أجراء تحفظي تدعو إليه ضرورة المحافظة على الأشياء المتنازع عليها حتى ينتهي النزاع القائم بشأنها ، ولهذا الأصل أن سلطة الحارس التي تحددها المحكمة في حكم الحراسة يجب أن تقتصر على أعمال الصيانة اللازمة وأعمال الإدارة والاستغلال العاديين ، إلا أن ظروفا قد تطرأ تبيح الخروج عن هذا الأصل وتستلزم الأذن للحارس في بيع المنقولات موضع الحراسة كما لو خيف عليها من التلف أو هبوط القيمة ، أو كانت قيمتها لا تحتمل الصرف على حفظها وصيانتها ففي هذه الحالات ومثيلاتها يجوز للقاضي وبصفة استثنائية أن يمد في سلطة الحارس وأن يخول له بيع المنقولات على أن يودع ثمنها خزينة المحكمة "[١].

يتضح من كل ما تقدم أن الحارس كقاعدة عامة لا يجوز له مباشرة اعمال التصرف التي لا تقتضيها ادارة الاموال محل الحراسة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتمثل بجواز مباشرة الحارس لهذه الاعمال اذا حصل على اذن من القضاء او من ذوي الشأن جميعا .

وعليه وفي ضوء ما تقدم نلاحظ ان نص المشرع العراقي الوارد في المادة (١٤٨/أ–ب) قد أورد قيداً واحداً على حق الحارس في مباشرة أعمال التصرف وهو الحصول على اذن من القضاء وقد اغفل موضوع رضا جميع اصحاب الشأن في الاموال محل الحراسة عكس القانون المصري الذي نص على كلا القيدين كما أوضحنا اعلاه، ويبدو أن السبب في اغفال ذلك من قبل المشرع العراقي أن نص المادة أعلاه واردة في نطاق الحراسة القضائية فحسب وذلك لان التشريع العراقي لم ينظم الحراسة الاتفاقية نهائيا .

لذا نقترح تعديل نص المادة (١/١٤٨–ب) من قانون المرافعات، بإضافة القيد الثاني ضمن هذا الفقرة وذلك عن طريق اعطاء الحق للأطراف جميعا الترخيص للحارس بالقيام بأعمال التصرف .

---

[١] انظر قرار قاضي الامور المستعجلة بمحكمة الاسكندرية في ١٤/ ١٢/ ١٩٩٤ مشار اليه لدى د. حيدر فليح حسن ونسرين غانم حنون ، مصدر سابق ، ص ١٩٣.

المطلب الثالث

التزام الحارس بتقديم حساب ورد الاموال محل الحراسة

ان الحراسة كما هو معروف اجراء وقتي تحفظي الغاية منه المحافظة وحسن ادارة المال خلال مدة الحراسة وردها عند انتهائها او انهاء مهمة الحارس ، وعليه فان الاخير يلتزم في هذه المدة بتقديم حساب عما تم تسلمه وما انفقه خلال مدة الحراسة ومن ثم رد هذه الاموال عند انتهاء مهمته .

وفي ضوء ما تقدم لابد من التطرق لالتزام الحارس بتقديم حساب فضلا عن التزامه برد الاموال محل الحراسة، وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الاول التزام الحارس بتقديم حساب اما الفرع الثاني سنبين فيه التزام الحارس برد المال محل الحراسة .

الفرع الاول

التزام الحارس بتقديم حساب

يلتزم الحارس بتقديم حساب عما تسلمه وما انفقه في ادارة الاموال محل الحراسة على ان يكون معززا بمستندات تؤيده، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٨-أ) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها "وان يقدم للمحكمة حسابا بما تسلمه وبما انفقه معززا بالمستندات"[١] إذ يعد هذا الاجراء ضروريا لأن الحارس قد يستغرق مدة غير قصيرة في حراسة تلك الاموال ، فيجب عليه أن يقوم بأعلام أصحاب الشأن والمحكمة التي أصدرت حكم الحراسة بما تسلمه من أموال و بالإجراءات التي اتخذها في ادارة الاموال ، وما انفقه من مصاريف في هذه الاجراءات، فإن كانت الحراسة على مزرعة وجب عليه تقديم حساب عن المساحة التي وضعت تحت حيازته وما تحتويه والمعاملات التي اجراها كقيامه بإيجارها ومقدار الاجرة ليحيطه علماً بسير

---

[١] تقابلها المادة (٢/٧٣٧) من القانون المدني الصري التي جاء فيها" ٢- ويلتزم ان يقدم لذوي الشأن كل سنة على الاكثر حسابا بما تسلمته وبما انفقه ، معزز بما يثبت ذلك من مستندات ، واذا كان الحارس قد عينته المحكمة وجب فوق ذلك ان يودع صورة من هذا الحساب في قلم كاتبها " ولا يوجد نص يقابلها في القانون المدني الفرنسي .

العمل ، ومقدار المبالغ التي انفقها في كل ذلك ، بشرط أن يكون كل ما تقدم معزز بالمستندات الاصولية[١] .

وهذا يأتي بوصفة نوعاً من الرقابة على أعمال الحارس من قبل الجهات التي تقوم بتعيينه للتأكد من حسن ادارة هذه الاموال.

نرى أن المشرع العراقي حسنا فعل عندما بين مضمون الحساب في المادة المشار اليها أعلاه إذ ذكر جانبين أحدهما لحقوق اصحاب الشأن كالأموال التي قبضها الحارس من بيع الثمار او اجر الاموال وغيرها ، والآخر لحقوق الحارس كالمبالغ التي انفقها في تنفيذ الحراسة كنفقات السفر والضرائب والرسوم.

لكن لا يجوز للحارس أن يضمن الحساب تعويضاً له عما يكون قد أصابه من ضرر يقوم هو نفسه بتقديره دون أن يوافق أصحاب الشأن ، أو أن يصدر حكماً قضائياً [٢].

إلا أنه مما يؤخذ على نص المادة المذكورة انه قد الزم الحارس بتقديم الحساب للمحكمة فقط ولم يشر الى تقديم الحساب لأصحاب الشأن كما فعل مشرع القانون المدني المصري في المادة (٢/٧٣٧) التي ورد في مضمونها بان على الحارس أن يقدم حسابا للمحكمة ولذوي الشأن ايضا[٣] ، ويرجع السبب في قَصر المشرع العراقي تقديم الحساب للمحكمة هو أن التشريع العراقي قد نظم الحراسة القضائية فحسب دون الاتفاقية وحتى في هذا الاطار جاء التنظيم مجزوءً، لذا نؤيد ما ذهب اليه المشرع المصري، فلا بد من اطلاع كلّ من المحكمة وذوي الشأن للتثبت من حسن ادارة الحارس للأموال موضوع الحراسة .

فضلا عن ذلك، أن المشرع العراقي في المادة أعلاه لم يقيد الحارس بمدد يقدم خلالها الحساب، كما فعل القانون المدني المصري وإن كنا نختلف معه في المدة التي ذكرها – مدة سنة

---

[١] انظر : د. محمد رضا العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، بغداد ، مطبعة العاني، ١٩٧٥، ص ٢٧٦.

[٢] انظر د. د. محي الدين اسماعيل ، مصدر سابق ، ص٢١٧

[٣] انظر المادة (٢/٧٣٧) من القانون المدني الصري التي جاء فيها" ٢- ويلتزم ان يقدم لذوي الشأن كل سنة على الاكثر حسابا بما تسلمته وبما انفقه ، معزز بما يثبت ذلك من مستندات ، واذا كان الحارس قد عينته المحكمة وجب فوق ذلك ان يودع صورة من هذا الحساب في قلم كاتبها "

– فنرى أنها طويلة نسبيا وذلك لأن الحراسة قد تطول بسبب عدم الفصل في النزاع الناشئ بصدد الاموال محل الحراسة ، فلابد من تقديم حساب دوري عنها فلا يعقل بقاءها هذه المدة الطويلة من دون أن يقدم حساب عنها للمحكمة او اصحاب الشأن وهذا ما أشار اليه قرار محكمة بداءة الكرادة الذي جاء فيه " وضع معمل (د) للخياطة تحت الحراسة القضائية وتعيين المحامي (ع) حارسا قضائيا لإدارة المعمل المذكور على ان يلتزم بإدارة الاموال الموجودة فيه وتقديم الكشوفات اللازمة لحسابات المعمل اسبوعيا وليس له حق التصرف الا بأذن المحكمة"[١].

ومن الملاحظ أن بعض القوانين كالقانون المدني المصري قد ألزم الحارس بمسك دفاتر منتظمة إذ ورد لإلزام في المادة (١/٧٣٧) من القانون المدني المصري[٢] وحسنا فعل المشرع المصري لان مسك هذه الدفاتر يمنع أي تلاعب في الحسابات كما يسهل عملية الرقابة والاشراف على أعمال الحراسة في حال كون الاموال الموضوعة تحت الحراسة مهمة من الناحية الاقتصادية .

وعليه نقترح على المشرع أن يفرد مادة مستقلة بموضوع تقديم الحساب ومسك الدفاتر في القانون المدني العراقي ،على أن يكون هذا النص المقترح ملزما للحارس بتقديم الحساب لأصحاب الشأن وللمحكمة وهذا يشمل الحراسة القضائية والاتفاقية التي اغفلها النص قبل التعديل، كما ويكون ملزما له بمسك دفاتر منتظمة وذلك لضمان حسن الادارة وتسهيل الرقابة على الاموال وخصوصا اذا كانت هذه الاموال كبيرة .

---

[١] انظر قرار محكمة بداءة الكرادة المرقم (٤) حراسة ٨٥ / ٩٨٦ في ٢٤/ ٧/ ١٩٨٦ نقلا عن جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ١٩٧.

[٢] انظر المادة (١/٧٣٧) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يلتزم الحارس بمسك دفاتر حساب منظمة ويجوز للقاضي الزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة ".

الفرع الثاني

التزام الحارس برد الاموال محل الحراسة

يلتزم الحارس برد المال الموضوع تحت حراسته عند انتهاء مهمته سواء كان هذا الانتهاء بحسم النزاع وانتهاء الحراسة نهائيا أم انتهاء مهمته لأي من الاسباب كالتنحي والعزل قبل ان تنتهي الحراسة، وهذا الالتزام يتناسب مع الطبيعة المؤقتة لها[١] .

وقد نص المشرع العراقي على التزام الحارس بالرد في المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات التي جاء فيها " ..... ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه"[٢] إلا أنه يتبين منها أن المشرع العراقي قد نص على حالة واحدة للرد وهي عند انتهاء الحراسة عن طريق حسم النزاع وثبوت الحق لأحد الاطراف، وقد اغفل الحالة الاخرى التي من الممكن أن تنتهي فيها مهمة الحارس قبل انتهاء النزاع كما في حالة موته او عزله او تنحيه او اتفاق الاطراف على انتهاء الحراسة، وهذا ما أكدته المادة (١٩٦٠) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها" لا يمكن للوديع المكلف بالحراسة أن يُعفى من المهمة قبل انتهاء النزاع الا في حال موافقة كل الاطراف المعنيين او لسبب يعتبر مشروعا " يتبين من مفهوم المخالفة لنص القانون المدني الفرنسي سالف الذكر أن مهمة الحارس قد تنتهي قبل انتهاء النزاع وذلك باتفاق الاطراف على ذلك كالموافقة على عزله واعتزاله او لسبب مشروع ومن هذه الاسباب المشروعة هي الوفاة او فقد الاهلية .

كما أن الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أكدت ذلك عند التعليق على النص الخاص بانتهاء الحراسة الوارد في المادة (٧٣٨) بقولها " إذا اتفق ذوو الشأن جميعا على إنهاء الحراسة، أو لم يتفقوا على ذلك وحكم به القضاء، انتهت الحراسة وانتهت مأمورية الحارس، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق ذوو الشأن على استمرار الحراسة وانهاء مأمورية الحارس بأن يعينوا حارسا جديدا بدلاً منه، ولا ما يمنع القاضي من أن يأمر باستمرار الحراسة وعزل الحارس

---

[1]Marie. Malaurie, les contrats spéciaux, 6è éd, léxtenso édition. Paris. France. n 527. –Paul . .٢٠١٢

[٢] تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ..... وبردة مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه " والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على " .... يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يتسلمه " .

الاول... ومتى انتهت مأمورية الحارس بهذا الشكل أو ذاك، وجب عليه رد الشيء المعهود إليه حراسته مع حساب أخير، سواء إلى من يخلفه في الحراسة أم إلى من يثبت حقه في ذلك الشيء، أو من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي لذلك" [١].

إلا أننا نرى أن نص القانون المدني الفرنسي في موضوع انتهاء مأمورية الحارس قبل حسم النزاع والتزامه برد الاموال محل الحراسة ، افضل من نص القانون المدني المصري الذي لم ينص صراحة في المادة التي ورد عليها التعليق في الاعمال التحضيرية على انتهاء مأمورية الحارس قبل حسم النزاع والتزامه برد الاموال في هذه الحالة وإنما أشارت الى ذلك في الاعمال التحضيرية مما يثير بعض الاشكالات، فلابد من النص صراحة على موضوع انتهاء مهمة الحارس والتزامه بالرد قبل انتهاء الحراسة من بدون الحاجة للرجوع الى تكملة النصوص من خلال الأعمال التحضيرية .

لذلك نقترح اضافة مادة جديدة في الفصل الخاص المقترح للحراسة في القانون المدني العراقي يُبين فيه أن الاصل هو منع انهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة حتى تتحقق الغاية المرجوة منها كما عليه أن يُبين في هذا النص الاستثناء الوارد على هذا الاصل وذلك عن طريق الاتفاق او بقرار من المحكمة مع توفر الاسباب المشروعة، ومن ثم يلتزم الحارس برد المال محل الحراسة .

والجدير بالملاحظة ونحن نتطرق الى موضوع رد الحارس للأموال محل الحراسة عند انتهاء الحراسة او قبلها بالأسباب التي ذكرناها فان المادة (٢/١٤٨) التي نصت على انتهاء الحراسة قد قصرت انتهاء الحراسة بقرار من القضاء دون الاشارة الى حق اصحاب الشأن في إنهاء الحراسة مع اعطائهم الحق في تعيين الحارس باتفاقهم ونحن نرى أن اعطاءهم الحق في انهاء الحراسة باتفاقهم أكثر تأكيدا لتحقيق مصلحتهم في المحافظة على الاموال لأنها تؤدي الى عودة هذه الاموال لحيازتهم .

ونرى أن السبب في عدم النص على حق الاطراف في انهاء الحراسة يرجع كما ذكرنا سابقا الى ان المشرع قد نظم فقط الحراسة القضائية التي تكون بقرار من القضاء وانتهاؤها يكون

---

[١] انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٥، مصدر سابق ، ص ٢٩٨-٢٩٩ .

ايضا بقرار من القضاء لذلك نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة (١٤٨) عند نقلها للقانون المدني العراقي في الفصل الخاص بالحراسة المقترح من خلال النص على حق أصحاب الشأن بالاتفاق على انتهاء الحراسة مع ابراز التزام الحارس برد الاموال محل الحراسة بعد الانتهاء .

إلا أن التساؤل الذي يثار هنا هو ما محل التزام الحارس بالرد؟

فيمكن الاجابة عنه بأن الحارس يلتزم برد الاموال التي تسلمها عينا، فاذا كانت تلك الاموال بضائع او سلعاً ففي هذه الحالة يجب أن يردها نفسها، واذا كانت الات او اجهزة ردها بحسب محضر الجرد الذي أعده عند التسليم ، يتم تسليمها الى الشخص الذي يخلفه حارسا او أحد اطراف النزاع او لمن يثبت له الحق فيه ، ومن ثم لا يجوز للحارس أن يرد اموالاً أخرى غير التي عُهد اليه بحراستها حتى ولو كانت أكثر قيمة منها[١].

اما بالنسبة للحالة التي يجب ان ترد عليها الاموال محل الحراسة فيجب على الحارس ردها بالحالة التي كانت عليها وقت التسليم ، فإذا طرأ عليها تغيير كأن تكون الاموال قد اصابها التلف بسبب لا يد للحارس فيه فلا يكون مسؤولا عنه ما دام قد بذل العناية المطلوبة منه في المحافظة على الاموال محل الحراسة تطبيقا للمادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي التي ورد في مضمونها: إذا كان الالتزام هو المحافظة على شيء معين وقد بذل المدين هذا عناية الرجل فيكون قد أوفى بالتزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود [٢] .

---

[١] انظر د. خالد محمد حسين ، التزام الوديع برد الوديعة بالفقه الاسلامي والقانون المدني،ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ٢١٩. انظر د. سليمان مرقص ، شرح عقد الايجار، ط٢، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٤، ص ٣٩٣.

[٢] انظر المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته اوكان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق =الغرض المقصود" تقابلها المادة (٢١١) من القانون المدني المصري مطابقة انظر المادة (١١٩٧) من القانون المدني الفرنسي، .انظر عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ١٩٠، وانظر ايضا د. توفيق حسن فرج ، عقد الايجار – دراسة لاحكام قوانين الايجارات ، ط١، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤، ص ٨٨٢ وما بعدها .

إلا ان الحارس إذا تأخر في رد هذه الاموال وتم إعذاره بوجوب الرد وأصابها ضرر حتى وإن كان لسبب اجنبي لا يد له فيه، فهو يتحمل تبعة النقصان والتلف وان كانت على اصحاب الشأن من قبل ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا اثبت أن الاموال محل الحراسة كانت سوف تتلف او يصيبها النقص حتى لو سلمها لأصحاب الشأن او للحارس الجديد[١].

وفضلا عن ذلك فان التزام الحارس بالرد يشمل جميع المستندات التي تتعلق بالحراسة، كعقود الايجار التي قام بإبرامها في حدود سلطته، و الاحكام القضائية التي صدرت ضده او لمصلحته المتعلقة بتنفيذ الحراسة ، فهذه الاوراق والمستندات يلتزم الحارس بتسليمها لأصحاب الشأن او للشخص الذي يخلفه بالمهمة [٢] .

أما إذا تعذر على الحارس رد الاموال محل الحراسة عيناً فهنا يجب عليه رد المقابل، فمثلا إذا كانت الاموال موضوع الحراسة بضائع وسلع وكان مؤمناً عليها من الحريق واحترقت وتم دفع للحارس قيمة التأمين، ففي هذه الحالة يجب على الاخير رد هذه القيمة للشخص الذي يثبت له الحق فيه في حال انتهاء النزاع او للحارس الثاني الذي يخلفه اذا تم انهاء مهمته دون انتهاء الحراسة، كما ان الحارس مسؤول عن رد الزيادات الحاصلة في الاموال محل الحراسة كالأجرة والثمار التي تنتجها الاموال خلال مدة الحراسة وذلك بوصفها من ملحقات الاموال موضوع الحراسة[٣].

الا ان التساؤل الذي يثار في نطاق التزام الحارس بالرد هو ما الحكم اذا تعدد الحراس على الاموال محل النزاع ؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب النظر للأموال محل الحراسة فيما إذا كانت مقسمة بين الحراس المتعددين كما لو تم تكليف كل حارس بالمحافظة على جزء معين من هذا الاموال دون الاجزاء الاخرى، فهنا يكون كل حارس مسؤول عن رد الجزء المكلف بحراسته ، أما إذا كانت

---

[١] انظر د. خالد محمد حسين ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣.

[٢] انظر د. اسعد ذياب ، القانون المدني ، العقود المسماة ، ج١، البيع والايجار والوكالة ، بيروت ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٢ ، ص٣٧١.

[٣] عماد جواد كاظم ، مصدر سابق، ص ١٩٩.

هذه الاموال غير مقسمة بينهم وعهد بالمحافظة عليها لهم جميعا فيكونون مسؤولين جميعا عن ردها وعن أي تلف يحصل بها ويتم الرجوع عليهم جميع بالأضرار التي لحقت بأصحاب الشأن.

المبحث الثاني

حقوق حارس الاموال المتنازع عليها

إن الحراسة على الاموال المتنازع عليها ترتب التزامات على اطرافها- (الحارس واصحاب الشأن)- وحقوق كل طرف تمثل التزامات الطرف الأخر في الوقت ذاته ، وحقوق الحارس التي نريد بحثها هنا هي حق الحارس في الاجرة وحقه في استرداد المصروفات التي انفقها في سبيل انجاز مهمته في المحافظة على الاموال محل الحراسة التي تعد من اهم الحقوق المترتبة للحارس في نطاق موضوع الدراسة وحقه في الحصول على التعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة الحراسة، فضلا عن ذلك لابد من دراسة الضمانات التي عن طريقها يمكن الحصول على هذه الحقوق، وعليه لابد من دراسة حقوق الحارس من بيان الاحكام التي تتعلق بالأجرة التي يستحقها الاخير فضلا عن بيان حقه في الاسترداد وتحديد ضمانات حصول الحارس على حقوقه .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على ثلاث مطالب سنتطرق في الاول لحق الحارس في الاجر، اما المطلب الثاني سنبين فيه حق الحارس في استرداد المصروفات والتعويض ، اما المطلب الاخير سنتناول فيه ضمانات حقوق الحارس .

المطلب الاول

حق الحارس في الأجر

يعد حق الحارس في تقاضي الاجرة من أهم حقوقه في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليها، وذلك تعويضا له عن قيامه بأعباء الحراسة وبذل الجهد في سبيل المحافظة على الاموال محل الحراسة، وقد كفل القانون هذا الحق اذ نصت عليه القوانين محل المقارنة ، فمنح الحارس ضمانات معينة للحصول على حقه بالحصول على الاجر .

وعليه وفي ضوء ما تقدم لتحديد حق الحارس في الاجر لابد من بيان الاساس القانوني لحق الحارس في الاجر، فضلا عن دراسة احكام تقدير اجر الحارس ، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الاول الاساس القانوني لحق الحارس في الاجر ، اما الثاني سنتطرق فيه لأحكام تقدير اجر الحارس .

الفرع الاول

الاساس القانوني لحق الحارس في الاجر

إن تحديد الاساس القانوني لحق الحارس في الحصول على الاجر يقتضي منا الرجوع للقوانين محل المقارنة والبحث في نصوصها، فعلى مستوى التشريع العراقي نجد أن قانون المرافعات قد نص على هذا الالتزام في المادة (١٤٧ /٢) التي جاء فيها "... ويتقاضى الحارس اجراً تقدره المحكمة" يتبين أن الاصل في الحراسة أن تكون بأجر فالحارس يتقاضى أجراً مقابلا القيام بالواجبات المكلف بها[١] .

عند التمعن في نص المادة أعلاه يتبين أنها تخص الحراسة القضائية لذا يثار التساؤل حول أساس حق الحارس في الحصول على الاجر اذا كانت الحراسة اتفاقية ، اذ نستشف هذا الاساس من طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الحارس وذلك لان الحارس يكلف بالمحافظة على المال محل الحراسة وادارته فضلا عن تقديم حساب عن ذلك ، ومن ثم يتحمل المسؤولية في حال اخلاله بأي من هذه الالتزامات لذا من الضروري أن يتقاضى أجرا على ذلك مقابل هذه الالتزامات الكثيرة التي من غير المتصور في الغالب قبول شخص للقيام بها دون مقابل، فضلا عن ذلك ان اشتراط الاجر في العقد يعد أساس لحق الحارس فيه وفقا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، إلا أنه من الممكن أن تكون الحراسة سواء اكانت قضائية ام اتفاقية بدون أجر – اذا تنازل الحارس عنها او اتفق الطرفان على عدم تقاضي الحارس أجرا .

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد نُصّ على هذا الحق في المادة (٧٣٦) التي جاء فيها " للحارس ان يتقاضى اجرا ما لم يكن قد نزل عنه " إذ يتضح من النص المتقدم أن الاصل في الحراسة في القانون المدني المصري تكون بأجر مالم يتنازل عنه وهذا النص يشمل الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية لان المشرع المصري نظم النوعين معا .

في حين ان القانون المدني الفرنسي سلك مسلكاً معاكساً لما ذهبت اليه القوانين الأخرى محل المقارنة فقد نص على أن الحراسة تكون مجانية وذلك في المادة (١٩٥٧) منه التي جاء

---

[١] عبد الرحمن علام ، ج٣، مصدر سابق ، ص ٨١.

فيها " يجوز ألا تكون الحراسة مجانية " حيث يفهم من ذلك أن الحراسة في الأصل –سواء اكانت قضائية ام اتفاقية تكون مجانية بدون أجر ، إلا أن السبب جعل الحراسة مجانية هو ان القانون المدني الفرنسي عد الحراسة نوع من انواعاً الوديعة، نستنتج ذلك من خلال نص المادة (١٩٥٨) التي جعلت الحراسة تخضع لأحكام الوديعة اذا كانت مجانية كما ان في لقسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الحادي عشر اطلق على الحراسة القضائية عنوان الوديعة القضائية وبما أن الوديعة في الغالب مجانية، فعليه جعل الحراسة ايضا مجانية بوصفها نوعاً من انواعها ، ومن ثم فان الحارس شأنه شأن المودع عنده يقوم بالواجبات من دون أجر، إلا إذا اتفق الطرفان على الأجر في الحراسة الاتفاقية أو نص في القرار القضائي المنشئ للحراسة القضائية على الاجر في مقابل قيام الحارس بالواجبات المعهودة اليه بموجب الحراسة، لكن الفقه الفرنسي يرى أن الحارس عندما يقوم بالواجبات المكلف بها في الحراسة فانه يستطيع أن يطالب بالأجر في مواجهة اصحاب المال المتنازع عليه الموضوع تحت حراسته في حالة عدم وجود اتفاق او حكم يقرر استحقاقه الاجر، على الرغم من ان القانون المدني الفرنسي قد جعل الحراسة مجانية[١].

اما الحراسة القضائية فقد جاء على العكس مما هو وارد في نطاق الحراسة الاتفاقية فقد جعلها باجر، إذ نستشف ذلك من المادة (١٩٦٢) التي جاءت فحواها تتحدث عن التزامات الحارس وحقوقه ومن ضمنها حقه في الاجرة بصورة واضحة وصريحة[٢] فيفهم من ذلك أن الحراسة القضائية تكون دائما بأجر .

وفي ضوء ما تقدم نؤيد ما ذهب اليه قانون المرافعات العراقي والقانون المدني المصري اللذين جعلا الحراسة مأجورة ، إلا أنه وعلى الرغم من وجاهة موقف التشريع العراقي يرد عليه ملاحظات مهمة أولها أن نص المادة (٢/١٤٧) خاص بالحراسة القضائية ولا يشمل الحراسة

---

[1]) paul.point, op,cit,n563,p280

نقلا عن حذاق السامعين المركز القانوني للحارس القضائي، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

[٢] انظر المادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " ان تعيين الحارس القضائي يؤدي الى نشوء التزامات متبادلة بين الحاجز والحارس فيجب على الحارس ان يبذل ، في سبيل المحافظة على الامتعة المحجوزة العناية الازمة التي يبذلها الرجل المعتاد، ..... ويقوم التزام الحاجز بدفع الاجر الذي يحدده القانون " .

الاتفاقية كون القانون المدني لم ينظم النوع الاخير منها مع أهميته الكبيرة وعده نوع رئيس من انواع الحراسة، كما انه على الرغم من اهمية هذا الحق فقد جاء في ذيل الفقرة الثانية من المادة متقدمة الذكر لذلك لابد من ابراز هذا الحق لأهميته بوصفه جوهر حقوق الحارس.

لذلك نقترح على المشرع العراقي أن ينص على هذا الحق بوصفه من الحقوق الجوهرية للحارس بمادة مستقلة بعد نقله من قانون المرافعات للقانون المدني العراقي ضمن التنظيم المقترح للحراسة في نطاق القانون الاخير .

الفرع الثاني

أحكام أجر الحارس

بينا أن الحارس يبذل جهدا كبيرا في سبيل القيام بمهام الحراسة وقد نص القانون على حقه في الحصول على اجر يتناسب مع ما هو معهود اليه من واجبات، والأهمية الموضوع بوصف أن الاجر من أخص حقوق الحارس وأهمها لابد من دراسته بدقة وتعمق عن طريق بيان أحكام أجر الحارس من جهة كيفية فرض أجره وتحديد الطرف الملزم بدفع الاجرة ووقت دفعها .

وعليه سنبين ذلك في نقطتين منفصلتين وكالاتي :

اولا: كيفية فرض أجر الحارس:

عند الرجوع للتشريع العراقي نجد أن قانون المرافعات قد بين كيفية فرض الاجرة في الحراسة، فقد نص على أن تقدير الأجر يكون بقرار من المحكمة وهو ما جاءت به المادة (٢/١٤٧) بقولها " ويتقاضى الحارس اجرا تقدره المحكمة" إذ يظهر من ذلك أن التشريع العراقي قد بين كيفية تحديد اجرة الحارس عن طريق المحكمة ويرجع السبب في ذلك لأنه لم ينظم الحراسة الاتفاقية حتى يوسع من طرق فرض الاجرة، فعلى الرغم من قصر التشريع العراقي على الطريق المتقدم لفرض أجر الحارس إلا أن هناك طريقاً أخر وهو اتفاق اطراف الحراسة مع الحارس على الاجر وهذا الفرض، يشمل الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية ، وذلك استنادا للقاعدة العامة (العقد شريعة المتعاقدين) وعلى المحكمة أن تتقيد بهذا الاتفاق عن رجوع الحارس اليها للمطالبة

بالأجر[١] إذ ان الاصل هو الاتفاق في تحديد الاجر أما تحديده عن طريق المحكمة يكون في حالة عدم اتفاق الاطراف عليه[٢].

ويثار التساؤل عما اذا اغفل الطرفان النص على الاجر او سكت القرار القضائي الخاص بفرض الحراسة على النص عن حق الحارس بالأجر، ففي هذه الحالة يستطيع الحارس الرجوع على اطراف النزاع او للقاضي من اجل فرض الاجرة له بشرط عدم التنازل عن حقه في ذلك لأن الاصل في القانون العراقي ان الحراسة بأجر.

وعليه فان موقف المشرع العراقي يحتاج الى مراجعه وهذا ما بيناه عند التطرق للأساس القانوني لأجر الحارس فضلا عن ذلك ما بيناه في نطاق التزامات الحارس[٣].

أما موقف القانون المدني المصري في نطاق فرض أجر الحارس، فقد كان موفقا، ويرجع في ذلك لأنه قد نظم نوعي الحراسة – الاتفاقية والقضائية – إذ بين أن فرض الاجر يكون أما اتفاقا أو بناء على قرار من المحكمة، وذلك في المادة (٧٣٣) منه التي جاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق " وبما أن الاجر هو من أخص حقوق الحارس فهو يتحدد على وفق المادة أعلاه باتفاق أصحاب الشأن مع الحارس او بناءً على حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة .

اما في ما يتعلق بموقف القانون المدني الفرنسي فلم يتطرق لطرق فرض أجر الحارس لعد الحراسة مجانية[٤]، إلا أنه في الحالة التي تكون الحراسة مأجورة فان طريق فرض الحارس ايضا اما يكون رضائيا عن طريق اتفاق أصحاب الشأن مع الحارس أو طريق القرار القضائي المنشئ للحراسة، وذلك لان القانون المدني الفرنسي رغم كون ان الحراسة فيه مجانية ، إلا أنه لم يمنع أن يكون هناك أجر للحارس – إذ نستشف هذا من نص المادة (١٩٥٧) التي افتتحت بعبارة –

---

[١] موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، ج٧، مصدر سابق ، ص ٣٥٠.

[٢] انظر د. عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب السابع ، مصدر سابق، ص ٧٦٨.

[٣] انظر ص (١١٩ وما بعدها) من الاطروحة.

[٤] انظر المادة (١٩٥٧) التي جاء فيها " يجوز الا تكون الحراسة مجانية ".

يجوز – وهذا الجواز يمكن أن يتفق عليه أطراف الحراسة أو يقرره القاضي بحسب سلطته التقديرية، أي يتفق أطراف العلاقة على ان يكون هناك أجر للحارس او يقرر ذلك القاضي.

بعد بيان طريقة فرض الأجر يثار التساؤل عن كيفية تقدير اجر الحارس، إذ يراعى في تقدير الاجرة – سواء فرضت بالاتفاق او بقرار قضائي– الجهد الذي بذله الحارس واهمية العمل الذي قام به والنتيجة التي وصل اليها في ادارته والمسؤوليات التي تعرض لها وكفاءته الخاصة في الادارة ، وغير ذلك من العناصر التي تعين اطراف العلاقة او القاضي في تقدير الاجر المناسب للحارس[١]، وهذا ما اكدته المادة (٩٩) من المرسوم الصادر في ٢٩مايو ١٩٥٩ بشان اعمال الادارة المؤقتة بقولها " يتوقف تحديد الاجر على طبيعة واهمية الاعمال وعلى الصعوبات التي يواجهها القائم بالأعمال والمسؤولية التي يتحملها"[٢].

كما أكدت على ذلك محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بقرارها الذي جاء فيه " تقدير أجر الحارس القضائي الشريك المميز عليه بمبلغ خمسون دينارا يوميا كانت غير صحيحة ومخالفة للقانون لان الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مرافعات مدنية وان اناطت تقدير اجرة الحارس القضائي الى المحكمة ألا أن هذا التقدير يجب أن لا يخلو من ضوابط واعتبارات تأخذ بنظر الاعتبار مؤهلات الحارس القضائي والجهد المبذول من قبله واهمية العمل الذي يؤديه ..... وبما ان التقدير سابق الاشارة اليه قد خلا من هذه الضوابط ولم يراع كون المعمل متوقف عن العمل في الوقت الحاضر وان التقدير فيه مغالاة لذا قرر نقض الفقرة المميزة واعادة الدعوى الى محكمة بداءة الكرادة لإعادة النظر في تقدير اجرة الحارس القضائي " [٣]

وبعد معرفة كيفية تقدير الاجر يثار التساؤل حول مدى امكانية تعديل الاجر المتفق عليه او المحكوم به .

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق، ص ٩٤٩.

[٢] نقلا عن رضا محمد عبد السلام ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٤١٢.

[٣] انظر القرار رقم ٥٢/ مستعجل / ٨٨/٨٧ في ٩/١٧/ ١٩٨٧، نقل عن مدحت بالمحمود ، شرح قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص ١٩٢.

فالرأي الغالب أنه يجوز تعديل أجر الحارس باتفاق لاحق لعقد الحراسة أو لصدور الحكم بالحراسة الذي حدد فيه الاجر، إذا كانت هناك ظروف قد طرأت تزيد من اعباء الحارس ومهامه، لكن ان الاجر السابق يبقى هو الساري الى أن يتم تعديله بالاتفاق او بالحكم الجديد[١]

والجدير بالملاحظة أن في نطاق الحراسة القضائية قد يختص قاضي الموضوع بتقدير اجر الحارس اذا صدر حكم الحراسة اثناء النظر بالدعوى الموضوعية ولو صدر الامر بتعينيه من قاضي الامور المستعجلة بوصف أن تقدير الاجر هو من ضمن الطلبات الفرعية التي تختص به محكمة الموضوع[٢]، اما اذا كان قاضي الامور المستعجلة هو من صدّر أمر الحراسة كما يكون هو صاحب الاختصاص في الفصل في المعارضة التي تكون في الاجر[٣] ومن المعروف أن الحارس يستطيع أن يعارض الاجر اذا كان غير مقتنع به قبل صدور الحكم اما بعد صدور الحكم ففي هذه الحالة تثبت له صفة الحارس ولا يستطيع التحلل عنها الا بالاستقالة .

ثانيا : الطرف الملزم بدفع الأجر

عند الرجوع للقوانين محل المقارنة يتبين لنا عدم تحديدها الشخص او الطرف الملزم بدفع أجرة الحارس باستثناء القانون المدني الفرنسي في نطاق الحراسة القضائية ، مما دفع الفقه الى الخوض في هذه النقطة وطرح الآراء في هذا المضمار ، فهنا لابد من التمييز بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية.

ففي نطاق الحراسة الاتفاقية يرجع الحارس في الأجر الى من يثبت الحق في الشيء ، ولكن اذا انتهت حراسته قبل ثبوت الحق لأحد اطراف النزاع أو كان الأجر يستحق بمدد دورية ، فان الحارس في هذه الحالة يرجع على طالب الحراسة بالأجر ، فاذا كان جميع اطراف النزاع قد عهدوا هذه المهمة للحارس ، كان للأخير أن يرجع عليهم جميعا بنسبة ما لكل منهم من فائدة ،

---

[١] انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٩٤٩، هامش رقم ٢.

[٢] انظر د. محمد علي عرفة ، مصدر سابق ، ص ٥٢٨ .

[٣] انظر د.رضا محمد عبد السلام ، الحراسة القضائية على الاموال، مصدر سابق، ص ٣١٨.

أما إذا تعذر تعيين نسبة فائدة كل منهم، فعند ذلك يرجع عليهم بالتساوي، أما إذا كان الشيء يدر ريعا كان للحارس أن يتقاضى الاجر من الريع الناتج من هذه الاموال[١].

اما على مستوى الحراسة القضائية في نطاق القانون الفرنسي نرى أنه قد عالج الموضوع بتحديد الطرف الملتزم بدفع الاجرة ، وذلك من خلال نص المادة (١٩٦٢) حيث جعل الطرف الملتزم بدفعها طالب فرض الحراسة حيث جاء في نصها " .... يقوم التزام الحاجز في دفع الاجر الذي يحدده القانون للحارس " حيث يفهم من ذلك أن الطرف الذي يقع عليه الالتزام بدفع الاجر للحارس هو الشخص طالب فرض الحراسة .

لقد اختلفت أراء الفقهاء حول تحديد الشخص أو الطرف الذي يلتزم بدفع اجر الحارس وذلك لعدم وجود نص حاكم للموضوع ، فقد ذهب رأي[٢] في الفقه الفرنسي بأن للحارس القضائي أن يطالب طرفي النزاع بأجره، وذلك قياسا على ما هو مقرر بالنسبة للوكيل الذي نصت عليه المادة (٢٠٠٢) التي جاء فيها "اذا وكل الوكيل عدة اشخاص بعمل مشترك الزم كل منهم بالتضامن حياله بكل الاثار التي تنشا عن الوكالة "

وهناك رأي أخر يذهب الى أن الوفاء بالأجر يقع على عاتق كلا الطرفين اذا كان الحكم يلبي المصلحة المشتركة للطرفين.

اما على مستوى القانون المصري فقد ذهب الفقه الى اتجاهين في هذا الموضوع ، فأصحاب الاتجاه الاول[٣] يذهبون الى انه اذا كانت الدعوى المقامة بأصل الحق قائمة ولم يتم الفصل فيها، ففي هذه الحالة يلزم كل واحد من اطراف النزاع اذا كانت الحراسة مقرره لمصلحتهم جميعا، كما لو كانت حراسة على مال شائع لمصلحة جميع الشركاء فيرجع بنسبة فائدة كل منهم واذا تعذر ذلك فتقسم بينهم بالتساوي ، ويستطيع الحارس أن يرجع بالأجر على طالب الحراسة وهذا الاخير يرجع على من كسب الدعوى الموضوعية اذا خسر طالب الحراسة الدعوى الموضوعية ، بعباره أخرى من ثبت له الحق في المال موضوع الحراسة ، أما اذا تم الفصل في

---

[١] انظر د. محيي الدين اسماعيل ، مصدر سابق ، ص ١٩٢.

[٢] انظر: آلان بيابنت، القانون المدني، العقود الخاصة، مصدر سابق، ص٥٦٥.

[٣] انظر د. عبد الحكيم عبد المجيد فرج، مصدر سابق ص ٢٧٢ وايضا انظر د. محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني ، في التامين والحراسة، مصدر سابق، ص ٦٦٣.

الدعوى ففي هذه الحالة يتم الرجوع بصورة مباشرة على من كسب الدعوى او من حملته المحكمة أجرة الحارس بناء على قرار منها.

اما الرأي الثاني[١] يذهب أنصاره الى أن قبل الفصل في دعوى الموضوع على الحارس يرجع على الخصوم جميعا بأجرة دون تمييز بين طالب الحراسة من عدمه ودون النظر الى نسبة الفائدة المتحققة لكل منه من الحراسة، اما بعد الفصل في الدعوى الموضوعية فيجب الرجوع على الشخص الذي حكم عليه بالمصاريف دون غيره من اطراف النزاع ، مع ملاحظة الحالات التي تلزم طرف معين بدفع الاجرة كما هو الحال في حراسة المحجوزات اذ يلتزم الحاجز دائما بدفع اجرة الحارس لأنها تأخذ دائما وصف المصاريف القضائية .

ومع سكوت التشريع العراقي عن تحديد الطرف الملتزم بدفع الأجر، وعدم تطرق الفقه العراقي الى هذا الموضوع وابداء رأيه في تحديد الشخص المكلف بدفع اجرة الحارس ، نرى ان المكلف بدفع الاجر قبل الفصل في الدعوى هو طالب الحراسة سواء كان واحداً ام متعددا فإذا تحقق الفرض الاخير يرجع عليهم بالتساوي، وفي كل الاحوال يتم الرجوع على الطرف المكلف بالمصاريف اما بعد الفصل في الدعوى نرى ان يتحملها من صدر قرار بحقه بتحمل جميع نفقات ورسوم الدعوى .

وبعد تحديد الطرف الملتزم بدفع أجرة الحارس يثار التساؤل عن وقت دفع الاجرة، فبالنسبة للقانون المدني المصري فقد عالج الموضوع وقت دفع الاجرة في المادة (٧٣٣)[٢] التي جاء في فحواها بأنه يحدد الحكم والاتفاق حقوق الحارس ولا تطبق احكام الوديعة او الوكالة ، وعليه فإن الاجر من أهم حقوق الحارس يتم الرجوع لتحديد وقت دفعها لأحكام الوديعة التي قضت في المادة (٧٢٤) من القانون نفسه التي جاء فيها " الاصل في الوديعة أن تكون بدون اجر فاذا اتفق على اجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة مالم يوجد اتفاق يقتضي بخلاف ذلك "

---

[١] انظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال، مصدر سابق ، ص ٣١٩.

[٢] حيث جاء فيها " يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة ، والا تطبق احكام الوديعة واحكام الوكالة ....."

يفهم من ذلك أن دفع الاجر يتم في الوقت المتفق عليه المحدد في العقد فيجوز أن يتم تعجيل دفعها أو تأجيلها أو تقسيطها على أقساط، اما اذا لم يكن هناك اتفاق ، ففي هذه الحالة يتم دفعها عند انتهاء الحراسة وقيام الحارس بإتمام مهمته ، أي بعد استيفاء المنفعة من أصحاب الشأن[١] ،أما في الحراسة القضائية بالحكم القضائي اذا لم يحدد وقت دفع الاجرة نطبق الحكم الوارد في المادة أعلاه فيتم دفعها بعد انتهاء الحراسة وانقضاء النزاع المنشئ لها .

أما على مستوى القانون المدني العراقي فانه لم يحدد وقتا لدفع اجرة الحارس ، ومن ثم يلتزم الطرف الذي يقع عليه هذا الالتزام بدفع الاجر في الوقت المحدد في العقد اذا كانت الحراسة اتفاقية او في الوقت المحدد في القرار القضائي اذا كانت قضائية، وتم تحديد وقت دفع الاجرة فيه لذا ولعدم وجود نص قانوني يحدد وقت دفعها فيجوز تعجيلها أو تأجيلها أو تقسيطها[٢]، فاذا لم يوجد اتفاق او حكم قضائي يحدد وقت دفع الاجرة ففي هذه الحالة يتم دفع الاجرة عند انتهاء الحراسة، وذلك لان الحراسة تقوم على الانتفاع بخدمات الحارس ، لذا يتم دفعها بعد استيفاء المنفعة ، لأن الاجرة تقابل المنفعة ، فلا تستحق الاجرة عن المنفعة الا بعد استيفائها[٣] وتصبح الاجرة مستحقة للحارس بمجرد أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الاموال محل الحراسة .

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فهو الاخر جاء خاليا من نص حاكم لموضوع دفع أجر الحارس لذا يتم الرجوع في ذلك للقواعد العامة في القانون المدني وبالتالي وبما أن القانون المدني لم يحدد وقتا معينا لدفع الاجرة فيجوز الاتفاق على تعجيلها أو تأجيلها أو تقسيطها[٤] ،

---

[١] انظر د. سمير كامل ، النظام القانوني لحق المستفيد في المشاركة بالوقت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١، ص ٤٦.

[٢] انظر المواد (٧٦٥-٧٦٧) من القانون المدني العراقي.

[٣] انظر المادة (٧٦٨) من القانون المدني العراقي للمزيد انظر د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي و طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة (البيع والايجار والمقاولة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٢٩٢-٢٩٣ وانظر ايضا د. جواد كاظم سميسم ، التوازن القانوني في العلاقة الايجارية ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١، ص٣١.

[٤] انظر المادة (٢/١٧٢٨) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " يكون المستأجر مسؤولا عن التزامين اساسيين ٢- اداء بدل الايجار في المواعيد المتفق عليها " .

فاذا لم يوجد اتفاق يحدد وقت دفع الاجر ولم يحدده الحكم الصادر بفرض الحراسة ففي هذه الحالة يتم دفعها عند انتهاء الحراسة ولان الاجرة مقابل الانتفاع بخدمات الحارس فلا تستحق الاجرة الا بعد استيفاء المنفعة .

المطلب الثاني

حق الحارس في استرداد المصروفات والتعويض

من المعروف أن الحارس لكي يقوم بتنفيذ الحراسة على اكمل وجه، قد يحتاج في الغالب الى انفاق بعض المصروفات من أجل المحافظة على الاموال محل الحراسة وحسن إدارتها، قد يكون مصدر هذه المصروفات أموال اصحاب الشأن أو ريع الاموال محل الحراسة ، إلا أنه احيانا تقتضي امور المحافظة على الاموال المتنازع عليها أن يقوم الحارس بتوفير هذه الاموال ابتداءً من اجل اتمام عمله بالصورة المثلى، ومن ثم فإذا تحقق هذا الفرض كان للحارس الحق في استرداد هذه المصروفات .

وقد يلحق الحارس اثناء القيام بأعمال الحراسة بعض الاضرار المادية او الادبية فيستطيع الاخير ان يطالب بالتعويض عن هذه الاضرار .

وعليه لابد من التطرق لحق الحارس في استرداد المصروفات التي انفقها في سبيل القيام بالحراسة، فضلا عن ذلك لابد من البحث في التعويض لذي يستحقه الحارس عن الاضرار التي تلحق به نتيجة الحراسة .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الاول حق الحارس في استرداد المصروفات اما الفرع الثاني سنخصصه لدراسة حق الحارس في التعويض .

الفرع الاول

حق الحارس في استرداد المصروفات

بينا سابقا أن الحارس له الحق في استرداد جميع المصروفات التي انفقها من ماله الخاص لحفظ المال الموجود في حيازته وحسن ادارته ، لذا فان البحث في هذا الحق لابد من تحديد

التأصيل القانوني له ، فضلا عن بيان الشخص الذي يلتزم برد هذه المصروفات والجهة التي تقوم بتقديرها.

وعليه سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات مستقلة وكالاتي :

اولا : التأصيل القانوني لحق الحارس في استرداد المصروفات

للحارس اضافة للأجر له الحق في استيفاء المصروفات التي انفقها في اداء مهمته، وهذا ما أكدته القواعد القانونية الحاكمة لموضوع الحراسة في بعض القوانين المدنية محل المقارنة والقواعد العامة في القانون المدني في القوانين التي لم يأتِ بها نص صريح .

عند الرجوع لقانون المرافعات المدنية بوصفه القانون الذي نظم الحراسة من بين التشريعات العراقية لم نجد فيه نصاً يتحدث عن المصروفات التي ينفقها الحارس للقيام بمهام عمله لكي يمكن اعتماده كأساس قانوني لحق الاخير للمطالبة بهذه المصروفات.

إلا أننا يمكن أن نجد السند القانوني لهذا الحق بالرجوع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي، وذلك عن طريق النظر الى مهمة الحارس يتبين لنا بأنه يعد حائزا عرضيا للمال محل الحراسة فهو يقوم بوضع يده على المال محل الحراسة والمحافظة عليه وأدارته لحساب غيره[١]– اصحاب الشأن– ومن ثم يمكن الرجوع للنصوص القانونية الحاكمة لموضوع الحيازة بوصفها الاساس القانوني لحق الحارس للمطالبة بالمصروفات التي انفقها في تنفيذ اعمال الحراسة، وبالتحديد المادة (١١٦٧) التي اعطت للحارس – بوصفه حائزاً– استرداد

---

[١] انظر : د. محمد سليمان الاحمد ود. نواف خالد حازم ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق،، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل المجلد ١ ، السنة الثامنة ، عدد ١٧ ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٩ . انظر ايضا اسماء سعدون فاضل ، انتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة امداد الادب تصدر عن كلية الآداب الجامعة العراقية، العدد الثالث عشر ، ٢٠١٧، ص ٤٦٠ . وانظر للمزيد د. رمضان جمال كامل ، الحماية القانونية للحيازة، ط٢، المركز القومين للاصدارات القانونية ، بدون ذكر مكان النشر ، ٢٠٠٥، ص ١٧ وما بعدها .

المصروفات التي انفقها على الشيء محل الحراسة للمحافظة عليه[١] ، وفي ضوء كل ذلك فان الاساس القانون لمطالبة الحارس بالمصروفات التي تم انفاقها في تنفيذ الحراسة هي القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي الخاصة بالحيازة .

أما على مستوى القانون المدني المصري فقد جاء نص صريح ضمن التنظيم الخاص بالحراسة يعالج حق الحارس في الرجوع بالمصروفات التي انفقها على المال محل الحراسة فالمادة (٧٣٣)[٢] منه قد ورد في فحواها بان الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة يحدد حقوق والتزامات الحارس فاذا اغفل الاتفاق او الحكم النص على أي حق من حقوق الحارس ففي هذه الحالة يتم الرجوع الى النصوص القانونية المنظمة لأحكام الوديعة، وبالرجوع الى التنظيم القانوني للوديعة قد وجدنا الاساس القانوني للمطالبة بالمصروفات التي بذلها الحارس في اعمال الحراسة بالتحديد في المادة (٧٢٥) التي جاء فيها " على المودع ان يرد الى المودع عنده ما انفقه في حفظ الشيء ... "

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فلم نجد نصاً صريحاً يمكن اعتماده كأساس قانوني لحق الحارس في الاجر لكن يمكن استنتاجه من المادة (١٩٥٨) منه التي جاء فيها " عندما تكون الحراسة مجانية تخضع لقواعد الوديعة بحد ذاتها ..." وعند البحث في القواعد الحاكمة للوديعة لتحديد الاساس لحق الحارس في المصروفات فيتبين ان المادة (١٩٤٧) قد نصت على هذا الحق أذ جاء فيها " يلزم المودع بتسديد المصاريف التي انفقها الوديع للمحافظة

---

[١] انظر المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " ١- على المالك الذي رد اليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفقه من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفاقها لحفظ العين من الهلاك.
٢ – اما المصروفات النافعة فتسري في شانها احكام المواد (١١١٩ و١١٢٠).
٣ – واذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منها على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا اثر المالك ان يستبقيها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع.)

[٢] انظر المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الاتيه ".

على الشيء المودع ...." فاستنادا لنص المادة اعلاه يستطيع الحارس المطالبة بحق الحصول على المصروفات التي بذلها في تنفيذ مهام عمله .

قد يسأل البعض ان نص المادة (١٩٥٨) من القانون المدني الفرنسي قد اشارت فقط للحراسة المجانية، إلا اننا نرى أن النص يشمل جميع انواع الحراسات، فاذا كانت الحراسة المجانية يستطيع فيها الحارس المطالبة بالمصروفات فمن باب أولى يستطيع المطالبة بهذه المصروفات اذا كانت الحراسة باجر فليس من العدل ان يطالب الحارس بالأجر عن الخدمات التي يقدمها لأصحاب الشأن بالمحافظة على الاموال محل الحراسة وادارتها ولا يكون له حق المطالبة بالمصروفات، ومن ثم فان الحارس يحصل على المصروفات سواء اكانت الحراسة مجانية أم باجر وسواء كانت اتفاقية ام قضائية .

وبعد تحديد التأصيل القانوني لحق الحارس باسترداد المصروفات لابد من تحديد نوع المصروفات التي يستطيع الحارس المطالبة بها ، يفرض علينا استعراض جميع انواع المصروفات ومن ثم تحديد النوع المقصود.

تقسم المصروفات بشكل عام الى مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة ومصروفات كمالية، تعرف المصروفات الضرورية وهي المصروفات التي يضطر الحارس لإنفاقها للمحافظة على الاموال محل الحراسة من الهلاك والتلف كنفقات الصيانة والادارة مما يترتب عليها حفظ المال من الضياع .

أما المصروفات النافعة فهي المصروفات التي لم تنفق من أجل دفع الهلاك والتلف عن المال محل الحراسة وانما بقصد زيادة قيمته كتلك التي تجعل المال أكثر درا للريع او أكثر انتاجا لاسيما اذا كانت الاموال المتنازع عليها أرضا زراعية أما المصروفات الكمالية فهي المصروفات التي لا تكون ضرورية للمحافظة على المال محل الحراسة ولا تزيد من منفعته وانما تبذل ابتغاء المتعة الشخصية كالزخارف والنقوش التي تضاف على المال محل الحراسة[١].

---

[١] انظر : د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية ، ج١، الحقوق العينية الاصلية ، ط٤، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص ٢٦٤. انظر ايضا د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧، ص ٧٢١. ود. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط

فنعد الرجوع الى التشريع العراقي لم نجد نص في قانون المرافعات المدنية المنظم للحراسة القضائية يحدد نوع المصروفات التي يحق للحارس أن يطالب بها عند انتهاء الحراسة ، إلا أنه بالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني العراقي كما ذكرنا دلالة الرجوع سابقا ، فنجد أن المادة (١١٦٧/ ١) منه قد حددت نوع هذه المصروفات، إذ جاء فيها " على المالك الذي رد اليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفقه من المصروفات الاضطرارية ...." يتضح من النص المتقدم أن الحارس يستطيع أن يطالب بالمصروفات الضرورية التي يكون القصد من انفاقها المحافظة على المال محل الحراسة وحسن إدارته .

أما المصروفات النافعة التي حددنا مفهومها فالأمر يختلف فيها، فاذا كان الحارس قد أنفق هذه المصروفات بحسن نية أو بناءً على ترخيص من المالك او المحكمة فهناك يستطيع الحارس أن يطالب بقيمة هذه المصروفات [١] ، وما عدا هذه الفروض فلا يستطيع الحارس أن يطالب برد المصروفات النافعة .

أما المصروفات الكمالية فلا يستطيع الحارس أن يطالب بشيء منها وإنما يمكن للمالك أن يجبر الاول على نزع هذه المصروفات من المال محل الحراسة اذا لم يترتب أي ضرر على ذلك اما اذا كان نزعها يترتب عليه ضرر على المال محل الحراسة ففي هذه الحالة يتم استرداد قيمة هذا المصروفات مستحقة للقلع[٢] .

في شرح القانون المدني، الجزء ٩ ، اسباب كسب الملكلية ، مع الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) المجلد الثاني ، ط٣، مطبعة نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٩٧١ وما بعدها .

[١] انظر المادة (١١٢٠ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " اذا احدث شخص بناء او غراساً او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي، فان كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الارض كان للمحدث ان يمتلك الارض بثمن مثلها واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الارض ان يمتلكها بقيمتها قائمة" والمادة (١١٢١) منه التي جاء فيها " اذا احدث شخص منشآت بمواد من عنده على ارض غيره بإذنه، فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما احدثه، فلا يجوز لصاحب الارض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها، ان يؤدي اليه قيمتها قائمة"

[٢] انظر المادة (٣/١١٦٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها "٣- واذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منها على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا اثر المالك ان يستبقها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع"

وقد حدد القانون المدني المصري حق الحارس بالرجوع على الملتزم بالمصروفات الضرورية فقط، إذ استنتجنا ذلك من خلال الرجوع للقواعد الحاكمة للحراسة وبالتحديد المادة (٧٣٣) التي نص فحواها على أن الاتفاق والحكم المنشئ للحراسة هو الذي يحدد التزامات الحارس وحقوقه ، فاذا لم ينص الاتفاق او الحكم على تحديد هذه الالتزامات والحقوق يتم الرجوع الى قواعد الوديعة والوكالة[١] ، وبالرجوع الى النصوص الحاكمة للوديعة بوصفها اقرب من الوكالة للحراسة نجده قد حصر حق الحارس بالحصول على المصروفات الضرورية فقط دون غيرها[٢] وهذا ما أكدته المادة (٧٢٥) بقولها " على المودع أن يرد الى المودع عنده ما انفقه في حفظ الشيء ... " ليتضح من هذا النص أن المصروفات التي يستطيع الحارس المطالبة بها هي المصروفات التي تؤدي الى المحافظة على المال محل الحراسة وتحافظ عليه من الهلاك والتلف دون غيرها من المصروفات .

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي ذكرنا سابقا أن النصوص المنظمة للحراسة قد أحالت بعض الامور لأحكام القواعد القانونية الحاكمة لموضوع الوديعة فبالرجوع لهذه الاحكام نجد أنها حددت حق الحارس في الرجوع بالمصروفات الضرورية فقط وهذا ما نصت عليه المادة (١٩٤٧) التي جاء فيها " يلزم المودع بتسديد المصاريف التي انفقها الوديع للمحافظة على الشيء المودع ...." إذ يفهم من نص المادة اعلاه بان المصروفات التي يستطيع الحارس المطالبة بها حسب القانون الفرنسي هي المصروفات الضرورية فقط دون غيرها من المصروفات الاخرى .

ثانيا : الجهة المختصة في تقدير المصروفات.

يستطيع الحارس أن يرجع بما انفقه من مصروفات لتنفيذ الحراسة عن طريق محكمة الموضوع للمطالبة بهذه المصروفات ، سواء عن طريق رفع دعوى مستقلة بذلك ، أم طلب الحكم

---

[١] انظر المادة (٧٣٣) التي جاء فيها " حدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الاتيه "

[٢] انظر د. اسعد ذياب، القانون المدني ، العقود المسماة ، ج١- البيع والايجار والمقاولة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٩، ص ٣٧٨.

بها بصورة فرعية نتيجة ارتباطه بدعوى اخرى متصلة بالمال محل الحراسة ، كما يختص قاضي الامور المستعجلة بتقدير المصروفات التي صرفها الحارس الذي اقامه في دعوى الحراسة المرفوعة اليه ، كما ان يكون صاحب الاختصاص في الفصل بالمعارضة التي تنشأ في تقدير هذه المصروفات ، كما ان من ضمن السلطة التقديرية لقاضي الامور المستعجلة ان يأمر عند الحكم بالحراسة بتخصيص مبلغ معين يودعه احد الخصوم في صندوق المحكمة ليستعين بها الحارس في أداء مهمته [١].

ولا يجوز للحارس الركون الى استصدار امر على عريضة لتقدير المصروفات التي انفقها في الحراسة لان تقدير تلك المصروفات يحتاج الى مراجعة الحساب المقدم منه وفحص المستندات المرفقة بها وهذا لا يمكن للقاضي الذي يطلب منه تقدير المصروفات بناء على عريضة لان هذا العمل يعد فصلا في نزاع موضوعي يكون غير مختص به قانونا[٢]

وهذا ما اكده القضاء المصري في حكم له إذ جاء فيه " ... بأن للحارس أن يستصدر أمر تقدير بأتعابه .. أما ما يكون قد انفقه في سبيل الحراسة من نفقات فلا يجوز أن يأخذ به امر تقدير بل يجب أن ترفع به دعوى خاصة أو يطلب به الحكم بصفة فرعية ضمن دعوى أخرى أو في أثناء إجراءات التوزيع ، وذلك لأن تقدير هذه النفقات يقتضي تصفية حساب الحارس ومراجعة مستندات الصرف والايراد مدة إدارته التي غالبا ما تكون طويلة ، وهذا العمل لا يمكن أن يضطلع به القاضي الذي يطلب منه أمر التقدير "[٣]

إذ يتضح مما تقدم أن جهة تقدير المصروفات هي أما محكمة الموضوع أو قاضي الامور المستعجلة من دون أن يكون له الحق في اصدار أمر على عريضة بالتقدير.

ثالثا: الطرف الملتزم بدفع المصاريف :

---

[١] انظر د. محمد علي رشدي ، قاضي الامور المستعجلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص ٣٤٢. عبد الله بن محمد الحميد، مصدر سابق ، ص ٧٥.

[٢] انظر : . محمد عبد اللطيف و احمد الملجي ، القضاء المستعجل ، ، ط٥، مطبعة نقابة المحامين ، ١٩٩٢، ص ٣١٧.

[٣] انظر قرار محكمة الاستئناف المختلطة ١١ ديسمبر ١٩٣٤سنة ٤٧ مشار الية لدى د. علي عبد العال العيساوي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣.

أن البحث في موضوع الملتزم بدفع المصروفات للحارس يقتضي التمييز بين عدة حالات ، فاذا كان النزاع قد قضي فيه فان المكلف برد هذه المصروفات هو صاحب المال ، اما اذا كان النزاع قائما لم يقضي فيه بعد فهنا يجب التمييز بين عدة فروض ، منها اذا كانت الاموال محل الحراسة تدر ريعا كان له الانفاق على اعمال الحراسة من هذا الريع بشرط تقديم حساب مفصل عن هذا الانفاق ، أما إذا قام بالإنفاق من ماله الخاص فيستطيع أن يقوم بأجراء المقاصة بين المصروفات وغلة الاموال محل الحراسة، فيكون دائناً ومديناً في الوقت نفسه، فهو دائن بالمصروفات التي انفقها ومدين بغلة الاموال موضوع الحراسة وما زاد من هذا الغلة تكون لأصحاب الشأن، بشرط تقديم حساب مفصل بهذا الانفاق وايضا وبيان كامل للمقاصة [١]،وفي كلتا الحالتين يكون بعض الخصوم هم السبب في فرض الحراسة فيكون للاخرين الحق في الرجوع على من تسبب بفرض الحراسة للمطالبة بالمصروفات بدعوى أمام محكمة الموضوع.

أما اذا لم تكن تنتج هذا الاموال أي غلة أو ريع وانتهت الحراسة قبل حصول الحارس على ما تم انفاقه من مصروفات ، ففيه تفصيل فالفقه الفرنسي يوجب أن تدفع للحارس من كل الاطراف الذين استفادوا من فرض الحراسة أو كان من المفترض ان يستفيدوا منها و يلتزموا بها بالتضامن بينهم[٢] .

---

[١] انظر محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج٢، لحقوق العينية التبعية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢، ص ١٩٦-١٩٧. انظر ايضا المادة(١٣٤٠) التي جاء فيها" ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولم يكن قد حل اجله، على ان يكون الخصم اولاً من قيمة ما انفقه عليه، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد، ثم من اصل الدين) تم الاشارها لهذه المادة لوجود اشترك بين للمرتهن مع الحارس حيث ان كلاهما يعد حائزا للمال لمصلحة غيره وبالتالي ينطبق عليهم نفس الحكم اذا كان المال ينتج ريعا .

[2] Claude Brenner,th,op.567.

أما الرأي الغالب في الفقه يذهب الى أن الحارس يستطيع أن يرجع بهذه المصروفات على طالب الحراسة او على أي أحد من الخصوم، وهذا الاخير يرجع بما دفع على من يكسب الدعوى[١] .

إلا أننا نرى بأن الرأي[٢] الذي يذهب الى جعل المصروفات التي انفقها الحارس على الطرف الذي خسر الدعوى، محل نظر وذلك لأن النفقات التي يحكم بها على الطرف الخاسر التي جاءت بها المادة (١٤٤)[٣] من قانون المرافعات العراقي تنحصر بأجر الكشف والمعاينة فهي محددة على سبيل الحصر، كما ان سبب تحميل الخاسر للدعوى النفقات لأنها لازمة لإنجاز الدعوى والفصل فيها، فالمعاينة والكشف على موضوع الدعوى لابد منه لغرض اصدار الحكم، أما المصروفات التي انفقها الحارس فهي ليست متعلقة بإنجاز دعوى الحراسة للمحافظة على المال محل الحراسة من الهلاك والتلف ولا تتوقف عليها موضوع الدعوى ، ومن ثم لا يتحملها من خسر الدعوى وإنما الطرف الذي آلت اليه الاموال بعد حسم الدعوى لأن هذه المصروفات قد حفظت ماله من الهلاك والتلف .

من الجدير بالذكر إذا لم يقم الطرف الذي يقع عليه دفع المصاريف بتنفيذ التزامه هذا وكانت الحراسة قائمة يستطيع الحارس المطالبة بالفسخ أذا كانت الحراسة اتفاقية أو اعتزاله إذا كانت قضائية وكل ذلك لا يسلب حقه بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة الاخلال بدفع المصروفات[٤] .

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ج٧، مصدر سابق ، ص ٩٥١-٩٥٢.

[٢] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥.

[٣] انظر المادة (١٤٤) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " في حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي خسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة "

[٤] انظر د.زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ج١٣ ، الوكالة ، الطبعة الاولى ، بيروت ، دار الثقافة ، دون سنة طبع ، ص ١٤١ و د. ٨٨. د. مصطفى عبد المقصود سليم ، الوكالة في ابرام العقد الاداري ، بغداد ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥، ص ٢٣.

الفرع الثاني

حق الحارس في التعويض

قد تلحق بالحارس أثناء أداء مهمته بعض الأضرار ، فهنا ينشأ للحارس حق المطالبة بالتعويض عن هذه الاضرار، إلا ان البحث في موضوع تعويض الأخير عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الحراسة يقتضي منا تحديد الأساس القانوني لهذا الحق .

فعلى مستوى القانون المدني العراقي فان حق الحارس في التعويض يستند الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني وذلك لغياب النص المنظم لهذا الحق في الاحكام الخاصة بالحراسة في التشريع العراقي ، فنجد الاساس القانوني لهذا الحق بالتحديد في نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني التي جاء فيها " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض" حيث يفهم من ذلك ان أي خطأ يترتب عليه ضرر للحارس وتوافر الشروط الاخرى لقيام المسؤولية وهي وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يستطيع الحارس هنا المطالبة بالتعويض[١].

إن الاساس المذكور أعلاه وإن كان يصلح أن يبرر المطالبة بالتعويض في الحراسة القضائية ، وذلك لعدم وجود رابطة عقدية بين الحارس والشخص الملتزم بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بالأول ، ومن ثم فان أساس التعويض يكون بحسب القواعد العامة في القانون المدني التي تنص على ان كل خطأ يرتكبه الشخص يكون مسؤولا عنه ويجب عليه تعويض الطرف المتضرر .

اما الحراسة الاتفاقية فهي عقد وبالتالي يخضع للقواعد التي تحكم المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي .

---

[١] انظر في شروط استحقاق التعويض : د. عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام، ج٢، نظرية العقد ، ط٢، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨، ٨٥٣ وما بعدها.

اما على مستوى القانون المدني المصري فقد ذكرنا سابقا أن هذا القانون قد أحال في المادة (٧٣٣)[١] منه لقواعد الوديعة والوكالة في تحديد حقوق الحارس في حال عدم وجود نص صريح ويعد حق الحارس في التعويض من اهم هذه الحقوق، يتم الرجوع في تحديد الاساس القانوني لهذا القواعد وبالتحديد المادة (٧٢٥) التي جاء فيها " على المودع .... ان يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة) والمادة (٧١١) التي جاء فيها " يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطا منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا "

حيث يفهم مما تقدم أن التعويض في القانون المدني المصري يكون على أساس المسؤولية العقدية وذلك قياسا على حق المودع لديه والوكيل في الحصول على التعويض عن كل الاضرار التي لحقت به بسبب تنفيذ الوديعة او الوكالة .

ولا فرق بين الحراسة الاتفاقية او القضائية في هذا الامر، لأن نص المادة الذي أحال لقواعد الوكالة والوديعة التي تكون فيها المسؤولية عقدية قد شمل النوعين من الحراسة معاً إذ أشار في مستهل المادة (٧٣٣) – يحدد الاتفاق او الحكم القاضي بالحراسة – وهذا يعني أنه لم يميز بين الحراسة الاتفاقية والقضائية وحالهما لأحكام الوديعة والوكالة من حيث الاساس لمطالبة الحارس بالتعويض .

أما على مستوى القانون المدني الفرنسي فقد ذكرنا سابقا أنه أحال الامر الى القواعد الخاص بالوديعة[٢]، وبالرجوع لهذه القواعد وجدنا أن أساس المطالبة بالتعويض منصوص عليه بالمادة (١٩٤٧) التي جاء فيها " يلتزم الوديع ... وبالتعويض عليه عن الخسائر التي يكون الايداع قد سببها له " حيث يفهم من ذلك أن الحارس يستطيع أن يطالب بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة تنفيذ الحراسة.

---

[١] انظر المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الاتيه ".

[٢] انظر المادة (١٩٥٨) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " عندما تكون الحراسة مجانية تخضع لقواعد الوديعة ...." انظر ايضا ص من هذه الاطروحة .

أن النص المتقدم يعالج الحراسة الاتفاقية على اعتبار وجود علاقة عقدية بين الاطراف المتنازعة والحارس، ومن ثم فان التعويض هنا يكون على أساس المسؤولية العقدية قياسا على حق المودع لديه في الحصول على التعويض من المودع عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة.

أما الحراسة القضائية فالأمر مختلف عما تقدم وذلك لعدم وجود رابطة عقدية بين أطراف الحراسة، ومن ثم فان المطالبة بالتعويض في هذه الحالة تستند الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني التي تنص على أن كل خطأ يرتكبه الشخص وسبب ضررا للغير يكون مسؤولا عن هذا الخطأ ويعوض الطرف المتضرر منه وهذا ما اكدته المادة (١٢٤٠) التي جاء فيها " كل خطا من الشخص يرتب ضرر للغير يجبر من يحل بخطاه على التعويض "

حيث يفهم من ذلك أن المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بالحارس في الحراسة القضائية يكون وفقا للقواعد العامة للخطأ في القانون المدني الفرنسي .

وبعد تحديد الاساس القانوني لحق الحارس في التعويض عن الاضرار لابد من التطرق لشروط استحقاق الحارس للتعويض فليس كل ضرر يلحق بالحارس يوجب التعويض وانما يشترط توافر شرطين هما :

أولاً : أن يكون الضرر ناتجا عن التنفيذ : فلكي يستطيع الحارس المطالبة بالتعويض لابد أن يكون السبب المباشر للضرر هو قيام الحارس بتنفيذ بأعمال الحراسة تنفيذا معتادا، فإذا كان الحارس قد خرج عن التنفيذ المعتاد للحراسة وقد سبب له ذلك ضرراً ففي هذه الحالة لا يكون اصحاب الشأن مسؤولين عن هذه الاضرار .

ثانياً: أن لا يكون قد صدر خطأ من جانب الحارس، فلا يكفي أن يكون هناك ضرر قد لحق الحارس بسبب الحراسة وانما يجب أن ينتفي الخطأ من جانب الحارس او من الاشخاص التابعين له ، فاذا ثبت أن هناك خطأ من جانب الحراس أو من أحد الاشخاص التابعين له سقط حقه في

الحصول على التعويض ، ولكن إذا ثبت خطأ أحد أصحاب الشأن وقامت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فان حق الحارس في التعويض يكون مستحقا ويخضع لتقدير المحكمة[١].

ويثار تساؤل هنا حول الطرف الملتزم بدفع التعويض عن الاضرار التي لحقة بالحارس بسبب تنفيذ الحراسة

اذا كان النزاع لم يفصل فيه فهنا نرى اذا كانت الاموال محل الحراسة تدر ريعا كان له ، فيستطيع أن يقوم بأجراء المقاصة بين التعويض وغلة الاموال محل الحراسة فيكون دائناً ومديناً في الوقت نفسه فهو دائن بالتعويض ومدين بغلة الاموال موضوع الحراسة وما زاد من هذا الغلة تكون لأصحاب الشأن بشرط تقديم حساب مفصل عن ذلك، وايضا بيان كامل للمقاصة، أما إذا لم يكن المال محل الحراسة ينتج علة ولم يفصل في النزاع ايضا ففي هذه الحالة يستطيع الرجوع على طالب الحراسة او الرجوع على جميع أصحاب الشأن الذين استفادوا من فرض الحراسة بحسب نسبة كل منهم من هذه الاستفادة أما إذا تعذر اثبات هذه النسبة يقسم عليه التعويض بالتساوي.

أما إذا كان النزاع قد فصل به بشكل نهائي ففي هذه الحالة يرجع الحارس بالتعويض على الطرف الذي آلت اليه الاموال [٢].

وبقى أن نشير الى أن المشرع العراقي لم يورد نصاً ينص على الزام حق الحارس باسترداد المصروفات وحقه بالتعويض في حالة الضرر فتطبق هنا القواعد العامة .

وكنا نأمل لو أن المشرع العراقي أعاد النظر بهذه المسألة ولم يترك الامر للقواعد العامة بل يشرع نصاً قانونياً بهذا الالتزام ضمن التنظيم المقترح للحراسة في متن القانون المدني حتى يمنع الاجتهاد في هذا المورد

---

[١] انظر : د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق ، ص ٣٢٦.

[٢] انظر رضا محمد عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٤٢٠-٤٢١. .

المطلب الثالث

ضمانات حقوق الحارس

بينا سابقا أن الحارس له حقوق تتمثل بالأجر واسترداد المصروفات التي ترتبت بموجب الحراسة فلابد من وجود ضمانات لاستيفاء هذه الحقوق ، والحارس يلجأ الى هذه الضمانات اذا امتنع اصحاب الشأن عن تنفيذ التزاماتهم بدفع الاجرة ورد المصروفات .

وهذه الضمانات تتمثل بحق الحارس بحبس الاموال محل الحراسة ، وامتيار الحارس على هذه الاموال ، وعليه لابد من دراسة حق الحارس بالحبس وحق الامتياز الذي يترتب للأخير على الاموال الموجودة في حيازته .

وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتطرق في الاول لحق الحارس في الحبس وفي الفرع الثاني سنتناول حق الامتياز .

الفرع الاول

حق الحارس في الحبس

يعرف الحق في الحبس بأنه الحق الذي يخول من التزم بشيء أن يحبس هذا الشيء تحت يده حتى استيفاء حقه كاملاً عند وجود تقابل وترابط بين الالتزامين[١].

يفهم من هذا التعريف أن للحارس حق في حبس الاموال التي في حيازته وعدم تسليمها للطرف الاخر حتى يقوم الاخير بالوفاء بحقه الذي نشأ بسبب هذه الاموال كالأجرة والمصروفات التي انفقها لحفظ المال محل الحراسة .

---

[١] انظر : احمد سمير الصريفي ، حق الحبس في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الانبار للعلوم الانسانية ، العدد الاول ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٤٨. انظر في نفس المعنى عدنان هاشم جواد الشرفي، الحق في الحبس للضمان ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقيه ، ٢٠١٠، ص ٣٠، و د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، ج٢، احكام الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢، ص ١٢٨.

وبعد تحديد مفهوم هذا الحق بوصفه احد ضمانات الحارس في استيفاء حقوقه لابد من تحديد التأصيل القانوني له وشروطه ، حيث سنتطرق هذا المواضيع بشيء من التفصيل بنقطتين منفصلتين وكالاتي :

اولا : التأصيل القانوني لحق الحارس في الحبس :

ان التأصيل القانوني لحق الحارس في الحبس موجود في القواعد العامة في القانون المدني العراقي وذلك لعدم وجود نص صريح في التنظيم الخاص بالحراسة وبالتحديد المادة (٢٨١) [١] التي أعطت الحق للمدين الحائز – الحارس بوصفه مدينا بالرد وحائزا للأموال محل الحراسة – أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه بالرد إذا لم يقم الدائن صاحب المال محل الحراسة بتنفيذ التزاماته بدفع المصروفات التي انفقها الحارس للمحافظة على الاموال محل الدراسة، وقد أكدت على ذلك المادة (١/٢٨٢)[٢] أذ ورد فيها أن الحارس بوصفه ملتزما برد الشيء محل الحراسة، ان يمتنع عن الرد مادام الدائن صاحب المال لم يوف بالالتزام الناشئ بذمته نتيجة الحراسة كحق الحارس بالأجر والتعويض .

وفي ضوء كل ما تقدم فان القواعد العامة في القانون المدني العراقي قد أعطت الحق للحارس بحبس المال محل الحراسة لحين قيام صاحب الشأن بتنفيذ التزامه الذي بذمته اتجاه الحارس بسبب الحراسة كالتزامه بدفع المصروفات والاجر والتعويض الذي يترتب له نتيجة الاضرار التي تلحق بالحارس بسبب اعمال الحراسة .

أما على مستوى القانون المدني المصري فشأنه شأن القانون العراقي فقد جاء خاليا من نص خاص يعالج حق الحارس بالحبس، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني أعطت الحق

---

[١] انظر نص المادة (٢٨١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية او نافعة او انشأ فيه بناء او غرس فيه شجاراً ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً الا ان يكون الالتزام بالرد عن عمل غير مشروع"

[٢] انظر المادة (١/٢٨٢ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " – لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفق بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به

للحارس في الحبس ،وبالتحديد المادة (٢٤٦/١-٢) حيث سمحت الفقرة الاولى[١] للحارس بوصفه ملتزما بأداء المال محل الحراسة – رد المال – أن يمتنع عن ذلك ما دام صاحب المال لم يوفِ بالالتزام المترتب بذمته الذي نشأ بسبب قيام الحارس بحراسة المال الموضوع في حيازته بشرط أن يكون التزام صاحب الشأن مرتبطاً بالتزام الحارس، كأن يمتنع صاحب المال عن دفع الاجر المستحق للحارس بسبب قيامه بأعمال الحراسة .

كما نصت الفقرة الثانية على حق الحبس[٢] من المادة نفسها بأن يكون للحارس – بوصفه حائز للمال محل الحراسة – الذي انفق بعض المصروفات الضرورية للمحافظة على الشيء الموضوع في حيازته، أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له ،أي يسترد جميع المصروفات التي انفقها الحارس للمحافظة على المال موضوع الحراسة من الهلاك والتلف.

كما اكدت على ذلك محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " يحق للحارس حبس العين المودعة لديه محل الحراسة حتى يستوفي حقه في الاجر المتفق عليه، وذلك وفقا للمادة ٢٤٦ مدني " [٣].

يتضح من كل ما تقدم أن القواعد العامة في القانون المدني المصري تعطي الحق للحارس بحبس المال محل الحراسة حتى يستوفي جميع حقوقه الناشئة بسبب الحراسة من الطرف الآخر والمتمثلة بأجرة الحراسة ومصروفات الحفظ والتعويض[٤] .

أما على مستوى القانون المدني الفرنسي فلم يرد فيه نص صريح ضمن التنظيم الخاص بالحراسة، وإنما يخضع للقواعد العامة في القانون المدني على الرغم من أن القانون المدني

---

[١] انظر الفقرة الاولى من المادة (٢٤٦) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به او ما دام الدائن لم يقم بتقديم كاف للوفاء بالتزامه هذا "

[٢] انظر الفقرة (٢) من المادة (٢٤٦) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ويكون ذلك بوجة خاص لحائز الشيئ او محرزه اذا هو انفق علية مصروفات ضرورية او نافعة ، فان له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ماهو مستحق له .."

[٣] انظر قرار محكمة النقض المصرية جلسة ٢٦، اكتوبر ١٩٦٧، نقلا عن رضا محمد عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٤٢٥.

[٤] انظر محمد علي رشدي ، مصدر سابق ، ص ٣٢٨.

الفرنسي لم يكرس نظرية عامة للحق في الحبس كما فعل القانون المدني المصري والعراقي وانما نص على بعض التطبيقات له في نصوص متفرقة، ومن ثم يمكن القياس على هذه التطبيقات لكي يعطى الحق للحارس في حبس المال محل الحراسة حتى يستوفي جميع حقوقه المترتبة بموجب الحراسة كالأجرة والمصروفات من التطبيقات التي يمكن القياس عليها المادة (١٦١٢) التي جاء فيها " لا يلزم البائع بتسليم المبيع اذا لم يدفع المشتري ....."

ثانيا : شروط استعمال حق الحبس :

يشترط لممارس حق الحبس من الحارس لضمان استيفاء حقوقه الناشئة بسبب الحراسة[١] توافر شرطين مهمين وهما كالاتي :

١- أن يكون هناك دَينينَ متقابليَن : أي أن يكون هناك دين في ذمة الحارس متمثلا برد المال محل الحراسة الى الطرف الذي يثبت له الحق فيه في حالة الفصل في دعوى الحراسة او للشخص الذي يعينه القاضي المختص في حالة انهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة ،يقابله دين في ذمة من آل اليه المال محل الحراسة او في ذمة اصحاب الشأن، يتمثل هذا الدين بأجرة الحارس والمصروفات التي انفقها في المحافظة عليه وما يستحق من تعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة الحراسة [٢] .

٢- أن يكون هناك ترابط وتلازم بين حق الحارس و التزامه : يشترط للممارسة الحارس حق الحبس أن يكون هناك ترابط بين حقه في الاجر والمصروفات والتعويض وبين التزامه برد المال محل الحراسة ، إذ يشترط أن تكون هذه الحقوق المشار اليها اعلاه قد نشأت للحارس في ذمة الطرف الأخر نتيجة قيام الاول بأعمال الحراسة، وهذا ما أكدته المادة (٢٨١)[٣] من القانون المدني العراقي التي ربطت بين الالتزام الحارس بالرد وبين

---

[١] انظر د. فواز صالح ، الطبيعة القانونية للحق في الحبس ، بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية تصدر عن جامعة دمشق كلية الحقوق ، المجلد ٢٩، العدد الاول ، ٢٠١٣، ص ٤٩.

[٢] انظر د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية ، مصدر سابق ، ص ١٩٤. عدنان هاشم جواد الشروفي، مصدر سابق ص ١٠٧.

[٣] انظر المادة (٢/٢٨١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية او نافعة او انشأ فيه بناء او غرس فيه شجاراً ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو

وفاء الطرف الاخر بالمصروفات التي انفقها الاول للمحافظة على العين محل الحراسة[١].

فإذا توافر الشرطان المذكوران كان للحارس حق حبس المال محل الحراسة حتى يستوفي جميع حقوقه المترتبة بموجب الحراسة ومن الجدير بالذكر أن حق الحارس بالحبس يرد على محل الحراسة سواء كان منقولا ام عقارا .

ومما تجدر اليه الإشارة أن حق الحارس بالحبس ينتهي بصورة تبعية اذا تم الوفاء بالحقوق التي وجد حق الحبس لضمانها[٢]، كما ينقضي حق الحارس بصورة اصلية، أي استقلالا قبل استيفاء حقه من الطرف الاخر في حالات متعددة كما لو قدم طالب الحراسة تاميناً كافياً للوفاء بحقوق الحارس [٣]، وينتهي أيضا اذ أخل الحارس بواجبات الحراسة، كأن لم يقم بالمحافظة على الشيء محل الحراسة بالمقدار المطلوب منه ولم يحسن ادارته [٤]، فضلا عن ذلك اذا هلكت الاموال محل الحراسة المحبوسة بيد الحارس أو خروج المال المحبوس من يد الحارس طوعا[٥]

مستحق له قانوناً الا ان يكون الالتزام بالرد عن عمل غير مشروع" تقابلها المادة (٢/٢٤٦) من القانون المدني المصري

[١] انظر د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني، ج٣ ، احكام الالتزام وتنفيذ الالتزام ، بون ذكر الناشر ومكان النشر ، ١٩٧١، ص ٤٥٩ وما بعدها وانظر للمزيد د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزامات ، ج٢، احكام الالتزام في القانون المدني المصري واللبناني ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٥، ص ٢٠٤.

[٢] انظر د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر السابق ، ص ٢٠٤.

[٣] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، نظرية الالتزام بوجة عام الاثبات ، اثار الالتزام ، ط٣، مطبعة نهضه مصر ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ١١٩٠ – ١١٩١

[٤] انظر د. محمد شكري سرور ، موجز احام الالتزام غي القانون المدني ،ط٢، دار النهضة القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٤٨–٢٤٩. للمزيد انظر د. نواف حازم خالد ، انقضاء الحق في الحبس ، بحث منشور في مجلة الرافدين تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، مجلد ١، العدد ٢٤، السنة العاشرة ، ٢٠٠٥، ص ١٢٢ و مابعدها وانظر ايضا د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، احكام الالتزام ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دون ذكر مكان النشر ، ١٩٧٨، ص ٨٥ .

[٥] انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجة عام، ج٢، الاثبات – اثار الالتزام ، مصدر سابق ١١٩٢–١١٩٨. انظر د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص ١٢٦–١٢٧.

ففي هذه الحالات ينتهي حق الحارس في الحبس بصورة أصلية، أي استقلالا عن الحقوق التي تكون له في ذمة طالب الحراسة

الفرع الثاني

حق امتياز الحارس

ذكرنا سابقا أن الحارس قد تكون له مبالغ مستحقة بسبب تنفيذه اعمال الحراسة في ذمة اصحاب الشأن لذا فان القواعد العامة في القوانين محل المقارنة قد وفرت حق امتياز للحارس لاستيفائه هذه المبالغ من ثمن الاموال الموضوعة تحت الحراسة .

يعرف حق الامتياز بأنه أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لصفة هذا الدين[١]، ومن ثم يكون لمن يتقرر له حق الامتياز يتقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقوقه ومن المعروف ان حق الامتياز لا يتقرر الا بنص القانون فلابد من البحث عن السند القانون لحق الحارس في الامتياز وتحديد مرتبته وذلك في نقطتين منفصلتين سندرس فيها حق امتياز الحارس بالتفصيل .

اولا : التأصيل القانوني لامتياز الحارس :

عند البحث في التشريع العرقي سواء أكان على مستوى قانون المرافعات العراقي في النصوص الخاص بتنظيم الحراسة القضائية أم على مستوى القواعد القانونية الخاصة بحق الامتياز الواردة في القانون المدني لم نجد نصاً صريحاً ينص على امتياز الحارس للمبالغ المستحقة له بسبب الحراسة .

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠، التامينات الشخصية والعينية ، ط٣، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ٩١٩. وانظر: أيضا المادة (١٣٦١) مدني عراقي تقابلها المادة (١١٣٠) مدني مصري (٢٠٩٥) مدني فرنسي والتي نصت "الامتياز حق توجبه صفة الدين المعتبرة على المدين وتجعل صاحبها مقدما فيما هو مطلوب له على غيره من أرباب الديون الأخرى ولو كانت تحت أيديهم رهون "

Art(2095)"Among creditors who have prior charges, the priority is settled by the different characters of the prior charges."

إلا أن القواعد العامة المتعلقة بحق الامتياز تغطي موضوع امتياز الحارس وتعد اساسا قانونيا لهذا الحق وبالتحديد المادة (١٣٧١) التي جاء فيها " لمبالغ التي صرفت لحفظ المنقول وفما يلزم له من اصلاح، يكون له حق امتياز عليه كله.٢ – وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ عليه" يتبين من هذا النص أن الحارس اذا انفق بعض المصروفات في حفظ المنقولات محل الحراسة واصلاحها يكون له حق امتياز في استيفائها على ثمن هذه المنقولات مباشرة .

لكن هذا النص جاء خاصا يعالج اذا كان محل الحراسة من المنقولات، فما الحكم إذا كانت الاموال عقارية؟ اننا نرى بان المادة (١٣٦٩) من نفس القانون تعالج الموضوع التي جاء فيها " المصروفات القضائية، التي انفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ اموال المدين وبيعها و توزيعها له حق امتياز على ثمن هذه الاموال" إذ نعتقد أن هذا النص يعطي للحارس لامتياز في استيفاء المبالغ التي صرفها على المال محل الحراسة اذا كان عقارا وذلك للأسباب التالية اولها: إن المبالغ التي تم صرفها في الحراسة القضائية تعد مصروفه في إجراء قضائي وذلك لان الحراسة القضائية هي إجراء قضائي ثانيها : إن المصروفات التي تم صرفها بمقتضى الحراسة تكون قد صرفت لمصلحة جميع أصحاب الشأن فأدت الى المحافظة على الشيء من الهلاك والتلف ومن ثم الحافظة على حقوق اصحاب الشأن.

لذلك فان الحارس اذا صرف اموالاً معينة على العقارات التي تكون محلا للحراسة، يكون له حق امتياز على ثمنها بنفس درجة المصروفات القضائية للأسباب التي ذكرناها .

كما وله حق امتياز ايضاً اذا كانت الاموال محل الحراسة ارضاً زراعية – وتطلب الامر ادارتها بزراعتها، ففي هذه الحالة يكون له حق امتياز بالمبالغ التي صرفها اعمال الزراعة على اثمان المحصولات الزراعية [١].

---

[١] انظر المادة (١٣٧٣) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " لمبالغ المصروفة للبذور والسماد وغيره من مواد للتخصيب، والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المصروفة في اعمال الزراعة والحصاد، يكون لها حق امتياز على المحصول الذي صرفت في انتاجه.٢ – وتستوفي من ثمن المحصول مباشرة، بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزينة، ومصروفات الحفظ والاصلاح والمبالغ الموثقة بامتياز عام اما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها."

أما على مستوى القانون المدني المصري فهو الآخر لم ينص صراحة على امتياز الحارس للمبالغ المستحقة له وانما تم تغطية الموضوع بالقواعد العامة الواردة في باب الامتياز وبالتحديد المادة (١١٤٠) منه إذ أعطت الحارس امتيازاً للمبالغ التي صرفها في حفظ وصيانة الاموال الموجودة تحت حراسته اذا كانت هذه الاموال منقولة ويستوفي حقوقه من ثمن هذا الاموال بعد بيعها[١] .

أما اذا كان المال محل الحراسة عقارا يكون الاساس القانوني لحق الحارس بالامتياز نص المادة (١١٣٨) [٢]وذلك للأسباب التي تم ذكرها عند التطرق لموقف القانون المدني العراقي وهي بانه المصروفات التي تنفق في الحراسة وفقاً لإجراء قضائي وكان الهدف من الصرف المحافظة على المال محل الحراسة مما يحقق مصلحة اصحاب الشأن، لذا يكون له حق امتياز على ثمن هذه الاموال العقارية.

ونص على حق الحارس بالامتياز ايضاً قانون المرافعات المدنية المصري في المادة (٣٦٧) التي جاء فيها " يستحق الحارس غير المدين او الحائز اجرا عن حراسته ويكون لهذا الاجر امتياز المصروفات القضائية على المنقولات المحجوزة عليها " وهذا النص في قانون المرافعات يؤيد ما ذهبنا الية في عد النفقات التي صرفها الحارس مصروفات قضائية .

أن الحارس اذا صرفَ مبالغ معينة لغرض ادارة واستغلال الارض الزراعية يكون له حق امتياز على المحصولات التي تنتجها الارض [٣].

أما على مستوى القانون المدني الفرنسي فهو الآخر لم يأتِ بنص خاص بالتنظيم القانوني للحراسة يعطي الحارس حق امتياز في استيفاء الحقوق التي تكون له بموجب الحراسة وانما بالرجوع الى القواعد العامة التي نجدها عالجت الموضوع وبالتحديد المادة (٢/٢٣٣٢) التي جاء فيها " النفقات المدفوعة للمحافظة على الشيء" إذ يتضح أن الحارس يكون له حق امتياز على

---

[١] انظر المادة (١١٤٠) التي جاء فيها " المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم ويكون له امتياز عليه كله ٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذه المنقولات المثقلة بحق الامتياز ..."

[٢] انظر نص المادة (١١٣٨) التي جاء فيها " المصروفات القضائية التي انفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ اموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الاموال ".

[٣] انظر المادة (١١٤٢) من القانون المدني المصري.

الاموال محل الحراسة التي صرفت عليها اموال الحارس لغرض المحافظة عليها ولا فرق في القانون المدني الفرنسي بين المنقولات او العقار وذلك لان النص جاء مطلقا و المطلق يجري على اطلاقه .

ثانيا: مرتبة امتياز الحارس

إن اجرة الحارس والمصروفات التي انفقها للمحافظة على الاموال محل الحراسة تختلف مرتبتها بحسب ما تم الاستناد اليه في التأصيل القانوني فيما اذا كانت هذه الاموال منقولة ام عقارية.

فاذا كانت الاموال موضوع الحراسة منقولات فان امتياز الحارس في هذه الحالة يكون في المرتبة الثالثة يأتي بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة. فهو يتقدم على جميع اصحاب الامتيازات كالرهن التأميني والحيازي، فاذا تعددت المصروفات التي انفقت لحفظ المنقول وإصلاحه وتزاحم الحراس المتعددين في ذلك، قُدّم بعضهم على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ الصرف، فتقدم المصروفات التي صرفت أخيرا على المصروفات التي صرفت أولا، فالحكمة في ذلك ترجع الى انه لولا الانفاق الاخير لهلك الشيء وما استطاع لا الحراس في حال تعددهم ولا اصحاب المال الحصول على شيء[١]

أما إذا كانت الاموال التي صرفت عليها المصروفات أموال عقارية، ففي هذا الحالة يكون المرتبة الاولى بوصفها من المصروفات القضائية، ومن ثم فان الحارس يستوفي حقوقه قبل الدائنين الاخرين اصحاب حق امتياز ام لا .

---

[١] انظر محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، الحقوق العينية ، ج٢، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص ٢٤٨. انظر ايضا د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، التامينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ص ٩٥٥.

ومما تجدر اليه الاشارة ان حق امتياز الحارس ينقضي بطريقين إما بصفة أصلية أو بصفة تبعية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٦٧)[١] من القانون المدني العراقي، فقد ينتهي حق امتياز الحارس بصورة تبعية، وذلك عن طريق استيفاء المبالغ التي انفقها وأجرة ومبلغ التعويض الناشئة بسبب الحراسة .

وقد ينقضي هذا الحق بصورة أصلية، أي استقلالا عن استيفاء حقوقه المترتبة بموجب الحارسة فينتهي حق الامتياز مع بقائه دائنا بهذه المبالغ ، كما لو تنازل الحارس عن حقه من دون الدين فاذا تنازل عن الامتياز فلا يجوز له ممارسة هذا الحق حتى وان كان غير مستوفٍ لحقوقه، او هلك المال محل الحراسة فإذا هلك هذا المال هلاكاً شاملاً ففي هذه الحالة يزول حق الحارس بالحبس ، وايضا يزول حق الحارس بالامتياز ان تقادم حق الحارس بالحصول على المبالغ المستحقة له بموجب الحراسة [٢] .

---

[١] انظر نص المادة (١٣٦٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " ينقضي حق الامتياز بنفس الطريقة التي ينقضي بها الرهن التاميني والرهن الحيازي مالم يوجد نص يقتضي بغير ذلك " تقابلها المادة (١١٣٦) من القانون المدني المصري .

[٢] انظر . محمد طه البشير د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج٢، الحقوق العينية التبعيه، مصدر سابق ، ص ١٤١- ١٤٦.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية الناشئة عن حراسة الاموال المتنازع عليها وانتهاء الحراسة

ذكرنا سابقا أن الحراسة اذا نشأت صحيحة بتوافر شروطها وأركانها، فأنها ترتب العديد من الالتزامات التي تقع على ذمة أطرافها ، ولا شك ان عدم الوفاء بهذه الالتزامات من يترتب عليه نهوض مسؤوليته.

تتميز المسؤولية المدنية عن حراسة الاموال المتنازع عليها بأنها مزدوجة حيث يكون اطراف الحراسة – الحارس واصحاب المال – مسؤولين عن الخطأ الشخصي الصادر منهما، وعن الخطأ الذي يصدر عن تابعيهم والاشخاص الذين يستخدمهم الحارس في تنفيذ اعمال الحراسة من المحافظة على المال محل الحراسة وادارته، الا ان مسؤولية اصحاب الشأن ليس فيها خصوصية تستحق البحث كما ان محول الحراسة هو الحارس لذا ينحصر البحث في مسؤولية الحارس .

ان المسؤولية المدنية للحارس الناشئة عن الحراسة تقسم الى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية ، ولا تثير المسؤولية العقدية للحارس أي اشكال لأنها تقوم على الاخلال بالالتزام الناشئ عن عقد الحراسة وبالتالي يخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية .

أما المسؤولية التقصيرية في نطاق الحراسة فتثير الكثير من المشاكل سواء اكانت المسؤولية عن الافعال الشخصية أم عن افعال التابعين .

ان الحراسة تنتهي بعدة طرق فقد تنتهي باتفاق اصحاب الشان وقد تنتهي عن طريق حكم صادر من القضاء

وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين سنتطرف في المبحث الاول المسؤولية المدنية للحارس، اما المبحث الثاني سنحصصه لدراسة انقضاء حراسة الاموال المتنازع عليها وكالاتي:

المبحث الاول

المسؤولية المدنية للحارس

ذكرنا سابقا أن الحارس ملزم بعدة التزامات اهمها التزامه بالمحافظة على المال محل الحراسة وادارته، فان أخلاله باي من هذه الالتزامات سيكون مسؤولا عن الاضرار التي ترتبت نتيجة ذلك ، فهو ليس مسؤولا عن أفعاله الشخصية فحسب، بل مسؤول عن افعال الاشخاص التابعين له الذين يستخدمهم في تنفيذ اعمال الحراسة ، كما ان الحارس لا تتوقف مسؤوليته عن الاضرار التي تلحق بأصحاب المال وانما يكون مسؤولا عن الاضرار التي تلحق بالغير نتيجة الحراسة .

فان قامت مسؤولية الحارس بجميع الفروض المتقدمة فانه يكون مسؤولا عن تعويض المتضرر نتيجة عدم قيامه بمهامه على اكمل وجه.

وفي ضوء ما تقدم لابد من دراسة المسؤولية الحارس عن فعله الشخصي ، و مسؤولية الحارس عن فعل غيره فضلا عن أثار مسؤولية الحارس .

وعلية سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب سنتناول في الاول ، مسؤولية الحارس عن فعله الشخصي وعن الاموال محل الحراسة ، اما الثاني سنخصصه لمسؤولية الحارس عن افعال تابعيه ، اما المطلب الثالث سنبين فيه، اثار مسؤولية الحارس .

المطلب الاول

مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية وعن الاموال محل الحراسة

يجب على الحارس أن ينفذ التزاماته على اكمل وجه مما يحقق الغاية من الحراسة ، فأي إخلال بهذا التنفيذ يجعل الحارس مسؤولا مسؤولية شخصية اتجاه من أصابه الضرر بالتعويض عن هذه الاضرار .

إن مسؤولية الحارس الشخصية لا تنهض إلا اذا توفرت اركان المسؤولية فضلا انها في نطاق الحراسة ذات شروط خاصة لابد من توافرها حتى يمكن القول بقيام هذه المسؤولية ، الا ان الاركان لا يوجد فيها جديد وانما يخضع للقواعد العامة في اركان المسؤولية لذا سنختصر دراستنا

عن الاساس والطبيعة القانونية لمسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية والشروط الخاصة لقيام مسؤولية الحارس .

وعلية سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الاول مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية اما الفرع الثاني مسؤولية الحارس عن الاموال محل الحراسة .

الفرع الاول

مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية

لتحديد هذه المسؤولية على اكمل وجه لابد من تحديد الطبيعة القانونية له، فضلا عن بيان التأصيل القانوني الذي تستند عليه ، و المسؤولية الشخصية في حال تعدد الحراس، لذا سنقسم هذا الفرع الى ثلاث نقاط منفصلة وكالاتي :

اولا: الطبيعة القانونية لمسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية

من المعروف أن الحراسة اذا كانت اتفاقية فطبيعة مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية لا تكون الا مسؤولية عقدية، وهذا لا يثير اختلافا في الفقه، إلا أن التساؤل حول طبيعة المسؤولية المدنية إذا كانت الحراسة قضائية بوصفها تخضع للكثير من الاحكام في نطاق الوديعة والوكالة[١] فما هي طبيعة هذه المسؤولية هل هي عقدية ام تقصيرية؟ .

ان الفقهاء اختلفوا في تحديد طبيعة مسؤولية الحارس في الحراسة القضائية فاتجهوا اتجاهين :

الاتجاه الاول : يرى[٢] أن مسؤولية الحارس القضائي عن أعماله الشخصية مسؤولية عقدية وبذلك يخضع للقواعد القانونية الواردة في نطاق الوديعة والوكالة، فاذا كان الحارس القضائي غير مأجورٍ فلا يسأل الا عن خطئه الجسيم ، اما اذا كان الحارس مأجورا فيسأل حتى عن خطئه اليسير، وتبرير ذلك بان الحراسة القضائية وإن كانت اجراءً قضائياً ألا انها لا تعدون ان

---

[١] انظر المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٥٨) من القانون المدني الفرنسي .

[٢] انظر د. باسل النوايسة ، المسؤولية المدنية للحارس القضائي: (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري)" بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٥ العدد (١) ٢٠١٣، ص ١٣٨ وما بعدها . د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩.

تكون وديعة مقترنه بتوكيل الحارس بإدارة المال المكلف بحراسته، وبذلك يعد الحارس وديعا فيما يتعلق بحفظ المال محل الحراسة وردة عند انتهاء النزاع او انتهاء مهمته قبل الفصل في الدعوى ، ويعد وكيلاً في اداره المال محل الحراسة، وعلى هذا الاساس فان القانون المدني المصري في المادة (٧٣٣) قد اخضع الحراسة القضائية لأحكام الوديعة والوكالة ، وقبله القانون المدني الفرنسي قد اخضع الحراسة للأحكام الوديعة.

الاتجاه الثاني : يرى انصار هذا الاتجاه [١] ان مسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية هي مسؤولية تقصيرية ، وذلك لان مصدر هذه الحراسة ليس العقد وانما هو الحكم القضائي، لذا فان المسؤولية المترتبة عليها هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، ومن ثم فان الالتزامات التي تترتب في ذمة الحارس هي التزامات يرتبها القانون وليس بعقد الوكالة او الوديعة كما ذهب الاتجاه الاول .

ونحن نرى أن الاتجاه الثاني هو الاجدر بالأخذ كون الالتزامات والسلطات التي تترتب في ذمة الحارس القضائي تنشأ بسبب الحكم القضائي في الغالب وان خضوعها لأحكام الوديعة والوكالة لا يكون الا في الاحوال الاستثنائية التي لم يبينها الحكم وهذا ما صرحت به المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري [٢] وبالتالي فان الالتزامات تترتب بموجب القانون وليس بموجب العقد حتى وان خضع لأحكام الوديعة او الوكالة وانما مصدره القانون في جميع الاحوال ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها بانه " التزام الحارس القضائي بحفظ المال المعهود اليه بحراستها وادرتها وردة لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وبتقديم حساب هذه الالتزامات جميعا مصدرها القانون "[٣]

---

[١] د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦، د. علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٢١٨.

[٢] انظر المادة (٧٣٣) من قانون المدني المصري " يحدد الاتفاق والحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة ، والا فتطبق احكام الوديعة والوكالة بالقدر الذي لا يتعار مع الاحكام الاتية "

[٣] نقلا عن حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، مصدر سابق ، ص ٢٩١.

فهناك تلازم وترابط بين طبيعة مسؤولية الحارس ومصدر الحراسة ، فالحراسة القضائية مصدرها الحكم القضائي وبالتالي تكون المسؤولية الناتجة عنها هي مسؤولية تقصيرية.

ثانيا: التأصيل القانوني لمسؤولية الحارس عن افعاله الشخصية

بعد أن حددنا طبيعة مسؤولية الحارس، لابد من تحديد الاساس القانوني لهذه المسؤولية ، ذكرنا سابقا أن طبيعة المسؤولية للحارس عن افعاله الشخصية بانها مسؤولية تقصيرية ومن ثم فأنها تخضع للقواعد القانونية العامة التي وردت في القانون المدني في نطاق المسؤولية التقصيرية وبالتحديد المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها بانه " كل تعدي يصيب الغير باي ضرر أخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض "[١] فأي اخلال من الحارس في تنفيذ مهامه وترتب عليه ضرر ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية الحارس بالتعويض.

أما على مستوى القانون المدني المصري فنجد التأصيل القانوني لمسؤولية الحارس في المادة (١٦٣) التي جاء فيها بأنه كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض "

أما على مستوى القانون المدني الفرنسي فقد نص على الاساس القانوني لمسؤولية الحارس ايضا في القواعد العامة وذلك في المادة (١٢٤٠) التي جاء فيها " كل عمل ينجم عنه ضرر للغير ، يجبر من حصل الضرر بخطئه على التعويض "

ومما تجدر الاشارة اليه ان المسؤولية الناشئة عن الحراسة تتطلب توافر اركان معينة ، هي الاركان العامة في المسؤولية التقصيرية من حيث توفر خطأ الحارس هو الاخلال بالتزام تعاقدي في الحراسة الاتفاقية والتزام قانوني في الحراسة القضائية[٢] ، ويترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب اصحاب الشأن، والضرر يعرف بأنه إخلال بمصلحة مادية او ادبية للمضرور ، فالضرر الذي يلحق بأصحاب الشأن اما ان يكون ضرراً مادياً كالتلف الذي لحق بالمال محل الحراسة او ضرراً ادبياً يصيب صاحب المال في سمعته وشعوره نتيجة اشهار افلاسه بسبب

---

[١]) ايضا انظر المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " اذا اتلف احد مال غيرة او انقص قيمته مباشرا او متسببا يكون ضامنا اذا كان في احداثه هذه الضرر قد تعمد او تعدى "

[٢] انظر في مفهوم الخطأ د. عبد الودود يحيى ، مصدر سابق ص ٢٣١.

هلاك المال محل الحراسة بخطأ الحارس، وكذلك لابد من توافر الرابطة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه الحارس وبين الضرر الذي لحق اصحاب الشأن ، فلا يكفي ان يكون هناك خطا وضرر فلابد ان يكون الضرر بسبب اخلال الحارس بالتزاماته فاذا كان الضرر نتيجة سبب اجنبي فلا تنهض مسؤولية الحارس[١] .

إلا أن هذه الاركان تخضع للقواعد العامة في القانون المدني فضلا عن ذلك فأنها تقترب كثير من الشروط الخاصة لمسؤولية الحارس عن حراسة الاموال المتنازع عليها التي سنتطرق لها بشكل مفصل في الفرع الثاني لذا سنكتفي بهذا القدر من البحث منعا للتكرار .

ثالثا : مسؤولية الحارس في حال تعدد الحراس :

قد يتعدد الحراس على الاموال محل الحراسة ، فإذا أخطأ أحدهم في تنفيذ عمل الحراسة مما تسبب بضرر للغير، فهنا هل يكون الحراس مسؤولين جميعا على وجه التضامن ام يكون الحارس المخطئ مسؤول مسؤولية شخصية على الضرر الذي احدثه؟ .

لقد ذهب راي الفقه في حالة تعدد الحراسة وتصرف أحدهم تصرفا قد ألحق ضرراً بالغير او نجم ضررا عن المال محل الحراسة ، فإن الحراس يكونون مسؤولين مسؤولية تضامنية ، ومن ثم يستطيع المضرور أن يطالب أي منهم بالتعويض عن كل الضرر الذي أصابه ، وفي حالة دفع التعويض من الحارس الذي تم الرجوع عليه يستطيع الاخير الرجوع على شريكه الاخر بحصته من التعويض حسب النسبة التي تحددها المحكمة [٢] .

---

[١] انظر في اركان المسؤولية د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١، مصادر الحقوق الشخصية – مصادر الالتزام ، ط١،٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٥١٠ وما بعدها انظر ايضا د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، ط١، دار الثقافية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٥٧ وما بعدها . انظر . غسق خليل ابراهيم ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية ، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص ١٩٩. د. باسل النوايسة ، مصدر سابق ، ص ١٤١– ١٤٤.

[٢] انظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق، ص ٤١١.

وهذا ما نصت عليه القواعد العامة في التضامن عن الفعل الضار في القانون المدني العراقي وبالتحديد المادة (٢١٧)[١] التي ورد في مضمونها اذا تعدد المسؤولون عن الضرر كانوا متضامين ، وبالتالي يرجع من قام بدفع كل التعويض على الباقين بحصته من التعويض وحسب النسبة المحددة من المحكمة و اذا لم تحدد يكون مبلغ التعويض مناصفة بينهم، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها التي جاء فيها " انه في حالة تعدد الحراسة على الشيء الذي نجم عنه الضرر كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض عن الضرر ويستطيع المضرور أن يطالب أي منهم بتعويض الضرر ولمن تحمل التعويض حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته في الحراسة وفقا للمادة (١٦٩) مدني "[٢]

الفرع الثاني

مسؤولية الحارس عن الاموال محل الحراسة

يشترط لقيام مسؤولية الحارس عن الاموال الموضوعة تحت حراسته عدة شروط ، كما ان هذه الشروط لا تبتعد كثيرا عن الشروط العامة للمسؤولية المدنية عن الافعال الشخصية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، لهذا ارتأينا بحثها في هذا الموضع بدلا من بحث اركان المسؤولية وذلك لوجود خصوصية لمسؤولية الحارس عن الاضرار التي تسببها هذه الاموال ليكون مسؤولا شخصيا عنها .

قبل التطرق الى شروط مسؤولية الحارس لابد من تحديد الاساس القانوني لهذه المسؤولية ، فمن المعروف أن الاموال محل الدراسة إما أن تكون منقولة او عقارية، ومن ثم فأنها تخضع

---

[١] انظر المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب.
٢ – ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قد جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي" تقابلها المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض ، وتكون المسؤولية بينهما بالتساوي الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم " لا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي .

[٢] انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٩٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٥/ ٦/ ١٩٨٢ نقلا عن رضما محمد عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٥٠١.

للقواعد الواردة في القانون المدني التي تحكم المسؤولية عن الاشياء وبالتحديد المواد (٢٢٩-٢٣٢)[١] من القانون المدني العراقي حيث ان هذه المواد تشمل مسؤولية الحارس عن الاضرار التي تسببها الاموال المنقولة وغير المنقولة حيث ان هذا التقسيم نستنتجه من موقف القانون المدني العراقي اذ عنون الموضوع بالمسؤولية عن الأشياء، والأخيرة تقسم الى منقولات وعقارات لذا فالمصطلح المستعمل من المشرع العراقي يشمل ذلك وهما المقصودان بالبحث لان مدار البحث هي الاموال المتنازع عليها .

وبعد أن بينا التفاصيل المتقدمة لابد من تحديث شروط قيام مسؤولية الحارس عن الاضرار التي تلحقها الاموال محل الحراسة. إذ يشترط شرطان لترتيب المسؤولية سنتطرق لهما في نقطتين منفصلتين :

اولا : وجود المال تحت سيطرة الحارس :

يشترط لقيام مسؤولية الحارس عن الاموال محل الحراسة أن تكون هذه الأخيرة في حراسته، إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هو ما المقصود في الحراسة هل هي السيطرة القانونية ام السيطرة الفعلية؟ .

فالحراسة بحسب نظرية السلطة القانونية حتى يمكن عد الشخص حارسا ان يكون له السلطة القانونية على المال محل الحراسة يستمد هذه السلطة من حق عيني عليه أو من حق شخصي[٢] فوفق هذه النظرية يصبح الحارس هو من له الحق على المال محل الحراسة استعمالاً وتوجيهً ورقابةً دون أن يباشرها بالفعل أي يبقى حارسا حتى لو كانت السيطرة الفعلية

---

[١] تقابلها المادة (١٧٧-١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٣٨٤ التي جاء فيها " يسال الشخص ليس فقط عن فعلة الشخصي ... او الضرر الذي تسببه الاشياء التي تكون تحت حراسته "

[٢] انظر د. اياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١١٦. وانظر ايضا محمد طاهر قاسم ، الاساس القانوني للمسؤولية عن الاشياء الخطرة امام القضاء العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد ١٣، العدد (١٩) السنة (١٦) ص ٢٠٤.

على الشيء ، كما لو كان الشخص تعوزه الدراية الفنية في ادارة المال محل الحراسة ولم يستطيع أن يباشر ذلك[١].

هذه النظرية لا يمكن الاخذ بها في نطاق حراسة الاموال، وذلك لان الشخص الذي يكون له الرقابة والاشراف والتوجيه هو المالك والحراسة في اصل نشأتها تستهدف إبعاد المال من يده بوصفه أحد طرفي النزاع ، وحيث يمكن استنتاج ان المالك يكون هو صاحب حق الاشراف والرقابة وبالتالي عدم اعتباره حارس المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري الذي ذهب الى ان الاتفاق هو الذي يحدد التزامات الحارس وماله من حقوق وسلطة، ومن ثم فان هذا النص قد اعطى للمالك حق اصدار الاوامر من حيث تحديد التزامات الحارس وتحديد سلطته ومن ثم الحق في الرقابة للتأكد من مدى التزام الحارس بما ورد في الاتفاق، كما ان الدليل الاخر في ان السلطة في اصدار اوامر الاشراف والتوجيه في نطاق البحث لا تكون للحارس، وإنما تكون للمالك ما ورد في المادة (١٤٨/ ١-ب) من قانون المرافعات العراقي لا يجوز للحارس في غير أعمال الادارة أن يتصرف الا بإذن من القضاء.."[٢] حيث يتضح أن الحارس لا يستطيع التصرف الا بعد الرجوع لأصحاب الشأن او القاضي لأخذ الاذن بذلك بوصفهم من يملكون حق التوجيه واصدار الامر .

اما نظرية السيطرة الفعلية فالحارس من تكون له السيطرة على المال محل الحراسة وعلى استعماله أي يباشرها بصورة مستقلة ، أي دون أن تصدر له الاوامر من شخص اخر، ويبقى محتفظا بصفته وإن لم يمارس سلطته عليه او لم يستعمله، ما دامت هذه السلطة ثابتة له ويستطيع أن يمارسها في أي وقت[٣] ، إلا ان هذا العنصر المادي لا يكفي للقول بوجود الحراسة

---

[١] انظر : د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني المقارن ، المسؤولية المدنية التقصيرية- الفعل الضار اساسها وشروطها ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢، ص ٢٤٩-٢٥٠.

[٢] تقابلها المادة (٧٣٥) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا بأذن ذوي الشأن جميعا او بترخيص من المحكمة "

[٣] انظر د. محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الاشياء – دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي ، مكتبة النهضة ، القاهرة ، ١٩٥٧، ص ٨٤. وانظر ايضا د. اسامة احمد بدر ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلى الكبرى، ٢٠٠٥، ص ٤٤. وانظر ايضا د. محمد سعيد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الاشياء غير الحية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،

بحسب نظرية السلطة الفعلية بل يجب أن يمارس الشخص السلطات المكونة للعنصر المادي لحسابه الخاص ، أي بقصد تحقيق مصلحة شخصية له[١] ، فإذا لم يكن الشخص يمارس هذه السلطات لحسابه الخاص فلا تعد سيطرته على الشيء سيطرة فعلية، ومن ثم لا يمكن عدّهُ حارسا عليه[٢].

مما يؤخذ على هذه النظرية ان الحارس في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليها وإن توافر العنصر المادي لا يمارس هذه السلطات لحسابه الخاص وانما لمصلحة اصحاب الشأن ، فيستنتج أن الحارس يمارس السلطات المكونة للعنصر المادي لحساب غيره من خلال المواد الخاصة بحراسة الاموال المتنازع عليها وبالتحديد المواد (١٤٧- ١٤٨) [٣]من قانون المرافعات المدنية العراقي إذ نص في هذه المواد بان الحارس يلتزم بالمحافظة على المال محل الحراسة وادارتها وان يردها لإصحاب الشأن عند انتهاء الحراسة فيفهم من ذلك ان الحارس يلتزم بالمحافظة والادارة وهي السلطات المكونة للعنصر المادي لحساب غيره.

وفي ضوء كل ما تقدم ان الحراسة محل البحث تثبت بمجرد توافر العنصر المادي المتمثل بالسيطرة الفعلية على المال محل الحراسة دون توفر العنصر المعنوي ،ومن ثم فهي تختلف عن النظريتين السابقين بان الحارس يكون خاضعاً لتوجيه شخص اخر ولا يستعمل الشيء لمصلحته الشخصية، فيمكن القول أن حراسة الاموال المتنازع عليها تخضع لنظرية مستقلة عن النظريتين السابقتين، يمكن أن نطلق عليها نظرية السيطرة المادية ولا يعني بالسيطرة المادية بان الحارس يشترط ان يكون واضعا يده على المال محل الحراسة وانما يستطيع ان يستعمل اشخاصاً في القيام ببعض اعمال الحراسة التي لا يكون على دراية بها ألا أنه يبقى حارسا مادام هو يستطيع استردادها باي وقت .

٢٠٠١، ٥٧-٥٨. آلان بينابنت ، القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات) ، ترجمة منير القاضي ، ط١ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص ٤٠٧.

[١] انظر د. اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤.

[٢] انظر د. محمد لبيب شنب ، ، مصدر سابق ، ص ٩٧.

[٣] تقابلها المواد (٧٢٩- ٧٣٤- من القانون المدني المصري والمواد (١٩٥٦- ١٩٦٢- من القانون المدني الفرنسي .

وعليه فان الشخص الذي يسيطر على المال محل الحراسة ويمارس السلطات المادية يكون مسؤولا عن الاضرار التي تسببها هذه الاموال للغير ولا فرق في ذلك اذا كان الحارس قضائيا أو اتفاقيا .

ثانيا : أن يكون المال سبباً في إحداث الضرر :

لا يكفي أن تكون هذه الاموال في تحت سيطرة الحارس حتى تقوم مسؤوليته وانما يشترط فضلا عما تقدم أن يكون هناك ضرر قد لحق بغيره في نفسه او ماله نتيجة التدخل الايجابي للأموال في احداثه، فلا يمكن تصور نهوض المسؤولية عن ضرر لم تتدخل هذه الاموال في أحداثه ، ويقصد بالتدخل الايجابي أن تكون الاموال محل الحراسة في وضع أو في حالة تسمح لها بأحداث الضرر، سواء أكانت هذه الاموال في حالة حركة وتسببت بالضرر أم كانت في حالة سبات لكن في غير الوضع الطبيعي، والتدخل الايجابي لا يفترض أن يكون هناك اتصال مباشر بين الاموال محل الحراسة وبين احداث الضرر[١]، كما لو الاموال محل الحراسة اموال زراعية ولم يقم الحارس بالاعتناء بها بالصورة المطلوبة مما ترتب عليه ضرر بالغير.

فلابد من توافر العلاقة السببية بين تدخل الاموال محل الحراسة والضرر الذي يصيب الغير ، إلا أن العلاقة السببية في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليها لا تقوم على اساس الخطأ الناتج عن الفعل الشخصي، وإنما هي مسؤولية موضوعية لا تعتد بخطأ الحارس، ومن ثم يكون الحارس مسؤولا عن كل حالة يتدخل المال محل الحراسة في احداث الضرر ، مادام التدخل لا يرجع الى سبب اجنبي عن المال محل الحراسة او الحارس ، ومن ثم اذا وقع ضرر من هذه الأموال لشخص ، فيكتفي أن يثبت المضرور العلاقة بين فعل المال والضرر دون حاجة الى

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج١، مصادر الالتزام، مصدر سابق ، ص ١٠٦٤ وانظر ايضا د. عبد العزيز اللصاصمة ، مصدر سابق ، ص ٢٥١.

أثبات خطأ الحارس ، فالمطلوب في المسؤولية هنا توافر الرابطة السببية بين فعل المال وبين الضرر[١].

أن مسؤولية الحارس عن الاضرار التي تسببها الاموال الموضوعة تحت حراسته للغير تقوم على اساس الخطأ المفترض قابلا لأثبات العكس فلا يكلف المضرور اثبات الخطأ، وانما بمجرد وقوع الضرر بفعل الاموال في هذه الحالة يفترض خطا الحارس في حراسة هذه الاموال.

كما أن الحارس لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية عن الاضرار التي تسببها الاموال موضوع الحراسة للغير إلا في حالتين فاذا اثبت أن الضرر يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه ، او أنه بذل العناية المطلوبة منه عن طريق إقامة الدليل على أنه اخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع المال من الاضرار بالغير، وذلك لان التزام الحارس في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليه هو بذل عناية ، ومن ثم يستطيع ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت السبب الاجنبي أو نفي خطأه[٢]

ومما تجدر الإشارة اليه أن الاضرار التي تلحق بالغير عن فعل الاموال محل الحراسة يكون الحارس مسؤولا عنها مسؤولية شخصية من أمواله الخاصة، وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في احد قراراتها الذي جاء فيه " ان الحارس باعتباره وكيلا عن اصحاب الشأن في حفظ وادارة المال محل الحراسة يكون مسؤولا في ماله الخاص عما ينشأ عن تقصير في حفظه وادارته .."[٣] .

---

[١] انظر د. اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٥٠ . انظر ايضا : د. امجد محمد منصور ، المسؤولية عن الاضرار الناتجة عن الجمادات ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢، ص ١٤٦-١٥٢.

[٢] انظر د. عبد المجيد الحكيم د. محمد طه البشير ،د. عبد الباقي البكري، الوجير في نظرية الالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٨١-٢٨٢.

[٣] انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٦٤٨ في ١٩/٣/ ١٩٨١ سنة ٥٥ ق نقلا عن رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني مصدر سابق، ص ٥٠٩.

المطلب الثاني

مسؤولية الحارس عن أفعال تابعيه

أن دراسة المسؤولية المدنية للحارس لا تقف عند مسؤوليته عن افعاله الشخصية وان كان هذا هو الاصل، فالقانون المدني قد خرج عن هذا الاصل لجملة اعتبارات وجعل الحارس مسؤولا عن افعال غيره الذين يستخدمهم في تنفيذ اعمال الحراسة .

فان مسؤولية الحارس هنا لا تنهض بسبب خطأ صادر منه شخصيا، بل لمجرد وقوع فعل ضار صادر من احد اتباعه الذين يستعين بهم في تنفيذ اعمال الحراسة .

وما دام الحارس قد يستعين ببعض الاشخاص في انجاز بعض اعمال الحراسة ففي هذه الحالة يكون مسؤولا عن افعالهم ، لذا فدراسة هذا الموضوع تتطلب منا الوقوف على الاساس القانوني لمسؤولية الحارس عن أفعال تابعيه ، فضلا عن تحديد شروط قيام هذه المسؤولية .

وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الاول للأساس القانوني لمسؤولية الحارس عن افعال تابعيه ، اما الفرع الثاني سنبين فيه شروط قيام هذه المسؤولية

الفرع الاول

التأصيل القانوني لمسؤولية الحارس عن افعال تابعيه

أن مشرع القانون المدني العراقي لم يضع قاعة عامة تقرر مسؤولية المتبوع عن الاضرار التي يسببها تابعه للغير ، وانما جاء بنص وهو المادة (٢١٩)[١] يتحدث عن مسؤولية المؤسسات التي تقدم خدمة عامة، والاشخاص الذين يستغلون مؤسسات صناعية او تجارية عن الاضرار التي يسببها تابعيهم للغير ، ألا ان هذا النص لا ينطبق على الحارس الاتفاقي ولا القضائي وذلك لانهم قد لا يستغلون مؤسسات تجارية وبالتالي يصعب تطبيق مسؤولية المتبوع

---

[١] انظر المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " الحكومات والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية والتجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدميهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم "

عن اعمال تابعيه في نطاق الحراسة وذلك لعدم وجود قاعدة عامة في القانون المدني العراقي[١] لذا يجب تعديلها بالشكل الذي يمكن أن يجعلها قاعدة عامة يمكن تطبيقها على الحراسة وغيرها كما سنشير للتعديل في الخاتمة .

اما على مستوى القانون المدني المصري فقد وضع قاعة عامة تقرر مسؤولية أي متبوع – حارس الاموال المتنازع عليها او غيره – عن الافعال الضارة التي تصدر من تابعيه متى توفرت شروطها، فقد نص في المادة (١٧٤)[٢] منه التي جاء في مضمونها ان المتبوع يكون مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها تابعه للغير بعمله غير المشروع، اذا توافرت الشروط التي سنتطرق لها في أدناه ، لذا فان الحارس يكون مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها الاشخاص الذين يستخدمهم في انجاز بعض اعمال الحراسة للغير[٣].

أما في نطاق القانون الفرنسي فنجد أساس مسؤولية الحارس عن الاضرار التي يسببها الاشخاص التابعين له للغير في المادة (١٢٤٢)[٤] التي ورد في مضمونها ان الشخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يسببه الاشخاص الذين هو مسؤولاً عنهم ، لذا فان الحارس وفقا لنص القانون المدني الفرنسي يكون مسؤولا عن الاضرار التي يسببها الاشخاص المسؤول عنهم بسبب تكليفهم بتنفيذ بعض اعمال الحراسة .

فاذا كان المال محل الحراسة أرضا زراعية وقد اختار الحارس بعض الاشخاص للقيام بأعمال الزراعة إلا أن هؤلاء الاشخاص ليس لديهم خبرة في هذا المجال مما ترتب عليه ضياع

---

[١] انظر استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي و انغام محمود الخفاجي ، ملاحظات على تنظيم القانون المدني العراقي للمسؤولية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ٢٧، العدد ٧ ، ٢٠١٩ ، ص ٢٦٩ .

[٢] انظر المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ١- يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته او بسببها "

[٣] انظر د. اسامة احمد بدر ، مصدر سابق ، ص ٣٧.

[٤] انظر المادة (١٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " يسال الشخص ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعلة الشخصي بل ايضا عن الضرر الذي يسببه اشخاص اخرون هو مسؤول عنهم ..."

غلة الارض ،وتسبب ذلك بخسارة لأصحاب الشأن، ففي هذه الحالة يكون الحارس مسؤولا عن هذه الاضرار التي تسببها هؤلاء بوصفهم تابعين له اذا توافرت شروط المسؤولية[١].

ومما تجدر اليه الاشارة أن استعانة الحارس ببعض الاشخاص لتنفيذ بعض اعمال الحراسة وهي الحالة التي نحن بصددها وبينِ احلال الحارس غيره في مهمته كلها أو بعضها، فالحالة الاخيرة محضورة على الحارس بنص القانون سواء قام بالأمر بصورة مباشرة كالتنازل عن الحراسة أو غير مباشرة، كالتأجير إلا بترخيص من القضاء، فاذا خالف ذلك تنهض مسؤوليته القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨-١-ب) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " ..... ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل احدا محله في اداء مهمته كلها أو بعضها "[٢]

أن الحارس يستطيع أن يستعين ببعض الاشخاص لغرض القيام ببعض اعمال الحراسة ويكونون تحت اشرافه وتوجيهه بصفتهم تابعين له، وهذا الامر يجوز للحارس اللجوء له دون حاجة الى ترخيص من أي جهة ، ومن ثم لا يعد تخلياً عن الحراسة ،بل هو مسؤول عن الاضرار التي يسببها التابعون له .

كما يثار تساؤل عن تأصيل هذه المسؤولية فهل المسؤولية هنا قائمة على اساس خطا مفترض من جانب الحارس ام على اساس خطا ثابت ام ماذا؟

ذهب رأي الى أن مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه تقوم على أساس الخطأ المفترض وهو الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه من جانب الحارس لأن الاخير كان غير موفق في الاختيار او لم يكن موفقا في اصدار التوجيهات ، إلا أن هذا الخطأ قابل لإثبات العكس، فيستطيع

---

[١] انظر د. حسين محمد حسين خليل ، مصدر سابق ، ص ٣٥٢.

[٢] تقابلها المادة (٢/٧٣٤) من القانون المدني المصري ٢- ولا يجوز له بطريقة مباشرة او غير مباشرة ان يحل محله في اداء مهمته كلها او بعضها احد ذوي الشأن دون رضا الاخرين "

الحارس الافلات من المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين المفترض وبين الضرر الذي أصاب الغير[١] .

بينما ذهب رأي أخر من الفقه يمثله الفقيه الفرنسي جوسران [٢] ان مسؤولية الحارس هي مسؤولية ذاتية دون أن يقيموها على الخطأ، فما دام الحارس مسؤولا مسؤولية ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ من جانبه، فلا يبقى إلا أن يقال إن الحارس ينتفع بنشاط تابعه فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط وفقا لقاعدة (الغرم بالغنم) .

نرى أن مسؤولية الحارس عن أفعال تابعيه تقوم على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، وذلك لأن التزامه هو التزام ببذل عناية وهذا ما صرحت به المادة (١/١٤٨-أ)[٣] والتي جاء فيها " يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة اليه حراستها وادارتها وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد " ومن ثم فان مسؤوليته تنتفي بمجرد أن يثبت بأنه لم يصدر منه خطا وانه بذل العناية المطلوبة منه.

لذا فمن بان اولى بان تكون مسؤوليته عن الاضرار التي يسببها تابعيه للغير قائمة ايضا على أساس الخطأ المفترض القابل لأثبات العكس بحيث يستطيع أن يتخلص من المسؤولية اذا اثبت بذله العناية المطلوبة في التوجيه والاشراف او أن يثبت السبب الاجنبي .

---

[١] انظر د. عبد الله بن علي بن سالم الشبلي المسؤولية المدنية للمتبوع الناتجة عن ضرر تابعه في قانون المعاملات المدنية بسلطنة عمان ، بحث منشور في مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس، الجزائر، العدد (٤) لسنة ٢٠٢٠، ص ٢٤. د. عبد المجيد الحكيم د عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٦٧.

[٢] انظر نقلا عن د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ٢٨٦. وانظر ايضا . د. نبيل مهدي زوين ، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية النجف الاشرف ، ٢٠١١، ص ١١٢

[٣] انظر المادة (١/٧٣٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها" يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وبإدارة هذه الاموال، ويجب ان يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد" والمادة (١٩٦٢) من القانون المدني الفرنسي .

الفرع الثاني

شروط قيام مسؤولية الحارس عن اعمال تابعيه

يشترط لقيام مسؤولية الحارس وفقا لنص المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي والمواد التي سبق ذكرها في القوانين محل المقارنة شرطان أساسيان: أولهما وجود رابطة التبعية بين الحارس وتابعيه، وثانيهما ارتكاب التابع خطأ اثناء القيام بتنفيذ عمل الحراسة أو بسببه ، فهذه الشروط اذا توفرت نهضت مسؤولية الحارس، لذا سنتطرق لكل شرط في فقرة مستقلة وكالاتي

الشرط الاول : وجود رابطة التبعية بين الحارس وتابعيه .

لكي تقوم مسؤولية الحارس عن الافعال الضارة لتابعيه يجب أن تكون هناك علاقة تبعية بينهما ، تتحقق اذا كان المتبوع– الحارس على التابع – المستخدم – سلطة فعلية تخوله رقابته وتوجيهه واصدار الاوامر له، علما أن المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي لم تتحدث عن رابطة التبعية وإنما نصت عليه المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي .

وعليه فان العلاقة التبعية تتحقق بثبوت السلطة الفعلية للحارس في توجيه مستخدميه ورقابتهم واصدار الاوامر لهم ، ولا يهم بعد ذلك اذا كان الحارس يتمتع بحرية اختيار تابعيه او لا، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٧٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته وفي توجيهه" حيث يفهم من ذلك ان مجرد تحقق السلطة الفعلية للحارس يمكن القول بوجود علاقة التبعية بينهما [١].

وكما يجب أن تنصب السلطة الفعلية بين الحارس والتابع بشأن عمل محدد في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليها ، فيجب أن تكون هذه الاوامر والتوجيهات تتعلق بموضوع الحراسة وليس بشيء آخر .

---

[١] انظر د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص ٥٧٢–٥٧٣. وانظر د. عبد الله بن علي ابن سالم ، مصدر سابق ص ٢٩.

ولا يشترط في علاقة التبعية أن تكون مصدرها العقد ، فليس من الضروري أن يكون منشئ العلاقة بين الحارس وتابعه هو العقد ، بل يمكن أن تقوم على أساس من الواقع كما لو كان هذا التابع في الاصل عاملا في المعمل الذي تم وضعه تحت الحراسة وخضع لأشراف وتوجيه الحارس بعد فرض الحراسة.

وليس من الضروري أن تكون هذه مشروعة بل يكفي أن تكون سلطة فعلية ، فقد لا يستمد الحارس هذه السلطة من مصدر مشروع كما لو استمدها من عقد باطل او من دون عقد أصلا ، ولكنه مادام يستغلها فعلا أو يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها فهذا كافٍ لقيام علاقة التبعية بين الحارس ومستخدميه[١] .

كما لا يشترط لتحقق علاقة التبعية بين الحارس وتابعه أن يكون الحارس ملماً بأصول عمل التابع من الناحية الفنية، لان الالمام غير ضروري لمباشرة الحارس سلطته على التابع في الرقابة والتوجيه ، فاذا تم فرض الحراسة على مصنع فهنا الحارس يكون مسؤولا عن خطأ العامل حتى لو لم يكن عارفاً بكيفية عمل الآلات من الناحية الفنية[٢].

مما تجدر الاشارة اليه أن العبرة في وقت توفر العلاقة التبعية– السلطة الفعلية – بين الحارس وتابعيه، هي بوقت وقوع الضرر فاذا توفرت هذه السلطة في هذا الوقت عدّ الضرر قد وقع من التابع ومن ثم يُسأل الحارس عنه ولو انتقلت السلطة بعد ذلك الى شخص أخر ، وفي حالة تعدد المستخدمين لدى الحارس ولم يستطيع أن يحدد التابع المسؤول عن الضرر، ففي هذا الحالة ايضا تتحقق مسؤولية الحارس وهذا ما جاءت به محكمة النقض المصرية بأحد قراراتها

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ نظرية الالتزام بشكل عام مجلد ٢، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٠١٦. انظر آلان بينابنت ، القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات) ، مصدر سابق، ص ٣٩٠.

[٢] انظر : يونس صلاح الدين المختار ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون الإنكليزي:
دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين العراقي والإماراتي، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، تصدر عن جامعة الشارقة ، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠١٧، ص ١٢٢– ١٢٣.

جاء فيه " تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه ولو تعذر تعيين التابع المسؤول الذي احدث الضرر من بين غيره من الاشخاص " [١]

الشرط الثاني : ارتكاب التابع خطا اثناء القيام بتنفيذ عمل الحراسة او بسببه:

لا يكفي لقيام مسؤولية الحارس عن اعمال تابعين توافر الرابطة التبعية، وإنما يشترط فضلا عن ذلك أن يصدر من الاخير خطأ اثناء تنفيذ عمل من اعمال الحراسة أو بسببه وذلك لان مسؤولية الحارس لا تنهض لا بقيام مسؤولية التابع عن طريق صدور خطأ منه، بمعنى آخر لكي تتحقق مسؤولية الحارس يجب أولا تحقق مسؤولية المستخدم عن طريق وقوع خطأ من الاخير، لكن ليس كل خطأ قد يصدر من التابع يكون المتبوع مسؤولا عنه وانما يشترط ان يكون اثناء تأدية عمله او بسببه ، الا ان المشرع العراقي قد ضيق من نطاق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وذلك حينما حصر مسؤوليته عن خطأ التابع الذي يرتكبه أثناء تأديته لوظيفته فقط، دون الخطأ بسبب الوظيفة بخلاف القانون المدني المصري الذي مد مسؤولية المتبوع إلى خطأ تابعه الذي يرتكبه بسبب وظيفته، وهذا يعد نقصا يجب تلافيه عند اقتراح تعديل المادة (٢١٩)[٢] من القانون المدني العراقي.

لذا سنبين المقصود بصدور الخطأ اثناء تأدية عمل الحراسة او بسبب تأدية هذا العمل وذلك بنقطتين مستقلتين :

١- صدور خطأ من التابع اثناء القيام بأعمال الحراسة :

يشترط لتقرير مسؤولية الحارس أن يرتكب التابع خطأ اثناء قيامه بتنفيذ أحد اعمال الحراسة المكلف بإنجازها، فإذا ارتكبه في وقت أخر لم تتحقق مسؤولية الحارس، ويكون التابع وحده هو

---

[١] انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٨١٠ في ٤/ ١٢ / ١٩٩٤ لسنة ٦٠ ق نقلا عن رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٤٨٩.

[٢] انظر المادة (٢١٩ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " الحكومات والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية والتجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدميهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم " وانظر المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعملة غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته او بسببها "

المسؤول، والعلة في مسؤولية الحارس هنا هو أن صدور الخطأ من التابع اثناء قيامه بأعمال الحراسة يدل على تقصير من جانب المتبوع في مراقبة التابع وعلى سوء اختياره له، فاذا وقع الخطأ في غير وقت العمل انتفى افتراض التقصير وسوء الاختيار من جانب الحارس[١] ، فمثلا اذا كان محل الحراسة معمل الانتاج الاقمشة وكان هناك اشخاص مكلفون لنقل انتاج المعمل للأسواق لغرض البيع واثناء القيام بواجبه قد تسبب ضرر للغير من شأن ذلك يجعل الحارس مسؤولا عن الفعل الضار لأن فعل التابع الضار قد وقع اثناء تأديته لعمل الحراسة، او أن العامل أساء استعمال الات المعمل التي يديرها بأحداث ضرر بالغير اثناء عمله في المعمل الموضوع تحت الحراسة[٢] .

حيث ان هذا الشرط قد نصت عليه المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي التي ورد في فحواها بان المتبوع يكون مسؤولا عن الضرر الذي ينشأ عن تابعيه اذا وقع اثناء قيامهم بخدماتهم [٣] .

وفي ضوء ما تقدم فان الحارس حتى يكون مسؤولا عن افعال الاشخاص الذين يستخدمهم لابد أن يصدر خطأ منهم ويجب أن يكون ذلك اثناء تنفيذ اعمال الحراسة المكلفين بها .

٢- صدور خطأ من التابع بسبب اعمال الحراسة :

اذ يشترط اضافة لما تقدم ان يكون الخطأ الصادر من التابع بسبب اعمال الحراسة ، فالخطأ بسبب تأدية العمل هو الذي يقع خارج نطاق نشاط خارج الوظيفة ولكنه يعد امتدادا لها لارتباطه

---

[١] انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٧٥.

[٢] انظر د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ٥٠٤.

[٣] تقابلها المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعملة غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته او بسببها"

معها برابطة السببية باعتبار أن الوظيفة هي سببه المباشر ، ما دام هناك ارتباط بين الفعل الضار الصادر من التابع والعمل المكلف القيام به[١].

وفي ضوء ما تقدم فان الخطأ بسبب الوظيفة لا يستطيع التابع أن يرتكبه او حتى التفكير به لو لا أعمال الحراسة ، وحيث نص القانون المدني المصري على هذا الشرط في المادة (١٧٤) التي أشارت الى ان المتبوع مسؤول عن الخطأ الصادر من التابع اثناء الوظيفة أو بسببها .

مما تجدر اليه الاشارة هو اذا تحققت الشروط المتقدمة ففي هذه الحالة يكون للمضرور عدة خيارات ، فعند تحقق شروط قيام مسؤولية الحارس عن افعال تابعيه وفقا للنصوص في القوانين محل المقارنة ، فهنا يكون الحارس مسؤولا بحكم القانون عن تعويض الاضرار التي لحقت بالغير بسبب افعال تابعيه ، فيستطيع المضرور أن يرجع مباشرة على الحارس لمطالبته بالتعويض ، وفي هذه الحالة لا يكلف بأثبات الضرر وذلك لان مسؤولية الحارس تقوم على أساس الخطأ المفترض[٢]، لكن الحارس في هذه الحالة يستطيع أن يطالب بإدخال تابعه الذي صدر منه الخطأ في الدعوى وذلك حتى يسري الحكم بحقه او يكون محكوماً عليه بالتعويض بالتبعية، دون أن يؤثر ذلك على حق المضرور[٣] .

وقد يرجع المضرور مباشرة على التابع للمطالبة بالتعويض، فذلك من حقه الا انه يجب أن يثبت خطأ التابع ، وعلى العكس من الحالة الاولى لا يستطيع التابع ادخال الحارس في دعوى التعويض بصورة تابع وانما يمكن ادخاله بصفة أصليه بوصفه مسؤولا نتيجة لوجود خطا مشترك،

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، نظرية الالتزام بشكل عام ، المجلد ٢، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٠٢٨. انظر بتول صراوة عبادي ، العقد السياحي – دراسة مقارنة، طروحه دكتوراه كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٠٧، ص ٢٢٤.

[٢] انظر ص من هذه الاطروحة .

[٣] انظر مصطفى العوجي ، القانون المدني ج٢، المسؤولية المدنية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص ٤٩٥.

فضلا عن ذلك فان تم الرجوع على التابع فان الاخير لا يستطيع الرجوع بالتعويض على الحارس إلا أذا كان هناك خطا من جانب الحارس قد ساهم بأحداث الضرر [١].

وعليه وبعد ان انتهينا من دراسة مسؤولية الحارس عن اعمال تابعيه لابد من اقتراح تعديل المادة (٢١٩) من القانون المدني وجعلها قاعدة عامة يتم الرجوع اليها في موضوع الحراسة وغيرها لتحديد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعية .

المطلب الثالث

أثار مسؤولية الحارس

إذا ثبت الخطأ من جانب الحارس ، فهنا تنهض مسؤوليته ولأثر الطبيعي المترتب هو تعويض المضرور عن الاضرار التي لحقت به ، ومن ثم نشوء حق للمضرور – اصحاب الشأن او الغير – في المطالبة بالتعويض .

ولما كان التعويض هو الاثر الذي يترتب على قيام مسؤولية الحارس فانه لابد من تحديد نطاق التعويض، عناصر التعويض وتقديره .

لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتطرق في الفرع الاول لنطاق التعويض اما الفرع الثاني سنخصصه لدراسة عناصر التعويض .

الفرع الاول

نطاق التعويض

إن العنصر الاساس لقيام مسؤولية الحارس هو الضرر ، ويقصد بالضرر الاذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة له ويستوي أن تتعلق هذه المصلحة او الحق بسلامة المتضرر الجسدية أو المالية أو العاطفية أو الاخلاقية [١] .

---

[١] انظر حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي، مصدر سابق ، ص ٣٣٥وانظر ايضا د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ص ٢٨٤.

إذ يقسم الضرر الذي يصيب الغير الى ضررٍ مادي وضرر أدبي ، والمادي منه هو الذي يصيب الشخص في ماله او في جسمه او عنصر من عناصر ذمته المالية [٢]، ومن ثم يلتزم الحارس بتعويض المضرور عن الضرر المادي الذي لحق به مثلا اذا كان المحال موضوع الحراسة مصنعاً وقد تسبب في بعض الاضرار بالأملاك المجاورة له نتيجة تقصير الحارس .

والجدير بالذكر أن الضرر الذي يلحق بأصحاب المال محل الحراسة في نطاق الحراسة الاتفاقية يكون محكوماً وفقا لقواعد المسؤولية العقدية فيكون الحارس مسؤولا عن الضرر المباشر المتوقع أما الضرر المباشر غير المتوقع فلا يكون مسؤولا عنه لا في حالة الغش والخطأ الجسيم[٣] والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ[٤] .

ولما كانت مسؤولية الحارس في نطاق الحراسة الاتفاقية اتجاه اصحاب الشأن مسؤولية عقدية فانه لا يلتزم الا بالتعويض المباشر المتوقع، مالم يرتكب غشاً أو خطاً جسيماً ، والعلة في

---

[١] انظر: د مصطفى الجمال ود رمضان أبو السعود ود نبيل ابراهيم سعد، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،٢٠٠٣،ص ٢٠٩ ، وانظر ايضا : د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، جـ١، شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة: بغداد، ١٩٩١. ، ص٢١٤

[٢] انظر د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩، ص ٢٨٨ كما عرفت محكمة النقض المصرية الضرر المادي بانه " المساس بحقوق الشخص المالية وبحقه في سلامة جسده " طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٥٨ تاريخ الجلسة ١٤/ ٤/ ١٩٩٣ السنة ٤٤ ص ١٠٤ . انظر ايضا آلان بينابنت ، القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات) ، مصدر سابق ، ص ٤٥٣.

[٣] انظر: المادة(٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي التي جاء بقولها"٣-فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماٍ فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت" تقابلها المادة(٢/٢٢١) من القانون المدني المصري التي جاء فيها" ٢-ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدرة العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطا جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه وقت العقد" والمادة(١١٥٠) من القانون المدني الفرنسي. وانظر: ود عبد القادر الفار ،مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،٢٠١١ ،ص١٤٧.وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أن (المدين في المسؤولية العقدية لا يلتزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه وقت العقد الطعن ١٩٧٠/٣/٣١ لسنة ٢٢ العدد الأول ص٥٣٨ وأيضا انظر ود عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ،ج٢ ،أحكام الالتزام، مصدر سابق ،ص٢٩

[4]) W. Bradley wendel, Professional responsibility exmple and explanations, Aspen publishers, 2004, p104)

قصر التعويض في نطاق الحراسة الاتفاقية عن الضرر المباشر المتوقع وذلك لأن المتعاقدين – الحارس واصحاب الشأن – قد تعاقدا على ما يتوقعانه من ضرر، لذلك يخرج الضرر غير المتوقع من نطاق التعويض.

ومن الجدير بالإشارة ان الفقه اختلف في تفسير امتداد التعويض في الحراسة الاتفاقية الى الضرر المباشر غير المتوقع اذا كان هناك غش او خطأ جسيم من الحارس ، فذهب رأي الى ان الحارس اذا ارتكب غشاً او خطأ جسيماً تنقلب المسؤولية في الحراسة الاتفاقية من عقدية الى تقصيرية فليلتزم الأخير بالتعويض عن جميع الاضرار المتوقعة وغير المتوقعة[١] ، في حين ذهب رأي أخر الى أن مسؤولية الحارس تبقى عقدية إلا أن التشديد على الحارس بالتعويض الضرر غير المتوقع نوع من العقوبة المدنية لمجازاته على غشه او خطئه الجسيم[٢] .

الا أننا نرى أن مسؤولية الحارس في الحراسة الاتفاقية في الحالة الاستثنائية – الغش والخطأ الجسيم– لا تنقلب من عقدية الى تقصيرية ، وأن الامر لا يعدو أن يكون تنظيماً للمسؤولية العقدية يتضمن نوعا من الشدة على اساس ارتكاب الحارس غشا او خطا جسيم .

اما بالنسبة للضرر الادبي في نطاق الحراسة الاتفاقية ، عرف بالضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره أو كرامته أو إحساسه أو شرفه، أو هو الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية للمتضرر[٣] ، فان القانون المدني العراقي لم يرد فيه أي نص يقتضي بإمكانية التعويض عنه من عدمه في المسؤولية العقدية ، ونتيجة هذا الفراغ التشريعي فقد اختلف الفقه في جواز

---

[١] انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، مصدر سابق ، ص ٥١١.

[٢] علي مطشر عبد الصاحب ، الالتزام بضمان السلامة في تنفيذ العقود، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٨، ص ٢١٥.

[٣] انظر : ود حسن الخطيب نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي ،مطبعة حداد للنشر والتوزيع، البصرة ،١٩٥٥ ص ٢٨٨ و كما عرفته محكمة التمييز العراقية بأنه" الضرر الذي يصيب المتضرر في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو أي معنى من المعاني التي يحرص الإنسان عليها" انظر: القرار رقم ٢٥/مدنية أولي /١٩٧٩/في ١٩٨٠/٢/٢٦ ،أشار إليه علي مطشر عبد الصاحب ،مصدر سابق، ص ٢١٦. وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه (كل ما يؤذي الإنسان في شرفه أو اعتباره أو يصيب عاطفته ومشاعره يعد ضررا أدبيا يوجب التعويض) الطعن رقم ٢٥١٧ لسنة ٦٢ تاريخ الجلسة : ١٩٩٤/٢/٢٢

وعدم جواز التعويض عن الضرر الادبي في الحراسة الاتفاقية ، فقد ذهب رأي الى عدم التعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية وحجته في ذلك بانه نادر الوقوع ولا عبره بالنادر فضلا عن صعوبة تقديره[١].

الا اننا نذهب مع الرأي القائل بجواز تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على المسؤولية العقدية – الحراسة الاتفاقية – في نطاق الضرر الادبي لأن ندرة وقوع هذا النوع من الضرر في المسؤولية العقدية ، لا يعني انعدامه كما أن القول بصعوبة تقديره لا يعني استحالته، وعليه كما يجري تقديره في المسؤولية التقصيرية يجري تقدير في المسؤولية العقدية. [٢]

إن المشرع العراقي قد صرح بالتعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن الإخلال بالالتزام العقدي في بعض الحالات كما في المادة (١٠) من قانون النقل العراقي[٣]، رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ النافذ في إطار (عقد النقل)، فأن ذلك يعني بأن سكوت المشرع العراقي عن ذكر التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني لا يفيد معنى الرفض.

اما على مستوى التشريع المصري فقد أجاز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية والتقصيرية و ذلك في الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري بقولها"١- يشمل التعويض عن الضرر الأدبي أيضا...". حيث ورده هذه المادة ضمن المبادئ العامة في القانون المدني، إذ إنها تؤكد على أن اتجاه القانون المصري على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية.

أما مسؤولية الحارس القضائي عن الضرر الذي يسببه لأصحاب المال او للغير و الضرر الذي يحدثه الحارس الاتفاقي للغير فان مسؤوليتهما مسؤولية تقصيرية، ومن ثم يكون مسؤولا عن

---

[١] انظر د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، ، منشوارت مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١، ص ٧٧.

[٢] انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٣١.

[٣] انظر المادة (١٠) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ حيث ورد فيه عبارة الضرر بصورة مطلقة بحيث تشمل الضرر المادي والادبي حيث جاء فيها " أولاً- يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ النقل. ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية"

تعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع[١] ، فضلا عن مسؤوليته عن تعويض الضرر الادبي الذي لحق بأصحاب المال محل الحراسة او الغير وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٠٥) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها" يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في الاعتبار المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض"[٢]

وعليه نعتقد بوجوب التعويض عن الضرر الادبي في نطاق الحراسة الاتفاقية أسوة بالحراسة القضائية الذي يلحق بإصحاب الشأن او بالغير نتيجة الاخلال بالتزاماته المترتبة عليه مما يترتب عليه ضرر بالسلامة الجسدية للغير مثال ذلك اذا كان المال محل النزاع مصنعاً معيناً وتسبب بأضرار جسدية بأحد اصحاب الشأن او بالغير نتيجة اهمال الحارس ، فضلا عن مسؤولية الحارس عن الاضرار المادية التي تلحق بالغير من المحال محل الحراسة كالأضرار التي يلحقها المصنع محل الحراسة بالأموال المجاورة له .

أما في ما يتعلق بوقت تقدير التعويض فيكون وقت حصول الضرر أي وقت تحمله، لأن تقدير التعويض هو لجبر الضرر وهذا ما يحقق العدالة، كما أن الاتجاه القديم للقضاء الفرنسي كان يذهب إلى وجوب تقدير التعويض وقت حصول الضرر، حيث قضت محكمة بوردو الفرنسية والمصدق عليه من قبل محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها على" حق المتضرر في التعويض ينشأ من وقت حصول الضرر"[٣]

---

[١] انظر في نطاق تطبيق فكرة الضرر المباشر د. علي سيد حسن ، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة الثانية والخمسون ، ١٩٨٤، ص ٤٧٥– ٤٨١.

[٢] تقابلها المادة(٢٦٧) من القانون المدني الأردني التي نصت على (يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفة أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولاً عن الضمان"

[3] Mazeaud et chabas, traite theorique et pratique de La respon sabilite civil deictuelle et contractuelle,1978,p800

وبناء على ذلك نقترح على مشرع القانون المدني العراقي أن ينص صراحة على جواز تعويض الضرر الادبي في المسؤولية العقدية ، كما في القانونين المصري والفرنسي ، ليكون قاعدة عامة في التعويض تسري على الحراسة الاتفاقية وغيرها .

الفرع الثاني

عناصر التعويض

إن الغاية الاساسية من التعويض سواء في نطاق حراسة الاموال المتنازع عليها أم غيرها هو جبر الضرر الذي لحق بالمضرور، لذا فان القوانين محل المقارنة نصت على أن التعويض يشمل كل ما يلحق بالأخير من خسارة وما فاته من كسب، هذا الامر يتحقق سواء أكانت الحراسة تستند الى عقد أم حراسة قضائية، ففي نطاق الحراسة الاتفاقية يتم الرجوع لنص المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء أكان التزاما بنقل ملكية أم منفعة أم أي حق آخر أم التزاما بعمل أم بامتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو لتأخره عن الوفاء به" [1].

أما إذا كانت مسؤولية الحارس قائمة على العمل غير المشروع الذي يلحق بالغير او كانت الحراسة قضائية فيتم تحديد عناصر التعويض وفقا للمادة (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع" .

---

[1] انظر : المادة (١/٢٢١)من القانون المدني المصري والتي جاء فيها" ١- إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ،ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ...."والمادة (١١٤٩) من القانون الفرنسي بقولها "التعويضات المستحقة للدائن تشمل بوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب" انظر ايضا : بكر طارق اسماعيل السامرائي ، الالتزام بضمان السلامة ، ط١، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠، ص ٢٦٥-٢٦٦. انظر ايضا : اكرم محمد حسين ، التنظيم القانوني للمهني ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠، ص ٢١٩.

وعليه يتضح مما تقدم أن عناصر التعويض سواء كانت المسؤولية عقدية ام تقصيرية يجب أخذها بنظر الاعتبار ما لحق المضرور– اصحاب الشأن او الغير – من خسارة وما فاته من كسب، بسبب اخلال الحارس بواجبات الحراسة او اهماله فهذان العنصران يجب على القاضي مراعاتهما عند الحكم بالتعويض .

ومثال على الضرر الذي يمكن ان يلحق بأصحاب الشأن من جراء عدم قيام الحارس بواجبات الحراسة ، اذا كانت الاموال محل الحراسة أرضا زراعية وتقاعس الحارس عن استثمارها وزراعتها مما ترتب على ذلك خسارة منتوج الارض الذي كان يحصل عليه اصحاب الشأن قبل وضع هذه الارض تحت الحراسة.

ومثال الكسب الفائت عن اصحاب المال اذا كانت الاموال محل الحراسة بضائع تم استيرادها من قبل اصحاب الشأن وفي اثناء وضعها تحت الحراسة تقدم شخص بوعد شرائها بثمن أعلى من ثمن استيرادها كربح لهم بشرط انتهاء النزاع المتعلق بها ، وقصر الحارس في أداء واجبات الحفظ مما ترتب عليه تلف البضاعة محل الحراسة، ففي هذه الحالة قد لحق بأصحاب الشأن خسارة تتمثل بثمن استيراد البضاعة وكسب فائت يتمثل بما زاد على هذا الثمن.

وقد يصيب هذا الضرر الغير – أي شخص من غير اصحاب الشأن – ففي هذه الحالة ايضا واستنادا لنص المواد اعلاه يستحق التعويض وأن يراعا فيه العنصران المذكوران، من الامثلة على الخسارة والكسب الفائت التي تصيب الغير نتيجة اعمال الحراسة هي اذا كان محل الحراسة مصنعاً معيناً وترتب عليه اضرار بحقول المواشي القريبة نتيجة وضع مخلفات المصنع في المياه النهر التي يعتمد عليها اصحاب هذه الحقوق مما ترتب عليه نفوق جميع المواشي ،فان اصحاب الحقول قد لحق بهم خسارة تتمثل بثمن هذه المواشي وما تم صرفه عليها اما الكسب الفائت هو الربح الذي سيتحقق لو بقيت هذه المواشي لحين بيعها لان الغرض من تربيتها هو تحقيق الربح .

وينبغي الاشارة الى أن الضرر الذي يتحلل الى عنصرين في نطاق الحراسة على الاموال المتنازع عليها هو الضرر المادي، وعلى المحكمة عند تقدير التعويض يجب أن تتقيد بهما ولا يكون من حقها أن تتعداهما [١] .

أما الضرر الادبي في نطاق الحراسة فلا يكون من عنصرين، وانما هو عنصر قائم بذاته، وعلى القاضي ،ن يراعي الضرر الادبي في تقدير التعويض حتى يكون التعويض ترضية كافية للمضرور ، مثل الضرر الادبي الذي يلحق بأصحاب المال محل الحراسة المتمثل بإفلاس اصحاب المال نتيجة هلاك المال لإهمال الحارس وعدم قيامه بواجب المحافظة عليه كما هو مطلوب منه، فان افلاس اصحاب المال يؤثر على شعورهم وعلى سمعتهم، ومن ثم يكون هناك ضرر ادبي قد لحق بهم اضافة للضرر المادي الذي اصابهم نتيجة فقدهم هذه الاموال .

---

[١] انظر: د حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ،٢٠٠٤،ص٩٩-١٠٠ وتطبيقا لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية على أن (التعويض مقياسه الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ .شموله عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته. للقاضي تقويمهما بالمال .شرط أن يقل أو يزيد عن الضرر متوقعا كان أو غير متوقعا متى تخلف عن المسؤولية التقصيرية انظر: د ابراهيم سيد أحمد ،عقد الوديعة فقها و قضاءا ، قسم المبادئ القضائية ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة الكبرى ، ٢٠٠٥، ٢٠٤ .

المبحث الثاني

انتهاء حراسة الاموال المتنازع عليها

إن الحراسة على الاموال المتنازع عليها بجميع انواعها مؤقتة ولا تمس أصل الحق لأن الغرض منها هو المحافظة على المال محل الحراسة لحين انتهاء النزاع ، فما دامت الحراسة مؤقتة فهي حتماً آيلة الى الانتهاء ، وذلك عبر طرق فهي إما أن تنتهي باتفاق اطراف النزاع ، حتى وان كان هذا الامر قبل انتهاء النزاع الحاصل بشأن الاموال الموضوعة تحت الحراسة ، كما تنتهي الحراسة بموجب قرار قضائي صادر من المحكمة المختصة اذا توافرت الاسباب الدعية الى اصدار مثل هذه القرارات كما لو ثبت الحق في هذه الاموال لأحد أطراف النزاع، أو زالت الاسباب التي دعت لفرض الحراسة .

فاذا انتهت الحراسة بالطرق التي تم ذكرها في أعلاه فانه يترتب عليها جملة من ألاثار القانونية سواء بالنسبة لأطراف النزاع ام للحارس لأن الاخير يقع عليه التزام يتمثل برد المال محل الحراسة فيجب عليه تنفيذه عند تحقق هذا الانتهاء .

وفي ضوء ما تقدم لابد من دراسة طرق انتهاء حراسة الاموال المتنازع عليها فضلا عن بيان الاثار القانونية المترتبة على الانتهاء .

وعليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب سنتطرق في الاول لانتهاء الاتفاقي للحراسة اما المطلب الثاني سنخصصه الانتهاء القضائي للحراسة ، اما المطلب الثالث والاخير سنبين فيه الاثار القانونية المترتبة على انتهاء الحراسة وعلى الشكل الاتي :

المطلب الاول : الانتهاء الاتفاقي للحراسة

المطلب الثاني: الانتهاء القضائي للحراسة

المطلب الثالث :الاثار القانونية المترتبة على انتهاء الحراسة

المطلب الاول

انتهاء الاتفاقي للحراسة

إن الحراسة– كما ذكرنا سابقا– تنتهي باتفاق أصحاب الشأن، لأن الحراسة في الاصل تم فرضها من اجل تحقيق مصلحة اطراف النزاع ، فبالتالي فان من حقهم الاتفاق على انهائها متى ارادوا ذلك، وهذا الاتفاق غير مرتبط بتحديد من هو صحاب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة ،

ومن الجدير بالذكر أن الحراسة الاتفاقية تنتهي بثبوت الحق لأحد أطراف النزاع ، فاذا ثبت الحق لأحد الاطراف تنتهي الحراسة من تلقاء نفسها وان كان في الاصل يجوز الاتفاق على انتهائها دون التقيد بثبوت الحق ،

وفي ضوء ما تقدم ولبيان الانتهاء الاتفاقي للحراسة لابد من تحديد الاساس القانوني لحق انهائها بالاتفاق فضلا عن تحديد من له حق انهاء الحراسة.

وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الاول للأساس القانوني لإنهاء الحراسة بالاتفاق ، اما الفرع الثاني سنكرسه لتحديد احكام الانتهاء الاتفاقي للحراسة .

الفرع الاول

التأصيل القانوني لأنهاء الحراسة بالاتفاق

عند الرجوع لنصوص قانون المرافعات العراقي الخاصة بتنظيم الحراسة القضائية وبالتحديد المادة (١٤٧– ١٤٨) لا نجد فيها أي اشارة لموضوع انهاء الحراسة باتفاق اطراف النزاع ، فكان الاجدر بالمشرع النص صراحة على اعطاء الحق لأطراف النزاع بأنهاء الحراسة اذا اتفقوا على ذلك، وخصوصا أنه نص على حقهم في تعيين الحارس فكان الاجدر أن ينص على هذه الحالة بوصفها أكثر أهمية ، على العكس من القوانين محل المقارنة الاخرى التي نصت على ذلك بجميع انواع الحراسة كونها قد نظمتها في القانون المدني.

اما بخصوص الاساس القانوني لحق اطراف النزاع بأنهاء الحراسة الاتفاقية ، فعلى الرغم من عدم تنظيم المشرع لها الا انه يمكن ان نستخلص ذلك من المبادي العامة في القانون المدني بالتحديد من (مبدا سلطان الارادة) الذي يعرف بأنه قدرة الارادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك بحدود النظام العام والآداب، وانها كذلك جزء من رسم نطاق العقد وتحديد اثاره، وهي وحدها قادرة على انهائه[١] ، ومن ثم فان ارادة اطراف العقد مثلما استطاعت ان تنشئ العقد ايضا تستطيع أن تعدل منه او تنهيه بشرط اتفاق جميع اطرافه على ذلك وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي بقولها " ١- اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ألا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي " [٢] .

فبما أن الحراسة الاتفاقية هي عقد قد قامت باتفاق اطراف النزاع على وضع المال محل النزاع في حراسة شخص معين للمحافظة عليه حتى ينتهي النزاع القائم بشأنه ، فيستطيع هؤلاء ان ينهوها باتفاقهم جميعا، فاذا اتفقوا على ذلك فأنها تنتهي بدون حاجة الى اجراء اخر وذلك لأنها وجدت لمصلحتهم وليس هناك مبرر على اصدار حكم لأنها مثل ما وجدت بموجب عقد فأنها ايضا تنتهي بموجب اتفاق جديد .

اما في نطاق الحراسة القضائية في القانون المدني العراقي فقد نص على انتهائها بطريق واحد وهو صدور حكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨/ ٢) التي جاء فيها " تنتهي الحراسة بقرار من القضاء " على العكس مما ذهبت اليه القوانين محل المقارنة .

---

[١] انظر د.عبد الرؤوف دبابش أحملاوي دغيش، بدأ سلطان الإ اردة في العقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية – جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد ٤٤، ٢٠١٦، ص ٢٥٨.

[٢] انظر المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للأسباب التي يقررها القانون" وتقابلها المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي الي جاء فيها " تقوم للعقود المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة الى من ابرمها ، ولا يمكن الرجوع عنها الا برضاهم المتبادل او للأسباب التي يجيزها القانون..... "

لذا نرى ان عدم اعطاء الحق لأطراف النزاع في الاتفاق على انهاء الحراسة نقصا تشريعا يجب تلافيه وخصوصا ان المشرع العراقي في قانون المرافعات وبالتحديد المادة (٢/١٤٧)[١] الحق لأطراف النزاع الاتفاق على تعيين الحارس وذلك لغرض تحقيق مصلحتهم ، فكان من باب أولى أن يجعل لإرادة الاطراف دوراً ايضا في موضوع انهاء الحراسة وخصوصا اذا ما علما أننا في مسألة الانتهاء الاتفاقي للحراسة اكثر تحقيقا لمصالحهم من الحالة الاولى، لإن الاتفاق على ذلك يؤدي الى اعادة المال لحيازتهم وادارته بأنفسهم مما يحقق مصالحهم.

لذا نقترح على المشرع العراقي عند نقل المادة (٢/١٤٨) من قانون المرافعات للقانون المدني الى التنظيم المقترح الخاص بالحراسة أن يعدلها على أن تكون مادة مستقلة تبين طرق انتهاء الحراسة .

أما على مستوى القانون المدني المصري فقبل أن نبين السند القانوني لاتفاق انهاء الحراسة لابد من الاشارة الى أن القانون المدني المصري قد نص على الطريق الطبيعي الذي تنتهي به الحراسة وهو ثبوت الحق لاحد اطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة (٧٢٩)[٢] التي ورد في مضمونها بأن الحارس في عقد الحراسة عليه أن يرد المال محل الحراسة للشخص الذي يثبت له الحق فهذا يدل دلالة واضحة بأن الحراسة تنتهي بثبوت الحق لأحد اطراف النزاع .

فقد نص القانون الذي نحن بصدد عرض النصوص القانونية التي تعد اساسا لحق اطراف النزاع لاتفاق على انهاء الحراسة فقد نص بصورة صريحة في المادة (١/٧٣٨) منه على هذا الحق حيث جاء فيها " تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا او بحكم القضاء " حيث يفهم من نص المادة اعلاه ان القانون المدني المصري قد أعطى لأطراف النزاع الحق في انهاء الحراسة، سواء كانت حراسة اتفاقية ام قضائية .

اما على مستوى القانون المدني الفرنسي فقد نجد الاساس القانوني للأنهاء الاتفاقي للحراسة بالتحديد في المادة (١٩٦٠) التي جاء فيها " لا يمكن للوديع المكلف بالحراسة ان يعفى من

---

[١] انظر المادة (٢/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعا...." .

[٢] انظر المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الحراسة عقد .....فيتكفل هذا الشخص بحفظة وبإدارته وبردة مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" .

مهمته قبل انتهاء النزاع الا في حال موافقة الاطراف المعنية او لسبب يعتبر مشروعا " حيث يتبين من ذلك ان القانون المدني الفرنسي قد سمح للأطراف النزاع الاتفاق على انهاء الحراسة.

الفرع الثاني

احكام الانتهاء الاتفاقي للحراسة

يرتب الانتهاء الاتفاقي للحراسة احكاما قانونية على ذلك ،تتلخص بمن هو الذي يحق له الاتفاق على انهاء الحراسة؟ أي اشخاص اتفاق انهاء الحراسة ، وما هو الحكم اذا طعن شخص ما بهذا الاتفاق بالبطلان او التزوير فضلا عن الاثار التي تترتب على الانتهاء الاتفاقي ، لذا سنتطرق لكل واحدة من هذه الفرضيات بنقطة مستقلة وكلاتي :

اولا :الحق في انهاء الحراسة :

لأصحاب الشأن جميعا الحق في انهاء الحراسة بمعنى اخر الاطراف الذين لهم حق على ملكية المال محل الحراسة وهذا ما عبرت عنه المادة (١/٧٣٨) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا ...." وايضا نصت عليه المادة (١٩٦٠) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " لا يمكن للوديع المكلف بالحراسة أن يعفى من مهمته قبل انتهاء النزاع الا في حال موافقة الاطراف المعنيين...."

حيث يتضح من نصوص القوانين محل المقارنة المذكورة اعلاه بأن حق انهاء الحراسة مقصور بأصحاب الشأن فقط ولا يمتد الى غيرهم ممن لم تكن له مصلحة في ذلك ، فاذا لم يتحقق الاجماع على انهاء الحراسة لا يمكن القول بالانتهاء الاتفاقي وانما يتم اللجوء للانتهاء بحكم القضاء .

والجدير بالذكر أن الاتفاق على انهاء الحراسة يرد على حّدٍ سواء على الحراسة الاتفاقية وعلى الحراسة القضائية كما بينا سابقا ولا يرتبط بحسم النزاع الموضوعي بشأن الاموال محل الحراسة، فقد تم ابرام هذا الاتفاق قبل حسم النزاع وثبوت الحق لاحد الاطراف المتنازعة، ومن ثم لا يحتاج الى حكم من القضاء للتأكيد هذا الانتهاء ، فمثلا اذا كان المال موضوع الحراسة مالاً شائعا تم وضعه تحت الحراسة بسبب منازعتهم حول انصبتهم فيه ، وبعد وضعه تحت الحراسة

تم الاتفاق بين الاطراف حول الانتفاع بالمال عن طريق المهايأة، ففي هذه الحالة يعد ذلك اتفاقا على انهاء الحراسة قبل حسم النزاع [١] .

كما ان اتفاق اصحاب الشأن حول انهاء الحراسة قد يكون بصورة صريحة او ضمنية يمكن ان يستشف من خلال ظروف الاتفاق وملابساته، كالاتفاق الصريح لجميع اصحاب الشأن على أن يقوم الحارس بتسليم المال موضوع الحراسة لاحدهم فلا يعد ذلك الا اتفاقاً على انهاء الحراسة بصورة صريحة[٢].

مما تجدر اليه الاشارة في عد الانهاء انهاء للحراسة يجب ان يتم رد المال لأحد اطراف النزاع لأن الغاية من الحراسة هو ابعاد هذا المال من يد اطراف النزاع لغرض المحافظة عليه ، فان رده لها يعد دليلا على انتهاء أسباب النزاع ومن ثم انتهاء الحراسة ، اما تسليم المال من يد الحارس الى يد شخص اخر من غير اطراف النزاع يعد تغييرا لشخص الحارس دون انتهاء الحراسة .

وذا يحصل في كثير من الاحيان بعد وقوع الاتفاق على انهاء الحراسة قد يصدر من أحد اطراف النزاع ما ينكر وقوع الاتفاق منه او يطعن بصحة الاتفاق بالبطلان او التزوير وغيرها من الامور التي تجعل الاتفاق غير صحيح ، أي يقع نزاع بشان اتفاق انهاء الحراسة، ففي هذه الحالة يجب ان يتم انذار الحارس بوجوب عدم تنفيذ الاتفاق المنهي للحراسة والامتناع عن رد المال او تسليم المالي لاحد اطراف النزاع، ففي هذه الحالة ينظر قاضي الامور المستعجل في الامر ومدى جدية الطعن المقدم بخوص الاتفاق فاذا تبين للقاضي جدية الامور التي يستند عليها الطعن ففي هذه الحالة يتم الابقاء على استمرار مهمة الحارس وعدم صحة الاتفاق، اما اذا تبين من كل ذلك عدم جدية اسباب الطعن ففي هذه الحالة يقرر القاضي تنفيذ اتفاق انهاء

---

[١] انظر ايضا حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، مصدر سابق ، ص ٣٣٩.

[٢] انظر : انظر : رضا محمد عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٥٢٩-٥٣٠ .

الحراسة وبالتالي الحكم الصادر هنا يعد حكما كاشفا عن صحة الاتفاق لا منشأ لإتفاق الانتهاء [١].

ثانيا : انتهاء مهمة الحارس تبعا لانتهاء الحراسة:

من المعروف أن الحارس يستمد صلاحياته في مباشرة مهام الحراسة من السبب المنشئ لها – الاتفاق والحكم القضائي– فإذا كان الاتفاق ينشئ الحراسة وتبعا لذلك يخول الحارس السلطات على المال محل النزاع ، فالاتفاق ايضا ينهي الحراسة وينهي تبعا لذلك مهمة الحارس ، وبالتالي يترتب على ذلك رد المال محل الحراسة لاحد اطراف الشأن .

وهذا ما نصت عليه المادة (٧٣٨) من القانون المدني المصري التي ورد في فحواها بأنه في حالة انتهاء الحراسة بالاتفاق او بقرار قضائي على الحارس ان يبادر الى رد الشيء المعهود اليه بحراسته[٢] ، إذ يتضح من ذلك بانه بمجرد وقوع الاتفاق على انهاء الحراسة تنتهي مهمة الحارس بصورة تلقائية دون الحاجة الى أي إجراء آخر ومن ثم يلتزم الحارس برد المال محل الحراسة.

ومن الجدير بالذكر أن الحارس بمجرد الاتفاق على انتهاء الحراسة يجب عليه رد المال موضوع الحراسة ، إلا أن الحارس يمكنه الامتناع عن تنفيذ التزامه أي يمتنع عن تسليم او رد المال لأحد اطراف النزاع المحدد بموجب الاتفاق الحاصل وحبس هذه الاموال ، حتى يستوفي جميع الحقوق التي ترتبت له بموجب الحراسة في ذمة اصحاب الشأن ، فمثلا يستطيع الحارس الذي لم يستوفي الاجرة المقررة له بموجب الحراسة حتى في حالة الاتفاق على انتهاء الحراسة أن يحبس المال محل الحراسة حتى يتم استيفاء جميع الحقوق[٣] ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٢) من

---

[١] انظر د. محمد عزمي بكري ، مصدر سابق ، ص ٤١٢.

[٢] انظر المادة (٧٣٨) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ١- تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا او بحكم القضاء ٢- وعلى الحارس حينئذ ان يبادر الى رد الشيء المعهود الية حراسته الى من يختاره ذوو الشأن او يعينه القاضي "

[٣] انظر الصفحة (١٦٨- ١٧٢) من هذه الاطروحة.

القانون المدني العراقي التي جاء فيها "لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشا بسبب المدين وكان مرتبطا به " [١] .

يتضح من ذلك أن الحارس يستطيع أن يحبس كل المال محل الحراسة لحين استيفاء حقوقه في حال الاتفاق على إنهاء الحراسة ولم يقم أطراف النزاع بتسديد هذه الحقوق، إلا أن القانون أعطى الحق لأصحاب الشأن بالتخلص من حق الحبس المقرر للحارس اذا قاموا بعرض الوفاء بالتزاماته وفقا لما هو مقرر قانونا .

مما يجدر ذكره ان الحارس يبقى مسؤولا عن المال محل الحراسة من وقت وقوع الاتفاق لحين تسليم المال لأطراف النزاع ، فلا تنتهي مسؤوليته بمجرد الاتفاق على انهاء الحراسة وانما لحين التسليم وتنفيذ اخر التزامٍ له وهو رد المال محل الحراسة .

كما من الامور التي لابد من ذكرها ان التشريعات العراقية لم تنص على التزام الحارس بالرد وهذا ما بيناه في التزامات الحارس وتم بيان الاقتراح المناسب الذي يعالج النقص التشريعي في هذا الخصوص[٢] .

---

[١] تقابلها الفقرة الاولى من المادة (٢٤٦) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به او ما دام الدائن لم يقم بتقديم كاف للوفاء بالتزامه هذا"

[٢] انظر الصفحة (١١٦-١٤٣) من هذه الاطروحة.

المطلب الثاني

الانتهاء القضائي للحراسة

ذكرنا في المطلب السابق أن حراسة الاموال المتنازع عليها تنتهي باتفاق اصحاب الشأن جميعا ، ألا انه في الكثير من الاحيان قد لا يحصل الاتفاق بين الاطراف على انهاء الحراسة ، ففي هذه الحالة لا يكون امامهم الا اللجوء للقضاء لاستصدار قرار قضائي يقرر انهاء الحراسة بشرط توافر الاسباب التي تمكن القضاء من اصدار هذا القرار، وذلك لان الحراسة في الاصل تهدف الى حماية حقوق الاطراف المتنازعة فاذا انتفت الاسباب التي ادت الى فرضها زالت الحكمة من وجودها ومن ثم لابد من انتهائها .

لذا فان دراسة انتهاء الحراسة قضائيا يقتضي منا التطرق لمبررات انهاء الحراسة قضائيا، فضلا عن ذلك لابد من بيان احكام الانهاء القضائي للحراسة.

وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الاول مبررات انهاء الحراسة قضائيا ، اما الفرع الثاني سنتطرق فيه لأحكام الانتهاء القضائي للحراسة .

الفرع الاول

مبررات انهاء الحراسة قضائيا

إن الحراسة تقرر من أجل حماية مصلحة اطراف متنازعة حول هذه الاموال، ومن ثم لا يبقى مبرر لبقائها اذا ثبت الحق لأحد الاطراف أو زالت مبررات فرض الحراسة ، وعليه فان مبررات إنهاء الحراسة قضائيا هي أولا : ثبوت الحق في المال محل الحراسة لأحد أصحاب الشأن، وثانيا : زوال المبررات التي دعت لفرض الحراسة سنتطرق لذلك في فقرتين مستقلتين وكالاتي :

اولا : ثبوت الحق في المال محل الحراسة لأحد أصحاب الشأن

إن أحد اسباب قيام الحراسة هو أن يكون الحق في الاموال غير ثابت لأحد، وهذا ما نص عليه ذيل المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها "... ورده مع غلته المقبوضة

الى من يثبت له الحق فيه" إذ يتضح من العبارة الاخيرة من المادة أن أحد الاسباب المبررة لإنهاء الحراسة هو ثبوت الحق لأحد اصحاب الشأن فاذا ثبت الحق لاحدهم فلا يبقى مبررا لبقائها .

وكذلك نصت عليه المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري بقولها "... او يكون الحق فيه غير ثابت ....." حيث يتبين أن أحد اسباب فرض الحراسة بجميع انواعها هو أن يكون الحق في الاموال غير ثابت .

فاذا ثبت الحق لأحد اطراف النزاع سواء كان عن طريق التراضي بينهم أم ثبوته عن طريق قرار قضائي، فهنا يجب أن تنتهي الحراسة فاذا لم يتفقوا على إنهائها بالتراضي ففي هذه الحالة يلجأ الى القضاء لإصدار قرار قضائي بالأنهاء، ومثال ذلك اذا كان هناك نزاع على ملكية مال وترتب على هذا النزاع وضع ذلك المال تحت الحراسة ، فاذا صدر حكم في موضوع النزاع يبين فيه أي من الاطراف المتنازعة هو المالك ففي هذه الحالة تنتهي الحراسة وذلك لانتفاء الغرض من وجودها أو ازوال مبرر وجودها[١] .

ويشترط في القرار القضائي الذي قرر ثبوت الحق لأحد أطرف النزاع أن يكون نهائيا ، أي أن يكون القرار القضائي المنهي للحراسة – الذي أثبت فيه الحق لاحد الاطراف– قد استنفذ جميع مراحل الطعن وأصبح حكما باتا أي لا يجوز الطعن فيه عن طريق الاستئناف او غيره من طرق الاستئناف العادية[٢] .

إن التساؤل الذي يثار هو هل يكفي قرار ثبوت الحق لاحد اطراف النزاع في انهاء الحراسة قضائيا ام يحتاج لقرار خاص يقرر نهاء الحراسة ؟

يذهب رأي الى أن ثبوت الحق لأحد أصحاب الشأن يكون سببا كافيا لأنهاء الحراسة بحكم القانون، أي من دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء المختص لإصدار قرار بإنهائها وذلك لزوال

---

[١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق ، ص ٩٥٧. انظر ايضا ألان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص ٥٦٦.

[٢] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ .

مبررات فرضها، ومن ثم زالت الحكمة من وجودها، فيترتب على ذمة الحارس رد المال محل الحراسة للشخص الذي ثبت له الحق كون أن مهمته قد انتهت [١] .

في المقابل هناك رأي أخر يذهب الى أن الحراسة لا تنتهي بمجرد صدور قرار قضائي يحسم الحق الموضوعي ويرجع احد الاطراف على الاخر بأحقيته بهذا المال ، وإنما يعد القرار الذي حسم النزاع سببا للمطالبة بإصدار قرار جديد لأنهاء الحراسة.

ونحن نرى أن الحراسة لا تنتهي بقرار من المحكمة لأن ثبوت الحق لأحد الاطراف يعد سبباً من الاسباب التي عن طريقها يتم تقرير انتهاء الحراسة وهذا ما أكدته المادة (١٤٨/ ٢) الي جاء فيها " تنتهي الحراسة بقرار من القضاء " [٢] إذ يفهم من ذلك أن ثبوت الحق لا يكفي لأنهاء الحراسة وانما يجب صدور قرار من المحكمة بإنهائها.

ثانيا: تغير المبررات التي دعت لفرض الحراسة :

من المعروف –وكما ذكرنا– سابقا أن الحراسة بكل انواعها توجد لتوافر مبررات معينة كوجود نزاع او خطر محدق بالمال محل الحراسة وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي[٣] ، إذ يتبين من النص المتقدم أن الحراسة تثبت بسبب هذه المبررات والاسباب ، لذا تنتهي الحراسة اذا تغيرت المبررات وزالت الاسباب التي اوجبت فرضها ، وذلك بسبب زوال الحكمة من فرضها ومن ثم يستطيع أي شخص صاحب مصلحة ان يقدم طلباً للمحكمة المختصة لغرض انهاء الحراسة ، والمحكمة المختصة اذا وجدت جدية الادعاء بزوال المبررات التي بموجبها فرضت الحراسة ففي هذه الحالة فإنها تقضي بأنهاء الحراسة أما إذا لم

---

[١] انظر علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ١٩٤.

[٢] تقابلها المادة (٧٣٨) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا او بحكم من القضاء " .

[٣] انظر المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة مما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ... تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " الحراسة عقد يعهد بموجبة الطرفان ..... مال يقوم بشأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت ....." والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئا متنازعا عليه ....."

يكن هذا الادعاء جدياً فتقضي بعدم اختصاصها نوعيا بانتهاء الحراسة لان حكمها بالانتهاء حينئذ يعد مساسا بأصل الحق[١] .

ومن الامثلة على تغيير الظروف والمبررات التي من أجلها تم فرض الحراسة ، أن يُعينّ حارساً على تركة او على شركة ، وبعد ذلك يتم تعيين مصفٍ على هذه التركة او الشركة ، فهذا يعني دخول مهمة الحارس في مهمة المصفى ،ومن ثم لا يبقى مبرر لبقاء الحراسة وذلك لتغير او زوال مبررات فرضها ، وكذلك لو عين حارس على مال بسبب اختلاف الشركاء حول انصبتهم ، ثم اتفقوا على الانتفاع بها عن طريق تقسيمها قسمة مهايأة ، فهنا تنتهي الحراسة وذلك لعدم بقاء مبرر لاستمرارها ومن ثم يستطيع كل شريك ان يضع يده على حصة مفرزة بصورة مؤقتة لينتفع بها حتى يحسم النزاع الموضوعي[٢].

وفي كل ما تقدم فان تغيير المبررات التي تؤدي الى انتهاء الحراسة فإنها تقع قبل حسم النزاع الموضوعي الذي كان معروضا على المحكمة المختصة، لأن اذا تم حسم النزاع الموضوعي فلا يمكن الرجوع بعد ذلك للنظر لتغيير المبررات أو عدم تغيرها .

والتساؤل الذي يطرح هنا هو ما الحكم اذا كان هناك اكثر من نزاع قائم بشان المال الشائع محل الحراسة، احدهما حول الملكية والاخر حول الادارة، وان فرض الحراسة قد استند على أحدهما دون الأخر فهل يؤثر تغيير المبرر الاخر على الحراسة ويكون سببا في انتهائها؟.

إن الاجابة على هذا التساؤل هو أن المحكمة تصدر قرارها بانتهاء الحراسة متى ما تغيير او زال المبرر الذي دفعها الى فرض الحراسة ، حتى ولو كان هناك سبب أخر يمكن ان يكون سببا لفرض الحراسة لكن المحكمة لم تستند عليه في تقريرها للحراسة في بداية الامر ، ومن ثم فان السبب الاخير وإن كان صالحا لأن يكون مبررا لفرض حراسة جديد إلا انه لا يمكن أن نستند عليه للبقاء على الحراسة السابقة لعدم الاعتماد عليه في فرض الحراسة الاخيرة ، وعلى العكس

---

[١] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤.

[٢] انظر: صلاح الدين بيومي و اسنكدر سعد زغلول ، الموسوعة في القضاء المستعجل ، ط٢، دون ذكر الناشر ومكان النشر ، ١٩٧١، ص ٣٧٧. معوض عبد التواب ، دعاوى الحراسة ، مصدر سابق ، ص ٢٢١.

من ذلك فان المحكمة لا تقرر انتهاء الحراسة اذا كانت المبررات التي يدعي احد الاطراف بزوالها هي ليست المبررات التي أدت الى فرض الحراسة[١]

الفرع الثاني

أحكام الانتهاء القضائي للحراسة

لتحديد أحكام الانتهاء القضائي لحراسة الاموال المتنازع عليها لابد من تحديد الاشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب انتهاء الحراسة ، فضلا عن بيان المحكمة المختصة في نظر طلبات انتهاء الحراسة .

لذا سنتطرق لهذه الفرضيات في نقطتين منفصلتين :

اولا : من لهم الحق في طلب انهاء الحراسة :

من المعروف أن الحراسة توجد بتوافر المبررات التي توجب وجودها فاذا تغيرت هذه المبررات او قد ثبت الحق للأحد أصحاب الشأن ، يستطيع كل صاحب مصلحة في إنهائها بأن يقدم طلباً لإنهائها الى المحكمة المختصة على أن يراعي اجراءات رفع الدعوى الواردة في المواد (٤٤- ٥٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت بوجوب أن ترفع الدعوى بعريضة، فضلا عن ذلك يجب ان تشتمل عريضة دعوى انهاء الحراسة على اسم المحكمة التي تقام فيها دعوى الحراسة، اسم طالب انهاء الحراسة قضائيا ، كما يجب ان يؤرخ تحرير عريضة دعوى الانهاء وغيرها من المسائل التي حددتها المواد المشار اليها اعلاه [٢].

وفي ضوء ما تقدم فان الاشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب انهاء الحراسة او رفع دعوى انهاء الحراسة هو كل شخص له مصلحة تتأثر في بقائها .

إلا أن السؤال الذي يثار هنا هل أن الشخص الذي يحق له طلب انهاء الحراسة يشترط فيه أن يكون طرفا في دعوى فرض الحراسة ام لا ؟.

---

[١] انظر عماد جواد كاظم ، مصدر سابق ص ٢٣٤-٢٣٥.

[٢] انظر مدحت المحمود ، مصدر سابق ، ص ٧٥ وما بعدها وانظر ايضا : د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ وما بعدها .

والاجابة عن هذا السؤال تتلخص بمثل ما يحق لأحد الخصوم في دعوى فرض الحراسة أن يقدم طلباً بإنهائها يستطيع أي شخص وأن لم يكن طرفاً في الدعوى الابتدائية التي بموجبها فرضت الحراسة ، اذا كان قرار فرض الحراسة يؤثر على مصلحته ، كما لو تم فرض الحراسة عن طريق الخطأ على أموال تعود له كانت مودعة لدى أحد أطراف الخصومة أو تم فرض الحراسة عن طريق التواطؤ بين الخصوم[١] .

ومن الجدير بالذكر أن المحكمة المختصة عندما يقدم لها طلب انهاء الحراسة من أصحاب المصلحة، ففي هذه الحالة فإنها لا تنظر في أوجه النزاع او مبررات فرض الحراسة ابتداء، وانما تقتصر سلطة المحكمة على تقدير مدى جدية الاسباب التي استند عليها مقدم الطلب في انهاء الحراسة، فمثلا اذا كانت الحراسة قد فرضت بسبب نزاع بين الشركاء حول حصصهم ومن ثم اتفقوا على قسمة المهايأة ومن ثم قدم طلب انهاء الحراسة لغرض تسليم كل شريك فيهم الحصة المتفق عليها لغرض الانتفاع بها للمدة المتفق عليها ، فالمحكمة هنا يقتصر دورها على تقدير مدى جدية وصحة اتفاق قسمة المهايأة، من دون النظر لجدية او عدم جدية اسباب فرض الحراسة ابتداء ، وكذلك اذا تم تقديم طلب بأنهاء الحراسة بسبب ثبوت الحق لأحد اطراف النزاع، ففي هذه الحالة ينحصر دور المحكمة بالنظر، هل ان الحق الموضوعي قد ثبت فعلا لأحد الاطراف ام لا من دون النظر بأسباب النزاع التي بموجبها تم فرض الحراسة[٢].

إن المحكمة المختصة عندما يتم تقديم الطلب لها فأنها تقدر مدى جدية طلب انهاء الحراسة من ظاهر المستندات ، فاذا تبين من ظاهرها قوة المبررات التي يستند عليها صاحب المصلحة في الانتهاء يصدر القاضي حكمه بذلك ، أما اذا تبين عند فحص ظاهر الطلب بان الاسباب التي يستند عليه طالب الانهاء لا ترقى لإن تكون سببا ففي هذه الحالة يقرر عدم اختصاصه بنظر دعوى انهاء الحراسة [٣] .

---

[١] انظر د. علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ١٠٩.

[٢] انظر د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية ، مصدر سابق ، ص ٢١٩- ٢٢٠.

[٣] انظر د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال ، مصدر سابق ، ص ٤٢٦-٤٢٧.

وفي ضوء كل ما تقدم يتضح أن اشخاص طلب انهاء الحراسة هم كل صاحب مصلحة سواء أكان طرفا في رفع دعوى فرض الحراسة أم لا ، ومن ثم يخضع طلب انهاء الحراسة لتقدير المحكمة بحسب جدية المبررات التي يستند عليها الانهاء .

ثانيا : المحكمة المختصة في نظر طلب إنهاء الحراسة :

إذا توافرت المبررات لأنهاء الحراسة ، وتحققت مصلحة أحد أطراف النزاع في هذا الانتهاء ففي هذه الحالة يجب تقديم طلب انهائها لكي يصدر قرار بذلك ، إلا أن التساؤل الذي يثار هو أي محكمة تصدر قرار انهاء الحراسة؟ هل هي محكمة القضاء المستعجل ام محكمة الموضوع ؟ .

فقد اختلف الفقه في تحديد المحكمة التي تختص بالنظر بطلبات انهاء الحراسة ، فقد ذهب رأي الى انها محكمة القضاء المستعجل متى ما توفر شروط تحقق اختصاص هذا النوع من القضاء ويعقد هذا الاختصاص لقاضي الامور المستعجلة حتى وان كان قرار فرض الحراسة قد صدر عن محكمة الموضوع، لأن قرار انهاء الحراسة على حقوق اطراف النزاع ولا يفصل فيها كليا ، فهو يقضي بعدم استمرار الحراسة فقط وعودة المال لأصحاب الشأن [١] .

في حين ذهب رأي أخر بان المحكمة المختصة في نظر دعوى إنهاء الحراسة هي المحاكم العادية وعدم اختصاص قاضي الامور المستعجلة فيها، ويعود السبب في ذلك أن موضوع أنهاء الحراسة لا تتوفر فيه صفة الاستعجال التي تعد أحد شروط تحقق اختصاص قاضي الامور المستعجلة ، كما أن القرار الصادر بأنهاء الحراسة يعد منهيا للخصومة ومما يترتب عليه عدم اختصاصه بهذا النوع من القرارات لأنه يختص في اصدار قرارات وقتية ولا تمس أصل الحق[٢].

إلا اننا نعتقد بان تحديد المحكمة المختصة بالنظر في طلبات انهاء الحراسة يجب أن يفرض بين فرضيتين اذا كان قرار فرض الحراسة صادراً من محكمة الامور المستعجلة فان

---

[١] انظر رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٥٣٢-٥٣٢. وانظر في نطاق الاختصاص في نظر الحراسة ، صلاح الدين بيومي، اسكندر سعد زغلول ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

[٢] انظر : حذاق السامعي ، المركز القانون للحارس القضائي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩.

صاحب الاختصاص الحصري في انهاء الحراسة هو قاضي الامور المستعجلة، أما إذا كانت الحراسة قد فرضت بموجب قرار من قاضي الموضوع، أي من المحاكم العادية فتكون هي صاحبة الاختصاص في انهائها، كما يستطيع صاحب المصلحة تقديم طلب انهاء الحراسة لمحكمة الامور المستعجلة متى ما توفرت شروط عقد الاختصاص لها، وأهم هذه الشروط هي الاستعجال ، كما يمكن الرد على القائلين بحصر اختصاص النظر بطلب انهاء الحراسة بالقضاء المستعجل أمر محل نظر، وذلك لأن انهاء الحراسة قد يكون في أغلب الاحيان من الامور غير المستعجلة، ومثال ذلك اتفاق الشركاء المختلفين بشأن حصصهم على الانتفاع بالمال الشائع عن طريق المهايأة، فان طلب انهاء الحراسة لحصول هذا الامر لا يتوفر فيه الاستعجال لعدم وجود خطر عاجل من بقاء الحارس واضعا يده على المال كونه مكلفا بإدارة المال محل الحراسة لصالح اطراف النزاع وقد يكون لديه الخبرة في الادارة أفضل من أصحاب الشأن ومن ثم لا يتوفر صفة الاستعجال حتى يتم حصر الاختصاص للقضاء المستعجل.

كما يمكن أن يرد على الرأي الذي يذهب الى حصر الاختصاص بقاضي الامور المستعجلة بداعي ان الفصل في طلب انهاء الحراسة من الطلبات المتفرعة او المتعلقة، ومن ثم يرجع بها الى قاضي الامور المستعجلة، وحسب ما نصت عليه المادة (٧٢) [١]من قانون المرافعات العراقي بان الطلبات التي يقدمها الخصوم وتكون مكملة او متفرعة او متصلة[٢] بالدعوى الاصلية تختص بها المحكمة المنظور امامها الدعوى الاصلية التي جاء فيها " تفصل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى في الدعوى الحادثة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك بشرط ألا تخرج عن اختصاصها "

والرد على ما تقدم يكون بالآتي ان دعوى الحراسة لا تكون دائما في فرضها صادرة من محكمة الامور المستعجلة حتى تكون الطلبات المتفرعة عنها خاضعة لهذه المحكمة بوصفها ملحقة بالدعوى الاصلية وفقا لنص المادة المذكور اعلاه ، وانما يمكن ان يكون قرار فرض الحراسة صادراً من المحاكم العادية، وليس الامر مقصورا على القضاء المستعجل في حال اذا

---

[١] انظر المواد (١٢٤-١٢٨) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية المصري .

[٢] لقد بينت المادة (٦٧) من قانون المرافعات العراقي بينت مفهوم الطلبات المكملة والمتفرعة عن الدعوى الاصلية .

رفعت اليها بطريقة التبعية وعدم توافر صفة الاستعجال وهذا ما نصت عليه المادة (١٤١) التي جاء فيها " ١- تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق ٢ – تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل اذا رفعت اليها بطريق التبعية اثناء السير في دعوى الموضوع "

يفهم من ذلك بأن الحراسة يمكن أن يصدر قرار فرضها من غير محكمة الأمور المستعجلة، أي عن طريق محكمة الموضوع، ومن ثم فان الطلبات اللاحقة تتفرع عن قرار فرضها كطلب أنهائها يتم تقديمه اليها، وذلك وفقا لنص المادة (٧٢) من قانون المرافعات العراقي الذي تم بيانه في اعلاه، ومن ثم تكون محكمة الموضوع مختصة في النظر بطلبات انهاء الحراسة .

وقد يثار تساؤل مفاده هل يمكن أن تنتهي الحراسة قضائيا بأمر على عريضة، ويقصد بالأمر على عريضة أن للقاضي سلطة الامر أي اصدار الأوامر نتيجة عريضة يقدمها المدعي للقاضي و لا تطبق فيها مبدأ الوجاهية ، كما هو معمول به في الأحكام القضائية و هذا ما يعرف بالسلطة الولائية للقاضي[١].

ان الاجابة على هذا تكون بالسلب، إذ لا يمكن انهاء الحراسة قضائيا عن طريق أمر على عريضة وذلك لأن المشرع في القوانين محل المقارنة قد نص صراحة على طرق انهاء الحراسة قضائيا وليس من ضمنها الامر على عريضة ونجد ذلك بالتحديد في المادة (٢/١٤٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جاء فيها " تنتهي الحراسة بقرار من القضاء " والمادة (١/٧٣٨) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " تنتهي الحراسة باتفاق ذوو الشأن جميعا وبحكم القضاء "

وفي ضوء ما تقدم يتضح ان الانتهاء القضائي للحراسة لا يكون لا بموجب قرار قضائي صادر إما عن محكمة الامور المستعجلة بوصفها صاحبة الاختصاص الاصيل في نظر دعوى الحراسة وانتهائها أو عن محكمة الموضوع اذا تم رفع دعوى الحراسة ابتداء اليها ولم تتوفر شروط القضاء المستعجل في طلب انهاء الحراسة .

---

[١] انظر :د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص ٢٤١.

المطلب الثالث

الاثار القانونية المترتبة على انتهاء الحراسة

يترتب على انتهاء الحراسة سواء أكان هذا الانتهاء اتفاقيا ام قضائيا ، جملة من الاثار القانونية بعضها يتعلق بالحارس وبعضها الاخر يتعلق بأصحاب الشأن – الاطراف المتنازعة – وذلك نتيجة لتغيير المركز القانوني لكل منهما ، فيصبح الحارس مجرد من السلطة التي كانت ممنوحة له على الاموال محل الحراسة ومن ثم عليه رد هذه الاموال لأصحابها، وفي المقابل يزال المنع الذي كان مفروضا على اصحاب الشأن من وضع يدهم على هذه الاموال و التصرف بها .

وعليه لتحديد الاثار القانونية المترتبة على انتهاء الحراسة لابد من التطرق لأثار الانتهاء بالنسبة لحارس الاموال ، واثر الانتهاء بالنسبة لأصحاب الشأن .

لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتطرق في الفرع الاول اثار انتهاء حراسة الاموال المتنازع عليها بالنسبة للحارس اما الفرع الثاني سنتناول فيه اثار انتهاء حراسة الاموال المتنازع عليها بالنسبة لأصحاب الشأن .

الفرع الاول

أثار انتهاء الحراسة بالنسبة للحارس

تترتب من وقت انتهاء الحراسة بجميع طرقها اثارٌ قانونية بالنسبة للحارس ويتمثل هذا الاثر بانتهاء مهمة الحارس وزوال صفته ، فبمجرد أن يتم الاتفاق أو يصدر القرار القضائي من المحكمة المختصة يترتب عليه انتهاء مهمة الحارس، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٧٣٨) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " وعلى الحارس حينئذ ان يبادر الى رد الشيء المعهود اليه حراسته الى من يختاره ذوو الشأن او من يعينه القاضي "

يتضح من ذلك أن وقت انتهاء مهمة الحارس هو وقت اتمام الاتفاق على الانتهاء او وقت صدور القرار القضائي بإنهائها فبمجرد تحقق الاتفاق او صدور القرار بالأنهاء يترتب زوال صفة الحارس .

إلا أن المشرع العراقي لم يحدد وقت انتهاء مهمة الحارس وزوال صفته فلم يرد نص في قانون المرافعات المدنية العراقي الذي نظم الحراسة القضائية الذي كان تنظيم مجزوء و مشوه يبين وقت انتهاء مهمته والتزامه بالرد وانما نص على حالة واحدة يمكن ان نستنتج منها وقت انتهاء مهمته وزوال صفته وهي فيما اذا ما ثبت الحق لأحد اصحاب الشأن وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٤٧) التي جاء فيها " ..... ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه "[١] .

إلا أن هذه المادة في التشريع العراقي السالفة الذكر تعالج مسألة واحدة وهو حالة انتهاء الحراسة بثبوت الحق في المال الموضوع تحت الحراسة لأحد اصحاب الشأن، فيكون وقت انتهاء مهمة الحارس وزوال صفته هو وقت ثبوت الحق، لكن طرق انتهاء الحراسة لا تقف عند حالة ثبوت الحق فقد تنتهي قبل حسم النزاع الموضوع سواء كان انتهاؤها بالاتفاق أم بموجب قرار قضائي يصدر بناءً على طلب أحد الاطراف، فلم يبين وقت انتهاء الحراسة في حالة اذا تم تقرير انتهاؤها قبل حسم النزاع الموضوعي .

لذلك نرى أن موقف القانون المدني المصري في المادة (٧٣٨) كان أكثر ايجابية عندما حدد وقت انتهاء مهمته الحارس وزوال صفة الحارس في جميع فروض انتهاء الحراسة سواء أكان انتهاءها بحسم النزاع الموضوعي ام قبل ذلك .

وعليه نؤكد على ما اقترحنا سابقا في نطاق رد المال محل الحراسة، إذ بينا من حق اطراف النزاع الاتفاق على انهاء الحراسة و يجب في حينها على الحارس ان يرد المال موضوع الحراسة بمجرد حصول الاتفاق، فضلا عن انتهائها عن طريق القضاء وذلك لأن مهمة الحارس وصفته تنتهي بمجرد حصول الاتفاق وصدور الحكم القضائي.[٢]

أما على مستوى موقف القانون المدني الفرنسي فقد سلك نفس موقف القانون المدني العراقي إذ نص على وقت انتهاء مهمة الحارس وزوال صفته في حالة واحدة وهي ثبوت الحق لاحد اطراف النزاع وذلك في المادة (١٩٥٦) منه ولم يحدد وقت انتهاء المهمة وزوال الصفة التي

---

[١] تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " ..... وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه " والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " ..... يلتزم برده بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يتسلمه "

[٢] انظر الصفحة ( ) من هذه الاطروحة .

يتمتع بها الحارس في الفروض الاخرى كاتفاق الاطراف على انهاء الحراسة او صدور قرار من المحكمة بإنهائها قبل حسم النزاع .

وعليه بينا أن انتهاء الحراسة بجميع طرقها يترتب عليه انتهاء مهمة الحارس وزوال صفته ويجب عليه رد المال محل الحراسة لأصحاب الشأن طبعا من دون الاخلال بحقه في حبس هذا المال اذا لم يستوفٍ حقوقه المترتبة بموجب الحراسة .

إلا أن التساؤل يثار حول متى تعد مهمه الحارس منتهيه وصفته زائلة، اذا كان لا يعلم بوقت تمام الاتفاق أو صدور القرار المنهي للحراسة، فهل يترتب ذلك الاثر من تاريخ وقوع الاتفاق وصدور الحكم أم من تاريخ العلم به وتنفيذ التزاماته .

نرى أن مهمته الحارس تنتهي وتزول صفته من وقت اتمام الاتفاق او صدور القرار بالأنهاء إلا ان لا يكون نافذا في حقه وحق غيره ، إلا بعد تبليغ الحارس بذلك ومن ثم فان الانتهاء في هذه الحالة لا يرتب اثراً الا بعد التبليغ ويكون لها اثر رجعي لتاريخ صدوره، وبالتالي ليس عليه ان ينفذ التزاماته المتمثلة برد المال وتقديم حساب بالمصروفات وغيرها الا بعد علمه بأمر انهاء الحراسة .

وكما ان محكمة النقض المصرية قد أكدت على أن امر انتهاء الحراسة لا يرتب اثراً إلا بعد التبليغ أذ جاء في أحد قراراتها " إن الحارس القضائي لا يستطيع بمجرد الغاء حكم الحراسة الانسحاب تلقائيا من الاعيان التي هو حارس عليها ولا ان يسلمها الى من يتقدم اليه لتسلمها الا بعد اعلانه بالحكم الصادر بانتهاء الحراسة والا اعتبر متخليا عن الحراسة بما يعرضه للمسؤولية"[١].

وبعد انتهاء مهمة الحارس وزوال صفته يجب عليه أن يبادر الى تسليم الاموال المعهود اليه حراستها، وعليه أن يوقف انفاق المصروفات من تاريخ التبليغ ، إلا أن هناك استثناءات على هذه الفروض وهي يستطيع الحارس ان يمتنع عن رد الاموال اذا لم يستوفٍ جميع حقوقه المترتبة

---

[١] انظر قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في ١٢ ابريل ١٩٨٥ نقلا عن حذاق السامعي ، المركز القانوني للحراسة ، مصدر سابق ، ص ٣٥٥.

عليه بموجب الحراسة وبخلاف ذلك يتحمل المسؤولية اذا هلكت هذه الاموال المحبوسة عن اصحاب الشأن بدون وجه حق .

وايضا نعتقد أن وقف انفاق المصروفات على الاموال من يوم تبليغه بانتهاء مهمته يرد عليها استثناء ، وهو أن الحارس يستطيع أن يستمر بصرف هذه النفقات بعد تبليغه بالانتهاء اذا كانت هذه المصروفات ضرورية للمحافظة على المال محل الحراسة وليس في وسع الحارس التوقف عن انفاقها ولكن الضرورة تقدر بقدرها.

الفرع الثاني

أثر انتهاء الحراسة بالنسبة الاصحاب الشأن

مثلما يرتب انتهاء الحراسة أثرا بالنسبة للحارس يرتب أثار قانونية اخرى بالنسبة الاصحاب المال ، فقد ذكرنا في اكثر من موضوع في الاطروحة أن الغاية من الحراسة هو المحافظة على هذه الاموال وابعادها من يد حائزها[١]ومن ثم غل يد اصحاب الشأن بخصوصها فلا يستطيعون لا استردادها قبل انتهاء الحراسة ولا ادارتها او التصرف فيها .

أن الحراسة– كما بينا– مؤقتة ومن ثم ، فهي حتما تنتهي إما بحسم النزاع الموضوعي أو قبل حسم النزاع بالطرق التي ذكرناها سابقا ، فاذا انتهت الحراسة ترتب أثر بالنسبة الاصحاب الشأن يتمثل برفع المنع الوارد على الاموال واعادتها الى حيازة أصحابها بمجرد انتهاء الحراسة ومن ثم يستطيع اصحاب الشأن أن يتصرفوا بها ويقرروا طريقة إدارتها حسب الوجه الذي يحقق منفعتهم وبالتالي ممارسة كافة الحقوق على الاموال بما لا يتعارض مع النظام العام والآداب [٢].

---

[١] انظر المادة (١/١٤٧) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه" تقابلها المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي .

[٢] انظر رضا محمد عبد السلام عيسى ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٥٣٧.

ومثال ذلك اذا كانت الاموال محل الحراسة أرضا زراعية وانتهت الحراسة بثبوت الحق لأحد الاطراف فبمجرد انتهاء الحراسة واستلام هذا الشخص الارض من الحارس يرجع الاول بعد وضع يده عليها الحق في ادارتها سواء كانت بالزراعة أم بإيجارها بالطريقة التي يراها تحقق مصلحته ، وكذلك يستطيع تهيئة الادوات التي عن طريقها يستطيع استغلال هذه الارض عن طريق شراء ادوات الحراثة او السقي، فضلا عن ذلك له انفاق المصروفات التي بموجبها يتم المحافظة عليها والتصرف فيها بالبيع او غيرها .

فضلا عن ما تقدم فبمجرد انتهاء الحراسة يكون اصحاب الشأن هم الخصم الحقيقي وصاحب المصلحة في الاجراءات القضائية التي تتخذ ضد الاموال محل الحراسة او بالعكس التي كانت تدخل ضمن السلطة الممنوحة للحارس ومن ثم اصحاب الشأن يكونون الخصوم الحقيقين امام القاضي الموضوعي .

ومما تجدر اليه الاشارة أن أثار انتهاء الحراسة تمتد للغير ايضا، أي الاشخاص الذين لم يكونوا طرفا في النزاع الحاصل على الاموال محل الحراسة الذي كان سببا في تقريرها، ومن ثم يستطيع الغير أن يقوم بالتنفيذ والحجز على الاموال ما دام قد ثبت الحق الاحد اطراف النزاع، فمع استمرار الحراسة لا يمكن أن يتم التنفيذ او الحجز على الاموال اذا كان طالب التنفيذ دائنا لاحد اصحاب الشأن، وذلك لعدم ثبوت الحق لمدينه ومن ثم بمجرد انتهاء الحراسة يستطيع الدائن التنفيذ والحجز وذلك لان انتهاء الحراسة يعني ثبوت الحق لاحد اطراف النزاع ، وكذلك فان اجراءات التنفيذ تكون على من ثبت له الحق في الاموال وليس الحارس وذلك لانتهاء مهمته وزوال صفته [١].

كما ان المستاجرين الذين لم تستحق أجرتهم المستحقة عن الانتفاع بالأموال محل الحراسة قبل انتهائها يلتزمون بدفعها للشخص الذي ثبت له الحق بالمال عند انتهاء الحراسة ، كما يلتزمون برد العين المستأجرة لهذا الشخص وليس للحارس بوصف أن الحكمة من أبعاد الاموال عن يد اصحاب الشأن قد انتفت .

---

[١] د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧، مجلد ٢، العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق ، ص ٩٢٤.

ومما تجدر الية الاشارة ان انتهاء الحراسة بجميع طرقها التي ذكرناها سابقا تختلف عن انتهاء مهمة الحارس عن طريق العزل او تنحي الحارس او اعتزاله ، ففي الفروض الاخيرة لا تنتهي الحراسة ، وانما تنتهي مهمة الحارس فحسب ويتم استبداله بحارس أخر سواء تم اختياره من اطراف النزاع باتفاقهم جميعا او عن طريق قرار قضائي، وبالتالي فان هذه الفروض ترتب الاثار التي تتعلق بالحارس فحسب من حيث وقت انتهاء مهمته وهو وقت الموافقة على طلب الاعتزال او من وقت الاتفاق على عزله او من تاريخ صدور القرار القضائي الذي يقضي بأنهاء مهمته.

وعليه يجب على الحارس أن يقوم بتسليم الاموال للحارس الجديد وليس لأصحاب الشأن وذلك لان الحراسة لم تنته، ويقدم حسابا عن المصروفات التي انفقها خلال مدة حراسته.

أما بخصوص أصحاب الشأن فإن التنحي والعزل والاعتزال ، لا يولد اثار بالنسبة لهم وذلك لان الحراسة لم تنته بعد ومن ثم لا يستطيع اصحاب الشأن المطالبة باسترداد حيازتهم لهذه الاموال فضلا عن ذلك لا يستطيعون ادارة واستغلال او التصرف بالأموال محل الحراسة لان الحراسة هي قيد على الملكية وما يتفرع منها من الانتفاع والاستغلال .

الخاتمة

في نهاية دراستنا لأطروحتنا الموسومة بـ (حراسة الأموال المتنازع عليها – دراسة مقارنة) ، فإننا نعرض هنا لأهم النتائج التي توصلنا إليها ثم نعقب ببعض التوصيات التي نراها من الأهمية بمكان للأخذ بها في هذا المجال واقتراح تنظيم خاص بالحراسة في القانون المدني وعلى النحو التالي:

اولا : النتائج :

١- تبيّن لنا من دراسة الحراسة أنها تعد من اكثر التدابير الموقتة التي تحافظ على المال المتنازع عليه، فضلا عن ذلك فأنها تسمح بسرعة استيفاء الحق عند الحكم به مما تحقق فائدة للأطراف المتنازعة، وتقلل الجهد والنفقات، اذ ان الحراسة بكل أنواعها تؤدي الى منع الضرر بأصحاب الشأن في حال ما استمرت المنازعة، وبقي المال تحت يد حائزة ، وخصوصا خلال الآجال التي تتطلبها الفصل الموضوع الحق في حال رفع دعوى فيها .

٢- على الرغم من أن المشرع سواء في القانون المدني العراقي أم المصري أم الفرنسي لم يعط تعريفا للحراسة على الاموال المتنازع عليها ، إلا أنه عن طريق ما اورده الفقه من تعريفات لها توصلنا الى أن الحراسة هي " وضع مال متنازع عليه بصورة مؤقتة تحت يد حارس يلتزم بالمحافظة عليه وادارته وتقديم حساب عنه ورده عند انتهاء النزاع الى من يثبت الحق له فيه"

٣- تبين لنا أن حراسة الاموال المتنازع عليها تكون على نوعين الاول يخضع لإرادة الاطراف المتنازعة ولا تتدخل أي جهة في فرضها ، اما الثاني فيتم تقريره بقرار من المحكمة المختصة .

٤- تتسم الحراسة بخصائص معينة تميزها عن غيرها ، فهي من اعمال الادارة التي فهي من الاعمال التي تهدف الى ادارة المال واستغلاله من دون المساس بأصله ،كما انها ذات صفة مؤقتة فهي تستمر مع وجود المبررات التي دعت الى فرضها والأخيرة بطبيعتها موقتة ، وهي ايضا تحمل صفة الحفظ كون الغاية الاساسية منها هي المحافظة على المال حتى ينتهي النزاع

القائم بصدده ، فضلا عن ذلك نجدها تحمل صفة تبعية فهي لا توجد مستقلة بذاتها وانما تستند على شيء سابق عليه وهو توفر شروطها ومن ثم تتبعه في الوجود والعدم .

٥-توصلنا الى ان تكييف الحراسة يختلف بحسب كونها اتفاقية او قضائية ، فتكيف الحراسة الاتفاقية بحسب اعتقادنا هو اعتباره عقد غير مسمى قائم بذاته يتميز عن غيره من العقود، وخصوصا التي يقترب منها كالوديعة والوكالة بالموارد التي تجعل منه عقدا مستقلا قائما بذاته، يختلف عنها ، فهو يختلف عن هذه العقود بأنه يرد على الاموال المتنازع عليها، فضلا عن اختلافه من حيث الالتزامات التي يرتبها على القائم بها فهو يجمع بين الحفظ والادارة فضلا عن طريقة انتهائه، مما يؤيد رأينا هذا ما ذهب اليه مشرع القانون المدني المصري والفرنسي عندما نظما عقد الحراسة بأحكام خاصة، بوصفه عقدا مستقلا عن غيره، من العقود وأعطى له تسمية معينة مميزة بصفة التحفظية المؤقتة وعدم المساس بأصل الحق .

أما الحراسة القضائية فأنها تكييف بانها إجراء ذو صفة تحفظية مؤقتة لا يمس الموضوع، فهي إجراء تحفظي ، لان الغرض منها هو المحافظة على الاموال من الضياع بسبب وجود خطر عاجل على مصلحة الدائن تقتضي هذه الحراسة.

٦- تبين لنا أن شروط وجوب الحراسة تقسم الى نوعين ، شروط عامة يشترط توافرها في انواع الحراسة جميعا، وتتمثل بوجود نزاع على الاموال محل الحراسة ولا يشترط أن ينصب النزاع في جانب معين من الاموال و يشترط في هذا النزاع أن يكون جديا حقيقياً غير وهمي وتؤيده ظاهرة المستندات المتعلقة بالموضوع و يجب أن يكون النزاع متعلقا بهذه الاموال.

كما يشترط أن لا تمس الحراسة بأصل الحق أي عدم مساس السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتغيير أو التأويل الذي من شانه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني.

أما الشروط الخاصة التي يجب توافرها في الحراسة القضائية فتتمثل بأن يكون هناك خطر عاجل ينذر بضياع حِقوَقِ أصحِابِ الشأن ويجب ان يكون هذا الخطر قائما أي موجوداً فعلا وان يكون جديا ، كما يشترط لقيام هذا النوع من الحراسة توفر الاستعجال، أي أن تكون هناك

ضرورة لا تحتمل التأخير في فرض الحراسة لحماية الاموال المتنازع فيها ، كما يشترط أن تتوافر المصلحة في رفع دعوى الحراسة .

٧- توصلنا الى أن الحراسة ترد على الاموال بصورة مطلقة، فهي ترد على المنقول والعقار وحتى جميع الاموال من منقولة وعقارية إذ ان اطلاق الحراسة على جميع الاموال يحقق فائدة عملية كبيرة فهو يؤدي الى اعطاء سلطة تقديرية واسعة للمحكمة في تقدير الضرورة الداعية لفرض الحراسة كما تحقق فائدة كبيرة للاقتصاد الوطني عن طريق حفظ جميع الاموال المهمة من دون التقيد بنوع معين من الاموال.

كما يشترط في الاموال التي ترد عليها الحراسة أن تكون قابلة للإدارة والاستغلال من الغير وغير مخصصة للنفع العام

٨-توصلنا الى أن الحارس إما ان يكون تعيينه باتفاق الاطراف المتنازعة جميعا او تقوم المحكمة بتعيينه وهي هنا أما تكون محكمة القضاء المستعجل بوصفها صاحبة الاختصاص الاصيل في فرض الحراسة ومن ثم تعيين الحارس ، او تكون محكمة الموضوع اذا تم رفع دعوى الحراسة لها بصورة تبعية لدعوى منظورة امامها ومن ثم تختص بتعيين الحارس تبعا لذلك .

٩-تبين لنا أن الحارس يلتزم بموجب الحراسة بمجموعة من الالتزامات ، فبمجرد تعيين الحارس يلتزم بالمحافظة على المال، عن طريق القيام بالأعمال المادية والقانونية التي تحقق ذلك، كما يلتزم بعدم احلال غيره في هذه المهمة وعدم استعمال المال لمصلحته الشخصية، كل هذه الالتزامات متفرعة عن الالتزام الاول .

ويلتزم بإدارة هذا المال بصورة حسنة من اجل بقائه وانمائه، فليس له القيام بأعمال التصرف الا في حالة الموافقة عليه من اطراف النزاع جميعا، فضلا عن ذلك فهو يلتزم بتقديم حساب ورد المال محل الحراسة بالحالة التي تسلمها فيه، فاذا اخل باي التزام منها كأن لم ينفذها او نفذها بصورة غير صحيحة تنهض مسؤوليته المدنية .

١٠- تبين لنا أن المشرع قد اكتفى بالنص على حق واحد للحارس وهو حقه في الاجرة بنص المادة (٢/١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي، ألا أنه على الرغم من ذلك يتمتع

الحارس بحقوق أخرى، وهي حقه في استرداد المصروفات التي انفقها في سبيل انجاز مهمته، فضلا عن حقه في حبس المال محل الحراسة وحق الامتياز حيث يستند في ذلك للقواعد العامة في القانون المدني .

١١- وظهر لنا ان بمجرد تعيين الحارس على الاموال، يكون مسؤولا عن أفعاله الشخصية التي تسبب ضرراً لأصحاب المال وللغير ، كما يكون مسؤولا عن الاضرار التي يسببها اتباعه بالغير وفقا لنظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه اذا توافرت شروطها من حيث قيام علاقة التبعية ارتكاب خطأ من التابع اثناء تنفيذ الحراسة أو بسببها، ولا تقف مسؤولية الحارس عند الحد المتقدم فأنها تنهض عن الاضرار التي تسببها الاموال الموجودة تحت حراسته بشرط أن تكون هذه الاموال تحت سيطرة الحارس ولم تخرج عن حراسته، فضلا عن ذلك أن يتحقق الضرر بسبب النشاط الايجابي للأموال محل الحراسة.

١٢- توصلنا في دراستنا اذا تم تعيين الحارس و قبل تولي الحراسة ، فيجب عليه أن يستمر بمهمته ولا يستطيع ان يتخلى عنها، إلا اذا انتهت الحراسة رضاء او قضاء، او يستطيع الاطراف انهاء مأمورية الحارس باتفاقهم من دون أن يؤدي ذلك لانتهاء الحراسة .

١٣- استنتجنا ان اساس مسؤولية الحارس تختلف فيما اذا كانت الحراسة اتفاقية او قضائية ، فاذا كانت الحراسة اتفاقية فالمسؤولية الناتجة عنها مسؤولية عقدية ، اما اذا كانت الحراسة قضائية ، فالمسؤولية تكون تقصيرية، والحارس يكون مسؤولا عن افعاله الشخصية مسؤولية تقصيرية وذلك لان مصدر هذه الحراسة ليس العقد وانما هو الحكم القضائية وبالتالي فان المسؤولية المترتبة عليها هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، ومن ثم فان الالتزامات التي تترتب في ذمة الحارس هي التزامات يرتبها القانون وليس العقد.

١٤- استنتجنا في حالة تعدد الحراس وتصرف احدهم تصرفا قد الحق ضرر بالغير او نجم ضررا عن المال محل الحراسة ، فان الحراس يكونون مسؤولين مسؤولية تضامنية ، وبالتالي يستطيع المضرور ان يطالب اي منهم بالتعويض عن كل الضرر الذي اصابه ، وفي حالة دفع التعويض من الحارس الذي تم الرجوع عليه يستطيع الاخير الرجوع على شريكه الاخر بحصته من التعويض حسب النسبة التي تحددها المحكمة.

١٥-استنتجنا ان مسؤولية الحارس عن الاموال التي تحت حراسته تقوم على وفق نظرية السلطة الفعلية ، أي يكون مسؤولا عن الاضرار التي تسببها الحراسة لمجرد وجود الاشياء تحت يده فعلا دون ان يكون له حق ملكية عليها ويشترط لقيام المسؤولية عن الاضرار التي تسببها الاموال محل الحراسة شرطان ان تكون هذه الأموال داخلة في نطاق الحراسة وان تكون الاضرار قد وقعت بتدخل هذه الاموال

١٦- استنتجنا ان مسؤولية الحارس عن افعال تابعيه تقوم على اساس الخطأ المفترض القابل الاثبات العكس ، وهو الخطأ في الرقابة والاشراف وهذا الخطأ قابلا لا ثبات العكس، فيستطيع الحارس الافلات من المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين المفترض وبين الضرر الذي اصاب الغير.

١٧- تبين لنا أن الحراسة قد تنتهي بصورة اتفاقية او قضائية وهنا قد تكون قبل حسم النزاع والمحكمة المختصة في ذلك هي محكمة القضاء المستعجل في الاصل ، او محكمة الموضوع في حالة رفع دعوى انتهاء الحراسة بطريقة تبعية ويترتب على انتهاء الحراسة انتهاء مأمورية الحارس ورد المال لأصحاب المصلحة فيه، ويرفع المنع من عدم حيازته او التصرف فيه من قبلها خلال مدة الحراسة ومن ثم حقهم في الادارة والتصرف فيه بجميع انواع التصرفات وكذلك يستطيع الغير الحجز عليه لكونه اصبح ضمن الذمة المالية لمن حسم هذا المَالَ لمصلحته .

ثانيا :المقترحات

١- المقترحات العامة :

٢- نقترح على مشرع القانون المدني العراقي ان ينص صراحة على جواز تعويض الضرر الادبي في المسؤولية العقدية ، كما في القانون المصري والفرنسي ، حتى تعد قاعدة عامة في التعويض تسري على الحراسة الاتفاقية وغيرها .

٣- نقترح تعديل المادة (٢١٩) من القانون المدني وجعلها قاعدة عامة يتم الرجوع اليها في موضوع الحراسة وغيرها لتحديد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه لذا يجب أن تكون المادة بعد التعديل بالشكل الاتي "

" ١- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى ما وقع منه أثناء تأديته لوظيفته أو بسببه ٢-وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى ما كانت له عليه سلطة فعلية في رقابتِه وتوجيهه ٣- للمتبوع حق الرجوع على التابع في الأحوال التي يكون فيها مسؤولاً عن تعويض الضرر"

ب- المقترحات المتخصصة :

نوصي المشرع العراقي بأن يتبنى تنظيما خاصا للحراسة في القانون المدني العراقي كما هو عليه في القانون المدني المصري والفرنسي، على أن يقوم بنقل المواد الخاصة بالِحَرِاَسِةَ القَضِائَيَةِ (١٤٧-١٤٨) من قانون المرافعات المدنية العراقيِ وتعديلها وذلك بصدد جمع وتوحيد أحكام الحراسة في قانون واحد ، لأن هذا الموضوع يحتاج الى تنظيم قانوني أكثر مما هو عليه لكون نصوص قانون المرافعات قد بقيت على حالها منذ تشريعها الى الأن، على الرغم من ازدياد أهميتها في الوقت الحاضر بسبب التطور الاقتصادي واهمية الاموال التي تكون محل للحراسة في الاقتصاد الوطني فقد اصبحت متمثلة بشركات ومؤسسات لها اهميتها على عملية التنمية لذا يجب ان يكون هناك اجراء سريع للمحافظة على حقوق الاطراف ومن ثم حماية الاقتصاد الوطني لذا نضع بين يدي مشرع القانون المدني مشروع لتنظيم الحراسة على ان يكون ضمن الباب الثالث -الخاص بالعقود الواردة على العمل- ونفرد له فصل خاص -على ان يكون الفصل الخامس وتبدا بالمادة ٩٧٥ وكالاتي :

المادة ٩٧٥- الحراسة عقد يعهد بمقتضاه الطرفان الى اخر بمال او مجموعة من الاموال يقوم بشأنها نزاع ، فيتكفل بحفظه وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه"

المادة ٩٧٦- للقاضي ان يحكم بالحراسة في الحالات الاتي :١- اذا تحققت ما نصت عليه المادة السابقة ولم يتفق ذوي الشأن على الحراسة .

٢- اذا تجمعت لدى صاحب المصلحة في المال اسبابا معقولة يخشى معه خطرا عاجلا من بقائه تحت يد حائزه.

المادة ٩٧٧- لا يمكن انهاء مهمة الحارس قبل انتهاء النزاع الا اذا اتفق على ذلك جميع اصحاب الشأن او لسبب مشروع او بقرار من المحكمة وعليه ان يبادر حينها لرد الاموال المعهود اليه حراستها الى من يختاره اصحاب الشأن او من تعينه المحكمة.

المادة ٩٧٨- يكون تعيين الحارس سواء كانت الحراسة اتفاقية او قضائية باتفاق ذوي الشأن جميعا فان لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه.

المادة ٩٧٩- يحدد الاتفاق او القرار الصادر من المحكمة مهمة الحارس والتزاماته وماله من حقوق وسلطة . وألا فتسرى الأحكام الاتية :

المادة ٩٨٠ - ١- يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وادارتها على ان يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد.

٢- لا يجوز للحارس بصور مباشرة او غير مباشرة ان يحل احدا محله في اداء مهمته كلها او بعضها.

٣- لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف الا بموافقة ذوي الشأن جميعا او بإذن من القضاء .

٩٨١- يتقاضى الحارس اجرا مالم يكن قد تنازل عنه.

٩٨٢- للحارس ان يسترد المصروفات التي انفقها للمحافظة على المال المعهود اليه حراستها ويستحق تعويضا عن الاضرار التي لحقة به بسبب الحراسة.

٩٨٣- "١- يلتزم الحارس بمسك دفاتر حساب منتظمة – ٢- و يلتزم بان يقدم لأصحاب الشأن او للمحكمة اذا تم تعينه من قبلها بمواعيد دورية يتفق عليها اصحاب الشأن او تامر بها المحكمة حسابا بما تسلمه وبما انفقه معززا بالمستندات .

٩٨٤- تنتهي الحراسة باتفاق اصحاب الشأن جميعا او بقرار من القضاء وعلى الحارس ان يبادر حينئذ الى رد الاموال محل الحراسة الى من يثبت له الحق فيها او من يثبت له الحق فيه او يتفق عليه اصحاب الشأن او من تعينه المحكمة.

المصادر

اولا: الكتب القانونية باللغة العربية

١- ابراهيم المنجي ، دعوى الحراسة ، التنظيم القانوني والعملي لدعوى الحراسة القضائية – تعريف وطبيعة واهمية دعوى الحراسة القضائية – انواعها وشروطها والاختصاص القضائي بنظرها – التزامات وحقوق الحارس وفرض الحراسة وانتهائها – الضوابط القضائية والدفوع القانونية في الدعوى، ط٢، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٢- د. احمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية – بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣لسنة ١٩٦٨ وقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٦، ط١٤، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦.

٣- د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١.

٤- د.احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية ،ج١، التنظيم القضائي النظرية العامة للدعوى ، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠١١.

٥- د.احمد ماهر زغلول، اصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، ط٤،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٤.

٦- احمد محمد عبد الصادق ، التقنين المدني ، شرح احكام القانون المدني ، ج٢، ط١، دار القانون للإصدارات القانونية ، دون ذكر مكان النشر وسنة النشر.

٧- احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية واحكام النقض ، ج٦ (المواد من ٣٠٢- ٥٠٠ مرافعات) ، ط٧، دار العلم والايمان للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٨- احمد هاني مختار، حراسة المدعي العام ومحكمة القيم ، ط١، مكتبة كوميت، القاهرة ، ٢٠٠٢.

٩- د.اسامة احمد بدر ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلى الكبرى، ٢٠٠٥.

١٠- د. اسعد ذياب ، القانون المدني ، العقود المسماة ، ج١، البيع والايجار والوكالة ، بيروت ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٢.

١١- اشرف احمد عبد الوهاب و ابراهيم سيد احمد، عقد الوديعة والحراسة في ضوء اراء الفقهاء والتشريع واحكام القضاء، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٨.

١٢- الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ، ج٥، العقود المسماة ، العقود الواردة على العمل – وعقود الغرر- وعقد الكفالة (من المادة ٦٤٦الى المادة ٨٠١) مطابق مذكور ، القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع.

١٣- اكرم محمد حسين ، التنظيم القانوني للمهني ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠.

١٤- د. امجد محمد منصور ، المسؤولية عن الاضرار الناتجة عن الجمادات ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢.

١٥- د.امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩.

١٦- د.امينه النمر ، قوانين المرافعات ، الكتاب الاول – المدخل لدراسة قوانين المرافعات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٢.

١٧- د.انور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه واحكام القضاء في مصر والاقطار العربية ، ج٥ ، شرح المادة (٦٢٧- ٧٤٦) ، ط٤، دار العدالة ، القاهرة بدون ذكر سنة الطبع.

١٨- انور طلبة ، المطول في شرح المرافعات المدنية والتجارية ، ج٢، اختصاص النيابة بمنازعات الحيازة- القضاء المستعجل – الطلب العارض والمرتبط- الاختصاص الولائي والمحلي- رفع الدعوى – حضور الخصوم- تدخل النيابة – الدفوع- الاحالة – الاعلان – عدم القبول، نادي القضاء، ٢٠١١.

١٩- انور طلبة، العقود الصغيرة الحراسة والعمل- الحراسة الاتفاقية والقضائية، شروط الحراسة ، مبررات الحراسة، تعيين الحارس وعزله ، سلطة الحارس، انقضاء الحراسة ، عقد

العمل الحقوق والالتزامات، تقادم حقوق العمال، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع.

٢٠- د.اياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩.

٢١- بدوي حنا، موسوعة قضاء الامور المستعجلة ، حراسة قضائية ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٢٢- بكر طارق اسماعيل السامرائي ، الالتزام بضمان السلامة ، ط١، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠.

٢٣- د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، دار الجامعية الجديدة ، القاهرة ، ١٩٩٢.

٢٤- د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، احكام الالتزام ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دون ذكر مكان النشر ، ١٩٧٨.

٢٥- د.توفيق حسن فرج ، عقد الايجار – دراسة لاحكام قوانين الايجارات ، ط١، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤.

٢٦- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية – البيع – الايجار – المقاولة ، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٢٧- د.جلال محمد ابراهيم ، مبادئ القانون – نظرية الحق ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.

٢٨- د. جواد كاظم سميسم ، التوازن القانوني في العلاقة الايجارية ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.

٢٩- د. حسن الخطيب نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي ،مطبعة حداد للنشر والتوزيع، البصرة ،١٩٥٥.

٣٠- حسن عكوش، المستعجل في الفقه والقضاء ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع.

٣١- د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات – احكام الالتزام- اثبات الالتزام، بغداد ، ١٩٧٦

٣٢- د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، ج٢، احكام الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢.

٣٣- د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، جـ١، شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة: بغداد، ١٩٩١.

٣٤- د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون – القانون بوجه عام – النظرية العامة للقاعدة القانونية – نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع.

٣٥- د. حسين محمد حسين ، المسؤولية القانونية للحارس عن الاموال التي في حراسته، دون ذكر الناشر ومكان النشر، ٢٠٠٥.

٣٦- د. حمدي عبد الرحمن ، فكرة الحق،ط١ ،دار الفكر العربي الجديد، القاهرة ، ١٩٧٩،

٣٧- د.خالد محمد حسين ، التزام الوديع برد الوديعة بالفقه الاسلامي والقانون المدني،ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

٣٨- د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الاموال – دراسة مقارنة ، ط١، القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٣،

٣٩- د. رمضان ابو السعود ، عقد الايجار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٦.

٤٠- د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني ، المدخل لدراسة القانون وبخاصة المصري وللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع.

٤١- د. رمضان جمال كامل ، الحماية القانونية للحيازة، ط٢، المركز القومين للاصدارات القانونية ، بدون ذكر مكان النشر ، ٢٠٠٥.

٤٢- د. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ج١٣ ، الوكالة ، الطبعة الاولى ، بيروت ، دار الثقافة ، دون سنة طبع .

٤٣- د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، ، منشوارت مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١.

٤٤- د. سعيد مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨

٤٥- د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي و طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة (البيع والايجار والمقاولة) وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع.

٤٦- د. سعيد يوسف البستاني ، قانون الاعمال والشركات ، منشورات الجاحظ الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٤.

٤٧- د. سليمان مرقص ، شرح عقد الايجار، ط٢، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٤.

٤٨- د. سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، ط٩، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣.

٤٩- د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.

٥٠- د. سمير كامل ، النظام القانوني لحق المستفيد في المشاركة بالوقت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.

٥١- صادق حيدر ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ط١، وزارة العدال، ١٩٨٥،

٥٢- صلاح الدين بيومي و إسكندر سعد زغلول ، الموسوعة في القضاء المستعجل ، ط٢، دون ذكر الناشر ومكان النشر ، ١٩٧١.

٥٣- د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي، ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦.

٥٤- د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المسؤولية المدنية لحارس الاشياء الخطرة في القانون الكويتي مع الاشارة الى المسؤولية عن حراسة السيارة اثناء ارتكابها حادث، ط١، دون ذكر مكان الطبع، ٢٠١٠.

٥٥- د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي دراسة مقارنة ،ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١،.

٥٦- د. عامر سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية القاهرة ، ١٩٨٩.

٥٧- د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٦.

٥٨- د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني، ج٣ ، احكام الالتزام وتنفيذ الالتزام ، بون ذكر الناشر ومكان النشر ، ١٩٧١، ص ٤٤٩ وما بعدها

٥٩- د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، شركة العاتك ، بيروت، دون ذكر سنة الطبع .

٦٠- د. عبد الحق صافي ، القانون المدني، ج١، المصدر الارادي للالتزام، العقد، الكتاب الاول، تكوين العقد، ط١، من دون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٦.

٦١- د. عبد الحكيم عبد الحميد فرج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري، ط١، شركة فن الطباعة ، الاسكندرية ، ١٩٤٤.

٦٢- د. عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب السابع ، العقود المسماة – المقاولة – الوكالة – الوديعة – الحراسة العارية – عقود الغرر – الكفالة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، دون ذكر تاريخ النشر.

٦٣- د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع.

٦٤- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج٢، الحق، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠.

٦٥- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام،ج١، مصادر الالتزام، ط١، نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤.

٦٦- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج٣، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠.

٦٧- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون ، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.

٦٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠، التامينات الشخصية والعينية ، ط٣، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ٢٠١١.

٦٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات ، اثار الالتزام ، ط٣، مطبعة نهضه مصر ، القاهرة ، ٢٠١١.

٧٠- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة – ، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،٢٠١١.

٧١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الاول ، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١١.

٧٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٩ ، اسباب كسب الملكلية ، مع الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) المجلد الثاني ، ط٣، مطبعة نهضة مصر، ٢٠١١.

٧٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام، ج٢، نظرية العقد ، ط٢، منشورات الحلبي ، بيروت ، ١٩٩٨.

٧٤- د. عبد العالي العيساوي ، الوسيط في الحراسة القضائية في ضوء احكام القانون المدني واحكام القضاء، دون ذكر مكان الطبع وسنة الطبع

٧٥- د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني المقارن ، المسؤولية المدنية التقصيرية- الفعل الضار اساسها وشروطها ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢.

٧٦- عبد العزيز توفيق ، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الاعلى ومحاكم النقض العربية لغاية ١٩٩٨، ج٢، العقود ، المكتبة القانونية ، دون ذكر مكان النشر وسنة النشر.

٧٧- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، ١٩٦٧.

٧٨- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري، بغداد، دون ذكر سنة الطبع.

٧٩- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧.

٨٠- د. عبد المنعم احمد الشرقاوي، ط١، الناشر مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٤٧.

٨١- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧.

٨٢- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢.

٨٣- د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦.

٨٤- د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، ط١، دار الثقافية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩.

٨٥- عدنان هاشم جواد الشرفي، الحق في الحبس للضمان ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠.

٨٦- عز الدين الدنياصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء ، ط٨، دون ذكر مكان وسنة النشر.

٨٧- د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة – الاعارة الايداع الحراسة المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٩.

٨٨- د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والايجار ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٥.

٨٩- د. عصمت عبد المجيد، اصول المرافعات المدنية ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل، ٢٠١٣.

٩٠- د. عصمت عبد المجيد، شرح احكام قانون المرافعات المدنية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٩.

٩١- د. علي عوض حسن، دعوى الحراسة – يشمل التعريف بالحراسة واركانها واهميتها العملية انواع الحراسة- صور الحراسة القضائية واثارها وانقضاءها الحراسة على النقابات المهنية والعمالية ، دار الكتب القانونية مصر المحلى الكبرى ، ٢٠٠٥.

٩٢- د. عيد محمد القصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط٢، مطبعة النهضة ، القاهرة ، ٢٠١٠.

٩٣- غسق خليل ابراهيم ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية ، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩.

٩٤- د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية ، ج١، الحقوق العينية الاصلية ، ط٤، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ٢٠١٠.

٩٥- د. فاروق ابراهيم جاسم ، الموجز في الشركات التجارية ، ط٣، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠١٨

٩٦- د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧، ص٦٥.

٩٧- فوزي كاظم المياحي ، الحجز الاحتياطي وانماط النشاط القضائي، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١١.

٩٨- د. لطيف جبر كوماني – دراسة قانونية مقارنة، مكتبة السنهوري بغداد ،٢٠١٢.

٩٩- لفتة هامل العجيلي ، القضاء المستعجل و الولائي ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠٢٠، ص٦٦

١٠٠-د. محمد السعيد رشدي ، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، ط١، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠١.

١٠١-د. محمد حسين كشكوش وعباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، شركة العاتك ، القاهرة ، دون ذكر سنة النشر

١٠٢-د. محمد حسين منصور ، نظرية الحق – ماهية الحق – انواع الحقوق- الاشياء محل الحق- ميلاد الحق- وحمايته واثباته- الشخصية القانونية – الشخص الطبيعي الشخص المعنوي ، ط١، دار الجامعة الجديد للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

١٠٣-د. محمد رضا العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، بغداد ، مطبعة العاني، ١٩٧٥.

١٠٤-د. محمد سعيد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الاشياء غير الحية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١.

١٠٥-د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧.

١٠٦-د. محمد شكري سرور ، موجز احام الالتزام غي القانون المدني ،ط٢، دار النهضة القاهرة ، ٢٠٠٨.

١٠٧-د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩، ص ٣٨.

١٠٨-محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج٢، لحقوق العينية التبعية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢.

١٠٩-محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية ، ج١، الحقوق العينية الاصلية ، ط٤، مطبعة العاتك ، القاهرة ، ٢٠١٠.

١١٠-محمد عبد الرحيم عنبر و فريد محمد عنبر ، الوجيز في القضاء المستعجل – دراسة فقهية مقارنة بين تشريعات الدول العربية والشريعة الاسلامية ، ط٢، دون ذكر الناشر ومكان النشر ، ١٩٨١.

١١١-محمد عبد اللطيف و احمد الملجي ، القضاء المستعجل ، ، ط٥، مطبعة نقابة المحامين ، ١٩٩٢.

١١٢-محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب ، قضاء الامور المستعجلة ، ج١، اختصاص قضاء الامور المستعجلة ، ط١، دار الطباعة الحديثة، بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع.

١١٣-د. محمد علي رشدي ، قاضي الامور المستعجلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.

١١٤-د. محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني – التامين و الوكالة والصلح والوديعة والحراسة ، مطبعة جامعة فواد الاول ، القاهرة ، ١٩٤٩.

١١٥-د. محمد كامل مرسي و محمد علي سكيكر و معتز كامل مرسي، شرح القانون المدني العقود المسماة ، ج١، (الكفالة – الوكالة – السمسرة- الصلح – التحكيم- الوديعة – الحراسة) ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥

١١٦-د. محمد كمال حمدي، الولاية على المال ، ج١، الاحكام الموضوعية ، منشاة المعارف ، مصر ، ص١٩٦٦.

١١٧- ١١٦- د. محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الاشياء – دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي ، مكتبة النهضة ، القاهرة ، ١٩٥٧.

١١٨-د. محمد محمود ابراهيم ، الوجيز في المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٤٠٩.

١١٩-د. محيي الدين اسماعيل ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الاسلامية – يشمل الهبة والصلح والقرض والدخل الدائم والوديعة والحراسة والوكالة والمرتب مدى الحياة عقود المقامرة والرهان والكفالة ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع.

١٢٠-مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، بغداد ، ١٩٩٤ .

١٢١-د. مصطفى الجمال ود رمضان أبو السعود ود نبيل ابراهيم سعد، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،٢٠٠٣.

١٢٢-مصطفى العوجي ، القانون المدني ج٢، المسؤولية المدنية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩.

١٢٣-د. مصطفى عبد المقصود سليم ، الوكالة في ابرام العقد الاداري ، بغداد ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥.

١٢٤-د. مصطفى مجدي هرجة ، احكام واراء في القضاء المستعجل والتنفيذ الوقتي ، دار الثقافة ، ، القاهرة ، ٢٠١٢.

١٢٥-د. معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، المجلد الثامن، الوديعة –الحراسة- عقود الغرر- الكفالة ، ط٧، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، دون ذكر مكان النشر، ٢٠٠٤.

١٢٦-د. معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة ، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤.

١٢٧- د. معوض عبد التواب ، دعاوى الحراسة – يشمل على شرح كافة دعاوى الحراسة القضائية الاتفاقية القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون ذكر سنة الطبع.

١٢٨- د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠.

١٢٩-د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥.

١٣٠-د. نبيل ابراهيم سعد ،د- محمد حسن قاسم ،مصادر الالتزام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،بلا ذكر سنة الطبع

١٣١-د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزامات ، ج٢، احكام الالتزام في القانون المدني المصري واللبناني ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٥

١٣٢-د. نبيل اسماعيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية طبقا لما هو وارد في قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠

١٣٣-د. نبيل اسماعيل غانم، قانون اصول المحاكمات المدنية ، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.

١٣٤-نزيه نعيم شلال ، ، الحجز الاحتياطي، دراسة مقارنة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٥.

١٣٥-د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج١، نظرية تحديد الاختصاص القضائي، ط١، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١.

١٣٦-د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج٢، نظرية الدعوى المدنية، ط١، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١.

١٣٧- د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، الاصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ج٣، نظرية الحكم القضائي والطعن فيه، ط١، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١

١٣٨- هادي عزيز علي ، القضاء المستعجل – شرح مواده حسب ترتيبها في قانون المرافعات المدنية مع احكام تمييزية وافية ، ط١، بغداد ، ٢٠٠٨، ص ١٠٥.

١٣٩-د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١، مصادر الحقوق الشخصية – مصادر الالتزام ، ط٢،١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ .

ثانيا: البحوث

١- احمد سمير الصريفي ، حق الحبس في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الانبار للعلوم الانسانية ، العدد الاول ، ٢٠٠٩.

٢- اسماء سعدون فاضل ، انتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة امداد الادب تصدر عن كلية الآداب الجامعة العراقية، العدد الثالث عشر ، ٢٠١٧.

٣-د. اكرم محمود حسين و بسام مجيد سليمان، ادارة ملكية الاسرة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل ، المجلد (١٠)، العدد(٣٦)، ٢٠٠٨.

٤- د. باسل النوايسة ، المسؤولية المدنية للحارس القضائي: (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري)" بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٥)العدد (١) ٢٠١٣.

٥- حذاق السامعي ، حماية المال الشائع عن طريق الحراسة القضائية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة العربي بن مهيدي- ام البواقي ، المجلد ١٠ العدد ١، ، ٢٠١٩.

٦- د. حيدر فليح حسن و نسرين غانم حنون ، الادارة المؤقتة للأموال الموضوعة تحت الحراسة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، مجلد ٣٢ ، العدد ٢، ٢٠١٧.

٧- د. داود بن سليمان بن سالم الخروصي، المسؤولية المدنية للحارس واصحاب المال محل الحراسة، بحث منشور في مجلة كلية البنات الاسلامية جامعة الازهر، العدد الخامس عشر ، ٢٠١٦.

٨- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي و انغام محمود الخفاجي ، ملاحظات على تنظيم القانون المدني العراقي للمسؤولية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ٢٧، العدد ٧ ، ٢٠١٩.

٩- عبد الرؤوف دبابش أحملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية – جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد ٤٤، ٢٠١٦.

١٠- د. عبد الله بن علي بن سالم الشبلي المسؤولية المدنية للمتبوع الناتجة عن ضرر تابعه في قانون المعاملات المدنية بسلطنة عمان ، بحث منشور في مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس، الجزائر، العدد (٤) لسنة ٢٠٢٠.

١١- علي سيد حسن ، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة الثانية والخمسون ، ١٩٨٤.

١٢- د. فواز صالح ، الطبيعة القانونية للحق في الحبس ، بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية تصدر عن جامعة دمشق كلية الحقوق ، المجلد ٢٩، العدد الاول ، ٢٠١٣.

١٣- د. محمد سليمان الاحمد ود. نواف خالد حازم ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل المجلد ١ ، السنة الثامنة ، عدد ١٧ ، ٢٠٠٣.

١٤- د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد (٩) العدد (٢٠) ، ٢٠٠٤.

١٥- محمد طاهر قاسم ، الاساس القانوني للمسؤولية عن الاشياء الخطرة امام القضاء العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد ١٣، العدد (١٩) السنة (١٦).

١٦- محمد علي الصوري ، الحراسة ، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون.

١٧- د. نبيل مهدي زوين ، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية النجف الاشرف ، ٢٠١١.

١٨- د. نواف حازم خالد ، انقضاء الحق في الحبس ، بحث منشور في مجلة الرافدين تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، مجلد ١، العدد ٢٤، السنة العاشرة ، ٢٠٠٥.

١٩- د. وجدي راغب فهمي ،نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مجلد (١٥)، العدد(١) سنة ١٩٧٣.

٢٠- يونس صلاح الدين المختار ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين العراقي والإماراتي، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، تصدر عن جامعة الشارقة ، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠١٧.

ثالثا: الرسائل و الاطاريح الجامعية

١- بتول صراوة عبادي ، العقد السياحي – دراسة مقارنة، طروحه دكتوراه كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٠٧.

٢- جاسم محمد حسن، دعوى الحراسة القضائية، دراسة مقدمة للمعهد القضائي ، القسم المدني، ١٩٩٢.

٣- حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، ٢٠٢٠.

٤- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ،٢٠٠٤.

٥- حسنين نوري صكر، الحراسة القضائية في القانون العراقي والاردني، رسالة ماجستير جامعة الشرط الاوسط الاردن ، ٢٠١٨.

٦- رضا محمد عبد السلام ، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠٠٥،

٧- عبدالله بن محمد الحميد، التزامات الحارس القضائي في اموال المدين في النظام السعودي ، رسالة ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الامنية كلية العدالة الجنائية – قسم الشريعة والقانون ، ٢٠١٥.

٨- علي مطشر عبد الصاحب ، الالتزام بضمان السلامة في تنفيذ العقود، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٨.

٩- عماد جواد كاظم ، الحراسة القضائية – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٨٧.

١٠- نبيل بن محمد بن صالح المشيقح، الحراسة القضائية في الفقة الاسلامي والنظام السعودي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية ، ٢٠١١.

١١- نسرين غانم حنون، اعمال الادارة في القانون المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٦.

رابعا مصادر القرارات القضائية

١- ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨.

٢- د إبراهيم السيد أحمد ،عقد الوديعة فقها و قضاءً ،القسم الثاني المبادئ القضائية ،دار الكتب القانونية ،مصر المحلة الكبرى ،٢٠٠٥.

٣- سعيد أحمد شعلة ،قضاء النقض المدني في العقود مجموع القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية في عقود –المقاولة –العمل–الوكالة–الوديعة–الحراسة–الكفالة – السمسرة، دار الكتب القانونية، القاهرة،٢٠٠٧.

خامسا : القوانين

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

٢- لقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣- لقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤- قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٥- قانون الاحوال الشخصية العراقي ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٦- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٧- قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٨- قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

٩- قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة١٩٨٣

١٠- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم١٣ لسنة ١٩٨٦

١١- قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .

سادسا : المصادر الاجنبية

1- W. Bradley wendel, Professional responsibility exmple and explanations, Aspen publishers, 2004.

2- Jacques Ghestin , Traite de droit civil , les, Paramétrage du contrat.

مترجم إلى العربية بعنوان . جاك غستان ،المطول في شرح القانون المدني ،تكوين العقد ،ترجمة منصور القاضي ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت،٢٠٠٠.

3- Mazeaud et chabas, traite theorique et pratique de La respon sabilite civil deictuelle et contractuelle,1978.

. 4- Aubry et Rau, "Cours de droit civil francais", 5ed, tom 6e. par Bartin libraire de la cour de cassation. Paris.france 1920. N. 407. P.145.

.5- Claude Brenner "L'acte conservatoire", these,pour le doctorat university de paris2 paris france II, 1999, n. 342.p172

5- Marie. Malaurie, les contrats spéciaux, 6è éd, léxtenso édition. Paris. France.2012.11- Paul.

6- Alain Benabent , Droit civil les obligations ,

مترجم إلى العربية بعنوان آلان بينابنت ، القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات) ، ترجمة . منير القاضي ، ط١ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤

7- Alan Benabent, Civil Law, Private Civil and Commercial Contracts.

مترجم الى اللغة العربية بعنوان ألان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ، ترجمة منصور القاضي ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤،

Abstract

Custody is one of the most temporary measures through which the disputed money is preserved, in addition to that, it allows the quick fulfillment of the right when it is judged, which achieves a benefit for the conflicting parties, which results in reducing effort and expenses, as guarding of all kinds leads to the prevention of harm to the owners The matter is in the event that the dispute continues, and the money remains in the hands of the possessor, especially during the deadlines required for adjudication on the subject of the right in the event that a lawsuit is filed in it.

However, the custody under study is not of one type, it is of two types, so access is achieved either through the agreement of the parties who are stakeholders in the funds, by giving freedom of their will to conclude the agreement, or by filing a case for custody in accordance with the legal principles to file an urgent case to protect these funds whenever available. its terms.

Also, custody of all kinds does not take place unless its conditions are met, as there are general conditions that are required to be met for all types of custody, which are the existence of a dispute over certain funds and that the custody does not affect the origin of the right. Urgent danger and urgency as well as the condition of interest.

If the conditions and pillars of the guard are met, its provisions are arranged, in terms of arranging opposite effects on the responsibility of its parties. These effects are represented by the rights and obligations of

the guard. These obligations must be implemented in accordance with the principle of good faith and what is stipulated by law. Responsible for the damages caused to the other party.

Since the custody is a temporary measure, its fate is to end, and it ends either by resolving the dispute by establishing the right of one of the disputing parties, or before the right is established as a result of changing the circumstances that called for imposing the guard and other justifications. At the conclusion of the study, we reached several conclusions and recommendations.

The Republic of Iraq
Ministry of Education and Scientific Research
University of Babylon - College of Law

guard disputed funds

A Comparative Study

A Thesis

Submitted to the Council of College of Law, University of Babylon, in Partial Fulfillment of the Requirements for doctorate Degree in Private Law

By

Hussein obaid shouat

Supervised by

Prof. Dr. Wassan Qassem Ghani Al-Khafaji

2021